

Bundessozialgericht

Az.: 7 RAr 23/67

Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
26. Febr. 1969

Klägerin und Revisionsklägerin,
Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosen-
versicherung, Nürnberg, Frauentorgraben 33-35,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die
mündliche Verhandlung vom 26. Februar 1969 durch

Senatspräsident	Dr. D a p p r i c h - Vorsitzender -,	
Bundesrichter	Dr. K l ä ß	und
Bundesrichter	Dr. K r e b s	
Bundessozialrichter	S c h l e i f e n b a u m	und
Bundessozialrichter	B ö s s o w	

für Recht erkannt:

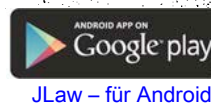
Auf die Sprungrevision der Klägerin wird das Urteil
des Sozialgerichts Speyer vom 21. Februar 1967 aufge-
hoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung
an das Landessozialgericht Rheinland-Pfalz zurückver-

wiesen.



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



- 2 -

G r ü n d e :

I

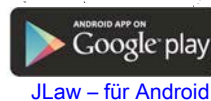
Die Klägerin betreibt eine chemische Fabrik und stellt neben sonstigen chemischen Erzeugnissen ein Produkt mit Namen "H " her, das für Fahrbahn-Dauermarkierungen verwendet wird. Einen Teil der Helabit-Produktion verkauft die Klägerin anderweit, den größten Teil dagegen verlegt sie durch eigene Arbeitskräfte; zu diesem Zweck unterhält sie mehrere Verlege- (Markierungs-) Kolonnen. Für den 2., 10. und 11. November 1965 zeigte die Klägerin witterungsbedingten Arbeitsausfall von jeweils fünf Verlegearbeitern - den Beigeladenen - auf drei verschiedenen Baustellen dem zuständigen Arbeitsamt an. Sie erstrebte dabei die Gewährung von Schlechtwettergeld (SWG) für diese fünf Arbeitnehmer im Gesamtbetrag von 180,65 DM. Die Arbeitsverwaltung lehnte es ab, witterungsbedingten Arbeitsausfall anzuerkennen (Bescheid vom 15. November 1965). Der Widerspruch der Klägerin blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 3. Januar 1966). Im Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit wurde ihre Klage, nachdem die betroffenen fünf Arbeitnehmer gemäß § 75 Abs. 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) beigeladen worden waren, vom Sozialgericht (SG) Speyer abgewiesen (Urteil vom 21. Februar 1967). Die Klägerin zähle nicht schon deshalb zu den "zugelassenen Betrieben des Baugewerbes" nach der 8. Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (8. DVO/AVAVG), weil Fahrbahn-Markierungsarbeiten von deren Vorschriften erfaßt würden. Erforderlich sei vielmehr außerdem, daß diese Arbeiten im Rahmen eines Straßenbaubetriebes ausgeführt würden. Selbst wenn man die Verlegekolonnen der Klägerin als selbständige Betriebsabteilung ansehe, sei auf sie die SWG-Regelung nicht anwendbar, weil der Hauptbetrieb nicht dem Baugewerbe, sondern der chemischen Industrie zugehöre. Im Unterschied zu den selbständigen Baubetriebs-

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

- 3 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

abteilungen des Landschaftsgartenbaus (§ 2 Nr. 2 der 8. DVO/AVAVG) habe der Verordnungsgeber die sonstigen selbständigen baugewerblichen Betriebsabteilungen fachfremder Betriebe nicht in die SWG-Regelung aufgenommen. Bei dem Betrieb der Klägerin handele es sich auch nicht um einen Mischbetrieb, der zum Bezug von SWG berechtige; denn mit der Verlegung des Eigenproduktes H verfolge die Klägerin keinen selbständigen betrieblichen Hauptzweck; im übrigen widerspreche es den Grundgedanken des Gesetzes, dem Unternehmer durch die Gewährung von SWG das Betriebsrisiko abzunehmen. Darauf aber würde es im Falle der Klägerin hinauslaufen; denn da Verlegekolonnen nur bei völlig sauberen und trockenen Straßenverhältnissen tätig werden könnten, sei das Verlegen von H saisonbedingt, also in der Schlechtwetterzeit schlechthin unmöglich.

