

F. Rechtliche Einbindung bei der Umsetzung der Förderungsleistungen durch Dritte

I. Auswahl der zu vergleichenden Leistungen

Die Auswahl der zu vergleichenden Leistungen für einen Vergleich der Umsetzung der verschiedenen Leistungen kann sowohl unter rein praktischen, aber auch unter untersuchungslogischen Gesichtspunkten erfolgen oder auch beide Aspekte kombinieren.

Unter untersuchungslogischen Gesichtspunkten könnte eventuell nur die Umsetzung von Leistungen erfasst werden, die dazu gedacht sind, dass sie (auch) direkt die Weiterbildungsmaßnahme finanzieren sollen oder können. Im Falle der bloßen Unterhaltszahlung, ohne dass der Weiterbildungsteilnehmer aus dem entsprechenden Betrag auch die Maßnahme finanziert, stellt sich das Problem der Einbindung des Leistungserbringers sowie der Qualität der Leistung nämlich nicht in gleichem Maße. Zwar trifft den jeweiligen Staat immer noch die Verantwortung, Mindestangebote in Bezug auf den Zugang zu Weiterbildung bereitzustellen.⁹⁹⁵ Und auch die indirekte Finanzierung über die Unterhaltskosten könnte eine über eine Grundverantwortung hinausgehende Verantwortung für Qualität und Bereitstellung der Angebote auslösen, wenn der Staat durch Unterhaltszahlungen die Inanspruchnahme von Weiterbildungsmaßnahmen fördert. Jedoch ist zumindest eine rechtliche Konstruktion in dieser Hinsicht schwierig und in beiden Vergleichsländern nicht ersichtlich. Daher wird nur die Erbringung von Leistungen erfasst, die direkt die Weiterbildungsmaßnahme finanzieren sollen oder können.

Unter sachlichem und funktionalem Aspekt ist ein Vergleich der Sicherstellung der Einbindung des Leistungserbringers und der Qualität der Maßnahmen besonders interessant, wenn besondere Bedarfe der Leistungsempfänger gefördert werden. Daher werden im folgenden Vergleich nicht alle typisierten Bedarfe erfasst.

In Bezug auf die Förderungsleistungen werden in Deutschland und Schweden bereits verschiedene typisierte Zielgruppen angesprochen.⁹⁹⁶ Eine sachliche und funktionale Auswahl fand bereits im Voraus statt, als Leistungen für Menschen mit Behinderung und Leistungen für junge Arbeitnehmer insgesamt ausgeschlossen wurden.⁹⁹⁷ Eine atypische Leistung, die sich aus der historischen Sondersituation Deutschlands erklärt, stellt die deutsche Förderung von Maßnahmen nach politischer Verfolgung dar.⁹⁹⁸ Beide Länder stellen auch Leistungen für die typisierte Gruppe von Menschen im Strafvollzug zur Verfügung. Die Zielsetzung der beruflichen Weiterbildung im Strafvollzug geht aber über die Zielsetzung der Arbeitsmarktintegration und Verbesserung der individuellen Arbeitsmarktstellung hinaus, da mit ihr auch die gesellschaftliche Resoziali-

995 Siehe oben für Deutschland S. 117 f., für Schweden S. 125.

996 Siehe die vergleichende Darstellung oben S. 197 ff.

997 S. o. S. 56 und S. 55.

998 S. o. S. 146.

sierung und damit Verringerung der Rückfallwahrscheinlichkeit des Gefangenen angestrebt wird.⁹⁹⁹ Gleiches gilt für Leistungen, die zusätzlich eine Integration von Ausländern bezwecken: Ihre Zielsetzung geht über die Zielsetzungen der Arbeitsmarktförderung hinaus.¹⁰⁰⁰ Aufgrund dieser besonderen Zielsetzungen werden diese typisierten Gruppen ebenfalls nicht weiter verfolgt.

II. Vergleichsgrundlage: Einbindung in die Leistungserbringung

Mit Einbindung wird in der vorliegenden Untersuchung die strukturelle Integration Dritter in die Erbringung von Leistungen, die vom Staat finanziert werden, bezeichnet. Die Einbindung ist nötig, sobald der Staat Leistungen direkt oder indirekt finanziert, aber nicht selbst produziert oder ausführt. Dabei kann das Handeln des Staates zur Einbringung Dritter in die Erbringung öffentlicher Aufgaben mit verschiedenen Begriffen belegt werden.¹⁰⁰¹ Entscheidend ist aber, auf welche Weise der Staat die Verbindung zwischen dem Leistungsträger, also der finanzierenden öffentlichen Stelle, und dem Leistungserbringer, also dem Weiterbildungsanbieter, herstellt. Die Einbindung kann einerseits durch direkte rechtliche Beziehungen zum Leistungserbringer, andererseits aber auch indirekt durch Anforderungen erfolgen, die die Leistungserbringer erfüllen müssen, um für eine Auswahl durch den Leistungsempfänger und Weiterbildungsteilnehmer in Frage zu kommen. Eine rechtliche Beschreibung ist zunächst über die äußeren rechtlichen Instrumente der Einbindung, also auf die Art und Weise der direkten rechtlichen Einbindung möglich. Sobald die einzelnen indirekten Anforderungen aber ebenfalls rechtliche Bindungen erzeugen, können auch diese „zur Einbindung“ dienen.

999 So werden Weiterbildungsmaßnahmen gem. § 7 Abs. 2 StVollzG als Behandlungsmaßnahmen und Teil des Vollzugsplans genannt, sind also Teil der „Behandlung“ zur Resozialisierung des Gefangenen. Siehe auch *Laubenthal*, Strafvollzug 2011, 86 ff. Rn. 157-160.

1000 Siehe zu diesen Leistungen oben S. 54 (Zielgruppe), S. 146 (Deutschland) und S. 179 ff. (Schwe- den).

1001 Der Begriff der Einbindung ruft das Bild eines geschlossenen Systems hervor, das für die Gesamterbringung von Weiterbildungsmaßnahmen so wohl in keinem Staat gegeben ist (siehe die Überblicksgrafiken zu den Bildungssystemen in Eurydice, Struktur der europäischen Bildungssysteme 2015/2015: Schematische Diagramme, November 2014., abrufbar unter: http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/documents/facts_and_figures/education_structures_DE.pdf (zuletzt abgerufen: 17.04.2016), die zwar nicht auf berufliche Weiterbildungsmaßnahmen eingehen, aber gerade dadurch zeigen, dass diese nicht Teil des Systems sind, mit Ausnahme einiger postsekundärer beruflicher Bildungsmaßnahmen, die aufgrund der Nähe zum System dargestellt werden.). Der Begriff „Beschaffung“ lenkt den Blick hauptsächlich auf den Einkauf von Waren, was für die Dienstleistung Weiterbildungsmaßnahme nicht passt. Bereitstellung schließt die Eigenerbringung durch den Leistungsträger zu sehr an (xy „stellt eine Maßnahme bereit“). Daher ist der Begriff der Einbindung dennoch auch für eine sehr lose Steuerung wie bei der Steuerung durch reine Objektförderung am besten geeignet.

1. Einbindungsebenen

Die rechtliche Einbindung der Leistungserbringer erfolgt bei durch den Staat finanzierten Weiterbildungsleistungen, wie auch bei anderen vom Staat erbrachten Leistungen, in drei Ebenen: einer Qualifikationsebene, auf der lediglich eine Qualifizierung der Leistungserbringer geprüft und festgestellt wird, einer Leistungsbereitstellungsebene, die den tatsächlichen Zugang des Leistungserbringers zur Möglichkeit der Leistungserbringung bzw. zum Markt (falls vorhanden) regelt, sowie dem Abruf der Leistung.¹⁰⁰² Dabei ist die Qualifikationsebene aber nicht zwingend, da eine Überprüfung der Geeignetheit des Leistungserbringers auch auf der konkreten Ebene des Zugangs zum Markt der Leistungserbringung erfolgen kann. Ebenso ist die Ebene des expliziten Zugangs nicht zwingend, bzw. kann mit der Ebene des Abrufs der Leistung zusammenfallen, wenn es sich um einen offenen und nicht um einen künstlich erzeugten, geschlossenen Markt handelt. Gemeinsam ist den verschiedenen denkbaren Zusammensetzungen des Regelungssetzkastens nur, dass rechtliche Einbindung (zum Zweck der Bereitstellung) und Qualitätssicherung der Leistungen auf einer der drei Ebenen geregelt werden müssen.

2. Umsetzung der Einbindung

a) Qualifikationsebene / Voraussetzungsebene

Die Qualifikationsebene enthält alle rechtlichen Instrumente, die inhaltliche Voraussetzungen für die tatsächliche Berechtigung zur Erbringung der Weiterbildungsmaßnahmen enthalten, ohne bereits den Zugang zur Erbringung von Maßnahmen, die öffentlich gefördert werden, zu eröffnen und ohne Leistungsnorm zu sein.¹⁰⁰³ Hiervon zu unterscheiden ist, wie die tatsächlich für die Leistungserbringung notwendigen Voraussetzungen verbindlich festgelegt werden. Dies kann durch eine gesonderte Zertifizierung der Anbieter, aber auch durch allgemeine Anforderungen in einem Instrument einer anderen Ebene stattfinden. Zertifizierung meint dabei die Bestätigung eines externen und unabhängigen Dritten, dass etwas vorher definierten Anforderungen entspricht.¹⁰⁰⁴ Es handelt sich demnach um die (privat) organisierte, externe Evaluation mit formalem Abschluss¹⁰⁰⁵.¹⁰⁰⁶ Eine Statusentscheidung ist mit der Zertifizierung (noch) nicht ver-

1002 Siehe hierzu ausführlich ausschließlich zu Sozialleistungen im deutschen Sozialleistungsrecht *Becker/Meeßen et al.*, VSSR 2011, S. 323, 347 ff. *Schuler-Harms*, VSSR 2005, S. 135, 144 ff. spricht von einer Zulassung in weitem Sinne dadurch, dass ein besonderer Status des Leistungserbringers begründet wird.

1003 *Becker/Meeßen et al.*, VSSR 2011, S. 323, 347.

1004 *Bieback*, Zertifizierung und Akkreditierung, 2008, S. 33.

1005 Abgewandelt aus *Bostelmann*, in: Küchler/Meisel (Hrsg.), Herausforderung Qualität, 2000, S. 126. Diese Unterscheidung ist aber nicht zwingend und passt auf die deutsche Regelung im Weiterbildungsbereich der Arbeitsförderung bereits nicht, da zwar nicht im SGB III, jedoch in der Verordnung über die Voraussetzungen und das Verfahren zur Akkreditierung von fachkundigen Stellen und zur Zulassung von Trägern und Maßnahmen der Arbeitsförderung nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch (Akkreditierungs- und Zulassungsverordnung Arbeitsförderung – AZAV), BGBl. 2012

bunden. Hierin unterscheidet sich die Zertifizierung von der Akkreditierung,¹⁰⁰⁷ die die Bestätigung mindestens einer besonderen Eigenschaft durch eine anerkannte, meist staatliche oder staatsnahe, Instanz und damit eine Statusentscheidung beinhaltet.¹⁰⁰⁸

Unterschiedlich könnte dagegen sein, wie die Zertifizierungen und andere Anforderungen rechtlich umgesetzt werden. Hier könnte einseitig hoheitlich durch materielle Gesetze, aber auch kooperativ eine Verbindlichkeit hergestellt werden;¹⁰⁰⁹ wobei zu klären bleibt, worin die Gründe für die unterschiedliche rechtliche Behandlung liegen.

Außerdem könnte eine Unterscheidung auf der Qualifikationsebene auch in Bezug darauf getroffen werden, ob sich die Anforderungen „nur“ auf Weiterbildungsmaßnahmen beziehen, die mit einer sozialrechtlichen Leistung verbunden sind, oder ob sich die Anforderungen auf alle Weiterbildungsmaßnahmen beziehen, ob mit sozialrechtlicher Zwecksetzung reguliert oder nicht.

b) Formelle Leistungsbereitstellungsebene

aa) Definition und Eigenheiten

Die Bereitstellungsebene¹⁰¹⁰ enthält diejenigen Instrumente, mit denen der Zugang zum Markt gewährt wird. Damit ist eine rechtliche gesicherte bzw. zumindest rechtlich nicht beschränkte Berechtigung zum Auftreten auf dem Markt für berufliche Weiterbil-

I, 504, die Zugangskontrolle Zertifizierung genannt wird. Dies kann aber auch absichtlich geschehen sein, um eine größere Entfernung vom Staat zu suggerieren. In Schweden werden die Begriffe Zertifizierung und Akkreditierung („akkreditering“) oft ebenfalls synonym verwendet, siehe *Gustafsson/Tamm Hallström*, in: *Johansson/Lindgren* (Hrsg.), *Uppdrag offentlig granskning*, 2013, S. 107, 108.

1006 Ebenfalls genannt wird als Definition: „Zertifizierung: ist die auf Grund technischer Normung vorgenommene formalisierte Prüfung bzw. Neuordnung der organisatorischen Qualität eines Betriebs“, siehe *Creifelds/Weber*, *Rechtswörterbuch*, 2011, S. 1444, Eintrag Zertifizierung. Inzwischen nennt *Creifelds/Weber*, *Rechtswörterbuch*, 2014, S. 1518 die Zertifizierung eine „Bescheinigung für Unternehmen über die Einhaltung wesentlicher Rechts- und Technikvorschriften“. Diese Definitionen sind aber insbesondere aufgrund des Bezugs auf den technischen Aspekt hier nicht anwendbar.

1007 Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Begriffe Zertifizierung und Akkreditierung teilweise unterschiedlich oder sogar synonym gebraucht werden, so auch *Bostelmann*, in: *Küchler/Meisel* (Hrsg.), *Herausforderung Qualität*, 2000, S. 126; die Unterscheidung ist jedoch nicht immer eindeutig.

1008 *Bieback*, *Zertifizierung und Akkreditierung*, 2008, S. 34; ebenso weites Begriffsverständnis nach *Bostelmann*, in: *Küchler/Meisel* (Hrsg.), *Herausforderung Qualität*, 2000, S. 126, der die Akkreditierung als „staatliche oder staatsnahe, öffentlich verantwortete Anerkennung“ definiert. *Gustafsson/Tamm Hallström*, in: *Johansson/Lindgren* (Hrsg.), *Uppdrag offentlig granskning*, 2013, S. 107, 108 bezeichnen als „akkreditering“ das hinter dem Zertifizierungssiegel stehende Verfahren. Dies lässt sich auch aus der Sprachwurzel *accréditer* – „in Glaubwürdigkeit bringen“ ableiten, die darauf hinweist, dass eine Stellung verschafft wird.

1009 Übergreifend im deutschen Recht siehe *Becker/Meeßen et al.*, *VSSR* 2011, S. 323, 348 ff.

1010 *Becker/Meeßen et al.*, *VSSR* 2011, S. 323, 347, 351 ff. Der Begriff „Bereitstellungsebene“ wird in Bezug auf die hier darzustellenden Weiterbildungsmaßnahmen verwendet, auch wenn aufgrund der anderen Gewichtung der Instrumente, die den Zugang zum Markt regeln, eben nicht die vom Staat geschuldete Bereitstellung von Maßnahmen im Vordergrund steht, sondern die Regulierung eines Marktes, mit dessen Hilfe Gewährleistungspflichten der Staaten erfüllt werden sollen.

dungsmaßnahmen gemeint, die teilweise beinhaltet, dass bei Inanspruchnahme der jeweiligen Leistung eine Finanzierungsverpflichtung des Leistungsträgers entsteht.¹⁰¹¹

Mit „Zugang“ ist nicht der Zugang der Leistungsempfänger zu den Weiterbildungsmaßnahmen, sondern der Zugang der Leistungserbringer zum Weiterbildungsmarkt, also zur Möglichkeit der Leistungserbringung, gemeint. Da es um die Strukturen der Leistungserbringung und nicht primär um die Voraussetzungen für eine Gewährung an den Einzelnen geht, ist hier der Zugang der Leistungserbringer entscheidend.

Die Ebene des expliziten Zugangs ist nicht zwingend, bzw. kann mit der Ebene des Abrufs der Leistung zusammenfallen, wenn es sich um einen offenen und nicht um einen künstlich erzeugten, geschlossenen Markt handelt. Das ist dann der Fall, wenn keine Zugangsschranken bestehen. Ebenso kann die Ebene des expliziten Zugangs mit der reinen Qualifikationsebene zusammenfallen, wenn die Leistung durch Objektfinanzierung des Weiterbildungsanbieters finanziert wird.

bb) Rechtlicher und tatsächlicher Marktzugang

Ein „Zugang“ zu einem Markt ist immer dann zu diskutieren, wenn überhaupt ein Markt besteht und Schranken für den Zugang zu diesem Markt vorliegen.

Hinsichtlich der Schranken für den Zugang ist eine Teilung in zwei Möglichkeiten denkbar: Es gibt eine (rein) rechtliche Zugangsschranke, die für einen bestimmten Markt gilt. Oder aber es gibt keine solche rein rechtliche Schranke, sondern nur eine tatsächliche, beispielsweise über eine finanzielle Förderung, die dann zugleich in Bezug auf die geförderten Maßnahmen die rechtliche Zugangsschranke darstellt.

Die Bereitstellungsebene bzw. Zugangsebene könnte, wenn man nur auf den tatsächlichen, nicht aber auf den rechtlichen Zugang abstellt, ebenfalls zwei Elemente enthalten: Erstes Element ist die auf der Hand liegende Zugangsregulierung durch rechtliche Instrumente, die klassische Zulassung. Zweites Element ist eine kombiniert rechtlich-tatsächliche Marktzugangsschranke. In ihr werden parallel eine Genehmigung zur Erbringung von öffentlich geförderten Weiterbildungsmaßnahmen und der Zugang zu finanziellen Mitteln, um die die Leistungserbringer konkurrieren, geregelt. Das ist der Fall, wenn die staatliche Anerkennung Voraussetzung für den Zugang zu finanzieller Förderung durch den Staat ist.¹⁰¹² So kann eine staatliche Anerkennung sowohl Voraussetzung für eine Inanspruchnahme von finanziellen Mitteln durch den Leistungsempfänger, aber auch für die Beantragung und Bewilligung von finanziellen Mitteln für die Leistungserbringer sein.

Diese kombiniert rechtlich-tatsächliche Schranke hängt aber stark davon ab, wie das jeweilige Marktsegment und der jeweilige Markt ausgestaltet sind. Die Finanzierung bzw. Förderung stellt vor allem dann eine Marktzugangsschranke dar, wenn ein Bestehen der Leistungserbringer auf dem Markt ohne Subventionierung nicht möglich ist. Da

1011 Abwandlung und Erweiterung gegenüber *Becker/Meeßen et al.*, VSSR 2011, S. 323, 347. Mit der Zugangsbeschränkung kommt ebenfalls eine besondere Verantwortung für die öffentliche Bereitstellung zum Ausdruck. *Rosen/Windisch*, Finanzwissenschaft, 1997, S. 130 fasst den Begriff weiter und stellt allgemein auf die staatliche Verantwortung für Verfügbarkeit und Qualität ab.

1012 Ob diese Förderung dann als Subjekt- oder Objektförderung erfolgt, ist nicht relevant.

eine Analyse des jeweiligen Marktsegments für die verschiedenen beruflichen Weiterbildungsmaßnahmen weit über ein rechtliches Interesse hinausgehen würde, beschränkt sich die Untersuchung auf die rein rechtliche Zugangsschranke, soweit keine offensichtliche Erdrosselung des Unterrichtsbetriebs der jeweiligen Leistungserbringer stattfindet.

cc) Voraussetzungen: Welcher Markt?

Wird die Erbringung der Weiterbildungsmaßnahmen nicht nur einem einzelnen Anbieter übertragen, entsteht ein (wenn auch teilweise beschränkter) Markt. In diesem gilt zunächst der Grundsatz freier Zulassung zu Handel und Gewerbe.¹⁰¹³ Hinsichtlich dieses Marktes gilt die wirtschaftspolitische Grundsatzentscheidung marktwirtschaftlicher Ordnungen, die in der Anerkennung des Wettbewerbsprinzips als Lenkungsinstrument zur Herstellung eines einheitlichen Marktes¹⁰¹⁴ besteht.

Ob ein rechtlich definierter Marktzugang derjenigen Leistungsanbieter stattfindet, die die geförderten Weiterbildungsmaßnahmen erbringen, bemisst sich danach, ob eine hierauf bezogene rechtliche Zugangsschranke existiert. Zwar stellen auch allgemeine, z. B. gewerbliche, Vorschriften, eine Schranke dar, diese beziehen sich aber nicht auf den spezifisch funktional ausgerichteten, öffentlich geförderten Markt, sondern auf alle Unternehmen im jeweiligen Staat, die Weiterbildungsmaßnahmen erbringen und damit am allgemeinen Markt für Weiterbildungsmaßnahmen, innerhalb dessen die Anbieter ihre Angebote frei anpassen können, teilnehmen.

Fraglich ist aber, welche Eigenschaften der „Umsetzungs“-Markt hat oder haben muss. Es kann sich schon aufgrund der Unebenheiten der Realität nicht um absolute Konkurrenz handeln. Denkbar wäre eine Anwendung des Konzepts der *Workable Competition*¹⁰¹⁵, das aber leider vom rechtlichen Standpunkt aus nicht beurteilt werden kann, da eine empirische Untersuchung nötig wäre. Bestimmt werden kann dagegen, welche Art von Leistungen der Markt umfasst. Dabei sind in Bezug auf die Weiterbildungsmaßnahmen zwei Märkte denkbar: Ein Markt, der die tatsächlich vom Leistungsträger gewährten und dann auch bezahlten Sozialleistungen umfasst und einen Markt, der vom Leistungsempfänger (oder anderen) bezahlte Weiterbildungsleistungen umfasst, also den regulären privaten Markt der Weiterbildungsleistungen. In tatsächlicher Hinsicht überschneiden sich jedoch die Märkte im Hinblick auf die Leistungserbringer und die Weiterbildungsleistungen, da beide Leistungen im selben Kurs beim selben Leistungserbringer wahrgenommen werden können. Dabei sind im Vergleich zu einheitlichen Modellmärkten Verzerrungen zu beobachten: Erstens ist die Motivation für die Inanspruchnahme der Weiterbildungsleistungen anders als bei „normalen“ Märkten, da der Staat entweder ganz oder teilweise die Nachfrage beeinflusst.¹⁰¹⁶ Zweitens sind die

1013 Expertenausschuss der OECD für wettbewerbsbeschränkende Praktiken, Marktmacht und Recht, 1970, S. 162 Rn. 415.

1014 *Poeche*, in: *Poeche* (Hrsg.), *Das Konzept der "Workable Competition"* in der angelsächsischen Literatur, 1970, S. 9.

1015 A. a. O.

1016 Ähnlich, jedoch mit Bezug auf die Freiwilligkeit der Transaktion im Markt *Dicke/Glismann, et al.*, *Der deutsche Markt für berufliche Weiterbildung*, 1995, S. 10–11.

gehandelten Maßnahmen nicht homogen, da sich sowohl die Anbieter als auch die von ihnen angebotenen Produkte stark unterscheiden.¹⁰¹⁷ Dennoch ist meist auch eine weitere Regulierung zur Herstellung eines funktionierenden Marktes nötig, schon weil der Staat durch die extensive Subventionierung von Leistungsempfängern und Leistungserbringern marktverzerrend eingreift. Zweites Element zur Herstellung eines funktionsfähigen Marktes ist dann die bereits genannte Regulierung des Zugangs.¹⁰¹⁸

c) Abruf der Leistung

Zuletzt kann auch der Abruf der Weiterbildungsmaßnahme auf unterschiedlichen Wegen erfolgen. Bei der Darstellung der unterschiedlichen Möglichkeiten des Abrufs handelt es sich aber im Gegensatz zu den vorhergehenden Ebenen der Einbindung nicht um eine auf die rechtliche Umsetzung, sondern auf die rechtlich eingekleidete tatsächliche Zugriffsmöglichkeit gerichtete Unterscheidung.

Die Einzelleistung kann vom *Leistungsträger* selbst abgerufen werden – dann ist der Leistungsempfänger nicht beteiligt. Damit käme der Leistungsträger seiner Beschaffungsverantwortung auf direktem Weg nach.

Ruft der *Leistungsempfänger* die Leistung selbst ab, soll dies dazu dienen, die Selbstverantwortung des Leistungsempfängers zu stärken und seine Wahlmöglichkeiten zu erweitern. Dabei trifft den Staat bzw. den Leistungsträger zumindest die Pflicht, diese Wahl zu ermöglichen und zu erleichtern. Die Wahl des Leistungsempfängers kann in verschiedener Weise und Abstufung eingeschränkt sein. Je nach kognitiven, aber auch fachbezogenen Fähigkeiten und Kenntnissen des Leistungsempfängers kann eine persönliche Wahl, eine Wahl durch einen Vertreter oder eine unterstützte Wahl erfolgen.¹⁰¹⁹

Ein Abruf durch den Leistungsempfänger findet auch im Fall der Ausgabe von sog. Bildungsgutscheinen statt. Dabei sollen die Gutscheine durch das Steuerungsinstrument Wettbewerb sowohl marktkonstituierend als auch marktergebniskorrigierend wirken.¹⁰²⁰ Fraglich ist dabei, ob ein Gutscheinsystem überhaupt einen neuen Markt schaf-

1017 Dicke/Glismann, et al., Der deutsche Markt für berufliche Weiterbildung, 1995, S. 11 nennen: Gewinnorientierung/Gemeinnützigkeit; Einproduktunternehmen/Vielproduktunternehmen; Neben-erwerb/Haupterwerb; rechtliche Verfasstheit des Unternehmens.

1018 S. o. S. 213.

1019 Personal choice, choice by proxy, supported choice; Kategorien von Terry Carney, Sydney, in der Diskussion zum Gastvortrag "Conditional Income Transfers & Choice in Social Services: A 'New Convergence' or Just More Conditions & More Markets?" am 14.07.2011 im Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik.

1020 Siehe zur Einteilung der wettbewerbsbezogenen Steuerungsinstrumente in marktkonstituierend, marktschützend und marktergebniskorrigierend Schmidt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 2006, S. 885, 889 Rn. 8, entsprechend auch die Einteilung in die Regelungsbereiche Marktstrukturen, Marktverhalten und Marktergebnisse, die Musil, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, 2005, S. 19 wiederum als prägende Faktoren eines wirksamen Wettbewerbs von Sosnick, in: Poche (Hrsg.), Das Konzept der "Workable Competition" in der angelsächsischen Literatur, 1970, S. 153, 164 f. übernimmt.

fen kann,¹⁰²¹ oder ob die „alten“ Verteilungsmechanismen einfach im Rahmen einer anderen Finanzierungsart weiter bestehen.¹⁰²² Auch dies hängt teilweise davon ab, wie man den jeweiligen Markt abgrenzt.

Bei einer indirekten Einbindung der Leistungserbringer kann der Zugang der Teilnehmer zur Leistung nur durch den Anbieter gewährt werden. Dieser Zugang kann durch verschiedene Regelungen im Verhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer sichergestellt werden.

3. Mögliche Einflüsse auf die Strukturen

Mit der Förderung der Weiterbildungsmaßnahmen hat der Staat sein gesteigertes Interesse an der Umsetzung der Maßnahmen deutlich gemacht. Fraglich ist aber, ob die rechtlichen Strukturen der Leistungsumsetzung durch Unterschiede im System oder Unterschiede in der Förderungsleistung beeinflusst werden.

So könnte die Art der Förderungsleistung den Aufbau der Leistungsumsetzungsstruktur beeinflussen. Stellt man lediglich auf den Adressaten der Finanzierung ab, ist dies insofern nicht wahrscheinlich als auch eine parallele bzw. gemischte Finanzierung durch Subjekt- und Objektförderung möglich ist.¹⁰²³ Das Abstellen auf die Förderung verschiedener Akteure (einmal den Leistungsberechtigten, einmal den Leistungserbringer, oder gar andere) bedingt zwar bereits einen anderen „Förderungsweg“ und damit verschiedene Steuerungsstrukturen. Dabei ändert sich im Dreiecksverhältnis aus der Perspektive des Staates lediglich die gedachte Richtung der Förderung: Nun muss nicht die an den Weiterbildungsteilnehmer gerichtete Förderung beim Weiterbildungsanbieter ankommen, damit dieser die Maßnahme durchführt, sondern die Förderung richtet sich an den Weiterbildungsanbieter, wobei die Maßnahme und die Ergebnisse an den Teilnehmer gerichtet sind und bei diesem ankommen sollen. Dabei unterscheidet sich die Situation bei Maßnahmen zur Objektförderung darin, dass lediglich **ein** Ansatzpunkt für die Regulierung gegeben ist, da der Bezugspunkt Teilnehmer nicht zwingend ist, sondern nur optional hinzukommen kann.

Darüber hinaus könnte der Grad der Verbindlichkeit der Förderung eine Rolle spielen: Besteht ein Anspruch des Leistungsempfängers und damit eine Letztverantwortung des Trägers, muss diese Verantwortung auch umgesetzt werden. Eine andere Stufe der Verpflichtung müsste daher auch zu anderen Steuerungsstrukturen und anderen Steuerungsinstrumenten führen. Dennoch können auch die nicht mit Letztverantwortung belegten Maßnahmen in einem Einbindungsmodell dargestellt werden, da sie sich lediglich hinsichtlich des Grades der rechtlichen Verbindlichkeit unterscheiden. Aufgrund dieser Vorüberlegungen wäre nochmals eine Unterscheidung zwischen anspruchsbasier-

1021 Bieback, in: Eichenhofer (Hrsg.), Aktivierung und Prävention - Chancen für Effizienzsteigerung in den Sozialleistungsbereichen, 2004, S. 59, 79.

