

Bundessozialgericht
- 12/8 RKg 1/75 -

I m N a m e n d e s V o l k e s

Verkündet am
16. Dezember 1976

U r t e i l
in dem Rechtsstreit

.....
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

.....
Kläger und Revisionskläger,
Prozeßbevollmächtigter:

g e g e n

.....
Beklagte und Revisionsbeklagte.

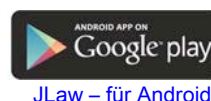
Der 12. Senat des Bundessozialgericht hat auf
die mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 1976
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts vom
16. Mai 1975 aufgehoben. Die Sache wird zu neuer
Verhandlung und Entscheidung an das Landessozial-
gericht zurückverwiesen.

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

G r ü n d e :

I

Die Beteiligten streiten über die Entziehung und Rückforderung von Kindergeld (Kg).

Der Kläger erhielt von der Beklagten Kg unter Berücksichtigung von vier Kindern. Ab 1. Oktober 1971 wurde er aufgrund einer mündlichen Vereinbarung mit der Bezirksdirektion Kiel, der Deutschen Beamtenversicherung, öffentlich-rechtliche Lebens- und Rentenversicherungsanstalt (DBV-L) als Krankenversicherungs-Fachinspektor tätig. Die Einstellungsvereinbarung wurde von der Allgemeinen Privaten Krankenversicherungs-Aktiengesellschaft (APK), die ebenso wie die DBV-L zu der Gruppe der sogenannten "DBV-Unternehmen" gehörte, bestätigt. Ferner wurde mitgeteilt, daß ihm demnächst ein schriftlicher Vertrag zugestellt werde, und er der DBV-L, Bezirksdirektion Kiel, disziplinarisch unterstellt sei. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde am 19. April 1972 rückwirkend zum 1. Oktober 1971 abgeschlossen. Als Arbeitgeber sind neben der DBV-L und der APK noch die "Allgemeine Versicherungs-AG der Deutschen Beamten-Versicherung" (DBV-AG) und die "Partner Vermögensbildungs- und Versicherungs-Systeme, Vermittlungsgesellschaft mbH" (Partner-GmbH) allesamt mit dem Sitz in 62 Wiesbaden, Frankfurter Str. 50, aufgeführt. Nach § 1 des Vertrages beschäftigen die DBV-Unternehmen den Kläger ab 1. Oktober 1971 als hauptberuflichen Mitarbeiter des Krankenversicherungs-Außendienstes der APK.

Nachdem die Beklagte aufgrund einer Überprüfung im April 1972 von der Tätigkeit des Klägers erfahren hatte, entzog sie das Kg unter Hinweis auf § 7 Abs. 1 Nr. 3 des Bundeskindergeldgesetzes in der bis zum 31. Dezember 1974 geltenden Fassung (BKGG a.F.), wonach Arbeitnehmer von Körperschaften, Anstalten und von Stiftungen des öffentlichen Rechts vom Bezug des Kindergeldes ausgeschlossen sind. Zugleich forderte die Beklagte das für die Zeit vom 1. Oktober 1971 bis 30. April 1972 gezahlte Kg zurück. Widerspruch, Klage und Berufung hatten keinen Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 24. Oktober 1972, Urteil des Sozialgerichts -SG- vom 22. November 1973, Urteil des Landessozialgerichts -LSG-



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

- 3 -

vom 16. Mai 1975). Das LSG hat dazu ausgeführt: Der Beklagten habe nach § 22 BKGG a.F. das Recht zugestanden, das Kg ab 1. Oktober 1971 zu entziehen, da von diesem Zeitpunkt an die Voraussetzungen für den Kindergeldbezug nicht mehr vorgelegen hätten. Der Anspruch sei nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 BKGG a.F. entfallen, weil der Kläger von diesem Zeitpunkt an Arbeitnehmer einer Anstalt des öffentlichen Rechts, nämlich der DBV-L gewesen sei. Diese Vorschrift greife auch dann ein, wenn neben einer Anstalt des öffentlichen Rechts private Unternehmer als Arbeitgeber genannt seien. Es genüge, daß der Kläger u.a. Arbeitnehmer eines öffentlichen Dienstherrn gewesen sei. Die Rechtslage sei auch dann nicht anders zu beurteilen, wenn als Arbeitgeber nicht die einzelnen Unternehmer, sondern eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzusehen sei, die aus diesen Unternehmen gebildet werde. Diese Gesellschaft sei allerdings keine Anstalt des öffentlichen Rechts. § 7 Abs. 1 Nr. 3 BKGG a.F. sei dann jedoch analog anzuwenden, weil die drei privatrechtlichen Unternehmungen von der DBV-L kapitalmäßig beherrscht würden. Auch § 7 Abs. 4 Nr. 1 BKGG a.F., der eine Ausnahme für Teilzeitbeschäftigung vorsehe, greife nicht ein. Der Dienstvertrag des Klägers enthalte keinerlei Einschränkungen hinsichtlich des Ausmaßes seiner Beschäftigung für die DBV-L. Auch die Voraussetzungen für eine Rückforderung überzahlter Kindergeldbeträge nach § 13 BKGG a.F. seien gegeben. Der Kläger habe es grobfahrlässig unterlassen, rechtzeitig die Eingehung des Arbeitsverhältnisses mit der DBV-L anzuzeigen (§ 13 Nr. 1 BKGG a.F.). Die rechtliche Bedeutung des Arbeitsverhältnisses sei ihm ersichtlich klar gewesen, da er in einem Fragebogen am 1. April 1972 selbst angegeben habe, daß er im öffentlichen Dienst beschäftigt sei.

