

Bundessozialgericht

- 7 RAr 5/79 -

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

Verkündet am
11. Dezember 1979

U r t e i l

.....
als UrkBeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

.....,
Kläger, Revisionskläger
und Revisionsbeklagter,
Prozeßbevollmächtigter:,

g e g e n

.....,
Beklagte, Revisionsbeklagte
und Revisionsklägerin.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die
mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 1979
für Recht erkannt:

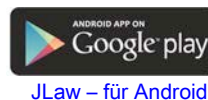
Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
Bayerischen Landessozialgerichts vom 14. November
1978 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
Bayerischen Landessozialgerichts vom 14. November
1978 aufgehoben, soweit es den Antrag auf Erteilung
eines Auftrags zur Arbeitsvermittlung betrifft.
Insoweit wird der Rechtsstreit zur erneuten Ver-
handlung und Entscheidung an das Landessozialgericht
zurückverwiesen.

- 2 -



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



G r ü n d e :

I

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger unerlaubte Arbeitsvermittlung für das Orchester A S (S.) betreibt, und ferner, ob die Beklagte dem Kläger einen Auftrag zur Arbeitsvermittlung (Kapellenvermittlung) zu erteilen hat.

Der Kläger ist der Bruder des Leiters des Orchesters S. Er ist Inhaber einer Werbeagentur. Seit 1961 verschafft er dem Orchester S. Engagements. Der Kläger wurde zunächst aufgrund eines "Anstellungsvertrages" gegen eine feste Vergütung für seinen Bruder tätig. Am 1. Juni 1974 begründeten der Kläger und die Mitglieder des Orchesters durch einen schriftlichen Vertrag eine "Gesellschaft des bürgerlichen Rechts". Danach war der Kläger zu 10 Prozent an den Nettoerlösen der Gesellschaft beteiligt. Am 1. Mai 1975 haben der Kläger und sein Bruder einen "Anstellungsvertrag" abgeschlossen, nach welchem der Kläger DM 1.000,-- monatlich für seine Tätigkeit für das Orchester erhält.

Der Kläger beantragte bei der Beklagten die Erteilung eines Auftrags zur Arbeitsvermittlung für Orchester und Künstler.

Mit Bescheid vom 7. August 1974 untersagte der Präsident der Bundesanstalt für Arbeit (BA) dem Kläger jede weitere Vermittlungstätigkeit für das Orchester S. und drohte im Falle der Zuwiderhandlung Zwangsgeld und andere Maßnahmen an (Ziff. I). Er meinte, der Kläger betreibe mit der Suche von Engagements für das Orchester S. unerlaubte Arbeitsvermittlung und verstoße damit gegen die §§ 4 und 13 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG). Auch durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages, der im übrigen nicht die Voraussetzungen für einen Gesellschaftsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) erfülle, sei seine Tätigkeit für das Orchester unrechtmäßig. Der



Vertrag verstoße nach § 134 BGB gegen ein gesetzliches Verbot, nämlich gegen das Verbot der Arbeitsvermittlung. In der Ziffer II des Bescheides wurde dem Antrag des Klägers auf Erteilung eines Auftrages zur Kapellenvermittlung nicht entsprochen, weil dies nicht zweckmäßig sei. Für die Kapellenvermittlung sei durch die Vermittlungseinrichtungen der Beklagten sowie durch eine ausreichende Zahl bereits beauftragter Kapellenvermittler angemessen vorgesorgt.

Das Sozialgericht München (SG) hat mit Urteil vom 24. November 1977 den Bescheid der Beklagten hinsichtlich der Ziffer I aufgehoben und im übrigen die Klage abgewiesen.

