

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 11 RAr 25/90

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. März 1992 durch den Vorsitzenden Richter Dr. V o l k m a n n,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

die Richterin Dr. W e t z e l - S t e i n w e d e l und den Richter L ü d t k e sowie die ehrenamtlichen Richter D e k a r s k i und B r ü n i n g für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 27. November 1989 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten haben die Beteiligten einander nicht zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Die Revision betrifft die Rechtmäßigkeit einer Untersagungsverfügung wegen unerlaubter Arbeitsvermittlung.

Die Klägerin betreibt seit 1981 Unternehmensberatung. Im September 1981 unterrichtete die beklagte Bundesanstalt für Arbeit (BA) sie über die Zulässigkeit der Personalberatung und setzte sie über die "Grundsätze zur Abgrenzung von Personalberatung und Arbeitsvermittlung bei der Besetzung von Stellen für Führungskräfte der Wirtschaft" - im folgenden: Grundsätze -(Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit <ANBA> 1970, S 889 ff; jetzt: ANBA 1990, 1352) in Kenntnis.

Die Klägerin gab für nicht genannte Auftraggeber in überregionalen Zeitungen ua am 6. November 1982 und 9. April 1983 Stellenanzeigen unter ihrem Namen auf.

Die Anzeige vom 6. November 1982 lautete:

"MARKENARTIKEL GENUSSMITTEL

Als deutsche Tochter eines international tätigen Konzerns vertreiben wir sowohl über Fach- und Fachgroßhandel als auch über die traditionellen Absatzwege des Lebensmittelhandels. Der Absatz unserer Produkte nimmt derart zu, daß wir unseren Außendienst umorganisieren und jetzt personell verstärken. Für verschiedene Nielsen-Gebiete suchen wir

Key-Account-Manager regional

Unsere neuen Mitarbeiter sollten bereits mindestens zwei Jahre Verkaufserfahrung im Außendienst für Markenartikel haben, möglichst auf der Grundlage einer soliden theoretischen Ausbildung wie zB mittlere Reife, kaufmännische Lehre, betriebswirtschaftliches Studium an einer Fachhochschule.

Sie werden bei uns betraut mit Leistungs-, Jahres- und Aktionsvereinbarungen. Sie haben Budgetverantwortung für Werbekostenzuschüsse und Plazierungsvergütungen. Sie sind Stellvertreter des regionalen Verkaufsleiters bei dessen längerer Abwesenheit.



Über die zu besetzenden Gebiete, über unsere Produkte, über die Vergütung - vielleicht noch einiges mehr - sollten Sie sich bei der von uns wegen der Möglichkeit zur Diskretion beauftragten Beratungsgesellschaft erkundigen."

Die Anzeige vom 9. April 1983 lautete:

"ZIELGRUPPE: SEHNSÜCHTE ENTSPANNUNG UND GENUSS

Die Produkte sind kein tägliches "MUSS", und dennoch gehören sie für viele Menschen einfach dazu, weil sie das Leben genußvoller gestalten. Die Vielfalt des durch unser Haus vertretenen Angebots erfordert ein hochqualifiziertes Marketing mit intensiver Marktforschung. Zur Unterstützung einer mit einem zweistelligen Millionenbetrag budgetierten Produktgruppe suchen wir einen - gern auch eine Dame -

PM (Produkt-Manager)

Der theoretische Background ist weniger wichtig als mindestens 2 - 3 Jahre Berufserfahrung in der Marketingabteilung klassisch gut und intensiv beworbener Artikel oder als Mitarbeiter einer Werbeagentur mit vergleichbarer Aufgabenstellung. Wir verlangen selbständige Konzeptionsentwicklung, sicheren Umgang mit Research-Daten und Werbeagenturen, systematischen Arbeitsstil, verhandlungsfähiges Englisch für die Kommunikation mit der Muttergesellschaft - ja und schließlich vor allem Identifikation mit dem Produkt und seiner Zielgruppe, nämlich: Eindenken in Genußmittel.

Um zu uns - wo man übrigens auch Karriere machen kann - zu passen, sollten Sie nicht älter als Anfang 30 sein, relativieren können und bereit sein, sich und Ihre Ideen in Frage zu stellen. Fragen Sie auch nach uns; die von uns beauftragte Beratungsgesellschaft erwartet Ihren Anruf, den sie in voller Diskretion entgegennehmen wird."

Mit Bescheid vom 7. April 1983 und Widerspruchsbescheid vom 27. September 1983 stellte die BA fest, die Klägerin habe mit diesen Anzeigen bei der Suche von Arbeitskräften mitgewirkt, die nicht Führungskräfte im Sinne der "Grundsätze" seien. Eine vorherige Zustimmung oder ein Auftrag der BA zur Arbeitsvermittlung sei der Klägerin nicht erteilt worden. Sie habe damit unerlaubt Arbeitsvermittlung betrieben. Die BA untersagte der Klägerin jede Tätigkeit, die in der gleichen Weise wie in den festgestellten Fällen darauf gerichtet ist, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zusammenzuführen, und drohte für jeden Fall der Zuwiderhandlung



ein Zwangsgeld in Höhe von 1.000,-- DM an (§ 13 iVm den §§ 6, 9 und 11 Verwaltungsvollstreckungsgesetz - VwVG - vom 27. April 1953 BGBl I 157).

Klage und Berufung blieben ohne Erfolg (Urteile des Sozialgerichts <SG> Düsseldorf vom 16. Oktober 1987 und des Landessozialgerichts <LSG> für das Land Nordrhein-Westfalen vom 27. November 1989). Das LSG hat ausgeführt, den angefochtenen Bescheiden lasse sich bei verständiger Würdigung mit hinreichender Sicherheit entnehmen, daß die Untersagungsverfügung nur die Vermittlung von Arbeitskräften untersage, die nicht Führungskräfte im Sinne der "Grundsätze" seien. Zum Personenkreis der Führungskräfte gehörten nach dem Anforderungsprofil der Stellenanzeigen Key-Account-Manager und Produkt-Manager nicht, die weder eine wesentliche Vertrauensstellung und Schlüsselposition innehätten, noch eine bedeutende Arbeitgeberfunktion wahrnähmen. Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot, dessen Wahrung die "Grundsätze" dienten, scheide damit aus. Eine Festlegung des Begriffs "Führungskräfte der Wirtschaft" durch formelles Gesetz sei nicht erforderlich. Das Arbeitsvermittlungsmonopol der BA verstoße selbst im Hinblick auf die nach Erlaß des Urteils des BVerfG vom 21. April 1967 (BVerfGE 21, 245 ff) eingetretene wirtschaftliche Entwicklung nicht gegen das Grundgesetz (GG), sondern wahre angesichts der erheblichen Zahl von Arbeitslosen ein überragendes Gemeinschaftsgut. Es sei nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) auch mit der in Art 59 Abs 1 EWG-Vertrag gewährleisteten Freiheit des Dienstleistungsverkehrs vereinbar, zumal hier der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eines öffentlichen und monopolartigen Unternehmens (Art 86, 90 EWG-Vertrag) nicht gegeben sei.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin Verletzung der Art 59 Abs 1, 86, 90 und 5 Abs 2 EWG-Vertrag, der Art 3, 12 und 20 GG sowie des § 33 Abs 1 Sozialgesetzbuch - Verfahren - (SGB X). Sie führt aus, das Arbeitsvermittlungsmonopol der BA schränke die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs ein, ohne daß ein rechtfertigendes Allgemeininteresse vorliege. Abgesehen davon, daß ihre Auftraggeber im Inland tätige ausländische Unternehmen seien, verletze das Monopol der BA das aus Art 3 GG folgende Verbot der Inländerdiskriminierung und damit ihre Dienstleistungsfreiheit auf dem Deutschen Markt. Die Frage des Allgemeininteresses für ein Arbeitsvermittlungsmonopol und der Begriff "Führungskraft der Wirtschaft" seien allein nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben zu beurteilen. Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zu Art 12 GG seien hierauf nicht übertragbar. Das Arbeitsvermittlungsmonopol sei nicht gerechtfertigt, weil die Tätigkeit von Personalberatern allein von Arbeitgebern vergütet werde und die Key-Account-Manager und Produkt-Manager nicht schutzbedürftige Führungskräfte der Wirtschaft seien. Im übrigen könne Mißständen bei der Arbeitsvermittlung mit dem geringeren Mittel einer Erlaubnispflicht mit Aufsichtsrechten begegnet werden. Durch die Entscheidung des EuGH vom 23. April 1991 - Rs C-41/90 - sei eine neue Lage eingetreten. Der EuGH habe



