

Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG

Kommentar

Bearbeitet von
Prof. Dr. Ulrich Ramsauer, Dr. Carsten Tegethoff, Dr. Peter Wysk

18. Auflage 2017. Buch. XXXII, 1990 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71056 8

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

Recht > Öffentliches Recht > Verwaltungsrecht > Verwaltungsverfahren, Verwaltungsprozess

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Ausnahmen vom Anwendungsbereich

23–25 § 2

ist, ob sich der Begriff auf richterliches Handeln beschränkt. Dies ist nicht anzunehmen, zumal die Regelung dann ersichtlich überflüssig wäre.³¹

Von Abs 2 Nr 2 erfasst werden zB Verfahren nach dem IRG, etwa zur Entscheidung nach § 74 IRG.³² Das VwVfG ist auf derartige behördliche Verfahren nicht, auch nicht analog anwendbar. Bewilligung der Auslieferung durch Behörden und ähnliche Akte sind zwar öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeiten iS von § 1 VwVfG (vgl OVG Münster DVBl 1996, 731; FL 24), die Anwendung des VwVfG ist aber nach Abs 2 Nr 2 ausgeschlossen (FL 24). Zum gerichtlichen Rechtsschutz bei Auslieferungsersuchen vgl BVerfG NJW 1981, 1154; 1982, 2729; BGH NJW 1984, 2046; 1990, 2936; OVG Münster GA 1982, 128. Akte der **Amtshilfe gegenüber ausländischen Behörden** und Gerichten fallen dagegen nicht unter die Ausnahmeregelung, da Abs 2 Nr 2 nur Akte der Rechtshilfe, nicht auch der Amtshilfe erfasst.

Das Verfahren in Rechtshilfesachen für das Ausland ist zumeist **in internationalem Verträgen** und Konventionen geregelt, zB im Europäischen Auslieferungsbereinkommen,³³ im Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen,³⁴ zT auch in deutschen Rechtsvorschriften, zB im G über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG).³⁵ Soweit Sonderregelungen fehlen, gelten für die Rechts- und Amtshilfe vor allem das **Haager Abkommen über den Zivilprozess** vom 17.7.1905 (RGBI 1909 S 409) und die Haager Übereinkommen über den Zivilprozess vom 1.3.1954 (BGBI 1958 II 576), über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen (HZustUbE) vom 15.11.1965 (BGBI 1977 II 1453) und über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen (HBewUbK) vom 18.3.1970 (BGBI 1977 II 1472) sowie das AusführungsG vom 18.12.1959 (BGBI I 939). S auch die Rechtsordnung für Zivilsachen vom 19.10.1956 (BArz 1957 Nr 63) und die Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten vom 15.1.1959 (BArz 1959 Nr 9).³⁶ Ergänzend dazu kommt für die Rechtshilfe gegenüber dem Ausland die analoge Anwendung von §§ 156ff GVG in Betracht.

c) Richterdienstrecht. Ausgenommen sind nach Nr 2 Maßnahmen des **Richterdienstrechts**. Dabei handelt es sich um das besondere, in den Richtergesetzen des Bundes (DRiG) und den Ländern sowie, ergänzend dazu, in den Beamtengesetzen und in einigen Sondervorschriften geregelte Dienstrechte der Richter der verschiedenen Gerichtszweige. Die Ausnahmeverordnung betrifft nicht nur Maßnahmen, die unter die Zuständigkeit der Richterdienstgerichte gem § 62 Abs 1 DRiG bzw § 78 DRiG iVm dem in Betracht kommenden Richtergesetz des Landes fallen, sondern **alle Maßnahmen des Richterdienstrechts**, insb auch Ernennungen, Entlassungen, Versetzungen usw im Interesse der Rechtspflege, die Genehmigung oder Versagung von Nebentätigkeiten, Entscheidungen über Disziplinarmaßnahmen usw (Begr 33; FL 26). **Nicht dazu** gehören die **Maßnahmen der gerichtlichen Selbstverwaltung**, zB Entscheidungen gem §§ 21ff GVG, auch nicht zB die Zuweisung eines Richters an einen

³¹ Vgl StBS 83; MB 9; FL 24; FKS Rn 13; vgl NVwZ 2002, 114; vgl OVG Münster, OVG 19, 1 = DVBl 1993, 731.

³² S noch zu § 44 Abs 1 AuslG aF MB 9; FL 24; zum IRG StBS 86, 89.

³³ Vom 13.12.1957 (BGBI II 1964, 1369; II 1976, 1778).

³⁴ Vom 20.4.1959 (BGBI 1964 II 1369).

³⁵ Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen idF d Bek v 27.6.96 (BGBI I S. 1537).

³⁶ S näher Loebenstein, International Mutual Assistance in Administrative Matters, 1970; Jellinek NVwZ 1982, 535; zu den genannten Übereinkommen auch Böckstiegel/Schlafen NJW 1978, 1073.

