

Bundessozialgericht
- 7 RAr 92/80 -

Im Namen des Volkes
Urteil
in dem Rechtsstreit

.....,
Kläger und Revisionskläger,
Prozeßbevollmächtigte:,
g e g e n
.....,
Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche
Verhandlung am 18. Februar 1982
für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Bayerischen Land-
dessozialgerichts vom 2. Oktober 1980 wird als unzulässig ver-
worfen, soweit der Kläger Arbeitslosengeld begehrt; soweit der
Kläger Arbeitslosenhilfe begehrt, wird das Urteil aufgehoben
und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das
Landessozialgericht zurückverwiesen.



- 2 -

G r ü n d e :

I

Der Rechtsstreit betrifft Leistungen wegen Arbeitslosigkeit ab 13. April 1973.

Der Kläger, ein ausgebildeter Chemo-Techniker, war seit 1967 als Taxifahrer beschäftigt. Am 19. Februar 1971 meldete der Kläger ein Taxiunternehmen als Gewerbe an, das er tatsächlich ausübte, bis ihm mit sofort vollziehbarem Bescheid vom 31. Oktober 1972 die Fahrerlaubnis der Klassen 1 und 3 sowie die Erlaubnis zur Fahrgastbeförderung entzogen wurden. Seine Klage hatte keinen Erfolg; seine Berufung nur hinsichtlich der Fahrerlaubnis (Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 5. Dezember 1974). Das Taxiunternehmen meldete der Kläger am 8. August 1975 beim Gewerbeamt ab.

Am 13. April 1973 meldete sich der Kläger arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld (Alg). Dabei und am 8. Mai 1973 erhielt er die Auskunft, Voraussetzung für eine Leistungsgewährung sei, daß er sein Gewerbe abmelde; hiervon sah der Kläger im Hinblick auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren ab. Mit Bescheid vom 10. Mai 1973 lehnte die Beklagte die Gewährung von Alg wegen Nichterfüllung der Anwartschaftszeit und von Arbeitslosenhilfe (Alhi) mit der Begründung ab, daß der Kläger innerhalb des letzten Jahres vor der Arbeitslosmeldung weder Alg bezogen noch mindestens zehn Wochen in entlohnter Beschäftigung gestanden habe.

Der Kläger meldete sich am 19. August 1975 erneut arbeitslos und beantragte Alhi; dabei gab er an, innerhalb des letzten Jahres vor der Arbeitslosmeldung aus dem Taxiunternehmen kein Einkommen erzielt zu haben. Die Beklagte gewährte dem Kläger ab 19. August 1975 Alhi in Höhe von 125,40 DM wöchentlich, berechnet nach dem Arbeitsentgelt eines Kraftfahrers von

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

1.300,-- DM monatlich (Bescheid vom 18. September 1975). Ab 21. April 1977 kürzte die Beklagte die Alhi um 27,97 DM wöchentlich wegen eines Unterhaltsanspruchs des Klägers gegen seine Mutter (Bescheid vom 5. Mai 1977; Widerspruchsbescheid vom 13. Juni 1977). Nach Klagerhebung (S 2/Al 588/77) erhöhte die Beklagte die Kürzung auf 38,28 DM ab 25. August 1977 (Bescheid vom 5. September 1977) und auf 46,49 DM ab 22. September 1977 (Bescheid vom 4. Oktober 1977).

Gegen die Kürzung wandte der Kläger ein, seine Mutter sei alt und krank; daher dürfe ihre Rente ihm nicht angerechnet werden. Sowohl in diesem Prozeß als auch förmlich bei der Beklagten machte der Kläger geltend, er sei als Chemo-Techniker einzustufen. Auch sei ihm ab 1973 Alhi nachzuzahlen. Die Auskunft, daß ihm Alhi nur zustehe, wenn er sein Gewerbe abmelde, habe seinen Verwaltungsgerichtsprozeß nicht berücksichtigt. Er sei nicht verpflichtet gewesen, durch die Aufgabe seines Unternehmens der Entscheidung des Verwaltungsgerichts vorzugreifen. Vor dieser Entscheidung habe er die Bedingung der Beklagten nicht akzeptieren können. Sein Bestreben, seine Existenz wiederzuerlangen, habe auch im Interesse der Beklagten gelegen. Einen anderen Fahrer habe er nicht beschäftigen können. Das Fahrzeug sei über sechs Monate nicht gefahren worden; es sei beschädigt gewesen. Auch habe er kein Einkommen gehabt.

