

BUNDESGERICHTSHOF

IV ZR 87/90

BESCHLUSS

Verkündet am:
25. September 1991
Estel
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch
den Vorsitzenden Richter Bundschuh und die Richter
Dr. Zopfs, Dr. Ritter, Römer und Dr. Schlichting

am 25. September 1991

beschlossen:

Das Verfahren über die Revision der Beklagten
wird ausgesetzt.

Die Sache wird gemäß Art. 100 Abs. 1 GG, § 80
BVerfGG dem Bundesverfassungsgericht zur Ent-
scheidung über die Frage vorgelegt, ob das
Arbeitsvermittlungsmonopol des § 4 des Ar-
beitsförderungsgesetzes vom 25. Juni 1969
(BGBl. I S.582 - AFG) insoweit mit Art. 12
Abs. 1, Art. 3 GG vereinbar ist, als es auch
Führungskräfte der Wirtschaft umfaßt.

Gründe:

A

Die Klägerin verlangt von der Beklagten ein Entgelt für
die Mitarbeit bei der Suche und Auswahl eines Assistenten
der Geschäftsleitung.

Die Parteien schlossen im November 1986 einen Vertrag,
nach dessen Inhalt die Klägerin, die ein Personalberatungs-

- 3 -

unternehmen betreibt, für die Beklagte einen Assistenten der Geschäftsleitung suchen und bei der näheren Auswahl behilflich sein sollte. In Abstimmung mit der Beklagten gab die Klägerin eine von ihr entworfene Anzeige auf. Danach wurde der gesuchten Person die "Chance geboten, nach ausreichender Einarbeitung in einer Linienfunktion, das gesamte Aufgabengebiet bis hin zur voll verantwortlichen Leitung des kompletten kaufmännischen Bereiches zu übernehmen". Die Klägerin sandte der Beklagten einen Zwischenbericht über das Ergebnis ihrer Bemühungen. Am 2. Februar 1988 fanden in den Geschäftsräumen der Beklagten mit drei von der Klägerin ausgewählten Bewerbern Vorstellungsgespräche statt. Anschließend befand sich die Geschäftsführerin der Beklagten auf einer China-Reise. Von China aus schloß sie mit einem der Bewerber einen Anstellungsvertrag. Sie hat sich von ihm aber alsbald wieder getrennt.

Die Klägerin verlangt für ihre Tätigkeit von der Beklagten 14.864,96 DM nebst Zinsen. Die Beklagte weigert sich zu zahlen. Sie vertritt die Auffassung, ihr Vertrag mit der Klägerin sei wegen Verstoßes gegen das Arbeitsvermittlungsverbot des § 4 AFG nichtig.

Das Landgericht hat die Beklagte - bis auf einen Teil des Zinsanspruchs - antragsgemäß verurteilt. Die Berufung blieb erfolglos. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte die Abweisung der Klage weiter.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

B

Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit, § 4 AFG, verstößt - soweit es sich auch auf Führungskräfte der Wirtschaft erstreckt - jedenfalls seit November 1986 gegen das Grundrecht der freien Berufswahl aus Art. 12 Abs. 1 GG. Deshalb ist das Revisionsverfahren auszusetzen und die Sache nach Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorzulegen.

I. Die Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG ist zulässig.

1. Für die Revisionsentscheidung kommt es darauf an, ob § 4 AFG in dem zur Prüfung gestellten Umfang gültig ist. Die Verfassungsmäßigkeit der genannten Vorschrift ist für den Ausgang des Revisionsverfahrens entscheidungserheblich. Bei Gültigkeit des Arbeitsvermittlungsverbots auch für Führungskräfte der Wirtschaft ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Gilt das Arbeitsvermittlungsverbot für Führungskräfte der Wirtschaft nicht, ist die Revision der Beklagten zurückzuweisen. Damit ist die Beantwortung der vorgelegten Frage für die Entscheidung unerlässlich.

