

Rechtsanwältin Viviane Fischer

RAin Viviane Fischer | Gaudystr. 6 | 10437 Berlin

Berlin, 30.11.2018

Bundessozialgericht
34114 Kassel

Tel. 030 922 59670

Fax 030 92259668

kontakt@vivianefischer.de

www.vivianefischer.de

Per Fax Nr. 0561/3107-475

Az. 1021/2018/VF

In dem Rechtsstreit von

Dr. Beate Kutschke

Beschwerdeführerin

gegen

Bundesagentur für Arbeit

Beschwerdegegnerin

– B 11 AL 62/18 B –

wird die Nichtzulassungsbeschwerde vom 28. September 2018 begründet.

[...]

II. Zulassungsgründe/Beschwerdegegenstand: Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung

Der Rechtsstreit hat grundsätzliche Bedeutung nach § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG. Es stellt sich eine Rechtsfrage, die entscheidungserheblich ist, weil der Rechtsstreit sonst nicht entschieden werden kann und weil die Entscheidung auch nicht auf andere, von der Rechtsfrage unabhängige Gründe gestützt werden kann (s. Entscheidungserheblichkeit).

Die Rechtsfrage zielt auf die Klärung des rechtlichen Status von Passepartout-Begründungen in Ermessensverwaltungsakten allgemein und in Meldeaufforderungen nach § 309 Abs. 2 SGB III insbesondere ab. Mit Passepartout-Begründung werden im vorliegenden Kontext Formulierungen bezeichnet, die so allgemein sind, dass sie ohne Einzelfallbetrachtung auf einen Adressatenkreis passen, der weit über den Adressatenkreis des Verwaltungsaktes hinausreicht. Eine Passepartout-Begründung in Meldeaufforderungen nach § 309 Abs. 2 SGB III ist die Formulierung „Ich möchte mit Ihnen über Ihre berufliche Situation sprechen.“ Meldeaufforderungen sind nach § 309 Abs. 2 SGB III und h.M. Ermessensverwaltungsakte (BSG, Urteil vom 19.12.2011 – B 14 AS 146/11 B –; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.7.2011 – L 14 AS 999/11 B ER –; BayLSG, Urteil vom 9.6.2011 – L 7 AS 594/10 –).¹ Die Behörde „kann“ zur Meldung auffordern; „kann“ zusammen mit § 309 Abs. 2 Nr. 1-5 SGB III gibt die Kriterien an, an denen sich das Entschließungsermessen orientieren soll. Die Passepartout-Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ ist so allgemein, dass sie ohne Einzelfallbetrachtung nicht nur auf jede arbeitssuchend und arbeitslos gemeldete Person, sondern auch auf jede Person im arbeitsfähigen Alter passt, auch wenn diese in Beschäftigung oder arbeitsunfähig ist. Aufgrund dieses allseitigen Passens ist der Fall undenkbar, dass ein Verwaltungsakt mit dieser Begründung falsch begründet sein kann und die Anforderungen aus § 35 Abs. 1 SGB X somit nicht erfüllt sind – unabhängig davon, ob die Behörde vor Erlass der Meldeaufforderung pflichtgemäß Ermessen ausgeübt hat oder nicht.

Meldetermine als Rechtsfolge aus dem Verwaltungsakt ‚Meldeaufforderung‘ sind eine Freiheit verkürzende Maßnahme. Leerformeln als Begründung von Meldeaufforderungen berühren somit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG nicht nur marginal, sondern in seinem Wesensgehalt – und zwar deshalb, weil mittels der Passepartout-Begründung, die scheinbar immer richtig ist, der Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG voraussetzungslos möglich ist. Dies ist vom Gesetzgeber gemäß § 309 Abs. 2 SGB III jedoch so nicht gewollt. Vielmehr hat er den Grund-

¹ Vereinzelt anders lautende Meinungen bezüglich der Rechtsnatur von Meldeaufforderungen dürften auf das spezifische Konzept der Arbeitslosenversicherung zurückgehen, bei der der Staat bezogen auf Arbeitslosengeld (ALG I) in einer Doppelfunktion – als Versicherungsträger und als Träger hoheitlicher Aufgaben – agiert. Die zur rechtlichen Überprüfung von Meldeaufforderungen vorgesehenen zulässigen Rechtsmittel lassen am primär verwaltungsrechtlichen Charakter von Meldeaufforderungen jedoch keinen Zweifel.

rechtseingriff an die Verfolgung abschließend aufgezählter Zwecke (gemäß § 309 Abs. 2 SGB III) gebunden.

