

Arbeitsmarktpolitik und Sozialrecht

Zu Ehren von Alexander Gagel

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Karl-Jürgen Bieback

Dr. Christine Fuchsloch

Prof. Dr. Wolfhard Kohte



Verlag C.H. Beck München 2011

ANDREAS HÄNLEIN

Zur Kodifikation des Leistungserbringungsrechts im SGB III

I. Fragestellung

Alexander Gagel hat 1979 geschrieben: „Das Verhältnis zwischen der BA und den Trägern von Bildungsmaßnahmen ... ist nicht im AFG geregelt“.¹ Dieser Beitrag wird der Frage nachgehen, ob und wie das Verhältnis zwischen der BA und den Trägern von Maßnahmen nach heutiger Gesetzeslage gestaltet ist.

In verschiedenen Zweigen des Systems der sozialen Sicherung gewährleisten Sozialleistungsträger nicht nur Geld-, sondern auch Dienstleistungen. Schuldet ein Sozialleistungsträger Dienstleistungen, gilt also für ihn das sog. „Sachleistungsprinzip“, ist denkbar, dass er die geschuldete Dienstleistung selbst ausführt. Meist werden soziale Dienstleistungen jedoch nicht vom Sozialleistungsträger selbst erbracht, sondern dieser kooperiert mit Dritten, die die Dienstleistungen gegenüber dem Sozialleistungsberechtigten ausführen. Es hat sich eingebürgert, die von Sozialleistungsträgern eingeschalteten Dritten als „Leistungserbringer“ zu bezeichnen. Dementsprechend spricht man von „Leistungserbringungsrecht“, wenn man rechtliche Regeln beschreibt, die sich mit der Erstellung sozialer Dienstleistungen durch Dritte befassen.² Regelungsbedarf kann sich in vielfältiger Hinsicht ergeben. Es stellen sich insbesondere folgende Fragen: Muss oder darf der Sozialleistungsträger die jeweilige soziale Dienstleistung selbst anbieten? Darf oder muss er sich Dritter bedienen? Mit welchen Dritten kooperiert der Sozialleistungsträger? Wie wird der Inhalt der Tätigkeit der Dritten definiert? Von wem und in welcher Höhe wird diese Tätigkeit vergütet? Wie wird die Qualität der Dienstleistung sichergestellt? Wie gestaltet sich das Verhältnis zwischen drittem Dienstleister und dem Sozialleistungsberechtigten?

In manchen Zweigen der sozialen Sicherung haben sich umfangreiche gesetzliche und untergesetzliche Regeln des Leistungserbringungsrechts entwickelt. Auch kodifikationstechnisch wird der Regelungskomplex zunehmend besser erkennbar, wie ein Blick etwa in das Inhaltsverzeichnis des fünften oder des elften Buches des Sozialgesetzbuchs zeigt.³ Auch in

¹ Gagel/Jülicher, Arbeitsförderungsgesetz, 1. Lieferung (gebunden), §§ 1–62, 1979, § 33, Rn. 8.

² Vgl. auch Fuchs/Preis, Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl. 2009, 354: „Die Notwendigkeit eines Leistungserbringungsrechts ergibt sich aus dem Sachleistungsprinzip ...“.

³ SGB V, Viertes Kapitel: Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern; SGB XI, Siebtes Kapitel: Beziehungen der Pflegekassen zu den Leistungserbringern.

Lehrbüchern finden sich heute eigene Abschnitte zum Leistungserbringungsrecht.⁴

Diese Tendenz scheint jedoch am Recht der Arbeitsförderung vorbeizugehen. Das SGB III enthält keinen einschlägigen Abschnitt, und die Lehrbuchliteratur sieht dementsprechend von einer systematischen Darstellung ab.

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob es auch ein Leistungserbringungsrecht der Arbeitsförderung gibt. Die – bejahende – Antwort wird in Form einer Skizze der von der Bundesagentur für Arbeit zu verantwortenden arbeitsförderungsrechtlichen Dienstleistungen entwickelt (II). Auf diese Weise wird zugleich daran erinnert, dass das Leistungserbringungsrecht des SGB III nicht vom Muster des herkömmlichen sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses geprägt ist, sondern von wettbewerbsorientierten Regelungsmodellen, denen das „Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente“⁵ kodifikatorisch endgültig zum Durchbruch verholfen hat. Systematisierenden Hinweisen zu den leistungserbringungsrechtlichen Regelungsmustern im SGB III (III) folgen einige Überlegungen zur Qualität des gegenwärtigen Kodifikationsstatus (IV).

II. Dienstleistungen Dritter im Arbeitsförderungsrecht

Die Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit erschöpfen sich nicht in der Gewährung von Entgeltersatzleistungen. Das Gesetz sieht eine Reihe weiterer Fördermaßnahmen vor, von denen einige als soziale Dienstleistungen der Bundesagentur einzuordnen sind. In unterschiedlichem Umfang und in unterschiedlicher Weise werden solche Dienstleistungen von Dritten erbracht.

1. Arbeitsvermittlung und vermittlungsunterstützende Dienstleistungen

Die ureigene und älteste soziale Dienstleistung der Bundesagentur ist die Arbeitsvermittlung. Flankiert wird die Arbeitsvermittlung in jüngerer Zeit von „vermittlungsunterstützenden Leistungen“⁶, die teilweise ebenfalls als Dienstleistungen der Arbeitsverwaltung anzusehen sind.

⁴ Vgl. vor allem *Fuchs/Preis*, aaO, § 21 (betr. die gesetzliche Krankenversicherung), § 29 (betr. die soziale Pflegeversicherung), sowie *Igl/Welti*, Sozialrecht, 8. Aufl. 2007, § 18 (betr. die gesetzliche Krankenversicherung), §§ 24 und 25 (betr. die soziale Pflegeversicherung), § 60 (betr. die Sozialhilfe) und § 75 (betr. Rehabilitation und Teilhabe).

⁵ Gesetz v. 21.12.2008, BGBl. I S. 2917.

⁶ So lautet die Überschrift des Ersten Abschnitts des Vierten Kapitels des SGB III.

a) Arbeitsvermittlung

Arbeitsvermittlung wird seit dem Arbeitsnachweisgesetz von 1922 als öffentliche Aufgabe behandelt.⁷ Mit dem AVAVG 1927 wurde eigens die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung mit dieser Aufgabe betraut. 1935 erhielt die Anstalt das Monopol der Arbeitsvermittlung.⁸ Beim Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit blieb es auch nach dem Krieg.⁹ Die einschlägige Regelung des AVAVG 1956 wurde vom BVerfG gebilligt¹⁰ und gelangte 1969 in das AFG 1969. Erst viel später kam es zur Erosion des Vermittlungsmonopols – unter dem Einfluss der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Höfner-Elser/Macrotron von 1991.¹¹ Heute ist die Arbeitsvermittlung für private oder gemeinnützige Arbeitsvermittler vollständig freigegeben. Das ändert aber nichts daran, dass Arbeitsvermittlung nach wie vor auch eine genuine Aufgabe der Bundesagentur für Arbeit ist (§§ 35–37 SGB III).

