SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS vom 15. Januar 1991 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Die vorliegende Rechtssache ist aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des Oberlandesgerichts München beim Gerichtshof anhängig geworden. Sie wirft eine Reihe von Fragen nach der Anwendbarkeit der Bestimmungen des EWG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr und die Wettbewerbsregeln auf allem Anschein nach rein interne Verhältnisse eines Mitgliedstaats auf.

2. Die Kläger des Ausgangsverfahrens sind Personalberater deutscher Staatsangehörigkeit mit Unternehmenssitz in Deutschland. Die Beklagte ist eine Gesellschaft deutschen Rechts mit Sitz in München. Die Parteien schlossen einen Vertrag, wonach die Kläger die Beklagte bei der Einstellung eines Leiters der Verkaufsabteilung unterstützen sollten. Die Kläger präsentierten einen Bewerber, den sie als für die Stelle geeignet ansahen, und zwar Herrn R. Dechert, einen deutschen Staatsangehörigen. Die Beklagte beschloß jedoch, Herrn Dechert nicht einzustellen, und lehnte die Zahlung des vertraglich vereinbarten Entgelts an die Kläger ab, worauf diese vor den deutschen Gerichten klagten. Die Kläger können jedoch nach deutschem Recht nicht obsiegen, da der Vertrag nichtig ist; in Deutschland besitzt nämlich die Bundesanstalt für Arbeit, eine staatliche Stelle, ein Stellenvermittlungsmonopol, und private Stellenvermittlungsbüros sind gemäß einem Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) verboten. Die Kläger trugen vor, die deutschen Rechtsvorschriften über das Verbot privater Stellenvermittlungsbüros verstießen gegen bestimmte Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, insbesondere die Artikel 59 und 86 EWG-Vertrag. Das Oberlandesgericht München hat daher folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1) Ist die Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft durch Personalberatungsunternehmen eine Dienstleistung im Sinne von Artikel 60 Absatz 1 EWG-Vertrag, und ist die Vermittlung von Führungskräften mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt im Sinne der Artikel 66 und 55 EWG-Vertrag verbunden?

2) Stellt das in den §§ 4 und 13 AFG normierte vollständige Verbot der Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft durch deutsche Personalunternehmen eine durch das Allgemeininteresse gerechtfertigte Berufsregelung oder ein aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (Artikel 66 und 56 Absatz 1 EWG-Vertrag) gerechtfertigtes Monopol dar?

* Originalsprache: Englisch.

3) Kann sich ein deutsches Personalunternehmen bei der Vermittlung von Deutschen an deutsche Unternehmen auf die Artikel 7 und 59 EWG-Vertrag berufen?

4) Ist die Bundesanstalt für Arbeit bei der Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft im Hinblick auf Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag an die Vorschriften des EWG-Vertrags, insbesondere an Artikel 59 EWG-Vertrag, gebunden, und ist eine Monopolisierung der Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft eine mißbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag?

Hintergrund des Rechtsstreits

a) *Die IAO-Übereinkommen*

3. Vor einer Beantwortung der Vorlagefragen ist zunächst auf den Hintergrund des Rechtsstreits einzugehen. Die deutschen Rechtsvorschriften, die der Bundesanstalt für Arbeit ein Stellenvermittlungsmonopol einräumen und private Stellenvermittlungsbüros verbieten, gehen auf internationales Recht zurück. Nach dem Übereinkommen über die Arbeitsmarktverwaltung von 1948 (IAO-Übereinkommen Nr. 88, *International Labour Conventions and Recommendations* 1919-1981, S. 93) haben die Mitglieder der IAO eine öffentliche, unentgeltliche Arbeitsmarktverwaltung zu unterhalten oder für das Bestehen einer solchen Verwaltung zu sorgen (Artikel 1 Absatz 1). Hauptaufgabe der Arbeitsmarktverwaltung ist es, „nötigenfalls in Zusammenarbeit mit anderen beteiligten öffentlichen und privaten Stellen, die bestmögliche Organisation des Arbeitsmarktes als einen wesentlichen Teil des staatlichen Programmes zur Erzielung und Aufrechterhaltung der Vollbeschäftigung sowie zur Steigerung und Ausnützung der Produktionskräfte zu verwirklichen" (Artikel 1 Absatz 2).

4. Das Übereinkommen über Büros für entgeltliche Arbeitsvermittlung (Neufassung 1949, IAO-Übereinkommen Nr. 96, *International Labour Conventions and Recommendations* 1919-1981, S. 102) läßt den Mitgliedern, die das Übereinkommen ratifizieren, die Wahl zwischen der Annahme von Teil II des Übereinkommens, der die stufenweise Aufhebung der auf Gewinn gerichteten Büros für entgeltliche Arbeitsvermittlung vorsieht, oder der Annahme von Teil III des Übereinkommens, der eine Regelung für diese Büros vorsieht. Der zu Teil II gehörende Artikel 5 des Übereinkommens bestimmt, daß „die zuständige Behörde ... in Ausnahmefällen Befreiungen von der Regel der Aufhebung derartiger Büros in bezug auf die von der Gesetzgebung genau bezeichneten Kategorien von Personen zu gewähren [hat], für deren angemessene Vermittlung im Rahmen der öffentlichen Arbeitsmarktverwaltung nicht vorgesorgt werden kann, jedoch nur unter der Bedingung, daß in solchen Fällen die beteiligten Verbände der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer in geeigneter Weise angehört werden".

5. Das Übereinkommen Nr. 96 wurde von allen Mitgliedstaaten außer Dänemark und dem Vereinigten Königreich ratifiziert. Anzumerken ist, daß Deutschland sich den Bestimmungen des Teils II des Übereinkommens und nicht denen des Teils III unterstellte (Gesetz vom 15. April 1954; BGBl. II S. 456).

b) *Nationales Recht*

6. Das einschlägige nationale Recht ist größtenteils im Arbeitsförderungsgesetz (AFG) geregelt. Hauptziele des AFG sind die Sicherung eines hohen Beschäftigungsstands, die Verbesserung der Beschäftigungsstruktur und dadurch die Förderung des Wachstums der Wirtschaft (§ 1). Die Bundesanstalt für Arbeit (im folgenden: Bundesanstalt) wurde mit der Verwirklichung dieser Ziele betraut (§ 3). Nach § 4 darf die Arbeitsvermittlung nur von der Bundesanstalt, und zwar nach Maßgabe des § 18 Absatz 1 Satz 2 und des § 23 Absatz 1, betrieben werden. Der Begriff der Arbeitsvermittlung ist in § 13 Absatz 1 definiert; danach ist Arbeitsvermittlung eine Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen.

