SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PHILIPPE LÉGER vom 5. Oktober 2006 [1]

1. Im Zuge der Liberalisierung der Arbeitsvermittlung spielen die privaten Vermittler auf dem Arbeitsmarkt der Mitgliedstaaten der Europäischen Union eine immer wichtigere Rolle [2]. Diese Rolle wird auch auf internationaler Ebene anerkannt [3].

2. Im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren wird der Gerichtshof ersucht, verschiedene gemeinschaftsrechtliche Vorschriften im Hinblick auf eine Regelung zur Beschäftigungsförderung auszulegen, die in Deutschland seit 2002 in Kraft ist.

3. Diese Regelung besteht darin, dass die Bundesagentur für Arbeit (im Folgenden: Bundesagentur) den Arbeitsuchenden einen Vermittlungsgutschein ausstellt, mit dem sie — zumindest teilweise — von ihrer Verpflichtung freigestellt werden, den privaten Vermittler zu bezahlen, dessen Dienste sie in Anspruch genommen haben, damit er einen Arbeitsplatz für sie findet.

I — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

4. Die Vorabentscheidungsfragen betreffen die Artikel 18 EG, 39 EG, 49 EG, 50 EG und 87 EG in Verbindung mit den Artikeln 81 EG, 85 EG und 86 EG sowie die Artikel 3 und 7 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft [4]. Ich beschränke mich hier darauf, diese beiden Bestimmungen des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts zu zitieren.

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — Vgl. Dokument des Rechtswissenschaftlichen Dienstes des französischen Senats vom Januar 2004 über die Organisation der Arbeitslosenunterstützung und -vermittlung in sieben Mitgliedstaaten (vergleichende Studie der Rechtsvorschriften), im Internet unter http://www.senat.fr/lc/lc130/lc1300.html verfügbar.

3 — Vgl. Übereinkommen 181 und Empfehlung 188 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 19. Juni 1997 über private Arbeitsvermittler, im Internet unter http://www.ilo.org/ilolex/german/convdisp1.htm und unter http://www.ilo.org/ilolex/german/recdisp1.htm verfügbar.

4 — ABl. L 257, S. 2.

5. Artikel 3 der Verordnung Nr. 1612/68 bestimmt:

„(1) Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder Verwaltungspraktiken eines Mitgliedstaats,

— die das Stellenangebot und das Arbeitsgesuch, den Zugang zur Beschäftigung und deren Ausübung durch Ausländer einschränken oder von Bedingungen abhängig machen, die für Inländer nicht gelten,

— oder die, ohne auf die Staatsangehörigkeit abzustellen, ausschließlich oder hauptsächlich bezwecken oder bewirken, dass Angehörige der übrigen Mitgliedstaaten von der angebotenen Stelle ferngehalten werden,

finden im Rahmen dieser Verordnung keine Anwendung.

...“

6. Artikel 7 dieser Verordnung sieht vor:

„(1) Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, darf auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.

(2) Er genießt dort die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer.

...“

B — *Nationales Recht*

7. § 296 („Vermittlungsvertrag zwischen einem Vermittler und einem Arbeitsuchenden“) des Dritten Buches des Sozialgesetzbuchs — Arbeitsförderung [5] bestimmt in Absatz 1, dass ein Vertrag, nach dem sich ein Vermittler verpflichtet, einem Arbeitsuchenden eine Arbeitsstelle zu vermitteln, der schriftlichen Form bedarf und dass darin insbesondere die Vergütung des Vermittlers anzugeben ist.

5 — BGBl. 1997 I S. 594, im Folgenden: SGB III.

8. Nach § 296 Absatz 2 SGB III ist der Arbeitsuchende zur Zahlung der dem Vermittler geschuldeten Vergütung nur verpflichtet, wenn der Arbeitsvertrag durch die Vermittlung des Vermittlers zustande gekommen ist.

9. Ferner heißt es in § 296 Absatz 4, dass die Vergütung nach Vorlage des Vermittlungsgutscheins bis zu dem Zeitpunkt gestundet ist, in dem die Bundesagentur nach Maßgabe von § 421g SGB III gezahlt hat [6].

10. § 421g SGB III („Vermittlungsgutschein") sieht in Absatz 1 Satz 1 vor, dass Arbeitnehmer, die Anspruch auf Arbeitslosengeld oder Arbeitslosenhilfe haben und nach einer Arbeitslosigkeit von drei Monaten noch nicht vermittelt sind, oder die eine Beschäftigung ausüben, die als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme oder als Strukturanpassungsmaßnahme gefördert wird, Anspruch auf einen Vermittlungsgutschein haben [7]. Nach § 421g Absatz 1 Satz 2 SGB III verpflichtet sich das Arbeitsamt mit dem Vermittlungsgutschein, den Vergütungsanspruch eines vom Arbeitnehmer/Arbeitsuchenden eingeschalteten Vermittlers zu erfüllen, der den Arbeitnehmer in eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung mit einer Arbeitzeit von mindestens 15 Stunden wöchentlich vermittelt hat.

11. Nach § 421g Absatz 2 SGB III wird der Vermittlungsgutschein je nach Dauer der Arbeitslosigkeit des Arbeitsuchenden über einen Betrag von 1 500, 2 000 oder 2 500 Euro ausgestellt. Die Vergütung des Vermittlers wird in Höhe von 1 000 Euro zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses, der Restbetrag nach einer Beschäftigungsdauer von sechs Monaten jeweils unmittelbar an den Vermittler ausgezahlt.

12. § 1 des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs — Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (im Folgenden: SGB IV) bestimmt:

„(1) ... Die Vorschriften dieses Buches gelten mit Ausnahme des Ersten und Zweiten Titels des Vierten Abschnitts und des Fünften Abschnitts auch für die Arbeitsförderung. ..."

6 — Die deutsche Regierung führt zur Erläuterung der Bedeutung dieser Bestimmung in Randnummer 11 ihrer schriftlichen Erklärungen aus, dass der Vermittlungsgutschein nur zu einer Teilzahlung berechtige und der Arbeitsuchende Schuldner des Vergütungsanspruchs aus dem Vermittlungsvertrag bleibe. Die Vorlage eines Vermittlungsgutscheins löse kraft Gesetzes eine Stundung des Vergütungsanspruchs aus, den der Vermittler gegenüber dem Arbeitsuchenden habe.

7 — Diese Vorschrift über die Vermittlungsgutscheine ist 2002 probeweise in das deutsche Recht eingeführt worden. Die bis 31. Dezember 2006 geltende Regelung soll evaluiert werden, um über ihre Fortführung zu befinden.

13. § 3 SGB IV sieht weiter vor:

„Die Vorschriften über die Versicherungspflicht und die Versicherungsberechtigung gelten,

1. soweit sie eine Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit voraussetzen, für alle Personen, die im Geltungsbereich dieses Gesetzbuchs beschäftigt oder selbständig tätig sind,

...“

14. Schließlich bestimmt § 30 des Ersten Buches des Sozialgesetzbuchs — Allgemeiner Teil (im Folgenden: SGB I):

„(1) Die Vorschriften dieses Gesetzbuchs gelten für alle Personen, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in seinem Geltungsbereich haben.

(2) Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts bleiben unberührt.

(3) ...“

II — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

15. Die ITC Innovative Technology Center GmbH (im Folgenden: ITC) ist im Bereich der Arbeitsvermittlung tätig. Am 27. August 2003 schloss sie mit Herrn Darius Halacz einen Vermittlungsvertrag, nach dem sie sich zur Unterstützung des Arbeitsuchenden bei der Aufnahme eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses einschließlich aller Leistungen zur Durchführung der Arbeitsvermittlung verpflichtete.

16. Herr Halacz legte ITC den Vermittlungsgutschein vor, den ihm die Bundesagentur ausgestellt hatte. In dem bis 15. Oktober 2003 gültigen Gutschein über 1 500 Euro hieß es, dass der Arbeitsuchende einen oder mehrere Vermittler seiner Wahl in Anspruch nehmen könne und dass der angegebene Betrag an den von ihm eingeschalteten privaten Vermittler gezahlt werde, wenn er von ihm in ein Beschäftigungsverhältnis vermittelt worden sei. Die Zahlung erfolge in Höhe von 1 000 Euro bei Beginn des Beschäftigungsverhältnisses, und der Restbetrag werde gezahlt, wenn das Beschäftigungsverhältnis mindestens sechs Monate gedauert habe.

17. Entsprechend den einschlägigen Bestimmungen des SGB III sah der Vermittlungsgutschein vor, dass die Vergütung nur dann gezahlt wird, wenn es sich um eine sozialver-

sicherungspflichtige Beschäftigung handelt, die Arbeitszeit mindestens 15 Stunden wöchentlich beträgt, eine Beschäftigungsdauer von mindestens drei Monaten vereinbart wurde, mit dem Vermittler ein schriftlicher Vermittlungsvertrag geschlossen wurde und der Vermittler aufgrund dieses Vertrages einen Anspruch auf eine Vermittlungsvergütung hat.

18. Auf Vermittlung von ITC schloss Herr Halacz für den Zeitraum vom 4. September 2003 bis 4. März 2004 einen befristeten Arbeitsvertrag mit einem in den Niederlanden ansässigen Unternehmen. Dieser Arbeitgeber bestätigte, dass es sich um ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis mit einer Arbeitszeit von mindestens 15 Stunden wöchentlich handele.

