

Bundessozialgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 35 Abs. 1 Satz 1, 36 SGB III; 1, 3 ProstG

- 1. Die Vermittlung von Arbeitssuchenden umfasst nach § 35 Abs. 1 Satz 2 SGB III idF des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes vom 24. März 1997 (BGBl I 594) u.a. alle Tätigkeiten, die darauf gerichtet sind, Arbeitssuchende mit Arbeitgebern zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses zusammenzuführen.**
- 2. Zu diesen Tätigkeiten gehören nicht nur die konkreten unmittelbaren Vermittlungsbemühungen, sondern bereits auch Vorbereitungshandlungen wie etwa die Entgegennahme von Arbeitsangeboten, Arbeitsgesuchen usw. Nach Abs. 2 Satz 1 der Vorschrift hat die Agentur für Arbeit durch Vermittlung u.a. darauf hinzuwirken, dass Arbeitssuchende eine Arbeitsstelle und Arbeitgeber geeignete Arbeitnehmer erhalten.**
- 3. Daraus folgt, dass derjenige, der Vermittlung durch die Agentur für Arbeit geltend macht, ein subjektiv-öffentliches Recht auf deren Tätigwerden hat.**
- 4. Eine Arbeitsvermittlung in die Prostitution, die mit der entgeltlichen Vornahme sexueller Handlungen oder anderer Dienstleistungen mit eindeutig sexuellem Bezug verbunden ist, beraubt den Anbietenden, auch wenn er nicht zur Leistung verpflichtet ist, seiner Subjektqualität und der Freiheit in seiner Intimsphäre.**
- 5. Die Grundrechtsbindung der Beklagten als Träger öffentlicher Verwaltung nach Art 1 Abs. 3, Art 20 Abs. 2 GG gilt objektiv und ist unabhängig von einem etwaigen Verzicht einzelner Arbeitssuchender auf die entsprechende Schutzwirkung. Menschenwürde in diesem Sinn ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Achtung und der Schutz des Wertes, der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt.**
- 6. Für den Bereich der Arbeitsvermittlung unter Beachtung der beschäftigungspolitischen Zielsetzung des SGB III kann deshalb nicht entscheidend sein, ob die Prostitution als solche unter dem Gesichtspunkt eines Wandels der Wertvorstellungen noch einem sozialetischen Unwerturteil unterliegt oder nicht.**
- 7. Eine im Bereich der Prostitution unterbleibende Vermittlungstätigkeit der Beklagten berührt zwar die Berufsfreiheit der Prostituierten und der Bordellbetreiber, wie des Klägers. Indes stehen beide Grundrechte unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung (Art 2 Abs. 1 GG) bzw. kollidierenden Verfassungsrechts.**

8. Ein Ausschluss der Arbeitsvermittlung im Bereich der Prostitution vermeidet die Gefahr, dass der Arbeitslose ungewollt mit Stellenangeboten aus diesem Bereich konfrontiert wird. Es erübrigt sich ferner auch die schwierige Abgrenzungsfrage, inwieweit einem Arbeitslosen Beschäftigungen im Bereich der Prostitution nach den Umständen des Einzelfalles zumutbar sind.

BSG, Urteil vom 06.05.2009 – B 11 AL 11/08 R

Tatbestand:

Der Kläger begehrt von der beklagten Bundesagentur für Arbeit (BA) die Vermittlung von Prostituierten.

Der Kläger betreibt in S ein Bordell, in welchem Prostituierte als Selbständige sexuelle Dienstleistungen gegenüber Dritten erbringen. Im Rahmen vertraglicher Vereinbarungen mit den Prostituierten stellt der Kläger diesen u.a. ausgestattete Räume gegen Entgelt zur Verfügung. Er beabsichtigt nach seinen Angaben, in Zukunft Arbeitsverhältnisse mit Prostituierten zu begründen, die für ihn im Rahmen sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse tätig sein sollen. Mit Schreiben vom 17. Mai 2004 bat der Kläger die Beklagte um Vermittlung deutscher Prostituiertes sowie Prostituiertes aus den EU-Mitgliedstaaten. Art der Tätigkeit sei die Vornahme sexueller Handlungen. Es heißt weiter:

"Gesucht wird eine Frau und/oder ein bisexuell veranlagter Mann für Massagen, den zärtlichen Bereich, Geschlechts- und/oder Oralverkehr. Erfahrungen im Prostitutionsgewerbe sind von Vorteil. Ein schlankes und gepflegtes Äußeres wird erwartet. Equipment wie Hygieneartikel, Bettwäsche, Kondome und Getränke werden vom Arbeitgeber gestellt."

Die Beklagte lehnte die Annahme des Vermittlungsauftrages ab, da die Entgegennahme und Ausführung des Antrages gegen die guten Sitten verstoße und sie deshalb nach § 36 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) nicht vermittlerisch tätig werden dürfe (Bescheid vom 8. Juni 2004; Widerspruchsbescheid vom 24. August 2004).