Aus dieser Sachlage ergibt sich die zu klärende Rechtsfrage von grundsätzlicher und verfassungsrechtlicher Bedeutung:

Sind Passepartout-Formulierungen zulässige Begründungen für eingreifende Ermessensverwaltungsakte im Allgemeinen und für Meldeaufforderungen nach § 309 Abs. 2 SGB III im Besonderen oder handelt es sich bei ihnen um eine Leerformel, die nach der aktuellen und gefestigten Rechtsprechung der Bundesgerichtshöfe als Begründungen für Ermessensverwaltungsakte nicht geeignet ist, weil sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 103 Abs. 1 GG nicht genügt?

a) Klärungsbedürftigkeit:

Die grundsätzliche Rechtsfrage ist zum Zwecke einer einheitlichen Rechtsprechung klärungsbedürftig. Die Rechtsprechung ist gegenwärtig widersprüchlich. Einerseits sind Leerformeln gemäß h.M. als Begründungen für rechtmäßige Ermessensverwaltungsakte ungeeignet. Dem korrespondiert die höchstrichterliche Rechtsprechung mit Urteilen vom BVerwG (Urteile vom 10.12.2014 – 1 C 11.14 – und vom 18.3.2009 – 2 BvR 1036/08 –), vom BGH (Urteil vom 16.05.2013 – V ZB 44/12 –) sowie, weiter zurückliegend, vom BSG (Urteile vom 18. 4. 2000 – B2U 19/99 R – und vom 14.11.1985 – 7 RAr 123/84 –). Andererseits ist die Begründung „Ich möchte mit Ihnen Ihre aktuelle berufliche Situation (oder berufliche Zukunft) besprechen“ vom Bundessozialgericht in den Urteilen vom 9.11.2010 – B 4 AS 27/10 R –, vom 25.8.2011 – B 11 AL 30/10 R – und vom 29.4.2015 – B 14 AS 19/14 R – als angemessene Begründung für Meldeaufforderungen nicht infrage gestellt worden, obwohl diese Begründung im Ermessensverwaltungsakt ‚Meldeaufforderung‘ sämtliche Kriterien von Leerformeln erfüllt, wie im Folgenden gezeigt wird:

In den Urteilen vom BVerwG (Urteile vom 10.12.2014 – 1 C 11.14 – und vom 18.3.2009 – 2 BvR 1036/08 –), vom BGH (Urteil vom 16.05.2013 – V ZB 44/12 –) und vom BSG (Urteile vom 18. 4. 2000 – B2U 19/99 R – und vom 14.11.1985 – 7 RAr 123/84 –) wurden die Kriterien für Leerformel-Begründungen von Ermessensverwaltungsakten herausgearbeitet. Bezüglich zweier Haftanträge nach § 417 FamFG benennen das BVerfG (Urteil vom 10.12.2014 – 1 C 11.14 –, Rn. 22) und der BGH (Urteil vom 16.05.2013 - V ZB 44/12 –, Rn. 16) als Kriterien konkret

1. Textbausteine
2. fehlender Zuschnitt der vorgeschriebenen Begründung auf den konkreten Fall
3. universelle Einsetzbarkeit der Begründung
4. Vereitelung der richterlichen Prüfung, weil wesentliche Punkte des Falls nicht angesprochen wurden.

Bezüglich von Durchsuchungsanordnungen benennt das BVerfG (Urteil vom 18.3.2009 – 2 BvR 1036/08 –) als Kriterium für Leerformeln, dass

5. sie den Handlungsspielraum des Behördenmitarbeiters nicht auf das tatsächlich angestrebte Ziel einschränken (und stattdessen „einen Zugriff auf eine unüberschaubare Zahl von Mandatsunterlagen [gestatten], die zu dem Ermittlungsverfahren keinen unmittelbaren Bezug aufweisen“).

Bezüglich eines Antrags auf Neubescheidung eines Antrags auf Abfindung einer Verletztenrente benennt das Bundessozialgericht, Urteil vom 18.4.2000 – B2U 19/99 R –, Rn. 21 und 22, als Kriterien

6. das Fehlen einer auf den Einzelfall eingehenden Darlegung, dass und welche Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen stattgefunden hat und welchen Erwägungen dabei die tragende Bedeutung zugekommen ist
7. Vereitelung der Prüfung vonseiten des Betroffenen und des Gerichts, ob die Verwaltung von ihrem Ermessen überhaupt und ob sie ggf. in einer dem Zweck der ihr erteilten Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat sowie in welcher Weise sie ggf. das Für und Wider der begehrten Ermessensleistung erwogen hat.

Als Beispiele für ungenügende formelhafte Wendungen nennt das Urteil vom Bundessozialgericht vom 18.4.2000 – B2U 19/99 R –, Rn. 21, zum Teil in Bezug auf das Urteil des Bundessozialgericht vom 14.11.1985 – 7 RAr 123/84 –, Formulierungen wie, es seien "keine Besonderheiten gegeben", "hinsichtlich der Umstände [sei] nichts besonderes ersichtlich" und der Fall sei „im Verwaltungsverfahren [...] nach pflichtgemäßem Ermessen geprüft worden“.

Die seit mindestens 2002 in Meldeaufforderungen häufig genannte Begründung „Ich möchte mit Ihnen Ihre aktuelle berufliche Situation besprechen“ erfüllt sämtliche Kriterien von Leerformeln. Die Begründung passt in jedem Fall auf alle Individuen im arbeitsfähigen Alter zwischen 15 und 67 Jahren, auch dann wenn sie nicht arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldet sind. Mit jeder Person im arbeitsfähigen Alter lässt sich unabhängig von den Umständen immer ein Gespräch zur beruflichen Situation führen. Die Formulierung ist eine

Passepartout-Formulierung. Kriterium Nr. 3 ‚universelle Einsetzbarkeit der Begründung‘ ist somit erfüllt. Daraus ergibt sich, dass auch die Kriterien Nr. 2 und 6 ‚fehlender Zuschnitt der vorgeschriebenen Begründung auf den konkreten Fall‘ sowie ‚Fehlen einer Darlegung der Ermessenserwägungen‘ vorliegen. Das Kriterium Nr. 1 ist erfüllt, weil es sich bei der Begründung nachweislich um einen Textbaustein handelt.

