

Aktenzeichen:

7 RAr 138/55

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

In Sachen

Verkündet
am 22. März 1956

.

Beklagten und Revisionsklägerin,

g e g e n

.

Kläger und Revisionsbeklagten,

hat der 7. Senat des Bundessozialgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 22. März
1956 für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-
Westfalen vom 29. Juli 1955 aufgehoben und
die Klage abgewiesen.

Die Beteiligten haben einander Kosten nicht
zu erstatten.

Die Gebühr für die Berufstätigkeit des Rechts-
anwalts des Klägers vor dem Bundessozial-
gerichts wird auf 75.-- DM festgesetzt.

V o n R e c h t s w e g e n .

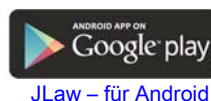
Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



durch Urteil vom 5. Februar 1952 zurück. Es hat als erwiesen angesehen, daß der Kläger entweder als selbständiger ambulanter Gewerbetreibender oder als selbständiger Vertreter tätig war und nicht den ernstesten Willen zu erkennen gegeben hatte, aus diesem Berufskreis auszuscheiden, nachdem er sein Wandergewerbe abgemeldet hatte. Er sei deshalb nicht als arbeitslos anzusehen.

II. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger am 6. Februar 1952 gegen das Oberversicherungsamt Klage beim Landesverwaltungsgericht Düsseldorf und beantragte, unter Aufhebung der Entscheidung des Oberversicherungsamts und der Bescheide des Arbeitsamts ihm ab 4. Oktober 1951 die Alfu nachzuzahlen. Durch Erklärung vom 4. Juni 1952 stellte er seine Klage auf das Arbeitsamt Mönchen-Gladbach um.

In der mündlichen Verhandlung am 22. Juli 1952 verweigerte er eine Erklärung darüber, wo die Firma "Kxxxx" in Mönchen-Gladbach ihr Geschäftslokal unterhalte und mit welchen Personen er dort verhandelt habe. Er arbeite nur für diese Firma. Geldliche Vorteile habe er nicht gehabt. Die Firma bestehe seit 1. Januar 1951. In einem Schriftsatz vom 22. Juli 1952 gab er dagegen an, daß die Firma Kxxxx noch nicht endgültig gegründet und noch nicht gerichtlich eingetragen sei. Sein Bruder habe ihm hierfür 3.500.-- DM vorgestreckt. Weitere "Interessenten" seien bereit, sich zu beteiligen. Er selbst solle die Stelle des Geschäftsführers und Einkäufers erhalten. In dieser Eigenschaft habe er bisher 2-3 Stunden wöchentlich ohne Entgelt gearbeitet. Darüber hinaus habe er Ware in unmittelbarer Nähe seiner Wohnung verkauft, "um die Reaktion von seiten der Kundschaft zu studieren". Hierfür habe er wöchentlich zusätzlich 8 Stunden benötigt. In einem weiteren Schriftsatz ohne Datum erklärte er, die Firma Kxxxx habe ihm bis zur handelsgerichtlichen Eintragung Generalvollmacht erteilt.



Eine vom Gericht angeordnete ärztliche Untersuchung des Klägers auf seinen Geisteszustand konnte nicht durchgeführt werden, weil er es ablehnte, sich zur Untersuchung zu stellen.

Durch Beschluß vom 14. April 1953 erklärte sich das Landesverwaltungsgericht Düsseldorf für örtlich unzuständig, nachdem der Kläger im Einvernehmen mit der Beklagten seine Klage auf die Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung in Nürnberg umgestellt hatte, und verwies den Rechtsstreit an das Landesverwaltungsgericht in Ansbach. Dieses entzog mit Beschluß vom 17. Juni 1953 das vom Landesverwaltungsgericht in Düsseldorf bewilligte Armenrecht, weil es bei Streitigkeiten der Arbeitslosenversicherung den Verwaltungsrechtsweg für unzulässig hielt.

Hiergegen erhob der Kläger Beschwerde beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof. Auf dessen Veranlassung wurden nach Inkrafttreten des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) die Akten gemäß §§ 51, 215 Abs. 8 SGG an das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen als das für den Wohnsitz des Klägers zur Zeit der Klageerhebung (§ 57 SGG) zuständige Gericht abgegeben.