§ 2 26–29

Teil I. Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit

- bestimmten Spruchkörper durch den vom Präsidium eines Gerichts gem § 21e GVG beschlossenen Geschäftsverteilungsplan.
- 26 **Das Verfahren in Richterdienstsachen** ist im DRiG des Bundes und den Richtergesetzen der Länder sowie in den in diesen Gesetzen subsidiär für anwendbar erklärten **Beamtengesetzen** und beamtenrechtlichen Nebengesetzen und sonstigen Vorschriften nur sehr lückenhaft geregelt. Obwohl sonst das VwVfG auf beamtenrechtliche Verfahren anwendbar ist und das allgemeine Beamtenrecht subsidiär gem § 46 DRiG bis zum Erlass besonderer Vorschriften auch für Richter gilt, schließt Abs 2 Nr 2 die unmittelbare Anwendung des VwVfG – mit Ausnahme des § 80 (§ 80 Abs 4) – aus (Knack/Henneke 27). Praktisch führt jedoch die Anwendung allgemeiner Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens weitgehend zu den gleichen Ergebnissen, da Richter hins der ihnen im Verfahren zukommenden Rechte jedenfalls nicht schlechter gestellt werden dürfen als andere Beamte.
- 27 **3. Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt (Nr 3).** Die Ausnahme für Patent- und Markensachen hat ihren Grund darin, dass das Patentwesen in keinem näheren Zusammenhang mit anderen Verwaltungsgebieten steht, herkömmlicherweise zum Zivilrecht gerechnet wird und im PatentG eine weitgehend justizförmige Regelung gefunden hat (Begr 33; FL 27). Andererseits ist heute jedoch unbestritten, dass das Deutsche Patent- und Markenamt als Verwaltungsbehörde und nicht als Gericht tätig wird und dass demgemäß auch die von diesem Amt betriebenen Verfahren Verwaltungsverfahren und nicht gerichtliche Verfahren sind (FL 27). **Patentsachen iS** der Regelung sind alle im PatG geregelten Angelegenheiten, außer Patentsachen ieS auch zB Gebrauchsmustersachen und **Markensachen**, nicht dagegen sonstige Angelegenheiten, wie etwa Entscheidungen in Personalsachen des Patentamtes (MB 11; StBS 93). **Das Verfahren in Patentsachen** ist in §§ 26ff PatG und in einigen dazu ergangenen DurchführungsVOen geregelt, die ua die Entscheidung durch weisungsunabhängige Spruchkörper vorsehen. Für die beim Deutschen Patentamt eingerichteten Schiedsstellen gilt das G vom 9.9.1965 (BGBl I 1294) und die dazu ergangene VO vom 18.12.1965 (BGBl I 2106). Auch das Verfahren vor den Schiedsstellen wird nach Abs 2 Nr 3 erfasst (StBS 91).
- 28 **4. Verfahren nach dem Sozialgesetzbuch (Nr 4).** Die Ausnahme in Abs 2 Nr 4 erfolgte im Hinblick auf durch „soziale Erwägungen bedingte Besonderheiten dieser Sachgebiete“ (Begr 33; krit zu Recht Pitschas Sgb 1999, 385) sowie im Hinblick auf das Erste und Zehnte Buch Sozialgesetzbuch (SGB I, X), durch das das Verfahren umfassend geregelt wurde. Absatz 2 Nr 4 wurde durch Gesetz v 2.5.1996 (BGBl I 656) neu gefasst. Ziel dieser vom Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagenen Änderung ist es, die Anwendbarkeit des VwVfG eindeutig und ohne Lücken oder Überschneidungen von derjenigen des SGB X abzugrenzen. Das VwVfG soll in allen Fällen anwendbar sein, in denen nicht auf Grund von Bundes- oder Landesrecht die Verfahrensvorschriften des SGB anwendbar sind oder künftig für anwendbar erklärt werden (BT-Dr 13/1534 S. 10). Die Neufassung ist die Konsequenz der inzwischen weitgehend abgeschlossenen Schaffung eines selbstständigen Sozialverwaltungsrechts.
- 29 **a) Umfang des Ausschlusses.** Die Ausnahme des Abs 2 Nr 4 erfasst sämtliche Rechtsmaterien, auf die das SGB X und das SGB I zur Anwendung kommen. Es sind dies die im SGB II (früher AFG) bis SGB XII (früher BSHG) zusammengefassten Rechtsgebiete der Ausbildungsförderung, des Schwerbeschädigten-, Wohngeld-, Sozialhilfe-, Jugendhilfe- und Kriegsopferfürsorgerechts; ferner die Angelegenheiten der Sozialversicherung, der Kranken- und Pflegeversicherung, der Arbeitslosenversicherung. Unter die Ausnahmeregelung fallen außer Verfahren hins der Gewährung von Sozialversicherungsleistungen zB auch Verfahren hins der Zulassung von Kassenärzten, Verfahren nach dem MutterschutzG, nach dem

