

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
11. Mai 1999

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: B 11 AL 45/98 R

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom
11. Mai 1999 durch den Vorsitzenden Richter **S a t t l e r**, die Richter **L ü d t k e**
und **V o e l z k e** sowie die ehrenamtlichen Richter **G u m p r i c h** und **G e h r k e n**
für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom
29. Januar 1998 wird zurückgewiesen.

Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

I

Die Klägerin verlangt von der beklagten Bundesanstalt für Arbeit (BA), die "Vermittlung von Künstlern in konzertmäßige Auftritte" zu unterlassen.

Die Klägerin betreibt ua die Vermittlung von Künstlern in "konzertmäßige Auftritte". Darunter versteht sie Auftritte, bei denen der Künstler sein Programm "eigenbestimmt disponiert" und als "fertiges Produkt" - ohne Probenverpflichtung gegenüber dem Auftraggeber - anbietet und präsentiert. Sie ist der Ansicht, bei diesen Auftritten handele es sich nicht um unselbständige Beschäftigungen, sondern um selbständige Tätigkeiten.

Die BA unterhält als "Künstlerdienste" bezeichnete Fachvermittlungsstellen, in denen Bewerber und Auftraggeber aus den Bereichen Musiker und Kapellen, Show- und Unterhaltungskünstler sowie Orchestermusiker, aber auch Fotomodelle, Mannequins, Filmkleindarsteller und Komparsen vermittelt und beraten werden. Die Künstlerdienste unterstehen der unmittelbaren Fachaufsicht der Landesarbeitsämter.

Durch die Vermittlungstätigkeit der Künstlerdienste sieht sich die Klägerin in ihrem Recht auf freie Berufsausübung (Art 12 Grundgesetz <GG>) verletzt. Bei "konzertmäßigen Auftritten" - namentlich in Diskotheken - handele es sich um Vermittlung in selbständige Tätigkeit, die nicht in den Aufgabenbereich der BA zur Arbeitsvermittlung, dh zur Vermittlung von Arbeitnehmern in nicht selbständige Beschäftigung falle. Ein Künstlerdienst der BA räume auch selbst ein, "konzertmäßige Auftritte" in Diskotheken seien nicht als Arbeitsverhältnis denkbar.

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage mit Urteil vom 22. Juni 1994 abgewiesen. In den Gründen hat sich das SG auf das Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 20. Februar 1991 - 11 RAr 5/90 - (SozR 3-4100 § 3 Nr 1) bezogen und ausgeführt, der Klagantrag sei hinreichend bestimmt, aber nicht begründet. Die Vermittlungstätigkeit der Künstlerdienste sei durch die Aufgabe der BA, Arbeitslosigkeit zu verhindern oder zu beseitigen, gedeckt. Der Aufgabenbereich der BA werde erst verlassen, wenn die Vermittlung sich allein auf selbständige Tätigkeiten erstrecke. Da die Unterscheidung von unselbständiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit durch Abwägung der Umstände im Einzelfall vorzunehmen sei, sei es hinzunehmen, daß die Künstlerdienste auch Vermittlungen in selbständige Auftritte vornähmen. Es gäbe jedoch keine Anhaltspunkte dafür, daß die Künstlerdienste von vornherein ausschließlich auf die Vermittlung selbständiger Tätigkeiten ausgerichtet seien. Vielmehr sei denkbar, daß auch "konzertmäßige Auftritte" von Künstlern in Diskotheken im Rahmen von Arbeitsverhältnissen stattfänden, weil Auftritte jeweils



im Rahmen eines bestimmten, möglicherweise auch kurzfristig geänderten Programmablaufs oder einer vorgegebenen technischen Organisation stattfinden sollten.

Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung der Klägerin mit Urteil vom 29. Januar 1998 zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Zur Begründung hat es auf das Urteil des SG Bezug genommen und darauf hingewiesen, die Klage werde durch das Inkrafttreten des Sozialgesetzbuchs - Arbeitsförderung (SGB III) nicht gegenstandslos. Die Aufgabenstellung der BA sei auch nach dem SGB III unverändert. Insbesondere sähe § 57 SGB III Leistungen zur Förderung der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit vor. Die Arbeitsvermittlung der Künstlerdienste könne marktgerecht nicht erfolgen, wenn jedes Vermittlungsangebot eine rechtliche Prüfung voraussetze, ob ein Arbeitsverhältnis beabsichtigt sei oder nicht. Bei einer solchen Beschränkung der Vermittlungstätigkeit ginge der erforderliche Überblick über den einschlägigen Arbeitsmarkt verloren. Vielmehr dürften die Künstlerdienste in Kauf nehmen, daß die vermittelte Tätigkeit im Einzelfall nicht in einem Arbeitsverhältnis, sondern in einem selbständigen Dienstverhältnis ausgeübt werde. Dieser Rahmen werde nur überschritten, wenn die Künstlerdienste von vornherein auf die Vermittlung selbständiger Tätigkeiten ausgerichtet seien. Die Zahl der Vermittlungen in selbständige Auftritte lasse einen Schluß auf eine solche Ausrichtung nicht zu. Die Vermittlungstätigkeit der Künstlerdienste nehme zwar die Vermittlung in selbständige Tätigkeiten in Kauf, eine Ausrichtung der Vermittlung hierauf lasse sich jedoch nicht feststellen. Die Äußerung eines Künstlerdienstes sei wegen ihrer Singularität nicht als Beleg für eine Ausrichtung der Vermittlungstätigkeit von Künstlerdiensten geeignet. Es sei auch nicht sicher, daß dieser von zutreffenden Abgrenzungskriterien ausgegangen sei. Mitarbeiter der Künstlerdienste zur Vermittlungspraxis zu befragen, bestehe kein Anlaß. Zu Beweiserhebungen "ins Blaue hinein" halte sich das LSG nicht für befugt oder verpflichtet.