1022 Siehe Döring, in: Pies/Leschke (Hrsg.), Milton Friedmans ökonomischer Liberalismus, 2004, S. 86, 94.

1023 Zu den Förderungsleistungen im Rahmen einer Subjekt- und Objektförderung s. o. S. 35 ff.

ter Leistung und Subvention ohne Anspruch des Einzelnen möglich. Eine Unterscheidung würde damit in Bezug auf die Stufe der Verpflichtung getroffen.

Zudem könnten sich auch die Grundsysteme für die Erbringung der Förderungsleistungen bereits im funktionellen Ablauf unterscheiden. Eine Differenzierung der Grundsysteme könnte z. B. darin liegen, dass einmal eine zwingende Erbringung der jeweils vom Träger ausgesuchten, bestimmten Leistung stattfinden soll, während in den anderen Fällen lediglich die Finanzierung einer vom Leistungsempfänger ausgesuchten Leistung erfolgt. Dies kann aber aufgrund der „Wahlssysteme“ für den Leistungsempfänger im System der von den Arbeitsförderungsbehörden erbrachten Maßnahmen in beiden Ländern ebenfalls kein entscheidender Punkt sein. Möglich wäre lediglich zusätzlich eine institutionelle Vorprägung als Einflusspunkt: Entscheidend könnte sein, ob die Maßnahme von einer Behörde in einem System der Arbeitsförderung finanziert wird oder von einer anderen behördlichen Stelle, die kein ausdrückliches, sondern nur ein Nebeninteresse an der Arbeitsförderung und damit ein anderes Nahziel hat.

Schließlich könnte eine die Strukturen bestimmende grundsätzliche Unterscheidung auch darin liegen, dass die einzelnen Leistungen im Zuge verschiedener sozialrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Grundsysteme erbracht werden. So könnte es einen Unterschied machen, ob die Leistung in einem System der sozialen Vorsorge, der sozialen Entschädigung oder in einem Hilfs- und Fördersystem erbracht wird. Dabei ist für das System der reinen Förderungsleistung typisch, dass der Staat präventiv auf eine möglicherweise eintretende Bedarfslage eingeht, aber keine genuinen Schutzpflichten aus einer rechtlichen Verpflichtung oder vorhergegangenem Handeln hat.

III. Rechtliche Einbindung zur Erbringung geförderter Weiterbildungsmaßnahmen in Deutschland

1. Organisation der Einbindung: Trennung von Arbeitsmarktpolitik und Bildungspolitik

In Deutschland wird nicht nur die Erbringung der subjektfördernden und objektfördernden Leistungen, sondern auch die rechtliche Einbindung der Leistungserbringer kompetenzrechtlich in Arbeitsmarkt- bzw. Sozialpolitik und Bildungspolitik getrennt. Dies liegt daran, dass jeder finanzierende Leistungsträger die Einbindung der Leistungserbringer nach seinen Anforderungen selbst organisiert. Soweit Weiterbildungsmaßnahmen in anderen Bereichen als diesen beiden finanziert werden, findet keine tatsächliche Einbindung der Dritten, sondern nur eine Finanzierung der Maßnahmen in einem bestehenden System statt.

a) Arbeitsförderung

Historisch wurden Weiterbildungsmaßnahmen bereits im AVAVG (Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung)¹⁰²⁴ von dem Vorsitzenden des Arbeitsamts gem. § 137 AVAVG¹⁰²⁵ eingerichtet oder unterstützt oder die Maßnahmekosten übernommen. Es fand also eine Einbindung statt, die im AVAVG jedoch nicht weiter geregelt wurde. Im AFG¹⁰²⁶, das später mit dem Arbeitsförderungs-Reformgesetz¹⁰²⁷ 1997 in das SGB III überführt wurde, wurden Weiterbildungsmaßnahmen dann als freie Maßnahmen, Auftragsmaßnahmen und weiter auch als selbst durchgeführte Maßnahmen angeboten. Es fanden also in der Vergangenheit Weiterbildungsmaßnahmen statt, die das Amt selbst erbrachte.¹⁰²⁸ Außerdem wurden fremderbrachte Maßnahmen eingekauft und gefördert. Zuletzt bestand nach Wegfall der Auftragsmaßnahmen zwischen den Leistungserbringern und den lokalen Ämtern (bereits) keine rechtliche Beziehung mehr, die Arbeitsämter steuerten jedoch über den Umfang der Anerkennungen den Fluss der Teilnehmer. Jetzt bestehen Beziehungen zwischen der Agentur für Arbeit und den Leistungserbringern über das System der Akkreditierung und Zulassung von Trägern und Maßnahmen, sowie über in Einzelfällen (gem. § 16 Abs. 3 lit. a SGB II) mögliche Auftragsmaßnahmen.

b) Bildung

Das Bildungssystem in Deutschland sieht grundsätzlich eine Einbeziehung nicht-staatlicher Akteure nur in sehr eingeschränktem Maß vor. Es existieren private Schulen, deren Existenz durch Art. 7 Abs. 4 GG sogar auf Verfassungsebene gewährleistet wird. Auch private Hochschulen sind vorhanden und zulässig. Sie haben jedoch seit einiger Zeit immer wieder mit Geldschwierigkeiten zu kämpfen. Eine Ausnahme bilden das Berufsbildungswesen und die Weiterbildung. Dabei sieht das Berufsbildungsrecht keine besonderen Strukturen für eine Einbeziehung von Weiterbildungsanbietern vor, während die Weiterbildungsgesetze der Länder in Teilen Organisationsstrukturen und Anerkennungssysteme für die Weiterbildungsanbieter vorgeben.

1024 S. o. Fn. 117.

1025 Siehe § 137 AVAVG: „Der Vorsitzende des Arbeitsamts kann Veranstaltungen zur beruflichen Fortbildung und Umschulung insofern aus Mitteln der Reichsanstalt einrichten oder unterstützen oder das übliche Schulgeld für die Teilnahme zahlen, als sie geeignet sind, Empfänger von Arbeitslosenunterstützung der Arbeitslosigkeit zu entziehen.“ Zur damaligen rechtlichen Stellung der Leistungsempfänger siehe *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, 1990, S. 83.

1026 S. o. Fn. 117.

1027 AFRG, vom 24. März 1997, BGBl. 1997 I, 594.

1028 Zu den politischen und gesellschaftlichen Hintergründen dieser Regelungen siehe *Fuchsloch*, in: Füssel/Schuppert (Hrsg.), *Bildung im Diskurs*, 2008, S. 211, 211–216.

2. Weiterbildungsanbieter als leistungserbringende Dritte im deutschen System

Zur Erinnerung: Dritte im Sinne der Untersuchung sind alle Leistungserbringer, die nicht organisatorisch mit dem Leistungsträger identisch sind und nicht als Teil des regulären Bildungssystems handeln.¹⁰²⁹ Die meisten deutschen Weiterbildungsanbieter können aufgrund ihrer Unabhängigkeit gerade nicht einem Kompetenztitel oder Kompetenzbereich zugeordnet werden. Aufgrund der verschiedenen Grundverpflichtungen ist zwischen öffentlich-rechtlichen Stellen und privaten Anbietern zu unterscheiden.

Im Bereich der staatlichen Stellen kann die *Regierung* selbst nicht „Dritte“ im Sinne der Untersuchung sein, jedoch ist theoretisch eine Einbeziehung von staatlichen Stellen i. w. S. wie *Kommunen, Landkreisen und Ländern* möglich. *Kommunen* werden in Deutschland zum Beispiel durch das Subventionsprogramm des Bundesministeriums für Bildung und Forschung „Bildung integriert“ einbezogen. Das Programm soll regionales Bildungsmanagement durch öffentlich-private Partnerschaften mit bildungsinteressierten Stiftungen für ausgewählte Kommunen und Landkreise fördern.¹⁰³⁰ Diese Art der Einbeziehung bedeutet aber keine Erbringung durch den Dritten, sondern lediglich eine Beteiligung in der Organisation der Weiterbildungsmaßnahmen. Ebenfalls nicht als „Dritte“ erfasst werden *staatliche Schulen* oder *Hochschulen*, wenn es sich um direkte, reguläre Bildungs- und Studiengänge und nicht um spezielle ausgegliederte Maßnahmen zur Weiterbildung handelt. Ausgegliederte Angebote sind jedoch in geringem Umfang vorhanden. So bieten z. B. *Berufsschulen* auch Weiterbildungsmaßnahmen außerhalb des Berufsausbildungssystems an.¹⁰³¹ An *Hochschulen* findet in Deutschland (über die Infrastrukturfinanzierung hinaus) bisher grundsätzlich wenig extern öffentlich finanzierte Weiterbildung statt, außer bei expliziten Zweitstudiengängen,¹⁰³² sowie nun in Modellprojekten.¹⁰³³ Ein Einkauf von solchen Kursen durch öffentliche Auftraggeber ist möglich, wird jedoch nicht gesondert reguliert.¹⁰³⁴ *Volks-hochschulen* in Deutschland können als kommunale Einrichtungen organisiert sein, sind aber oft auch als gemeinnützige Gesellschaften mit begrenzter Haftung¹⁰³⁵ oder als GmbH¹⁰³⁶ ausgestaltet. Eine Zwischenstellung nehmen auch die *berufsständischen*

1029 Siehe zur Bestimmung des Dritten oben S. 62.

1030 Siehe die Bekanntmachung von Förderrichtlinien für das Programm „Bildung integriert“ vom 27.01.2015, BAnz AT vom 11.01.2008, B6.

1031 Siehe hierzu *Eckert*, R&B 2011, S. 28 zum Tätigwerden von Berufsschulen im System des SGB III aus der Perspektive der privaten Träger als Konkurrenten.

1032 Siehe für ein Beispiel eines kommerziellen Weiterbildungsangebots einer Hochschule nur die MBA-Programme der TU München, <http://www.mba.tum.de/> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016).

1033 *Bilger*, Berufliche Weiterbildung: Die Arroganz der Großen, *Süddeutsche Zeitung*, 11.03.2010.

1034 Auf die Notwendigkeit einer solchen Regulierung weist auch *Hendler* hin, siehe *Hendler*, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Hrsg.), *Kultur und Wissenschaft*, 2006, S. 238, 256.

1035 Siehe als ein Beispiel unter vielen <http://www.leine-vhs.de/index.php?id=4> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016).

1036 So beispielsweise die VHS München, siehe <https://www.mvhs.de/impressum/> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016).

*Kammern*¹⁰³⁷ ein, die berufsständische Körperschaften des öffentlichen Rechts darstellen, aber eigene Rechte haben. *Berufsförderungswerke (BFW)* sind auf Ausbildung und Weiterbildung spezialisierte Bildungsunternehmen. Sie können verschiedene rechtliche Organisationsformen annehmen. Die Verbindung zu Leistungen zur beruflichen Rehabilitation ist nicht zwingend¹⁰³⁸, auch wenn die meisten BFW sogar ausschließlich Leistungen zur Rehabilitation anbieten.¹⁰³⁹

Zudem können Weiterbildungsanbieter als jegliche privatrechtliche Organisationsform verfasst sein. Die privaten Erbringer wiederum können in gemeinnützige Anbieter und kommerzielle Anbieter geschieden werden. Im Bereich von Weiterbildungsmaßnahmen, die gefragt genug sind, um einen Wettbewerb auszulösen (allgemeines Management, Computerkurse, Sprachkurse) finden sich auch rein wirtschaftlich ausgerichtete Unternehmen ohne ideologische Anbindung.

3. Weiterbildungsmärkte in Deutschland

Die Einbindung findet statt, indem den Weiterbildungsanbietern der Zugang zum Markt, also die Möglichkeit, geförderte Weiterbildungsmaßnahmen zu erbringen, eröffnet wird. Dabei unterscheidet sich die Struktur der staatlichen Handlungsinstrumente, die den Zugang regeln, nach Art der Förderungsleistung und nach jeweiliger Abgrenzung des künstlichen Marktes, da nur dort ein Zugang der Weiterbildungsanbieter bestehen kann, wo auch ein Markt besteht oder erzeugt wurde.

Aus sozialen Gründen geförderte Weiterbildungsmaßnahmen spielen nur in bestimmten Marktkonstellationen eine Rolle. Diese Marktkonstellationen lassen sich in Deutschland in verschiedenen Grundsituationen bzw. Marktsituationen darstellen.

a) Arbeitsförderungsmaßnahmen

Im System der Arbeitsförderung besteht der Markt aus denjenigen Weiterbildungsmaßnahmen, die aufgrund Finanzierung (und meist auch Initiative) der Agentur für Arbeit wahrgenommen werden. Dabei wird als Grundmodell in Bezug auf die subjektgeförderten Weiterbildungsmaßnahmen ein künstlicher Markt geschaffen, indem externe sog. FKS eine Zertifizierung der Träger/Weiterbildungsanbieter vornehmen und diese zulassen. Dieses Verfahren gilt im SGB III inzwischen für alle Leistungserbringer,¹⁰⁴⁰ nach-

1037 In Deutschland beispielsweise für die freien Berufe, sowie allgemeine Industrie- und Handelskammern bzw. Gewerbekammern.

1038 Keine solchen Leistungen erbringt beispielsweise das BFW Berufsförderungswerk Saarland GmbH, siehe *Stallknecht*, in: Balli/Krekel, et al. (Hrsg.), *Qualitätsentwicklung in der Weiterbildung - wo steht die Praxis?*, 2004, S. 167, 167.

1039 *Neueder*, *Behinderung und berufliche Rehabilitation in Deutschland und der Schweiz*, 2014, S. 198 Fn. 590 m.w.N.

1040 Die Vielfältigkeit der Leistungen der BA führt nun also nicht mehr zu einer Vielfältigkeit der Leistungserbringungsstrukturen (so noch *Bieback*, *NZS* 2007, S. 505, 508).

dem es zuerst auf dem Gebiet der Weiterbildungsmaßnahmen getestet worden war. Problematisch ist bei diesem Verfahren zuvorderst die Stellung der Fachkundigen Stellen (FKS), die die Zertifizierung der Träger vornehmen, die Stellung der untergeordneten Normgeber wie dem Zulassungsbeirat gem. § 182 SGB III¹⁰⁴¹ sowie die rechtliche Einordnung der Zertifizierung und Zulassung¹⁰⁴².

b) Fernunterricht

Einen ebenfalls gesondert regulierten Markt stellen berufliche Weiterbildungsmaßnahmen dar, die im Rahmen von Fernunterricht erbracht werden. Dabei ist aber zu beachten, dass diese Regulierung sich nicht auf finanziell geförderte berufliche Weiterbildungsmaßnahmen bezieht, sondern auf den gesamten Markt aller Bildungsmaßnahmen, die als Fernunterricht erbracht werden. Der Markt für Maßnahmen im Fernunterricht stellt also gerade keinen für durch Leistungen geförderte Weiterbildungsmaßnahmen typischen Markt dar.

c) Subventionsmärkte, allgemeiner Markt und Gesamtmarkt

Der „Subventionsmarkt“ erfasst alle Maßnahmen, die mit „externen“ öffentlichen Geldern erbracht werden.

Fraglich ist darüber hinaus, ob es überhaupt einen allgemeinen Markt für Weiterbildungsmaßnahmen gibt. Als allgemeiner Markt kann dabei derjenige Marktbereich bezeichnet werden, der außer durch allgemeine verbraucherschutz- und gewerberechtliche Vorschriften nicht auf soziale und bildungspolitische Ziele hin reguliert wird; Gesamtmarkt ist derjenige Marktbereich, der alle Weiterbildungsmaßnahmen ohne Unterscheidung der Regulierung und Ziele erfasst. Dabei ist nur der allgemeine Markt als Abgrenzungsbereich interessant, da nur dieser Unterscheidungsmerkmale bereitstellt. Auch Weiterbildungsmaßnahmen, die im allgemeinen Markt erbracht werden, können soziale oder bildungspolitische Ziele verfolgen – dies ist dann aber nicht mehr im Rahmen rechtlicher Unterscheidungsmerkmale nachvollziehbar, sondern nur noch durch die Untersuchung der tatsächlichen Bedingungen und Inhalte.

1041 Soweit der Zulassungsbeirat für einen Bereich noch keine Empfehlungen ausgesprochen hat, gelten die Empfehlungen des Anerkennungsbeirats gem. § 6 AZWV (Verordnung über das Verfahren zur Anerkennung von fachkundigen Stellen sowie zur Zulassung von Trägern und Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch (Anerkennungs- und Zulassungsverordnung - Weiterbildung - AZWV), vom 16.06.2004, BGBl. I, 1100) nach der Übergangsregelung des § 7 AZAV fort.

1042 Dieser Themenkomplex spielt in der Arbeit von *Roos*, Die Akkreditierung fachkundiger Stellen und Zertifizierung für Träger von Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung im System der Qualitätssicherung nach den §§ 77 ff. SGB III, 2008 ebenfalls eine bedeutsame Rolle. Er legt den Schwerpunkt jedoch auf den Vergleich mit anderen Zertifizierungsverfahren, insbesondere den Sachverständigengutachten beim TÜV.

d) Zusammenfassung

Auch wenn die Schnittmengen der verschiedenen Märkte für Weiterbildungsmaßnahmen sehr groß sind, lassen sich dennoch drei abgestufte Marktbereiche unterscheiden: Es gibt den allgemeinen Markt, der alle angebotenen Maßnahmen erfasst, den Subventionsmarkt, der in den allgemeinen Markt integriert wird, da außer den Subventionsvoraussetzungen keine Zugangsschranke besteht, und den Markt der Maßnahmen im Rahmen der Arbeitsförderung, der auch durch eine rechtliche Zugangsschranke begrenzt wird.

4. Ebenen der Einbindung

a) Qualifikations-/Voraussetzungsebene

Der Zugang der Weiterbildungsanbieter zu den oben dargestellten Weiterbildungsmärkten, die möglicherweise geförderte Weiterbildungsmaßnahmen enthalten, kann nach den bereits erläuterten Einbindungsebenen dargestellt werden.¹⁰⁴³ Die Qualifikationsebene enthält dabei die abschließende Überprüfung derjenigen Leistungsvoraussetzungen, die nicht den Zugang zum jeweiligen Marktsegment regeln. Dies setzt voraus, dass die jeweiligen Rechtsnormen, die den Zugang regeln, die entsprechende Qualifikation in Bezug nehmen.

aa) Private Zertifizierungsmöglichkeiten

Eine private Zertifizierung von Weiterbildungsmaßnahmen kann im deutschsprachigen Bereich z. B. durch die DIN ISO-Normen, das EFQM-Modell¹⁰⁴⁴, die Lernerorientierte Qualitätstestierung in der Weiterbildung LQW¹⁰⁴⁵ oder das Gütesiegel Weiterbildung

¹⁰⁴³ S. o. S.211 ff.

¹⁰⁴⁴ Im Rahmen des Total Quality Management, das vor allem durch die European Foundation of Quality Management (EFQM) auf den Bildungsbereich übertragen wurde *Klieme/Tippelt, ZfPäd / Beiheft* 2008, S. 7, 11, werden vor allem Prozessabläufe optimiert. Fraglich ist im Weiterbildungsbereich zum Beispiel, ob sich diese Sicht auf Bildungsprozesse, die stark von den Inhalten abhängen, übertragen lässt. Kritik von pädagogischer Seite behauptet, durch die Qualitätssicherungsprozesse werde pädagogisches Handeln und damit bildungsprofessionelles Handeln ausgegrenzt (*Gonon, ZfPäd / Beiheft* 2008, S. 96, 104 mit der Klage über die Bewegung hin zu einer „Kontrollgesellschaft“) – dies ist aber kein belegter Mangel, sondern bloße Behauptung. Vielmehr können pädagogische und professionelle Kriterien in die Qualitätssicherung mit einbezogen werden. Die Autonomie der Handelnden kann aber durch wachsende Handlungsvorgaben tatsächlich eingeschränkt werden.

¹⁰⁴⁵ Das Modell der European Foundation of Quality Management, das aus allgemeinen Qualitätsmanagement auf den Bildungsbereich übertragen wird sowie die LQW-Zertifizierung (Lernerorientierte Qualifizierung in der Weiterbildung) stellen im Weiterbildungsbereich verbreitete Zertifizierungsarten dar. So ließ sich beispielsweise der Sächsische Volksschulverband gem. der Zertifizierung "Lernerorientierte Qualitätstestierung in der Weiterbildung (LQW2)" zertifizieren, die eine Weiterentwicklung des LQW darstellt.

e.V.¹⁰⁴⁶ stattfinden. Diese Zertifizierungen haben gemeinsam, dass sie auf die Initiative des Leistungserbringers selbst zurückgehen müssen. Da die Durchführung solcher Zertifizierungen nicht einfach ist und auch auf Erfahrungswissen beruht, hat sich zur Auslagerung des Zertifizierungsaufwands eine regelrechte „Zertifizierungsindustrie“ gebildet.¹⁰⁴⁷ Eine Einbeziehung in den Markt der subventionierten Weiterbildungsmaßnahmen findet dadurch statt, dass die Durchführung von Zertifizierungsmaßnahmen Voraussetzung für den Erhalt der Subvention ist.¹⁰⁴⁸

bb) Qualifikation von Weiterbildungsmaßnahmen in Form von Fernunterricht?

Das Fernunterrichtsschutzgesetz¹⁰⁴⁹ (Fern-USG) erzeugt einen gesonderten Markt, da es in §§ 12, 13 Fern-USG eine nahezu ausnahmslose Zulassungspflicht¹⁰⁵⁰ für Fernunterrichtsangebote vorsieht. Ausgenommen sind nur sog. Hobbylehrgänge, die sich nicht auf den beruflichen Markt beziehen, § 13 Abs. 1 S. 2 Fern-USG. Jedoch zeigt bereits der Titel des Gesetzes („Schutz der Teilnehmer“), dass primäres Ziel der Verbraucherschutz und nicht die Sicherung einer öffentlichen Aufgabe über diesen Schutzauftrag hinaus ist.¹⁰⁵¹ Die Zulassung erfolgt durch die Staatliche Zentralstelle für Fernunterricht (ZFU)¹⁰⁵², die die Zulassungsentscheidungen gem. § 19 Abs.1 Fern-USG trifft und aufgrund Ihrer entsprechenden Stellung mit Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten und Erhebung von Verwaltungsgebühren als Beliehene handelt.

Eine besondere Stellung nimmt das Bundesinstitut für Berufsbildung (BiBB) ein. Es wird in die Entscheidung über die Zulassung von berufsbildenden Fernunterrichtsmaßnahmen gem. § 19 Abs. 2 S. 2 und S. 3 Fern-USG i. V. m. Art. 9 des Staatsvertrags für das Fernunterrichtswesen¹⁰⁵³ einbezogen und hat daher eine offizielle, auch rechtlich festgelegte Position inne. Zudem werden auch die Vertreter der von der Zulassung betroffenen Weiterbildungsanbieter in die Zulassung eingebunden. So werden beispielsweise die Empfehlungen des Deutschen Fernschulverbandes e.V. (beschlossen auf den

1046 Siehe <http://www.guetesiegelverbund.de/> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016).

1047 Siehe beispielsweise das Unternehmen Certqua (<http://www.certqua.de/web/de/index.php>, zuletzt abgerufen: 17.04.2016), das auf Basis verschiedener Regelwerke Zertifizierungen anbietet.

1048 So beispielsweise in § 178 Nr. 4 SGB III i. V. m. § 2 Abs. 4 AZAV.

1049 Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht – Fernunterrichtsschutzgesetz (Fern-USG), BGBl. 2000 I, 1670.

1050 *Vennemann* spricht von einer generellen Zulassungspflicht, siehe *Vennemann*, Erläuterungen zum Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht, 2014, zu § 12 Nr. 1.

1051 Fraglich ist aber, ob diese Unterscheidung dazu führt, dass eine ähnlich strikte Zulassungsregelung wie im SGB III im Bereich des Fernunterrichts gerechtfertigt ist. Zwar liegt ein Vergleich mit dem Fern-Absatz-Gesetz nahe, das Fern-USG entstand aber sowohl früher als auch wohl wegen spezifischer Qualitätsmängel im Fernunterricht, die auch später noch Probleme bereiteten, und nicht aufgrund der typischen Gefährdungslage des Verbrauchers (siehe zur Entstehung und Weiterentwicklung des Fern-USG *Storm*, RdJB 1989, S. 188).

1052 www.zfu.de (zuletzt abgerufen: 17.04.2016).

1053 vom 16. Februar 1978, GV. NRW. 1979, 102.

jeweiligen Mitgliederversammlungen)¹⁰⁵⁴ berücksichtigt. Dabei haben die Empfehlungen aber keine rechtliche Bindungswirkung.

Im Bereich der Umsetzung von sozial motivierten Leistungen zur Förderung von Weiterbildungsmaßnahmen handelt es sich bei der Zulassung zu Fernunterrichtsmaßnahmen um keine Regelung, die den Zugang zum Markt aus sozialen Gründen beschränkt. Vielmehr kommt die Qualifikationsschranke lediglich zusätzlich für Weiterbildungsmaßnahmen im Wege des Fernunterrichts zum Tragen. Es ist also nicht das Merkmal der sozial motivierten Förderung, sondern allein die Art und Weise der Erbringung entscheidend für die Anwendung der Fernunterrichtsschranke. Zwar bleibt ein sozialer Hintergrund bestehen, da jede verbraucherschutzrechtliche Regelung sozialrechtliche Elemente in sich trägt. Der Grund für die Regelung liegt aber nicht beim konkreten Individuum, sondern in der Annahme, dass alle Weiterbildungsteilnehmer an Fernunterrichtsmaßnahmen übergreifend schutzbedürftig sind. Das rechtliche Zugangssystem des Fernunterrichts folgt also nur der eigenen Funktionslogik und existiert als unabhängiges System neben anderen Zugangssystemen.

Teil der Qualifizierungsebene ist die Zulassung von Fernunterricht aber dann, wenn das Vorhandensein der Zulassung selbst wiederum zur Voraussetzung für die Förderung von Maßnahmen gemacht wird, wie im Falle der Festlegung der förderungsfähigen Maßnahmen nach § 3 BAföG.¹⁰⁵⁵ Bei Maßnahmen, die über das SGB III finanziert werden und Fernunterricht sind, wird eine doppelte Zulassung nötig. Dies erklärt sich daraus, dass die Zulassungen unterschiedlichen Zielen dienen. Im Fall der Akkreditierung der Weiterbildungsanbieter nach dem SGB III geht es um die Sicherung der Sozialleistung, während im Fall des Fernunterrichts „nur“ die Qualität im Rahmen des Verbraucherschutzes gesichert wird. Die Zulassung ist zwar ein „scharfes“ Instrument, das ändert aber nichts an der Funktion der rechtlichen Regelung.¹⁰⁵⁶

cc) Qualifikation im System der Arbeitsförderung

Im System der Arbeitsförderung erfolgt derzeit keine Prüfung der Leistungsvoraussetzungen der Weiterbildungsmaßnahmen, ohne dass hiermit zugleich ein Zugang zum Markt verbunden ist. Daher sind unter den Qualifikationsvoraussetzungen nur solche rechtlichen Instrumente anzutreffen, die den gesamten Markt der Weiterbildungs- bzw. Bildungsmaßnahmen regulieren, wie z. B. die gewerberechtliche oder fernunterrichtsbezogene Zulassung. Eine Ausnahme könnte nur dann eintreten, wenn im Rahmen eines Vergabeverfahrens ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb, beispielsweise in einer be-

1054 Einzusehen unter <http://www.zfu.de/empfehlungen.html> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016). Derzeit liegen jedoch zu Qualitätssicherungsthemen keine Empfehlungen vor.

1055 So war früher die Einstufung der Maßnahme als „geeignet“ Voraussetzung für eine Förderung nach dem Arbeitsförderungsgesetz, siehe § 41 Abs. 2 AFG i.d.F. vom 01.01.1997; ebenso für eine Förderung durch den Berufsförderungsdienst der Bundeswehr, siehe *Ehmann*, Auswirkungen des Fernunterrichtsschutzgesetzes (FernUSG), 1982, S. 9.

