

# Anhörungspflicht und Fehlerfolgen bei belastendem staatlichem Handeln abseits des Verwaltungsakts

Von Stud. iur. **Rudi Lang**, Diplom-Verwaltungswirt (FH), Bayreuth\*

*Das Anhörungsrecht<sup>1</sup> nach § 28 VwVfG<sup>2</sup> ist das bedeutsamste Verfahrensrecht im Verwaltungsverfahren<sup>3</sup> und sowohl in der Praxis als auch in Prüfungsarbeiten von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Gleichwohl sind sowohl die verfassungsrechtliche Begründung als auch die genaue Reichweite nach wie vor im Einzelnen Gegenstand des rechtswissenschaftlichen Diskurses. Vor allem die Anwendung des § 28 VwVfG und der damit korrespondierenden Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften (§§ 45 ff. VwVfG) auf staatliches Handeln abseits des Verwaltungsakts wirft einige Fragen auf, deren Beantwortung Gegenstand dieses Beitrags sein soll. Zunächst werden hierzu einige Vorbemerkungen vorangestellt (I.). Im Anschluss wird das Anhörungsrecht an sich (II.) und die damit korrespondierenden Heilungs- (III.) bzw. Unbeachtlichkeitsvorschriften (IV.) auf ihre Anwendbarkeit auf einzelne belastende Handlungsformen außerhalb des Verwaltungsakts untersucht. Eine abschließende Zusammenfassung (V.) rundet den Beitrag ab.*

## I. Vorbemerkungen

Die Rechtmäßigkeit von behördlichem Handeln ergibt sich nicht bereits aus der inhaltlichen Richtigkeit der abschließenden Entscheidung. Vielmehr unterliegt auch der Weg zu dieser Entscheidung – das Verwaltungsverfahren – einer Rechtmäßigkeitskontrolle.<sup>4</sup> Freilich impliziert das VwVfG über §§ 45, 46 VwVfG, dass der materiellen Richtigkeit zumindest bezüglich der individuellen Überprüfbarkeit Vorrang gegenüber der formellen Richtigkeit einzuräumen ist.<sup>5</sup> Man spricht daher von der sog. dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens für die abschließende Entscheidung.<sup>6</sup>

Solche „dienenden“ Verfahrensvorschriften stellen auch §§ 28, 45, 46 VwVfG dar. Deren Anwendungsbereich ist prima facie eindeutig umrissen, sprechen doch alle drei Vorschriften explizit vom Verwaltungsakt (§ 35 S. 1 VwVfG) als Regelungsgegenstand.

\* Der Verf. ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Bayreuth und ehemaliger Regierungsinspektor im Sachgebiet Kommunales der Regierung von Oberfranken in Bayreuth.

<sup>1</sup> Bzw. die Anhörungspflicht, je nach eingenommener Perspektive.

<sup>2</sup> Der folgende Beitrag beschränkt sich auf die Nennung des Bundes-VwVfG, da die Länderregelungen insoweit identisch sind.

<sup>3</sup> Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 13. Aufl. 2017, § 60 Rn. 54.

<sup>4</sup> Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2019, Rn. 940.

<sup>5</sup> Hierzu nachfolgend unter III. und IV.

<sup>6</sup> Burgi, DVBl. 2011, 1317 (1317); Groschupf, DVBl. 1962, 627 (630); Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, 20. Aufl. 2019, § 45 Rn. 3; Ossenbühl, NVwZ 1982, 465 (466 f.).

Eine direkte Anwendung der Normen auf staatliche Handlungsformen abseits des Verwaltungsakts scheidet somit folgerichtig von vornherein aus. Darüber hinaus ist jedoch strittig, in welchem Umfang und auf welche staatlichen Handlungsformen die Regelungen analog oder zumindest ihrem Rechtsgedanken nach anzuwenden sind.

Im Rahmen der kaum mehr überschaubaren Kategorisierung der vielfältigen Handlungsformen der Verwaltung<sup>7</sup> beschränkt sich dieser Beitrag auf die Anwendung auf Realakte und die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO. Eine weitere Einschränkung erfolgt dahingehend, dass ausschließlich den Betroffenen belastende Realakte betrachtet werden.<sup>8</sup>

## II. § 28 VwVfG

### 1. Verfassungshintergrund und Konzeption

#### a) Grundsätzliches

Bereits die verfassungsrechtliche Begründung der Anhörung ist umstritten. Einigkeit besteht lediglich darüber, dass eine Anhörung im Verwaltungsverfahren jedenfalls verfassungsrechtlich geboten ist.<sup>9</sup> Seine Stütze im Verfassungsrecht findet das Anhörungserfordernis nicht explizit in der Verfassung selbst, da der auf das gerichtliche Gehör zugeschnittene Art. 103 Abs. 1 GG weder direkt<sup>10</sup> noch analog<sup>11</sup> auf das Verwaltungsverfahren anwendbar ist.

Die h.M. stützt das Erfordernis einer Anhörung im Verwaltungsverfahren auf das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) bzw. das hieraus abzuleitende Recht auf ein faires Verfahren.<sup>12</sup> Weitere Begründungsansätze reichen vom Gebot der

<sup>7</sup> Überblickartig Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, Vor § 9; Remmert, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 17 Rn. 5.

<sup>8</sup> Zur umstrittenen Frage, ob eine Anhörungspflicht auch in Verpflichtungskonstellationen gilt vgl. Ehlers, Jura 1996, 617 (618 f.); Kluth (Fn. 3), § 60 Rn. 60 ff.

<sup>9</sup> Ramsauer (Fn. 6), § 28 Rn. 3; Maurer/Waldhoff (Fn. 7), § 19 Rn. 28.

<sup>10</sup> BVerfGE 9, 89 (95); Ritgen, in: Knack/Hennecke, VwVfG Kommentar, 11. Aufl. 2020, § 28 Rn. 11.

<sup>11</sup> Ramsauer (Fn. 6), § 28 Rn. 3; Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 8; es fehlt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, da die Anwendung von Art. 103 Abs. 1 GG auf Verwaltungsverfahren im Parlamentarischen Rat explizit zur Sprache kam, sich aber angesichts der Stellung der Norm im Abschnitt „Die Rechtsprechung“ dagegen entschieden wurde, siehe Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 78. Lfg., Stand: September 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 12.