Mit der Revision rügt die Klägerin eine Verletzung der §§ 1 und 2, 3 Abs 2 Nr 2, 13 Abs 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG), §§ 1, 3, 35, 36 Abs 4 Satz 2 SGB III, § 103 Sozialgerichtsgesetz (SGG) und Art 20 Abs 3 GG.

Sie vertritt die Ansicht, die BA vermittele zumindest die Berufsklasse Musiker (Instrumentalsolisten, Tanz- und Unterhaltungsmusiker, Rock- und Popmusiker, Gesangsinterpreten usw) sowie die Berufsklassen Solotänzer, Diskjockey, Vortragskünstler, darstellende Künstler und Artisten "prägend" und damit rechtlich unzulässig in selbständige Dienstverhältnisse. Nach der Rechtsprechung des BSG dürfe die Vermittlung der Künstlerdienste nicht "von vornherein ausschließlich auf die Vermittlung selbständiger Tätigkeiten" ausgerichtet sein. Das LSG habe sich den Begriff "prägend" des BSG zu eigen gemacht, dabei aber den wesentlichen Kerngehalt der Entscheidung des BSG mißachtet. Nach der Rechtsprechung des BSG komme es nicht nur darauf an, ob die Vermittlungstätigkeit der Künstlerdienste von vornherein (institutionell) auf eine Vermittlung in



selbständige Dienstverhältnisse angelegt sei, sondern auch darauf, ob sie tatsächlich überwiegend auf selbständige Dienstverhältnisse gerichtet sei. Diese Rechtsansicht habe mittlerweile ihren gesetzlichen Niederschlag in § 36 Abs 4 Satz 2 SGB III gefunden, der allein rechtsstaatlichen Grundsätzen entspreche. Die enge Auslegung des LSG begünstige eine dem gesetzlichen Auftrag der BA nicht entsprechende Vermittlungstätigkeit der Künstlerdienste, die nahezu ausschließlich in selbständige Dienstverhältnisse vermitteln. Die Rechtsansicht des LSG verstoße gegen das Rechtsstaatsprinzip.

Nach § 36 Abs 4 Satz 2 SGB III dürfe die BA unständig Beschäftigte nur vermitteln, wenn bei ihnen der Anteil selbständiger Tätigkeiten nicht überwiege. Danach sei die Vermittlung von "Musikern im Tagesgeschäft" unzulässig, zumal das BSG entschieden habe, daß es sich bei dieser Berufsgruppe in keinem Fall um Arbeitnehmer handle (BSG AP Nr 5 zu § 611 BGB "Abhängigkeit"; Urteil vom 29. November 1990 - 7 RAr 140/89 -). Mit der Vorschrift des § 36 Abs 4 Satz 2 SGB III bestätige der Gesetzgeber, daß die tatsächlichen Verhältnisse für den Umfang der Vermittlungstätigkeit der Künstlerdienste maßgebend seien. Da Musiker im Tagesgeschäft selbständig tätig seien, sei erkennbar, daß die BA Vermittlungen kurzfristiger Beschäftigungen ablehnen müsse. Nach dem in den Vorinstanzen vorgelegten Zahlenmaterial könne als erwiesen gelten, daß die Beklagte "prägend" und "erkennbar überwiegend" in selbständige Dienstverhältnisse vermittle.

Den Amtsermittlungsgrundsatz des § 103 SGG habe das LSG verletzt, weil es das in den Vorinstanzen vorgelegte Zahlenmaterial seiner Entscheidung nicht zugrunde gelegt habe und auch die benannten Zeugen über die Vermittlungstätigkeit der Künstlerdienste nicht gehört habe. Bei entsprechender Sachaufklärung hätte das LSG mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt, daß die Künstlerdienste ausschließlich und damit "prägend" und "erkennbar überwiegend" in selbständige Dienstverhältnisse vermitteln.

