

Beiträge zum
Recht der sozialen Dienste
und Einrichtungen



Heft 65

Aus dem Inhalt

Wolfram Höfling und Stephan Rixen
Lotterie der Gesetzgebungskompetenzen im
Heimrecht?

Andreas Hänlein
Governance und Arbeitsmarkt

Michael Droege
Die steuerrechtliche Gemeinnützigkeit zwischen
Restauration und Reform

Rechtsprechung zum Einrichtungssozialrecht



Carl Heymanns Verlag

2004

Governance und Arbeitsmarkt¹

Von Andreas Hänlein

Seit einiger Zeit ist der Begriff der Governance in den Sozialwissenschaften zu einem Schlüsselbegriff avanciert. Nachdem sich zunehmend auch Rechtswissenschaftler in den Diskussionen um Governance zu Wort melden, soll in diesem Beitrag erörtert werden, ob und inwieweit der Begriff aus der Perspektive des Sozialrechts von Interesse sein kann. Dabei soll das auf den Arbeitsmarkt bezogene Sozialrecht, insbesondere also das Arbeitsförderungsrecht in den Blick genommen werden. Vorab bedarf es einer Vergeisserung über den Gehalt des Governancebegriffs und seine Relevanz für die Rechtswissenschaft im Allgemeinen.

I. Zur Bedeutung von »Governance« für die Rechtswissenschaft

Verschiedene Wissenschaftsdisziplinen thematisieren unter dem Stichwort der Governance gewisse, mehr oder weniger neue Erscheinungsformen des »Regierens«, der Art und Weise, wie neuerdings Aufgaben erledigt werden, die man als öffentliche Aufgaben begreift. Wesentlich am Begriff der Governance ist, dass er einerseits auf Veränderungen von Staatlichkeit Bezug nimmt, diese in Rechnung stellt, dass er andererseits und zugleich bei aller Veränderung an staatlicher Verantwortung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben festhält.

Die Veränderung besteht zum einen darin, dass bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zunehmend auf Markt und Wettbewerb gesetzt wird. Diese Veränderung wiederum bezieht sich auf verschiedene Aspekte. So werden private Akteure, private Unternehmen mit der Erfüllung vormals staatlicher Aufgaben betraut, die sich vielfach im Wettbewerb mit anderen zu bewähren haben. Mehr oder weniger, in unterschiedlicher Form bleiben die Unternehmen dabei im Blickfeld des Staates, der sie vielfach irgendwie beaufsichtigt und sich um die Sicherung der Qualität der jeweiligen Leistungen kümmert. Die Mechanismen, derer sich der Staat dabei bedient, sind weni-

¹ Der Beitrag ist aus einem Vortrag hervorgegangen, den der Verfasser im Rahmen einer Vortragsreihe der Universität Kassel und des Bundessozialgerichts am 15. November 2006 an der Universität Kassel gehalten hat.

ger die des Ordnungsrechts als die eines neuen Vertragsrechts, weniger Befehl und Zwang als vielmehr weichere Instrumente, *soft law* in allen möglichen Erscheinungsformen. Es ist aber auch der Staat selbst, der, wenn er nach wie vor öffentliche Aufgaben selbst bearbeitet, im Wettbewerb steht mit anderen Anbietern. Dabei verändert er sich selbst, gleicht sich in seinen inneren Strukturen wie in seinen Handlungsformen den privatwirtschaftlichen Konkurrenten an. Auch in seinen Benennungen übrigens: die Anstalt wird zur Agentur.

Zum anderen hat sich Staatlichkeit insofern verändert, als der europäischen und auch der internationalen Ebene überhaupt eine zunehmende Bedeutung zukommt. Es ist auch die internationale Ebene, die auf die gerade skizzierte Veränderung von Staatlichkeit starken Einfluss nimmt. Vielfach kamen und kommen die Impulse in Richtung Privatisierung und Wettbewerb aus Europa. Vor allem haben die Handlungsbefugnisse der EG in den vergangenen 15 bis 20 Jahren kräftig zugenommen. Gleichwohl kann von einer hierarchischen europäischen Regierungsstruktur keineswegs die Rede sein. Vielmehr sind es komplexe Regelungsstrukturen, die die Beziehungen zwischen den Akteuren auf den diversen Handlungsebenen konstituieren. Auch in diesem Kontext wird zunehmend auf Handlungsformen jenseits der klassischen Rechtsquellen gesetzt.

Der Governancebegriff impliziert neben diesem gegenständlichen Bedeutungsgehalt zugleich Verschiebungen in der Forschungsperspektive verschiedener Sozialwissenschaften. Nach einer Darstellung von *Renate Mayntz*² liegen die Ursprünge des modernen Governancebegriffs in der ökonomischen Transaktionskostentheorie, in deren Kontext sich der Begriff darauf beziehe, wie *Regelungsstrukturen* auf das Handeln der regelun-terworfenen Akteure wirken.³ Das Interesse richte sich dabei in erster Linie auf die Institutionen. Die im Governancebegriff schwingende institutionalistische Denkweise sei den Sozialwissenschaftlern, insbesondere den Politologen entgegengekommen. Für diese konstatiert *Renate Mayntz*, sie hätten zunehmend die Governance-Terminologie aus der Ökonomie übernommen; es habe eine Akzentverschiebung vom Leitbegriff der Steuerung zu dem der Governance gegeben, das heißt, eine Verschiebung von einem primär auf den Staat als Akteur bezogenen Forschungsinteresse hin zu den Institutionen, zu den Regelungsstrukturen. Damit seien zugleich nichtstaatli-

2 *Mayntz*, *Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?*, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien*, 2005, S. 11 ff.

3 *Mayntz* (FN 2), S. 14.

che, gesellschaftliche Akteure, kooperative Strukturen stärker in den Blick geraten. Mit dieser veränderten Betrachtungsweise ließen sich im Übrigen die Entscheidungsstrukturen innerhalb der Europäischen Union bzw. überhaupt die Prozesse der internationalen Politik besser analysieren, denn dort gibt es eben keinen relativ einheitlichen Akteur mit umfassenden Kompetenzen wie den Nationalstaat.

Es besteht im Übrigen offenbar Einigkeit dahingehend, dass der Begriff der Governance als Bezeichnung einer in diesem Sinne institutionalistischen Forschungsperspektive ein hohes interdisziplinäres Potenzial aufweist. Er ist, wie es *Trute* gesagt hat,⁴ ein interdisziplinärer Verbundbegriff, ein Brückenbegriff, der das Gespräch zwischen verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen erleichtern und befördern kann.