Der Kläger erweiterte in der mündlichen Verhandlung am 29. Juli 1955 seinen Antrag dahin, die Beklagte zu verurteilen, an ihn Alfu vom 4. Oktober 1951 bis zum 29. Juli 1955 zu zahlen. Ferner beantragte er, festzustellen, daß die Zeit seiner Arbeitslosigkeit seit dem 4. Oktober 1951 nicht unterbrochen sei. Die Beklagte beantragte, die Berufung als unzulässig zu verwerfen, ggf. als unbegründet zurückzuweisen. Sie legte die Fotokopie einer Bescheinigung des Finanzamtes Rheydt vom 27. März 1954 vor, wonach der Kläger das Wandergewerbe auch über den 1. Januar 1951 hinaus betrieben und seine Abmeldung vom 11. Juli 1953 rückwirkend ab 1. Dezember 1951 zurückgezogen habe, wenn sie ihn "irgendwie finanziell belasten würde".

III. Das Landessozialgericht veranlaßte Ermittlungen über die Wandergewerbetätigkeit des Klägers beim Ordnungsamt der Stadt Rheydt. Daraus ergab sich, daß am 9. November 1948 ein Wandergewerbeschein auf den Kläger ausgestellt worden war, dessen Gültigkeit



bis zum 31. Dezember 1949 lief. Eine Verlängerung habe der Kläger nicht beantragt. Jedoch habe er, soweit bekannt, auch danach das Gewerbe ohne gültigen Schein weiter betrieben. Am 6. Dezember 1950 habe er ihn zurückgegeben.

Einer vom Landessozialgericht angeordneten fachärztlichen Untersuchung auf seinen Geisteszustand folgte der Kläger wiederum nicht.

Das Gericht hatte dem Kläger aufgegeben, unter Beifügung von Unterlagen anzugeben, welche Tätigkeiten er seit 1951 ausgeübt habe. Der Kläger teilte dazu mit, daß er für die Zeit nach dem 1. September 1952 keine Aufklärung geben könne, da er sich sonst der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen würde. Er habe von Almosen, "Betteln" und Hausieren leben müssen, d.h. er habe keine einigermaßen gewinnbringende Tätigkeit ausgeübt. Über seine Tätigkeiten seien auch keine Unterlagen vorhanden, mit denen im Zusammenhang mit dieser Klage etwas anzufangen sei.

Aus den Akten des Landgerichts Mönchen-Gladbach 2 Ms 102/54 hat das Landessozialgericht festgestellt, daß der Oberstadtdirektor der Stadt Rheydt gegen den Kläger Strafanzeige erstattet hatte, weil dieser längere Zeit Fürsorgeunterstützung bezogen, aber seinen Handel mit Textilwaren verschwiegen hatte. Bei einer Haussuchung wurden zwar solche Waren nur in kleiner Menge gefunden, aber aus den Geschäftsmappen ergab sich, daß der Kläger mit vier Firmen ohne Erfolg verhandelt hatte und bei vier Firmen gegen Provision tätig war, daraus allerdings nur geringe Zahlungen erzielte. Von einer weiteren Firma hatte er ein Kommissionslager im Werte von 1.500.-- DM erhalten. Von drei anderen Firmen hatte er im eigenen Namen Waren im Gesamtwert von rund 4.000.-- DM bezogen.

Das Landessozialgericht hat durch Teilurteil vom 29. Juli 1955 die Bescheide des Arbeitsamtes Mönchen-Gladbach und des Spruchausschusses vom 11. und 26. Oktober 1951 auf die



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Anfechtungsklage hin aufgehoben, weil das Arbeitsamt zu Unrecht angenommen habe, daß der Kläger im Hinblick auf seine Nebenverdienste nicht als arbeitslos anzusehen sei. Es hat dahingestellt gelassen, ob er die von ihm seit dem 4. November 1951 entfaltete Tätigkeit im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses oder selbstständig ausgeübt hat. Denn in beiden Fällen würde infolge ihrer Geringfügigkeit Arbeitslosigkeit nicht ausgeschlossen werden, und zwar bei unselbständiger Tätigkeit nach § 75 a Abs. 2, bei selbständiger nach § 112 AVAVG. Selbständiger Gewerbetreibender sei der Kläger nicht mehr gewesen, da er seinen Wandergewerbeschein am 6. Dezember 1950 beim Ordnungsamt zurückgegeben und sein Gewerbe abgemeldet habe.