Die Klägerin beantragt,

die Urteile des Landessozialgerichts Hamburg vom 29. Januar 1998 und des Sozialgerichts Hamburg vom 22. Juni 1994 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, die Vermittlung von Künstlern in konzertmäßige Auftritte zu unterlassen,

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, die Vermittlung von Künstlern in konzertmäßige Auftritte in Diskotheken zu unterlassen,

äußerst hilfsweise,

festzustellen, daß die Vermittlungstätigkeit der Künstlerdienste rechtswidrig ist.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.



Sie hält das Urteil des LSG für zutreffend. Fraglich sei schon, ob die Klägerin in eigenen Rechten betroffen sei, falls die BA ihren Vermittlungsauftrag überschreite. Das sei indes nicht der Fall. Insbesondere widerspreche das LSG nicht Rechtssätzen in dem von der Revision herangezogenen Urteil des BSG. Eine "Prägung" der Vermittlung in selbständige Tätigkeiten sei nicht schon dann gegeben, wenn eine solche Vermittlung statistisch überwiegen sollte. Ein solches Verständnis werde der Aufgabe der BA, für einen hohen Beschäftigungsstand zu sorgen und Arbeitslosigkeit zu vermeiden, nicht gerecht. Für die Vermittlung in selbständige Tätigkeiten bestehe eine Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs. Im übrigen spreche gegen die Rechtsansicht der Revision, daß die Abgrenzung von unselbständiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit jeweils nach den Umständen des Einzelfalls vorzunehmen sei. Etwas anderes lasse sich auch nicht aus § 36 Abs 4 Satz 2 SGB III herleiten. Aus der Gesetzesbegründung ergebe sich vielmehr, daß die BA gerade nicht verpflichtet sein solle, bei unständig Beschäftigten zu prüfen, aufgrund welchen Rechtsverhältnisses diese eine Tätigkeit erbrächten. Solange die BA nicht erkennen könne, daß die Vermittlung nicht in eine unselbständige Beschäftigung erfolge, sei sie an einer Vermittlung von Arbeitssuchenden nicht gehindert. Ein Verstoß gegen § 103 SGG liege nicht vor. Für die Inanspruchnahme einer Vermittlungskompetenz in selbständige Dienstleistungen beständen keine Anhaltspunkte.

II

Die Revision der Klägerin ist zulässig, sachlich aber nicht begründet.

1. Im Hinblick auf die zivilgerichtliche Rechtsprechung zum sog "hybriden Verwaltungshandeln" (Ehlers in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung - Kommentar, § 40 RdNr 286 ff) denkbare Zweifel an der Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit (§ 51 Abs 1 SGG) können auf sich beruhen. Als Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache befindet, prüft das BSG nicht, ob der beschrittene Rechtsweg eröffnet ist (§ 17a Abs 5 Gerichtsverfassungsgesetz).

2. Die Unterlassungsklage ist zulässig.

2.1 Bedenken bestehen allerdings hinsichtlich der Bestimmtheit des Unterlassungsantrags, den die Klageschrift nach § 92 Satz 1 SGG enthalten soll. Ausdrücklich beantragt die Klägerin die beklagte BA zu verurteilen, "die Vermittlung von Künstlern in konzertmäßige Auftritte zu unterlassen", hilfsweise, "die Vermittlung von Künstlern in konzertmäßige Auftritte in Diskotheken zu unterlassen". Dem Klagevorbringen nach versteht die Klägerin unter "konzertmäßigen Auftritten" nicht nur Auftritte von Musikern oder Sängern, sondern auch von sonstigen Unterhaltungskünstlern (Conférenciers, Komikern, Diskjockeys). Erreichen möchte sie, daß die Künstlerdienste der BA die Vermittlung der genannten Be-