Schriftsatz der Beschwerdeführerin vom 10.8.2018, S. 4: Gerichtsakte, Bd. 2, S. 246

Kriterien Nr. 4 und 7 sind insofern erfüllt, als der Betroffene und das Gericht nicht überprüfen können, ob die Ermessensausübung den gesetzlichen Vorgaben entspricht, wenn sie nicht ihr subjektives Kontextwissen mit ins Spiel bringen und nicht weiter substantiierbare Vermutungen darüber anstellen, was die Behörde beim Meldetermin eventuell machen werde (aus der Perspektive des Adressaten) oder machen wollte (aus der Perspektive des Gerichts). (Die gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Meldeaufforderungen findet regelmäßig erst im Anschluss an ein Meldeversäumnis statt, d.h. dann wenn nur vermutet werden kann, was die Behörde beim Meldetermin getan hätte, wenn er denn stattgefunden hätte.) Kriterium Nr. 5 ist ebenfalls erfüllt, weil die Passepartout-Formulierung den Behördenmitarbeiter nicht zur zielführenden Verfolgung des – nicht benannten – Meldezwecks wie z.B. ‚Vermittlung in Arbeit‘ oder ‚Berufsberatung‘ anhält. Ein Gespräch zur beruflichen Situation kann grundsätzlich mit Blick auf ein höherrangiges Ziel als auch als Selbstzweck durchgeführt werden.

Im Unterschied zu den oben zitierten Beispielen im Urteil vom Bundessozialgericht vom 18.4.2000 – B2U 19/99 R –, Rn. 21, ist die Passepartout-Formulierung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ allerdings schwieriger als eine ‚normale‘ Leerformel zu erkennen, weil sie nicht auf das eigene Verwaltungshandeln des Behördenmitarbeiters (und dadurch gerade nicht auf den konkreten Fall) bezogen ist und stattdessen die Situation des Adressaten des Verwaltungsakts, hier jedes Arbeitslosen bzw. jeder Person im arbeitsfähigen Alter, fokussiert.

Obwohl die Formulierung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ als Begründung des Ermessensverwaltungsakts ‚Meldeaufforderung‘ die Kriterien der Leerformel erfüllt, hat das Bundessozialgericht Meldeaufforderungen mit dieser Begründung in drei Verfahren als rechtmäßig festgestellt. Mit den Begründungen ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ sowie ‚Bewerberangebot‘ „werden individuelle, auf den Kläger bezogene Meldezwecke [...] genannt (BSG, Urteil vom 9.11.2010 – B 4 AS 27/10 R –). Es bestünden „keine Anhaltspunkte für eine zweckwidrige Aufforderung“. „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 [...], mit der sie die Klägerin zwecks Erörterung ihrer beruflichen Situation und ihres Bewerberangebots [...] einlud“ (BSG, Urteil vom 25.8.2011 – B 11 AL 30/10 R –). Die Angabe "Gespräch über das Bewerberangebot/die berufliche Situation" sei eine grundsätzlich zulässige und ausreichende Konkretisierung des Meldezwecks“ (BSG, Urteil vom 29.4.2015 – B 14 AS 19/14 R –).

Damit hat das Bundessozialgericht den Rechtssatz aufgestellt, dass Passepartout-Formulierungen wie ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘, die sämtliche Kriterien der Leerformel erfüllen, keine Leerformeln seien und daher zulässige Begründungen für Ermessensverwaltungsakte darstellten. Dafür, dass das Bundessozialgericht in den bezeichneten Urteilen die Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ nur deshalb als Begründung für eine zulässige Meldeaufforderung erkannt hat, weil sie jeweils mit dem Stichwort ‚Bewerberangebot‘ kombiniert und insofern konkretisiert wurde, und demgegenüber jedoch die Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ ohne jede weitere Ergänzung sicherlich als Leerformel erkannt hätte, gibt es in den Entscheidungsbegründungen keine Anhaltspunkte. Abgesehen davon wäre eine solche Argumentation auch nicht tragfähig, weil das vieldeutige Begründungstichwort ‚Bewerberangebot‘ seinerseits alle Leerformel-Kriterien bis auf Nr. 3 und 5 erfüllt.

Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg hat sich im vorliegenden Verfahren der Auffassung des Bundessozialgerichts implizit angeschlossen, indem es festgestellt hat, dass die Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ auf den Fall der Beschwerdeführerin passt. Auf den mehrmaligen Hinweis der Beschwerdeführerin, dass die Begründung auf alle Personen im arbeitsfähigen Alter passt, selbst wenn der Adressat der Meldeaufforderung nicht arbeitssuchend oder arbeitslos gemeldet ist, ist das Landessozialgericht in seiner Urteilsbegründung nicht eingegangen.

