

Bundessozialgericht

Az.: 8/7 RKg 6/73

Zugestellt am  
29. Januar 1975

Reg.Hauptsekretär  
als Urk. Beamter  
der Gesch.Stelle

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

U r t e i l

in dem Rechtsstreit:

.....,  
Kläger und Revisionskläger,  
Prozeßbevollmächtigter: .....,

g e g e n

.....,  
Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 8. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 19. Dezember 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. M a i s c h , die Richter Dr. K a i s e r und T h o m a s und die ehrenamtlichen Richter S e m m e l b a u e r und Dr. F r o m e n für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 15. Februar 1973 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.



- 2 -

## G r ü n d e :

### I

Der Kläger begehrt Kindergeld für die Zeit von Mai 1970 bis Mai 1971 unter Berücksichtigung seines am 16. Juni 1949 geborenen Sohnes Hans-Werner Pf. (Pf.), der sich während dieser Zeit in Berufsausbildung befunden habe.

Pf. ist das älteste von insgesamt fünf ehelichen Kindern des Klägers. Ab Juli 1967 erhielt der Kläger nur noch Kindergeld ohne Berücksichtigung des Pf. Dieser hatte nach dem Besuch der Volksschule zunächst eine Beschäftigung als Hilfsarbeiter in einer Eisenwarenhandlung und einer Sperrholzfabrik aufgenommen und war seit September 1966 Bauhilfsarbeiter bei der Firma Paul L. & Co. Aufgrund eines "Umschulungsvertrages" vom 15. April 1969 wurde Pf. vom 1. April 1969 an in seiner Firma zum Maurer-Facharbeiter ausgebildet. Die verkürzte Ausbildungszeit betrug zwei Jahre und Pf. hat sie mit der Facharbeiterprüfung abgeschlossen. Nach § 4 des Umschulungsvertrages richtete sich der Lohn "nach den tariflichen Vorschriften". Tatsächlich erhielt Pf. nach den Feststellungen des Landesozialgerichts (LSG) Stundenlohn, und zwar seit Februar 1970 4,83 DM je Stunde und vom 1. Mai 1970 - 2. Januar 1971 sowie vom 22. März - 15. Mai 1971 5,56 DM je Stunde.

Auf eine entsprechende Anfrage des Klägers gewährte ihm das Arbeitsamt Paderborn ab 1. Juni 1969 erneut Kindergeld unter Berücksichtigung des Pf. (Bescheid vom 8. Dezember 1969). Nachdem die Kindergeldkasse festgestellt hatte, daß Pf. seit Februar 1970 einen Stundenlohn von 4,83 DM erhielt (der Tariflohn eines Bauhilfsarbeiters betrug damals 4,67 DM), wurde dem Kläger ab Mai 1970 Kinder-



- 3 -

geld wiederum ohne Berücksichtigung des Pf. gewährt (Bescheid vom 20. März 1970). Der Widerspruch wurde mit Bescheid vom 2. November 1970 zurückgewiesen.

Das Sozialgericht (SG) zog eine Auskunft des Arbeitgebers vom 14. Dezember 1971 (Bl. 13 der SG-Akte) heran, in der es u.a. heißt, Pf. sei übertariflich bezahlt worden, um eine wesentliche Schlechterstellung gegenüber der bisherigen Entlohnung als Hilfsarbeiter zu vermeiden. Auch sei weiter wie bisher Stundenlohn gezahlt worden und kein Monatslohn. Das SG hat die Beklagte verurteilt, dem Kläger unter Berücksichtigung des Pf. in der Zeit vom 1. Mai 1970 bis 15. Mai 1971, mit Ausnahme der Zeit seiner Arbeitslosigkeit (2.1.1971 bis 22.3.1971), Kindergeld zu gewähren (Urteil vom 7. Juni 1972). Zur Begründung hat es u.a. ausgeführt, Pf. habe sich bis zum 15. Mai 1971 in einer Berufsausbildung zum Maurer-Facharbeiter befunden. Die Zahlung von Stundenlöhnen, die jeweils höher als der Tariflohn eines Bauhilfsarbeiters gewesen sei, sei vergönungsweise erfolgt, ohne daß Pf. darauf einen Anspruch gehabt habe. Er habe seine Ausbildung auch nicht im Rahmen oder neben einer Erwerbstätigkeit erhalten. Seine Beschäftigung als Bauhilfsarbeiter sei mit Beginn des Ausbildungsverhältnisses beendet gewesen.