rufgruppen im sog Tagesgeschäft unterlassen. Ihrem Vorbringen nach will sie aber nicht die Unterlassung der Vermittlung von Künstlern durch die Künstlerdienste der BA generell erreichen, sondern nur in Engagements, die die Merkmale einer selbständigen Tätigkeit aufweisen. Sie meint diese Voraussetzung sei insbesondere bei Auftritten gegeben, bei denen Künstler mit einem fertigen Programm (ohne Probeverpflichtung) weisungsfrei gegenüber dem Veranstalter und ohne Eingliederung in den Betrieb auftraten. Bei antragsgemäßer Verurteilung wäre deshalb zweifelhaft, inwieweit die Künstlerdienste ihre Vermittlungstätigkeit aufgrund eines Urteils einzuschränken hätten. Die BA könnte dem gerichtlichen Anspruch nicht entnehmen, welche Vermittlungshandlungen sie zu unterlassen hat. Vielmehr müßte sie durch rechtliche Konkretisierung ermitteln, ob der Auftritt nach den Umständen des Einzelfalls "selbständig" oder "abhängig" erfolgen soll. Wegen der unerläßlichen Abwägung verschiedener Abgrenzungsmerkmale (dazu zusammenfassend: BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 13 mwN) wäre das Verhalten der Künstlerdienste nicht durch das Unterlassungsurteil vorbestimmt, sondern von einer Wertungsentscheidung der Beklagten abhängig. Der Klageantrag grenzt die zu unterlassenden Handlungen nicht durch bestimmte objektive Merkmale, sondern durch in ihrer Tragweite zu bestimmende Rechtsbegriffe ab. Die BA liefere als Verpflichtete überdies Gefahr, im Wege der Vollstreckung nach § 198 Abs 1 SGG, § 890 Abs 1 Zivilprozeßordnung vom Prozeßgericht des ersten Rechtszuges als Vollstreckungsorgan zu weitergehenden Unterlassungen angehalten zu werden als nach dem Erkenntnisverfahren geboten. Zwar ist die Tragweite des Entscheidungssatzes nach Maßgabe der Entscheidungsgründe zu verstehen. Danach soll als "konzertmäßiger Auftritt" ein fertiges Programm anzusehen sein, das dem Veranstalter ohne Probenverpflichtung angeboten wird. Auch ist dem Vorbringen noch mit hinreichender Klarheit zu entnehmen, daß die Unterlassung der Vermittlungstätigkeit von Künstlerdiensten der BA das gesamte Tagesgeschäft von Unterhaltungskünstlern umfassen soll. Die Beschränkung des Unterlassungsanspruchs auf die Vermittlung in "konzertmäßige Auftritte" (selbständige Tätigkeiten) nötigt jedoch auch dem Vollstreckungsorgan eine eigenständige Abgrenzung von selbständigen und unselbständigen Auftritten ab, die allein Aufgabe des Erkenntnisverfahrens ist. Gerade bei der Unterlassungsklage ist wegen ihres Ziels, der Beklagten ein bestimmtes Verhalten zu verbieten, und wegen der nicht von der Hand zu weisenden Möglichkeit einer Vollstreckung trotz der Fassung des § 92 Satz 1 SGG von dem Erfordernis eines bestimmten Antrags auszugehen. Dem ist nicht genügt, wenn die zu unterlassenden Handlungen nicht bestimmt bezeichnet, sondern nur durch die Verwendung konkretisierungsbedürftiger Begriffe bestimmbar sind.

Die Bedenken gegenüber der Bestimmtheit des Klagantrags sind für die Entscheidung dieses Rechtsstreits jedoch aus Gründen des Vertrauensschutzes zurückzustellen. Der Senat ist nämlich in dem von den Vorinstanzen und beiden Verfahrensbeteiligten in Bezug genommenen Urteil vom 20. Februar 1991 - 11 RAr 5/90 - (SozR 3-4100 § 3 Nr 1) davon ausgegangen, der in jenem Verfahren ebenfalls im Klagantrag enthaltene Begriff



"konzertmäßiger Auftritt" sei hinreichend bestimmt. Die Klägerin hat daran angeknüpft und bis zum Revisionsrechtszug keinen Anlaß gehabt, die Bestimmtheit ihres Klageantrags zu bedenken.

2.2 Die Klägerin ist auch klagebefugt. Zwar ist in der Rechtsprechung des BSG nicht abschließend geklärt, ob die für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen nach § 54 Abs 2 Satz 1 SGG erforderliche Klagebefugnis auch für allgemeine Leistungs- und damit Unterlassungsklagen zu fordern ist (vgl BSGE 43, 134, 141 = SozR 4100 § 34 Nr 6 mwN). Aus § 54 Abs 5 SGG ergibt sich jedoch, daß die Leistungsklage "die Verurteilung zu einer Leistung, auf die ein Rechtsanspruch besteht" zum Ziel hat. Auch mit der Unterlassungsklage läßt sich nicht ein allgemeiner Anspruch auf Vollziehung des objektiven Rechts verfolgen, vielmehr setzt die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes auch hier voraus, daß die Rechtsordnung gerade dem Kläger - sei es durch einfaches Recht, sei es durch Grundrechte - eine subjektive Rechtsposition verliehen hat, diese gerichtlich geltend zu machen (BVerfGE 78, 214, 226; 83, 182, 185; BSGE 43, 134, 141 = SozR 4100 § 34 Nr 6; BVerwGE 39, 329, 336; 96, 302, 305 mwN; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee - Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung 1998, 69; P.-M. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, 316 ff). Die Ablehnung eines allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruchs und die Beschränkung gerichtlichen Rechtsschutzes auf die Abwehr von Verletzungen subjektiver Rechte entspricht einem "Strukturprinzip des öffentlichen Rechts" (Wahl in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung - Kommentar, Vorb § 42 Abs 2 RdNr 70, 115). Läßt sich dem anzuwendenden Recht eine Grundlage für den geltend gemachten Anspruch nicht unmittelbar entnehmen, ist im Wege der Auslegung des einfachen Rechts unter Berücksichtigung des Schutzbereichs von Grundrechten zu ermitteln, ob die einschlägigen gesetzlichen Regelungen nicht nur eine objektive Ordnung aufstellen, sondern auch dazu dienen, dem Kläger ein subjektives Recht zur Wahrung seiner Interessen einzuräumen (sog Schutznormlehre: BVerfGE 83, 182, 194 f; BVerwGE 78, 40, 42 f; Schmidt-Aßmann aaO 70 mwN; P.-M. Huber aaO 316 ff). Die Forderung einer Betroffenheit in eigenen Rechten als Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage dient der Abwehr von Popularklagen (statt vieler: BSGE 43, 134, 141 = SozR 4100 § 34 Nr 6 mwN). Das tatsächliche Bestehen des geltend gemachten Rechts ist dagegen eine Frage der materiellen Begründetheit der Klage. Die Klagebefugnis fehlt nur dann, wenn dem Kläger das geltend gemachte Recht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zustehen kann, die Möglichkeit einer Verletzung seiner subjektiven Rechte nicht möglich erscheint (sog Möglichkeitstheorie: BSGE 43, 134, 141 = SozR 4100 § 34 Nr 6; BSG Urteil vom 11. Mai 1999 - B 11 AL 69/98 R - zur Veröffentlichung vorgesehen; BVerwGE 96, 302, 305; Wahl in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung - Kommentar, Vorb § 42 Abs 2 RdNr 117; Eyermann/Happ, Verwaltungsgerichtsordnung - Kommentar, 10. Aufl 1998, § 42 RdNr 93 mit Hinweis auf den systematischen Zusammenhang mit § 113 VwGO).