a) Nach § 4 AFG darf - von näher bezeichneten Ausnahmen abgesehen, zu denen die Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft nicht gehört - Arbeitsvermittlung nur von der Bundesanstalt für Arbeit betrieben werden. Das heißt, Dritten ist die Arbeitsvermittlung durch § 4 AFG grundsätzlich verboten. Nach § 13 Abs. 1 AFG ist Arbeitsvermittlung im Sinne des AFG eine Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Ar-

beitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen. Diese von § 13 Abs. 1 AFG beschriebene Tätigkeit hat die Klägerin nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts für die Beklagte gegen Entgelt ausgeführt. Ein Verstoß gegen § 4 AFG wird nur dann zu verneinen sein, wenn ein Unternehmensberater umfassend in allen Fragen der Geschäftsleitung beratend tätig ist und als geringen Teil dieser Tätigkeit gelegentlich auch bei der Einstellung von Führungskräften mit Rat zur Seite steht, wobei für die Mitwirkung bei der Personalsuche kein besonderes Entgelt vereinbart wird (vgl. Senatsurteil vom 23. Oktober 1974 - IV ZR 7/73 - WM 1974, 1185 unter 2.). Im zur Entscheidung stehenden Fall geht es aber ausschließlich um die Mitwirkung bei der Personalsuche. Eine umfassende, im wesentlichen sich auf andere Unternehmensfragen beziehende Beratungstätigkeit der Klägerin war mit der Beklagten nicht vereinbart. Damit verstieß die Klägerin gegen das Arbeitsvermittlungsverbot des § 4 AFG. Bei Gültigkeit dieser Vorschrift wäre der Vertrag zwischen den Parteien nach § 134 BGB nichtig mit der Folge, daß der von der Klägerin geltend gemachte vertragliche Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Entgelts nicht bestünde (vgl. Senatsentscheidung vom 23. Oktober 1974 aaO; Krüger-Nieland/Zöllner in RGRK, 12. Aufl. § 134 Rdn. 43).

In diesem Falle wäre zu erörtern, ob der Klägerin Ansprüche auf Ersatz ihrer Aufwendungen zustünden (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1976, 1638), die aber die Höhe des vertraglich vereinbarten Entgelts nicht erreichen dürften. Da das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, müßte das Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

b) Bei der Annahme, § 4 AFG sei mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar, soweit das Vermittlungsverbot auch Führungskräfte der Wirtschaft umfaßt, wäre das Verbot unbeachtlich. Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) läge nicht vor. Der Vertrag der Parteien wäre wirksam. Die Klägerin hätte einen Anspruch auf das vereinbarte Entgelt. Die Revision wäre zurückzuweisen.

c) Auf die Beantwortung der Vorlagefrage käme es nicht an, wenn die von der Klägerin für die Beklagte gesuchte und vermittelte Person keine "Führungskraft der Wirtschaft" wäre.

Was unter diesem Begriff im Sinne der Vorlagefrage zu verstehen ist, hängt davon ab, mit welchem Inhalt die beteiligten Kreise ihn verwenden. Wie der Begriff der "Führungskräfte der Wirtschaft" - gerade auch soweit es um die Arbeitsvermittlung geht - verwendet wird, läßt sich den "Grundsätzen zur Abgrenzung von Personalberatung und Arbeitsvermittlung bei der Besetzung von Stellen für Führungskräfte der Wirtschaft" entnehmen. Diese hat die Bundesanstalt für Arbeit im Zusammenwirken mit dem Bundesverband deutscher Unternehmensberater und dem Arbeitskreis der Personalberater Deutschlands e.V. erstellt (vom 3. August 1990, veröffentlicht in Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit, 1990, 1352). Nach Nr. 1.1 Abs. 1 der Grundsätze sind Führungskräfte der Wirtschaft Angestellte, die in einer für den Bestand und die Entwicklung eines Unternehmens oder von Unternehmensteilen bedeutenden Position tätig sind. Abs. 2 beschreibt auch solche Personen als Führungskräfte, die mit der Zielsetzung der unmittelbaren Nachfolge in eine derar-

tige Position eingestellt werden. In diesem Sinne verhält sich auch die Stellungnahme der Bundesanstalt für Arbeit vom 16. Februar 1989, die die Beklagte zu den Akten gereicht hat (Bl. 143). Sie stellt auf eine konkrete Aussicht ab, nach einer entsprechenden Einarbeitungszeit eine zur Zeit besetzte Führungsposition zu übernehmen. Auch schon die Grundsätze von 1970 (Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit, 1970, 891) zählten bei der Arbeitsvermittlung (unter I.12) die Nachwuchskräfte zu den Führungskräften der Wirtschaft.