Mit der Revision macht der Kläger in erster Linie geltend, das LSG habe zu Unrecht § 7 Abs. 4 Nr. 1 BKGG a.F. nicht auf seinen Fall angewendet. Er sei im Verhältnis zur DBV-L wie ein Teilzeitbeschäftigter zu behandeln, weil er nach dem Vertragsinhalt für eine Tätigkeit bei der APK eingestellt worden sei und auch die spätere tatsächliche Gestaltung der Arbeitsleistung dem im wesentlichen entsprochen habe. Zudem sei er auch von der APK bezahlt worden. Bei dieser Sachlage könne es nicht ent-



- 4 -

scheidend sein, wem die Arbeitsleistung rechtlich geschuldet werde.

Der Kläger beantragt,

die Urteile des SG und des ISG sowie den Bescheid der Beklagten vom 19. Mai 1972 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. Oktober 1972 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

II

Die Revision des Klägers ist begründet. Das Urteil des ISG wird aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Beklagte kann dem Kläger das Kg nach § 22 BKGG a.F. nur entziehen, soweit die Anspruchsvoraussetzungen nicht vorgelegen haben oder weggefallen sind. Das hängt im vorliegenden Fall allein davon ab, ob der Kläger vom Bezug des Kg gemäß § 7 Abs. 1 Nrn. 3 oder 4 BKGG a.F. ab 1. Oktober 1971 ausgeschlossen ist. Für die Beurteilung dieser Frage sind zwei Zeiträume zu unterscheiden: Die Zeit, in der lediglich eine mündliche Einstellungsvereinbarung vorlag (Oktober 1971 bis 18. April 1972) und die Zeit vom Abschluß des schriftlichen Vertrages (19. April 1972) an. Der schriftliche Vertrag vom 19. April 1972 kann für die Rechtstellung des Klägers in der zurückliegenden Zeit nicht zugrunde gelegt werden, obwohl in ihm ausdrücklich Rückwirkung vereinbart worden ist. Kindergeldansprüche sind monatlich entstehende Ansprüche (§§ 9 u. 10 BKGG a.F.). Für sie sind allein die arbeitsrechtlichen Verhältnisse maßgebend, die im Monat ihrer Entstehung vorgelegen haben. Eine rückwirkende Änderung nach Ablauf des jeweiligen Monats ist deshalb nicht möglich. Für die Beurteilung



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

der Ansprüche des Klägers für den Monat April 1972 ist dabei allerdings zu beachten, daß nach § 9 Abs. 1 BKGG a.F. ein Anspruch auf Kg für den ganzen Monat auch dann besteht, wenn die Anspruchsvoraussetzungen erst im Laufe des Monats erfüllt werden oder im Laufe des Monats entfallen sind. Das bedeutet, daß der Anspruch auf Kg für April 1972 schon dann besteht, wenn für die Zeit vom Abschluß des schriftlichen Vertrages (19. April) an die Voraussetzungen für die Zahlung von Kg bestanden, aber auch dann, wenn sie vorher bestanden haben und erst mit Vertragsschluß entfallen sind.

Entgegen der Auffassung des ISG sind Ansprüche auf Kg nach dem Inhalt des für die Zeit ab April 1972 zugrunde zu legenden schriftlichen Anstellungsvertrages nicht schon nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 BKGG a.F. ausgeschlossen. Diese Vorschrift schließt Ansprüche nur für Bedienstete von Bund, Ländern, Gemeinden und sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts aus. Daraus ergibt sich, daß nur solche Arbeitgeber von dieser Regelung erfaßt werden, die juristische Personen des öffentlichen Rechts sind. Alle übrigen, dem Bereich öffentlicher Verwaltung sachlich zuzurechnenden Einrichtungen fallen nicht unter § 7 Abs. 1 Nr. 3 BKGG a.F., sondern unter Nr. 4 dieser Vorschrift.