Ausnahmen vom Anwendungsbereich

30–33 § 2

LohnfortzahlungsG, bestimmte Verfahren nach dem IfSG (§§ 60 ff IfSG hins der Entschädigung von Impfschäden), dem SoldatenversorgungsG und nach dem Gesetz über die Entschädigung von Opfern von Gewalttaten.

b) Regelungen durch das SGB I u X. Das Verfahren in den in Nr 4 genannten Angelegenheiten ist heute umfassend im SGB-I und vor allem im SGB-X im Wesentlichen wörtlich übereinstimmend mit den §§ 2–62, 79 f VwVfG geregelt. Das vorher in zahlreichen verstreuten Sondervorschriften enthaltene Verfahrensrecht³⁷ konnte damit außer Kraft gesetzt werden. Für die Auslegung und Anwendung des Verfahrensrechts des SGB und die Ausfüllung von Lücken im Licht der allgemeinen Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrensrechts, die das Sozialrecht mit dem VwVfG gemeinsam hat, gilt dasselbe wie oben in Rn 18 für das Abgabenrecht ausgeführt (s auch Haueisen DVBl 1978, 311).

5. Lastenausgleichssachen (Nr 5). Die Ausnahme für Verfahren beim Vollzug des Lastenausgleichs erfolgte, weil das Verfahren in Lastenausgleichssachen im LAG und in den dazu ergangenen Rechtsverordnungen eingehend geregelt war und zudem der Lastenausgleich bereits so weitgehend abgeschlossen ist, dass die Einführung eines neuen Verfahrensrechts nicht mehr tunlich erschien (Begr 34). Die Ausnahmeregelung gilt außer für das **Lastenausgleichsrecht ieS auch für sonstige Verfahren, die von der Lastenausgleichsverwaltung aufgrund von Art 120a GG durchgeführt werden** (Begr 34), insb für Verfahren nach dem FeststellungsG, dem ReparationsschädenG, dem G über einen Währungsausgleich für Sparguthaben Vertriebener (WährungsausgleichsG), dem G zur Milderung von Härten der Währungsreform (AltsparerG), dem IV. Teil des Allgemeinen KriegsfolgenG, dem Abschn II des KriegsgefangenenentschädigungsG, dem § 9a Abs 2 des HäftlingshilfeG (vgl Knack/Henneke 30; FL 37). Soweit das Lastenausgleichsrecht keine verfahrensrechtlichen Regelungen enthält, ist zunächst auf die **allgemeinen Grundsätze** des Verwaltungsverfahrens zurückzugreifen, die aber heute im Lichte der Bestimmungen des VwVfG ausgelegt und angewendet werden können.³⁸

6. Wiedergutmachungssachen (Nr 6). Ähnlich wie die Ausnahme für Verfahren in Lastenausgleichssachen gem Nr 5 erfolgte auch die Ausnahme zugunsten des Wiedergutmachungsrechts im Hinblick auf die eingehende Regelung des dafür maßgeblichen Verfahrens im BundesentschädigungsG (BEG) und wegen des bevorstehenden Abschlusses der Wiedergutmachung (Begr 34). Unter die Ausnahmeregelung fallen insb die Verfahren nach dem BundesrückerstattungsG (BRüG), dem BEG, dem BundesG zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Kriegsopfersversorgung und nach anderen Gesetzen (vgl die Aufzählung bei FL 38) sowie aufgrund der nicht auf gesetzlicher Grundlage vom Bundeskabinett beschlossenen sog Härteausgleichsrichtlinien zur Wiedergutmachung und den dazu erlassenen Verwaltungsvorschriften.

**IV. Tätigkeitsbereiche mit beschränkter Anwendung
des VwVfG (Abs 3)**

1. Tätigkeit der Gerichts- und Justizverwaltung (Nr 1). Die Ausnahme für Gerichts- und Justizverwaltungssachen, die nicht der Nachprüfung durch Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterliegen, soll im Hinblick auf den gewachsenen Zusammenhang dieser Angelegenheiten mit der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit auf die Besonderheiten der Justizverwaltung Rücksicht nehmen. Sie gilt in erster Linie für Maßnahmen, deren Kontrolle nach den §§ 23 ff EGGVG den ordentlichen Gerichten zugewiesen ist (Begr 35), insbes für die sog **Justiz-**

³⁷ Vgl FL 29; Thieme SGB 1977, 1; v Maydell NJW 1976, 161; Lorenz VSSR 1975, 255.

³⁸ So ausdrücklich BVerwG Buchh 427,3 Nr 25 zu § 349 LAG für die Grundsätze über die Rücknahme rechtswidriger VAe.

§ 2 34–35a

Teil I. Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit

verwaltungsakte.³⁹ Damit wird offenbar auch das Ziel angestrebt, die Anwendungsbereiche von VwVfG und VwGO zu harmonisieren (StBS 107). Die Regelung ist ebenso verfehlt wie die Eröffnung eines besonderen Rechtswegs für die Justizverwaltungssachen in §§ 23 ff EGGVG, da es insoweit keine wesensgemäßen Unterschiede gibt, die eine Herausnahme aus der Anwendbarkeit des VwVfG rechtfertigen könnten.⁴⁰ Sie ist darüber hinaus auch rechtspolitisch verfehlt, weil hinsichtlich der Abgrenzung des Verwaltungsrechtswegs von demjenigen nach §§ 23 ff EGGVG nicht selten Unklarheiten bestehen, die oft erst im Nachhinein geklärt werden.

