

# Milena Herbig

## *Unwirksamkeit des Verzichts auf Ausbildungsvergütung zum Erhalt von BAföG-Leistungen*

### I. Fragestellung

Seit dem 01.01.2019 haben Auszubildende in den in § 1 Abs. 1 lit. c) TVAöD-AT<sup>1</sup> bzw. in der Anlage zu § 1 Abs. 1 S. 1 TVA-L Gesundheit<sup>2</sup> aufgeführten betrieblich-schulischen Gesundheitsberufen, darunter etwa Physiotherapeuten, Logopäden und MTA,<sup>3</sup> die in den Anwendungsbereich der Tarifverträge fallen, Anspruch auf Ausbildungsentgelt nach § 8 TVAöD-AT i.V.m. § 8 Abs. 2 TVAöD-BT Pflege bzw. nach § 8 TVA-L Gesundheit.

Diese Ausbildungsvergütung wirkt sich auf den Anspruch auf Ausbildungsförderung nach dem BAföG der Auszubildenden aus. Denn nach § 23 Abs. 3 BAföG wird sie als Einkommen auf die Ausbildungsförderung angerechnet. Auszubildende, die vorher Ausbildungsförderung erhalten haben, sehen sich Rückforderungsansprüchen nach § 20 Abs. 1 S. 1 BAföG für den Bewilligungszeitraum (d.h. in der Regel seit Oktober 2018) ausgesetzt, soweit ihre Ausbildungsvergütung bei der Beantragung noch nicht berücksichtigt wurde.

Daher stellt sich die Frage, ob es den Auszubildenden möglich ist, auf das Ausbildungsentgelt zu verzichten und sich so den Anspruch auf BAföG-Leistungen zu erhalten. Zivilrechtlich ist ein solcher Verzicht als Erlassvertrag gem. § 397 Abs. 1 BGB möglich. Jedoch bestehen verschiedene Bedenken gegen die Wirksamkeit eines solchen Vertrages. Das BSG hat sich in mehreren Entscheidungen bereits mit einem Verzicht auf Ausbildungsvergütung befasst.<sup>4</sup> In diesen Entscheidungen ging es um Verzicht auf einen Teil der Ausbildungsvergütung, um dem Kindergeldberechtigten den Anspruch auf Kindergeld zu erhalten. Der Anspruch war vom Unterschreiten einer bestimmten Einkommensgrenze des

Kindes abhängig.<sup>5</sup> In einer weiteren Entscheidung ging es um einen Anspruch auf Kinderzulage nach § 583 Abs. 3 S. 3 Reichsversicherungsordnung (RVO).<sup>6</sup> Das BSG erachtete den Verzicht auf Teile der Ausbildungsvergütung für wirksam und für die Gewährung von Sozialleistungen beachtlich. Der vorliegende, aktuelle Fall ist jedoch in einigen Gesichtspunkten anders zu bewerten:

### II. Arbeitsrechtliche Zulässigkeit des Verzichts

#### 1. § 4 Abs. 4 S. 1 TVG

Für tarifgebundene Auszubildende, deren Anspruch sich unmittelbar aus dem Tarifvertrag ergibt, ist ein Verzicht gem. § 4 Abs. 4 S. 1 TVG nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich zulässig. § 4 Abs. 4 TVG findet keine Anwendung auf Rechte, die nur über eine arbeitsvertragliche Bezugnahme Klausel gelten.<sup>7</sup> Für nicht tarifgebundene Auszubildende gilt die Beschränkung des § 4 Abs. 4 TVG daher nicht.

#### 2. § 3 S. 2 MiLoG

Das Mindestlohngesetz ist gem. § 22 Abs. 3 MiLoG nicht anwendbar bei zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, sodass § 3 S. 2 MiLoG einem Verzicht nicht entgegensteht.

