

Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Ulrich Ramsauer, Rechtsanwalt, Vorsitzender Richter am Hamburgischen Oberverwaltungsgericht a.D., Dr. Carsten Tegethoff, Richter am Bundesverwaltungsgericht, und Dr. Peter Wysk, Richter am Bundesverwaltungsgericht, Begründet von Prof. Dr. Ferdinand O. Kopp

20. Auflage 2019. Buch. XXXIV, 2002 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 73880 7

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

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

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.

fehlt, weil hinsichtlich der Abgrenzung des Verwaltungsrechtswegs von demjenigen nach §§ 23ff EGGVG nicht selten Unklarheiten bestehen, die oft erst im Nachhinein geklärt werden.

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 Präsidium des Gerichts) für die die VwGO ebenso wie das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes und der Länder gilt, sowie die Rechtsprechungstätigkeit der Gerichte.

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

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 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

⁴¹ Vgl idS BVerwGE 49, 223; 69, 195; BVerwG NJW 1976, 306; VGH München BayVBI 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; Amelung JZ 1975, 523; s im Einzelnen dazu KS § 179 Rn 6; **aa** Markworth DVBl 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.

§ 2 37–39a

Teil I. Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit

Richtern, soweit für die Nachprüfung, weil sie die richterliche Unabhängigkeit antasten, die Richterdienstgerichte zuständig sind (vgl. KS § 38 Rn 3 ff); nicht dagegen zB bei Entscheidungen gegenüber einem dem Gericht zur Ausbildung zugewiesenen Referendar oder gegenüber einem Ausbildungsrichter in bezug auf eine ausschließlich die Ausbildung betreffende Angelegenheit.

37 **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 Justizverwaltungsakten zu 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“.

38 **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 **Gnadenakte**, 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).

39 **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 **Pressesmitteilungen** über Strafverfolgungsmaßnahmen, Strafverfahren und Zivilprozesse,⁴⁶ die **Sperrerkündigung** 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 BVerfGE 93, 1, 17); ebenso Maßnahmen, die nicht konkrete, den oben in Rn 38 genannten Fällen vergleichbare Fälle 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 Unter-

⁴⁴ BVerwGE 49, 221, wo die Frage der Justizierbarkeit 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.

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

bindung 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 Rädelsführers 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).

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 dienstrechlichen **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; KS 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).

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.

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 ähnliche 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 Prüfungsverfahren 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 KH 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 **prüfungs-spezifischen Teile eines Verwaltungsverfahrens**, nicht zB für die Mögliche-

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 OF-K 47ff; StBS 117ff.

⁵¹ Begr 36; BVerwGE 62, 170; FL 52.

§ 2 43–46

Teil I. Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit

- keit eines Abschlusses von Vergleichsverträgen bei Streitigkeiten über Prüfungsentscheidungen⁵² oder das Widerspruchsverfahren (s unten Rn 47).
- 43 **b) Leistungs- und Eignungsprüfungen.** Der Begriff der Leistungs- und Eignungsprüfung ist weit zu verstehen. Stets muss es sich allerdings um die **Prüfung von Personen** handeln. Materialprüfungen gehören nicht dazu (KH 36). Ob es sich um berufsbezogene Prüfungen handelt, ist ohne Bedeutung. Erfasst werden zunächst einmal **Prüfungen im engeren Sinn**, wie Reife-, Diplom- und Magisterprüfungen, Staatsexamen, Gesellen- und Meisterprüfungen gem §§ 31ff bzw 46ff HwO, die theoretische und praktische „Führerscheinprüfung“ zur Feststellung erforderlichen Kenntnisse zum Führen eines Kfz usw (FL 53; OF-K 60) und ähnliche „unvertretbare, einmalige und situationsgebundene Prüfungen in Gegenwart des Prüflings“ (FL 55). Es kommt nicht darauf an, dass die Prüfung in einer bestimmten verfahrensrechtlichen Form vorgenommen wird.
- 44 **aa) Der Begriff des Prüfungsverfahrens. Umstritten** ist, ob es sich stets um verselbständigte, räumlich und zeitlich abgegrenzte und in sich geschlossene Prüfungen (Prüfungsverfahren ieS) 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 nur auf die verfahrensrechtliche Ausgestaltung an, sondern auch auf Sinn und Zweck der Feststellungen, die getroffen werden sollen.
- 45 **Keine Prüfung iSd Abs 3 Nr 2** findet zB statt bei der **Anhörung** zum 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 (OF-K 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 §§ 17ff WpHG⁵⁴ 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.
- 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**

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; OF-K 59ff; StBS 127f.