1056 Hauptfunktion des Fern-USG ist wohl die Qualitätssicherung in Verbindung mit dem Verbraucherschutz, siehe auch unten S. 223 f., S. 284, 293 und 304.

schränkten Ausschreibung gem. § 3 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 VOL/A¹⁰⁵⁷ oder in einem offenen Verfahren gemäß § 14 VgV¹⁰⁵⁸, durchgeführt würden. In diesen Fällen prüft die Vergabestelle mit dem Teilnahmewettbewerb in einem ersten Schritt eine Qualifizierung der Bewerber im Ausschreibungsverfahren.

dd) Qualifikation im Rahmen der Weiterbildungsgesetze der Länder

Eine gesonderte Prüfung der Leistungsvoraussetzungen in Bezug auf die Leistungserbringer findet teilweise auch im Rahmen der objektfördernden Leistungen für die Leistungen der Weiterbildungsgesetze der Bundesländer statt, indem auf eine vorgelagerte Akkreditierung als Voraussetzung für die Förderung durch Leistungen der Weiterbildungsgesetze verwiesen wird. Dabei nehmen 12 der 14 landesrechtlichen Weiterbildungsgesetze eine meist Anerkennung genannte Akkreditierung der Weiterbildungsanbieter vor.¹⁰⁵⁹ Diese Akkreditierung kann lediglich als „Qualitätssiegel“ des Landes dienen, wie beispielsweise bei der Anerkennung gem. § 5 Abs. 4 WeitBiFöG BW, oder Voraussetzung für die finanzielle institutionelle Förderung der Anbieter sein. Dabei sind im Verhältnis von Finanzierung und Akkreditierung unterschiedliche Arten der Abhängigkeit denkbar: Die Finanzierung kann die Akkreditierung lediglich voraussetzen, aber nicht (allein) für die Finanzierung entscheidend sein; die Akkreditierung kann aber auch einen Anspruch auf Finanzierung auslösen. Konkret wird z. B. in § 27 Abs. 2 BbgWBG i. V. m. § 2 Abs. 2 WBV Bbg, Ziff. 2, Ziff. 4 RLGrv-WBG die Förderung von Maßnahmen an die Anerkennung der Weiterbildungseinrichtung und zugleich an die Zulassung zur Grundversorgung gekoppelt. In § 17 HWBG wird ein Anspruch für „anerkannte Träger“ normiert. In anderen Fällen, so z. B. in § 7 Abs. 2 WBG M-V, wird ausdrücklich festgestellt, dass die Akkreditierung (Anerkennung) keinen Rechtsanspruch auf Förderung auslöst. Meist drückt sich die Koppelung aber darin aus, dass „anerkannte Einrichtungen“ als Förderungsberechtigte genannte werden.¹⁰⁶⁰ Auffällig an diesen Strukturen ist, dass wie im Bereich des SGB III eine Akkreditierung vorgenommen wird, um die Prüfung bestimmter Voraussetzungen auf einer Qualifikationsebene ausgelagert zu prüfen. Dies dient dazu, die Grundvoraussetzungen nicht mehr für jeden neuen

1057 Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL), 1. Abschnitt, Teil A, BAnz. Nr. 196a vom 29.12.2009.

1058 Vergabeverordnung (VgV) vom 12. April 2016, BGBl. I, 624.

1059 Es handelt sich um folgende Ländergesetze: Siehe § 5 Abs. 4 WeitBiFöG BW; §§ 7 ff. BbgWBG, § 4 WBG Bremen, § 6 WBFöG M-V, § 3 NEBG (unter dem Titel „Finanzhilfeberechtigung“), § 15 WbG NRW, §§ 4, 11 WBG RP, §§ 5 f. SWFG, § 5 ErwBiFöG ST, § 3 WBG Sachsen, § 19 WBG SH, § 8 ThürEBG. Dabei ist die Anerkennung des einzelnen Leistungserbringers nicht zu verwechseln mit einer Anerkennung besonderer Landesorganisationen, die zur Verwaltung von Gruppen von Leistungserbringern dienen, siehe bspw. Art. 5 Abs. 2-4 ErwBildFördG BY. Eine Vermischung der beiden Anerkennungsmöglichkeiten von direktem Träger und Landesorganisation sehen §§ 14, 17 HWBG vor.

1060 Siehe ausdrücklich in §§ 5, 6 Abs. 1 WBG Bremen, § 7 Abs. 2 WBGFöG M-V und § 10 Abs. 2 S. 1 SWFG. § 2 Abs. 2 NEBG verlangt die Feststellung der sog. „Finanzhilfeberechtigung“, die aber auch eine Akkreditierung darstellt. Siehe auch § 6 Abs. 1 WBG Sachsen i. V. m. § 2 Nr. 1 WbFöVO Sachsen; §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1, 7 ErwBildFöG ST; §§ 1-13, 15, 16 ThürEBG.

Förderantrag gesondert prüfen zu müssen. Zu dieser logischen Struktur passt auch, dass die Förderung von Einzelmaßnahmen oder für einzelne Posten oft nicht an die Anerkennung nach dem jeweiligen Weiterbildungsgesetz gekoppelt wird.¹⁰⁶¹ Im HWBG und im WbG NRW existiert ein Anerkennungssystem und die Koppelung an die Förderung nur für freie Träger,¹⁰⁶² bei öffentlichen Trägern wird in diesen Ländern wohl die Regulierung über gesetzliche Vorgaben und die Einbindung in das Verwaltungssystem als ausreichend erachtet.¹⁰⁶³

ee) Qualifikation durch Verweis auf andere Systeme

Eine vorgelagerte Prüfung von Weiterbildungsmaßnahmen findet auch dann statt, wenn im Rahmen der Normen, die die Förderungsleistungen regeln, auf bereits in einem System geprüfte oder bereitgestellte Bildungsmaßnahmen verwiesen wird.¹⁰⁶⁴

Einige der subjektfördernden Förderbestimmungen, so das sog. Aufstiegsstipendium auf Bundesebene, beziehen sich auf Maßnahmen an staatlich anerkannten Hochschulen. Die Zulassung von Hochschulen findet in Deutschland ebenfalls im Wege der Akkreditierung statt, ist aber aufgrund des Schwerpunkts in der Erstausbildung gerade nicht auf weiterführende Studiengänge – oder Studiengänge, die im Zuge einer weiterführenden Berufsausbildung besucht werden – zugeschnitten.¹⁰⁶⁵

Eine Sonderstellung nimmt auch das auf die Meisterausbildung ausgerichtete Ausbildungsfortbildungsförderungsgesetz (AFBG) ein.¹⁰⁶⁶ Das AFBG bezieht sich einerseits auf Maßnahmen, die auf bestimmte Abschlüsse und bestimmte Prüfungen hinführen, stellt aber andererseits auch selbst Anforderungen auf. § 2 AFBG verweist zunächst

1061 Siehe z. B. § 6 Abs. 2 WBG Bremen; § 16 WBG RP; § 6 Abs. 2, Abs. 4 WBG Sachsen i. V. m. § 2 Nr. 2 i. V. m. § 1 Abs. 2 Nr. 4, § 8 WbFöVO Sachsen; § 14 ThürEBG. Eine Ausnahme stellen §§ 7, 8 ErWBildFöG ST dar. § 7 ErWBildFöG ST verlangt auch für die Gewährung von Investitionszuschüssen im Ermessenswege eine Anerkennung der Antragsteller, während § 8 ErWBildFöG ST eine Generalklausel für die Gewährung von (allgemeinen und spezifischen) Zuschüssen an nicht anerkannte Anbieter darstellt.

1062 Siehe § 14 HWBG, § 15 Abs. 1 WbG NRW.

1063 Anders aber z. B. in Rheinland-Pfalz. Dort findet eine Anerkennung sowohl für öffentliche Volkshochschulen als auch für freie Träger statt, siehe §§ 4, 8, 11 WBG RP.

1064 Dies wäre in Deutschland im Rahmen derjenigen (sehr seltenen) Weiterbildungsmaßnahmen der Fall, die vom BAföG abgedeckt werden, da auf die bereits zugelassenen Studiengänge und – Maßnahmen verwiesen wird. Da das BAföG aber nur in absoluten Ausnahmefällen eine Förderung beruflicher Weiterbildung darstellt, werden diese Zusammenhänge in der vorliegenden Untersuchung nicht dargestellt, siehe bereits oben S. 250.

1065 Im dortigen Rahmen wird beispielsweise die Bestimmtheit der Akkreditierungsregelungen angezweifelt (siehe nur *Müller-Terpitz*, WissR 2009, S. 116, 127 ff.) oder auch die Verfassungsmäßigkeit des Akkreditierungssystems insgesamt, siehe *Meyer*, NVwZ 2010, S. 1010. Die Entscheidungen zur Akkreditierung von Studiengängen sind aber nicht auf die Akkreditierung der Weiterbildungsanbieter übertragbar, weil sich die Leistungserbringer im Gegensatz zu den Hochschulen nicht auf die grundgesetzlich verbürgte Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG berufen können (siehe zur verfassungsrechtlichen Situation bei der Akkreditierung der Hochschulen *Müller-Terpitz*, WissR 2009, S. 116).

1066 Siehe zu Ausrichtung des Gesetzes und enthaltenen Förderungsleistungen oben S. 143.

auf die Fortbildungsabschlüsse und Fortbildungsordnungen nach dem BBiG (Abs. 1 und 2) und verlagert die Nachweispflicht auf die Weiterbildungsanbieter. § 2a AFBG verweist auf eine mögliche Zertifizierung nach der sog. Akkreditierungs- und Zulassungsverordnung Arbeitsförderung (AZAV)¹⁰⁶⁷ oder auf ein anderes Qualitätssicherungssystem. Geprüft wird die entsprechende Qualifikation des Anbieters im Zuge der Prüfung der „Förderfähigkeit“ des Anbieters. Eine über diese Verweise hinaus rechtlich gesonderte Prüfung der Marktzulassung findet aber nicht statt, da gem. § 2a AFBG lediglich noch zu prüfen ist, dass „keine Umstände vorliegen, die der Eignung [...] entgegenstehen“.

b) Bereitstellungsebene

aa) System der Arbeitsförderung

Die Bereitstellungsebene, die den Zugang zum Markt beinhaltet, besteht im System der Arbeitsförderung in der Zulassung. Dabei handelt es sich um eine rechtliche Zugangsschranke, die nicht mit der Bewilligung der einzelnen konkreten Finanzierung zusammenfällt. Die Zulassung der Weiterbildungsanbieter kann auf einer Zertifizierung durch die sog. FKS beruhen, durch die Bundesagentur für Arbeit im Rahmen einer Einzelzertifizierung direkt vorgenommen werden oder nach einer Vergabe im Einzelfall durch Vertrag vorgenommen werden.

(1) „Zertifizierung“ und Zulassung durch die FKS

(a) Verfahrensüberblick für die Akkreditierung

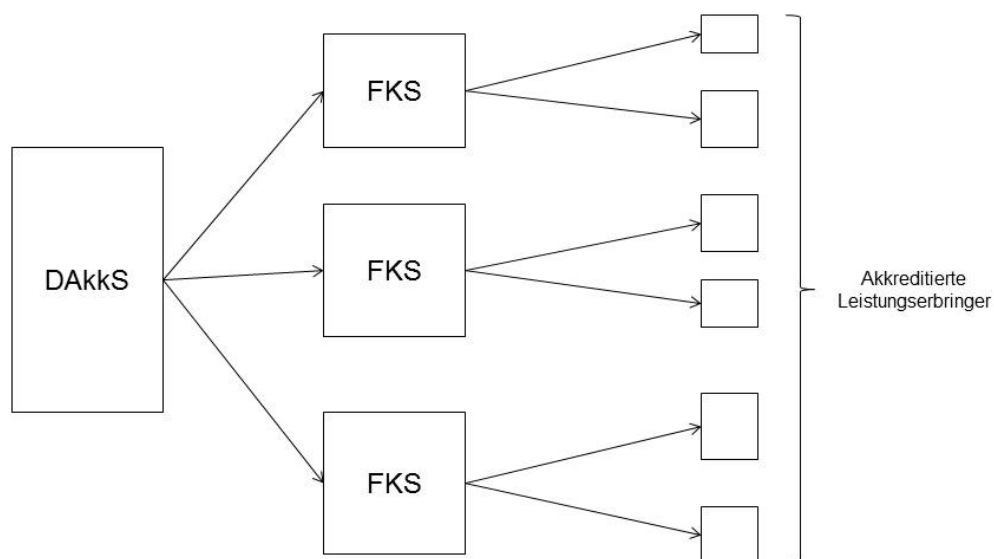
Für die sog. Zertifizierung sind gem. §§ 176, 177 SGB III i. V. m. § 5 Abs. 1 AZAV die sog. FKS zuständig. Diese Zertifizierung ermöglicht im Regelfall einen Zugang zum Markt der von den Agenturen für Arbeit finanzierten Weiterbildungsmaßnahmen.

Die FKS wiederum sind gem. §§ 176, 177 SGB III Zertifizierungsstellen, die nach § 177 Abs. 1 S. 1 SGB III akkreditiert sind. Dabei richtet sich die Akkreditierung nach dem Akkreditierungsstellengesetz.¹⁰⁶⁸ Die allein zuständige deutsche Akkreditierungsstelle ist gem. § 8 Abs. 1 Nr. 3 AkkStelleG i. V. m. § 1 Abs. 1, § 2 S. 1 Nr. 2 d) Ak-

¹⁰⁶⁷ Verordnung über die Voraussetzungen und das Verfahren zur Akkreditierung von fachkundigen Stellen und zur Zulassung von Trägern und Maßnahmen der Arbeitsförderung nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch vom 02.04.2012, BGBl. 2012 I, 504. Siehe zu dieser ausführlich unten S. 230 ff. Der Wortlaut des § 2a S. 2 Nr. 1 AFBG verweist dabei noch auf die AZWV, da der Wortlaut nach der Neuregelung der Trägerzertifizierung durch die AZAV noch nicht geändert wurde. Da jedoch mit dem Verweis auf die AZWV die Zertifizierung im System des SGB III in Bezug genommen wird, muss die Norm so ausgelegt werden, dass nun die Zertifizierung im Rahmen der AZAV die zugeordnete Funktion erfüllt (siehe ebenso Schaumberg/Schubert, AFBG, § 2a Erl. Abs. 2).

¹⁰⁶⁸ Gesetz über die Akkreditierungsstelle (AkkStelleG) vom 31.7.2009, BGBl. 2009 I, 2625. Die Akkreditierung richtet sich damit nach der zwingenden EU-Verordnung zur Akkreditierung, Verordnung (EG) Nr. 765/2008 vom 09.07.2008.

Verfahren der Akkreditierung



(b) Akkreditierung der FKS durch die DAkkS

Um für die sog. Zertifizierung der Leistungserbringer zugelassen zu werden, müssen die FKS zunächst durch die DAkkS akkreditiert werden. Hierfür findet gem. § 177 Abs. 2 und Abs. 3 SGB III i. V. m. § 1 AZAV eine Überprüfung der personellen, finanziellen, strukturellen und fachlichen Geeignetheit der jeweiligen Fachkundigen Stelle statt.

Die jeweilige Zertifizierungsstelle stellt hierfür gem. § 177 Abs. 3 S. 1 SGB III einen Antrag bei der DAkkS, der allgemeinen Akkreditierungsstelle. Die Akkreditierung wird auf längstens fünf Jahre befristet (§ 177 Abs. 3 S. 2 SGB III). Weitere Besonderheiten ergeben sich für das Verfahren der Akkreditierung nicht, auch nicht aus § 1 AZAV.¹⁰⁷⁰

1069 Verordnung über die Beleihung der Akkreditierungsstelle nach dem Akkreditierungsstellengesetz (AkkStelleG-Beleihungsverordnung) vom 21. 12. 2009, BGBl. 2009 I, 3962.

1070 Interessant ist dabei aus Sicht der Leistungserbringer die Einbindung der Bildungsverbände in den Zulassungsbeirat. Durch diese Einbindung kann eine zumindest personelle Beteiligung an Zertifizierungsverfahren stattfinden, da der Zulassungsbeirat Empfehlungen aussprechen kann, wobei im Moment noch die Empfehlungen des Anerkennungsbeirats gem. § 6 Abs. 2 S. 2 AZWV gelten. Problematisch ist es jedoch, wenn verschiedene Vorstellungen der Bildungsverbände bestehen, da sich die Bildungsverbände gem. § 182 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 SGB III zur Wahrnehmung ihres Vorschlagsrechts auf einen Vertreter gem. § 182 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 e) SGB III einigen müssen. Zwar wurde in der Begründung zu AZWV als Grund für die Einbeziehung nur genannt, dass die Vertreter

Für die rechtliche Qualifikation der rechtlichen Stellung der FKS werden vor allem eine rein privatrechtliche Tätigkeit als unabhängige Sachverständige¹⁰⁷¹ sowie eine Beleihung vertreten.¹⁰⁷² Beleihung ist die Betrauung von Privatrechtssubjekten mit der selbständigen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts.¹⁰⁷³ Der Gesetzgeber hat, um die Einstufung als Beleihung zu verhindern, mit Wirkung vom 01.01.2013 in § 177 Abs. 1 S. 2 SGB III sogar in den Gesetzestext aufgenommen, dass es sich um keine Beleihung handle. Damit verweist der Gesetzgeber auf das von ihm gewünschte System eines privatrechtlichen Sachverständigenverfahrens.¹⁰⁷⁴ Soweit der Gesetzgeber erreichen wollte, dass öffentlich-rechtliche Maßstäbe und Verfahrensgrundsätze nicht anwendbar sind, und verhindern wollte, dass das Handeln der FKS als hoheitliches Handeln eingestuft wird, ist die rein deklaratorische Klassifizierung der Rechtsverhältnisse kein zielführendes Instrument.¹⁰⁷⁵ Das Rechtsinstitut der Beleihung dient im Grunde nur dazu, auf kurzem Wege eine Zuordnung vornehmen zu können, auf welcher Grundlage und im Rahmen welcher rechtlichen Regelungen das Handeln des Privaten zu beurteilen ist. Entscheidend ist letztlich, wie das Verhalten des Gesetzgebers einzustufen ist, wenn Inhalte und Form der Akkreditierungsverfahren der Deklaration, dass keine Beleihung stattfindet, widersprechen. Das Problem ist, dass sich eine deklaratorische Entscheidung gegen eine Beleihung und eine tatsächliche Entscheidung für eine Beleihung gegenüberstehen.

Für die Einbindung in eine öffentlich-rechtliche Regelungsstruktur spricht, dass die Akkreditierung verpflichtend für den Marktzugang ist.¹⁰⁷⁶ § 178 SGB III spricht aus-

dazu beitragen sollen, dass die Verfahren der AZWV besser den Bedürfnissen der Praxis entsprechen (Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Begründung zur AZWV, § 6 zu Abs. 1), jedoch wird dadurch auch ein tatsächliches Einfallstor für eine Interessenvertretung der beteiligten Leistungserbringer geöffnet. Diese Konstruktion wurde in § 182 SGB III übernommen. Daher gelten die Einwände gegen die Art der Einbeziehung auf im Rahmen des § 182 SGB III.

1071 Auch zur neuen Rechtslage BT-Drucks. 17/6277, S. 107, zu § 177 Abs. 2.

1072 Für eine ausführliche Aufarbeitung der Positionen und eine Beurteilung der einzelnen Punkte, wenn auch noch zur alten Rechtslage, jedoch nur mit wenig materiell-rechtlichen Änderungen, siehe *Roos*, Die Akkreditierung fachkundiger Stellen und Zertifizierung für Träger von Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung im System der Qualitätssicherung nach den §§ 77 ff. SGB III, 2008, S. 264–296; *Bieback*, in: Eichenhofer (Hrsg.), Aktivierung und Prävention - Chancen für Effizienzsteigerung in den Sozialleistungsbereichen, 2004, S. 59, 67.

1073 Siehe exemplarisch nur *Groß*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann, et al. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2012, S. 905, 939 Rn. 89; *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, S. 213 Rn. 24.

1074 Zunächst führte die Gesetzesänderung aber lediglich dazu, dass in Verbindung mit der gleichzeitigen Änderung von § 51 Abs. 2 S. 1 SGG die Streitigkeiten über Zulassungsentscheidungen der FKS nun ohne weitere Qualifikation den Sozialgerichten zugewiesen wurden.

1075 Zu einer ähnlichen Einschätzung kommt auch *Banafsche*, in: Gagel, SGB III, § 176 Rn. 40 ff. (Stand: Dezember 2014). Sie spricht davon, dass die Diskussion noch nicht beendet sei, a. a. O., Rn. 40, und dass der Gesetzgeber sich „in Widerspruch zu den eigenen Maßgaben setze“, a. a. O., Rn. 54. Die von *Hänlein*, SGB 2011, S. 333, 336 geforderte klare Regelung hat der Gesetzgeber also gerade nicht vorgenommen.

1076 Ähnliche Diskussionen werden auch im Rahmen der Akkreditierung von Hochschulstudiengängen geführt, siehe beispielsweise *Mann*, in: Heinig/Langenfeld, et al. (Hrsg.), Aktuelle Probleme des

drücklich von einer „Zulassung“ durch die FKS. Außerdem richten sich Akkreditierung und damit auch die Zulassung nach einem ausführlich in SGB III und AZAV geregelten – öffentlich-rechtlichen – Verfahren. Qualitätsprüfung und Zulassungsentscheidung werden nicht getrennt. Widersprüchlich ist auch, dass die DAkkS selbst gem. § 1 Abs. 1 AkkStelleG Beliehene ist. Daher würde es auch naheliegen, die zusätzliche Akkreditierung der dann die Zulassung ausführenden Stellen auch als Beleihung einzustufen. Damit würde die Übertragung der hoheitlichen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Rahmen einer Legitimationskette vermittelt. Warum nur das erste Glied dieser Kette in öffentlicher Aufgabenwahrnehmung und mit öffentlichem Rechtsrahmen handeln soll, erschließt sich nicht. Entscheidend muss in diesem Zusammenhang aber die tatsächliche Entscheidung für die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen im Rahmen einer normativ gebundenen Regelungsstruktur sein, da der Rechtsschutz der gegenüberstehenden Leistungserbringer gewährleistet werden muss. In Bezug auf die Grundrechtsbindung kommt es nämlich nur darauf an, dass die beauftragten Stellen eine öffentliche Aufgabe ausführen, nicht aber auf die Rechtsform der ausführenden Einheit.¹⁰⁷⁷

Aufgrund der Einstufung der FKS als Ausführende hoheitlicher Aufgaben¹⁰⁷⁸ haben diese die Grundrechte zu beachten, da sie im Verfahren zu den Leistungserbringern öffentlich-rechtlich handeln.¹⁰⁷⁹ Dabei haben sie bei der Zulassung des Trägers insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG zu beachten¹⁰⁸⁰, bei der Entziehung/Rücknahme einer Zulassung gem. § 182 Abs. 7 SGB III auch Art. 14 Abs. 1 GG.¹⁰⁸¹ Hinzu kommt die Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁰⁸²

(c) „Zertifizierung“ nach der AZAV

Die entscheidende rechtliche Zugangsschranke zum Markt der im Arbeitsförderungssystem geförderten Weiterbildungsmaßnahmen bildet im deutschen System die sog. „Zertifizierung“ nach §§ 176, 178, 180 SGB III i. V. m. AZAV, die sowohl die Qualifikation der Leistungserbringer prüft als auch die Zulassung der Leistungserbringer durchführt, die den Zugang zum Markt der SGB III-Weiterbildungsmaßnahmen eröffnet.

Wissenschaftsrechts, 2011, S. 69, 81 ff., umfassend auch *Wilhelm*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen der Akkreditierung von Studiengängen, 2009, die in Bezug auf diesen Aspekt auch den Rechtsschutz bei Akkreditierungen diskutiert, siehe a.a.O., S. 333 ff.

1077 Siehe BVerfGE 128, 226 (Fraport). Zwar ging es in der Entscheidung um ein von der öffentlichen Hand beherrschtes Unternehmen, Gleiches muss aber gelten, wenn die private Stelle öffentliche Aufgaben durchführt.

1078 Mit Verweis auf das ausdrücklich vorgesehene Zulassungsentziehungsverfahren so auch *Eicher*, wiedergegeben in *Schmidt*, NZS 2014, S. 576, 579.

1079 *Roos*, Die Akkreditierung fachkundiger Stellen und Zertifizierung für Träger von Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung im System der Qualitätssicherung nach den §§ 77 ff. SGB III, 2008, S. 378, noch zur alten, bis auf die Deklaration der Nicht-Beleihung aber inhaltlich identischen Rechtslage.

1080 *Roos*, Die Akkreditierung fachkundiger Stellen und Zertifizierung für Träger von Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung im System der Qualitätssicherung nach den §§ 77 ff. SGB III, 2008, S. 378. Siehe auch unten S. 303.

1081 A.a.O., S. 379 f.

1082 Siehe hierzu im Rahmen der Qualitätssicherung unten S. 297 f.

(a) *Einordnung, Verfahren und Inhalte*

Die Terminologie ist dabei etwas verwirrend. Im derzeit gültigen SGB III wird sowohl von Akkreditierungsstellen in Bezug auf die Zulassung der sog. FKS (§ 177 Abs. 1 SGB III) als auch von Zertifizierungsstellen als Bezeichnung der FKS (§ 177 Abs. 2 1. Hs. 1 SGB III) gesprochen. Im alten SGB III wurde die Zugangskontrolle dagegen weder Zertifizierung noch Akkreditierung genannt, sondern nur von einer „Feststellung durch die fachkundige Stelle“¹⁰⁸³ gesprochen. Die alte Anerkennungs- und Zulassungsverordnung Weiterbildung (AZWV)¹⁰⁸⁴ sprach dagegen von „Anerkennung“ und „Zertifizierung“ und nannte die FKS dabei „Zertifizierungsstellen“, § 1 AZWV. In Bezug auf die Zulassung der FKS zur Erfüllung der Zertifizierungsaufgabe wird in § 177 Abs. 1 SGB III von „Akkreditierung“ gesprochen. *Roos* geht zunächst von der obigen Differenzierung aus, kommt aber zu anderen Ergebnissen.¹⁰⁸⁵ In der vorliegenden Arbeit wird zur Unterscheidung der Instrumente, die einen Zugang gewähren, und denjenigen Instrumenten, die lediglich die Voraussetzungen für einen Marktzugang feststellen, die Bestätigung mindestens einer besonderen Eigenschaft durch eine anerkannte Instanz als Akkreditierung bezeichnet.¹⁰⁸⁶ Daher handelt es sich auch bei der „Zertifizierung“ um eine Akkreditierung. Die Zusammenfassung von Zertifizierung und Zulassung in einem gemeinsamen Verfahren ist dabei gerade typisch für den Vorgang der Akkreditierung.

Die sog. Zertifizierung (im Folgenden: Akkreditierung) durch die FKS findet in zwei Verfahrenssträngen statt. Einerseits werden die Leistungserbringer (die Träger, § 21 SGB III) zugelassen, andererseits die Weiterbildungsmaßnahmen. Das Verfahren kann (zunächst) gemeinsam, aber auch getrennt erfolgen.

Dabei steht bei der Akkreditierung der Leistungserbringer gem. § 178 SGB III die grundsätzliche Bereitstellung des Leistungserbringers im Vordergrund, während die Zertifizierung der Maßnahmen gem. §§ 179, 180 SGB III alleine der Qualitätssicherung dient, da gerade nicht der Weiterbildungsanbieter selbst, sondern die Inhalte der zu erbringenden Leistungen geprüft werden. Da aber auch in Bezug auf die grundsätzlichen Anforderungen an den Leistungserbringer die Qualität der Leistungserbringung in Form der Strukturqualität geprüft wird, wird die inhaltliche Zertifizierung der Leistungserbringer und Maßnahmen im Rahmen der Instrumente zur Qualitätssicherung dargestellt.¹⁰⁸⁷

Für die FKS gilt wie für jede funktionale Verwaltungsbehörde, dass sie die im anzuwendenden Gesetz eingeräumten Entscheidungsspielräume ausschöpfen kann ein-

1083 § 84, 85 SGB III a.F.

1084 S. o. Fn. 1041.

1085 Zertifizierung in seinem Sinne wären damit auch die staatsnahen Prüfungsstellen, da die FKS von ihm als Beliehene eingestuft werden, siehe *Roos*, Die Akkreditierung fachkundiger Stellen und Zertifizierung für Träger von Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung im System der Qualitätssicherung nach den §§ 77 ff. SGB III, 2008, S. 45 ff.

1086 S. o. S. 212.

1087 Siehe hierzu unten S. 290 ff.

schließlich der eventuell bestehenden Ermessensvorschriften. Hinsichtlich der Zulassung ist aber zu betonen, dass aufgrund des klaren Wortlauts von § 178 SGB III¹⁰⁸⁸ kein Ermessen hinsichtlich der Zulassung besteht, sobald der beantragende Leistungserbringer („Träger“) die Anforderungen im SGB III und der AZAV erfüllt. Auf tatsächlicher Ebene stellt sich darüber hinaus das Problem, dass die FKS kein eigenes Interesse an einer Zulassung von finanziell besonders günstigen Maßnahmen haben (über die rechtliche Bindung an die AZAV und die allgemeinen Normen des SGB III hinaus).

Da die FKS allein für die Zertifizierung und Zulassung zuständig sind, die öffentlich-rechtlichen Festsetzungen folgen, besteht ein Abschlusszwang der FKS hinsichtlich der Verträge zur Zertifizierung.¹⁰⁸⁹ Der große Unterschied im Vergleich zu der früheren Regelung besteht darin, dass keine kapazitätsbegrenzende Auswahl durch die Arbeitsagenturen oder vertretungsweise durch die FKS erfolgt, also zumindest über die Zertifizierung keine Bedarfssteuerung vorgenommen wird.¹⁰⁹⁰ Bei vorliegender Zertifizierung ist die Zulassung zwingend.

(β) Verhältnis zum Vergaberecht

Vergaberecht ist bei der Zulassung der Weiterbildungserbringer nicht anzuwenden, da die Akkreditierung der Leistungserbringer nicht als Vergabe einzuordnen ist. Zunächst sind die FKS keine öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts. Öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB ist aber zumindest die Bundesagentur für Arbeit.¹⁰⁹¹ Es findet im Rahmen der Akkreditierung aber keine ökonomisch motivierte Auswahlentscheidung statt.¹⁰⁹² Daher erfolgt die Zulassung der Weiterbildungsanbieter auch nicht gegen Entgelt. Bei den Zertifizierungsgebühren handelt es sich um Verfahrensgebühren. Das Vergaberecht ist nicht anzuwenden, weil es daher gemäß § 103 Abs. 1 GWB bereits nicht um einen öffentlichen Auftrag handelt. Da damit das Zertifizierungsmodell in den §§ 176 ff. SGB III als Gegensatz zum Einkaufsmodell normiert wird, ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber in diesen Bereichen sogar ein Vergabeverbot bezweckt.¹⁰⁹³ Die ausdrücklichen Ausnahmeregelungen in § 16 Abs. 3a SGB II und § 45 Abs. 3 SGB III bestätigen dies nur.