Dem Berufungsgericht ist deshalb darin zuzustimmen, daß es aufgrund der von ihm getroffenen und insoweit unangefochtenen Feststellungen (vgl. den Wortlaut der Suchanzeige) die vermittelte Person als Führungskraft der Wirtschaft angesehen hat (Berufungsurteil S. 6f.)

d) Dem Berufungsgericht ist aber in seiner Begründung dafür nicht zu folgen, daß der Personalberatungsvertrag der Parteien nicht wegen Verstoßes gegen § 4 AFG nach § 134 BGB nichtig sei. Die Begründung des Berufungsgerichts ist deshalb nicht geeignet, die Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG als entbehrlich anzusehen.

Es hat ausgeführt, auch wenn den Grundsätzen der Bundesanstalt für Arbeit kein Rechtsnormcharakter zukomme, müsse ihnen doch eine Selbstbeschränkung der Verwaltung entnommen werden. Berücksichtige man die tatsächliche Übung der gewerblichen Wirtschaft seit Erlaß der genannten Grundsätze, müsse man eine unbeanstandete Praxis annehmen, die gewohnheitsrechtlich allgemeine Anerkennung gefunden habe.

Eine etwaige Selbstbeschränkung der Bundesanstalt für Arbeit bei der Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft oder bei der Verfolgung von Verstößen gegen das Arbeitsvermittlungsmonopol (§ 228 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 AFG) kann nicht entgegen § 134 BGB zur Wirksamkeit des Personalvermittlungsvertrages führen. § 4 AFG ist auch, soweit er die Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft betrifft, nicht durch derogierendes Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt worden. Zunächst sprechen schon grundsätzliche Erwägungen dagegen, im Bereich eines kodifizierten Rechtsgebiets ein Gewohnheitsrecht anzunehmen (BVerfGE 9, 109, 117). Das muß erst recht gelten, wenn der Gesetzgeber ein Verbot ausdrücklich ausgesprochen hat und deshalb deutlich ist, daß ein mit dem Verbot in Widerspruch stehendes Handeln dem Willen des Gesetzgebers entgegensteht. Vor allem wäre aber Voraussetzung für die Bildung eines derogierenden Gewohnheitsrechts eine lang andauernde Nichtanwendung der Rechtsnorm und die gemeinsame Rechtsüberzeugung, daß sie außer Kraft getreten sei (BVerfGE 9, 213, 221). Tatsächliche Anhaltspunkte für eine Rechtsüberzeugung der Beteiligten dafür, daß § 4 AFG für Führungskräfte der Wirtschaft außer Kraft gesetzt worden sei, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt; sie sind auch nicht ersichtlich. Zweifel oder Streit um die Gültigkeit einer Norm begründen noch keine allgemeine Rechtsüberzeugung, daß sie nicht mehr anwendbar sei (BVerfGE aaO).

2. Der Senat stellt die Regelung des § 4 AFG nicht insgesamt, sondern begrenzt allein auf die Personengruppe der Führungskräfte der Wirtschaft zur Prüfung. Diese Begrenzung der Vorlagefrage ist zulässig. Wie das Bundesverfassungsge-

richt schon mehrfach entschieden hat, ist eine Begrenzung von Vorlagen auf den allein entscheidungserheblichen Teil auch dann geboten und zulässig, wenn eine im Wortlaut generell gefaßte Norm sich auf eine von ihr nicht ausdrücklich genannte, aber von ihr mitumfaßte abgrenzbare Personengruppe bezieht (vgl. BVerfGE 43, 291, 361; 36, 41, 44 m.w.N.).

Die Personengruppe der Führungskräfte der Wirtschaft ist von der Gruppe der übrigen Arbeitnehmer abgrenzbar. Das haben die Bemühungen der Bundesanstalt für Arbeit im Zusammenwirken mit den berufsständischen Organisationen der Unternehmens- und Personalberater gezeigt. Sie führten zu einer praktikablen Begriffsbestimmung, die unter 1.1 der Grundsätze zur Abgrenzung von Personalberatung und Arbeitsvermittlung 1990 (aaO) festgehalten wurden.