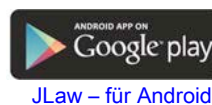
Die Beklagte wertete das Vorbringen hinsichtlich der Einstufung als Widerspruch gegen den Bewilligungsbescheid vom 18. September 1975, den sie wegen Verspätung als unzulässig verwarf (Widerspruchsbescheid vom 11. August 1977); der Kläger erhob wiederum Klage (S 2/Al 829/77). Im übrigen lehnte die Beklagte es ab, für die Vergangenheit Alhi zu gewähren; zur Begründung führte sie aus, der Ablehnungsbescheid vom 10. Mai 1973 weise keinen Mangel auf, der Kläger habe seinerzeit auch eine sachlich richtige Auskunft erhalten (Bescheid vom 27. Dezember 1977; Widerspruchsbescheid vom 15. März 1978). Der Kläger erhob deswegen eine weitere Klage (S 2/Al 365/78). Mit Bescheid vom

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

- 4 -



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



- 4 -

15. Februar 1978 hob die Beklagte die Bewilligung der Alhi ab 19. August 1975 auf, weil ein Anspruch nicht gegeben sei; der Ersatztatbestand des § 1 Nr 3 der Arbeitslosenhilfe-Verordnung (Alhi-VO) vom 7. August 1974 (BGBl I 1929) habe nicht vorgelegen, weil der Kläger aus seiner selbständigen Tätigkeit im Jahre vor der Arbeitslosmeldung keinerlei Einkommen erzielt habe.

Das Sozialgericht (SG) hat die Klagen durch drei Urteile vom 10. Mai 1978 abgewiesen. Die Berufungen des Klägers hat das Landessozialgericht (LSG), nachdem es die Streitsachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden hatte, zurückgewiesen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, der Berufungsausschließungsgrund des § 147 Sozialgerichtsgesetz (SGG) sei nicht gegeben, weil die Gewährung der Leistung überhaupt streitig sei. Ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch stehe dem Kläger nicht zu. Der ihm am 13. April und 8. Mai 1973 zuteilgewordene Rat, die selbständige Tätigkeit aufzugeben und das Gewerbe abzumelden, sei zutreffend gewesen. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Alg gehabt. Innerhalb des letzten Jahres vor der Arbeitslosmeldung habe er weder Alg bezogen noch mindestens zehn Wochen in entlohnter Beschäftigung gestanden (§ 134 Abs 1 Nr 4 Buchst a und b Arbeitsförderungsgesetz -AFG-). Alhi habe er daher nur erhalten können, wenn die befugt und hauptberuflich ausgeübte Tätigkeit als Selbständiger aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen aufgegeben worden sei (§ 242 Abs 37 AFG, § 3 Nr 5 der 5. Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung -5. DVO AVAVG- vom 22. Mai 1958, BGBl I 377, ergänzt durch die Verordnung vom 10. Dezember 1963, BGBl I 872). Die Aufgabe der selbständigen Tätigkeit und deren Nachweis durch die Gewerbeabmeldung sei daher die einzige sachgerechte Gestaltungsmöglichkeit gewesen, um einen Leistungsanspruch zu verwirklichen. Es habe im Verantwortungsbereich des Klägers gelegen, wenn er von der aufgezeigten Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht habe. Auch unter dem Gesichtspunkt

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung 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](#)