- 34 a) **Gerichtsverwaltung** iS der Vorschrift sind nicht nur die Verwaltungsorgane der ordentlichen Gerichtsbarkeit, sondern auch der übrigen Gerichtsbarkeiten iS des Art 96 GG (Begr 35), daher zB auch der Sozialgerichtsbarkeit (StBS 122). Darunter fallen insb die **Präsidenten der Gerichte** im Bereich der Dienstaufsicht über das Personal, im Bereich des Haushalts-, Rechnungs- und Kassenwesens, der Ausbildung des juristischen Nachwuchses, der Aufsicht über die Geschäftsstellen, usw (ebenso FL 41). **Nicht dazu** gehört die **gerichtliche Selbstverwaltung**, (zB die Aufstellung von Geschäftsverteilungsplänen durch das Präsidenten des Gerichts) für die die VwGO ebenso wie das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes und der Länder gilt, sowie die Rechtsprechungstätigkeit der Gerichte.
- 35 b) **Behörden der Justizverwaltung** iS des Abs 3 Nr 1 sind nach allgemeiner Auffassung nicht nur die ressortmäßig bzw organisatorisch zur Justiz gehörenden Behörden, sondern auch sonstige Behörden, wenn und soweit sie für die „Justiz“ tätig sind (**funktionaler Begriff der Justizbehörden**).⁴¹ Justizbehörden iS der Regelung sind danach zB insb die Justizminister, ferner die Präsidenten der Zivil- und Strafgerichte, soweit sie mit Aufgaben der Justizverwaltung betraut sind, die **Staatsanwaltschaft**, soweit sie nicht im Rahmen eines Strafverfahrens tätig wird (BVerwGE 47, 262; Strubel-Sprenger NJW 1972, 1734), auch **Polizeiorgane** und sonstige öffentliche Organe, soweit sie Aufgaben der Aufklärung und Verfolgung begangener Straftaten erfüllen.⁴²
- 35a **Nicht als Justizbehörde**, sondern als Verwaltungsbehörde wird die Polizei dagegen bei allen Maßnahmen zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung tätig. Wenn die Polizei in einer Sache sowohl zur Strafverfolgung als auch zur Gefahrenabwehr tätig wird (sog **doppelfunktionales Handeln der Polizei**), so ist die Rechtslage streitig. Die klassische Auffassung beurteilt das Handeln der Polizei in diesen Fällen danach, wo der Schwerpunkt der Zielsetzung gelegen hat.⁴³ Nach anderer Auffassung ist es Sache der Polizei selbst, diesen Schwerpunkt zu bestimmen (Schenke, VwPrR 140); eine dritte Meinung

³⁹ Näher Peglau NJW 2015, 677. Allg zu Begriff und Verfahren Conrad, Der sog Justizverwaltungsakt, 2011.

⁴⁰ Vgl SG 24: „schlicht unsinnig“; ähnlich FL 51, ua unter Hinweis darauf, dass damit die Unklarheiten und Abgrenzungsschwierigkeiten bei §§ 23 ff EGGVG auch auf das Verwaltungsverfahrensrecht übertragen werden (vgl auch StBS 107).

⁴¹ Vgl idS BVerwGE 49, 223; 69, 195; BVerwG NJW 1976, 306; VGH München Bay-VBI 1986, 337; VGH Mannheim NVwZ 1989, 413; OVG Münster NJW 1980, 855; VGH Kassel VwRspr 1977, 1009; OLG Karlsruhe DÖV 1976, 171; VG Bremen NVwZ 1989, 895; Naumann DÖV 1975, 278; Schenke NJW 1975, 1529; Ehlers in Schoch § 40 Rn 607; Ameling JZ 1975, 523; s im Einzelnen dazu Kopp/Schenke § 179 Rn 6; aA Markworth DVBI 1975, 575; maßgeblich sei nur der institutionelle, nicht der funktionelle Begriff der Justizbehörde; daher sei gegen VAe der Polizei immer der VRW gegeben.

⁴² BVerwGE 11, 95; 47, 264; VGH Mannheim NVwZ 1989, 413; OVG Berlin NJW 1971, 637; OVG Münster NJW 1980, 855; OLG Hamm DÖV 1973, 282; Naumann DÖV 1975, 278.

