
Datum: 23.11.2018
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 21. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 21 AS 801/17
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2018:1123.L21AS801.17.00

Vorinstanz: Sozialgericht Dortmund, S 19 AS 2470/16
Sachgebiet: Grundsicherung für Arbeitsuchende
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Dortmund vom 8.3.2017 wird zurückgewiesen. Kosten haben die Beteiligten einander nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

- Tatbestand: 1
- Die Beteiligten streiten über die Rückforderung eines Eingliederungszuschusses i.H.v. 2039,19 EUR. 2
- Am 29.6.2015 schloss die Klägerin einen Arbeitsvertrag mit Herrn C als Pflegehelfer für die Zeit vom 1.7.2015 bis 30.6.2016. Mit Bescheid vom 17.7.2015 bewilligte der Beklagte einen Eingliederungszuschuss i.H.v. 733,64 EUR monatlich. Bereits im zweiten Absatz des Bescheides heißt es: "Die Bewilligung eines Zuschusses wird mit Auflagen verbunden. Die Auflagen und weitere wichtige Hinweise finden Sie im Anschluss an die folgenden Erläuterungen zu den Einzelheiten der Förderung." Auf Seite 2 heißt es unter Verwendungszweck: "Der Eingliederungszuschuss wird als Zuschuss zum Arbeitsentgelt und zu den Sozialversicherungsbeiträgen, die Sie für Herrn C zu entrichten haben, geleistet. Wird er nicht für diesen Zweck verwendet, wird der Bewilligungsbescheid widerrufen und die Leistung zurückgefordert." 3
- Der Arbeitnehmer C rauchte am 17.8.2015 während des Dienstes im Dienstzimmer; die einzige Kollegin, welche zu diesem Zeitpunkt ebenfalls im Dienst war, war auch dort. Als 4

Folge waren die Patienten in der Wohngruppe unbeaufsichtigt. Die Klägerin trägt vor, es sei eine mündliche Abmahnung erfolgt; der Arbeitnehmer hat als Zeuge in dem Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht am 27.1.2017 ausgesagt, für einen Wiederholungsfall sei eine schriftliche Abmahnung angedroht worden.

Am 13.11.2015 ist dem Arbeitnehmer fristlos gekündigt worden. Er sei auf der Arbeit eingeschlafen. Der Arbeitnehmer hat ausgesagt, er sei mehrfach in einen Sekundenschlaf gefallen - er leide an Schlafapnoe. Eine Begründung enthielt das Kündigungsschreiben nicht. Der Arbeitnehmer erhob keine Kündigungsschutzklage. 5

Der Beklagte teilte der Klägerin mit Schreiben vom 16.12.2015 mit, wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Rückforderung des Eingliederungszuschusses prüfen zu müssen. Dazu wurde um Angaben zu den Umständen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und um Vorlage verschiedener Unterlagen gebeten. Die Klägerin machte zunächst keine Angaben zu den Gründen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. 6

Mit Bescheid vom 7.1.2016 widerrief der Beklagte den Bewilligungsbescheid vom 7.7.2015 für den Zeitraum vom 1.7. bis 13.11.2015 wegen eines Teilbetrags i.H.v. 1624,01 EUR, der erstattet verlangt wurde. Für die Zeit ab 14.11.2015 - dem Tag nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses - hob der Beklagte den Bewilligungsbescheid vollständig auf. Für die Zeit vom 14.11.2015 bis 30.11.2015 wurde die Erstattungsforderung mit 415,18 EUR festgesetzt. Zur Begründung führte der Beklagte aus, die Klägerin habe das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer vor Ablauf der Nachbeschäftigungszeit ohne Begründung beendet. 7

Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin am 26.1.2016 Widerspruch ein. Da der Arbeitnehmer bei der Arbeit eingeschlafen und darüber hinaus bereits zuvor wegen der in dem Vorfall vom 17.8.2015 liegenden Verletzung der Aufsichtspflicht abgemahnt worden sei, habe sich die Klägerin zum Schutz der ihr anvertrauten Patienten gezwungen gesehen, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Hierüber habe man den Arbeitnehmer bei der Aushändigung des Kündigungsschreibens informiert. Wegen des Einschlafens sei der Arbeitnehmer mündlich ermahnt worden. Eine Abmahnung sei nicht erfolgt, da eine solche wirkungslos gewesen wäre. Der Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 28.4.2016 zurück. 8