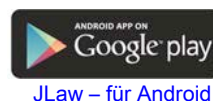
Der mit dem Kläger abgeschlossene schriftliche Vertrag läßt erkennen, daß als Arbeitgeber nicht die dort aufgeführten einzelnen Unternehmen, sondern eine aus diesen Unternehmen gebildete Gesellschaft des bürgerlichen Rechts anzusehen ist. Die Arbeitsleistung wird nämlich nach § 1 Nr. 1 des Vertrages allen vier Unternehmen gemeinschaftlich geschuldet. Es heißt dort: "Die DBV-Unternehmen beschäftigen den Angestellten als hauptberuflichen Mitarbeiter der APK". Diese Formulierung zeigt, daß die DBV-Unternehmen gemeinsam den Arbeitseinsatz festlegen und ihnen gemeinsam das Direktionsrecht des Arbeitgebers zusteht, sie also in einer Form verbunden sind, die nach den §§ 718 und 719 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kennzeichnend ist (Gesamthandsgläubiger). Es kann sich danach nicht mehr um Gesamtgläubiger i.S. des § 428 BGB handeln. Gesamtgläubiger sind dadurch charakterisiert, daß jeder für sich die Leistung zu fordern berechtigt ist, der Schuldner sie aber nur einmal zu erbringen braucht und nach



seinem Belieben an den einen oder anderen leisten kann (§ 428 Abs. 1 BGB). Das ist aber durch § 1 Nr. 1 des Vertrages ausgeschlossen.

Die aus den vier DBV-Unternehmen gebildete Gesellschaft bürgerlichen Rechts scheidet auch nicht deshalb als Arbeitgeber aus, weil eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt und keine juristische Person ist. Es ist in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, daß bei einem Arbeitsvertrag, der mit mehreren Personen abgeschlossen wird, die nur gesamthänderisch die Rechte aus dem Vertrag geltend machen können, Arbeitgeber nicht die einzelnen Gesellschafter sind, sondern die Gesamtheit der Gesellschafter, also die Gesellschaft (BSG SozR Nr. 1 zu § 380 RVO; BSGE 25, 51, 53; BSG, Urteil vom 11. Mai 1976 - 7 RAR 120/74 - SozR 4100 § 4 Nr. 2; Staudinger/Nipperdey/Neumann, BGB 11. Aufl. § 611 Anm. 47 ff). Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts - BAG - (NJW 1975, 710, demnächst AP Nr. 1 zu § 705 BGB), die eine Arbeitgeberstellung der einzelnen Gesellschafter annimmt (so auch Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 2. Aufl. § 17 S. 53), steht dem nicht entgegen, weil es dort um die Durchsetzung von Ansprüchen des Arbeitnehmers geht. Dem Arbeitnehmer gegenüber ist jeder Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Schuldner (Gesamtschuldner). Als Gläubiger und Inhaber des Weisungsrechts bilden die Gesellschafter jedoch eine gesamthändische Gemeinschaft, die dem Arbeitnehmer gegenüber als Einheit anzusehen ist.

Da es sich bei der Arbeitgeberin des Klägers nicht um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt, kann der Ausschluß des Kg für die Zeit ab Mai 1972 auch nicht auf § 7 Abs. 1 Nr. 3 BKGG a.F. gestützt werden. Die genannte Vorschrift kann auf den vorliegenden Fall - entgegen der Auffassung des LSG - auch nicht entsprechend angewendet werden. § 7 Abs. 1 Nr. 3 BKGG a.F. ist nach Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte (BT-Drucks. IV/818 zu § 7 Abs. 1 Nr. 3 S. 15), eng auszulegen. Ob sich eine ausdehnende Anwendung ausnahmsweise rechtfertigen ließe, wenn sich mehrere öffentlich-rechtliche juristische Personen zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenschließen, kann hier dahinstehen.



Wenn - wie hier - an dieser Gesellschaft auch juristische Personen des Privatrechts beteiligt sind, ist jedenfalls § 7 Abs. 1 Nr. 3 BKGG a.F. nicht anzuwenden.