Fraglich ist nun, ob der Begriff auch für die Rechtswissenschaften fruchtbar gemacht werden kann. An der Rechtswissenschaft sind selbstverständlich die angedeuteten Veränderungen von Staatlichkeit nicht spurlos vorbeigegangen. Insbesondere die Wissenschaft vom öffentlichen Recht bemüht sich seit längerem, diese Veränderungen zu verarbeiten. Zu erwähnen sind hier etwa die Habilitationsschrift von *Georg Hermes* über die »Staatliche Infrastrukturverantwortung« aus dem Jahr 1998 oder der Vortrag von *Andreas Voßkuhle* auf der Staatsrechtslehrtagung von 2002. *Voßkuhle* hat bei der Tagung über die »Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung«⁵ referiert. Dabei hat er es unternommen, Grundbausteine eines so genannten »Gewährleistungsverwaltungsrechts« zu entwickeln.⁶

Die erwähnten Arbeiten reflektieren die Veränderungen bei der Erfüllung von Staatsaufgaben, ohne freilich unter der Flagge der Governance zu segeln. Auch dieses Etikett ist jedoch vor allem in der Wissenschaft vom öffentlichen Recht aufgegriffen worden, um die neuen Formen des Regierens zu beschreiben, und – vor allem –, um die Brücke zu den Sozialwissenschaften

4 *Trute*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat*, 1999, S. 13 ff.

5 *Voßkuhle*, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, VVDStRL 62 (2003), S. 266 ff.

6 Er benennt (FN 5, S. 310 ff.) folgende Grundbausteine: Ergebnissicherung; Qualifikation und Auswahl privater Akteure; Schutz der Rechte Dritter; Lenkung und Kontrolle (= Gewährleistungsaufsicht); Evaluation und Lernen sowie Rückholoptionen.

zu schlagen.⁷ Auf zwei Protagonisten ist in diesem Zusammenhang hinzuweisen, auf *Wolfgang Hoffmann-Riem*, der sich in einem Aufsatz mit dem Titel »Governance im Gewährleistungsstaat« vom »Nutzen der Governance Perspektive für die Rechtswissenschaft« überzeugt zeigt,⁸ sowie auf *Gunnar Folke Schuppert*, in dessen Sammelband »Governance-Forschung« aus dem Jahr 2005 auch der Beitrag von *Hoffmann-Riem* zu finden ist.⁹

Es geht beim Aufgreifen des sozialwissenschaftlichen Begriffs nicht allein um die Freude an dessen modernistischer Aura. Die innere Berechtigung der Aufnahme des Begriffs in den juristischen Wortschatz besteht vielmehr darin, dass die Sozialwissenschaften mit dem Governancethema gewissermaßen bei dem Thema angekommen sind, das die Rechtswissenschaft ohnehin schon immer und heutzutage erst recht interessiert, beim Thema Regelungsstrukturen nämlich. Es kommt hinzu, dass sich die Rechtswissenschaft heute stärker als Wissenschaft von der rechtlichen Gestaltung begreift. Es geht, soweit man die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in den Blick nimmt, schon auch noch, aber nicht mehr nur um die hermeneutische, systematisierende Bearbeitung der *lex lata*, sondern auch um die Entwicklung rechtlicher Instrumente in den Grenzbereichen von privatem und öffentlichem Recht, die mit der Rechtsordnung im Übrigen kompatibel sind und zudem auch sonst zu vernünftigen Ergebnissen führen.

Es spricht also einiges dafür, dass der Governancebegriff auch für Debatten unter Beteiligung der Rechtswissenschaften nützlich sein kann.

II. Governance und die Reformen des Arbeitsförderungsrechts

Im Folgenden geht es darum, diese Aussage zu überprüfen, und zwar bezogen auf die Probleme des Arbeitsmarkts. Was bedeutet es, mit einer juristischen Governanceperspektive an den Arbeitsmarkt heranzugehen? Es muss nach allem um die rechtliche, institutionelle Verfassung des Arbeitsmarktes gehen. Dabei ist von besonderem Interesse, wie der Staat mit Bezug auf den

7 Neuerdings finden sich allerdings auch in der Zivilrechtswissenschaft Überlegungen zum Begriff der Governance; vgl. etwa *König*, Privatisierung des Rechts – Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung, *AcP* 206 (2006), S. 477 ff., insbes. S. 508 ff.

8 *Hoffmann-Riem*, Governance im Gewährleistungsstaat – Vom Nutzen der Governance-Perspektive für die Rechtswissenschaft, in: *Schuppert* (FN 2), S. 195 ff.

9 *Schuppert* (FN 2); darin, S. 371 ff. auch der Beitrag von *Schuppert*, Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen.

Arbeitsmarkt handelt und in welcher Weise dabei mit den oben angedeuteten Gestaltungsformen operiert wird. Es ist mithin in erster Linie das Arbeitsförderungsrecht, das bei einer solchen Analyse in den Blick gerät. Das Arbeitsförderungsrecht in Gestalt des AFG war ja ein Gesetz aus der optimistischen Phase eines steuerungsmächtigen Sozialstaats, aus der »Steuerungsära«. Heute präsentiert es sich als Konglomerat von Instrumenten mit sozusagen unterschiedlichen Abstufungen von Modernität, und zwar auch von Instrumenten aus dem gegenwärtigen »Governance-Zeitalter«. Anhand von fünf Beispielen des Arbeitsförderungsrechts soll erörtert werden, wie es um das heuristisch-analytische Potenzial des Governancebegriffs bezogen auf dieses Rechtsgebiet steht.

1. Kombi- und Mindestlohn

Eine derzeit heiß diskutierte Frage ist die Problematik des Kombi- oder Mindestlohnes. Die hierzu vertretenen politischen Konzepte bezwecken dezidiert eine Beeinflussung des Arbeitsmarktes.

Der Vorschlag des Sachverständigenrates vom August 2006¹⁰ will den Arbeitsmarkt durch eine Reform des SGB II beeinflussen. Er geht dabei davon aus, dass die Attraktivität der Arbeitsaufnahme erhöht und dass Anreize zur Schaffung neuer Jobs im Niedriglohnbereich gesetzt werden müssten. Der Kern des Vorschlags besteht darin, dass der Regelsatz des Alg II um 30 % gesenkt und zugleich die Möglichkeit des Hinzuverdienstes erheblich verbessert werden müssten. Außerdem müsse das Angebot an »Arbeitsgelegenheiten«, sprich an 1 Euro-Jobs, deutlich ausgeweitet werden. Auf diesem Wege könnten dann auch diejenigen ihr Alg II aufstocken, die sich keinen Hinzuverdienst auf dem ersten Arbeitsmarkt verschaffen könnten.

Insgesamt ist das SGB II nach Meinung des Sachverständigenrats auf dem richtigen Weg, insbesondere was den Kombilohn angeht. Denn eine Kombilohnregelung steht in Form der Vorschriften über die Erwerbstätigkeitsfreibeträge (§ 30 SGB II) schon heute im Gesetz. Mindestlöhne lehnt der Sachverständigenrat demgegenüber ausdrücklich ab, denn die Lohnspreizung soll ja gerade befördert werden. Der Kombilohn macht den Niedriglohn erträglich, er erscheint nachgerade als Gegenmodell zum Mindestlohn.

10 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Arbeitslosengeld II reformieren: Ein zielgerichtetes Kombilohnmodell, Wiesbaden, August 2006.