Die Klägerin macht geltend, die Künstlerdienste der BA überschritten mit der Vermittlung von Künstlern in "konzertmäßige Auftritte" den gesetzlichen Auftrag der BA zur Arbeitsvermittlung. Diese sei auf abhängige Beschäftigungen beschränkt, während "konzertmäßige Auftritte" von Künstlern durch ihre Selbstständigkeit gekennzeichnet seien. Die BA erfüllt mit der Arbeitsvermittlung weiterhin eine öffentliche Aufgabe im Rahmen der beschäftigungspolitischen Zielsetzungen der Bundesregierung (§§ 1 Abs 2, 4 Abs 1, 35 Abs 1 SGB III). Allerdings ist das frühere Alleinvermittlungsrecht der BA (§ 4 AFG aF) einem Nebeneinander von öffentlicher Arbeitsvermittlung durch die BA und gewerbsmäßiger Arbeitsvermittlung aufgrund entsprechender Erlaubnis (§§ 291 ff SGB III) gewichen. Mit der Neufassung des § 23 AFG durch das Erste Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21. Dezember 1993 (BGBl I 2353) wurde diese Rechtsentwicklung eingeleitet und mit der Neufassung der §§ 4 und 29 Abs 4 AFG durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 1994 vom 26. Juli 1994 (BGBl I 1786) fortgesetzt. Der Gesetzgeber hat damit der Erwartung Raum gegeben, "daß gewerbsmäßige Arbeitsvermittler zu einer Entlastung des Arbeitsmarktes beitragen könnten" (vgl BT-Drucks 12/5502 S 24). Auf die Vermittlung in Tätigkeiten, die nicht in abhängigen Beschäftigungen erbracht werden, erstreckte sich das frühere Alleinvermittlungsrecht der BA nicht (BSG USK 1974, 585; Urteil vom 29. November 1990 - 7 RAr 140/89 -). Mit der Vermittlung solcher Erwerbsmöglichkeiten für Künstler nimmt die Klägerin ihre Berufsfreiheit der Berufsausübung (Art 12 Abs 1 GG) wahr. Macht sie geltend, die BA überschreite mit der Vermittlung von Künstlern in "konzertmäßige Auftritte" gesetzliche Grenzen ihrer Aufgabe zur Arbeitsvermittlung, so behauptet sie nicht nur die Verletzung objektiven Rechts, sondern zeigt jedenfalls die Möglichkeit auf, in ihrer subjektiven Rechtsstellung verletzt zu sein. Wegen der Konkurrenzlage von öffentlicher Arbeitsvermittlung und gewerblicher Vermittlung selbständiger Tätigkeiten enthalten die Regelungen über die öffentliche Arbeitsvermittlung (§§ 35 ff SGB III) im Hinblick auf die Berufsfreiheit gewerblicher Vermittler Normen, deren Verletzung geeignet ist, eine Klagebefugnis der Klägerin zu begründen (norminterne Wirkung von Grundrechten: Schmidt-Aßmann aaO 67 ff; Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 1992, 41 ff mwN). Selbst "Zuständigkeits- und Verfahrensregeln" können nicht nur der öffentlichen Ordnung, sondern zugleich dem Schutz Privater dienen (Schmidt-Aßmann aaO 187; weitergehend will Tettinger NJW 1998, 3473 f unabhängig vom Schutzzweck verletzter Normen Rechtsschutz gegen "faktische hoheitliche Einwirkungen" bei Kompetenzüberschreitungen gewähren).

