

## Universell einsetzbare Leerformelbegründungen in Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen

Beate Kutschke\*

A. Statt einer Einführung in den Stand der Forschung .....	262	III. Zuschnitt auf den Konkreten Fall (Merkmalsaggregat 2) .....	286
I. ‚Leerformel‘-Entscheidungen .....	263	D. Erfolglose gerichtliche Kontrolle .....	288
II. ‚Meldetermin‘-Entscheidungen .....	266	I. Die Entscheidungen von 2010 und 2011 .....	289
III. Rechtsgebietsinterne und -übergreifende Fragen und Thesen .....	268	II. Die Entscheidungen von 2015 .....	290
B. Leerformelbegründungen und deren verfassungsrechtliche Bedeutung .....	272	E. Plurales Fazit .....	293
I. Merkmalsaggregate .....	272	I. Leerformelbegründungen – ein rechtsgebietsübergreifendes Problem .....	293
II. Weitreichende verfassungsrechtliche Konsequenzen .....	274	II. Verwaltungsrechtlich spezifische Schlussfolgerungen .....	296
C. Leerformelbegründungen in Meldeaufforderungen .....	279	III. Leerformelbegründungen und Rechtsordnung .....	297
I. Erörterung der Entscheidungsoptionen (Merkmalsaggregat 1) .....	279		
II. Textbausteine und universelle Einsetzbarkeit (Merkmalsaggregate 2 und 3) .....	283		

*In allen Rechtsgebieten gelten ‚Leerformeln‘ (oder ‚bloß formelhafte Wendungen‘) in exekutiven und judikativen Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen als schwerwiegende Begründungsfehler, die die Richtigkeit der Entscheidung infrage stellen. In Verwaltungsentscheidungen sind Leerformelbegründungen sogar dem gänzlichen Fehlen einer Begründung äquivalent. Ausgehend von der Beobachtung einer seit etwa dreißig Jahren bestehenden Divergenz in der Rechtsprechung – sowohl zwischen verschiedenen Fachgerichten als auch innerhalb desselben Fachgerichts – erörtert der Beitrag die Ursachen und verfassungsrechtlichen Konsequenzen von Leerformelbegründungen in Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen. Er stellt zum ersten Mal die Merkmale von Leerformelbegründungen systematisch zusammen und diskutiert ihre Anwendbarkeit in der exekutiven und judikativen Praxis.*

### A. Statt einer Einführung in den Stand der Forschung

Das Wort ‚Leerformel‘ findet im juristischen Kontext immer wieder, wenn auch nicht regelmäßig Anwendung. Eine vergleichsweise prominente Rolle spielt das Wort im Kontext der Auseinandersetzung über den Begriff der Menschenwürde.<sup>1</sup>

\* Beate Kutschke ist promovierte Kulturwissenschaftlerin und Privatdozentin für Musikwissenschaft an der Paris Lodron Universität Salzburg.

1 H. A. Stöcker, Menschliche Würde und kritische Jurisprudenz – Zur utilitaristischen Auslegung des Art. 1 I GG, Juristenzeitung 1968, S. 685; N. N. Hoerster, Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, Juristische Schulung 1983, S. 93; W. Höfling, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde – An-

‚Leerformel‘ wird in der Regel synonym mit ‚inhaltsleer‘, ‚nichtssagend‘ oder ‚Worthülse‘ gebraucht und hat den Stellenwert einer Metapher. Der Begriff scheint im juristischen Diskurs keine Schwierigkeiten zu bereiten. Die Verwendung des Wortes ist in der Regel für die juristische Argumentation so wenig erheblich, dass es kaum angemessen scheint, ‚Leerformel‘ als unbestimmten Rechtsbegriff zu klassifizieren. Es gibt somit weder eine Legaldefinition noch rechtswissenschaftliche Literatur, die das Konzept der Leerformel reflektiert. Dieser generellen Sachlage widersprechen allerdings eine Reihe von in zwei Gruppen aufteilbare gerichtliche Entscheidungen – ‚Leerformel‘- und ‚Meldetermin‘-Entscheidungen –, die vor Augen führen, dass der Begriff der Leerformel einer juristischen Klärung bedarf – und zwar dann, wenn er als Ellipse für ‚Leerformelbegründung‘ verwendet wird.

### I. ‚Leerformel‘-Entscheidungen

Es gibt eine Anzahl von neueren höchstrichterlichen Entscheidungen – vom BSG (2000), BGH (2012, 2013, 2019, 2021), BVerwG (2014) und BVerfG (2009)<sup>2</sup> –, in denen der Begriff der Leerformel dazu dient, die Qualität der von den Gerichten geprüften Entscheidungen prägnant auf den Punkt zu bringen. Bei den Entscheidungen handelte es sich jeweils um behördliche. Der anhand dieser Entscheidungen dargestellte rechtliche Sachverhalt ist jedoch auf alle Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen, insbesondere rechtsmittelfähige gerichtliche Entscheidungen, übertragbar.

In den ‚Leerformel‘-Entscheidungen gerichtlich geprüft wurde die Bescheidung eines Antrags auf Abfindung einer Verletztenrente nach § 76 Abs. 1 S. 1 SGB VII,<sup>3</sup> die die Ausübung von Ermessen (auf der Rechtsfolgenseite) erforderte, eine gerichtliche Durchsuchungsanordnung nach § 103 StPO, die einem behördlichen Antrag stattgab, der wiederum gemäß § 102 StPO Entschließungs- und implizit Gestaltungsermessen erforderte,<sup>4</sup> sowie fünf Anordnungen der Freiheitsentziehung

näherungen an einen schwierigen Verfassungsrechtssatz, Juristische Schulung 1995, S. 857; H. Dreier, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., Tübingen 2004, Art. 1 Abs. 1.

2 BSG, Urteil vom 18.4.2000, Az. B 2 U 19/99 R (SozR 3-2700 § 76 Nr. 2), Rn. 21-22; BVerfG, Beschluss vom 18.3.2009, Az. 2 BvR 1036/08 (BVerfGK 15, 225), Rn. 69; BVerwG, Urteil vom 10.12.2014, Az. 1 C 11.14 (BVerwGE 151, 102), Rn. 22; BGH, Beschluss vom 1.3.2012, Az. V ZB 183/11 (FGPrax 2012, 179), Rn. 7-8; BGH, Beschluss vom 16.5.2013, Az. V ZB 44/12 (NVwZ 2013, 1361), Rn. 16; BGH, Beschluss vom 21.8.2019, Az. V ZB 100/18 (BeckRS 2019, 24281), BGH, Beschluss vom 20.4.2021, Az. XIII ZB 36/20 (BeckRS 2021, 15549). Im Folgenden wird die Rechtsprechung nicht nur nach den „amtlichen“ Entscheidungssammlungen, soweit vorhanden, sondern auch mit Datum und Aktenzeichen zitiert. Diese Vorgehensweise steigert die Einsicht in das historische Gewordensein einer rechtlichen Sachlage und bietet ein Maximum an Eigen- und Fremdkontrolle hinsichtlich der zeitlichen Kohärenz der angeführten Quellen und der hierauf aufbauenden Argumentation.

3 BSG 2000 (Fn. 2), Rn. 21-22.

4 BVerfG 2009 (Fn. 2), Rn. 69.

nach § 62 AufenthG mit detailliert geregelten Begründungsanforderungen aus § 417 Abs. 2 FamFG.<sup>5</sup>

Trotz der rechtlichen Verschiedenheit der Fälle war allen überprüften Verwaltungsakten und -anträgen gemeinsam, dass nach Auffassung der Gerichte erhebliche Begründungsmängel vorlägen, die die Gerichte u.a. mit dem Begriff der Leerformel sprachlich einzuholen suchten. Orientiert man sich an etablierten Begründungsfehlerlehren, so dürften Begründungen mit Leerformelcharakter (im Folgenden: ‚Leerformelbegründungen‘) weitgehend, jedoch nicht vollständig mit Begründungsmängeln übereinstimmen, die in Gerichtsentscheidungen, Kommentaren und einigen Dissertationen seit Mitte der 1970er Jahre als „bloß formelhafte Wendungen“<sup>6</sup> bezeichnet werden. In der Tat werden in den ‚Leerformel‘-Entscheidungen häufig beide Begriffe – ‚Leerformel‘ und ‚formelhafte Wendungen‘ – verwendet.<sup>7</sup>

Das Eigentümliche von Entscheidungen, die ausschließlich mit ‚Leerformeln‘ (oder ‚bloß formelhaften Wendungen‘) begründet sind, ist, dass sie in Abhängigkeit vom konkreten Fall sowohl als materiell als auch formell fehlerhaft klassifiziert werden können. Als materiell fehlerhafte Begründung können sie angesehen werden, wenn die Wortfolgen, die die Leerformeln ‚enthalten‘, als Begründungen mit ungenügen-

5 BGH 2012 (Fn. 2), Rn. 7-8; BGH 2013 (Fn. 2), Rn. 16; BVerwG 2014 (Fn. 2), Rn. 22.

6 Zu Verwaltungsentscheidungen: *H. Gersdorf*, in: H. Posser/H. A. Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO, 58. Aufl., München 2021, § 80 Rn. 87, 88; *F. Schoch*, in: F. Schoch/J.-P. Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwGO, 40. Aufl., München 2021, § 80 Rn. 247, 248; OVG Lüneburg, Urteil vom 14.12.1982, Az. 9 A 34/81 (NJW 1984, 1138 (1139)); *U. Kischel*, Die Begründung, Tübingen 2003, S. 379; *F. Kopp/U. Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., München 2003, § 39 Rn. 19 („formelhafte allgemeine Darlegungen“, „lediglich formale, formelhafte oder inhaltlich abstrakte und nichtssagende Begründung“); *F. Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl., Baden-Baden 2002, S. 201 („abstrakte Formeln ohne Fallbezug“); *T. Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, Frankfurt am Main 1990, S. 199 („‚Leerformelhafte Begründung‘, Begründungen, „die auf jeden Fall passen oder nichtssagend sind“); *D.-J. Walcke-Wulffen*, Begründungszwang bei Verwaltungsakten, München 1974, S. 102 („formelhafte Begründung“). Zu Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit: *G. Breunig*, in: H. Posser/H. A. Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO (dieselbe Fn.), § 108 Rn. 23; *W. Roth*, in: H. Posser/H. A. Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO (dieselbe Fn.), § 124 Rn. 91.2; *M. Kilian*, in: H. Sodan/J. Ziekow (Hrsg.), Nomos-Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2005, § 117 Rn. 82 („inhaltslose Wendungen“); *F. Kopp/W.-R. Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Aufl., München 2005, § 108 Rn. 31 („‚formelhafte‘ Wendung“), § 117 Rn. 14 („formelhafte, allg und letztlich nichtssagende Begründungen“).

7 Entscheidungen mit beiden Begriffen: BSG 2000 (Fn. 2); SG Lüneburg, Beschluss vom 16.9.2009, Az. S 86 AS 1289/09 ER (BeckRS 2009, 74144); LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 2.7.2009, Az. L 10 R 2467/08 (BeckRS 2009, 67158); Bayerisches LSG, Urteil vom 25.2.2010, Az. L 10 AL 296/07 (BeckRS 2009, 67158); Bayerisches LSG, Urteil vom 12.12.2012, Az. L 10 AL 30/11 KL (BeckRS 2012, 215041); LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 29.4.2014, Az. L 2/12 R 113/12 (BeckRS 2014, 69993); SG Duisburg, Urteil vom 2.11.2015, Az. S 16 AL 624/12 (BeckRS 2016, 66059); SG Mainz, Gerichtsbescheid vom 15.10.2018, Az. S 14 AS 381/18 (BeckRS 2018, 33195). Entscheidungen nur mit dem Begriff ‚Leerformel‘: BGH 2012 (Fn. 2); BGH 2013 (Fn. 2); BVerwG 2014 (Fn. 2); BGH, Beschluss vom 26.10.2017, Az. V ZB 143/17 (BeckRS 2017, 136682); BGH 2019 (Fn. 2); BGH 2021 (Fn. 2). Entscheidungen nur mit dem Begriff ‚formelhafte Wendung‘: BSG, Urteil vom 23.9.1997, Az. 2 RU 44/96 (NZS 1998, 300); LSG Hessen, Beschluss vom 31.8.2007, Az. L 4 KA 30/07 ER (BeckRS 2011, 65444); SG Kassel, Beschluss vom 21.2.2017, Az. S 12 SO 8/17 ER (BeckRS 2017, 103674); SG Mainz 2018 (dieselbe Fn.).

den, ‚schlechten‘ Gründen aufgefasst werden, weil die gegebenen Gründe als nicht tragfähig beurteilt werden.<sup>8</sup>

Eine Klassifizierung der Begründungsfehler als formell-rechtlich bietet sich gemäß der herrschenden Lehre demgegenüber deshalb an, weil die fragliche Wortfolge zwar als ‚Begründungsabschnitt‘ der Entscheidung identifiziert werden kann, die in der Passage gemachten Mitteilungen jedoch so nichtssagend sind oder ‚neben‘ dem konkreten Fall liegen, dass sie als Gründe nicht ernst genommen werden können und ihre Überprüfung hinsichtlich ihrer Richtigkeit oder Fehlerhaftigkeit ins Leere läuft. Eine Entscheidung mit solch einer Passage – ‚Worte ohne Gründe‘ – wäre gemäß der zweiten Sichtweise somit äquivalent einer Entscheidung, in der eine Begründung (als Wortfolge) vollständig fehlt.<sup>9</sup> Bei beiden Sichtweisen ist die betreffende Wortfolge jedenfalls leer: leer von tragfähigen Gründen und/oder leer einer Begründung. Es handelt sich um leere Formulierungen, kurz: Leerformeln.<sup>10</sup>

- 8 Vereinzelt: SG Mainz 2018 (Fn. 7). Zur (impliziten) terminologischen Unterscheidung zwischen der Begründung als der Passage oder Wortfolge, die die Gründe ‚enthält‘, (also den gedruckten, in einem Medium gespeicherten und lesbaren Signifikanten) und den eigentlichen Gründen, also den Signifikaten, auf die die Signifikanten Bezug nehmen: M. Axmann, Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsrechtsstreit, Frankfurt am Main et al. 2001, S. 19, 21, 25.
- 9 Beide Sichtweisen werden in unterschiedlichen Ausformungen in der juristischen Theorie vertreten. U. Kischel, Begründungsfehler, Tübingen 2004, S. 36; Kischel, Die Begründung (Fn. 6), S. 379 und Axmann, Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsrechtsstreit (Fn. 8) plädieren für die Klassifizierung der Leerformel als formelle Begründungsfehler (Mehrheitsmeinung; sinngemäß auch: F. Schoch, in: F. Schoch/J.-P. Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwGO, 40. Aufl., München 2021, § 80 Rn. 249; OVG Lüneburg 1982 (Fn. 6)). M. Ehrlein hält die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Begründungsfehlern für zweckmäßig, weil Leerformelbegründungen, anders als fehlerhafte Begründungen, „im Einzelfall“ das Resultat eines Verstosfes gegen Art. 103 I GG sein können (M. Ehrlein, Die Begründungspflicht für erstinstanzliche zivilprozessuale Beschlüsse im Erkenntnisverfahren, Tübingen 1988, S. 363). F. Hufen weist darauf hin, dass „die Grenzen zwischen formell und materiell fehlerhafter Begründung fließend sind“ (F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl., Baden-Baden 2002, Rn. 317, S. 200). Dies ist der Fall, weil die Begründungsqualität von Gründen verschieden beurteilt werden kann. Was aus der Sicht einer Person schwache, also nicht ausreichend tragfähige Gründe sein mögen, die in einer Ermessensentscheidung noch nach § 114 S. 2 VwGO bis zum Ende der letzten Tatsacheninstanz ergänzt werden können (materieller Mangel), stellt aus der Sicht einer anderen Person gar keine Begründung dar und ist somit Anhaltspunkt für einen nicht heilbaren Ermessensausfall (formeller Mangel). Diese Zusammenhänge legen es nahe, die Differenzierung zwischen (materiell) falschen und (formell fehlerhaften, weil) fehlenden Gründen (sowie fehlender Begründung) aufzugeben – und zwar mit der Begründung, dass für die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung die Feststellung ausreichend ist, dass die Gründe nicht tragen, gleichgültig ob sie deshalb nicht tragen, weil sie fehlerhaft sind oder weil sie inhaltlich gar nicht vorhanden sind. Nicht nur nichtssagende, sondern auch schlechte Gründe sind keine Gründe. Oder noch anders formuliert: was zählt sind nicht Gründe an sich, sondern allein gute Gründe. (Gleichermaßen macht auch eine Abstufung zwischen ‚richtig guten‘ und ‚nicht ganz so guten Gründen‘ für die einer binären Logik folgende Feststellung, ob ein Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig ist, keinen Sinn. ‚Richtig gute‘ und ‚nicht ganz so gute Gründe‘ sind bezogen auf die Frage der Rechtmäßigkeit äquivalent, weil sie jeweils zu dem Ergebnis führen, dass der Verwaltungsakt rechtmäßig ist.) Die Heilungsvorschriften wären allerdings an diese Sichtweise anzupassen.
- 10 ‚Ausschließlich‘ und ‚bloß‘ in den gewählten Formulierungen – ‚ausschließlich mit Leerformeln‘ oder ‚mit bloß formelhaften Wendungen begründet‘ – heben hervor, dass der rechtliche Status als formell fehlerhaft nur für den Fall gilt, dass die Leerformeln (oder formelhaften Wendungen) nicht auch durch Begründungspassagen mit tragfähigen Gründen ergänzt werden. Im Fall der Ergänzung wären die Leerformeln (oder formelhaften Wendungen) lediglich unbeachtlich (vgl. Kischel, Begründungsfehler (Fn. 9), S. 37, 42 und 143, mit weiteren Nachweisen). An dieser Sichtweise ist allerdings