Da Arbeitsvermittlung 60 Jahre lang als öffentliche Aufgabe angesehen wurde, die ausschließlich von einer zentralen staatlichen Stelle durchzuführen war, verwundert es nicht, dass sich in diesem Feld keine umfangreichen Regeln über Arbeitsvermittlung durch Dritte herausgebildet haben. Anders als der heutige Gesetzesstand es vermuten lässt, gab und gibt es jedoch durchaus das Phänomen der Einschaltung Dritter mit dem Ziel der Unterstützung der Arbeitsverwaltung bei der Durchführung ihrer Vermittlungsaufgaben. Bereits im AVAVG und später im AFG war der Bundesanstalt die Möglichkeit eingeräumt, „in Ausnahmefällen ... Einrichtungen oder Personen mit der Arbeitsvermittlung für einzelne Berufe oder Personengruppen (zu) beauftragen“ (§ 23 Abs. 1 AFG 1969).¹² Gleichwohl gab es keine Regelungen über die Vergütung solcher Auftragsvermittlung. Es gab dafür keinen Regelungsbedarf, denn die Beauftragten erhielten eine Vergütung für ihre Vermittlungstätigkeit nicht von der Bundesanstalt, sondern von den Arbeitnehmern oder Arbeitgebern, die ihre Tätigkeit in Anspruch nahmen (§ 24 AFG).¹³

Erstmals durch das AFRG¹⁴ wurde eine Einschaltung Dritter mit dem Ziel der Unterstützung der Bundesanstalt bei der Arbeitsvermittlung ein-

⁷ Gagel/Jülicher, aaO, vor § 13 Rn. 1.

⁸ Gagel/Jülicher, aaO, § 4 Rn. 1.

⁹ Eine Lockerung des Vermittlungsmonopols bewirkte allerdings das Gesetz über die Wiederaufnahme der nichtgewerbsmäßigen Arbeitsvermittlung durch die Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege v. 9.7.1954, BGBl. I S. 179.

¹⁰ BVerfG, 4.4.1967 – 1 BvR 126/65, E 21, 245.

¹¹ EuGH 23.4.1991 – C-41/90, Slg. 1991, 2010.

¹² Zur Vorgeschichte Gagel/Jülicher, aaO, vor § 13 Rn. 2.

¹³ Dazu näher Schmitt, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, 1990, S. 80f.

¹⁴ Gesetz zur Reform der Arbeitsförderung (Arbeitsförderungs-Reformgesetz – AFRG) v. 24.3.1997, BGBl. I S. 594.

geführt (§ 37 Abs. 2 SGB III aF). Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollten eingeschaltete Dritte Kostenerstattung seitens der Anstalt erhalten können.¹⁵ Dieser Ansatz wurde weiterentwickelt durch das Job-AQTIV-Gesetz,¹⁶ das die Beauftragung Dritter detaillierter regelte und nun auch im Gesetzestext ausdrücklich eine Honorarvereinbarung zwischen Bundesanstalt und Drittem vorsah (§ 37a Abs. 3 aF¹⁷).

Diese ersten Ansätze einer gesetzlichen Regelung der Arbeitsvermittlung durch Dritte wurden durch das Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 21.12.2008¹⁸ aus dem Gesetzestext gestrichen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich die Bundesagentur der Unterstützung Dritter nicht mehr bedienen darf. Vielmehr hat sie diese Handlungsoption nunmehr im Rahmen der Förderung von Maßnahmen zur Aktivierung der beruflichen Eingliederung, zu denen auch die Vermittlung in versicherungspflichtige Beschäftigung gehört (§ 46 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB III). Diese Regelung soll der öffentlichen Arbeitsvermittlung nach wie vor die Möglichkeit geben, „Träger“, also Dritte, mit Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung zu beauftragen, zu denen eben auch die Arbeitsvermittlung zählt.¹⁹ Zu Ausgestaltungen der Rechtsbeziehungen zwischen der Agentur und den beauftragten Dritten verweist das Gesetz nun auf das Vergaberecht: „Das Vergaberecht findet Anwendung.“ (§ 46 Abs. 4 S. 1 SGB III).

b) Vermittlungsunterstützende Leistungen

Das SGB III kennt seit dem Neuausrichtungsgesetz eine eigene Kategorie der „vermittlungsunterstützenden Leistungen“. Der einschlägige Unterabschnitt führt eine Vielzahl zuvor verstreut geregelter Einzelleistungen zusammen, bei denen es sich teilweise um Geldleistungen, teilweise auch um Dienstleistungen handelt. Dass dort, in § 46, die Beauftragung Dritter mit Vermittlungsaufgaben zu verorten ist, wurde soeben dargestellt. Vorschriften zu weiteren arbeitsmarktbezogenen Dienstleistungen, die die Arbeitsverwaltung von dritten Trägern durchführen lässt („vermittlungsorientierte Leiharbeit“,²⁰ Assessment- sowie Trainings- und Eingliederungsmaßnahmen) sind ebenfalls in dieser Regelung aufgegangen.

¹⁵ Vgl. BT-Drs. 13/4941, S. 160.

¹⁶ Gesetz zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente (Job-AQTIV-Gesetz) v. 10.12.2001, BGBl. I S. 3443; dazu BT-Drs. 14/6944, S. 31.

¹⁷ Vorschrift in der Fassung des Job-AQTIV-Gesetzes; durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2004, BGBl. I S. 2848 wurde die Norm umbenannt in § 37 SGB III (aF).

¹⁸ Gesetz v. 21.12.2008, BGBl. I S. 2917.

¹⁹ BT-Drs. 16/10810, S. 32; eingehend Gagel/Bieback, SGB II/SGB III, § 46 SGB III, Rn. 194 ff. (37. EL, Stand Dezember 2009).

²⁰ Begriff bei Gagel/Bieback, SGB II/SGB III, § 46 SGB III, Rn. 205 (37. EL, Stand Dezember 2009).

aa) Vermittlungsorientierte Leiharbeit. Das Instrument der vermittlungsorientierten Leiharbeit war durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt²¹ eingeführt worden. Die Agenturen für Arbeit waren zunächst verpflichtet worden, Zeitarbeitsfirmen mit der Einrichtung und dem Betrieb von Personal-Service-Agenturen zu beauftragen (§ 37c SGB III aF). Später war die Verpflichtung in eine Option der Agenturen umgewandelt worden.²² Zunächst war für die Verträge mit den Personalserviceagenturen ausdrücklich die Geltung des Vergaberechts vorgeschrieben (§ 37c Abs. 2 S. 2 SGB III aF). Diese ausdrückliche Vorgabe entfiel bei der Änderung der Regelung, weil man die Anwendung des Vergaberechts für selbstverständlich hielt.²³ Die Vorschrift über Personalserviceagenturen wurde durch das Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente gestrichen; auch sie ist aufgegangen im neuen § 46 SGB III.

bb) Trainings- und Eingliederungsleistungen. Seit den 90er Jahren spielen im Arbeitsförderungsrecht auch Leistungen eine große Rolle, die auf die Beseitigung von Vermittlungshemmnissen zielen, ohne dass dabei eine Qualifizierung im Sinne einer Aus- oder Weiterbildung intendiert ist. Solche Trainingsmaßnahmen hatten in der Ursprungsfassung des SGB III eine ausdrückliche Regelung erfahren (§ 48 SGB III aF). Als Leistung der Bundesagentur war die „Übernahme von Maßnahmekosten“ vorgesehen. Die Kostenübernahme setzte u. a. voraus, dass die Maßnahme auf Vorschlag oder mit Einwilligung des Arbeitsamts erfolgte. Regeln über das Verhältnis der Bundesanstalt zu den Maßnahmeträgern fanden sich im Gesetz nicht.