der Rücknahme eines rechtswidrigen nichtbegünstigenden Verwaltungsaktes, auf die nach dem Rechtsgedanken der §§ 627, 1300 Reichsversicherungsordnung, § 93 Abs 1 Reichsknappschaftsgesetz und ab 1. Januar 1981 nach Art 1 § 44 Abs 1 des Sozialgesetzbuches - Verwaltungsverfahren - (SGB X) vom 18. August 1980 (BGBl I 1469) ein Rechtsanspruch bestehe, sei die Klage unbegründet. Der Antrag sei 1973 zu Recht abgelehnt worden. Einen Anspruch auf Alg habe der Kläger nicht gehabt, weil innerhalb der Rahmenfrist vom 13. April 1970 bis 12. April 1973 lediglich 24 Wochen und vier Kalendertage und nicht, wie erforderlich, 26 Wochen einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung nachweisbar seien. Auch hinsichtlich der Alhi-Ablehnung sei keine offenbar unrichtige Rechtsanwendung erkennbar. Die rein tatsächliche Beendigung der Erwerbstätigkeit sei keine nicht nur vorübergehende Aufgabe der selbständigen Tätigkeit; diese setze vielmehr eine entsprechende Willensrichtung und eine Willenserklärung voraus. Die Aufgabe müsse daher durch einen Auszug aus dem Handelsregister, eine Bescheinigung der Industrie- und Handelskammer oder des Gewerbeamtes usw nachgewiesen werden und im Zeitpunkt des Versicherungsfalles vorliegen. Zum Zeitpunkt seines Antrages habe der Kläger weder den Willen noch die Absicht gehabt, die selbständige Tätigkeit aufzugeben. Er habe sein Taxiunternehmen weiterhin als Existenzgrundlage betrachtet und weiterbetreiben wollen. Die Beklagte sei schließlich nicht verpflichtet gewesen, dem Kläger Alhi unter dem Vorbehalt der Bedingung des negativen Ausgangs des Verwaltungsgerichtsprozesses zu gewähren. Dem wie auch einer entsprechenden Anwendung des § 117 Abs 4 AFG stehe die ausdrückliche Regelung des § 3 Nr 5 der 5. DVO AVAVG entgegen. Jedenfalls liege insoweit eine offenbar unrichtige Rechtsanwendung nicht vor, weil diese Fragestellung höchststrichterlich noch nicht geklärt sei. Ebenfalls sei die Aufhebung der Alhi-Bewilligung ab 19. August 1975 nach § 151 Abs 1 AFG rechtmäßig; es habe an der Anwartschaft gefehlt. Innerhalb eines Jahres vor der Antragstellung am 19. August 1975 habe der Kläger eine hauptberufliche Tätigkeit als



- 6 -

Selbständiger nicht ausgeübt, da er ihr schon seit November 1972 nicht mehr nachgegangen sei. Stehe dem Kläger somit keine Alhi zu, so sei der Streit über die Alhi-Höhe gegenstandlos.

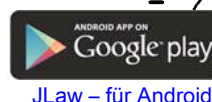
Der Kläger trägt mit der Revision vor, der Bescheid vom 10. Mai 1973 habe nicht darauf hingewiesen, daß an die Stelle einer zehnwöchigen entlohten Beschäftigung im letzten Jahr vor der Arbeitslosmeldung eine hauptberuflich ausgeübte Tätigkeit als Selbständiger trete, wenn sie nicht nur vorübergehend aufgegeben worden sei. Hieraus habe der Kläger ohne Verschulden folgern können, daß es entgegen der mündlichen Belehrung nicht darauf ankomme, ob er sein Unternehmen abmelde oder fortführe. Hierauf habe der Kläger vertraut; bei richtiger Belehrung hätte er bereits 1973 sein Taxigewerbe abgemeldet. Der Herstellungsanspruch sei daher begründet. Im übrigen sei der Bescheid unrichtig. Mit der tatsächlichen Beendigung der selbständigen Erwerbstätigkeit habe der Kläger diese Tätigkeit iS des § 3 Nr 5 der 5. DVO AVAVG aufgegeben. Auch sei es ermessensfehlerhaft gewesen, daß ihm die Beklagte Alhi nicht unter dem Vorbehalt der Bedingung des negativen Ausgangs des Verwaltungsprozesses gewährt habe. Die Regelung des Ersatztatbestandes stehe einer Gleichwohlgewährung für den Fall, daß ein Selbständiger, der seine Tätigkeit nicht ausüben könne, um die weitere Ausübung seiner selbständigen Tätigkeit aber einen Rechtsstreit führe, nicht entgegen. Vielmehr führe jede andere Auslegung zu einer unbilligen Härte; eine Gleichwohlgewährung entspreche daher dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers. Auch habe das LSG zu Unrecht die Aufhebung der Alhi-Bewilligung bestätigt. Wenn der Kläger den Ersatztatbestand nicht schon 1972 erfüllt habe, sei er jedenfalls vor dem Antrag vom 19. August 1975 hauptberuflich selbständig gewesen. Ob § 1 Nr 3 Alhi-VO anders als § 1 Nr 4 Alhi-VO die Erzielung von Erwerbseinkommen voraussetze, sei zweifelhaft; jedenfalls schlossen die Einkommensteuerbescheide für 1974 und 1975, nach denen der Kläger keine Steuer zu zahlen habe, nicht aus, daß er nicht mindestens zehn Wochen Einnahmen aus seinem