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 4. Mai 2006). Auf die Berufung des Klägers hat das Landessozialgericht Rheinland-Pfalz (LSG) das erstinstanzliche Urteil geändert, den Bescheid vom 8. Juni 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. August 2004 aufgehoben und die Beklagte verurteilt, über den Vermittlungsantrag des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden (Urteil vom 24. Januar 2008). In den Entscheidungsgründen hat das LSG u.a. ausgeführt: Der angefochtene Bescheid der Beklagten sei rechtswidrig. Allerdings habe der Kläger keinen Anspruch darauf, dass die Beklagte seinen Vermittlungsauftrag vom 17. Mai 2004 annehme. Er könne vielmehr nur verlangen, dass diese in ermessensfehlerfreier Weise darüber entscheide, ob sie den Vermittlungsauftrag annehme und ggf. auf

welche Weise sie ihn wahrnehme. Anspruchsgrundlage sei § 35 Abs. 1 Satz 1 SGB III, wonach die Agentur für Arbeit u.a. auch Arbeitgebern Ausbildungsvermittlung und Arbeitsvermittlung (Vermittlung) anzubieten habe. Wer eine Vermittlung durch die BA geltend mache, habe ein subjektiv-öffentliches Recht auf deren Tätigwerden. Die Entscheidung über ein Vermittlungsbegehren erfolge durch Ausübung und im Rahmen eines durch das Gesetz eingeräumten Ermessens, wie durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ([BSG], Urteil vom 25. Juli 1985 – 7 RAr 33/84) bereits geklärt sei. Die Beklagte habe ihre Entscheidung zu Unrecht auf das Absolute Vermittlungsverbot des § 36 Abs. 1 SGB III gestützt. Die Arbeitsverhältnisse, in die sie nach dem Antrag des Klägers vermitteln solle, verstießen nicht gegen die guten Sitten. Letzteres ergebe sich aus dem Prostitutionsgesetz (ProstG) vom 20. Dezember 2001 und dem darin zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willen. Der Vertrag zwischen Prostituierten und Kunden sowie Bordellbetreibern sei grundsätzlich auch nicht teilweise sittenwidrig, und zwar auch nicht in Bezug auf die Vornahme sexueller Handlungen. Gegenteiliges lasse sich auch nicht aus den Grundwertungen des Grundgesetzes (GG) entnehmen, weil nach dem ProstG eine vertragliche Verpflichtung der Prostituierten zur Vornahme sexueller Handlungen gerade nicht bestehe. Die Vereinbarung über die Vornahme sexueller Handlungen gegen Entgelt sei vom Gesetzgeber als einseitig verpflichtender Vertrag ausgestaltet worden. Die Kunden und die Bordellbetreiber hätten indes gegenüber Prostituierten keinen Anspruch auf die Vornahme sexueller Handlungen. Da die Beklagte zu Unrecht vom Vorliegen eines Absoluten Vermittlungsverbotes ausgegangen sei, habe sie kein Ermessen ausgeübt; es müsse daher ein Bescheidungsurteil ergehen. Die Voraussetzungen für eine so genannte Ermessensreduzierung auf Null dahingehend, dass nur eine Ablehnung des Vermittlungsersuchens des Klägers rechtsfehlerfrei sei, lägen nicht vor.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt der Kläger eine Verletzung von § 35 Abs. 1 SGB III. Entgegen der Rechtsansicht des LSG und der vereinzelt in der Literatur (Rademacker in Hauck/Noftz, SGB III, § 35 RdNr 38) unter Heranziehung von § 3 Abs. 5 SGB III geäußerten Ansicht sei der Beklagten hinsichtlich der Frage, ob sie vermittelnde Tätigkeiten aufnehmen müsse, kein Ermessen eingeräumt. Einen Spielraum habe die Beklagte lediglich hinsichtlich der Frage, wie sie die Vermittlungsbemühungen ausgestalte. § 3 Abs. 5 SGB III beziehe sich nur auf die Art und den Umfang einzelner Leistungen, nicht aber auf die Tätigkeit dem Grunde nach. Ebenso ergebe sich aus der vom LSG angeführten Rechtsprechung des BSG für eine Entscheidung nach § 35 SGB III ein zweistufiger Entscheidungsgang, nämlich die Entscheidung über das "Ob" des Tätigwerdens und die Auswahl unter verschiedenen denkbaren Vermittlungsmöglichkeiten. Eine Entscheidung gegen die Aufnahme jeglicher Vermittlungstätigkeit könne nicht ergehen, da damit sein, des Klägers, subjektiv-öffentliches Recht auf ein Tätigwerden der Beklagten verletzt werde. Auch wenn man davon ausgehen sollte, dass der Beklagten hinsichtlich der Frage, ob sie Vermittlungsbemühungen aufnehme, Ermessen zukomme, sei dieses in seinem Fall auf Null reduziert. Der Gesetzgeber des ProstG habe die Prostitution als Beruf zugelassen und in den Schutz der Sozialversicherung einbezogen. Die