<sup>12</sup> Erbguth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 14 Rn. 18, Fn. 127; J. Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 638; Maurer/Waldhoff

Menschenwürde über materielle Grundrechte bis zu verschiedenen Kombinationsansätzen<sup>13</sup>. Angesichts der marginalen Unterschiede der Auffassungen und der zumeist kumulativen Heranziehung der einzelnen Begründungsstränge<sup>14</sup> kann eine abschließende Entscheidung für eine einzelne Auffassung an dieser Stelle unterbleiben. Zudem können die genannten Ansätze der h.M. nicht erklären, warum nicht bei allen belastenden hoheitlichen Maßnahmen eine Anhörung des Betroffenen zu erfolgen hat, sondern nur bei Verwaltungsakten im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG.<sup>15</sup> Die Stellung des Betroffenen eines behördlichen Eingriffs als Rechtssubjekt und nicht bloßes -objekt ist nicht dem Umstand geschuldet, dass der Staat ihm gegenüber in einer bestimmten Form (Verwaltungsakt) tätig wird, sondern, dass der Staat ihm gegenüber überhaupt in belastender Weise tätig wird. Entscheidend für die Reichweite der verfassungsrechtlich fundierten Anhörungspflicht ist somit die Orientierung an den Wirkungen der Maßnahme für den Betroffenen<sup>16</sup>, also wann diese als Eingriff bzw. Belastung ihm gegenüber anzusehen ist. Von dem klassischen Fokus auf den Verwaltungsakt sollte man sich daher auch an dieser Stelle verabschieden.

#### b) Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Eingriffsdogmatik

Damit wird der Zusammenhang der Anhörungspflicht mit der Eingriffsdogmatik im Bereich der Grundrechte klar, da diese ja gerade bestimmt, wann ein Eingriff gegenüber dem Betroffenen vorliegt. Dem entspricht auch die historische Konzeption, die § 35 S. 1 VwVfG als Korrelat zum klassischen Eingriffsbegriff in der Grundrechtsdogmatik verstand.<sup>17</sup> Folglich war – historisch betrachtet – der Verwaltungsakt nur die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Grundrechtseingriffs. Für die originäre Grundstruktur des § 28 VwVfG bedeutet dies, dass eine Anhörungspflicht immer dann besteht, wenn ein Grundrechtseingriff bevorsteht<sup>18</sup> – und nicht nur, wenn ein Verwaltungsakt vorliegt.

Nun hat sich jedoch der grundrechtliche Eingriffsbegriff grundlegend zugunsten eines modernen, weiteren Verständnisses weiterentwickelt<sup>19</sup>, das über das klassische Instrument des Verwaltungsakts hinausgeht und alle dem Staat zurechenbaren Maßnahmen erfasst, die ein grundrechtlich geschütztes Verhalten erschweren oder verunmöglichen<sup>20</sup>. Die planerische Konzeption des VwVfG-Gesetzgebers in Form von Grundrechtseingriff = Anhörungspflicht geht somit wegen der dadurch nicht mehr erfassten Grundrechtseingriffe – abseits des klassischen Eingriffs in Form des Verwaltungsakts – nicht mehr auf. Damit ist aber der Weg frei für eine der Planwidrigkeit geschuldeten analogen Anwendung von § 28 VwVfG, um dem Willen des Gesetzgebers gerecht zu werden, dass die Behörde im Verwaltungsverfahren für den Regelfall zur Anhörung verpflichtet sein soll.<sup>21</sup>

Im Folgenden wird anhand der eingangs erwähnten Kategorien von behördlichem Handeln abseits des Verwaltungsakts (Realakte, Anordnung der sofortigen Vollziehung) aufgezeigt, dass diese Orientierung am (modernen) grundrechtlichen Eingriffsbegriff in Fortführung der historischen Konzeption der Schlüssel zur korrekten Bestimmung des Anwendungsbereichs von § 28 VwVfG ist.<sup>22</sup>

#### 2. Realakte

Realakte unterscheiden sich von Verwaltungsakten dadurch, dass sie keine Regelung enthalten.<sup>23</sup> Sie sind auf die Bewirkung eines tatsächlichen Erfolgs gerichtet und nicht auf das Setzen einer verbindlichen Rechtsfolge.<sup>24</sup> Ihnen fehlt somit der einem Verwaltungsakt immanente befehlende Charakter.

Im Rahmen dieser Darstellung wird dabei zwischen „gewöhnlichen“ Realakten im Bereich der Eingriffsverwaltung<sup>25</sup> (dazu a) und staatlichem Informationshandeln unterschieden (dazu b).<sup>26</sup>

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung wird wegen ihrer Eigenheiten gesondert behandelt (dazu 3.).

(Fn. 7), § 19 Rn. 28; *Ritgen* (Fn. 10), § 28 Rn. 12; *Ziekow*, VwVfG Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 28 Rn. 1.

<sup>13</sup> Z.B. *Kallerhoff/Mayen*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 28 Rn. 2: Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

<sup>14</sup> So vor allem *Grünwald*, in: *Obermayer/Funke-Kaiser*, VwVfG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 28 Rn. 2; *Ritgen* (Fn. 10), § 28 Rn. 12 f.; ähnlich *Hochhuth*, NVwZ 2003, 30 (32 f.); *Kallerhoff/Mayen* (Fn. 13), § 28 Rn. 2.

<sup>15</sup> *Hochhuth*, NVwZ 2003, 30 (32 f.).

<sup>16</sup> Eine solche Ergänzung der klassischen Handlungsorientierung des Verwaltungsrechts um eine Folgenorientierung konstatiert *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 2. Kap. Rn. 47.

<sup>17</sup> *Albers*, DVBl. 1996, 233 (234).

<sup>18</sup> In diesem Sinne auch die Gesetzesbegründung zu § 28 VwVfG (§ 24 a.F.), BT-Drs. 7/910, S. 51: „In Anlehnung an das Bestreben des Bundesgesetzgebers, dem rechtsstaatlich ausgerichteten Verwaltungsverfahren auch eine positive Grundlage zu geben, bestimmt daher § 24, dass die Verwaltung grundsätzlich dem Betroffenen Gelegenheit zur Stel-

lungnahme geben muss, bevor sie durch eine Entscheidung in seine Rechte eingreift.“

<sup>19</sup> *Hochhuth*, NVwZ 2003, 30 (31).

<sup>20</sup> Statt vieler *Vofßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313 (313).

<sup>21</sup> BT-Drs. 7/910, S. 51.

<sup>22</sup> In diese Richtung bereits *Hochhuth*, NVwZ 2003, 30 ff.

<sup>23</sup> *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 12), § 12 Rn. 12; *Kahl*, Jura 2001, 505 (508); *Ruffert*, in: *Ehlers/Pünder* (Fn. 7), § 21 Rn. 26; v. *Alemann/Scheffczyk*, in: *Beck'scher-Online-Kommentar VwVfG*, 46. Ed., Stand: 1.1.2020, § 35 Rn. 145.

<sup>24</sup> *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 12), § 12 Rn. 12; *Remmert* (Fn. 7), § 36 Rn. 1; v. *Alemann/Scheffczyk* (Fn. 23), § 35 Rn. 145.

<sup>25</sup> Anhörungspflichten im Rahmen der Leistungsverwaltung werden in diesem Beitrag nicht thematisiert, siehe oben I.; zur Unterscheidung von Realakten mit und ohne Eingriffscharakter *Rachor*, in: *Lisken/Danninger*, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. E Rn. 37 f.

<sup>26</sup> Zu dieser Unterscheidung grundlegend *Schoch*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 37 Rn. 25, 121 ff.

