

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

17.09.1991

**Geschäftszahl**

10ObS229/91

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Resch als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Mag. Engelmaier und Dr. Angst als weitere Richter und die fachkundigen Laienrichter Dr. Dietmar Strimitzer (Arbeitgeber) und Univ.Prof. Dr. Walter Schrammel (Arbeitnehmer) in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Erwin M\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Jörg Hobmeier und Dr. Hubertus Schumacher, Rechtsanwälte in Innsbruck, wider die beklagte Partei PENSIONSVERSICHERUNGSANSTALT DER ANGESTELLTEN, 1021 Wien, Friedrich Hillegeist-Straße 1, vertreten durch Dr. Alfred Kasamas, Rechtsanwalt in Wien, wegen Kinderzuschusses infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 14. Mai 1991, GZ 5 Rs 61/91-12, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Arbeits- und Sozialgerichtes vom 14. Februar 1991, GZ 42 Cgs 145/90-8, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, dem Kläger binnen 14 Tagen die einschließlich 301,92 S Umsatzsteuer mit 1.811,52 S bestimmten halben Revisionskosten zu ersetzen.

**Text**
**Entscheidungsgründe:**

Der Kläger bezieht von der beklagten Partei seit 1. 11. 1989 eine Berufsunfähigkeitspension.

Mit Bescheid vom 1. 8. 1990 wies die beklagte Partei den Antrag des Klägers vom 26. 2. 1990 auf Gewährung eines Kinderzuschusses für seinen am 4. 7. 1966 geborenen Sohn Martin mangels der Voraussetzungen des § 252 Abs 2 Z 1 ASVG in der bis 31. 12. 1987 geltenden Fassung ab.

Die dagegen rechtzeitig erhobene, zunächst auf einen Kinderzuschuß für den genannten Sohn im gesetzlichen Ausmaß von der "Antragstellung" an jeweils für die Dauer der Polierschule gerichtete Klage stützt sich darauf, daß dieser Sohn, der gelernter Maurer sei, von Dezember 1989 bis April 1990 eine Polierschule in I\*\*\*\*\* besucht habe und diesen Lehrgang im selben Zeitraum der Jahre 1990 und 1991 fortsetzen werde. Die Polierschule stelle eine Berufsausbildung iS des § 252 ASVG dar. In der Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung vom 14. 2. 1991 modifizierte der Kläger das Klagebegehren dahin, daß die beklagte Partei schuldig sei, ihm den Kinderzuschuß für das Kind Martin, geb 4. 7. 1966, vom 26. 11. 1989 bis 6. 4. 1990 und vom 15. 11. 1990 bis 6. 4. 1991 im gesetzlichen Ausmaß zu gewähren.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung der Klage. Sie gestand zu, daß der genannte Sohn des Klägers nach Abschluß seiner Maurerlehre seit 15. 11. 1989 die Höhere technische Bundeslehr- und Versuchsanstalt I\*\*\*\*\*, Fachrichtung "Bauhandwerker Maurer" besuche, wendete aber ein, daß er (seither) Arbeitslosengeld von 272,40 S täglich bzw 8.441,- S monatlich beziehe. Wegen dieser mit der Berufsausbildung verbundenen, die Selbsterhaltung sichernden Bezüge sei die Kindeseigenschaft nicht mehr gegeben.

Das Erstgericht gab dem modifizierten Klagebegehren statt, trug dem Versicherungsträger allerdings - entgegen

§ 89 Abs 2 ASGG - keine vorläufige Zahlung auf.