Berufungsbegründung der Beschwerdeführerin vom 14.7.2017: Gerichtsakte, Bd. 1, S. 142 und 143

Schriftsätze der Beschwerdeführerin vom 15.9.2017, 12.1. und 8.3.2018: Gerichtsakte, Bd. 1, S. 165, 184 und 196

Schriftsätze der Beschwerdeführerin vom 21.5. und 10.8.2018: Gerichtsakte, Bd. 2, S. 223, 244 und 246

SG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.8.2018, L 18 76/17: Gerichtsakte, Bd. 2, S. 285 unten – 286 oben

Im Widerspruch zu der generalisierenden Feststellung, dass die Formulierung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ grundsätzlich als Begründung für den Ermessensverwaltungsakt

‚Meldeaufforderung‘ geeignet sei, hat das Bundessozialgericht allerdings auch eingeräumt, dass „nicht für alle Einzelfälle generell festgelegt werden“ könne (und dies somit auch für die Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ gelten sollte), „wie konkret der Meldezweck benannt werden muss, [...] weil dafür die jeweilige Beratungssituation maßgebend ist“ (BSG, Urteil vom 29.4.2015 – B 14 AS 19/14 R –). Mit der Betonung der Kontextabhängigkeit der Bedeutung sprachlicher Äußerungen korrespondiert der Hinweis von Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens (VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 39, Rn. 71, 78), dass im Hinblick auf die Frage, ob eine Formulierung die Funktion der Begründung erfüllt, es „nicht auf die Sicht der Behörde oder des Gerichts ankommen [kann], sondern nur auf die Sicht des Empfängers, dessen Kenntnisstand zu berücksichtigen ist [...] Auch Redewendungen [...] stellen sich nicht für jeden Empfänger als ‚Leerformel‘ dar und können daher die Funktionen der Begründung [...] erfüllen.“ (Die Ausführungen beziehen sich zwar auf intendiertes Ermessen im verwaltungsrechtlichen Kontext, sind jedoch auf die hier gestellte Rechtsfrage, ob Passepartout-Formulierungen Leerformeln sind und welche Kriterien Leerformeln als unzulässige Begründungen von eingreifenden Ermessensverwaltungsakten erfüllen, ohne Einschränkungen übertragbar.)

Indem Leerformeln einerseits in der aktuellen Rechtsprechung als unzulässige Begründungen für Ermessensverwaltungsakte bewertet werden, andererseits Passepartout-Formulierungen, die sämtliche Kriterien der Leerformel erfüllen, als grundsätzlich zulässige Begründungen, also keine Leerformeln, festgestellt werden und drittens jedoch zu bedenken gegeben wird, dass für die Beantwortung der Frage, ob eine Formulierung Leerformel ist oder nicht, es letztlich vor allem auch auf den Kontext und die Sicht des Adressaten des Verwaltungsakts ankomme, ist die Rechtsprechung uneinheitlich bezüglich des Umgangs mit Leerformeln, Passepartout-Begründungen und der Bedeutung, die dem Adressaten des Verwaltungsakts bei der Bestimmung zukommt, ob eine Begründung als Leerformel zu klassifizieren ist oder nicht. Die Rechtsfrage ist somit klärungsbedürftig.

Die grundsätzliche Rechtsfrage ist auch deshalb dringend klärungsbedürftig, weil sie eine große Vielzahl von Menschen im grundrechtssensiblen Bereich betrifft. Seit mindestens 2002 ist nämlich die Mehrzahl der Meldeaufforderungen bundesweit mit der Passepartout-Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation/Zukunft‘ versendet worden und es ist davon auszugehen, dass dies auch in Zukunft so sein wird (Breitenwirkung). Indizien für die überwiegende Verwendung der Formulierung ‚Gespräch zur beruflichen Situation/Zukunft‘ als Begründung von Meldeaufforderungen sind:

1. Gerichtsverfahren, in denen Meldeaufforderungen inzident geprüft wurden und die jeweils mit ‚Gespräch zu beruflichen Situation/Zukunft‘ begründet waren (LSG Bayern,

Urteil vom 14.05.2018 – L 11 AS 161/17 – (43 Meldeaufforderungen in 2 ¾ Jahren, davon 39 Meldeaufforderungen mit der Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘); BSG, Urteile vom 9.11.2010 – B 4 AS 27/10 R –, vom 25.8.2011 – B 11 AL 30/10 R – und vom 29.4.2015 – B 14 AS 19/14 R – (7 Meldeaufforderungen in Serie mit der Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation/Bewerberangebot‘); über 70 % der Meldeaufforderungen, die Streitgegenstand in Gerichtsverfahren waren, sind in allen drei Instanzenzügen jeweils Meldeaufforderungen mit der Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘, wohingegen Meldeaufforderungen mit der Begründung ‚Bewerberangebot‘ und ‚Leistungsangelegenheiten‘ nur zu jeweils ca. 20 % bzw. ca. 5 % Gegenstand von Gerichtsverfahren werden (vgl. Urteile in Beck online, Suchkriterien „SG/LSG/BSG‘ ‚berufliche/n Situation“);

2. die Textbausteinsammlung des Jobcenters Stuttgarts und die Mitteilung der Agentur für Arbeit Hamburg, dass die Begründung häufig gewählt wird (die Anfrage der Beschwerdeführerin gemäß § 1 Abs. 1 IFG nach Vorlage der Textbausteinsammlungen bei anderen Agenturen für Arbeit und Jobcenter, insbesondere der für die Beschwerdeführerin ‚zuständigen‘ Agentur für Arbeit Berlin-Mitte, blieb von den angefragten Stellen trotz der Verpflichtung, gemäß IFG zu antworten, und trotz mehrmaligen Nachfragens vonseiten der Beschwerdeführerin unbeantwortet);