⁴³ Grundlegend BVerwGE 47, 255, 264; später BVerwGE 69, 192; VGH Mannheim DÖV 1989, 171; VGH München BayVBI 1986, 337; Ziekow 25.

beck-shop.de

DIE FACHBUCHHANDLUNG

Ausnahmen vom Anwendungsbereich

36–39 § 2

beurteilt die Handlung getrennt nach dem jeweiligen Zweck (Schwan VerwArch 1979, 109, 129). Richtigerweise wird man bei doppelfunktionalem Handeln der Polizei sowohl einen strafprozessualen als auch einen verwaltungsrechtlichen Charakter der Maßnahme anzunehmen haben (so zutreffend Ehlers in Schoch § 40 Rn 607), sofern nicht einer der Zwecke von völlig untergeordneter Bedeutung ist.

Ausgeschlossen wird durch Abs 3 Nr 1 die Anwendbarkeit des VwVfG (bzw das VwVfG des entsprechenden Landes) nur, soweit für die Nachprüfung der in Frage stehenden Handlung **nicht der Verwaltungsrechtsweg gegeben** ist. Das ist grundsätzlich der Fall zB bei Maßnahmen der Gerichtsverwaltung gegenüber Richtern, soweit für die Nachprüfung, weil sie die richterliche Unabhängigkeit antasten, die Richterdienstgerichte zuständig sind (vgl Kopp/Schenke § 38 Rn 3 ff); nicht dagegen zB bei Entscheidungen gegenüber einem dem Gericht zur Ausbildung zugeteilten Referendar oder gegenüber einem Ausbildungsrichter in bezug auf eine ausschließlich die Ausbildung betreffende Angelegenheit.

c) **Maßnahmen der Justizverwaltung.** Der Verwaltungsrechtsweg und damit nach Abs 3 Nr 1 auch die Anwendbarkeit des VwVfG (bzw des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Landes) ist ausgeschlossen insb bei den als Justizverwaltungsaufgaben klassifizierenden Maßnahmen der Justizbehörden, für die gem §§ 23 ff EGGVG der Antrag auf gerichtliche Entscheidung an das OLG gegeben ist. Das gilt grundsätzlich für alle Maßnahmen „zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf den Gebieten des bürgerlichen Rechts einschließlich des Handelsrechts, des Zivilprozesses, der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Strafrechtspflege“, sowie für alle Maßnahmen „der Vollzugsbehörden im Vollzug der Freiheitsstrafen, der Maßregeln der Sicherung und Besserung, des Jugendarrests und der Untersuchungshaft“.

aa) **Beispiele:** Der Ausschluss gilt für die Befreiung vom **Ehefähigkeitszeugnis** (BGH MDR 1978, 653 mwN); die Anordnung des Justizministeriums gegenüber bestimmten Anwälten über den **Verkehr mit** bestimmten, in Untersuchungshaft befindlichen **Mandanten** (OLG Frankfurt NJW 1977, 2176); über **Gnadentakte**, die den Erlass von Kriminalstrafen oder von Strafvollzugsmaßnahmen zum Gegenstand haben,⁴⁴ über die **Einsicht in Akten** der Zivil- und Strafgerichte durch Dritte,⁴⁵ über die Herausgabe einer Urteilsausfertigung an Dritte (OLG Frankfurt NJW 1976, 510); über die Bestimmung einer Frist für die Klage auf Herausgabe eines bei Gericht hinterlegten Gegenstandes (OLG Koblenz MDR 1976, 234).

Nicht unter §§ 23 ff EGGVG fallen dagegen – mit der Folge, dass das VwVfG (bzw die Verfahrensgesetze der Länder) anwendbar bleiben, – alle Maßnahmen, die zwar von Justizbehörden getroffen werden, aber über den Bereich des bürgerlichen Rechts, der Strafrechtspflege und des Strafvollzugs iS des § 23 EGGVG hinausreichen, wie **Pressemitteilungen** über Strafverfolgungsmaßnahmen, Strafverfahren und Zivilprozesse,⁴⁶ die **Sperrerkklärung** gem § 96 StPO,⁴⁷ die **Entscheidungen der Justizprüfungsämter** und Justizprüfungskommissionen, die Entscheidung über die Ausstattung der Gerichtssäle mit Kruzifixen, uä (BVerwG DÖV 1972, 288; vgl hierzu BVerGE 93, 1, 17); ebenso Maßnahmen, die nicht konkrete, den oben in Rn 38 genannten Fällen vergleichbare Fälle

⁴⁴ BVerwGE 49, 221, wo die Frage der Justizabilität jedoch letztlich offen gelassen wird; aA OLG München NJW 1977, 115; auch nicht nach § 23 EGGVG angreifbar.

⁴⁵ KG Berlin MDR 1976, 585; OLG Celle NJW 1990, 1802; vgl auch zur Einsicht in Gnadenakten OLG Hamburg NJW 1975, 1984; kein Rechtsweg bei Weigerung.

⁴⁶ BVerwG NJW 1989, 412; s auch VGH München, B v 21.2.2002, 5 C 01.3135, juris.

⁴⁷ BGHSt 44, 107; VGH Mannheim DVBl 1991, 1363; vgl auch BVerwGE 69, 192; 75, 5.