Das SG ließ das Rechtsmittel der Berufung ausdrücklich zu (§ 150 Nr. 1 SGG). Die Klägerin hat mit schriftlicher Einwilligung des Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (BfArb) gemäß § 161 Abs. 1 SGG beim Bundessozialgericht (BSG) Revision (Sprungrevision) eingelegt und beantragte (sinngemäß)

das Urteil des SG vom 21. Februar 1967 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin Schlechtwettergeld für den 2., 10. und 11. November 1965 in Höhe von insgesamt 180,65 DM zu zahlen, hilfsweise,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Die Klägerin rügte Verletzung der §§ 143 d Abs. 2 AVAVG, 2 Nr. 1 der 8. DVO/AVAVG idF vom 18. Oktober 1965, Art. 3, 12 Abs. 1, 80 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes (GG) sowie mangelnde Sachaufklärung (§§ 103, 106 SGG) und führte zur

- 4 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 4 -

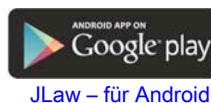
Begründung im wesentlichen aus: Bis zum Inkrafttreten der Neufassung des § 2 der 8. DVO/AVAVG idF vom 18. Oktober 1965 habe die Beklagte in ständiger Verwaltungsübung auch Baubetriebsabteilungen fachfremder Gesamtbetriebe als Betriebe des Baugewerbes i.S. der SWG-Vorschriften anerkannt. Von dieser Praxis abzuweichen, bestehe kein Anlaß, da die Neufassung des § 2 der 8. DVO inhaltlich mit der früheren Fassung übereinstimme. Ein entgegenstehender Wille des Verordnungsgebers sei unbeachtlich, weil er im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden habe. Selbst wenn man diese Auffassung nicht teile, könne das SWG im vorliegenden Falle deshalb nicht verweigert werden, weil sie als "Mischbetrieb" i.S. der Ziffer 1.27 des Erlasses der Beklagten vom 25. Oktober 1965 anzusehen sei. Hierfür sei entgegen der Ansicht des SG nicht entscheidend, ob zwei oder mehrere Industrie- oder Gewerbebezweige in einem Unternehmen zueinander den betrieblichen Haupt- bzw. Nebenzweck verfolgten, sondern lediglich, daß es sich um mehrere Gewerbebezwecke handele, "die jeweils für sich einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgen, der notfalls auch ohne die anderen Gewerbebezweige erreicht werden kann". Diese Voraussetzungen seien in ihrem Betrieb erfüllt: Die Abteilung "H -Dauerstraßenmarkierungen" sei ein in sich geschlossener Gewerbebezweig mit gesonderter Lohnabrechnungsstelle innerhalb des Unternehmens. Zu ihr gehörten alle im gesamten Bundesgebiet tätigen Verlegekolonnen; die in den Kolonnen tätigen Arbeitnehmer seien Bauarbeiter und könnten nicht ohne weiteres in dem Chemiebetrieb beschäftigt werden; sie unterständen dem Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe und dessen Zusatztarifen. Die Klägerin sei hinsichtlich ihrer Bauabteilung Mitglied der "Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes VVaG", der "Lohnausgleichskasse für die Bauwirtschaft" und der "Gemeinnützigen Urlaubskasse für die Bauwirtschaft" sowie Mitglied des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie und dessen Unterorganisationen. Soweit daher das SG die Merkmale eines Mischbetriebes

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

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

aufgrund unvollständiger Kenntnis des Sachverhalts, verneint haben sollte, werde die Rüge der mangelnden Sachaufklärung erhoben. Werde aber die Rechtsauffassung der Beklagten als richtig unterstellt, daß selbständige Bau-Betriebsabteilungen fachfremder Betriebe nicht unter die SWG-Regelung fallen, so verstoße die Ermächtigung des § 143 d Abs. 2 AVAVG mangels erforderlicher Bestimmtheit gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG; denn nach Sinn und Zweck der gesetzlichen SWG-Regelung dürfe der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung die Betriebe nur ihren Produktionsaufgaben nach bestimmen, nicht hingegen die Zulassung zum SWG von Organisationsform oder Unternehmensart abhängig machen. Der Gleichheitssatz des Art 3 GG sei insbesondere verletzt, wenn der Baubetriebsteil ihres Unternehmens lediglich wegen der unterschiedlichen Rechtsform anders behandelt werde als ein Betrieb, der als Ganzes dem Baugewerbe angehöre. Zugleich liege eine Beeinträchtigung ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) vor, da sie, um in den Genuß des SWG zu gelangen, genötigt sei, entweder für die H -Abteilung eine selbständige Tochtergesellschaft zu gründen oder den Baubetrieb gänzlich einzustellen.