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

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

Taxiunternehmen gehabt habe. Die Ablehnung der Alhi ab 1973 und ihre Entziehung ab 1975 stellten schließlich eine unbillige Härte dar, weil dem Kläger zunächst entgegengehalten worden sei, daß er sein Gewerbe nicht aufgegeben habe, nach Abmeldung des Unternehmens ein Anspruch aber verneint werde, weil er der selbständigen Tätigkeit schon seit 1972 nicht mehr nachgegangen sei.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

die Urteile des LSG und des SG aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung ihrer Bescheide zu verurteilen, ihm ab 13. April 1973 Arbeitslosengeld, hilfsweise Arbeitslosenhilfe unter Zugrundelegung der Einstufung als Chemo-Techniker und unter Nichtberücksichtigung von Einkommen seiner Mutter zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie nimmt auf das Urteil des LSG Bezug und führt ergänzend aus, eine Gleichwohlgewährung komme nicht in Betracht. Eine Anwendung des § 117 Abs 4 AFG setze voraus, daß im Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung alle Anspruchsvoraussetzungen (einschließlich der Erfüllung der Anwartschaftszeit) erfüllt seien und daß der Zahlung von Alg lediglich ein Ruhenstatbestand entgegenstehe. Ebenso wie durch § 117 Abs 4 AFG nicht eine die Anwartschaft begründende Zeit ersetzt werden könne, könne auch nicht über eine analoge Anwendung dieser Vorschrift ein fehlender Ersatztatbestand iS des § 3 Nr 5 der 5. DVO AVAVG kompensiert werden.

Die Beteiligten haben sich übereinstimmend mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Urteil einverstanden erklärt (§ 124 Abs 2 SGG).



- 8 -

II

Die Revision des Klägers ist teils unzulässig, teils im Sinne der Zurückverweisung begründet.

Unzulässig ist die Revision, soweit der Kläger Alg ab 13. April 1973 verlangt. Bezüglich dieses prozessualen Anspruchs, den der Kläger vor allem und neben der nur hilfsweise geltend gemachten Alhi verfolgt, hat er die Revision nicht begründet, wie dies nach § 164 Abs 2 SGG erforderlich ist. Verfolgt die Revision mehrere prozessuale Ansprüche, muß dem Begründungserfordernis für jeden Anspruch genügt sein (BSGE 7, 35, 38 f; BSG SozR 1500 § 96 Nr 18). Dem ist der Kläger nicht nachgekommen, denn die Revisionsbegründung befaßt sich mit keinem Wort mit dem Anspruch auf Alg.

Soweit der Kläger Alhi ab 13. April 1973 begehrt, ist die Revision zulässig; sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das LSG.

1. Das LSG hat die Frage verneint, ob dem Kläger unter dem Gesichtspunkt der Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsaktes ein Anspruch auf Alhi ab 13. April 1973 zusteht. Das ist nicht zu beanstanden.

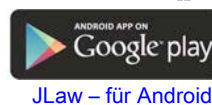
Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte durch den Widerspruchsbescheid vom 15. März 1978 die an sich bestandskräftig gewordene Entscheidung vom 10. Mai 1973, daß dem Kläger keine Alhi zusteht, wieder aufgegriffen oder es lediglich abgelehnt hat, den Kläger deswegen erneut zu beschneiden (vgl zu dieser Unterscheidung BSGE 44, 34, 36 = SozR 2200 § 627 Nr 4; Hennig/Danckwerts/König, Kommentar zum SGG, § 77 Anm 11, März 1981). Es bedarf ebenfalls keiner Entscheidung, nach welchen Rechtsgrundsätzen aufgrund des bis zum 31. Dezember 1980 geltenden Rechts im Bereich der Arbeitsförderung die Bindungswirkung von belastenden (nicht-