Textbausteinsammlung des Jobcenters Stuttgarts: Gerichtsakte, Bd. 2, S. 255-257, 260, 267

**Antwort der Agentur für Arbeit Hamburg vom 7.8.2018,
<https://fragdenstaat.de/anfrage/textbausteinsammlung-fur-begrundungen-von-meldeaufforderungen-nach-309-abs-2-sgb-iii-5/>**

3. der vorliegende Fall. Die Meldeaufforderungen, die die Beschwerdeführerin 2008, 2010, 2013 und 2014 erhielt, waren jeweils mit ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ begründet (auch die sog. ‚Folgeeinladungen‘ folgten einem immergleichen, nicht am Einzelfall orientierten Begründungsschema).

Schreiben der Beschwerdegegnerin, aus dem sich die Begründung der Meldeaufforderung 2008 rekonstruieren lässt: Gerichtsakte, Bd. 1, S. 186

Meldeaufforderung vom 29.9.2010: Gerichtsakte, Bd. 1, S. 156

Meldeaufforderung vom 19.3.2014: Anlage 2 zum Aussetzungsantrag vom 15.10.2018

Meldeaufforderung vom 14.10.2013: Anlage 9 zum Aussetzungsantrag vom 15.10.2018

Die Klärungsbedürftigkeit der hier formulierten grundsätzlichen Rechtsfrage wird im Übrigen auch nicht durch die eventuell im Januar 2019 vom BVerfG zu treffende Entscheidung zur Beschwerde – 1 BvL 7/16 – (Grundrechtsverletzung durch Hartz IV-Sanktionen) obsolet

sein, weil die Richtervorlage des Sozialgerichts Gotha sich auf die Sanktionen im Rechtskreis SGB II/Grundsicherung (ALG II) bezieht, wohingegen bezüglich der Rechtmäßigkeit von Meldeaufforderungen mit Passepartout-Begründungen keine Klärung zu erwarten ist.

b) Klärungsfähigkeit der Rechtsfrage im vorliegenden Rechtsstreit:

Die grundsätzliche Rechtsfrage kann anhand des vorliegenden Streitfalls abstrakt geklärt werden, indem folgende Fragen beantwortet werden:

1. Welche Kriterien müssen Begründungen in Ermessensverwaltungsakten nach dem Sozialgesetzbuch erfüllen, um als unzulässige Leerformeln und damit unzureichende, weil nicht überprüfbare Begründungen klassifiziert zu werden? Beschreiben die im Abschnitt ‚Klärungsbedürftigkeit‘ aufgelisteten Kriterien Leerformeln ausreichend?
2. Stellen Passepartout-Formulierungen unzulässige Leerformeln dar, weil sie deren Kriterien erfüllen?
3. Welcher Stellenwert ist dem Kontext, in der eine Begründung eines Verwaltungsakts gegeben wird, und der Sicht des Adressaten des Verwaltungsaktes im Hinblick darauf einzuräumen, ob die Begründung eine unzulässige Leerformel darstellt oder nicht? Ist die Begründung ausreichend, wenn der Adressat – aufgrund zutreffender oder irriger Annahmen über den Kontext einer Meldeaufforderung – meint zu wissen, was die Behörde beim Meldetermin tun und erreichen will, oder muss die Begründung in jedem Fall bei einem Ermessensverwaltungsakt so gegeben werden, dass Missverständnisse und Interpretationsspielräume weitestgehend vermieden werden und eine nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts gewährleistet ist?
4. Lässt sich aus der Begründung in der Meldeaufforderung der Beschwerdeführerin vom 19.3.2014 mit Sicherheit der geplante Inhalt rekonstruieren sowie überprüfen, ob die Beschwerdegegnerin überhaupt einen Inhalt i.S.v. § 309 Abs. 2 SGB III für den Meldetermin geplant und somit Ermessen pflichtgemäß ausgeübt hatte, oder öffnet vielmehr die Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ der Spekulation vonseiten des Adressaten und der Gerichte Tür und Tor und steht im Widerspruch zur erforderlichen Sicherung eines verfassungskonformen Verwaltungshandelns?

Die Beschwerdeführerin regt an, folgenden Lösungsvorschlag zu überprüfen:

In den Sprachwissenschaften wird zwischen der eigentlichen, wortwörtlichen Kernbedeutung von sprachlichen Äußerungen (Denotation) und möglichen Nebenbedeutungen (Konnotationen) unterschieden. Konnotationen sind nicht allgemein verbindlich, sondern werden