§ 2 39a–42

Teil I. Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit

betreffen, daher zB nicht die Erlaubnis des Amtsgerichtspräsidenten nach dem früheren RBG zur **Rechtsberatung**,⁴⁸ die Untersagung der Rechtsbesorgung durch Verfügung der Landgerichtspräsidenten (BVerwG DÖV 1974, 675); der Widerruf der Erlaubnis zur Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten (BVerwG NJW 1977, 2178). Nicht hierunter fallen auch die Verfahren zur Beantwortung von Dienst- oder Sachaufsichtsbeschwerden.

- 39a **bb) Nicht vom Ausschluss durch Abs 3 Nr 1 erfasst** werden ferner **präventiv-polizeiliche Maßnahmen**, die nicht der Strafverfolgung, sondern der Wahrung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, einschließlich der Unterbindung von Straftaten dienen, zB die **Anordnung der Räumung** einer Wohnung, wenn aus einem Gebäude Steine geworfen werden (BVerwG DVBl 1974, 846; OVG Berlin DÖV 1974, 28), die **Ingewahrsamnahme** eines Rädelshüters zur Verhinderung einer weiteren Demonstration (BVerwGE 45, 51); die Aufnahme und Aufbewahrung **erkennungsdienstlicher Unterlagen** zu Zwecken der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung;⁴⁹ die Erteilung einer **Auskunft über eine Gewährsperson** der Polizei (OLG Hamm DÖV 1973, 282).
- 40 **Nicht anwendbar** ist das VwVfG (bzw die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder) für Verfahren hins. der **Zulassung von Rechtsanwälten** allgemein oder bei bestimmten Gerichten, da insofern die Ehrengerichtshöfe der Rechtsanwälte für die Überprüfung zuständig sind (FL 44); für Verfahren in berufs- und dienstrechten **Angelegenheiten der Notare**, da insoweit die ordentlichen Gerichte für die Überprüfung zuständig sind (BGH NJW 1974, 108; Bremen NJW 1978, 966); für Verfahren hins. der **Anerkennung ausländischer Urteile in Ehesachen** § 107 FamFG, da insoweit für Überprüfung die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Nicht anwendbar ist das VwVfG auch auf Maßnahmen der **Strafverfolgung** nach der StPO, da hiergegen nur Rechtsbehelfe nach der StPO in Frage kommen (vgl OLG Karlsruhe Justiz 1982, 300; Kopp/Schenke VwGO § 179 Rn 8), und Maßnahmen auf dem Gebiet des OWiG sowie auf **Maßnahmen auf dem Gebiet des Strafvollzugs**, da insoweit nach §§ 109, 113 und 115 StrVollZG für die Überprüfung die Strafvollstreckungskammern zuständig sind (Pfennig JA 1976 ÖR 92; FL 48).
- 41 **cc) Anwendbares Verfahrensrecht.** Soweit das VwVfG bzw die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder nicht anwendbar sind, gibt es eine Fülle von sehr verstreuten, überwiegend landesrechtlichen Vorschriften. Zumeist handelt es sich um Annexvorschriften zu materiellen Regelungen (zB BRAO, BNotO). Insgesamt ist dieser Bereich sehr unübersichtlich geregelt.⁵⁰ Zum Rechtsschutz s näher Ehlers in Schoch § 40 Rn 613 ff.
- 42 **2. Tätigkeit der Behörden bei Leistungsprüfungen usw (Nr 2). a) Teilweiser Ausschluss von Vorschriften.** In Abs 3 Nr 2 werden diejenigen Vorschriften positiv aufgezählt, die bei Leistungs-, Eignungs- und ähnlichen Prüfungen beachtlich sein sollen. Umgekehrt haben danach keine Geltung die Vorschriften über die Vertretung (§§ 14–19), über die Anhörung Beteiligter (§ 28), über die Begründung eines VA (§ 39), über die Verjährung (§ 53), den öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 54ff) sowie über förmliche Verfahren usw (§§ 63ff). Damit soll dem besonderen Charakter solcher Prüfungen, insb auch der höchstpersönlichen Natur von Prüfungen, Rechnung getragen werden.⁵¹ Der Ausschluss hat **nur geringe praktische Bedeutung**, zumal Prüfungsver-

⁴⁸ BVerwG NJW 1978, 235; DVBl 1985, 1070; VGH Mannheim Justiz 1985, 66.

⁴⁹ BVerwGE 66, 192; 66, 202; 69, 192; BVerwG DVBl 1990, 721; VGH München NJW 1984, 2235; VGH Mannheim NJW 1987, 3022; OVG Münster DVBl 1980, 423; OVG Hamburg DVBl 1977, 253.

⁵⁰ S näher Obermayer/Funke-Kaiser 47ff; StBS 117ff.