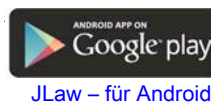
Zur tatsächlichen Seite des Rechtsstreits trägt die Klägerin im Revisionsverfahren fernerhin vor, ihr Gesamtbetrieb mit etwa 1500 Beschäftigten habe in der selbständigen Abteilung "H " mit zwei Unterabteilungen (Herstellung und Verlegung) etwa 120 Beschäftigte, von denen 1965 etwa 80 Arbeitnehmer in den Verlegekolonnen beschäftigt gewesen seien. Sie verfüge über nahezu 60 % des bundesdeutschen Marktanteils bei der Helabit-Verlegung.

Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Sie hält die Begründung des angefochtenen Urteils für zutreffend. Die Abteilung H diene nur dem Hauptbetriebs-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

zweck und sei auch organisatorisch dem chemischen Gesamtbetrieb der Klägerin weitgehend eingegliedert, so daß sie weder als eine selbständige Betriebsabteilung noch als Teil eines "Mischbetriebs", sondern allenfalls als unselbständige Betriebsabteilung des Gesamtunternehmens betrachtet und behandelt werden könne. In § 143 d Abs. 1 AVAVG sei aber ausdrücklich festgelegt, daß nur "in Betrieben des Bau-gewerbes" das SWG gewährt wird. Im Gegensatz zu der Regelung bei der Lohnausfallvergütung (vgl. § 129 Abs. 1 AVAVG) könne also bei der Gewährung von SWG eine Betriebsabteilung nicht als Betrieb gelten.

Die Beigeladenen sind im Revisionsverfahren nicht vertreten und haben Erklärungen nicht abgegeben.

II

Die Sprungrevision der Klägerin ist zulässig; sie ist auch begründet.

Zu Recht hat das SG den Klageantrag dahin aufgefaßt, daß die Klägerin begehrt, die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 15. November 1965 und des Widerspruchsbescheids vom 3. Januar 1966 zur Zahlung von Schlechtwettergeld zu verurteilen.

Die bisher getroffenen Feststellungen reichen jedoch nicht aus, um über diesen Anspruch entscheiden zu können. Da der erkennende Senat als Revisionsgericht diese nicht selbst treffen kann, ist die Sache an das Landessozialgericht (LSG) verwiesen worden.

Das LSG wird zunächst festzustellen haben, ob die Klägerin einen Antrag auf SWG nach § 143 1 Abs. 2 AVAVG spätestens innerhalb der Ausschlußfrist von zwei Monaten nach dem Ende der Schlechtwetterzeit eingereicht hat. Diese Frist ist nach



- 7 -

- 7 -

ständiger Rechtsprechung des BSG (vgl. SozR zu § 143 1 AVAVG Nr. 2 und 3 sowie 7 RAR 30/65) eine materiell-rechtliche Ausschußfrist. Wird sie versäumt, so erlischt grundsätzlich der Anspruch auf Schlechtwettergeld. Der Mangel ist von Amts wegen zu beachten.

Auch im übrigen sind weitere Feststellungen erforderlich. Nach § 143 d AVAVG müssen für den Anspruch auf SWG einmal bestimmte arbeitsrechtliche, insbesondere tarifrechtliche Erfordernisse (Abs. 1 Nr. 1 und 2) erfüllt sein. Zum anderen muß es sich um einen Betrieb des Baugewerbes handeln, der in der nach Maßgabe des § 143 d Abs. 2 AVAVG erlassenen Rechtsverordnung aufgeführt ist.

Nach § 2 der 8. DVO/AVAVG in der hier maßgeblichen Fassung vom 18. Oktober 1965 (BGBl I 1651) ist die Gewährung von SWG in solchen Betrieben zulässig, die nach ihrer Zweckbestimmung und betrieblichen Einrichtung Bauten aller Art erstellen oder sonstige bauliche Leistungen erbringen, wenn die in diesen Betrieben ausgeführten Arbeiten in dem unter Nr. 1 bis 3 aufgestellten Katalog enthalten sind. In diesem Katalog sind im Rahmen der Straßenbauarbeiten "Fahrbahn-Markierungsarbeiten" genannt. Da die H - Kolonnen der Klägerin Arbeiten dieser Art verrichten, stände insoweit einer Einbeziehung dieses Betriebes in den Kreis der zugelassenen Betriebe des Baugewerbes i.S. des § 2 der 8. DVO/AVAVG nichts entgegen. Es kommt hierbei nicht auf die vom SG erörterte Frage an, ob es sich bei diesen Arbeiten um Bauarbeiten handelt, die notfalls auch noch unter extrem ungünstigen Witterungsbedingungen ausgeführt werden können, oder um solche, die in der Schlechtwetterzeit generell nicht durchführbar sind. Für derartige Einschränkungen läßt der Gesetzes- und Verordnungswortlaut keinen Raum.