Geringfügige Einnahmen hat das Landessozialgericht aber auf Grund der kriminalpolizeilichen Ermittlungen nicht nur für die Jahre 1951 und 1952 angenommen, sondern es hat im Urteil dargelegt, es sei davon überzeugt, daß der Kläger auch in den folgenden Jahren keinen darüber hinausgehenden Verdienst habe erzielen können. Es hat deshalb, da der Kläger sich bis zum ersten Vierteljahr 1954 regelmäßig beim Arbeitsamt gemeldet hatte, auf Grund der Leistungsklage die Beklagte verurteilt, an den Kläger Alfu in der gesetzlichen Höhe vom 4. Oktober 1951 bis zum 31. März 1954 zu zahlen. Für die darüber hinausgehende Zeit sei dagegen die Leistungsklage noch nicht entscheidungsreif gewesen.

Revision ist zugelassen worden.

- IV. Gegen dieses am 1. Oktober 1955 der Beklagten zugestellte Urteil legte diese mit Schriftsatz vom 22. Oktober 1955 - beim Bundessozialgericht eingegangen am 25. Oktober - Revision ein mit dem Antrag, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Berufung des Klägers als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise, sie als unbegründet zurückzuweisen. Sie begründete die Revision mit Schriftsatz vom 25. November 1955 - beim Bundessozialgericht eingegangen am 29. November - und rügt darin formell-rechtlich Verstöße gegen die §§ 143, 158 Abs. 1, 214, 215 Abs. 7 SGG. Nach ihrer Auffassung hätte das Landessozialgericht die Berufung als unzulässig verwerfen müssen, da eine nachträgliche Anfechtung von Entscheidungen der Obergewerkschaften in der Arbeits-



losenversicherung und Arbeitslosenfürsorge im § 214 SGG nicht vorgesehen sei. Diese Vorschrift sei aber bei der Prüfung, ob die Berufung zulässig sei, mit heranzuziehen. Materiell-rechtlich rügt sie Verletzung der §§ 87a, 112 AVAVG. Der Kläger sei auf Grund seiner Tätigkeit als selbständiger Gewerbetreibender als nicht arbeitslos anzusehen.

Der Kläger beantragte, die Revision zu verwerfen.

Im einzelnen wird auf die Schriftsätze Bezug genommen.

V. Die Revision ist zulässig und mußte auch Erfolg haben.

Allerdings konnte die formell-rechtliche Rüge nicht durchgreifen.

Unzutreffend ist die Auffassung der Beklagten, § 215 Abs. 7 SGG, wonach die Zulässigkeit der Berufung sich nach dem SGG richte, umfasse nicht nur die §§ 143 ff. SGG, sondern auch den § 214. § 214 SGG läßt eine nachträgliche Anfechtung der in der Zeit vom 8. Mai 1945 bis zum Inkrafttreten des Sozialgerichtsgesetzes ergangenen Entscheidungen der Oberversicherungsämter und der Versorgungsgerichte - mit Ausnahme der im Land Bayern und im früheren Land Württemberg-Baden - nur auf den Gebieten der Unfallversicherung, der Kriegsopferversorgung und in den Rentenversicherungen zu. Die Arbeitslosenversicherung einschließlich der Arbeitslosenfürsorge ist darin nicht erwähnt, so daß hier eine Anfechtung ausgeschlossen ist. Im übrigen aber bezieht sich die Sondervorschrift des § 214 SGG nur auf Entscheidungen der Oberversicherungsämter und der Versorgungsgerichte, die bis zum Inkrafttreten des SGG nicht weiter angefochten waren. § 215 SGG dagegen umfaßt alle Verfahren - soweit sie überhaupt unter § 51 SGG fallen -, die am 1. Januar 1954 anhängig oder rechtshängig waren. Dies traf aber im vorliegenden Falle zu.