Die Klassifizierung einer Entscheidung, die ausschließlich aus Leerformeln oder bloß formelhaften Wendungen besteht, als Entscheidung mit vorhandener Begründung aber materiell fehlerhaften Gründen oder als formell mangelhafte Entscheidung aufgrund fehlender Begründung (trotz vorhandener Worte) ist sowohl für gerichtliche Entscheidungen als auch für Ermessensverwaltungsentscheidungen nicht unerheblich. Gemäß der Zivilprozess-, Strafprozess- und Verwaltungsgerichtsordnung stellen rechtsmittelfähige Endentscheidungen ohne Begründungen (absolute) Revisionsgründe dar. Werden also bloß formelhafte Wendungen als Begründungsausfall begriffen, so ist die Revision jedenfalls zuzulassen.<sup>11</sup> Vergleichbar ist die Behandlung von Begründungsfehlern in Verwaltungsentscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen. Ein Ermessensverwaltungsakt, dessen Begründung als (bloß) fehlerhaft klassifiziert wird, kann bis zum Ende der letzten Tatsacheninstanz durch das Ergänzen von Ermessenerwägungen (vgl. § 114 S. 2 VwGO) geheilt werden. Worte, die als fehlende Begründung klassifiziert werden, können demgegenüber als Indiz für einen vollständigen Ausfall der Ermessensbetätigung begriffen werden; gesetzliche Heilungsmöglichkeiten nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens sind für den Ermessensverwaltungsakt mit Ermessensausfall nicht vorgesehen.<sup>12</sup>

## II. ‚Meldetermin‘-Entscheidungen

Im Widerspruch zu den ‚Leerformel‘-Entscheidungen hat das BSG in vier Urteilen von 2010, 2011 und 2015<sup>13</sup> zu einem bestimmten Typus von Ermessensverwaltungsakt festgestellt, dass dessen Begründungsformeln, die seit 28 Jahren regelmäßig ausschließlich aus Textbausteinen bestehen, grundsätzlich zulässig seien, obwohl – so wird im Abschnitt C gezeigt – die Begründungsformeln dieser Ermessensverwaltungsakte, sogenannte Meldeaufforderungen nach § 309 Abs. 2 SGB III, alle Merkmale besitzen, die die höchstrichterlichen ‚Leerformel‘-Entscheidungen als charakteristisch für unzureichende Leerformelbegründungen benennen. Insbesondere waren die Begründungen in den vom BSG geprüften Ermessensverwal-

problematisch, dass eine Entscheidungsbegründung, die aus einem ‚Sammelsurium‘ von formelhaften und tragfähigen Gründen bestünde, im Endergebnis auch leerformelartig wäre, weil für die Entscheidungsadressat\*innen sowie die Kontrollinstanzen nicht erkennbar sei, „welche Überlegungen für das Gericht schließlich maßgebend waren“ (*Ehrlein*, Die Begründungspflicht (Fn. 9), S. 362, mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung und dem Schrifttum).

11 § 547 Nr. 6 ZPO, § 338 Nr. 7 StPO und § 138 Nr. 6 VwGO.

12 Zu den Heilungsvorschriften von Ermessensverwaltungsakten im Verwaltungsrecht, insbesondere zu den Implikationen und Konsequenzen von § 114 Abs. 2 VwGO: *K.-U. Riese*, in: F. Schoch/J.-P. Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht VwGO* (Fn. 6), § 114, mit zahlreichen weiteren Nachweisen; zu den Heilungsvorschriften von Ermessensverwaltungsakten im Sozialrecht: diverse Kommentare zu § 41 SGB X.

13 BSG, Urteil vom 9.11.2010, Az. B 4 AS 27/10 R (NJW 2011, 2073); BSG, Urteil vom 25.8.2011, Az. B 11 AL 30/10 R (SozR 4-4300 § 144 Nr. 22); BSG, Urteile vom 29.4.2015, Az. B 14 AS 19/14 R (BSGE 119, 17) und Az. B 14 AS 20/14 R (BeckRS 2015, 72371).

tungsakten so formuliert, dass sie auf alle Normadressat\*innen unabhängig von der aktuellen Sachlage immer anwendbar sind.

Selbstverständlich hat das oberste Fachgericht für Sozialrecht in seinen vier Urteilen zu strittigen Meldeaufforderungen nicht ausdrücklich judiziert, dass Leerformelbegründungen in Ermessensverwaltungsakten zulässig seien. Es hat vielmehr die in den Streitgegenständlichen Meldeaufforderungen verwendeten Passepartout-Textbausteine, die seit mindestens 1994 in der weit überwiegenden Mehrzahl der Meldeaufforderungen deutschlandweit verwendet werden, als fallbezogene Begründungen und erfolgreiche Dokumentation pflichtgemäß ausgeübten Ermessens ausgelegt – und zwar, indem es beanspruchte, die Prüfkriterien für Ermessensentscheidungen anzuwenden.<sup>14</sup>

Es besteht somit eine prägnante, die Rechtseinheit infrage stellende Divergenz sowohl zwischen der höchstrichterlichen Judikatur *verschiedener* Fachgerichte (BSG, BGH und BVerwG, 2000 bis 2021, vs. BSG, 2010 bis 2015) als auch *innerhalb* der Judikatur des BSG (BSG 2000 vs. BSG, 2010 bis 2015). Von ihr sind seit mindestens 1994 eine Vielzahl von Bürger\*innen betroffen.<sup>15</sup> Allein zwischen 2007 und 2019<sup>16</sup> haben die Agenturen für Arbeit und Jobcenter als Ei der Bundesagentur für Arbeit deutschlandweit schätzungsweise über 38 Millionen Meldeaufforderungen erlassen,<sup>17</sup> von denen ein erheblicher Teil mit Passepartout-Textbausteinen begründet worden sein dürfte und die somit an einem formellen Begründungsfehler litten.<sup>18</sup>

Dieser Sachverhalt ist nicht marginal. Denn das Versäumnis, an dem mittels Meldeaufforderung angeordneten Meldetermin teilzunehmen, wird in beiden Rechts-

14 BSG 2010 (Fn. 13), insbesondere Rn. 30; BSG 2015, 19/14 (Fn. 13), insbesondere Rn. 33, 36, 37, und BSG 2015, 20/14 (Fn. 13), insbesondere Rn. 30, 32, 33.

15 In Beck online findet sich der erste Nachweis der Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation/ Bewerberangebot‘ in einem Urteil des BSG von 1996 und bezieht sich auf zwei Meldeaufforderungen aus dem Jahr 1994 (BSG, Urteil vom 25.4.1996, Az. 11 RAr 81/95 (NZA 1997, 339), Rn. 2). Im Urteil des LSG Niedersachsen vom 22.10.1998, Az. L 8 AL 277/97 (BeckRS 1998, 15719), Rn. 12, wird zum ersten Mal die Begründung ‚Leistungsangelegenheiten‘ erwähnt.

16 Der Zeitraum wurde gewählt, weil hier eine gute Vergleichbarkeit der statistisch verfügbaren Daten gegeben ist.

17 Die Zahlen sind die Arbeitslosenzahlen (Arbeitslosenquote in Deutschland im Jahresdurchschnitt von 2005 bis 2021, hrsg. von statista GmbH, Hamburg, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1224/umfrage/arbeitslosenquote-in-deutschland-seit-1995/>). Die Anzahl der erlassenen Meldeaufforderungen beträgt mindestens die Zahl der Arbeitslosen, weil alle Arbeitslosen während der Beschäftigungslosigkeit mindestens einmal, in der Regel mehrmals zur Teilnahme an einem Meldetermin aufgefordert werden.

18 Der Anteil der Meldeaufforderungen mit Textbausteinbegründungen und Ermessensausfall lässt sich nur mittelbar aus 1. den in Beck online und Juris publizierten Gerichtsentscheidungen zu Meldeversäumnissen, 2. der von der Bundesagentur für Arbeit erstellten Liste mit Textbausteinbegründungen von Meldeaufforderungen (s. C. II.) sowie 3. einer Beschwerde über die Nichtzulassung der Revisi- on von 2013 (s. Fn. 83) rekonstruieren, in der der Kläger u.a. darauf hinwies, dass die „formularmäßig abgefasst[e]“ Begründung „bundesweit mit identischem Wortlaut in quasi allen Meldeaufforderungen verwendet werde“ (BSG, Beschluss vom 23.5.2013, Az. B 4 AS 295/12 B).

kreisen, demjenigen des Zweiten Buchs Sozialgesetzbuch (SGB II: Grundsicherung für Arbeitsuchende) und demjenigen des Dritten Buchs Sozialgesetzbuch (SGB III: Arbeitsförderung), mit erheblichen, zum Teil existenzbedrohenden Leistungskürzungen sanktioniert.<sup>19</sup> Geht man davon aus, dass ein beträchtlicher Teil der Meldeaufforderungen rechtswidrig, weil mit Passepartout-Textbausteinbegründung und Ermessensausfall erlassen wurde, dann war auch ein hoher Anteil der zwischen 2007 bis 2019 über 11 Millionen verhängten Sanktionen wegen Meldeversäumnis rechtswidrig.<sup>20</sup>

Nicht nur diese Umstände – seit 26 Jahren<sup>21</sup> bestehende Divergenz in der Rechtsprechung, große Anzahl der Betroffenen – legen es nahe, sich mit den Merkmalen von Leerformelbegründungen (oder Begründungen mit bloß formelhaften Wendungen) eingehender auseinanderzusetzen.

### III. Rechtsgebietsinterne und -übergreifende Fragen und Thesen

Die Divergenz zwischen den ‚Leerformel‘- und den ‚Meldeterminat‘-Entscheidungen macht auf ein beachtliches, bisher jedoch unbeachtetes Problem aufmerksam: Leer-

19 Im Rechtskreis des SGB III (Arbeitslosengeld I) werden Meldeversäumnisse gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 8 i.V.m. Abs. 6 SGB III mit einem endgültigen (nicht nur aufgeschobenen) Leistungsverlust in der Höhe eines Viertels der monatlichen Bezüge (einer sogenannten einwöchigen Sperrzeit) sanktioniert. Beim Höchstbetrag von Leistungen in Höhe von 2302,20 €/Monat kann die Sanktion für ein einmaliges Meldeversäumnis somit einen Betrag von 575,55 € erreichen (Bundesagentur für Arbeit (2021) Selbstberechnung Arbeitslosengeld (2021), <https://www.pub.arbeitsagentur.de/selbst.php?jahr=2021>, aktueller allgemeiner Leistungssatz). Im Rechtskreis des SGB II (Grundsicherung (= Arbeitslosengeld II)) verlieren Leistungsempfänger\*innen gemäß § 32 Abs. 1 SGB II für drei Monate den Anspruch auf 10 Prozent ihres Regelbedarfs. Beim aktuellen Regelbedarf von 446 € monatlich sind dies insgesamt 133,80 €.

20 Die Auffassung, dass fehlende Ermessenserwägungen in einem Ermessensverwaltungsakt lediglich ein Indiz, nicht jedoch ein Nachweis eines Ausfalls der Ermessensbetätigung seien (*Kischel*, Begründungsfehler (Fn. 9), S. 193, mit weiteren Nachweisen), wird hier nicht geteilt, weil eine fehlende Dokumentation der Ermessenserwägungen trotz vorhergehender Ermessensbetätigung nur in abstracto als eine plausible Möglichkeit erscheint, um fehlende Ermessenserwägungen in einem Ermessensverwaltungsakt zu erklären. In der Praxis dürfte Ermessensbetätigung auf andere Weise als deren Dokumentation in der Entscheidungsbegründung kaum überzeugend nachweisbar sein. Selbst, wenn sich in den Verwaltungsakten Notizen fänden, auf denen die Sachbearbeiter\*innen, die den jeweiligen Ermessensverwaltungsakt erlassen haben, vermerkt hatten, dass sie erwögen, dieses und jenes aufgrund dieser und jener Gründe zu entscheiden, dann wäre damit nicht nachgewiesen, dass diese und nicht andere Ermessenserwägungen tatsächlich ausschlaggebend für die getroffenen Entscheidungen waren. Daher ist weiterhin der Auffassung des BSG in einem Urteil von 2015 der Vorzug zu geben: „Die Frage, ob die Widerspruchsbehörde Ermessen ausgeübt hat und ob ein Ermessensfehler vorliegt, ist anhand der Gründe des Widerspruchsbescheids zu beurteilen (vgl. BSG Urteil vom 30. 10. 1997 – 4 RA 71/96 – Juris RdNr 24 mwN). Die Heranziehung anderer Erkenntnisquellen – etwa eine Vernehmung des Sachbearbeiters als Zeugen oder die Einholung einer dienstlichen Stellungnahme der Behörde – kommt nach dem Zweck der Regelungen in § 85 Abs 3 S 1 SGG iVm § 35 Abs 1 S 3 SGB X von vornherein nicht in Betracht (dies im Ergebnis ebenfalls ablehnend BVerwG Beschluss vom 26. 2. 1987 – 4 B 24/87 – Juris RdNr 2 am Ende). Rechtlich maßgeblich ist somit insoweit nicht das tatsächliche Geschehen („Was hat die Behörde bei Erlass des Verwaltungsakts wirklich erwogen?“), sondern allein das, was die Behörde in der Begründung des Widerspruchsbescheids anführt“ (BSG, Urteil vom 11.2.2015, B 13 R 15/13 R (BeckRS 2015, 71222), Rn. 19).

21 Die erste Entscheidung zu Meldeaufforderungen mit Textbausteinbegründung traf das BSG 1996 (Fn. 15).

formelbegründungen sind zwar als formelle Begründungsfehler in der Rechtstheorie und -praxis bekannt; die Kenntnis führt jedoch keineswegs dazu, dass Leerformelbegründungen in der Rechtsprechungspraxis sicher identifiziert werden. Im Gegenteil – so wird eine genauere Auseinandersetzung mit den ‚Meldetermin‘-Entscheidungen zeigen – kann aktuell nicht ausgeschlossen werden, dass Spruchkörper, selbst diejenigen von Bundesgerichten wie dem BSG, trotz eingehender Prüfung der angefochtenen Entscheidungen über Jahrzehnte hinweg den immer wieder gleichen Typus von Leerformelbegründung nicht als solchen erkennen und in der Folge eine gefestigte, jedoch nichtsdestotrotz rechtsirrig Rechtsprechung über den gesamten Instanzenzug etablieren. Dies hat wiederum zur Folge, dass nicht nur die Rechtseinheit nicht gewahrt ist, wie der Vergleich zwischen den ‚Leerformel‘- und den ‚Meldetermin‘-Entscheidungen zeigt, sondern dass auch verfassungsrechtliche Garantien und Prinzipien verletzt werden.<sup>22</sup>

Die Ursachen dafür, dass Leerformelbegründungen in der Rechtsprechung (wie in den ‚Meldetermin‘-Entscheidungen) übersehen werden (können), dürften zum einen darin liegen, dass es weder für die verwaltungs- noch für die gerichtliche Praxis ein taugliches, mehr oder weniger verbindliches Set an Prüfkriterien gibt, das darauf abzielt, Leerformelbegründungen zu identifizieren und von fallbezogenen Begründungen abzugrenzen. Geeignete Prüfkriterien wurden zwar von der Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit entwickelt; deren Kenntnis ist jedoch aktuell nicht weit verbreitet, weil die Kriterien meist in die fallbezogene Argumentation der gerichtlichen Entscheidungsbegründungen eingewoben sind (wohingegen separate Begründungsfehlerlehren wie diejenigen von Uwe Kischel und Friedhelm Hufen die Merkmale von Leerformelbegründungen (als Prüfkriterien) vergleichsweise abstrakt behandeln).

Die beschriebene Problematik ist nicht nur für das Verwaltungs- und Sozialrecht (Exekutive) und die darauf bezogenen, die Exekutive überprüfenden Fachgerichtsbarkeiten, sondern auch rechtsgebietsübergreifend relevant. Denn nicht nur Verwaltungsentscheidungen mit Ermessens- und Gestaltungsspielraum in der Leistungs- und Eingriffsverwaltung, sondern rechtsmittelfähige Entscheidungen in allen Gerichtszweigen erfordern regelmäßig eine fallbezogene Begründung, wenn die Entscheidung vonseiten der nächsthöheren Instanz überprüfbar sein soll.<sup>23</sup> Aus den in Entscheidungssammlungen und -datenbanken veröffentlichten Beanstandungen, die übergeordnete Zivil- und Strafgerichte in Hinblick auf die Entscheidungsbegründungen der jeweiligen Vorinstanzen äußern, lässt sich ableiten, dass bloß

22 S. B. II.

23 Hierzu B. II.



(leer)formelhafte Begründungen in rechtsmittelfähigen Gerichtsentscheidungen keineswegs selten sind.<sup>24</sup>

Anders als im Verwaltungs- und Sozialrecht gibt es im Zivil- und Strafrecht jedoch weder rechtsdogmatisch orientierte Begründungsfehlerlehren, die Leerformelbegründungen beschreiben oder definieren, noch wurden in der zivil- und strafgerichtlichen Judikatur Merkmalslisten von Leerformelbegründungen aufgestellt, die als informelle Begründungsfehlerlehren zur Identifizierung von Leerformelbegründungen dienen könnten.