## a) Eingriffsverwaltung

*Beispiel 1*<sup>27</sup>: Das ZDF betreibt eine Fan-Page im sozialen Netzwerk Facebook, bei dem angemeldete Nutzer kommentieren können. Hierbei hat das ZDF ein Regelwerk über die Kommentierung auf ihrer Fan-Page veröffentlicht. Nachdem die Kommentatorin K mehrfach gegen dieses Regelwerk verstieß, wurde sie von einer Moderatorin der Fan-Page gesperrt, womit sie keine weiteren Kommentare auf der Fan-Page des ZDF verfassen kann. War eine vorherige Anhörung der K erforderlich?

*Beispiel 2*<sup>28</sup>: Nachdem es bereits in der Vergangenheit zu Ausschreitungen im Rahmen von Fußballspielen des Vereins V kam und der Polizei bekannt wird, dass weitere Ausschreitungen geplant sind, richtet sie ein Gefährderschreiben an polizeilich bekannte Mitglieder der Hooliganszene von V, unter anderem den Fußballfan F. Dabei wird auf die Absicht der Ergreifung präventiv- und repressiv-polizeilicher Maßnahmen im Falle von Ausschreitungen hingewiesen und den jeweiligen Adressaten des Schreibens nahegelegt, sich an den Ausschreitungen nicht zu beteiligen. War eine vorherige Anhörung des F erforderlich?

Die analoge Anwendung von § 28 VwVfG auf Realakte ist umstritten. Überwiegend wird sie bejaht, sofern der in Rede stehende Realakt ein funktionales Äquivalent zu einem Verwaltungsakt darstellt und keine spezialgesetzlichen Sonderregelungen bestehen, teils kombiniert mit dem Erfordernis eines Grundrechtseingriffs.<sup>29</sup>

Doch was ist mit dem Begriffspaar „funktionales Äquivalent“ gemeint? Im Kern zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass das Vorliegen eines funktionalen Äquivalents auf Erwägungen gestützt wird, die auch die Annahme eines Grundrechtseingriffs nach neuerer Dogmatik rechtfertigen. Im Ergebnis wird eine analoge Anwendung auf Realakte daher dann anzunehmen sein, wenn der Realakt in Grundrechte des Betroffenen einzugreifen droht.<sup>30</sup>

Klar wird dies bei Betrachtung der Wesensmerkmale des Verwaltungsakts. Denn der Verwaltungsakt ist vor allem das

einfachgesetzliche Spiegelbild des Grundrechtseingriffs.<sup>31</sup> Das wesentliche Charakteristikum des Verwaltungsakts ist somit der hoheitliche Eingriff in subjektiv-öffentliche Rechtspositionen. Dies kommt auch bei der Beschreibung der funktionalen Äquivalenz zum Ausdruck, wenn die Vertreter der h.M. mit dem Verweis auf eine vergleichbare Entscheidungssituation zum Verwaltungsakt oder einen in ähnlicher Weise gelagerten Eingriff in Rechtspositionen bejahen.

Aus methodischer Perspektive müssen für die Begründung einer Analogie eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage vorliegen.<sup>32</sup>

Eine planwidrige Regelungslücke lässt sich mit der Erwägung bejahen, dass der Gesetzgeber bei Erlass des VwVfG davon ausging, die Anhörungspflicht an den Verwaltungsakt als Ausdruck des Grundrechtseingriffs zu koppeln und sich das Verständnis des Grundrechtseingriffs im Verlaufe der Zeit erweiterte.<sup>33</sup>

Auch eine vergleichbare Interessenlage liegt vor. Sofern die behördliche Maßnahme letztlich nur einen gleichwertigen Ersatz für einen Verwaltungsakt (= Grundrechtseingriff) darstellt, erscheint es nicht gerechtfertigt, die Behörde allein aufgrund eines beliebigen Handlungsformenwechsels von der Anhörungspflicht freizustellen.

In *Beispiel 1* stellt die Sperre auf der Fan-Page durch das als öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt grundrechtsgebundene ZDF (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) einen Eingriff in die Meinungsfreiheit der K aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG dar, da ihr die Möglichkeit genommen wird, auf der Fan-Page ihre Meinung kundzutun und an Diskussionen teilzunehmen.<sup>34</sup> Aufgrund dieses bevorstehenden Grundrechtseingriffs als funktionales Äquivalent zu einem Verwaltungsakt (siehe zuvor) war eine Anhörung analog § 28 Abs. 1 VwVfG erforderlich.<sup>35</sup>

Als schwieriger erweist sich *Beispiel 2*. Man mag geneigt sein, eine Anhörungspflicht schon deswegen zu verneinen, weil das Gefährderschreiben seiner Natur nach letztlich selbst nur einer Anhörung gleichkommt.<sup>36</sup> Vorwiegend verfolgt es informative Lenkungszwecke, indem es die Adressaten auf die Möglichkeit polizeilicher Maßnahmen hinweist ohne eine abschließende Entscheidung zu beabsichtigen.

<sup>27</sup> Beispiel nach *Golla/Milker*, ZJS 2019, 396 ff.

<sup>28</sup> Siehe die Fallbearbeitung von *Schneider*, ZJS 2008, 281 ff.

<sup>29</sup> *Grünwald* (Fn. 14), § 28 Rn. 11; *Kallerhoff/Mayen* (Fn. 13), § 28 Rn. 25; *Ramsauer* (Fn. 6), § 28 Rn. 4a; *Ritgen* (Fn. 10), § 28 Rn. 27; tendenziell auch *Schwarz*, in: *Fehling/Kastner/Störmer*, HK-VerwR, 4. Aufl. 2016; weitergehend *Buchholz*, System des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 1997, § 1 Rn. 48; *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 6. Aufl. 2018, Rn. 287, die für eine Anwendung in allen den Einzelnen in seinen Rechten betreffenden Verfahren plädieren; offen gelassen von BVerwG NVwZ 2003, 354 (356).

<sup>30</sup> Zutreffend insoweit *Grünwald* (Fn. 14), § 28 Rn. 11; *Pünder*, in: *Ehlers/Pünder* (Fn. 7), § 14 Rn. 32; ähnlich *Kingreen*, NVwZ 2013, 846 (849), der die Anhörungspflicht jedoch unmittelbar auf Art. 20 Abs. 3 GG stützt.

<sup>31</sup> Siehe oben II. 1.

<sup>32</sup> Statt aller *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 562.

<sup>33</sup> Siehe oben ausführlich zu II. 1.

<sup>34</sup> VG Mainz MMR 2018, 556 (557 f.) Rn. 73 ff.; das ZDF handelte dabei auch trotz der Nutzung von Facebook öffentlich-rechtlich, da es sich bei der Fanpage um eine (virtuelle) öffentliche Einrichtung handelt, deren Nutzungsmöglichkeit dem öffentlichen Recht unterliegt, vgl. *Golla/Milker*, ZJS 2019, 396 (396 f.).

<sup>35</sup> Ausnahmen analog § 28 Abs. 2, 3 VwVfG sind nicht ersichtlich.