7. § 18 bestimmt:

„(1) Die Anwerbung und Arbeitsvermittlung für eine Beschäftigung im Auslande als Arbeitnehmer und die Anwerbung im Auslande sowie die Arbeitsvermittlung für eine Beschäftigung als Arbeitnehmer im Inlande führt die Bundesanstalt durch. Andere Einrichtungen und Personen bedürfen hierzu, sofern ihnen kein besonderer Auftrag nach § 23 Absatz 1 Satz 2 erteilt ist, der vorherigen Zustimmung der Bundesanstalt. Diese entscheidet unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen deutscher Arbeitnehmer und der deutschen Wirtschaft nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes ...

(2) Die Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften bleiben unberührt.

...“

8. § 23 Absatz 1 sieht vor:

„Die Bundesanstalt kann in Ausnahmefällen nach Anhörung der beteiligten Verbände der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer auf Antrag Einrichtungen oder Personen mit der Arbeitsvermittlung für einzelne Berufe oder Personengruppen beauftragen, wenn es für die Durchführung der Arbeitsvermittlung zweckmäßig ist. Die Anwerbung und Arbeitsvermittlung für eine Beschäftigung im Auslande als Arbeitnehmer und die Anwerbung im Auslande sowie die Arbeitsvermittlung für eine Beschäftigung als Arbeitnehmer im Inlande ist unbeschadet des § 18 Absatz 1 nur auf Grund eines besonderen Auftrages der Bundesanstalt zulässig.“

9. Anders als § 18 enthält § 23 keine Bestimmung hinsichtlich des Gemeinschaftsrechts.

10. Die Bundesanstalt erbringt ihre Dienstleistungen grundsätzlich unentgeltlich. Fallen überdurchschnittliche Aufwendungen an, so kann sie vom Arbeitgeber Gebühren erheben (§ 21). Die Bundesanstalt wird durch Beiträge finanziert, die von Arbeitnehmern und Arbeitgebern erhoben werden (§ 167).

11. Wer ohne Auftrag der Bundesanstalt nach § 23 Arbeitsvermittlung ausübt, begeht eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße bis zu 30 000 DM geahndet werden kann (§ 228). Wer ohne vorherige Zustimmung der Bundesanstalt nach § 18 oder ohne Auftrag der Bundesanstalt nach § 23 einen Arbeitnehmer für eine Beschäftigung als Arbeitnehmer im Ausland oder im Ausland für eine Beschäftigung als Arbeitnehmer im Inland anwirbt oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft (§ 227).

12. Nach § 134 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, grundsätzlich nichtig. Der Vorlagebeschluß führt mehrere Entscheidungen des Bundesgerichtshofes an, nach denen ein unter Verstoß gegen das Arbeitsförderungsgesetz geschlossener Arbeitsvermittlungsvertrag aufgrund dieser Vorschrift nichtig ist.

13. Die Auffassung, daß das Monopol der Bundesanstalt mit dem deutschen Verfassungsrecht vereinbar sei, blieb nicht unangefochten. So wurde 1967 in einem Rechtsstreit vor dem Bundesverfassungsgericht die Ansicht vertreten, das Monopol verstoße gegen Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes, wonach alle Deutschen das Recht haben, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Mit Urteil vom 4. April 1967 (BVerfGE 21, 245) entschied das Bundesverfassungsgericht, daß das Stellenvermittlungsmonopol nicht gegen das Grundgesetz verstoße. Es greife zwar in das Recht auf freie Berufswahl ein, sei aber in Anbetracht der in der Vergangenheit aufgetretenen Mißbräuche und wegen der Tatsache, daß die Bedürfnisse des Arbeitsmarkts durch eine einzige Einrichtung insgesamt wirksamer befriedigt werden könnten als durch eine Vielzahl von Unternehmen, durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt. Das Gericht prüfte insbesondere die Frage, ob das Monopol mit Rücksicht auf die besonderen Merkmale des Sektors der Führungskräfte auch in bezug auf deren Vermittlung gerechtfertigt sei. Es kam zu dem Schluß, daß der Gesetzgeber nicht verpflichtet sei, Führungskräfte vom Stellenvermittlungsmonopol auszuschließen, da dessen Wirksamkeit im Fall seiner Aufspaltung Schaden nehmen würde. Außerdem sei eine Abgrenzung zwischen einzelnen Berufen und Beschäftigtenkategorien in der Praxis schwierig, wenn nicht unmöglich.

c) *Die tatsächliche Lage auf dem Sektor der Stellenvermittlung von Führungskräften*

14. In den fünfziger Jahren wurde (der Kommission zufolge) deutlich, daß für die Vermittlung von Führungskräften ein besonderer Markt bestand. Daher wurden im Bereich der Vermittlung von Führungskräften Privatunternehmen als „Personalberater" tätig. Die Bundesanstalt reagierte auf zweierlei Weise auf diese Entwicklung:

i) Sie eröffnete 1954 ein besonderes Büro zur Vermittlung von Führungskräften und anderen hochqualifizierten Personalkategorien (A. Knigge, J. V. Ketelsen, D. Marschall und A. Wittrock, *Kommentar zum AFG*, 2. Auflage, Anmerkung 5 zu § 189, S. 1427). Den Erklärungen der Kommission zufolge hat dieses Büro die Aufgabe, hochqualifizierte Persönlichkeiten an größere Unternehmen zu vermitteln. Es ist unstrei-

tig, daß das Büro den Bedarf für eine Unterstützung bei der Einstellung von Führungskräften nicht in vollem Umfang decken kann. Nach Angaben der Kommission wirkt das Büro nur bei der Besetzung von 28 % der in Deutschland auf dem offenen Markt für Führungskräfte ausgeschriebenen Stellen mit. Dementsprechend gibt es auch weiterhin Personalberatungsunternehmen, die trotz der ihnen auferlegten Beschränkungen nach wie vor die Vermittlung von Führungskräften betreiben; den Klägern zufolge gibt es zwischen 700 und 800 derartige Unternehmen mit einem Gesamtjahresumsatz zwischen 750 Millionen und 1,2 Milliarden DM.