Dagegen hat die Klägerin am 25.5.2016 bei dem Sozialgericht Dortmund Klage erhoben. Sie ist der Auffassung, eine Rückforderung des Eingliederungszuschusses komme bereits dann nicht in Betracht, wenn sie aus verhaltensbedingten Gründen zur Kündigung berechtigt gewesen wäre - unabhängig davon, aus welchem Grund die Kündigung tatsächlich erfolgte. Hier sei eine verhaltensbedingte Kündigung berechtigt gewesen. 9

Das Sozialgericht hat - nach vorheriger Anhörung - die Klage mit Gerichtsbescheid vom 8.3.2017 abgewiesen. Es hat den angegriffenen Bescheid für formell und materiell rechtmäßig gehalten. Gründe für eine verhaltensbedingte Kündigung lägen nicht vor. Jedenfalls die Abwägung des Kündigungsinteresses des Arbeitgebers mit den Interessen des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses falle hier nicht zu Gunsten der Klägerin aus. Eine einschlägige Abmahnung sei nicht erfolgt. Selbst wenn, was von dem Arbeitnehmer bestritten worden sei, wegen des Vorfalls am 17.8.2015 eine Abmahnung ausgesprochen worden sei, habe es sich bei dem späteren, kurzzeitigen Einschlafen nicht um eine gleiche oder ähnliche Pflichtverletzung wie dem Rauchen zusammen mit einer Kollegin während der Arbeitszeit gehandelt; zudem sei das Einschlafen nicht willensgesteuert gewesen. 10

Gegen den der Klägerin am 22.3.2017 zugestellten Gerichtsbescheid hat diese am 21.4.2017 bei dem Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen Berufung eingelegt. Sie ist der Auffassung, es stehe nicht fest, dass das Einschlafen des Arbeitnehmers nicht willensgesteuert gewesen sei; die von dem Arbeitnehmer vorgetragene Schlafapnoe sei nicht nachgewiesen. Sie ist ferner der Auffassung, die zuvor ausgesprochene Abmahnung sei auch wegen des Einschlafens einschlägig, denn jedenfalls seien die Patienten, wie bei dem vorangegangenen Fehlverhalten, unbeaufsichtigt gewesen. Zudem sei es der Klägerin nicht ersichtlich gewesen, dass ein Eingliederungszuschuss auch für die Zeit zurückzuzahlen sei, welche nach Wirksamwerden der Kündigung liege.

Auf Befragen durch den Senat hat die Klägerin mitgeteilt, dass der Arbeitnehmer in einer Gruppe für Menschen mit verschiedenen stark ausgeprägter Demenz eingesetzt gewesen sei. Dort käme es häufig zu nicht vorhersehbaren Handlungen, wie etwa, dass Personen die Wohngruppen in orientierungslosem Zustand verließen. Deshalb sei es unerlässlich, dass ununterbrochen eine Betreuung sichergestellt sei. Grundsätzlich seien immer (mindestens) zwei Kräfte im Einsatz, um eine durchgängige Betreuung sicherzustellen. Bei dem Vorfall am 17.8.2015 hätte sich eine Betreuungskraft in Pause befunden und der Arbeitnehmer C sich rauchend dazu gesetzt, so dass die Betreuung nicht mehr sichergestellt gewesen sei. Während des Einschlafens des Arbeitnehmers sei die Betreuung allerdings durch einen anderen Mitarbeiter sichergestellt gewesen. 12

Der Senat hat am 7.9.2018 einen Erörterungstermin durchgeführt. Der Vorsitzende hat darauf hingewiesen, dass es hinsichtlich der Rückforderung für die Zeit nach dem Wirksamwerden der Kündigung, mithin ab dem 14.11.2015, nicht nachvollziehbar sei, inwiefern die Klägerin sich darauf berufe, dass ein solcher Rückforderungsvorbehalt nicht erkennbar sei; insoweit seien die Hinweise in dem Bewilligungsbescheid eindeutig. Hinsichtlich des vorherigen Aufhebungszeitraumes liege kein gleichartiges Fehlverhalten vor; nach eigener Darstellung der Klägerin seien die zu Betreuenden während der Zeit des Schlafens nicht unbeaufsichtigt gewesen. Die Klägerin hat erklärt, sie habe diesen Ausführungen nichts entgegenzusetzen; sie sehe einer Entscheidung durch den Senat entgegen. 13

Die Klägerin beantragt schriftsätzlich, den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Dortmund vom 8.3.2017 zu ändern und den Bescheid vom 7.1.2016 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28.4.2016 aufzuheben. 14

Der Beklagte beantragt schriftsätzlich, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Die Beteiligten haben sich am 7.9.2018 mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt. 17

Entscheidungsgründe: 18

1) Der Senat konnte gemäß § 153 Abs. 1, § 124 Abs. 2 SGG ohne mündliche Verhandlung entscheiden, weil die Beteiligten ihr Einverständnis damit erklärt haben. 19