<sup>36</sup> Eine solche Gleichsetzung von Anhörung und Gefährderschreiben annehmend VG Braunschweig BeckRS 2006, 24209 Rn. 18; dagegen zu Recht *Kreuter-Kirchhof*, AöR 139 (2014), 257 (268).

Gleichwohl wird das Gefährderanschieben überwiegend als Grundrechtseingriff zumindest in Art. 2 Abs. 1 GG eingestuft<sup>37</sup>, insbesondere, da die Polizei dadurch final die Teilnahme der Adressaten an den Ausschreitungen verhindern will<sup>38</sup>. Damit ist es nach dem oben Gesagten nur konsequent, auch für das Gefährderanschieben eine Anhörung analog § 28 Abs. 1 VwVfG zu verlangen. Erwägenswert bleibt jedoch eine Ausnahme von der Anhörungspflicht analog § 28 Abs. 2 Nr. 4 Var. 2 VwVfG („gleichartige Verwaltungsakte in größerer Zahl“), je nach Anzahl der Adressaten der Gefährderanschieben.<sup>39</sup>

#### b) Staatliches Informationshandeln

*Beispiel 3:* Bei einer Kontrolle des Betriebs der Lebensmittelunternehmerin L werden verschiedene, erhebliche Hygienemängel festgestellt. Die zuständige Behörde beabsichtigt, die Verstöße gem. § 40 Abs. 1a Nr. 3 LFGB online zu veröffentlichen.<sup>40</sup> Ist eine vorherige Anhörung der L erforderlich?

Auch im Rahmen staatlichen Informationshandelns ist die Anwendung von § 28 VwVfG umstritten, wobei im Wesentlichen die generell für Realakte herangezogenen Begründungsmuster<sup>41</sup> übertragen werden.

Die h.L. und Teile der Rechtsprechung gehen von einer Anhörungspflicht analog § 28 Abs. 1 VwVfG aus.<sup>42</sup> Von anderen Teilen der Rechtsprechung wird eine solche Anhörungspflicht hingegen vereinzelt verneint.<sup>43</sup>

Für viele Bereiche wird es indes schon an einer planwidrigen Regelungslücke fehlen, da spezialgesetzliche Regelungen mit einer Anhörungspflicht bereits zuhauf existieren (z.B. § 40 Abs. 3 LFGB, § 31 Abs. 2 S. 5 ProdSG). In *Beispiel 3* ist eine Anhörung der L gem. § 40 Abs. 3 LFGB erforderlich, ohne dass es eines Rückgriffs auf § 28 VwVfG bedarf.<sup>44</sup>

Sofern es an einer solchen Regelung fehlt, dürfte zumeist die Annahme einer vergleichbaren Interessenlage im Wege eines Erst-Recht-Schlusses naheliegen. Denn vor allem im Bereich produktbezogener Warnungen stehen den Betroffenen sogar „schlimmere“ Folgen bevor, als bei dem Erlass eines Verwaltungsaktes. Denn die – im Gegensatz zu Verwaltungsakten adressatenlose – Öffentlichkeitsinformation entfaltet insbesondere bei Online-Veröffentlichungen eine enorme Breitenwirkung (sog. Prangerwirkung) und ist zudem tatsächlich und rechtlich irreversibel.<sup>45</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es wenig einsichtig, eine eingriffsintensivere Form hoheitlichen Handelns in subjektive Rechte voraussetzungsärmer auszugestalten.

Dieses Ergebnis entspricht wiederum den grundrechtlichen Wertungen. Denn wie das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung zu § 40 Abs. 1a LFGB<sup>46</sup> klargestellt hat, können auch mittelbar-faktische Beeinträchtigungen durch staatliches Informationshandeln einen Grundrechtseingriff darstellen. Dann wiederum ist es auch konsequent und gerechtfertigt, eine Anhörung des Betroffenen zu verlangen, wie auch die gesetzgeberische Ausgestaltung – z.B. bei § 40 Abs. 3 LFGB – zeigt.

#### 3. Anordnung der sofortigen Vollziehung, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO

*Beispiel 4:* Die zuständige kreisfreie Stadt S erlässt nach vorheriger Anhörung eine Baubeseitigungsanordnung gegenüber Bürger B, da ein in seinem Eigentum befindliches Haus im Gebiet der Stadt S akut einzustürzen droht. Im gleichen Bescheid ordnet sie zudem die – ordnungsgemäß begründete – sofortige Vollziehung der Beseitigungsanordnung an, zu der B jedoch nicht gesondert angehört wurde. Ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtmäßig?

*Beispiel 5:* Ausgangsfall wie *Beispiel 4*. Der Sofortvollzug wird nun jedoch nach Erlass der Baubeseitigungsanordnung in einem gesonderten Schreiben ohne vorherige Anhörung angeordnet. Ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtmäßig?

Geradezu klassisch ist die Frage der Anwendbarkeit von § 28 VwVfG auf die behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO.

Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass es sich bei der Anordnung des Sofortvollzugs nach zutreffender ganz h.M. mangels Regelungswirkung nicht um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG handelt.<sup>47</sup> Die Anordnung der

<sup>37</sup> OVG Lüneburg NJW 2006, 391 (392); *Hebeler*, NVwZ 2011, 1364 (1365 f.); *Kießling*, DVBl. 2012, 1210 (1211 f.); *Kreuter-Kirchhof*, AöR 139 (2014), 257 (272).

<sup>38</sup> Vgl. *Schneider*, ZJS 2008, 281 (289).

<sup>39</sup> Zu den Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 Nr. 4 Var. 2 VwVfG *Kallerhoff/Mayen* (Fn. 13), § 28 Rn. 59 ff.

<sup>40</sup> Die (umstrittene) Regelung des § 40 Abs. 1a LFGB erlaubt es den zuständigen Behörden, Verstöße gegen nationale oder unionale lebensmittelrechtliche Vorschriften unter Nennung des Lebensmittelunternehmers und der betroffenen Lebensmittel zu veröffentlichen und wird daher gemeinhin auch als „Internet-Pranger“ bezeichnet.

<sup>41</sup> Siehe oben II. 2. a).

<sup>42</sup> LG Stuttgart NJW 1989, 2257 (2261); *Engel/Pfau*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG Großkommentar, § 28 Rn. 35; *Käß*, WiVerw 2002, 197 (207); *Schoch*, Jura 2006, 833 (835); v. *Danwitz*, Verfassungsfragen staatlicher Produktempfehlungen, 2003, S. 86 ff.

<sup>43</sup> VGH Kassel NVwZ 2003, 1000 ff.

<sup>44</sup> Dies übersieht VG Würzburg, Beschl. v. 20.1.2020 – W 8 E 19.1661, Rn. 20 (juris).

<sup>45</sup> v. *Danwitz* (Fn. 42), S. 86 f.; die rechtliche Irreversibilität ergibt sich daraus, dass ein „Ungeschehen-Machen“ wie bei Verwaltungsakten nicht möglich ist, vgl. §§ 48, 49 VwVfG, die nicht angewendet werden können, *Schoch* (Fn. 26), § 37 Rn. 107.