den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der BA durch die Inanspruchnahme des Arbeitsvermittlungsmonopols festgestellt, soweit diese ihre Aufgabe offensichtlich nicht erfüllen könne und private Arbeitsvermittlung dulde. Der Gebrauch des Wortes "insbesondere" in dem Urteil belege, daß diese Aussage nicht auf das Arbeitsvermittlungsmonopol bei der Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft beschränkt sei.

Bei einer verfassungskonformen Auslegung der §§ 4 und 13 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) erstrecke sich das Monopol der BA nicht auf Führungskräfte der Wirtschaft. Die Erwägungen, mit denen das BVerfG im Urteil vom 4. April 1967 das Arbeitsvermittlungsmonopol gerechtfertigt habe, könnten das Verbot der Arbeitsvermittlung von Führungskräften durch Personalberater nicht tragen. Dabei seien ausschließlich Unternehmer Auftraggeber der Personalberater. Im übrigen habe sich ein Teilarbeitsmarkt für Führungskräfte der Wirtschaft gebildet. Das LSG unterliege einem Zirkelschluß,

weil es den Begriff der Führungskraft nicht im Lichte des Art 12 GG definiere. Ein Schutzbedürfnis bestehe nicht bei Arbeitnehmern, die außertariflich vergütet würden. Das Arbeitsvermittlungsmonopol könne sich deshalb auf diesen Personenkreis nicht erstrecken. Zu Unrecht habe das LSG Key-Account-Manager und Produkt-Manager nicht als Führungskräfte angesehen. Bei verfassungskonformer Auslegung habe die Klägerin Arbeitsvermittlung deshalb nicht betrieben, weil sie - wenn auch im eigenen Namen - doch nur als verlängerter Arm der Unternehmen tätig geworden sei.

Die Klägerin beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 27. November 1989 das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 16. Oktober 1987 abzuändern und den Bescheid der Beklagten vom 7. April 1983 idF des Widerspruchsbescheides vom 27. September 1983 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil mit dem EWG-Vertrag und dem GG für vereinbar. Das Arbeitsvermittlungsmonopol enthalte im Interesse einer geordneten und effizienten Arbeitsmarktpolitik ein Verbot gewerblicher Arbeitsvermittlung für Inländer wie Ausländer. Die Beurteilung eines Allgemeininteresses an dem Arbeitsvermittlungsmonopol sei nach der Rechtsprechung des EuGH nicht ausschließlich nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben vorzunehmen. Der EuGH habe den Mitgliedstaaten vielmehr freie Hand gelassen und nationale Genehmigungserfordernisse im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung als "legitime im Allgemeininteresse getroffene politische Entscheidung des jeweiligen Staates" bezeichnet. Durch gemeinschaftsrechtliche Ausführungen lasse sich die



Bindungswirkung des Urteils des BVerfG vom 4. April 1967 nicht umgehen. Das Arbeitsvermittlungsmonopol der BA sei mit Art 12 GG vereinbar. Das gelte auch im Hinblick auf die Tätigkeit von Personalberatern. In diesem Zusammenhang sei auf die praktizierten Formen der "Direktansprache" hinzuweisen, die zur Verleitung zum Vertragsbruch von Arbeitnehmern führen könnten. Es handele sich dabei um einen "offenbaren Mißstand" im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG. Mit Recht habe das LSG Key-Account-Manager und Produkt-Manager nicht als Führungskräfte der Wirtschaft angesehen. Die Untersagungsverfügung sei auch hinreichend bestimmt, weil sich etwaige Zweifel an ihrer Reichweite lediglich aus der Gesetzeslage, nicht aber aus den angefochtenen Bescheiden ergeben könnten.

II

Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Das Urteil des LSG beruht nicht auf einer Verletzung des Bundesrechts oder des Rechts der Europäischen Gemeinschaft (§ 162 Sozialgerichtsgesetz <SGG>). Die Untersagungsverfügung der BA ist damit nicht rechtswidrig.

1. Grundlage der von der BA erlassenen Untersagungsverfügung sind die §§ 4 und 13 Abs 1 AFG. Danach dürfen Berufsberatung, Vermittlung in berufliche Ausbildungsstellen und Arbeitsvermittlung nur von der BA betrieben werden, soweit in §§ 18 Abs 1 Satz 2, 23 Abs 1 und 29 Abs 4 AFG nichts anderes bestimmt ist. Letzteres trifft hier nicht zu; insbesondere ist die Klägerin von der BA nicht nach § 23 Abs 1 AFG mit der Arbeitsvermittlung für einzelne Berufe oder Personengruppen beauftragt.

Unter Arbeitsvermittlung ist nach § 13 Abs 1 AFG eine Tätigkeit zu verstehen, die darauf gerichtet ist, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen (BSGE 31, 235, 242, BSG SozR 3-4100 § 4 Nr 1). Im Einklang mit der arbeitsrechtlichen Praxis und Lehre ist Arbeitsverhältnis ein Rechtsverhältnis, das zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber vertraglich begründet wird und den Arbeitnehmer verpflichtet, im Dienst des Arbeitgebers abhängige Arbeit zu leisten (BSG SozR 3-4100 § 4 Nr 1). Entscheidend ist insoweit, daß jemand als Dritter "vermittelnd" an der Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch andere beteiligt ist. Dies trifft hier zu, denn die Klägerin hat Stellenanzeigen in überregionalen Tageszeitungen aufgegeben, um ihren Auftraggebern Arbeitskräfte mit bestimmten kaufmännischen Qualifikationen zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zuzuführen. Obwohl das LSG den Inhalt der Verträge zwischen der Klägerin und ihren Auftraggebern nicht festgestellt hat, ist hier nicht davon auszugehen, daß die Klägerin lediglich als freiberufliche Hilfsperson bei der Selbstsuche nach Arbeitskräften durch ihre Auftraggeber tätig geworden ist. Solches ist nur anzunehmen, wenn eine völlige Subordination oder Integration des Handelnden in



den Willen des Auftraggebers vorliegt (BSG SozR 4100 § 4 Nr 2, Säcker, ZFA 1989, 307, 325 ff). Dafür bestehen hier keine Anhaltspunkte, denn die Klägerin ist bei der Suche nach Arbeitnehmern bestimmter kaufmännischer Qualifikation selbständig aufgetreten. Das ergibt sich aus dem vom LSG festgestellten Inhalt der Anzeigen, die die Klägerin im eigenen Namen aufgegeben hat, ohne ihre Auftraggeber zu nennen. Der Umstand allein, daß sie im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrages für andere tätig geworden ist, schließt die Annahme von Arbeitsvermittlung iS des § 13 Abs 1 AFG nicht aus (Säcker aaO 326). Etwas anderes kann auch dann nicht gelten, wenn die Klägerin im Rahmen umfassender Unternehmensberatung tätig geworden ist, so daß sich die Arbeitsvermittlung nur als Annex dieser umfassenden Beratungstätigkeit für den Auftraggeber darstellt. Für eine solche einschränkende Auslegung bietet § 13 Abs 1 AFG selbst keine Stütze. Sie ist auch "im Lichte des Art 12 Abs 1 GG" nicht geboten, weil eine Unternehmens- und Personalberatung auch dann möglich und sinnvoll erscheint, wenn sie nicht gleichzeitig eine Arbeitsvermittlung umfaßt, und die von der Klägerin vertretene Einschränkung der Umgehung des Gesetzes Vorschub leisten würde. Das in den "Grundsätzen" unter 2.2. Abs 2 Buchst b zur Abgrenzung von Personalberatung enthaltene Merkmal "umfassender Personalberatungsauftrag" betrifft ausschließlich Führungskräfte der Wirtschaft. Eine Ausdehnung der "Grundsätze" auf alle außertariflichen Angestellten wegen eines fehlenden Schutzbedürfnisses ist verfassungsrechtlich nicht geboten (BVerfGE 21, 245, 257 ff).