2) Die zulässige, insbesondere fristgerecht erhobene Berufung ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Aufhebung des Bescheides vom 7.1.2016 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28.4.2016, denn dieser ist rechtmäßig. Dies gilt sowohl hinsichtlich der (Teil-)Aufhebung für die Zeit vom 1.7.2015 bis zum 30.11.2015 (dazu unter a), als auch für die Aufhebung vom 14.11.2015 bis zum 13.11.2015 (dazu unter b). 20

a) Die materiellen Voraussetzungen für eine Aufhebung für die Zeit vom 1.7.2015 bis zum 13.11.2015 liegen vor. 21

aa) Nach § 16 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 SGB II i.V.m. §§ 88 ff. SGB III kann ein Arbeitgeber zur Eingliederung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, deren Vermittlung wegen in ihrer Person liegender Gründe erschwert ist, einen Zuschuss zum Arbeitsentgelt zum Ausgleich einer Minderleistung erhalten. Nach § 92 Abs. 2 Satz 1 SGB III ist der Eingliederungszuschuss teilweise zurückzuzahlen, wenn das Beschäftigungsverhältnis während des Förderungszeitraumes oder eine Nachbeschäftigungszeit beendet wird. Dies gilt u.a. dann nicht, wenn der Arbeitgeber berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus Gründen, die in der Person oder dem Verhalten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers liegen, zu kündigen (§ 92 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III). 22

Die Vorschrift knüpft ihrem Wortlaut nach an die sozial gerechtfertigte Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) an, wonach eine Kündigung nur dann als sozial gerechtfertigt angesehen werden kann, wenn sie durch Gründe, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung in dem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Eine verhaltensbedingte Kündigung ist dann gerechtfertigt, wenn das dem Arbeitnehmer⁸²³⁹;/⁸²³⁹der Arbeitnehmerin vorgeworfene Verhalten eine Vertragspflicht verletzt, das Arbeitsverhältnis dadurch konkret beeinträchtigt wird, keine zumutbare Möglichkeit anderweitiger Beschäftigung besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Parteien billigenswert und angemessen erscheint. Entscheidend ist, ob das Fehlverhalten des Arbeitnehmers im Einzelfall geeignet ist, einen ruhig und verständig urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung zu bestimmen (siehe dazu etwa Winkler, in: Gagel -Hrsg.-, SGB III, Loseblatt Stand Juni 2018, § 92 Rn. 19); die Vorschrift des § 92 Abs. 2 Satz 2 SGB III setzt nicht die Kündigungsgründe nach § 1 Abs. 2 KSchG voraus, sondern greift nur die dort geregelten Kündigungsgründe ihrem Wortlaut nach auf. Von daher kommt es weder auf die formellen Voraussetzungen einer Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz an, noch darauf, ob die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG hier im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens Anwendung finden würde (Winkler, a.a.O., Rn. 17). Der Nachweis über das Vorliegen der in Bezug genommenen Voraussetzungen obliegt grundsätzlich dem Arbeitgeber. 23

Das Arbeitsverhältnis wurde noch während der Förderdauer durch fristlose Kündigung am 13.11.2015 gekündigt. Die Klägerin konnte hier die Voraussetzungen einer sozial gerechtfertigten Kündigung in dem dargestellten Sinne nicht darlegen. Eine verhaltensbedingte Kündigung ist in der Regel nur dann sozial gerechtfertigt, wenn ihr eine Abmahnung vorausgegangen ist, aufgrund derer der Arbeitnehmer die Möglichkeit hatte, sein Fehlverhalten zu korrigieren. Der Arbeitnehmer hat hierzu bestätigt, dass es zumindest wegen des Vorfalls am 17.8.2015 eine mündliche Abmahnung gegeben hat. Diese Abmahnung wirkt allerdings zur Überzeugung des Senats nicht auf das Fehlverhalten im November 2015 fort. Die Klägerin hat schon keine bestimmten Tage benannt, an welchen der Kläger eingeschlafen sein soll. Dies kann aber dahinstehen. Um eine erneute Pflichtwidrigkeit annehmen zu können, müssen die abgemahnte und die den wichtigen Grund an sich ausmachende Pflichtverletzung vergleichbar sein (Niemann, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2019, § 626 BGB Rn. 29b, beck-online, m.w.N.). Hier fehlt es an dem erforderlichen inneren Zusammenhang. Die damalige Abmahnung war erfolgt, weil wegen der gemeinsamen Pause mit der Kollegin die Betreuung nicht sichergestellt war und nach Darstellung der Klägerin das Rauchen während der Arbeitszeit untersagt ist. Auf Nachfrage hat die Klägerin selbst mitgeteilt, dass entgegen ihrer ursprünglichen Darstellung in den 24

Zeiträumen, in welchen der Kläger eingeschlafen sein soll, die Betreuung weiterhin sichergestellt gewesen ist.