3. Sachlich ist die Revision nicht begründet, denn die Entscheidung des LSG beruht nicht auf einer Gesetzesverletzung.

3.1 Maßstab für die Beurteilung der Rechtslage sind die am 1. Januar 1998 in Kraft getretenen Regelungen des SGB III. Mit der Unterlassungsklage strebt die Klägerin gericht-



liche Handlungsverbote für die künftige Vermittlungstätigkeit der Künstlerdienste der BA an. Die Rechtmäßigkeit künftiger Vermittlungstätigkeit ist daher allein an dem jetzt geltenden Recht des SGB III zu messen. Der Rechtslage nach dem AFG kommt insoweit nur noch Bedeutung zu, als sie im Rahmen historischer Auslegung Anhaltspunkte für das Verständnis des geltenden Rechts bieten kann.

3.2 Mögliche Grundlage für einen Unterlassungsanspruch bei Konkurrenz der öffentlichen Arbeitsvermittlung durch Künstlerdienste der BA und der gewerbsmäßigen Vermittlung der Klägerin in selbständige Tätigkeiten sind §§ 1 Abs 1, 36 Abs 4 SGB III iVm Art 12 Abs 1 GG.

Aus den Vorschriften des SGB III ergibt sich, daß die öffentliche Vermittlungstätigkeit der BA nicht auf den Ausgleich von Arbeitsangebot und Arbeitsnachfrage in Arbeitsverhältnissen beschränkt ist. Die umfassende Aufgabe, Arbeitslosigkeit zu vermeiden (§ 1 Abs 1 SGB III), kann die BA auch durch Vermittlung in selbständige Tätigkeiten (§ 36 Abs 4 SGB III) oder Hilfen zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit (§§ 3 Abs 1 Nr 4, 57 SGB III) erfüllen. Dieser Grundsatz gilt allgemein, nicht nur für die Vermittlung von Künstlern durch Künstlerdienste der BA. Allerdings ist die Aufgabe und damit die Befugnis der BA, Arbeitssuchende auch in selbständige Tätigkeiten zu vermitteln, nicht unbeschränkt.

3.3 Mit § 36 Abs 4 Satz 1 SGB III knüpft der Gesetzgeber an Rechtsprechung des BSG an und stellt ausdrücklich klar, daß die BA auch bei unständig Beschäftigten nicht verpflichtet ist zu prüfen, aufgrund welchen Rechtsverhältnisses diese ihre Tätigkeit erbringen (BT-Drucks 13/4941, S 160). Mit dem Wort "auch" macht die Vorschrift deutlich, daß sie einen allgemeinen Maßstab für die Vermittlungstätigkeit der BA enthält und nicht nur für die Vermittlung von unständig Beschäftigten gilt. Haben die Arbeitsämter nach § 36 Abs 4 Satz 1 SGB III nicht zu prüfen, ob der angestrebte Vertrag ein Arbeitsvertrag ist, ist nunmehr durch Gesetz ausdrücklich klargestellt, daß die Vermittlungstätigkeit der BA nicht auf Arbeitsvermittlung im engeren Sinne beschränkt ist. Der Gesetzgeber geht ebenso wie der Senat in seinem Urteil vom 20. Februar 1991 (BSG SozR 3-4100 § 3 Nr 1) im Gegensatz zu der Ansicht der Klägerin davon aus, daß ein "konzertmäßiger Auftritt" von Künstlern nicht stets als selbständige Tätigkeit zu qualifizieren sei. Aus den von der Revision herangezogenen Urteilen des BSG läßt sich Gegenteiliges nicht entnehmen. Allein das Urteil vom 29. November 1990 - 7 RAR 140/89 - befaßt sich mit der Frage, ob die Vermittlung von Unterhaltungskünstlern in Engagements Arbeitsvermittlung darstelle. Das BSG geht auch dort davon aus, daß die Frage nach den Umständen des Einzelfalles vorzunehmen sei. Allerdings hat der Gesetzgeber die Vermittlungstätigkeit der Künstlerdienste der BA nicht auf eine Vermittlungskompetenz kraft Sachzusammenhangs, soweit sie nicht durch selbständige Tätigkeiten geprägt sei, begrenzt. Vielmehr entlastet die Regelung des § 36 Abs 4 Satz 1 SGB III die Arbeitsämter von der regelmäßig schwierigen