<sup>46</sup> BVerfGE 148, 40.

<sup>47</sup> BVerwGE 24, 92 (94); *Gersdorf*, in: Beck'scher-Online Kommentar VwGO, 52. Ed., Stand: 1.10.2019, § 80 Rn. 71;

sofortigen Vollziehung stellt lediglich eine verfahrensrechtliche Nebenentscheidung zum Grund-Verwaltungsakt dar, ohne eine eigene abschließende Rechtsfolge zu setzen.<sup>48</sup> Zudem schließt sie kein Verwaltungsverfahren ab (vgl. § 9 VwVfG) und kann auch nicht bestandskräftig werden.<sup>49</sup> Eine direkte Anwendung des § 28 VwVfG auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung muss folglich ausscheiden.

Jedoch wird eine analoge Anwendung des § 28 VwVfG auf die Anordnung des Sofortvollzugs erwogen.<sup>50</sup> Voraussetzung hierfür sind wiederum eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage.

Bereits das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke wird überwiegend verneint, da § 80 Abs. 2 und Abs. 3 VwGO abschließende Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung enthalte.<sup>51</sup> Einer Begründung hierfür bleiben die Vertreter der h.M. jedoch weitestgehend schuldig. Gegen eine abschließende Kodifikation spricht vielmehr, dass die Anforderungen an behördliche Verfahrenshandlungen im VwVfG zur Zeit des Inkrafttretens der VwGO noch gar nicht kodifiziert waren.<sup>52</sup> Es erscheint fragwürdig, dem Gesetzgeber bei Erlass des § 80 VwGO einen abschließenden Regelungswillen zu unterstellen, wenn ein Nebeneinander verschiedener Regelungen zum Zeitpunkt des Erlasses gar nicht in Betracht kam.<sup>53</sup> Ohnehin scheint ein brauchbarer methodischer Ansatz zur Identifikation abschließender Regelungen noch nicht gefunden.

Treffender ist es, die analoge Anwendung von § 28 VwVfG auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung an der fehlenden Vergleichbarkeit der Interessenlage scheitern zu lassen. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung setzt nämlich ausweislich des § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung voraus.<sup>54</sup> Mithin kann eine Anhörung in diesen Fällen ihre grundlegen-

den Funktionen – Sachverhaltsaufklärung und Bildung einer Entscheidungsgrundlage<sup>55</sup> – angesichts des vorgeprägten besonderen öffentlichen Interesses gar nicht mehr erfüllen.<sup>56</sup> Zudem bieten § 80 Abs. 4 und Abs. 5 VwGO für den Betroffenen ausreichende Möglichkeiten, vor einem unberechtigten Sofortvollzug bewahrt zu bleiben und rechtliches Gehör zu erlangen.<sup>57</sup>

Bekräftigt wird dieses Ergebnis auch durch die Berücksichtigung grundrechtlicher Wertungen. Die Anordnung des Sofortvollzugs allein erschwert oder verunmöglicht dem Betroffenen kein grundrechtlich geschütztes Verhalten und stellt damit keinen Eingriff in Grundrechte dar. Ohne einen Grundverwaltungsakt ist die Anordnung des Sofortvollzugs vielmehr gegenstandslos, da eine aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO ohne anfechtbaren Verwaltungsakt denkbare gar nicht eintreten kann. Bei der verfassungsrechtlich und historisch zutreffenden Begründung einer Anhörungspflicht mit dem bevorstehenden Grundrechtseingriff<sup>58</sup> scheidet eine Anhörungspflicht bei Anordnung des Sofortvollzugs mangels eines solchen Grundrechtseingriffs daher aus.

Im *Beispiel 4* ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung somit formell rechtmäßig. Es handelte die zuständige Behörde und auch die Begründung ist ordnungsgemäß, womit den Anforderungen gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, Abs. 3 VwGO Rechnung getragen wurde. Eine vorherige Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG analog ist angesichts der fehlenden vergleichbaren Interessenlage nicht erforderlich.

Etwas anderes gilt auch nicht bei isolierter Anordnung des Sofortvollzugs wie in *Beispiel 5*.<sup>59</sup> Denn dann könnte die anordnende Behörde im Ergebnis selbst steuern, wann eine Anhörung erforderlich ist und wann nicht. Vielmehr ist eine einheitliche Handhabung angezeigt, die ein Anhörungserfordernis nicht voraussetzt.

### III. § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG

#### 1. Grundsätzliches

§ 45 VwVfG regelt gegenüber der Anhörungspflicht die nachgelagerte Ebene der Fehlerfolgen bei Missachtung von § 28 VwVfG oder sonstigen Verfahrensvorschriften.<sup>60</sup> Sie ist Ausdruck der dienenden Funktion des Verwaltungsverfah-

*Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO Kommentar, 22. Lfg., Stand: September 2011, § 80 Rn. 199; *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 13), § 35 Rn. 164; v. *Alemann/Scheffczyk* (Fn. 19), § 35 Rn. 156.

<sup>48</sup> *Schoch* (Fn. 47), § 80 Rn. 199.

<sup>49</sup> *Gersdorf* (Fn. 47), § 80 Rn. 80; *Müller*, NVwZ 1988, 702; *W.-R. Schenke*, VerwArch 91 (2000), 587 (588 f.).

<sup>50</sup> *Holzner*, in: Beck'scher-Online Kommentar Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 11. Ed., Stand: 1.2.2019, Art. 7 LStVG Rn. 55; *Müller*, NVwZ 1988, 702 ff.

<sup>51</sup> OVG Koblenz NVwZ 1988, 748 (749); *Gersdorf* (Fn. 47), § 80 Rn. 81; *Grünwald* (Fn. 14), § 28 Rn. 15; *Kluth* (Fn. 3), § 60 Rn. 59; *Schmaltz*, DVBl. 1992, 230 (232); *Schoch* (Fn. 47), § 80 Rn. 258; *Seiler*, Examens-Repetitorium Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 120.

<sup>52</sup> *Müller*, NVwZ 1988, 702 (703); das VwVfG ist erst am 1.1.1977 in Kraft getreten, § 103 VwVfG a.F., § 80 VwGO bereits am 1.1.1960, § 195 Abs. 1 VwGO a.F.

<sup>53</sup> Einen „fragmentarischen“ Charakter der Verfahrensanforderungen in § 80 VwGO konstatiert auch *Hamann*, DVBl. 1989, 969 (970).

<sup>54</sup> *Herrmann*, in: Beck'scher-Online Kommentar VwVfG, 46. Ed., Stand: 1.1.2020, § 28 Rn. 6; *Ritgen* (Fn. 10), § 28 Rn. 31.

<sup>55</sup> *Ramsauer* (Fn. 6), § 28 Rn. 1 f.; *Schoch*, Jura 2006, 833 (834).

<sup>56</sup> *Kluth* (Fn. 3), § 60 Rn. 59; *Schoch* (Fn. 47), § 80 Rn. 258.