Die Hartzgesetzgebung hatte dieser Vorschrift übergangsweise eine Regelung über die Beauftragung von Trägern mit Eingliederungsmaßnahmen zur Seite gestellt (§ 421i SGB III).²⁴ Durch die Regelung wurde den Arbeitsagenturen die Möglichkeit eröffnet, „Träger nach einem wettbewerblichen Vergabeverfahren“ mit der Durchführung von Eingliederungsmaßnahmen zu beauftragen.

Beide Regelungskomplexe, die §§ 48–52 SGB III aF wie auch § 421i SGB III aF, wurden durch das Neuausrichtungsgesetz gestrichen. Auch sie sind im neuen § 46 SGB III aufgegangen. Trainings- und sonstige Eingliederungsmaßnahmen sind § 46 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III über Maßnahmen zur Feststellung, Verringerung oder Beseitigung von Vermittlungshemm-

²¹ Gesetz v. 23.12.2002, BGBl. I S. 4607.

²² Vgl. Art. 1 Nr. 3 des 5. SGB III-ÄndG v. 22.12.2005, BGBl. I S. 3676.

²³ BT-Drs. 16/109, S. 7.

²⁴ Eingeführt durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2002, BGBl. I S. 4607; eingehende Darstellung bei *Spellbrink*, in: *Spellbrink/Eicher*, *Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts*, 2003, § 23a, S. 1202 ff.

nissen zuzuordnen.²⁵ Auch in diesem Zusammenhang greift damit die Anordnung der Geltung des Vergaberechts (§ 46 Abs. 4 S. 1 SGB III). Die zunächst nur als Experiment eingeführte Regelung über die Maßgeblichkeit des Vergaberechts für Auftrags-Eingliederungsmaßnahmen wurde demnach nun auf Dauer gestellt.

2. Bildungsförderung als Dienstleistung der Arbeitsverwaltung

Das AVAVG 1927 hatte in einer knappen Regelung die Arbeitsämter beauftragt, „Veranstaltungen zur beruflichen Fortbildung und Umschulung“ einzurichten oder zu unterstützen oder die Teilnahme an solchen Maßnahmen zu fördern.²⁶ Größere Aufmerksamkeit widmete dann das AFG der Förderung der beruflichen Bildung. Nun sollte die Teilnahme an Maßnahmen der beruflichen Bildung durch die Gewährung von Unterhaltsgeld und die Übernahme von Lehrgangskosten gefördert werden. Diese individuelle Förderung war im Grundsatz als Geldleistung ausgestaltet, so dass Regelungen über Beziehungen zu den ausbildenden Stellen nicht notwendig erschienen. Dies ist der Hintergrund der eingangs zitierten Feststellung von Gagel, das Verhältnis zwischen der BA und den Trägern von Bildungsmaßnahmen sei nicht im AFG geregelt.²⁷ Im Hinblick auf die Förderung der beruflichen Ausbildung knüpfte der Gesetzgeber an die Ordnung des Ausbildungsbereichs durch das BBiG an; eine Förderung von Ausbildungen nach dem Regime des BBiG konnte und musste dessen Regime also voraussetzen.²⁸ Freilich gab es bereits unter dem AFG und gibt es erst recht unter dem SGB III auch Abweichungen vom Konzept der Bildungsförderung durch „bloße“ Geldleistungen.²⁹

a) Berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen

Die Bundesagentur für Arbeit fördert auch die Teilnahme an berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahmen, und das sind Maßnahmen, die außerhalb des Ordnungssystems des BBiG angesiedelt sind.³⁰ Deshalb überrascht es nicht, dass in Bezug auf diese Maßnahmen bereits unter dem AFG eine Steuerung des Lehrgangsgeschehens durch die Bundesanstalt für Arbeit vorgesehen war. Nach der einschlägigen Anordnung der Bundesanstalt

²⁵ Vgl. auch Gagel/Bieback, SGB II/SGB III, § 46 SGB III, Rn. 172 ff. (37. EL, Stand Dezember 2009).

²⁶ Gagel/Jülicher, aaO, vor § 33 Rn. 1; Schmitt, aaO, S. 82 f.

²⁷ Oben, Fn. 1.

²⁸ Gagel/Jülicher, aaO, § 40 Rn. 1.

²⁹ Auf die Förderung der Berufsausbildung durch Leistungen an Träger (§§ 240 ff.) ist insoweit ergänzend hinzuweisen.

³⁰ Erst seit der Reform des BBiG 2005 werden diese Maßnahmen überhaupt im BBiG erwähnt, wobei die einschlägigen Regelungen davon ausgehen, dass die Steuerung berufsvorbereitender Maßnahmen grundsätzlich im Rahmen der Förderung nach dem SGB III erfolgt, vgl. § 70 BBiG 2005.

waren berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen nur dann förderungsfähig, wenn sie auf der Grundlage eines Vertrages mit dem Arbeitsamt durchgeführt wurden (§ 7 A Ausbildung).³¹ Diese Vorgabe wurde später bewusst in das SGB III übernommen (§ 61 Abs. 1 Nr. 3 SGB III aF).³² Ob angesichts dessen die Durchführung dieser Bildungsmaßnahmen als Aufgabe der Bundesanstalt für Arbeit anzusehen sei, so dass also Bildungsförderung gewissermaßen partiell vom „Sach“-leistungsprinzip beherrscht wäre, wurde unterschiedlich beurteilt.³³

Die Situation ist eindeutiger geworden, seit das Neuausrichtungsgesetz für die Förderung berufsvorbereitender Maßnahmen ausdrücklich vorgeschrieben hat, das Vergaberecht finde Anwendung (so § 61 Abs. 4 SGB III nF), eine Ausgestaltung, bei der man sich bewusst an der bereits vorgestellten Regelung des § 46 SGB III orientiert hat.³⁴ In der Praxis war in diesem Bereich ohnehin schon länger nach Vergaberecht verfahren worden.³⁵ Wenn nun also auch die Steuerung berufsvorbereitender Maßnahmen ausdrücklich dem vergaberechtlichen Muster folgen soll, steht damit zugleich fest, dass die Verantwortung für die Leistungserstellung bei der Bundesagentur angesiedelt ist.

b) Weiterbildungsförderung

Hinsichtlich der Förderung der beruflichen Weiterbildung entsteht bei der Lektüre des Gesetzestexts zunächst der Eindruck, dass die Bundesagentur in Form der „Übernahme der Weiterbildungskosten“ (§ 77 Abs. 1 S. 1 SGB III), vermittelt durch das Instrument des Bildungsgutscheins (§ 77 Abs. 4 S. 1 SGB III), und auch durch Zahlung von Arbeitslosengeld bei beruflicher Weiterbildung (§ 117 Abs. 1 Nr. 2 SGB III) ausschließlich Leistungen als Geldleistungen erbringt. Dieser Eindruck täuscht jedoch auch hier.