Beklagte könne seinen Vermittlungswunsch nicht als arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitisch unerwünscht ablehnen. Vielmehr sei sie insoweit zur Neutralität verpflichtet. Eine Versagung der Vermittlungstätigkeit und eine auf diese Weise ausgeübte Berufs- und Arbeitsmarktlenkung sei verfassungswidrig und verletze insbesondere Art 12 und Art 2 Abs. 1 GG.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 24. Januar 2008 und das Urteil des Sozialgerichts Speyer vom 4. Mai 2006 sowie den Bescheid der Beklagten vom 8. Juni 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. August 2004 aufzuheben und diese zu verurteilen, den Vermittlungsauftrag des Klägers vom 17. Mai 2004, gerichtet auf die Vermittlung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zur Erbringung sexueller Dienstleistungen gegenüber Dritten, anzunehmen.

Die Beklagte beantragt, die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt – im Wege der Anschlussrevision –, das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 24. Januar 2008 aufzuheben, soweit dieses das Urteil des Sozialgerichts Speyer vom 4. Mai 2006 abgeändert, den Bescheid vom 8. Juni 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. August 2004 aufgehoben und die Beklagte verpflichtet hat, über den Vermittlungsantrag des Klägers vom 17. Mai 2004 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden, und die Berufung insgesamt zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Anschlussrevision zurückzuweisen.

Die Beklagte rügt eine Verletzung von § 35 SGB III, § 39 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Erstes Buch (SGB I) sowie des § 35 Abs. 1 Satz 3 und des § 42 Satz 1 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X). Entgegen der Rechtsansicht des LSG habe sie bei der Ablehnung des Vermittlungsauftrags des Klägers kein Ermessen ausüben müssen. Vielmehr liege ein Fall der Ermessensreduzierung auf Null vor. Sie erfülle mit der Arbeitsvermittlung eine öffentliche Aufgabe im Rahmen der beschäftigungspolitischen Zielsetzungen der Bundesregierung. Nach dem vorgelegten "Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten" vom Januar 2007 könne in Deutschland derzeit nicht von einem gesellschaftlichen Konsens hinsichtlich der moralisch-ethischen Bewertung von Prostitution und der daraus für staatliches Handeln zu ziehenden Konsequenzen ausgegangen werden. Sie habe sich deshalb aus grundsätzlichen Erwägungen dafür entschieden, keine Arbeitsvermittlung im Bereich der Prostitution vorzunehmen, da sie sonst die Prostitution direkt fördern würde. Auch die Bundesregierung, an deren beschäftigungspolitischen Zielsetzungen sie sich bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu orientieren habe (vgl. u.a. § 1 SGB III), habe sich im o.g. Bericht ausdrücklich gegen eine Arbeitsvermittlung in die Prostitution ausgesprochen. Für Prostituierte sei zwar seit Einführung des ProstG der Zugang zur Sozialversicherung erleichtert worden. In der Praxis werde dies aber kaum genutzt, wie der Bericht der Bundesregierung zeige. Nur 1 % aller Prostituierten hätten einen Arbeitsvertrag, 87 % seien

krankenversichert, ein Drittel von ihnen jedoch als Familienangehörige, die überwiegende Mehrheit nicht unter ihrer Berufsbezeichnung. Da die Ausübung von Prostitution nach wie vor erhebliche arbeits-, bau-, gewerbe-, sicherheits- und jugendschutzrechtliche Probleme mit sich bringe und auch der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung einen Makel der Prostitution in ethisch-moralischer Hinsicht nicht definitiv ausschließe, habe sie, die Beklagte, keine Entscheidungsalternative als die Ablehnung des klägerischen Vermittlungsgesuchs. Aber selbst dann, wenn kein Fall der Ermessensreduzierung auf Null angenommen werden könne, sei die unterlassene Ermessensausübung zumindest nach § 42 Satz 1 SGB X unbeachtlich, da die Verletzung der Pflicht zur Entscheidung nach Ermessen und deren Begründung die Entscheidung in der Sache – mangels Entscheidungsalternativen – nicht beeinflusst habe.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers ist zulässig; insbesondere fehlt es nicht an dem erforderlichen Rechtsschutzinteresse (vgl. Bundesverwaltungsgericht [BVerwG], Urteil vom 29. April 2004 – 3 C 25/03 – BVerwGE 121, 1; Keller in Meyer-Ladewig, SGG, 9. Aufl 2008, vor § 51 RdNr 16). Sie ist aber nicht begründet (§ 170 Abs. 1 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz [SGG]). Dagegen ist die Anschlussrevision der Beklagten, mit der sie sich gegen ihre Verurteilung zur Neubescheidung wendet, zulässig (§ 202 SGG iVm § 554 Zivilprozessordnung) und begründet (§ 170 Abs. 2 Satz 1 SGG). Die Beklagte ist nicht verpflichtet, dem Kläger aus Anlass seines Vermittlungsantrags vom 17. Mai 2004 Arbeitsvermittlung anzubieten. Der Bescheid vom 8. Juni 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. August 2004 ist rechtmäßig.