⁵⁴ Ebenso StBS 129; aA FL 53; OF-K 60.

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

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

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

cc) Prüfungsspezifische Verfahrensteile. Der Ausschluss des Abs 3 Nr 2 47 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 (KH 35), wie zB die Zuständigkeit und ordnungsgemäße Zusammensetzung des Prüfungsausschusses oder Prüfungsgremiums (vgl VGH Mannheim DVBl 1990, 546; StBS 125), der Qualifikation und ordnungsgemäßen 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 KH 35), der Verpflichtung zur vorbeugenden Vermeidung von Prüfungsmängeln und Prüfungsstörungen bzw zum Einschreiten dagegen und/oder zur Berücksichtigung bzw Gewährung eines angemessenen Ausgleichs dafür.

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 allgemeinen **Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens** (Müller-Ibold 173) und die ebenfalls überwiegend von der Rechtsprechung und vom Schrifttum entwickelten **allgemeinen Prüfungsgrundsätze**.⁶³ Der Abschluss eines Vergleichs in einem Rechtsstreit um Prüfungsentscheidungen verstößt nicht gegen Abs 3 Nr 2, wonach die Vorschriften zum öffentlichen

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; OF-K 65; iE auch KH 35.

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

⁶³ Vgl BVerwG DVBl 1981, 583; OVG Münster NJW 1982, 1346; DVBl 1992, 1050; VGH München NJW 1982, 1347; BayVBl 1980, 86.

§ 2 49–52

Teil I. Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit

rechtlichen Vertrag grundsätzlich nicht anwendbar sind.⁶⁴ S. hierzu näher § 40 Rn 122 ff. **Zum Rechtsschutz bei Prüfungsmängeln s. § 40 Rn 139 ff.**

- 49 **3. Tätigkeit der Auslandsvertretungen (Nr 3).** Die Ausnahme für Verfahren der Vertretungen des Bundes (Botschaften, Konsulate) im Ausland soll dem Umstand Rechnung tragen, dass diese Behörden ihre Tätigkeit auf fremdem Hoheitsgebiet und daher zT unter anderen Bedingungen, insb. meist auch unter Bindung an fremdes Recht, ausüben als die Behörden im Inland (Begr. 36). So weit es sich um die Erfüllung von Aufgaben handelt, die ausschließlich dem Recht eines fremden Staates, dem Völkerrecht oder dem supranationalen Recht zuzuordnen sind, handelt es sich darüber hinaus überhaupt nicht um Verwaltungstätigkeit iS von § 1 (s. § 1 Rn 19b; ebenso wohl auch FL 57).
- 50 Die Regelung gilt für alle Handlungen der diplomatischen und konsularischen Vertretungen im Ausland, zB die Erteilung von Einreisevisa,⁶⁵ die Vernehmung von Zeugen für eine Behörde usw (vgl. FL 59, wo jedoch, zu weitgehend, auch die Verwaltung von Nachlässen in diesem Zusammenhang genannt wird). Abs 3 Nr 3 war gemäß der darin zum Ausdruck gekommenen ratio legis bis zur Wiedervereinigung auch auf die Tätigkeit der Ständigen Vertretung der Bundesrepublik in der ehemaligen DDR gem. Art 8 des Grundlagenvertrages anwendbar (FL 60; StBS 141). Wenn auch die DDR im Verhältnis zur Bundesrepublik nicht „Ausland“ war (vgl. BVerfGE 11, 158; 36, 17; BVerwG NJW 1977, 1790), vollzog sich die Tätigkeit der Ständigen Vertretung doch unter vergleichbaren Bedingungen wie die Tätigkeit der Auslandsvertretungen.
- 51 **Das von den Auslandsvertretungen zu beachtende Verfahren** ist zT im G über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse (**KonsularG**) vom 11.9.1974 (BGBl I 2317) geregelt. Ergänzend kommen die **allgemeinen Grundsätze** des Verwaltungsverfahrens zur Anwendung,⁶⁶ soweit nicht Besonderheiten, die sich daraus ergeben, dass die Tätigkeit im Ausland stattfindet, entgegenstehen. Zur Ausfüllung von Lücken kommt letztlich auch eine analoge Anwendung des VwVfG in Betracht.
- 52 **4. Tätigkeit der Bundespost im Post- und Fernmeldebereich (Abs 3 Nr 4 af).** a) **Aufgehobene Regelung.** Die inzwischen durch das PTNeuOG 1994 aufgehobene Ausnahme war eingeführt worden, weil es sich bei der Benutzung der Post- und Fernmeldeeinrichtungen um Massenvorgänge handelt, die schnell und nach möglichst einfach zu handhabenden Vorschriften bewältigt werden müssen (Begr. 36; BVerwG NJW 1989, 1817; StBS 142; FL 61). Sie beruhte auf der sachlich kaum zutreffenden Annahme, dass die Anwendung des VwVfG die betroffenen Tätigkeiten der Post zu sehr erschweren würde, außerdem auf der bis zur Postreform⁶⁷ überwiegend vertretenen Auffassung, dass die Rechtsverhältnisse bei der Inanspruchnahme der Post grundsätzlich als öffentlich zu qualifizieren seien (vgl. BVerwGE 11, 274; 13, 133; BVerwG NVwZ 1985, 116; BGHZ 16, 111; 19, 226; 66, 305). Weil die Post nach der **Privatisierung** und ihrer Aufgliederung in Postdienst, Postbank und Telekom die Post **nunmehr ganz überwiegend privatrechtlich tätig** wird (vgl. Art 87f Abs 2 S 1 GG), war die Regelung insoweit gegenstandslos geworden und überholt, da die Anwendbarkeit des VwVfG schon deshalb entfiel.⁶⁸ Den verbliebenen öffentlich-