Mit Urteil vom 14. November 1978 hat das Bayerische Landessozialgericht (LSG) die Berufungen des Klägers wegen der Auftragserteilung und der Beklagten wegen der Untersagung der Arbeitsvermittlung zurückgewiesen. Zur Begründung hat das LSG ausgeführt, die Berufung der Beklagten sei deshalb unbegründet, weil die Tätigkeit des Klägers für das Orchester S. nicht gegen das Arbeitsvermittlungsmonopol der Beklagten gemäß §§ 4 und 13 AFG verstoße. Unter das Monopol falle die Vermittlung selbständiger Tätigkeiten nicht. Das Orchester S. werde nicht in Form von Arbeitsverträgen, sondern aufgrund selbständiger Verträge (Werkverträge) tätig. Anders als Filmschauspieler oder Bühnenkünstler stünde eine Kapelle vom Range des Orchesters S. nicht in Abhängigkeit vom jeweiligen Veranstalter, sondern arbeite in eigener künstlerischer Verantwortung und habe auch genügend wirtschaftliche Unabhängigkeit, um zB eine bestimmte Mindestgage fordern zu können. Selbst wenn bisweilen eine unselbständige Tätigkeit, zB als "Hauskapelle" eines Hotels, ausgeübt werden sollte, so ändere das nichts an der Gesamtwürdigung, da solche Engagements der Tätigkeit der Kapelle nicht das Gepräge gäben. Aber auch wenn man annehmen würde, daß das Vermittlungsmonopol der Beklagten berührt sei, stelle die Tätigkeit des Klägers eine erlaubte "Selbstvermittlung" der Kapelle dar. Es sei anerkannt, daß sich ein Künstler zu seiner eigenen Vermittlung auch der Hilfe einer anderen Person (zB eines Künstlersekretärs) bedienen könne. Maßgebend sei



insoweit, ob der "Vermittler" in seiner Handlungsfähigkeit bei der Suche nach Engagements derart gebunden sei, daß ein eigener freier Raum bei der Vermittlung kaum vorhanden ist. Ein gewisser Ermessensspielraum schließe aber die Eigenschaft des Künstlersekretärs nicht aus. Im Fall des Klägers sei eine solche Unterordnung unter den Willen des Künstlers anzunehmen. Der Kläger sei an den Willen des Leiters der Kapelle gebunden. Dies beziehe sich auf die Anzahl, Art und Konditionen der Auftritte, zum Teil bis ins kleinste Detail hinein. Wenn der Kläger in Abwesenheit seines Bruders monatlich bis zu 15 Engagements abschließe, so handele er auch insofern nach dessen Willen. Die Unterordnung des Klägers werde nicht dadurch aufgehoben, daß der Bruder ihm keine Einzelanordnungen mehr gebe, sondern den Weg und das Ziel in groben Umrissen skizziere (Zeugin S: "der ... - Leiter der Kapelle - bringt die Tips und die Ideen mit, die dann vom Franz für die weitere Tätigkeit des Orchesters verwendet werden"). Derartige Einzelanordnungen würden nämlich ersetzt durch das in langjähriger Zusammenarbeit gebildete Vertrauensverhältnis zwischen den Brüdern.

Die Berufung des Klägers sei deshalb unbegründet, weil die Beklagte nicht verpflichtet sei, dem Kläger einen Auftrag zur Künstlervermittlung zu erteilen. In der Ablehnung liege kein Ermessensfehler. Aus den vorgelegten statistischen Unterlagen über die Vermittlung der hier in Betracht kommenden Künstler sei ersichtlich, daß diese durch die Dienststellen der Beklagten und die zugelassenen privaten Vermittler ausreichend mit Vermittlungen versorgt seien. Weitere Zeugenvernehmungen durch das Berufungsgericht seien zur Ermittlung eines Bedürfnisses nach der Auftragserteilung an den Kläger nicht erforderlich. Die Vernehmung von R. E. als renommiertem Orchester- und Kapellenleiter sei nicht erforderlich, da dieser aufgrund seines Bekanntheitsgrades auf die Hilfe von Vermittlern nicht angewiesen sei. Die Aussage der Leiter weniger renommierter Kapellen sei nicht beweiskräftig, da eine fehlende Vermittlungsmöglichkeit auch auf mangelnden Bedarf (der Ver-



anstalter) und nicht auf zu geringen Vermittlungskapazitäten beruhen könne. Die Vernehmung von Bediensteten des Landesarbeitsamtes Südbayern sei ebenfalls zur Beweiserhebung nicht geeignet. Diese Zeugen würden nach den Ausführungen des Klägers entweder bekunden, daß die Beklagte ihre Vermittlungstätigkeit ausweite, da sie diese als unzulänglich ansehe, oder, daß die Beklagte ihre Vermittlungsdienste nunmehr nicht mehr ausweite. Beide dieser möglichen Aussagen könnten als wahr unterstellt werden, ohne daß sich daraus zwingend ein Bedarf an weiteren privaten Vermittlern ergebe. Ferner könne als wahr unterstellt werden, daß viele Kapellen nur einen Bruchteil ihres Bedarfs an Engagements decken könnten. Die Behauptung, die letztere Tatsache sei auf die zu geringe Kapazität der bestehenden Künstlervermittlungseinrichtungen zurückzuführen, sei eine dem Zeugenbeweis nicht zugängliche Schlußfolgerung. Schließlich besage auch die sogenannte "Künstlerenquôte" nur, daß die Vermittlungseinrichtungen der Beklagten möglicherweise ausgebaut werden sollten. Die Möglichkeit der Auftragserteilung an Private zur Künstlervermittlung werde darin nicht erwähnt.