1. Die vom Kläger im Wege der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 54 Abs. 1 SGG) angefochtene Entscheidung der Beklagten ist rechtlich nicht zu beanstanden. Sie hat den Vermittlungsauftrag des Klägers zu Recht abgelehnt. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Arbeitsverhältnisse, deren Vermittlung der Kläger wünscht, unter das Vermittlungsverbot des § 36 Abs. 1 SGB III fallen, wonach die Agentur für Arbeit nicht vermitteln darf, wenn ein Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis begründet werden soll, das gegen ein Gesetz oder die guten Sitten verstößt. Denn auch wenn – entsprechend den Ausführungen des LSG – die Prostitution nicht mehr als sittenwidrig zu bewerten ist, folgt daraus keineswegs die Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger in diesem Bereich Arbeitsvermittlung anzubieten. Entgegen der Rechtsansicht der Revision begründet § 35 Abs. 1 SGB III keinen Rechtsanspruch des Klägers darauf, dass die Beklagte im Prostitutionsbereich vermittelnd für ihn tätig wird.

Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 SGB III in der hier maßgebenden Fassung des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003 (BGBl I 2848) hat die Agentur für Arbeit Ausbildungssuchenden, Arbeitsuchenden und Arbeitgebern Ausbildungsvermittlung und Arbeitsvermittlung (Vermittlung) anzubieten. Die Vermittlung umfasst nach § 35 Abs. 1 Satz 2 SGB III idF des

Arbeitsförderungs-Reformgesetzes vom 24. März 1997 (BGBl I 594) u.a. alle Tätigkeiten, die darauf gerichtet sind, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses zusammenzuführen. Zu diesen Tätigkeiten gehören nicht nur die konkreten unmittelbaren Vermittlungsbemühungen, sondern bereits auch Vorbereitungshandlungen wie etwa die Entgegennahme von Arbeitsangeboten, Arbeitsgesuchen usw. Nach Abs. 2 Satz 1 der Vorschrift hat die Agentur für Arbeit durch Vermittlung u.a. darauf hinzuwirken, dass Arbeitsuchende eine Arbeitsstelle und Arbeitgeber geeignete Arbeitnehmer erhalten. Daraus folgt zwar, dass derjenige, der Vermittlung durch die Agentur für Arbeit geltend macht, ein subjektiv-öffentliches Recht auf deren Tätigwerden hat. Letzteres ist durch die Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 25. Juli 1985 – 7 RAr 33/84 – BSGE 58, 291, 298 = SozR 4100 § 14 Nr 5 S 7) bereits zu der Vorgängervorschrift des § 14 Abs. 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) vom 25. Juni 1969 (BGBl I 582) entschieden worden. In § 14 Abs. 1 Satz 1 AFG war bestimmt, die BA habe dahin zu wirken, dass Arbeitsuchende Arbeit und Arbeitgeber die erforderlichen Arbeitskräfte erhalten. Daraus folgt nach der zitierten Rechtsprechung, dass derjenige, der die Arbeitsvermittlungsdienste der Beklagten nachfragt, einen subjektiv-öffentlichen Anspruch auf deren Tätigwerden hat. Dieser verwirklicht sich jedoch – so das BSG (aaO) weiter – nicht in der Form der Erfüllung eines Rechtsanspruchs auf eine nur allein richtige (gesetzmäßige) Handlung, sondern durch die der Beklagten verbleibende Wahl der dafür geeigneten Maßnahme, ggf unter mehreren je für sich ebenfalls gesetzmäßigen Möglichkeiten. Die Entscheidung über ein Vermittlungsbegehren erfolgt demgemäß durch Ausübung und im Rahmen eines durch das Gesetz eingeräumten Ermessens, wobei sich dieses Ermessen nicht nur auf die konkrete Art der Umsetzung eines Vermittlungsbegehrens, sondern auch darauf bezieht, ob eine Vermittlung überhaupt in Betracht kommt (BSG aaO, S 298, 299 = SozR aaO Nr 5, S 8). Es kann hier offen bleiben, inwieweit diese Rechtsprechung auf die Rechtslage unter Geltung des SGB III übertragbar ist (vgl. einerseits Rademacker in Hauck/Noftz, SGB III, § 35 RdNr 38, Stand Dezember 2005 und andererseits Mutschler in Mutschler u.a., SGB III, 3. Aufl 2008, § 35 RdNr 10 mwN). Denn auch dann, wenn aus § 35 Abs. 1 Satz 1 SGB III ein subjektiv-öffentliches Recht auf Vermittlung dem Grunde nach folgt, liegt jedenfalls – wie das BSG in seiner Entscheidung vom 25. Juli 1985 (BSGE aaO, S 29 f = SozR aaO S 7) bereits ausgeführt hat – die Entscheidung über ein konkretes Vermittlungsbegehren einschließlich der Ablehnung eines konkreten Vermittlungswunsches im Rahmen eines durch das Gesetz eingeräumten Ermessens der Beklagten.