Leerformelbegründungen sind übrigens auch in Bezug auf die Grundlagen des Rechts ein relevanter Untersuchungsgegenstand. Denn bei dem Doppelcharakter aus materiell- und formellrechtlicher Fehlerhaftigkeit, d.h. dem Umstand, dass eine Wortfolge – je nach Perspektive – als vorhandene, jedoch nicht tragfähige Gründe oder als Fehlen von Gründen begriffen werden kann, handelt es sich im Kern um ein semiotisches Phänomen: nämlich den Sachverhalt, dass die Bedeutung von Worten diesen nicht inhärent ist, sondern die Bedeutung erst dadurch ‚hergestellt‘ wird, dass Zeichenverwender\*innen geleitet durch Konventionen einer Wortfolge die Funktion zuschreiben, auf diesen oder jenen (realen oder fiktiven) Sachverhalt Bezug zu nehmen. Der vorliegende Aufsatz erarbeitet die rechtsdogmatischen Grundlagen für eine in anderem Kontext noch anzufertigende (rechts)semiotische Analyse von bloß (leer)formelhaften Wendungen.

Welche Merkmale wurden bisher für Leerformelbegründungen und bloß formelhafte Wendungen formuliert und wie nützlich sind die Merkmale für die Identifizierung des unzulässigen Begründungstypus in den verschiedenen Rechtsgebieten? Zur Beantwortung dieser Fragen greift der Aufsatz gezielt auf die Ausführungen in verwaltungs- und sozialgerichtlichen Entscheidungsbegründungen als ‚Primärquellen‘ zurück, weil sie das in Worte zu fassende Phänomen ‚Leerformelbegründungen‘ in zahlreichen Varianten beschreiben und gerade deshalb deutlicher als Kommentare und rechtswissenschaftliche Literatur erkennen lassen, worauf es den Richter\*innen ankam.

Dass die Ausführungen der ‚Leerformel‘-Entscheidungen sich auf behördliche Entscheidungen und nicht auf Entscheidungen der gerichtlichen Vorinstanz beziehen, dürfte dabei dem Umstand geschuldet sein, dass Richter\*innen bei den Kolleg\*innen der Vorinstanz vorhandene juristische Kenntnisse zu ‚bloß leerformelhaften Wendungen‘ erwarten durften,<sup>25</sup> wohingegen bei Verwaltungsmitarbeiter\*innen dies in der Regel nicht vorausgesetzt wird und Erläuterungen zu diesem Phänomen aus gerichtlicher Perspektive somit geboten erscheinen mögen. Dies bedeutet wie-

24 Ausführlicher hierzu E. I.

25 Vgl. hierzu die Entscheidungen, Kommentare, wissenschaftliche Literatur in Fn. 6.

derum, dass zum Zwecke eines vertieften Verständnisses von Leerformelbegründungen in Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen (Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen) nur auf gerichtliche Ausführungen zu Verwaltungsentscheidungen (hier insbesondere der Sozialverwaltung) zurückgegriffen werden kann. Die gewonnenen Erkenntnisse können anschließend auf Leerformelbegründungen in Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen generell (Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen) angewendet werden.

Noch drei Worte zum Sprachgebrauch und zur Fokussierung des Textes: Das Wort ‚Leerformel‘ wird hier der alternativen Formulierung ‚bloß formelhafte Wendung‘ vorgezogen, weil ‚Leerformel‘ eine bessere Abgrenzung von konventionalisierten Formulierungen (ohne Leerformelcharakter) erlaubt und die Rechtsprechung gerade auch in Entscheidungen der letzten Jahre ‚Leerformel‘ häufiger verwendet als ‚formelhafte Wendung‘.<sup>26</sup> Da Meldeaufforderungen (der Entscheidungsgegenstand der ‚Meldetermin‘-Entscheidungen), die hier als anschauliches Beispiel für gerichtliche Entscheidungen dienen, in denen ein übergeordnetes Gericht in mehreren aneinander anknüpfenden Entscheidungen aus verschiedenen Jahren den Leerformelcharakter von Textbausteinbegründungen verkennt, nach dem Wortlaut der Norm und der h.M. Ermessensverwaltungsakte sind,<sup>27</sup> werden die folgenden Überlegungen auch berücksichtigen, dass die ‚Meldetermin‘-Entscheidungen auf Ermessens(verwaltungs)entscheidungen bezogen sind, die spezifische Heilungsmöglichkeiten eröffnen und spezifische Anforderungen an die gerichtliche Überprüfung stellen.

Die Erörterung erfolgt anhand der zwei bis drei Standard-Textbausteinbegründungen, die in Meldeaufforderungen seit mindestens 1994 Verwendung finden. Beck online und Juris verzeichnen insgesamt 659 Verfahren seit 1996 (mit Fällen seit 1994), in deren Urteilsbegründungen mindestens einer der drei Textbausteine<sup>28</sup> – ‚Ihre aktuelle berufliche Situation besprechen‘ (79 %), ‚Bewerberangebot‘ (32 %)

26 Vgl. Fn. 7.

27 § 309 Abs. 2 S.1 SGB III lautet mit ‚Ermessens-Kann‘: Die Aufforderung zur Meldung kann zum Zwecke der (1.) Berufsberatung, (2.) Vermittlung in Ausbildung oder Arbeit, (3.) Vorbereitung aktiver Arbeitsförderungsleistungen, (4.) Vorbereitung von Entscheidungen im Leistungsverfahren und (5.) Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für den Leistungsanspruch erfolgen (zustimmend zum Ermessenscharakter der Norm: BSG, Beschluss vom 19.12.2011, Az. B 14 AS 146/11 B (BeckRS 2012, 65253); LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.7.2011, Az. L 14 AS 999/11 B ER (BeckRS 2011, 75654); Bayerisches LSG, Urteil vom 9.6.2011, Az. L 7 AS 594/10 (BeckRS 2011, 79089); BSG 2015, 19/14 (Rn. 13); *Tb. Voelzke*, in: K. Hauck/W. Noftz, Sozialgesetzbuch 3, Berlin 2018, § 309 Rn. 3.

28 Manche Meldeaufforderungen enthielten eine Kombination aus zwei oder mehreren Textbausteinen: s. u.a. die Diskussion der Begründungen der ‚Meldetermin‘-Entscheidungen in Abschnitt C.

und ‚Leistungsangelegenheiten‘ (12 %) <sup>29</sup> – erwähnt werden. <sup>30</sup> Massenerlasse von Meldeaufforderungen mit der Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ sind auffällig. In einem Fall erhielt ein Arbeitsloser 43 Meldeaufforderungen in 2 ¼ Jahren, davon 39 Meldeaufforderungen mit der Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘. <sup>31</sup> In einem anderen Fall erhielt eine Arbeitslose sieben Meldeaufforderungen in Serie mit der Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation/ Bewerberangebot‘. <sup>32</sup>

## B. Leerformelbegründungen und deren verfassungsrechtliche Bedeutung

### I. Merkmalsaggregate

Wenn in den höchstrichterlichen ‚Leerformel‘-Entscheidungen das Wort ‚Leerformel‘ zur Charakterisierung für eine unzureichende Begründung Verwendung fand, so wurde es in der Regel im Verbund mit weiteren Merkmalen genannt.

Drei Merkmalsaggregate lassen sich unterscheiden, die in zwei Fachgerichtszweigen (Revisions- und Tatsachengerichten) besonders deutlich hervortreten. Das erste Merkmalsaggregat wurde von der Sozialgerichtsbarkeit entwickelt. ‚Leerformel‘ und ‚formelhafte Wendungen‘ werden hier häufig gemeinsam als Unzulässigkeitskriterien genannt <sup>33</sup> und durch Negativbeispiele für solche Wendungen konkretisiert. <sup>34</sup> Die Unzulässigkeitskriterien ‚Leerformel‘ und ‚formelhafte Wendung‘ werden durch Gründe für die Unzulässigkeit gestützt: Es liege ein Ermessensnichtgebrauch vor; die Ermessensentscheidungen mit den Leerformelbegründungen könn-

29 Die Prozentangaben beziehen sich auf die 659 Verfahren mit mindestens einer der drei Standard-Textbausteine. Da in 146 Verfahren mehr als ein Textbaustein genannt wird, ergibt die Summe der Prozentangaben mehr als 100 %.

30 Die Ermittlung der Verfahren erfolgte über eine Suche in Beck online und Juris nach folgenden Stichworten: die drei Standard-Textbausteine, Termini zur Meldung – ‚Meldeaufforderung‘, ‚Melde-termin‘, ‚Meldepflicht‘, ‚Meldeversäumnis‘ –, maßgebliche Normen – ‚§ 309 SGB III‘ (Allgemeine Meldepflicht), ‚§ 159 SGB III‘ (Ruhe bei Sperrzeit), ‚§ 32 SGB II‘ (Meldeversäumnisse) (Suche vom 15.10.2021; die Exceltabelle ist auf Anfrage bei der Verfasserin erhältlich). Es ist nicht davon auszugehen, dass alle Verfahren, in denen die Textbausteine vorkommen, auch Verfahren zu Sanktionen wegen des Versäumnisses waren, an einem Meldetermin nach § 309 Abs. 2 SGB III teilzunehmen. Ein Verfahren, in dem die Stichwörter ‚Meldepflicht‘, ‚berufliche Situation‘ und ‚§ 159 SGB III‘ vorkommen, kann sich auch auf eine Sanktion wegen verspäteter Arbeitssuchendmeldung beziehen. Gleichzeitig zeigt die Sichtung einzelner Urteile zu Sanktionen wegen Meldeversäumnissen infolge einer Meldeaufforderung nach § 309 Abs. 2 SGB III, dass die Gerichte die Begründung der Meldeaufforderungen häufig nicht genannt haben, zum Teil, weil dies nicht entscheidungserheblich war, zum Teil, weil die Bedeutung der Begründung der Meldeaufforderung für deren Rechtmäßigkeit verkannt wurde (z.B. Bayerisches LSG, Urteil vom 16.9.2005, Az. L 8 AL 307/04; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 13.7.2007, Az. L 20 B 114/07 AS; Bayerisches LSG, Beschluss vom 23.4.2013, Az. L 11 AS 186/13 B PKH; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 9.8.2018, Az. L 9 AL 1/17; Sächsisches LSG, Beschluss vom 28.1.2021, Az. L 3 AL 134/19 NZB).

31 Bayerisches LSG, Urteil vom 14.5.2018, Az. L 11 AS 161/17 (BeckRS 2018, 13673).

32 BSG 2015, 19/14 (Fn. 13).

33 S. Fn. 7.

34 Als Negativbeispiele für formelhafte Wendungen werden genannt, daß „keine Besonderheiten gegeben“ seien, „hinsichtlich der Umstände nichts besonderes ersichtlich“ sei oder die Entscheidung nach „pflichtgemäßem Ermessen“ erfolge (BSG 2000 (Fn. 2), Rn. 19).

ten somit nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens nicht geheilt werden.<sup>35</sup> Leerformelbegründungen vereiteln die gerichtliche Überprüfung<sup>36</sup> und verletzen die Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG.<sup>37</sup>

Den Kriterien für die Unzulässigkeit werden außerdem Kriterien für formell fehlerfreie Begründungen gegenübergestellt. Eine fehlerfreie Begründung würde, so die Gerichte, zeigen, dass die Entscheidung dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung entspricht.<sup>38</sup> Sie würde in Anlehnung an § 35 Abs. 1 S. 2 und 3 SGB X die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe und die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei ihrer Ermessensentscheidung ausgegangen ist.<sup>39</sup> Fehlerfreie Begründungen dokumentieren die im Rahmen des Ermessens durchgeführten Abwägungen der einander gegenüberstehenden Interessen und gehen dabei auf den konkreten Einzelfall (oder die Besonderheiten und Einzelheiten des Einzelfalls) ein. Sie lassen auch erkennen, welchen Erwägungen dabei die tragende Bedeutung zugekommen ist.<sup>40</sup>

Das zweite Merkmalsaggregat, das sich aus der Judikatur des BGH (zum Teil unter Mitwirkung des BVerwG) ableiten lässt, wurde nicht in Bezug auf Ermessensentscheidungen, sondern auf die Begründungsanforderungen an Haftanträge nach § 417 Abs. 2 FamFG entwickelt. Es verwendet eine andere Terminologie und andere Rechtsfiguren. Bezüglich der Unzulässigkeit von Leerformelbegründungen sind die Anforderungen und Gründe des BGH jedoch vergleichbar. Das Kriterium ‚Leerformel‘ wird durch dasjenige der ‚Textbausteine‘ erweitert: „Leerformeln und Textbausteine genügen nicht“.<sup>41</sup> Die Unterscheidung zwischen Leerformeln und Textbausteinen (statt ihrer Gleichsetzung) ist dabei insofern angemessen, als Leerformeln und Textbausteine in der Praxis nicht notwendigerweise miteinander identisch sein müssen.

Eine Begründung mit Leerformelcharakter, die ursprünglich für einen konkreten Fall formuliert wurde, kann anschließend innerhalb der Behörde oder einem Gerichts-

35 SG Lüneburg 2009 (Fn. 7); Bayerisches LSG 2010 (Fn. 7); Bayerisches LSG 2012 (Fn. 7); SG Duisburg 2015 (Fn. 7). Zur Unheilbarkeit von Ermessensentscheidungen ohne Ermessensbetätigung nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens im Sozialrecht: § 41 Abs. 1 Nr. 2 SGB X.

36 BSG 2000 (Fn. 2); SG Lüneburg 2009 (Fn. 7); LSG Baden-Württemberg 2009 (Fn. 7); Bayerisches LSG 2012 (Fn. 7); SG Duisburg 2015 (Fn. 7); SG Mainz 2018 (Fn. 7); SG Kassel 2017 (Fn. 7).

37 LSG Hessen 2007 (Fn. 7).

38 BSG 1997 (Fn. 7); SG Lüneburg 2009 (Fn. 7); LSG Baden-Württemberg 2009 (Fn. 7); Bayerisches LSG 2010 (Fn. 7); Bayerisches LSG 2012 (Fn. 7); LSG Niedersachsen-Bremen 2014 (Fn. 7); SG Duisburg 2015 (Fn. 7); SG Mainz 2018 (Fn. 7).

39 BSG 1997 (Fn. 7); LSG Hessen 2007 (Fn. 7); LSG Baden-Württemberg 2009 (Fn. 7); Bayerisches LSG 2010 (Fn. 7); LSG Niedersachsen-Bremen 2014 (Fn. 7); SG Kassel 2017 (Fn. 7).

40 BSG 2000 (Fn. 2); LSG Baden-Württemberg 2009 (Fn. 7); SG Lüneburg 2009 (Fn. 7); Bayerisches LSG 2010 (Fn. 7); LSG Niedersachsen-Bremen 2014 (Fn. 7); SG Duisburg 2015 (Fn. 7); SG Mainz 2018 (Fn. 7).

41 BGH 2012 (Fn. 2), Rn. 7; genauso: BVerwG 2014 (Fn. 2), Rn. 22; Hervorhebung von der Verfasserin.

zweig als Textbaustein verbreitet werden. Jedoch selbst dann, wenn eine solche weitere Verwendung unterbleibt, ist die Begründung eine Leerformel, wenn auch kein Textbaustein.<sup>42</sup> Textbausteine als ausschließliche Begründungen in Ermessensverwaltungsakten oder anderen Entscheidungstypen mit erhöhten Begründungsanforderungen sind umgekehrt ein gewichtiges Indiz dafür, dass eine Leerformel vorliegt. Denn die Anforderung ‚Bezug zum Einzelfall‘ können Textbausteine regelmäßig nicht erfüllen, weil sie in einer Vielzahl von Fällen einsetzbar sein sollen und sie somit zwangsläufig die Komplexität der Lebensrealität, die jeden Einzelfall prägt und den Einzelfall erst zum Einzelfall werden lässt, unberücksichtigt lassen müssen.<sup>43</sup>

Für die Anforderung der Fallbezogenheit verwendet das zweite Merkmalsaggregat eine eigene, vom ersten Merkmalsaggregat verschiedene Formulierung. „Die vorgeschriebene Begründung (oder Darlegung) muss auf den konkreten Fall zugeschnitten sein“.<sup>44</sup> Die drei Kernmerkmale – Leerformel, Textbaustein und fehlender Zuschnitt auf den konkreten Fall – werden häufig durch ein Merkmal ergänzt, das wieder auf die gerichtliche Überprüfbarkeit abhebt: Die Begründung muss Darlegungen enthalten, die die für die richterliche Prüfung wesentlichen Punkte des Falls ansprechen.<sup>45</sup>

Beim dritten (deutlich kleineren) Merkmalsaggregat, das ebenfalls in Bezug auf § 417 Abs. 2 FamFG entwickelt wurde, wird das Kriterium ‚Leerformel‘ durch das Attribut ‚universell einsetzbar‘ genauer bestimmt.<sup>46</sup> Das Attribut bringt auf den Punkt, was die Termini ‚formelhafte Wendungen‘, ‚Leerformeln‘ und ‚Textbausteine‘ implizieren. Demnach gibt es Formulierungen, die so gestaltet sind, dass sie sowohl auf einen Einzelfall als auch auf eine Vielzahl gleichartiger und andersartiger Fälle passen – oder vielmehr: zu passen scheinen.<sup>47</sup>

## II. Weitreichende verfassungsrechtliche Konsequenzen

Inwiefern stellt, wie im ersten Merkmalsaggregat behauptet, das Fehlen einer Begründung in der Gestalt einer Leerformelbegründung eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG (bzw. für den zivilrechtlichen Bereich: des allgemeinen Justizgewährleis-

42 Es ist z.B. nicht bekannt, ob die in den ‚Leerformel‘-Entscheidungen angeführten Leerformelbegründungen, die beantragte Haftdauer sei „zur Sicherung der Abschiebung notwendig und ausreichend“ (BGH 2013 (Fn. 2), Rn. 14), die deutsche Rentenversicherung Bund habe „weder ihr Ermessen missbraucht noch die gesetzlichen Bestimmungen über die Aufrechnung bzw. Verrechnung fehlerhaft angewandt“ (LSG Baden-Württemberg 2009 (Fn. 7) sowie es seien „keine Besonderheiten gegeben“ und „hinsichtlich der Umstände [sei] nichts besonderes ersichtlich“ (BSG 2000 (Fn. 2), Rn. 21) als Textbausteine im größeren Umfang genutzt wurden.