⁶⁴ So zutreffen OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2014, 686.

⁶⁵ VG Berlin, Urt v 31.5.2013 – 7 K 563.12 V – juris Rn 17.

⁶⁶ Vgl. BVerwGE 142, 179, juris Rn 24 (Aufnahmeezusage).

⁶⁷ BGBl I 1026; dazu BT-Dr 11, 2854; Schatzschneider NJW 1989, 2371; Müsing NJW 1991, 472; Läsig NJW 1991, 2371; Ehlers JZ 1991, 232; Gramlich JuS 1991, 88; Schwonke NVwZ 1991, 149.

⁶⁸ StBS 144; KH 40; s. auch 37 zu § 1; Schatzschneider NJW 1989, 2371; Gramlich JuS 1991, 88 mwN; Ehlers JZ 1991, 234; Müsing NJW 1991, 472; Schwonke NVwZ 1991, 149.

rechtlichen Bereich von Tätigkeiten der Post aus dem Anwendungsbereich des VwVfG auszunehmen, besteht kein Anlass.

b) Privatisierter Bereich. Das Verfahren der Postbehörden war bis 1989 zT 53 in besonderen, aufgrund von § 14 PostVwG erlassenen Benutzungsordnungen geregelt, die insb auch die Benutzungsbedingungen, Gebühren usw festlegten. Diese Benutzungsordnungen sind jedoch gem § 65 PostVerfG spätestens 1991 außer Kraft getreten und auch seither nicht mehr durch neue öffentlich-rechtliche Vorschriften ersetzt worden (KH 40). Nur soweit die Leistungen der Postunternehmen Postdienst, Postbank und Telekom heute noch als öffentlich-rechtlich und nicht als privatrechtlich zu beurteilen sind, kommt das VwVfG noch zur Anwendung.