Die Beklagte rügt mit ihrer Revision, das LSG gehe ohne hinreichende tatsächliche Feststellungen davon aus, daß renommierte Kapellen mindestens in der Regel keine Arbeitsverträge abschließen. Die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Orchesters S. sei durch nichts bewiesen. Die soziale Schutzbedürftigkeit von Künstlern spreche dafür, diese in sozialrechtlicher Hinsicht als Arbeitnehmer zu betrachten. Auch für die Künstlervermittlung der BA ergebe sich, wenn die Vertragsverhältnisse von Künstlern rechtlich unterschiedlich beurteilt würden, die Schwierigkeit, daß sie nur diejenigen Künstler vermitteln dürfe, die im Einzelfall als Arbeitnehmer anzusehen seien. Das LSG habe im übrigen keine ausreichenden Feststellungen darüber getroffen, in welchem Verhältnis die nach seiner Auffassung selbständigen zu den unselbständigen Engagements stünden. Ferner wendet sich die Revision der Beklagten dagegen, daß die Tätigkeit des Klägers als erlaubte Hilfe zur Selbstsuche angesehen wird. Das Bundessozialgericht (BSG) habe eine un-



selbständige Tätigkeit eines Künstlersekretärs nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses für gegeben erachtet. Die vom LSG zitierte Äußerung der Zeugin S. deute auf eine weitgehende selbständige Tätigkeit hin.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts aufzuheben, soweit es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen hat, das Urteil des Sozialgerichts aufzuheben, soweit es der Klage stattgegeben hat, und die Klage in vollem Umfang abzuweisen sowie die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt,

1. das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 14. November 1978 aufzuheben, soweit es in Ziffer I die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts München vom 24. November 1977 zurückweist,
2. dem Kläger einen Auftrag zur Arbeitsvermittlung (Kapellenvermittlung) gemäß § 23 AFG zu erteilen, hilfsweise, die Beklagte anzuweisen, dem Kläger einen Auftrag zur Arbeitsvermittlung (Kapellenvermittlung) gemäß § 23 AFG zu erteilen,
3. die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Der Kläger rügt, das statistische Material belege nur eine ansteigende Vermittlungstätigkeit und keineswegs eine Deckung des Bedarfs. Die dahingehende Schlußfolgerung des LSG widerspreche der Logik und verletze die Vorschrift des § 23 Abs 1 AFG. Weiter rügt der Kläger Verstöße gegen das Amtsermittlungsprinzip des § 103 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG). Er macht geltend, die von ihm beantragte Beweiserhebung hätte ergeben, daß die vorhandenen Vermittlungseinrichtungen überlastet seien und den vorhandenen Bedarf an Vermittlungen nicht decken könnten. Dies habe sich auch aus der unter Beweis gestellten Zulassung weiterer Agenten seit Jahresbeginn 1978 ergeben. Entgegen den Ausführungen in dem Berufungsurteil sei in der Künstler-enquête empfohlen worden, die Vermittlungstätigkeiten



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



zu erweitern, gegebenenfalls auch durch weitere Erteilung von Aufträgen für auf Gewinn gerichtete Arbeitsvermittlung.

II

Die Revision der Beklagten ist nicht begründet. Mit Recht hat das LSG ihre Berufung zurückgewiesen. Die Beklagte war nicht berechtigt, die Tätigkeit des Klägers für das Orchester S. zu untersagen.

Die Klage gegen den Bescheid vom 7. August 1974 ist trotz Fehlens des gebotenen Vorverfahrens zulässig, da mangels Bestimmung einer Widerspruchsstelle die Durchführung des Vorverfahrens in angemessener Frist nicht zu erwarten war (BSG vom 11. Mai 1976 - 7 RAr 120/74 - Breithaupt 1977, 264 = Dienstblatt der BA C AFG § 13 Nr 2021 a).