19. Mit Schreiben vom 15. September 2003 beantragte ITC bei der Bundesagentur die Auszahlung der ersten Rate, d. h. eines Betrages von 1 000 Euro, auf den Vermittlungsgutschein [8].

20. Die Bundesagentur lehnte den Antrag mit Bescheid vom 2. Oktober 2003 ab, weil Herr Halacz in keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung im Inland vermittelt worden sei.

21. Am 16. Oktober 2003 legte ITC gegen diesen Bescheid Widerspruch ein. Diesen wies die Bundesagentur mit Bescheid vom 27. Oktober 2003 mit der Begründung zurück, dass der Begriff der Sozialversicherungspflicht durch die §§ 1 bis 3 SGB IV geregelt sei, die auch für das SGB III gälten. Die Vorschriften über die Versicherungspflicht beträfen somit alle Personen, die im Geltungsbereich des SGB, d. h. in Deutschland, beschäftigt seien.

22. Am 14. November 2003 erhob ITC beim Sozialgericht Berlin Klage auf Aufhebung des mit Bescheid vom 27. Oktober 2003 bestätigten Bescheides der Bundesagentur vom 2. Oktober 2003 und auf Verurteilung der Bundesagentur zur Zahlung der Vermittlungsgebühr in Höhe von 1 000 Euro.

III — Das Vorabentscheidungsersuchen

23. Nach Auffassung des Sozialgerichts Berlin wäre der bei ihm anhängigen Klage

8 — Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass das Beschäftigungsverhältnis zwischen Herrn Halacz und seinem Arbeitgeber im November 2003 beendet wurde. Da es somit weniger als sechs Monate gedauert hat, ist die Vergütung, die ITC von der Bundesagentur verlangen kann, in jedem Fall auf 1 000 Euro beschränkt.

stattzugeben, wenn § 421g Absatz 1 Satz 2 SGB III als gemeinschaftsrechtswidrig anzusehen wäre, weil er bedeute, dass die Bundesagentur dem vom Arbeitnehmer eingeschalteten Vermittler die Vermittlungsgebühr nur dann zahle, wenn die vermittelte Beschäftigung im Inland sozialversicherungspflichtig sei.

24. Nach deutschem Recht allein, d. h. nach den §§ 1 und 3 SGB IV sowie 30 SGB I in Verbindung mit § 421g Absatz 1 Satz 2 SGB III sei unter sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung im Sinne der letztgenannten Bestimmung nur eine solche im Geltungsbereich des SGB, d. h. im Inland, zu verstehen.

25. Das so verstandene nationale Recht könnte in die vom Gemeinschaftsrecht gewährleisteten Rechte eingreifen, und zwar insbesondere weil die Konzeption des nationalen Rechts, die sich aus dem Zusammenspiel dieser Vorschriften des SGB ergebe, impliziere, dass ein Arbeitnehmer, der in eine Beschäftigung im Ausland vermittelt werde, von seiner Zahlungsverpflichtung gegenüber dem von ihm eingeschalteten Vermittler nicht freigestellt werden könne, während dies bei einer Vermittlung im Inland der Fall sei. Darüber hinaus würden durch diese Konzeption in Deutschland ansässige Vermittler indirekt daran gehindert, ihre Tätigkeit auf Arbeitsvermittlung ins Ausland zu erstrecken, und ausländische Vermittler indirekt daran gehindert, deutsche Arbeitslose ins Ausland zu vermitteln.

26. Das vorlegende Gericht hält jedoch eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des § 421g Absatz 1 Satz 2 SGB III dahin gehend für möglich, dass als sozialversicherungspflichtige Beschäftigung auch eine solche in einem anderen Mitgliedstaat der Union angesehen werden kann.

27. Aufgrund von Zweifeln hinsichtlich der Auslegung mehrerer Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts hat das Sozialgericht Berlin beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Inwieweit greift eine Auslegung von § 421g Absatz 1 Satz 2 Drittes Buch Sozialgesetzbuch — Arbeitsförderung (SGB III) dahin gehend, dass unter sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung nur eine solche im Geltungsbereich des Sozialgesetzbuches zu verstehen sei, in die Freizügigkeit schützendes Gemeinschaftsrecht ein, insbesondere nach Artikel 18 EG, 39 EG und

3, 7 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68?

2. a) Inwieweit ist eine europarechtskonforme Auslegung der Vorschrift zur Vermeidung eines gegebenenfalls nach Ziffer 1 ausgelösten Verstoßes möglich und geboten?

b) Sofern eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nicht möglich bzw. geboten sein sollte: Inwieweit verstößt § 421g Absatz 1 Satz 2 SGB III gegen die Freizügigkeit schützendes Gemeinschaftsrecht?

3. Inwieweit greift eine Auslegung von § 421g Absatz 1 Satz 2 SGB III dahin gehend, dass unter sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung nur eine solche im Geltungsbereich des Sozialgesetzbuches zu verstehen sei, in die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs und des Wettbewerbs schützendes Gemeinschaftsrecht ein, insbesondere nach den Artikeln 49 EG, 50 EG und 87 EG in Verbindung mit den Artikeln 81 EG, 85 EG, 86 EG oder sonstigem Gemeinschaftsrecht?

4. a) Inwieweit ist eine europarechtskonforme Auslegung der Vorschrift zur Vermeidung eines gegebenenfalls nach Ziffer 3 ausgelösten Verstoßes möglich und geboten?

b) Sofern eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nicht möglich bzw. geboten sein sollte: Inwieweit verstößt § 421g Absatz 1 Satz 2 SGB III gegen Gemeinschaftsrecht, soweit nicht die Freizügigkeit der Arbeitnehmer geschützt wird?

IV — Erörterungen

A — *Zu den Fragen 1 und 3*

28. Die Fragen 1 und 3 können zusammen geprüft werden, weil der Gerichtshof bei

beiden entscheiden soll, ob das Gemeinschaftsrecht so auszulegen ist, dass es einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der des Ausgangsverfahrens entgegensteht, nach der eine nationale Arbeitsagentur die von einem Arbeitsuchenden geschuldete Vermittlungsgebühr dem privaten Vermittler allenfalls dann zu zahlen hat, wenn die von diesem vermittelte Beschäftigung in diesem Mitgliedstaat sozialversicherungspflichtig ist.

29. Mit diesen beiden Fragen ersucht das vorlegende Gericht um die Auslegung mehrerer Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, nämlich der Artikel 18 EG, 39 EG, 49 EG, 50 EG und des Artikels 87 EG in Verbindung mit den Artikeln 81 EG, 85 EG und 86 EG sowie der Artikel 3 und 7 der Verordnung Nr. 1612/68. Es ist zu prüfen, welche von ihnen einer Auslegung bedürfen, damit das Gericht den Ausgangsrechtsstreit entscheiden kann.

30. In diesem Zusammenhang schließe ich zunächst Artikel 87 EG, den das vorlegende Gericht in Verbindung mit den Artikeln 81 EG, 85 EG und 86 EG zu lesen vorschlägt, von vorneherein von meiner Prüfung aus. Die nationale Regelung über die Vermittlungsgutscheine kann meines Erachtens nämlich nicht als staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 EG qualifiziert werden.

31. Nach ständiger Rechtsprechung verlangt die Qualifizierung als staatliche Beihilfe, dass alle in Artikel 87 Absatz 1 EG genannten Voraussetzungen erfüllt sind [9], d. h. dass es sich um eine Maßnahme handeln muss, die bestimmten Unternehmen einen Vorteil gewährt, dass dieser Vorteil durch einen Mitgliedstaat oder aus staatlichen Mitteln gewährt wird und dass er den Wettbewerb im innergemeinschaftlichen Handel verfälscht oder verfälschen kann.

32. Die nationale Regelung über die Vermittlungsgutscheine stellt jedoch keinen Vorteil für bestimmte Unternehmen dar, und zwar aus folgenden Gründen.

33. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes erfasst der Begriff der Beihilfe nicht nur positive Leistungen wie Subventionen, Darlehen oder Beteiligungen am Kapital von Unternehmen, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat, und die somit, ohne Subventionen im strengen Wortsinn zu sein, diesen nach Art und Wirkung gleichstehen [10].

9 — Vgl. u. a. Urteile des Gerichtshofes vom 24. Juli 2003 in der Rechtssache C-280/00 (Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, Slg. 2003, I-7747, Randnr. 74) und vom 22. Juni 2006 in den Rechtssachen C-182/03 und C-217/03 (Belgien und Forum 187/Kommission, Slg. 2006, I-5479, Randnr. 84).

10 — Vgl. u. a. Urteile des Gerichtshofes vom 20. November 2003 in der Rechtssache C-126/01 (Gemo, Slg. 2003, I-13769, Randnr. 28 und die dort zitierte Rechtsprechung) sowie Belgien und Forum 187/Kommission (Randnr. 86).

34. Angesichts dieser Definition kann die nationale Regelung über die Vermittlungsgutscheine meiner Ansicht nach weder als Subvention noch als eine Verminderung der Belastung, die private Arbeitsvermittler normalerweise zu tragen haben, angesehen werden. Mit dieser Regelung wird lediglich die Pflicht zur Zahlung der dem privaten Vermittler geschuldeten Vergütung vom Arbeitnehmer auf die Bundesagentur übertragen. Durch die Zahlung der Vergütung unmittelbar an den Vermittler erbringt die Bundesagentur bloß die Gegenleistung für einen geleisteten Dienst, nämlich die Vermittlung eines Arbeitsuchenden.