c) Verbliebener öffentlich-rechtlicher Bereich. Öffentlich-rechtlich sind 54 nach Art 87f Abs 2 S 2 GG nach wie vor die verbliebenen Hoheitsaufgaben zu bewältigen. Hierbei handelt es sich vor allem um Aufgaben im Bereich der Funkfrequenzverwaltung (vgl zB §§ 52 ff TKG), die Erteilung von Genehmigungen für Funkanlagen durch die **Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post** (früher BAPT) und die Vorsorge für den Krisen- und Katastrophenfall, ferner die Aufgaben nach Art 87f Abs 3 (vgl auch BT-Dr 12/7269 S 5). Hoheitlich tätig wird die Post wie andere **Zustellunternehmen auch als Beleihene** bei der förmlichen Zustellung von Schriftstücken (§ 33 Abs 1 S 2 PostG). **Umstritten** ist, ob und inwieweit über den **Zugang zu den Dienstleistungen und Einrichtungen der Post** öffentlich-rechtlich zu entscheiden ist.⁶⁹ Dies wird zT, obwohl die Benutzung ieS numehr dem Privatrecht unterliegt, auf Grundlage der Zwei-Stufentheorie nach öffentlichem Recht beurteilt.⁷⁰ Vgl auch OLG Karlsruhe NJW 1994, 2033: die Deutsche Bundespost Telekom wird hoheitlich tätig, soweit das Fernmeldenetz oder der Fernmeldebaudienst betroffen sind; OLG Nürnberg NJW 1994, 2032: im **Bereich der Monopolienleistungen** ist die Tätigkeit der Mitarbeiter der Deutschen Bundespost Postdienst auch nach ihrer Umorganisation als Ausübung hoheitlicher Aufgaben anzusehen; VG Regensburg NJW 1994, 2040: Der Verwaltungsrechtsweg ist gegeben gegen Ausschluss von Postwurfsendungen von der Beförderung durch die Post gem § 8 Abs 1 PostG iVm § 6 PostdienstVO; ebenso VG Frankfurt NJW 1993, 2067. Nach der Gegenmeinung sind die Rechtsverhältnisse der Post, soweit keine Beleihung vorliegt, **privatrechtlich zu beurteilen** (KS § 40 Rn 19; Ehlers in Schoch § 40 Rn 274). Dieser Auffassung ist zuzustimmen.⁷¹

V. Weitere Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Die Aufzählung der Ausnahmen in § 2 ist **nicht abschließend** (Begr 33; 55 StBS 11). Es gibt vielmehr eine Reihe von nicht genannten Bereichen, auf die das VwVfG keine oder nur eingeschränkte Anwendung findet (s unten Rn 67). Die Länder können in ihren Verfahrensgesetzen weitere Ausschlüsse vorsehen und haben von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht, insbes im Bereich

⁶⁹ Vgl VG Würzburg BayVBl 1994, 540 m Ann Kriener BayVBl 1994, 540: öffentlich-rechtlich, soweit Fragen der Teilhabe, privatrechtlich, soweit Fragen der Ausgestaltung und des Inhalts der Benutzungsverhältnisse.

⁷⁰ KS § 40 Rn 19 f; Heinze NVwZ 1993, 1145 mwN; zur Schließung eines Postamts auch Mannheim NJW 1994, 2373; vgl ferner OLG Nürnberg NJW 1994, 2032; zur Zulassung zu Einrichtungen der Daseinsvorsorge. S auch Müssig NJW 1991, 472.

⁷¹ VGH München NJW 1990, 2485; KG NJW-RR 1991, 1007; OLG Frankfurt NJW 1993, 2945 zur Zulassung von Sendungen zum Postversand; NJW 1994, 1226; DVBl 1993, 1324; Aldag NJW 1990, 2864; Schwonke NVwZ 1991, 149; Müssig NJW 1991, 472; Ehlers JZ 1991, 234; Schatzschneider NJW 1989, 2371; Allgäuer VersR 1991, 636: immer zivilrechtlich; zT aA Gramlich NJW 1994, 985.

§ 2 56, 57

Teil I. Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit

der Rundfunkanstalten. Im Übrigen ist der Bundesgesetzgeber nicht gehindert, durch Gesetz auch künftig weitere Ausnahmen vorzusehen bzw den Verordnungsgeber gem Art 80 Abs 1 GG zum Erlass von Sondervorschriften durch VOen auch mit Vorrangwirkung gem § 1 zu ermächtigen.