Der angefochtene Bescheid ist nicht rechtmäßig, soweit er dem Kläger die Tätigkeit für das Orchester S. untersagt. Der Kläger hat keine Arbeitsvermittlung iSd § 13 AFG betrieben und somit das Arbeitsvermittlungsmonopol der Beklagten gemäß § 4 AFG nicht berührt. Nach § 13 Abs 1 AFG ist Arbeitsvermittlung eine Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen. Es kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit das Orchester S. und seine Mitglieder als Arbeitnehmer im Rahmen von Arbeitsverhältnissen und nicht als selbständige Unternehmer, zB in der Form von Werkverträgen, tätig werden. Jedenfalls ist die Tätigkeit, die der Kläger für das Orchester S. entfaltet, nicht darauf gerichtet, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zusammenzuführen.

Arbeitsvermittlung liegt dann vor, wenn ein Dritter sich für einen Arbeitsuchenden um eine Anstellung bei Arbeitgebern bemüht oder umgekehrt, wenn er also etwa tätig wird, um einem Künstler Engagements bei Veranstaltern zu verschaffen. An einer Arbeitsvermittlung fehlt es dagegen, wenn der Arbeitsuchende



selbst tätig wird, um sich eine Arbeit zu beschaffen. Selbstsuche ist ohne weiteres erlaubt. Im Gegensatz dazu gehört es zur Arbeitsvermittlung, daß ein Dritter tätig wird. Dem Dritten kommt die Mittlereigenschaft zu, er muß gegenüber beiden potentiellen Vertragspartnern, also gegenüber dem Künstler und dem Veranstalter selbständig sein. Zwischen beiden steht der Arbeitsvermittler in der "Mitte". Das erfordert irgendwie geartete eigene Bemühungen des Vermittlers. An dieser Mittlereigenschaft fehlt es zB beim sogenannten Künstlersekretär. Er ist völlig in den Willen des Künstlers integriert in der Weise, daß sein auf Verschaffung von Engagements gerichtetes Handeln als Selbstsuche des Künstlers anzusehen ist (BSG SozR 4100 § 4 Nr 2).

Im Falle des Klägers hat es das LSG mit Recht dahingestellt sein lassen, ob zwischen ihm und dem Orchester S. oder seinem Leiter ein Gesellschaftsvertrag oder ein Anstellungsvertrag besteht. Selbstsuche einer auf künstlerischer Ebene verbundenen Gemeinschaft wäre ohne weiteres anzunehmen, wenn einer der mitwirkenden Künstler sich selbst und damit gleichzeitig den anderen Mitgliedern der Gemeinschaft die Engagements verschafft (vgl BSG aaO). In diesen Fällen mag allerdings als weitere Voraussetzung verlangt werden, daß der vermittelnde Gesellschafter nicht auch noch für andere konkurrierende Gemeinschaften von Künstlern tätig wird.

Der Kläger hat aber im Orchester S. nicht selbst mitgewirkt. Er hat den Veranstaltern keine eigene Dienstleistung angeboten, sondern die Dienstleistung des Orchesters S. Deshalb ist die Bewertung seiner Tätigkeit als Arbeitsvermittlung nicht schon allein durch die Annahme eines Gesellschaftsvertrages zwischen dem Kläger und dem Orchester S. ausgeschlossen. Entscheidend ist die Ausgestaltung des Vertrages und seine tatsächliche Handhabung.

Die Tätigkeit des Klägers ist - gleichgültig ob mit dem Orchester S. ein Arbeitsvertrag oder ein Gesellschaftsvertrag besteht - als Selbstsuche des Orchesters anzusehen, weil der Kläger im dargestellten Sinn völlig in den Willen



der Künstlergemeinschaft oder ihres Leiters integriert ist. Er ist in seiner Handlungsfähigkeit bei der Suche nach Engagements für das Orchester S. derart gebunden, daß ein eigener freier Raum bei der "Vermittlung" kaum vorhanden ist, so daß er anstelle des Orchesters und als dessen Werkzeug, aber nicht als Mittler tätig wird (vgl BSG aaO). Eine solche Unterordnung unter den Willen des Künstlers hat das LSG für den Fall des Klägers ausdrücklich festgestellt. Das Direktionsrecht steht danach dem Leiter des Orchesters S. zu, der Kläger ist an dessen Willen gebunden. Damit ist die Tätigkeit des Klägers hinreichend als Hilfe bei der Selbstsuche des Orchesters gekennzeichnet.