35. Außerdem verlangt Artikel 87 Absatz 1 EG nach ständiger Rechtsprechung die Feststellung, ob eine nationale Maßnahme im Rahmen einer bestimmten rechtlichen Regelung geeignet ist, „bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige" gegenüber anderen Unternehmen oder Produktionszweigen zu begünstigen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden. Ist dies der Fall, erfüllt die betreffende Maßnahme das Tatbestandsmerkmal der Selektivität, das zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne dieser Bestimmung gehört [11].

36. Ich teile die Auffassung der deutschen Regierung, dass die Regelung des § 421g SGB III nicht selektiv ist. Der Arbeitsuchende kann den ihm ausgestellten Vermittlungsgutschein einem Vermittler seiner Wahl vorlegen, so dass sich die Vergütung der Vermittlung durch die Bundesagentur nicht auf bestimmte, abschließend festgelegte private Vermittler beschränkt.

37. Da die Voraussetzung einer Begünstigung bestimmter Unternehmen somit nicht erfüllt ist, ist Artikel 87 EG ebenso wenig zu prüfen wie die anderen Vorschriften des EG-Vertrags, die das vorlegende Gericht mit diesem Artikel zu verbinden vorschlägt [12].

38. Die Vertragsvorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die Dienstleistungsfreiheit hingegen erscheinen auf den ersten Blick für die Entscheidung des Rechtsstreits maßgeblich.

11 — Vgl. u. a. Urteile des Gerichtshofes vom 3. März 2005 in der Rechtssache C-172/03 (Heiser, Slg. 2005, I-1627, Randnr. 40 und die dort zitierte Rechtsprechung) sowie Belgien und Forum 187/Kommission (Randnr. 119).

12 — Wie in der sechsten Begründungserwägung der Verordnung (EG) Nr. 2204/2002 der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen (ABl. L 337, S. 3) ausgeführt, stellen eine „Reihe beschäftigungswirksamer Maßnahmen ... keine staatlichen Beihilfen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag dar, weil es sich um Beihilfen zugunsten einzelner Personen handelt, die nicht bestimmten Unternehmen oder bestimmten Produktionszweigen zugute kommen".

1. Freizügigkeit der Arbeitnehmer

a) Möglichkeit für einen privaten Arbeitsvermittler, sich auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu berufen

39. Nach Artikel 39 Absatz 1 EG ist „[i]nnerhalb der Gemeinschaft ... die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet". Diese Freizügigkeit umfasst nach Artikel 39 Absatz 3 Buchstabe a EG das Recht, „sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben".

40. Der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Artikels 39 EG ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ein Begriff des Gemeinschaftsrechts, der nicht eng auszulegen ist. Arbeitnehmer ist daher jede Person, die eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rechtsprechung darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält [13].

41. Der Gerichtshof hat auch entschieden, dass bestimmte mit der Arbeitnehmereigenschaft zusammenhängende Rechte den Arbeitnehmern auch dann garantiert sind, wenn diese nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis stehen [14].

42. Ferner fallen nach Ansicht des Gerichtshofes die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, die in einem anderen Mitgliedstaat eine Beschäftigung suchen, unter Artikel 39 EG [15].

43. In Anbetracht dieser Rechtsprechung ist festzustellen, dass Herr Halacz sowohl in seiner Eigenschaft als Arbeitsuchender, der von der Bundesagentur einen Vermittlungsgutschein erhalten hat, als auch in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer, der einen von September bis November 2003 erfüllten Arbeitsvertrag geschlossen hat, in den persönlichen Anwendungsbereich des Artikels 39 EG fällt.

44. Die deutsche Regierung bestreitet dies zwar nicht, macht jedoch geltend, dass sich ein privater Vermittler in einem nationalen Rechtsstreit mit der Bundesagentur nicht auf die Rechte aus Artikel 39 EG berufen könne, weil ein solcher Vermittler nicht in den persönlichen Anwendungsbereich dieses Ar-

13 — Vgl. z. B. Urteil des Gerichtshofes vom 30. März 2006 in der Rechtssache C-10/05 (Mattern und Cikotic, Slg. 2006, I-3145, Randnr. 18 und die dort zitierte Rechtsprechung).

14 — Vgl. u. a. Urteil des Gerichtshofes vom 23. März 2004 in der Rechtssache C-138/02 (Collins, Slg. 2004, I-2703, Randnr. 27).

tikels falle. Hierfür führt sie das Urteil Job Centre II [16] an, in dem der Gerichtshof Artikel 48 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 39 EG) nicht geprüft habe, weil sich der Kläger des Ausgangsverfahrens in dieser Rechtssache als Arbeitsvermittler nicht auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer habe berufen können.

45. Diesen Standpunkt der deutschen Regierung teile ich nicht.

46. Zunächst ist daran zu erinnern, in welchem Zusammenhang der Gerichtshof im Urteil Job Centre II festgestellt hat, dass die Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nicht zu prüfen sind.

47. In dieser Rechtssache hatte die Corte d'appello di Milano (Italien) im Wesentlichen den Gerichtshof gebeten zu entscheiden, ob die Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Dienstleistungsfreiheit und den Wettbewerb nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, wonach jede Tätigkeit der Vermittlung von Stellengesuchen und -angeboten und der Einschaltung von Mittelspersonen bei Arbeitsverhältnissen verboten ist, wenn sie nicht durch staatliche Stellen für die Vermittlung von Arbeitskräften erfolgt.

48. Im Ausgangsverfahren nahm die Job Centre coop. arl, eine in Gründung befindliche Genossenschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Mailand (Italien) das Recht in Anspruch, auf dem italienischen Arbeitsmarkt und dem der Gemeinschaft Stellengesuche und -angebote zu vermitteln und vorübergehend Arbeitskräfte zu beschaffen.

49. Von dieser Feststellung ausgehend, hat der Gerichtshof ausgeführt: „Soweit sich die Fragen auf die Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beziehen, genügt der Hinweis, dass die Anwendbarkeit von Artikel 48 des Vertrages nicht aus der Tatsache gefolgert werden kann, dass zu den Gründungsmitgliedern auch Arbeitnehmer gehören, da die Gesellschaft nach ihrer Gründung und der Aufnahme ihrer Tätigkeit eine eigenständige juristische Person sein wird." Seiner Auffassung nach folgt daraus, „dass die Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer für das Ausgangsverfahren nicht relevant sind" [17].

50. In seinen Schlussanträgen in dieser Rechtssache hat Generalanwalt Elmer festgestellt, dass kein Umstand vorliege, aus dem geschlossen werden könnte, „dass Job Centre selbständig oder als Vertreter Rechte zu beanspruchen hätte, die einem Arbeitneh-

16 — Urteil vom 11. Dezember 1997 in der Rechtssache C-55/96 (Job Centre, Slg. 1997, I-7119).

17 — Der Gerichtshof war hingegen bereit, die Artikel 86 und 90 EG-Vertrag (jetzt Artikel 82 EG und 86 EG) auszulegen, weil die sich hierauf beziehenden Fragen die Problematik des Umfangs des den staatlichen Arbeitsvermittlungsstellen eingeräumten ausschließlichen Rechts und damit des mit strafrechtlichen und Verwaltungssanktionen bewehrten Verbotes jeder Tätigkeit der Vermittlung und Einschaltung von Mittelspersonen bei Stellenangeboten und -gesuchen durch private Unternehmen aufwarfen.

mer gegebenenfalls zustehen, wenn die Arbeitsvermittlung erfolgt ist“ [18].

51. Das vorliegende Vorabentscheidungsverfahren steht in einem Kontext, der sich in mehrfacher Hinsicht von dem der Rechtssache Job Centre II unterscheidet.

52. Erstens beansprucht ITC im Ausgangsverfahren nicht das Recht, seine Tätigkeit der Vermittlung von Arbeitskräften auszuüben. Das deutsche Recht verbietet ihr nämlich nicht, ihre Aufgabe als Vermittlerin von Stellengesuchen und -angeboten zu erfüllen.

53. Zweitens zeichnet sich der Vermittlungsgutschein u. a. dadurch aus, dass er sich in den Rahmen eines Dreiecksverhältnisses aus der Bundesagentur, dem Arbeitsuchenden und dem privaten Vermittler einfügt.

54. Die Bundesagentur stellt dem Arbeitsuchenden, der die Voraussetzungen des § 421g Absatz 1 SGB III erfüllt, einen Vermittlungsgutschein aus. Damit verpflichtet sie sich, innerhalb bestimmter Grenzen die Vergütung des vom Arbeitsuchenden eingeschalteten privaten Vermittlers zu übernehmen, dem es in Erfüllung eines Vermittlungsvertrags gelungen ist, eine Beschäftigung für diesen zu finden.

55. Sobald der Arbeitsuchende und ein Arbeitgeber infolge der Vermittlungstätigkeit einen Arbeitsvertrag geschlossen haben, steht dem privaten Vermittler die Vergütung zu. Ist ihm vom Arbeitsuchenden ein Vermittlungsgutschein vorgelegt worden, ist diese Vergütung von der Bundesagentur zu zahlen.