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
[\(mobile App\)](#)



- 9 -

begünstigenden) Verwaltungsakten, gegen die der Betroffene keinen oder nur einen erfolglosen Rechtsbehelf eingelegt hat (§ 77 SGG), durchbrochen werden konnte. Ebenso läßt der Senat offen, ob Art II § 40 Abs 2 SGB X der Anwendung des am 1. Januar 1981 in Kraft getretenen Art I § 44 SGB X durch die Gerichte entgegensteht, wenn die Verwaltung vor dem 1. Januar 1981 die Rücknahme abgelehnt hat (vgl die in dem zur Veröffentlichung vorgesehenen Urteil vom 28. Januar 1981 - 9 RV 29/80 - geäußerten Bedenken) und ob gemäß § 151 Abs 1 AFG (idF des Art II § 2 Nr 18 SGB X) jegliche Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit ausgeschlossen ist. Dem Kläger hat nämlich, wie die Beklagte seinerzeit zutreffend entschieden hat, ein Anspruch auf Alhi nicht zugestanden.

Innerhalb eines Jahres vor der am 13. April 1973 erfolgten Arbeitslosmeldung, die dem Antrag auf Alhi vorausging, hat der Kläger, wie nicht streitig ist, weder Alg bezogen noch mindestens zehn Wochen in entlohnter Beschäftigung gestanden. Damit erfüllte der Kläger nicht die Anwartschaftsvoraussetzungen des § 134 Abs 1 Nr 4 AFG (vom 25. Juni 1969, BGBl I 582, idF des 2. ÄndG-AFG vom 19. Mai 1972, BGBl I 791). Es lag auch keiner der Tatbestände vor, die bis zum Inkrafttreten der Alhi-VO am 1. September 1974 (§ 15 Alhi-VO) gemäß § 242 Abs 37 AFG ersatzweise eine Anwartschaft begründeten. Insbesondere waren nicht die Voraussetzungen erfüllt, nach denen gemäß § 242 Abs 37 AFG iVm § 3 Nr 5 der 5. DVO AVAVG an die Stelle der fehlenden entlohnerten Beschäftigung die im Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 ausgeübte Tätigkeit als Selbständiger trat.

Zwar dürfte der Kläger sein Unternehmen bis Anfang November 1972 befugt und hauptberuflich ausgeübt haben. Der § 3 Nr 5 der 5. DVO AVAVG forderte zudem jedoch, daß die hauptberuflich ausgeübte Tätigkeit als Selbständiger nicht nur vorübergehend aufgegeben worden ist. Hieran hat es 1973 gefehlt. Die Alhi-Voraussetzung der endgültig aufgegebenen, innerhalb

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

- 10 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 10 -

eines Jahres vor der Arbeitslosmeldung noch zehn Wochen hauptberuflich ausgeübten Tätigkeit als Selbständiger ersetzt die mindestens zehnwöchige entlohnte Beschäftigung innerhalb eines Jahres vor der Arbeitslosmeldung (§ 134 Abs 1 Nr 4 AFG). Diese als "kleine Anwartschaft" bezeichnete Anspruchsvoraussetzung soll sicherstellen, daß der Antragsteller zum Kreis der Personen gehört, für die die Alhi bestimmt ist; das sind diejenigen, die auf eine abhängige Erwerbstätigkeit angewiesen zu sein pflegen, dh als Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt gehören (Schönefelder/Kranz/Wanka, Kommentar zum AFG, Vorbemerkung 1 zu § 134, August 1973). Dem Ersatztatbestand des § 3 Nr 5 der 5. DVO AVAVG kommt die gleiche Funktion zu (vgl BSG SozR 4220 § 1 Nr 3). Personen, die ihre hauptberuflich ausgeübte selbständige Tätigkeit nur vorübergehend aufgegeben haben, bleiben typischerweise bestrebt, zu ihr zurückzukehren; sie sind allenfalls vorübergehend, und gegebenenfalls auf Teilzeitarbeit beschränkt, auf eine abhängige Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt angewiesen. Weil sie im Gegensatz zu den ehemals hauptberuflich Selbständigen nicht eindeutig als Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt gehören, begründet eine zehn Wochen hauptberuflich ausgeübte selbständige Tätigkeit innerhalb eines Jahres vor der Arbeitslosmeldung eine Alhi-Anwartschaft erst, nachdem der Antragsteller die hauptberuflich ausgeübte Tätigkeit endgültig aufgegeben hat. Es kann offenbleiben, zu welchem Zeitpunkt eine endgültige Aufgabe vorliegt, und ob, wie das LSG angenommen hat, jegliche selbständige Tätigkeit aufgegeben werden muß. Jedenfalls steht nach dem Zweck dieses Tatbestandsmerkmals einer endgültigen Aufgabe entgegen, daß der Antragsteller bestrebt bleibt, zur hauptberuflichen selbständigen Tätigkeit alsbald zurückzukehren, wie das beim Kläger nach den unangegriffenen Feststellungen des LSG 1973 der Fall war. Sieht sich ein Antragsteller, aus welchen Gründen auch immer, zur Aufgabe der Selbständigkeit (noch) nicht in der Lage, muß er es in Kauf nehmen, zeitweise und gegebenenfalls überhaupt keine