43 In Entscheidungen ohne Ermessen und mit wenig Beurteilungsspielraum als Folge starker Typisierung sind Textbausteine demgegenüber sehr funktional.

44 BVerwG 2014 (Fn. 2), Rn. 22.

45 BGH 2012 (Fn. 2); BVerwG 2014 (Fn. 2), Rn. 22; BGH 2019 (Fn. 2).

46 BGH 2013 (Fn. 2); BGH 2017 (Fn. 7).

47 Hierzu Abschnitt C. III. ‚Zuschnitt auf den konkreten Fall‘.

tungsanspruchs)<sup>48</sup> und, wie noch zu zeigen sein wird, Art. 20 Abs. 2 GG dar? Inwiefern schlägt die fehlende Begründung in einem (Ermessens-)Verwaltungsakt der Exekutive auf den individuellen Rechtsschutz, den Art. 19 Abs. 4 GG gegen die öffentliche Gewalt gewährleisten soll, durch? Wieso tangiert die fehlende Begründung in einer Entscheidung mit erhöhten Begründungsanforderungen das Verhältnis zwischen Legislative, Exekutive und Judikative?

Erst die Begründung einer Entscheidung mit erhöhten Begründungsanforderungen (wie z.B. einer Ermessensentscheidung oder einer rechtsmittelfähigen gerichtlichen Entscheidung) versetzt Gerichte in die Lage, die Gründe der Behörde bzw. der Vorinstanz für ihre Entscheidung nachzuvollziehen und gegebenenfalls sachfremde Erwägungen oder – speziell im Falle von Ermessensentscheidungen – Ermessensnichtgebrauch festzustellen. Diese Zusammenhänge setzen die Richter\*innen als Verfasser\*innen der ersten beiden Merkmalsaggregate als bekannt voraus, wenn sie darauf abheben, dass die Begründung ‚Darlegungen enthalten müsse, die die für die richterliche Prüfung wesentlichen Punkte des Falls ansprechen‘,<sup>49</sup> und Leerformelbegründungen die gerichtliche Überprüfung jedoch vereiteln<sup>50</sup> und hierdurch die

48 Der allgemeine Justizgewährungsanspruch oder – in alternativer Formulierung – der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz wird gemäß der jüngeren Judikatur des BVerfG aus Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet (er sei „für den Bereich des Zivilprozesses durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gewährleistet“ (BVerfG, Beschluss vom 20.6.1995, Az. 1 BvR 166/93, Rn. 29 (BVerfGE 93, 99)); ähnlich der Beschluss des BVerfG vom 30.4.2003, Az. 1 PBvU 1/02 (BVerfGE 107, 395), der auf den Beschluss von 1995 verweist). Die Herleitung aus Art. 2 Abs. 1 GG ist allerdings nicht ohne weiteres überzeugend und beruht offenbar auch auf einem gerichtlichen Zitierfehler. Für die Herleitung verweist das BVerfG nämlich auf den Beschluss vom 2.3.1993, Az. 1 BvR 249/92 (BVerfGE 88, 118), der wiederum auf den Beschluss vom 12.2.1992, Az. 1 BvL 1/89 (BVerfGE 85, 337) verweist. Letzterer leitet den Justizgewährungsanspruch allerdings gar nicht aus Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG her, sondern hebt darauf ab, dass eine übermäßige Höhe von Gerichtsgebühren weder mit dem Justizgewährungsanspruch noch mit der allgemeinen Handlungsfreiheit (aus Art. 2 Abs. 1 GG) vereinbar sei. Art. 2 Abs. 1 GG wird hier also nicht als verfassungsrechtliche Grundlage für die Justizgewährleistung, sondern – gemeinsam mit dem Justizgewährungsanspruch – als Argument für die Verfassungswidrigkeit übermäßig hoher Gerichtsgebühren angeführt.

49 BGH 2012 (Fn. 2); BVerwG 2014 (Fn. 2), Rn. 22; BGH 2019 (Fn. 2).

50 BSG 2000 (Fn. 2); SG Lüneburg 2009 (Fn. 7); LSG Baden-Württemberg 2009 (Fn. 7); Bayerisches LSG 2012 (Fn. 7); SG Duisburg 2015 (Fn. 7); SG Mainz 2018 (Fn. 7); SG Kassel 2017 (Fn. 7).

Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG (als *lex specialis* des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs)<sup>51</sup> verletzen würden.<sup>52</sup>

Die gerichtliche Überprüfung soll jedoch nicht nur die jeweils betroffenen rechtsschutzfähigen Rechtssubjekte („jemand“ gemäß dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 4 GG) vor willkürlicher staatlicher Gewalt schützen, sondern leistet auch einen unverzichtbaren Beitrag zur allgemeinen Gewaltenteilung. In der Rechtswissenschaft wird seit den 1950er Jahren die Auffassung vertreten, dass der Kern des Gewaltenteilungsprinzips aus Art. 20 Abs. 2 GG weniger die Abgrenzung der Machtsphären gegeneinander sei, als dass das Gewaltenteilungsprinzip vielmehr auf die gegenseitige Kontrolle der Gewalten abhebe.<sup>53</sup> Diese sollten zum Zwecke ihrer gegenseitigen Kontrolle nicht starr und uneingeschränkt gegeneinander abgegrenzt sein, sondern bedürften vielmehr offener ‚Stellen‘, Passagen, z.B. nach dem Modell einer semipermeablen Membran.<sup>54</sup>

Führt man sich vor Augen, dass große Teile der Judikative ihre Aufgabe als Kontrollinstanz nur wahrnehmen können, wenn sie hierzu von rechtsschutzfähige

51 Der allgemeine Justizgewährungsanspruch und Art. 19 Abs. 4 GG werden in Abhängigkeit vom Kontext rechtsdogmatisch verschieden zueinander ins Verhältnis gesetzt. Das Spektrum reicht von Komplementarität, Korrespondenz und Äquivalenz, also einem gleichrangigen Verhältnis, zu einem hierarchischen Verhältnis. Mehrdeutig ist das Verhältnis zwischen allgemeinem Justizgewährungsanspruch und Art. 19 Abs. 4 GG insbesondere in Hinblick auf den Rechtsschutz ‚gegen den Richter‘, also die Überprüfung einer gerichtlichen Entscheidung von einem übergeordneten Gericht, im zivilrechtlichen Bereich. Das gleichrangige Verhältnis zwischen dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch und der Rechtsweggarantie wird damit begründet, dass der allgemeine Justizgewährungsanspruch im zivilrechtlichen Bereich das garantiert, was Art. 19 Abs. 4 GG speziell im öffentlich-rechtlichen Bereich gewährleisten soll. Hierarchisch wird das Verhältnis bestimmt, wenn Art. 19 Abs. 4 GG als *lex specialis* (mit Anwendungsvorrang im öffentlich-rechtlichen Bereich) oder als ein Aspekt, Ausschnitt oder Teil des allgemeinen, d.h. rechtsgebietsübergreifenden Justizgewährungsanspruchs begriffen wird. Für ein gleichrangiges Verhältnis: C. Enders, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 49. Edition, München 2021, Art. 19 Abs. 4 Rn. 58, 63; Kischel, Die Begründung (Fn. 6), S. 92 (mit weiteren Nachweisen); E. Schmidt-Aßmann, in: T. Maunz, G. Dürig, R. Herzog, R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 95. Lieferung, München 2021, Art. 19 Abs. 4 Rn. 3b, 16. Für ein hierarchisches Verhältnis: Kischel, Die Begründung (Fn. 6), S. 92 (mit weiteren Nachweisen); Enders, (dieselbe Fn.), Art. 19 Abs. 4 Rn. 16, 85. Zu Art. 19 Abs. 4 GG als *lex specialis*: Kischel, Die Begründung (Fn. 6), S. 92 (mit weiteren Nachweisen). Für ein Verhältnis, in dem der allgemeine Justizgewährungsanspruch und Art. 19 Abs. 4 GG Komponenten eines höherrangigen Prinzips, der richtsprägenden Gewaltenteilung und des Rechtsstaatsprinzips, sind: Schmidt-Aßmann, (dieselbe Fn.), Art. 19 Abs. 4 Rn. 10; BVerfG, Beschluss vom 9.5.1989, Az. 1 BvL 35/86, Orientierungssatz (BVerfGE 80, 103).

52 LSG Hessen 2007 (Fn. 7).

53 Der Sinn der Gewaltenteilung „liegt [...] nicht darin, daß die Funktionen der Staatsgewalt scharf getrennt werden, sondern daß die Organe der Legislative, Exekutive und Justiz sich gegenseitig kontrollieren und begrenzen, damit die Staatsmacht gemäßigt und die Freiheit des Einzelnen geschützt wird“ (BVerfG, Urteil vom 27.4.1959, Az. 2 BvF 2/58, Rn. 62 (BVerfGE 9, 268) mit Verweis auf BVerfG, Urteil vom 18.12.1953, Az. 1 BvL 106/53, Rn. 57 (BVerfGE 3, 225) und BVerfG, Beschluss vom 28.11.1957, Az. 2 BvL 11/56 (BVerfGE 7, 183)). S. auch Kischel, Die Begründung (Fn. 6), S. 81f, mit weiteren Nachweisen.

54 A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, München, 1993, S. 57.

Rechtssubjekten<sup>55</sup> – natürlichen oder juristischen Personen des privaten oder des öffentlichen Rechts (bzw. deren Organen) sowie anderen parteifähigen Zusammenschlüssen von Personen in der Rolle der Kläger\*innen, Antragsteller\*innen und/oder Beschwerdeführer\*innen – ‚beauftragt‘ werden,<sup>56</sup> so erweist sich die Rechtsweg-/Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG (und/oder der allgemeine Justizgewährungsanspruch)<sup>57</sup> nicht nur deshalb als „Schlussstein im Gewölbe des Rechtsstaats“,<sup>58</sup> weil sie, so Christoph Enders, „eine rechtsstaatlich zwingende formell-verfahrensrechtliche Ergänzung der verfassungsmäßigen Anerkennung [...] materieller Individualrechtspositionen dar[stellt]“. <sup>59</sup> Die Rechtsweg-/Rechtsschutzgarantie ist auch deshalb ‚Schlussstein im Gewölbe‘, weil jede gerichtliche Überprüfung anhand eines Einzelfalls (Individualrechtsschutz) zugleich auch immer einen Beitrag zur Kontrolle der Gewalten (als zeitgemäßer Umsetzung des Gewaltenteilungsprinzips aus Art. 20 Abs. 2 GG) leistet.<sup>60</sup>

Ohne die Rechtsweg-/Rechtsschutzgarantie ist das Gewaltenteilungsprinzip in Gestalt der Gewaltenkontrolle somit nur ein Ideal ohne praktische Relevanz. Und ohne Gewaltenkontrolle, d.h. ohne eine Gewalt (oder mehrere Gewalten), die überprüft (oder überprüfen), ob die Legislative verfassungskonforme Gesetze verabschiedet, ob die Exekutive Normen rechts- und verfassungskonform umsetzt und ob die Judikative Recht weitgehend fehlerfrei anwendet, ist auch das Rechtsstaats-

55 Aus Art. 19 Abs. 3 GG leitet sich ab, dass nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen des privaten und des öffentlichen Rechts einen allgemeinen Anspruch auf Justizgewährung sowie auch Rechte aus Art. 19 Abs. 4 GG haben, soweit sie sich „auf materielle Grundrechte berufen können“ (H. Bethge, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 61. Ergänzungslieferung, München 2021, § 90 Rn. 162). Die Rechtsprechung des BVerfG sieht den Schutzbereich von Art. 19 Abs. 4 GG nur dann für juristische Personen des öffentlichen Rechts eröffnet, wenn sie „als eigenständige, vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtungen unmittelbar dem durch ein spezifisches Grundrecht geschützten Lebensbereich zuzuordnen sind und in diesem Lebensbereich den Bürgern zur Verwirklichung ihrer individuellen Grundrechte dienen“ (BVerfG, Beschluss vom 29.5.2007, Az. 2 BvR 695/07, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2007/05/rk20070529\\_2bvr069507.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2007/05/rk20070529_2bvr069507.html)).

56 Wie hoch der Anteil der strafgerichtlichen Verfahren ist, die absolute Antragsdelikte zum Gegenstand haben und dementsprechend auf die Initiative einzelner Bürger\*innen (oder Organe juristischer Personen) zurückgehen, lässt sich aus den vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Daten zur Strafverfolgung nicht herleiten. Klarer ist die Datenlage bezüglich der Verfassungsbeschwerden. Über 96 Prozent der beim BVerfG eingegangenen Verfahren waren seit seinem Inkrafttreten 1951 durchschnittlich Individual- (und auch Kommunal-)Verfassungsbeschwerden. Da jedoch nur durchschnittlich 1,7 Prozent der Beschwerden zur Entscheidung angenommen wurden, gründeten knapp 46 % der entschiedenen Verfahren auf Verfassungsbeschwerden, d.h. der Initiative von Betroffenen (aus mehreren Datensammlungen des BVerfG abgeleitete Zahlen ([https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/jahresstatistiken\\_node.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/jahresstatistiken_node.html)), EXCEL-Tabelle bei der Verfasserin erhältlich).

57 Zum Verhältnis zwischen dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 GG und der Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG: Fn. 51.

58 R. Thoma, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: H. Wandersleb/E. Traumann (Hrsg.), Recht, Staat, Wirtschaft: Schriftenreihe für staatswissenschaftliche Fortbildung; Bd. 3, Düsseldorf 1951, S. 9.

59 Enders, Art. 19 Abs. 4 (Fn. 51) Rn. 51, mit Nachweisen beim BVerfG.

60 Vgl. sinngemäß Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter (Fn. 54), S. 308 und 345.



prinzip (aus Art. 20 Abs. 3 GG) nicht gewährleistet. Pointiert formuliert garantiert „das Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als Grundsatz der Meßbarkeit staatlichen Handelns“ nicht nur, wie Kischel ausführt, „die Effektivität der Kontrolle im Rechtsschutz“,<sup>61</sup> sondern – umgekehrt – die Kontrolle der Gewalten (aus Art. 20 Abs. 2 GG), die sich zu einem erheblichen Anteil in der Inanspruchnahme des gewährten Rechtsschutzes (aus Art. 19 Abs. 4 GG) realisiert, ist *conditio sine qua non* für die Effektivität des Rechtsstaatsprinzips (aus Art. 20 Abs. 3 GG).

Wenn die Inanspruchnahme von Individualrechtsschutz vonseiten rechtsschutzfähiger Rechtssubjekte, in erster Linie Bürger\*innen, also überhaupt erst ein gerichtliches oder behördeninternes Prüfungsverfahren der Entscheidung einer oder mehrerer öffentlicher Gewalten in Gang setzt, dann hat die Begründung eines eingreifenden Verwaltungsakts oder einer rechtmittelfähigen gerichtlichen Entscheidung einen zentralen Stellenwert für die Effektivität der Gewaltenkontrolle.<sup>62</sup> Denn nur anhand der Begründung können sich natürliche Personen und die Organe juristischer Personen Klarheit darüber verschaffen, wie die exekutive oder judikative Gewalt zu ihrer Entscheidung gekommen ist, und ob eventuell Fehler in der Sachverhaltsermittlung, einfachgesetzlichen Subsumtion und/oder Verhältnismäßigkeit vorliegen. Ohne Begründung ist ein Nachvollzug und eine Überprüfung der behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung und somit auch eine reflektierte Entscheidung darüber, ob die Entscheidung anzufechten ist, nicht möglich.<sup>63</sup> Individualrechtsschutz könnte nicht (oder nur ins Blaue hinein) in Anspruch genommen werden.

Wenn Leerformelbegründungen jedoch gemäß der herrschenden Lehre keine Begründungen darstellen – sie sind vielmehr Platzhalter für eine Begründung („Worte ohne Gründe“) –, dann sind sowohl der Justizgewährungsanspruch als auch das Gewaltenteilungs- und das Rechtsstaatsprinzip verletzt. Mehr noch: Dass Leerfor-

61 Kischel, Die Begründung (Fn. 6), S. 205.

62 Hierzu auch Kischel: „Der Gewaltenteilungsgrundsatz kann also seinen Kerngehalt nur dann verwirklichen, wenn die Entscheidungen aller Gewalten so ausgestaltet sind, daß ihre Kontrolle durch andere Gewalten überhaupt sinnvoll möglich ist. [...] Das aber ist nur bei Vorliegen einer Begründung der Fall“ (Kischel, Die Begründung (Fn. 6), S. 81-82, mit weiteren Nachweisen).