3. a) Mit Urteil vom 4. April 1967 (BVerfGE 21, 245 - ergangen zu den inzwischen außer Kraft getretenen §§ 35, 37 Abs. 1 AVAVG) hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß das Arbeitsvermittlungsmonopol mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sei und auch die Einbeziehung des Berufs des selbständigen Vermittlers von "Führungskräften der Wirtschaft" in das Arbeitsvermittlungsmonopol nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstoße. Diese Entscheidung bindet die Gerichte (§ 31 Abs. 1 BVerfGG) über den Einzelfall hinaus (BVerfGE 19, 377, 392; 20, 56, 87), auch wenn das Urteil vom 4. April 1967 keine Gesetzeskraft nach dem später geänderten § 31 Abs. 2 BVerfGG erlangt hat.

Dennoch ist die Vorlage zur erneuten Prüfung, ob das Arbeitsvermittlungsmonopol mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar

ist, soweit es Führungskräfte der Wirtschaft mitumfaßt, zulässig. Die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung bezieht sich stets auf den Zeitpunkt, in dem die Entscheidung ergeht. Sie erfaßt also nicht solche Veränderungen, die erst später eintreten (BVerfGE 33, 199, 203). Das gilt auch für die von der Rechtskraft zu unterscheidende Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG. Denn jedes gerichtliche Erkenntnis geht von den zu seiner Zeit bestehenden Verhältnissen aus. Eine erneute Vorlage ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 70, 242, 249f.; 65, 179, 181; 33, 199, 204) jedenfalls dann zulässig, wenn sie von der Begründung der früheren Entscheidung ausgeht und neue Tatsachen dartut, die geeignet sind, eine von der früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts abweichende Entscheidung zu ermöglichen.

b) Diese Voraussetzungen sind gegeben.

Vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung hat das Bundesverfassungsgericht es als notwendig angesehen, die Arbeitsvermittlung als ausschließlich hoheitliche Aufgabe wahrnehmen zu lassen und damit gewerbliche Unternehmer von der Tätigkeit des selbständigen Arbeitsvermittlers auszuschließen (BVerfGE 21, 245, 254 unter d). Die Gefahren, deren Abwehr das Monopol der Bundesanstalt diene, habe durch mildere Eingriffe in die Berufsfreiheit nicht wirksam bekämpft werden können. Das Monopol habe die Aufgabe, einerseits die Arbeitslosigkeit durch Nachweis offener Stellen und andererseits den Mangel an Arbeitskräften der Wirtschaft und Verwaltung zu vermeiden und zu beheben. Damit diene es einem Gemeinschaftswert (S. 251 unter 3 a). Das Arbeitsver-

mittlungsmonopol sei - für den Regelfall - unerlässlich, um das Gemeinschaftsgut vor schweren und höchstwahrscheinlichen Gefahren zu schützen (S. 252 unter c).

Andererseits hat das Bundesverfassungsgericht auch ausgeführt, das Arbeitsvermittlungsmonopol dürfe als der schärfste Eingriff in das Recht der freien Berufswahl keinen Schritt weiter reichen, als unbedingt erforderlich sei (S. 257 unter 4 a). Dennoch ist es bei seiner Abwägung (S. 260 unter c) zu dem Ergebnis gekommen, daß das Vermittlungsmonopol, auch soweit Führungskräfte der Wirtschaft darin eingeschlossen seien, nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstoße. Dem liegt im wesentlichen die Befürchtung zugrunde, bei einer Herausnahme der Vermittlung von Führungskräften würde das Vermittlungsmonopol in einer Weise aufgespalten, daß es seine Fähigkeit zur Erfüllung der umfassenden Aufgaben in weitem Umfange einbüßen müsse. Die Abgrenzung der verschiedenen, häufig ineinander übergehenden Berufe würde zu Schwierigkeiten führen, die praktisch schwer überwindbar seien (S. 259 unter b).