Da § 4 AFG regelt, daß Arbeitsvermittlung nur von der BA betrieben werden darf, wird die Regelung als gesetzliches Verbot iS des § 134 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) der Arbeitsvermittlung durch andere Stellen verstanden (BGH NZA 1992, 45 mwN). Die Vorschrift begründet ein Verwaltungsmonopol ua für den Bereich der Arbeitsvermittlung zugunsten der BA. Das ist angesichts der klaren Fassung und Zielsetzung des Gesetzes unbestritten. Allerdings handelt es sich nur um ein "unvollkommenes Monopol", weil die Selbstsuche nach Arbeitskräften bzw -plätzen uneingeschränkt zulässig ist. Ferner eröffnen Aufträge zur Arbeitsvermittlung nach § 23 Abs 1 AFG auf Teilgebieten des Arbeitsmarktes private Arbeitsvermittlung unter Aufsicht der BA. Außerdem bestehen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise Einschränkungen für Führungskräfte der Wirtschaft aufgrund der "Grundsätze" und im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung (vgl dazu: Rauschhofer, Das Arbeitsvermittlungsmonopol, 1974, S 33 ff).

Aus den §§ 4 und 13 Abs 1 AFG hat das Bundessozialgericht (BSG) in ständiger Rechtsprechung nicht nur die Befugnis der BA hergeleitet, Verstöße gegen das Verbot privater Arbeitsvermittlung als Ordnungswidrigkeit nach § 228 AFG zu verfolgen, sondern auch ihre Fortsetzung unter Androhung von Zwangsmitteln (Zwangsgeld) zu untersagen. Das Verständnis des § 4 AFG als gesetzliche Grundlage für Untersagungsverfügungen hat es als sinnvolles und notwendiges Mittel zum Gesetzesvollzug angesehen (BSGE 43, 100,



101, SozR 4100 § 4 Nr 2, SozR 3-4100 § 4 Nr 1). Das ergibt sich aus den Zielen des AFG (§§ 1 und 2 AFG) und den der BA gestellten Aufgaben (§ 3 AFG).

Für den Einsatz von Zwangsmitteln ist eine gesonderte gesetzliche Vollstreckungsermächtigung zu fordern (Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht III, 4. Aufl 1978, S 380; Engelhardt, VwVG, 1970, § 1 RdNr 13; Schmidt-Jortzig, DVBl 1971, 297 ff). Diese ist hier in §§ 66 Abs 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren <SGB X> -; 6 Abs 1, 9 Abs 1 Buchst b, 11 Abs 2 VwVG gegeben. Die BA hat sich für die Androhung des Zwangsgeldes auch ausdrücklich auf das VwVG berufen und die in § 13 VwVG festgelegten Formalien beachtet.

2. Die Untersagungsverfügung der BA unterliegt auch unter dem Gesichtspunkt mangelnder Bestimmtheit keinen durchgreifenden Bedenken. Nach § 33 Abs 1 SGB X muß ein Verwaltungsakt inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Dieser Anforderung ist genügt, wenn sich jedenfalls im Wege der Auslegung für einen verständigen objektiven Erklärungsempfänger ergibt, welches Verhalten von ihm in Zukunft gefordert wird (BSG SozR 1500 § 55 Nr 55; Schroeder-Printzen, SGB X, 2. Aufl 1990, § 33 Anm 2 mwN). Der Untersagungsverfügung kann die Klägerin entnehmen, daß sie in Zukunft Arbeitsvermittlung unterlassen soll. Begrenzt ist dieses Gebot ausdrücklich auf die Vermittlung von Arbeitskräften, die nicht zu den Führungskräften iS der "Grundsätze" gehören, die die BA in Zusammenarbeit mit den einschlägigen Berufsverbänden festgelegt hat. Die Grenzen des Unterlassungsgebots ergaben sich aus der Bezugnahme auf die "Grundsätze", die die BA der Klägerin zuvor zugänglich gemacht hat. Den Berufsbezeichnungen "Key-Account-Manager" im Ausgangsbescheid vom 7. April 1983 und "Produkt-Manager" im Widerspruchsbescheid vom 27. September 1983 kommt dabei nur beispielhafte Bedeutung zu. Die BA hat von der Klägerin aufgegebene Stellenanzeigen, die sich auf diese Berufe beziehen, zum Anlaß genommen, der Klägerin die Arbeitsvermittlung von Arbeitskräften unterhalb der durch die "Grundsätze" näher festgelegten Führungsebene zu untersagen. Die im angefochtenen Bescheid erwähnten Berufe hat sie nicht den Führungskräften zugeordnet. Gegenstand der Verfügung ist das Verhalten der Klägerin in der Zukunft, nicht aber ihr in der Vergangenheit liegendes Verhalten bei der Aufgabe von Stellenanzeigen.

3. Die Untersagungsverfügung erweist sich auch insoweit nicht als rechtswidrig, als nach Ansicht der Revision die Abgrenzung von Führungskräften der Wirtschaft gegenüber anderen Arbeitnehmern einer Regelung durch formelles Gesetz bedarf. Die Revision erkennt insoweit, daß sich das Arbeitsvermittlungsmonopol der BA nach § 4 AFG grundsätzlich auch auf Führungskräfte der Wirtschaft bezieht (BVerfGE 21, 245, 257 ff). Die Freiheitssphäre der Klägerin wird damit durch formelles Gesetz begrenzt. Die "Grundsätze" enthalten im Interesse einer gleichmäßig einschränkenden Auslegung der §§ 4 und 13 AFG erlassene Verwaltungsvorschriften. Sie sind allenfalls für die



Dienststellen der BA (im Innenbereich) verbindlich. Im Außenbereich könnten sie nur auf der Grundlage rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes (Art 20 GG), des Gleichbehandlungsgebots und des Willkürverbots (Art 3 Abs 1 GG) wirksam sein (Säcker aaO 327 f). Im einzelnen bedarf das hier keiner Vertiefung. Die Untersagungsverfügung der BA erstreckt sich gerade nicht auf die Arbeitsvermittlung von Führungskräften.