Dabei ging es von folgenden Tatsachenfeststellungen aus:

Der am 4. 7. 1966 geborene Sohn des Klägers, Martin, schloß seine von 1981 bis 1984 dauernde Maurerlehre im Oktober 1984 erfolgreich ab. Er ist in L\*\*\*\*\* als Maurer beschäftigt. Während der Saisonarbeitslosigkeit besucht er seit dem Schuljahr 1989/90 als ordentlicher Schüler die Fachschule für Bauhandwerker an der HTL I\*\*\*\*\*. Das Schuljahr dauert jeweils vom 15. 11. bis 6. 4. Der Unterricht findet von Montag bis Freitag ganztägig statt. Die Zahl der täglichen Unterrichtsstunden schwankt zwischen 7 und 10 mit einem Durchschnittswert von 8,8. An zusätzlicher Lernzeit wendet Martin täglich etwa 2 Stunden auf. Im 1. Jahrgang gab es 12 Unterrichtsgegenstände, im 2. 14. Das Ziel dieses Schulbesuches ist die Ausbildung zum Maurerpolier. Martin mußte sich wegen der großen Entfernung seines Wohnortes vom Schulort in dessen Nähe ein Zimmer mieten, wofür er monatlich 1.500 S zahlt. Mangels einer Zugverbindung zwischen Wohn- und Schulort benützt er für die (wöchentlichen) Fahrten zwischen diesen beiden Orten, aber auch für die täglichen Fahrten zwischen seinem gemieteten Zimmer und der Schule seinen PKW. Er muß sich selbst verpflegen. Hefte, Zeichenmaterial etc kosten pro Schulsaison etwa 2.000,- S. Schulgeld wird ihm nicht ausgezahlt. Martin bezieht vom Arbeitsamt L\*\*\*\*\* infolge der Ausnahmebestimmung des § 12 Abs 4 AIVG trotz dieser Berufsausbildung Arbeitslosengeld. Dieses betrug vom 27. 11. 1989 bis 31. 3. 1990 272,30 S täglich und vom 14. 11. 1990 bis 6. 2. 1991 285,20 S täglich und beträgt seit 7. 2. 1991 264,80 S täglich. Er bezieht aber keine Beihilfe nach dem AMFG.

Daraus, daß der Sohn des Klägers das Arbeitslosengeld auch, und zwar ohne die Ausnahmebestimmung des § 12 Abs 4 AIVG, bezogen hätte, wenn er sich (während der winterlichen Saisonarbeitslosigkeit) nicht in einer Schul- oder Berufsausbildung befunden hätte, zog das Erstgericht den rechtlichen Schluß, daß diese Ausbildung und der Bezug des Arbeitslosengeldes in keinem Sachzusammenhang stünden. Deshalb handle es sich beim Arbeitslosengeld nicht um im Rahmen der die Arbeitskraft überwiegend beanspruchenden Schul- und Berufsausbildung, sondern neben dieser Ausbildung erzielte, die Kindeseigenschaft nicht berührende Einkünfte.

Das Berufungsgericht gab der wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobenen Berufung der beklagten Partei Folge und änderte das erstgerichtliche Urteil im klageabweisenden Sinne ab.

Der Grund, dem Sohn des Klägers während seiner weiteren Berufsausbildung Arbeitslosengeld zu gewähren, könne nur die zunächst im § 1 Abs 1 lit d AMFG normierte Verpflichtung zur Förderung der Berufsausbildung sein. Daher sei auch im § 19 Abs 1 lit b leg cit festgeschrieben, daß zur Erlangung eines Arbeits- oder Ausbildungsplatzes oder zur Sicherung einer Beschäftigung oder Ausbildung Beihilfen gewährt werden könnten, um eine Ein-, Um- oder Nachschulung oder eine unter lit a nicht erfaßte berufliche Ausbildung zu erleichtern, eine Arbeiterprobung, eine Berufsvorbereitung oder ein Arbeitstraining zu ermöglichen und eine Weiterentwicklung im Beruf zu fördern. Die Erlangung einer weiteren Qualifikation und berufliche Weiterbildung lägen daher durchaus auch im Interesse der Arbeitsmarktverwaltung, die derartige Bestrebungen von Dienstnehmern zu fördern habe. Da sich der Sohn des Klägers einer solchen beruflichen Weiterentwicklung unterziehe, sei die Gewährung des Arbeitslosengeldes während der Zeit der Fortbildung nach § 12 Abs 4 AIVG durchaus gerechtfertigt und könne eine sachliche Differenzierung zwischen der Gewährung einer unmittelbaren Beihilfe zur beruflichen Fortbildung nach dem AMFG und der Gewährung des Arbeitslosengeldes trotz eines hauptberuflichen Schulbesuches nicht vorgenommen werden. Deshalb sei die eine Voraussetzung des Kinderzuschusses bildende Kindeseigenschaft zu verneinen.