Bereits das AFG gab der Bundesanstalt ausdrücklich die Möglichkeit, berufliche Fortbildungs- und Umschulungsmaßnahmen „von anderen Trägern durchführen zu lassen oder mit anderen Trägern oder allein durchzuführen“ (§ 33 Abs. 2 AFG).³⁶ Das AFG sah also die Bundesanstalt in Bezug

³¹ Anordnung des Verwaltungsrates der Bundesanstalt für Arbeit über die individuelle Förderung der beruflichen Ausbildung (A Ausbildung) v. 31.10.1969, ANBA 1970, S. 213, später vielfach geändert.

³² Vgl. BT-Drs. 13/4941, S. 164.

³³ Skeptisch *Schmitt*, aaO, S. 97; andere Tendenz bei *Gagel/Jülicher*, aaO, § 33 Rn. 12.

³⁴ Vgl. BT-Drs. 16/10810, S. 35; nach dem Vergaberecht ist im übrigen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung auch bei der Förderung der Berufsausbildung durch Leistungen an Träger zu verfahren, vgl. § 240 Abs. 3 SGB III und dazu BT-Drs. 16/10810, S. 40.

³⁵ *Niewald*, in: *Spellbrink/Eicher*, aaO, § 3 Rn. 54.

³⁶ Dazu *Gagel/Jülicher*, aaO, § 33 Rn. 12 ff.

auf die berufliche Fortbildung und Umschulung durchaus in der Rolle des sozialen Dienstleisters. So verhält es sich auch nach dem geltenden Recht, das auf das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt zurückgeht.³⁷ Das SGB III sieht heute³⁸ vor, dass Maßnahmen und Träger für die Förderung zugelassen sein müssen (§ 77 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB III). Das Gesetz definiert überdies eine Reihe u. a. qualitätsbezogener Anforderungen, von denen die Zulassung von Maßnahmen und Trägern abhängt und deren Erfüllung von einer fachkundigen Stelle festgestellt werden muss (§§ 84, 85 SGB III). Einzelheiten zu diesem Feststellungsverfahren, das als Zertifizierungsverfahren bezeichnet wird, regelt die hierzu auf der Grundlage des § 87 SGB III ergangene Anerkennungs- und Zulassungsverordnung – Weiterbildung – AZWV.³⁹ U. a. weist diese Verordnung der Bundesagentur die Rolle einer Anerkennungsstelle für Zertifizierungsstellen zu (§§ 1 ff. AZWV). Überdies ist die Bundesagentur mit der Prüfung der Qualität der durchgeführten Weiterbildungsmaßnahmen betraut (§ 86 SGB III). Legt eine förderungsberechtigte Person einem zugelassenen Weiterbildungsträger einen Bildungsgutschein vor, werden die Kosten der Maßnahme auf der Grundlage des § 79 Abs. 2 S. 1 SGB III regelmäßig im Verhältnis zwischen der Bundesagentur und dem Bildungsträger abgerechnet.

Diese Finanzierungsmodalität, vor allem aber die explizite Qualitätsverantwortung der Bundesagentur zeigt, dass sich ihre Rolle in der Weiterbildungsförderung nicht darauf beschränkt, dem Berechtigten Geld in die Hand zu geben. Die Leistung „Förderung der beruflichen Weiterbildung“ ist deshalb ebenfalls als soziale Dienstleistung anzusehen.

3. Förderung der Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben

Die Bundesagentur ist schließlich als Rehabilitationsträger zuständig für die Förderung der Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben. Bereits das AFG hatte berufsfördernde Leistungen zur Rehabilitation vorgesehen (§§ 56 ff. AFG).⁴⁰ Das SGB III unterscheidet hier allgemeine und besondere Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben.

Im Hinblick auf die „allgemeinen Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben“ verweist das Gesetz auf anderweitig im SGB III geregelte Leistungen, u. a. auf die oben bereits angesprochenen Leistungen mit

³⁷ Vgl. Art. 1 Nr. 14 des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2002, BGBl. I S. 4607; dazu BT-Drs. 15/25, S. 29.

³⁸ Zur ursprünglichen Rechtslage nach dem SGB III in der Fassung des AFRG Niewald, in: Spellbrink/Eicher, aaO, Rn. 121 ff.

³⁹ Eingehend zu diesem System Roos, Die Akkreditierung fachkundiger Stellen und Zertifizierung für Träger von Maßnahmen der beruflichen Bildung im System der Qualitätssicherung nach den §§ 77 f. SGB III, 2008.

⁴⁰ Zur Entwicklung: Steinmeyer, in: Gagel/Jülicher, aaO, vor § 56 Rn. 4.

Dienstleistungsanteilen: vermittlungsunterstützende Leistungen, Leistungen zur Förderung der Berufsausbildung und Leistungen der beruflichen Weiterbildung (§ 100 Nrn. 1, 3 u. 4 SGB III). Lediglich hinsichtlich der leistungsrechtlichen Voraussetzungen sind gewisse Modifikationen vorgesehen (§ 101 SGB III).

Die „besonderen Leistungen zur Teilhabe“, die „zur Förderung der beruflichen Aus- und Weiterbildung einschließlich Berufsvorbereitung sowie ... spezieller Grundausbildung zu erbringen sind“, werden „anstelle der allgemeinen Leistungen“ gewährt (§ 102 Abs. 1 S. 1 SGB III).

Auch die Vorschriften über die besonderen Leistungen zur Teilhabe erwecken zunächst den Eindruck, es gehe allein um Auszahlung von Geld in Form der Zahlung von Übergangs- oder Ausbildungsgeld oder um die Übernahme von Teilnahmekosten für Maßnahmen (§ 103 SGB III). Auch in diesem Feld sind der Bundesagentur jedoch weitergehende Steuerungsaufgaben zugewiesen. Gesetzliche Vorschriften hierzu finden sich im SGB IX. Danach ist die Bundesagentur als Rehabilitationsträger mit dafür verantwortlich, dass Rehabilitationsdienste und -einrichtungen in ausreichender Zahl und Qualität zur Verfügung stehen (§ 19 Abs. 1 SGB IX). Die Beziehungen zu diesen Leistungserbringern werden durch Verträge gestaltet, die u. a. Regeln zu Qualitätsanforderungen vorsehen sollen (§ 21 SGB IX).⁴¹ Aus diesen Regeln wird in der Literatur abgeleitet, dass das Vergaberecht nicht angewendet werden könne.⁴² In der Praxis der Bundesagentur für Arbeit hingegen werden auch solche Maßnahmen nach Vergaberegeln ausgeschrieben. Bei der Ausschreibung etwa von behindertenspezifischen „Berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahmen (BvB-Reha)“ stützt sich die Bundesagentur dafür auf die §§ 102 und 61 SGB III.

III. Regelungsmuster im Leistungserbringungsrecht des SGB III

1. Grundmuster des Leistungserbringungsrechts im Allgemeinen

Werden soziale Dienstleistungen durch Dritte ausgeführt, ergibt sich notwendig ein Dreieck rechtlicher Beziehungen. Detaillierte gesetzliche Regelungen über ein solches Dreiecksverhältnis gab es zunächst und lange Zeit ausschließlich in der gesetzlichen Krankenversicherung. Im Zentrum der Regelungen des Kassenarzt- bzw. Vertragsarztrechts stehen Kollektivverträge, die auf mehreren Hierarchiestufen zwischen Kollekti-

⁴¹ Zur Entwicklung dieses „Vereinbarungsprinzips“ *Neumann*, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 1992, S. 336 f.