ii) 1957 veröffentlichte die Bundesanstalt einen Runderlaß, in dem sie sich bereit erklärte, die Vermittlungstätigkeit von Personalberatern in bezug auf Führungskräfte zuzulassen. Die den Erklärungen der Kommission beigefügte Neufassung des Runderlasses von 1970 gibt den Wortlaut einer Vereinbarung — zwischen der Bundesanstalt, dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände und dem Bund Deutscher Unternehmensberater — über die „Grundsätze zur Abgrenzung von Personalberatung und Arbeitsvermittlung bei der Besetzung von Stellen für Führungskräfte der Wirtschaft" wieder. Diese Vereinbarung versteht sich als Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des Arbeitsförderungsgesetzes. Sie beginnt mit der Bestimmung des Begriffs „Führungskräfte der Wirtschaft": Eine Führungskraft ist danach der Angestellte, der kraft besonderer Vertrauensstellung zum Arbeitgeber eine für Bestand und Entwicklung des Unternehmens entscheidende Schlüsselposition innehat, indem er bedeutende Arbeitgeberfunktionen ausübt oder hochqualifizierte Arbeit planender, prüfender, entwerfender, forschender oder beratender Art, im wesentlichen auf eigener Entschlußkraft beruhend und mit erhöhter Verantwortlichkeit, ausführt (Nr. 1.1.1 des Runderlasses).

15. Sodann unterscheidet die Vereinbarung zwischen Personalberatung, die von privaten Unternehmen betrieben werden darf, und Arbeitsvermittlung, die der Bundesanstalt vorbehalten ist. Arbeitsvermittlung wird wie in § 13 Absatz 1 AFG definiert. Personalberatung wird dahin gehend definiert, daß eine solche dann vorliegt, wenn ein Personalberater im Rahmen eines Beratungsauftrags auch bei der Suche und Auswahl von Führungskräften der Wirtschaft für die Besetzung offener Führungspositionen mitwirkt (Nr. 1.2). Ein Personalberater, dem für einen konkreten Einzelfall durch ein Unternehmen der Auftrag erteilt wurde, bei der Besetzung offener Führungspositionen mitzuwirken, kann Anzeigen des Unternehmens in Zeitungen und Zeitschriften aufgeben (Nr. 2.1). Nach Nr. 2.2 darf ein Personalberater unter anderem nicht

— bei der Suche und Auswahl anderer Personen als Führungskräften mitwirken;

— bei der Suche und Auswahl mitwirken, ohne von einem Unternehmen im konkreten Einzelfall beauftragt zu sein;

— sich im eigenen Namen mit Anzeigen an Führungskräfte der Wirtschaft oder an Unternehmen wenden;

— Bewerber, die sich in einer bestimmten Stellenangelegenheit an ihn gewandt haben, für andere offene Stellen präsentieren;

— Bewerberkarteien führen;

— Bewerber- oder Stellenlisten herausgeben;

— nach der Besetzung der fraglichen Stelle Bewerbungsunterlagen zurückbehalten;

— von Bewerbern ein Entgelt verlangen oder annehmen.

16. Schließlich regelt die Vereinbarung bestimmte Formen der Zusammenarbeit zwischen Personalberatern und der eigenen Arbeitsvermittlungsstelle der Bundesanstalt.

17. Obwohl die im Runderlaß der Bundesanstalt wiedergegebene Vereinbarung als „Auslegung" des Arbeitsförderungsgesetzes beschrieben wird, ist klar, daß sie in Wirklichkeit von diesem Gesetz insoweit abweicht, als Personalberatern bestimmte Tätigkeiten erlaubt werden, die sich als Arbeitsvermittlung im Sinne des § 13 Absatz 1 AFG darstellen und deshalb gemäß § 4 AFG ausschließlich der Bundesanstalt vorbehalten sind. Der Runderlaß ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß solche Tätigkeiten ungesetzlich sind, wenn sie von privaten Unternehmen ausgeübt werden, und daß auf eine derartige Tätigkeit gerichtete Verträge nichtig sind. Das führt dazu, daß Büros zur Stellungsvermittlung von Führungskräften sich in einer völlig anomalen Situation befinden: Ihre Tätigkeit wird von den Behörden offen geduldet, so daß sie nicht Gefahr laufen, sich strafrechtlichen oder verwaltungsrechtlichen Sanktionen auszusetzen; trotzdem ist ihre Tätigkeit ungesetzlich, so daß sie vertragliche Forderungen nicht vor Gericht durchsetzen können.

Frage 1

18. Weder Frage 1 noch Frage 2 braucht bei Verneinung von Frage 3 beantwortet zu werden. Da Frage 1 jedoch aus verhältnismäßig unkomplizierten Teilfragen besteht, die auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes beantwortet werden können, werde ich mich ihnen direkt zuwenden.

Der erste Teil der Frage

19. Mit dem ersten Teil von Frage 1 soll geklärt werden, ob die Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft durch Personalberatungsunternehmen eine Dienstleistung im Sinne des Artikels 60 Absatz 1 EWG-Vertrag darstellt. Diese Bestimmung definiert Dienstleistungen wie folgt:

„Dienstleistungen im Sinne dieses Vertrages sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen."

20. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß die Vermittlung von Führungskräften durch Personalberater oder Stellenvermittler unter die obige Definition des Dienstleistungsbegriffs fällt. Dieser Punkt wird im vorliegenden Verfahren tatsächlich auch von keinem der Beteiligten des vorliegenden Verfahrens in Abrede gestellt. Gegen eine solche Auffassung könnte allein vorgebracht werden, daß in Deutschland die fragliche Dienstleistung normalerweise unentgeltlich von einer staatlichen Stelle erbracht wird. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß diese Dienstleistung auch von privaten Unternehmen erbracht wird — und zwar sowohl in Deutschland als auch in anderen Mitgliedstaaten und soweit die Bundesanstalt nicht versucht, ihr Monopol durchzusetzen — und daß diese privaten Unternehmen üblicherweise ein Entgelt für ihre Dienste erhalten. Jedenfalls ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes eindeutig, daß die von Büros für entgeltliche Arbeitsvermittlung erbrachten Leistungen unter die Definition des Begriffs „Dienstleistungen" des Artikels 60 Absatz 1 fallen: siehe verbundene Rechtssachen 110/78 und 111/78, Van Wesemael (Slg. 1979, 35), und Rechtssache 279/80, Webb (Slg. 1981, 3305).

Der zweite Teil der Frage

21. Der zweite Teil von Frage 1 geht dahin, ob die Vermittlung von Führungskräften mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Artikels 55 in Verbindung mit Artikel 66 EWG-Vertrag verbunden ist.