63 Kischel führt das folgendermaßen aus: „Die geforderte Effektivität aber hängt in doppelter Weise davon ab, daß der vom Bürger [eigentlich: von rechtsschutzfähigen natürlichen und juristischen Personen] angegriffene Akt der öffentlichen Gewalt begründet wird: Weiß erstens der Bürger nicht, warum der Akt ergangen ist, so kann er nur schwer entscheiden, ob er dagegen vorgehen soll. Er kann weder erkennen, ob der Staat von den richtigen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen ausgegangen ist, noch ob der Akt selbst in vertretbarer Weise aus diesen Grundlagen hergeleitet wurde, ob ein Prozeß also überhaupt Aussicht auf Erfolg hat und wie hoch die Erfolgchance ist. Entschließt er sich dennoch zur Klage, so fehlen ihm die Anhaltspunkte für die seinerseits erforderliche Klagebegründung. Auch ein Gericht, vor das der Streit gelangt, kann zweitens den Akt der öffentlichen Gewalt nur dann effektiv überprüfen, wenn ihm die Begründung bekannt ist. Ob das Recht richtig angewandt und die Tatsachen korrekt ermittelt wurden, kann nur dann überprüft werden, wenn diese Anwendung und Ermittlung auch offengelegt werden“ (Kischel, Die Begründung (Fn. 6), S. 87-88).

meln als Begründungen von Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen sich gerade dadurch auszeichnen, dass sie erfolgreich das Vorhandensein einer Begründung (trotz fehlender tragfähiger Gründe) fingieren, d.h. sich als Begründung tarnen, stellt vor diesem Hintergrund ein ernstzunehmendes, verfassungsrechtlich relevantes Problem dar.<sup>64</sup>

### C. Leerformelbegründungen in Meldeaufforderungen

Im Folgenden wird anhand der ‚Meldetermin‘-Entscheidungen als einem besonders gut geeigneten Fallbeispiel erörtert, inwiefern die Anwendung der Merkmalsaggregate dazu geeignet ist, Leerformelbegründungen zu erkennen.

Hätte das BSG (oder seine Vorinstanzen) das von ihm selbst entwickelte Merkmalsaggregat oder sogar auch die beiden vom BGH entwickelten Merkmalsaggregate quasi als Begründungsfehlerlehren bei der Überprüfung von Meldeaufforderungen der Bundesagentur für Arbeit angewandt, so hätte es in den vier Verfahren zu Sanktionen wegen Meldeversäumnissen 2010, 2011 und 2015 (zwei Verfahren)<sup>65</sup> festgestellt, dass die Begründungen der von ihm überprüften Meldeaufforderungen alle Merkmale von Leerformelbegründungen besitzen. Dies zeigt sich am deutlichsten vor dem Hintergrund der von der Norm definierten Mittel-Zweck-Relation. Aus der Mittel-Zweck-Relation lassen sich die Aspekte ableiten, die tragfähige Begründungen von Meldeaufforderungen ansprechen sollten.

#### I. Erörterung der Entscheidungsoptionen (Merkmalsaggregat 1)

Zwar benennt § 309 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 SGB III fünf Zwecke, zu deren Verfolgung zur Meldung aufgefordert werden kann. Eine logische Mittel-Zweck-Beziehung zwischen dem Meldetermin, d.h. dem physischen Erscheinen der Arbeitslosen bei einem angeordneten Termin, als Mittel und den benannten Zwecken besteht jedoch in materieller Hinsicht in der Regel nicht – und zwar deshalb, weil das bloße physische Erscheinen im Rahmen einer Meldung denklogisch zu kaum mehr geeignet ist, als die Präsenz an einem bestimmten Ort nachzuweisen, und daher z.B. im Kontext der Aussetzung des Vollzugs eines Haftbefehls nach § 116 Abs. 1 Nr. 1 StPO angeordnet werden kann. Mittels des Nachweises der Präsenz lässt sich Beschäftigungslosigkeit weder verkürzen noch beenden.

Die ersten vier in § 309 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 SGB III aufgeführten Zwecke ‚Berufsberatung‘, ‚Vermittlung in Ausbildung oder Arbeit‘, ‚Vorbereitung aktiver Arbeitsförderungsleistungen‘ und ‚Vorbereitung von Entscheidungen im Leistungsverfahren‘ lassen sich demgegenüber zielorientiert durch Mittel wie ‚Beratungsgespräch‘, ‚Zusendung von Ausschreibungen von offenen Ausbildungsplätzen und Beschäfti-

64 S. C. und D.

65 BSG 2010 (Fn. 13); BSG 2011 (Fn. 13); BSG 2015, 19/14 (Fn. 13); BSG 2015, 20/14 (Fn. 13).

gungsangeboten‘ u.ä. verfolgen. Diese Maßnahmen werden pragmatisch am besten fernmündlich oder schriftlich umgesetzt. (Selbst zur Verfolgung des Zwecks Nr. 5 ‚Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für den Leistungsanspruch‘ (als Euphemismus für die Missbrauchskontrolle) dürfte das physische Erscheinen an einem festgelegten Termin nicht förderlich sein, weil Schwarzarbeitende, die gleichzeitig finanzielle Leistungen der Bundesagentur für Arbeit beziehen, besonderes Augenmerk darauf legen dürften, zuverlässig zum angeordneten Meldetermin zu erscheinen.)<sup>66</sup>

Aus der Tatsache, dass seit etlichen Jahren in privaten Haushalten in der Regel die technischen Mittel für fernmündliche und schriftliche Kommunikation vorhanden sind, ergibt sich, dass § 309 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 SGB III nur dann sinnvoll angewendet werden kann, wenn sich die benannten Zwecke ausnahmsweise nicht gleichwirksam mittels fernmündlicher oder schriftlicher Kommunikation verfolgen lassen oder die technischen Hilfsmittel (z.B. bei Obdachlosigkeit) nicht zur Verfügung stehen.

Aus diesen Überlegungen lassen sich die Aspekte herleiten, die eine fallbezogene Begründung ansprechen muss, wenn sie dazu geeignet sein soll nachzuweisen, dass der Meldetermin dem gesetzlichen Zweck der Ermächtigung entspricht: Sie muss im ersten Schritt darlegen, welchen Zweck (oder welche Zwecke) der in § 309 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 SGB III genannten Zwecke die Behörde verfolgen will (oder muss) und im zweiten Schritt begründen, aufgrund welcher im Einzelfall liegenden Umstände dieser Zweck (oder diese Zwecke) nur im Rahmen eines Meldetermins und nicht gleichwirksam fernmündlich oder schriftlich verfolgt werden kann.

Wieweit erfüllen die Begründungen in den Standardmeldeaufforderungen die herausgearbeiteten Begründungsanforderungen? Die Meldeaufforderungen, deren Rechtmäßigkeit das BSG in den ‚Meldetermin‘-Entscheidungen inzident prüfte, waren jeweils mit ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ und ‚Bewerberangebot‘ begründet.<sup>67</sup> Ein Abgleich der Begründung mit den aus der Norm abgeleiteten Aspekten, die die Begründungen in Meldeaufforderungen beinhalten müssen, zeigt dass sie weder darlegen, welchen der fünf Zwecke die Behörde beim Erlass des Ermessensverwaltungsakts verfolgen wollte, noch erörtern, warum die Behörde den (nicht benannten) Zweck nicht gleichwirksam fernmündlich oder schriftlich verfolgen kann. Das Begründungserfordernis aus Merkmalsaggregat 1 darzulegen, dass

66 Mit Sanktionen wegen Meldeversäumnis dürften demgegenüber insbesondere diejenigen bedroht sein, die aufgrund der mangelhaften Mittel-Zweck-Relation den Meldeterminen keine ausreichende Bedeutung beimessen und die Termine infolgedessen versäumen, sowie die Verweiger\*innen, d.h. diejenigen, die gegen die Diskrepanz zwischen dem durch die Sanktionsbewehrung behaupteten Gewicht von Meldeterminen auf der einen und der mangelhaften Mittel-Zweck-Relation auf der anderen Seite aufbegehren.

67 BSG 2010 (Fn. 13), Rn. 9; BSG 2011 (Fn. 13), Rn. 2; BSG 2015, 19/14 (Fn. 13), Rn. 3; BSG 2015, 20/14 (Fn. 13), Rn. 3.

der mit dem Meldetermin verfolgte Zweck den Zwecken der gesetzlichen Ermächtigung entspricht, ist somit nicht erfüllt.

Die Fehlerhaftigkeit der Begründung lässt sich auch in Bezug auf die übrigen Merkmale des sozialgerichtlichen Merkmalsaggregats zeigen. Das aus § 35 Abs. 1 S. 2 und 3 SGB X abgeleitete Kriterium, dass die Begründung jeder sozialrechtlichen Entscheidung (nicht nur einer Ermessensentscheidung) die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe sowie, auf Ermessensentscheidungen bezogen, die für die Entscheidung erheblichen Gesichtspunkte benennen solle, impliziert, dass zur Überprüfung oder zum Nachvollzug der Entscheidung jeweils auch mindestens eine Entscheidungsalternative erörtert werden sollte, die im Vergleich zu den wesentlichen Gründen aus Sicht der Entscheidenden unwesentlich oder zumindest weniger wesentlich ist.

Die Erörterung der gewählten Entscheidungsoption im Vergleich zur gegenteiligen Option hat mehrere Funktionen: Sie weist erstens nach, dass die entscheidenden Behörden oder Gerichte sich ihrer Rolle als diejenigen, die Entscheidungen treffen sollen, bewusst sind. Können Behörden nicht mehr als eine Handlungsoption nennen, weil sie nur eine einzige Handlungsoption sehen und/oder sich irrtümlich für gebunden halten, so liegt Ermessensausfall (oder sogar Entscheidungsausfall) vor. Vergleichbares dürfte auch für Gerichte gelten. Zweitens lässt sich erst mittels eines Vergleichs der Entscheidungsoptionen erkennen, warum die Entscheidenden in der Exekutive oder Judikative die gewählte Option für am tragfähigsten hielten.

Diese Überlegungen führen allerdings vor Augen, dass das aus § 35 Abs. 1 S. 2 und 3 SGB X abgeleitete Merkmal für Entscheidungsbegründungen mit erhöhten Begründungsanforderungen nicht optimal formuliert ist. Statt ‚Benennung der wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe und der (entscheidungserheblichen) Gesichtspunkte‘ wäre eine effektivere Formulierung, die zugleich als Handlungsanweisung dient: ‚Benennung der Entscheidungsoptionen und der tatsächlichen und rechtlichen Gründe und der (entscheidungserheblichen) Gesichtspunkte, die für und gegen die Wahl der verschiedenen Optionen sprachen‘. Dieses Merkmal ist dann im Großen und Ganzen mit einem anderen Merkmal des Merkmalsaggregats 1 identisch: nämlich die Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Begründungen in den Meldeaufforderungen, die das BSG in vier Entscheidungen inzident geprüft hat, so zeigt sich, dass die Meldeaufforderungen diesen Anforderungen des Merkmalsaggregats 1, der Erörterung der Entscheidungsoptionen, in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht werden. Die Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ benennt weder die einander auf den Einzelfall bezogenen gegenüberstehenden Interessen, noch (mindestens)

zwei Entscheidungsoptionen und die Gründe, die für oder gegen die jeweiligen Optionen sprechen. Die Begründung legt, wie bereits in Hinblick auf den Zweck der gesetzlichen Ermächtigung angesprochen, nicht dar, warum in einem vorliegenden konkreten Fall ein Telefonat oder E-mailkorrespondenz oder gar keine Handlung als Alternative zum Meldetermin zur Erreichung des nicht benannten Zwecks nicht gleich geeignet sein sollen.

Die Angabe ‚Gespräch‘ ist genauer betrachtet gar keine Begründung, sondern bezeichnet das beim Meldetermin zu absolvierende Programm. Sie stellt mit den Worten Kischels auf eine „abstrakte, standardisierte Sachverhaltskonstellation“<sup>68</sup> ab, nämlich den Sachverhalt, dass die Bundesagentur für Arbeit die Arbeitslosigkeit der Bescheidadressat\*innen festgestellt hat.<sup>69</sup>

Genauso wenig dokumentiert die Begründung ‚Bewerberangebot‘, dass die verfügbaren Entscheidungsoptionen von der den Ermessensverwaltungsakt erlassenden Behörde reflektiert und die einander gegenüberstehenden Interessen gegeneinander abgewogen wurden. ‚Bewerberangebot‘ ist als Begriff unverständlich, weil noch nicht einmal erkennbar ist, auf wen sich das Wort ‚Bewerberangebot‘ bezieht und wer wem – die Arbeitslosen den potentiellen Arbeitgeber\*innen oder die potentiellen Arbeitgeber\*innen den Arbeitslosen (Genetivus subjectivus oder objectivus) – ein Angebot macht.<sup>70</sup>

Hätte das BSG angesichts dieser Verfasstheit der Begründung der strittigen Meldeaufforderungen den Gedanken zugelassen, dass es aus den Begründungen der von ihm in vier Verfahren inzident geprüften Meldeaufforderungen überhaupt nichts über die vorhandenen Entscheidungsoptionen und die Gründe der Behörde für die Wahl der Option ‚Erlass der Meldeaufforderungen‘ erfährt, wäre auch die Schlussfolgerung nahe gewesen, dass es sich bei den geprüften Begründungen um jenen fehlerhaften Begründungstypus handelt, der in seiner eigenen bundessozialgericht-

68 „Bei der Begründung von Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakten ist also zu berücksichtigen, daß die Begründung sich auf einen konkreten Einzelfall und einen oder mehrere konkret betroffene Bürger bezieht und nicht etwa auf eine abstrakte, standardisierte Sachverhaltskonstellation. Bloß formelhafte Wendungen, die auf beliebige Fälle übertragbar wären, ohne Angaben zum konkreten Fall genügen dieser Pflicht nicht. Sie bieten keine Begründung der gerade vorliegenden Entscheidung“ (Kischel, Die Begründung (Fn. 6), S. 379).

69 Zur rechtsfehlerhaften Umdeutung von Arbeitslosigkeit, dem Kernmerkmal aller Arbeitslosen in einen fallbezogenen Einladungsgrund: Abschnitt D. II.

70 Ähnlich liegt die Sache bei der letzten der drei Standardbegründungen: ‚Leistungsangelegenheiten‘. ‚Leistungsangelegenheiten‘ kann zwar als (vage formuliertes) Synonym zu Zweck Nr. 4 ‚Vorbereitung von Entscheidungen im Leistungsverfahren‘ begriffen werden und der Zweck der gesetzlichen Ermächtigung ist somit immerhin erkennbar, aber auch bei dieser Standardbegründungsformel bleibt ungeklärt, welche im konkreten Fall geplanten Entscheidungen im Leistungsverfahren gemeint sind und warum diese nicht mittels fernmündlicher oder schriftlicher Kommunikation gleichwirksam vorbereitet werden können. Es fehlt der Bezug auf die für den Fall spezifischen Tatsachen, Abwägungen sowie Ausführungen zur Geeignetheit und Erforderlichkeit.

lichen Judikatur als Leerformel oder bloß formelhafte Wendung klassifiziert wird, der wiederum formellrechtlich dem Fehlen einer Begründung äquivalent ist.

Unabhängig davon hätte das BSG in Hinblick auf die Anforderungen an Ermessensverwaltungsakte festgestellt, dass ein nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens nicht mehr heilbarer Ermessensnichtgebrauch vorliegt,<sup>71</sup> weil von dem vollständigen Fehlen einer Erörterung der Entscheidungsoptionen, d.h. der Dokumentation von Ermessenserwägungen, auf ein Fehlen der Ermessensbetätigung geschlossen werden muss.<sup>72</sup> Es hätte somit auch schlussfolgern müssen, dass es – genauso wie die Bescheidadressat\*innen – nicht überprüfen kann, ob die Behörde pflichtgemäß Ermessen ausgeübt hat und somit die Rechtsweg- und Rechtsschutzgarantie gegen Akte der öffentlichen Gewalt (als Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG) sowie das Gewaltenteilungs- und Rechtsstaatsprinzip (als Staatsstrukturprinzip aus Art. 20 Abs. 2 und 3 GG) verletzt sind.

## II. Textbausteine und universelle Einsetzbarkeit (Merkmalsaggregate 2 und 3)

Welche Feststellungen hätte das BSG zu den in den vier Verfahren geprüften Meldeaufforderungen mittels der Kriterien der Merkmalsaggregate 2 und 3 treffen können? Wäre dem BSG aufgefallen, dass dreizehn der vierzehn geprüften Meldeaufforderungen in den vier Verfahren vor dem BSG<sup>73</sup> gleichbegründet waren, so hätte es die Verfahren zurück an das LSG verweisen können, und zwar mit dem Auftrag, die Sachverhaltsermittlung im Sinne von § 103 SGG ordentlich durchzuführen und zu klären, ob die Bundesagentur für Arbeit zur Begründung der Ermessensverwaltungsakte Textbausteine verwendet.

Die Tatsacheninstanzen hätten auf Nachfrage von der Bundesagentur für Arbeit die Antwort erhalten, dass diese seit 2008 ihren Einrichtungen 18 Textbaustein-Optionen im Rahmen der Allgemeinen Termin-Verwaltungssoftware ATV zur Verfügung stellt. Eine Überprüfung des Aufklappmenüs in der ATV-Software hätte gezeigt, dass das Menü u.a. die Textbausteine „Ihre aktuelle berufliche Situation besprechen“ und „über Ihre Leistungsangelegenheiten sprechen“ enthält.<sup>74</sup>

71 Zu den Heilungsvorschriften im Sozialrecht: Fn. 12.

72 Zur Diskussion, ob fehlende Ermessenserwägungen in der Begründung notwendigerweise auf fehlende Ermessensbetätigung, d.h. Ermessensausfall, schließen lassen: Fn. 20.