⁴² *Neumann/Nielandt/Philipp*, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht, 2004, S. 39 f.; *Welti*, Leistung und Leistungserbringung in der Rehabilitation: Wettbewerbsordnung im Interesse der Selbstbestimmung, SGB 2009, 330, 336; *ders.*, in: *Lachwitz/Schellhorn/Welti* (Hrsg.), HK-SGB IX, 2010, § 21 Rn. 7; a. A. *Rixen*, Abschied vom Sozialen? Das Recht der Arbeitsförderung (SGB III) zwischen Sozial- und Vergaberecht, VSSR 2006, 333, 342.

ven der Ärzte einerseits und der Krankenkassen andererseits vereinbart und notfalls durch Schiedsstellen festgesetzt werden. Typisch für dieses Modell ist überdies, dass Ärzte als Leistungserbringer vorab und kooperativ zur Versorgung zugelassen werden und dass dann die Versicherten unter verschiedenen zugelassenen Ärzten wählen können. In ähnlicher Weise wurden später Leistungserbringungsverhältnisse reguliert, in denen freigemeinnützige Träger in großem Umfang personale Dienstleistungen erbringen. Solchermaßen kooperative Ausgestaltungen der leistungserbringungsrechtlichen Dreiecksverhältnisse werden bisweilen schlechthin als „sozialrechtliches Dreiecksverhältnis“ bezeichnet.⁴³ Diese Terminologie erscheint freilich etwas unpräzise, denn, wie die Darstellung gezeigt hat, kann die Leistungserbringung durch Dritte auch in anderer Weise als kooperativ bewerkstelligt werden, ohne dass sich an der Grundfigur des Dreiecks (Sozialleistungsberechtigter/Sozialleistungsträger/dienstleistender Dritter) etwas ändern würde. Bei den kooperationsbetont ausgestalteten Leistungserbringungsverhältnissen sollte man deshalb entweder vom „klassischen sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis“ oder vom „kooperativen Dreiecksverhältnis“ sprechen. Diesem Regelungsmuster wären dann „moderne sozialrechtliche Dreiecksverhältnisse“ oder „wettbewerbsorientierte Dreiecksverhältnisse“ gegenüberzustellen.⁴⁴

2. Kooperative Dreiecksverhältnisse im SGB III

Das Modell des klassischen, auf Kooperation und Aushandlungsprozesse angelegten Dreiecksverhältnisses spielt im Arbeitsförderungsrecht keine große Rolle. Allein im Bereich der Maßnahmen zur Teilhabe im Rehabilitationsrecht, gibt es Regelungen, die im Sinne dieses Modells gedeutet werden können. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass nach dem SGB IX die Inhalte der Versorgung und deren Vergütung in „Verträgen mit Leistungserbringern“ vereinbart werden sollen (§ 21 SGB IX). Bei der Auswahl von Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen soll die Vielfalt der Träger gewahrt (§ 19 Abs. 4 S. 1 SGB IX) und das Wunsch-

⁴³ Neumann/Nielandi/Philipp, aaO, S. 21 f. und 30; auch Rixen stellt dem (inklusiven) sozialrechtlichen Dreiecksmodell das (exklusive) Modell der Vergabe gegenüber: Rixen, VSSR 2006, 330 ff., 340.

⁴⁴ Im Ansatz ähnliche Systematik bei Bieback, Erbringung von Eingliederungsleistungen der Arbeitsmarktpolitik. Die rechtlichen Voraussetzungen, in: Lange/Pfannkuche (Hrsg.), Verträgliche Vergaben – vergebliche Verträge?, 2007, S. 29 ff., 36: Leistungsfinanzierung versus Einkauf von Kontingenten als Ausprägungen des Dreiecksverhältnisses; ähnliche Systematik mit abweichender Terminologie bei Sormani-Bastian, Vergaberecht und Sozialrecht, 2007, S. 80 f.: „Zulassungsmodell versus Einkaufsmodell“; vgl. ferner Meyer, Ausschreibungen und personengebundene Budgets als neue Steuerungsmodelle in der Sozialwirtschaft, ZSR 56 (2010), 85, 86: korporatistisches versus marktlich-wettbewerbliches Steuerungssystem.

und Wahlrecht der Leistungsberechtigten (§ 9 Abs. 1 SGB IX) beachtet werden. Diese Regeln legen es nach verbreiteter Auffassung nahe, im Rehabilitationsbereich grundsätzlich nach dem Modell des kooperativen Dreiecksmodells zu verfahren.⁴⁵

3. Wettbewerbsorientierte Dreiecksverhältnisse

Seit den Reformen der Arbeitsmarktpolitik ab 2002 verfolgt die Bundesagentur zunehmend eine wettbewerbsorientierte Einkaufspolitik und hat dafür mit den sog. Regionalen Einkaufszentren eigens eine institutionelle Struktur aufgebaut. Teilweise gab es hierfür in Form der zunächst vereinzelt Hinweise auf das Vergaberecht ausdrückliche gesetzliche Anhaltspunkte, teils fehlten diese noch. Seit dem Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente gibt es nun, wie dargestellt, weithin klare Vorgaben im Gesetztext, die die Anwendung des Vergaberechts anordnen.

Eine wettbewerbsorientierte Gestaltung des Leistungserbringungsrechts kann sich allerdings, wie der Überblick gezeigt hat, auf unterschiedliche Weise darum bemühen, den Wettbewerb zwischen den Anbietern sozialer Dienstleistungen zu stimulieren. Während das „Einkaufsmodell“ auf Wettbewerb der Anbieter um Aufträge der Bundesagentur als Nachfrager der Leistungen setzt, geht es dem „Gutscheinmodell“ um die Nachfrage der Sozialleistungsberechtigten.⁴⁶

a) Das Gutschein- und Zertifizierungsmodell

In der Weiterbildungsförderung werden durch den Bildungsgutschein bildungswillige Arbeitnehmer in die Lage versetzt, sich einen zertifizierten Bildungsträger auszusuchen; auf diese Weise soll auch der Wettbewerb unter den Bildungsträgern gefördert werden.⁴⁷ Wesentlich für dieses Modell ist jedoch nicht allein der Gutschein, sondern auch das Erfordernis der Zertifizierung, von dessen Erfüllung es abhängt, ob ein Bildungsträger gewählt werden kann. Über das Instrument der Zertifizierung, dessen Handhabung die Bundesagentur steuernd beeinflussen kann, werden Bildungsträger zur Versorgung der Kunden der Bundesagentur zugelassen. Auch wenn die Steuerung durch die Bundesagentur eher indirekt erfolgt, wird an der Ausgestaltung des Zertifizierungssystems und überdies an der Kompetenz

⁴⁵ In diesem Sinne die wohl überwiegende Deutung, vgl. *Neumann/Nielandt/Philipp*, aaO, S. 39f.; *Welti*, SGB 2009, 330, 336; a. A. allerdings *Rixen*, VSSR 2006, 333, 342.

⁴⁶ Man kann auch dem „Steuerungsprinzip Kontraktmanagement“ das „Steuerungsprinzip Gutschein“ gegenüberstellen, so WZB/Infas, Evaluation der Maßnahmen zur Umsetzung der Vorschläge der Hartz-Kommission. Modul 1a. Neuausrichtung der Vermittlungsprozesse. Bericht 2006 für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, S. 173.