56. In diesem Stadium des Verfahrens macht der private Vermittler seinen Zahlungsanspruch gegen die Bundesagentur aus dem ursprünglich dem Arbeitsuchenden ausgestellten Vermittlungsgutschein geltend. Nach diesem vom deutschen Gesetzgeber eingeführten Verfahren ist es nicht Sache des Arbeitsuchenden, die Übernahme der Kosten der dem Vermittler geschuldeten Vergütung unmittelbar von der Bundesagentur zu verlangen. Es ist vielmehr der private Vermittler, der den ihm geschuldeten Betrag von der Bundesagentur fordern muss.

57. Weigert sich diese, den im Vermittlungsgutschein genannten Betrag zu zahlen, ist es daher der private Vermittler, der am

18 — Nr. 18.

besten in der Lage ist, gegebenenfalls die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Rechte geltend zu machen.

58. Drittens bin ich der Ansicht, dass der private Vermittler insoweit, als ihm der Vermittlungsvertrag die Rolle des Vermittlers überträgt, den Arbeitsuchenden vertritt und daher in der Lage sein muss, sich auf die Rechte zu berufen, die das Gemeinschaftsrecht diesem einräumt.

59. Das Urteil Clean Car Autoservice [19] stützt meines Erachtens die Auffassung, dass es einem privaten Vermittler möglich sein muss, sich auf die Rechte der Arbeitnehmer aus dem Gemeinschaftsrecht zu berufen.

60. In dieser Rechtssache war der Gerichtshof u. a. aufgerufen, zu entscheiden, ob sich auch ein Arbeitgeber, der im Mitgliedstaat seiner Niederlassung Angehörige eines anderen Mitgliedstaats als Arbeitnehmer beschäftigen will, auf den Grundsatz der Gleichbehandlung auf dem Gebiet der Freizügigkeit der Arbeitnehmer berufen kann.

61. In seinen Schlussanträgen in dieser Rechtssache hat Generalanwalt Fennelly dem Gerichtshof vorgeschlagen, diese Frage zu bejahen. Er stellte die These auf, dass in den Entscheidungen des Gerichtshofes, die den Begriff des Arbeitnehmers definierten, „[w]eder ausdrücklich noch stillschweigend ... die Erstreckung des Anwendungsbereichs der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer auf andere Personen angesprochen [wird], die gleichwohl eine erhebliche Beziehung zu einem Arbeitnehmer haben; sie wird aber auch nicht ausgeschlossen. Auch dem Wortlaut des EG-Vertrags und des Sekundärrechts lässt sich derartiges nicht entnehmen“ [20]. Darüber hinaus ist seiner Ansicht nach auch von Belang, „dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwar zum Teil als Ausdruck subjektiver Rechte der Arbeitnehmer betrachtet werden kann und durch ihre Bemühungen, diese Rechte u. a. vor nationalen Gerichten zu sichern, verstärkt wird, dass sie aber letztlich dem in Artikel 3 Buchstabe c EG-Vertrag genannten, im Allgemeininteresse liegenden Ziel der Errichtung eines Binnenmarktes dient, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist“ [21].

62. Der Gerichtshof scheint Verständnis für die Argumente von Generalanwalt Fennelly gehabt zu haben.

19 — Urteil vom 7. Mai 1998 in der Rechtssache C-350/96 (Slg. 1998, I-2521).

20 — Nr. 19.

21 — Nr. 21.

63. Er hat u. a. festgestellt, dass „Artikel [39 EG] Absatz 1 ... die allgemeine Aussage [enthält], dass innerhalb der Gemeinschaft die Freizügigkeit der Arbeitnehmer hergestellt wird", und dass diese Freizügigkeit „— vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen — den Arbeitnehmern das Recht [gibt], sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben, sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen, sich dort aufzuhalten, um unter den gleichen Bedingungen wie Staatsangehörige des betreffenden Mitgliedstaats eine Beschäftigung auszuüben, und nach deren Beendigung dort zu verbleiben" [22].

64. Der Gerichtshof hat weiter ausgeführt: „Diese Rechte stehen zweifellos den unmittelbar genannten Personen, den Arbeitnehmern, zu. Andererseits *ist Artikel [39 EG] kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass sich nicht auch andere Personen,* insbesondere Arbeitgeber, *auf sie berufen könnten.*" [23]

65. Meines Erachtens sollte der Gerichtshof in Bezug auf einen privaten Arbeitsvermittler, der mit einem Arbeitsuchenden einen Vermittlungsvertrag geschlossen hat, denselben Gedanken zugrunde legen. Mit anderen Worten sollte er meiner Ansicht nach einem solchen Vermittler erlauben, sich auf die Rechte der Arbeitnehmer aus Artikel 39 EG zu berufen.

66. Soweit das vorlegende Gericht den Gerichtshof auch um Auslegung des Artikels 18 EG ersucht, ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof entschieden hat, dass dieser Artikel, in dem das Recht eines jeden Unionsbürgers, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, in allgemeiner Form niedergelegt ist, in Artikel 39 EG einen besonderen Ausdruck in Bezug auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer findet. Da das Ausgangsverfahren, wie ausgeführt, unter die letztgenannte Bestimmung fällt, braucht der Gerichtshof über die Auslegung von Artikel 18 EG nicht zu entscheiden [24].

67. Was ferner die Artikel 3 und 7 der Verordnung Nr. 1612/68 betrifft, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sie nur die bereits aus Artikel 39 EG folgenden Rechte verdeutlichen und durchführen [25]. Zu Artikel 3 dieser Verordnung ist weiter anzumerken, dass das Ausgangsverfahren keinem der dort genannten Fälle entspricht. Der Grundsatz der Gleichbehandlung, der in Artikel 7 der Verordnung sowohl hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen als auch hinsichtlich der sozialen und steuerlichen Vergünstigungen, die den Arbeitnehmern im Aufnahmestaat zu gewähren sind, verankert ist, ist für die Lösung des Ausgangsrechtsstreits, der eine Maßnahme des Herkunftsstaats zur Erleichterung des Zugangs zur Beschäftigung betrifft,

22 — Urteil Clean Car Autoservice, Randnr. 18.

23 — Ebenda, Randnr. 19 (Hervorhebung von mir).

24 — Urteil des Gerichtshofes vom 26. November 2002 in der Rechtssache C-100/01 (Oteiza Olazabal, Slg. 2002, I-10981, Randnr. 26).

25 — Zu Artikel 3 vgl. z. B. Urteil des Gerichtshofes vom 23. Februar 1994 in der Rechtssache C-419/92 (Scholz, Slg. 1994, I-505, Randnr. 6). Zu Artikel 7 vgl. u. a. Urteil des Gerichtshofes vom 23. Februar 2006 in der Rechtssache C-205/04 (Kommission/Spanien, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Slg. 2006, I-31*, Randnr. 3).

nicht relevant. In der vorliegenden Rechtssache ist im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer daher allein Artikel 39 EG einschlägig.

68. Infolgedessen ist nunmehr zu prüfen, ob im vorliegenden Fall eine nach Artikel 39 EG verbotene Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer vorliegt.

b) Vorliegen einer Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer

69. In seinem Vorlagebeschluss [26] führt das Sozialgericht Berlin aus, die Ausstellung eines Vermittlungsgutscheins habe zur Folge, dass die Bundesagentur dem vermittelten Arbeitnehmer bei der Erfüllung seiner Vergütungspflicht beitrete. Der Arbeitnehmer werde dadurch aber nicht aus dem Schuldverhältnis, das ihn mit dem privaten Vermittler verbinde, entlassen, weil er bei unvollständiger Schuldtilgung durch die Bundesagentur verpflichtet bleibe. Auch bestehe die Möglichkeit, dass die Bundesagentur bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses vor Ablauf von sechs Monaten nur 1 000 Euro übernehme und der Rest der Vergütung vom Arbeitsuchenden zu zahlen sei.

70. Während ein Arbeitsuchender vollständig von seiner Pflicht zur Zahlung der Vermittlungsvergütung freigestellt werde, wenn er in eine inländische Beschäftigung vermittelt werde und diese sechs Monate ausübe, und eine Leistung in Höhe von 1 500 bis 2 500 Euro erhalte, entfalle diese Vergünstigung vollständig bei Ausnutzung des Rechts auf Freizügigkeit.

71. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften trägt zum Vorliegen einer Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer vor, dass die entsprechenden Vertragsbestimmungen es den Mitgliedstaaten verböten, ihre Staatsangehörigen bei der Aufnahme einer Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat zu behindern [27]. Eine solche Behinderung sei unmittelbar dann gegeben, wenn — wie im vorliegenden Fall — die Möglichkeit des Zugangs zu einer Stelle in einem anderen Mitgliedstaat negativ beeinflusst werde. Ein Arbeitsuchender, der im Fall einer Vermittlung ins Ausland die Vermittlungsgebühr des privaten Vermittlers selbst zahlen müsse und nicht Zahlung durch die Bundesagentur verlangen könne, werde möglicherweise davon abgehalten, von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen und eine Tätigkeit im Ausland aufzunehmen [28].

26 — Seite 11.

27 — Die Kommission zitiert insoweit das Urteil des Gerichtshofes vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93 (Bosman, Slg. 1995, I-4921, Randnrn. 95 f.).

28 — Randnr. 14 der schriftlichen Erklärungen der Kommission.