Die Expertise des Sachverständigenrats hebt sich von früheren Vorschlägen des ifo-Instituts wohltuend ab, auch wenn sie von diesen inhaltlich nicht so weit entfernt ist. Ausgangspunkt der Überlegungen ist eine ökonomische Analyse von Kombilöhnen im Allgemeinen. Es folgt eine eingehende Auseinandersetzung mit einschlägigen Erfahrungen aus dem In- und Ausland. Schließlich setzen sich die Sachverständigen mit etwaigen Akzeptanzproblemen ihres Vorschlags auseinander. In diesem Rahmen erfolgt eine eingehende rechtliche, insbesondere auch verfassungsrechtliche Bewertung des Vorschlags.¹¹ Die Überlegungen beruhen auf Diskussionen, die der Sachverständigenrat mit dem Präsidenten des Hessischen Landessozialgerichts *Harald Klein* geführt hat. Die Bewertung fällt in dem Sinne positiv aus, dass eine Absenkung der Regelleistung zulässig sei, wenn der Leistungsträger dem Arbeitslosen konkret eine ihm zumutbare Arbeitsstelle oder Arbeitsgelegenheit anbietet, so dass es ausschließlich vom Arbeitsuchenden abhängt, ob er seinen Lebensunterhalt ganz oder teilweise durch Aufnahme dieser Erwerbstätigkeit sicherstellt.

Eine Studie, die man der Governanceforschung zuschlagen könnte, ist die Expertise des Sachverständigenrates aber trotzdem nicht oder allenfalls am Rande.

Die Reformoptionen beziehen sich auf das Design einer sozialrechtlich vermittelten Geldleistung. Es geht dabei um die Höhe des Alg II und um die Anrechnungsmodalitäten. Der Vorschlag konzentriert sich auf die materielle rechtliche Ausgestaltung des Sozialrechtsverhältnisses zwischen Leistungsempfänger und den zuständigen staatlichen Stellen. Dies hat mit den Formen modernen Regierens, auf die sich der Governance-Begriff bezieht, nur indirekt etwas zu tun. Es geht hier weniger um den gewährleistenden als um den leistenden Sozialstaat, wenn auch in einer aktivierenden, ökonomisch informierten und inspirierten Variante. Ergiebiger ist es, wenn man die *Dienstleistungen* betrachtet, die nach SGB II oder SGB III beansprucht werden können.

2. *Vermittlungsgutschein*

Die zentrale Dienstleistung des Arbeitsförderungsrechts ist die Arbeitsvermittlung. In diesem Bereich wurde in den vergangenen Jahren mit einer Reihe von Instrumenten experimentiert, u.a. mit dem Instrument des Vermittlungsgutscheins nach § 421 g SGB III.

¹¹ Sachverständigenrat (FN 10), S. 124–127.

Die Regelung verheißt Empfängern von Lohnersatzleistungen nach sechs Wochen Arbeitslosigkeit Anspruch auf einen Vermittlungsgutschein. Mit dem Gutschein können sich Arbeitslose an einen privaten Arbeitsvermittler wenden. Dieser kann den Gutschein bei der Arbeitsagentur einlösen, wenn es zu einem Ermittlungserfolg gekommen ist. Von der Vermittlungsprämie in Höhe von insgesamt 2000,- € erhält der Vermittler die Hälfte, wenn sein Kunde eine versicherungspflichtige Beschäftigung aufnimmt. Die zweite Rate wird gewährt, wenn das Beschäftigungsverhältnis mindestens sechs Monate besteht. Im Jahr 2004 wurden über 714.000 Vermittlungsgutscheine ausgegeben. Lediglich 54.000 wurden jedoch eingelöst, und nur bei der Hälfte der eingelösten Gutscheine wurde auch die zweite Rate fällig.¹² Der Bundesrechnungshof hat für 2005 eine Mitnahmequote von 27 % ermittelt.¹³ Die Erfolgsbilanz des Instruments ist also ziemlich durchwachsen. Das ändert aber nichts daran, dass das Instrument im Kontext neuer Methoden des Regierens sehr interessant ist.

Zeitgleich mit der Einführung des Vermittlungsgutscheins wurde die Erlaubnispflicht privater Arbeitsvermittlung vollständig abgeschafft.¹⁴ Hier wird also ein ehemals staatlich monopolisiertes Handlungsfeld den Kräften des Wettbewerbs überlassen. Selbst für die Fälle, in denen die Bundesagentur über den Vermittlungsgutschein das Honorar trägt, gewähren die wenigen verbliebenen Regeln des SGB III zum Vermittlungsvertrag der Bundesagentur nur wenig Ansatzpunkte, um das Treiben der privaten Vermittler zu beeinflussen. Dementsprechend wird im Bericht 2005 der Bundesregierung zur Wirksamkeit moderner Dienstleistungen am Arbeitsmarkt beklagt, dass der Wegfall der Erlaubnispflicht zwar neue Formen der Qualitätssicherung erfordere, dass aber Vereinbarungen der Verbände der Vermittlungsfirmen über fachliche Mindeststandards nicht hätten umgesetzt werden können.¹⁵

Hat nun der Staat hinsichtlich der Arbeitsvermittlung durch Private jeglichen Steuerungsanspruch, auch denjenigen indirekter Einflussnahme, aufgegeben? Genauere Betrachtung zeigt, dass das letztlich nicht der Fall ist.

12 Vgl. Bericht der Bundesregierung zur Wirksamkeit moderner Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 1. Februar 2006, BT-Drucks. 16/505, S. 79; dieser Bericht versteht sich als »Werkstattbericht« (vgl. S. 11); der Endbericht wurde im Dezember 2006 vorgelegt; das Bundeskabinett hat darüber am 20. Dezember 2006 beraten (vgl. FAZ vom 21. Dezember 2006, S. 12); der Bericht selbst lag jedoch bei Abschluß dieses Manuskripts noch nicht vor.

13 FAZ, 10. November 2006, S. 14.

14 Hierzu und zu den vorangegangenen Entwicklungen eingehend *Fuchs*, in: *Gagel*, SGB III mit SGB II, Vorbemerkungen vor §§ 292–301 SGB III.

15 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 79.

Eine Entscheidung des 7a-Senats des BSG hat nämlich auf die Existenz von Regelungsstrukturen aufmerksam gemacht, die doch immerhin zu gewissen Beschränkungen der wettbewerblichen Freiheit führt.¹⁶ Im Fall des BSG hatte sich die Bundesagentur geweigert, eine Anzahl von Vermittlungsgutscheinen zu honorieren, weil zwischen der Vermittlerin und der neuen Arbeitgeberin Personenidentität bestehe. Beide hatten denselben Alleingesellschafter und alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer. Am Urteil des BSG ist bemerkenswert, dass das Gericht einen Weg zur Rechtfertigung des Standpunkts der Bundesagentur findet:¹⁷ Der – öffentlich-rechtliche – Anspruch des Vermittlers aus dem Gutschein hängt nach dem Gesetz davon ab, dass dem Vermittler gegen seinen Kunden ein – privatrechtlicher – Vergütungsanspruch zusteht. Im Vertrag zwischen Vermittler und Kunden sieht der Senat einen Maklervertrag gemäß § 652 BGB. Der Vergütungsanspruch aus einem Maklervertrag hängt davon ab, dass das zu vermittelnde Geschäft, der Hauptvertrag, mit einem Dritten zustande kommt. An einem Dritten fehlt es nach der Rechtsprechung des BGH aber dann, wenn der Partner des Hauptvertrages mit dem Makler »verflochten« ist.¹⁸ Einen Fall der Verflechtung in Form einer »unechten Verflechtung« sieht der Senat in der von ihm zu beurteilenden Konstellation. Zur sozialrechtlichen Relevanz dieser zivilrechtlichen Figur heißt es in dem Urteil, es sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BGH kannte und in Kenntnis dieser Rechtsprechung keine Veranlassung sah, eine (zusätzliche) explizite Regelung in § 421 g SGB III aufzunehmen. Jedenfalls als Unterstellung erscheint das überzeugend. Was die Kenntnis oder zumindest das Kennenmüssen angeht, kann man immerhin darauf verweisen, dass das Verflechtungsproblem dem *Palandt* eine ganze Randziffer wert ist.