### III. Sozialrechtliche Bewertung

#### 1. Kein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter

Das BSG hat zum teilweisen Verzicht auf Ausbildungsvergütung mit dem Ziel einen Anspruch auf Kindergeld zu erhalten entschieden, dass dieser keinen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritten darstellt.<sup>8</sup> Unter dieses Rechtsinstitut

1 Tarifvertrag für Auszubildende des öffentlichen Dienstes – Allgemeiner Teil.

2 Tarifvertrag für Auszubildende der Länder in Gesundheitsberufen.

3 Zur Vereinfachung wird jeweils nur die männliche Form ausgeschrieben, gemeint sind jedoch alle Geschlechter; vgl. Aufzählung der Ausbildungsberufe in § 1 Abs. 1 Buchst. c) TVAöD AT.

4 BSG, Urteil vom 28. Februar 1990 – 10 RKg 15/89 –, BSGE 66, 238-245, SozR 3-5870; BSG, Urteil vom 30. Oktober 1990 – 10 RKg 1/90 –, SozR 3-5870 § 2 Nr 13; BSG, Urteil vom 12. April 2000 – B 14 KG 4/99 R –, SozR 3-5870 § 2 Nr 44; BSG, Urteil vom 27. November 1986 – 5a RKnU 6/85 –, BSGE 61, 54-59, SozR 2200 § 583 Nr 5; vgl. auch BSG, Urteil vom 27. November 1986 – 5a RKnU 6/85 –, BSGE 61, 54-59, SozR 2200 § 583 Nr 5.

5 Bis zum 31.12.2011 enthielt § 2 Abs. 2 S. 2 BKGG eine Regelung, nach der Kinder nur zu berücksichtigen waren, wenn sie eine bestimmte Grenze von Einkommen und Bezügen die zur Bestreitung des Unterhalts oder der Berufsausbildung bestimmt oder geeignet sind im Kalenderjahr nicht überschritten; vgl. Steuervereinfachungsgesetz 2011 vom 1.11.2011, BGBl. I, S. 2131.

6 BSG, Urteil vom 27. November 1986 – 5a RKnU 6/85 –, BSGE 61, 54-59, SozR 2200 § 583 Nr 5; § 583 Abs. 3 S. 3 RVO enthielt eine ähnliche Regelung wie im Kindergeldrecht.

7 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, BeckOK ArbR/Giesen, 50. Ed. 1.12.2018, TVG § 4 Rn. 37; § 4 Rn. 672; Richter ArbRAktuell 2015, 291.

8 BSG, Urteil vom 28. Februar 1990 – 10 RKg 15/89 –, BSGE 66, 238-245, SozR 3-5870 § 2 Nr 4, Rn. 20.

fielen nur Verträge, durch die Dritte unmittelbar verpflichtet werden, was nicht der Fall sei, da keine unmittelbare bürgerlich-rechtliche Verpflichtung zu Lasten der Kindergeld zahlenden Stelle begründet werde.<sup>9</sup> Diese Argumentation ist auf den vorliegenden Fall übertragbar. Durch einen Verzicht würde kein Dritter unmittelbar verpflichtet. Es würden lediglich die tatsächlichen Umstände geändert, welche für die Feststellung der Bedürftigkeit nach dem BAföG entscheidend sind und erst dadurch würde ein Anspruch nach dem BAföG entstehen.

## 2. § 46 SGB I

Nach § 46 Abs. 2 SGB I ist ein Verzicht auf Sozialleistungen unwirksam, soweit durch ihn andere Personen oder Leistungsträger belastet oder Rechtsvorschriften umgangen werden. Die Norm betrifft ihrem Wortlaut nach einen Verzicht durch Erklärung gegenüber dem Sozialleistungsträger, nicht den vorliegenden Fall eines Verzichts in Form eines Erlassvertrages gem. § 397 Abs. 1 BGB über einen zivilrechtlichen Anspruch. Erwogen werden könnte eine analoge Anwendung, welche das BSG jedoch in Entscheidungen zum Kindergeld abgelehnt hat. Die Ausbildungsvergütung sei nicht mit einer Sozialleistung vergleichbar,<sup>10</sup> für eine analoge Anwendung sei aber eine sozialrechtliche Einordnung des Arbeitsverhältnisses erforderlich.<sup>11</sup> Das BSG argumentierte hier also mit der fehlenden vergleichbaren Interessenlage. Eine vergleichbare Interessenlage könnte möglicherweise bei Erlassverträgen vorliegen, in denen auf „sozialleistungsähnliche Positionen“ verzichtet wird, wie auf die Lohnfortzahlung des Arbeitgebers im Krankheitsfall, welche dasselbe Risiko wie das Krankengeld der Krankenkasse abdeckt.<sup>12</sup> Ein solch vergleichbarer Fall liegt hier aber nicht vor, da es sich beim Ausbildungsentgelt auch um eine Vergütung geleisteter Arbeit und nicht nur um eine Förderung der Ausbildung handelt. Zudem müsste neben einer vergleichbaren Interessenlage auch eine planwidrige Regelungslücke vorliegen. Davon ist jedoch nicht auszugehen, da der Gesetzgeber durchaus die Kompetenz gehabt hätte, Auswirkungen bürgerlich-