2. Entgegen der Rechtsansicht des LSG muss die Beklagte nicht deshalb, weil sie ihr Ermessen nicht ausgeübt hat, sondern ihre ablehnende Entscheidung auf das Absolute Vermittlungsverbot nach § 36 SGB III gestützt hat, den Antrag des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut bescheiden (vgl. § 131 Abs. 2 SGG; Keller in Meyer-Ladewig, SGG, 9. Aufl, § 131 RdNr 13). Denn es liegt hier der besonders gelagerte Ausnahmefall einer Ermessensreduzierung auf Null

vor. Auf Grund des festgestellten Sachverhalts steht fest, dass die Beklagte bei rechtsfehlerfreier Ermessensausübung keine andere – den Kläger ganz oder teilweise begünstigende – Entscheidung hätte treffen können (vgl. BSG, Urteile vom 28. Oktober 1981 – 3 RK 3/81 – BSGE 52, 267, 272 = SozR 2200 § 182c Nr 6, S 20; vom 11. November 1993 – 7 RAr 52/93 – BSGE 73, 211, 213 = SozR 3—4100 § 55a Nr 5, S 30; vom 25. Januar 1994 – 4 RA 16/92 – SozR 3—1300 § 50 Nr 16; vom 11. April 2002 – B 3 P 8/01 R; Keller in Meyer-Ladewig, SGG, 9. Aufl 2008, § 54 RdNr 29, 31d; Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl 2003, § 113 RdNr 207; § 114 RdNr 6, jeweils mwN). Die fehlende Ermessensentscheidung der Beklagten begründet daher gemäß § 42 Satz 1 SGB X keinen Anspruch auf Aufhebung des Bescheides; erst recht ist – anders als die Revision meint – der Verwaltungsakt nicht iSd § 40 SGB X nichtig.

a) Nach § 39 Abs. 1 Satz 1 SGB I, der auf Grund der Vorrangregelung des § 37 SGB I auch für den Bereich der Arbeitsförderung nach dem SGB III gilt, haben die Leistungsträger dann, wenn sie ermächtigt sind, bei der Entscheidung über Sozialleistungen nach ihrem Ermessen zu handeln, ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

Wie das BSG bereits in seiner Entscheidung vom 25. Juli 1985 (BSGE 58, 291, 297 = SozR 4100 § 14 Nr 5) ausgeführt hat, nimmt die Beklagte die Aufgaben der Arbeitsvermittlung als hoheitliche Aufgabe wahr (BVerfGE 21, 245, 251) und ist sie bei der Ausübung ihres pflichtgemäßen Ermessens gehalten, eine sozial gerechte, aber auch arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitisch sinnvolle und sachgerechte Arbeitsvermittlung zu betreiben. Sie hat dabei vorrangig den Zielen zu entsprechen, wie sie in §§ 1, 2 SGB III programmatisch niedergelegt sind, nämlich u.a. einen hohen Beschäftigungsstand zu gewährleisten und die Beschäftigungsstruktur ständig zu verbessern. Dies bedeutet aber nicht – wie auch das Vermittlungsverbot in § 36 Abs. 1 SGB III klarstellt –, dass sie diese Aufgabe in einem wertfreien Raum zu erfüllen hat. Vielmehr ist sie als Träger öffentlicher Gewalt nach Art 1 Abs. 3 und Art 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht und insbesondere die Wertordnung des GG unmittelbar gebunden. Die aktive Förderung des Zustandekommens von Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnissen im Bereich der Prostitution ist weder mit den Zielsetzungen des SGB III noch mit der Wertordnung des GG zu vereinbaren (dazu im Folgenden unter c).

b) Hieran hat sich auch mit Inkrafttreten des ProstG vom 20. Dezember 2001 am 1. Januar 2002 nichts geändert, denn dieses hat eine ganz andere Zielrichtung als die Regelungen zur Vermittlungspflicht der Beklagten. Mit dem ProstG hat der Gesetzgeber einerseits den zivilrechtlichen Schutz der Prostituierten erheblich verbessert und ihnen andererseits den Zugang zur Sozialversicherung eröffnet. Hierzu bestimmt Art 1 § 1 ProstG, dass Prostituierte nach Vornahme sexueller Handlungen einen Anspruch auf das vereinbarte Entgelt haben bzw. dass es zur Erlangung eines vorher vereinbarten Entgelts nicht der tatsächlichen Erbringung der sexuellen Handlung bedarf, wenn die Vereinbarung darauf gerichtet ist, dass sich eine Person für derartige Handlungen für eine bestimmte Zeitdauer bereithält.