Diese vom Bundesverfassungsgericht im Jahre 1967 befürchteten Schwierigkeiten sind jedoch nicht eingetreten, wie die tatsächliche Entwicklung gezeigt hat. Obwohl sich die Vermittlung von Führungskräften in der Praxis weitgehend aus dem staatlichen Monopol gelöst hat, wurde dadurch das allgemeine Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt nicht beeinträchtigt. Mit der Verselbständigung der Arbeitsvermittlung für Führungskräfte sind - im Jahre 1967 nicht vorhersehbare - Tatsachen eingetreten, die eine neue verfassungsrechtliche Beurteilung gebieten. Zwar versucht die Bundesan-

stalt durch ihre Runderlasse von 1970 (Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit 1970, 889) und von 1990 (Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt 1990, 1351), die Vermittlungstätigkeit für Führungskräfte der Wirtschaft durch private Personalberater zu steuern. Dies ändert aber nichts daran, daß diese Tätigkeit der Personalberater im Widerspruch zu den unverändert gebliebenen §§ 4, 13 AFG steht. Die in einer Vielzahl geschlossenen Verträge privater Vermittler sind nichtig. Die ungesetzliche Tätigkeit der privaten Vermittler wird von der Bundesanstalt geduldet. Verwaltungsrechtliche Sanktionen oder die nach § 228 AFG mögliche Verhängung von Bußgeldern brauchen die Vermittler im allgemeinen nicht zu befürchten. Dennoch können sie vertraglich vereinbarte Honorare gerichtlich nicht durchsetzen (vgl. auch die Beurteilung dieser Situation durch den Generalanwalt im Verfahren C - 41/90 vor dem Europäischen Gerichtshof, Schlußanträge Rdn. 17; dazu auch unten unter C) I.).

Diese widersprüchliche Situation, die sich seit 1967 entwickelt hat, ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht mehr vereinbar.

II. Die Gefahren, die im Jahre 1967 den erheblichen Eingriff in das Grundrecht der freien Berufswahl als gerechtfertigt erscheinen ließen, sind nicht eingetreten. Die tatsächliche Entwicklung hat die Befürchtungen nicht bestätigt. Unter Berücksichtigung der veränderten Umstände, wie sie auch im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von November 1986 bestanden, ist der Eingriff in das Grundrecht auf freie Berufswahl durch das Vermittlungsmonopol nach Auffassung des Senats nicht mehr gerechtfertigt, soweit es sich

auch auf Führungskräfte der Wirtschaft erstreckt (vgl. ebenso Steiner, BB 1989, Beilage 3, 3; Lipps, NZA 1989, 788; Säcker, ZFA 1989, 307).

1. Obwohl das Gesetz über das Verbot privater Arbeitsvermittlung unverändert geblieben ist, hat sich private Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft tatsächlich in erheblichem Umfang durchgesetzt. Sie hat sich von dem allgemeinen Vermittlungsmonopol abgespalten.

Nach Angaben der Frankfurter Zentralstelle für Arbeitsvermittlung (ZVA), die als Teil der Bundesanstalt für die Vermittlung von Führungskräften bundesweit tätig ist, hat sie im Jahre 1987 im Inland 541 Personen vermittelt. An Auslandspositionen kommen 1.143 hinzu. Folgt man den Angaben der ZVA weiter, kamen 1987 etwa 10.000 Stellen zur Vermittlung auf den Markt. Damit hat die ZVA einen Marktanteil von 16 bis 17% (vgl. Wirtschaftswoche vom 26. Februar 1988, 56ff. und FAZ vom 24. Februar 1988, 13), d.h. daß über 80% der Vermittlungen von Privaten vorgenommen werden. Dabei hat sich die Anzahl der von der ZVA durchgeführten Vermittlungen in den letzten Jahren nicht wesentlich verändert (1983 circa 560, Handelsblatt vom 20. Januar 1984; 1988 waren es circa 540, FAZ vom 1. März 1989). Die ZVA ist mit etwa 60 Beratern und Vermittlern besetzt (Handelsblatt vom 1. März 1991), von denen 30 für das Auslandsgeschäft zuständig sind (FAZ vom 1. März 1989). Im Vergleich dazu sind in der Bundesrepublik etwa 800 Beratungsunternehmen mit circa 2.000 Personalberatern tätig. Der Honorarumsatz wird auf etwa 1 Mrd. DM geschätzt (Süddeutsche Zeitung vom 11. Mai 1990).