Der Kläger hatte gegen die Entscheidung des Obergerichts amts Berufung an das Landesverwaltungsgericht Düsseldorf eingelegt. Dieses hatte sich auf Grund der Umstellung der Klage auf die Bundesanstalt mit Sitz in Nürnberg für örtlich unzuständig erklärt und die Sache an das Landesverwaltungsgericht Ansbach abgegeben. Bei ihm war, da die zwischenzeitlich laufende Beschwerde beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof insoweit ohne Bedeutung war, die Sache am 1. Januar 1954 rechtshängig. Deshalb ergab sich die Zuständigkeit des Landessozialgerichts aus § 215 Abs. 7 SGG, der seinerseits die Einschränkung enthält, daß die Zulässigkeit der Berufung sich nach dem SGG richtet. Da, wie bereits erwähnt, § 214 SGG ausscheidet, richtet sich die Prüfung der Zulässigkeit nur nach den §§ 143 ff. SGG. Die einschränkenden Vorschriften der §§ 144 und 147 SGG kommen im vorliegenden Falle jedoch nicht in Betracht. Die Berufung war deshalb, nachdem sie auf Grund ihrer Rechtshängigkeit am 1. Januar 1954 auf das Landessozialgericht übergegangen war, als zulässig anzusehen.

VI. Materiell-rechtlich mußte aber die Rüge der Beklagten Erfolg haben.

Das Landessozialgericht läßt es dahingestellt, ob der Kläger die von ihm seit dem 4. Oktober 1951, dem Zeitpunkt der Entziehung der Alfu, entfaltete Tätigkeit im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses oder selbständig ausgeübt hat. Denn in beiden Fällen schlosse sie infolge ihrer Geringfügigkeit Arbeitslosigkeit nicht aus, bei unselbständiger Beschäftigung nach § 75 a Abs. 2 AVAVG, bei selbständiger Tätigkeit nach § 112 AVAVG.

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Die Alternativfeststellung des Landessozialgerichts wäre nicht zu beanstanden gewesen, wenn es sich nur darum gehandelt hätte, ob der Kläger als Arbeitnehmer oder als Selbständiger tätig gewesen wäre. Der Kreis der Selbständigen aber umfaßt im AVAVG, wie das Landessozialgericht nicht verkannt hat, mehrere Personengruppen, nämlich nach § 87 a Abs. 1 Satz 1 die selbständigen Gewerbetreibenden, nach Satz 2 die Inhaber von Gewerbelegitimationen, Wander- gewerbe- oder Hausierscheinen und nach § 87 a Abs. 2 diejenigen



Selbständigen, die trotz persönlicher oder vertraglicher Bindungen noch zu mehr als nur geringfügiger Beschäftigung zur Verfügung stehen. Unter diesen Umständen hätte das Landessozialgericht klarstellen müssen, zu welcher Gruppe der Kläger zu rechnen war.

- VII. Das Arbeitsamt hat dem Kläger die Alfu entzogen, weil es ihn als selbständigen Gewerbetreibenden ansah. Der Kläger hat dies bestritten und gemeint, das Arbeitsamt müsse ihm nachweisen, daß er selbständiger Gewerbetreibender gewesen sei. In dieser Allgemeinheit kann der Auffassung des Klägers jedoch nicht zugestimmt werden.

Die Alu oder Alfu wird nur gewährt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Ob sie gegeben sind, hat das Arbeitsamt von Amts wegen festzustellen, da es anderenfalls Unterstützung nicht gewähren dürfte. Dies bedeutet aber nicht, daß das Arbeitsamt eine unbeschränkte oder unbeschränkbare Beweislast hat, die es verpflichten würde, den Nachweis für alle maßgebenden Umstände selbst zu erbringen. Das ergibt sich eindeutig aus dem AVAVG selbst. Nach § 170 hat der Arbeitslose, der den Antrag auf Unterstützung stellt, dabei glaubhaft zu machen, daß und auf welche Weise er die Anwartschaft auf die Unterstützung erworben hat; er hat dazu insbesondere anzugeben, in welchen versicherungspflichtigen Beschäftigungen und wie lange er in diesen seit dem Beginn der Anwartschaftszeit gestanden hat. Er hat ferner anzugeben, welches Arbeitsentgelt er in den letzten sechs Monaten bezogen hat und aus welchem Grunde sein Beschäftigungsverhältnis gelöst worden ist.

Die Feststellungspflicht des Arbeitsamts enthebt demnach den Arbeitslosen nicht der Verpflichtung, auch seinerseits an der Aufklärung mitzuwirken. Diese Mitwirkungspflicht ist an sich eine Selbstverständlichkeit, da das Arbeitsamt nicht in der Lage wäre, von sich aus alle derartigen Feststellungen zu treffen. Seine Tätigkeit kann



vielmehr erst dann einsetzen, wenn der Arbeitslose in dieser Hinsicht seiner Vorleistungspflicht nachgekommen ist, d.h. bei der Antragstellung dem Arbeitsamt die dafür erforderlichen Unterlagen beigebracht hat.