⁵¹ Begr 36; BVerwGE 62, 170; FL 52.

fahren heute ohnehin idR in **Prüfungsordnungen** ausführlich geregelt sind. Zum **Prüfungsrecht** und zum **Prüfungsverfahren** näher § 40 Rn 139 ff. Zum Teil beruht die Regelung offenbar aber auch auf der irrgen Vorstellung, dass die ausgeschlossenen Vorschriften für Prüfungen nicht passen, etwa weil eine Vertretung bei Prüfungen nicht möglich ist (so auch zB Knack/Henneke 34; StBS 123). Tatsächlich aber ist der eigentliche Prüfungsvorgang immer nur ein Teil eines Verwaltungsverfahrens, nämlich nur ein Ermittlungs- bzw Beweisverfahren iS von §§ 24, 26 mit dem Prüfer als Sachverständigen (s auch StBS 125). Deshalb gilt der Ausschluss in Abs 3 Nr 2 nach richtigem Verständnis nur für die **prüfungsspezifischen Teile eines Verwaltungsverfahrens**, nicht zB für die Möglichkeit eines Abschlusses von Vergleichsverträgen bei Streitigkeiten über Prüfungsentscheidungen⁵² oder das Widerspruchsverfahren (s unten Rn 47).

b) Begriff der Leistungs- und Eignungsprüfungen. Die Regelung gilt 43 zunächst einmal für Prüfungen im engeren Sinn, wie Reife-, Diplom- und Magisterprüfungen, Staatsexamen, Gesellen- und Meisterprüfungen gem §§ 31 ff bzw 46 ff HwO, die theoretische und praktische „Führerscheinprüfung“ zur Feststellung erforderlichen Kenntnisse zum Führen eines Kfz usw (FL 53; Obermayer 59) und ähnliche „unvertretbare, einmalige und situationsgebundene Prüfungen in Gegenwart des Prüflings“ (FL 55). Stets muss es sich um die Prüfung von Personen handeln. Materialprüfungen gehören nicht dazu (Knack/Henneke 36). Ob es sich um berufsbezogene Prüfungen handelt, ist hier ohne Bedeutung.

aa) Der Begriff des Prüfungsverfahrens. Umstritten ist, ob es sich stets 44 um verselbständigte, räumlich und zeitlich abgegrenzte und in sich geschlossene Prüfungen (Prüfungsverfahren iS) handeln muss (so Schoch NJW 1982, 545, 548) oder ob der Begriff der Prüfung in einem weiten Sinn zu verstehen ist; dann würden etwa auch solche Verwaltungsverfahren jedenfalls teilweise vom Ausschluss erfasst, in denen nur unselbstständige Prüfungsabschnitte enthalten sind, etwa die Feststellung persönlicher Voraussetzungen (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) für den Erlass bestimmter VAe.⁵³ Richtigerweise lässt sich die **Abgrenzung** zwischen einer Prüfung iSd Abs 3 Nr 2 und der bewertenden Feststellung von persönlichen Merkmalen **nur im Einzelfall** vornehmen. Dabei kommt es nicht auf die verfahrensrechtliche Ausgestaltung an, sondern auch auf Sinn und Zweck der Feststellungen, die getroffen werden sollen.

Keine Prüfung iSd Abs 3 Nr 2 findet zB statt bei der **Anhörung** zum 45 Zweck der Feststellung der **Zuverlässigkeit** zB zu der Führung einer Gaststätte gem § 4 Abs 1 Nr 1 GastG (ebenso StBS 126; im Ergebnis auch FL 55; MB 5) oder anderer gewerberechtlicher Gestaltungen (Obermayer/Funke-Kaiser 62) der **Eignung** zur Ausbildung von Lehrlingen gem § 21 Abs 1 HwO (im Ergebnis auch FL 55). Zu verneinen ist der Ausschluss der Anwendung des VwVfG auch bei der Prüfung der körperlichen Eignung eines Wehrpflichtigen für den Wehrdienst im Rahmen der Musterung gem §§ 17 ff WPflG⁵⁴ oder der Berechtigung, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern; ferner bei einer amtsärztlichen Untersuchung zur **Feststellung der Dienstfähigkeit**.⁵⁵ Vorgänge der letztgenannten Art werden auch im allgemeinen Sprachgebrauch nicht als Prüfung bezeichnet und stellen nach der Verkehrsauffassung auch nicht prüfungsähnliche Vorgänge dar, sondern sind, auch soweit sie von der zuständigen Behörde unter Zuziehung Sachverständiger erfolgen, lediglich unselbstständige Teile des Ermittlungsverfahrens.

⁵² S hierzu OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2014, 686; VG Berlin, Urt v 11.5.2010 – 3 K 1219/09 – juris.

⁵³ So BVerwGE 62, 172; Obermayer/Funke-Kaiser 59 ff; StBS 127 f.

⁵⁴ Ebenso StBS 129; aA FL 53; Obermayer/Funke-Kaiser 60.

⁵⁵ VG Münster, B v 16.5.2012, 4 L 113/12, juris Rn 11 ff; s auch StBS 128 f.