⁴⁷ Vgl. BT-Drs. 15/25, S. 29.

der Bundesagentur zur Qualitätskontrolle deutlich, dass die Agentur in diesem Bereich eine Verantwortung trägt, die über die bloße Bereitstellung von Geld hinausgeht. Dies rechtfertigt es, Weiterbildungsförderung als soziale Dienstleistung einzuordnen und das Dreiecksverhältnis zwischen Weiterbildungsberechtigtem, Bundesagentur und Bildungsträgern unter der Überschrift des Leistungserbringungsrechts zu erörtern.⁴⁸

b) Das Einkaufsmodell

Im Ausgangspunkt geht es auch beim Einkaufsmodell darum, dass ein Sozialleistungsberechtigter von einem Sozialleistungsträger Sach- oder Dienstleistungen vermittelt durch einen Dritten erhalten soll. Der Sozialleistungsträger begründet vertragliche Beziehungen mit einem einzigen oder mit wenigen Dritten, die in der Regel ein vorab definiertes Kontingent standardisierter Leistungen bezogen auf ein bestimmtes Gebiet für eine bestimmte Zeit gegen Entgelt erbringen sollen.⁴⁹ Typischerweise wird die Vergütung vorab kontingentbezogen vereinbart und ist mehr oder weniger unabhängig von der Inanspruchnahme der Leistung im Einzelfall. Die Leistungsberechtigten werden dem beauftragten Dienstleister durch die Bundesagentur zugewiesen. Das Modell zielt auf temporäre Exklusivität der Leistungserbringung;⁵⁰ es entfacht Preiswettbewerb unter den Anbietern um (mehr oder weniger) lukrative Großaufträge und intendiert in erster Linie Kostensenkung. Sein Einsatz liegt dort nahe, wo es ein Machtgefälle zwischen dem nachfragenden Sozialleistungsträger und den Anbietern der Dienstleistungen gibt. Das Modell kann aber auch dort eingesetzt werden, wo der Sozialleistungsträger ein entsprechendes Machtgefälle herstellen will, wo er bestehende Netzwerke und Kartelle allererst aufbrechen will oder soll.⁵¹ Eben dies war und ist das politische Programm, das im

⁴⁸ Insofern unterscheidet sich das Konzept des Bildungsgutscheins deutlich von demjenigen des Vermittlungsgutscheins (§ 421g SGB III). Auf Gestalt und Qualität der Vermittlungsleistung eines privaten Dritten nimmt die Bundesagentur auch dann keinen Einfluss, wenn sie das Vermittlungshonorar durch Einlösung eines Vermittlungsgutscheins übernimmt. Diese Leistung ist m. E. deshalb als reine Geldleistung anzusehen, deren Regularien aus systematischer Sicht nicht dem Leistungserbringungsrecht zugeschlagen werden sollten.

⁴⁹ Vgl. zu den typischen Merkmalen dieses Beschaffungsmodus' auch Gagel/*Bieback*, SGB II/SGB III, § 46, Rn. 249, Stand: 37. EL Dezember 2009.

⁵⁰ Vgl. etwa *Rixen*, VSSR 2006, 333 ff., 340: Exklusion als Charakteristikum der Vergabe.

⁵¹ Vgl. etwa *WZB/Infas*, aaO, 206, Fn. 144: „Genau die Zerstörung der lokalen Netzwerkstrukturen war ein wichtiges geschäftspolitisches Ziel der BA bei der Zentralisierung der Einkaufsprozesse für dieses Instrument. Argumentiert wurde dabei auf der Grundlage des Berichts des Bundesrechnungshofs vom Dezember 2003 vor allem damit, Korruption in den lokalen Netzwerken beseitigen zu wollen und die Preise für die Dienstleistung zu senken“.

Arbeitsförderungsrecht seit den „Hartzgesetzen“ und zuletzt durch das Neuausrichtungsgesetz nach und nach umgesetzt wurde.

IV. Zur kodifikatorischen Qualität des Leistungserbringungsrechts des SGB III

Die Qualität des gegenwärtigen Kodifikationsstandes des arbeitsförderungsrechtlichen Leistungserbringungsrechts soll hier zunächst anhand der Kriterien der Sichtbarkeit und Transparenz bewertet werden. Sodann ist zu bedenken, wie sich die einschlägigen Regeln in das Sozialgesetzbuch als Ganzes einpassen. Dies läuft auf die Frage nach dem Verhältnis zu den Regeln der allgemeinen Teile des Sozialgesetzbuchs hinaus, zu denen hier auch das SGB IX als Querschnittsgesetzbuch gerechnet wird.

1. Transparenz und Sichtbarkeit im SGB III

a) Gutscheinmodell

Im Hinblick auf die spezifische Variante der Leistungserbringung im Bereich der Weiterbildungsförderung gibt es ausführliche und verständliche Regelungen, die allerdings nur ansatzweise im förmlichen Gesetzesrecht, überwiegend dagegen in einer Rechtsverordnung enthalten sind. Der hieran geübten verfassungsrechtlichen Kritik⁵² ließe sich leicht durch Verlagerung einiger Regelungselemente in das SGB III Rechnung tragen.

b) Einkaufsmodell

Ergiebiger und wichtiger ist eine Reflexion über das Einkaufsmodell, das seit dem Neuausrichtungsgesetz das Leistungserbringungsrecht des SGB III dominiert (§§ 46 Abs. 4, 61 Abs. 4 SGB III). In eindeutigen und knappen Worten wird dekretiert, das Vergaberecht finde Anwendung. Genau besehen enthält dieser Normbefehl zwei Aussagen: Die eine Aussage besteht darin, die Beschaffung der von der Bundesagentur für Arbeit zu verantwortenden Leistungen habe nach dem Einkaufsmodell zu erfolgen. Da die Beschaffung im Wege der Vergabe von Aufträgen erfolgt, ist – und dies ist die zweite Aussage – auf die Durchführung des Einkaufsprozesses das Vergaberecht anzuwenden.

Diese Vorgabe hat der Gesetzgeber bewusst und in einheitlicher Wortwahl für eine ganze Reihe von Leistungen im Sinne eines Vergabegebots⁵³ geregelt. Hinsichtlich dieser Leistungen gibt es nun eine eindeutige gesetzliche Grundlage. Von einer bislang vielfach betonten Offenheit des

⁵² Roos, aaO, 156 ff. und 166 ff.

⁵³ Begriffsbildung im Anschluss an Rixen, Sozialvergaberecht ante portas? Vergaberechtliche Probleme im Sozialrecht der Arbeitsmarktsteuerung SGB II und SGB III, VSSR 2005, 225, 232.

Leistungserbringungsrechts des SGB III⁵⁴ kann mithin keine Rede mehr sein, soweit dieses Vergabegebot reicht. Die Streitfrage, ob Beschaffung nach dem Einkaufsmodell aus verfassungsrechtlicher Sicht eine gesetzliche Grundlage erfordert,⁵⁵ hat sich insoweit erledigt. Das Vergabegebot ist – insbesondere im Fall des § 46 Abs. 4 SGB III – als deutlich sichtbare allgemeine Regelung für alle nach dieser Vorschrift denkbaren Maßnahmen formuliert.⁵⁶

Ist mithin die Frage nach dem „Ob“ des Einkaufsmodells inzwischen weithin erfreulich deutlich kodifiziert, so gilt dies nicht hinsichtlich der weiteren Frage, was die Anwendung vergaberechtlicher Regeln im Einzelnen bedeutet.