Dagegen richtet sich die Revision des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung (der Sache) mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im klagestattgebenden Sinne abzuändern.

Die beklagte Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die nach § 46 Abs 3 ASGG auch bei Fehlen der Voraussetzungen des Abs 1 leg cit zulässige Revision ist nicht berechtigt.

Nach dem gemäß § 274 ASVG auch für die Gewährung von Kinderzuschüssen zur Berufsunfähigkeitspension entsprechend geltenden § 262 Abs 1 leg cit gebührt zu den Leistungen aus den Versicherungsfällen des Alters und zur Invaliditäts(hier: Berufsunfähigkeits)pension für jedes Kind (§ 252) ein Kinderzuschuß, der über das vollendete 18. Lebensjahr nur auf besonderen Antrag gewährt wird.

Da der Sohn des Klägers das 18. Lebensjahr schon vor dem 1. 1. 1988 vollendet hatte, ist § 252 Abs 2 Z 1 ASVG nach Art VI Abs 13 der 44. ASVG-Nov nicht idF des Art IV Z 10 dieser Nov, sondern in folgender, bis 31. 12. 1987 geltender Fassung anzuwenden:

"Die Kindeseigenschaft besteht auch nach der Vollendung des 18. Lebensjahres, wenn und solange das Kind 1. sich in einer Schul- oder Berufsausbildung befindet, die seine Arbeitskraft überwiegend beansprucht, längstens bis zur Vollendung des 26. Lebensjahres;..."

Der erkennende Senat hat schon in der Grundsatzentscheidung SSV-NF 1/39 eingehend begründet, daß es nach dieser Fassung des § 252 Abs 2 Z 1 ASVG - anders als nach der Urfassung dieser Gesetzesstelle - für die Kindeseigenschaft nach Vollendung des 18. Lebensjahres nicht mehr darauf ankommt, ob sich das Kind wegen wissenschaftlicher oder sonstiger regelmäßiger Schul- oder Berufsausbildung noch nicht selbst erhalten kann, sondern nur mehr darauf, ob sich das Kind in einer Schul- oder Berufsausbildung befindet, die seine Arbeitskraft überwiegend beansprucht, weshalb neben einer solchen Ausbildung erzielte Einkünfte jeglicher Art weder den Grund noch die Höhe des Anspruches auf Waisenpension berühren.

Wenn ein Kind sich in einer "hauptberuflichen" Ausbildung befindet, dann wird seine Arbeitskraft dadurch so in Anspruch genommen, daß ihm (daneben) eine die Selbsterhaltungsfähigkeit garantierende Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden kann. Übt es eine solche aber dennoch aus, so vernichtet das seinen Anspruch auf Waisenpension nicht (SSV-NF 2/35).

Diese Wertung trifft jedoch nach der letztzeit E dann nicht zu, wenn eine Erwerbstätigkeit gleichzeitig der Ausbildung dient, letztere also die gleichzeitige Betätigung der Arbeitskraft in einer Erwerbstätigkeit nicht ausschließt, so daß es zu einer Überlagerung beider Betätigungen kommt. Eine die Kindeseigenschaft verlängernde Berufsausbildung iS des § 252 Abs 2 Z 1 ASVG liegt daher nur dann vor, wenn im Rahmen der Ausbildung kein oder kein die Selbsterhaltungsfähigkeit sicherndes Entgelt bezogen wird. Das hat auch für eine die Arbeitskraft überwiegend beanspruchende Ausbildung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses zu gelten, wenn allein die Ausbildung die Grundlage für den Bezug eines den Lebensunterhalt sichernden Einkommens darstellt, weil Ausbildung und Einkommen auch hier in einem untrennbaren Sachzusammenhang stehen. Bezieht jemand, der für einen Beruf ausgebildet wird, dafür, daß er sich der Ausbildung unterzieht, eine die Selbsterhaltungsfähigkeit sichernde Gegenleistung, dann sind die Voraussetzungen des § 252 Abs 2 Z 1 ASVG nicht mehr gegeben.