vom Sprecher oder Adressaten der Äußerung auf der Grundlage von Kontextwissen subjektiv hinzugefügt (Winfried Nöth, Handbuch der Semiotik, 2000, S. 149f). Für die Klarheit und Eindeutigkeit einer sprachlichen Äußerung und gelingender Verständigung ist es zweckmäßig, wenn der Sprecher eine sprachliche Aussage so bildet, dass die Kernbedeutung prägnant im Vordergrund steht und die diversen, subjektiven Nebenbedeutungen zum Verstehen der Äußerung unerheblich sind. Häufiger Anlass für Missverständnisse und Streit sind demgegenüber Äußerungen, deren Kernbedeutung so aussagelos oder vieldeutig ist, dass der Adressat sie unwillkürlich durch die Zuweisung von Nebenbedeutungen (Assoziationen, subjektives Kontextwissen) sinnvoll zu machen versucht. Mangels einer sinnvollen Kernbedeutung weist jeder Adressat der Aussage andere Nebenbedeutungen zu, ohne dass objektiv entscheidbar ist, welche der Nebenbedeutungen Geltung beanspruchen kann. Bei Verträgen (wie auch anderen Formen von Absprachen) ist das Fehlen einer prägnanten Kernbedeutung fatal, wenn die Vertragspartner im Nachhinein feststellen, dass sie sich gar nicht einig geworden waren, hiervon bei Vertragsabschluss jedoch keine Kenntnis hatten.

Aus diesem Sachverhalt ergibt sich für die Verwendung von Sprache für Begründungen in Verwaltungsakten folgende Leitlinie: Begründungen müssen – zum Zwecke der Verständigung und der Überprüfbarkeit eines Verwaltungsakts – so gewählt sein, dass sie eindeutig bezeichnen, was gemeint ist. Maßgeblich für die Qualität der Begründung eines Verwaltungsakts ist ausschließlich die Kernbedeutung, d.h. der tatsächliche Wortlaut. Nicht maßgeblich ist, worauf die Adressaten des Verwaltungsakts oder Gerichte die Begründung in Abhängigkeit von wechselnden Kontexten möglicherweise beziehen können (Konnotationen). Nicht maßgeblich ist ebenfalls, was die Verwaltung eventuell intendiert haben könnte, jedoch in die Begründung nicht aufgenommen hat. Damit korrespondiert das Urteil des Bundessozialgericht vom 11. 2. 2015 – B 13 R 15/13 R –, Rn.19. Es hebt darauf ab, dass es allein darauf ankommt, „was die Behörde in der Begründung des Widerspruchsbescheids anführt“ (Kernbedeutung); Nebenbedeutungen, die aus Kontextwissen nachträglich rekonstruiert werden wie nachträgliche Sachbearbeiteraussagen zu den (angeblichen) tatsächlichen, in der Begründung jedoch nicht dokumentierten Erwägungen sind unerheblich:

„Die Frage, ob die Widerspruchsbehörde Ermessen ausgeübt hat und ob ein Ermessensfehler vorliegt, ist anhand der [wortwörtlich benannten] 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 vorn-

herein 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.“

Die Leerformel-Theorie hat vor diesem Hintergrund einen zentralen Stellenwert für die Bestimmung der Rechtmäßigkeit von Ermessensverwaltungsakten. Leerformeln, einschließlich Passepartout-Formulierungen, sind sprachliche Äußerungen, die den Zweck einer eindeutigen Begründung (Kernbedeutung) verfehlen und statt dessen einen weiten, willkürlichen Interpretationsspielraum (Konnotationen) eröffnen.

Das zeigt der vorliegende Fall. Welchen tatsächlichen Inhalt der Meldetermin am 14.4.2014 (mit Meldeaufforderung vom 19.3.2014) haben sollte, lässt sich nicht rekonstruieren. Einem Vermerk in der Verwaltungsakte gemäß zielte der Meldetermin am 14.4.2014 mit der Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ darauf ab, die „Verfügbarkeit von Amts wegen“ wie bei „jedem Arbeitslosen“ zu prüfen. Die Beschwerdegegnerin hat im gerichtlichen Klageverfahren nachgeschoben, das Gespräch zur beruflichen Situation habe dazu gedient, die Beschwerdeführerin „bei der Vermittlung in Arbeit [sic] [zu] unterstützen“ oder auch eine zielführende Vermittlungsstrategie aufzubauen (Schriftsätze der Beschwerdegegnerin vom 9.7.2014, 14.10.2014 und 2.6.2017) (unzulässige Nachholung erstmaliger Ermessenserwägungen nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens, siehe „Entscheidungserheblichkeit“). Das Landessozialgericht vermutet in der Entscheidungsbegründung zum vorliegenden Verfahren – B 11 AL 61/18 B –, dass beim Gespräch zur beruflichen Situation Berufsberatung durchgeführt werden sollte, obwohl im Verfahren hiervon zuvor nie die Rede war, wohingegen es in der Entscheidungsbegründung zum Parallelverfahren – B 11 AL 61/18 B – vermutet, die Beschwerdegegnerin habe bei eben diesem Meldetermin nach § 140 SGB III in einen nicht-akademischen Beruf vermitteln wollen. Die Beschwerdeführerin ging demgegenüber vor dem Hintergrund ihrer Erfahrungen mit nicht zielführenden Meldeterminen nach Meldeaufforderungen mit Passepartout-Begründungen sowie nichtigen Meldeaufforderungen (an eine Person in Beschäftigung) von 2008/2010 davon aus, dass das Gespräch zur beruflichen Situation Selbstzweck sei.