73 Zwei von drei Meldeaufforderungen 2010, eine Meldeaufforderung 2011, sieben im ersten und drei Meldeaufforderungen im zweiten Verfahren 2015.

74 „Ihre aktuelle berufliche Situation besprechen“ steht an zweiter Stelle der Liste mit Textbausteinen (Bundesagentur für Arbeit, Antwort vom 22.5.2019, <https://fragdenstaat.de/anfrage/options-des-auswahlmenues-einladungsgrund-zum-einladungstyp-sgb-iiiberatung-sgb-iiireha-in-der-atv-software/#nachricht-382241>). Gemäß der beigefügten Beschreibung der Bundesagentur für Arbeit werden die Optionen folgendermaßen angewählt: „Der screenshot vom 4.7.2018 zeigt eine Maske an. Der screenshot vom 4.4.2019 zeigt daraus nur das Auswahlmenü ‚Einladungsgrund‘ an [...]. Nur wenn hier der Einladungsgrund ‚alternativer Einladungsgrund‘ gewählt wird, öffnet sich das Feld ‚alternativer Einladungsgrund‘ (siehe Maske). In diesem Feld kann dann ein Freitext (einzelfallbezogener Einladungsgrund, kein Auswahlmenü) eingegeben werden.“ „Irgendein Grund muss angegeben wer-

Eine ergänzende Recherche in Beck online und Juris hätte den Befund erbracht, dass sich der erste Nachweis für die Verwendung der Begründungen ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘, ‚Bewerberangebot‘ und ‚Leistungsangelegenheiten‘ in zwei Urteilen von 1996 bzw. 1998 findet, deren streitgegenständliche Meldeaufforderungen 1994 bzw. 1995 erlassen wurden.<sup>75</sup> Die sozialgerichtlichen Tatsacheninstanzen hätten mit Hilfe von Erfahrungswissen schlussfolgern können, dass die Textbausteine zuvor über andere Medien wie gedruckte Textbaustein-Listen innerhalb der Bundesagentur für Arbeit und ihren Einrichtungen deutschlandweit verbreitet worden sein dürften.<sup>76</sup>

Die Sozialgerichtsbarkeit hätte somit festgestellt, dass das zentrale Kriterium des zweiten Merkmalsaggregats – „Leerformeln *und* Textbausteine genügen nicht“<sup>77</sup> – erfüllt ist. Im Anschluss daran hätte die Sozialgerichtsbarkeit, sich am zweiten Merkmalsaggregat orientierend, bereits in den Tatsacheninstanzen geschlussfolgert, dass es sich bei den Standardbegründungen der Meldeaufforderungen seit mindestens 1994, insbesondere der Standardbegründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘, um Leerformeln handelt, die – so die Formulierung in diesem Merkmalsaggregat – nicht die für die richterliche Prüfung wesentlichen Punkte des Falls ansprechen (können), weil Textbausteine ihren Zweck nur dann erfüllen können, wenn sie nichts über den konkreten Fall besagen.<sup>78</sup>

Vor dem Hintergrund, dass Formulierungen auch dann Leerformeln sein können, wenn (ohne weitere Recherche) nicht feststellbar ist, ob sie in der Praxis nur einmal in einer Begründung Anwendung finden,<sup>79</sup> hat das Vorliegen des Merkmals ‚universell einsetzbar‘<sup>80</sup> eine starke Warnfunktion. Ist eine Formulierung universell

den“ (Bundesagentur für Arbeit, Antwort vom 22.5.2019, <https://fragdenstaat.de/anfrage/optionendes-auswahlmenus-einladungsgrund-zum-einladungstyp-sgb-iiiberatung-sgb-iiireha-in-der-atv-softw-are/#nachricht-382241>).

75 Vgl. Fn. 15.

76 Warum ‚Bewerberangebot‘ im Auswahlmenü der ATV-Software, die die Bundesagentur für Arbeit der Verfasserin 2019 zur Verfügung gestellt hat, nicht angezeigt wird, konnte mittels einer Nachfrage bei der Bundesagentur für Arbeit nicht geklärt werden. Dass es sich um einen seit 1994 verwendeten Textbaustein handelt, ist jedoch durch die Tatsachen erwiesen (s. Fn. 15).

77 BGH 2012 (Fn. 2), Rn. 7; genauso: BVerwG 2014 (Fn. 2), Rn. 22. Hervorhebung von der Verfasserin.

78 Die Argumentation von *F. Kopp/U. Ramsauer*, dass die erforderliche Begründung „grundsätzlich auf den konkreten Fall“ abstellen muss und daher „formelhafte allgemeine Darlegungen“, „lediglich formale, formelhafte oder inhaltlich abstrakte und nichtssagende Begründungen“ zwar unzulässig seien, „dies [...] jedoch eine Verwendung einer gleichlautenden, vielfältigsten Begründung bei einer Mehrzahl gleichliegender Fälle nicht aus[schließe]“, ist denklogisch nicht nachvollziehbar. Denn wenn die erforderliche Begründung in „einer Mehrzahl gleichliegender Fälle“ angewendet werden kann, muss sie sich auf Aspekte der gleichliegenden Fälle beziehen, die diese Fälle miteinander teilen und somit gerade nicht für einen konkreten Fall spezifisch ist (*F. Kopp/U. Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Fn. 6), § 39, Rn. 19). Allerdings ist es nicht unmöglich, dass es vereinzelt Fälle gibt, die die jeweils erheblichen fallspezifischen Aspekte miteinander teilen.

79 S. Abschnitt B.

80 S. Fn. 46.

einsetzbar, auch wenn nur ein einziger Verwendungsfall bekannt ist, so liegt eine Leerformel und – bei einem Ermessensverwaltungsakt – ein Ermessensausfall vor.

Hätte die Sozialgerichtsbarkeit in den vier in allen drei Instanzen geprüften Verfahren aus 2010, 2011 und 2015 die Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ auf seine universelle Einsetzbarkeit hin geprüft, so hätte sie festgestellt, dass die Formel aufgrund ihres fehlenden Fallbezugs unabhängig von den Umständen jederzeit zur Begründung einer Meldeaufforderung herangezogen werden kann. Denn mit jeder Person im arbeitsfähigen Alter zwischen 15 und 67 Jahren lässt sich ein Gespräch zur beruflichen Situation führen, selbst wenn die Person nicht arbeitslos gemeldet, sondern in Beschäftigung oder arbeitsunfähig ist.<sup>81</sup> Ähnliches gilt für den unverständlichen Textbaustein ‚Bewerberangebot‘. Auch er kann als Begründung für eine Meldeaufforderung an alle Leistungsempfänger\*innen verwendet werden, allein deshalb, weil alle Adressat\*innen von Meldeaufforderungen in ihrer Eigenschaft als Stellensuchende viele oder wenige Angebote von Arbeitgebern erhalten können sowie potentiellen Arbeitgebern überzeugende oder weniger überzeugende Angebote unterbreiten können.

Die beiden Textbausteine bestätigen, was in B. II. in Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Konsequenzen erörtert wurde: Leerformeln zeichnen sich als Begründungen von Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen dadurch aus, dass die Entscheidenden nie in die Verlegenheit kommen können, dass die Adressat\*innen der Entscheidung ihren Widerspruch damit begründen, dass die Begründung materiell fehlerhaft sei, z.B. weil die Behörde die Tatsachen fehlerhaft ermittelt oder die fallspezifischen Tatsachen nicht adäquat unter die maßgeblichen Normen subsumiert habe.

In der Tat ist die einzige vernünftige Begründung für die Einlegung von Rechtsbehelfen im Fall einer Leerformelbegründung in einer (Verwaltungs- oder Gerichts-)Entscheidung mit erhöhten Begründungsanforderungen der Hinweis, dass die Entscheidung rechtsfehlerhaft ist, weil sie mit einer Leerformel begründet wurde. Gerade dieser Standpunkt kann von den Betroffenen jedoch nicht eingenommen werden, weil Leerformelbegründungen und bloß (leer-)formelhafte Wendun-

81 Mit der gleichen Altersgruppe lässt sich demgegenüber in der Regel kein Gespräch über ‚Ihre Situation im Kindergarten‘ oder ‚in der Reha-Klinik‘ führen. Dass die beobachtete gehäufte Verwendung des Textbausteins ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ als Begründung für Meldeaufforderungen gerade auf dessen universelle Einsetzbarkeit zurückzuführen ist, bestätigt die Agentur für Arbeit Hamburg auf eine Anfrage der Verfasserin nach § 1 Abs. 1 IFG. Die Hamburger Einrichtung erklärte die bevorzugte Verwendung von ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ im Vergleich mit den anderen Textbausteinbegründungen, die das ATV-System für Meldeaufforderungen bereitstellt damit, dass dieser Textbaustein ‚für eine Vielzahl von Fallgestaltungen passend ist‘ (Agentur für Arbeit Hamburg, Antwort vom 7.8.2018, <https://fragenstaat.de/anfrage/textbausteinsammlung-fur-begrundungen-von-meldeaufforderungen-nach-309-abs-2-sgb-iii-5/>). Die Agentur für Arbeit Hamburg verwechselt hier ‚Passen‘ mit der Benennung von ‚für die Begründung konstitutiven, fallspezifischen Aspekten‘ (zu dieser Verwechslung: s. Abschnitt C. III.).



gen in der Rechtstheorie und -praxis trotz ihrer weiten Verbreitung (bisher) keine ausreichende und im Alltagsleben überhaupt keine Aufmerksamkeit erhalten haben. Ohne eine auch nur ansatzweise verbalisierbare Vermutung dazu, dass etwas mit der Begründung der Meldeaufforderung nicht ‚stimmt‘, werden die Betroffenen jedoch auch keine Rechtsberatung in Anspruch nehmen. Effektiver Rechtsschutz ist somit deshalb vereitelt, weil sich die zu prüfende Entscheidung öffentlicher Gewalt mittels der Leerformelbegründung, im Grunde einer rhetorischen Volte, einer Prüfung entzieht.<sup>82</sup>

Die Meldeaufforderungen mit Leerformelbegründung führen diese verfassungsrechtliche Problematik vor Augen. In Beck online und Juris gibt es lediglich ein Verfahren in den vergangenen 28 Jahren, in denen der Beschwerdeführer, ein Rechtsanwalt, auf den Leerformelcharakter der Begründungen der Standardmeldeaufforderungen der Bundesagentur für Arbeit ausdrücklich hingewiesen hat. Allerdings drang er mit seinen Hinweisen beim Gericht nicht durch. Auch seine Anhöhrungsrüge infolge der Zurückweisung seiner Beschwerde über die Nichtzulassung der Revision wurde vom BSG als unzulässig verworfen.<sup>83</sup>

### III. **Zuschnitt auf den Konkreten Fall (Merkmalsaggregat 2)**

Stellten sich die bisher zur Prüfung der Begründung von Meldeaufforderungen herangezogenen Merkmale überwiegend als tauglich heraus, um Leerformelbegründungen zu identifizieren, so muss das für das zweite Aggregat spezifische Merkmal ‚mangelnder Zuschnitt auf den konkreten Fall‘ allerdings als ‚kontraproduktiv‘ bewertet werden; es unterstützt jedoch gerade durch seine mangelhafte Funktionalität ein tieferes Verständnis des Phänomens.

Die Begründungsanforderung ‚Zuschnitt auf den konkreten Fall‘, die seit den frühen 1950er Jahren in diversen Fallkonstellationen angeführt wurde,<sup>84</sup> ist für sich besehen doppeldeutig und kann dazu führen, dass die zur Begründung und – je nach Fall – eventuell auch zur Ermessensausübung verpflichtete Behörde das Kriterium ‚Zuschnitt‘ als Lizenz für die Verwendung von Leerformel- und Textbausteinbegründungen missversteht und die Kontrollinstanzen diese ungenügenden Begründungen als zulässige Begründungen für Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen wie z.B. Ermessensentscheidungen verkennen. Das liegt daran, dass die Formulierung ‚muss auf den konkreten Fall zugeschnitten sein‘ sowohl als ‚muss auf den konkreten Fall eingehen‘ als auch als ‚muss auf den konkreten Fall passen‘ ausgelegt werden kann. Beide Auslegungsvarianten sind nur in

82 Zu den verfassungsrechtlichen Konsequenzen: B. II.

83 BSG, Beschluss vom 3.3.2014, Az. B 4 AS 202/13 B.

84 Vgl. Suche nach ‚auf den konkreten Fall zugeschnitten‘ in Beck online.

Nuancen verschieden, können in der Begründungspraxis und ihrer Kontrolle jedoch in diametral entgegengesetzter Weise umgesetzt werden:

Im Sinne der ersten Auslegungsvariante liegt eine fehlerfreie Begründung (nur) dann vor, wenn die Begründung Elemente enthält, die sich auf spezifische Aspekte des Falls – die Besonderheiten und Einzelheiten des konkreten Falls in der Formulierung des sozialgerichtlichen Merkmalsaggregats – beziehen, die für die Begründung der Ermessensentscheidung konstitutiv sind. Dies setzt voraus, dass die Behördenmitarbeiter\*innen sich mit dem Fall auseinandersetzen, weil sie nur auf diese Weise spezifische, für die Begründung konstitutive Aspekte des Falls in die Begründung mit aufnehmen können. Indem die konstitutiven Elemente der Begründung fallspezifisch sind, kann die Begründung in dieser Auslegungsvariante (fast ausschließlich) nur für diesen Fall (und nicht auch für eine Vielzahl weiterer Fälle) verwendet werden, d.h., dass sie universell nicht einsetzbar ist. Infolgedessen muss die Begründung beim Erlass des Verwaltungsakts jeweils neu verfasst werden. Die ‚Montage‘ einer Begründung ausschließlich aus Textbausteinen ist ausgeschlossen. Die tragenden Elemente der Begründung müssen frei formuliert werden.

In der zweiten Auslegungsvariante ist demgegenüber der Zuschnitt der Begründung auf den konkreten Fall auch dann schon gelungen, wenn keine logischen Diskrepanzen zwischen Tatsachengrundlage und Begründung vorliegen und die Begründung insofern auf den Fall passt. Die Bedingung, dass die Begründung der Entscheidung zum Fall passt, ist nicht nur bei einer fallspezifischen Begründung erfüllt, sondern auch dann, wenn die Behördenmitarbeiter\*innen auf vorgefertigte Textbausteinsammlungen zurückgreifen oder Leerformelbegründungen formulieren, die so allgemein sind, dass sie zu diesem Fall wie auch zu einer Vielzahl von anderen Fällen passen, oder wenn sie, statt auf den konkreten Fall einzugehen, ausschließlich Aspekte auf einer abstrakten Metaebene thematisieren.

Dass Variante 2 kein bloß theoretisches Konstrukt, sondern in der Verwaltungspraxis tatsächlich möglich ist, führen die vier ‚Meldetermin‘-Entscheidungen des BSG vor Augen. Die Textbausteinbegründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation/ Bewerberangebot‘ setzt das Merkmal ‚Zuschnitt auf den konkreten Fall‘ in der zweiten, die Begründungsanforderungen nicht erfüllenden Auslegungsvariante ohne Einschränkungen um. Gerade deshalb, weil ‚Gespräch zur beruflichen Situation/ Bewerberangebot‘ (bezogen auf alle Personen im arbeitsfähigen Alter zwischen 15 und 67 Jahren) universell einsetzbar ist und immer passt, erscheint es im Sinne von Variante 2 auf den konkreten Fall zugeschnitten. Ähnliches gilt für ‚Leistungsangelegenheiten‘. Leistungsangelegenheiten können in Bezug auf jede arbeitslos gemeldete Person theoretisch zu klären oder zu besprechen sein, sei es, weil sie Leistungen oder weil sie keine Leistungen erhält.

Eine deutlich besser geeignete, wenn auch nicht so konzise Formulierung des Merkmals ‚mangelnder Zuschnitt‘ wäre demgegenüber: ‚fehlende Spezifizierung der Begründung, so dass die Begründung nicht nur (fast ausschließlich) auf den konkreten Fall, sondern auch auf eine Vielzahl anderer Fälle passt‘.

Die beschriebene fehlerhafte Verwechslung von Merkmalen wie ‚Passen‘, ‚Zuschnitt‘ und ‚Stimmigkeit‘ mit tatsächlicher Fallbezogenheit in der sozialgerichtlichen Praxis manifestiert sich im Übrigen auch im Kommentar von Jutta Siefert zu § 35 Abs. 1 S. 3 SGB X. Den dort formulierten Anforderungen gemäß müssen die Begründungen von Ermessensverwaltungsakten einen auf den Arbeitslosen „abgestimmten Zweck“ erkennen lassen.<sup>85</sup> Auch diese Formulierung lässt die beiden genannten Auslegungsvarianten zu, obwohl zur Vermeidung unzulässiger Leerformeln nur die erste Auslegungsvariante geeignet ist. Dass die Behörde einen auf den Arbeitslosen abgestimmten Zweck verfolgt, indem sie zwischen mindestens zwei Entscheidungsoptionen gewählt und somit pflichtgemäß Ermessen ausgeübt hat, dokumentiert die Begründung des Verwaltungsakts nur dann, wenn die Begründung ‚fast ausschließlich nur auf diesen Fall‘ und nicht ‚auf diesen und auf viele andere Fälle‘ abgestimmt ist, weil die für die Begründung konstitutiven Elemente fallspezifisch sind.<sup>86</sup>

Wenn das entscheidende Merkmal von Leerformelbegründungen jedoch darin liegt, dass sie auf eine Vielzahl von Fällen passen und daher nicht erkennbar ist, ob die Entscheidenden – Behörden oder Gerichte – den konkreten Fall in ihre Entscheidung eingestellt haben oder nicht, dann ist es nicht zielführend zu überprüfen, ob die Begründung auf den vorliegenden Fall passt. Die Prüfung muss vielmehr dadurch erfolgen, dass überlegt wird, in wie vielen unterschiedlichen Fällen die gewählte Formulierung passen kann und/oder tatsächlich Anwendung findet und welche Entscheidungsalternativen zur Verfügung standen. Passt die Begründung auf sehr viele Fälle und lässt sich zudem noch nachweisen, dass sie in fast allen oder vielen Fällen eines Entscheidungstypus (wie Meldeaufforderungen oder Verhältnismäßigkeitsprüfung) als tragende Begründung eingesetzt wird und Entscheidungsalternativen weder begründet zurückgewiesen noch genannt werden, dann ist die Begründung eine Leerformel. Für Ermessensentscheidungen bedeutet der Befund, dass von einem Ausfall der Ermessensbetätigung auszugehen ist.