In der Zeit ab April 1972 können die Ansprüche des Klägers auf Kg somit nur nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 BKGG a.F. ausgeschlossen sein. Danach sind Arbeitnehmer einer Vereinigung, Einrichtung oder Unternehmung vom Bezug des Kg ausgeschlossen, auf deren Arbeitsverhältnis Tarifverträge, die für Arbeitnehmer des Bundes oder eines Landes gelten, oder vergleichbare tarifvertragliche Regelungen angewendet werden. Von dieser Vorschrift werden Unternehmen erfaßt, die in den Formen des Privatrechts organisiert sind, aber zum öffentlichen Dienst im weiteren Sinne gerechnet werden. Zum öffentlichen Dienst im weiteren Sinne gehört ein Unternehmen, wenn es Aufgaben der Daseinsvorsorge, also Aufgaben der Verwaltung im funktionellen Sinne erfüllt (BSGE 32, 102, 103) und wenn für das wirtschaftliche Ergebnis allein die öffentliche Hand einzustehen hat (BSG SozR Nr. 14 zu § 7 BKGG - Aa 30) oder das Unternehmen jedenfalls ganz überwiegend mit öffentlichem Kapital arbeitet (BSG, Urteil vom 19. Dezember 1974 - 8/7 RKg 12/73 - nicht veröffentlicht -). Öffentliche Mittel in diesem Sinne sind Mittel der in § 7 Abs. 1 Nr. 3 BKGG a.F. genannten Institutionen öffentlichen Rechts. Ob diese Voraussetzungen, die ein Unternehmen i.S. des § 7 Abs. 1 Nr. 4 BKGG a.F. kennzeichnen, hier bestehen, kann der Senat mangels entsprechender Feststellungen durch das LSG nicht klären. Das LSG hat allerdings die kapitalmäßigen Beteiligungsverhältnisse festgestellt. Danach wird die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Arbeitgeber des Klägers ist, kapitalmäßig ganz überwiegend von der DBV-L beherrscht. Neben ihrem eigenen Anteil an dieser Gesellschaft hält sie das gesamte Aktienkapital der DBV-AG, 75,4 % der APK und 41,67 % der Partner-GmbH. Die kapitalmäßige Beteiligung an den einzelnen Unternehmen sagt aber noch nichts Endgültiges darüber aus, zu welchem Prozentsatz in dieser Gesellschaft öffentliche Mittel eingesetzt werden. Da anzunehmen ist, daß sich diese Gesellschaft nicht auf die Einstellung des Klägers beschränkt, sondern allgemein einer gemeinsamen Personalverwaltung dient, sind auch die auf die einzelnen Gesellschaften entfallenden Lohn- und Gehaltssummen für die Beurteilung von Bedeutung, mit welchem Anteil an öffentlichen Mitteln die Gesellschaft arbeitet. Hierüber muß das LSG noch Feststellungen



treffen.

Inwieweit die weitere Voraussetzung erfüllt ist, daß die Gesellschaft Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrnimmt, kann ebenfalls noch nicht abschließend entschieden werden. Dabei ist zu berücksichtigen, daß zur Daseinsvorsorge insbesondere auch solche Unternehmungen gehören, die aus Gründen der Fürsorge für die Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu deren Daseinsicherung beitragen sollen. Inwieweit dies bei den einzelnen Unternehmen, die hier als Gesellschafter genannt sind, der Fall ist, ergibt sich aus den Satzungen und Gesellschaftsverträgen. Wenn diese ausweisen, daß die einzelnen Unternehmen zum Bereich des öffentlichen Dienstes im weiteren Sinne zu rechnen sind, dann ist auch eine gemeinsame Personalverwaltung dem öffentlichen Dienst zuzurechnen, weil sie dazu dient, verwaltungsmäßige Voraussetzungen für die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge sicherzustellen. Das gleiche hat auch dann zu gelten, wenn die von den vier Gesellschaften durchgeführten Aufgaben zwar nicht sämtlich, wohl aber weit überwiegend dem Bereich der Daseinsvorsorge zuzurechnen sind und auch das von dieser Personalverwaltungsgesellschaft eingestellte Personal weit überwiegend für Aufgaben der Daseinsvorsorge eingesetzt wird. Wo genau die Grenzen zu ziehen sind, kann erst nach genauer Kenntnis des Sachverhalts entschieden werden. Die dafür erforderlichen Feststellungen muß das ISG noch nachholen.

Steht fest, daß die Gesellschaft der vier DBV-Unternehmen, die hier als Arbeitgeber des Klägers auftritt, zu den Unternehmen nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 BKG a.F. zu rechnen ist, kommt es nach dieser Vorschrift außerdem noch darauf an, ob für das Arbeitsverhältnis des Klägers ein Tarifvertrag für die Arbeitnehmer des Bundes, eines Landes oder ein Tarifvertrag mit vergleichbarem Inhalt angewendet wird. Dem Anstellungsvertrag ist die Anwendung eines solchen Tarifvertrages nicht zu entnehmen. Es bestand zur damaligen Zeit auch kein Tarifvertrag für die vier DBV-Unternehmen, sondern lediglich einer der von der DBV-L und der DBV-AG abgeschlossen war. Auch bei dieser tariflichen Situation und unter Berücksichtigung der ausführlichen Regelung der verschiedensten Ansprüche und Verpflichtungen im Anstellungsvertrag des Klägers ist dennoch nicht auszuschließen, daß ein



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tarifvertrag im Wege stillschweigender Vereinbarung angewandt wurde. Hierfür spricht u.a., daß der für die DBV-L und die DBV-AG geltende Tarifvertrag vom Kläger als der für sein Arbeitsverhältnis gültige Tarifvertrag eingereicht wurde. Das Bundessozialgericht (BSG) hat bereits entschieden, daß auch solche durch Einzelvereinbarungen für das einzelne Arbeitsverhältnis wirksam werdende Tarifverträge im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 4 BKGG a.F. zu beachten sind (BSG SozR Nr. 10 zu § 7 BKGG).