Dieser umfassende Anteil von Vermittlungen außerhalb des Monopols der Bundesanstalt kann nicht mehr als "Fremdkörper innerhalb des Systems der einheitlich ausgerichteten Arbeitsvermittlung" (BVerfGE 21, 245, 253) angesehen werden. Private und staatliche Vermittlung von Führungskräften bestehen nicht nur nebeneinander. Vielmehr arbeitet die ZVA auch mit etwa 150 der privaten Vermittler zusammen (FAZ vom 1. März 1989). Die Zusammenarbeit erfolgt auch auf anderer Ebene. So sind die Erlasse über die Grundsätze zur Abgrenzung von Personalberatung und Arbeitsvermittlung in Zusammenarbeit mit dem Bundesverband deutscher Unternehmensberater und dem Arbeitskreis der Personalberater in Deutschland e.V. zustande gekommen (Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit, 1990, 1351).

Die Tätigkeit privater Unternehmen zur Vermittlung von Führungskräften (deren Umfang durch einen Blick in den Anzeigenteil der regionalen und überregionalen Wochenendausgaben der Tageszeitungen evident wird) hat nicht dazu geführt, daß das Vermittlungsmonopol seine Fähigkeit zur Erfüllung seiner Aufgaben im übrigen eingebüßt hätte (BVerfGE 21, 245, 259). Weitere Aufspaltungen, die dem Beispiel der Vermittlung von Führungskräften folgen könnten, sind nicht ersichtlich.

2. Die Abgrenzung der Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft zur Vermittlung von Personen anderer Berufe kann heute nicht mehr als praktisch schwer überwindbar (BVerfG aaO S. 259) angesehen werden, so daß auch unter diesem Gesichtspunkt keine Gefahr für den Bestand des Monopols im übrigen besteht.

Gerade durch die Bemühungen der Bundesanstalt und der Berufsverbände sind durch die Erlasse von 1970 und 1990 (aaO) praktisch brauchbare Abgrenzungskriterien gefunden worden (vgl. Steiner aaO, 6 unter c).

3. Das Bundesverfassungsgericht hat in seine Erwägungen auch das Schutzbedürfnis der Führungskräfte der Wirtschaft einbezogen. Leitenden Angestellten fehle häufig eine sichere Übersicht über ihre jeweiligen Berufsmöglichkeiten. Zur Führung berufene Personen könnten bei der Beurteilung ihrer eigenen Möglichkeiten unsicher sein und daher von gewerbsmäßigen Vermittlern z.B. durch ein unverhältnismäßig hohes Vermittlungshonorar übervorteilt werden (BVerfG aaO, S. 260).

Auch heute können solche Gefahren für Führungskräfte nicht allgemein in Abrede gestellt werden. Sie haben sich aber in einem erheblichen Maße verringert, so daß ihnen nicht mehr das gleiche Gewicht zukommt wie im Jahre 1967. Durch Veröffentlichungen in den Fachzeitschriften wie in der Tagespresse wird heute ein größerer Überblick über die Berufschancen der Führungskräfte erreicht, als er vor 20 Jahren möglich war. Durch das Nebeneinander von privaten und staatlichen Vermittlern wird den Arbeitsuchenden oder den nach beruflicher Veränderung Strebenden die Möglichkeit zur Unterrichtung durch die staatliche Zentralstelle für Arbeitsvermittlung nicht genommen. Die Gefahr eines Mißbrauchs durch Übervorteilung der Führungskräfte ist gering, weil sich in der Praxis herausgestellt hat, daß Vermittler im allgemeinen im Auftrag der Unternehmen tätig werden, die eine Führungskraft suchen. Die Vermittlung wird von diesen Unternehmen auch bezahlt (vgl. Steiner aaO, 6).

Zu Recht hat das Bundesverfassungsgericht (aaO S. 259f.) auch darauf hingewiesen, daß die Aufgaben, den Unternehmen geeignete Führungskräfte nachzuweisen und den als Führungskräfte geeigneten Personen zu einer ihren Fähigkeiten entsprechenden Position zu verhelfen, besonderen Schwierigkeiten begegnen. Aber gerade in dieser Hinsicht hat sich gezeigt, daß private Personalberater nicht weniger geeignet sind, diese Aufgaben zu bewältigen, als staatliche. Dafür spricht der hohe Marktanteil der selbständigen privaten Vermittler. Es kann offenbleiben, ob aufgrund der Marktzahlen schon auf eine auch qualitative Überlegenheit der selbständigen Personalberater gegenüber der ZVA geschlossen werden kann (so Steiner aaO, 5 unter 2 a). Die Unternehmen würden aber nicht gegen erhebliches Honorar private Vermittler mit der Suche geeigneter Führungskräfte in großer Zahl beauftragen, wenn ihre Erfahrung in den letzten Jahren gezeigt hätte, daß diese Aufgaben von privaten Vermittlern weniger sachgerecht erfüllt würden als durch die Bundesanstalt für Arbeit.