22. Ich sehe nicht, wie eine Berufung auf Artikel 55 im Zusammenhang mit der Arbeitsvermittlung möglich sein soll. Als Ausnahme von einer Grundregel des EWG-Vertrags ist Artikel 55 eng auszulegen: siehe Rechtssache 2/74, Reyners, Slg. 1974, 631, Randnr. 43. Der Ausdruck „öffentliche Gewalt" wurde von Generalanwalt Mayras in dieser Rechtssache (S. 664) wie folgt definiert:

„Die öffentliche Gewalt entspringt der staatlichen Herrschaftsmacht, dem staatlichen Imperium. Sie beinhaltet für denjenigen, der sie ausübt, die Möglichkeit, dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen."

23. Es ist schon zweifelhaft, ob die Bundesanstalt bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben öffentliche Gewalt im obengenannten Sinn ausübt. Mit Sicherheit würden aber private Unternehmen, sofern ihnen die Ausübung von Arbeitsvermittlung erlaubt wäre, keine öffentliche Gewalt ausüben. Weder üben die Kläger selbst öffentliche Gewalt aus noch würde dies ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen tun, wenn es von dem ihm zustehenden Recht auf Erbringung von Dienstleistungen nach Artikel 59 Gebrauch machte. Wenn somit bestimmte Unternehmen nach der allgemeinen Vorschrift des Artikels 59 berechtigt sind, in Deutschland Arbeitsvermittlung auszuüben, so können sie dieses Recht nicht durch die Ausnahmevorschrift des Artikels 55 verlieren.

24. Neben Artikel 55 ist noch ein weiterer Punkt zu erörtern, auch wenn er im vorliegenden Verfahren nicht unmittelbar zur Debatte steht. Wenn die Bundesanstalt bestimmten Personen nach § 23 AFG die Arbeitsvermittlung erlaubt, so wird dies im deutschen Recht als Delegation hoheitlicher Befugnisse angesehen: siehe Gagel, *Arbeitsförderungsgesetz-Kommentar,* Anmerkung 13 zu § 23. Trotzdem kann sich meines Erachtens die Bundesanstalt deshalb noch nicht auf die Vorschrift des Artikels 55 berufen

und es generell ablehnen, einem Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat eine Genehmigung zu erteilen. Ich sage das, weil ein aufgrund einer solchen Genehmigung tätiges privates Unternehmen nicht irgendein Sonderrecht gegenüber der Allgemeinheit ausübt. Daher darf die Bundesanstalt, wenn sie überhaupt von § 23 Gebrauch macht, dies nur in nichtdiskriminierender Weise tun.

Frage 2

25. Mit Frage 2 werden mehrere — komplexe und neuartige — Teilfragen aufgeworfen. Ich schlage deshalb vor, zuerst Frage 3 zu prüfen und auf Frage 2 nur zurückzukommen, falls es unter Berücksichtigung der Antwort auf Frage 3 notwendig ist.

Frage 3

26. Diese Frage geht dahin, ob sich ein deutsches Personalunternehmen bei der Vermittlung von Deutschen an deutsche Unternehmen auf Artikel 7 und 59 EWG-Vertrag berufen kann.

27. Zunächst ist zu prüfen, ob die Artikel 59 ff. EWG-Vertrag überhaupt für rein interne Verhältnisse eines Mitgliedstaats von Bedeutung sind. Mit Sicherheit läßt sich dem Wortlaut der Artikel 59 und 60 nichts entnehmen, was darauf schließen ließe, daß ein in Deutschland ansässiger deutscher Staatsangehöriger sich auf diese Vorschriften berufen kann, um in Deutschland eine nach deutschem Recht verbotene Tätigkeit auszuüben. Artikel 59 Absatz 1 verlangt die Aufhebung von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs „für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind". Nach Artikel 60 Absatz 3 kann der Erbringer der Leistung „seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt". Es ist kaum vorstellbar, daß sich jemand unter den Umständen des vorliegenden Falls auf diese Bestimmungen beruft. Es sei angemerkt, daß der Gerichtshof in der Rechtssache 115/78, Knoors (Slg. 1979, 399), ausgeführt hat, daß die Vertragsbestimmungen über die Niederlassung und den Dienstleistungsverkehr „nicht auf rein interne Verhältnisse eines Mitgliedstaats anwendbar" sind.

28. Die Kläger versuchen, dieses Hindernis durch das Argument zu überwinden, daß nach Artikel 59 die Erbringung von Dienstleistungen in Deutschland durch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Stellenvermittlungsbüro zulässig sei und daß die gleiche Möglichkeit wegen des in Artikel 7 niedergelegten Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit auch für deutsche Unternehmen bestehen müßte.

29. Es mag tatsächlich Fälle geben, in denen sich ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen, das für sich das Recht in Anspruch nimmt, in einem anderen Mitgliedstaat eine Dienstleistung zu erbringen, auf Artikel 59 berufen kann, auch wenn die fragliche Tätigkeit einem staatlichen Monopol im anderen Mitgliedstaat unterliegt. Es sollte erwähnt werden, daß Generalanwalt Warner in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache 52/79, Debauve (Slg. 1980, 833, 872), dargelegt hat, daß in einem Fall, in dem eine bestimmte Dienstleistung Gegenstand eines staatlichen Monopols ist, das konsequente Verbot der Erbringung dieser

Dienstleistung durch Privatpersonen sich nicht notwendig auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Personen erstrecke. Das bedeutet jedoch nicht, daß Unternehmen, die in dem Staat ansässig sind, in dem das Monopol errichtet wurde, sich über ein im nationalen Recht aufgestelltes Verbot hinwegsetzen und die dem Monopol zugewiesene Dienstleistung erbringen könnten. Andernfalls könnte kein Dienstleistungszweig mehr einem staatlichen Monopol unterstellt werden; daß die Mitgliedstaaten aber nach wie vor zur Einführung solcher Monopole berechtigt sind, ergibt sich eindeutig aus den Artikeln 90 und 222 EWG-Vertrag.