Sollte sich bei den Feststellungen des LSG herausstellen, daß auf das Arbeitsverhältnis des Klägers ein Tarifvertrag angewandt wurde, so sind weitere Feststellungen erforderlich, ob dieser Tarifvertrag – sofern es sich nicht um einen Tarifvertrag des Bundes oder eines Landes handelte – vergleichbare tarifliche Regelungen enthält. Dabei ist nicht nur auf den in Bezug genommenen Tarifvertrag abzustellen, sondern auch auf daneben bestehende betriebliche Regelungen (BSG SozR Nr. 12 zu § 7 BKGG). Wegen der Maßstäbe, die im übrigen bei einem Vergleich des Tarifvertrages mit den Tarifverträgen des Bundes oder eines Landes zu beachten sind, kann auf die ausführliche Darstellung in mehreren Urteilen des BSG Bezug genommen werden (BSG SozR Nr. 3, 6, 10, 11 und 12 zu § 7 BKGG).

Die Anwendbarkeit von § 7 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BKGG a.F. wird nicht, wie die Revision meint, durch § 7 Abs. 4 Nr. 1 BKGG a.F. ausgeschlossen. Richtig ist, daß diese Vorschrift nicht nur auf Personen anzuwenden ist, die nicht vollschichtig oder nicht den ganzen Monat oder vorübergehend überhaupt nicht beschäftigt sind, sondern auch auf Personen, die zwar vollschichtig tätig sind, jedoch nur während eines Teils ihrer Arbeitszeit bei einem Arbeitgeber der öffentlichen Dienstes i.S. des § 7 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BKGG a.F. arbeiten. Maßgebend ist nach dem Zweck der Vorschrift allein der Umfang der Beschäftigung im öffentlichen Dienst; denn es soll durch diese Regelung lediglich verhindert werden, daß diejenigen vom Bezug des Kg ausgeschlossen werden, die nach den für den öffentlichen Dienst geltenden tariflichen Bestimmungen wegen des geringfügigen Umfangs der Beschäftigung dort keinen Anspruch auf Kinderzuschuß haben. Derartige Voraussetzungen liegen beim Kläger nicht etwa



lich organisierte APK arbeitet. Arbeitgeber sind - wie dargestellt - nicht die einzelnen DBV-Unternehmen, sondern die aus diesen vier Unternehmen bestehende Gesellschaft. Bei dieser Gesellschaft ist der Kläger aber mit seiner vollen Arbeitskraft tätig, wobei es unerheblich ist, welchem der Gesellschafter die Arbeitsleistung im einzelnen erbracht wird. Die Tätigkeit bei der APK ist die Erfüllung der nach § 1 Nr. 1 des Vertrages gegenüber der Gesellschaft bestehenden Arbeitsverpflichtung. § 7 Abs. 4 Nr. 1 BKG a.F. kann deshalb nicht angewandt werden. Die vom Kläger vertretene Auffassung, daß es darauf ankomme, für wen er tätig wird, wäre nur dann richtig, wenn die DBV-Unternehmen ihm einzeln als Gesamtgläubiger gegenüberständen, was nicht der Fall ist.

Auch für die Zeit vom 1. Oktober 1971 bis 18. April 1972, also die Zeit vor dem Abschluß des schriftlichen Vertrages, bedarf es für die abschließende Entscheidung noch weiterer tatsächlicher Feststellungen des Berufungsgerichts. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kläger und seinem Arbeitgeber haben sich in dieser Zeit nicht nach dem schriftlichen Vertrag, sondern nach den bei Einstellung und etwa in der Folgezeit getroffenen Vereinbarungen gerichtet. Da ein schriftlicher Vertrag nicht bestand, kommt es auf die mündlichen oder stillschweigend festgelegten Rechtsbeziehungen an. Dabei ist von dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses auszugehen. Die Zahlung von Kg nach dem BKG ist nämlich - im Gegensatz zu Leistungen nach dem früheren KGG vom 13. November 1954 - nicht mehr der Sozialversicherung zuzurechnen, sondern dem Versorgungsrecht (Bley, Sozialrecht, S. 282). Es kann deshalb dahinstehen, ob sich das Arbeitsverhältnis überhaupt heute noch von dem sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis unterscheidet (vgl. Seiter, VSSR 4 - 1976 - S. 179 ff; Heußner, ArbUR 1975, 307 ff). Auch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses kommt jedenfalls - zumal für die Klärung stillschweigender Vereinbarungen - den tatsächlichen Verhältnissen besondere Bedeutung zu (vgl. BAGE 12, 303; 14, 17; 19, 324; AP Nr. 5 zu § 611 BGB Abhängigkeit).