72. Insoweit trägt ITC u. a. vor, es sei denkbar, dass ein Arbeitsuchender, dem ein Arbeitsplatz in einem anderen Mitgliedstaat als Deutschland angeboten werde, diesen ablehnen müsse, weil er den privaten Vermittler, der diese Beschäftigung für ihn gefunden habe, nicht bezahlen könne [29].

73. Ich bin der Ansicht, dass die deutsche Regelung über die Vermittlungsgutscheine in ihrer derzeitigen Ausgestaltung in der Tat geeignet ist, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu beschränken.

74. Zunächst ist hervorzuheben, dass der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, dass die Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit den Gemeinschaftsangehörigen die Ausübung von beruflichen Tätigkeiten aller Art im Gebiet der Gemeinschaft erleichtern sollen und Maßnahmen entgegenstehen, die die Gemeinschaftsangehörigen benachteiligen könnten, wenn sie eine Erwerbstätigkeit im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats ausüben wollen [30].

75. Nationale Bestimmungen, die einen Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen daher Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Arbeitnehmer angewandt werden [31].

76. Aufgrund der schriftlichen Erklärungen von ITC und der Kommission sowie der Erläuterungen in der mündlichen Verhandlung steht fest, dass es dann, wenn die Bundesagentur sich wie in dem im Ausgangsverfahren vorliegenden Fall weigert, den Betrag des dem Arbeitsuchenden ausgestellten Vermittlungsgutscheins ganz oder teilweise zu zahlen, letztlich dem Arbeitsuchenden obliegt, dem von ihm beauftragten privaten Vermittler den Rest der Vergütung zu zahlen [32].

77. Ich erinnere daran, dass in der deutschen Rechtsordnung die Auffassung vorherrscht, dass die Zahlung der dem privaten Vermittler für die Vermittlung eines Arbeitsuchenden geschuldeten Vergütung durch die Bundesagentur voraussetzt, dass der vermittelte Arbeitsplatz im Inland sozialversicherungspflichtig ist. Befindet sich dieser Arbeitsplatz im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats, wird der Arbeitsuchende

29 — Seite 4 der schriftlichen Erklärungen von ITC.

30 — Urteil des Gerichtshofes vom 17. März 2005 in der Rechtssache C-109/04 (Kranemann, Slg. 2005, I-2421, Randnr. 25 und die dort zitierte Rechtsprechung).

31 — Urteil Kranemann (Randnr. 26 und die dort zitierte Rechtsprechung).

32 — Im speziellen Fall von Herrn Halacz scheinen einige Bestimmungen des Vermittlungsvertrags auszuschließen, dass er ITC die Vermittlungsvergütung zahlen muss. Wie jedoch deren Vertreter in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, ist nach deutschem Zivilrecht je nach Verfahrensausgang nicht ausgeschlossen, dass Herrn Halacz vor den deutschen Gerichten die Pflicht zur Zahlung dieser Vergütung entgegengehalten werden kann.

nicht von seiner Zahlungspflicht freigestellt. Diese Konzeption ist meines Erachtens geeignet, ihn davon abzuhalten, eine Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat aufzunehmen. Sie beschränkt daher die Freiheit des Arbeitsuchenden nach Artikel 39 Absatz 3 Buchstabe a EG, „sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben".

78. Es ist nunmehr zu prüfen, ob die Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer hinreichend gerechtfertigt werden kann.

c) Rechtfertigung der Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer

79. In seinem Vorlagebeschluss [33] nennt das Sozialgericht Berlin als mit der deutschen Regelung verfolgte Zwecke, dass die deutsche Sozialversicherung nur durch inländische Beitragszahlung gesichert werden könne und dass mit der auf die Vermittlung ins Inland gerichteten Förderung der deutsche Arbeitsmarkt vor dem Verlust von Fachkräften geschützt und dadurch leistungsfähig gehalten werden solle. Die Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer durch die deutsche Regelung stehe nicht in einem angemessenen Verhältnis zu diesen beiden Zwecken.

33 — Seiten 20 und 21.

80. In Anbetracht der hohen Arbeitslosigkeit gebe es keinen Beleg für eine kausale Beziehung zwischen dem Beitragseinnahmeverlust in Deutschland und der Vermittlung eines Arbeitsuchenden in einen anderen Mitgliedstaat. Auch statistisch lasse sich bei dieser Massenarbeitslosigkeit der Nachweis kaum führen, dass eine Stelle in Deutschland unbesetzt bleibe, weil ein Arbeitsuchender in einen anderen Mitgliedstaat vermittelt worden sei.

81. Ähnliches gelte für das Problem einer durch Abwanderung qualifizierter Arbeitnehmer ungünstigen Entwicklung der Struktur des deutschen Arbeitsmarkts. Angesichts der hohen Arbeitslosigkeitsrate in Deutschland könne eine solche Gefahr derzeit, insbesondere für den zeitlich überschaubaren Geltungsrahmen der Regelung über Vermittlungsgutscheine, nicht erkannt werden.

82. Die Kommission teilt die Ansicht des vorlegenden Gerichts. Auch sie bezweifelt, dass eine kausale Beziehung zwischen dem Beitragseinnahmeverlust in Deutschland und der Vermittlung eines Arbeitsuchenden in einen anderen Mitgliedstaat besteht. Das Gleichgewicht des deutschen Sozialversicherungssystems sei nicht gefährdet. Sozialversicherungsbeiträge gingen nämlich allenfalls in geringem Ausmaß verloren. Zudem komme es zu Einsparungen bei den Leistungen der Sozialversicherung, weil der Ver-

mittelte nicht mehr als Arbeit suchend geführt werde, so dass ihm im Herkunftsmitgliedstaat auch keine Arbeitslosenunterstützung mehr zu zahlen sei.

83. Zur Abwanderung qualifizierter Arbeitskräfte stellt die Kommission zunächst fest, das so formulierte Ziel, die Abwanderung von Arbeitnehmern zu verhindern, könne keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen, der die Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer rechtfertigen könnte.

84. Selbst wenn man ein solches Ziel aber als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkennen wolle, sei diese Befürchtung angesichts der hohen Arbeitslosigkeit nur in wenigen Bereichen berechtigt. Zu bedenken sei ferner, dass ein Vermittlungsgutschein erst ausgestellt werde, wenn ein Arbeitsuchender nach drei Monaten noch nicht habe vermittelt werden können. Folglich gelangten nur jene Arbeitsuchende in den Genuss eines Vermittlungsgutscheins, die auf dem Arbeitsmarkt nicht gefragt seien, weil für ihre Fertigkeiten kein Bedarf bestehe. Eine nationale Regelung, die grundsätzlich eine Vermittlung in einen anderen Mitgliedstaat behindere, gehe über das Erforderliche hinaus und sei daher im Hinblick auf das Ziel, die Abwanderung qualifizierter Arbeitnehmer zu verhindern, unverhältnismäßig.

85. Die deutsche Regierung macht geltend, die Arbeitsförderung verbleibe auch nach Einfügung des Beschäftigungstitels in den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft durch den Vertrag von Amsterdam und trotz des Umstands, dass die Förderung der Beschäftigung eine Angelegenheit von gemeinsamen Interesse der Mitgliedstaaten darstelle, in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, so dass diese eine eigenständige Beschäftigungspolitik verfolgen könnten [34].

86. Der mit § 421g SGB III eingeführte Vermittlungsgutschein stelle ein neues Instrument dieser Beschäftigungspolitik dar, das zur Erprobung und deshalb befristet bis 31. Dezember 2006 gelte. Neben der Öffnung des Arbeitsvermittlungsmarkts für private Vermittler diene die Erprobung dieses Instruments dazu, die Effizienz der Vermittlung von Arbeitsuchenden zu erhöhen und die Arbeitslosigkeit in Deutschland zu verringern. Es handele sich daher um ein zwingendes Allgemeininteresse.

87. Die Mitgliedstaaten verfügten über einen Freiraum zur Erprobung neuer arbeitsmarktpolitischer Instrumente. Dies beinhalte auch, dass ein solches Instrument auf das Inland beschränkt werde. Es sei daher sachlich gerechtfertigt, Arbeitsförderungsmaßnahmen, die sich auf den Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedstaats auswirken könnten,

34 — Diese Rechtfertigungsgründe finden sich in den schriftlichen Ausführungen der deutschen Regierung zur Dienstleistungsfreiheit. Die Erörterungen in der mündlichen Verhandlung haben jedoch ergeben, dass sie auch im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer gelten.

auf den nationalen Arbeitsmarkt zu beschränken.

88. Da § 421g SGB III eine Entlastung des Arbeitsuchenden von den Vermittlungskosten vorsehe, die aus dem deutschen Sozialversicherungssystem finanziert würden, sollten nur solche Vermittlungen begünstigt werden, die auch zu einer Finanzierung dieses Systems beitrügen. Die Regelung über die Vermittlungsgutscheine solle die Effizienz der Arbeitsvermittlung steigern und damit die Dauer der Arbeitslosigkeit der Arbeitsuchenden verringern. In Anbetracht der großen Zahl freier Stellen in Deutschland und der Notwendigkeit, die Zahl der Beitragszahler zu erhöhen, trage diese Reglung dazu bei, das langfristige Gleichgewicht des deutschen Sozialversicherungssystems zu gewährleisten.