Abwägung von Abgrenzungskriterien zwischen unselbständiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit "nach den Umständen des Einzelfalls". Angesichts der Vielfalt des Arbeitslebens und der Komplexität der Abgrenzungskriterien (vgl dazu zusammenfassend: BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 13 mwN) wird auch bei Künstlern im sog Tagesgeschäft ohne vorherige Prüfung nicht erkennbar sein, ob sie als selbständig Dienstleistende oder als Arbeitnehmer unselbständig aufzutreten beabsichtigen oder auftreten sollen. Eine Beschränkung der Vermittlung in selbständige Tätigkeiten begründet allerdings § 36 Abs 4 Satz 2 SGB III, wenn "erkennbar ein Arbeitsverhältnis nicht begründet werden soll". Auch insoweit ist eine Vermittlungstätigkeit aber nicht gänzlich ausgeschlossen. Vielmehr darf die BA unständig Beschäftigte "nur" vermitteln, wenn bei ihnen der Anteil selbständiger Tätigkeit nicht überwiegt. Es handelt sich um eine Spezialvorschrift für unständig Beschäftigte, die bei Künstlern namentlich für das sog Tagesgeschäft bedeutsam ist. Als unständige Beschäftigungen bezeichnet § 27 Abs 3 Nr 1 SGB III solche, die berufsmäßig ausgeübt und weniger als eine Woche der Natur der Sache nach beschränkt zu sein pflegen oder im voraus durch Arbeitsvertrag beschränkt sind. Die Prüfungsnotwendigkeit erstreckt sich damit nicht auf den konkreten Vermittlungsvorgang bzw die beabsichtigte Tätigkeit, sondern auch darauf, ob der unständig Beschäftigte bisher überwiegend selbständig aufgetreten ist (vgl dazu das in BSG SozR 3-4100 § 3 Nr 1 gebildete Beispiel). Abweichend zu der vom BSG zum AFG entwickelten Rechtsansicht ist es für die Grenzen öffentlicher Arbeitsvermittlung nicht mehr entscheidend, ob sie durch die Vermittlung in selbständige Tätigkeiten geprägt ist (vgl BSG SozR 3-4100 § 3 Nr 1). Diese Rechtsprechung ist durch Inkrafttreten des § 36 Abs 4 SGB III überholt. Da das LSG von jener Rechtsprechung ausgegangen ist, hätte es folgerichtig dem Vorbringen der Klägerin nachgehen und aufklären müssen, ob die behauptete Prägung der Vermittlungstätigkeit der Künstlerdienste tatsächlich vorliegt. Das kann jedoch auf sich beruhen, denn selbst bei einem Verstoß gegen die gerichtliche Sachaufklärungspflicht (§ 103 SGG) stellt sich die Entscheidung des LSG aus anderen Gründen als richtig dar (§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG).

Erfolg kann die Klage schon deshalb nicht haben, weil der Anspruch der Klägerin, Vermittlungstätigkeiten in konzertmäßige Auftritte (selbständige Tätigkeiten) zu unterlassen, in dieser Allgemeinheit keine rechtliche Grundlage hat. Erfolgreich könnte nur ein Unterlassungsantrag sein, der sich auf bestimmte Handlungen beschränkt, die außerhalb der Befugnis der BA liegen, in selbständige Tätigkeiten zu vermitteln. Solches träfe zB für einen Antrag zu, die Vermittlung namentlich benannter Künstler zu unterlassen, weil sie als unständig Beschäftigte überwiegend selbständige Tätigkeiten ausübten. Da der Klageantrag - wie ausgeführt - zu weit gefaßt ist und sich nicht auf das Verbot bestimmter Handlungen bezieht, ist er weder einschränkend auslegbar noch teilweise begründet.

4. Ein Anspruch, die Vermittlung in konzertmäßige Auftritte zu unterlassen, läßt sich auch nicht auf die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) stüt-



zen. Zwar können Gewerbetreibende nach §§ 1, 13 Abs 2 UWG Ansprüche auf Unterlassung gegen Handlungen im geschäftlichen Verkehr, die den Wettbewerb auf demselben Markt wesentlich beeinträchtigen, geltend machen. Die insbesondere aus § 1 UWG entwickelten Handlungsverbote für den Geschäftsverkehr sind jedoch auf das Verhältnis zwischen der öffentlichen Arbeitsvermittlung als Vollzug der öffentlichen Aufgabe, Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu beseitigen, und gewerblicher Vermittlung in selbständige Tätigkeiten nicht übertragbar. Für den Wettbewerb zwischen Krankenkassen hat das BSG die entsprechende Anwendung von Rechtssätzen des UWG abgelehnt (BSGE 82, 78, 81). Für das Verhältnis zwischen öffentlicher und gewerblicher Arbeitsvermittlung kann nichts anderes gelten. Mit der Arbeitsvermittlung vollzieht die BA die öffentliche Aufgabe, einen Ausgleich am Arbeitsmarkt herbeizuführen (§ 1 Abs 1 SGB III). Grundsätzlich üben die Vermittlungsstellen ihre Tätigkeit unentgeltlich aus (§ 43 Abs 1 SGB III). Für die Vermittlungstätigkeit enthalten die §§ 35 ff SGB III Grundsätze und - wie erörtert - Grenzen. Diese öffentlich-rechtlichen Sonderregelungen für die Arbeitsvermittlung im Rahmen schlicht hoheitlicher Verwaltung verdrängen als Spezialvorschriften die auf den Geschäftsverkehr zugeschnittene Wettbewerbsordnung des UWG (näher dazu: P.-M. Huber aaO 331 ff mwN). Der Tätigkeitsbereich der Künstlerdienste der BA und die Art und Weise ihres Vorgehens richtet sich mithin allein nach den §§ 35 ff SGB III, nicht aber nach den Wettbewerbsregeln für den Geschäftsverkehr des UWG.