§ 2 46–48

Teil I. Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit

- 46 **bb) Beamtenrechtliche Eignungsprüfungen. Einstellungsgespräche** mit Bewerbern um die Ernennung zum Beamten sind als Prüfung iS von Abs 2 Nr 3 anzusehen. Dies betrifft vor allem die Frage, ob der Bewerber das Recht zur Zuziehung eines Beistands (iS von § 14 Abs 4) hat; die hM betont hier den höchstpersönlichen Charakter des Gesprächs.⁵⁶ Gleiches soll für die **Prüfung der Verfassungstreue** eines Bewerbers für die Ernennung zum Beamten⁵⁷ und die Eignung eines Beamten für eine Beförderung gelten.⁵⁸ Die Situation ist hier schon wegen des prüfungsrechtlichen Beurteilungsspielraums anders als bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit im gewerberechtlichen Verfahren oder der körperlichen und charakterlichen Eignung eines Führerscheinbewerbers im Verfahren zur Erteilung der Fahrerlaubnis. Keine Prüfung iSv Abs 2 Nr 3 ist allerdings die amtsärztliche Untersuchung zur Feststellung der Dienstfähigkeit eines Beamten, da der Wortlaut die Subsumtion medizinischer Untersuchungen unter den Begriff der Prüfung nicht mehr decken dürfte.⁵⁹
- 47 **cc) Prüfungsspezifische Verfahrensteile.** Der Ausschluss des Abs 3 Nr 2 gilt nur für die eigentlichen mündlichen oder schriftlichen Prüfungsteile (Klausuren, Prüfungsgespräch), die schon von der Natur der Sache her nur persönlich sein können, nicht für das Verfahren im übrigen (zB die Erörterung des Ergebnisses, die Geltendmachung etwaiger Mängel des Verfahrens, von Einwendungen gegen die Bewertung usw). Soweit keine prüfungsspezifische Sondersituation besteht, die gegen die Anwendung des VwVfG (bzw der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder) sprechen könnte (vgl Schoch NJW 1985, 545; Maurer § 19 Rn 24) bleiben die verwaltungsverfahrensrechtlichen Regelungen vollen Umfangs anwendbar.⁶⁰ So etwa, soweit es um die Voraussetzungen oder Folgen der Prüfung geht (Knack/Henneke 35), wie zB die Zuständigkeit und ordnungsgemäße Zusammensetzung des Prüfungsausschusses oder Prüfungsgremiums (vgl VGH Mannheim DVBl 1990, 546; StBS 125), der Qualifikation und ordnungsgeübten Bestellung der Prüfer usw, sowie für das **Verfahren der Zulassung zur Prüfung**⁶¹ und hins des **Rücktritts von einer Prüfung**.⁶² Der Ausschluss ist darüber hinaus nach seinem Zweck auch nicht anwendbar auf Fragen, die sich nicht auf die Feststellung der Kenntnisse, der Eignung usw ieS im Rahmen der Prüfung als eines unvertretbaren, einmaligen und situationsgebundenen Vorgangs beziehen, sondern auf sonstige Fragen (so wohl auch FL 54), wie zB Fragen der Prüfungsfähigkeit oder einer geminderten Prüfungsfähigkeit wegen körperlicher Behinderung, Krankheit oder Unwohlsein (ebenso Knack/Henneke 35), der Verpflichtung zur vorbeugenden Vermeidung von Prüfungsmängeln und Prüfungsstörungen bzw zum Einschreiten dagegen und/oder zur Berücksichtigung bzw Gewährung eines angemessenen Ausgleichs dafür.
- 48 **c) Das auf Prüfungen anwendbare Verfahrensrecht.** Soweit die Anwendung des VwVfG gem Abs 3 Nr 2 ausgeschlossen ist und auch besondere Regelungen in Prüfungsordnungen usw nicht bestehen, gelten für Prüfungen die

⁵⁶ So zB BVerwGE 62, 172; VGH Kassel NVwZ 1989, 73; ebenso StBS 128f; Knack/Henneke 34; Wagner DÖV 1988, 278 mwN.

⁵⁷ BVerwG NJW 1981, 2136; StBS 128; Schoch NJW 1982, 548; BVerwGE 62, 170; OVG Bremen NJW 1976, 771; offen Götz NJW 1976, 1425; Waldhausen ZBR 1977, 18; aA Schoch NJW 1985, 545, 548.

⁵⁸ VGH Kassel NVwZ 1989, 73 zu einem Überprüfungsgespräch mit einem Bewerber für einen Beförderungsdienstposten im Rahmen des Auswahlverfahrens; StBS 128; wohl auch Obermayer 62; vgl auch HessStGH DVBl 1989, 215.

⁵⁹ VG Münster, B v 16.5.2012, 4 L 113/12, juris Rn 14.

⁶⁰ S auch Art 2 Abs 3 Nr 2 bayVwVfG.

⁶¹ Ebenso FL 55; MB 21; Obermayer/Funke-Kaiser 65; iE auch Knack/Henneke 35.

⁶² Vgl etwa zum Rücktritt, wenn dieser einer Genehmigung bedarf, auch VGH Mannheim DVBl 1990, 546.