Auch der angestellte Künstlersekretär kann allerdings Arbeitsvermittlung betreiben, wenn er nicht nur für einen, sondern für mehrere miteinander konkurrierende Künstler Engagements sucht. Der Senat hat dazu in der bereits erwähnten Entscheidung ausgeführt, bei der Tätigkeit für mehrere Künstler könne eine Lage eintreten, bei der in Wahrheit nicht mehr der Sekretär von dem zu vermittelnden Künstler, sondern dieser vom Sekretär abhängig wird. Angesichts der Zahl von weiteren Künstlern, die der einzelne (Arbeitgeber des Sekretärs) neben sich duldet, kann die Möglichkeit, das Weisungsrecht auszuüben, völlig eingeschränkt sein. Es liegt dann in der Macht des Sekretärs, die nicht immer identischen Interessen der einzelnen Künstler miteinander auszugleichen. Im angefochtenen Urteil hat das LSG nicht festgestellt, daß der Kläger neben dem Orchester S. noch für andere Orchester Engagements sucht. Entscheidend ist jedoch die Feststellung, daß die Tätigkeit des Klägers dem Willen des Orchesterleiters untergeordnet und bei der Suche nach Engagements ein eigener freier Raum kaum vorhanden ist. Diese Feststellung schließt aus, daß der Kläger die Macht hat, nicht identische Interessen anderer Künstler, insbesondere also anderer gleichartiger Orchester, im Einzelfall den Interessen des Orchesters S. vorzuziehen. Aus den Feststellungen des LSG ergibt sich ein uneingeschränktes Weisungsrecht des Leiters des Orchesters S., eine Abhängigkeit des Orchesters S. vom Kläger ist ausgeschlossen.

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



Die völlige Integration in den Willen des Auftraggebers wird allerdings in der Regel im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses stattfinden. Entgegen der Meinung der Beklagten ist aber allein die Integration entscheidend und nicht das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Der Senat hat auch in seiner bisherigen Rechtsprechung die Integration nicht nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses für gegeben erachtet. Mit dem Satz, die Integration sei zB auf Arbeitnehmerseite im Rahmen der Tätigkeit seines Künstlersekretärs aufgrund eines Arbeitsvertrages möglich (BSG aaO S 5), hat der Senat deutlich andere Vertragsverhältnisse nicht ausgeschlossen.

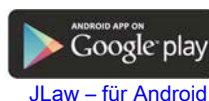
Gegen die Feststellung des LSG hinsichtlich der Unterordnung des Klägers unter den Willen des Leiters des Orchesters S. hat die Beklagte keine zulässigen Revisionsrügen erhoben, so daß der Senat hieran gebunden ist (§ 163 SGG). Sie hat das auch nicht getan mit der Behauptung, die Aussage der Zeugin S. deute auf eine weitgehend selbständige Tätigkeit des Klägers hin. Mit dieser Behauptung macht die Beklagte insbesondere nicht geltend, das LSG habe die Grenzen der freien Beweiswürdigung überschritten; sie nimmt lediglich eine von der des LSG abweichende Beweiswürdigung vor. Das LSG hat die Aussage der Zeugin, der Leiter des Orchesters S. bringe die Tips und die Ideen mit, die dann vom Kläger für die weitere Tätigkeit des Orchesters verwendet würden, ohne Verstoß gegen einen Erfahrungssatz dahingehend gewertet, daß der Leiter des Orchesters keine Einzelanordnungen mehr gibt, sondern den Weg und das Ziel in groben Umrissen skizziert. Das LSG hat ausdrücklich festgestellt, die Unterordnung des Klägers werde durch das Fehlen von Einzelanordnungen nicht aufgehoben. Die Einzelanordnungen würden durch das in jahrelanger Zusammenarbeit gewonnene Vertrauensverhältnis ersetzt. Zur völligen Integration in den Willen des Künstlers im dargestellten Sinn gehört nicht die Abhängigkeit von Einzelweisungen in jedem Detail. Auch der Arbeitgeber ist keineswegs ständig präsent, sondern erteilt meist nur mehr oder minder allgemeine Weisungen.



Die Revision des Klägers ist im Sinn der Zurückverweisung der Sache an das LSG zu neuer Verhandlung und Entscheidung begründet. Anhand der tatsächlichen Feststellungen des LSG kann der Senat nicht abschließend entscheiden, ob die angefochtenen Bescheide rechtmäßig sind, soweit die Beklagte damit den Antrag des Klägers auf Erteilung der Erlaubnis zur Arbeitsvermittlung von Orchestern und Künstlern abgelehnt hat.