30. Es ist für mich nicht ersichtlich, in welcher Weise Artikel 7 EWG-Vertrag die obige Schlußfolgerung berühren kann. Es ist darauf hinzuweisen, daß Artikel 7 in erster Linie „Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit", nicht aber Diskriminierungen aufgrund des Niederlassungsorts einer Person betrifft. Natürlich kann die letztgenannte Diskriminierungsform von Artikel 7 mit umfaßt sein, sofern diese Bestimmung überhaupt Anwendung findet. Artikel 7 erzeugt aber nur Wirkungen „in seinem Anwendungsbereich" und „unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages". Im Verhältnis zu Artikel 7 stellt Artikel 59 eine lex specialis dar. Die Artikel 59 ff. können zwar als Vorschriften zur Durchführung des in Artikel 7 niedergelegten Diskriminierungsverbots auf dem Gebiet der Dienstleistungsfreiheit angesehen werden; diese Durchführung erfolgt jedoch in Übereinstimmung mit den eigenen Durchführungsbestimmungen der Artikel 59 ff., zu denen auch Artikel 60 Absatz 3 zählt. Sind nationale Rechtsvorschriften mit den Durchführungsbestimmungen der Artikel 59 ff. vereinbar, so sind sie auch mit Artikel 7 vereinbar: siehe Rechtssache 90/76, Van Ameyde (Slg. 1977, 1091, 1127), Randnr. 27. Artikel 59 betrifft jedoch nur die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen, wobei er in erster Linie sicherstellen soll, daß in einem Mitgliedstaat ansässige Unternehmen Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten erbringen können. Dieses Ziel wird in keiner Weise von einem deutschen Gesetz unterlaufen, das in Deutschland ansässigen Unternehmen die Erbringung bestimmter Dienstleistungen an deutsche Unternehmen in Deutschland verbietet.

31. Daraus folgt, daß Frage 3 zu verneinen ist. Daher braucht Frage 2 nicht geprüft zu werden.

Frage 4

32. Mit Frage 4 soll im wesentlichen geklärt werden, ob die Bundesanstalt im Hinblick auf Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag an die Vorschriften des EWG-Vertrags, insbesondere an Artikel 59 und die Wettbewerbsregeln, gebunden ist und ob die Erstreckung ihres Monopols auf den Bereich der Vermittlung von Führungskräften sowie die Beibehaltung von Rechtsvorschriften, die von privaten Stellenvermittlern geschlossene Verträge ungültig machen, gegen diese Vorschriften verstoßen.

33. Artikel 90 bestimmt:

„1. Die Mitgliedstaaten werden in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 7 und 85 bis 94 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

2. Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vor-

schriften dieses Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

3. ..."

34. Es ist zu bemerken, daß Frage 4 sich ausdrücklich nur auf Artikel 90 Absatz 2 bezieht. Absatz 1 wird im Vorlagebeschluß nicht erwähnt. In den schriftlichen Erklärungen und mündlichen Ausführungen ist die Aufmerksamkeit auf Absatz 2 gelenkt worden, obwohl auch Absatz 1 kurz zur Sprache kam. Vor dem Hintergrund der Rechtssache ist es meines Erachtens aber klar, daß das Oberlandesgericht eine Orientierungshilfe sucht, die die Bedeutung des ganzen Artikels 90 für den bei ihm anhängigen Rechtsstreit umfaßt. Jedenfalls sind die Absätze 1 und 2 in der vorliegenden Rechtssache so eng miteinander verknüpft, daß der eine nicht ohne den anderen geprüft werden kann.

35. Zur Wirkung des Artikels 90 in Verbindung mit Artikel 59 braucht meiner Ansicht nach nicht viel gesagt zu werden. Ich bin bereits bei meinen Ausführungen zu Frage 3 zu dem Ergebnis gelangt, daß Artikel 59 einen Mitgliedstaat nicht daran hindert, ein staatliches Monopol für die Erbringung bestimmter Dienstleistungen zu errichten und es den in diesem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen zu verbieten, die fraglichen Dienstleistungen in diesem Mitgliedstaat zu erbringen. Wenn Artikel 59 diese Wirkung nicht allein haben kann, kann er sie auch nicht in Verbindung mit Artikel 90 Absatz 1 — wonach die Mitgliedstaaten lediglich verpflichtet sind, in bezug auf öffentliche Unternehmen dem Vertrag widersprechende Maßnahmen aufzuheben — oder in Verbindung mit Artikel 90 Absatz 2 — wonach für diese Unternehmen die Vorschriften des EWG-Vertrags gelten — haben.

36. Das auf die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags gestützte Argument der Kläger hat dagegen mehr Gewicht. Es lautet wie folgt: Die Bundesanstalt sei ein „öffentliches Unternehmen" im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 und ein „Unternehmen, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist" im Sinne des Artikels 90 Absatz 2. Daher gälten für sie als solche die Vorschriften des EWG-Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihr übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindere. Die Bundesanstalt wäre nicht an der Erfüllung ihrer Aufgaben gehindert, wenn sie gezwungen wäre, im Bereich der Vermittlung von Führungskräften mit privaten Unternehmern in Wettbewerb zu treten. Da die Bundesanstalt ein gesetzliches Monopol innehabe, habe sie eine beherrschende Stellung auf dem Stellenvermittlungsmarkt. Sie habe diese beherrschende Stellung unter Verstoß gegen Artikel 86 EWG-Vertrag mißbräuchlich ausgenutzt. Der Mißbrauch bestehe bereits darin, daß sich das Monopol auf Tätigkeiten erstrecke, für die die Monopolisierung nicht durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt sei. Soweit die Bundesrepublik Deutschland diesen Mißbrauch möglich gemacht habe, indem sie die einschlägigen Bestimmungen des Arbeitsförderungsgesetzes beibehalten habe, habe sie gegen Artikel 90 Absatz 1 sowie gegen den allgemeinen Grundsatz verstoßen, daß Mitgliedstaaten keine Maßnahmen erlassen dürften, die die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft zunichte machten (vgl. Rechtssache 13/77, GB-Inno, Slg. 1977, 2115, Randnr. 30 f.).

37. Ein ähnlicher Standpunkt wird von der Kommission eingenommen, aber mit dem Unterschied, daß sie die mißbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung der Bundesanstalt darin sieht, daß diese die Nachfrage nach einer bestimmten Dienstleistung (nämlich der Vermittlung von Führungskräften), für die sie ein Monopol besitze, nicht befriedige.

38. Die übrigen Verfahrensbeteiligten haben zu Artikel 90 sehr wenig vorgetragen. Die Firma Macrotron, die Beklagte des Ausgangsverfahrens, bemerkt nur, daß ein Verstoß gegen die Artikel 86 und 90 nicht vorliegen könne, weil die Entscheidung, der Bundesanstalt ein Monopol einzuräumen, auf vorrangigen Erwägungen des Allgemeininteresses beruhe. Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland vertritt die Auffassung, daß für die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf die Arbeitsvermittlung kein Raum sei, da dieser Bereich durch die Entscheidung, ein staatliches Monopol im Allgemeininteresse ohne Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks zu schaffen, in vollem Umfang dem Wettbewerbsrecht entzogen sei.