Das ISG hat auf die zugelassene Berufung das Urteil des SG geändert und die Klage abgewiesen (Urteil vom 15. Februar 1973). Es hat u.a. unter Hinweis auf eine weitere Auskunft der Beschäftigungsfirma vom 9. Februar 1973 (Bl. 54 der ISG-Akte) ausgeführt, Pf. sei während der Ausbildungszeit überwiegend in der Verrichtung von Facharbeiten des Bau-gewerbes unterwiesen worden, wofür ihm an sich nach dem Umschulungsvertrag und dem geltenden Tarifvertragsrecht nur eine monatliche Ausbildungsbeihilfe zugestanden hätte,

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



- 4 -

die selbst für das dritte Ausbildungsjahr erheblich unter dem monatlich erzielten Tariflohn eines Bauhilfsarbeiters gelegen habe. Tatsächlich habe er aber bei gleichbleibender Arbeitsumgebung regelmäßig dasjenige Einkommen – und zwar seit Juni 1970 über Tariflohn – tatsächlich weiter erzielt, das er auch als Bauhilfsarbeiter verdient hätte. Damit hätte er seinen Lebensunterhalt jedoch selbst bestreiten können. Es habe sich dabei nicht – wie das SG meine – um eine vergönungsweise Zuwendung gehandelt, denn Pf. habe im Gegensatz zu der früheren Hilfsarbeitertätigkeit Maurer- und Putzarbeiten geleistet, was zwar zum Erwerb der Facharbeiterqualifikation zweifelsfrei erforderlich gewesen sei, was jedoch andererseits auch verdeutliche, daß erfolgsbezogene Arbeit geleistet worden sei, welche mindestens den Wert einer Bauhilfsarbeitertätigkeit behabt habe. Die Regelmäßigkeit der Entgeltzahlung und der tatsächliche Arbeitsinhalt während des Ausbildungsverhältnisses lasse dieses als im Rahmen einer Erwerbstätigkeit vollzogen erscheinen, die seinen vollen Unterhalt nicht nur nach dem wirklichen Willen der Parteien sicherstellen sollte, sondern auch tatsächlich sichergestellt habe. Eine Berufsausbildung i.S. von § 2 Abs. 2 Nr. 1 Bundeskindergeldgesetz (BKGG) habe daher nicht vorgelegen.

Die von dem LSG zugelassene Revision hat der Kläger in rechter Form und Frist eingelegt und begründet. Er führt u.a. aus: Die Umschulung des Pf. sei nicht im Rahmen einer entgeltlichen Berufstätigkeit erfolgt. Der volle Lohn sei nur vergönungsweise gezahlt worden. Hätte der Arbeitgeber nicht aus Freigiebigkeit den Tariflohn eines ungelernten Arbeiters gezahlt, hätte Pf. nur die tarifliche Ausbildungsbeihilfe zugestanden. In diesem Falle hätte der Kläger zweifelsfrei einen Anspruch auf Kindergeld unter Berücksichtigung seines ältesten Sohnes für die streitige Zeit



- 5 -

gehabt. Dieser Anspruch könne nicht daran scheitern, daß ein Dritter aus Freigiebigkeit und Kulanz durch Vereinbarung mit dem Sohn des Klägers eine "Ausbildungsbeihilfe" in Höhe eines Lohnanspruchs gewähre.

Der Kläger beantragt, unter Aufhebung des Urteils des LSG für das Land Nordrhein-Westfalen vom 15. Februar 1973 die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG Detmold vom 7. Juni 1972 zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Beide Beteiligte haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung (§ 124 Abs. 2 des Sozialgerichtsgesetzes - SGG -) einverstanden erklärt.

## II

Die durch Zulassung statthafte Revision des Klägers ist unbegründet. Das LSG hat im Ergebnis zutreffend die Klage abgewiesen, weil der älteste Sohn des Klägers (Pf.) sich während der streitigen Zeit nicht in Berufsausbildung i.S. von § 2 Abs. 2 Nr. 1 BKGG befunden hat und deshalb bei der Bemessung des Kindergeldanspruchs des Klägers (als Zählkind) nicht berücksichtigt werden kann.