Wie aus den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks 14/5958, S 4, 6 zu Art 1) zu entnehmen ist, sollte damit klargestellt werden, dass Prostituierte einen Anspruch auf das vereinbarte Entgelt haben, wenn sie ihre Leistung erbracht haben, ihre Tätigkeit vom Gesetzgeber nicht als Verstoß gegen die guten Sitten gewertet wird und damit § 138 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) "insoweit nicht mehr anwendbar" ist. Ob diese Gesetzesbegründung im Gesetz selbst in § 1 ProstG zum Ausdruck gekommen ist, kann hier dahingestellt bleiben (vgl. Armbrüster in Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl 2006, § 1 ProstG RdNr 19 und § 138 RdNr 57; Laskowski, AuR 2002, 406, 407, 409). Ebenso kann offen bleiben, ob – wie sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) andeutet (vgl. Urteile vom 13. Juli 2006 – I ZR 65/05, I ZR 231/03 und I ZR 241/03 – BGHZ 168, 314, zur Auslegung des § 120 Abs. 1 Nr 2 Ordnungswidrigkeitengesetz sowie Urteil vom 8. November 2007 – III ZR 102/07 – zu so genannten Telefonsexdienstleistungen) – insoweit von einer geänderten Rechtslage auszugehen ist oder ob auch nach Inkrafttreten des ProstG zumindest die Verpflichtung zur Vornahme sexueller Handlungen sittenwidrig ist (vgl. Nasall in juris-Praxiskomm-BGB, 4. Aufl 2008, § 138 BGB, RdNr 146; Ellenberger in Palandt, BGB, 68. Aufl 2008, § 138 RdNr 52; Palm in Erman, BGB, 12. Aufl 2008, § 138 RdNr 158; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl 2004, § 41 RdNr 47; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl 2006, RdNr 701; Bergmann, JR 2003, 270, 272; Majer, NJW 2008, 1926, 1927 f) und ein Arbeitsverhältnis mit einem Bordellbesitzer mit einer entsprechenden Verpflichtung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist (Richardi in Staudinger, BGB, 2005, § 611 RdNr 197; Sack in Staudinger, BGB, 2003, § 138 RdNr 398; OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 13. Mai 2004 – 16 U 11/04, NJW 2005, 225).

Jedenfalls ergibt sich aus dem ProstG, insbesondere aus § 1, dass es dem Gesetzgeber allein um den Schutz der Prostituierten ging. Indem in § 1 ProstG "der Weg eines einseitig verpflichtenden Vertrages gewählt wurde, wird deutlich gemacht, dass es dem Gesetzgeber um Rechtsansprüche der Prostituierten, nicht aber um Rechtsansprüche zu Gunsten von Kunden und Bordellbetreibern gegen die Prostituierten geht" (so ausdrücklich BT-Drucks 14/5958 S 4 unter Ziff 3). Dementsprechend verfolgt auch § 3 ProstG, wonach bei Prostituierten das eingeschränkte Weisungsrecht im Rahmen einer abhängigen Tätigkeit der Annahme einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts nicht entgegensteht, ausschließlich den Schutz der Prostituierten. Ausweislich der Gesetzesmaterialien geht diese Regelung auf Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 10. August 2000 – B 12 KR 21/98 R – BSGE 87, 53, 60 = SozR 3—2400 § 7 Nr 15, S 51) zurück, wonach kein Grund ersichtlich ist, etwaige sittenwidrige Beschäftigungsverhältnisse von vornherein vom Schutz der Sozialversicherung auszunehmen (vgl. BT-Drucks 14/5958, S 5). Aus dem ProstG lässt sich somit gerade nicht entnehmen, der Gesetzgeber habe die entsprechende Beschäftigung umfassend legalisiert (so aber Mutschler in Mutschler u.a., SGB III, 3. Aufl 2008, § 35 RdNr 47 und § 36 RdNr 21 sowie Laskowski, AuR 2002, 406, 407, 409). Insbesondere ist aus dem durch das ProstG eröffneten Zugang zur Sozialversicherung und den damit im Zusammenhang stehenden Änderungen des Strafgesetzbuches in Art 2 ProstG (BT-

Drucks 14/5958, S 5) nicht die Schlussfolgerung zu ziehen, dass damit auch eine Vermittlungstätigkeit der BA angestrebt würde.

Dem kann die Revision auch nicht entgegenhalten, dass der Gesetzgeber in § 3 ProstG bei Vorliegen einer abhängigen Tätigkeit die Versicherungs- und Beitragspflicht bei Prostituierten bejaht habe und es demzufolge eine sinnwidrige Beschränkung der Leistungen der Arbeitslosenversicherung sei, wenn die Beklagte einen Anspruch auf Vermittlung von Prostituierten verneine. Denn sie übersieht, dass zum einen – wie bereits ausgeführt – das ProstG nicht den Schutz des Bordellbetreibers, dh seinen Anspruch, regelt, sondern den Schutz von Prostituierten. Zum anderen ist speziell im Recht der Arbeitslosenversicherung die Frage der Versicherungs- und Beitragspflicht von der Leistungspflicht, dh den Leistungen der Arbeitsförderung, wozu auch die Arbeitsvermittlung gehört (§ 3 Abs. 1 Nr 1 und Abs. 2 Nr 1 SGB III) zu unterscheiden (vgl. u.a. BVerfGE 72, 9, 19 f = SozR 4100 § 104 Nr 13, S 13; BVerfGE 76, 220, 236 = SozR 4100 § 242b Nr 3, S 11).