Die bisher vorliegenden Feststellungen erlauben auch insoweit keine abschließende Entscheidung. Denkbar wären mehrere ver-



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



schiedene Vertragsgestaltungen. Es könnte sein, daß die DBV-L, Bezirksdirektion Kiel, die Aufgaben der APK für den dortigen Bezirk in deren Auftrag wahrgenommen hat. In diesem Fall ist naheliegend, daß sie den Kläger als Angestellten der DBV-L eingestellt hat. Dafür spricht, daß die Vereinbarung mit der Bezirksdirektion Kiel der DBV-L geschlossen wurde, der Kläger selbst in einem Fragebogen angegeben hat, er sei Angestellter der DBV-L, und daß der Kläger dieser Stelle disziplinarisch unterstellt war. Falls das Gehalt des Klägers auch von der DBV-L – wenn auch zu Lasten der APK – gezahlt wurde, wäre die DBV-L Arbeitgeber und deshalb § 7 Abs. 1 Nr. 3 BKGG a.F. anzuwenden. Das gleiche würde gelten, wenn die DBV-L, Bezirksdirektion Kiel, den Kläger zunächst für die DBV-L einstellt, dann aber an die APK ausgeliehen hätte; denn bei einem Leiharbeitsverhältnis bleibt der Verleiher regelmäßig Arbeitgeber (Becker, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung Anm. 13). Es könnte allerdings auch sein, daß die DBV-L, Bezirksdirektion Kiel, im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter den Kläger zwar im eigenen Namen eingestellt hat, seine Arbeitsverpflichtung aber gegenüber der APK bestand, d.h. also, der APK auch das Direktionsrecht zustand. In diesem Fall bestünde die persönliche Abhängigkeit des Klägers nicht gegenüber der DBV-L, sondern der APK. Diese wäre dann allein Arbeitgeber. Das kann nämlich nur derjenige sein, zu dem der Arbeitnehmer in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht. Zu der Entscheidung, ob dieser Fall vorlag, bedarf es noch der Feststellung, wie und von wem dem Kläger Weisungen erteilt worden sind.

Die Bezirksdirektion Kiel der DBV-L könnte aber auch dem Kläger gegenüber als bevollmächtigter Vertreter der APK aufgetreten sein und den Anstellungsvertrag in deren Namen abgeschlossen haben. Voraussetzung dafür wäre allerdings, daß die Vertretstellung auch dem Kläger gegenüber zum Ausdruck gekommen ist. Das Innenverhältnis zwischen APK und DBV-L, Bezirksdirektion



- 12 -

Kiel, kann dafür allenfalls als Indiz Bedeutung gewinnen. Sollte die DBV-L - Bezirksdirektion Kiel - als Vertreter der APK aufgetreten sein, so kommt § 7 Abs. 1 Nr. 3 BKGG a.F. nicht in Betracht, da die APK keine juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Es wäre dann auch für den Zeitraum vom 1. Oktober 1971 bis 18. April 1972 zu prüfen, ob § 7 Abs. 1 Nr. 4 BKGG a.F. eingreift. Ferner besteht die Möglichkeit, daß der Kläger Arbeitnehmer einer Gesellschaft geworden ist, die nur aus DBV-L und APK oder auch aus drei oder allen vier DBV-Unternehmen bestanden hat. In diesem Fall gelten die für die Zeit ab 19. April 1972 bereits zu dem schriftlichen Vertrag entwickelten Grundsätze. Schließlich könnten in der Zeit vor Abschluß des schriftlichen Vertrages auch mehrere der DBV-Unternehmen als Gesamtgläubiger aufgetreten sein. In diesem Fall wären alle beteiligten Unternehmen als Arbeitgeber anzusehen und damit auch die DBV-L. Das hätte zur Folge, daß § 7 Abs. 1 Nr. 3 BKGG a.F. grundsätzlich anzuwenden wäre. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift wäre aber nach § 7 Abs. 4 Nr. 1 BKGG a.F. ausgeschlossen, wenn der Kläger im wesentlichen nur für die APK eingesetzt war. Es wäre dann auch hier lediglich noch zu prüfen, ob § 7 Abs. 1 Nr. 4 BKGG a.F. hinsichtlich der APK eingreift.

Zur Klärung, welche dieser Gestaltungsmöglichkeiten gewählt wurde, muß das ISG vor allem die Personen, die damals mit dem Kläger verhandelt haben, die seine Geschäfte überwacht und ihm Weisungen erteilt haben und dem Justitiar der DBV-Unternehmen vernehmen, sowie den Kläger persönlich anhören.