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge kommt je nach dem Umfang des Auftrages die Anwendung unterschiedlicher normativer Regime in Betracht. Oberhalb des maßgeblichen Schwellenwerts⁵⁷ gilt das im GWB geregelte kartellrechtliche Vergaberecht, unterhalb des Schwellenwerts gilt Haushaltsrecht. Im Anwendungsbereich des kartellrechtlichen Vergaberechts wären zu beachten der vierte Teil des GWB (§§ 97 ff. GWB) sowie die auf der Grundlage des GWB (§§ 97 Abs. 6, 127 GWB) erlassene Vergabeverordnung,⁵⁸ die wiederum (in § 4 Abs. 1) auf ausgewählte Regeln der Vergabeordnung für Leistungen (VOL/A)⁵⁹ verweist.

Folgt man der kartellvergaberechtlichen Normenkette, ergibt sich, dass auf die Vergabe von Aufträgen zu sozialen Dienstleistungen § 1 EG Abs. 4 des 2. Abschnitts der VOL/A Anwendung findet.⁶⁰ Danach gelten „§ 8 EG, § 15 EG Abs. 10 und § 23 EG VOL/A sowie die Regelungen des Ab-

⁵⁴ Vgl. z. B. Gagel/Kohte, SGB II/SGB III, § 17 SGB II, Rn. 3 (Stand 37. EL, Dezember 2009) im Anschluss an Rixen, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl. 2008, § 17 Rn. 13.

⁵⁵ In diesem Sinne Neumann/Nielandt/Philipp, aaO, S. 70–73.

⁵⁶ Entsprechendes gilt für die Anordnung der Geltung des Vergaberechts hinsichtlich der Förderung der Berufsausbildung durch Leistungen an Träger in § 240 Abs. 3 SGB III; vgl. ferner § 421s Abs. 6 S. 1 SGB III.

⁵⁷ Der Schwellenwert beträgt derzeit 193.000 Euro; dies ergibt sich aus § 127 GWB mit § 2 Nrn. 1 u. 2 VgV iVm Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG v. 31.3.2004, ABl. EU L 134 S. 114.

⁵⁸ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.2.2003, BGBl. I S. 170, zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 7.6.2010, BGBl. I S. 724.

⁵⁹ Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) – Teil A – Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A) vom 20.11.2009, BAnz. Nr. 196a.

⁶⁰ Es handelt sich im Bereich des SGB III um sog. „nicht-prioritäre Dienstleistungen“ im Sinne von VOL/A, Anhang I, Teil B Kategorien 22 (Arbeits- und Arbeitskräftevermittlung), 24 (Unterrichtswesen und Berufsausbildung) und evt. auch 25 (u. a. Sozialwesen); vgl. auch Heinemann, Die Erbringung sozialer Dienstleistungen durch Dritte nach deutschem und europäischem Vergaberecht, 2009, S. 258.

schnitts 1 der VOL/A mit Ausnahme von § 7 VOL/A“. Für die Ausschreibung von Aufträgen zu sozialen Dienstleistungen gilt mithin im Ergebnis das (im ersten Abschnitt der VOL/A enthaltene) klassische deutsche Vergaberecht⁶¹ mit nur wenigen Modifikationen.⁶² Entscheidend ist dabei, dass soziale Leistungsaufträge nicht europaweit ausgeschrieben werden müssen.⁶³

Geht es um Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, gelten vermittelt über die Vorschriften des Haushaltsrechts (§ 30 HGrG, § 55 BHO, § 77a SGB IV) ebenfalls die Vorschriften im ersten Abschnitt der VOL/A, denen im haushaltsrechtlichen Kontext allerdings lediglich der Charakter von Verwaltungsvorschriften beigemessen wird.⁶⁴ Die Grenzlinie des Schwellenwerts bewirkt für die Ausschreibung von Aufträgen, die soziale Dienstleistungen betreffen, mithin keine fundamentalen Unterschiede im Ausschreibungsverfahren. Unterschiede gibt es jedoch hinsichtlich des Rechtsschutzes. Bei „überschwelligen“ Aufträgen kommt das vergleichsweise effektive Rechtsschutzsystem des GWB (§§ 102 ff. GWB) zum Zuge, bei „unterschwelligen“ Aufträgen kann (nur) der reguläre ordentliche Rechtsweg beschritten werden.⁶⁵

Hinsichtlich der Verweisungen des SGB III auf das Vergaberecht kann man sich nun fragen, ob auch bei der Ausschreibung von Arbeitsmarktdienstleistungen die Zweiteilung des Vergaberechts gelten oder ob etwa auch im Unterschwellenbereich nach dem Kartellvergaberecht verfahren werden soll. Würde man dies so sehen, wären auch im Unterschwellenbereich die Regeln der VOL/A als echte Rechtsnormen anzuwenden und es wäre Rechtsschutz nach Kartellvergaberecht zu gewähren.⁶⁶ Näher liegt freilich eine Deutung im Sinne des zweigeteilten Systems,⁶⁷ denn der Gesetzgeber ist bisher bewusst Forderungen nicht nachgekommen, das Kartellvergaberecht auch auf den Unterschwellenbereich auszudehnen.⁶⁸

⁶¹ Heinemann, aaO, S. 169, mwN in Fn. 616.

⁶² Dazu Heinemann, aaO, S. 259 ff.

⁶³ Heinemann, aaO, S. 259.

⁶⁴ Vgl. etwa Rixen, VSSR 2006, 333 ff., 352, Fn. 104.

⁶⁵ Vgl. BVerwG 2.5.2007 – 6 B 10/07, E 219, 9 = NJW 2007, 2275; zur Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung des Primärrechtsschutzes auf überschwellige Auftragsvergaben BVerfG 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, E 116, 135 = NJW 2006, 3701.

⁶⁶ In diesem Sinne wohl Neumann/Nielandt/Philipp, aaO, S. 68 f. zu §§ 37c und 42i SGB III aF, die die Verweisungen auf das Vergaberecht als Rechtsfolgenverweisungen verstehen.

⁶⁷ Darauf läuft die Einordnung der Vergaberegeln des SGB III als Rechtsgrundverweisungen hinaus; so Gagel/Bieback, SGB II/SGB III, § 46 SGB III, Rn. 240 ff. (Stand 37. EL, Dezember 2009); ebenso schon Rixen, VSSR 2005, 225 ff., 238 zu § 37c Abs. 2 S. 2 SGB III aF.

⁶⁸ Vgl. BMWA, Aufzeichnung über Eckpunkte für eine Reform des Vergaberechts vom 18.8.2004 (IB3-26 05 00/25), 3 f.: „Der bestehende Primärrechtsschutz

Erwägenswert wäre es allerdings, ob nicht die Verweisungen des SGB III auf das Vergaberecht deutlicher ausgestaltet werden sollten, um die Auslegungsbedürftigkeit des Gesetzes an diesem Punkt zu entschärfen.