Fraglich ist dagegen, ob auch bloße Betriebsabteilungen von Unternehmen als Betriebe in diesem Sinne anzusehen

- 8 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

sind. Die 8. DVO erfaßt - entgegen der Meinung der Klägerin - mit einziger Ausnahme des Landschaftsgartenbaues - nur die Betriebe des Baugewerbes als Ganzes und schließt die selbständigen Betriebsabteilungen fachfremder Unternehmen von der Vergünstigung der Schlechtwettergeldregelung aus. Die amtliche Begründung zur Dritten Verordnung zur Änderung der 8. DVO erklärt nämlich ausdrücklich: "Abweichend von der tariflichen Regelung sind jedoch selbständige Baubetriebsabteilungen der Betriebe fachfremder Gewerbebezweige selbst dann nicht zum Bezug von SWG zugelassen, wenn auf diese Betriebsabteilungen die einschlägigen Tarifverträge für das Baugewerbe anzuwenden sind" (BABl 1965, 835 unter Abschn. 2). Dies hat auch in der 8. DVO einen hinreichenden Ausdruck gefunden, weil lediglich beim Landschaftsgartenbau selbständige Betriebsabteilungen aufgeführt sind und in Verbindung mit der o.a. Begründung daher angenommen werden muß, daß damit ^{bewußt} selbständige Betriebsabteilungen im übrigen ausgeschlossen werden sollten. Es fragt sich jedoch, ob diese Regelung von der gesetzlichen Ermächtigung des § 143 Abs. 2 AVAVG überhaupt gedeckt ist.

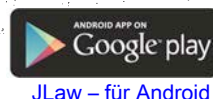
Einmal könnte es schon zweifelhaft sein, ob der Begriff "Betrieb" in § 143 d Abs. 2 AVAVG nicht schon in entsprechender Anwendung des § 129 Abs. 1 AVAVG dahin aufzufassen ist, daß auch Betriebsabteilungen als Betriebe anzusehen sind. Man muß bedenken, daß für die Lohnausfallvergütung in § 129 Abs. 1 AVAVG ausdrücklich bestimmt ist, daß auch eine Betriebsabteilung als Betrieb gilt. Es ist zwar richtig, daß die Vorschriften über die Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft eine solche Vorschrift nicht enthalten. Es könnte aber immerhin gefragt werden, ob der Gesetzgeber eine solche Vorschrift hier bewußt nicht getroffen hat oder ob es sich um eine Gesetzeslücke handelt, die durch entsprechende Anwendung des § 129 Abs. 1 AVAVG geschlossen werden müßte. Dies letztere hätte zur Folge, daß eine entgegenstehende Einengung des Betriebs-

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

- 9 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

begriffs durch den Ordnungsgeber nicht gedeckt wäre.
Einer näheren Untersuchung bedarf es hier jedoch nicht.