Ein solcher untrennbarer Sachzusammenhang wurde zB in der Entscheidung SSV-NF 2/35 beim Bezug eines nach § 20 Abs 2 AMFG gewährten Zuschusses zur Deckung des Lebensunterhaltes während eines im Rahmen der Bestimmungen des genannten Gesetzes durchgeführten Büropraxiskurses für Maturanten, in der Entscheidung SSV-NF 4/9 für Rechtspraktikanten und in den Entscheidungen SSV-NF 4/39 und jüngst 28. 5. 1991 10 Ob S 134/91 für Lehrlinge bejaht.

Der Sohn des Klägers war als bei einem Dienstgeber beschäftigter Dienstnehmer nach § 1 Abs 1 AlVG für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert. Anspruch auf Arbeitslosengeld hat nach § 7 leg cit, wer 1. arbeitsfähig, arbeitswillig und arbeitslos ist ... Nach § 12 leg cit ist arbeitslos, wer nach Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses keine neue Beschäftigung gefunden hat (Abs 1). Als arbeitslos iS des Abs 1 ... gilt insbesondere nicht, wer in einer Schule oder einem geregelten Lehrgang - so ... als Schüler einer Fachschule oder einer mittleren Lehranstalt - ausgebildet wird oder, ohne daß ein Dienstverhältnis vorliegt, sich einer praktischen Ausbildung unterzieht (Abs 3 lit f). Von den letztzeit Bestimmungen kann das Arbeitsamt in berücksichtigungswürdigen Fällen Ausnahmen zulassen, insbesondere, wenn der Arbeitslose dem Studium oder der praktischen Ausbildung bereits während des Dienstverhältnisses, das der Arbeitslosigkeit unmittelbar vorangegangen ist, oblag (Abs.4). Nach- und Umschulung und der Besuch einzelner Lehrkurse zur Erweiterung der fachlichen oder Allgemeinbildung gelten nicht als Beschäftigung iS der Abs 1 ...(Abs 5).

Dirschmied, AlVG2 96 f Erl 4.7 führt zu § 12 Abs 4 unter Berufung auf Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes aus, bei der Beurteilung der Frage, ob ein berücksichtigungswürdiger Fall vorliege, sei einerseits die Lage auf dem Arbeitsmarkt, insbesondere die regionale Situation, andererseits auch die individuelle Situation des Arbeitslosen zu würdigen. In letzterem Fall sei zu erheben, ob ohne Erteilung der Ausnahmegenehmigung die vom Arbeitslosen angestrebte Ausbildung in Frage gestellt wäre und ob es ihm nur unter der Voraussetzung der Absolvierung zB einer Meisterschule möglich sei, wiederum Beschäftigung zu finden. Im Falle des Besuches einer Meisterschule durch den Sohn eines Meisters sei letzteres von der