Da aber auch der Arbeitslose selbst dazu nicht immer ohne weiteres in der Lage sein würde, bestimmt § 170 Abs. 2, daß der Arbeitgeber dem Versicherten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Verlangen eine Bescheinigung auszustellen hat, aus der Art, Beginn, Ende und Lösungsgrund des Arbeitsverhältnisses sowie die Höhe des Arbeitsverdienstes hervorgeht.

Falls das Arbeitsamt Zweifel an der Richtigkeit solcher Unterlagen hat oder es aus sonstigen Gründen für notwendig ansieht, weitere Feststellungen zu treffen, berechtigt § 171 es dazu. Er gibt ihm das Recht, Ermittlungen jeder Art - mit Ausnahme eidlicher Vernehmungen - anzustellen, insbesondere den Arbeitslosen zur Prüfung seiner Arbeitsfähigkeit ärztlich untersuchen und durch seine Beauftragten die Wohnung des Arbeitslosen betreten zu lassen, wenn es dies zur Feststellung, ob die Voraussetzungen der Unterstützung vorliegen, für erforderlich hält. Um dem Arbeitsamt seine Ermittlungen zu ermöglichen, verpflichtet § 171 alle Behörden, Versicherungsträger und Privatpersonen, ihm die Auskünfte zu erteilen, die zur Durchführung des Verfahrens erforderlich sind. Zugleich setzt das Gesetz in den §§ 259a und 260 Strafvorschriften für Arbeitgeber und sonstige Privatpersonen fest, die falsche oder unvollständige Angaben machen oder eine Auskunft, zu der sie nach § 171 verpflichtet sind, verweigern.

Dies alles deutet darauf hin, daß es zunächst Aufgabe des Klägers gewesen wäre, entsprechende Nachweise dafür zu erbringen, daß er nicht selbständiger Gewerbetreibender war. Über diese Verpflichtung klärte ihn nicht nur das Merkblatt auf, das jeder Arbeitslose bei der Arbeitslosmeldung erhält, sondern sie ergibt sich auch deutlich aus der Fassung des Antragsvordrucks.

Wenn der Kläger dieser Pflicht nicht nachgekommen ist, so liegt dies darin begründet, daß er entsprechende Nachweise nicht er-



VIII. Aus den Feststellungen des Landessozialgerichts, insbesondere aus den beigezogenen Akten 2 Ms 102/54 des Landgerichts Mönchen-Gladbach, ergibt sich, daß der Kläger in der streitigen Zeit mit einer Anzahl von Firmen geschäftliche Verhandlungen gepflogen hat, für einige als Provisionsvertreter tätig gewesen ist, von einer ein Kommissionslager erhalten und von mehreren Firmen Waren im Gesamtbetrag von etwa 4.000.-- DM auf eigenen Namen bezogen hat. In seiner Berufungsbegründung hat er selbst zugegeben, daß er "mit vielen Firmen Verhandlungen geschäftlicher Art geführt, Waren eingekauft usw." hat. Dabei kann die Abkürzung "usw." nur bedeuten, daß er die Ware verkauft hat. Aus diesen Feststellungen ergibt sich aber wieder weiter, daß er über seine Zeit grundsätzlich unbeschränkt verfügen konnte und keine Firma ihm verboten haben kann, mit anderen in Geschäftsverbindungen zu treten. Das aber sind gerade Kennzeichen selbständiger Tätigkeit. Als Angestellter einer Firma wäre er an diese gebunden gewesen. Er kann hiernach nicht in abhängiger Beschäftigung als Arbeitnehmer tätig gewesen sein.

