

L 11 AL 18/04

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung

Abteilung

11

1. Instanz

SG Würzburg (FSB)

Aktenzeichen

S 10 AL 3/02

Datum

18.11.2003

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 11 AL 18/04

Datum

09.12.2004

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 11a AL 33/05 B

Datum

-

Kategorie

Urteil

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 18.11.2003 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Rücknahme eines Aufhebungs- und Erstattungsbescheides, mit dem die Beklagte die Bewilligung eines Eingliederungszuschusses aufgehoben und 11.758,20 DM zurückgefordert hat.

Die Klägerin beantragte am 22.03.1999 bei der Beklagten einen Eingliederungszuschuss für die Einstellung des Langzeitarbeitslosen Y.H. (H) als Maler und Lackierer. Sie schloss mit diesem am 24.03.1999 mW zum 01.04.1999 einen Arbeitsvertrag, in dem ein Stundenlohn von 23,- DM brutto vereinbart war. Die wöchentliche Arbeitszeit betrug 35 Stunden mit der Verpflichtung, im Rahmen der gesetzlichen Höchstgrenzen Überstunden/Mehrarbeit zu leisten.

Mit Bescheid vom 08.04.1999 bewilligte die Beklagte für die Zeit vom 01.04.1999 bis 31.03.2000 bei erschwerter Vermittlung einen monatlichen Zuschuss in Höhe von 2.351,64 DM (Förderungssatz 50 vH). In den Nebenbestimmungen des Bescheides wies die Beklagte darauf hin, dass der Zuschuss bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses während des Förderungszeitraums zurückzuzahlen sei, es sei denn, die Klägerin sei zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde berechtigt. Am 13.10.1999 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie habe das Beschäftigungsverhältnis am 12.10.1999 fristlos gelöst. Sie verwies in diesem Zusammenhang auf die im Kündigungsschreiben vom 12.10.1999 und im Schreiben vom 27.09.1999 genannten Gründe. H habe sich bei einer Unterredung am 08.10.1999 zwar bereit erklärt, Mehrarbeit zu leisten, Samstagsarbeit aber - zuletzt am 09.10.1999 - verweigert. Im Übrigen sei seine Arbeitsleistung weiterhin mangelhaft. Er sei zu langsam und es fehle ihm die Freude an der Arbeit.

Gegen die Kündigung erhob H Klage zum Arbeitsgericht Würzburg (Az: 9 Ca 1717/99 A). Mit Endurteil vom 06.03.2000 stellte dieses fest, das Arbeitsverhältnis sei durch die Kündigung vom 12.10.1999 nicht beendet worden. Habe die Klägerin H am 08.10.1999 abgemahnt, sei ein mögliches Kündigungsrecht wegen der Verweigerung von Samstagsarbeit verwirkt. Über die Behauptung der Klägerin, H sei am 27.09.1999 abgemahnt worden, habe kein Beweis erhoben werden können, da das Beweisthema nicht hinreichend substantiiert dargelegt worden sei. Im Übrigen seien die im Kündigungsschreiben genannten weiteren Verstöße ebenfalls unsubstantiiert.

Im anschließenden Berufungsverfahren schlossen die Parteien am 17.07.2001 einen gerichtlichen Vergleich. Danach waren sich diese einig, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund Aufhebungsvertrags mit dem 30.11.1999 endete, weil es keiner Partei mehr zuzumuten gewesen sei, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Die Klägerin zahlte dem H für den Verlust des Arbeitsplatzes eine Abfindung in Höhe von 500,- DM brutto für netto. Die Kosten des Rechtsstreits wurden gegeneinander aufgehoben.

Mit Bescheid vom 16.08.2000 hob die Beklagte die Leistungsbewilligung ab 01.04.1999 ganz auf und forderte von der Klägerin 11.758,20 DM zurück. Gründe für eine außerordentliche Kündigung hätten nicht vorgelegen. Dieser Bescheid wurde rechtsverbindlich. Die Klägerin erstattete den geforderten Betrag.

Am 07.09.2001 beantragte die Klägerin bei der Beklagten unter Berufung auf den vor dem Landesarbeitsgericht geschlossenen Vergleich vom 17.07.2001 die Rückzahlung des Erstattungsbetrages. Eine Rechtsgrundlage für die Rückforderung des Eingliederungszuschusses sei nicht mehr gegeben. Die Beklagte wertete das Begehren als Antrag nach § 44 Sozialgesetzbuch Verwaltungsverfahren (SGB X). Sie lehnte

die Rücknahme der Entscheidung vom 16.08.2000 mit Bescheid vom 24.09.2001 ab, denn die im arbeitsgerichtlichen Vergleich enthaltene Feststellung der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses könne dem Tatbestand des § 223 Abs 2 Satz 2 Nr 1 Sozialgesetzbuch Arbeitsförderung (SGB III) - Recht des Arbeitgebers auf fristlose Kündigung - nicht gleichgeachtet werden. Den Widerspruch der Klägerin wies die Beklagte durch Widerspruchsbescheid vom 30.11.2001 zurück. Es hätten keine Gründe für eine fristlose Kündigung vorgelegen. Dies ergebe sich aus dem im Vergleich vereinbarten späteren Ende des Arbeitsverhältnisses (30.11.1999 statt 12.10.1999) und der Gewährung einer Abfindung.