#### D. Erfolgreiche gerichtliche Kontrolle

Der Umstand, dass sich mit Hilfe der Merkmalsaggregate zeigen lässt, dass es sich bei den Begründungen der Standardmeldeaufforderungen der Bundesagentur für

85 J. Siefert, in: P. Coseriu/W. Eichner/R. Schlegel (Hrsg.), SGB III nF, Neuwied et al. 2014, § 309 Rn. 20.

86 Mit ‚fast ausschließlich‘ ist hier gemeint, dass andere Fälle, auf die die spezifischen Begründungsaspekte passen, nicht ausgeschlossen werden, jedoch vergleichsweise selten vorkommen.

Arbeit um Leerformelbegründungen handelt, die schwerwiegendes Indiz für Ermessensausfall sind, wirft die Frage auf, wie das BSG zu seiner gegenteiligen Feststellung gelangt ist, dass die Meldeaufforderungen fallbezogen und Ermessensausübung dokumentierend begründet seien. Lapidar formuliert: Was ist schief gegangen – abgesehen von dem Umstand, dass das BSG in seinen ‚Meldetermin‘-Entscheidungen keine der Prüfkriterien der drei Merkmalsaggregate (als auf Leerformeln spezialisierte Begründungsfehlerlehren) angewendet hat?<sup>87</sup>

Die Verfahren von 2010, 2011 und 2015 bilden eine Kette, in der die jeweils nachfolgenden Entscheidungen die rechtsirrigte Argumentation und das hierauf gründende fehlerhafte Endergebnis der vorhergehenden Entscheidungen aufgreifen und durch weitere lediglich scheinbar plausible Argumente konsolidieren.

### I. Die Entscheidungen von 2010 und 2011

Im Verfahren von 2010 behauptet das BSG pauschal, dass mit der Begründung „Gespräch über sein Bewerberangebot bzw seine berufliche Situation“ „individuelle, auf den Kläger bezogene Meldezwecke (vgl hierzu Winkler in Gagel, SGB II/SGB III, § 59 SGB II RdNr 12, Stand September 2007) genannt“<sup>88</sup> worden seien, obwohl beide Textbausteine, wie in Abschnitt C gezeigt, lediglich Leerformeln sind.

Im Verfahren von 2011 beschränkt sich die Prüfung der Begründung auf einen scheinbaren Abgleich des in der Begründung der Meldeaufforderung benannten Zwecks ‚Gespräch zur beruflichen Situation/Bewerberangebot‘ mit den Zwecken, die gemäß der gesetzlichen Ermächtigung verfolgt werden dürfen. Der Abgleich mündet nicht in die Feststellung, dass für das Gericht nicht erkennbar sei, ob die Behörde einen oder mehrere der in § 309 Abs. 2 SGB III normierten Zwecke, also einen legitimen Zweck im Sinne der Verhältnismäßigkeitsprüfung, verfolge, weil mit einem Gespräch zur beruflichen Situation eine Vielzahl von Zwecken oder auch gar kein Zweck verfolgt werden könne und somit für die Betroffenen und das Gericht völlig offenbliebe, welchen Zweck die Behörde tatsächlich verfolgen wollte. Das BSG vermeidet die Feststellung, dass ohne Kenntnis des legitimen Zwecks bereits der erste Prüfschritt einer Verhältnismäßigkeitsprüfung scheitert. Stattdessen wählt es eine Formulierung, die weder aus den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit noch aus denjenigen der Ermessensfehlerfreiheit ableitbar ist. Es stellt fest, dass sich die Begründung an den Anforderungen aus § 309 Abs. 2 SGB III *orientiere*, u.a. die „Zwecke der Berufsberatung (Nr 1), der Vermittlung in Ausbil-

87 Das vom BSG in zwei Entscheidungen 1997 und 2000 entwickelte Merkmalsaggregat wird zwar – orientiert man sich an Beck online – von den Tatsachengerichten ab 2007 immer wieder aufgegriffen (und variiert), nicht jedoch zum Zweck der Überprüfung von Meldeaufforderungen.

88 BSG 2010 (Fn. 13), Rn. 30.

dung oder Arbeit (Nr 2) und der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für den Leistungsanspruch (Nr 5)“ zu verfolgen.<sup>89</sup>

Das beschriebene Vorgehen des BSG, eine unscharfe Formulierung zu wählen, die den zu prüfenden Sachverhalt verschleiert und in der Folge zu einem der herrschenden Lehre diametral entgegengesetzten Prüfungsergebnis führt, ist verwandt mit Methoden, die in den vergangenen mehr als vier Dekaden unter dem Stichwort ‚Juristische Rhetorik‘ analysiert wurden.<sup>90</sup> Die vom BSG zur Abstützung seines Resultats angeführte Formel „Es bestehen insbesondere keine Anhaltspunkte für eine zweckwidrige Aufforderung (vgl dazu Düe in Niesel/Brand, SGB III, 5. Aufl 2010, § 309 RdNr 10 ff)“<sup>91</sup> ist dabei allerdings folgerichtig. Denn eine Leerformel, die auf den konkreten Fall keinen Bezug nimmt, kann prinzipiell keine Anhaltspunkte für einen zweckwidrigen behördlichen Eingriff enthalten.

## II. Die Entscheidungen von 2015

An die geschilderten Probleme bei der Prüfung knüpfen die letzten beiden Entscheidungen zu Meldeaufforderungen von 2015 an. Erst in diesen Entscheidungen führt das BSG eine systematische Ermessensfehlerprüfung der sieben streitgegenständlichen Meldeaufforderungen durch;<sup>92</sup> es kommt jedoch wieder nur zu dem Ergebnis, dass die Begründung „Besprechung ihres ‚Bewerberangebots bzw ihrer beruflichen Situation““ das ausgeübte Ermessen fehlerfrei dokumentiere. (Da beide Entscheidungen als Varianten verfasst wurden, wird hier nur die erste der beiden Entscheidungen analysiert.) In Schritt 1 prüfte das BSG wie bereits in der Entscheidung von 2011, ob die Begründung den Zweck der gesetzlichen Ermächtigung benenne. Wieder sah das Bundesgericht die Pflicht zur Zweckangabe erfüllt, diesmal allerdings mit einer anderen Argumentation.

89 „Gemäß § 309 Abs 2 SGB III kann die Aufforderung zur Meldung ua zum Zwecke der Berufsberatung (Nr 1), der Vermittlung in Ausbildung oder Arbeit (Nr 2) und der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für den Leistungsanspruch (Nr 5) erfolgen. An diesen Anforderungen orientiert sich die Aufforderung der Beklagten vom 18.4.2007, mit der sie die Klägerin zwecks Erörterung ihrer beruflichen Situation und ihres Bewerberangebots zum Termin am 14.5.2007 um 11:00 Uhr einlud“ (BSG 2011 (Fn. 13), Rn. 15).

90 Z. B. O. *Ballweg*, Analytische Rhetorik als juristische Grundlagenforschung, ARSP Beiheft 1991, S. 45; W. *Gast*, Juristische Rhetorik. Auslegung Begründung Subsumtion, 3. Aufl., Heidelberg 1997; F. *Haft*, Juristische Rhetorik, 5. Aufl., München 1995; E. *Hilgendorf*, Was leistet die „juristische Rhetorik“, in: E. Hilgendorf (Hrsg.), Angewandte Rhetorik (= Jahrbuch Rhetorik, Bd. 14), Tübingen 1995, S. 40; K. *Sobota*, Argumente und stilistische Überzeugungsmittel in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Eine Rhetorik-Analyse auf empirischer Grundlage, in: W. *Gast* (Hrsg.), Juristische Rhetorik (=Jahrbuch Rhetorik, Bd. 15), Tübingen 1996, S. 115.

91 BSG 2011 (Fn. 13), Rn. 15.

92 Bei Ermessensfehlerlehren handelt es sich um Begründungsfehlerlehren, die für einen bestimmten Typus von Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen, Ermessensentscheidungen, entwickelt wurden und dem Gewaltenteilungsprinzip, also dem Umstand, dass sich das Gericht nicht an die Stelle der Behörde setzen und die Ermessensentscheidung inhaltlich somit nur beschränkt überprüfen darf, Rechnung tragen sollen (C. *Bamberger*, in: P. Wysk (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl., München 2020, § 114 Rn. 16).

Die *conclusio*, dass die Begründung „Besprechung ihres ‚Bewerberangebots bzw ihrer beruflichen Situation“ das ausgeübte Ermessen fehlerfrei dokumentiere, wird mittels einer unbewiesenen Prämisse und zwei auf der Prämisse scheinbar gründenden Schlussfolgerungen vorbereitet. Aus der nur auf den ersten Blick selbstverständlichen Prämisse, dass sich „mit jedem der [in § 309 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 SGB III genannten] Zwecke [...] zahlreiche Beratungsgegenstände“<sup>93</sup> verbinden würden, schlussfolgerte das BSG, dass eine präzise Benennung des Zwecks des Meldetermins nicht in allen Fällen verlangt werden könne, obwohl die gegenteilige Schlussfolgerung, nämlich dass gerade aufgrund der (behaupteten) Vielfalt der Beratungsgegenstände eine Benennung des jeweils verfolgten Zwecks zum Zweck der Kontrolle unverzichtbar sei, wesentlich plausibler wäre. Das BSG formuliert:

Wie konkret der Meldezweck benannt werden muss, kann nicht für alle Einzelfälle generell festgelegt werden, weil dafür die jeweilige Beratungssituation maßgebend ist; eine stichwortartige Konkretisierung ist aber im Regelfall ausreichend.<sup>94</sup>

Im unmittelbaren Anschluss an die unplausible Festlegung greift das Bundesgericht auf seine ‚Meldetermin‘-Entscheidung von 2010 zurück und behauptet, dass „dementsprechend“ ‚Gespräch über das Bewerberangebot/die berufliche Situation‘ „eine grundsätzlich zulässige und ausreichende Konkretisierung des Meldezwecks“ sei,<sup>95</sup> obwohl, wie in C. gezeigt, die Formulierung gar keine Konkretisierung darstellt, sondern lediglich auf die abstrakte, allgemeine Fallkonstellation ‚im Fall von Arbeitslosigkeit können Gespräche zur beruflichen Situation zur Überwindung der Beschäftigungslosigkeit beitragen‘ abstellt.

Auf der Grundlage dieser Serie an bloßen Behauptungen weist das Bundesgericht anschließend den sieben Meldeaufforderungen fallbezogene Anlässe und Zwecke zu, die die Bundesagentur für Arbeit gemäß den Feststellungen, die die vorhergehende Tatsacheninstanz im Rahmen ihrer Pflicht zur Sachverhaltsermittlung getroffen haben soll, verfolgte: nämlich das Vorliegen von „Arbeitslosigkeit“, von „Vermittlungshemmnissen und gesundheitlichen Einschränkungen der Klägerin“ sowie das Erfordernis der Klärung der Frage, „welche Tätigkeiten sie noch ausüben konnte und ob zunächst Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung durchzuführen waren“.<sup>96</sup> Das vorinstanzliche Urteil enthält allerdings keine Feststellungen zu diesen verfolgten Zwecken. Es enthält – im Indikativ – die Feststellung, dass der von der Bundesagentur für Arbeit verfolgte (unzulässige) Zweck darin bestand, die Einladungsdichte zu erhöhen. Lediglich im Konjunktiv II

93 BSG 2015, 19/14 (Fn. 13).

94 BSG 2015, 19/14 (Fn. 13), Rn. 32.

95 BSG 2015, 19/14 (Fn. 13), Rn. 32.

96 BSG 2015, 19/14 (Fn. 13), Rn. 37.

schließt das LSG hieran die Überlegung an, dass die Behörde seiner Auffassung nach sinnvollerweise bei den Meldeterminen auch weitere Zwecke hätte verfolgen können:

Insbesondere *war* es aufgrund der Tatsache, dass die Klägerin zu 2) seit der Antragstellung im Jahre 2009 nicht mehr beim Beklagten vorgesprochen hat, dringend erforderlich, mit ihr ein Gespräch über ihre berufliche Situation zu führen. [...] Auch soweit Vermittlungshindernisse oder gesundheitliche Einschränkungen tatsächlich bestehen, *wäre* es erforderlich gewesen, diese zu besprechen und zu klären, welche Tätigkeiten die Klägerin zu 2) danach noch ausüben kann oder ob zunächst Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung (§ 16 Abs. 1 SGB II) durchzuführen sind.<sup>97</sup>

Im Zusammenhang mit der spekulativen, vom BSG anstelle der Behörde durchgeführten Konkretisierung der Leerformel-Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘<sup>98</sup> überprüfte das Bundesgericht die Begründung auch in Hinblick auf Ermessensfehler. Einen Ermessensnichtgebrauch konnte das BSG für die ersten drei von sieben Meldeaufforderungen allerdings nicht erkennen, weil die Tatsache, dass die Bundesagentur für Arbeit den allgemeinen Inhalt des zu führenden Gesprächs benannt hatte, nach Auffassung des BSG die Ausübung von Ermessen beweise.

Nachdem das BSG die vorhandenen Worte in der Begründungspassage des Verwaltungsakts also als Gründe klassifiziert hatte und formelle Begründungsfehler somit nicht vorliegen konnten, schritt es in seiner Ermessensfehlerprüfung mit der Überprüfung eventuell vorliegender Ermessensüberschreitung oder Ermessensfehlergebrauchs fort. Wieder stellte das BSG keine Fehler fest – diesmal, weil es die Überprüfung durchführte, ohne zuvor überhaupt den von der gesetzlichen Ermächtigung vorgesehenen Ermessensrahmen oder vielmehr Ermessensoptionen – Meldetermin oder kein Meldetermin – rekonstruiert zu haben. Indem das BSG die möglichen Alternativen zum Meldetermin (wie z.B. fernmündliche oder schriftliche Kommunikation) nicht mitdachte, musste jede Verfolgung eines Zwecks im Sinne von § 309 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 SGB III zwangsläufig in die in § 309 SGB III vorgesehene Rechtsfolge ‚Meldeaufforderung‘ münden.

Ermessensfehlergebrauch oder Ermessensmissbrauch konnte das BSG in den ersten drei der geprüften sieben Meldeaufforderungen ebenfalls nicht erkennen, weil der Auffassung des BSG nach Gespräche zur beruflichen Situation immer dann geboten seien, wenn Personen arbeitslos seien.<sup>99</sup> Das BSG bestätigte mit dieser argu-

97 Bayerisches Landessozialgericht, Urteil vom 24.10.2012, Az. L 16 AS 389/12 (BeckRS 2014, 69563), Rn. 32, Hervorhebung von der Verfasserin.

98 Die fallbezogene Konkretisierung der Leerformelbegründung durch das BSG verletzt das Gewaltenteilungsprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG. Das BSG holt im Grunde genommen die fehlenden Ermessenserwägungen verfahrensfehlerhaft für die Behörde nach.

99 BSG 2015, 19/14 (Fn. 13), Rn. 37.

mentativen Volte unbeabsichtigt die Tatsache, dass es sich bei der Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ um eine Passepartout-Begründung handeln muss, wenn die Begründung für alle Meldeaufforderungen an die vorgesehenen Normadressat\*innen, Arbeitslose, grundsätzlich geeignet ist.

Dass das BSG die Entscheidungsalternative ‚keine Aufforderung zur Meldung‘ in der Tat nicht sah, bestätigt sich bezüglich seiner rechtlichen Beurteilung der übrigen vier gleichbegründeten Meldeaufforderungen. Deren Rechtswidrigkeit wurde vom BSG nicht damit begründet, dass die Bundesagentur für Arbeit keinen Anlass gehabt habe, die Teilnahme an Meldeterminen anzuordnen, also keinen legitimen Zweck verfolgte, sondern damit, dass die Bundesagentur die falsche Begründung, also den nach der Auffassung des BSG ‚wahren‘ oder ‚besseren‘ Anlass – nämlich die Erörterung der vorhergehenden Meldeversäumnisse – nicht benannt habe. Dieselbe Begründungs(Leer)formel ‚Gespräch zur beruflichen Situation/Bewerbersituation‘, die in den ersten drei Meldeaufforderungen in Bezug auf die vom BSG unterstellten konkreten Zwecke materiell fehlerfreie Ermessensausübung demonstrierte, wurde somit vom BSG in den letzten vier Meldeaufforderungen auf der Grundlage von anderen konkreten, vom BSG unterstellten Zwecken als Nachweis für Ermessensnichtgebrauch, also einen formellen Begründungsmangel, bewertet.