c) Mit der Ablehnung des Vermittlungsauftrags des Klägers hält sich die Beklagte im Rahmen der Zielsetzung des § 1 Abs. 1 Satz 4 SGB III in der hier anzuwendenden, ab 1. Januar 2002 geltenden Fassung des Job-AQTIV-Gesetzes vom 10. Dezember 2001 (BGBl I 3443). Danach sind die Leistungen der Arbeitsförderung so einzusetzen, dass sie der beschäftigungspolitischen Zielsetzung der Sozial-, Wirtschafts- und Finanzpolitik der Bundesregierung entsprechen. Dies bestätigt der im Revisionsverfahren vorgelegte Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des ProstG (Stand Januar 2007). Gerade vor dem Hintergrund des mit dem ProstG verfolgten Schutzes der Prostituierten hat darin die Bundesregierung die Auffassung vertreten, dass – auch wenn die Prostitution nicht mehr als sittenwidrig zu bewerten sei – die Beklagte nicht verpflichtet sei, Arbeitsvermittlung im Bereich der Prostitution durchzuführen. Sie begrüße vielmehr nachdrücklich die Entscheidung der Beklagten gegen eine Arbeitsvermittlung in diesem Bereich. Die Legalisierung von Beschäftigungsverhältnissen in der Prostitution führe nicht dazu, dass Prostitution ein "Beruf wie jeder andere" geworden sei. Die gegenwärtige Praxis der Beklagten sei durch das geltende Recht gedeckt (vgl. Bericht unter B. IV.).

Dieser Bericht kann auch in der Revisionsinstanz im Rahmen der vom Kläger erhobenen Anfechtungs- und Verpflichtungsklage berücksichtigt werden. Denn er enthält – gemessen an dem durch die Verwaltungsentscheidung festgelegten Streitgegenstand – keine neuen Tatsachen (vgl. BSG, Urteil vom 25. März 2003 – B 1 KR 33/01 R – SozR 4—1500 § 54 Nr 1; Keller in Meyer-Ladewig, SGG, 9. Aufl 2008, § 54 RdNr 34). Es bedarf an dieser Stelle keiner Vertiefung, inwieweit dem Bericht der Bundesregierung die Qualität eines Maßstabes für deren beschäftigungspolitische Zielsetzung zukommt und inwieweit dieser Bericht die zeitlich frühere Ablehnungsentscheidung der Beklagten legitimieren kann. Denn die Rechtmäßigkeit der streitigen Verwaltungsentscheidung folgt bereits aus der für die Beklagte als Träger öffentlicher Verwaltung bindenden Wertordnung des GG und einer hieran orientierten Auslegung des § 35 Abs. 1 SGB III.

Gemäß Art 1 Abs. 1 GG ist die Würde des Menschen unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. Die Garantie der Menschenwürde verpflichtet gemäß Art 1 Abs. 1 Satz 2 GG die gesamte "staatliche Gewalt", was den in Art 1 Abs. 3 GG verwandten Begriffen entspricht, wonach die Grundrechtsbindung für Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung gilt (vgl. BVerfGE 7, 198, 205 f; Jarras/Pieroth, Kommentar zum GG, 8. Aufl 2006, Art 1 RdNr 3a; Starck in v Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl 2005, Art 1 Abs. 3 RdNr 168 f; 326 ff, 331). Demzufolge ist die BA im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgabenstellung zur Wahrung der Grundrechte verpflichtet. Eine Arbeitsvermittlung in die Prostitution, die – wie im Fall des Vermittlungsauftrags des Klägers – mit der entgeltlichen Vornahme sexueller Handlungen oder anderer Dienstleistungen mit eindeutig sexuellem Bezug verbunden ist, beraubt den Anbietenden, auch wenn er nicht zur Leistung verpflichtet ist, seiner Subjektqualität und der Freiheit in seiner Intimsphäre (vgl. BVerfGE 87, 209, 228; 96, 375, 399; 109, 279, 312 f; BVerwGE 64, 274, 278 – zum Peep-Show-Verbot). Eine Vermittlungstätigkeit der BA für nach den Feststellungen des LSG auf den Sexualbereich bezogene Dienstleistungen – über anderes ist hier nicht zu entscheiden – ist deshalb mit dem Schutz aus Art 1 Abs. 1 GG und auch Art 2 Abs. 1 GG unvereinbar (ebenso Rixen in Eicher/Schlegel, SGB III, § 36 RdNr 63, Stand Februar 2007; ders in SGB 2005, 509, 511 f; Peters-Lange in Gagel, SGB II/SGB III, § 36 SGB III RdNr 7d mwN, Stand Juni 2008).