Auch soweit der Untersagungsverfügung zu entnehmen ist, daß der Klägerin für die Zukunft die Vermittlung von Key-Account-Managern und Produkt-Managern untersagt wird, ist sie nicht zu beanstanden. Nach den Feststellungen des LSG, die von der Revision nicht angegriffen werden und deshalb für den Senat bindend sind (§ 163 SGG), handelt es sich dabei nicht um Führungskräfte. Das LSG hat hierfür auf das Anforderungsprofil in den Stellenanzeigen der Klägerin abgestellt, die Anlaß für die Untersagungsverfügung waren. Da sie auf die Zukunft gerichtet ist, erscheint es erforderlich, auf die Merkmale von Key-Account-Managern und Produkt-Managern in der Wirtschaft abzustellen. Wie insoweit zwischen den Beteiligten unstreitig ist, hat der "Key-Account-Manager alle auf seine Kundengruppen (Großabnehmer) gerichteten Marketinginstrumente zu planen, zu koordinieren und zu kontrollieren, um eine zieladäquate, wirtschaftliche und wettbewerbsfähige Position am Verkaufsort zu erreichen". "Während der Produkt-Manager einen Gesamtdeckungsbeitrag für seine Marke über alle Kunden zu erwirtschaften hat, muß der Key-Account-Manager, unabhängig vom einzelnen Produkt einen Gesamtdeckungsbeitrag pro Kunde erzielen. Der Unternehmensleitung kommt ... die Aufgabe zu, die nationale Markenstrategie mit einer eigenständigen Großkundenstrategie und der Einsatzstrategie für die traditionelle Feldverkaufsorganisation optimal miteinander zu verbinden" (diese Charakterisierung findet sich in von der Klägerin im ersten Rechtszug vorgelegten Unterlagen). Damit ist klar, daß es sich - bei unterschiedlichem Einsatz im einzelnen - um kaufmännische Fachkräfte im Außendienst handelt. Sie sind den von der Geschäftsleitung des Betriebes festgelegten Prinzipien des Vertriebs von Markenartikeln untergeordnet. Die ihnen in diesem Rahmen eingeräumte Dispositionsbefugnis bei Leistungs-, Jahres- und Aktionsvereinbarungen sowie Budgetverantwortung für Werbekostenzuschüsse und Plazierungsvergütungen an Großabnehmer begründet keine Selbständigkeit, die sie zu Führungskräften der Wirtschaft im Sinne der "Grundsätze" qualifiziert. Zu diesen gehören hochqualifizierte Fachkräfte nicht ohne weiteres, sondern nur, wenn ihre Qualifikation mit einer entsprechenden Stellung im Betrieb verbunden ist. Dazu gehört insbesondere eine "bedeutende Vorgesetztenfunktion" oder "entscheidender Einfluß auf die Erreichung der Unternehmensziele".

Die genannten Positionen erfüllen auch nicht den Begriff des leitenden Angestellten im Sinne des Arbeitsrechts. Die Begriffe "Führungskraft der Wirtschaft" und "Leitende Angestellte" werden zum Teil synonym verwandt (BVerfGE 21, 245, 258 f; Bull JZ 1967, 564; Säcker aaO 318). Die gesetzlichen Regelungen der §§ 14



Kündigungsschutzgesetz, 5 Abs 3 Betriebsverfassungsgesetz und 1 Abs 2 Nr 2 Arbeitszeitordnung sowie die dazu ergangene arbeitsgerichtliche Rechtsprechung (dazu: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 6. Aufl 1987, 1370 f) lassen erkennen, daß für diesen Personenkreis wegen unternehmerähnlicher Aufgaben, die eine gewisse "Interessenpolarität" gegenüber den übrigen Arbeitnehmern begründen, ein Schutzbedürfnis nach den Vorschriften des als Arbeitnehmerschutzrecht verstandenen Arbeitsrechts nicht besteht. Nur bei solchen Personen ließe sich im hier zu beurteilenden Zusammenhang ein Schutzbedürfnis bezweifeln, während dieses bei Arbeitnehmern, die nicht als leitende Angestellte im Sinne der angedeuteten Grundsätze anzusehen sind, typischerweise besteht.

4. Die verfassungs- und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen einer erneuten Vorlage an das BVerfG nach Art 100 GG sind nicht gegeben. Mit dem auf eine Verfassungsbeschwerde ergangenen Urteil vom 4. April 1967 (BVerfGE 21, 245 ff) hat das BVerfG entschieden, daß das Arbeitsvermittlungsmonopol (§ 35 Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung <AVAVG> idF vom 3. April 1957 - BGBl 1957 S 321 -) verfassungsgemäß ist. Auch wenn diese Entscheidung nicht Gesetzeskraft nach § 31 Abs 2 BVerfGG erlangt hat (dazu: BGH NZA 1992, 45, 46), entfaltet sie doch nach § 31 Abs 1 BVerfGG Bindungswirkung für sämtliche Gerichte. Diese Bindungswirkung steht einer erneuten verfassungsrechtlichen Prüfung nur dann nicht entgegen, wenn sich - von der Begründung der Entscheidung des BVerfG ausgehend - neue Tatsachen ergeben haben, die geeignet sind, eine abweichende Entscheidung zu begründen (BVerfGE 33, 199, 204; 65, 179, 181; 70, 242, 249 f). Eine solche Änderung der Verhältnisse ist jedoch - wie im folgenden dargestellt - nicht eingetreten. Grenzen der Bindungswirkung ergeben sich nicht schon daraus, daß Gegenstand der Entscheidung des BVerfG nicht die §§ 4 und 13 AFG, sondern die §§ 35 und 37 AVAVG waren. Insoweit kann dahinstehen, ob dies daraus folgt, daß die tragenden Gründe von Entscheidungen des BVerfG an der Bindungswirkung teilhaben (BVerfGE 1, 14, 37; 40, 88, 93) oder daß sie an der Bindungswirkung des Entscheidungssatzes jedenfalls insoweit teilhaben, als sie zu dessen Auslegung heranzuziehen sind (Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl 1991, 309 ff, 325).

Im Einklang mit seiner ständigen Rechtsprechung zur Berufsfreiheit hat das BVerfG das Arbeitsvermittlungsmonopol für verfassungsgemäß gehalten, weil es dem Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter dient, denen Vorrang vor der Freiheit der Berufswahl eines selbständigen Arbeitsvermittlers gebührt, und weil es zur Abwehr von Gefahren, die diesem Gemeinschaftsgut drohen, nachweisbar oder wenigstens höchstwahrscheinlich unentbehrlich ist (BVerfGE 21, 245, 251). Das Monopol hat den Zweck, Arbeitslosigkeit einerseits und Mangel an Arbeitskräften in Wirtschaft und Verwaltung andererseits zu vermeiden oder zu beheben. Es ist damit auf einen über-
ragenden Gemeinschaftswert gerichtet, denn Arbeitslosigkeit bedeutet eine existenzielle



Bedrohung der individuellen Lebensführung und Mangel an Arbeitskräften eine Störung der wirtschaftlichen Produktion. Das Arbeitsvermittlungsmonopol erleichtert die Übersicht über den Arbeitsmarkt und seine Entwicklung und ermöglicht die Reaktion auf die mit dem technischen Wandel und Fortschritt einhergehenden Anforderungen an die Qualifikation von Arbeitskräften durch arbeitsmarktpolitische Maßnahmen. Es sichert den Zusammenhang zwischen Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung. Durch das Arbeitsvermittlungsmonopol und die öffentlich-rechtlichen Grundsätze der Arbeitsvermittlung werden nach historischer Erfahrung national und international aufgetretene Mißstände hintangehalten, die in der Ausnutzung wirtschaftlicher Not und Unerfahrenheit von Arbeitsuchenden bei gewerbsmäßiger Arbeitsvermittlung erblickt worden sind. Die Einführung subjektiver Zulassungsbeschränkungen und die Bedürfnisprüfung haben sich nicht als ausreichend erwiesen, um die angedeuteten Gefahren abzuwenden (BVerfGE 21, 245, 255 f).

An den tragenden Erwägungen dieser Entscheidung hat die 2. Kammer des 2. Senats des BVerfG in einem Beschluß vom 2. Mai 1990 - 2 BvR 364/90 - ausdrücklich festgehalten (BVerfG NZA 1991, 948).