Im Ergebnis entsteht hier also eine privatrechtlich/öffentlich-rechtliche Gemengelage, die dazu führt, dass die Bundesagentur trotz privatrechtlicher Freiheit der Leistungserbringer doch Steuerungspotenzial zurückerhält, mit dem sie Missbräuche im Wege der Zahlungsverweigerung verhindern kann. Das BSG hat so die private Arbeitsvermittlung ein gewisses Stück in die Governance-Zone zurückgeführt. Dabei haben sich seit langem existierende Regelungsstrukturen des Zivilrechts als nützliche Lieferanten sozialrechtlicher Qualitätssicherung erwiesen; die Strukturen waren schon

16 BSG, Urteil vom 6. April 2006 – B 7a AL 56/05 R –, SozR 4-3400 § 421g Nr. 1.

17 Der vom BSG gefundene Lösungsansatz findet sich bereits bei SG Aurich, Urteil vom 26. März 2003 – S 5 AL 60/02 –, info also 2003, S. 224 ff.; eine Entscheidung, die in der Literatur auf Zustimmung gestoßen war; vgl. *Kruse*, in: *Gagel*, SGB III mit SGB II, § 421 g SGB III, Rdnr. 8; *Brandts*, in: *Niesel*, SGB III, 3. Aufl., 2005, § 296 Rdnr. 11.

18 Dazu *Palandt/Sprau*, BGB, 66. Aufl., 2007, § 652 BGB Rdnr. 30.

da und haben gewissermaßen nur auf den freien, von den Zwängen des öffentlichen Rechts weitgehend befreiten Arbeitsvermittlungsvertrag gewartet, um diesen nunmehr einer weniger sichtbaren zivilrechtlichen Kanalisierung zu unterwerfen.

3. Vergabe von Vermittlungs- und Eingliederungsleistungen

Der Vermittlungsgutschein ist nicht der einzige Weg, auf dem die Bundesagentur ihren Kunden Vermittlungsleistungen verschafft, die letztlich von Dritten erbracht werden. Als weitere Instrumente sind hier zu nennen die Vermittlung durch Dritte (§ 37 SGB III), die Einschaltung von Personal-Serviceagenturen (§ 37 c SGB III) sowie die Beauftragung Dritter mit Eingliederungsleistungen (§ 421 i SGB III). Spektakuläre Erfolgsquoten haben diese Instrumente allerdings nicht aufzuweisen.

Das Instrument der Vermittlung durch Dritte wurde in einer recht großen Zahl von Fällen eingesetzt, 2004 in mehr als 600.000 Fällen.¹⁹ Es gibt immerhin Anzeichen für positive Eingliederungswirkungen für den Fall, dass der beauftragte Dritte die gesamte Vermittlung übernommen hatte, wie es insgesamt in etwa 200.000 Fällen praktiziert wurde. Erheblich schlechter sieht die Bilanz bei den Personalserviceagenturen aus. Die ursprünglich anvisierten Zahlen an PSA-Beschäftigten wurden bei weitem nicht erreicht. So gab es etwa Ende 2003 nur 27.000 PSA-Beschäftigte.²⁰ Überdies ergaben quantitative Wirkungsanalysen, dass die PSA-Beschäftigung die Eingliederungschancen der Betroffenen verschlechtert; man geht von einem »Lock-In-Effekt« aus, dass also während der Förderung die Bemühungen um einen regulären Arbeitsplatz gering sind.²¹ Vor diesem Hintergrund ist der ursprüngliche gesetzliche Anspruch, flächendeckend PSAs einzuführen, inzwischen bereits wieder aufgegeben worden.²² Bei der Beauftragung Dritter mit Eingliederungsleistungen nach § 421 i SGB III fällt die Bilanz insgesamt wieder besser aus. Hierzu heißt es im Bericht der Bundesregierung, es handle sich um ein kleines, aber erfolgreiches Instrument.²³ Klein ist das Instrument, weil im Jahr 2004 nur etwa 20.000 Förderungen zu verzeichnen waren. Bei den Betroffenen habe der Einsatz des Instruments aber zu einer

19 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 81.

20 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 86; ebenso der im Dezember 2006 vorgelegte Abschlussbericht der Bundesregierung; vgl. FAZ vom 13. Dezember 2006, S. 13.

21 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 87.

22 Vgl. die Neufassung des § 37 c SGB III durch das 5. SGB III-ÄndG und dazu BT-Drucks. 16/109, S. 7.

23 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 132.

Verkürzung der durchschnittlichen Dauer der Arbeitslosigkeit um einen Monat und zu gesamtfiskalisch positiven Auswirkungen geführt.²⁴

Der überschaubare Erfolg der drei Instrumente ändert nichts daran, dass auch sie unter der Governance-Perspektive interessant erscheinen.

Anders als beim Vermittlungsgutschein ist bei diesen Instrumenten nicht der Arbeitslose der zentrale Akteur, der sich auf dem Markt einen Dienstleister suchen soll. Als Nachfrager tritt hier vielmehr die Bundesagentur auf, die die Vermittlungsleistungen der Dritten »einkauft« und dann die Arbeitslosen zu dem externen Dienstleister schickt. Beim sog. »Einkauf« durch die Bundesagentur handelt es sich – jedenfalls im Fall des § 421 i SGB III kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung – um die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die beim Überschreiten eines Schwellenwerts von 249.000,- € dem Vergaberecht unterliegen.²⁵ Wie die vertraglichen Beziehungen zwischen der Bundesagentur und PSA bzw. beauftragten Dritten einzuordnen sind, wird unterschiedlich beurteilt. Überwiegend werden diese Beziehungen als privatrechtlich betrachtet²⁶ und Streitigkeiten den nach dem GWB für Vergabesachen zuständigen Stellen zugeordnet.

Die Bundesagentur behandelt die Akquisition der Dritten als »Einkaufsprozess«. Diese Einkaufsprozesse hat sie in den vergangenen Jahren gezielt neu organisiert. Sie unterwirft sie verbindlich dem Vergabeverfahren nach der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL), sie hat die Vergabeentscheidungen bei sieben neuen »Regionalen Einkaufszentren (REZ)« zentralisiert und sie bemüht sich um eine Standardisierung der Leistungen, die die Dritten erbringen sollen.²⁷ Von alledem versprach sich die Bundesagentur »eine Qualitätssicherung durch die bessere Vergleichbarkeit von Angeboten, eine höhere Transparenz sowie Korruptionsbekämpfung durch die Trennung von Bedarfsträgern und Einkaufsorganisation und eine Reduzierung der Personalkosten«²⁸. Die Ergebnisse dieser Neuausrichtung der Ein-

24 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 84.