III. Wägt man heute, nach den veränderten Umständen und den nicht eingetretenen Befürchtungen die Gründe, die es verfassungsrechtlich rechtfertigen könnten, Führungskräfte in das Monopol einzubeziehen, mit den Gegengründen ab, dann läßt sich nach den vorangegangenen Darlegungen nicht mehr feststellen, daß das Monopol, soweit es Führungskräfte der Wirtschaft umfaßt, mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.

C

Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit, § 4 AFG, könnte auch gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen.

I. 1. Auf einen Vorlagebeschluß des Oberlandesgerichts München vom 31. Januar 1990 (NZA 1990, 372 = EuZW 1990, 196) hat der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 23. April 1991 (auszugsweise DB 1991, 1013) entschieden, daß eine öffentlich-rechtliche Anstalt, die Arbeitsvermittlung betreibt, dem Verbot des Art. 86 EWG-Vertrag unterliegt, soweit die Anwendung dieser Vorschrift nicht die Erfüllung der ihr übertragenen besonderen Aufgaben verhindert. Ein Mitgliedsstaat, der einer solchen Anstalt ein Arbeitsvermittlungsmonopol eingeräumt habe, verstoße gegen Art. 90 Abs. 1 EWG-Vertrag, wenn er eine Lage schaffe, in der die Anstalt zwangsläufig gegen Art. 86 EWG-Vertrag verstoßen müsse. Dies gelte insbesondere, wenn a) sich das Monopol auf die Tätigkeiten der Vermittlung von Führungskräften erstrecke, b) die öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit offenkundig nicht in der Lage sei, die Nachfrage auf dem Markt nach solchen Leistungen zu befriedigen, c) die tatsächliche Ausübung der Vermittlungstätigkeiten durch private Personalberatungsunternehmen durch die Beibehaltung einer Gesetzesbestimmung unmöglich gemacht werde, die diese Tätigkeiten "bei Strafe" der Nichtigkeit der entsprechenden Verträge verbiete und d) die betreffenden Vermittlungstätigkeiten sich auf Angehörige oder das Gebiet anderer Mitgliedsstaaten erstrecken könne.

2. Der Europäische Gerichtshof konnte für die Entscheidung der Vorlagefrage offenlassen, ob die von ihm aufge-

stellten Voraussetzungen des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, Art. 86 EWG-Vertrag, durch das deutsche Monopol der Arbeitsvermittlung gegeben sind.

Aus dem Gang des Verfahrens ergibt sich aber folgendes:

Zu a) Das der Bundesanstalt durch §§ 4, 13 AFG gewährte Monopol erstreckt sich auch auf Führungskräfte der Wirtschaft. Dies war nicht umstritten. Davon geht auch der Europäische Gerichtshof aus.

Zu b) Die Kommission hat ausgeführt, man könne der Bundesanstalt für Arbeit vorwerfen, daß sie das Angebot im Sinne von Art. 86 Abs. 2 Buchstabe b einschränke. Der Mißbrauch bestehe darin, daß die Bundesanstalt sich weigere, die Tätigkeit der Stellenvermittler zuzulassen, gleichzeitig jedoch nicht in der Lage sei, die vorhandene Nachfrage nach derartigen Dienstleistungen angemessen zu befriedigen. Dies führe dazu, daß die privaten Berater ihre Tätigkeit aufgrund von § 134 BGB nicht rechtmäßig ausüben könnten und das Angebot gegenüber der tatsächlichen Nachfrage beschränkt sei. Dieser Mißbrauch sei geeignet, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten potentiell zu beeinträchtigen, denn die Vermittlung von Führungskräften erstrecke sich oft auf Führungskräfte aus anderen Mitgliedsstaaten. Die Kommission kündigte an, zur Prüfung dieser Praktiken die im EWG-Vertrag vorgesehenen Verfahren einzuleiten (Sitzungsbericht des Berichterstatters unter Nr. 59).