39. Wenn die Kläger und die Kommission mit ihrem Vorbringen durchdringen sollten, wird eine Reihe von Punkten zu klären sein. Außer der Schlüsselfrage, ob die Bundesanstalt ihre beherrschende Stellung tatsächlich mißbräuchlich ausgenutzt hat, wirft meines Erachtens aber keiner dieser Punkte große Schwierigkeiten auf.

40. Es fällt gewiß nicht schwer, zu akzeptieren, daß die Bundesanstalt, die in § 189 AFG als „rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung" bezeichnet wird, ein „öffentliches Unternehmen" im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 und ein „Unternehmen, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist" im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 ist. Als ein solches öffentliches Unternehmen unterliegt sie — im Gegensatz zur Auffassung der deutschen Regierung — den Wettbewerbsregeln und den anderen Vorschriften des EWG-Vertrags, wenn nicht nachgewiesen werden kann, daß die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung ihrer Aufgaben verhindert. Die Aufgaben der Bundesanstalt sind in § 3 AFG festgelegt; die wichtigste davon im Hinblick auf die vorliegende Rechtssache ist die Arbeitsvermittlung. Es läßt sich nicht behaupten, daß die Bundesanstalt an der Erfüllung dieser oder jeder anderen ihrer Aufgaben gehindert wäre, wenn sie gezwungen wäre, im Bereich der Vermittlung von Führungskräften mit privaten Wirtschaftsteilnehmern in Wettbewerb zu treten. Das wird, worauf die Kommission hingewiesen hat, durch den Runderlaß belegt, in dem die Bundesanstalt sich bereit erklärte, privaten Unternehmen bestimmte Arten der Arbeitsvermittlung in Form von Personalberatung zu erlauben.

41. Es steht ebenfalls außer Zweifel, daß die Bundesanstalt eine beherrschende Stellung auf dem Markt der Arbeitsvermittlung innehat, da das AFG ihr ein gesetzliches Monopol einräumt, das diesen ganzen Markt abdeckt. Unter diesen Umständen halte ich es nicht für notwendig, zu prüfen, ob die Stellenvermittlung für Führungskräfte einen besonderen Markt darstellt.

42. Was die Fragen angeht, ob die Bundesanstalt ihre beherrschende Stellung mißbräuchlich ausgenutzt hat und ob ein solcher Mißbrauch etwa den Handelsverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt, so handelt es sich hierbei letztlich um Fragen, die vom nationalen Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände beantwortet werden müssen. Der Gerichtshof kann nur eine Orientierungshilfe hinsichtlich der maßge-

benden Kriterien des Gemeinschaftsrechts liefern.

43. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die bloße Inhaberschaft einer beherrschenden Stellung selbst noch keinen Mißbrauch darstellt. Daher ist der zweite Teil von Frage 4, der dahin geht, ob die Monopolisierung der Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellt, zu verneinen, sofern auf den Wortlaut der Frage abgestellt wird. Auch wenn der Gerichtshof die Auffassung vertreten hat, daß ein Mißbrauch vorliegen kann, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese dadurch verstärkt, daß es die Kontrolle über einen Mitbewerber erwirbt (Rechtssache 6/72, Europemballage und Continental Can, Slg. 1973, 215), kann ich mir eine Auslegung der Artikel 86 und 90 in dem Sinne, daß ein Mißbrauch vorliegt, wenn ein Mitgliedstaat einem staatlichen Unternehmen oder Organ eine Monopolstellung einräumt, nicht denken. Wenn die Kläger behaupten, daß bereits dann eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung vorliege, wenn die Monopolstellung weiter reicht als nach dem Allgemeininteresse notwendig, so überdehnen sie meines Erachtens den Wortlaut des Artikels 86. Würde man dieser Auffassung folgen, so würde das bedeuten, daß Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 das Recht der Mitgliedstaaten, bestimmte Wirtschaftsbereiche zu verstaatlichen, allgemein beschränken würde; dann könnte eine Verstaatlichung nur vorgenommen werden, soweit sie durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt wäre. Derartige Beschränkungen werden natürlich von bestimmten nationalen Verfassungen (zum Beispiel Artikel 43 der italienischen Verfassung und Artikel 128 der spanischen Verfassung) vorgeschrieben. Eine solche Bestimmung fehlt jedoch im Gemeinschaftsrecht; im Gegenteil, aus Artikel 222 EWG-Vertrag ergibt sich eindeutig, daß es Sache des nationalen Rechts ist, festzulegen, in welchem Umfang die Mitgliedstaaten bestimmte Wirtschaftsbereiche verstaatlichen können.

44. Nach Auffassung der Kommission kann ein Mißbrauch dann vorliegen, wenn das mit einem Monopol betraute öffentliche Unternehmen die Nachfrage nach den vom Monopol umfaßten Dienstleistungen nicht befriedigt. Dazu führt sie aus, die Bundesanstalt sei schon seit langem nicht mehr in der Lage, die Nachfrage nach Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Einstellung von Führungskräften zu befriedigen, was daraus deutlich werde, daß sie Bewerber nur auf 28 % der freien Stellen vermittele und daß sie ihrem eigenen Runderlaß zufolge auf ihr Monopol im Bereich der Vermittlung von Führungskräften verzichte. Das Zusammenwirken der deutschen Rechtsvorschriften, die private Vermittlungsbüros verböten, und des Verhaltens der Bundesanstalt, das in der Nichtbefriedigung einer eindeutig bestehenden Nachfrage liege, führe zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne des Artikels 86 Absatz 2 Buchstabe b. Die Kommission sieht ihre Auffassung durch das Urteil in der Rechtssache 238/87, Volvo (Slg. 1988, 6211), bestätigt. In diesem Urteil hat der Gerichtshof die Auffassung vertreten, daß der Inhaber eines Geschmacksmusterrechts an Kraftfahrzeugteilen durch Artikel 86 an der Ausübung seines ausschließlichen Rechts gehindert sein kann, wenn er eine beherrschende Stellung in der Weise mißbräuchlich ausnutzt, daß er keine Ersatzteile für ein Fahrzeugmodell mehr herstellt, von dem noch viele Fahrzeuge verkehren. Anzumerken ist, daß der Gerichtshof in der Rechtssache 53/87, Renault (Slg. 1988, 6039), in der am selben Tag das Urteil erging, eine identische Formulierung gebraucht hat.