<sup>57</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 1990, 561; *Puttler*, in: Sodan/Ziekow, VwGO Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 81; *W.-R. Schenke*, VerwArch 91 (2000), 587 (594).

<sup>58</sup> Siehe dazu ausführlich oben zu II. 1.

<sup>59</sup> *Hamann*, DVBl. 1989, 969 (971); *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 13), § 9 Rn. 218; a.A. OVG Lüneburg NVwZ-RR 1993, 585, ähnlich *Hufen/Siegel* (Fn. 29), Rn. 289.

<sup>60</sup> Auf materielle Fehler ist § 45 VwVfG nicht anwendbar, *Schemmer*, in: Beck'scher-Online Kommentar VwVfG, 46. Ed., Stand: 1.1.2020, § 45 Rn. 1; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 13), § 45 Rn. 1.

rens.<sup>61</sup> Da ein Mangel der Anhörung regelmäßig nicht gravierend genug ist, um zur Nichtigkeit (§ 44 VwVfG) der behördlichen Entscheidung zu führen<sup>62</sup> – gleichwohl aber die (formelle) Rechtswidrigkeit bedeutet<sup>63</sup> – stellt sich die Frage nach der Möglichkeit einer Heilung nach § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG, die zur Rechtmäßigkeit der ursprünglich rechtswidrigen behördlichen Entscheidung führt<sup>64</sup>. Die Vorschrift dient der Effizienz des Verwaltungsverfahrens, insbesondere der Verfahrensökonomie.<sup>65</sup> Angesichts der durch § 45 VwVfG relativierten Folgen von Verfahrensfehlern und der weitreichenden Heilungsmöglichkeit auch noch im Gerichtsverfahren sieht sich die Vorschrift einiger grundsätzlicher Kritik ausgesetzt, auf die hier aus Übersichtlichkeitsgründen nicht näher eingegangen wird.<sup>66</sup>

Entscheidend für das Verständnis des § 45 VwVfG ist das sog. Gebot der realen Fehlerheilung.<sup>67</sup> Die Anforderungen an die Nachholung der Anhörung entsprechen danach denen der ursprünglich erforderlichen Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG.<sup>68</sup> Der Beteiligte muss im Idealfall so gestellt werden, wie er ohne den Anhörungsverstoß stünde.<sup>69</sup> Freilich kann eine nachträgliche Anhörung einer vorherigen in ihrer praktischen Wirksamkeit per definitionem nicht gleichkommen.<sup>70</sup> Ausreichend muss es daher sein, dass dem Betroffenen die Gelegenheit zur Äußerung gegeben wird und die Behörde in der Folge ihre getroffene Entscheidung selbstkritisch überdenkt, also über die Aufrechterhaltung oder Abänderung der Sachentscheidung nachdenkt.<sup>71</sup> Dies setzt voraus, dass eine Abänderung überhaupt möglich ist, die selbstkritische Prü-

fung der Behörde also zu einer nachträglichen Veränderung der Rechtsposition des Betroffenen führen kann.<sup>72</sup>

Im Folgenden wird gezeigt, dass dies bei behördlichem Handeln abseits des Verwaltungsakts nicht immer der Fall ist.

## 2. Realakte

Die (analoge) Anwendung von § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG auf Realakte wird kaum thematisiert. Sofern sich überhaupt Stellungnahmen hierzu finden, befürworten diese eine analoge Anwendung, wenn schon analog § 28 Abs. 1 VwVfG eine Anhörung gefordert wird.<sup>73</sup> Richtigerweise ist jedoch zu differenzieren. Eine Anhörungs pflicht bei Realakten korreliert zwar regelmäßig, aber nicht ausnahmslos in jedem Fall mit einer Heilungsmöglichkeit. Während ein solcher Zusammenhang im Bereich der herkömmlichen Eingriffsverwaltung noch zu bejahen ist (dazu a), ist er für das staatliche Informationshandeln zu verneinen (dazu b).

### a) Eingriffsverwaltung

*Beispiel 6:* Ausgangsfall wie *Beispiel 1*. Die analog § 28 Abs. 1 VwVfG erforderliche Anhörung der K ist unterblieben. Kann der Fehler analog § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG geheilt werden?

Zwar ist in *Beispiel 6* die Sperrung der K von der Fan-Page des ZDF mangels Anhörung analog § 28 Abs. 1 VwVfG formell rechtswidrig. Jedoch kann der Mangel im Wege der analogen Anwendung von § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG geheilt werden.

Die planwidrige Regelungslücke ergibt sich aus dem Umstand, dass hier keine speziellen Heilungsvorschriften für Realakte trotz Grundrechtseingriffs bestehen und der Gesetzgeber konzeptionell die Anhörungs pflichten und damit auch die Heilungsvorschriften an das Erfordernis eines Grundrechtseingriffs koppeln wollte.<sup>74</sup> Auch eine vergleichbare Interessenlage ist gegeben. Die Sperrung der K von der Fan-Page ist ein funktionales Äquivalent zu einem Verwaltungsakt, womit auch das äquivalente Fehlerfolgenregime des § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG greifen muss. Vor allem aber ist eine gleichwertige Nachholung von § 28 Abs. 1 VwVfG im Sinne des Gebots der realen Fehlerheilung auch möglich. Denn zwar ist die behördliche Entscheidung mangels Verwaltungsaktqualität rechtlich irreversibel (§§ 48, 49 VwVfG sind nicht anwendbar), sie bleibt jedoch tatsächlich revisibel.

<sup>72</sup> Bei direkter Anwendung von § 45 VwVfG wird daher eine Anwendung verneint, wenn der Verwaltungsakt sich bereits erledigt hat, *Guckelberger*, JuS 2011, 577 (580); *Korte*, in: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* (Fn. 3), § 49 Rn. 60; *Ramsauer* (Fn. 6), § 45 Rn. 13.

<sup>73</sup> *Hochhuth*, NVwZ 2003, 30 (32); *Schmidt*, Staatliches Informationshandeln und Grundrechtseingriff, 2004, S. 148; *Schmitz* (Fn. 59), § 9 Rn. 218 Fn. 531; so wohl auch BVerwGE 82, 76 (96).

<sup>74</sup> Siehe ausführlich oben II. 1.

<sup>61</sup> Siehe oben I., so auch ausdrücklich die Gesetzesbegründung zu §§ 45, 46 VwVfG (§§ 41, 42 VwVfG a.F.), BT-Drs. 7/910, S. 65.

<sup>62</sup> *Guckelberger*, JuS 2011, 577 (579); *Schoch*, Jura 2007, 28 (28).

<sup>63</sup> *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 629; *Engel/Pfau* (Fn. 42), § 28 Rn. 109; *Maurer/Waldhoff* (Fn. 7), § 19 Rn. 15.

<sup>64</sup> *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 632; *W.-R. Schenke*, VerwArch 97 (2006), 592 (595); umstritten ist dabei, ob die Rechtmäßigkeit ex nunc oder ex tunc eintritt, siehe *Pünder* (Fn. 30), § 14 Rn. 80 einerseits und *Fremuth*, JA 2012, 844 (845) andererseits.