Wegen des Fehlens einer vorherigen einschlägigen Abmahnung war die Klägerin nicht
berechtigt, das Arbeitsverhältnis aus Gründen, die in der Person oder dem Verhalten des
Arbeitnehmers liegen, zu kündigen. Eine Ausnahme von der Rückforderungspflicht gemäß §
92 SGB III liegt damit nicht vor. 25

bb) Der Beklagten kommt weder hinsichtlich der Ausschlussgründe noch bei der
Rückforderung Ermessen zu; auch auf ein Verschulden oder die Bösgläubigkeit des
Leistungsempfängers kommt es für die Rechtmäßigkeit der Rückforderung nicht an (Winkler,
in: Gagel -Hrsg.-, SGB III, Loseblatt Stand Juni 2018, § 92 Rn. 25 f.). 26

cc) Die Rückzahlung ist nach § 92 Abs. 2 Satz 3 SGB III auf die Hälfte des geleisteten
Betrages begrenzt und darf den in den letzten zwölf Monaten vor Beendigung des
Beschäftigungsverhältnisses geleisteten Förderbetrag nicht überschreiten. Die Berechnung
der Höhe der Rückforderung durch den Beklagten ist nicht zu beanstanden. 27

b) Rechtsgrundlage der Aufhebung für die Zeit ab dem 14.11.2015 ist §§ 40 Abs. 2 Nr. 3 SGB 28
II, 330 Abs. 3 Satz 1 SGB III, 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB X (BSG, 17.3.2016 - B 4 AS 18/15
R -, Rn. 26 ff. juris - allerdings zu einem Beschäftigungszuschuss nach § 16a SGB II a.F.;
Winkler, in: Gagel -Hrsg.-, SGB III, Loseblatt Stand Juni 2018, § 92 Rn. 27). Die
Voraussetzungen von § 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB X liegen vor. Mit der Beendigung des
Arbeitsverhältnisses und der damit verbundenen Nichtzahlung des Arbeitsentgeltes ist der
Anspruch auf Gewährung eines Eingliederungszuschusses weggefallen.

Die Klägerin, vertreten durch ihre Geschäftsführer, hat hier lediglich, weil sie die erforderliche 29
Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat, nicht erkannt, dass der sich ergebende
Anspruch zum Ruhen gekommen war. Maßgeblich für die Verletzung der erforderlichen
Sorgfalt ist die persönliche Einsichtsfähigkeit des Begünstigten, also ein subjektiver
Sorgfaltsmaßstab. Die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt, wer
schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht anstellt und daher nicht beachtet,
was im gegebenen Fall jeden einleuchten musste (st. Rspr., bei Nachw. Schütze, in: von
Wulffen/Schütze (Hrsg.), SGB X, 2014, § 45 Rn. 52). Die Geschäftsführer der Klägerin, einer
GmbH, konnten den Wegfall der Förderung ohne weiteres erkennen. Es heißt in dem
Bescheid ausdrücklich, dass der Eingliederungszuschuss als Zuschuss zum Arbeitsentgelt
geleistet werde, welches die Klägerin für Herrn C zu entrichten habe. Werde der
Eingliederungszuschuss nicht für diesen Zweck verwendet, so sei der Bewilligungsbescheid
zu widerrufen und die Leistung zurückzufordern. Es ist nicht im Ansatz erkennbar, wie die
Klägerin vor diesem Hintergrund zu der Auffassung gelangen konnte, obwohl sie kein
Arbeitsentgelt gegenüber dem Arbeitnehmer aufgrund der Kündigung mehr leistete, könne
sie dennoch weiterhin einen Eingliederungszuschuss beziehen.

Ermessen hatte der Beklagte diesbezüglich nicht auszuüben. 30

c) Der Aufhebungsbescheid ist schließlich auch im Übrigen rechtmäßig ergangen. Er ist 31
hinreichend bestimmt (§ 33 SGB X) und benennt den aufzuhebenden Bescheid; zudem ist er
fristgerecht ergangen (§ 48 Abs. 4 SGB X).

d) Die Berufung kann daher keinen Erfolg haben. 32

33

3) Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG. Die Klägerin ist kostenprivilegiert nach § 183 SGG (BSG, 22.9.2014 - B 11 AL 33/03).

4) Gründe, im Sinne von § 160 Abs. 2 SGG die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

34