## E. Plurales Fazit

### I. Leerformelbegründungen – ein rechtsgebietsübergreifendes Problem

Die Divergenz zwischen den aus diversen gerichtlichen Entscheidungen herausgearbeiteten Merkmalen von Leerformelbegründungen auf der einen Seite und der festigten Judikatur des BSG zur Rechtmäßigkeit von Meldeaufforderungen mit Leerformelbegründung auf der anderen Seite führt vor Augen, dass Leerformelbegründungen (oder Begründungen, die aus bloß formelhaften Wendungen bestehen,) in Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen keineswegs trivial sind.

Leerformelbegründungen zu erkennen, stellt eine ernstzunehmende Aufgabe dar, weil bloß (Leer)formelhafte Wendungen in Begründungen von exekutiven und judikativen Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen (Verwaltungsakten und rechtsmittelfähigen gerichtlichen Entscheidungen) den allgemeinen Justizgewährungsanspruch sowie die hierauf bezogenen speziellen Rechtsschutzgarantien der Entscheidungsadressat\*innen aus Art. 19 Abs. 4 GG<sup>100</sup> verletzen und in der Folge mittelbar auch die Effektivität des Gewaltenteilungs- und Rechtsstaatsprinzips behindern.

100 Zum Verhältnis zwischen dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 GG und der Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG: Fn. 51.



Leerformelbegründungen sind dementsprechend, wie in A. III. angesprochen, keineswegs nur ein verwaltungs- und sozialrechtliches Problem, sondern eine gesteigerte Aufmerksamkeit auf das Phänomen ist für alle Rechtsgebiete wünschenswert. Denn Leerformelbegründungen werden häufig auch in zivil- und strafgerichtlichen Entscheidungen moniert. Zivil- und Strafgerichte verwenden dabei Formulierungen, die denjenigen in den drei sozial- und verwaltungsgerichtlichen Merkmalsagregaten ähneln. In der Zivilgerichtsbarkeit bemängeln die höheren Instanzen immer wieder, dass die Entscheidungsbegründung der Vorinstanz (oder mehrerer untergeordneter Gerichte) sich nicht mit den „Einzelheiten des konkreten Sachverhalts“ befasse, hinsichtlich eines entscheidungserheblichen Punkts nur „pauschale“, formelhafte Wendungen enthalte, das (eventuell ausgeübte) Ermessen nur mit formelhaften Formulierungen dokumentiere, sich über den Vortrag der Parteien mit Leerformeln oder bloß formelhaften Wendungen hinwegsetze und eine unbegründete Entscheidung oder Einschätzung mit leerformelhafter Rhetorik überdecke.<sup>101</sup>

Darüber hinaus weisen Zivilgerichte Berufungen häufig mit der Begründung zurück, dass sie nur formelhafte Wendungen enthalten würden, statt sich mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen.<sup>102</sup> Diese gerichtliche Begründung kann allerdings selbst eine formelhafte Wendung sein, um einen Berufungsantrag oder eine Beschwerde rechtsfehlerhaft zurückzuweisen.<sup>103</sup>

Strafgerichte heben mit dem Label ‚Leerformel‘ und ‚bloß formelhafte Wendungen‘ darauf ab, dass sie in den Entscheidungsbegründungen der untergeordneten Gerichte das Eingehen auf den konkreten Fall bzw. die Benennung wesentlicher Aspekte des Falls vermissen. Sie bemängeln pauschale Feststellungen, fehlende Wertungen, die fehlende Auseinandersetzung mit den Umständen und fehlende konkrete Erwägungen, die eine erlangte Überzeugung (wie z.B. ein bestimmtes Beweisergebnis) begründen. Sie beanstanden, dass eine erforderliche Verhältnismäßigkeits-

101 BGH, Urteil vom 18.6.1998, Az. IX ZR 311/95 (NZI 1998, 120), dritter Leitsatz; BGH, Urteil vom 10.3.2005, Az. VII ZR 220/03 (NJW-RR 2005, 928), II. 2.; BGH, Beschluss vom 23.10.2012, Az. XI ZB 25/11 (KG) (NZBau 2013, 34), Rn. 15; KG Berlin, Beschluss vom 23.1.2014, Az. 22 U 76/13 (BeckRS 2015, 5696), Rn. 14, 16; OLG Hamm, Urteil vom 3.9.2014, Az. 11 U 123/13 (BeckRS 2014, 20143), Rn. 17; OLG Köln, Beschluss vom 21.3.2016, Az. 2 Wx 76/16 (FGPrax 2016, 136); OLG München, Teilbeschluss vom 29.1.2018, Az. 34 Sch 31/15 (NJOZ 2018, 1146), Leitsatz, Rn. 65 und 72; OLG München, Beschluss vom 12.4.2018, Az. 31 AR 52/18 (ZEV 2018, 346), Rn. 8; BGH, Beschluss vom 7.6.2018, Az. 1 ZB 70/17 (SchiedsVZ 2018, 318), Rn. 6; LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 21.4.2021, Az. 6 Sa 314/20 (BeckRS 2021, 25338), Rn. 30, 31; OLG Bremen, Beschluss vom 17.5.2021, Az. 5 WF 14/21 (BeckRS 2021, 11761), Rn. 8.

102 BGH, 2012 (Fn. 101), Rn. 15; KG Berlin, 2014 (Fn. 101), Rn. 14, 16; OLG Hamm, 2014 (Fn. 101), Rn. 17; LAG Schleswig-Holstein, 2021 (Fn. 101), Rn. 30, 31.

103 Im Beschluss vom 5.12.2018, Az. XII ZB 418/18 (NJW-RR 2019, 196), Rn. 5, 6, rügt der BGH die Zurückweisung einer nach seiner Auffassung begründeten Beschwerde nach § 117 FamFG. Die Vorinstanz hatte seine Entscheidung auf die (leerformelhafte) Begründung gestützt, der Beschwerdeführer habe lediglich eine „formelhafte Wendung“ als Begründung für seine Beschwerde angeführt.

prüfung nicht durchgeführt wurde und dass als Folge der genannten Mängel die Entscheidung der Vorinstanz von ihrer Seite nicht überprüfbar sei.<sup>104</sup>

Eigene Merkmalsaggregate für Leerformelbegründungen wurden in der Zivil- und Strafrichterbarkeit zwar nicht entwickelt, die hier vorgestellten drei Merkmalsaggregate lassen sich jedoch ohne größere Modifikationen auf die zivil- und strafgerichtlichen Entscheidungsbegründungen anwenden. Demnach sind Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen formell fehlerhaft, wenn deren Begründungen bloß aus Leerformeln und/oder Textbausteinen bestehen, die universell einsetzbar sind, d.h. auf eine Vielzahl von Fällen passen. Sie sind deshalb fehlerhaft, weil sie die gerichtliche Überprüfung vereiteln und den Justizgewährungsanspruch verletzen.

Eine Begründung ist nur dann keine Leerformelbegründung, wenn sie fallbezogen ist. Fallbezogen ist die Begründung einer Entscheidung mit erhöhten Begründungsanforderungen noch nicht deshalb, weil sie auf den Fall passt, d.h. keine offensichtlichen Widersprüche zwischen der Begründung und den Tatsachenfeststellungen bestehen. Denn Passgenauigkeit und Widerspruchlosigkeit sind gerade Merkmale von pauschalen, universell einsetzbaren Leerformelbegründungen und Textbausteinen.

Fallbezogen ist die Begründung einer Entscheidung nur dann, wenn sie auf die tatsächlichen und rechtlichen Aspekte des Einzelfalls (oder die Besonderheiten und Einzelheiten des Einzelfalls) eingeht und so spezifisch für den vorliegenden Fall ist, dass sie nicht auch auf eine Vielzahl ähnlich gelagerter Fälle übertragbar ist. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass die Begründung keine allgemeinen, nicht fallbezogenen Sätze wie Rechtsvorschriften, Rechtssätze und formelhafte Lehrsätze („Lehrformeln, nicht Leerformeln“) enthalten darf. Diese stellen in einer Begründung mit erhöhten Begründungsanforderungen jedoch nicht die Gründe, sondern andere Funktionselemente in der Begründung dar.

Darüber hinaus lassen sich aus den Merkmalsaggregaten stichhaltige Argumente für die Auffassung ableiten, dass überzeugende Gründe für die getroffene rechtsbehelfsfähige Entscheidung sich nicht in der Benennung von die Entscheidung stützenden Überlegungen erschöpfen. Fehlerfreie Begründungen erörtern auch die Gründe für (mindestens) eine (konträre) nicht gewählte Entscheidungsoption im Vergleich mit der getroffenen Entscheidung. Denn erst mit der Kenntnis der Grün-

104 OLG Schleswig, Beschluss vom 4.10.2000, Az. 1 Ss 260/00 (BeckRS 2000, 17068), Rn. 3; BGH, Beschluss vom 25.4.2002, Az. 3 StR 111/02 (BeckRS 2002, 4079); BGH, Beschluss vom 19.12.2012, Az. 4 StR 494/12 (NStZ-RR 2013, 309); BGH, Beschluss vom 1.10.2013, Az. 3 StR 135/13 (NStZ-RR 2014, 54), Rn. 15; BGH, Beschluss vom 15.1.2015, Az. 1 StR 315/14 (NJW 2015, 645), 2. bb); OLG Köln, Beschluss vom 2.5.2018, Az. 1 RVs 83/18 (BeckRS 2018, 9730), Rn. 27; OLG Köln, Beschluss vom 30.6.2020, Az. 1 RVs 127/20 (BeckRS 2020, 19232), Rn. 20; LG Berlin, Beschluss vom 20.11.2020, Az. 517 Qs 63/20 (BeckRS 2020, 36849), Rn. 12, 15, 62.

de für die Entscheidungsalternativen ist für prüfende Instanzen nachvollziehbar, warum die getroffene Entscheidung aus der Sicht der Entscheidenden die überzeugendere war.<sup>105</sup> Enthält eine Begründung nur die Pro-Gründe und keine Kontra-Gründe ist nicht auszuschließen, dass die entscheidenden Behörden oder Gerichte zwischen den einander gegenüberstehenden Entscheidungsoptionen nicht abgewogen und Ermessen nicht ausgeübt haben, und die Pro-Gründe bloß Leerformeln sind.

Fehlerfreie Begründungen gründen auch auf einer vollständig, systematisch und ergebnisoffen durchgeführten Verhältnismäßigkeitsprüfung. (Die Formel ‚Anhaltspunkte für eine fehlende Verhältnismäßigkeit sind nicht ersichtlich‘ ist demgegenüber auch nur eine universell einsetzbare Leerformel, die alle Merkmale der Merkmalsaggregate 1 bis 3 erfüllt.)

Die ‚Meldetermin‘-Entscheidungen haben darüber hinaus vor Augen geführt, dass die von Kontrollinstanzen in der Regel durchgeführte Einzelfallbetrachtung das Erkennen von Leerformelbegründungen erschwert. Wünschenswert wäre eine Kontrollroutine, die die strittige (Verwaltungs- oder Gerichts-)Entscheidung mit einer Reihe anderer – angefochtener und akzeptierter – Entscheidungen zur selben Norm vergleicht. Dies ermöglichte, formelhafte Wendungen und Textbausteine festzustellen. Eine solche Kontrollroutine würde auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG<sup>106</sup> und der Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung zum Zwecke der Verwirklichung des dem Rechtsstaatsprinzip immanenten Gebots der Rechtssicherheit Rechnung tragen, indem Fälle von ‚Normanwendung als Mittel der Schikane‘ sichtbar werden würden.

Die Prüfung einer Begründung in Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen sollte somit drei Prüfungsblöcke umfassen: 1. Begründungsfehlerprüfung mittels der im vorhergehenden Abschnitt vorgestellten Kriterien, 2. Vergleich mit Entscheidungen zu denselben Rechtsvorschriften und -sätzen und 3. Verhältnismäßigkeitsprüfung.

## II. Verwaltungsrechtlich spezifische Schlussfolgerungen

Für die Eingriffs- und Leistungsverwaltung (hier: allgemeines Verwaltungsrecht, Sozialrecht) sind die gewonnenen Erkenntnisse aus der Untersuchung der Divergenz zwischen ‚Leerformel‘- und ‚Meldetermin‘-Entscheidungen deshalb besonders relevant, weil davon auszugehen ist, dass im Zuge der Bemühungen um eine Effizienzsteigerung der Massenverwaltung Behörden zukünftig weiterhin ‚pragmatische

105 Zum Sinn und Zweck der Erörterung der Gründe für die nicht gewählten Entscheidungsoptionen: S. A. E. Martens, Methodenlehre des Unionsrechts, Tübingen 2013, S. 62; eingeschränkt auch S. Brink, Richterliche Entscheidungsbegründung, Frankfurt am Main 1999, S. 263-264.

106 Gleichbehandlung im Sinne des Gebots, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.

Lösungen‘ für die Aufgabe suchen werden, ihre Entscheidungen ‚wasserdicht‘ zu begründen. Leerformelhafte Textbausteinbegründungen können (rechts)irrtümlich für eine solche pragmatische Lösung gehalten werden.

Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Norm (hier z.B. § 309 Abs. 2 SGB III) schlecht gemacht ist und die Behörde nicht sieht, wie vorzugehen ist, um die Norm sinnvoll anzuwenden. In dieser Situation der ‚Hilflosigkeit‘ erfüllen Leerformelbegründungen den Zweck, den Mangel an guten Gründen, die in der Begründung der Verwaltungsentscheidung nicht dokumentiert werden können, zu überdecken.<sup>107</sup>

Vor diesem Hintergrund führen die ‚Meldetermin‘-Entscheidungen eindrücklich vor Augen, wie groß das Risiko ist, dass die in Anspruch genommene Auslegungsfähigkeit von Begründungen darin mündet, dass in eine Leerformel fallbezogene Zwecke ‚hineininterpretiert‘ werden und das Gericht sein Ermessen an die Stelle der (fehlenden) Ermessensausübung der Behörde setzt, statt sich an den (kargen) Wortlaut der Begründung in der zu prüfenden Verwaltungsentscheidung zu halten.

Speziell für Ermessensverwaltungsakte stellt sich bei Leerformelbegründungen das Problem, dass die herrschende Ermessensfehlerlehre zur gerichtlichen Prüfung von Ermessensverwaltungsakten bezogen auf Leerformeln ineffektiv ist. Die vorgestellten drei Merkmalsaggregate (mit Ausnahme des irreführenden Merkmals ‚Zuschnitt auf den konkreten Fall‘) sind demgegenüber dafür geeignet, Leerformelbegründungen zu identifizieren.

### III. Leerformelbegründungen und Rechtsordnung

Last but not least drängen sich in Bezug auf die ‚Meldetermin‘-Entscheidungen eine Reihe von Wertungsfragen bezüglich der Kontroll- und Korrekturfähigkeit von exekutiven und judikativen Entscheidungen in einem grundsätzlichen Sinn auf: Welchen Stellenwert hat der Sachverhalt, dass in mehr als nur vereinzelt sozialgerichtlichen Verfahren seit fast drei Dekaden und über den gesamten Instanzenzug Entscheidungen so getroffen wurden (und weiterhin werden),<sup>108</sup> dass sie der herrschenden, verfassungsrechtlich begründeten Lehre bezüglich der formellen Fehlerhaftigkeit von Leerformelbegründungen zuwiderlaufen?<sup>109</sup> Wie kann sichergestellt werden, dass die Prinzipien der Rechtseinheit und Rechtssicherheit in der exekutiven und judikativen Praxis zur Beförderung verfassungsgemäßer und verhältnismäßiger Entscheidungen beitragen, statt dass sie wie im Fall der ‚Meldeter-

107 Eine kompakte und trotzdem weitaus zweckmäßigere Formulierung für § 309 Abs. 2 SGB III wäre z.B.: Die Bundesagentur für Arbeit kann zur Verfolgung ihrer gesetzlichen Zwecke zu einem Termin in einer ihrer Einrichtungen auffordern, wenn sie die Zwecke nicht mittels fernmündlicher oder schriftlicher Kommunikation gleichwirksam verfolgen kann.

108 S. A. III.

109 S. A. I.

min‘-Entscheidungen dazu führen, dass eine rechtsirrigte Rechtsprechung sich immer weiter verfestigt? Wie ist in diesen Kontext der Umstand einzuordnen, dass ein Betroffener mittels Nichtzulassungsbeschwerde und Anhörungsrüge die Revisionsinstanz auf die Rechtsfehlerhaftigkeit der in dem Fachgerichtszweig gefestigten Judikatur aufmerksam gemacht hat,<sup>110</sup> das Revisionsgericht seine Rechtsprechung daraufhin jedoch nicht korrigierte, sondern im Rahmen von zwei nachfolgenden Verfahren sogar bestätigte?<sup>111</sup>

Auch wenn diese Fragen hier offenbleiben müssen, so kann jedenfalls festgestellt werden, dass die Überprüfbarkeit von exekutiven und judikativen Entscheidungen (und in der Folge auch die Effektivität der aus Art. 19 Abs. 4 und Art. 20 Abs. 2 und 3 GG ableitbaren Verfassungsgarantien und Staatsstrukturbestimmungen) eingeschränkt ist, solange Leerformelbegründungen in hoheitlichen Entscheidungen mit erhöhten Begründungsanforderungen verbreitet bleiben.

110 S. Fn. 83.

111 S. D. II.