rechtlicher Handlungen auf das Sozialrecht im Sozialgesetzbuch zu regeln, das aber bewusst nicht getan hat.<sup>13</sup>

## 3. Umgehung des Subsidiaritätsprinzips

In den Entscheidungen des BSG zum Kindergeld und zur Kinderzulage, prüft das BSG, ob allgemeine Grundsätze des Sozialrechts einem Verzicht entgegenstehen,<sup>14</sup> ob eine missbräuchliche Rechtsausübung<sup>15</sup> oder eine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB vorliegt<sup>16</sup> und verneint dies. Der vorliegende Fall unterscheidet sich jedoch insofern, als dass im Ausbildungsförderungsrecht ausdrücklich das sozialrechtliche Subsidiaritätsprinzip gilt. Zudem sind hier keine starren Einkommensgrenzen statuiert, welche das BSG wohl als unbillig empfand.

### a) Subsidiaritätsprinzip im Ausbildungsförderungsrecht

§ 3 Abs. 1 SGB I bestimmt, dass ein Recht auf Ausbildungsförderung besteht, wenn die hierfür erforderlichen Mittel nicht anderweitig zur Verfügung stehen. Dieser Grundsatz ist im BAföG auch in § 1 niedergelegt. Soweit die erforderlichen Mittel anderweitig zur Verfügung stehen, besteht kein Bedarf an Förderung durch die Solidargemeinschaft der Steuerzahler.<sup>17</sup> Es wird hier dem das gesamte Sozialrecht durchziehende Subsidiaritätsprinzip entsprochen.<sup>18</sup> Im BAföG wird das Prinzip u.a. in den Regelungen zur Einkommensanrechnung in den §§ 21 – 25 BAföG konkretisiert. Für die vorliegende Fragestellung ist hier insbesondere § 23 Abs. 3 des BAföG relevant, der regelt, dass die Vergütung aus einem Ausbildungsverhältnis voll auf den Bedarf<sup>19</sup> des Auszubildenden angerechnet wird. Dem Auszubildenden wird hier kein allgemeiner Freibetrag gewährt, weil ihm die Mittel gewissermaßen zwangsläufig durch und für die Ausbildung zufließen und nicht das Ergebnis besonderer zusätzlicher Anstrengungen sind, welche Anerkennung durch einen Freibetrag verdienen könnten.<sup>20</sup>

Durch die rechtliche Gestaltungsmöglichkeit eines Verzichts, würde der Auszubildende keine anderweitigen Mittel mehr zur Verfügung haben, welche vorrangig auszuschöpfen wären. Es könnte zwar überlegt werden,