Dagegen hat der Kläger Klage zum Sozialgericht Würzburg (SG) erhoben und zur Begründung vorgetragen: H habe von der 15. bis 41. Kalenderwoche nur an 5 Samstagen gearbeitet. An den übrigen Samstagen habe er die Arbeit verweigert. Nach der Abmahnung vom 27.09.1999 sei es wiederholt zu schlampigen Arbeiten gekommen. Auch habe er bei Firmenkunden schwarz gearbeitet.

Die Beklagte entgegnete, der frei ausgehandelte Vergleich sei nicht geeignet, Grundlage einer Entscheidung zu sein. So habe die Klägerin, um die Rückzahlung der Zuschüsse abzuwenden, dem H angeboten, alle Nachteile des arbeitsgerichtlichen Vergleichs (zB Sperrzeit) auszugleichen.

Das SG hat F. P. , den früheren Geschäftsführer der Klägerin, uneidlich als Zeugen vernommen. Dieser hat ausgesagt, H habe sich wenigstens 3 bis 4 mal - auch während der Auftragspitzen im Mai 1999 - geweigert, Mehrarbeit zu leisten. In einem Fall sei H von Arbeitern der Klägerin beobachtet worden, wie er nach der Ablehnung von Mehrarbeit für einen Kunden der Klägerin schwarz gearbeitet habe. Die Schwarzarbeit sei wohl der Hauptgrund für die fristlose Kündigung gewesen.

Mit Urteil vom 18.11.2003 hat das SG die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 24.09.2001/Widerspruchsbescheides vom 30.11.2001 verpflichtet, den Bescheid vom 16.08.2000 aufzuheben und den von der Klägerin bereits erstatteten Betrag in Höhe von 11.758,20 DM wieder an diese auszuzahlen. Die Klägerin sei zur fristlosen Kündigung ohne vorherige Abmahnung berechtigt gewesen, denn H habe am 07./08.10.1999 auf einer Baustelle der Klägerin Schwarzarbeiten durchgeführt. Damit sei der Ausnahmetatbestand des [§ 223 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) erfüllt.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung zum Bayer. Landessozialgericht eingelegt und ausgeführt: Weder durch den Zeugen P. habe bewiesen werden können, dass H wirksam abgemahnt worden sei, noch sei die behauptete Schwarzarbeit substantiiert dargelegt worden. Das Schreiben vom 27.09.1999 stelle keine Abmahnung dar, weil es an einer konkreten Rüge fehle. Dem Schreiben sei nämlich nicht zu entnehmen, dass H jeden Samstag hätte arbeiten müssen und bei Weigerung eine Kündigung ausgesprochen worden wäre. Die tariflichen Regelungen bestimmten nicht, dass jeden Samstag zu arbeiten sei, sondern lediglich nach entsprechender Ankündigung. Letztere sei ebenfalls nicht bewiesen. Konkret sei nur die Weigerung des H vom 09.10.1999 bekannt. Die behauptete Abmahnung vom 08.10.1999 habe für die Nichtarbeit vom 09.10.1999 ohnehin nicht gleichzeitig Kündigungsgrund sein können. Hinsichtlich der behaupteten Schwarzarbeit sei die Zeugenaussage unbrauchbar. Seine Aussage, die Schwarzarbeit sei wohl der Grund für die Kündigung gewesen, sei lediglich eine persönliche Einschätzung des Zeugen P. und keine Tatsache. Der vom Zeugen erwähnte Weigerungsfall sei zeitlich nicht konkretisiert und es sei unbekannt, wer H bei der Schwarzarbeit beobachtet habe. Der Zeuge habe persönlich nichts gesehen.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 18.11.2003 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Auf das Urteil des Arbeitsgerichts Würzburg dürfe nicht abgestellt werden. Dieses sei durch die Einlegung der Berufung nicht rechtskräftig geworden. Auch sei das Sozialgerichtsverfahren - anders als der Arbeitsgerichtsprozess - durch das Amtsermittlungsprinzip geprägt. Deshalb habe sich das Sozialgericht auf die Aussage des Zeugen P. stützen dürfen, der bestätigt habe, dass H sich mehrfach geweigert habe, Mehrarbeit zu leisten. Bezüglich des Vorwurfs der Schwarzarbeit sei P. zwar nur ein Zeuge vom "Hörensagen". Hierbei handele es sich aber um ein zulässiges Beweismittel.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die beigezogenen Akten der Beklagten, die Akten des Arbeitsgerichts Würzburg und des Landesarbeitsgerichts Nürnberg sowie auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist zulässig ([§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG -). Sie ist auch begründet, denn das SG hat den Bescheid vom 24.09.2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30.11.2001 zu Unrecht aufgehoben und die Beklagte ebenfalls zu Unrecht zur Aufhebung des Bescheides vom 16.08.2000 verpflichtet.

Soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei Erlass eines Verwaltungsaktes das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht oder Beiträge zu Unrecht erhoben worden sind, ist der Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen ([§ 44 Abs 1 Satz 1 SGB X](#)). Durch diese Bestimmung werden auch - wie vorliegend - Fälle erfasst, in denen der Bürger zwar Sozialleistungen erhalten hat, die Leistungsbewilligung aber nachträglich zurückgenommen und die überzahlte Leistung zurückgefordert worden ist (BSG [SozR 3-1300 § 44 Nr 21](#); Steinwedel in Kasseler Kommentar [§ 44 SGB X](#) RdNr 39; Wiesner in v.Wulffen, SGB X, 4.Aufl, § 44 RdNr 2).

Zu Recht hat die Beklagte die Rücknahme des Bescheides vom 16.08.2000 abgelehnt, denn es sind von der Klägerin keine neuen Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht worden bzw die vorgebrachten Gesichtspunkte liegen tatsächlich nicht vor.

Die im Bescheid vom 16.08.2000 ausgesprochene Rückzahlungsverpflichtung ergibt sich noch aus [§ 223 Abs 2 SGB III](#) idF vom 24.03.1997 - gültig ab 01.01.1998 bis 31.07.1999 (aF).

Ob altes oder neues Recht anzuwenden ist, regelt [§ 422 SGB III](#), der mW zum 01.01.1998 durch Art 1 AFRG eingeführt worden ist. Nach der

Rechtsprechung des BSG ist im Hinblick auf das Ziel der Norm, Leistungen und Maßnahmen der aktiven Arbeitsförderung grundsätzlich einheitlich nach dem Recht durchzuführen, das bei der Bewilligung der Leistungen bzw. des Maßnahmebeginns gegolten hat, die Regelung in [§ 422 Abs 1 SGB III](#), die die Anwendung dieses Rechts nur bis zum Ende der Maßnahme oder Leistung vorsieht, ebenfalls in einem umfassenden Sinne auszulegen. Das alte Recht bleibt daher grundsätzlich für den gesamten Leistungs- bzw. Maßnahmezeitraum anwendbar (BSG Urteil vom 21.03.2002 [B 7 AL 68/01 R](#)).

Gemäß [§ 422 Abs 1 SGB III](#) sind, soweit nichts abweichendes bestimmt ist, auf Leistungen der aktiven Arbeitsförderung bis zum Ende der Leistungen oder der Maßnahme die Vorschriften in der vor dem Tag des Inkrafttretens der Änderung geltenden Fassung weiter anzuwenden, wenn vor diesem Tag 1. der Anspruch entstanden ist, 2. die Leistung zuerkannt worden ist und 3. die Maßnahme begonnen hat, wenn die Leistung bis zum Beginn der Maßnahme beantragt worden ist. Vorliegend ist der Eingliederungszuschuss für die Klägerin durch Bescheid vom 08.04.1999 bewilligt worden. Dieser Tatbestand liegt vor dem 01.08.1999, so dass als Rechtsgrundlage für die Rückforderung [§ 223 Abs 2 SGB III](#) aF maßgebend ist.

Die Voraussetzungen des [§ 223 Abs 2 SGB III](#) aF für die Rückzahlung des gezahlten Eingliederungszuschusses liegen vor, denn es ist kein Ausnahmetatbestand gegeben. So scheiden die Ausnahmetatbestände des [§ 223 Abs 2 Satz 2 Nrn 2 und 3 SGB III](#) aF (Erreichen der Altersgrenze, Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Bestreben des Arbeitnehmers hin) offensichtlich aus. Aber auch der Ausnahmetatbestand des [§ 223 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) aF liegt nicht vor.

Nach dieser Bestimmung ist der Eingliederungszuschuss nicht zurückzuzahlen, wenn der Arbeitgeber berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Vorliegend war die Klägerin hierzu nicht berechtigt. Die Voraussetzungen dafür richten sich nach [§ 626 Abs 1](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Danach ist der Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt, wenn Tatsachen vorliegen, die bei Berücksichtigung aller Umstände und Abwägung der Interessen beider Vertragsteile dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen. Beklagte und Sozialgerichte müssen von Amts wegen prüfen, ob der Arbeitnehmer durch ein vertragswidriges Verhalten Anlass für die Kündigung gegeben hat. Mangels besonderer gesetzlicher Regelungen haben Entscheidungen der Arbeitsgerichte für sie keine Bindungswirkung. Dies gilt auch für einen arbeitsgerichtlichen Vergleich (BSG SozR 4100 § 119 Nr 26, [SozR 3-4100 § 119 Nr 3](#)).