- 56 1. **Ausschluss oder subsidiäre Anwendbarkeit.** Soweit sonst ein Ausschluss des VwVfG angenommen wird, liegen idR Fälle weitgehender Subsidiarität gegenüber spezialgesetzlichen Regelungen vor. Das gilt etwa für Verfahren zur Durchführung von **Parlamentswahlen** (Begr 33; StBS 12ff; UL § 18 Rn 27), nach den **parlamentarischen Geschäftsordnungen, Petitionsverfahren** (s Schmitz NVwZ 2003, 1437), Verfahren der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse⁷² und auf das Verfahren der Rechnungshöfe,⁷³ ebenso für Verfahren in Personalvertretungssachen.⁷⁴ Richtiger erscheint es, die Nichtanwendbarkeit des VwVfG und der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder auf Verfahren nach den Geschäftsordnungen usw als Ausnahmen gem § 1 bzw den entsprechenden Vorschriften des Landesrechts zu behandeln mit der Folge, dass die subsidiäre Anwendung des VwVfG bzw des entsprechenden Landesgesetzes grundsätzlich zulässig bleibt (ähnlich wohl BVerwG NVwZ 2003, 619 für Kommunalwahlen). **Grundsätzlich anwendbar** ist das VwVfG, soweit keine nach § 1 Abs 1 oder 2 vorgehenden Sondervorschriften bestehen, zumindest sinngemäß-analog zB auch im **Kartellrecht** (GWB), im Flurbereinigungsrecht, im Katasterrecht, im Kriegsgefangenenentschädigungsrecht und im Disziplinarrecht (MuE 249). Zum Vergaberecht → Einf I Rn 93 ff.
- 57 2. **Rechtsverhältnisse bei der Bahn.** Während die Post vor der Postreform nach hM ihren Benutzern gegenüber öffentlich-rechtlich handelte, wurden die Benutzungsverhältnisse bei der Bahn schon vor der Bahnreform als privatrechtlich eingestuft. Hieran hat die Privatisierung der Bundesbahn als Deutsche Bahn AG nichts geändert. Die Benutzungsverhältnisse bei der Bahn sind deshalb wie bisher (vgl BGH BB 1960, 420), als **privatrechtlich** anzusehen. Öffentlich-rechtlich bleiben dagegen die schon nach bish Rspr als öffentlich-rechtlich zu qualifizierenden Entscheidungen der Eisenbahnverwaltung über die Benennung von Bahnhöfen (vgl BVerwGE 44, 351; KS § 40 Rn 19a) und die Stilllegung von Strecken oder Bahnhöfen (vgl § 35 Rn 150; Gornig BayVBI 1983, 101); außerdem auch für die Planfeststellung gem §§ 18, 20 des allgemeinen EisenbahnG – AEG – vom 27.12.1993 (BGBI I 2378, 2396), § 3 Abs 2 Nr 1 des G über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes vom 27.12.1993 (BGBI I 2378, 2394) für Bahnanlagen durch das **Eisenbahn-Bundesamt**. Die öffentlich-rechtlichen Befugnisse zur Aufrechterhaltung der Ordnung auf dem Bahngelände sind von der früheren Bahnpolizei auf den Bundesgrenzschutz übergegangen und werden von diesem öffentlich-rechtlich wahrgenommen. Problematisch ist, ob daneben öffentlich-rechtliche Befugnisse bei der Bahn verblieben sind, wie dies zB für das Einschreiten des Schrankenwärters gegen Dritte, die dem im Schließen der Schranke an einem Bahnhübergang konkludent zu sehenden Verbot, den Übergang zu benutzen, zuwiderhandeln, teilweise angenommen wird. Ebenfalls problematisch ist Einordnung des Anspruchs auf **Zulassung zur Benutzung**.⁷⁵ Soweit die Ent-

⁷² Vgl OVG Münster NVwZ 1987, 607, wo das Gericht offenbar die Unanwendbarkeit als selbstverständlich stillschweigend voraussetzt; str; vgl auch Di Fabio, Rechtsschutz im parlamentarischen Untersuchungsverfahren, 1988; StBS § 1 Rn 176.

⁷³ Belemann DÖV 1979, 685; Haverkate AöR 1982, 549; Stober/Kluth, Zur Rechnungsprüfung von Kammern 1989, 82; Heuer DVBI 1986, 517.

⁷⁴ BVerwGE 66, 65; 66, 291; BVerwG NVwZ 1987, 230; 1988, 193; Laubinger Verw-Arch 1985, 449 mwN; zT **aA** OVG Münster NJW 1982, 1663; OVG Hamburg PersV 1984, 242; Batti NVwZ 1986, 889; Oetker DÖD 1985, 244.

⁷⁵ Vgl § 35 Rn 42 f; Kunz BayVBI 1983, 425; ebenso KS § 40 Rn 19a; allg auch Heinze NVwZ 1993, 1145 mwN; **aA** StBS 148.