45. Der Ansicht der Kommission ist in vielen Punkten zuzustimmen. Zugegebenerma-

ßen mag es streng erscheinen, das Verhalten der Bundesanstalt als mißbräuchlich anzusehen. Die Akten enthalten keinen Anhaltspunkt für die Annahme, daß sie sich nicht nach Kräften bemüht hätte, die Nachfrage im Zusammenhang mit der Unterstützung bei der Einstellung von Führungskräften zu befriedigen. Außerdem hat sie ihr Monopol aus freiem Entschluß dadurch gelockert, daß sie sich bereit erklärte, den Wettbewerb von privaten Wirtschaftsteilnehmern zu dulden (auch wenn man die Ansicht vertreten kann, daß sie von ihren Befugnissen nach § 23 AFG, der bisher offenbar nur auf Mannequin- und Künstleragenturen angewandt worden ist, in großzügigerer Weise hätte Gebrauch machen können). Gleichwohl führt das Zusammenwirken der deutschen Rechtsvorschriften mit dem Umstand, daß die Bundesanstalt die Nachfrage nicht befriedigt hat, dazu, daß der Verbraucher (zum Beispiel der eine Führungskraft suchende Arbeitgeber oder die eine Stelle suchende Führungskraft) nicht die Dienstleistung erhält, die er erwarten darf und die er nahezu sicher erhalten würde, wenn der fragliche Sektor der Regelung über den vom EWG-Vertrag angestrebten freien Wettbewerb unterliegen würde. Im Ergebnis befindet sich der Arbeitgeber oder die Führungskraft, der beziehungsweise die die Dienstleistungen eines Stellenvermittlers in Anspruch nehmen möchte, wahrscheinlich in der gleichen Lage wie der Eigentümer eines Volvo, der kein neues Karosserieteil für sein Fahrzeug bekommen kann, weil der Inhaber des Geschmacksmusterrechts für diese Teile diese nicht herstellt und es ablehnt, die Herstellung einem anderen zu gestatten.

46. Zwar besteht zwischen der vorliegenden Rechtssache und den Rechtssachen Volvo und Renault auf den ersten Blick kein unmittelbarer Zusammenhang, trotzdem lassen sich diese Rechtssachen möglicherweise heranziehen, um den allgemeinen Grundsatz zu veranschaulichen, daß immer dann, wenn jemandem nach nationalem Recht ein ausschließliches Recht eingeräumt worden ist — sei es in Form eines Patents, eines Geschmacksmusterrechts oder eines Monopols im Hinblick auf die Erbringung bestimmter Dienstleistungen — und er die von dem ausschließlichen Recht umfaßten Waren oder Dienstleistungen nicht herstellt beziehungsweise erbringt, diese Unterlassung zur mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung führen kann, so daß dann das Verbot des Artikels 86 eingreift, soweit der Mißbrauch geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Dieses Verbot hat zur Folge, daß das ausschließliche Recht nicht länger ausgeübt werden darf.

47. Denkbar wäre es, die Auffassung zu vertreten, daß ein Fall wie der vorliegende dann nicht unter Artikel 86 falle, wenn das beherrschende Unternehmen es nicht absichtlich unterläßt, für die Verfügbarkeit der fraglichen Dienstleistungen zu sorgen. Man könnte nämlich einen Unterschied zwischen dem vorliegenden Fall und dem Fall sehen, daß die Erbringung von Dienstleistungen absichtlich abgelehnt wird, und deshalb der Ansicht sein, nur der letztgenannte falle unter das Verbot des Artikels 86. Jedoch läßt sich der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung in Artikel 86 meines Erachtens nicht in dieser Weise beschränken. Wie der Gerichtshof ausgeführt hat, handelt es sich hierbei vielmehr um einen objektiven Begriff bezüglich der Verhaltensweisen eines beherrschenden Unternehmens und findet Artikel 86 dann Anwendung, wenn beispielsweise durch diese Verhaltensweisen die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung behindert wird: siehe Rechtssache 85/76, Hoffmann-La Roche/Kommission (Slg. 1979, 461, 541). Da es um einen objektiven Begriff geht, kann ein Mißbrauch unabhängig vom Vorliegen eines Verschuldens des beherrschenden Unternehmens gegeben sein. Artikel 86 kann daher meiner Ansicht nach durchaus auf einen Sachverhalt wie den vorliegenden angewandt werden. Diese Auslegung wird durch den Zweck des Artikels 86 bestätigt, der auch den Schutz des Verbrauchers vor möglichen

schädlichen Auswirkungen übermäßiger Marktmacht umfaßt; mit Artikel 86 soll soweit wie möglich sichergestellt werden, daß die Verhaltensweisen des beherrschenden Unternehmens nicht dazu führen, daß dem Verbraucher die Vorteile genommen werden, mit denen er als Ergebnis des normalen Spiels der Marktkräfte rechnen kann.

48. Was die Kriterien für die Beurteilung der Frage angeht, ob der Mißbrauch dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, so ist zunächst festzustellen, daß nur eine potentielle Wirkung nachgewiesen werden muß. Nach Artikel 86 ist nicht der Nachweis erforderlich, daß das mißbräuchliche Verhalten den Handel zwischen Mitgliedstaaten tatsächlich beeinträchtigt hat, sondern der, daß dieses Verhalten geeignet ist, eine derartige Wirkung zu entfalten: Rechtssache 322/81, Michelin/Kommission (Slg. 1983, 3461). Daher ist Artikel 86 nicht schon deshalb unanwendbar, weil dem vorliegenden Rechtsstreit rein interne Verhältnisse zugrunde liegen.