Pf. war, als er am 1. April 1969 eine zweijährige Umschulung vom Bauhilfsarbeiter zum Maurer in seiner bisherigen Beschäftigungsfirma begann, 19 Jahre alt. Während der Umschulungszeit wurden ihm unstreitig die für den angestrebten Beruf eines Maurers erforderlichen



- 6 -

Kenntnisse und Fähigkeiten vorwiegend durch praktische Unterweisungen vermittelt. Dennoch befand sich Pf. während dieser Zeit nicht in Schul- oder Berufsausbildung i.S. von § 2 Abs. 2 Nr. 1 BKG. Wie schon der 7. Senat des Bundessozialgerichts (BSG) zutreffend entschieden hat (vgl. BSG 31, 152, 154), erscheint es wegen der Funktionsgleichheit von Waisenrenten und Kinderzuschuß (§§ 1262, 1267 Satz 2 der Reichsversicherungsordnung - RVO -, 39 Abs. 3, 44 Satz 2 des Angestelltenversicherungsgesetzes - AVG -) einerseits sowie Kindergeld andererseits geboten, den dortigen Begriff der Schul- und Berufsausbildung auch für § 2 Abs. 2 Nr. 1 BKG zu übernehmen. Die genannten Leistungen werden nach ihrem Zweck dem Berechtigten nicht zur freien Verfügung, sondern zum Unterhalt des Kindes gewährt. Der Begriff der Schul- und Berufsausbildung wird zwar durch die genannten Regelungen der Waisenrente, des Kinderzuschusses und des Kindergeldes nicht schon durch den Gesetzeswortlaut eingeschränkt. Wie das BSG jedoch bereits mehrfach entschieden hat (vgl. SozR Nr. 25, 31, 44 zu § 1267), ist nicht jede Ausbildung, der sich ein Kind nach Vollendung des 18. Lebensjahres unterzieht, als Schul- oder Berufsausbildung i.S. der genannten Vorschriften anzusehen. Sinn und Zweck der getroffenen Regelungen über einen verlängerten Anspruch auf Waisenrente gehen vielmehr dahin, die Fälle zu erfassen, in denen das Kind entgegen der sonst angenommenen Regel auch nach Vollendung des 18. Lebensjahres noch auf elterliche Unterhaltsleistungen angewiesen ist, weil seine Ausbildung noch nicht abgeschlossen ist und es sich deshalb noch nicht selbst unterhalten kann. Sowohl der Anspruch auf Kinderzuschuß und Waisenrente, als auch auf Kindergeld ist daher nur dann begründet, wenn das Kind infolge dieser Ausbildung gehindert ist, sich selbst den ausreichenden Lebensunterhalt zu verdienen (SozR Nr. 44 aaO). Der erkennende Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an, so daß bei der Be-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



- 7 -

messung des Kindergeldanspruches ein Kind, das das 18. Lebensjahr vollendet hat und für einen zukünftigen Beruf ausgebildet wird, z.B. dann nicht i.S. von § 2 Abs. 2 Nr. 1 BKGG berücksichtigt werden kann, wenn die Schul- oder Berufsausbildung seine Arbeitskraft nur insoweit in Anspruch nimmt, daß es daneben in der Lage ist, wenigstens eine halbtägige lohnbringende Beschäftigung auszuüben (BSG 31, 152, 155; 27, 192, 195; 23, 227, 228; 21, 185, 189) oder sich die Ausbildung im Rahmen einer Erwerbstätigkeit vollzieht, die den vollen Unterhalt des Kindes sichert, so daß es auf keine andere Erwerbstätigkeit mehr angewiesen ist (SozR Nr. 44 aaO). So hat der 4. Senat des BSG (SozR Nr. 15 zu § 1267 RVO) eine Berufsausbildung bei einem Polizeibeamten auf Probe verneint, der vor der Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit bei Fortzahlung der vollen Besoldungsbezüge an einem Lehrgang in einer Polizeischule teilgenommen hat, ebenso der 11. Senat (SozR Nr. 25 zu § 1267) bei einem Beamten des mittleren Dienstes, der bei Weiterzahlung seiner beamtenrechtlichen Dienstbezüge auf den gehobenen Dienst vorbereitet wurde, und schließlich der 1. Senat (SozR Nr. 31 zu § 1267 RVO) bei einem Offiziersanwärter, der als Soldat auf Zeit Dienstbezüge nach dem Bundesbesoldungsgesetz erhielt und (SozR Nr. 44 zu § 1267 RVO) bei einem Offiziersanwärter und Offiziersassistenten zur See während der Zeit der Ausbildung zum nautischen Offizier, während derer er die Höher eines Matrosen erhielt. Ein Anspruch auf Weisenrente ist dagegen bejaht worden bei Inspektorenanwärtern, die während des Vorbereitungsdienstes lediglich Unterhaltszuschuß erhielten, und zwar unabhängig von der Höhe dieses Zuschusses (BSG 9, 196, 198/9), auch wenn dieser in Höhe der zuletzt bezogenen Angestelltenvergütung, jedoch ohne allgemeine tarifliche Erhöhungen gezahlt wurde (BSG 25, 276, 277), bei Studienreferendaren (SozR Nr. 52