Vermerk in der Verwaltungsakte, S. 63-64: Anlage 7

Schriftsatz der Beschwerdegegnerin vom 9.7. und 14.10.2014: Gerichtsakte, Bd. 1, S. 22 und 40

Schriftsatz der Beschwerdegegnerin vom 2.6.2017, Landessozialgericht Berlin-Brandenburg – L 18 AL 209/16 –: Gerichtsakte zum Verfahren – B 11 AL 61-18 B –, Bd. 1, S. 115

Urteil des Landessozialgericht Berlin-Brandenburg vom 22.8.2018, S. 10 unten und insbesondere 11: Gerichtsakte, Bd. 1, S. 280-281

Schreiben der Beschwerdeführerin vom 27.11.2013, S. 2: Anlage 5

Widerspruch der Beschwerdeführerin vom 26.3.2014, S. 1: Anlage 3 zum Aussetzungsantrag vom 15.10.2018

Schriftsatz der Beschwerdeführerin vom 7.2.2016, SG Berlin – S 56 AL 5623/13 –, S. 2-3: Anlage 8

Die Heterogenität der Interpretationen, was bei einem Meldetermin nach einer Meldeaufforderung mit der Passepartout-Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation‘ getan werden könnte (Konnotationen), führt vor Augen, dass die Leerformel-Theorie, der gemäß Verwaltungsakte mit Leerformel-Begründung sich der Überprüfbarkeit durch den Adressaten und Gerichte entziehen, zutreffend ist und dass vom Gesetzgeber und von Gerichten darauf hingewirkt werden sollte, dass in rechtlich relevanten Kontexten grundsätzlich sprachliche Formulierungen gewählt werden, die so eindeutig wie möglich sind und Auslegungsspielräume nach Möglichkeit vermeiden. Die Begründung „Ich möchte mit Ihnen über Ihre berufliche Situation sprechen“ besagt wortwörtlich, dass die Behörde ein Gespräch mit dem Thema ‚berufliche Situation des Adressaten der Meldeaufforderung‘ führen möchte (Kernbedeutung). Ob die Behörde vorhatte, dieses Gespräch zum Zwecke der Verfolgung eines bestimmten Meldezwecks wie ‚Vermittlung in Arbeit‘ oder ‚Berufsberatung‘ zu führen oder ob das Gespräch vielmehr Selbstzweck gewesen wäre, wenn es stattgefunden hätte, kann dahinstehen, weil diese Zwecke in der Begründung nicht genannt sind und es nicht der Fantasie des Betroffenen oder des Gerichts überlassen werden darf, nicht genannte Zwecke in die Begründung hineinzuiinterpretieren. Dies würde Willkür Tür und Tor öffnen. Grundrechtseingriffe aufgrund von Willkür sind in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar.

Für die Praxis der Agenturen für Arbeit und Jobcenter sollte dies bedeuten, dass die (Massen-)Verwaltung, wenn sie aus Praktikabilitätsgründen auf eine detaillierte Begründung der Meldeaufforderung verzichtet, im Rahmen des Widerspruchsverfahrens die Begründung auf den Einzelfall zuschneiden muss, wenn sich der Widerspruch i.S.v. § 35 Abs. 3 SGB X gegen die Allgemeinheit der Begründung richtet. Jedenfalls dürften keine Sperrzeiten wegen Meldeversäumnis eintreten, wenn der eingreifende Ermessensverwaltungsakt ‚Meldeaufforderung‘, dessen Wirksamkeit durch Widerspruch gemäß § 336a Abs. 1 Nr. 3 SGB III nicht aufgeschoben werden kann, von der Behörde ohne zeitliche Not (z.B. durch eine zu bannende akute Gefahr) mit einer Leerformelbegründung erlassen wurde und nach fristgerechtem Widerspruch und zeitlichem Ablauf des Meldetermins die im Widerspruchsverfahren nachgereichte Begründung erkennen lässt, dass der Verwaltungsakt rechtmäßig war. Sperrzeiten aufgrund von Meldeversäumnissen dürften deshalb nicht eintreten, weil es dem

Adressaten ohne ausreichende Begründung, die die von der Behörde verfolgten Meldezwecke benennt, verwehrt war, den eingreifenden Verwaltungsakt vor dem Termin der Meldung auf seine Rechtmäßigkeit (auf das Vorliegen eines legitimen Zwecks, seine Eignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit) hin zu prüfen, wohingegen die Behörde durch äußere Umstände jedoch nicht gehindert war, eine ausreichend bestimmte, auf den Einzelfall zugeschnittene Begründung bereits im Ausgangsbescheid zu geben. Es darf dem Adressaten nicht zur Last gelegt werden, dass er eventuell die Zweck- und Rechtmäßigkeit des Meldetermins, zu dem die Meldeaufforderung einlädt, verkennt, wenn die Behörde Passepartout-/Leerformel-Begründungen verwendet, die dem Adressaten keine andere Alternative lassen, als bezüglich des Inhalts des geplanten Meldetermins zu spekulieren.