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



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 11 -

Alhi erhalten zu können. Es wäre daher unbeachtlich, wenn die Aufgabe der Selbständigkeit des Klägers seinem Verfahren vor den Verwaltungsgerichten vorgegriffen hätte. Das ist im übrigen nicht der Fall gewesen; denn Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens war nicht die Genehmigung zur entgeltlichen Beförderung von Personen mit Kraftdroschken (sogen Taxenkonzession) nach dem Personenbeförderungsgesetz, die der Kläger als Unternehmer benötigte, sondern die Fahrerlaubnis der Klassen 1 und 3 sowie die Erlaubnis zur Fahrgastbeförderung nach dem Straßenverkehrsrecht, die der Kläger benötigte, um seine eigene oder als angestellter Fahrer auch die Taxen anderer Unternehmer zu führen.

Ist die Anwartschaft nach § 3 Nr 5 der 5. DVO AVAVG nicht erfüllt, bevor die hauptberuflich ausgeübte Tätigkeit endgültig aufgegeben ist, kann, wie das LSG zutreffend ausgeführt hat, Alhi nicht unter der rückwirkend auflösenden Bedingung, daß der Antragsteller die nur vorübergehend aufgebene selbständige Tätigkeit wieder aufnimmt, bewilligt werden. Eine solche Gewährung widerspräche zudem Wesen und Zweck der Alhi. Leistungen der Alhi sind grundsätzlich nicht dafür bestimmt, die Gründung oder Aufrechterhaltung selbständiger Tätigkeiten zu fördern, mag auch die Verwendung der Leistungen hierzu, sofern auf die Leistungen ein Anspruch besteht, nicht zu verhindern sein (vgl Urteile des Senats vom 25. August 1981 - 7 RAr 68/80 - und vom 8. Oktober 1981 - 7 RAr 38/80 -). Daher bietet auch § 117 Abs 4 AFG keine Anspruchsgrundlage für den Kläger. Grundvoraussetzung für eine entsprechende Anwendung von § 117 Abs 4 gemäß § 134 Abs 2 AFG wäre, wie der Senat schon entschieden hat, daß die Anwartschaftszeit des § 134 Abs 1 Nr 4 AFG oder ein ihr entsprechender Ersatztatbestand erfüllt ist (Urteil vom 21. Mai 1981 - 7 RAr 22/79 - insoweit in SozR 4220 § 1 Nr 3 nicht abgedruckt), was hier gerade nicht der Fall ist.



- 12 -

2. Des weiteren hat das LSG die Frage verneint, ob die Beklagte aus der Verletzung der Pflicht zur Beratung und Belehrung verpflichtet ist, dem Kläger Alhi ab 13. April 1973 zu gewähren. Dem vermag der Senat aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht zu folgen.