1088 „ist ... zuzulassen“, siehe § 178 S. 1 SGB III.

1089 So auch *Roos*, Die Akkreditierung fachkundiger Stellen und Zertifizierung für Träger von Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung im System der Qualitätssicherung nach den §§ 77 ff. SGB III, 2008, S. 422 ff.

1090 Wohl aber über die Vergabe der Bildungsgutscheine im Wege der Ermessensentscheidung (siehe oben S. 130 ff.) und im Wege der Bildungszielplanung (siehe sogleich S. 234 ff.)

1091 Siehe *Heinemann*, Die Erbringung sozialer Dienstleistungen durch Dritte nach deutschem und europäischem Vergaberecht, 2009, S. 193–198.

1092 Und nur dies ist für die Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts entscheidend, siehe *Storost*, NZS, S. 82, 85.

1093 Noch zur vorherigen Gesetzeslage siehe *Hänlein*, in: Beschaffung von Sozialleistungen durch Vergabe, SDSRV (60), 2011, S. 111, 120.

(γ) Rechtsschutz hinsichtlich der Zulassungsentscheidung

Für die Leistungserbringer können die Zulassung und damit die Akkreditierung durch die FKS existenzentscheidend sein. Daher fragt sich, wie die Leistungserbringer gegen eine ablehnende Entscheidung der FKS vorgehen können. Aufgrund der Einstufung der Zertifizierung als Beleihung wurde in der deutschen Literatur und Rechtsprechung vertreten, dass für Streitigkeiten, die die Zulassung bzw. Zertifizierung des Leistungserbringers betreffen, die Sozialgerichte nach § 51 Abs. 1 Nr. 4 SGB III zuständig seien.¹⁰⁹⁴ Einzig die Bundesagentur für Arbeit trug (immer noch) vor, dass es sich um eine privatrechtliche Zertifizierung nach dem Sachverständigen-Modell handle und daher der Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet sei.¹⁰⁹⁵ Das Bundessozialgericht legte sich in Bezug auf die Einstufung der FKS als Beliehene dagegen nicht fest, sondern stellte auf die entscheidungserheblichen Rechtsgrundlagen ab.¹⁰⁹⁶ Inzwischen ergibt sich der Rechtsweg aber aus § 51 Abs. 2 S. 1 SGG. Mit dieser Gesetzesänderung hat der Gesetzgeber auf das soeben genannte Urteil des BSG vom 03.08.2011 reagiert und die Rechtswegzuständigkeit damit klargestellt. Problematisch bleibt aber, dass sich dieser Rechtsweg weder aus den §§ 176 ff. SGB III noch aus der AZAV ergibt. Zudem wird den Zulassungsentscheidungen durch die FKS keine Rechtsbehelfsbelehrung hinzugefügt. Der Rechtsweg ist für den Rechtslaien daher weiterhin nicht erkennbar und undurchsichtig geregelt.

(2) Zulassung direkt durch die Bundesagentur für Arbeit, § 177 Abs. 5 SGB III

Nach § 177 Abs. 5 S. 1 SGB III¹⁰⁹⁷ ist eine Zertifizierung (und damit eine Zulassung) für berufliche Weiterbildungsmaßnahmen auch direkt durch die Bundesagentur für Arbeit bei Vorliegen eines besonderen arbeitsmarktpolitischen Interesses möglich. Dabei liegt gem. § 177 Abs. 5 S. 2 SGB III ein besonderes Interesse insbesondere bei individuell ausgerichteten Einzelfallmaßnahmen vor.¹⁰⁹⁸ Diese individuellen Zertifizierungen

1094 Siehe für einen Überblick und eine Auswertung der Meinungen *Roos*, Die Akkreditierung fachkundiger Stellen und Zertifizierung für Träger von Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung im System der Qualitätssicherung nach den §§ 77 ff. SGB III, 2008, S. 395. Zur Rechtsprechung siehe SG Mannheim vom 09.02. 2010, Az. S 8 AL 3179/09, juris Rz. 26 ff.; SG Berlin vom 28. 04. 2011, Az. S 198 AL 669/11 ER, juris Rz. 20; LSG Hamburg vom 30.01.2009, Az. L 5 B 3/09 ER AL, juris Rz. 6, LSG Stuttgart vom 10.06.2010, Az. L 3 AL 1230/10, Rz. 15 ff.; LSG Berlin vom 20.08.2010, Az. L 18 AL 185/10 B ER, juris Rz. 3.

1095 Siehe BSG vom 03.08. 2011, SGB 2012, 402, 403, Az. B 11 SF 1/10 R, juris Rz. 3, 26 ff., noch zur Rechtslage vor dem 1. 4. 2012 unter Anwendung der AZWV.

1096 Siehe a.a.O. juris Rz. 15 ff.

1097 Die Zuständigkeitszuweisung wurde nun auf formell-gesetzliche Grundlage gestellt, zuvor hatte § 12 AZWV den gleichen Inhalt.

1098 Im Jahr 2007 wurden laut Vertreter der Zentrale der Bundesagentur für Arbeit 3 % aller Zulassungen als Einzelfallzulassungen gem. § 12 AZWV durch die Bundesagentur für Arbeit erteilt (siehe Anerkennungsbeirat, Ergebnisprotokoll zur 16. Sitzung des Anerkennungsbeirats am 13. und 14. Februar 2008 in Nürnberg, S. 4, TOP 2 Nr. 5. Für die bis zum 31. Dezember 2005 beginnenden Maßnahmen war aufgrund der Übergangsregelung des § 15 Abs. 1 S. 1 AZWV ohnehin noch die Bundesagentur für Arbeit für die Zulassungen zuständig, soweit noch keine Zertifizierungsstellen bestanden.

können auch inzident im Zuge der Entscheidung über die Förderung des Leistungsempfängers erteilt werden,¹⁰⁹⁹ da die Bundesagentur (bzw. die Agenturen) grundsätzlich für die Zulassung zuständig und berechtigt ist. Das vorgeschaltete Verfahren der Zulassung durch gesonderten Verwaltungsakt ist nicht zwingend, da bei Änderung des Gesetzes keine Anhaltspunkte in den §§ 77 ff. SGB III a. F. bestanden, dass die Bundesagentur nicht mehr zuständig sein sollte.¹¹⁰⁰ § 177 Abs. 5 SGB III zeigt, dass sogar der Gesetzgeber der Meinung war, dass das Instrument der Akkreditierung unflexibel und schwerfällig ist.¹¹⁰¹

(3) Bereitstellung bereits durch Bildungszielplanung?

Eine Marktzugangsschranke im Sinne der Bereitstellungsebene könnte auch in der sog. Bildungszielplanung¹¹⁰² der Agenturen für Arbeit liegen. Mit der Bildungszielplanung (manchmal auch Qualifizierungsplanung genannt) legen die Agenturen für Arbeit eine Bedarfsplanung vor, die auf dem von ihnen ermittelten aktuellen Qualifikationsbedarf des Marktes beruht. Die Bildungszielplanung wird jeweils für ein Jahr erstellt und enthält nach Berufsfeldern geordnet eine Planung, die folgende Kennzahlen enthält:

- das Bildungsziel (=Berufs- bzw. Qualifizierungsfeld)
- die Qualifizierungsinhalte (genauer Kursinhalt, z. B. Schweißen oder CNC- Programmierung),
- die Zahl der Bildungsgutscheine, die ausgegeben werden sollen (aufgespalten nach Quartalen)
- die Unterrichtsform (Vollzeit, Teilzeit oder berufsbegleitend)
- die maximale Dauer der Maßnahme (in Monaten)
- eine Möglichkeit des Warnhinweises (ob eine Veränderung der Anzahl der Bildungsgutscheine im Jahresverlauf möglich ist)
- unter der Überschrift des Warnhinweises zugleich auch die Antragsvoraussetzungen für eine Bewilligung der Förderung (kaufmännische Grundkenntnisse oder ein Hochschulabschluss)

Damit nimmt die Bildungszielplanung eine stark inhaltliche, aber auch zeitliche und aufgrund der Vornahme durch die einzelnen Agenturen auch räumliche Planung vor. Sie wendet sich, wie sich aus den Webseiten der Agenturen und aus den Inhalten der im Internet veröffentlichten Planung ergibt, sowohl an die Leistungsempfänger als auch an die Weiterbildungsanbieter als Leistungserbringer und soll sowohl den Anbietern als auch den Teilnehmern Planungssicherheit bieten.¹¹⁰³ Ob dieser Anspruch umgesetzt

1099 BSG, SGB 2011, 330, 332, juris Rn. 19.

1100 So die Argumentation in Bezug auf die §§ 77 ff SGB III a. F. in BSG, SGB 2011, 330, 332, juris Rn. 19.

1101 So auch *J. Neumann*, in: BeckOK, SGB III, § 177 Rn. 10 (Stand: 01.12.2015).

1102 Für Beispiele siehe die Webseiten der jeweiligen Agenturen für Arbeit, z. B. <http://www.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mji4/~edisp/16019022dstbai654210.pdf> (München, zuletzt abgerufen: 17.04.2016).

1103 Für die Anbieter so auch *Zahn*, in: Schönfelder, SGB III, § 9 Rn. 40 (Stand: Dezember 2008).

wird, ist schon aufgrund des vorläufigen Charakters der Bildungszielplanung und aufgrund der Schwierigkeiten bei der Erstellung von Bedarfsprognosen fraglich.¹¹⁰⁴

Die Bedarfsplanung war bereits in der Gesetzesbegründung¹¹⁰⁵ vorgesehen und wird gestützt auf § 9 Abs. 3 SGB III. Soweit die Leistungserbringer von der Bildungsplanung berührt werden, sollen die Agenturen gem. § 9 Abs. 3 S. 2 SGB III die Planung mit diesen rechtzeitig erörtern, womit eine nachhaltige Verbesserung der Weiterbildungsplanung erreicht werden sollte.¹¹⁰⁶ Das ist (auch) Ausfluss der Überlegung, dass die faktischen Gegebenheiten des Arbeitsmarktes von den beteiligten Akteuren vor Ort abhängen.¹¹⁰⁷ Aufgrund der Orientierung am lokalen Arbeitsmarkt soll eine nachfrageorientierte Steuerung stattfinden.¹¹⁰⁸ Dabei handelt es sich aber entgegen dem Wortlaut („erörtern“) in § 9 Abs. 3 S. 2 SGB III aufgrund der reinen Information durch die Veröffentlichung im Internet um eine einseitige Kommunikationsbeziehung zwischen Agenturen und Leistungserbringern.¹¹⁰⁹

Zu der Planung führende Überlegung war zudem, dass die Leistungserbringer auf eine größere Wirtschaftlichkeit hinarbeiten können, wenn sie rechtzeitig über die Planungen informiert werden.¹¹¹⁰ Problematisch ist dabei aber, dass kleine Weiterbildungsanbieter über geringere finanzielle Mittel und personelle Ressourcen verfügen und daher Schwierigkeiten haben zu reagieren, wenn die Bildungszielplanung, die zunächst nur vorläufig, im jeweiligen Planungsjahr geändert wird.¹¹¹¹ Die Einseitigkeit der Information führt darüber hinaus zu fehlendem Mitspracherecht bei Planung und Maßnahmenkonzepten.¹¹¹²

Fraglich ist, wie die Bildungszielplanung rechtlich einzuordnen ist. Aufgrund der von den Agenturen verwendeten Bezeichnung könnte es sich um eine Planung im verwaltungsrechtlichen Sinn handeln. Dieser Begriff findet sich auch in § 9 Abs. 3 S. 2 SGB III wieder, der von einer „Erörterung“ der „Planung“ spricht. Die verwaltungsrechtliche Planung tritt jedoch in vielen Formen auf. Eine verfahrensrechtlich speziell geregelte Planung wie z. B. bei der Planfeststellung im Baurecht liegt nicht vor. Die Rechtsform hängt stark von der Wirkung der Planung ab. Dabei können Pläne informativ bzw. indi-

1104 BT-Drucks. 16/505, S. 91 Sp.1; daher berücksichtigen die Bildungszielplanungen zumeist auch nur kurzfristige Bedarfe des lokalen Arbeitsmarktes, BT-Drucks. 16/505, S. 91 Sp.2.

1105 BT-Drucks. 13/4941, S. 154 zu § 9 Sp. 2.

1106 *Baethge-Kinsky*, WSI-Mitteilungen 2007, S. 312.

1107 Vgl. auch BT-Drucks. 13/4941, S. 154.

1108 *Schneider*, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 2006, S. 85, 86.

1109 BT-Drucks. 16/505, S. 92 Sp.2.

1110 *Zahn*, in: *Schönefelder*, SGB III, § 9 Rn. 40 (Stand: Dezember 2008); *Feckler*, in: *GK-SGB III*, § 9 Rn. 8 (Stand: April 2010); so auch bereits die Gesetzesbegründung, die annimmt, dass die Beteiligung zu einem effizienten Einsatz der Leistungen beitrage, BT-Drucks. 13/4941, S. 154 zu § 9 Sp. 2; bloße Wiedergabe dieser Einschätzung von *Brandts*, in: *Brand*, SGB III⁶, § 9 Rn. 4.

1111 BT-Drucks. 16/505, S. 93 Sp.1.

1112 BT-Drucks. 16/505, S. 93 Sp.1.

kativ, influenzierend oder imperativ sein.¹¹¹³ Ein rein informativer Plan würde vorliegen, wenn die Planung der Agenturen tatsächlich nur informieren würde und die Planung einen Entscheidungsfaktor unter vielen für das Handeln der Leistungserbringer darstellen würde. Die Wirkung geht aber hierüber hinaus. Sie will ein bestimmtes Ziel, nämlich die Begrenzung der Bildungsgutscheine durch eine Vorplanung, erreichen. Die Bundesagentur steuert hierbei durch die Vorgabe, dass eine prognostizierte Verbleibsquote von 70% verlangt wird.¹¹¹⁴ Diese beinhaltet eine interne Verpflichtung der Agenturen. Mit der Bildungszielplanung soll also zuvorderst eine Steuerung der Förderpraxis¹¹¹⁵ erfolgen. Damit liegt zumindest eine indirekte Verhaltenssteuerung vor. Eine normative Planung, mit der das Verhalten der Teilnehmer und Leistungserbringer rechtlich gebunden wird, findet dagegen nicht statt.¹¹¹⁶

Gegenüber den Leistungserbringern wirkt die Bildungsplanung als das wirtschaftliche Verhalten beeinflussende Planung. Eine mittelbare Außenwirkung ist für den Erbringer faktisch vorhanden, da außerhalb der Planung (außer in sehr seltenen Ausnahmefällen) keine Bildungsgutscheine vergeben werden und mit der Planung der inhaltliche, zeitliche und räumliche Umfang der Maßnahmen festgelegt wird. Die Zielkontrolle von Planungen und auch von ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften ist aber sehr begrenzt, da mangels Außenwirkung oder Eingriff oft die Kontrollmöglichkeit nicht eröffnet ist.¹¹¹⁷ Die Leistungserbringer können auch nicht auf die einzelnen Bescheide gegenüber den Leistungsempfängern verwiesen werden, da sie gerade kumulativ durch die Bildungszielplanung betroffen werden und ein Vorgehen gegen die Gesamtbescheide eines Jahres schon aufgrund des finanziellen Risikos unzumutbar wäre. Es wird also eine Rechtsschutzlücke erzeugt, da ein System von lediglich vorbereitenden oder unverbindlichen Maßnahmen gegenüber den Leistungserbringern installiert wird. Damit findet durch die Bildungszielplanung keine Bereitstellung im Sinne einer rechtlichen Marktzugangsschranke statt.

(4) Vergabe

Eine Regulierung des Marktzugangs findet auch dann statt, wenn einzelne Weiterbildungsmaßnahmen oder Maßnahmenpakete auf dem Vergabeweg eingekauft werden.

1113 Siehe zu dieser Einteilung *Hoppe*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 1988, S. 653, 661–662 Rn. 15–17, *Wolff/Bachof, et al.*, Verwaltungsrecht I, 2007, S. 708–709 Rn. 9 f.

1114 BT-Drucks. 16/505, S. 88 Sp. 1; Verbleibsquote bezeichnet die Teilnehmer, die innerhalb von 6 Monaten ihre Arbeitslosigkeit beenden, s. dort Fn. 12.

1115 *Hänlein*, in: Gagel, SGB III, § 3 Rn. 75 (Stand: Dezember 2009).

1116 Keinem Zulassungsschritt entspricht auch die Eintragung der jeweiligen Weiterbildungsmaßnahme im Kurskatalog der Agenturen für Arbeit KURSNET. Vielmehr handelt es sich um eine bloße Organisationserleichterung. Zu denken wäre aber an eine Pflicht der Agenturen zur Eintragung, da die Information der Leistungsempfänger über das Kursangebot erfolgt. Ohne Eintragung sinkt die Wahrscheinlichkeit, dass der Leistungserbringer in Anspruch genommen wird, stark ab.

1117 So schon *Hoppe*, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 663, 681.

(a) Vergabe von Weiterbildungsmaßnahmen gem. § 16 Abs. 3a SGB II

Abweichend von § 81 Abs. 4 SGB III können die Agenturen im System des SGB II Einzelmaßnahmen auch im Wege eines Vergabeverfahrens einkaufen. Hierzu muss die Maßnahme innerhalb des regulären Systems örtlich nicht verfügbar sein (§ 16 Abs. 3a S. 1 Nr. 1 SGB II) und der Einzeleinkauf der Maßnahme für den Leistungsempfänger erforderlich sein (§ 16 Abs. 3a S. 1 Nr. 2 SGB II). Der Absatz wurde im Gesetzgebungsverfahren erst im Vermittlungsverfahren eingefügt¹¹¹⁸ und soll dazu dienen, Maßnahmen zu beschaffen, wenn der Leistungsempfänger die Selbstbeschaffung der Maßnahme nicht bewältigt oder bewältigen kann.¹¹¹⁹

Diese Beschaffungsform bezieht sich aufgrund der Stellung im SGB II als Leistung zur Eingliederung bei Arbeitslosengeld zur Grundsicherung nur auf Maßnahmen für Leistungsempfänger, die die Grundsicherung nach dem SGB II beziehen. Warum eine solche Option nicht für Maßnahmen im Rahmen des SGB III geschaffen wurde, bleibt unklar. Eine örtliche Nichtverfügbarkeit kann auch bei Maßnahmen im Rahmen des § 81 Abs. 4 SGB III auftreten. Zudem unterscheidet sich die Verpflichtung zur Sicherung der örtlichen Verfügbarkeit der Maßnahme nicht. Möglich wäre, dass angenommen wird, dass nur Langzeitarbeitslose oder Arbeitslose, die nie die Anwartschaftszeit erfüllt haben, Schwierigkeiten im Umgang mit dem Bildungsgutschein haben könnten. Diese Annahme ginge aber schon deswegen in die Irre, weil zumindest die Langzeitarbeitslosen zuvor Arbeitslosengeld I beziehen und bereits in diesem Stadium von passgenauer Zuweisung und Beschaffung profitieren könnten. Zwar nennt § 16 Abs. 3a S. 1 Nr. 2 SGB II „Eignung und persönlichen Verhältnisse“ als Beurteilungsgrundlage. Jedoch ist auch im System des SGB III auf die Eignung und die individuellen Verhältnisse des Einzelnen einzugehen. Dies ergibt sich aus § 7 SGB III. Die Norm liefert keine Begründung dafür, warum nur im SGB II die Verhältnisse des Leistungsempfängers in Bezug auf die Beschaffung zu berücksichtigen sind. Erklären könnte sich die Stellung der Klausel lediglich daraus, dass eine Beschaffung durch Vergabe als ultima ratio angesehen wird, wenn vorherige Maßnahmen gescheitert sind und keine anderen Maßnahmen mehr denkbar sind – und der Staat Empfänger von Arbeitslosengeld II „dringender“ fördern will als Empfänger von Arbeitslosengeld I.

Hier findet eine – gesetzlich vorgegebene – Ungleichbehandlung von Maßnahmen für Arbeitslose im System des SGB III und Maßnahmen für Arbeitslose im System des SGB II statt, die nicht durch die besondere Situation der Arbeitslosen im System des SGB II zu erklären und zu rechtfertigen ist.

Unklar ist auch das Verhältnis von Vergabe und Akkreditierung. Während in § 45 Abs. 3 und Abs. 4 SGB III Vergabeverfahren und Gutscheinsystem, das eine Akkredi-

1118 Noch nicht vorhanden im Entwurf, siehe BT-Drucks. 17/6277, S. 69; dann aber an anderer Stelle (nämlich als § 81 Abs. 4a SGB III) empfohlen durch den Ausschuss für Arbeit und Sozialpolitik und den Wirtschaftsausschuss (siehe BR-Drucks. 313/11, S. 23), und beschlossen aufgrund der Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, siehe BR-Drucks. 762/11, S. 6.

1119 BR-Drucks. 313/11, S. 23 spricht von „Schwierigkeiten und Hemmnissen“ bei der Selbstbeschaffung.

tierung voraussetzt, gleichwertig nebeneinander stehen, lässt sich aus dem Wortlaut des § 16 Abs. 3a SGB II ein Regel-Ausnahme-Verhältnis des Systems der Vergabe von Bildungsgutscheinen im SGB III und der direkten Vergabe nach § 16 Abs. 3a SGB II lesen. Die Bundesagentur für Arbeit vertritt dagegen, dass eine Akkreditierung der Träger zwingend auch für Leistungserbringer erforderlich ist, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen.¹¹²⁰ § 16 Abs. 3a S. 2 SGB II stellt aber ausdrücklich klar, dass dies für Weiterbildungsmaßnahmen, die im Rahmen des § 16 Abs. 3a S. 2 SGB II vergeben werden, nicht zutrifft. Ein Verweis der jeweiligen ausschreibenden Stelle auf die Notwendigkeit einer Akkreditierung aufgrund der Rechtslage wäre daher rechtsfehlerhaft.¹¹²¹

(b) Vergabe von Weiterbildungsmaßnahmen gem. § 45 Abs. 3 SGB III

Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung gem. § 45 Abs. 3 SGB III können ebenfalls im Wege der Vergabe bereitgestellt werden. Dabei zeigt die Formulierung „kann [...] beauftragen“, dass die Agentur für Arbeit ein Ermessen hat, ob sie ein Vergabeverfahren durchführt oder nicht. Dies gilt aber nur insoweit, als ein Vergabeverfahren nicht anderweitig, insbesondere durch vergaberechtliche Anforderungen selbst, vorgeschrieben ist.¹¹²²

(c) Durchführung der Vergabe

Die Beschaffung im Wege der Vergabe dient dazu, die Weiterbildungsmaßnahme zu einem möglichst günstigen Preis, aber mit vorgegebener Qualität zur Verfügung stellen zu können.¹¹²³ Die Frage der Anwendung oder Nichtanwendung stellt sich im Gegensatz zu anderen Bereichen des Sozialrechts¹¹²⁴ aber nicht, da die Normen die Anwendung des Vergaberechts explizit anordnen. Eine Vergabe ist jedoch tatsächlich nur dann durchzuführen, wenn auch die Schwellenwerte nach § 9106 GWB erreicht sind, ab denen eine Vergabe auch nach Vergaberecht zwingend geboten ist. Dies ergibt sich aus der Formulierung „unter Anwendung des Vergaberechts“, die vollständig auf die Regeln des Vergaberechts verweist.¹¹²⁵

¹¹²⁰ Siehe die Hinweise der BA zu Akkreditierung und Zulassung ab dem 01.04.2012: <http://www.arbeitsagentur.de/web/content/DE/Institutionen/Traeger/AkkreditierungundZulassung/Detail/index.htm?dfContentId=L6019022DSTBAI524613> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016).

¹¹²¹ Lediglich ein Verweis auf die Akkreditierung zum Zweck der Qualitätssicherung könnte zulässig sein – dies müsste aber ausdrücklich klargestellt und ein Qualitätsnachweis auch auf anderem Weg möglich gemacht werden. Siehe hierzu auch unten S. 293.

¹¹²² Siehe *Bieback*, in: *Gagel*, SGB III, § 45 Rn. 265 ff. (Stand: März 2013).

¹¹²³ Allgemein zur eigenen Beschaffung so *Becker/Meeßen et al.*, VSSR 2011, S. 323, 356.

¹¹²⁴ In anderen Bereichen ist das Ob und Wie der Anwendung des Vergaberechts sehr umstritten, siehe nur *Sormani-Bastian*, Vergaberecht und Sozialrecht, 2007, *Heinemann*, Die Erbringung sozialer Dienstleistungen durch Dritte nach deutschem und europäischem Vergaberecht, 2009, *Engler*, Die Leistungserbringung in den Sozialgesetzbüchern II, III, VIII und XII im Spannungsverhältnis zum europäischen und nationalen Vergaberecht, 2010, *Lange*, Sozialrecht und Vergaberecht, 2011.

¹¹²⁵ Siehe auch *Bieback*, in: *Gagel*, SGB III, § 45 Rn. 266 ff. (Stand: März 2013). Etwas schief daher die Überlegungen zu einem Anwendungsbefehl für die Vergabe von *Stölting*, in: *Eicher* (Hrsg.), SGB II, § 16 Rn. 143, der letztendlich aber zum gleichen Ergebnis kommt.

terbildungsgesetze stellen regional begrenzte Marktsegmente dar. Dabei wird der Zugang über die Anforderungen an die Anbieter reguliert. Diese Zugangsbestimmungen (Förderbestimmungen) können sich auf bereits bestehende Systeme, in denen eine anderweitige Qualitätskontrolle bereits stattgefunden hat, beziehen, oder selbst Auswahlbestimmungen aufstellen. So verweisen manche der Landes-Weiterbildungsgesetze auf eine bereits auf einer Qualifikationsebene erteilte „Anerkennung“,¹¹³² während andere die Voraussetzungen für die Leistungsgewährung – wie auch die meisten bundesrechtlichen Förderrichtlinien – direkt prüfen (lassen). Der tatsächliche Marktzugang fällt aber mit der Entscheidung über die Finanzierung im Rahmen der Objektförderung zusammen.

cc) Fazit: Instrumente der Bereitstellungsebene

Die Instrumente der Bereitstellungsebene unterscheiden sich je nach systematischer Zuordnung und Adressatenkreis (Subjekt-oder Objektförderung) der zu Grunde liegenden Förderungsleistungen.

Im Arbeitsförderungssystem sollen die Bildungsgutscheine zu einem größeren Wettbewerb zwischen den Leistungsanbietern führen.¹¹³³ Damit kommt im System der Arbeitsförderung ein marktorientiertes Modell zur Anwendung.¹¹³⁴ Über die Problematik des Einsatzes von Bildungsgutscheinen hinaus¹¹³⁵ findet bei Einsatz der Bildungsgutscheine im SGB III zumindest kein vollständiger marktbezogener Wettbewerb statt, da die Preiskomponente den Leistungsempfängern vorenthalten wird – sie wissen nicht, welche Maßnahme höhere Kosten verursacht. Ob der reine Qualitätswettbewerb dann überhaupt noch nach Marktgesichtspunkten funktioniert, ist zweifelhaft. Hinzu kommt, dass mit der Bildungsplanung versucht wird, fehlende Marktelemente zu kompensieren, da die Bildungsanbieter keine Marktforschung betreiben können, um ihr Angebot entsprechend anzupassen. Vielmehr dient die Bildungsplanung nur dazu, das Kostenrisiko auf die Leistungsanbieter zu verlagern. Damit wird also keine marktfähige Nachfragesteuerung, sondern unter Einbeziehung der Bildungsplanung vielmehr wiederum eine – nun „virtuelle“ Angebotssteuerung etabliert.¹¹³⁶

Die Umsetzung der übrigen Förderungsleistungen auf der Bereitstellungsebene unterscheidet sich von diesem System insofern, als derjenige, an den die Regelungen für

1132 Siehe hierzu oben S. 160 f. und S. 203.

1133 S. o. S. 39 f. und BT-Drucks. 15/25, S. 29 Sp. 2 zu § 77. Daran ändern auch die kooperativen Elemente, beispielsweise im Rahmen der Bildungszielplanung (siehe oben S. 234 ff), die ohnehin zu meist nur eine scheinbare Kooperation vorsehen, nichts.

1134 Die Unterscheidung zwischen kooperativem und marktorientiertem Modell trifft *Hänlein*, in: *Hänlein*, in: Beschaffung von Sozialleistungen durch Vergabe, SDSRV (60), 2011, S. 111, 116

1135 Siehe auch hierzu oben S. 39 f. und *Döring*, in: Pies/Leschke (Hrsg.), Milton Friedmans ökonomischer Liberalismus, 2004, S. 86, 93–94.