Die vom ISG getroffenen Feststellungen reichen auch noch nicht aus, um eine Rückzahlungspflicht des Klägers für etwa überzahlte Kindergeldleistungen anzunehmen. Richtig ist, daß der Kläger nach § 21 Abs. 1 BKGG a.F. verpflichtet war, eine Änderung der Verhältnisse, die für den Anspruch auf Kg von Bedeutung ist, unverzüglich anzuzeigen. Die Verletzung dieser Anzeigepflicht begründet aber nach § 13 Nr. 1 BKGG a.F. eine Rückzahlungspflicht nur dann, wenn dem Kläger Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Die Annahme grober Fahrlässigkeit läßt sich aber nicht schon damit begründen, daß der Kläger in einem Merkblatt allgemein über seine Anzeigepflicht unterrichtet worden ist und er in einem Fragebogen selbst angegeben hat, er sei bei der DBV-L angestellt. Für die Frage d



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

teils- und Kritikfähigkeit, das Einsichtsvermögen und das Verhalten des Leistungsempfängers sowie auf die besonderen Umstände des Falles an (subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff, BSG SozR 5870 § 13 Nr. 1; BSGE 35, 108, 112 mit weiteren Nachweisen). Grobe Fahrlässigkeit setzt hiernach eine Sorgfaltspflichtverletzung ungewöhnlich hohen Ausmaßes, d.h. eine besonders grobe und auch subjektiv schlechthin unentschuldbare Pflichtverletzung voraus, die das gewöhnliche Maß der Fahrlässigkeit erheblich übersteigt. Subjektiv schlechthin unentschuldbar ist ein Verhalten, wenn schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt werden (vgl. RGZ 163, 106), wenn nicht beachtet wird, was im gegebenen Fall jedem einleuchten mußte (Palandt, BGB, 35. Aufl., § 277, Anm. 2). Diese Kriterien sind zur Bestimmung des Begriffs der groben Fahrlässigkeit im Sinne des § 13 Nr. 1 BGG a.F. gleichermaßen heranzuziehen.

Die besonderen Umstände des Arbeitsverhältnisses des Klägers lassen nicht die Folgerung zu, daß es dem Kläger schlechthin klar sein mußte, daß er dem Arbeitsamt seine neue Stellung anzuzeigen habe. Aus dem Fragebogen, den der Kläger im April 1972 ausgefüllt hat, ergibt sich zwar, daß er selbst der Meinung war, bei einem Arbeitgeber beschäftigt zu sein, der dem öffentlichen Dienst zumindest im weiteren Sinne zuzurechnen ist. Dies allein ist aber, wenn man nicht über genaue Rechtskenntnisse verfügt, noch kein Anlaß, diesem Umstand Bedeutung beizumessen und ihn dem Arbeitsamt anzuzeigen. Veranlassung hierzu besteht regelmäßig nur dann, wenn Begleitumstände auch dem Laien die Annahme aufdrängen, daß diese Veränderung für die Ansprüche auf Kg bedeutsam sein könnte. Im vorliegenden Fall sind solche Umstände jedoch nicht ohne weiteres ersichtlich. Der Kläger erhielt von seinem Arbeitgeber keine dem Kindergeld entsprechende Leistung, sondern lediglich einen Kinderzuschlag von insgesamt 45,-- DM. Hinzu kommt, daß die DBV-L zu dieser Zeit nach den Angaben des Klägers bestritt, zur Zahlung von Kg verpflichtet zu sein (Klageschrift vom 21. November 1972). Bei einer solchen Sachlage, in der sich die Bedeutsamkeit der Veränderung nicht ohne weiteres aufdrängt, sind die folgenden Überlegungen zu beachten, die auch schon dem zur Veröffentlichung bestimmten Urteil des 7. Senats des BSG vom 31. August 1976 - 7 RAR 112/74 -



zugrunde lagen.

Bei der Prüfung, ob ein Verstoß gegen die in einem Merkblatt enthaltene Belehrung als grob fahrlässig anzusehen ist, muß berücksichtigt werden, daß nach der Lebenserfahrung solche Belehrungen dem Bürger nicht stets und täglich gegenwärtig sein können. Das enthebt ihn zwar grundsätzlich nicht der Pflicht, sie zu beachten und sich zu diesem Zweck ihres Inhalts im Einzelfall zu vergewissern. Er muß aber bei der Frage, ob er anderenfalls grob fahrlässig handelt, nach denselben Kriterien die allgemein den Vorwurf grober Fahrlässigkeit rechtfertigen, einen Anlaß sehen, sich mit ihnen (erneut) zu beschäftigen. Grob fahrlässig handelt er nur dann, wenn er in einer bestimmten Lage, auch bei Anwendung der geringsten Sorgfalt, die Notwendigkeit erkennen mußte, diese Belehrungen nunmehr nochmals durchzulesen. Dies kann aber hier im Hinblick auf die dargelegten tatsächlichen Verhältnisse nicht ohne weiteres gesagt werden. Hierzu müßten konkrete Umstände ermittelt werden, aus denen sich ergibt, daß dem Kläger die Bedeutsamkeit des Stellenwechsels für den Anspruch auf K_g klar war oder mindestens schon durch einfachste, ganz nahe-liegende Überlegungen hätte bewußt werden müssen.