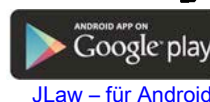
Die Verletzung von Beratungs- und Belehrungspflichten der Sozialleistungsträger führt dazu, daß diese, soweit ihnen dies durch eine dem Gesetz entsprechende Amtshandlung möglich ist, verpflichtet sind, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Beratungs- und Belehrungspflicht erfüllt worden wäre (vgl für viele BSGE 41, 126, 127 = SozR 7610 § 242 Nr 5; BSGE 46, 124, 125 = SozR 2200 § 1290 Nr 11; BSGE 49, 76 = SozR 2200 § 1418 Nr 6; BSGE 50, 12). Gewiß ist die dem Kläger vor dem Bescheid vom 10. Mai 1973 zuteilgewordene Belehrung, das Gewerbe endgültig aufzugeben, nach den obigen Ausführungen keinesfalls unrichtig gewesen; sie war jedoch unvollständig, wenn sie sich hierauf beschränkt haben sollte. Der Sozialleistungsträger muß nicht nur auf eine klar zutage liegende Gestaltungsmöglichkeit hinweisen, die sich als offensichtlich zweckmäßig darstellt und von jedem vermutlich genutzt würde (vgl BSGE 41, 126 128; 46, 124, 126), sondern auch auf die bevorstehende Beendigung der Gestaltungsmöglichkeit, wenn hierfür ein konkreter Anlaß besteht. Verzögert der Selbständige, der seiner Tätigkeit vorübergehend nicht oder nicht mehr hauptberuflich nachgeht, die endgültige Aufgabe der bisher hauptberuflich ausgeübten Tätigkeit, läuft er Gefahr, durch die verspätete endgültige Aufgabe den Tatbestand des § 3 Nr 5 der 5. DVO AVAVG nicht mehr erfüllen zu können, zB, wenn er die endgültig aufgegebene selbständige Tätigkeit im Jahre vor der Arbeitslosmeldung, die zu dem Antrag auf Alhi gehört, nicht mehr zehn Wochen hauptberuflich ausgeübt hatte (vgl BSG SozR 4220 § 1 Nr 3; ferner SozR 4100 § 134 Nr 15). Der Kläger, der seine Selbständigkeit nicht aufgeben wollte, hätte daher darauf hingewiesen werden müssen, daß er nicht

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

- 13 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 13 -

mehr mit Alhi rechnen kann, wenn er nicht bis etwa Mitte August 1973 seine hauptberufliche Tätigkeit als Selbständiger endgültig aufgibt, sich wieder arbeitslos meldet und Alhi beantragt. Da die Beklagte 1975 Alhi gewährt hat, obwohl der Kläger seit Anfang November 1972 einer Tätigkeit als selbständiger Taxifahrer überhaupt nicht oder allenfalls unwesentlich nachgegangen ist und damit eine hauptberuflich ausgeübte Tätigkeit als Selbständiger in dem der Arbeitslosmeldung vom 19. August 1975 vorausgehenden Jahr nicht aufzuweisen hatte (vgl BSG SozR 4220 § 1 Nr 3), kann nicht ausgeschlossen werden, daß der Kläger 1973 von der Beklagten eine nicht zutreffende Auskunft erhalten hat. Aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen ist es daher möglich, daß der Kläger bei einer zutreffenden Beratung rechtzeitig sein Unternehmen endgültig aufgegeben hätte und, sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt wären (vgl zur Bedürftigkeit jedoch die Angaben des Klägers bei Dr. Daun/Dr. Gottwald, Bl 153 der Akten 59 VII 74 des BayVGh), spätestens im August 1973 einen Anspruch auf Alhi erworben hätte. Schon aus diesem Grunde muß die Sache an das LSG zurückverwiesen werden. Der Senat braucht daher nicht zu der Frage Stellung zu nehmen, welche Bedeutung dem Revisionsvorbringen zukommt, demzufolge der Kläger sein Unternehmen nicht endgültig aufgegeben hat, nachdem die Ablehnung der Alhi im Bescheid vom 10. Mai 1973 nicht damit begründet worden ist, daß er sein Unternehmen bisher nicht endgültig aufgegeben habe.

3. Auch soweit das LSG den Aufhebungsbescheid vom 15. Februar 1978 bestätigt hat, ist eine abschließende Entscheidung des Senats nicht möglich. Es trifft zwar zu, daß der Kläger innerhalb eines Jahres vor der Arbeitslosmeldung am 19. August 1975 eine hauptberufliche Tätigkeit als Selbständiger gemäß § 1 Nr 3 der seinerzeit geltenden Alhi-VO nicht ausgeübt hat, weil er schon ab November 1972 seiner Tätigkeit nicht mehr nachgegangen ist. Die Voraussetzungen für die dem Kläger ab 1975 bewilligte Alhi lagen aber dennoch vor,