9 BSG, Urteil vom 28. Februar 1990 – 10 RKg 15/89 –, BSGE 66, 238-245, SozR 3-5870 § 2 Nr 4, Rn. 20.

10 BSG, Urteil vom 27. November 1986 – 5a RKnU 6/85 –, BSGE 61, 54-59, SozR 2200 § 583 Nr 5, Rn. 13.

11 BSG, Urteil vom 28. Februar 1990 – 10 RKg 15/89 –, BSGE 66, 238-245, SozR 3-5870 § 2 Nr 4, Rn. 14.

12 Saltje NZA 1990, 299, 304.

13 Saltje NZA 1990, 299, 304.

14 BSG, Urteil vom 28. Februar 1990 – 10 RKg 15/89 –, BSGE 66, 238-245, SozR 3-5870 § 2 Nr 4, Rn. 15.

15 BSG, Urteil vom 27. November 1986 – 5a RKnU 6/85 –, BSGE 61, 54-59, SozR 2200 § 583 Nr 5, Rn. 24.

16 BSG, Urteil vom 28. Februar 1990 – 10 RKg 15/89 –, BSGE 66, 238-245, SozR 3-5870 § 2 Nr 4, Rn. 21.

17 KassKomm/Seewald, 101. EL September 2018, SGB I § 3 Rn. 12.

18 KassKomm/Seewald, 101. EL September 2018, SGB I § 3 Rn. 12; Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/Hänlein, 5. Aufl. 2017, SGB I § 10 Rn. 26; Schepers, Bundesausbildungsförderungsgesetz, 3. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 9.

19 vgl. § 11 BAföG.

20 Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 22. November 2000 – 7 S 608/00 –, Rn. 3, juris; Stopp in: Ramsauer/Stallbaum BAföG, 5. Aufl. 2014, § 23 Rn. 36.

ob der Verzicht sich überhaupt auf die Anrechnung nach § 23 Abs. 3 BAföG auswirkt. Die Norm könnte so weit ausgelegt werden, dass das bloße Entstehen eines Anspruchs auf Vergütung ausreicht, um diesen als Einkommen anzurechnen. Dies wäre jedoch ein sehr weites Verständnis des Einkommensbegriffs und des Subsidiaritätsprinzips, da der Auszubildende durch einen bereits erloschenen Anspruch seinen finanziellen Bedarf nicht decken kann. Ihm fehlen also die erforderlichen Mittel. Demnach hätte der Auszubildende keine anderweitigen, vorrangigen Mittel mehr zur Verfügung.

#### b) Rechtsmissbräuchliche Umgehung

Für einen Fall der unentgeltlichen Vermögensübertragung hat das BVerwG 1983 entschieden, gerade weil der Wert des übertragenen Vermögens dem Auszubildenden für seinen Bedarf nicht mehr zur Verfügung stehe, handele es sich um Rechtsmissbrauch.<sup>21</sup> Unabhängig von der bürgerlich-rechtlichen Wirksamkeit der unentgeltlichen Vermögensübertragung sei die förderungsrechtliche Folge, dass das übertragene Vermögen weiterhin dem Auszubildenden zugerechnet und auf den Bedarf angerechnet werde.<sup>22</sup> In diesem Urteil ist das BVerwG zu dem Ergebnis gekommen, dass es im Ausbildungsförderungsrecht die Rechtsfigur des Rechtsmissbrauchs gibt und danach dem Auszubildenden weiterhin Vermögen zugerechnet werden kann, das er unentgeltlich und insoweit rechtsmissbräuchlich an Dritte übertragen hat.<sup>23</sup>

Nun kann das Kriterium der Unentgeltlichkeit als Voraussetzung für das Vorliegen von Rechtsmissbrauch für den vorliegenden Fall nicht einfach übernommen werden. Es müssen noch weitere Kriterien erfüllt sein, andernfalls hätte auch das BSG für den Fall des Verzichts auf Kindergeld Rechtsmissbrauch annehmen müssen. Vielmehr muss es darauf ankommen, ob eine Vermögensübertragung oder – wie hier – ein Verzicht im Widerspruch zu dem mit der Vermögens- oder Einkommensanrechnung verfolgten Gesetzeszweck steht.<sup>24</sup> Dieser Zweck liegt hier in der Durchsetzung des in § 1 BAföG verankerten Subsidiaritätsprinzips.<sup>25</sup> Ein solcher Widerspruch ist in denjenigen Fällen zu verneinen, in denen der Verzicht oder die Vermögensübertragung auch anderen Zwecken als der Umgehung des Subsidiaritätsprinzips dient. Dies ist in der Regel der Fall, wenn dem Verzicht oder der Vermögensverfügung eine Gegenleistung