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat zwar in seinem Vorlagebeschluß vom 25. September 1991 (BGB NZA 1992, 45, 47) eine Änderung gegenüber den der Entscheidung des BVerfG vom 4. April 1967 zugrunde liegenden Verhältnissen für Führungskräfte der Wirtschaft - und nur für diese - angenommen, weil sich aufgrund der "Grundsätze" die private Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft tatsächlich durchgesetzt habe und sich damit ein Teilarbeitsmarkt von dem allgemeinen Vermittlungsmonopol abgespalten habe. Gleichzeitig hat der BGH aber hervorgehoben, diese Abspaltung habe nicht dazu geführt, daß das Vermittlungsmonopol seine Fähigkeit zur Erfüllung seiner Aufgaben im übrigen eingebüßt hätte; weitere der Vermittlung von Führungskräften vergleichbare Spaltungen seien nicht ersichtlich.

Das BSG hat bislang - offensichtlich auf der Grundlage der Entscheidung BVerfGE 21, 245 ff - das Arbeitsvermittlungsmonopol der BA in ständiger Rechtsprechung als "verfassungsrechtlich unbedenklich" bezeichnet (BSGE 37, 1, 7; 43, 100, 102 f, SozR 3-4100 § 4 Nr 1).

Der erkennende Senat ist nach eigener Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, daß gegenüber den der Beurteilung des BVerfG im Urteil vom 4. April 1967 zugrunde liegenden Verhältnissen weder auf rechtlichem noch auf tatsächlichem Gebiet eine wesentliche Änderung eingetreten ist, die eine Vorlage nach Art 100 GG rechtfertigen könnte. Der Erlaß des AFG im Jahre 1969 stellt eine insoweit erhebliche Rechtsänderung aus den erörterten Gründen nicht dar. Auch gemeinschaftsrechtlich haben sich Änderungen nicht ergeben, denn der EWG-Vertrag vom 25. März 1957 war zum Zeitpunkt der Entscheidung



des BVerfG bereits wirksam. Im Einklang mit dem Hinweis des BGH lassen sich auch Teilarbeitsmärkte - außer demjenigen für Führungskräfte der Wirtschaft -, die eine sektoral abweichende verfassungsrechtliche Beurteilung des Arbeitsvermittlungsmonopols der BA nahelegen könnten, nicht feststellen (vgl Sacker, aaO, 307, 315). Die gegenwärtigen Einwände gegen das Arbeitsvermittlungsmonopol beziehen sich weniger auf die die Rechtsprechung des BVerfG tragenden Gründe als auf die wirtschaftliche Effektivität der Vermittlungstätigkeit der BA (vgl auch: Rauschhofer, aaO, 178 ff). Der Senat sieht keinen Anlaß, dem im einzelnen nachzugehen. Marktanteile der BA an der Arbeitsvermittlung für bestimmte Berufsgruppen sind angesichts ihrer umfassenden Aufgaben im Rahmen der Sozial- und Wirtschaftspolitik der Bundesregierung (§ 3 AFG), in die das Arbeitsvermittlungsmonopol einzuordnen ist, für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Regelung nicht aussagekräftig (vgl auch: Grimmer, Effizienz und Dienstleistungsqualität in: Arbeit und Arbeitsvermittlung und ihre Veränderung durch Informationstechnologie, 1987, 271, 278). Im übrigen verfügt die BA - wie bereits hervorgehoben - nur über ein unvollkommenes Monopol. Das Interesse von Dienstleistungsbetrieben, bei der Personalberatung von Unternehmen auch Arbeitsvermittlung zu betreiben, begründet eine verfassungsrechtlich erhebliche Änderung der Verhältnisse nicht. Der Verzicht auf das Arbeitsvermittlungsmonopol über die Gruppe der Führungskräfte der Wirtschaft hinaus würde - bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise (BVerfGE 21, 245, 259) - den erörterten Schutzzweck des Gesetzes gefährden. Einwände gegen die verfassungsrechtliche Beurteilung, die das BVerfG 1967 vorgenommen hat, sind in ihren wesentlichen Punkten schon unmittelbar im Anschluß an diese Entscheidung vorgetragen worden (vgl insbesondere: Bull JZ 1967, 564 ff). Für den Eintritt wesentlicher Änderungen der Verhältnisse, die jener Entscheidung zugrunde gelegen haben, fehlt es an greifbaren Anhaltspunkten.

5. Das Arbeitsvermittlungsmonopol der BA nach den §§ 4 und 13 AFG enthält eine Regelung der Berufsfreiheit, die dem Zitiergebot nach Art 19 Abs 1 Satz 2 GG nicht unterliegt (BVerfGE 13, 97, 122; 64, 72, 80 f). Für die Entscheidung des Rechtsstreits kann offenbleiben, ob die Klägerin durch das Arbeitsvermittlungsmonopol in ihrer Berufswahl oder -ausübung betroffen ist. Die verfassungsrechtlich strengeren Anforderungen an Regelungen der Berufswahl sind gewahrt. Dazu wird auf die schon in anderem Zusammenhang erörterten grundsätzlichen Erwägungen des BVerfG Bezug genommen. Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit und der Wirkungen des Arbeitsvermittlungsmonopols ist zu bedenken, daß sich nicht konkret belegen läßt, welche Mißstände bzw Schäden das Institut für Arbeitsuchende und Unternehmer gegenwärtig verhindert. Frühere Regelungen der Arbeitsvermittlung - einschließlich des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt - haben jedenfalls schwerwiegende Mißstände für Arbeitsuchende und Unternehmer nicht ausschließen können. Das hat die Überzeugung des Gesetzgebers begründet, nur durch eine öffentliche Arbeitsvermittlung sei Arbeitslosigkeit und Arbeits-



kräftemangel bei Wahrung von Schutzbedürfnissen Arbeitsuchender wirksam entgegenzutreten (BVerfGE 21, 245, 254 ff; Gagel, Arbeitsförderungsgesetz-Kommentar, § 4 RdNr 1; aM Badura, Das Verwaltungsmonopol 1963, 142 N 29 mit der Forderung nach Differenzierung zwischen den Aufgaben der BA). Gerade bei dem gegenwärtigen hohen Stand der Arbeitslosigkeit in bestimmten Bereichen der Bundesrepublik sind Maßnahmen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit angezeigt, denen die Gefahr des Ausnutzens der Notlage Arbeitsuchender durch gewerbliche Arbeitsvermittlung nicht immanent ist.

Den erwähnten historischen Erfahrungen entspricht die internationale Entwicklung. Sie hat zu Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) geführt, die "öffentliche, unentgeltliche Arbeitsvermittlung ... als wesentlichen Teil des staatlichen Programms zur Erzielung und Aufrechterhaltung der Vollbeschäftigung sowie zur Steigerung und Ausnutzung der Produktivkräfte" verlangen (Art 1 Übereinkommen Nr 88 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 9. Juli 1948 über die Organisation der Arbeitsmarktverwaltung <BGBI II 1954 S 448>). Danach sind auf Gewinn gerichtete Büros für Arbeitsvermittlung aufzuheben und nur in gesetzlich festgelegten Ausnahmefällen zuzulassen (Art 3 und 5 des Übereinkommens Nr 96 der internationalen Arbeitsorganisation über Büros für entgeltliche Arbeitsvermittlung <Neufassung 1949 - BGBI II 1954 S 456>).