Es stand der Klägerin zu keinem Zeitpunkt ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit H zu. So stellte die mangelhafte Arbeitsleistung des H keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung dar. Soweit von der Klägerin die Nichtbeherrschung grundlegender Malertechniken im Kündigungsschreiben gerügt wird, ist darauf hinzuweisen, dass der Klägerin bei der Einstellung des H der fehlende Berufsabschluss bekannt war (Eingliederungszuschuss bei erschwelter Vermittlung). Die Förderung diente gerade dem Ausgleich vorhandener Lücken des H zur Verbesserung seiner Vermittlungsfähigkeit.

Die Weigerung des H, trotz der arbeitsvertraglichen Verpflichtung im Rahmen der gesetzlichen Höchstgrenzen Überstunden bzw. Mehrarbeit zu leisten (§ 2 Nr 2), ist lediglich ein verhaltensbedingter Grund für eine ordentliche Kündigung (BAG vom 27.02.1981 - [2 AZR 1162/78](#)), mithin nicht für eine fristlose Kündigung. Es kann daher dahinstehen, ob die Klägerin den H insoweit wirksam abgemahnt hat.

Das Recht zur fristlosen Kündigung kann die Klägerin auch nicht daraus herleiten, dass H in der Zeit, in der er Überstunden hätte leisten sollen, möglicherweise Schwarzarbeit nachgegangen sein soll. Hierzu hat der Zeuge P. vor dem SG angegeben, er wisse von einem Fall, in dem H sich geweigert habe, Mehrarbeit zu leisten, von Mitarbeitern der Firma jedoch anschließend beobachtet worden sei, wie er für den Kunden der Firma Schwarzarbeit geleistet habe. Diese Schwarzarbeit sei wohl der Hauptgrund für die fristlose Kündigung gewesen.

Zwar durfte H nach § 11 des Arbeitsvertrags eine Nebentätigkeit nur nach Zustimmung der Klägerin ausüben. Vorliegend hat der Zeuge P. weder den Tag der Schwarzarbeit noch die Namen der Mitarbeiter, die H bei der Schwarzarbeit beobachtet haben wollen, noch den Namen des Bauherrn, bei dem H schwarz gearbeitet haben soll, bestätigt. Unabhängig davon stellt Schwarzarbeit allein kein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers dar. Ein solches ist erst dann anzunehmen, wenn hierdurch die Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt werden (LAG Köln, Urteil vom 07.01.1993, [DB 93, 941](#); Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 2005, § 43 RdNr 32). Hätte die Klägerin jedoch ihre Kündigung auf die Ausübung der nicht genehmigten Nebentätigkeit stützen wollen, weil diese die vertraglich geschuldete Leistung beeinträchtigte, wäre nach der Rechtsprechung eine Abmahnung erforderlich gewesen (LAG Köln aaO). Dies bedeutet, dass die Ausübung der Nebentätigkeit eine außerordentliche Kündigung ohnehin nicht gerechtfertigt hätte (Linck in Schaub aaO, § 61 RdNr 48). Die vom Kläger in diesem Zusammenhang herangezogene Entscheidung des OLG Köln vom 18.09.1992 ([NJW 1993, 73 - 74](#)) betraf den Fall, dass der Auftraggeber eines Werkes Arbeitnehmer des Unternehmers zur Schwarzarbeit während der regulären, vom Unternehmer bezahlten Arbeitszeit herangezogen und damit das Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Werkunternehmer nachhaltig gestört hat. Eine solche Fallkonstellation liegt vorliegend jedoch nicht vor.

Die Klägerin war somit zur fristlosen Kündigung des H nicht berechtigt. Da ein weiterer Ausnahmetatbestand des [§ 223 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) nicht vorlag, erging der Bescheid vom 16.08.2000 zu Recht. Die Beklagte hat daher den Antrag nach [§ 44 SGB X](#) zutreffend abgelehnt.

Auf die Berufung der Beklagten ist daher das Urteil des SG Würzburg vom 18.11.2002 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). [§ 197 a SGG](#) ist nicht anzuwenden, denn der Arbeitgeber ist in Streitigkeiten über Eingliederungszuschüsse Leistungsempfänger iS von [§ 183 SGG](#) (BSG, Beschluss vom 22.09.2004 - [B 11 AL 33/03 R](#) -).

Gründe, die Revision gemäß [§ 160 Abs 2 Nrn 1 und 2 SGG](#) zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2005-03-07