Was die Achtung der Menschenwürde im Einzelnen erfordert, kann zwar nicht völlig von den jeweiligen gesellschaftlichen Verhältnissen losgelöst werden (vgl. BVerfGE 96, 375, 400; BVerwGE 84, 314, 317 ff – zweite Peep-Show-Entscheidung). Indes ist auch – wie bereits ausgeführt – der Gesetzgeber des ProstG nicht so weit gegangen, die Prostitution einem "Beruf wie jedem anderen" gleichzustellen. Für den Bereich der Arbeitsvermittlung unter Beachtung der beschäftigungspolitischen Zielsetzung des SGB III kann deshalb nicht entscheidend sein, ob die Prostitution als solche unter dem Gesichtspunkt eines Wandels der Wertvorstellungen noch einem sozialemischen Unwerturteil unterliegt oder nicht (vgl. insoweit zur gaststättenrechtlichen Beurteilung BVerwG, Urteil vom 6. November 2002 – 6 C 16.02 – Buchholz 451. 41 § 4 GastG Nr 25; Beschluss vom 23. März 2009 – 8 B 2/09 – mwN). Maßgebend für die Beurteilung im Rahmen des § 35 Abs. 1 SGB III ist vielmehr allein, dass jedenfalls für die Zwecke des SGB III eine aktive Vermittlungstätigkeit der Beklagten im Prostitutionsbereich nicht mit der grundgesetzlichen Wertordnung zu vereinbaren ist.

Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass immerhin Fälle denkbar sind, in denen einzelne Arbeitslose das Angebot zur Aufnahme einer Beschäftigung im Bereich von Sexualdienstleistungen nicht als Eingriff in ihre Menschenwürde oder ihre Intimsphäre deuten. Denn ein Grundrechtsverzicht wäre insoweit unerheblich (ebenso Rixen, aaO; kritisch Starck in v Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl, Art 1 Abs. 1 RdNr 114; Dreier in GG, Bd I, 2. Aufl 2004, Art 1 Abs. 1, RdNr 152, 174, jeweils mwN). Die Grundrechtsbindung der Beklagten als Träger öffentlicher Verwaltung nach Art 1 Abs. 3, Art 20 Abs. 2 GG gilt objektiv und ist

unabhängig von einem etwaigen Verzicht einzelner Arbeitsuchender auf die entsprechende Schutzwirkung. Menschenwürde in diesem Sinn ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Achtung und der Schutz des Wertes, der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt (vgl. BVerfGE 87, 209, 228; 109, 279, 313; Jarass, GG, 8. Aufl 2006, Art 1, RdNr 7, 21; Herdegen in Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art 1 Abs. 3 RdNr 57). Auch das vom Kläger in seiner Revision angesprochene Recht der Berufsfreiheit aus Art 12 Abs. 1 GG bzw Art 2 Abs. 1 GG stehen der Versagung der Vermittlungstätigkeit nicht entgegen. Eine im Bereich der Prostitution unterbleibende Vermittlungstätigkeit der Beklagten berührt zwar die Berufsfreiheit der Prostituierten und der Bordellbetreiber, wie des Klägers. Indes stehen beide Grundrechte unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung (Art 2 Abs. 1 GG) bzw. kollidierenden Verfassungsrechts (vgl. Jarras/Pieroth, Kommentar zum GG, 8. Aufl, Art 12 RdNr 41; VG Neustadt, Beschluss vom 21. Mai 1992 – 7 L 1271/92. NW – NVwZ 1993, 98, 100 – zur Berufsfreiheit bei einem so genannten Zwergenweitwurf; Rädler, DÖV 1997, 109, 112).

Ein Ausschluss der Arbeitsvermittlung im Bereich der Prostitution vermeidet auch – wie im Bericht der Bundesregierung bereits ausgeführt (B. IV.) – die Gefahr, dass der Arbeitslose ungewollt mit Stellenangeboten aus diesem Bereich konfrontiert wird. Es erübrigt sich ferner auch die schwierige Abgrenzungsfrage, inwieweit einem Arbeitslosen Beschäftigungen im Bereich der Prostitution nach den Umständen des Einzelfalles zumutbar sind (vgl. § 121 Abs. 1 SGB III). Es stellt sich damit auch nicht die Frage nach leistungsrechtlichen Konsequenzen, beispielsweise Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe oder Arbeitsablehnung (vgl. auch dazu den Bericht der Bundesregierung unter B. IV.). Ebenso erübrigt sich die von der Beklagten angesprochene Frage, inwieweit bei einer Vermittlung von Arbeitslosen im Bereich der Prostitution auch verfassungsmäßig geschützte Rechte ihrer Mitarbeiter berührt sein können.

3. Die Revision des Klägers hat somit keinen Erfolg. Vielmehr ist auf die Anschlussrevision der Beklagten – unter Aufhebung des Berufungsurteils – die erstinstanzliche Entscheidung wiederherzustellen.

Diesem Prozessergebnis trägt auch die auf § 197a SGG beruhende Kostenentscheidung Rechnung.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren beträgt gemäß § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG iVm §§ 52 Abs. 2, 72 Gerichtskostengesetz – entsprechend der vorläufigen Streitwertfestsetzung mit Beschluss des Senats vom 30. Juli 2008 – 5.000,00 EUR.