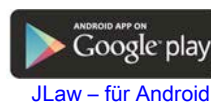
Die Klage gegen die angefochtenen Bescheide ist insoweit zulässig, da der Kläger behauptet, durch die Ablehnung des Verwaltungsaktes beschwert zu sein (§ 54 Abs 1 Satz 2 SGG). Beschwer setzt voraus, daß der Kläger geltend macht, in seinen Rechten verletzt zu sein. Dazu ist kein subjektiv-öffentliches Recht erforderlich, sondern es genügt die Behauptung, daß der Verwaltungsakt die Rechtssphäre, die rechtlich geschützten Interessen, des Klägers berührt (vgl. Miesbach/Ankenbrank/Hennig/Danckwerts, Kommentar zum SGG, § 54 Bem 15). Geschützt sind allerdings nicht sogenannte Reflexrechte, beruhend auf Normen, die ausschließlich dem öffentlichen Interesse dienen wollen und lediglich rein tatsächlich in der Nebenwirkung auch dem Individualinteresse zugute kommen, so daß die Norm in ihrer Zwecksetzung diese Nebenwirkung mit umfaßt. Um eine Rechtsbeeinträchtigung handelt es sich aber, wenn die Norm neben dem Allgemeininteresse auch dem Individualinteresse dienen will (Peters/Sautter/Wolff, Kommentar zum SGG I 185/10; Eyermann-Fröhler, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung 7. Aufl § 42 RdNr 96; BVerwGE 39, 235, 237 mwN).

Die Ablehnung des Antrages auf Erteilung des Auftrags zur Arbeitsvermittlung berührt rechtlich geschützte Interessen des Klägers. Allerdings dient die Erteilung des Auftrages in erster Linie dem Allgemeininteresse. Die Vorschrift des § 23 Abs 1 AFG räumt dem einzelnen Bürger keinen Rechtsanspruch auf eine solche Erlaubnis ein. Nach § 23 Abs 1 AFG kann die BA in Ausnahmefällen nach Anhörung der beteiligten Verbände der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer auf Antrag Einrichtungen oder Personen mit der Arbeitsvermittlung für einzelne Berufe



oder Personengruppen beauftragen, wenn es für die Durchführung der Arbeitsvermittlung zweckmäßig ist und der Antragsteller die Gewähr für ordnungsgemäße Ausführung des Auftrages bietet. Die Vorschrift stellt die Erteilung des Auftrages in das Ermessen der BA. Ein Recht des Bürgers, den Beruf des Arbeitsvermittlers zu wählen, hat die Bestimmung des § 4 AFG aus den Gründen, die das Vermittlungsmonopol der BA verfassungsrechtlich rechtfertigen, ausgeschlossen. Die Erteilung des Auftrages an private Vermittler in Ausnahmefällen gemäß § 23 Abs 1 AFG stellt ein Instrument der BA zur Bewältigung ihrer Aufgabe der Arbeitsvermittlung dar, wo sie allein die Aufgabe nicht optimal lösen kann. Demgemäß ist die Erteilung des Auftrages an private Vermittler nicht an einem Recht des einzelnen, sondern an der der BA gestellten Aufgabe zu messen (BSG SozR 4100 § 23 Nr 1). Die Vorschrift des § 23 Abs 1 AFG läßt die Interessen des einzelnen Bürgers aber doch nicht völlig unbeachtet. Neben den Belangen der Allgemeinheit will sie auch den privaten Interessen dienen. Das kommt vor allem darin zum Ausdruck, daß der Auftrag nach § 23 Abs 1 AFG auf Antrag erteilt wird. Der einzelne hat also jedenfalls ein Antragsrecht, so daß die BA ihm gegenüber eine Entscheidung treffen muß. Es kann dahingestellt bleiben, ob sich aus der Ablehnung eines gesetzlich geregelten Antrags allein schon die Beschwer iSd § 54 SGG ergibt. Zumindest ist das Antragsrecht ein wesentlicher Hinweis darauf, daß es in der Vorschrift des § 23 Abs 1 AFG auch um die Interessen des einzelnen geht. Dies muß um so mehr gelten, als sich die Auftragserteilung dahin auswirkt, daß der private Vermittler darauf mehr oder minder seine Existenz aufbaut.

Der Kläger hat schließlich, wie es zur Begründung der Beschwer weiter erforderlich ist, die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes schlüssig behauptet. Er hat dargelegt, die Beklagte sei bei der Ausübung ihres Ermessens von einem falschen oder unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen, tatsächlich reiche das Vermittlungsangebot der BA einschließlich der von ihr beauftragten



Vermittler zur angemessenen Vorsorge für die Arbeitsvermittlung von Kapellen nicht aus. Daraus ergibt sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit wegen Fehlgebrauchs des Ermessens (§ 54 Abs 2 Satz 2 SGG).