Dies gilt auch, soweit der Kläger für die angebliche Kommanditgesellschaft "Kxxxx" tätig gewesen sein will. Von ihr ist nach seinen Angaben nur so viel bekannt, daß sein Bruder ihm 3.500.-- DM vorgestreckt habe. Wenn man seiner Darlegung folgt, daß er hierfür im eigenen Namen Waren gekauft und im Namen der Gesellschaft verkauft und daß er Markterforschung getrieben habe, so kann auch hierin eine Arbeitnehmertätigkeit nicht erblickt werden. Eine Kommanditgesellschaft als Personengesellschaft setzt voraus, daß Kommanditisten und persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind (§ 161 HGB). Sie ist ins Handelsregister einzutragen, kann aber, worauf sich der Kläger offensichtlich stützen will, ihre Geschäfte schon vor der Eintragung beginnen. In diesem Falle haftet nach § 176 HGB "jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginn zugestimmt hat, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, es sei denn, daß seine Beteiligung als Kommanditist dem Gläubiger



bekannt war". Davon kann jedoch hier ebenfalls nicht die Rede sein; denn außer dem Bruder, der Geld nur "vorgestreckt" hatte, waren lediglich "weitere Interessenten" bereit, sich an der Gesellschaft zu beteiligen. Somit war das Unternehmen aber noch nicht so weit gediehen, daß davon gesprochen werden konnte, der Kläger sei für die - rechtlich noch nicht vorhandene - Kommanditgesellschaft oder für seinen Bruder in abhängiger Stellung tätig gewesen.

- IX. Wenn das Arbeitsamt den Kläger als selbständigen Gewerbetreibenden ansah, so war dieser Gedankengang an sich grundsätzlich richtig; denn durch die Aufnahme des Wandergewerbes seit November 1948 war er jedenfalls aus dem Kreis der Arbeitnehmer ausgeschieden, und daß er offenbar in ihn - wenigstens zunächst - nicht wieder ernsthaft zurückkehren wollte, ergab sich schon aus seiner anschließenden Tätigkeit als Provisionsvertreter für die Firma Westdeutscher Textil-Versand.

Es handelte sich nunmehr darum, festzustellen, zu welcher Gruppe von Selbständigen der Kläger zu rechnen war.

- X. Er ist allerdings nicht unmittelbar nach dem Wortlaut des § 87 a Abs. 1 Satz 1 AVAVG selbständiger Gewerbetreibender gewesen, sondern selbständiger Provisionsvertreter. Als solcher ist er nach Nr. XIII des Urteils des erkennenden Senats vom 21. März 1956 (BSG. 2 S. 67 [77]) jedoch den selbständigen Gewerbetreibenden gleichzustellen. Für diese hat der Senat unter Nr. IX dieses Urteils Arbeitslosigkeit abgelehnt, wenn es sich um ein Voll-Gewerbe handelt, das nach allgemeiner Anschauung die Lebensgrundlage bildet. Im Zweifel spricht dafür die Vermutung, und es ist bekannt, daß zahlreiche Provisionsvertreter in ihrem Beruf tatsächlich die Lebensgrundlage finden. Der Senat hat aber auch die Tatsache berücksichtigt, daß nicht in allen Fällen eine solche Tätigkeit von Beginn an die Lebensgrundlage ist, sondern durch Kundensuche, Werbung usw. erst lebensfähig gemacht werden muß. Für solche Ausnahmefälle hat er es für unbedenklich erklärt, dem Arbeitslosen, der zu einer solchen selbständigen Tätigkeit übergeht, für eine gewisse Anlaufzeit die Unterstützung ganz oder teilweise weiterzugewähren. Für den Kläger konnte dies



jedoch nicht in Frage kommen. Er hatte sich zwar arbeitslos gemeldet und mit geringen Ausnahmen auch die Meldezeiten eingehalten, dem Arbeitsamt aber keine Kenntnis davon gegeben, daß er sich als selbständiger Provisionsvertreter betätigen wolle. Dies ist dem Arbeitsamt erst nachträglich von anderer Seite bekannt geworden.

Wenn der Kläger meint - und das Landessozialgericht ist ihm darin gefolgt -, er habe sich verpflichtet gefühlt, in sinngemäßer Anwendung des § 254 BGB durch seine Tätigkeit den Schaden zu mindern, den das Arbeitsamt durch seine Arbeitslosigkeit erlitten habe, so ist dies abwegig. § 254 BGB betrifft anders gelagerte Fälle und setzt ein Mitverschulden des Beschädigten voraus. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