89. Ich glaube nicht, dass das Argument, der Vermittlungsgutschein sei ein neues Instrument der von der Bundesrepublik Deutschland verfolgten Beschäftigungspolitik, anders als die deutsche Regierung darzutun versucht, für sich genommen die Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer rechtfertigen kann.

90. Denn auch wenn die Zuständigkeit für die Festlegung ihrer Beschäftigungspolitik bei den Mitgliedstaaten bleibt und die Gemeinschaft in dem in den Artikeln 125 EG bis 130 EG festgelegten Rahmen nur eine koordinierende und orientierende Rolle übernehmen soll, müssen die Mitgliedstaaten diese Befugnis doch unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften, ausüben.

91. Mehrere Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, wie die Artikel 2 EG und 2 EU, zeigen ferner, dass die Schaffung eines Raumes ohne Binnengrenzen als ein Mittel gedacht ist, um in der Gemeinschaft ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz zu erreichen. Nach Artikel 126 Absatz 2 EG haben die Mitgliedstaaten außerdem die Förderung der Beschäftigung als „Angelegenheit von gemeinsamem Interesse" zu betrachten.

92. Die Notwendigkeit, die Mobilität von Arbeitskräften innerhalb der Gemeinschaft zu fördern, wird vom Gemeinschaftsgesetzgeber schon seit langem bekräftigt. So heißt es in der dritten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1612/68:

„Die Freizügigkeit ist ein Grundrecht der Arbeitnehmer und ihrer Familien; die Mobilität der Arbeitskräfte innerhalb der Gemeinschaft soll für den Arbeitnehmer eines der Mittel sein, die ihm die Möglichkeit einer Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbe-

dingungen garantieren und damit auch seinen sozialen Aufstieg erleichtern, wobei gleichzeitig der Bedarf der Wirtschaft der Mitgliedstaaten befriedigt wird; allen Arbeitnehmern der Mitgliedstaaten muß das Recht zuerkannt werden, eine von ihnen gewählte Tätigkeit innerhalb der Gemeinschaft auszuüben."

93. Diese Mobilität wird im Jahr 2006, das von der Kommission zum „Europäischen Jahr der Mobilität der Arbeitnehmer" erklärt worden ist, mehr denn je gefördert. Im Rahmen der Sozialpolitischen Agenda, die den Zeitraum von 2006–2010 abdeckt, möchte die Kommission einen „echten europäischen Arbeitsmarkt" schaffen, was insbesondere die Beseitigung der „noch bestehenden unmittelbaren und mittelbaren Hemmnisse" voraussetzt" [35].

94. Dies führt mich zu der Annahme, dass ein von einem Mitgliedstaat im Rahmen seiner Beschäftigungspolitik neu eingeführtes Instrument die Mobilität der Arbeitnehmer nicht allein deshalb einschränken darf, weil es zu einem Bereich gehört, der noch größtenteils in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.

95. Was nun die Rechtfertigungsgründe der Notwendigkeit, das Gleichgewicht des deutschen Sozialversicherungssystems langfristig zu sichern, und der Verhinderung der Abwanderung qualifizierter Arbeitskräfte angeht, so ist daran zu erinnern, dass eine Maßnahme, die die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beeinträchtigt, nach ständiger Rechtsprechung nur dann zulässig ist, wenn sie einen berechtigten Zweck verfolgt, der mit dem Vertrag vereinbar ist, und aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. In einem derartigen Fall muss die Anwendung einer solchen Maßnahme aber geeignet sein, die Verwirklichung des in Rede stehenden Zweckes zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zweckes erforderlich ist [36].

96. Ebenfalls nach ständiger Rechtsprechung können rein wirtschaftliche Motive keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses darstellen, die eine Beschränkung einer vom Vertrag garantierten Grundfreiheit rechtfertigen könnten [37]. Der Gerichtshof hat jedoch in seinem Urteil Kohll [38] anerkannt, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen solchen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann.

35 — Mitteilung der Kommission vom 9. Februar 2005 über die Sozialpolitische Agenda (KOM[2005] 33 endg., S. 8). Besondere, auf Gemeinschaftsebene eingeführte Instrumente, wie das EURES (European employment services) genannte Netz der europäischen Arbeitsverwaltungen, tragen zur „Integration der europäischen Arbeitsmärkte" bei (vgl. fünfte Begründungserwägung der Entscheidung 2003/8/EG der Kommission vom 23. Dezember 2002 zur Durchführung der Verordnung Nr. 1612/68 des Rates hinsichtlich der Zusammenführung und des Ausgleichs von Stellenangeboten und Arbeitsgesuchen [ABl. 2003, L 5, S. 16]). Vor diesem Hintergrund ist es die Aufgabe von EURES, den Informationsaustausch und die Zusammenarbeit zwischen den Arbeitsverwaltungen der Mitgliedstaaten weiter voranzubringen.

36 — Vgl. u. a. Urteil Kranemann (Randnr. 33 und die dort zitierte Rechtsprechung).

37 — Ebenda, Randnr. 34 und die dort zitierte Rechtsprechung.

38 — Urteil vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-158/96 (Slg. 1998, I-1931, Randnr. 41). Siehe auch Urteile des Gerichtshofes vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-368/98 (Vanbraekel u. a., Slg. 2001, I-5363, Randnr. 47) und in der Rechtssache C-157/99 (Smits und Peerbooms, Slg. 2001, I-5473, Randnr. 72).

97. Mit dem vorlegenden Gericht und der Kommission bin ich der Ansicht, dass in der vorliegenden Rechtssache eine solche Gefährdung nicht dargetan ist.

98. Ich bin nämlich nicht davon überzeugt, dass die Vermittlung eines Arbeitsuchenden in einen anderen Mitgliedstaat automatisch zu einem Verlust an Beitragseinnahmen in Deutschland führt. Zum einen dürfte eine freie Stelle angesichts der hohen Arbeitslosigkeit in diesem Mitgliedstaat schnell durch einen anderen dort registrierten Arbeitsuchenden besetzt werden. Zum anderen ist die Mobilität der Arbeitnehmer keine Einbahnstraße. Die Abwanderung eines Arbeitsuchenden dürfte durch die Zuwanderung eines anderen Arbeitsuchenden ausgeglichen werden, der sich auf eine tatsächlich angebotene Stelle in Deutschland bewerben möchte.

99. Meines Erachtens ist daher nicht nachgewiesen, dass zwischen dem Verlust an Beitragseinnahmen in Deutschland und der Vermittlung eines Arbeitsuchenden in einen anderen Mitgliedstaat eine kausale Beziehung besteht.

100. Darüber hinaus bedeutet — wie die Kommission ausgeführt hat — die Vermittlung eines Arbeitsuchenden in einen anderen Mitgliedstaat, dass er in Deutschland keine Arbeitslosenunterstützung mehr beziehen darf. Daraus ergeben sich Einsparungen für das zur Zahlung dieser Leistungen verpflichtete deutsche System.

101. Was den Rechtfertigungsgrund der Verhinderung der Abwanderung qualifizierter Arbeitnehmer betrifft, so ist zunächst zu prüfen, ob er zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört, auf die sich ein Mitgliedstaat berufen kann.

102. Meiner Ansicht nach sollte sich ein Mitgliedstaat grundsätzlich auf diesen Rechtfertigungsgrund berufen können. Es sollte anerkannt werden, dass ein Mitgliedstaat ein berechtigtes Interesse an der Aufrechterhaltung eines gewissen Gleichgewichts in der Struktur seines Arbeitsmarkts haben kann.

103. Dies bedeutet meines Erachtens jedoch, dass dieser Rechtfertigungsgrund nur dann vertretbar ist, wenn er sich auf eine Maßnahme bezieht, die einen besonderen Sektor dieses Arbeitsmarkts betrifft, der durch bestimmte Strukturschwächen, wie z. B. eine unzureichende Zahl von qualifizierten Arbeitnehmern, gekennzeichnet ist.

104. Demnach kann ein solcher Rechtfertigungsgrund nicht in Bezug auf eine allgemeine Maßnahme wie die deutsche Regelung über die Vermittlungsgutscheine an-

erkannt werden, deren Geltung nicht auf einen bestimmten Beschäftigungssektor beschränkt ist. In einem solchen Fall geht diese Regelung, da sie allgemein auf im Inland vermittelte Arbeitsuchende beschränkt ist, über das hinaus, was zur Erreichung des Zieles, die Abwanderung qualifizierter Arbeitskräfte zu verhindern, erforderlich ist, und ist daher unverhältnismäßig.

105. Auf die Ausführungen, die die deutsche Regierung zu diesem Punkt in der mündlichen Verhandlung gemacht hat, möchte ich schließlich erwidern, dass mich der Hinweis auf das, was der Gerichtshof zu den Beihilfen für Arbeitsuchende entschieden hat, nämlich dass es „als legitim angesehen werden [kann], dass ein Mitgliedstaat eine solche Beihilfe erst gewährt, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitsuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats festgestellt wurde“ [39], nicht überzeugen kann.

106. Die vorliegende Rechtssache stellt nämlich die Notwendigkeit einer solchen Verbindung für die Gewährung eines Vermittlungsgutscheins an einen Arbeitsuchenden wie Herrn Halacz nicht in Frage. Es ist hier unstreitig, dass dieser, um einen Vermittlungsgutschein beanspruchen zu können, die Voraussetzungen des § 421g Absatz 1 Satz 1 SGB III erfüllen muss, die eine Verbundenheit des Arbeitsuchenden mit dem nationalen Arbeitsmarkt belegen [40].