25 Vgl. zu Vergabeverfahren im Kontext des SGB III *Storost*, Die Bundesagentur für Arbeit an den Schnittstellen von Sozial- und Vergaberecht, NZS 2005, S. 82 ff.; *Rixen*, Sozialvergaberecht ante portas? Vergaberechtliche Probleme im Sozialrecht der Arbeitsmarktsteuerung (SGB II und SGB III), VSSR 2005, S. 225 ff.; jüngst auch *Neumann*, Die Diakonie im sparbeflissenen Sozialstaat, ZevKR 2006, S. 374 ff. (383 ff.).

26 *Peters-Lange*, in: *Gagel*, SGB III mit SGB II, § 37 c SGB III, Rdnr. 12 f. betr. PSA; *Spellbrink*, in: *Spellbrink/Eicher*, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, § 23 a, betr. Beauftragung von Trägern mit Eingliederungsmaßnahmen; anders aber *Sienknecht*, in *Spellbrink/Eicher*, a.a.O., § 25 Rdnr. 62 zur Beauftragung Dritter mit Vermittlungsaufgaben.

27 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 58.

28 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 58.

kaufprozesse werden aber teilweise durchaus kritisch bewertet. Im Bericht der Bundesregierung heißt es dazu, es würden zwar Kosteneinsparungen wahrgenommen; diese hätten aber in nicht wenigen Fällen zu erheblichem Qualitätsverlust geführt. Die Einschätzungen darüber, wie man die Anbieter am besten zu einer sinnvollen Preiskalkulation und zu anschließender Bestleistung motiviert, seien überaus unterschiedlich. Die Bundesagentur beschreibe große Probleme bei der Durchsetzung von fachlichen Kriterien, vor allem hinsichtlich der Gewichtung von Qualität und Preis im Vergabeverfahren.²⁹

Die Qualität der Leistungen, die die Arbeitslosen letztlich erhalten, kann die Bundesagentur mit verschiedenen Mitteln steuern, eben über die Gewichtung von Qualität und Preis im Vergabeverfahren, über die Auswahl möglichst qualifizierter Dienstleister und natürlich auch über die Ausgestaltung der Beschaffungsverträge und über die Art und Weise des Umgangs mit Leistungsstörungen. Dabei spielt es letztlich eine untergeordnete Rolle, wie man solche Verträge rechtssystematisch einordnet. Konzipiert man etwa die Beziehungen zwischen Bundesagentur und PSA als privatrechtliche Verträge, so ist es eben das Privatrecht, dessen Regelungsstrukturen dienstbar gemacht werden müssen, um eine gute Erledigung öffentlicher Aufgaben zu bewerkstelligen. Sieht man als Grundlage der Auftragsvermittlung einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, so müssen in dieses Gewand passende Instrumente der Qualitätssicherung eingefügt werden. Dabei wird man schnell wieder ins Bürgerliche Recht blicken, um von den Erfahrungen mit den dort vorfindlichen Regelungsstrukturen zu profitieren. So oder so handelt es sich um Formen einer gewissermaßen indirekten Erfüllung öffentlicher Aufgaben, um einen Aktionsmodus staatlicher Stellen, der sich als Beispiel arbeitsförderungsrechtlicher Governance auffassen lässt.

4. Vermittlung durch die – reorganisierte – BA

Es gibt selbstverständlich auch noch Arbeitsvermittlung, die die Agenturen für Arbeit selbst durchführen, die In-house-Erstellung dieser Dienstleistung. Bekanntlich wurden die damit zusammenhängenden Prozesse in den vergangenen Jahren ebenfalls dramatisch umgestellt. Nach dem Vermittlungsskandal von 2002 wurde die Bundesanstalt für Arbeit zu einer modernen Dienstleistungseinrichtung mit privatwirtschaftlichen Führungsstruk-

²⁹ Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 59.

turen umgebaut,³⁰ zu einer Dienstleistungseinrichtung, die sich auf die Vermittlung als ihr Kerngeschäft konzentriert.

Das Schlagwort der Reorganisation lautete »neues Steuerungskonzept«; das neue Steuerungskonzept beinhaltet Elemente wie dezentrale Ressourcenverwaltung, zentrales Controlling, wirkungs- oder »output-orientierte« Steuerung sowie wettbewerbsorientierte Steuerungsmechanismen.³¹ All dies entspricht dem in Deutschland seit etwa 15 Jahren diskutierten, betriebswirtschaftlich geprägten Konzept des New Public Management.³² Mit dem Umbau der Bundesagentur wurde genau besehen bei der Riesenbehörde eine Strukturreform, der Weg zum »manageriellen Sozialstaat«³³ nachvollzogen, eine Reform, die in anderen Bereichen sehr viel früher stattgefunden hatte. Bekanntlich wurde die Professionalisierung der Führungsverantwortung durch Entmachtung der Selbstverwaltung und Einsetzung hauptamtlicher Vorstände in der Krankenversicherung schon 1996 durch das Gesundheitsstrukturgesetz eingeführt.³⁴

Man kann sich jetzt fragen, ob auch diese späten Veränderungen unter dem »label« Governance diskutiert werden sollten. Dies ließe sich bestreiten, denn es geht ja nur um die interne Organisation staatlicher Stellen, nicht um deren kooperatives Zusammenwirken mit gesellschaftlichen oder »hybriden« Akteuren, und zwar um eine Reorganisation nach einem Konzept, das aus einer Zeit stammt, in der viel von Steuerung, aber noch kaum von Governance gesprochen wurde.

Andererseits findet sich das neue Steuerungsmodell etwa bei dem Governance-Schriftsteller *Hoffmann-Riem* immerhin in den Fußnoten; bei ihm heißt es, der kooperative, koordinierende Staat müsse sich verstärkt auf die Handlungslogik der am Markt operierenden privaten Akteure einstellen; dies könne er u.a. durch die Umsetzung des Neuen Steuerungsmodells erlernen.³⁵ Zu beachten ist dabei auch, dass die Bundesagentur im Vermitt-

30 Vgl. *Sienknecht*, in: *Spellbrink/Eicher*, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, § 34 Rdnr. 4, S. 1519.

31 Vgl. z.B. die Begründung zum Entwurf des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BT-Drucks. 15/1515, S. 72 und ausführlich den Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 37 ff.

32 Knapper Überblick bei *Schenke*, New Public Management in der Sozialgerichtsbarkeit, in: *Deutscher Sozialrechtsverband* (Hrsg.), *Durchsetzung sozialer Rechtspositionen*, SDSRV 54 (2006) S. 81, 83 ff.