1136 Siehe zu dieser Beurteilung der Steuerungsmodi *Baethge-Kinsky*, FbW, was nun? - wie einem erfolgreichen Reformansatz der Boden entzogen zu werden droht, Stellungnahme zum Evaluations-Endbericht für das Modul 1b "Förderung beruflicher Weiterbildung und Transferleistungen" (DIW, IZA, INFAS), S. 10.

den Markzugang gerichtet sind – nämlich im Fall der Subjektförderung der Leistungsempfänger und im Fall der Objektförderung der Leistungserbringer, in den restlichen Fällen identisch sind. Eine von der Finanzierungsentscheidung unabhängige abschließende rechtliche Regulierung des Zugangs zum Markt findet im deutschen System nur in Bezug auf die Weiterbildungsmaßnahmen, die von der Bundesagentur für Arbeit zur Arbeitsförderung bewilligt werden, statt. In allen anderen Fällen wird der Zugang zwar auch beschränkt. Die Beschränkung bezieht sich aber in allen diesen Fällen nur auf das einzelne jeweilige Förderprogramm bzw. die jeweilige Förderungsleistung und ihre Voraussetzungen.

c) Abruf der Leistung

aa) Abruf durch den Leistungsempfänger

Im deutschen System der Arbeitsförderung findet der Abruf der Weiterbildungsmaßnahme durch den Leistungsempfänger selbst statt. Unabhängig von der tatsächlichen Wahl können aber verschiedene Rechtsbeziehungen zwischen dem Leistungsempfänger und dem Weiterbildungsanbieter bestehen.

(1) Systeme mit Bildungsgutschein

Bei der Ausgabe eines Bildungsgutscheins an den Leistungsempfänger kommen zwei Rechtsbeziehungen zu Stande: Zwischen Leistungsempfänger und Leistungserbringer und zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger.

(a) Rechtsbeziehung zwischen dem Leistungsempfänger und Leistungserbringer

Zwischen dem Leistungsempfänger und dem Leistungserbringer kommt ein privatrechtlicher Dienstleistungsvertrag zu Stande. Dabei müssen die Verträge sowohl den zivilrechtlichen Vorschriften für Verträge mit Verbrauchern, so z. B. den besonderen Vorschriften für Fernunterricht nach dem Fern-USG, wenn es sich um Maßnahmen im Fernunterricht handelt, sowie den Vorgaben des SGB III und der Bundesagentur für Arbeit für die Vertragsbedingungen entsprechen. Der Vertrag wird also durch Verbraucherschutzvorschriften, sowie durch öffentlich-rechtliche Vorschriften, die wie Verbraucherschutzregelungen funktionieren, reguliert.

(b) Rechtsbeziehung zwischen dem Leistungserbringer und dem Leistungsträger

Die oben genannten Förderungsmöglichkeiten in Bezug auf die Maßnahmekosten haben jeweils zur Folge, dass dem Leistungsempfänger ein Aktivierungs- bzw. Bildungsgutschein gewährt wird. Gem. § 323 Abs. 1 SGB III ist für alle Leistungen der Arbeitsförderung ein Antrag erforderlich. Zuständig für die Entgegennahme und Bearbeitung des Antrags ist gem. § 327 SGB III die Arbeitsagentur, also die lokale Verwaltungseinheit, die dem Wohnsitz des Leistungsberechtigten zugeordnet ist. Das Antragserfordernis stellt zumindest ein tatsächliches Hindernis auf dem Weg des Leistungsempfängers zur Teilnahme an einer Weiterbildungsmaßnahme dar, da er sowohl die Initiative ergreifen als auch mit der bürokratischen Hürde umgehen muss. Hierfür muss der potentielle

Teilnehmer funktionelle und tatsächliche (Grund-)Bildung aufwenden, die nicht selbstverständlich vorausgesetzt werden kann.

Die daraufhin auszugebenden Bildungsgutscheine der §§ 81, 82 SGB III beziehen sich auf ein bereitstehendes System von zugelassenen Weiterbildungsanbietern. Dabei ist der ausgestellte Bildungsgutschein sowohl ein Verwaltungsakt i. S. d. § 31 SGB X, hinsichtlich der Bescheinigung der Leistungsberechtigung als auch eine Zusicherung gem. § 34 SGB X hinsichtlich der Kostenübernahme¹¹³⁷. Grundsätzlich ist der Teilnehmer Vertragspartner und Schuldner¹¹³⁸. Dies könnte sich ändern, wenn die Zahlung gem. § 83 Abs. 2 SGB III direkt an den Weiterbildungsanbieter erfolgt. Ausdrücklich wird aber in der Gesetzesbegründung betont, dass es sich nur um eine Zahlungsmodalität handele.¹¹³⁹ Zudem weist die Zahlungsabwicklung nicht darauf hin, dass ein Vertrag zwischen Agentur und Weiterbildungsanbieter – insbesondere bei länger dauernden Maßnahmen – besteht. Dies zeigt auch die Ausnahme des § 16 Abs. 3a SGB II, der abweichend von § 81 Abs. 4 SGB III eine Vergabe von Weiterbildungsmaßnahmen und damit explizit einen Vertrag zwischen Leistungsträger und Weiterbildungsanbieter vorsieht. Die Beurteilung des § 83 Abs. 2 SGB III hängt aber auch damit zusammen, ob man annimmt, dass Kostenerstattung vorliegt oder eine Sachleistung, bei der lediglich die Zahlungsmodalität anders ist. Dabei ist die Trennung danach vorzunehmen, ob die Dienst- oder Sachleistung im Gutschein bereits konkret festgelegt ist, oder ob, wie bei einer Geldleistung, der Leistungsempfänger Verfügungsgewalt über die ausgeschütteten Mittel besitzt.¹¹⁴⁰

Privatrechtlich kommt zwischen dem Leistungserbringer und dem Leistungsträger zunächst kein Schuldverhältnis zu Stande. Sehr fraglich ist, ob bei Anwendung des Verfahrens nach § 83 Abs. 2 SGB III, in dem die Agenturen die Leistungskosten direkt an die Weiterbildungserbringer auszahlen, eine Rechtsbeziehung über das Erfüllungsverhältnis hinaus entsteht.

Im Fall der Vermittlungsgutscheine kam ein Rechtsverhältnis zu Stande, das einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Zahlung der Kosten der Weiterbildungsmaßnahme beinhaltete.¹¹⁴¹ Der Anspruch beruhte auf einem Dienstvertrag, der durch öffentlich-rechtliche Normen überlagert wird.¹¹⁴² Ebenfalls vertreten wurde die Einstufung als

1137 *Fröhlich*, Vertragsstrukturen in der Arbeitsverwaltung, 2007, S. 89 f.; *B. Schmidt*, in: Eicher/Schlegel, § 81 SGB III Rn. 94 (Stand: September 2014).

1138 Das von *Fröhlich* verwendete Argument (*Fröhlich*, Vertragsstrukturen in der Arbeitsverwaltung, 2007, S. 90), dass keine Regelung bestehe, die dem § 264 Abs. 4 S. 2 SGB III a.F. entspricht, ist mit Entfallen der Regelung obsolet. Außerdem ist das Argument auch nach alter Fassung nicht schlüssig.

1139 Siehe BT-Drucks. 15/25, S. 29 – dort wird nur von „Abrechnen“ gesprochen. Dass es sich um eine Leistung an den Arbeitnehmer handele, stellt dagegen kein Argument für die Einstufung als Zahlungsmodalität dar (so aber *B. Schmidt*, in: Eicher/Schlegel, § 81 SGB III Rn. 39 (Stand: Mai 2015)).

1140 S. o. S. 37 f. und *Becker/Meeßen et al.*, VSSR 2012, S. 1, 8.

1141 In Bezug auf den Anspruch eines privaten Arbeitsvermittlers, ebenfalls im Rahmen eines Gutscheinsystems, BSGE 85, 190.

1142 Für das System der privaten Arbeitsvermittlung BSGE 85, 190, juris Rz. 13.

eigenständiger Vertragstypus.¹¹⁴³ Mit Änderung der Norm und Integrierung in den § 45 SGB III n. F. kommt aber aufgrund der Vereinheitlichung der Regelungen zur Leistungserbringung im SGB III kein Rechtsverhältnis zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger mehr zu Stande. § 83 Abs. 2 SGB III stellt lediglich eine Regelung zur Erleichterung der Abwicklung dar.

(2) Subventionsmarkt

Ebenfalls ein Gutscheinsystem bzw. eine Nachfragesteuerung über den Leistungsempfänger wird im Fall der Subventionierung in Form der Subjektförderung etabliert. Besonders deutlich ist dies im Fall der sog. Bildungsprämie oder der landesrechtlichen Bildungsgutscheine, die tatsächlich als Gutscheine ausgegeben werden und der Weiterbildungsanbieter nach Entgegennahme des Gutscheins eine Kostenerstattung beim finanziellen Träger beantragen kann.¹¹⁴⁴ Aber auch bei rein finanzieller Subjektförderung wählt der Leistungsempfänger die Weiterbildungsmaßnahme und damit die angestrebte, geförderte Leistung.

Im Rahmen von objektfördernden Leistungen findet der tatsächliche Abruf dagegen zwar ebenfalls durch den Leistungsempfänger/Teilnehmer statt, aufgrund der Entscheidung über die Leistungsgewährung an den Weiterbildungsanbieter findet jedoch eine Angebotssteuerung durch den jeweiligen Leistungsträger statt.

bb) Abruf durch den Leistungsträger

(1) Vergabe

Im Fall der Vergabe durch die Bundesagentur für Arbeit gem. § 16 SGB II findet aufgrund der Struktur der Vergabe ein Abruf durch die Bundesagentur in Form der Regionalen Einkaufszentren statt. Mit dem Zuschlag nach Durchführung der Submission entscheidet das jeweils zuständige Einkaufszentrum über die Zuweisung des einzelnen Leistungserbringers zu einem Leistungsempfänger. Ebenfalls denkbar wäre der Fall einer „Anweisung“ der Weiterbildungsmaßnahme durch die jeweilige Agentur. Eine solche findet jedoch im System der deutschen Arbeitsförderung nicht statt.

(2) „Abruf“ im Einvernehmen, § 81 Abs. 4 S. 4 SGB III

Im System der Arbeitsförderung ist zuletzt auch ein „Abruf“ der Weiterbildungsmaßnahme im Einvernehmen möglich. Gem. § 81 Abs. 4 S. 4 SGB III kann auf die Erteilung des Bildungsgutscheins nach § 81 Abs. 4 S. 1 SGB III verzichtet werden, wenn der Leistungsempfänger in einem Arbeitsverhältnis steht und sowohl der Leistungsempfänger als auch sein Arbeitgeber mit dem Verzicht einverstanden sind. Diese Regelung soll der Verwaltungsvereinfachung dienen.¹¹⁴⁵ Sie trifft aber schon aufgrund des Wortlauts nur auf einen sehr seltenen Fall der Leistungsgewährung zu, da es sich erstens um Leis-

1143 Klägerin in BSGE 85, 190, siehe juris Rz. 14.

1144 Siehe zum Verfahren oben S. 144.

1145 Siehe BT-Drucks. 17/6277, S. 101.

tungsempfänger handeln muss, die in einem Arbeitsverhältnis stehen und zweitens sowohl im Arbeitsverhältnis als auch im Verhältnis des Leistungsempfängers zur Agentur für Arbeit Einvernehmen über den Verzicht auf die Erteilung des Bildungsgutscheins hergestellt werden muss. Ist dieses Einvernehmen hergestellt, so lässt sich nicht mehr nachvollziehen, wer nun die Leistung abrufen. Da nach § 81 Abs. 4 S. 4 SGB III aber die Agentur für Arbeit darüber entscheidet, auf das Gutscheinverfahren zu verzichten, entscheidet sie ohne dieses Verfahren über die Leistungsgewährung. Ein Abrufen findet daher durch die Agentur für Arbeit als Leistungsträger statt.

IV. Die Einbindung Dritter in die Erbringung von Weiterbildungsmaßnahmen im schwedischen Recht

1. Organisation der Einbindung

Die Einbindung Dritter findet im Bereich der Arbeitsmarktpolitik in Schweden durch das Arbeitsvermittlungsamt statt. Zu Beginn der Arbeitsförderungs politik in Schweden waren die Kommunen für Organisation und Arbeitsvermittlung zuständig.¹¹⁴⁶ Die in den dreißiger Jahren des vorigen Jahrhunderts erstmals im Rahmen der Arbeitsmarktpolitik geförderten Bildungsmaßnahmen, die auf Jugendliche und Berufsanfänger ausgerichtet waren, wurden dabei bereits von Dritten erbracht und von den damals zuständigen kommunalen Arbeitsämtern eingekauft.¹¹⁴⁷

Die Förderung externer Bildungsstrukturen, wie das System der Volkshochschulen, wird in Schweden teilweise über die Bildungspolitik organisiert. Dies zeigt sich zum Beispiel daran, dass die entsprechenden Staatsbeiträge für das Volkshochschulwesen unter der Aufsicht des Bildungsministeriums verwaltet werden.¹¹⁴⁸

2. Weiterbildungsanbieter als leistungserbringende Dritte im schwedischen System

Um eine Vergleichbarkeit sicherzustellen, werden auch in Schweden nur diejenigen tatsächlichen Leistungserbringer als Dritte bezeichnet, die nicht organisatorisch mit dem Leistungsträger identisch sind und nicht als Teil des regulären Bildungssystems handeln.¹¹⁴⁹ Akteure bei der Erbringung von Weiterbildungsmaßnahmen können daher auch in Schweden sowohl öffentliche-rechtliche Einheiten als auch private Organisatio-

1146 Thoursie/Delander, Den offentliga arbetsförmedlingens utvecklingen i 1990-talet, in: Perspektiv på arbetsförmedlingen, SOU 1990:31, S. 109 ff.

1147 A.a.O., S. 127 f.

1148 Siehe Verordnung über einen Staatsbeitrag für die Volksbildung (2015:128), die vom Bildungsministerium erlassen wird.

1149 Siehe hierzu oben S. 62.

nen sein. Auffällig ist dabei, dass einbezogene Dritte in Schweden im Rahmen des Systems der Arbeitsmarktpolitik teilweise „komplettierende Akteure“¹¹⁵⁰ genannt werden, was bereits auf ein besonderes Verhältnis zu der Arbeitsmarktverwaltung hindeutet.

Als „dritte“ Weiterbildungsanbieter treten in Schweden zunächst die *Hochschulen* auf. Sie bieten die Weiterbildungsmaßnahmen meist nicht im Rahmen ihres regulären Studienangebots an, sondern über ausgelagerte Unternehmen, die Bildungskurse anbieten. Sie werden damit im Rahmen der sog. „Auftragsausbildung“ (uppdragsutbildning) tätig. Auftragsausbildung stellt nach der Legaldefinition „Bildungstätigkeit, die gegen Vergütung durch einen Auftraggeber, der keine natürliche Person ist und die Teilnehmer auswählt, durchgeführt wird“¹¹⁵¹, dar.

Ebenfalls Anbieter von Maßnahmen können die *Kommunen* als Träger von Komvux, also der Erwachsenenbildung im Bildungssystem, sein,¹¹⁵² sowie in denjenigen Fällen, in denen die Kommunen eigene Maßnahmen zur Arbeitsförderung anbieten. Eine Leistungserbringung von Maßnahmen der kommunalen Erwachsenenbildung durch Dritte ist gem. Kap. 23 § 2 und Kap. 23 § 6 Abs.2 Schulgesetz (2010:800) grundsätzlich zulässig.¹¹⁵³

Außerhalb des öffentlichen Bildungssystems werden Weiterbildungsmaßnahmen zudem von Einheiten innerhalb des Volksbildungswesens angeboten, d. h. von *Volks-hochschulen* und von Anbietern im Rahmen von Studienverbänden.¹¹⁵⁴ Die *Studienverbände* sind in ein gesondertes Finanzierungssystem über den Volksbildungsrat eingebunden, werden jedoch auch als allgemeine Anbieter integriert.¹¹⁵⁵

Auch private Akteure erbringen einen großen Teil der Weiterbildungsmaßnahmen. Dabei handelt es sich nur teilweise um *ideelle Stiftungen* und *gemeinnützige Vereinigungen*. Die bekanntesten und größten privaten Anbieter sind gewinnorientierte Unternehmen. Auch einige der privaten Bildungsunternehmen, die sich auf Primär- und Se-

1150 Der verwendete Begriff ist: „Kompletterande aktörer“ (KA). Oft werden als KA nur die privaten Akteure bezeichnet, die die Aufgabe der Vermittlung in den Arbeitsmarkt vom Arbeitsvermittlungsbüro übernehmen, siehe z. B. *Harkman/Mikkonen, et al.*, En utvärdering av kompletterande aktörer inom jobb- och utvecklingsgarantin, 2010. oder *Lundin*, Marknaden för arbetsmarknadspolitik: om privata komplement till Arbetsförmedlingen, 2011, S. 12 ff. Jedoch ist auch diejenige Definition, die alle privaten Akteure im Rahmen der Arbeitsmarktpolitik umfasst, gebräuchlich, siehe im Umkehrschluss *Liljeberg/Martinson, et al.*, Jobb- och utvecklingsgarantin, Vilka deltar, vad gör de och vart leder det?, 2013, S. 45 Fn. 58.

1151 Siehe § 2 des Gesetzes über das Berufshochschulwesen (2009:128).

1152 Siehe zu Komvux oben S. 167. Diese Aufgabe wurde den Kommunen erst 1968 übertragen, siehe *Jobring/Svensson*, Vuxnas lärande i Sverige - Utvecklingstendenser och visioner, En översikt och problematisering av vuxen- och vidareutbildningens situation i Sverige, 01.07.2009, S. 5.

1153 So bereits das alte Schulgesetz (1985:1100): Kap 11 § 6 skollag (1985:1100); hierzu auch 2005, S. 11f. .

1154 Dabei werden die Volkshochschulen erst seit Anfang der 1990iger Jahre als Anbieter beruflicher Weiterbildung wahrgenommen, siehe *Nørholm Lundin*, in: *Lundh Nilsson/Nilsson, et al.* (Hrsg.), *Två sidor av samma mynt?*, 2010, S. 211, 215 f., 219. Zur tatsächlichen Entwicklung seit Mitte des 19. Jahrhunderts siehe *Lundh Nilsson*, in: *Lundh Nilsson/Nilsson, et al.* (Hrsg.), *Två sidor av samma mynt?*, 2010, S. 81.

1155 Zu den Studienverbänden siehe oben S. 169.

kundärbildung spezialisiert haben, bieten Weiterbildungsmaßnahmen für Erwachsene an.¹¹⁵⁶ Große Marktanteile auf dem Weiterbildungsmarkt halten die Firmen Academe-
dia mit ihren Marken Didactus und Liber Hermods¹¹⁵⁷ und Lernia AB¹¹⁵⁸. Dabei
nimmt Lernia AB eine Sonderstellung ein, da es sich zwar um ein privates Unterneh-
men handelt, seine Anteile aber überwiegend vom schwedischen Staat gehalten werden.
Dies erklärt sich daraus, dass sich Lernia AB aus einer Art von staatlichem Bildungs-
werk entwickelt hat.¹¹⁵⁹ Seit einiger Zeit sinkt jedoch der Marktanteil von Lernia AB
zugunsten von anderen privaten Anbietern.¹¹⁶⁰

3. Weiterbildungsmärkte in Schweden

In Schweden gibt es zwei Marktbereiche für Weiterbildungsmaßnahmen, zu denen Zu-
gangsschranken bestehen: Einerseits den Markt der Weiterbildungsmaßnahmen im Ar-
beitsförderungssystem, und andererseits den Markt der subventionierten Weiterbil-
dungsmaßnahmen. Der Markt der Weiterbildungsmaßnahmen im System der Arbeits-
marktpolitik kommt dabei durch die Schranke einer förmlichen Vergabe bzw. förmli-
chen Akkreditierung zu Stande, während der Markt der subventionierten Weiterbil-
dungsmaßnahmen wie in Deutschland durch die unterschiedlichen Bewilligungsbedin-
gungen entsteht.¹¹⁶¹ Dabei handelt es sich in Schweden bei dem Markt für berufsbezo-
gene Weiterbildungsmaßnahmen um einen liberalisierten und wettbewerbsorientierten
Marktbereich.¹¹⁶²

Zudem gibt es – als Besonderheit der schwedischen Bildungsregulierung – einen
Markt für sogenannte Auftragsmaßnahmen, die von Auftraggebern erbracht werden, die
bereits Teil des allgemeinen Bildungssystems sind. Die (privaten und öffentlichen)
Leistungserbringer im Bildungssystem können auf diese Weise weitere Gelder erwirt-
schaften. Sie nehmen mit ihren Auftragsmaßnahmen am allgemeinen – nicht zusätzlich
öffentlich finanzierten – Weiterbildungsmarkt teil und werden aufgrund ihrer Stellung
im Bildungssystem gesondert reguliert.

1156 Zur Entwicklung der Privatisierung im schwedischen Schulwesen siehe *Wehlander/Madell*, in:
Neergaard/Szysczczak, et al. (Hrsg.), *Social services of general interest in the EU*, 2013, S. 461,
473 ff. Keine Kurse für Erwachsene bietet das Unternehmen „Baggium“ an, das sich auf sonderpä-
dagogische Bedarfe spezialisiert hat, siehe <http://www.baggiumvob.se/> (21.06.2015).

1157 Siehe <http://www.academedias.se/utbildningar/vuxenutbildning/> (21.06.2015).

1158 Siehe <http://www.lernia.se/> (21.06.2015).

1159 Siehe *Wärwik*, Nordyrk 2011, S. 1, 4 ff.

1160 *Lundin*, Marknaden för arbetsmarknadspolitik: om privata komplement till Arbetsförmedlingen,
2011, S. 11 f.

1161 Ein Marktbereich für die Maßnahmen im Fernunterricht existiert in Schweden nicht, da keine ge-
sonderte Regulierung von Fernunterricht vorgesehen ist.

1162 Siehe CEEP, *Public services in the European Union & in the 27 member states*, Statistics, organisa-
tion and regulations, May 2010, S. 394, Tabelle 1 (SGI markets), die die verschiedenen Dienste von
allgemeinem Interesse bestimmten Marktcharakteristika zuordnet.

4. Ebenen der Einbindung

a) Qualifikations-/Voraussetzungsebene

Die Qualifikationsebene enthält (auch in Schweden) diejenigen rechtlichen Instrumente, die inhaltliche Voraussetzungen für die tatsächliche Berechtigung zur Erbringung der Weiterbildungsmaßnahmen normieren, ohne bereits den Zugang zur Erbringung von Maßnahmen, die öffentlich gefördert werden, zu eröffnen und ohne Leistungsnorm zu sein.¹¹⁶³

aa) Qualifikationsinstrumente im „allgemeinen“ Weiterbildungsmarkt

(1) Qualifikation aller Leistungserbringer

Zunächst werden im Folgenden die Qualifikationsinstrumente dargestellt, die außerhalb des Systems des Arbeitsvermittlungsamts für alle berufsbezogenen Weiterbildungsmaßnahmen vorgelagert Voraussetzungen prüfen.

Hierzu gehören Zertifizierungen, die vollständig außerhalb des öffentlich-rechtlichen Erbringungssystems durchgeführt werden und für die Auswahl des Leistungserbringers eine Rolle spielen können. So kommen in Schweden im Qualitätsmanagement von Unternehmen ebenfalls die EN-DIN-Normen und das EFQM-Modell zum Einsatz.¹¹⁶⁴ Sehr verbreitet ist im Schul- und Bildungsbereich das sog. Total Quality Management und alle von diesem abgeleitete Verfahren zum Qualitätsmanagement.¹¹⁶⁵

Übergreifende Regelungen, die den gesamten (Weiter-)Bildungsmarkt betreffen, können außerdem als Präqualifizierungsebene außerhalb der jeweiligen Zugangs- bzw. Akkreditierungssystems auftreten, so z. B. alle Regelungen, die die Lehrerausbildung und Anforderungen an Lehrer betreffen.

(2) Qualifikation der Leistungserbringer im öffentlichen Bildungssystem

Eine gesonderte Qualifikationsebene im allgemeinen Weiterbildungsmarkt existiert in Schweden für eine bestimmte Gruppe von Leistungserbringern – nämlich die öffentlich-rechtlich geregelten Bildungsanbieter. Umfassend und für viele Gebiete gesondert ist geregelt, wann und auf welche Weise die einzelnen öffentlich-rechtlichen Lehranstalten und Lehreinrichtungen **Auftragsausbildung** – also Weiterbildungskurse, die nicht zum allgemeinen Lehrangebot gehören – durchführen dürfen.

Allgemeine Regeln gelten zunächst für alle Hochschulen und Universitäten. Diese sollen sich an der Weiterbildung beteiligen und auf diese Weise einen substantiellen

¹¹⁶³ Becker/Meeßen et al., VSSR 2011, S. 323, 347.

¹¹⁶⁴ Siehe z. B. die Ankündigung von Hinweisen durch SAUF, die Branchenorganisation der Bildungsunternehmen in Schweden, http://www.sauf.se/sauf/seminarier_19.html (21.06.2015), allgemein zu EFQM als Instrument der Qualitätssicherung Statistiska centralbyrån/Utvecklingsavdelningen, Verksamhetsutveckling med helhetssyn: EFQM-Modellen som strategiskt verktyg, 15.06.2010.

¹¹⁶⁵ Siehe bspw. *Andrée*, Kvalitetsarbete i skolan (1999). zur Anwendung des Konzepts in Schulen.

gesellschaftlichen Beitrag zum lebenslangen Lernen leisten.¹¹⁶⁶ Die Maßnahmen der Auftragsausbildung sollen dazu dienen, die Rolle der Hochschulen im Bereich des lebenslangen Lernens zu stärken.¹¹⁶⁷ Ist Leistungserbringer der Auftragsmaßnahmen eine Hochschule, so richtet sich die Zulässigkeit von Weiterbildungsmaßnahmen im Rahmen der sog. „Auftragsausbildung“ nach der Verordnung über die Auftragsausbildung an Universitäten und Hochschulen (2002:760).¹¹⁶⁸ Viele Universitäten und Hochschulen haben zur Vermittlung von Maßnahmen der Auftragsausbildung gesonderte Bildungsunternehmen gegründet.¹¹⁶⁹

Über den großen Bereich der Auftragsausbildung durch Hochschulen hinaus existieren auch Einzelverordnungen für bestimmte – im Umfang wohl kleinere – Fälle, in denen eine Übernahme von Weiterbildungsmaßnahmen stattfinden darf. Als prominente Beispiele das Gesetz über Auftragsausbildung in bestimmten Fällen¹¹⁷⁰, die Verordnung über Auftragsausbildung zur Fortbildung von Lehrern und Vorschullehrern sowie von gewissen anderen¹¹⁷¹, und in Bezug auf die Berufshochschule die Verordnung über Ausbildung innerhalb der Berufshochschule als Auftragsausbildung¹¹⁷² zu nennen. Das dort verwendete Regelungssystem wurde zuvor im Gesetz über eine qualifizierte Berufsausbildung¹¹⁷³ entwickelt. Die Einführung der Möglichkeit der Durchführung von qualifizierten Berufsausbildungsmaßnahmen als Auftragsausbildung hatte zwei Ziele: Erstens sollte dem System der qualifizierten Berufsausbildung die Möglichkeit gegeben werden, sich über weitere Mittel als den öffentlich zugewiesenen Mitteln zu finanzieren und zweitens sollte auf diese Weise der Kreis der erreichten Leistungsempfänger vergrößert werden.¹¹⁷⁴ Diese Ziele gelten auch weiter für die Durchführung von Auftragsmaßnahmen durch die Berufshochschule, die fachlich das Gebiet der qualifizierenden Berufsausbildung übernommen hat.

Die Möglichkeit der Auftragsausbildung eröffnet den öffentlich-rechtlich gebundenen Leistungserbringern einen Weg, zusätzliche finanzielle Mittel zu erwirtschaften. Mit dieser Regelung nimmt der schwedische Staat also eine stark regulierte Angebotssteuerung vor.¹¹⁷⁵

1166 Siehe prop. 2001/02:15, S. 1, 75 ff.

1167 Siehe prop. 2001/02:15, S. 80 ff.

1168 Förordning om uppdragsutbildning vid universitet och högskolor, SFS 2002:760.

1169 Zu Verbreitung und Richtlinien des Hochschulwerks für solche Unternehmen siehe Högskoleverket, Vilka universitet och högskolor har utbildningsbolag för uppdragsutbildning?, En kartläggning, 2005.

1170 Lag om uppdragsutbildning i vissa fall, SFS 1991:1109.

1171 Förordning om uppdragsutbildning för fortbildning av lärare och förskollärare samt viss annan personal, SFS 2007:223.

1172 Förordning om utbildning inom yrkeshögskolan som uppdragsutbildning, SFS 2009:131.

1173 Lag om kvalificerad yrkesutbildning, SFS 2001:239. Die zu diesem, im Jahr 2009 aufgehobenen, Gesetz gehörigen Verordnungen wurden zwar fast alle ebenfalls aufgehoben, noch ist das Gesetz aber aufgrund von Übergangsbestimmungen teilweise anwendbar.

1174 Utbildningsutskottets betänkande, 2005/06: UbU20, S. 5.

1175 Siehe in Bezug auf die Hochschulen prop. 2001/02:15, S. 81: Die Hochschulen sollen eine treibende Rolle bei der Entwicklung und Bereitstellung von Weiterbildungsangeboten wahrnehmen.

(3) Qualifikation durch „Zulassung“ in die allgemeinen Bildungssysteme

Die Qualifikation der Weiterbildungsanbieter bei Leistungen der Studienhilfe und anderer, spezieller Leistungen der Subjektförderung erfolgt meist im Rahmen einer Zulassung zu den Systemen, die auch zu einer Finanzierung durch staatliche Mittel berechtigen.