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



zu § 1267 RVO) und bei einem Lernpfleger während der Ausbildung zum Krankenpfleger, in der er ein "Ausbildungsgeld" in Höhe des Tarifgehalts eines Krankenhelfers erhielt (Urteil des 5. Senats vom 30. Oktober 1974 - 5 RJ 77/73). Maßgeblich ist danach vor allem die Art der gezahlten Vergütung, ob es sich nämlich um ein Unterhalts- oder Ausbildungs"geld" oder -"zuschuß", oder um Dienstbezüge bzw. Lohn oder Gehalt handelt, wobei es nicht entscheidend darauf ankommt, ob gezahlter Lohn oder gezahltes Gehalt das volle Entgelt für eine erbrachte Arbeitsleistung darstellt. Wenn voller Lohn oder volles Gehalt (weiter-) gezahlt werden, obwohl während der Ausbildung keine entsprechende Arbeitsleistung erbracht wird, besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Waisenrente, Kinderzuschuß oder Kindergeld. Für eine andersartige Abgrenzung etwa nach der nominellen Höhe der Bezüge im Vergleich zu dem jeweiligen Unterhaltsbedarf bietet § 2 Abs. 2 Nr. 1 BKGG keine hinreichende Handhabe; sie wäre auch nur schwer möglich und würde in der praktischen Anwendung wohl nicht zu einheitlichen befriedigenden Ergebnissen führen. Der 12. Senat hat in seinem Urteil vom 27. Juni 1973 (SozR Nr. 52 zu § 1267 RVO am Ende) dargelegt, daß bei der derzeitigen Regelung der Ausbildungsvergütung im öffentlichen Recht ein Abweichen von der bisherigen Rechtsprechung im Recht der Rentenversicherung nicht vertretbar sei, so daß die Gewährung eines Unterhaltszuschusses an einen Studienreferendar den Anspruch auf Waisenrente (§ 1267 Satz 2 RVO) auch dann nicht ausschließe, wenn er möglicherweise für seinen Lebensunterhalt ausreicht. Das gleiche muß auch bei anderen Ausbildungsverhältnissen außerhalb des öffentlichen Dienstes gelten. Auch hier kann es zwar nicht allein darauf ankommen, ob während bestimmter Zeiten Kenntnisse und Fertigkeiten für einen zukünftigen gegen Entgelt auszuübenden Beruf vermittelt werden, sondern



es ist auch die gezahlte Vergütung nicht nur der Höhe, sondern auch ihrer Art nach in Betracht zu ziehen; diese steht aber dem Anspruch nicht entgegen, wenn es sich um eine "Ausbildungsvergütung" handelt. Es ist daher gerechtfertigt, weiterhin daran festzuhalten, daß die Zahlung von Unterhalts- oder Ausbildungszuschüssen bzw. Beihilfen dem Anspruch auf Kinderzuschuß, Waisenrente und Kindergeld nicht entgegensteht. Etwas anderes gilt aber für die Zahlung vollen Gehaltes oder Lohnes bzw. voller Dienstbezüge während einer Ausbildung eines über 18-jährigen Kindes für einen zukünftigen Beruf. Unterhaltszuschüsse, Ausbildungsbeihilfen usw. sind in der Regel so bemessen, daß der Unterhaltsbedarf des Auszubildenden entsprechend seinem Alter, teilweise auch Familienstand und Stand seiner Ausbildung nicht voll gedeckt und er deshalb in der Regel auf Unterhaltsleistungen seiner Eltern oder anderer unterhaltspflichtiger Verwandter angewiesen ist, während Dienst-, Gehalts- oder Lohnbezüge dazu bestimmt sind, den angemessenen Lebensunterhalt sicherzustellen, womit nach dem Sinn und Zweck des § 2 Abs. 2 Nr. 1 BKGG die Gewährung von Kindergeld ausgeschlossen ist.