Rechtsprechung verneint worden. Dem aufgezeigten Beispielfall zufolge würden vor allem Werkstudenten eine solche Nachsicht erfahren können. Werde hingegen nach erfolgreicher Absolvierung eines anderen Studiums ein Zweitstudium allein zur bloßen Weiterbildung betrieben, so liege bei Nichtbereitschaft, eine zumutbare Beschäftigung innerhalb der üblichen Arbeitszeiten anzunehmen, kein berücksichtigungswürdiger Grund im obigen Sinn vor. Eine Nachsicht werde demnach in allen jenen Fällen angebracht sein, wo der Arbeitslose aus Eigeninitiative eine berufliche Um- oder Nachschulung anstrebe, die mit den arbeitsmarktpolitischen Zielen der Arbeitsmarktverwaltung, wie sie in den jährlichen Schwerpunktprogrammen und den Sonderprogrammen festgelegt seien, im Einklang stünden. Handle es sich hingegen um eine schulmäßige oder praktische Ausbildung aufgrund einer Einweisung in eine solche Maßnahme durch die Arbeitsmarktverwaltung, dann sei dem Arbeitslosen nach § 20 Abs 2 lit c AMFG eine Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhalts zu gewähren, da durch die Gleichbehandlung solcher Maßnahmen mit einer Beschäftigung (vgl § 9) eine der Anspruchsvoraussetzungen auf Arbeitslosengeld nicht mehr erfüllt sei (Um- und Nachschulung stelle eine Ersatzbeschäftigung dar). Auch wenn diese Beihilfe in Höhe des Arbeitslosengeldes gewährt werde, bewirke sie keine Kürzung der möglichen Bezugsdauer desselben, vielmehr könne im Anschluß an eine solche Arbeitslosengeld beansprucht werden.

Im vorliegenden Fall hätte der Sohn des Klägers als ordentlicher Schüler der Fachschule für Bauhandwerker an der Höheren technischen Bundeslehr- und Versuchsanstalt I\*\*\*\*\* grundsätzlich keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld gehabt, weil er nach § 12 Abs 3 lit f AIVG nicht als arbeitslos iS des Abs 1 leg cit gegolten hätte. Das Arbeitsamt ließ jedoch von der erstzitierten Bestimmung iS des Abs 4 dieser Gesetzesstelle eine Ausnahme zu und gewährte dem Sohn des Klägers während des Besuches der genannten Fachschule in den in die Schuljahre 1989/90 und 1990/91 fallenden 1. und 2. Jahrgängen das Arbeitslosengeld. Dazu mußte es einen berücksichtigungswürdigen Fall annehmen und dabei auch die individuelle Lage des Schülers würdigen. Es liegt auf der Hand, daß es für die Zulassung der Ausnahme von wesentlicher Bedeutung sein mußte, daß die vom saisonarbeitslosen Maurergesellen aus Eigeninitiative angestrebte schulmäßige berufliche Weiterbildung zum Maurerpolier während der Wintermonate ohne gleichzeitigen Bezug des seinen Lebensunterhalt deckenden Arbeitslosengeldes in Frage gestellt gewesen wäre.

Damit kommt dem dem Sohn des Klägers während der Ausbildung in der genannten Fachschule vom Arbeitsamt ausnahmsweise zuerkanntes Arbeitslosengeld eine gleichartige Funktion zu wie dem einem in einer schulmäßigen Ausbildung iS des AMFG Stehenden nach § 20 Abs 2 leg cit gewährten, an diese Ausbildung gebundenen, die Selbsterhaltungsfähigkeit sichernden Zuschuß zur Deckung des Lebensunterhaltes, der nach der schon zitierten Entscheidung SSV-NF 2/35 ein im Rahmen der (die Arbeitskraft überwiegend beanspruchenden) Schul- oder Berufsausbildung bezogenes Entgelt darstellt, weshalb die Kindeseigenschaft während einer solchen Ausbildung nach der Vollendung des 18. Lebensjahres nicht mehr besteht. Daß das vom Sohn des Klägers während des Besuches der Polierschule bezogene, weit über dem Ausgleichszulagenrichtsatz liegende Arbeitslosengeld auch unter Bedachtnahme auf die mit dem auswärtigen Schulbesuch verbundenen Spesen zur Deckung seines Lebensunterhaltes ausreicht, wird in der Revision nicht mehr bestritten.

Deshalb war der Revision nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 77 Abs 1 Z 2 lit b ASGG. Obwohl der Kläger im Revisionsverfahren zur Gänze unterlag, war ihm insbesondere unter Bedachtnahme auf die schwierige Rechtsfrage der Ersatz der halben Revisionskosten zuzubilligen.