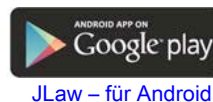
Selbst wenn man nämlich die letztere Ansicht ablehnt, erscheint es trotzdem zweifelhaft, ob der Ordnungsgeber durch § 143 d Abs. 2 AVAVG ermächtigt ist zu bestimmen, daß eine bloße Betriebsabteilung nicht unter den Begriff "Betrieb" i.S. des § 143 d Abs. 2 AVAVG fällt. Schon der Wortlaut dieser letzteren Vorschrift spricht für die Annahme, daß der Ordnungsgeber lediglich ermächtigt wird, die Betriebe nach der Art der in ihnen verrichteten Tätigkeiten abzugrenzen, nicht aber festzulegen, was unter einem Betrieb zu verstehen ist. Denn anders können die Worte, der Ordnungsgeber solle bestimmen, "in welchen Betrieben" die Gewährung von Schlechtwettergeld zulässig ist, kaum verstanden werden, weil hier der Begriff des Betriebes als vorgegeben angesehen werden muß. Wenn auch § 143 d Abs. 2 AVAVG keine ausdrückliche Zweckbestimmung der zu erlassenden Rechtsverordnung enthält, so kann doch auch kaum zweifelhaft sein, daß die Ermächtigung des Abs. 2 nur bezweckt, die für die Schlechtwettergeldregelung in Frage kommenden Betriebe nach der Art ihrer Zweckbestimmung und nach ihren betrieblichen Einrichtungen (so auch die Einleitung in § 2 Nr. 1 der 8. DVO), d.h. nach der Art der in ihnen verrichteten Tätigkeiten, nicht aber danach zu beurteilen, ob es sich um Gesamtbetriebe oder nur um Betriebsabteilungen handelt. Man muß bedenken, daß es für den Gesetzgeber kaum praktikabel gewesen wäre, bereits im Gesetz selbst diejenigen Betriebe zu bestimmen, die zugelassen werden sollen, zumal der Kreis der in Frage kommenden Betriebe sich mit der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung häufig ändert.

Diese für eine Delegation an den Ordnungsgeber sprechenden Gründe spielen aber für die Entscheidung der Frage, eine Betriebsabteilung als Betrieb im Sinne dieser Vorschrift gelten soll, gerade keine Rolle, wie sich auch daraus ergibt, daß der Gesetzgeber sie in § 129 Abs. 1 AVAVG

- 10 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 10 -

selbst beantwortet hat. Alle diese Umstände sprechen für die Annahme, daß die Ermächtigung in § 143 d Abs. 2 AVAVG lediglich dahin geht, die Betriebe der Art der in ihr verrichteten Tätigkeiten nach zu bestimmen, nicht aber festzulegen, was unter dem Begriff "Betrieb" zu verstehen ist. Aber auch diese Entscheidung kann hier dahinstehen. Beide Entscheidungen würden nämlich nur dann Bedeutung haben, wenn hier über eine selbständige Betriebsabteilung zu befinden wäre, da nur solche in der 8. DVO angesprochen sind.

Die - allerdings noch lückenhaften - Feststellungen des SG in Verbindung mit dem Vortrag der Beteiligten in der Revisionsinstanz sprechen aber deutlich für die Annahme, daß es sich bei der hier in Betracht kommenden Unterabteilung der Klägerin, die das "H" durch Kolonnen verlegen läßt, nicht um eine selbständige, sondern lediglich um eine unselbständige Betriebsabteilung handelt. Für unselbständige Betriebsabteilungen sind aber, da insoweit die 8. DVO keine Regelung enthält, die bisherige Verwaltungspraxis und Rechtsprechung maßgebend, nach der diese hinsichtlich der Schlechtwettergeldregelung das Schicksal des Gesamtbetriebes teilen.

Für die Annahme, daß hier eine unselbständige Betriebsabteilung vorliegt, spricht nicht nur, daß es sich nach den allerdings lückenhaften Feststellungen des SG und dem Vortrag der Beteiligten in der Revisionsinstanz lediglich um eine Unterabteilung handelt, und daß diese der Aufgabe der H Abteilung der Klägerin, H herzustellen und zu vertreiben und damit der Aufgabe des Gesamtbetriebes, chemische Erzeugnisse herzustellen und zu vertreiben, lediglich dient, wenn sie einen Teil des hergestellten H verlegt, sondern auch der Umstand, daß die Zahl der in dieser Unterabteilung beschäftigten Arbeitnehmer relativ zur Zahl der Gesamtbelegschaft so klein ist, daß sie nur als unbedeutend angesehen werden kann, und der weitere Umstand, daß diese Unterabteilung nicht selbst alle technischen und kaufmännischen Aufgaben erledigt.

- 11 -



Obwohl das also für die Annahme spricht, daß hier lediglich eine unselbständige Betriebsabteilung vorliegt, kann doch der Senat mangels ausreichender Feststellungen des SG nicht abschließend entscheiden, es bedarf vielmehr auch insoweit noch der ergänzenden Feststellungen durch das LSG.

Der Senat erachtet es für zweckmäßig, die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung nicht an das SG, sondern an das LSG Rheinland-Pfalz zu verweisen (§ 170 Abs. 2 und 3 SGG).

Die Kostenentscheidung bleibt dem abschließenden Urteil vorbehalten.