Dabei ist hinsichtlich der Qualifikation der *Hochschulen* zwischen staatlichen Hochschulen, bei denen gem. § 1 des Hochschulgesetzes (1992:1434)¹¹⁷⁶ der Staat Träger ist, und privaten Hochschulen zu unterscheiden. Über die Errichtung und damit auch die Zulassung der staatlichen Hochschulen beschließt nach Kap. 2 § 1 des Hochschulgesetzes (1992:1434) der Reichstag.¹¹⁷⁷ Private Bildungsanbieter, die Studiengänge und Examina auf Hochschulniveau anbieten wollen, müssen dagegen eine Zulassung nach dem Gesetz über die Erlaubnis, bestimmte Examina ausstellen zu dürfen (1993:792)¹¹⁷⁸, besitzen. Diese Erlaubnis wiederum wird von der Regierung erteilt (§ 6 des Gesetzes (1993:792)) und stellt den Zulassungsakt für die Bereitstellung derjenigen Weiterbildungsmaßnahmen dar, die durch die Studienhilfe gefördert werden.

Die Behörde für die *Berufshochschule* entscheidet auf Antrag über die Zulassung der einzelnen Bildungsanbieter im System der Berufshochschule, wobei die Zulassung eine Verwaltungsentscheidung darstellt (Kap. 1 §§ 1, 2, 4 Verordnung über das Berufshochschulwesen (2009:130)). Mit dieser Zulassung wird sowohl über die Finanzierung des Bildungsanbieters als auch über die Berechtigung der dort Studierenden zum Bezug von Studienmitteln und damit über die Bereitstellung der Bildungsmaßnahmen entschieden.

Auch die Qualifikation von *Volkshochschulen* funktioniert nach diesem Muster. Der Finanzierung durch staatliche Mittel geht eine Zulassung voraus, die dann sowohl zum Angebot von Bildungsmaßnahmen im System der Volkshochschulen als auch zur Beantragung von objektfördernden Leistungen, der sog. Staatsbeiträge, berechtigt. Dies ergibt sich aus dem System des Volksbildungsrates, der eine „Neuprüfung“ vorsieht, wenn eine Volkshochschule erstmals Staatsbeiträge beantragt. Die Berechtigung des Volksbildungsrates zu Festlegung weitergehender Richtlinien und zur Vergabe der Staatsbeiträge ergibt sich dabei implizit aus § 5 Abs. 2 der Verordnung über Staatsbeiträge für die Volksbildung (2015:218), wenn dem Volksbildungsrat die Zuständigkeit für Entscheidungen über die Staatsbeiträge übertragen wird. Das geltende System wird aber durch die Verordnung nur in Bezug auf einige Grundsätze festgelegt. Die Konkretisierung findet im Rahmen von selbst gegebenen Richtlinien, die durch die Geschäftsführung (Vorstand) des Volksbildungsrats statt. Die Richtlinien für die Prüfung von Staatsbeiträgen für Volkshochschulen¹¹⁷⁹ legen fest, dass der Volksbildungsrat prüfen

1176 Högscolelag, SFS 1992:1434.

1177 Eine Ausnahme hiervon bildet die Zulassung der einzelnen Hochschulen zur „Ausbildung auf Forscherniveau“ gem. Kap. 1 §§ 11 ff. des Hochschulgesetzes (1992:1434). Es handelt sich um das Promotionsrecht der Hochschulen, das eine gesonderte Zulassung erfordert.

1178 Lag om tillstånd att utfärda vissa examina, SFS 1993:792.

1179 Riktlinjer för prövning av statsbidrag till folkhögskola, fastställda av Folkbildningsrådets styrelse, vom 14.12.2011.

soll, ob eine Organisation als Empfänger von Staatsbeiträgen anerkannt werden soll (Abs. 1 der Richtlinien). Nach Anerkennung erfolgt die Verteilung der Staatsbeiträge jährlich.

bb) Qualifikation im Rahmen des Systems der Arbeitsmarktausbildung

In Bezug auf die Bildungsmaßnahmen, die das Arbeitsvermittlungsamt vergibt, müssen die Leistungserbringer im Rahmen der Qualifikationsebene nachweisen, dass sie für das Mehrwertsteuersystem registriert sind.¹¹⁸⁰ Zwar können sich auch Organisationen bewerben, die aus ideellen Gründen von der Mehrwertsteuer befreit sind, diese müssen aber nachweisen, dass tatsächlich weniger als 25 % der gesamten Unternehmenstätigkeit mehrwertsteuerpflichtige Tätigkeiten darstellen. Dies erklärt sich daraus, dass dies auch die Grundlage für die Befreiung von der Mehrwertsteuerpflichtigkeit gem. Kap. 4 § 8 Mehrwertsteuergesetz (1994:200) i. V. m. Kap. 7 § 7 ISL ist. Damit findet auf sehr niedriger Ebene eine Kontrolle der Zuverlässigkeit des Leistungserbringers statt, da die Anmeldung für das Mehrwertsteuersystem das steuerliche Wohlverhalten indiziert.

Allgemeine Anforderungen an die finanzielle Stabilität und die Rechtstreue der Leistungserbringer werden vom Arbeitsvermittlungsamt nicht im Rahmen der Qualifikation, sondern sowohl im Rahmen der Vergabeverfahren als auch später während der Leistungserbringung im Rahmen einer Zusammenarbeit mit dem Steueramt¹¹⁸¹ geprüft.¹¹⁸²

b) Bereitstellungsebene

aa) Im System des Arbeitsvermittlungsamts

In der Zeit der Verantwortung der Kommunen für die Arbeitsförderung¹¹⁸³ waren diese auch für die Beschaffung und Vermittlung der (Weiterbildungs-)Maßnahmen zuständig.¹¹⁸⁴ Mit der Schaffung des Arbeitsmarktsteuerungsamts in den achtziger Jahren des vorherigen Jahrhunderts wurde ein Einkaufsmodell geschaffen: Das Amt sollte die notwendigen Bildungsmaßnahmen einkaufen. Zugleich wurde die sog. AMU-Gruppe gebildet.¹¹⁸⁵ Bei ihr handelte es sich um einen staatlichen Anbieter von Arbeitsmarktausbildung. Diese AMU-Gruppe wurde 1993 in ein staatliches Unternehmen überführt. Dieses Unternehmen ist die inzwischen umbenannte, immer noch große Marktanteile

1180 Siehe die Hinweise des Arbeitsvermittlungsamtes unter: <http://www.arbetsformedlingen.se/Om-oss/For-leverantorer/For-anbudslamnare/Mervardesskatt.html> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016)

1181 Skatteverket; die Kompetenzen entsprechen in Teilen dem deutschen Finanzamt.

1182 Siehe unten S. 252.

1183 Siehe hierzu oben S. 244.

1184 Siehe in den 1930er Jahren *Schröder*, in: Schröder (Hrsg.), *Springpojkar och språngbrädor*, 1991, 9; *Thoursie/Delander*, *Den offentliga arbetsförmedlingens utvecklingen i 1990-talet*, in: *Perspektiv på arbetsförmedlingen*, SOU 1990:31, S. 109 ff.

1185 Siehe hierzu und zur folgenden historischen Entwicklung der AMU-Gruppen sowie des Rechtsrahmens Regeringen, *Från kartläggning av behov till genomförande av arbetsmarknadsutbildningen*, 2000, S. 123 und *Lundin*, in: Hartmann (Hrsg.), *Konkurrensens konsekvenser*, 2011, S. 146, 156 f.

abdeckende, Lernia AB. Seit dem Jahr 1994 erfolgt der Einkauf der Maßnahmen der Arbeitsmarktausbildung im Rahmen des Gesetzes über Vergaberecht.

Zuständig für die Beschaffung der sog. Arbeitsmarktausbildung ist derzeit das Arbeitsvermittlungsamt gem. § 1 Abs. 2 des Gesetzes über arbeitsmarktpolitische Programme (2000:625). Die Abteilung für Vergabe ist dabei Teil der größeren Einheit „Gewerbeförderung und Service“ und ist geographisch in drei Bereiche aufgeteilt: Norden, Westen und Süden.¹¹⁸⁶ Das Arbeitsvermittlungsamt, bzw. die jeweils zuständige Stelle kauft für ihre sog. Arbeitsmarktausbildungsmaßnahmen Maßnahmen fremder Anbieter ein.

(1) Reguläres und vereinfachtes Vergabeverfahren

Zur Beschaffung muss zunächst grundsätzlich ein Vergabeverfahren stattfinden. Dabei kommt schwedisches Vergaberecht, nämlich das „Gesetz über öffentliche Vergabe“ (LOU)¹¹⁸⁷, zur Anwendung¹¹⁸⁸, das auf dem europäischem Vergaberecht und der entsprechenden Richtlinie¹¹⁸⁹ beruht. Über dieses grundlegende Gesetz hinaus existieren Spezialgesetze und -verordnungen, die die Vergabe in bestimmten abgegrenzten Bereichen regeln. Die Vergabe von Weiterbildungsmaßnahmen fällt aber weder in den Bereich der Versorgungsleistungen¹¹⁹⁰, noch in den Bereich der Verteidigung und Sicherheit¹¹⁹¹. Das LOU basiert auf der EU-Richtlinie zum Vergaberecht. Ob weiterer Anpassungsbedarf an das europäische Recht besteht, bleibt für die europäische und nationale Rechtsprechung zu prüfen. Die schwedischen Gerichte berufen sich für eine zwingende Anwendung der Vergabevorschriften und für eine europarechtskonforme Auslegung des LOU auf die EU-Richtlinie zum Vergaberecht.¹¹⁹² Dies bedeutet, dass auch der Zugang des Anbieters zur Erbringung der Maßnahme teilweise durch Vergabe stattfindet.

1186 Siehe Nya förutsättningar för arbetsmarknadsutbildning, SOU 2007:112, S. 82.

1187 Lag om offentlig upphandling, SFS 1992:1528 – abgekürzt LOU.

1188 Für ein praktisches Beispiel siehe Helsingbors Dagblad vom 28.04.2010, abrufbar unter: <http://hd.se/hoganas/2010/04/28/lernia-tar-over-vuxenutbildningen/> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016) – der Zeitungsartikel berichtet, dass das Unternehmen Lernia den Zuschlag für die Erwachsenenbildungs- und Einwandererbildungsprogramme erhalten habe, obwohl in den letzten zwei Jahren das private Unternehmen Hermods diesen Auftrag hatte.

1189 Jetzt RL 2014/24/EU, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014, 65. Sie ersetzte die bisherige Vergabekoordinierungsrichtlinie RL 2004/18/EG, ABl. Nr. L 134 vom 30.04.2004, 114.

1190 Dann wäre das Gesetz über die Vergabe in den Bereichen Wasser, Energie, Transporte und Postdienste, das sog. Versorgungsgesetz, betroffen (Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningslagen), SFS 2007:1092).

1191 Dann wäre das Gesetz über die Vergabe im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich einschlägig (Lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFs), SFS 2011:1029). Dieser Bereich wurde erst im Jahr 2011, hauptsächlich aufgrund von Sicherheitsbedenken, ausgegliedert, siehe prop. 2010/11:150.

1192 Siehe beispielsweise in dem Urteil Kammarrätten i Jönköping, mål nr. 1178-12, S. 4.

Das *reguläre Vergabeverfahren* wird nach Kapitel 4-14 LOU durchgeführt¹¹⁹³ und sieht im Regelfalle eine offene Vergabe vor, bei der, nach Ausschreibung mit Hilfe eines festgelegten Kriterienkatalogs aus den verschiedenen Angeboten ausgewählt wird.

Allgemeine Anforderungen an die finanzielle Stabilität und die Rechtstreue der Leistungserbringer prüft das Arbeitsvermittlungsamt im Rahmen der Vergabeverfahren. Dabei holt das Arbeitsamt die benötigten Auskünfte auf Grundlage eines Übereinkommens mit dem Steueramt auf direktem Weg ein.¹¹⁹⁴ Dabei informiert sich das Amt darüber, ob der künftige Leistungserbringer für das Umsatzsteuersystem und die Zahlung von Sozialabgaben registriert ist, ob der Erbringer hinsichtlich der Sozialabgaben Rechenschaft abgelegt hat, ob er Einkommensteuer für Unternehmen oder „normale“ Einkommensteuern bzw. beide Steuerformen zahlt und ob er beim Steueramt oder dem Gerichtsvollzieher-Amt¹¹⁹⁵ Steuerschulden oder Abgabenschulden hat.¹¹⁹⁶ Die Zusammenarbeit der Ämter beruht auf einem Übereinkommen¹¹⁹⁷, das notwendig wird, weil die Ämter im schwedischen Verwaltungssystem ja grundsätzlich unabhängig agieren. Das Problem des Datenschutzes stellt sich bei diesem Austausch von anbieterbezogenen Informationen schon deswegen nicht, weil in Schweden kein Steuergeheimnis existiert und nach Kap. 6 § 4 des Gesetzes über Öffentlichkeit und Geheimhaltung (2009:400)¹¹⁹⁸ jeder über staatliche Daten und damit auch über den Steuerstatus und die Höhe der gezahlten Steuern Auskunft verlangen kann.¹¹⁹⁹

Soziale Kriterien dürfen Teil der Vergabekriterien sein, soweit diese als ausdrückliche Voraussetzungen in die Ausschreibung aufgenommen werden, wobei auf Europarecht verwiesen wird.¹²⁰⁰ Dabei müssen die sozialen Kriterien aber abstrakt formuliert werden; der Verweis auf nationale Siegel oder Zertifizierungen ist nicht zulässig.¹²⁰¹

1193 Die tatsächliche Durchführung der Vergabe beginnt mit dem Einstellen der Angebote auf der Webseite des Arbeitsvermittlungsamts unter dem Titel „Aktuelle Ankäufe“ – Aktuella upphandlingar.

1194 Siehe <http://www.arbetsformedlingen.se/Om-oss/For-leverantorer/For-anbudslamnare/Att-bli-leverantor.html> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016).

1195 Die Eintreibung von Schulden findet in Schweden durch das als Verwaltungsbehörde unabhängige Gerichtsvollzieher-Amt (Kronofogden) statt, siehe <http://www.kronofogden.se/> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016).

1196 A. a. O.

1197 Das Übereinkommen wurde im September 2007 geschlossen (siehe Försäkringskassan, Delbetänkande av Utveckling av lokal samverkan: Styr samverkan - för bättre service för medborgarna (SOU 2008:97), Remissyttrande, 27.03.2009, S. 1), ist aber nicht frei einsehbar.

1198 Offentlighets- och sekretesslag (OSL), SFS 2009:400.

1199 Auf der Webseite des Steueramts findet sich beispielsweise die Möglichkeit, für jedermann über ein Formular die entsprechenden Daten abzufragen, siehe <http://www.skatteverket.se/privat/blanke-tterbroschyrer/blanketter/info/4820.4.39f16f103821c58f680006756.html> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016).

1200 *Ahlberg*, im Rahmen einer Besprechung des Urteils C-368/10 des EuGH (vom 10.05.2012). Dieses Problem wurde auch in Schweden bereits früh diskutiert, da auch die Privatisierung von Leistungen der öffentlichen Verwaltung in den 90er Jahren einsetzte. Siehe für einen derartigen Diskussionsbeitrag *Junesjö*, Offentlig upphandling, 2000.

1201 a. a. O.

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens wird von den beiden Parteien ein „öffentlicher Vertrag“ gezeichnet.¹²⁰² Dabei handelt es sich um denjenigen Vertrag, der die Bedingungen und Einzelheiten der Inanspruchnahme der Leistung durch den Leistungsempfänger regelt. Das Arbeitsvermittlungsamt hat zur Vereinheitlichung der zu schließenden Verträge Vorschriften über die Vertragsgestaltung beim Abschluss von Verträgen mit Leistungserbringern erlassen.¹²⁰³

Die Aufsicht über die Vergabeverfahren führt das sog. Konkurrenzwerk¹²⁰⁴ gem. Kap 18 § 1 LOU i. V. m. § 3 Nr. 2 der Verordnung mit den Weisungen für das Konkurrenzwerk (2007:1117).¹²⁰⁵ Klagen gegen eine Vergabeentscheidung vor den Verwaltungsgerichten kommen vor.¹²⁰⁶ Die Verwaltungsgerichte treffen jedoch in den meisten Fällen keine Entscheidung, da die Beschaffungsstellen in vorauseilendem Gehorsam das Vergabeverfahren von sich aus erneut durchführen.¹²⁰⁷ Gemeinsam ist den Vergabeverfahren auch, dass die Anwendung des LOU und damit eine Beschaffung im Vergabewege eingeklagt werden kann.¹²⁰⁸

In Bezug auf die Vergabe von Aufträgen, die nicht von der unionsrechtlichen Vergaberichtlinie erfasst werden, wird ein *vereinfachtes Verfahren* nach Kapitel 15 LOU durchgeführt. Von Kapitel 15 LOU werden alle Dienstleistungen erfasst, die in Beilage 2 und 3 als sog. B-Dienstleistungen eingestuft werden, weil bei ihnen angenommen wird, dass sie keinen relevanten und nützlichen internationalen Wettbewerb anziehen und erreichen werden.¹²⁰⁹ In Nummer 24 der Beilage werden auch Unterrichts- und Berufsausbildungsmaßnahmen als B-Dienstleistungen eingestuft. Da diese Einteilung von der unionsrechtlichen Vergaberichtlinie überformt wird, müssen für den Fall, dass die zu vergebende B-Dienstleistung den europarechtlich relevanten Schwellenwert übersteigt, zusätzliche Verfahrens- und Informationspflichten eingehalten werden (siehe insbesondere Kap. 15 § 21 LOU, der eine Information der Kommission vorsieht).

1202 So die Einstufung des Arbeitsmarktministeriums im Rahmen des Wahlfreiheitssystems, siehe *Arbetsmarknadsdepartementet*, Valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen, Ds. 2010:1, S. 11.

1203 Siehe Allmänna bestämmelser vid avtal mellan Arbetsförmedlingen och leverantörer av kompletterande arbetsförmedlingstjänster, förberedande utbildningar och arbetsmarknadsutbildningar avsedda för arbetssökande vom 28.07.2010, abrufbar unter <http://www.arbetsformedlingen.se/download/18.e9276f9141789c0603657/1401114629209/allmanna-bestammelser-etableringslots.pdf> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016).

1204 Konkursverket.

1205 Förordning med instruktion för Konkursverket, SFS 2007:1117.

1206 Siehe den Zeitungsartikel in der Zeitung Helsingborgs Dagblad vom 10.5.2010, abrufbar unter <http://hd.se/hoganas/2010/05/10/upphandling-gors-om/> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016), der über eine vorläufige Entscheidung des Gerichts berichtet. Zu einem entschiedenen Fall mit fehlerhaften Angebotsunterlagen siehe *Länsrätten i Västerbottens Län* v. 09.10.2007, Dom nr. 1943-07 E.

1207 So auch in dem zuvor zitierten Fall in Höganäs; s. soeben Fn. 1206.

1208 Siehe im Fall einer Beschaffung ohne Vergabe durch das Migrationswerk und mehreren Klagen gegen diese Beschaffungsvorgänge, Kammarrätten i Jönköping, mål nr. 1178-12, mål nr. 1179-12, mål nr. 1180-12, mål nr. 1181-12, mål nr. 1182-12, mål nr. 1183-12.

1209 Siehe die Erklärung des Konkurrenzwerks, Konkursverket, Upphandlingsreglerna - en introduktion, Februar 2012, S. 11.

(2) Wahlfreiheitssystem

(a) Anwendbarkeit und Verfahren

Darüber hinaus kann die vergebende Körperschaft/Behörde beschließen, das sog. Wahlfreiheitssystem im Rahmen des „Gesetzes über das Wahlfreiheitssystem“ (LOV)¹²¹⁰ anzuwenden. Gem. § 1 LOV kann ein solcher Beschluss für alle Dienste innerhalb des Gesundheits- und Sozialwesens gefasst werden, die in der Beilage 3 des LOU als B-Dienstleistungen genannt werden. In Nummer 24 der Beilage werden Unterrichts- und Berufsausbildungsmaßnahmen als B-Dienstleistungen eingestuft.

Wie der Name bereits andeutet, sieht das Wahlfreiheitssystem ein Verfahren vor, durch das der einzelne Leistungsempfänger das Recht hat, den Leistungserbringer selbst auszuwählen, soweit die vergebende Behörde diesen im Rahmen des vorgesehenen Verfahrens anerkannt und mit ihm einen Vertrag gezeichnet hat.¹²¹¹ Die Angebote werden dabei einschließlich der „förfrågningsunderlaget“ nach Kap. 4 LOV (Ausschreibung, die auch die zulassungsentscheidenden Anforderungen enthält) auf der nationalen Webseite www.valfrihetswebben.se eingestellt, die vom sog. Kammerkolleg betrieben wird.¹²¹² Gem. Kap. 8 § 1 LOV muss die ausschreibende Behörde alle Leistungsempfänger zulassen („guthejßen“), die die in der Ausschreibung enthaltenen Bedingungen erfüllen sowie nicht aus Gründen gem. Kap. 7 § 1 LOV ausgeschlossen wurden. Kap. 7 LOV enthält Möglichkeiten des Ausschlusses, die sich auf die finanzielle Leistungsfähigkeit des Leistungserbringers (Kap. 7 § 1 S. 1 Nr. 1 LOV), die finanzielle Zuverlässigkeit des Leistungserbringers (Kap. 7 § 1 S.1 Nr. 2, 5 LOV) und die allgemeine Zuverlässigkeit hinsichtlich der Berufsausübung¹²¹³ (Kap. 7 § 3, 4, 6 LOV) beziehen. Die Ausschreibung („Annonce“) muss hinsichtlich der Bedingungen insbesondere Anforderungen an die Leistung enthalten. Zudem müssen gem. Kap. 4 § 1 LOV die Grundlagen für die Kosten angegeben werden.

Die Bezahlung an den Leistungserbringer ist also lediglich davon abhängig, wie viele Leistungsberechtigte den jeweiligen Leistungserbringer wählen. Ein Wettbewerb findet demnach nur über die Qualität statt. Im Rahmen des Wahlfreiheitssystems findet damit keine Vergabe im Sinne einer Auswahl des besten oder preisgünstigsten Leistungserbringers durch die öffentliche Stelle, sondern in Bezug auf die ausgeschriebene Dienstleistung lediglich ein Akkreditierungsverfahren statt.¹²¹⁴

1210 Lag om valfrihetssystem, SFS 2008:962 – offizielle Abkürzung LOV.

1211 So auch die Beschreibung in § 1 Abs. 2 S. 1 des Gesetzes über das Wahlfreiheitssystem.

1212 Das Kammerkolleg stellt ebenfalls eine unabhängige Verwaltungseinheit unter Führung des Finanzministeriums dar. Seine Aufgaben liegen größtenteils in der Bereitstellung von Diensten auf staatlichem Gebiet, vor allem auf den Gebieten der Wirtschaft, des Rechts, der Kapitalverwaltung, des Risikomanagements und der Verwaltung.

1213 Sollte der Leistungsanbieter eine juristische Person sein, beziehen sich die Anforderungen an die allgemeine Zuverlässigkeit auf die Vertreter dieser juristischen Person, Kap. 7 § 1 S. 2.

1214 Zum in der vorliegenden Arbeit verwendeten Begriff der Akkreditierung s. o. S. 212.

Nach Abschluss des Akkreditierungsverfahrens wird von den beiden Parteien ein „öffentlicher Vertrag“ gezeichnet.¹²¹⁵ Dabei handelt es sich im Rahmen des Wahlfreiheitssystems um den Vertrag, der die Rahmenbedingungen für die Inanspruchnahme der Leistung durch den Leistungsempfänger regelt. Aus Kap. 8 § 3 LOV ergibt sich zwar nur, dass ein „Vertrag“ geschlossen wird, jedoch wird die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Vertrag im schwedischen Recht grundsätzlich danach getroffen, wer handelt,¹²¹⁶ so dass bereits die Betrachtung der Beteiligten (Verwaltungsbehörde und privater Dritter) ergibt, dass es sich um einen öffentlichen Vertrag handelt.¹²¹⁷ Zwar gibt es auch Stimmen, die mit Rückgriff auf das Europarecht eine zivilrechtliche Qualifikation vornehmen.¹²¹⁸ Mit dem Argument, dass bei dem öffentlichen Auftraggeber eine Sondersituation vorliege, wird daraufhin aber wieder die Anwendung der öffentlich-rechtlichen Grundprinzipien hergeleitet.¹²¹⁹ Es handelt sich jedoch immer um einen meist (jedoch nicht zwingend) schriftlichen Vertrag, der die Einzelheiten von Leistungserbringung und Gegenleistung verbindlich regelt.¹²²⁰

Gegenüber der Zulassungsentscheidung der vergebenden Behörde kann der Rechtsweg zum Verwaltungsgericht beschritten werden, Kap. 10 § 1 LOV. Nur derjenige Leistungserbringer, der sich auch um die Zulassung beworben hat, kann rechtlich gegen eine Nicht-Zulassung vorgehen, es ist also eine subjektive Beschwerde nötig, Kap. 10 § 1 Abs. 2 LOV. Zugleich ist ein rechtliches Vorgehen mit dem Ziel der Erlangung von Schadensersatz vor den allgemeinen (Zivil-)Gerichten möglich, Kap. 10 § 5 LOV.

(b) Hintergründe

Die Einführung des LOV wurde damit begründet, dass der Verbraucher in den Mittelpunkt gestellt werden solle. Dabei war es Teil des Strebens einer Verschiebung vom Politiker und Verwaltungsbeamten zum Bürger, nach größerer Wahlfreiheit und Einfluss des Bürgers sowie nach einer größeren Vielfalt der Leistungserbringer.¹²²¹ Der größere Einfluss der Verbraucher sollte die Qualität der Dienste erhöhen.¹²²² Zudem sollte die unklare Rechtslage in Bezug auf das Vergaberecht geklärt werden und der Zugang zum öffentlichen Sektor für kleine Leistungserbringer erleichtert werden.¹²²³

1215 So die Einstufung des Arbeitsmarktministeriums, siehe *Arbetsmarknadsdepartementet*, Valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen, Ds. 2010:1, S. 11.

1216 Siehe exemplarisch nur *Södergren*, Vem dömer i gråzonen?, 2009, S. 54 ff., der aber im Folgenden erläutert, dass auch in Schweden die Abgrenzung weder einfach noch eindeutig ist.

1217 Ohne weitere Begründung geht hiervon auch das Arbeitsmarktsdepartement unter gleichlautender Bezeichnung in *Arbetsmarknadsdepartementet*, Valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen, Ds. 2010:1, S. 11 aus.

1218 Siehe *Undemyr*, Offentlig upphandling och den upphandlade enheten som avtalspart (2007), S. 38.

1219 A. a. O., S. 38 f.

1220 *Pedersen*, Upphandlingens grunder, 2011, S. 96 f.

1221 *Arbetsmarknadsdepartementet*, Valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen, Ds. 2010:1, S. 19; prop.2008/09:29 s.54.

1222 *Arbetsmarknadsdepartementet*, Valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen, Ds. 2010:1, S. 19.

1223 *Arbetsmarknadsdepartementet*, Valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen, Ds. 2010:1, S. 19; prop.2008/09:29, S.83.

Diese Argumentation wurde auch auf die Leistungen des Arbeitsvermittlungsamts und damit auch auf die Weiterbildungsmaßnahmen übertragen.¹²²⁴ Zweckmäßigerweise wird das Wahlfreiheitssystem nur bei Maßnahmen eingesetzt, die kein hoheitliches Tätigwerden beinhalten; vielmehr setzen die Maßnahmen voraus, dass ein hoheitlicher Beschluss gegenüber dem Einzelnen bereits ergangen ist.¹²²⁵

Das Wahlfreiheitssystem ist Ausdruck des Prinzips, dass die vergebende Behörde die Bereitstellungsverantwortung trägt, also die Verantwortung dafür, dass die Maßnahme für den Verbraucher oder Einwohner bereitgehalten wird.¹²²⁶ Weitere Eigenart des Wahlfreiheitssystems ist es auch, dass es keine Vergabefristen für die beschriebenen Leistungen gibt, sondern das Verfahren zur Zulassung von Leistungserbringern immer weiter laufend fortgesetzt wird, solange die Leistung benötigt wird.

Zusätzlich wurden das Wahlfreiheitssystem und seine Anwendung gefördert, indem die Regierung durch zusätzliche Staatsbeiträge einen Anreiz setzte, bestimmte Aufträge im Wege des Wahlfreiheitssystems zu vergeben, um auf diese Weise die Wahlmöglichkeiten des Einzelnen zu vergrößern.¹²²⁷ Die Regierung wirkt also mit der Möglichkeit der Ausschüttung finanzieller Mittel, und damit mit einer hierarchischen Steuerung, darauf ein, dass sich die Kommunen (denn um diese handelt es sich meist) für das Wahlfreiheitssystem entscheiden. Die Staatsbeiträge, die das Wahlfreiheitssystem „stimulieren“ sollen, bezogen sich aber bis jetzt auf die Altenpflege und Menschen mit Behinderung.¹²²⁸ Derzeit hat das Arbeitsvermittlungsamt für die Arbeitsmarktausbildung noch kein übergreifendes Wahlfreiheitssystem errichtet, sondern lediglich für drei andere Bereiche arbeitsfördernder Maßnahmen, namentlich für sog. Jobcoaching, Beschäftigungsmaßnahmen mit rehabilitierender Zwecksetzung und für sog. Schwellenhilfe, die bei der Schaffung eines guten psychosozialen Arbeitsumfelds unterstützen soll.¹²²⁹ Da die Beschaffung im Rahmen des Wahlfreiheitssystems aber deutlich ausgeweitet werden soll, ist auch die Anwendung des Wahlfreiheitssystems für die Beschaffung von Arbeitsmarktausbildungsmaßnahmen in naher Zukunft zu erwarten.¹²³⁰

(c) Vereinbarkeit mit europäischem Recht

1224 *Arbetsmarknadsdepartementet*, Valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen, Ds. 2010:1, S. 19-20.