5. Aus im wesentlichen den gleichen Gründen kann sich die Klägerin nicht auf die Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts (Art 81 ff Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft <EWGVtr>) in der ab 1. Mai 1999 geltenden Fassung berufen. Nach Art 86 Abs 2 EWGVtr gelten die Wettbewerbsregeln für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind nur, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die BA ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein Unternehmen iS dieser Vorschrift (EuGHE 1991 I, 1979, 2015 ff = SozR 3-6030 Art 86 Nr 1). Da die Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts nur gelten, soweit die BA durch sie nicht an der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe gehindert wird, diese aber durch die Vorschriften der §§ 35 ff SGB III bestimmt sind, ist das Gemeinschaftsrecht schon aus diesem Grunde nicht geeignet, den Klaganspruch zu stützen. Für die Annahme des Mißbrauchs einer den Markt beherrschenden Stellung durch die BA (dazu: EuGHE 1991 I, 1979, 2017 f = SozR 3-6030 Art 86 Nr 1; BSGE 70, 206, 218 f = SozR 3-4100 § 4 Nr 3 mwN) fehlt es im vorliegenden Zusammenhang an Anhaltspunkten.

6. Die Befugnis der BA im Rahmen des § 36 Abs 4 SGB III Arbeitslose auch in selbständige Tätigkeiten zu vermitteln, ist mit der nach Art 12 Abs 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit gewerblicher Vermittler zu vereinbaren. Einen gezielten Eingriff in das Recht, den Beruf frei zu wählen und auszuüben, enthält diese Vorschrift ohnehin nicht. Allenfalls



könnte die Berufsausübung der Klägerin einem "Eingriff durch Konkurrenz" (Tettinger NJW 1998, 3473, 3474) ausgesetzt sein. Auch Art 12 Abs 1 GG schützt Gewerbetreibende aber nicht vor Konkurrenz und auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand (BVerfGE 24, 236, 251; BVerwGE 39, 329, 336 ff; P.-M. Huber aaO 316 ff). Dies gilt für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und muß erst recht für die öffentliche Arbeitsvermittlung im Rahmen schlicht hoheitlicher Verwaltung gelten. Soweit der Schutzbereich des Art 12 GG durch die Grundsätze der öffentlichen Arbeitsvermittlung (§ 35 f SGB III) überhaupt berührt wird, handelt es sich um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Übermaßverbot) entsprechende Regelungen der Berufsausübung. Das belegt die geschichtliche Entwicklung des Rechts öffentlicher Arbeitsvermittlung. Die Rechtsprechung hat selbst das frühere Alleinvermittlungsrecht der BA wegen der öffentlichen Aufgabe, Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken, als verfassungsmäßig angesehen (BVerfGE 21, 245, 251; BSGE 70, 206, 211 = SozR 3-4100 § 4 Nr 3). Ein verfassungsrechtlich erheblicher "Eingriff durch Konkurrenz" kommt danach allenfalls in Betracht, wenn die öffentliche Arbeitsvermittlung "außerhalb ihres gesetzlich fundierten und damit limitierten Kompetenzbereichs agiert" (Tettinger NJW 1998, 3473, 3474). Das läßt sich in der durch die Antragstellung in diesem Verfahren implizierten Allgemeinheit nicht feststellen. Unter diesen Umständen kann dahinstehen, ob Auswirkungen der Vermittlungstätigkeit der BA auf die gewerbliche Betätigung der Klägerin ihrer Intensität nach ausreichen, um einen Eingriff in ihren grundrechtlichen Schutzbereich anzunehmen (dazu: P.-M. Huber aaO 234 ff).

7. Der Hilfsantrag der Klägerin, die BA zu verurteilen, die Vermittlung von Künstlern in konzertmäßige Auftritte in Diskotheken zu unterlassen, kann ebenfalls keinen Erfolg haben. Auch wenn in diesem Antrag nicht eine im Revisionsrechtszug unzulässige Klageänderung (§ 168 SGG), sondern eine Beschränkung des Klagantrags (§ 99 Abs 3 Nr 2 SGG) gesehen wird, kann dieser Antrag - abgesehen von verfahrensrechtlichen Bedenken - aus den gleichen Gründen wie der Hauptantrag keinen Erfolg haben.

8. Der weitere Hilfsantrag, die Rechtswidrigkeit der Vermittlungstätigkeit der Künstlerdienste festzustellen, ist unzulässig, weil ein berechtigtes Interesse an einer solchen Feststellung (§ 55 Abs 1 SGG) nicht ersichtlich ist. Die Klägerin ist weder tatsächlich noch rechtlich gehindert, durch einen bestimmten Unterlassungsantrag der Verletzung von Grenzen öffentlicher Arbeitsvermittlung im Bereich der Künstlerdienste der BA entgegenzutreten. Danach ist der Rückgriff auf eine Feststellungsklage nicht zulässig.

9. Da die Entscheidung des LSG nicht auf einer Rechtsverletzung beruht, ist die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs 1 SGG.