Der Generalanwalt hat in seinen Schlußanträgen der Kommission zugestimmt. Das Zusammenwirken der deutschen Rechts-

vorschriften mit dem Umstand, "daß die Bundesanstalt die Nachfrage nicht befriedigt" habe, führe dazu, daß der Verbraucher nicht die Dienstleistung erhalte, die er erwarten dürfe und die er nahezu sicher erhalten würde, wenn der fragliche Sektor der Regelung über den vom EWG-Vertrag angestrebten freien Wettbewerb unterliegen würde (Nr. 45 der Schlußanträge). Es sei unstreitig, daß das Büro zur Vermittlung von Führungskräften den Bedarf nicht in vollem Umfang decken könne (Nr. 14 der Schlußanträge). Art. 86 des EWG-Vertrages sei deshalb auf den Sachverhalt der Vorlagefrage anzuwenden (Nr. 47 der Schlußanträge).

Der Europäische Gerichtshof hat sich den Gedanken der Kommission und des Generalanwalts nicht verschlossen und selbst ausgeführt: "Was das Verhalten einer öffentlich-rechtlichen Anstalt für Arbeit, die ein Arbeitsvermittlungsmonopol besitzt, gegenüber der Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft durch private Personalberatungsunternehmen betrifft, so kann die Anwendung von Art. 86 EWG-Vertrag die Erfüllung der dieser Anstalt übertragenen besonderen Aufgabe nicht verhindern, wenn die Anstalt offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage auf dem Markt nach solchen Leistungen zu befriedigen, und eine Beeinträchtigung ihres Monopols durch die genannten Unternehmen in der Praxis duldet" (Rdn. 25 des Urteils).

Zu c) Nach der im Verfahren berücksichtigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Verträge, die gegen das gesetzliche Verbot der Arbeitsvermittlung, §§ 4, 13 AFG, verstoßen, gemäß § 134 BGB nichtig (Senatsurteil vom 23. Oktober 1974 - IV ZR 7/73 - WM 1974, 1185; vgl. auch Se-

natsurteil vom 12. April 1978 - WM 1978, 949 unter I 3). Der Senat sieht keinen Anlaß, von seiner bisherigen Rechtsprechung abzuweichen, da es sich bei §§ 4, 13 AFG nach wie vor um ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB handelt.

Zu d) Die Vermittlungstätigkeit der Bundesanstalt für Arbeit erstreckt sich auch auf Angehörige anderer Mitgliedsstaaten und ebenso auf das Gebiet der Mitgliedsstaaten. Das ergibt sich unmittelbar aus § 18 AFG (vgl. Schieckel/Grüner/Oestreicher, Arbeitsförderungsgesetz, Bundesausbildungsförderungsgesetz, Berufsbildungsgesetz, Stand 1. März 1991, Anm. zu § 18 AFG). Was den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung angeht, Art. 86 EWG-Vertrag, kommt es nicht einmal darauf an, ob das Arbeitsvermittlungsmonopol den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten tatsächlich beeinträchtigt, sondern lediglich darauf, ob das Verhalten der Bundesanstalt geeignet ist, eine derartige Wirkung zu entfalten (vgl. Nr. 48 der Schlußanträge des Generalanwalts m.w.Hinw.).

II. Danach bestehen gewichtige Anhaltspunkte, daß nach den vom Europäischen Gerichtshof in seinem Urteil vom 23. April 1991 dargelegten Grundsätzen ein Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Bundesanstalt für Arbeit anzunehmen ist, Art. 86 EWG-Vertrag. In diesem Fall könnte aufgrund europäischen Rechts die Vermittlungstätigkeit eines Personalberaters, die Auslandsbeziehung zu Mitgliedsstaaten aufweist, nicht untersagt werden. Damit würde die Vermittlungstätigkeit von Personalberatern unterschiedlich behandelt, je nachdem, ob sie allein innerstaatlich oder mit Auslandsbezug betrieben wird. Dieser Unterschied rechtfertigt

tigt indessen nicht, daß der Personalberater in dem einen Fall die Zahlung des vereinbarten Entgelts für seine Tätigkeit gerichtlich nicht durchsetzen kann, während im anderen ihm diese Möglichkeit offensteht. Darin könnte eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG liegen (vgl. auch Emmerich, BB 1989, Beilage 3, 9, 15).

Bundschuh

Dr. Zopfs

Dr. Ritter

Römer

Dr. Schlichting