2. Einpassung in das SGB als Ganzes

Schließlich ist zu bedenken, ob sich die leistungserbringungsrechtlichen Regelungen des SGB III in die Vorgaben der allgemeinen Vorschriften des Sozialgesetzbuches zwanglos einpassen oder ob es zu Konflikten mit allgemeinen Regeln kommen kann, die zu Auslegungs- und Anwendungsproblemen führen.

a) Verhältnis zum Allgemeinen Teil

Der Allgemeine Teil des Sozialgesetzbuchs enthält nur wenige Vorgaben zur praktischen Durchführung sozialer Dienstleistungen.⁶⁹ Von Bedeutung ist vor allem § 17 SGB I. Danach sind die Leistungsträger verpflichtet, „die zur Ausführung von sozialen Dienstleistungen erforderlichen sozialen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stellen“ (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I). Mit Recht wird in dieser Vorgabe die grundsätzliche Einräumung eines „Beschaffungsermessens“ erblickt, die den Leistungsträgern den Beschaffungsweg – sei es im klassischen Dreieck, sei es im Wege des Einkaufs – freistellt, sofern nicht die besonderen Teile dieses Ermessen in die eine oder andere Richtung verengen.⁷⁰ Eine solche Verengung, die sich freilich durchaus im Rahmen des Spielraums hält, bewirken die Vergabegebote des SGB III, aber – umgekehrt, im Sinne eines Vergabeverbots – auch die Regelungen der Weiterbildungsförderung über Bildungsgutscheine und Zertifizierung von Trägern und Maßnahmen.

Zu bedenken ist ferner die ebenfalls in § 17 SGB I statuierte und verfassungsrechtlich fundierte⁷¹ Pflicht der Leistungsträger, die Selbständigkeit der gemeinnützigen und freien Einrichtungen und Organisationen zu achten (§ 17 Abs. 3 SGB I). Auch zwischen dieser Norm und den Vergabegeboten könnten sich Spannungen ergeben. Allerdings ließe sich der gebotenen Achtung der freien und gemeinnützigen Träger auch durch eine schonende Handhabung des Vergabeverfahrens Rechnung tragen.

durch das spezielle Nachprüfungsverfahren des GWB hat sich bewährt. Er wird jedoch nicht auf Aufträge unterhalb des EU-Schwellenwerts ausgedehnt. Für Aufträge unterhalb des Schwellenwerts reicht der traditionelle Rechtsschutz des deutschen Rechts aus, der sich im wesentlichen auf den Ersatz erlittener Schäden beschränkt, die durch das rechtswidrige Verhalten von Auftraggebern entstanden sind.“

⁶⁹ Zu diesem Befund auch *Schmitt*, aaO, S. 5, mwN.

⁷⁰ *Rixen*, VSSR 2005, 225 ff., 231f.

⁷¹ Hierzu *Neumann*, Die Stellung der freien Wohlfahrtspflege im SGB XII, Sozialrechtaktuell 2007, 216 ff.

Das Vergaberecht bietet dafür Anknüpfungspunkte, insbesondere in Form der Pflicht, Leistungen in Teil- und Fachlose aufzuteilen (§ 97 Abs. 3 S. 4 GWB).⁷² Man könnte sich aber auch Regelungen vorstellen, die die vergaberechtliche Bedeutung sozialrechtlicher Vorgaben noch deutlicher zum Ausdruck bringen.

Des Weiteren kann man fragen, ob sich der standardisierende Charakter des Einkaufsmodells verträgt mit den Vorgaben des Allgemeinen Teils über die Ausgestaltung von Rechten und Pflichten (§ 33 SGB I). Insoweit ist jedoch mit Recht betont worden, dass diese allgemeinen Gebote nur „schwach programmiert“ sind.⁷³ Das Individualisierungsprinzip (§ 33 S. 1 SGB I) steht ausdrücklich unter dem Vorbehalt abweichender Rechtsvorschriften; das Gebot, Wünschen des Berechtigten zu entsprechen (§ 33 S. 2 SGB I), ist (nur) als Sollvorschrift ausgestaltet.

Im Ergebnis erscheinen die leistungserbringungsrechtlichen Regeln des SGB III kompatibel mit den einschlägigen, recht offen gefassten Vorschriften des Allgemeinen Teils.

b) Verhältnis zum SGB IX

Eine weniger positive Bewertung ist angebracht, soweit es um Fördermaßnahmen der Bundesagentur im Bereich der Rehabilitation geht. Für Leistungen der Teilhabe gelten die Vorschriften des SGB IX, soweit sich aus den für den jeweiligen Rehabilitationsträger maßgeblichen Leistungsgesetzen nichts Abweichendes ergibt (§ 7 S. 1 SGB IX). Die Vorschriften des SGB IX zum Leistungserbringungsrecht sind deutlich vom Modell des kooperativen Dreiecksverhältnisses geprägt. Eine Abweichung von diesem Modell im Sinne vor allem des Einkaufsmodells lässt sich dem SGB III zwar hinsichtlich der allgemeinen Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben entnehmen, denn für diese Leistungen verweist das Gesetz auf die jeweiligen Förderleistungen, wie sie im SGB III im Allgemeinen eben geregelt sind. Hinsichtlich der besonderen Leistungen ist die gesetzliche Regelung demgegenüber aber weit weniger klar. Dass in der Literatur Streit zu der Frage entstanden ist, ob insoweit eine Einkaufspolitik nach Vergaberegeln durch das Vereinbarungskonzept des SGB IX ausgeschlossen wird, kann deshalb nicht verwundern. Eine gesetzliche Klärung dieser Frage würde zur Verbesserung der kodifikatorischen Qualität des Arbeitsförderungsrechts beitragen.

⁷² Auf diese Gestaltungsmöglichkeit macht auch *Neumann*, Die Diakonie im sparbeflissenen Sozialstaat, *ZevKR* 2006, 374 ff., 387 aufmerksam.

⁷³ *Rixen*, *VSSR* 2005, 225, 249 ff.

V. Resümee

Nach dem SGB III ist die Bundesagentur für Arbeit für die Erbringung einer Vielfalt sozialer Dienstleistungen verantwortlich. Vermittlungsunterstützende Leistungen, Leistungen der Bildungsförderung und Rehabilitationsleistungen werden in der Regel durch Dritte ausgeführt, die in rechtlichen Beziehungen zur Bundesagentur stehen. Dementsprechend gibt es Leistungserbringungsrecht im SGB III. Lange Zeit waren die Rechtsbeziehungen des Leistungserbringungsrechts allerdings gesetzlich kaum reguliert. In den vergangenen Jahren, vor allem durch das Neuausrichtungsgesetz, hat sich diese Situation geändert. Das SGB III sieht nun weithin unmissverständlich die Gestaltung der Leistungserbringung nach wettbewerblich orientierten Modellen vor. Dominierend ist das Einkaufsmodell. Von Offenheit des Leistungserbringungsrechts des SGB III kann mithin heute keine Rede mehr sein. Insgesamt ist die Entwicklung als kodifikatorischer Fortschritt zu beurteilen.⁷⁴ Es bleibt jedoch ein gewisser kodifikatorischer Nachholbedarf. Klarstellungen wären sinnvoll hinsichtlich der Tragweite der gesetzlichen Verweisungen auf das Vergaberecht sowie hinsichtlich des für Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben maßgeblichen Beschaffungsmodells.

⁷⁴ Ähnlich bereits *Neumann*, *ZevKR* 2006, 374 ff., 387.