Selbst wenn aber für den Kläger hinreichend Anlaß bestanden haben sollte, sich mit dem Merkblatt zu befassen, kommt es auf den Inhalt der in dem Merkblatt enthaltenen Belehrungen an. Eine allgemeine Belehrung des Inhalts, wie sie das LSG in den Urteilsgründen dargestellt hat, daß nämlich der Bezugsberechtigte verpflichtet sei, von rechtlich relevanten Tatsachen rechtzeitig Mitteilung zu machen, ist nicht aussagekräftig genug, dem Leser die Bedeutung einer Beschäftigung im öffentlichen Dienst vor Augen zu führen. Im übrigen wird durch derartige Formulierungen, auch wenn die Beschäftigung im öffentlichen Dienst als Beispielfall genannt sein sollte, dem Verpflichteten eine eigene Wertung eingeräumt in der Weise, daß er nur diejenigen Änderungen anzuzeigen hätte, die für den Anspruch von Bedeutung sind. Es kann dabei dahinstehen, ob der Vorwurf grober Fahrlässigkeit immer schon dann entfällt, wenn der Verpflichtete bei denkbar mehrdeutigen Auslegungsmöglichkeiten einer ihm erteilten Belehrung nur eine



- 15 -

Möglichkeit berücksichtigt, sofern diese nicht ganz abwegig sind (in diesem Sinne Urteil des BSG vom 19. Juni 1975 - 8/7 RKg 11/73 - nicht veröffentlicht). Jedenfalls kann eine abweichende, aber nicht abwegige Wertung einer solchen Belehrung den Vorwurf grober Fahrlässigkeit dann nicht begründen, wenn ein entsprechendes Verhalten des Belehrteten auch ~~dann~~^{nach} den übrigen Umständen diesen Vorwurf nicht rechtfertigt. Dies liegt im Falle des Klägers nahe, weil von seinem Arbeitgeber die Auffassung vertreten wurde, die Beschäftigung bei der DBV-L habe auf den Bezug von Kg keinen Einfluß und auch tatsächlich kein Kinderzuschuß gezahlt wurde. Zur Klärung der Rückzahlungspflicht nach § 13 Nr. 1 BKGG a.F. muß das LSG noch den Inhalt des damals ausgegebenen Merkblatts ermitteln und durch Vernehmung der an den Vertragsverhandlungen Beteiligten sowie durch Anhörung des Klägers aufzuklären suchen, ob Anhaltspunkte bestanden, die den Kläger zur Anzeige veranlassen mußten.

Aus den gleichen Erwägungen ist eine Rückzahlungspflicht nach § 13 Nr. 2 BKGG a.F. nicht ohne weiteres zu begründen. Nach dieser Vorschrift ist überzahltes Kindergeld zurückzuzahlen, wenn der Empfänger wußte, oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß ein Anspruch auf Kindergeld nicht bestand. Hierfür kommt es nämlich nicht allein darauf an, ob der Irrtum des Leistungsempfängers vermeidbar war. Vielmehr ist ausschlaggebend, ob der Irrtum durch Vorkehrungen vermieden werden konnte die sich nach den Umständen des Einzelfalles jedenfalls unabweisbar aufdrängen mußten. Wer wegen eines Irrtums die Vorschriften des § 7 Abs. 1 Nrn. 3 und 4 BKGG a.F. außer acht läßt, handelt nur dann grob fahrlässig, wenn das Absehen von einer Rückfrage bei der Beklagten unter keinem Gesichtspunkt verständlich erscheint. Das ist hier aus den o.a. Gründen jedenfalls dann nicht der Fall, wenn er durch Auskünfte seines Arbeitgebers in der Auffassung bestärkt worden ist, daß die DBV-L zur Zahlung von Leistungen zum Familienlastenausgleich nicht verpflichtet ist und eine Beschäftigung bei diesem Unternehmen auf die Ansprüche nach dem BKGG keinen Einfluß hat. Auch insoweit kann der Senat ohne weitere Feststellungen nicht abschließend entscheiden.



Bei der weiteren Prüfung der Frage, ob eine Rückforderungsmöglichkeit nach § 13 Nr. 3 BKGg a.F. bestand, weil das Kg unter dem Vorbehalt der Rückforderung gezahlt wurde, ist zu prüfen, ob das Rückforderungsbegehren eindeutig zum Ausdruck gebracht worden ist (BSG Urteil vom 31. August 1976 - 7 RAr 112/74 - zur Veröffentlichung bestimmt). Im übrigen kommt die Rückforderung einer unter diesem Vorbehalt gezahlten Leistung nur dann in Betracht, wenn für den Rückforderungsvorbehalt eine rechtliche Grundlage bestand. Das ist regelmäßig nur der Fall, wenn wegen bestehender Unklarheiten oder voraussehbarer Veränderungen über den gesetzlichen Anspruch nicht endgültig entschieden werden konnte (Eckert, BKGg, Stand Mai 1968 Anm.1 zu § 13).

Die Kostenentscheidung bleibt dem abschließenden Urteil des LSG vorbehalten.



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)