1225 *Arbetsmarknadsdepartementet*, Valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen, Ds. 2010:1, S. 20.

1226 *Arbetsmarknadsdepartementet*, Valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen, Ds. 2010:1, S. 11.

1227 Siehe zu den Zielen des „Stimulanzbeitrags“ Socialstyrelsen, Stimulansbidrag LOV, Delrapport 2012, März 2012, S. 8.

1228 Siehe die Hinweise zu den Staatsbeiträgen auf der Internetseite des Sozialwerkes: <http://www.socialstyrelsen.se/statsbidrag/aktuellastatsbidrag/kommunerforvalfrihetssystemen11> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016). Dabei fällt ins Auge, dass der das Wahlfreiheitssystem fördernde Staatsbeitrag nicht wie andere Staatsbeiträge von einer Rechtsgrundlage angeordnet wurde, sondern vom Sozialwerk aus eigenen Geldern vergeben wurde.

1229 Siehe zu den Systemen ausführlich Konkurrensverket, Valfrihetssystem inom Arbetsförmedlingen, Oktober 2013, S. 16 ff.

1230 Zur Anweisung der Regierung, dass der Anwendungsbereich (auch auf die Arbeitsmarktausbildung) ausgeweitet werden soll siehe Regeringen/Arbetsmarknadsdepartementet, Regleringsbrev för budgetåret 2013 avseende Arbetsförmedlingen, 20.12.2012, S. 3.

Hintergrund der Regelungen im Vergaberecht in Schweden sind (wie in Deutschland auch) die europäische Richtlinien zum Vergaberecht (RL 2014/24/EU) und zur Konzessionsvergabe (RL 2014/23/EU). Die inzwischen aufgehobene „alte“ Vergaberichtlinie RL 2004/18/EG unterschied zwischen öffentlicher Vergabe und Dienstleistungskonzessionen, wobei auf letztere die Richtlinie und das Vergaberecht nicht anzuwenden waren. Aufgrund dieser Unterscheidung wurde diskutiert, ob im Rahmen des schwedischen Wahlfreiheitssystems tatsächlich eine Dienstleistungskonzession vorliege und europäisches Vergaberecht daher nicht anwendbar sei.¹²³¹ Nach Meinung der Regierung genügt es, dass die Einkünfte des Leistungserbringers davon abhängig seien, dass er Kunden anzieht – dass das Geld dann von der vergebenden Behörde her fließt, mache keinen Unterschied.¹²³² Sie beruft sich darauf, dass der EuGH zu der Frage, ob für eine Dienstleistungskonzession eine direkte Bezahlung vom Leistungsempfänger erfolgen muss, noch nicht entschieden habe.¹²³³ In diese Richtung deuten aber Äußerungen der Kommission im Zusammenhang mit der neuen Konzessionsrichtlinie¹²³⁴ und in den Auslegungshinweisen der Kommission zur alten Vergaberichtlinie¹²³⁵ hin. Auch das Gutachten, das der Einführung des Wahlfreiheitssystems vorausging, ging davon aus, dass es sich bei den Vereinbarungen zwischen ausschreibender Stelle und Leistungserbringer um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags handele, da die öffentliche Stelle dem Leistungserbringer eine Vergütung der erbrachten Leistungen verspreche – wer die Leistung auswähle, spiele keine Rolle.¹²³⁶ Über die Kriterien für eine Abgrenzung von Dienstleistungskonzession und Rahmenvereinbarung hat der EuGH aber durchaus entschieden: Die Abgrenzung sei davon abhängig, in welchem Maß der Leistungserbringer wirtschaftlich frei handele und mit der Tätigkeit verbundene wirtschaftliche Risiken übernehme.¹²³⁷

Entscheidend für die Abgrenzung ist also die Verteilung des ökonomischen Risikos. Die Diskussion in Schweden wurde auch im Rahmen der Verpflichtung von sog. „Etablierungslotsen“ geführt.¹²³⁸ In dieser Diskussion wies die Regierung darauf hin, dass der Unterschied zu den vom EuGH entschiedenen Fällen, in denen er gegen eine Dienstleistungskonzession entschieden hatte, darin bestehe, dass es sich nicht um einen einzelnen Leistungserbringer, sondern um deren mehrere, die alle anerkannt würden, han-

1231 Siehe *Arbetsmarknadsdepartementet*, Valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen, Ds. 2010:1, S. 12. Zur Dienstleistungskonzession als „Ausweichoption“ siehe *Schuppert*, in: Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), IPE IV, 2009, S. 461, 483 Rn. 47.

1232 Siehe a.a.O. Keine Positionierung findet dagegen in der neueren staatlichen Untersuchung zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen statt; siehe *En lag om upphandling av koncessioner*, SOU 2014:69, S. 114.

1233 *Arbetsmarknadsdepartementet*, Valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen, Ds. 2010:1, S. 13.

1234 Discussion document: Key issues of a possible initiative on concessions, CC/2007/17, 18.10.2007.

1235 EGT C 121, 29.04.2000, not.13.

1236 Siehe LOV att välja – Lag om valfrihetssystem, SOU 2008:15, S. 100.

1237 Siehe exemplarisch die Entscheidung des EuGH vom 10.03.2011, Rs. C-274-09 (Rettungsdienst Stadler), Slg. 2011, I-01335.

1238 Siehe zur Diskussion mit Nachweisen *Sundstrand*, in: Madell/Bekkedal, et al. (Hrsg.), *Den nordiska välfärden och marknaden*, 2011, S. 329, 336.

dele.¹²³⁹ Gegen diese Position argumentiert auch der sog. Gesetzesrat.¹²⁴⁰ Die Leistungserbringer hätten im Fall des Wahlfreiheitssystems zumindest das Insolvenz- oder Nichtzahlungsrisiko des Leistungsempfängers bzw. Vertragspartners nicht zu tragen.¹²⁴¹ Zudem sprächen die Einschränkungen der Leistungserbringer bei der Ausführung der Leistung gegen eine Dienstleistungskonzession.¹²⁴² Bei diesen Argumenten ist also jeweils entscheidend, wie man den Umfang des geschäftlichen Risikos beurteilt. *Sundstrand* meint, dass die entscheidenden Risiken das Zahlungs- und Insolvenzrisiko und das Betriebsrisiko seien, wobei das Betriebsrisiko darin bestehe, dass der Leistungserbringer Personal und Strukturen vorhalte. Nur wenn der Leistungserbringer beide Risiken trage, handele es sich um eine Dienstleistungskonzession – im Fall des Systems der Rahmenverträge im Wahlfreiheitssystem daher nicht.¹²⁴³ Dies entspricht auch dem Urteil des EuGH zu den (früheren) deutschen Hilfsmittelverträgen¹²⁴⁴, das einen Rahmenvertrag, der auch die Art und den Inhalt der Leistungserbringung betraf, als Dienstleistungsvertrag und damit vergabepflichtig einordnete.¹²⁴⁵

Damit ist auch ein weiterer Aspekt angesprochen, nämlich der Grad der Unsicherheit der Auswahl der einzelnen Maßnahme. Findet die Auswahl, wie in einem reinen Akkreditierungssystem, allein durch den Leistungsempfänger statt, so entsteht tatsächlich ein von der Rahmenvertragsbeziehung unabhängiges „Inanspruchnahmerisiko“. Ob dies allerdings für die Annahme ausreicht, der Leistungserbringer trage ein dem marktgerechten Risiko entsprechendes Risiko, ist sehr fraglich. Im Fall der Auswahl einer „Nichtwahlalternative“ durch den Leistungsträger (im vorliegenden Fall durch das Arbeitsvermittlungsamt)¹²⁴⁶ ist dagegen klar: Der Leistungsträger wählt zugleich auch den Leistungserbringer aus, so dass kein geschäftliches Risiko für den Leistungserbringer mehr besteht. In diesem Fall müsste daher bei europarechtskonformer Beschaffung richtigerweise eine Vergabe stattfinden. Eine einfache Zuweisung an einen der Leistungserbringer mit Rahmenvertrag ist europarechtlich nicht zulässig.

1239 Siehe prop. 2009/10:60, S. 87 f.

1240 Der Gesetzesrat (Lagrådet) ist eine Verwaltungseinheit, die wichtige Gesetzesentwürfe prüft und beurteilt. Dabei wird vor allem die Vereinbarkeit mit den Grundgesetzen, mit der bestehenden Rechtsordnung und mit dem Prinzip der Rechtssicherheit untersucht (siehe Kap. 8 §§ 20-22 RF). Es handelt sich um eine Form von „judicial preview“.

1241 Siehe prop. 2009/10:60, S. 86 f. Ebenso hatte der Gesetzesrat bereits in seiner Äußerung zum Gesetzesentwurf für das LOV gezweifelt, ob es sich bei den vorgesehenen Verträgen um Dienstleistungskonzessionen handele, siehe die Stellungnahme des Gesetzesrats zum Gesetz über die Wahlfreiheit beim Arbeitsvermittlungsamt vom 03.03.2010, S. 3 ff., abrufbar unter: <http://www.lagradet.se/yttranden/Valfrihetssystem%20hos%20Arbetsformedlingen.pdf> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016).

1242 A.a.O.

1243 *Sundstrand*, in: Madell/Bekkedal, et al. (Hrsg.), *Den nordiska välfärden och marknaden*, 2011, S. 329, 338 f., 340.

1244 EuGH vom 11.06.2009, Rs. C-300/07 (Hans & Christophorus Oymanns), Slg. 2009, I-4779.

1245 A.a.O.

1246 Siehe zur Nichtwahlalternative oben S. 263.

Aber auch im Fall der Regelauswahl durch den Leistungsempfänger bleibt fraglich, ob das wirtschaftliche Risiko, das die Leistungserbringer im Rahmen des Wahlfreiheitssystems tragen, für die Annahme einer Dienstleistungskonzession ausreicht. Aufgrund der Ausrichtung der einzelnen Rahmenverträge auf die einzelnen Maßnahmen sowie der inhaltlich detaillierten Ausgestaltung der Verträge spricht zumindest bereits eine Vermutung dafür, dass kein eigenständiges Inanspruchnahmerrisiko geschaffen wird. Ist die Gruppe der Leistungsempfänger, die dann unter den „zugelassenen“ Leistungserbringern wählen, groß genug, so sinkt das Risiko nochmals deutlich. Daher müsste zur europarechtskonformen Anwendung des LOV zumindest in Bezug auf die Informationspflichten nachgebessert werden.¹²⁴⁷

Nimmt man, wie die schwedische Regierung, dagegen an, mit Beschaffung im Rahmen des Wahlfreiheitssystems werde eine „Dienstleistungskonzession“ vergeben, stellt sich die Folgefrage, ob es sich damit auch um eine Dienstleistungskonzession im Sinne von Art. 5 Nr. 1 b) der neuen europäischen Konzessionsrichtlinie RL 2014/23/EU handelt. Zwar stellt Erwägungsgrund Nr. 13 der Richtlinie klar, dass Systeme mit Kundenwahl- und Dienstleistungsgutscheinen nicht vom Begriff der Dienstleistungskonzession erfasst werden. Die schwedische Regierung hält unter dem Eindruck der Neuregelung daran fest, dass im Rahmen des Wahlfreiheitssystems keine Auswahl des Leistungserbringers durch einen Auftraggeber, sondern lediglich eine Kontrolle von Anforderungen an die Leistungserbringer stattfinde.¹²⁴⁸ Ob das System des Wahlfreiheitssystems aber ein Gutscheinsystem darstellt, ist aufgrund der oben dargestellten Risikoverteilung insgesamt fraglich. Trotz ihrer eigenen Einschätzung hat die schwedische Regierung daher eine weitere Untersuchung zu dieser Frage in Auftrag gegeben.¹²⁴⁹

(3) Vereinbarung mit der örtlichen Kommune

Darüber hinaus ist eine Bereitstellung der Weiterbildungsmaßnahmen im System des Arbeitsvermittlungsamts auch durch die örtliche Kommune möglich. Ist Vergaberecht nicht anwendbar oder findet sich kein geeigneter Anbieter für die vorgesehene Maßnahme, kann das Arbeitsvermittlungsamt nach Kap. 6 § 2 des Gesetz über gewisse kommunale Zuständigkeiten (2009:47)¹²⁵⁰ eine Vereinbarung mit der örtlich betroffenen Kommune treffen. Bis Mitte des Jahres 2015 schränkte die Verordnung über die Zusammenarbeit des Arbeitsvermittlungsamts mit den Kommunen im Bereich der arbeitsmarktpolitischen Programme (2007:1364)¹²⁵¹ diese Möglichkeit auf bestimmte Maßnahmen ein. Die Einschränkung wurde aber – wohl auch um eine Zusammenarbeit der Akteure im Zusammenhang mit einem durch die vielen Flüchtlinge gestiegenen

1247 Ähnlich, nämlich für eine Anpassung des LOV an europarechtliche Vorgaben, auch *Sundstrand*, in: Madell/Bekkedal, et al. (Hrsg.), *Den nordiska välfärden och marknaderna*, 2011, S. 329, 342.

1248 Siehe den Gesetzentwurf zur Änderung des schwedischen Vergaberechts (zur Übergabe an den Gesetzesrat), *Lagrådsremiss, Nytt regelverk om upphandling*, 04.06.2015, S. 317.

1249 *Lagrådsremiss, Nytt regelverk om upphandling*, 04.06.2015, S. 317 f.

1250 S. o. Fn. 881.

1251 *Förordning om Arbetsförmedlingens samarbete med kommuner om arbetsmarknadspolitiska program*, SFS 2007:1364, aufgehoben m. W. v. 01.08.2015.

Bedarf wieder/weiter zu erleichtern – mit Aufhebung der Verordnung beseitigt.¹²⁵² Im Juni 2015 wurde das Arbeitsvermittlungsamt und der Verband der Gemeinden und Landkreise ein nationales Übereinkommen zur Verbesserung der Zusammenarbeit unterzeichnet, das durch Einzelabkommen weiter konkretisiert werden soll.¹²⁵³ In diesen Fällen darf die Gemeinde sowohl Maßnahmen durchführen als auch, je nach Vereinbarung, Maßnahmen der Arbeitsförderung anordnen.

bb) Bereitstellung außerhalb des Systems des Arbeitsvermittlungsamts durch Kommunen

Ordnen die Kommunen sog. „kompetenzerhöhende Maßnahmen“ an, so können sie entweder die Arbeitsmarktausbildung als arbeitsmarktpolitische Maßnahme des Arbeitsvermittlungsamtes¹²⁵⁴ oder eine Maßnahme aus dem eigenen Maßnahmenangebot der Kommune anweisen. Die Verantwortung für die Bereitstellung der Maßnahmen fällt im ersten Fall dem Arbeitsvermittlungsamt in Kooperation mit der Kommune, im zweiten Fall den Kommunen selbst zu.

(1) Bereitstellung von arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen des Arbeitsvermittlungsamts

Die Bereitstellung von arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen erfolgt in Kooperation und auf Basis von Kooperationsabkommen mit dem Arbeitsvermittlungsamt.¹²⁵⁵ Die Berechtigung der Kommune, Maßnahmen der arbeitsmarktpolitischen Programme durchzuführen, ergibt sich dabei aus Kap. 6 § 2 des Gesetzes (2009:47), macht aber zur Bedingung, dass ein entsprechendes Übereinkommen zwischen Kommune und Arbeitsvermittlungsamt geschlossen wurde.¹²⁵⁶ Dabei stellen die Übereinkommen nur einen Teil der Zusammenarbeit mit den übrigen Akteuren in Politik und Verwaltung dar, die jedoch mit Ausnahme der genannten Übereinkommen keine ausdrücklich normierte Grundlage haben.¹²⁵⁷

(2) Bereitstellung von Eigenmaßnahmen der Kommune

Die nach dem Gesetz über Arbeitslosigkeitsschüsse (1944:475) gebildeten kommunalen Ausschüsse behandeln diejenigen Fragen, die mit der fördernden Tätigkeit der Kommune bei Arbeitslosigkeit zusammenhängen und arbeiten mit Behörden und Indi-

1252 So die Gründe in einem Bericht der Reichsrevision, Riksrevisionens rapport om statens insatser för etablering av nyanlända, Regeringens skrivelse 2015/16:58, S. 14 f.

1253 Übereinkommen vom 24.06.2015 (Nationell överenskommelse om samverkan mellan Arbetsförmedlingen och Sveriges Kommuner och Landsting), abrufbar unter http://www.arbetsformedlingen.se/download/18.1cd5631315084841e7e2a344/1446710878591/150624_%C3%96verenskommelse_Af_-_SKL.pdf (zuletzt abgerufen: 17.04.2016).

1254 Siehe hierzu und zur Bereitstellung durch das Arbeitsvermittlungsamt oben S. 250 ff.

1255 Siehe zu diesen gerade oben S. 259 f.

1256 A.a.O.

1257 Siehe zu den unterschiedlichen Möglichkeiten und zum tatsächlichen Stand der Koordination und Zusammenarbeit Sveriges Kommuner och landsting, Kommunerna och arbetsmarknadspolitiken, 2011, S. 41 ff.

viduen auf diesem Gebiet zusammen (§ 3 Gesetz (1944:475)).¹²⁵⁸ Darüber hinaus entscheiden sie aber auch darüber, ob die Kommune Maßnahmen aus eigenen Mitteln bereitstellt.

Da die Kommunen diese über die arbeitsmarktpolitischen Programme hinausgehende Leistungsgewährung im Rahmen ihrer Kompetenz selbst regeln und die Leistungsangebote, die jeweiligen Voraussetzungen sowie die Organisation der Maßnahmen daher sehr unterschiedlich sind, kann in der vorliegenden Arbeit eine Darstellung hinsichtlich der zusätzlichen kommunalen Angebote nicht erfolgen.¹²⁵⁹ Die starke Diversität des Bestandes und der Umsetzung der Maßnahmen liegt wohl auch darin begründet, dass das Sozialdienstgesetz als sog. Rahmengesetz keine genaueren Vorgaben für das Handeln der Kommunen in diesem Gebiet vorgibt.¹²⁶⁰ Gezielte Maßnahmen müssen jedoch auch außerhalb des Systems des Arbeitsvermittlungsamts durch Vergabe beschafft werden, sobald die Schwellenwerte erreicht werden.¹²⁶¹

cc) Weitere „Zulassung“ im Subventionsmarkt: Zugang mit Leistungsgewährung

Im Bereich der weiteren subjektfördernden Leistungen außerhalb des Systems des Arbeitsvermittlungsamtes findet eine „Bereitstellung“ in Abgrenzung zur Qualifikationsebene nur in denjenigen Fällen statt, in denen die Leistungsvoraussetzungen auf bestimmte, im Rahmen der Qualifikationsebene geprüfte, Weiterbildungsmaßnahmen verweisen. Der rechtliche Marktzugang fällt in diesen Fällen mit der Erbringung der in den Leistungsvoraussetzungen genannten Qualifikationselementen zusammen, während der zeitliche Marktzugang mit dem Abruf der Leistung durch den Leistungsempfänger korreliert.

Dies gilt in ähnlicher Weise auch für Leistungen der Objektförderung: Die einzelnen Förderprogramme stellen einzelne Marktsegmente dar, da sie nur jeweils eine einzige Art von Maßnahme finanzieren. So stellen z. B. die Förderungsleistungen im Rahmen der unterschiedlichen Staatsbeiträge inhaltlich begrenzte Marktsegmente dar. Dabei wird der Zugang über die Anforderungen an die Anbieter sowie die Maßnahmen reguliert. Die Zugangsbestimmungen (Förderbestimmungen) können sich auf bereits bestehende Systeme, in denen eine anderweitige Qualitätskontrolle bereits stattgefunden hat, beziehen, und/oder selbst Auswahlbestimmungen aufstellen. Der tatsächliche Marktzugang fällt aber mit der Entscheidung über die Finanzierung im Rahmen der Objektförderung zusammen.

1258 Diese Ausschüsse bilden mit den lokalen Einheiten des Arbeitsvermittlungsamts die sog. „Arbeitsmarktsräte“, um die Zusammenarbeit und Abstimmung der Maßnahmen zu organisieren.

1259 Siehe Sveriges Riksdag (Hrsg.), *Arbetsmarknadspolitik i kommunerna*, 2012, S. 77 f. Auf die fehlende zentrale Steuerung weisen auch *Kaltenborn/Wielage, et al.*, Zielsteuerung in der Arbeitsverwaltung - ein europäischer Vergleich, Endbericht an das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin, Dezember 2010, S. 303 hin.

1260 Siehe Sveriges Riksdag (Hrsg.), *Arbetsmarknadspolitik i kommunerna*, 2012, S. 77.

1261 Hinsichtlich der Schwellenwerte verweist das LOU auf das europäische Recht, Kap. 3 § 1 LOU. Zur Durchführung von Vergabeverfahren siehe oben S. 251 ff.

c) Ebene des Leistungsabrufs

Je nach System der Leistungserbringung wird die Maßnahme durch den Leistungsempfänger selbst oder durch den Leistungsträger abgerufen. Bei der Wahl der Maßnahme kommen zwei Rechtsbeziehungen zu Stande: Zwischen Leistungsempfänger und Leistungserbringer und zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger. Unabhängig von der tatsächlichen Wahl können aber verschiedene Rechtsbeziehungen zwischen dem Leistungsempfänger und dem Weiterbildungsanbieter bestehen.

aa) Abruf durch den Leistungsberechtigten

Bei einer Finanzierung im Rahmen einer Subjektförderung, wie beispielsweise im Rahmen der allgemeinen Studienförderung oder der Förderung der Kunst- und Kulturausbildung¹²⁶², wählt der Leistungsempfänger die Leistung selbst aus, da er selbst über die Gelder der Förderung verfügen kann.

Im Wahlfreiheitssystem kann der Leistungsberechtigte im Normalfall zwischen den zugelassenen Leistungserbringern seine Wahl treffen. Die vergebende Stelle ist verpflichtet, ihm Informationen über alle Leistungserbringer zur Verfügung zu stellen, mit denen ein Vertrag geschlossen wurde, Kap. 9 § 1 LOV. Damit der Leistungsberechtigte eine bewusste und sinnvolle Wahl treffen kann, müssen diese Informationen gem. Kap. 9 § 2 S. 2 LOV sachlich, relevant, vergleichbar, leicht verständlich und leicht zugänglich sein. Sowohl mit der Information als auch mit anderen Mitteln soll die vergebende Behörde den Leistungsberechtigten bei seiner Wahl unterstützen und die Wahl erleichtern.¹²⁶³ Fraglich ist, ob bei dieser Art des Abrufs tatsächlich auch ein Abruf durch den Leistungsempfänger, oder nur eine Auswahl durch ihn stattfindet. Tatsächlich findet aber ein Abruf der Leistung statt, da die Leistungserbringer im Rahmen der zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger geschlossenen Rahmenverträge nach Teilnehmerzahlen entlohnt werden.

Zwischen dem Leistungsempfänger und dem Leistungserbringer kommt dabei ein zivilrechtlicher Vertrag zu Stande, der regulärem Zivilrecht und Verbraucherschutzrecht unterworfen ist.¹²⁶⁴

1262 S. o. S. 182 f.

1263 *Arbetsmarknadsdepartementet*, Valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen, Ds. 2010:1, S. 16. Ob der Leistungsberechtigte jedoch tatsächlich jederzeit vollständig informiert wird, ist fraglich, siehe beispielsweise für den Bereich der aktiven Arbeitsförderung zusammenfassend *Lundin*, in: Hartmann (Hrsg.), *Konkurrenssens konsekvenser*, 2011, S. 146, 172.

1264 Siehe beispielsweise HD, NJA 2002, 644, zu Rechtsstreitigkeiten um die Ausführung siehe auch unten S. 324 ff.

bb) Abruf durch den Leistungsträger

(1) Wahlfreiheitssystem

Eine Besonderheit des Wahlfreiheitssystems stellt dar, dass die vergebende Behörde eine „Nichtwahlalternative“ bereithalten muss, Kap. 9 § 2 LOV. Dies hat das Ziel, dem Leistungsempfänger nicht das Risiko des Nichtwählenkönnens aufzubürden. Damit liegt die Letztverantwortung für die Auswahl der Maßnahme bei der Behörde. Diese Letztverantwortung kann die Behörde durch eine Bereitstellung der Leistung in Eigenregie wahrnehmen oder einen der Leistungserbringer als „Nichtwahlalternative“ benennen.¹²⁶⁵ In diesem Fall muss diese „Nichtwahlalternative“ aber konkurrenzneutral zu den vertragsgebundenen Leistungserbringern sein.¹²⁶⁶ Damit ist wohl gemeint, dass das Angebot des Leistungserbringers, der dann im Rahmen der „Nichtwahlalternative“ ausgewählt wird, weder in Preis noch in Qualität hinter den Angeboten der anderen Leistungserbringer, die einen Rahmenvertrag mit der vergebenden Stelle gezeichnet haben, zurückbleiben darf.¹²⁶⁷ Auswirkungen auf die Rechtsverhältnisse hat der Wechsel des Abrufenden in Schweden nicht, da unabhängig vom tatsächlichen Leistungsabruf der Rahmenvertrag mit dem Arbeitsvermittlungsamt zur Zahlungsverpflichtung des Amtes gegenüber dem Leistungserbringer führt.

(2) Vergabe

Führt der Leistungsträger – ob es sich nun um das Arbeitsvermittlungsamt oder einen anderen öffentlichen Auftraggeber handelt – eine Vergabe nach dem regulären Vergabeverfahren durch, so wird nach Erteilung des Zuschlags ein Vertrag zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer geschlossen. In diesen Fällen – z. B. wenn bestimmte Kurse oder Maßnahmen als Gesamtpaket abgerufen werden – wird der Leistungsabruf auch durch den Leistungsträger durchgeführt.

V. Vergleich der rechtlichen Einbindung bei der Erbringung der Förderleistungen

1. Verwaltungsorganisation

Sollen nun die rechtlichen Strukturen bei der Einbindung der Leistungserbringer zur Umsetzung der Förderungsleistungen verglichen werden, fällt auf, dass diese Strukturen durch die grundsätzliche Organisation der Verwaltung von Leistungen, die Weiterbildungsmaßnahmen finanzieren, stark beeinflusst werden. Beide Länder führen im Regel-

¹²⁶⁵ *Arbetsmarknadsdepartementet*, Valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen, Ds. 2010:1, S. 16.

¹²⁶⁶ A. a. O.

¹²⁶⁷ Abgeleitet aus a. a. O., S. 16.

fall diejenigen Leistungen, die Weiterbildungsmaßnahmen zur Vermeidung und/oder Behebung von Arbeitslosigkeit finanzieren, in einem speziellen System der Arbeitsförderungsmaßnahmen, bzw. der Arbeitsmarktförderung durch.¹²⁶⁸

In beiden Ländern existieren Versicherungen für den Risikofall der Arbeitslosigkeit. Die Verbindung der Versicherungen zu der möglichen Finanzierung von Maßnahmen zur Weiterbildung wird jedoch sehr verschieden umgesetzt: In Deutschland findet eine Verschränkung über die interne Organisation sowie über eine Anrechnungsregel zur Verrechnung mit Ansprüchen auf Arbeitslosengeld statt, während in Schweden lediglich eine funktionelle Verzahnung der rechtlichen Voraussetzungen sowie eine finanzielle Verzahnung der Systeme vorgenommen wird.

Auch die Weiterbildungsmaßnahmen zur Verbesserung der beruflichen Gesamtsituation werden im Regelfall unterschiedlich organisiert: In Deutschland werden diese durch externe, meist nur finanzielle Regelungen, gefördert, die lediglich auf den Leistungsempfänger zugeschnitten sind und von sehr unterschiedlichen Stellen finanziert werden. In Schweden werden Aufstiegsweiterbildungsmaßnahmen dagegen auch in Bezug auf die finanzielle Unterstützung in das Gesamtbildungssystem und die dazu gehörige Studienhilfe mit einbezogen.

Zuletzt unterscheidet sich auch die Organisation von Maßnahmen, die Leistungsempfängern, die bedarfsabhängigen Unterhalt (Sozialhilfe bzw. Versorgungsbeihilfe) beziehen, zugewiesen werden. In Schweden ordnen die Kommunen diese Maßnahmen an, wobei sie mit dem Arbeitsvermittlungsamt kooperieren. In Deutschland kooperieren die Gemeinden dagegen nicht auf tatsächlicher, leistungsbezogener, sondern aufgrund der Verknüpfung auf organisatorischer Ebene im Rahmen der sog. Jobcenter.

2. Konkrete rechtliche Einbindung

a) Qualifikations-/Voraussetzungsebene

Auf den ersten Blick unterscheidet sich die Qualifikations- und Voraussetzungsebene in beiden Ländern stark, da zwar jeweils ein Bündel von verschiedenen Qualifikationswegen zur Verfügung steht, die Qualifikation jedoch in Deutschland im Rahmen eines privaten Zertifizierungsmarktes, in Schweden aber sowohl durch private Instrumente als auch durch die Einbindung in das allgemeine Bildungssystem erfolgt.