gegenübersteht. Ein Beispiel hierfür ist der Fall, der Gegenstand des Urteils des BVerwG von 1983 war, in dem der Auszubildende mit der Übertragung eines Bausparguthabens an seinen Vater zuvor erhaltene Unterhaltsleistungen entgolten hat.<sup>26</sup> Im Fall des Verzichts auf Kindergeld musste ebenfalls nicht von einem Widerspruch zum Gesetzeszweck ausgegangen werden, da Zweck des Kindergeldes auch der Familienlastenausgleich ist und hier keine Regelung wie § 1 BAföG bestand, die ausdrücklich Nachrangigkeit von Kindergeld normierte.<sup>27</sup>

#### c) Anwendung auf die hier zu beurteilende Frage

Für die hier zu beurteilende Frage bedeutet das, dass sich die Auszubildenden gegen über dem Amt für Ausbildungsförderung nicht auf einen Verzicht auf Ausbildungsentgelt berufen können, da dieser im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip rechtsmissbräuchlich wäre. Der Verzicht stünde im Widerspruch zu § 1 BAföG und im Speziellen auch zu § 23 Abs. 3 BAföG. Der Widerspruch kann nicht deshalb verneint werden, weil der Verzicht noch einen anderen Zweck hätte oder die Normen selbst auch noch weiteren Zwecken dienten, die hier nicht berührt wären, denn solche Zwecke sind hier nicht ersichtlich.

#### IV. Fazit

Der Verzicht auf Ausbildungsvergütung zum Erhalt von BAföG-Leistungen ist unwirksam.

Dieses Ergebnis ist für die betroffenen Auszubildenden, die vorher Ausbildungsförderung nach dem BAföG erhalten haben und nun (rückwirkend) für den aktuellen Bewilligungszeitraum ihren Anspruch auf Ausbildungsförderung verlieren, unbefriedigend, vom Gesetzgeber aber in Kauf genommen – auch wenn es sich hier um eine Ausnahmesituation handelt, die nur aufgrund der Änderung des Tarifvertrages eingetreten ist. Allerdings hat der Gesetzgeber Fälle, in denen sich die Einkommensverhältnisse der Auszubildenden im Laufe des Bewilligungszeitraums ändern in begrenztem Umfang sehr wohl berücksichtigt. Möglich ist ein Antrag auf Stundung, Niederschlagung, Erlass oder Ratenzahlung beim Amt für Ausbildungsförderung.<sup>28</sup> Hier hat das Amt für Ausbil-

21 BVerwG, Urteil vom 13. Januar 1983 – 5 C 103/80 –, Rn. 24, juris.

22 BVerwG, Urteil vom 13. Januar 1983 – 5 C 103/80 –, Rn. 24, juris.

23 BVerwG, Beschluss vom 19. Mai 2009 – 5 B 111/08 –, Rn. 2, juris.

24 So versteht auch OVG Lüneburg, Beschluss vom 26. September 2018 – 4 LA 367/17 –, Rn. 5, juris vorgenannte Rspr. des BVerwG.

25 OVG Lüneburg, Beschluss vom 26. September 2018 – 4 LA 367/17 –, Rn. 5, juris.

26 BVerwG, Urteil vom 13. Januar 1983 – 5 C 103/80 –, Rn. 25, juris.

27 BSG, Urteil vom 28. Februar 1990 – 10 RKg 15/89 –, BSGE 66, 238-245, SozR 3-5870 § 2 Nr 4, Rn. 15.

28 VG Regensburg, Gerichtsbescheid vom 04. März 2013 – RO 9 K 12.2005 –, Rn. 21, juris; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 24. Februar 2014 – 12 ZB 13.780 –, Rn. 8, juris.

29 BeckOK SozR/Winkler, 51. Ed. 1.12.2018, BAföG § 20 Rn. 12.

dungsförderung ein Ermessen im Rahmen der haushaltsrechtlichen Bestimmungen.<sup>29</sup>

Milena Herbig ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Forschungsstelle für Hochschul Arbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch.