

Aktenzeichen:

7 RAr 36/57

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

Verkündet

am 29. Juli 1958

In Sachen

.....

Beklagten und Revisionsklägerin,

gegen

.....

Kläger und Revisionsbeklagten,

hat der 7. Senat des Bundessozialgerichts auf
die mündliche Verhandlung vom 29. Juli 1958
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
Landessozialgerichts Celle vom 23. Januar 1957
wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger die außergericht-
lichen Kosten zu erstatten.

Von Rechts wegen.



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

G r ü n d e :

I

Der Kläger meldete am 3. April 1951 bei der Stadtverwaltung Elsfleth sein Friseurgewerbe ab, gab der Stadtverwaltung den Wandergewerbeschein zurück, der ihn zum Handel mit Haushaltsgeräten und Kurzwaren berechtigte, und ließ sich unter Rückgabe der Handwerkskarte in der Handwerkerrolle löschen. An demselben Tage meldete er sich beim Arbeitsamt (ArbA.) Brake arbeitslos und beantragte Arbeitslosenfürsorgeunterstützung (Alfu). Durch Bescheid vom 13. April 1951 erhielt der Kläger vom 6. April 1951 an Alfu. Während des Bezuges zeigte er wiederholt Gelegenheitsarbeit (Haarschneiden, Botendienste) an. Am 15. August 1952 ermittelte das ArbA., dass der Kläger vom 3. April 1951 bis Ende April 1952 ohne Wandergewerbeschein ein Wandergewerbe betrieben hat; er gebe zu, mit Seife, Toilettenartikeln und Kurzwaren gehandelt zu haben und bei der Strickerei Hxxxxx in Elsfleth Wolle in Wollgarn umgetauscht zu haben, er habe ferner für die Firma Fxxxxxxx und Co. in Fladungen Bettwäsche verkauft und dabei als Provisionsvertreter von Januar 1952 an insgesamt 173,- DM verdient. Durch Verfügung vom 16. Oktober 1952 forderte das ArbA. die Alfu von 1611,95 DM zurück, weil der Kläger das Wandergewerbe trotz Rückgabe des Wandergewerbescheins fortgesetzt habe; durch Verfügung vom 18. November 1952 wurde der Betrag auf 1551,95 ermäßigt.

Den Einspruch des Klägers wies der Spruchausschuss des ArbA. am 18. Dezember 1952 ab. Die Berufung des Klägers beim Oberversicherungsamt. (OVA.) Hannover ging am 1. Januar 1954 als Klage auf das Sozialgericht (SG.) Oldenburg über. Das SG. wies die Klage ab. Der Kläger sei selbständiger Gewerbetreibender im Sinne des § 87a des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) und habe deshalb keinen Anspruch auf Alfu.

Auf die Berufung des Klägers hob das Landessozialgericht (LSG.) Celle durch Urteil vom 23. Januar 1957 das Urteil des SG. sowie den Bescheid des ArbA. vom 16. Oktober 1952 und die Entscheidung des Spruchausschusses vom 18. Dezember 1952 auf. Das LSG. führte aus, es sei nicht feststellbar, daß der Kläger das Friseurgewerbe weiter betrieben habe. Den Wandergewerbeschein habe er der ausstellenden Behörde zurückgegeben, damit habe er zum Ausdruck gebracht, daß er das Wandergewerbe aufgebe. Habe er es ohne den dazu erforderlichen Wandergewerbeschein fortgesetzt, so sei die Arbeitslosigkeit



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos nicht zu verneinen.
(mobile App)
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 3 -

Wandergewerbeschein oder eine Legitimationskarte erforderlich sei, ohne diese Papiere betreibe, sei nicht nach § 87a Abs. 1 Satz 2 AVAVG vom Bezuge der Unterstützung ausgeschlossen; es sei nicht anders zu verfahren wie bei anderen selbständigen Tätigkeiten; als Lebensgrundlage habe das Wandergewerbe nicht gedient.

Das Urteil des LSG. wurde der Beklagten am 21. Februar 1957 zugestellt; am 16. März 1957 legte sie Revision ein. Sie beantragte, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. Am 12. April 1957 begründete sie die Revision: Zwar sei der Kläger während des Bezuges der Alfu nicht selbständiger Gewerbetreibender im Sinne des § 87a Abs. 1 Satz 1 AVAVG gewesen, er habe aber für seine Tätigkeit einen Wandergewerbeschein gebraucht. Das Bundessozialgericht (BSG.) habe Personen, die das Wandergewerbe nach Hinterlegung des Wandergewerbescheines fortgesetzt haben, nicht als arbeitslos angesehen. Dies müsse auch für Wandergewerbetreibende gelten, die keinen Wandergewerbeschein haben oder ihn zurückgegeben haben. Ihre Arbeitslosigkeit sei nicht nach den Grundsätzen zu beurteilen, die für selbständige Gewerbetreibende gelten. Dies widerspreche Sinn und Zweck des § 87a Abs. 1 Satz 2 AVAVG. Dadurch solle den Schwierigkeiten der Kontrolle eines Wandergewerbetreibenden begegnet werden; dies gelte besonders dann, wenn jemand ohne die dazu erforderlichen Papiere ein Wandergewerbe betreibe.

Der Kläger war nicht vertreten.

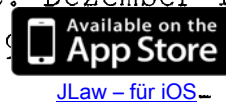
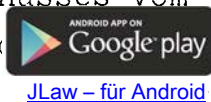
II

Die Revision, die das LSG. zugelassen hat (§ 162 Abs. 1 Nr. 1 des Sozialgerichtsgesetzes - SGG -), ist zulässig. Sie ist aber nicht begründet.

1. Das LSG. hat die Berufung mit Recht als zulässig angesehen. Zwar betrifft das Urteil des SG. nicht, wie das LSG. meint, Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen für einen Zeitraum von mehr als dreizehn Wochen, sondern den Anspruch der Beklagten auf Erstattung zu Unrecht gewährter Unterstützung nach § 177 Abs. 1 Satz 2 AVAVG. Auf solche Ansprüche ist aber § 144 Abs. 1 SGG nicht anwendbar (BSG. SozR. § 144 Bl. Da 2 Nr. 9).
2. Gegenstand des Verfahrens sind der Bescheid vom 16. Oktober 1952 und die Entscheidung des Spruchausschusses vom 18. Dezember 1952, durch die die Beklagte die Alfu von



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



30. April 1952 zurückgefordert hat. Der Kläger hat diese Unterstützung auf Grund des Bescheides vom 13. April 1951 erhalten; sie ist nach Ablauf der jeweiligen Bewilligungsdauer weiterbewilligt worden. Dieser Bescheid ist als ausschließlich begünstigender Verwaltungsakt mit Dauerwirkung für die Beteiligten bindend geworden (vgl. § 77 SGG; BSG. 2 S. 188; 3 S. 234 /237/; BGHZ. 9 S. 101 ff. und BVerfGE. 4 S. 161 /166/; Urt. des BSG. v. 12.2.1958 - 11/9 RV 948/55; ferner Hauelsen, Die Ortskrankenkasse 1957, S. 488 Anm. 8).

Werden durch einen Bescheid wiederkehrende Leistungen entzogen, so bedeutet dies auch in der Arbeitslosenversicherung und in der Arbeitslosenfürsorge rechtlich zugleich, daß der Bescheid, durch den die Leistungen bewilligt worden sind, von der Wirksamkeit der Entziehung an als rechtswidrig angesehen und deshalb als nunmehr fehlerhaft zurückgenommen wird (BSG. 2 S. 188 ff. /190/). Hiernach enthält der Bescheid vom 16. Oktober 1952 eine Rücknahme des Bescheides vom 13. April 1951, zum Teil auch der Bescheide, durch welche die Alfu jeweils weiterbewilligt worden ist. Die Alfu, die nach diesen Bescheiden gewährt worden ist, kann aber nur zurückgefordert werden, wenn die Beklagte die Bescheide hat zurücknehmen dürfen und wenn die Voraussetzungen der Rücknahme erfüllt sind (Urt. des BSG. v. 12.2.1958 - 11/9 RV 948/55).

Rechtsgrundlage der angefochtenen Bescheide ist § 177 Abs. 1 Satz 1 AVAVG gewesen (Art. III Nr. 3 der Verordnung (MRVO) Nr. 117 der (brit.) Militärregierung über die Arbeitslosenfürsorge, Arbeitsblatt f.d. brit. Zone 1948 S. 2). Nach dieser Vorschrift konnte die Alfu von Amts wegen entzogen werden, sobald die Voraussetzungen zum Bezuge nicht mehr vorlagen oder sich herausstellte, daß sie schon bisher nicht vorgelegen haben. Die Beklagte hat danach die bindenden Bescheide, durch die sie die Alfu bewilligt hat, aber nicht aufheben dürfen.