<sup>65</sup> *Guckelberger*, JuS 2011, 577 (579); *Pünder*, Jura 2015, 1307 (1308); *Schoch*, Jura 2007, 28 (29).

<sup>66</sup> Siehe beispielsweise ausführlich *W.-R. Schenke*, VerwArch 97 (2006), 592 (597 ff.).

<sup>67</sup> Dazu *Emmenegger*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz* (Fn. 42), § 45 Rn. 70; *Hufen*, NJW 1982, 2160 (2165); *Schoch*, Jura 2007, 28 (29).

<sup>68</sup> OVG Bremen NVwZ-RR 1994, 189 (191); *Ehlers*, Jura 1996, 617 (621).

<sup>69</sup> Zu den Anforderungen im Einzelnen *Schemmer* (Fn. 60), § 45 Rn. 42.

<sup>70</sup> BVerwGE 37, 307 (312 f.); *Guckelberger*, JuS 2011, 577 (579); *Schoch*, NVwZ 1983, 249 (252); *Schoch*, Jura 2007, 28 (29).

<sup>71</sup> BVerwG NVwZ-RR 2016, 449 Rn. 17; *Guckelberger*, JuS 2011, 577 (579); *Ramsauer* (Fn. 6), § 45 Rn. 26.

Das ZDF kann die K wieder für den Kommentarbereich ihrer Fan-Page entsperren und damit nachträglich die Rechtsposition der K wieder verbessern. Folglich ist dem ZDF auch eine selbstkritische Prüfung ihrer Sperrungsentscheidung möglich, da ihm unterschiedliche Handlungsoptionen zur Verfügung stehen, wovon eine auch eine faktische Abänderung ihrer ursprünglichen Entscheidung beinhaltet.

#### b) Staatliches Informationshandeln

*Beispiel 7:* Ausgangsfall wie *Beispiel 3*. Die zuständige Behörde veröffentlicht die Verstöße gem. § 40 Abs. 1a LFGB online, ohne L vorher anzuhören. Kann die Anhörung noch im Verwaltungsprozess vor dem zuständigen VG gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG nachgeholt werden?

Besonderheiten gelten jedoch bei staatlichem Informationshandeln. Kann es angesichts der Irreversibilität staatlichen Informationshandelns<sup>75</sup> vor allem bei der Nutzung von Online-Medien überhaupt eine reale Fehlerheilung analog § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG nach dem Ergehen der hoheitlichen Maßnahme geben?

Aktuelle Entscheidungen bayerischer Gerichte bejahen dies ohne nähere Begründung.<sup>76</sup> Richtigerweise muss die analoge Anwendung von § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG auf staatliches Informationshandeln ausscheiden.<sup>77</sup>

Sofern spezialgesetzliche Anhörungspflichten bestehen, ist bereits das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke zu bezweifeln. So könnte man aus der spezialgesetzlichen Anordnung der Anhörungspflicht (z.B. § 40 Abs. 3 LFGB) ohne Heilungsvorschriften folgern, dass ein Unterbleiben der Anhörung im Bereich der Öffentlichkeitsinformation eben stets zur formellen Rechtswidrigkeit führen soll.<sup>78</sup> Es liegt zudem keine vergleichbare Interessenlage vor. Eine selbstkritische Prüfung der Behörde bezüglich der Aufrechterhaltung oder Abänderung ihrer Entscheidung ist bei staatlichem Informationshandeln unmöglich. Denn die Öffentlichkeitsinformation ist nicht nur wie alle Realakte rechtlich irreversibel<sup>79</sup>, sondern auch tatsächlich. Zwar könnte die Behörde in *Beispiel 7* L nachträglich zur Öffentlichkeitsinformation hören. Jedoch ist wegen der weltweit einsehbaren Online-Veröffentlichung „das Kind schon in den Brunnen gefallen“. Die Belastungswirkung in Form der Rufschädigung der L

<sup>75</sup> Siehe oben II. 2. b).

<sup>76</sup> BayVGH BeckRS 2019, 31413, Rn. 44; VG Würzburg, Beschl. v. 20.1.2020 – W 8 E 19.1661, Rn. 20 (juris), das jedoch schon die Anhörungspflicht fälschlicherweise auf § 28 Abs. 1 VwVfG und nicht auf § 40 Abs. 3 LFGB als *lex specialis* stützt, s. o; in diese Richtung auch schon BVerwGE 82, 76 (96).

<sup>77</sup> Zutreffend Käß, WiVerw 2002, 197 (208).

<sup>78</sup> So wohl Schoch, NVwZ 2012, 1497 (1503), der ohne Erwähnung einer Heilungsmöglichkeit die formelle Rechtswidrigkeit als Fehlerfolge bei Verstößen gegen § 40 Abs. 3 LFGB ansieht.

<sup>79</sup> Siehe oben III. 2. a).

lässt sich auch durch eine nachträglich andere Entscheidung nicht mehr beseitigen. Auch eine Berichtigung kann die faktischen Wirkungen nicht umfassend beseitigen.<sup>80</sup> Damit läuft eine nachträgliche Anhörung mangels wirklicher Handlungsoptionen der Behörde ins Leere.

In *Beispiel 7* scheidet eine Heilung analog § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG somit aus. Die Online-Veröffentlichung ohne vorherige Anhörung ist endgültig formell rechtswidrig.

#### 3. Anordnung der sofortigen Vollziehung, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO

Mangels Anhörungspflicht analog § 28 Abs. 1 VwVfG<sup>81</sup> scheidet auch eine Heilung nach § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG aus.<sup>82</sup>

### IV. § 46 VwVfG

#### 1. Grundsätzliches

§ 46 VwVfG relativiert die Verfahrensanforderungen im Verwaltungsverfahren noch über § 45 VwVfG hinaus<sup>83</sup> und fügt sich somit in das gesetzgeberische Konzept der dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens ein.<sup>84</sup> Im Gegensatz zu § 45 VwVfG wird der Verwaltungsakt bei Anwendung des § 46 VwVfG jedoch nicht rechtmäßig.<sup>85</sup> Die Möglichkeit der Aufhebung des Verwaltungsakts wird gleichwohl ausgeschlossen, sofern der Verfahrensfehler die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Damit wird wiederum der Verfahrensökonomie Rechnung getragen. Es erscheint unzumutbar, einen Verwaltungsakt u.U. nach langem Prozess aufzuheben, obwohl im Anschluss ein inhaltlich identischer Verwaltungsakt nach ordnungsgemäßem Verfahren ergehen kann.<sup>86</sup>

Auch § 46 VwVfG sieht sich grundsätzlicher verfassungs- und unionsrechtlicher Bedenken ausgesetzt<sup>87</sup>, auf deren Darstellung in diesem Beitrag verzichtet wird.

Entscheidend für die Bestimmung der Anwendbarkeit von § 46 VwVfG im Kontext dieses Beitrags ist dessen Zusammenhang mit dem Rechtsschutz. Denn Gegenstand des § 46 VwVfG ist der Ausschluss der subjektiven Rechtsverletzung und damit des Aufhebungsanspruchs nach § 113 Abs. 1 S. 1

<sup>80</sup> Käß, WiVerw 2002, 197 (208).