107. Meines Erachtens kann sich der Herkunftsstaat nach dieser Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht auf die Voraussetzung einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitsuchenden mit dem nationalen Arbeitsmarkt berufen, wenn sich — wie im Ausgangsverfahren — ein Arbeitsuchender, der dort keine Arbeit findet, um eine in einem anderen Mitgliedstaat tatsächlich angebotene Stelle bewerben möchte.

108. Aus alledem ergibt sich meiner Ansicht nach, dass Artikel 39 EG so auszulegen ist, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der des Ausgangsverfahrens entgegensteht, nach der eine nationale Arbeitsagentur die von einem Arbeitsuchenden geschuldete Vermittlungsgebühr dem privaten Vermitt-

39 — Urteil Collins (Randnr. 69). Vgl. in diesem Sinne auch Urteile des Gerichtshofes vom 11. Juli 2002 in der Rechtssache C-224/98 (D'Hoop, Slg. 2002, I-6191, Randnr. 38) und Ioannidis (Randnr. 30). Wie Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Collins ausgeführt hat, kann ein solches Erfordernis „gerechtfertigt sein ..., um den so genannten Sozialtourismus von Personen zu verhindern, die von Staat zu Staat reisen, um beitragsunabhängige Leistungen in Anspruch zu nehmen, und um Missbräuche zu verhindern“ (Nr. 75).

40 — Wie ausgeführt, haben nach dieser Vorschrift Arbeitnehmer, die Anspruch auf Arbeitslosengeld oder Arbeitslosenhilfe haben und nach einer Arbeitslosigkeit von drei Monaten noch nicht vermittelt sind, oder die eine Beschäftigung ausüben, die als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme oder als Strukturanpassungsmaßnahme gefördert wird, Anspruch auf einen Vermittlungsgutschein.

ler allenfalls dann zu zahlen hat, wenn die von diesem vermittelte Beschäftigung in diesem Mitgliedstaat sozialversicherungspflichtig ist.

109. An diesem Punkt meiner Erörterung möchte ich festhalten, dass sich der Gerichtshof meines Erachtens auf eine Prüfung des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens am Maßstab der Freizügigkeit der Arbeitnehmer beschränken sollte. Denn diese Grundfreiheit ist es, die meiner Ansicht nach im Mittelpunkt dieses Rechtsstreits steht.

110. Wie ausgeführt, begünstigt die Regelung über die Vermittlungsgutscheine unmittelbar die Arbeitsuchenden. Da die Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes diesen Arbeitsuchenden Rechte gewähren, ist es daher notwendig, aber auch ausreichend, eine solche Regelung am Maßstab dieser Grundfreiheit zu prüfen.

111. Zwar bringt es die Besonderheit der Arbeitsvermittlung mit sich, dass der Arbeitsuchende dabei ein doppeltes Gesicht hat. Als Partei eines mit einem privaten Vermittler geschlossenen Vermittlungsvertrags besitzt er auch die Eigenschaft eines Dienstleistungsempfängers.

112. Im Hinblick auf die Prüfung der Vereinbarkeit der deutschen Regelung über die Vermittlungsgutscheine mit dem Gemeinschaftsrecht erscheint mir diese Eigenschaft im Verhältnis zu der des „Arbeitnehmers" im Sinne des Artikels 39 EG jedoch von nachrangiger Bedeutung.

113. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, festzustellen, dass Artikel 49 EG hier keiner Auslegung bedarf.

114. Für den Fall, dass der Gerichtshof meine Auffassung nicht teilen sollte, prüfe ich das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen jedoch hilfsweise unter dem Aspekt der Dienstleistungsfreiheit.

2. Dienstleistungsfreiheit

a) Anwendbarkeit der Gemeinschaftsvorschriften über die Dienstleistungsfreiheit

115. Zur Anwendbarkeit von Artikel 49 EG im Rahmen des Ausgangsverfahrens trägt die Kommission vor, die Tätigkeit der Arbeitsvermittlung sei eine Dienstleistung im Sinne des Artikels 50 EG und der vorliegende Sachverhalt weise einen Auslandsbezug auf.

Zwar sei die Dienstleistung von einer in Deutschland niedergelassenen Gesellschaft an einen in Deutschland ansässigen Arbeitsuchenden erbracht worden. Die Dienstleistung selbst weise aber einen Auslandsbezug auf, da die Vermittlung einer Stelle in den Niederlanden nur dadurch möglich gewesen sei, dass der Dienstleistungserbringer Kontakte in die Niederlande geknüpft habe.

116. Die deutsche Regierung bezweifelt, dass ein grenzüberschreitender Bezug darin gesehen werden kann, dass der Arbeitgeber, an den der Arbeitsuchende vermittelt worden ist, in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist. Ein solcher Bezug bestünde dann, wenn sich ein Arbeitsuchender an einen privaten Vermittler in einem anderen Mitgliedstaat gewandt hätte.

117. In Bezug auf dieses Vorbringen ist zunächst daran zu erinnern, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass es sich bei der Arbeitsvermittlung um eine Dienstleistung im Sinne der Artikel 49 EG und 50 EG handelt [41].

118. Sodann bin ich entgegen dem Vorbringen der deutschen Regierung der Ansicht, dass der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens einen hinreichenden Auslandsbezug aufweist.

119. Der Gerichtshof hat entschieden, dass Artikel 49 EG selbst dann anwendbar ist, wenn der Dienstleistungserbringer und der Dienstleistungsempfänger im gleichen Mitgliedstaat ansässig sind, sofern die Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wird [42].

120. Im Ausgangsrechtsstreit liegt der grenzüberschreitende Bezug darin, dass die Arbeitsuche, die einen wesentlichen Bestandteil der Vermittlungstätigkeit ausmacht, vom privaten Vermittler in einem anderen Mitgliedstaat vorgenommen wurde. Darüber hinaus liegt es nahe, dass der Dienstleistungserbringer im Rahmen der Ausführung eines Vermittlungsvertrags Kontakte mit potenziellen Arbeitgebern in anderen Mitgliedstaaten unterhält, um die Chancen einer Vermittlung zu erhöhen.

121. Dass ein Arbeitsuchender und ein privater Vermittler, die beide im selben Mitgliedstaat ansässig sind, einen Vermittlungsvertrag geschlossen haben, steht daher meines Erachtens der Anwendbarkeit von Artikel 49 EG nicht entgegen, da die Arbeitsuche, um die es bei der Vermittlung in

41 — Urteil des Gerichtshofes vom 18. Januar 1979 in den Rechtssachen 110/78 und 111/78 (Van Wesemael u. a., Slg. 1979, 35, Randnr. 7).

42 — Vgl. in diesem Sinne u. a. Urteil des Gerichtshofes vom 28. Oktober 1999 in der Rechtssache C-55/98 (Vestergaard, Slg. 1999, I-7641, Randnr. 18).

erster Linie geht, in einem anderen Mitgliedstaat erfolgt ist [43].

werde, wenn er in eine Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat vermittelt werde.

b) Vorliegen einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

123. Für die deutsche Regierung ist die Frage, ob eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ausländischer Vermittler vorliegt, in Anbetracht des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens hypothetisch.

122. Das vorlegende Gericht führt aus [44], dass ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit im Sinne des Artikels 49 Absatz 1 EG insoweit möglich erscheine, als Vermittler in Deutschland indirekt daran gehindert würden, ihre Tätigkeit auf Arbeitsvermittlung in einen anderen Mitgliedstaat zu erstrecken, und als ausländische Vermittler indirekt daran gehindert würden, deutsche Arbeitslose in einen anderen Mitgliedstaat zu vermitteln, wenn die allein auf das deutsche Recht gestützte Auslegung des § 421g SGB III maßgeblich sein sollte. Wegen ihrer Nähe zu Arbeitgebern in anderen Mitgliedstaaten dürften nach Ansicht des Gerichts die ausländischen Vermittler eher in der Lage sein, die deutschen Arbeitslosen in andere Mitgliedstaaten zu vermitteln. Daher würden diese Vermittler in ihrer Tätigkeit wahrscheinlich stärker benachteiligt, wenn § 421g SGB III dahin zu verstehen wäre, dass der Arbeitsuchende von seiner Vergütungspflicht nicht freigestellt

124. Jedenfalls enthalte die Regelung des § 421g SGB III keine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Eine direkte oder indirekte Diskriminierung zwischen den in Deutschland und den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen privaten Vermittlern liege nicht vor. Denn Letztere könnten ihre Dienste in Deutschland unter denselben Bedingungen anbieten wie die inländischen Vermittler. Auch werde ein Vermittler mit Sitz außerhalb Deutschlands durch § 421g SGB III bei einer Vermittlung ins Ausland nicht schlechter gestellt als ein Vermittler mit Sitz in Deutschland. Diese Vorschrift regele letztlich nur, wer dem privaten Vermittler — unabhängig von seinem Sitz — bei erfolgreicher Vermittlung die Vergütung zu zahlen habe.