33 Begriff bei *Schroeder*, Selbstverwaltungskorporatismus und neuer Sozialstaat, ZSR 52 (2006), S. 253 ff. (270).

34 Vgl. etwa *Hänlein*, in *Kruse/Hänlein* (Hrsg.), *LPK-SGB V*, 2. Aufl., 2003, vor §§ 194–197, Rdnr. 1 ff.

35 *Hoffmann-Riem*, in: *Schuppert* (FN 2), S. 206 mit FN 9.

lungsgeschäft seit 2002, wie bereits erwähnt, in der Tat im Wettbewerb mit privaten Anbietern steht.

Eine weitere Verbindungslinie zur Kernzone dessen, was mit Governance gemeint ist, lässt sich ferner ziehen, wenn man die Art der Steuerungsinstrumente betrachtet: Hier haben sich die Gewichte vom hoheitlichen Einzelakt verschoben zur Absprache, zu vertraglichen Instrumenten. Vertragliche Instrumente sind es aber auch, die beim Wandel von der Bundesanstalt zur Bundesagentur eine große Rolle spielen. Die Bundesagentur bemüht sich neuerdings,³⁶ ihre geschäftspolitischen Ziele durch so genannte Zielvereinbarungen umzusetzen, die zwischen Zentrale und Regionaldirektionen sowie zwischen diesen und den örtlichen Agenturen in einer vorgegebenen Form einheitlich abgeschlossen werden. In diesen Vereinbarungen werden u.a. quantifizierte Integrationsziele und diesen zugeordnete Finanzzuweisungen festgelegt. Die Zielerreichung wird dann in sog. »Nachhaltgesprächen« überprüft, die auf der Basis der Daten des zentralen Controllings durchgeführt werden.

Nach außen, im Verhältnis zu den Kunden, wird die interne Reorganisation der Bundesagentur augenfällig in Form des KuZ, des »Kundenzentrums der Zukunft«, das als Kernstück der innerorganisatorischen Neugestaltung der Bundesagentur bezeichnet wird³⁷ und inzwischen flächendeckend eingeführt ist. U.a. folgende Neuerungen werden als zentral hervorgehoben: die telefonische Bearbeitung von Kundenanliegen durch Service-Center, die Abschaffung der offenen Sprechstunde, die dezidierte Standortbestimmung der Bewerber, die Differenzierung der Kunden in vier Kundengruppen: Marktkunden, Beratungskunden Aktivieren, Beratungskunden Fördern und Betreuungskunden. Die neuerdings störungsfreien Beratungsgespräche mit den Kunden folgen einer neuen Verlaufssystematik. Bereits beim Erstgespräch soll, wie es heißt, ein erfolgversprechendes Ziel mit den Kunden in Form einer Zielvereinbarung festgelegt werden. Damit ist aber noch nicht die seit dem Job-AQTIV-Gesetz im SGB III verankerte sog. Eingliederungsvereinbarung (§ 35 Abs. 4 SGB III) gemeint. Diese

36 Vgl. hierzu und zum Folgenden den Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 39.

37 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 41.

wird erst nach sechs Monaten Arbeitslosigkeit geschlossen.³⁸ Erste Bewertungen des Kundenzentrums der Zukunft fallen vorsichtig positiv aus.³⁹

Mit Blick auf die Governance-Fragestellung ist interessant, dass man hier im Verhältnis zu den jetzt Kunden genannten Leistungsempfängern ebenfalls Instrumente einsetzt, wie sie auch innerorganisatorisch verwendet werden. Hier findet gewissermaßen ein Umschlag des betriebswirtschaftlichen Impetus ins Außenverhältnis statt. Soweit es um SGB III-Kunden geht, ist das eher unproblematisch, denn die im SGB III geregelte Eingliederungsvereinbarung wird nicht als Vertrag im Rechtssinne angesehen.⁴⁰ Dem Gesetz geht es hier nicht darum, die Kunden zur Entäußerung eines rechtsverbindlichen Willens zu veranlassen. Eher sollen wohl Selbstklärungsprozesse in Gang gesetzt und fassbar gemacht werden. Man sollte den Einsatz des Instruments der Vereinbarung im Übrigen nicht allein als Folge betriebswirtschaftlichen Denkens deuten. So wird auch darauf hingewiesen, dass es sich hier um ein »aus der Sozialarbeit überkommenes und übernommenes Modell« handele, mit dem hier die Arbeitsvermittlung verbessert werden solle.⁴¹

Kritisch wird die Sache freilich bei den SGB II-Kunden. Hier ist die Nichterfüllung vereinbarter Pflichten mit Leistungskürzungen oder gar Leistungsentzug sanktioniert (§ 31 SGB II). Verbindlichkeit kann man einer solchen Vereinbarung also schlecht absprechen. Trotzdem wird heftig darüber gestritten, ob man die Eingliederungsvereinbarung als öffentlich-rechtlichen Vertrag einordnen kann.⁴² Der sachliche Kern der Kontroverse besteht in der Frage, wie man am besten eine angemessene Inhaltskontrolle der Eingliederungsvereinbarungen bewerkstelligen kann. Der Katalog der

38 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 49; hinsichtlich der Handhabung dieses Instruments gibt es offenbar noch keine standardisierte Praxis.

39 *Schütz/Oschmiansky*, Arbeitsamt war gestern. Neuausrichtung der Vermittlungsprozesse in der Bundesagentur für Arbeit nach den Hartz-Gesetzen, ZSR 2006, S. 5, 26; ähnlich offenbar jetzt auch der Endbericht 2006 der Bundesregierung zur Arbeitsmarktpolitik, vgl. FAZ vom 21. Dezember 2006, S. 12.

40 Vgl. *Peters-Lange*, in: *Gagel*, SGB III mit SGB II, § 35 SGB III, Rdnr. 27; *Rixen*, in: *Eicher/Spellbrink*, SGB II, 2005, § 15, Rdnr. 2; *Spellbrink*, Eingliederungsvereinbarungen nach SGB II und Leistungsabsprachen nach dem SGB XII aus Sicht der Sozialgerichtsbarkeit, *Sozialrecht aktuell* 2006, S. 52, 53 mit FN 5 unter Hinweis auf BT-Drucks. 14/6944.

41 *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., 2006, S. 266, Rdnr. 465.

42 Für subordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag *Fuchsloch*, in: *Gagel*, SGB III mit SGB II, § 15 SGB II Rdnr. 109 ff.; *Berlit*, Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB II – Rechtsrahmen und Rechtsschutz, *Sozialrecht aktuell* 2006, S. 41 ff.; für öffentlich-rechtliche Handlungsform eigener Art *Spellbrink*, Eingliederungsvereinbarungen nach SGB II und Leistungsabsprache nach dem SGB XII aus Sicht der Sozialgerichtsbarkeit, *Sozialrecht aktuell* 2006, S. 52 ff.

Nichtigkeitsgründe in den Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag (§ 58 SGB X) dürfte diese Schwelle zu hoch ansetzen.⁴³ Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass es nun eine deutlich eingeschränkte Abschlussfreiheit gibt, denn die Verweigerung des Vertragsschlusses kann mit Absenkung oder Wegfall des Alg II sanktioniert werden.