Der Geltung der §§ 4 und 13 AFG kann die Klägerin sich nicht mit dem Hinweis entziehen, sie werde im Gegensatz zu gewerblichen Arbeitsvermittlern nur im Rahmen der Personalberatung im Auftrag von Unternehmern tätig. Diese Argumentation berücksichtigt nicht die vom BVerfG gerade im vorliegenden Zusammenhang geforderte typisierende Betrachtungsweise (BVerfGE 21, 245, 259). Im übrigen verkennt sie, daß das Arbeitsvermittlungsmonopol nicht allein dem Schutz Arbeitsuchender dient. Auch die mit einer Personalberatung verbundene Arbeitsvermittlung außerhalb der Führungsebene kann typischerweise zu Direktansprachen ("head hunting") auf breiter Ebene führen, eine wirtschaftlich nicht funktionale Mobilität namentlich bei Mangelberufen hervorrufen und die wirtschaftliche Produktivität beeinträchtigen. Für eine weitere Reduktion des Arbeitsvermittlungsmonopols zugunsten privater Arbeitsvermittlung im Rahmen von Personalberatung besteht deshalb unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten kein Anlaß. Sie dürfte auch die funktionell-rechtlichen Grenzen der Konkretisierung von Gesetzen (Art 20 Abs 3, 97 Abs 1 GG) berühren.

Die Ergebnisse wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchungen von Vor- und Nachteilen des Arbeitsvermittlungsmonopols führen nicht zu einer abweichenden verfassungsrechtlichen Beurteilung (dazu und zum folgenden: Rauschhofer aaO 178 ff; vgl jetzt auch: Walwei, Monopol oder Koexistenz: Arbeitsvermittlung in der Bundesrepublik Deutschland und in Großbritannien, in: Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt-



und Berufsforschung 1991, 635 ff). Unter außerwirtschaftlichen Vorzügen werden dabei die dem sozialen Schutzprinzip entsprechenden Merkmale der Unentgeltlichkeit, der Neutralität und des Schutzes vor Vermittlungsmarktmacht aufgezeigt. Die Untersuchung von Rauschhofer enthält dagegen keine Hinweise auf außerwirtschaftliche Nachteile des Monopols. Dem wirtschaftlichen Vorteil, größtmögliche Markttransparenz durch eine Großorganisation zu verwirklichen, steht der wirtschaftliche Nachteil gegenüber, daß die öffentliche Arbeitsvermittlung mangels Wettbewerb auf Teilarbeitsmärkten nicht hinreichende Effektivität aufweist, weil "Marktlücken unerkannt oder unversorgt bleiben". Außerdem wird nicht ausreichende Anpassungsfähigkeit an Strukturwandlungen und die Langwierigkeit bürokratischer Entscheidungsprozesse beklagt. Bei einer Würdigung dieser Analyse wird deutlich, daß die national und international historisch belegbaren Schutzbedürfnisse durch die aufgezeigten Mängel öffentlicher Arbeitsvermittlung nicht kompensiert werden. Die angesprochenen Mängel an Mobilität und Flexibilität dürften allerdings auch durch die Grundsätze öffentlich-rechtlicher Arbeitsvermittlung - insbesondere die dem Schutz Arbeitsuchender dienende Neutralität der BA (Art 20 Abs 1 AFG) - mitbedingt sein. Insgesamt sind deshalb die Leistungsgrenzen öffentlicher Arbeitsvermittlung nicht geeignet, der Berufsfreiheit der Klägerin gegenüber dem mit dem Arbeitsvermittlungsmonopol angestrebten Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter Vorrang einzuräumen. Eher können sie Anlaß zu Überlegungen systemimmanenter Reformen sein (dazu: Grimmer aaO 271 ff; so auch aufgrund eines Systemsvergleichs: Walwei aaO 647; ferner Möller-Lücking in: Soziale Sicherheit 1992).

Da Arbeitsvermittlung von der BA als Bestandteil der Wirtschaftspolitik der Bundesregierung wahrgenommen wird (§ 3 Abs 1 AFG), liegt es im gesetzgeberischen Beurteilungsspielraum, an dem oben beschriebenen begrenzten Arbeitsvermittlungsmonopol der BA im Rahmen des Art 12 Abs 1 GG festzuhalten (Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1989, Art 12 RdNr 32). Die eigentliche Rechtfertigung dieses Monopols kann gerade in seiner wirtschaftspolitischen Funktion gesehen werden (so Badura aaO 142 N 29). Da sich Arbeitsvermittlung naturgemäß nur auf vorhandene Arbeitsplätze beziehen kann und die Vermehrung von Arbeitsplätzen ein erstrangiges sozial- und wirtschaftspolitisches Staatsziel darstellt, ist der enge Zusammenhang mit der Arbeitsvermittlung unübersehbar. Deshalb muß es der politischen Entscheidung des Gesetzgebers - möglichst aufgrund umfassender empirischer Erhebungen (Säcker aaO 307, 315) - vorbehalten bleiben, die Voraussetzungen zu klären, unter denen etwa für Teilarbeitsmärkte ein Konkurrenzverhältnis zwischen öffentlicher und gewerbsmäßiger Arbeitsvermittlung ohne Verluste für die erörterten Schutzbedürfnisse organisierbar und tolerabel erscheint.

6. Die angefochtenen Entscheidungen verletzen auch nicht Europäisches Gemeinschaftsrecht.



Der Senat kann die zur Beurteilung des festgestellten Sachverhalts entscheidungserheblichen gemeinschaftsrechtlichen Fragen hier ohne Vorabentscheidung des EuGH beantworten. Das letztinstanzlich entscheidende einzelstaatliche Gericht ist zwar nach Art 177 Abs 3 EWG-Vertrag verpflichtet, Fragen der Auslegung des EWG-Vertrages dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Entsprechend der Aufgabe des EuGH, eine einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu sichern, besteht eine Vorlagepflicht jedoch nur bei Zweifeln über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts (BVerfG NJW 1992, 678; BSGE 43, 255, 268 f; 68, 123, 127). Das gleiche gilt, wenn die Auslegung entscheidungserheblicher Normen des Gemeinschaftsrechts durch die bisherige Rechtsprechung des EuGH bereits geklärt ist (so Daig, in: von der Groeben ua, Komm zum EWG-Vertrag, 3. Aufl 1983, Art 177 RdNr 43 mit Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des EuGH). Das trifft hier zu:

Nach Art 59 Abs 1 EWG-Vertrag sind mitgliedstaatliche Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, nach Ablauf der Übergangszeit (Art 8 Abs 1 EWG-Vertrag) nicht mehr anzuwenden (EuGHE 1978, 629 ff - Rs 106/77 -). Die Regelungen der Art 59 ff EWG-Vertrag sind aber nur auf Dienstleistungen anwendbar, die sich über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinaus erstrecken. Die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Erfordernisses sind von den mitgliedstaatlichen Gerichten festzustellen (EuGH vom 23. April 1991 - Rs C-41/90 - NJW 1991, 2891 zu EuGHE 1963, 63, 80 f - Rs 28-30/62 -; Oppermann, Europarecht, 1991, 248). Nach den nicht mit Prozeßrügen angegriffenen Feststellungen des LSG, die für den Senat bindend sind (§ 163 SGG), ist die Klägerin eine GmbH mit Sitz in der Bundesrepublik. Die vom LSG inhaltlich festgestellten Stellenanzeigen beziehen sich auf regional einzusetzende Arbeitskräfte, so daß die Klägerin Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt des Inlands sucht. Soweit die Klägerin Arbeitskräfte für die "deutsche Tochter eines international tätigen Konzerns" sucht, ist ferner davon auszugehen, daß Auftraggeberin der Klägerin insoweit ein Tochterunternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit und dem Sitz in der Bundesrepublik ist. Wenn daher die Revision eine grenzüberschreitende Vermittlungstätigkeit behauptet, steht dieses Vorbringen nicht mit den Feststellungen des LSG im Einklang und ist damit nicht berücksichtigungsfähig. Weitere Feststellungen für eine Entscheidung in der Sache sind nicht erforderlich, denn mit der Suche eines Key-Account-Managers hat die Klägerin jedenfalls Anlaß für den Erlass einer Untersagungsverfügung gegeben, die ausschließlich einen nicht grenzüberschreitenden Vorgang betrifft. Aus diesem Grunde ist die Untersagungsverfügung der BA auch dahin zu verstehen, daß der Klägerin nur solche Vermittlungsversuche untersagt sind, die sich auf den inländischen Arbeitsmarkt beziehen.