Es finden sich jedoch starke Gemeinsamkeiten. In beiden Ländern werden die Ausbildung von Lehrpersonal und die finanzielle Stabilität der Leistungserbringer bereits auf einer allgemeinen, im Gesamtmarkt wirksamen, Ebene reguliert. Auffällig ist

¹²⁶⁸ Eine Ausnahme besteht für diejenigen Leistungen, die die schwedischen Kommunen in eigener Verantwortung erbringen und organisieren, um die Leistungen der Sozialhilfe zu reduzieren. Diese Leistungen beschaffen und organisieren die Gemeinden selbst. Eine Abstimmung und Zusammenarbeit mit dem System der Arbeitsförderung findet nur im Rahmen ausdrücklicher Kooperationsabreden statt.

zudem, dass in beiden Systemen eine Regulierung in Bereichen vorgesehen ist, die vom jeweiligen Staat als besonders schützenswert eingestuft werden. In Deutschland handelt es sich um den Bereich des Fernunterrichts, in Schweden um den Bereich der Auftragsausbildung durch öffentliche Bildungsträger als besondere Gruppe von Leistungserbringern. Unterschiedlich ist in diesem Zusammenhang, welche Schutzzwecke von den jeweiligen nationalen Normgebern verfolgt werden: In Deutschland soll mit der Regulierung des Fernunterrichts der Verbraucher geschützt werden, während in Schweden offensichtlich das Handeln öffentlicher Einrichtungen, insbesondere von Hochschulen, als regulierungsbedürftig eingestuft wird. Die Normen zur sog. Auftragsausbildung zielen dabei vor allem darauf ab, dass die externen, marktbasierten Bildungsmaßnahmen nicht mit dem regulären Lehrangebot der Hochschule verwechselt werden sollen.¹²⁶⁹ Hervorzuheben ist in Folge vor allem, dass die Vergleichsländer Deutschland und Schweden unterschiedliche Prinzipien bzw. Personengruppen als schützenswert einstufen.

b) Bereitstellungsebene

Auch die Bereitstellungsebene genannte Regulierung des Marktzugangs wird unterschiedlich ausgestaltet. Dies erklärt sich bereits daraus, dass andere Inhalte der Qualifikationsebene auch andere Strukturen für den Marktzugang bedingen.

aa) Ortsnahe Organisation

Beide Arbeitsförderungssysteme sind grundsätzlich so organisiert, dass eine ortsnahe Leistungserbringung auch in Bezug auf die Leistungsbeschaffung stattfinden könnte. Im deutschen Recht ist diese ortsnahe Erbringung in § 9 Abs. 1 SGB III gesetzlich vorgegeben.¹²⁷⁰

Die Ortsnähe wird in Schweden umfassend umgesetzt, da nicht nur die Entscheidung über die Leistungsvergabe an das Individuum, sondern auch die Beschaffung über Ausschreibung und Wahlfreiheitssystem einzelfall- und ortsgebunden erfolgen. Insbesondere die von den Kommunen angewiesenen arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen und die von den Kommunen verantworteten Weiterbildungsmaßnahmen aus eigenen Mitteln sind bereits per se ortsnah. In Deutschland vollziehen sich zwar die Leistungsvergabe gegenüber dem Leistungsempfänger und die sog. Bildungsplanung, also die Bedarfsprognose, ortsgebunden, die Maßnahmen werden aber aufgrund des Systems der Zulassung durch externe Anbieter ohne Anbindung an die örtlichen Agenturen für Arbeit und ohne örtliche Einschränkung zugelassen und vergeben. Lediglich die tatsächliche Beschaffung durch Vergabe nach § 16 Abs. 3a SGB II erfolgt durch das jeweilige Regionale Einkaufszentrum und damit etwas ortsnäher.

1269 Siehe zur Auftragsausbildung allgemein oben S. 247 f., zur Qualitätssicherung unten S. 315 ff.

1270 Diese dezentralisierte Organisation wurde erst mit dem SGB III eingeführt, siehe *Bieback*, KJ 1997, S. 15, 43.

In den außerhalb der Arbeitsförderungssysteme finanzierten Bereichen wird in Schweden die Ortsnähe nicht besonders gefördert, da zumeist entweder der Studierende oder der Anbieter selbst im Wege der Objektförderung finanziert werden und im Zuge dieser Finanzierungsmöglichkeiten keine besondere Verbindung zur Regulierung der örtlichen Verteilung des Weiterbildungsmarktes besteht. Eine Sicherung der ortsnahen Erbringung findet nur insofern statt, als eine (nahezu) flächendeckende Förderung der Maßnahmen angeboten wird. In Deutschland gibt es keine flächendeckende Förderung¹²⁷¹ (auch wenn dies früher wohl einmal Grundgedanke der landesrechtlichen Weiterbildungsgesetze war¹²⁷²). Die Ortsnähe wird aber zumindest dadurch befördert, dass es landesrechtliche Regelungen zur Förderung gibt, die bereits aufgrund der örtlichen Begrenzung eine beschränkte Ortsnähe erzeugen.

bb) Instrumente des Marktzugangs (Bereitstellungsebene)

(1) Akkreditierungssysteme

Auch in Bezug auf die Instrumente des Marktzugangs für die Leistungserbringer können Gemeinsamkeiten festgestellt werden. Insbesondere beinhalten beide jeweiligen Systeme der Arbeitsförderung Akkreditierungsverfahren:¹²⁷³ Sowohl das deutsche „Zertifizierungsverfahren“ als auch das schwedische Wahlfreiheitssystem¹²⁷⁴ führen eine Akkreditierung der Leistungserbringer durch, auf die ein Abruf durch den Leistungsempfänger folgt. Unterschiede ergeben sich daraus, dass in Deutschland die Anforderungen an die Weiterbildungsmaßnahmen genau im Gesetz und in dem Katalog einer Verordnung (der AZAV) festgelegt werden, während in Schweden im Gesetz über das Wahlfreiheitssystem nur allgemeine Anforderungen an den Leistungserbringer festgelegt werden, da das Gesetz eine Erweiterung des schwedischen Vergaberechts darstellt. Die speziellen Anforderungen müssen daher in der sog. „Annonce“, d. h. dem Angebot, dargelegt werden.¹²⁷⁵ Zwar regeln auch die §§ 177 ff. und die AZAV zunächst allgemein die Akkreditierung der Leistungserbringer im SGB III, es existieren aber mit § 180 SGB III und § 4 AZAV detailgenaue zusätzliche Anforderungen für Weiterbildungsmaßnahmen. Diese Unterscheidung treffen die schwedischen Regelungen nicht, was aber auch der allgemein geringeren Detailtiefe des schwedischen Rechts geschuldet sein kann.

Zudem stellen die rechtlichen Regelungen ein unterschiedliches Regel-Ausnahme-Verhältnis her: In Schweden werden die Weiterbildungsmaßnahmen grundsätzlich im Rahmen des Vergaberechts nach dem LOU bereit gestellt, während das System des LOV, das einem Zertifizierungssystem gleicht, regelungstechnisch als Ausnahme fun-

1271 Siehe *Weiβ*, in: Tippelt (Hrsg.), Handbuch Erwachsenenbildung/Weiterbildung, 2011, S. 367, 374.

1272 Siehe *Nuissl/Druckenmüller, et al.*, in: Tippelt (Hrsg.), Handbuch Erwachsenenbildung/Weiterbildung, 2011, S. 329, 332.

1273 Zum in der vorliegenden Arbeit verwendeten Begriff der Akkreditierung s. o. S. 212.

1274 S. o. S. 254 ff.

1275 Siehe hierzu oben S. 254.

giert. In Deutschland wird dagegen grundsätzlich eine Zertifizierung der Anbieter durchgeführt und nur als Sonderregelung in § 16 SGB III auf das Instrument des Vergaberechts zurückgegriffen. Diese Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zeigt auch, dass sich in Bezug auf die konkrete rechtliche Einbindung Akkreditierung und selbst getroffene Auswahlentscheidung der finanzierenden Stelle durch Vergabe und Zulassung als funktionell gleichwertige Lösungen gegenüber stehen. Hierin zeigt sich auch eine Bewegung hin zu einer stärkeren externen Kontrolle durch Zertifizierungen und Akkreditierungen unter Beibehaltung der vorgefundenen Strukturen.¹²⁷⁶

Weitere Unterschiede der Beschaffungssysteme bestehen darin, dass die Akkreditierung und Zulassung in Deutschland vollständig abstrahiert vom einzelnen Auftrag vorgenommen wird, während in Schweden die Akkreditierung auf die einzelne Art von Maßnahme ausgerichtet ist und diese auch vergaberechtlich ausgeschrieben wird. Zweitens werden die Leistungserbringer nach der Akkreditierung in Deutschland lediglich im Rahmen eines materiell-gesetzlich festgelegten Systems eingebunden, während in Schweden die Beschaffungsstelle mit jedem der Leistungserbringer einen Rahmenvertrag schließt. Die Akkreditierung unterscheidet sich von der Zertifizierung darin, dass nicht eine Eigenschaft bestätigt wird, sondern zugleich der Zugang zu einem Markt eröffnet wird. Dieser Schritt fällt in Deutschland mit der Akkreditierung zusammen, während in Schweden auf die Bestätigung im Wahlfreiheitssystem noch der Abschluss eines Rahmenvertrags folgt. Erst mit diesem ist der Leistungserbringer zugelassen.

(2) Vergabe und vergabeähnliche Auswahlverfahren

Besondere Auswahlverfahren, insbesondere Vergabeverfahren führt der Leistungsträger durch, wenn er eine begrenzte Anzahl von Verträgen schließen will und zugleich Nachfrager der Leistung ist.¹²⁷⁷ Vergabeverfahren sind in beiden Vergleichsländern jedoch nur dann verpflichtend, wenn die Voraussetzungen für das jeweils anzuwendende nationale oder europarechtliche Vergaberecht erfüllt sind. Dabei wird die Auswahl der Leistungserbringer über die Erzeugung von Wettbewerb der Anbieter untereinander gesteuert.

In beiden Ländern werden Weiterbildungsmaßnahmen durch Ausschreibungen beschafft. In Deutschland handelt es sich hierbei um diejenigen Weiterbildungsmaßnahmen, die gerade nicht im System der Arbeitsförderung für „Standard“-Arbeitslose bzw. von Arbeitslosigkeit Bedrohte, vergeben werden, sondern als Ausnahmeregelung für sog. „Langzeitarbeitslose“ oder als Aktivierungsmaßnahme beschafft werden. Im Gegensatz dazu können bzw. müssen in Schweden ohne Ausnahme alle Maßnahmen per Vergabe beschafft werden. Die Anwendung des Wahlfreiheitssystems durch die beschaffende Stelle erfolgt dabei auf freiwilliger Basis, je nachdem, ob die beschaffende Stelle für die jeweiligen Maßnahmen für das System optiert hat oder nicht. Für die Ar-

1276 Siehe zunächst auf dem Gebiet der Finanzprüfung *Power*, *The audit society*, 1997, S. 41 ff. *Power* beschreibt, dass es nicht primär um externe Kontrolle geht, sondern um eine interne und systematische Regulierung der Strukturen im Beziehungsnetz der Akteure, a. a. O., S. 42.

1277 *Becker/Meeßen et al.*, VSSR 2011, S. 323, 355 ff.

beitsmarktausbildungsmaßnahmen im System des Arbeitsvermittlungsamts wurde bisher nicht für das Wahlfreiheitssystem optiert, dies wäre jedoch jederzeit möglich.

Im Rahmen des schwedischen vergabeähnlichen „Wahlfreiheitssystems“ wird das Problem der Vereinbarkeit mit europäischem Vergaberecht und der Notwendigkeit von Anpassungen des LOV in diesem Zusammenhang stark diskutiert.¹²⁷⁸ Dies hängt mit der europarechtlichen Überformung des Vergaberechts¹²⁷⁹ zusammen. In Deutschland stellt sich das Problem der EU-vergaberechtskonformen „Akkreditierung“ dagegen nicht. Dies liegt an der anderen Ausgestaltung des Systems, insbesondere daran, dass die Akkreditierung abstrakt, also nicht in Bezug auf die einzelnen Weiterbildungsmaßnahmen stattfindet und auch nicht durch den Leistungsträger selbst, sondern durch eine zumindest nominell unabhängige Akkreditierungsstelle durchgeführt wird. Auch die Auswahl durch den Leistungsempfänger ist rechtlich so ausgestaltet, dass klargestellt wird, dass die Bezahlung des Leistungserbringers – zumindest in rechtlicher Hinsicht – allein durch den Leistungsempfänger erfolgt.

(3) Umsetzung einer Auffangverantwortung

Aufgrund der besonderen Verantwortung des Staates für Menschen, die schon länger arbeitslos sind, bzw. aufgrund der besonderen Bedarfslage von Langzeitarbeitslosen, die meist aufgrund weiterer Bedarfe schwerer vermittelbar sind, haben beide Staaten im Fall des Sondersystems für „Langzeitarbeitslose“ – in Schweden im Rahmen der sog. Job- und Entwicklungsgarantie, in Deutschland im Rahmen des SGB II – eine Auffangoption zur Beschaffung von Maßnahmen vorgesehen. Einen solchen Sonderfall der Beschaffung stellt es dar, wenn das Arbeitsvermittlungsamt in Schweden im Rahmen eines Übereinkommens eine Kommune mit der Erbringung der Leistung beauftragt.¹²⁸⁰ Mit dieser Möglichkeit kann das Arbeitsvermittlungsamt auf einen immer verfügbaren Leistungserbringer zurückgreifen. Auf diese Weise wird in Schweden die Auffangverantwortung geregelt. In Deutschland wird dagegen im Rahmen des § 16 Abs. 3a SGB II gerade die Möglichkeit der Einzelvergabe als besondere Beschaffungsart geregelt.¹²⁸¹ Interessant ist dabei, dass in Schweden eine Auffangoption geschaffen wird, wenn das System der Vergabe im Rahmen des regulären Vergaberechts versagt, während in Deutschland die Beschaffung im Rahmen des Vergaberechts gerade die Auffangoption darstellt, wenn das Akkreditierungssystem versagt.

(4) Fazit

Die Beschaffungsstrukturen von Weiterbildungsmaßnahmen im jeweiligen Arbeitsmarktsystem gleichen sich insofern, als beide Rechtssysteme sowohl eine Vergabe der Maßnahmen als auch eine Art von Akkreditierung und eine Auswahl durch den Leistungsempfänger vorsehen. Außerdem sehen beide Systeme eine Auffangoption bei der

1278 S. o. S. 256 ff.

1279 Diese Überformung hat auch in Deutschland stattgefunden.

1280 S. o. S. 259 ff.

1281 S. o. S. 237 f.

Beschaffung von Maßnahmen für „Langzeitarbeitslose“ vor. Die Gesetzgeber der Vergleichsländer haben die Strukturen an denjenigen strategischen Punkten, die bestimmen, ob Vergaberecht – teilweise auch aufgrund europarechtlicher Vorgaben – zwingend anzuwenden ist, in rechtlicher Hinsicht unterschiedlich ausgestaltet. Dabei ist das deutsche System an einigen Stellen, insbesondere in der Ausgestaltung des Akkreditierungssystems und in Bezug auf die Zahlungsstruktur, die eine Bezahlung durch den Leistungsempfänger vorsieht, so ausgestaltet, dass das Problem der Anwendbarkeit europäischen Vergaberechts möglichst umfassend vermieden wird. Ob es dem schwedischen Gesetzgeber in Bezug auf das Wahlfreiheitssystem gelingt, die Anwendbarkeit europäischen Vergaberechts zu umgehen, bleibt dagegen noch unklar.

Ebenfalls gemeinsam ist den Steuerungsstrukturen, dass die Steuerungsinstrumente auf einen bereits bestehenden Markt ausgerichtet werden. Bereits die (teilweise) Finanzierung von Weiterbildungsmaßnahmen durch staatliche Leistungen greift dabei in den bestehenden Markt der Weiterbildungsmaßnahmen ein, da mit diesen bestimmte Maßnahmen bevorzugt werden. Aber auch sowohl durch das offene Vergabeverfahren als auch durch die Akkreditierung der Anbieter in Deutschland finden im System der Arbeitsförderung Instrumente Anwendung, die einen Markt schaffen und/oder stützen sollen.¹²⁸² Das Gleiche gilt für die Einbindung der Leistungserbringer in Schweden: Vergabe- und Wahlfreiheitsverfahren beruhen beide auf einem derzeit bestehenden Markt von Weiterbildungsmaßnahmen, wobei sich im Bereich der Arbeitsmarktausbildung nach Einführung des Einkaufsmodells Anfang der 1990er Jahre erst gebildet hat.¹²⁸³ Zudem findet in beiden Ländern die Auswahl der Leistungserbringer im Rahmen von wettbewerbsorientierten Steuerungsinstrumenten statt. In Deutschland sollte die Reform der Arbeitsförderung z. B. auch dazu dienen, das Verhältnis zwischen der Bundesagentur und den Leistungserbringern durch Wettbewerb zu steuern.¹²⁸⁴ Die Vergabeverfahren sind bereits aufgrund der Auswahl-situation auf einen Wettbewerb unter den Leistungserbringern ausgerichtet.¹²⁸⁵

Die unterschiedlichen Zugangsschranken, die für die Weiterbildungsanbieter, die öffentlich geförderte Weiterbildungsmaßnahmen anbieten wollen, geschaffen werden, lassen auch unterschiedliche Marktstrukturen entstehen. Hier beißt sich die Katze in den Schwanz: Ob die typischen Marktstrukturen zuerst entstanden sind und dann geregelt wurden oder umgekehrt, lässt sich wohl nicht ergründen. Zumindest ist aber deutlich, dass sich in Deutschland und Schweden unterschiedliche Marktstrukturen gebildet haben: Während in Deutschland eher abgegrenzte Märkte entstanden, werden in Schweden möglichst alle Möglichkeiten der Bereitstellung in allgemeinen Gesamt(bildungs)systemen integriert.

1282 Wärvik, Nordyrk 2011, S. 1, 1.

1283 S. o. S. 250 und Lundin, in: Hartmann (Hrsg.), *Konkurrenzens konsekvenser*, 2011, S. 146, 156 f.

1284 Siehe Bieback, *SGb* 2005, S. 481, 481 zu den Reformen des Jahres 2001.

1285 Dazu, dass die schwedische Leistungserbringung auf den „Wohlfahrtsmarkt“ insgesamt markliberalen Grundsätzen folgt, siehe Wehlander, in: Madell/Bekkedal, et al. (Hrsg.), *Den nordiska välfärden och marknaden*, 2011, S. 41, 64.

cc) Gleichbehandlung von Weiterbildungsanbietern

Gemeinsamkeiten gibt es auch in Bezug darauf, welche Diskussionen in Bezug auf die Weiterbildungsanbieter geführt werden. Beide Länder diskutieren, ob und wie die Weiterbildungsanbieter bei dem Zugang zum Markt der staatlich geförderten Weiterbildungsmaßnahmen gleich behandelt werden. Über die rein formale Gleichbehandlung hinaus, die beispielsweise durch ein regelgerechtes Vergabeverfahren gewährleistet werden soll, stellt sich die Frage, ob bestimmte Aspekte der Verfahrens- oder der Zulassungsvoraussetzungen zu einer Gleichbehandlung von materiell unterschiedlich einzuordnenden Gruppen von Leistungserbringern führen.¹²⁸⁶ Die Gleichbehandlung ist dabei nicht nur aus verfassungsrechtlichen, sondern auch aus europarechtlichen Gründen geboten. Die aus den Grundfreiheiten abgeleiteten Grundsätze gelten nicht nur für Dienstleistungskonzessionen, sondern auch für Akkreditierungsverfahren.¹²⁸⁷ Die für einen Vergleich zu bildenden Gruppen können dabei hauptsächlich unter zwei Aspekten geordnet werden:

Gemeinsam ist allen Verfahren, die größere (und steigende) formale Anforderungen stellen, dass große Leistungserbringer im Vorteil sind. Sie haben allein aufgrund ihrer Größe mehr personelle und finanzielle Ressourcen, um die formalen Anforderungen zu erfüllen. Außerdem können sie eine größere Routine im Umgang mit Zertifizierungsverfahren und Ausschreibungen entwickeln, weil sie in größerem Umfang Maßnahmen anbieten. Auch die Vergabeverfahren bevorzugen insofern größere Anbieter, als diese in größerer Anzahl – oder überhaupt – bereits bestehende Erfahrungen mit der ausgeschriebenen Maßnahme als Referenzkriterien angeben können. In Schweden waren diese Unterschiede eines der entscheidenden Probleme, die mit der Einführung des Wahlfreiheitssystems beseitigt werden sollten, da mit der grundsätzlichen Zulassung kleinere Leistungserbringer mehr Zeit haben, sich auf Ausschreibungen zu bewerben und das Wahlfreiheitssystem nach seiner Konzeption nur grundsätzliche Zulassungskriterien prüft.¹²⁸⁸ In Deutschland soll im Rahmen der Akkreditierung im SGB III ein transparentes Preisermittlungsverfahren der FKS (aufgrund des geringeren Prüfungsaufwands) zu geringeren Preisen bei kleineren Leistungserbringern führen.¹²⁸⁹ Der Grundaufwand für die Zertifizierung und für die für die Zertifizierung nötigen externen Qualitätsmanagementinstrumente bleibt aber gleich.

Ebenfalls unterschiedlich behandelt werden in beiden Ländern gemeinnützige und gewinnorientierte Anbieter. Dabei erstreckt sich die Ungleichbehandlung in Schweden

1286 Zu einer evtl. nicht gerechtfertigten Gleichbehandlung kleinerer Leistungserbringer im Rahmen der Akkreditierung im deutschen SGB III siehe BT-Drucks. 17/6617, S. 1 Frage Nr. 4 und Nr. 6.

1287 Zur Anwendung der Grundsätze bei Dienstleistungskonzessionen siehe Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2011, § 99 GWB Rn. 199, § 97 GWB Rn. 10 ff. Mit Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2014/24/EU vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe wird die das Argument für die Beachtung europarechtlicher Grundsätze im Akkreditierungsverfahren noch gestärkt werden, da die Richtlinie die Anforderungen im Dienstleistungsbereich insgesamt erhöht.

1288 Siehe *Pettersson/Vamstad*, in: ACEVO (Hrsg.), *Lessons from Abroad: the third sector's role in public service transformation*, 2008, S. 65, 73 f.

1289 BT-Drucks. 17/6721, S. 2, Antwort zu Frage Nr. 4 und S. 3, Antwort zu Frage Nr. 6.

im Rahmen der Einbindung im Arbeitsförderungssystem aber nur auf diejenigen Unterschiede, die sich aus anderen Rechtsbereichen ergeben, so beispielsweise aus dem Steuerrecht, wenn gemeinnützige Anbieter keine Registrierung zum Mehrwertsteuersystem vorweisen müssen.¹²⁹⁰ In Deutschland haben gemeinnützige Anbieter diejenigen Vorteile, die sich aus den Finanzierungsbestimmungen ergeben. Zur Beurteilung einer Bevorzugung gemeinnütziger Leistungserbringer gilt das oben im Rahmen des Vergleichs der Leistungen Gesagte.¹²⁹¹

dd) Rechtsweg

Schließlich ist der Rechtsweg, auf dem sich die Leistungserbringer gegen eine Verweigerung der Akkreditierung und/oder Zulassung wehren können, in beiden Ländern zu den Verwaltungsgerichten¹²⁹² eröffnet. Wird die Gewährung von Schadensersatz für Schäden angestrebt, die aus einer fehlerhaften Verfahrensführung bei der Akkreditierung entstanden sind, ist in beiden Ländern der Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet.

Die Länder unterscheiden sich aber in der Transparenz und damit in der Zugänglichkeit und Gewährleistung des Rechtswegs: Während in Schweden die Schritte zur Erlangung von Rechtsschutz klar im Rahmen des LOU und des LOV erläutert werden, existierte in Deutschland im Fall der Akkreditierung gem. §§ 176 ff. SGB III zunächst kein Hinweis auf das notwendige Vorgehen. Zwar ist dies im Rahmen der deutschen Gesetzgebung auch nicht üblich – vielmehr wird die Zuständigkeit im Rahmen der Gerichtsordnungen und -gesetze geregelt –, der misslungene Versuch des Gesetzgebers, eine rein privatrechtliche Struktur zu schaffen und die daraus folgenden Streitigkeiten um den richtigen Rechtsweg führten aber dazu, dass der Rechtsweg nicht transparent und damit schwerer zugänglich war.¹²⁹³ Inzwischen regelt § 51 Abs. 2 SGG den Rechtsweg ausdrücklich in Einklang mit der Einordnung als privatrechtliche Materie in § 177 Abs. 1 S. 2 SGB III. Die Zuordnung zu den Sozialgerichten zeigt, dass sich auch der Gesetzgeber darüber im Klaren war, dass für die rechtliche Beurteilung der Akkreditierungen öffentlich-rechtliche Maßstäbe gelten. Für juristische Laien sind die Überlegungen jedoch fremd. Dies gilt im Besonderen, als die „Zertifikate“ der deutschen FKS, die zugleich Zulassungsbescheide darstellen, keine Rechtsbehelfsbelehrung enthalten.¹²⁹⁴

1290 S. o. S. 191 f.

1291 S. o. S. 203 f.

1292 In Deutschland zu den Sozialgerichten, die die besonderen Verwaltungsgerichte für sozialrechtliche Streitigkeiten darstellen, §§ 1, 51 Sozialgerichtsgesetz, vom 23.09.1975, BGBl. 1975 I, 2535.

1293 Indirekt führt die Vorgabe durch die BA auch dazu, dass die FKS als Akkreditierungsstellen die Zertifizierungsergebnisse und damit die Zulassungsbescheide ohne Rechtsbehelfsbelehrung verschicken – dies verlängert zwar die Klagfrist, ändert aber nichts an der Intransparenz des Rechtsschutzes für die Leistungserbringer.

1294 Siehe als Beispiel nur <http://www.cord-hibbing.de/files/arbeitsfoerderung.pdf> (zuletzt abgerufen: 17.04.2016).

c) Abruf der Leistung

Der Abruf der Leistung kann einerseits durch die finanzierende Behörde, andererseits durch den Leistungsempfänger erfolgen. Im Zuge des Abrufs der Einzelleistung kann der Leistungsempfänger zudem verschiedene Handlungsmöglichkeiten und -pflichten haben.

Beiden Ländern sehen einen Abruf durch den Leistungsempfänger vor. Sowohl Deutschland als auch Schweden haben Sonderregelungen getroffen für den Fall, dass der Leistungsempfänger Schwierigkeiten bei der Auswahl der Maßnahme hat. In Deutschland sieht die Regelung des § 16 Abs. 3a SGB II eine Einzelbeschaffung von Maßnahmen bei Schwierigkeiten des Leistungsempfängers vor,¹²⁹⁵ während in Schweden die Behörde grundsätzlich eine sog. „Nichtwahlalternative“ bereithalten muss.¹²⁹⁶ Dies zeigt auch bereits den Unterschied der Regelungen: Das schwedische Recht geht davon aus, dass es immer möglich ist, dass der Einzelne nicht die Handlungsfähigkeit zur Wahl der Maßnahme besitzt, während im deutschen Recht diese Möglichkeit auf eine bereits benachteiligte Gruppe, nämlich typisierte „Langzeitarbeitslose“, die Grundversicherung (SGB II) beziehen, begrenzt ist. Zudem muss im deutschen Recht die fehlende persönliche Fähigkeit zur Wahl gesondert begründet werden (§ 16 Abs. 3a S. 1 Nr. 2 SGB II), was eine zusätzliche Schwelle für die Inanspruchnahme der Einzeloption darstellt, während in Schweden keine solche Schwelle aufgebaut wird.

Im Rahmen des Systems der Akkreditierung wird die Leistung größtenteils im Verhältnis zum Leistungsempfänger konkretisiert. Damit findet in Deutschland eine noch stärkere Verlagerung der Verantwortung für die Umsetzung der Förderungsleistung auf den Leistungsempfänger statt, da nicht nur die Auswahl des Leistungserbringers an ihn ausgelagert wird, sondern auch Inhalt und Dauer der Maßnahme ihm gegenüber im Rahmen der Leistungserbringung festgelegt werden. In Schweden wählt zwar ebenfalls der Leistungsempfänger Leistungserbringer und Maßnahme aus, die Inhalte werden aber mit dem Instrument des Rahmenvertrags auch im Verhältnis zum Leistungserbringer und nicht nur im Verhältnis zum Leistungsempfänger festgelegt.¹²⁹⁷

Ein Abruf durch den Leistungsträger erfolgt schließlich in beiden Ländern in denjenigen Fällen, in denen eine Vergabe durchgeführt wird oder die beschaffende Stelle auf andere Weise direkt beschafft.¹²⁹⁸ In diesen Fällen stellen sich die Probleme, die bei Auseinanderfallen von Leistungsempfänger und Finanzierendem entstehen, nicht.

1295 S. o. S. 237 ff.

1296 S. o. S. 263.

1297 Zur Anwendbarkeit von europäischem Vergaberecht siehe bereits oben S. 256 f.

1298 Die Beschaffung durch Vergabe wird in Schweden derzeit (noch) in den meisten Fällen angewandt. Eine Ausdehnung des oben beschriebenen Wahlfreiheitssystems ist geplant und soll derzeit beispielsweise auf Bildungsmaßnahmen für Einwanderer stattfinden, siehe Svenska för invandrare – Valfrihet, flexibilitet och individanpassning, SOU 2013:76, S. 268 ff.