43 — Demgegenüber hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 40) entschieden, „dass sich ein Personalberatungsunternehmen eines Mitgliedstaats für die Vermittlung von Angehörigen dieses Mitgliedstaats an Unternehmen desselben Staates nicht auf die Artikel 7 und 59 EWG-Vertrag [nach Änderung jetzt Artikel 12 EG und 49 EG] berufen kann".

44 — Ziffer 3.2.2 des Vorlagebeschlusses.

125. In der vorliegenden Rechtssache werde der Dienstleistungserbringer von dem Staat, in dem er seinen Sitz habe, nicht daran

gehindert, seine Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben. Der Zugang zum Markt der Arbeitsvermittlung in einem anderen Mitgliedstaat werde daher durch § 421g SGB III nicht behindert.

126. Die Kommission weist darauf hin, dass der Arbeitsuchende, der als Empfänger der Vermittlungsleistung zu betrachten sei, nur dann Anspruch auf die Übernahme der Vergütung des privaten Vermittlers durch die Bundesrepublik Deutschland habe, wenn die Vermittlung in ein Arbeitsverhältnis im Inland erfolge. Habe die Dienstleistung jedoch einen Auslandsbezug und werde der Dienstleistungsempfänger in ein Arbeitsverhältnis in einem anderen Mitgliedstaat vermittelt, würden die Vermittlungskosten nicht von der Bundesrepublik Deutschland getragen. Der Dienstleistungsempfänger werde daher schlechter behandelt, wenn eine Vermittlung ins Ausland erfolge, so dass eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vorliege, die — wie in der Rechtssache Vestergaard — ausschließlich auf den Ort der Erbringung der Dienstleistung gestützt sei.

127. Ich möchte erstens mit der deutschen Regierung feststellen, dass die Frage, ob nach deutschem Recht eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit privater Vermittler mit Sitz außerhalb Deutschlands vorliegt, in Anbetracht des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens hypothetisch ist. Daher sollte der Gerichtshof Artikel 49 EG meines Erachtens insoweit nicht prüfen.

128. Zweitens stellt sich die Frage, ob die Dienstleistungsfreiheit eines in Deutschland ansässigen privaten Vermittlers beschränkt wird.

129. Insoweit steht fest, dass ein solcher Vermittler nach deutschem Recht nicht gehindert ist, seine Tätigkeit der Arbeitsvermittlung in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben. Könnte er davon abgehalten werden, weil die Vermittlungsvergütung bei einer Vermittlung seines Vertragspartners in einen anderen Mitgliedstaat vom Arbeitsuchenden und nicht von der Bundesagentur zu entrichten ist?

130. Wie die deutsche Regierung zutreffend ausgeführt hat, regelt § 421g SGB III im Kern die Frage, *wer* bei erfolgreicher Vermittlung die Vergütung des privaten Vermittlers zahlt. Bei einer Vermittlung in eine Beschäftigung in Deutschland erhält der private Vermittler seine Vergütung zumindest teilweise von der Bundesagentur. Bei einer Vermittlung in eine Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat hingegen bleibt der Arbeitsuchende verpflichtet, dem privaten Vermittler die gesamte Vergütung zu zahlen. In beiden Fällen behält der Vermittler jedoch den Anspruch auf die im Vermittlungsvertrag vereinbarte Vergütung. Die deutsche Regelung über die Vermittlungsgutscheine als solche hat daher nicht zur Folge, dass private

Vermittler mit Sitz in Deutschland, die ihre Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten erbringen, finanziell benachteiligt werden. Für diese Vermittler stellt eine solche Regelung meiner Ansicht nach deshalb keine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar.

c) Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

131. Drittens ist zu prüfen, ob eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Hinblick auf den Arbeitsuchenden als Dienstleistungsempfänger vorliegt.

132. Mit der Kommission bin ich der Meinung, dass in dieser Hinsicht durchaus eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vorliegt.

133. Da der Dienstleistungsempfänger dem privaten Vermittler nämlich selbst die Vergütung bezahlen muss, wenn die Dienstleistung, d. h. die Vermittlung, in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wird, während die Bundesagentur die Zahlung dieser Vergütung bei einer Vermittlung in Deutschland ganz oder teilweise übernimmt, enthält die deutsche Regelung über die Vermittlungsgutscheine eine Ungleichbehandlung je nach dem Ort der Erbringung der Dienstleistung. Eine solche Ungleichbehandlung ist jedoch nach Artikel 49 EG verboten, wie der Gerichtshof in seinem Urteil Vestergaard bereits entschieden hat [45].

134. Da die Gründe, die im vorliegenden Verfahren zur Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit angeführt wurden, denen entsprechen, die ich bereits im Zusammenhang mit der Freizügigkeit der Arbeitnehmer geprüft habe, verweise ich auf die Nummern 79 ff. dieser Schlussanträge.

135. Die vorstehend festgestellte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist demnach nicht hinreichend gerechtfertigt ist.

136. Daraus folgt, dass auch Artikel 49 EG so auszulegen ist, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der des Ausgangsverfahrens entgegensteht, nach der eine nationale Arbeitsagentur die von einem Arbeitsuchenden geschuldete Vermittlungs-

45 — Randnr. 22. Vgl. zu dieser Art der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auch Urteil des Gerichtshofes vom 10. März 2005 in der Rechtssache C-39/04 (Laboratoires Fournier, Slg. 2005, I-2057, Randnrn. 15 und 16).

gebühr dem privaten Vermittler allenfalls dann zu zahlen hat, wenn die von diesem vermittelte Beschäftigung in diesem Mitgliedstaat sozialversicherungspflichtig ist.

B — *Zu den Fragen 2 Buchstabe a und 4 Buchstabe a*

137. Mit diesen Fragen, die ich zusammen prüfe, möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des § 421g Absatz 1 Satz 2 SGB III möglich und erforderlich ist.

138. Wie bereits ausgeführt, ist das vorlegende Gericht selbst der Ansicht, dass eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung dieser Vorschrift dahin möglich ist, dass als „sozialversicherungspflichtige Beschäftigung" im Sinne der Vorschrift auch eine entsprechende Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft angesehen werden kann. Dieser Ausdruck ist in der Tat so allgemein, dass er meines Erachtens gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt werden kann.

139. Der Grundsatz, wonach der nationale Richter sein innerstaatliches Recht so auszulegen hat, dass die tatsächliche Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften ermöglicht wird, ist als Erstes im Zusammenhang mit der Durchführung von Richtlinien konkretisiert worden [46].

140. Als „vertragsimmanentes" [47] Gebot und Ausdruck der in Artikel 10 EG verankerten Pflicht zu loyaler Zusammenarbeit bezieht sich der Grundsatz der „konformen Auslegung" auf alle Normen des Gemeinschaftsrechts und damit auch auf die primärrechtlichen Bestimmungen [48].

141. Daraus folgt, dass das vorlegende Gericht § 421g Absatz 1 Satz 2 SGB III so weit wie möglich gemeinschaftsrechtskonform auslegen muss [49].

46 — So hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83 (Von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891, Randnr. 26) entschieden, dass die nationalen Gerichte das nationale Recht soweit wie möglich „im Licht des Wortlauts und des Zweckes der Richtlinie" auszulegen haben. Vgl. in diesem Sinne aus jüngerer Zeit Urteil des Gerichtshofes vom 4. Juli 2006 in der Rechtssache C-212/04 (Adeneler u. a., Slg. 2006, I-6057, Randnr. 108).

47 — Urteil des Gerichtshofes Adeneler u. a. (Randnr. 109).

48 — Vgl. z. B. Urteile des Gerichtshofes vom 4. Februar 1988 in der Rechtssache 157/86 (Murphy u. a., Slg. 1988, 673, Randnr. 11), vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-165/91 (Van Munster, Slg. 1994, I-4661, Randnr. 34) und vom 26. September 2000 in der Rechtssache C-262/97 (Engelbrecht, Slg. 2000, I-7321, Randnr. 39).

49 — Der Gerichtshof hat außerdem entschieden, dass, wenn eine solche konforme Anwendung nicht möglich ist, „das nationale Gericht verpflichtet [ist], das Gemeinschaftsrecht in vollem Umfang anzuwenden und die Rechte, die dieses dem Einzelnen einräumt, zu schützen, indem es notfalls jede [nationale] Bestimmung unangewandt lässt, deren Anwendung im konkreten Fall zu einem gemeinschaftsrechtswidrigen Ergebnis führen würde" (Urteil Engelbrecht, Randnr. 40).

142. In Anbetracht der Antwort auf die Fragen 2 Buchstabe a und 4 Buchstabe a, die ich dem Gerichtshof vorschlage, erübrigt sich eine Prüfung der Fragen 2 Buchstabe b und 4 Buchstabe b.

V — Ergebnis

143. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorabentscheidungsfragen des Sozialgerichts Berlin zu antworten:

1. Artikel 39 EG ist so auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der des Ausgangsverfahrens entgegensteht, nach der eine nationale Arbeitsagentur die von einem Arbeitsuchenden geschuldete Vermittlungsgebühr dem privaten Vermittler allenfalls dann zu zahlen hat, wenn die von diesem vermittelte Beschäftigung in diesem Mitgliedstaat sozialversicherungspflichtig ist.

2. Das vorlegende Gericht muss § 421g Absatz 1 Satz 2 des Dritten Buches des Sozialgesetzbuchs — Arbeitsförderung so weit wie möglich gemeinschaftsrechtskonform auslegen.