Eine Vorlagepflicht nach Art 177 Abs 3 EWG-Vertrag folgt auch nicht daraus, daß die Klägerin geltend macht, die mit dem Arbeitsvermittlungsmonopol begründete Untersagungsverfügung der BA bewirke eine sog Inländerdiskriminierung. Das Gemeinschaftsrecht kann unter bestimmten Voraussetzungen dazu führen, daß mitgliedstaatliche Beschränkungen wirtschaftlicher Betätigung Ausländern nicht entgegengehalten werden können, während sie Inländer wegen des begrenzten Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts auf Sachverhalte mit Grenzüberschreitung treffen (vgl dazu Kewenig JZ 1990, 20 ff; Fastenrath JZ 1987, 170 ff jeweils mwN). Die Problematik der Inländerdiskriminierung ist zwar nicht in jeder Hinsicht geklärt. Der EuGH hält insoweit seine Zuständigkeit nämlich nur für gegeben, "wenn der Sachverhalt in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt" (EuGHE 1982, 3723, 3726 - Rs 35 und 36/82 -). Rechtsschutz für Angehörige eines Mitgliedstaates gegenüber diesem Mitgliedstaat bietet der EuGH nur, soweit der Sachverhalt ein grenzüberschreitendes Element aufweist. Interne Vorgänge eines Mitgliedstaates betreffen nicht den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts und begründen deshalb die Zuständigkeit des EuGH zu Vorabentscheidungen nicht (EuGHE 1979, 399, 410 - Rs 115/78 -; 1983, 75 - Rs 126/82 -; Fastenrath JZ 1987, 170, 171). Folgerichtig hat der EuGH die Frage der Inländerdiskriminierung in seinem das Arbeitsvermittlungsmonopol der BA betreffenden Urteil vom 23. April 1991 - Rs C-41/90 - (NJW 1991, 2891) nicht aufgeworfen.

7. Eine Inländerdiskriminierung der Klägerin durch das mit dem Arbeitsvermittlungsmonopol der BA verbundene Verbot gewerblicher Arbeitsvermittlung wäre allenfalls mitgliedstaatlich erheblich - sei es wegen der unmittelbaren Geltung der Dienstleistungsfreiheit als "grundlegender Freiheit des gemeinsamen Marktes" (vgl dazu BVerfGE 73, 339, 380; Bleckmann, Gedächtnisschrift für Sasse Bd II, 1981, 665, 675; Oppermann aaO 161; Kewenig JZ 1990, 20, 22; anderer Ansicht Fastenrath JZ 1987, 170, 175), sei es aufgrund des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art 3 Abs 1 GG). Eine Inländerdiskriminierung ist jedoch nicht gegeben, weil das Gemeinschaftsrecht eine Schlechterstellung im Vergleich zu Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten der EG nicht bewirkt. Art 60 Abs 2 EWG-Vertrag eröffnet für Ausländer bei vorübergehend im Inland zu erbringenden Dienstleistungen lediglich Inländerbehandlung. Im übrigen beeinträchtigen die gemeinschaftsrechtlichen Normen über den freien Dienstleistungsverkehr nach Art 66 und 56 Abs 1 EWG-Vertrag nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Dieser Vorbehalt zugunsten mitgliedstaatlicher Sonderregelungen zum Nachteil von Ausländern erlaubt erst recht Regelungen der Dienstleistungsfreiheit aus Gründen der öffentlichen Sicherheit ohne eine diskriminierende Wirkung (Steindorff, Dienstleistungsfreiheit und ordre public, in: Lagrange ua, Dienstleistungsfreiheit und Versicherungsaufsicht im Gemeinsamen Markt, Münchener



Universitätsschriften - Abhandlungen des Instituts für europäisches und internationales Wirtschaftsrecht Bd 7, 1971, 79, 96, 120; Ipsen, Grenzen der Dienstleistungsfreiheit, in: Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien, 1984, 267, 272).

Zwar hat der EuGH nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß das Arbeitsvermittlungsmonopol die Dienstleistungsfreiheit nach diesen Maßstäben in gemeinschaftsrechtlich zulässiger Weise begrenzt. Aus seiner Rechtsprechung zur Inländerbehandlung bei vorübergehenden Dienstleistungen ergibt sich diese Rechtsfolge indes zwanglos. Wörtlich hat der EuGH ausgeführt (EuGHE 1974, 1299, 1309 - Rs 33/74 -):

"In Anbetracht der Besonderheit der Dienstleistungen dürfen jedoch diejenigen an den Leistungserbringer gestellten besonderen Anforderungen nicht als mit dem Vertrag unvereinbar angesehen werden, die sich aus der Anwendung durch das Allgemeininteresse gerechtfertigter Berufsregelungen - namentlich der Vorschriften über Organisation, Befähigung, Berufspflichten, Kontrolle, Verantwortlichkeit und Haftung - ergeben und die für alle im Gebiet des Staates, in dem die Leistung erbracht wird, ansässigen Personen verbindlich sind; dies insoweit, als der Leistende dem Zugriff dieser Regelungen nur deshalb entgehen würde, weil er in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist."

Nach dem Vorbringen der Kommission in jenem Verfahren sind ersichtlich Erwägungen zu Art 66 und 56 EWG-Vertrag in diese Entscheidung eingeflossen (Ipsen aaO 281).

Die danach beachtlichen Allgemeininteressen (vgl dazu zuvor schon: EuGHE 1979, 35, 52 - Rs 110 und 111/78 -) sind - entgegen der Rechtsansicht der Revision - nicht spezifisch gemeinschaftsrechtlich zu begründen. Im hier zu entscheidenden Fall kann offenbleiben, ob Art 56 Abs 1 EWG-Vertrag ein Zuständigkeitsvorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten zu entnehmen ist und der Gemeinschaft lediglich eine "Koordinierungskompetenz" der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen (Art 56 Abs 2 EWG-Vertrag) verbleibt (so Ipsen aaO 284 f). Der EuGH nimmt zwar eine Kontrollbefugnis nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts in Anspruch, räumt aber den Mitgliedstaaten einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der im Allgemeininteresse zwingend erforderlichen gesetzlichen Regelungen ein (EuGHE 1974, 1337, 1350 - Rs 41/74 -; 1981, 3305, 3325 f - Rs 289/80 -; 1986, 3793, 3802 f, 3806 - Rs 205/84 -; dazu zusammenfassend: Hübner JZ 1987, 330, 332 f mit dem Hinweis: "Im übrigen könnte der Begriff "Allgemeininteresse" im europäischen Recht insofern zu Mißverständnissen Anlaß geben, als damit das allgemeine Interesse der Mitgliedländer, also das europäische Allgemeininteresse gemeint sein könnte; das Gegenteil, das jeweilige nationale öffentliche Interesse, ist aber gemeint.").



Die Erwägungen, die das Arbeitsvermittlungsmonopol zur Wahrung eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes als Regelung der Berufsfreiheit (Art 12 Abs 1 GG) rechtfertigen, sind danach auch geeignet, ein Allgemeininteresse zur Begrenzung der gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit zu begründen. Dies gilt um so mehr, als die Regelung der §§ 4, 13, 23 AFG der Tendenz der IAO-Übereinkommen Nrn 88 und 96 entspricht, die die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft jedenfalls mehrheitlich ratifiziert haben. Damit läßt sich gegen das Arbeitsvermittlungsmonopol der Einwand einseitiger mitgliedstaatlicher Interessenwahrung durch die Bundesrepublik Deutschland nicht erheben.