<sup>81</sup> Siehe oben II. 3.

<sup>82</sup> Nach teilweise vertretener Auffassung scheidet eine Heilung darüber hinaus auch bei analoger Anwendung des § 28 Abs. 1 VwVfG aus, vgl. Peuker, in Knack/Hennecke (Fn. 10), § 45 Rn. 37.

<sup>83</sup> Pünder, Jura 2015, 1307 (1313).

<sup>84</sup> Peuker (Fn. 82), § 46 Rn. 11; Ramsauer (Fn. 6), § 46 Rn. 1.

<sup>85</sup> Baumeister, in: Obermayer/Funke-Kaiser (Fn. 14), § 46 Rn. 3; Ramsauer (Fn. 6), § 46 Rn. 1; W.-R. Schenke, VerwArch 97 (2006), 592 (595).

<sup>86</sup> Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. 2015, Rn. 774; Guckelberger, JuS 2011, 577 (581).

<sup>87</sup> Dazu ausführlich Baumeister (Fn. 85), § 46 Rn. 7 ff.

VwVfG trotz Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts.<sup>88</sup> Ein solcher Aufhebungsanspruch muss aber per se existieren, darf also nicht von vornherein ausgeschlossen sein. Mit anderen Worten ist die Aufhebbarkeit der behördlichen Entscheidung neben dem Verwaltungsakt eine zentrale Voraussetzung der Anwendbarkeit von § 46 VwVfG.<sup>89</sup> Angesichts der rechtlichen Irreversibilität von Realakten<sup>90</sup> ist damit jedoch klar, dass die analoge Anwendung von § 46 VwVfG jedenfalls nicht frei von Zweifeln sein kann.

## 2. Realakte

Zur (analogen) Anwendung von § 46 VwVfG auf Realakte finden sich wenige bis keine Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung. Vereinzelt wird erwähnt, dass mit der Anhörungspflicht analog § 28 Abs. 1 VwVfG auch die analoge Anwendung von § 46 VwVfG korreliert.<sup>91</sup> Dementgegen wird teils vertreten, § 46 VwVfG sei auf staatliche Handlungsformen abseits des Verwaltungsakts nicht anwendbar.<sup>92</sup> Einer Begründung bleiben beide Auffassungen schuldig.

Ungeachtet der Tatsache, dass die Vorschrift nach teilweise vertretener Ansicht generell für nicht analogiefähig gehalten wird<sup>93</sup> muss eine analoge Anwendung von § 46 VwVfG jedenfalls auf Realakte richtigerweise ausscheiden.

Es liegt schon keine planwidrige Regelungslücke vor. Zwar mag allein der Begriff des Verwaltungsakts noch keine abschließende Regelung der staatlichen Handlungsformen begründen.<sup>94</sup> Die Ausrichtung des § 46 VwVfG auf die Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte hingegen bringt erkennbar den gesetzgeberischen Willen zum Ausdruck, eine Komplementärregelung zum bereits zuvor (1960) bestehenden § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO zu schaffen, der ebenfalls nahezu wortgleich von der Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte spricht. Damit soll § 46 VwVfG gerade den Aufhebungsanspruch nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO ausschließen. Die planerische Konzeption des § 46 VwVfG verbietet also eine Anwendung auf andere staatliche Handlungsformen, die gerade nicht mit der Anfechtungsklage angegriffen werden können.

Zudem besteht zumindest hinsichtlich staatlichem Informationshandeln keine vergleichbare Interessenlage. Die generelle Aufhebbarkeit des behördlichen Handelns ist eine Kernvoraussetzung der Anwendung des § 46 VwVfG (s.o.). Staatliches Informationshandeln ist jedoch rechtlich und

tatsächlich irreversibel, so dass eine Aufhebbarkeit im Sinne des § 46 VwVfG von vornherein ausscheidet (es kommen lediglich Sekundäransprüche z. B. in Form eines Anspruchs nach § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG in Betracht).

Eine analoge Anwendung von § 46 VwVfG kommt somit in den *Beispielen 6* und *7* nicht in Betracht.

## 3. Anordnung der sofortigen Vollziehung, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO

Eines Rückgriffs auf § 46 VwVfG bedarf es nicht, da eine Anhörung weder direkt noch analog § 28 Abs. 1 VwVfG erforderlich ist.<sup>95</sup>

## V. Zusammenfassung

1. § 28 VwVfG ist analog auf belastende Realakte anwendbar, sofern diese einen (modernen) Grundrechtseingriff zur Folge haben. Dies entspricht der historischen Konzeption des § 28 VwVfG, eine Kopplung von Grundrechtseingriff und Anhörung vorzusehen.

Aus diesem Grund scheidet folgerichtig – mangels eigenem Grundrechtseingriff – eine Anhörungspflicht analog § 28 Abs. 1 VwVfG auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO aus.

2. Bei analoger Anwendung von § 28 VwVfG ist grundsätzlich auch eine Heilung analog § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG möglich. Dies gilt jedoch nicht bei staatlichem Informationshandeln, da dieses grundsätzlich irreversibel und damit einer tatsächlichen Heilung nicht zugänglich ist.

3. Eine analoge Anwendung von § 46 VwVfG auf Realakte kommt ebenso wenig in Betracht wie auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung.

4. Insgesamt zeigt sich, dass die Frage nach der analogen Anwendbarkeit von §§ 28, 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 46 VwVfG differenziert zu beantworten ist. Pauschale Aussagen lassen sich zumeist nicht treffen, vielmehr sind stets die Spezifika der jeweiligen staatlichen Handlungsform und der einzelnen Verfahrensvorschrift zu berücksichtigen.

<sup>88</sup> Pünder (Fn. 30), § 14 Rn. 84; J. Ipsen (Fn. 12), Rn. 704; Schemmer (Fn. 60), § 46 Rn. 44; Wolff, in Wolff/Decker, VwGO/VwVfG Studienkommentar, 3. Aufl. 2012, § 46 VwVfG Rn. 1.

<sup>89</sup> Guckelberger, JuS 2011, 577 (582).

<sup>90</sup> Siehe oben Fn. 45.

<sup>91</sup> Hochhuth, NVwZ 2003, 30 (32); Schmidt (Fn. 73), S. 148; auch nach Sachs (Fn. 60), § 46 Rn. 17 ist eine analoge Anwendung auf einem Verwaltungsakt „ähnliche“ behördliche Regelungen nicht ausgeschlossen.

<sup>92</sup> Emmenegger (Fn. 67), § 46 Rn. 54.

<sup>93</sup> Korte (Fn. 72), § 49 Rn. 58; Pünder (Fn. 30), § 14 Rn. 85; Ramsauer (Fn. 6), § 45 Rn. 9.

<sup>94</sup> Siehe ausführlich oben II. 1.

<sup>95</sup> Siehe oben II. 3.