Ein mehr oder weniger stark ausgeprägter Kontrahierungszwang, den es ja auch in anderem Zusammenhang gibt, hat allerdings nicht zur Folge, dass man wegen »Pseudokonsensualität« überhaupt nicht mehr von einem Vertrag sprechen kann;⁴⁴ andererseits passt § 58 SGB X in der Tat nicht besonders gut. M.E. sollte man Mechanismen der Inhaltskontrolle entwickeln, die sich am AGB-Recht orientieren. Das würde bedeuten, dass von der Agentur – sei es auch im Einzelfall – diktierte Bedingungen, die den Arbeitssuchenden unangemessen benachteiligen, als unwirksam anzusehen wären (vgl. vor allem § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB).

Im Ergebnis handelt es sich strenggenommen bei der Beziehung zwischen Sozialleistungsträger und Leistungsberechtigtem, dem Sozialrechtsverhältnis, um eine rechtliche Beziehung, deren Analyse unter dem Blickwinkel von Governance nicht unbedingt zwingend erscheint. Da aber die modernen Instrumente des kooperativen Staates, wie gezeigt, auch in das Sozialrechtsverhältnis ausstrahlen, ist ein Seitenblick auch in diese Richtung gleichwohl legitim, sei es auch nur zum Zweck der Abgrenzung, um zu zeigen, wo man vielleicht doch besser mit den hergebrachten, rechtsstaatlich schärfer konturierten Instrumenten arbeiten sollte.

5. Förderung der Weiterbildung

Im Zentrum der Governancezone steht dann aber das Regelungsmodell, das die Hartz-Gesetzgebung (Hartz I und II) für die Förderung der beruflichen Weiterbildung eingeführt hat.⁴⁵ Anders als bei der Arbeitsvermittlung waren es in diesem Bereich seit jeher Dritte, die die Bildungsmaßnahmen ausführten. Die Bundesanstalt für Arbeit trug nicht nur die Kosten der Maßnahme; sie war darüber hinaus auch für Qualität und Wirtschaftlichkeit der Bildungsmaßnahmen verantwortlich, denn es konnten nur von ihr anerkannte Bildungsträger in Anspruch genommen werden. Die Anerkennung hing wiederum von Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbrin-

43 Im Ergebnis ähnlich *Berlüt* (FN 42), S. 41, 47 f., und *Spellbrink* (FN 42), S. 52, 54.

44 So aber *Spellbrink* (FN 42), S. 52, 54.

45 Dazu bereits *Hänlein*, Sozialgerichtsbarkeit: Steuernder Akteur im Wirtschaftsleben, Soziale Sicherheit, 2005, S. 273 f.

gung ab. Allerdings war das Verfahren der Anerkennung nicht besonders klar ausgestaltet.

Mit den ersten beiden »Hartz-Gesetzen« wurden in diesem Bereich völlig neue Regelungsstrukturen eingeführt.⁴⁶ Im Kern sind es zwei Elemente, die das neue Weiterbildungsrecht kennzeichnen: die Einführung des Bildungsgutscheins (§ 77 Abs. 3 SGB III) und die Einführung eines Zertifizierungssystems, das die Zulassung von Weiterbildungsträgern und von Qualifizierungsmaßnahmen von einer Zertifizierung abhängig macht (§§ 84, 85 SGB III⁴⁷).

Es gibt allerdings noch eine zweite Entwicklung, die die Neuausrichtung des Qualifizierungssektors überlagert. Die interne Organisationsreform der Bundesagentur für Arbeit nach dem neuen Steuerungsmodell will die Arbeit der Behörde dezidiert an Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit in dem Sinn ausrichten, »dass der Einsatz von Ressourcen einen positiven betriebswirtschaftlichen Nettoeffekt bringen muss«. Für die Förderung der beruflichen Weiterbildung bedeutet das, dass nur noch Weiterbildungsmaßnahmen mit einer prognostizierten Verbleibsquote von mindestens 70 % zugelassen werden;⁴⁸ zudem muss im Einzelfall mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit eine Integration in den Arbeitsmarkt nach erfolgter Weiterbildung absehbar sein.⁴⁹ Vor allem dies hat zu einem dramatischen Rückgang der jährlich neu begonnenen Weiterbildungsmaßnahmen geführt: von 520.000 im Jahr 2000 auf nur noch 185.000 im Jahr 2004.⁵⁰

Die jüngste Gesetzgebung hat auch im Bereich der Qualifizierung Arbeitsloser wettbewerbliche Strukturelemente eingeführt. Auch hier setzt das Gesetz nun auf das Gutscheinmodell; dem Vermittlungsgutschein entspricht der Bildungsgutschein. Dieser enthält die Finanzierungszusage der Bundesagentur. Mit dem Gutschein in der Hand wird der Arbeitslose zum Kunden, der über bestimmte Ressourcen verfügt. Er soll unter den auf dem Markt aktiven Trägern und deren Bildungsangeboten das für ihn beste An-

46 Der Bericht der »Hartz-Kommission« hatte hierzu nur sehr abstrakte Vorschläge enthalten: Die Weiterbildungsförderung solle »markt- und bedarfsorientiert«, »zielgruppenspezifisch«, »vermittlungsorientiert« sowie »transparent und evaluationsfähig« ausgestaltet werden; vgl. Kommission zum Abbau der Arbeitslosigkeit und zur Umstrukturierung der Bundesanstalt für Arbeit, Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, Bericht der Kommission, 2002, S. 158 ff.

47 Diese Vorschriften werden ergänzt durch eine auf § 87 SGB III gestützte Rechtsverordnung, die Anerkennungs- und Zulassungsverordnung – Weiterbildung – AZWV, BGBl. 2004 I S. 1100.

48 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 38.

49 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 88.

50 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 88.

gebot auswählen. Mit dem Träger seiner Wahl schließt er einen Schulungsvertrag. Dabei händigt er dem Vertragspartner den Bildungsgutschein aus, der nun das vereinbarte Entgelt direkt mit der Bundesagentur abrechnet.

So weit die Parallele zum Vermittlungsgutschein. Ein entscheidender Unterschied zu jenem liegt darin, dass die Freiheit des Kunden bei der Auswahl des Dienstleisters erheblich eingeschränkt ist. Der Arbeitslose kann nämlich nur solche Träger und nur solche Maßnahmen wählen, die zum geförderten Markt eigens zugelassen werden. Das wiederum setzt voraus, dass gewisse Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sind, die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung gewährleisten sollen. Die Zulassungsentscheidung trifft allerdings nicht die Bundesagentur. Zuständig sind stattdessen »fachkundige Stellen«, die »Zertifizierungsstellen« heißen (§ 1 AZWV). Es handelt sich hier nach den einschlägigen Durchführungsvorschriften um private Unternehmen, die ihrerseits vor allem das Kriterium der Unabhängigkeit erfüllen müssen.⁵¹

Alle an der Zertifizierung von Bildungsträgern interessierten Unternehmen können, wenn sie die Voraussetzungen erfüllen, zum Zertifizierungsgeschäft zugelassen werden. Die Weiterbildungsträger können sich dann irgendein anerkanntes Zertifizierungsunternehmen aussuchen, mit dem sie einen entgeltlichen »Zertifizierungsvertrag« abschließen.