Nach dem "Umschulungsvertrag" (§ 4) sollte Pf. während der zweijährigen Umschulung "Lohn .... nach den tariflichen Vorschriften" erhalten. Das LSG hat unter Bezugnahme auf die Tarifverträge für das Baugewerbe in den von ihm genannten Fassungen unangegriffen festgestellt, daß Lehrlinge und Anlernlinge bzw. Auszubildende keinen Lohn, sondern eine monatliche Ausbildungsbeihilfe erhalten (vgl. dazu Bundesrahmentarifvertrag vom 31. März 1965 und Tarifvertrag Anhang 1 II vom 20. März 1970 § 4) und daß diese Beihilfe erheblich niedriger war als der monatlich erzielbare Tariflohn eines Bauhilfsarbeiters und damit auch niedriger als das Entgelt, das Pf. gezahlt wurde.



- 10 -

Er erhielt nämlich Stundenlohn, der während der "Ausbildungszeit" von 4,83 DM auf 5,56 DM erhöht wurde und, wie das LSG auf Seite 9 des Urteils festgestellt hat, seit Juni 1970 über dem tariflichen Stundenlohn eines Bauhilfsarbeiters lag. Nach den Feststellungen des LSG auf den Seiten 3 und 4 des Urteils war dies auch schon seit Februar 1970 bzw. seit 1. Mai 1970 der Fall: Stundenlohn 4,83 DM gegenüber Tariflohn von 4,67 DM bzw. ab 1. Mai 1970 : 5,56 DM gegenüber 5,15 DM. Aus der vom LSG mehrfach zitierten Arbeitgeber-Auskunft vom 14. Dezember 1971 ergibt sich nebenbei, daß der Lohn während der "Ausbildung" sechsmal erhöht wurde. Sowohl aus dem Wortlaut des § 4 des Umschulungsvertrages - Lohn - als auch aus dem tatsächlich gezahlten Entgelt ergibt sich also, daß Pf. während der Ausbildung keine Ausbildungsbeihilfe, sondern wie vorher weiterhin den Lohn, und zwar in der hier strittigen Zeit sogar den übertariflichen Lohn eines Bauhilfsarbeiters bezogen hat. Wenn er diesen Lohn erhielt, um, wie sich der Arbeitgeber ausgedrückt hat, "eine wesentliche Schlechterstellung gegenüber der bisherigen Entlohnung als Hilfsarbeiter zu vermeiden" (Urt. S. 4), rechtfertigt das den vom SG und dem Kläger gezogenen Schluß nicht, es habe sich um sog. vergünstigungsweise gezahlte Bezüge gehandelt, die deshalb nicht berücksichtigt werden könnten. Allerdings hat Pf. während der Umschulungszeit kaum noch Tätigkeiten eines Bauhilfsarbeiters geleistet, sondern solche, die zum Beruf eines Maurers gehören, um diesen zu erlernen. Es kann letztlich dahinstehen, ob diese Arbeiten für den Arbeitgeber einen wirtschaftlichen Wert darstellen, der dem Lohn eines Bauhilfsarbeiters entsprach; immerhin war Pf. wesentlich älter als gewöhnlich Lehrlinge im Baugewerbe zu sein pflegen, und er verfügte auch bereits über einschlägige Erfahrungen aus seiner vorausgegangenen mehr als zweijährigen Beschäftigung als

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87 a ff. UrhG geschützt.



Bauhilfsarbeiter. Es liegt daher die Annahme nahe, daß die Tätigkeit des Pf. für den Unternehmer von einem der Entlohnung entsprechenden wirtschaftlichen Wert gewesen ist. Darauf kam es aber nicht an. Denn entscheidend kann nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes insoweit nur sein, daß er unter voller Weiterzahlung und zwischenzeitlicher Erhöhung seines bisherigen Lohnes ausgebildet wurde, so daß dadurch während der Ausbildungszeit sein Lebensunterhalt weiterhin als sichergestellt angesehen werden muß.

Danach hatte der Kläger für die streitige Zeit keinen Kindergeldanspruch unter Berücksichtigung seines ältesten Sohnes als Zählkind.

Die Revision mußte daher zurückgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