In der Sache kann der Senat anhand der Feststellungen des LSG nicht abschließend entscheiden, ob die angefochtenen Bescheide rechtmäßig sind.

Die Beklagte entscheidet über die Erteilung des Auftrages zur Arbeitsvermittlung, wie dargelegt, nach ihrem Ermessen. In ihr Ermessen ist auch gestellt, ob die Erteilung des Auftrages zweckmäßig ist (BSG SozR 4100 § 23 Nr 1). Der Verwaltungsrat der BA hat zu § 23 Abs 1 AFG in der Anordnung über die Arbeitsvermittlung im Auftrag der BA (AViA-Anordnung) vom 18. Mai 1978 (ANBA 839) bestimmt, Aufträge könnten erteilt werden, wenn für die Arbeitsvermittlung bestimmter Berufe und Personengruppen nicht angemessen vorgesorgt ist. An einer angemessenen Vorsorge fehle es, wenn die vorhandenen Vermittlungseinrichtungen nicht ausreichen oder besonderen zu berücksichtigenden Bedürfnissen bestimmter Arbeitnehmer oder Arbeitgeber nicht entsprächen. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Vorschrift der AViA-Anordnung der gesetzlichen Ermächtigung des § 23 Abs 3 AFG entspricht. Jedenfalls hat die Beklagte im angefochtenen Bescheid vom 7. August 1974 selbst die Erteilung des Auftrages mit der Begründung abgelehnt, daß für die Kapellenvermittlung durch die Vermittlungseinrichtungen der Beklagten und die beauftragten Vermittler angemessen vorgesorgt sei. Es ist nicht zu beanstanden, wenn sie den Begriff der Zweckmäßigkeit in diesem Sinne ausgelegt hat.

Das LSG hat allerdings festgestellt, daß die Vermittlung des hier in Betracht kommenden Personenkreises durch die Dienststellen der BA und die bereits zugelassenen privaten Vermittler ausreiche. Indessen hat der Kläger insoweit zutreffend die unzureichende Aufklärung des Sachverhalts gerügt (§ 103 SGG).



Das LSG stützt sich insoweit auf das von der Beklagten vorgelegte Zahlenmaterial. Indessen hätte es, wie der Kläger mit Recht rügt, seiner spezifizierten Behauptung nachgehen müssen, nach der sich aus diesem Material der Sachverhalt nicht vollständig ergibt. Mit Recht stellt das LSG allerdings darauf ab, ob der Bedarf an Vermittlungseinrichtungen, nicht der Bedarf an Engagements der Kapellen, gedeckt ist. Es ist für die Zweckmäßigkeit der Auftragserteilung unerheblich, ob die bestehenden Kapellen mehr Engagements annehmen könnten. Entscheidend ist lediglich, ob das Angebot an Vermittlungseinrichtungen ausreicht, ob also jede Kapelle und jeder Veranstalter ihren sachgerechten Bedürfnissen entsprechend einen Vermittler finden kann, der sich ausreichend um die gewünschten Engagements bemüht. Die Vermittlung durch die Künstlerdienste der BA und die lizenzierten privaten Vermittler reicht aus, wenn bisher und voraussichtlich auch in Zukunft die eingehenden Vermittlungsaufträge zügig befriedigt werden können (Gagel/Jülicher, Kommentar zum AFG, § 23 Anm 4). Zur Befriedigung gehört nicht nur die zügige, sondern auch die qualitativ angemessene, sachgerechte Tätigkeit. Der Kläger hatte vor dem LSG unter Beweisantritt behauptet, die im Bezirk des Landesarbeitsamtes Südbayern ansässigen Kapellen könnten die gewünschten zusätzlichen Engagements von den Künstlerdiensten und den bereits beauftragten Privatvermittlern nicht bekommen, weil jene anderweitig ausgelastet seien. Neun von zehn Bewerbern gingen leer aus, und dies wegen Arbeitsüberlastung der Künstlerdienste. Die dafür genannten Zeugen hat das LSG ohne hinreichende Begründung nicht vernommen.