Auszugehen ist von der Feststellung des LSG., wonach der Kläger vom 3. April 1951 an nicht mehr Inhaber des Wandergewerbescheines gewesen ist. Diese Feststellung ist für das BSG. bindend (§ 163 SGG); die Beklagte hat gegen sie Verfahrensrügen nicht erhoben. Sie hat sich lediglich gegen die Schlußfolgerungen gewandt, die das LSG. aus der Rückgabe des Wandergewerbescheins an die "Ausstellungsbehörde" gezogen hat, aber nicht gegen das



Nach § 87a Abs. 1 Satz 2 AVAVG in der hier maßgebenden Fassung der VO Nr. 111 der (brit.) Militärregierung (Arbeitsblatt f.d. brit. Zone 1947 S. 382), der auch in der Arbeitslosenfürsorge anzuwenden ist (MRVO Nr. 117 Art. III Nr. 3), gelten Inhaber von Wandergewerbescheinen, Gewerbelegitimationen oder Hausierscheine sowie die als Begleiter in solchen Scheinen eingetragenen Personen bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen nur als arbeitslos, solange diese Papiere beim ArbA. hinterlegt sind. Die Arbeitslosigkeit ist, auch wenn die allgemeinen Voraussetzungen erfüllt sind, stets zu verneinen, solange der Inhaber eines Wandergewerbescheins diesen Schein beim ArbA. nicht hinterlegt hat. Rechtsfolgen aus § 87a Abs. 1 Satz 2 AVAVG treffen aber nur Inhaber von Wandergewerbescheinen. Diese Voraussetzung hängt vom Besitz eines Wandergewerbescheines, aber nicht von einer entsprechenden gewerblichen Tätigkeit ab (Urt. des erkennenden Senats vom 25.4.1958, 7 RAr 18/57), Inhaber eines Wandergewerbescheines ist nur, wer diesen Schein in seiner Verfügungsgewalt hat (vgl. Grundsätzliche Entscheidung des Reichsversicherungsamts Nr. 3905, AN. 1930 S. 484). Diese Voraussetzung ist insbesondere dann nicht mehr erfüllt, wenn der Wandergewerbeschein an die Stelle, die ihn ausgehändigt hat, zurückgegeben und auf die Berechtigung daraus verzichtet wird. Wer aber gewerbliche Tätigkeiten, für die nach § 55 der Gewerbeordnung (GewO) ein Wandergewerbeschein notwendig ist, betreibt, ohne Inhaber eines Wandergewerbescheines zu sein, dessen Arbeitslosigkeit kann jedenfalls nicht nach § 87a Abs. 1 Satz 2 AVAVG verneint werden. Die Beklagte irrt, wenn sie meint, es mache keinen Unterschied, ob der Wandergewerbeschein beim ArbA. oder bei der ausstellenden Behörde hinterlegt werde, auch aus der Hinterlegung beim ArbA. ergebe sich nicht ohne weiteres, ob der Arbeitslose sein Gewerbe nur vorübergehend oder dauernd habe aufgeben wollen. Nach § 87a Abs. 1 Satz 2 AVAVG gilt der Inhaber eines Wandergewerbescheins, sofern die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind, nur dann als arbeitslos, wenn er diesen Schein beim ArbA. hinterlegt hat; ist dies der Fall, so kommt es nicht darauf an, ob er das Gewerbe dauernd oder nur vorübergehend hat aufgeben wollen. Anders ist es aber, wenn jemand seinen Wandergewerbeschein an die Stelle zurückgegeben hat, die ihn ausgehändigt hat. Ist den Umständen zu entnehmen, daß er mit der Rückgabe das Wandergewerbe aufgegeben hat, so ist er nicht mehr Inhaber eines Wandergewerbescheins,



die Arbeitslosigkeit kann dann nicht nach § 87a Abs. 1 Satz 2 AVAVG verneint werden. Nicht die Inhaber von Wandergewerbescheinen werden unterschiedlich behandelt, wie die Beklagte meint, sondern es wird unterschieden zwischen Inhabern von Wandergewerbescheinen und Personen, die es nicht oder nicht mehr sind, weil ohne dieses Merkmal § 87a Abs. 1 Satz 2 AVAVG nicht anzuwenden ist.

Auf das Urteil vom 28. August 1956 (BSG. 3 S. 224 /2297), wonach selbstverständlich nicht als arbeitslos gelte, wer nach Hinterlegung seines Scheines das Wandergewerbe trotzdem weiter betreibe, kann sich die Beklagte schon deswegen nicht berufen, weil der Kläger den Wandergewerbeschein nicht hinterlegt, sondern sich dieses Scheines unter Umständen entäußert hat, auf Grund deren ihn das LSG. nicht mehr als Inhaber angesehen hat.