In der Praxis ist das Zertifizierungsgeschäft allerdings nur langsam ange laufen; die Agenturen und die Bildungsträger betrachten dieses Reformelement mit großer Skepsis.⁵² Ansonsten aber wird die Reform der geförderten Weiterbildung im Bericht 2005 der Bundesregierung eher optimistisch beurteilt.⁵³

Alles in allem erweist sich das neue Modell des Rechts der Weiterbildungsförderung geradezu als ein Paradebeispiel moderner Governance-techniken. Bewusst sollen hier Wettbewerbsprozesse nutzbar gemacht werden, und zwar sowohl auf der Ebene der Leistungserbringung selbst wie auch auf der Ebene der Qualitätssicherung. Nur ganz im Hintergrund, sozusagen kaum mehr sichtbar, wird die Bundesagentur als staatlicher Akteur tätig, indem sie insbesondere für die Anerkennung der Zertifizierungsstellen zuständig ist. Dabei wird sie unterstützt von einem sog. Anerkennungsbeirat (§ 6 AZWV), der das Geschehen durch Empfehlungen (§ 2 Nr. 4

51 Es muss gewährleistet sein, »dass die Zertifizierungsstelle nicht über die Zulassung von Bildungsträgern bzw. Maßnahmen entscheidet, mit denen sie wirtschaftlich, personell oder organisatorisch verflochten ist oder zu denen ein Beratungsverhältnis besteht oder bestanden hat«, § 2 Nr. 3 Satz 2 AZWV.

52 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 93.

53 Bericht der Bundesregierung (FN 12), S. 132.

AZVV), also durch soft-law steuern kann. Auch das sind ganz typische Elemente der modernen Staatlichkeit, um die es hier geht. Dass diese Konstruktionen rechtswissenschaftlich höchst interessant sind, liegt auf der Hand. Man kann sich über die rechtssystematische Einordnung und die dogmatische Deutung des Geschehens hervorragend streiten. Dabei sind allerdings die Autoren, die der Sozialgerichtsbarkeit entstammen, zu stark in öffentlich-rechtlichem Denken befangen. Deshalb wird das an bestehende Marktstrukturen anknüpfende Konzept des Gesetz- und Verordnungsgebers, der nämlich einen privatrechtlich verfassten Zertifizierungsmarkt einrichten wollte, vielfach schlicht nicht akzeptiert.⁵⁴

III. Ertrag der Überlegungen

Am Institut der Beauftragung Dritter mit der Aufgabe der Arbeitsvermittlung lässt sich zeigen, dass dem Sozialrecht und gerade auch dem Arbeitsförderungsrecht die Idee eines »Gewährleistungsverwaltungsrechts« schon seit langem vertraut ist. Schon in der bis 1983 geltenden Fassung des damals einschlägigen § 23 AFG war davon die Rede, dass ein Dritter mit der Aufgabe der Vermittlung Arbeitsloser betraut werden konnte, wenn »er die Gewähr für die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrages bietet«. Diese Formulierung wurde dann in den noch heute für das gesamte Sozialrecht maßgeblichen § 97 SGB X transferiert, der die Durchführung von Aufgaben durch Dritte an die Bedingung knüpft, »dass der Dritte die Gewähr für eine sachgerechte, die Rechte und Interessen des Betroffenen wahrende Erfüllung der Aufgaben bietet«. Dies gilt – nach Meinung von *Schellborn* aus dem Jahr 1984 – unabhängig davon, ob die Verwaltung den Dritten mit privat- oder öffentlich-rechtlichem Vertrag an sich bindet.⁵⁵ Im Sozialrecht hat man sich also mit dem, was heute in anderen Zweigen des Verwaltungsrechts als modern gilt, schon zu einer Zeit beschäftigt, als etwa von Privatisierung der Bahn und der Post bei bleibender Gewährleistungsverantwortung des Staates noch kein Wort im Grundgesetz stand. Leider wird die umfangreiche Erfahrung des Sozialrechts mit der Einschaltung Dritter in die Aufgabenerfüllung oftmals von den modernen Verwaltungsrechtlern nicht mit bedacht.⁵⁶

54 Vgl. etwa *Niewald*, in: *Gagel*, SGB III mit SGB II, § 87 SGB III n.F., Rdnr. 6.

55 *Schellborn*, in: *v. Maydell/Schellborn*, GK-SGB X 3, 1984, § 97 Rdnr. 12 ff.

56 So mit Recht *Zacher* bei der Staatsrechtslehrertagung 2002, VVDStRL 62 (2003), S. 349 (Diskussionsbeitrag).

Auch wenn man jedoch die Erfahrung der Sozialrechtswissenschaft mit der Erledigung öffentlicher Aufgaben durch Dritte in Rechnung stellt, sind doch in den letzten Jahren Entwicklungen zu verzeichnen, die das Gesamtbild des Leistungserbringungsrechts verändert haben. Ein wesentlicher Punkt besteht in der Schwächung hergebrachter korporatistischer Strukturen bei gleichzeitiger Einführung wettbewerblicher Prozesse. Nicht allein am Beispiel der Weiterbildungsförderung konnte gezeigt werden, dass es im Arbeitsförderungsrecht infolge der Einführung wettbewerblicher Elemente inzwischen eine Reihe neuer Regelungsstrukturen gibt, die sich im Grenz- oder Überschneidungsbereich von öffentlichem und privatem Recht bewegen.⁵⁷ Die Bedeutung des Vertrages als Steuerungsinstrument hat in den Beziehungen zwischen Sozialleistungsträgern und privaten Dienstleistern an Bedeutung gewonnen; dies hat aber auch gewissermaßen »abgefärbt« auf die Beziehung der Sozialleistungsträger zu ihren »Kunden«, den Leistungsberechtigten. Zur Sicherung der Qualität der Leistungserbringung wurden auch im Bereich des Arbeitsförderungsrechts neue Gremien installiert, die mit unorthodoxen untergesetzlichen Regelwerken das Leistungsgeschehen beeinflussen sollen. Wenn man noch näher hinsehen würde, könnte man überdies zeigen, dass hinter den dargestellten Entwicklungen auch europäische Einflüsse stehen.⁵⁸ Alles in allem gibt es also auch im Bereich des arbeitsmarktbezogenen Sozialrechts neue Phänomene moderner Staatlichkeit, die sich unter dem Stichwort der »Governance« erfassen lassen, die eingehender rechtlicher Untersuchung bedürfen und hinsichtlich derer interdisziplinäre Kooperationen in theoretischer wie auch in praktisch-gestalterischer Hinsicht gewinnversprechend erscheinen. Der Begriff der Governance erweist sich mithin auch in Bezug auf das arbeitsmarktbezogene Sozialrecht als durchaus nützlich.

57 Zu diesem Aspekt auch *Jann*, Governance als Reformstrategie – Vom Wandel und der Bedeutung verwaltungspolitischer Leitbilder, in: *Schuppert* (FN 2), S. 21, 36, und *Hoffmann-Riem*, Governance im Gewährleistungsstaat – Vom Nutzen der Governance-Perspektive für die Rechtswissenschaft, ebd., S. 195, 197, 201.

58 Allgemein zu Beschäftigungspolitik der EU *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., 2006, S. 264 ff.