Insbesondere handelt es sich bei der Behauptung, für die der Kläger die Zeugen benannt hat, nicht um eine Schlußfolgerung im Sinn eines Erfahrungssatzes, den man aufgrund seiner Erfahrung aus einer Reihe von Tatsachen zieht (Baumbach, Kommentar zur Zivilprozeßordnung -ZPO- 37. Auflage, Einführung 4 D vor § 284). Für solche Schlußfolgerungen wäre der Beweis durch Gutachten anzutreten. Der Kläger hat aber die Zeugen nicht für Schlußfolge-



rungen, sondern für Tatsachen iSd § 118 SGG iVm § 373 ZPO benannt. Allerdings hat er nicht alle einzelnen Tatsachen angegeben, zu denen die Zeugen vernommen werden sollen, sondern nur das Ergebnis behauptet, nämlich daß die Kapellen die Zahl der gewünschten Engagements nicht bekommen. Durch die angegebene Begründung (weil die Künstlerdienste und lizenzierten Vermittler überlastet seien) wird aber klar, wozu die Zeugen vernommen werden sollen. Sie sollen aussagen, daß die Künstlerdienste und die lizenzierten Vermittler entweder Vermittlungsaufträge von vornherein wegen ihrer Überlastung nicht annehmen oder daß sie sie aus dem gleichen Grund nicht sachgerecht ausführen.

Das LSG führt aus, der Kläger berücksichtige nicht, daß sich zahlreiche Künstler selbst vermittelten, daß die Vermittlung von renommierten Kapellen nicht unter das Vermittlungsmonopol der Beklagten falle und daß die Vermittlungsmöglichkeiten stets durch den Bedarf der Veranstalter begrenzt sei. Gegenüber der Behauptung des Klägers, die Künstlerdienste und die lizenzierten privaten Vermittler könnten den Bedarf an Vermittlungsbemühungen wegen Arbeitsüberlastung nicht decken, greifen diese Erwägungen des LSG nicht durch. Die Vernehmung des Zeugen R I hält das LSG nicht für erforderlich, weil dieser bekannte Orchesterleiter nicht auf die Vermittlungstätigkeit von Behörden und anderen lizenzierten Vermittlern angewiesen sei. Der Kläger hatte indessen den Zeugen benannt für die Behauptung, der Bedarf an Vermittlungstätigkeit werde wegen Arbeitsüberlastung der Künstlerdienste und der lizenzierten Vermittler nicht gedeckt. Diese Behauptung hat das LSG entweder übersehen oder es hat in unzulässiger Weise unterstellt, der Zeuge könne dazu nichts aussagen. Dasselbe gilt für die vom Kläger benannten Zeugen R.H., F.C., J.T. und J.W. Es ist zwar richtig, daß die fehlende Vermittlungsmöglichkeit für die weniger renommierten Kapellen dieser Zeugen auf fehlendem Bedarf der Veranstalter beruhen kann. Dazu hätten aber die Zeugen gerade vernommen werden sollen und müssen. Das LSG hat schließlich den Zeugen H. vom Landesarbeitsamt Südbayern nicht vernommen. Es führt aus, der Zeuge solle nach den Schriftsätzen des Klägers an das SG

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



bekunden, daß die Beklagte ihre Vermittlungstätigkeit ausweite, weil sie diese als unzulänglich ansehe; nach dem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vor dem LSG solle er bekunden, daß die Beklagte ihre Vermittlungstätigkeit nicht mehr ausweite; diese Behauptungen könnten als wahr unterstellt werden, ohne daß sich die Rechtslage ändere. Dabei übersieht das LSG indessen, daß auch der Zeuge H. zu der Behauptung des ungedeckten Bedarfs wegen Arbeitsüberlastung der Künstlerdienste benannt worden ist.

Das LSG wird aus allen diesen Gründen Beweise darüber erheben müssen, ob die Beklagte in der Vergangenheit und voraussichtlich auch in der Zukunft die eingehenden Vermittlungsaufträge sachgerecht erledigen konnte und kann. Dabei sind auch die Einwendungen des Klägers hinsichtlich der Auswertung der Künstlerenquête zu beachten. Erheblich ist ferner die Behauptung des Klägers, die Beklagte habe mehrere Kapellenvermittler neu zugelassen. Diese Zulassung würde zumindest für die Vergangenheit der Begründung des Bescheides widersprechen, daß für die Kapellenvermittlung ausreichend vorgesorgt sei.



Wenn sich aus den Ermittlungen ergibt, daß die Künstlerdienste und die bereits beauftragten privaten Vermittler für die Arbeitsvermittlung der Kapellen nicht angemessen vorsorgen, kann das LSG die Beklagte nur unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide zum Erlaß eines neuen Bescheides unter Beachtung der Rechtsmeinung des Gerichts verurteilen. Es wird über die Kosten des Revisionsverfahrens mit zu entscheiden haben.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)