Auch aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck ist nicht zu entnehmen, daß § 87a Abs. 1 Satz 2 AVAVG anzuwenden sei, wenn jemand Tätigkeiten nach § 55 GewO verrichte, ohne Inhaber eines Wandergewerbescheines zu sein. Diese Vorschrift geht zurück auf § 89a Abs. 3 AVAVG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des AVAVG vom 12. Oktober 1929 (RGBl. I S. 162). Nach § 89a Abs. 1 AVAVG ist u.a. nicht arbeitslos gewesen, wer den erforderlichen Lebensunterhalt durch selbständige Arbeit, insbesondere auch als Gewerbetreibender hat erwerben oder im Betriebe von Verwandten oder des Ehegatten hat mit erwerben können; Inhaber von Wandergewerbescheinen sind in keinem Fall als arbeitslos anzusehen gewesen (§ 89a Abs. 3 AVAVG), Ausnahmen sind im Gesetz nicht vorgesehen gewesen. Zum Unterschied von den Fällen des § 89a Abs. 1 AVAVG ist es nicht auf die gewerbliche Tätigkeit, sondern auf den Besitz des Wandergewerbescheines angekommen; nur wer die Verfügungsgewalt über dieses Papier hatte, ist Inhaber gewesen (Grundsätzliche Entscheidungen des Reichsversicherungsamts Nr. 3905 und 4666, AN. 1930 S. 484 und 1933 S. 369). Allein nach diesem Merkmal ist die Arbeitslosigkeit nach § 89a Abs. 3 AVAVG zu verneinen gewesen. Das ArbA. sollte dadurch im Einzelfalle der Prüfung enthoben werden, ob durch selbständige Arbeit im Wandergewerbe der erforderliche Lebensunterhalt erworben oder miterworben werden konnte. Nicht anders ist die Rechtslage nach § 87a Abs. 1



Satz 2 AVAVG, der mit dem alten § 89a Abs. 3 insoweit übereinstimmt, als nur für Inhaber von Wandergewerbescheinen die Arbeitslosigkeit zu verneinen ist. Sind aber nur Inhaber eines Wandergewerbescheines vom Bezug der Unterstützung auszuschließen, so kann § 87a Abs. 1 Satz 2 AVAVG auch nicht entsprechend auf Personen angewandt werden, die ohne diesen Schein Tätigkeiten nach § 55 GewO betreiben. Die Schwierigkeit, diesen Personenkreis zu überwachen, rechtfertigt dies allein nicht. Im Gesetz ist aber die Absicht, nicht nur Inhaber von Wandergewerbescheinen, sondern Wandergewerbetreibende schlechthin von der Unterstützung auszuschließen, nicht zum Ausdruck gekommen.

Auch soweit der Kläger vom 1. Januar 1952 an für die Firma Fxxxxxxx und Co. tätig gewesen ist, kann die Arbeitslosigkeit nicht nach § 87a Abs. 1 Satz 2 AVAVG verneint werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob er für diese Tätigkeit eine Legitimationskarte (§§ 44, 44a GewO) oder einen Wandergewerbeschein (§ 55 GewO) gebraucht hätte. Jedenfalls hat er, wie dem angefochtenen Urteil zu entnehmen ist, die dazu erforderlichen Papiere nicht gehabt. Damit hat die Arbeitslosigkeit auch für die Zeit vom 1. Januar bis zum 30. April 1952 nicht nach § 87a Abs. 1 Satz 2 AVAVG verneint werden können.

Wer Tätigkeiten nach § 44 oder § 55 GewO betreibt, ohne Inhaber eines Wandergewerbescheins oder einer Legitimationskarte (§ 44a GewO) zu sein, ist demnach arbeitslos, wenn die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind und die Arbeitslosigkeit auch nicht etwa nach § 87a Abs. 1 Satz 1 AVAVG oder nach § 87a Abs. 2 AVAVG verneint werden müßte. Der Kläger ist, wie das LSG festgestellt hat, nicht selbständiger Gewerbetreibender im Sinne des § 87a Abs. 1 Satz 1 AVAVG gewesen; die Beklagte hat diese Feststellung nicht angegriffen, sie hat auch nicht behauptet, daß der Kläger wegen persönlicher oder vertraglicher Bindungen keine anderen als geringfügige Beschäftigungen im Sinne des § 75a Abs. 2 AVAVG ausüben vermochte.

3. Kann danach die Arbeitslosigkeit des Klägers in der Zeit vom 6. April 1951 bis zum 30. April 1952 nicht verneint werden, so hat die Beklagte den Bescheid vom 13. April 1951 teil-



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

weise auch die Bescheide, durch welche sie die Alfu weiterbewilligt hat, nicht nach § 177 Abs. 1 Satz 1 AVAVG zurücknehmen dürfen. Der Bescheid des ArbA. vom 16. Oktober 1952 und die Entscheidung des Spruchausschusses vom 18. Dezember 1952 sind daher rechtswidrig. Das LSG. hat sie mit Recht aufgehoben. Die Revision der Beklagten ist deshalb nicht begründet; sie ist nach § 170 Abs. 1 Satz 2 SGG zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 193 SGG.