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

- 14 -



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



wenn dem Kläger ein Herstellungsanspruch auf Alhi ab 1973 zustehen sollte; in diesem Falle könnte die Bewilligung, weil sie sich im Ergebnis als zutreffend erweist, nicht aufgehoben werden. Rechtswidrig ist der Aufhebungsbescheid ferner, wenn die Beklagte vor seinem Erlaß dem Kläger nicht das rechtliche Gehör gewährt haben sollte. Der Bescheid greift, weil er die gewährte Alhi entzieht, in die Rechte des Klägers ein; ihm war daher nach dem 1978 anwendbaren Art I § 34 des Sozialgesetzbuches - Allgemeiner Teil - (SGB I) vom 11. Dezember 1975 (BGBl I 3015) Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Aufhebung der Bewilligung erheblichen Tatsachen zu äußern. Daß die Beklagte dem nachgekommen ist, hat das LSG nicht festgestellt. In einem Widerspruchsverfahren (vgl BSG SozR 1200 § 34 Nr 1, 4, 7) oder sonst vor Erhebung der Klage (vgl BSG SozR 1200 § 34 Nr 12) hat die Anhörung nicht nachgeholt werden können; denn der Bescheid ist gemäß § 96 SGG mit seinem Erlaß Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens geworden, mit dem sich der Kläger gegen die Herabsetzung der Alhi wendete bzw höhere Alhi begehrte. Im gerichtlichen Verfahren ist die unterlassene Anhörung nicht nachholbar (BSGE 44, 207 = SozR 1200 § 34 Nr 2; SozR 1200 § 34 Nr 6 und 8); das gilt auch bei einem Verwaltungsakt, der Gegenstand eines Verfahrens gemäß § 96 SGG wird (Hauck/Heines, SGB X/1, 2, § 24 RdNr 5). Zwar kann von der Anhörung abgesehen werden, wenn von den tatsächlichen Angaben eines Beteiligten, die dieser in einem Antrag oder einer Erklärung gemacht hat, nicht zu seinen Ungunsten abgewichen werden soll (Art I § 34 Abs 2 Nr 3 SGB I). Das Absehen von der Anhörung entspricht jedoch auch in den enumerativ aufgeführten Fällen des Art I § 34 Abs 2 SGB I nicht pflichtgemäßem Ermessen, wenn es mit Sinn und Zweck der Vorschrift nicht vereinbar ist. Das ist zB der Fall, wenn der Betroffene von der zu treffenden Entscheidung überrascht würde, ohne daß dies geboten ist. Mit der Vorschrift hat der Gesetzgeber allgemein das Vertrauensverhältnis zwischen dem Bürger und der Sozialverwaltung stärken und



die Stellung des Bürgers insbesondere durch den Schutz vor "Überraschungsentscheidungen" verbessern wollen (BT-Drucks 7/868 S 45). Daher erfordert in der Regel die Aufhebung einer rechtswidrigen Bewilligung auch dann eine Anhörung, wenn auf eine Angabe des Beteiligten im Antragsverfahren zurückgegriffen wird, die bei der Bewilligung der Leistung von der Verwaltung nicht als leistungshindernd angesehen worden ist. Die Anhörung des Klägers ist dahernicht entbehrlich gewesen, weil die Beklagte die Entziehung darauf gestützt hat, daß der Kläger als Taxiunternehmer 1974 und 1975 kein Einkommen erzielt hat und schon in seinem Antrag angegeben hatte, daß er in dieser Zeit aus dem Unternehmen kein Einkommen hatte.

Die Sache ist daher auch insoweit an das LSG zurückzuverweisen, als die Klage gegen den Bescheid vom 15. Februar 1978 und die die Höhe der Alhi betreffenden Bescheide vom 5. Mai 1977, 13. Juni 1977, 11. August 1977, 5. September 1977 und 4. Oktober 1977 abgewiesen worden sind, deren Rechtmäßigkeit das LSG von seinem Rechtsstandpunkt aus zu Recht im einzelnen nicht überprüft hat.



- 16 -

Soweit der Kläger Alhi begehrt, ist der Rechtsstreit daher gemäß § 170 Abs 2 SGG insgesamt an das LSG zurückzuverweisen, das auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben wird.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)