- XI. Im übrigen mußte aber auch aus einem anderen Grunde dem Kläger die Alfu entzogen werden. Wie bereits oben erwähnt, hatte er vom 15. November 1948 bis zum 6. Dezember 1950 ein Wandergewerbe ausgeübt. Wandergewerbescheininhaber gelten nach § 87 a Abs. 1 Satz 2 AVAVG bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen nur als arbeitslos, solange der Wandergewerbeschein beim Arbeitsamt hinterlegt ist. Nach einer Auskunft des Ordnungsamts der Stadt Rheydt galt der Schein des Klägers nur bis zum 31. Dezember 1949. Erst am 6. Dezember 1950 hat er ihn beim Ordnungsamt hinterlegt. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob sich § 87 a Abs. 1 Satz 2 AVAVG nur auf gültige Wandergewerbescheine bezieht. Von wesentlicher Bedeutung ist jedoch, daß der Kläger nach Auskunft des Ordnungsamts das Gewerbe weiterbetrieben hat. Dies ist auch durch eine Bescheinigung des Finanzamts Rheydt vom 27. März 1954 bestätigt worden. Danach ist das am 15. November 1948 angemeldete Wandergewerbe laut Mitteilung des Ordnungsamts Rheydt vom 8. Dezember 1950 ab 6. Dezember 1950 von Amts wegen gelöscht, aber ab 1. Januar 1951 auf Grund neuer Tatsachen wieder von Amts wegen eröffnet worden. Durch Schreiben vom 11. Juli 1953 meldete der Kläger rückwirkend ab 1. Dezember 1951



das Gewerbe ab. Die Abmeldung wurde jedoch laut Bescheinigung des Finanzamts nicht durchgeführt, da der Kläger in einem Schreiben vom 12. Juli 1953 erklärte: "Unter der Voraussetzung, daß die Abmeldung mich irgendwie finanziell belastet, ziehe ich hiermit die Abmeldung zurück". Aus dieser Erklärung des Klägers mußte geschlossen werden, daß er weiter als ambulanter Händler tätig gewesen ist. Er konnte erst dann wieder als arbeitslos gelten, nachdem er dem Arbeitsamt den entsprechenden Nachweis erbracht hatte, daß er nicht mehr als solcher tätig war. Das Landessozialgericht hatte ihm durch Beschluß vom 14. Juni 1955 aufgegeben, darzulegen, welche Tätigkeit er seit 1951 ausgeübt und welche Bezüge er hierbei gehabt habe. Angaben dazu hat der Kläger mit der Begründung abgelehnt, daß er sich damit der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung aussetze. Er hat zwar dann in seinem Schreiben ausgeführt, im allgemeinen habe er "betteln und hausieren" müssen, er habe keine gewinnbringende Tätigkeit gehabt und keine Unterlagen dafür, die für das schwebende Verfahren von Bedeutung sein könnten. Bei der dem Kläger ärztlicherseits bescheinigten Intelligenz sind diese Angaben jedoch nicht als beweiskräftig anzusehen. Ein einfacher Nachweis seiner Nichttätigkeit hätte genügt, ihm das Mehrfache des Betrages an Alu oder Alfu zu verschaffen, den er als Wohlfahrtsunterstützung von der Stadt Rheydt erhielt. Aber gerade die Worte, er müsse Angaben über seine Tätigkeit ablehnen, weil er sich sonst der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetze, deuten darauf hin, daß er ohne Wandergewerbeschein weiter tätig gewesen ist.

Die Frage des § 112 AVAVG war hier nicht mehr zu prüfen; denn sie stünde nur dann zur Erörterung, wenn der Kläger arbeitslos gewesen wäre. Das aber mußte nach den vorangegangenen Ausführungen verneint werden.

Wenn das Landessozialgericht in seinem Urteil dem Kläger die Unterstützung bis zum 31. März 1954 mit der Begründung zugesprochen hat, es sei im Hinblick auf die von der Kriminalpolizei für die Jahre 1951 und 1952 getroffenen Feststellungen "überzeugt", daß der Kläger auch in den folgenden Jahren keinen Verdienst erzielen konnte, der nicht mehr als geringfügig im



Sinne des § 75 a AVAVG anzusprechen sei, so kann auf eine solche Vermutung – denn nur um eine solche kann es sich handeln – eine Verurteilung der Beklagten nicht begründet werden.

XII. Aus diesen Gründen mußte das Urteil des Landessozialgerichts aufgehoben werden (§ 170 Abs. 2 Satz 1 SGG).

Die Entscheidung über die Kosten und die Gebühr des Prozeßvertreters beruht auf §§ 193, 196 Abs. 4 SGG.