49 Sodann ist zu sagen, daß das in der vorliegenden Rechtssache umstrittene Monopol durchaus eine Reihe von Aspekten aufweist, die die Feststellung rechtfertigen könnten, daß es geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Man stelle sich einmal vor, ein in Frankreich ansässiges Unternehmen wollte in Deutschland ein Vertriebsnetz einrichten, wozu es eine Führungskraft benötigt, die mit dem deutschen Markt vertraut ist. Die nächstliegende Vorgehensweise wäre die, ein deutsches Personalberatungsunternehmen damit zu beauftragen, einen geeigneten Bewerber nachzuweisen. Dieser Weg ist dem Unternehmen jedoch bei Geltung des Monopols der Bundesanstalt verwehrt. Statt dessen muß es mit den unzulänglichen Diensten der Bundesanstalt vorlieb nehmen oder aber auf seine eigene Erfindungsgabe zurückgreifen und das unangenehme Geschäft betreiben, eine Anzeige in eine ausländische Zeitung zu setzen und ausländische Bewerber zu prüfen, deren Ausbildungsnachweise und sonstige Qualifikationen es kaum wird beurteilen können. Und wenn sich nun das Unternehmen an die Bundesanstalt gewandt hätte, die definitionsgemäß eine nationale Betrachtungsweise verfolgen muß, wäre dann diese Einrichtung in der Lage, den speziellen Bedarf eines Auftraggebers aus einem anderen Mitgliedstaat zu befriedigen? Um ein anderes Beispiel zu nennen: Man stelle sich vor, ein im gesamten Gemeinsamen Markt tätiges deutsches Unternehmen wollte seine leitenden Angestellten auf gemeinschaftsweiter Grundlage einstellen. Es würde sich naturgemäß an ein deutsches Stellenvermittlungsbüro mit Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten wenden wollen. Ein solches Büro wird aber bei Geltung des Monopols der Bundesanstalt nicht existieren. Und die Bundesanstalt selbst wird wahrscheinlich nicht in der Lage sein, eine Dienstleistung zu erbringen, bei der es auf einen gemeinschaftsweiten Blickwinkel ankommt. Unter diesen Umständen würde sich meines Erachtens die Schlußfolgerung kaum umgehen lassen, daß dann, wenn das Monopol der Bundesanstalt zu einem Mißbrauch führt, dieser Mißbrauch auch geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

50. Kommt das nationale Gericht zu dem Schluß, daß eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung vorliegt und daß der Mißbrauch geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, so sind die Folgen dieser Feststellung für die gerichtliche Durchsetzbarkeit des Vertrags zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens im Lichte des Artikels 90 Absatz 1 zu prüfen. Soweit die deutschen Rechtsvorschriften, die der Bundesanstalt ein Monopol einräumen und anderen die Vermittlungstätigkeit verbieten und deren Verträge undurchsetzbar machen, zu einer mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung führen, müssen sie als gegen diesen Vertrag verstoßende Maßnahmen angesehen werden und dürfen als sol-

che nicht mehr beibehalten werden. Jedenfalls dürfen Mitgliedstaaten keine Maßnahmen, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten: siehe zum Beispiel Rechtssache 267/86, Van Eycke (Slg. 1988, 4769, 4791, Randnr. 16).

51. Es läßt sich nicht geltend machen, daß das Übereinkommen Nr. 96 die deutschen Behörden daran hindere, die fraglichen Maßnahmen zu ändern. Zwar wird mit Artikel 234 EWG-Vertrag angestrebt, die Wirkungen internationaler Übereinkommen, die vor Inkrafttreten des Vertrages geschlossen wurden, zu bewahren. Wie die Kommission jedoch deutlich macht, steht es der deutschen Regierung gemäß dem oben in Nr. 4 erwähnten Artikel 5 des Übereinkommens frei, in bezug auf bestimmte Personenkategorien Ausnahmen von dem allgemeinen Verbot zuzulassen.

52. Abschließend sind einige Worte zur unmittelbaren Wirkung des Artikels 90 zu sagen. Absatz 1 dieser Bestimmung muß meines Erachtens unmittelbare Wirkung zukommen, soweit er es den Mitgliedstaaten verbietet, Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die einer Vorschrift mit ihrerseits unmittelbarer Wirkung widersprechen: siehe Wyatt und Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, 2. Auflage, S. 524.

53. Der Gerichtshof hat vereinzelt entschieden, daß Artikel 90 Absatz 2 keine unmittelbare Wirkung haben kann, und zwar zum Teil deshalb, weil Absatz 3 der Kommission im Hinblick auf die Anwendung des Artikels 90 ein Ermessen einräumt: siehe insbesondere Rechtssache 10/71, Muller (Slg. 1971, 723). Aus der späteren Rechtsprechung des Gerichtshofes geht jedoch eindeutig hervor, daß, wenn Artikel 90 Absatz 2 die unmittelbare Wirkung abgesprochen wird, damit eigentlich nur gemeint ist, daß die darin enthaltene teilweise Abweichung von den gewöhnlichen Vorschriften des Vertrages zugunsten bestimmter Unternehmen keine unmittelbare Wirkung hat: siehe Rechtssache 155/73, Sacchi (Slg. 1974, 409), Rechtssache 172/82, Fabricants raffineurs d'huile de graissage (Slg. 1983, 555), und Rechtssache 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen u. a. (Slg. 1989, 803). Soweit Artikel 90 Absatz 2 aber bestätigt, daß auf die fraglichen Unternehmen grundsätzlich Vorschriften wie Artikel 86 Anwendung finden, kann er das nationale Gericht offensichtlich nicht daran hindern, diesen Vorschriften Geltung zu verschaffen, und zwar besonders in einem Fall, in dem es völlig klar ist, daß ihre Anwendung die Erfüllung der dem fraglichen Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben nicht vereiteln würde.

54. Nach alledem bin ich der Meinung, daß die dem Gerichtshof vom Oberlandesgericht München vorgelegten Fragen wie folgt beantwortet werden sollten:

1) Die Tätigkeiten eines Unternehmens, das künftigen Arbeitgebern arbeitsuchende Personen präsentiert, stellen Dienstleistungen im Sinne des Artikels 60 Absatz 1 EWG-Vertrag dar.

2) Wer berechtigt ist, sich für die Erbringung dieser Dienstleistungen auf die Artikel 59 ff. EWG-Vertrag zu berufen, kann hieran nicht mit der Begründung gehindert werden, die fraglichen Tätigkeiten seien mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Artikels 55 EWG-Vertrag verbunden.

3) Wird nach dem Recht eines Mitgliedstaats ein staatliches Monopol im Bereich der Arbeitsvermittlung errichtet und ist es privaten Unternehmen nach diesem Recht verboten, derartige Tätigkeiten auszuüben, so kann sich ein in diesem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen nicht auf die Artikel 7 und 59 EWG-Vertrag berufen, um für sich das Recht in Anspruch zu nehmen, Personen, die die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats besitzen und dort wohnen, an ein in diesem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen zu vermitteln.

4) Wird nach dem Recht eines Mitgliedstaats ein solches Monopol errichtet und befriedigt die mit der Durchführung des Monopols betraute Einrichtung die Nachfrage nach den betreffenden Dienstleistungen offensichtlich nicht, so kann diese Unterlassung unter Berücksichtigung des Artikels 90 Absatz 2 EWG-Vertrag eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag darstellen, soweit sie geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

5) Unter diesen Umständen steht Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag der Anwendung nationaler Rechtsvorschriften entgegen, die dazu führen würden, anderen Personen die Erbringung derartiger Dienstleistungen zu verbieten und deren Verträge undurchführbar zu machen.