Kann das Verbot gewerblicher Arbeitsvermittlung auch Angehörigen anderer Mitgliedstaaten entgegengehalten werden, führt es nicht zu einer Inländerdiskriminierung der Klägerin. Gemeinschaftsrechtlich kämen Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten allerdings vom Heimatstaat erteilte "vergleichbare Genehmigungen" zur Arbeitsvermittlung zugute (EuGHE 1979, 35, 54 - Rs 110 und 111/78 -; 1981, 3305, 3326 - Rs 289/80 -). Auch für die Klägerin ist indessen die Möglichkeit, unter den Voraussetzungen der §§ 23 f AFG und der dazu erlassenen Durchführungsvorschriften erlaubte Arbeitsvermittlung zu betreiben, nicht ausgeschlossen. Wie diese Voraussetzungen im Hinblick auf Art 59 ff EWG-Vertrag und das Urteil des EuGH vom 23. April 1991 - Rs C-41/90 - einerseits (dazu: Eichenhofer NJW 1991, 2857, 2859 f) sowie das erörterte Allgemeininteresse und die IAO-Übereinkommen Nrn 88 und 96 andererseits zu konkretisieren sind, kann hier auf sich beruhen. Unstreitig hat sich die Klägerin um einen entsprechenden Auftrag nicht bemüht. Selbst unter diesem Gesichtspunkt scheidet eine Inländerdiskriminierung damit aus.

8. Auch die Anwendung der Wettbewerbsregeln (Art 86 ff EWG-Vertrag) begründet eine Vorlagepflicht an den EuGH nicht. Im Hinblick auf das Arbeitsvermittlungsmonopol ist deren Tragweite zur Beurteilung des vom LSG festgestellten Sachverhalts durch die Rechtsprechung des EuGH geklärt.

In seinem Urteil vom 23. April 1991 - Rs C-41/90 - hat der EuGH seine aus Art 90 Abs 1 EWG-Vertrag zu entnehmende Ansicht bekräftigt, die Begründung eines Verwaltungsmonopols ("Gewährung eines ausschließlichen Rechts") zugunsten eines "öffentlichen Unternehmens" verstoße nicht gegen die Wettbewerbsregeln. Den Mißbrauch einer den Markt beherrschenden Stellung durch die BA hat der EuGH in jenem Urteil nur angenommen, weil sie für Führungskräfte der Wirtschaft nach ihren "Grundsätzen" eine gewerbliche Arbeitsvermittlung dulde. Den Wettbewerbsverstoß hat der EuGH namentlich darin gesehen, daß dem Honoraranspruch von Personalberatungsunternehmen trotz dieser Duldung der BA die Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB wegen des Verbots privater Arbeitsvermittlung nach §§ 4 und 13 AFG



entgegengehalten werden könne. Die angefochtene Untersagungsverfügung belegt jedoch, daß die BA außerhalb der in ihren "Grundsätzen" festgelegten Grenzen, Arbeitsvermittlung nicht generell duldet. Deshalb ist das vom EuGH verwendete Wort "insbesondere" nicht dahin zu verstehen, das Arbeitsvermittlungsmonopol sei allgemein gemeinschaftsrechtswidrig. Die Ausdrucksweise ist vielmehr durch die "Unvollkommenheit" des Monopols der BA zu erklären, das sich auf bestimmte Sektoren - wie dargelegt - nicht erstreckt. Die Verwendung des Begriffs "Führungskräfte der Wirtschaft" im Urteil vom 23. April 1991 - Rs C-41/90 - bedeutet dabei - entgegen der Ansicht der Revision - nicht, daß dieser gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen und damit der Auslegung durch den EuGH vorbehalten ist (aA Emmerich BB 1989, Anlage 3, 15). Der EuGH verwendet diesen Begriff vielmehr nur, um den Bereich tatsächlich abzugrenzen, für den er eine Duldung privater Arbeitsvermittlung durch die BA annimmt und für den diese daher "offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage auf dem Markt nach solchen Leistungen zu befriedigen". Im übrigen ist auch nicht ersichtlich, an welche gemeinschaftsrechtliche Norm eine solche Begriffsbildung anknüpfen sollte.

Das Urteil des EuGH vom 23. April 1991 - Rs C-41/90 - stellt demnach das Arbeitsvermittlungsmonopol der BA gemeinschaftsrechtlich nicht allgemein in Frage. Eine gesetzliche Liberalisierung der Arbeitsvermittlung läßt sich selbst für den Bereich der Führungskräfte jenem Urteil nicht zwingend entnehmen (vgl aber: Walwei aaO 636, 646 f). Die Begründung dieses Urteils kann Überlegungen zu einer konsequenten Durchsetzung des Monopols nahelegen. Bei Aufgabe der Duldung privater Arbeitsvermittlung von Führungskräften der Wirtschaft entsprechend den "Grundsätzen" würde nämlich der gemeinschaftsrechtliche Vorwurf des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung der BA hinfällig.

9. Das mit dem Arbeitsvermittlungsmonopol der BA einhergehende Verbot privater gewerblicher Arbeitsvermittlung entspricht der Tendenz der IAO-Übereinkommen Nrn 88 und 96, die eine "unentgeltliche" und "öffentliche Arbeitsmarktverwaltung" fordern. Die Bundesrepublik Deutschland hat diese Übereinkommen ratifiziert und transformiert (BGBl II 1954 S 448, 456). Art 234 Abs 1 EWG-Vertrag läßt Rechte und Pflichten aus Übereinkünften, die vor Inkrafttreten des EWG-Vertrages zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten einerseits und einem oder mehreren Drittländern andererseits geschlossen wurden, unberührt. Damit ist im Einklang mit allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts klargestellt, daß Mitgliedstaaten Verpflichtungen aus früheren völkerrechtlichen Verträgen weiterhin zu erfüllen haben und Organe der Gemeinschaft sie daran nicht hindern dürfen (EuGHE 1980, 2787, 2802 f - Rs 812/79 -; vgl auch: EuGH 1979, 35, 53 f - Rs 110 und 111/78 -; Oppermann aaO 192). Mit dem Vorbehalt des Art 234 Abs 1 hat der EWG-Vertrag dem Grundsatz der Vertragstreue den Vorzug vor der Kollisionsregel gegeben, wonach das spätere Gesetz das frühere verdrängt. Die im



Schrifttum vertretene Ansicht, das Gemeinschaftsrecht gehe den IAO-Übereinkommen vor (Emmerich BB 1969, Beilage 3, 9, 15; Pallasch/Steckermeier NZA 1991, 912, 924) findet im geltenden Gemeinschaftsrecht keine Grundlage. Wegen des ausdrücklichen Vorbehalts des Art 234 Abs 1 EWG-Vertrag zugunsten älteren Völkervertragsrechts läßt sich auch auf Grund des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (BGBl II 1985 S 926) ein abweichendes Ergebnis nicht begründen (vgl vielmehr ebenda: Art 30 Abs 2; 19 ff). Soweit der EuGH auf die IAO-Abkommen nicht eingegangen ist, beruht dies darauf, daß die verfahrensbeteiligten Mitgliedstaaten diese Übereinkommen selbst nicht angewendet haben (EuGHE 1979, 35, 53 - Rs 110 und 111/78 -; Urteil vom 23. April 1991 - Rs C-41/90 -).

Die Revision der Klägerin war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs 1 SGG.