Zusammengefasst ist die Leerformel-Theorie ein wichtiges Instrument in der Verwaltungs- und gerichtlichen Praxis, um Begründungen in Ermessensverwaltungsakten zu erkennen, denen es an der Kernbedeutung mangelt. Hätte das Bundessozialgericht in den Verfahren mit den Urteilen vom 9.11.2010 – B 4 AS 27/10 R –, vom 25.8.2011 – B 11 AL 30/10 R – und vom 29.4.2015 – B 14 AS 19/14 R – die Kriterien der Leerformel-Theorie angewandt, um die Rechtmäßigkeit von Meldeaufforderungen mit der Begründung ‚Gespräch zur beruflichen Situation/Zukunft‘ zu überprüfen, so hätte es festgestellt, dass diese Begründung für rechtmäßige Ermessensverwaltungsakte nicht geeignet ist.

c) Entscheidungserheblichkeit:

Die grundsätzliche Rechtsfrage muss zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits notwendigerweise geklärt werden. Für die Entscheidung der Frage, ob drei Sperrzeiten wegen Meldeversäumnissen zu Recht von der Beschwerdegegnerin festgestellt wurden und Leistungsminderungen daher vorgenommen werden durften, ist die rechtmäßige Setzung der Meldepflicht grundlegend. Ist die Setzung der Meldepflicht nicht rechtmäßig erfolgt, weil die Meldeaufforderung vom 19.3.2014 (und daher auch die beiden Folgeeinladungen) rechtswidrig war und ist der Verwaltungsakt auch nicht durch eine Präzisierung der Begründung im Vorverfahren geheilt worden, die den Leerformel-Charakter auszuräumen vermag, war im Ergebnis auch der Änderungsbescheid wegen Sperrzeiten in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21.5.2018 rechtswidrig. Alle weiteren Entscheidungsgründe, die das Landessozialgericht im Urteil vom 22.8.2018 angeführt hat, (s. I.) könnten dann im vorliegenden Fall nicht mehr als entscheidungserhebliche Gründe dienen. (Insbesondere reicht der Vermerk in der Verwaltungsakte der Beschwerdegegnerin, aus dem sich schlussfolgern lässt, dass die Meldeaufforderung vom 19.3.2014 rechtswidrig war, zur Feststellung der Rechtmäßig- oder -widrigkeit der Meldeaufforderung vom 19.3.2014 und somit zur

Streitentscheidung nicht aus, weil der Status des Vermerks aufgrund des Datums nicht restlos geklärt werden kann (s. I.). Ebenso wenig sind die Ausführungen des Landessozialgerichts, die Beschwerdeführerin habe grob fahrlässig und qualifiziert schuldhaft gehandelt, indem sie gegen die Meldeaufforderung vom 19.3.2014 und deren Folgeeinladungen Widerspruch eingelegt habe, statt zu den Meldeterminen hinzugehen, entscheidungserheblich. Es handelt sich um obiter dicta, weil die Bewertung von Widerspruch und Klage als grob fahrlässiges Verhalten lediglich aus der gerichtlichen Feststellung abgeleitet wird, dass die Meldeaufforderungen rechtmäßig gewesen sein sollen.

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.8.2018, L 18 76/17: Gerichtsakte, Bd. 2, S. 284

Die Rechtsfrage zu den Kriterien von Leerformeln und Passepartout-Formulierungen als Begründungen von Ermessensverwaltungsakten kann daher nicht offen gelassen werden. Wird die Meldeaufforderung vom 19.3.2014 aufgrund ihrer Passepartout-Leerformel-Begründung als fehlerhaft festgestellt, kann sie im Verfahren auf der Grundlage von § 41 Abs. 1 Nr. 2 SGB X auch nicht geheilt worden sein. Denn gemäß gefestigter Rechtsprechung zu den Erfordernissen eines Ermessensverwaltungsaktes müssen Ermessenserwägungen spätestens bis Abschluss des Widerspruchsverfahrens erfolgt sein (BSG, Urteil vom 1. 3. 2011 – B 7 AL 2/10 R –, Rn. 17; BVerwG, Urteil vom 16.12.2008 – 1 WB 19/08 – Rn. 18; BVerfG, Urteil vom 9.7.2007 – 2 BvR 206/07 –, Rn. 23; entsprechend Mutschler in KassKomm, 2018, SGB X, § 35, Rn. 30; Schütze in von Wulffen/Schütze, 2014, SGB X § 41 Rn. 81; Mroczynski SGB I/Mroczynski, 5. Aufl. 2014, SGB I § 39 Rn. 31). Dies ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die Ermessenserwägung, dass die Beschwerdegegnerin in Arbeit vermitteln wollte und eine zielführende Strategie zur Vermittlung in Arbeit aufbauen wollte, erfolgte erst im Verfahren, d.h. einige Monate bzw. Jahre nach den Meldeaufforderungen.

Dabei kann dahinstehen, ob bei Erlass der angefochtenen Bescheide kein Ermessen ausgeübt wurde oder Ermessen zwar getätigt, im Verwaltungsakt jedoch nicht dokumentiert ist, weil in beiden Fällen die gleichen Rechtsfolgen eintreten (BSG, Urteil vom 22. 8. 2000 – B 2 U 33/99 R; BSG, Urteil vom 1. 3. 2011 – B 7 AL 2/10 R –, Rn. 17). (Falls der Vermerk in der Akte der Beschwerdegegnerin trotz Unstimmigkeiten hinsichtlich des Datums auf die Meldeaufforderung vom 19.3.2014 bezogen wird, so dokumentiert er lediglich einen Ermessensfehlgebrauch, weil der Behördenmitarbeiter davon ausging, dass es sich bei Meldeaufforderungen um gebundene Entscheidungen handele, die „grundsätzlich“ und zur Überprüfung der Verfügbarkeit des Leistungsempfängers „von Amts wegen“ erfolgten.)

[...]