Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO

Kopp / Schenke

29., neubearbeitete Auflage 2023
ISBN 978-3-406-80459-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

gem Art 19 Abs 4 S 2 GG für ör Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art nicht in Betracht (Obermayer 183; SGH 36). § 40 eröffnet den VRW andererseits **nicht nur im Rahmen der Garantie des Art 19 Abs 4 GG** u in Beschränkung auf behauptete RVerletzung iS dieser Vorschr,[2] sondern allg für ör Rechtstreitigkeiten u damit **auch** für solche Rechtsstreitigkeiten **im** sog **Gleichordnungsverhältnis** (s zu dem insow gegebenen verfassungsrechtlichen **Justizgewährungsanspr** → § 1 Rn. 11, 13; zu **Beschränkungen des Rechtsschutzes** auch → § 1 Rn. 18). Außer durch § 40 kann die Rechtswegzuständigkeit der VGe auch durch ausdr **Zuweisung von Streitigkeiten** – auch solcher nicht-ör Natur – **durch G** (s → Rn. 3) oder durch (bindende) **Verweisung** eines Rechtsstreits durch ein Gericht eines anderen Gerichtszweiges an das VG (§ 17a Abs 2 GVG – s Anh zu § 41) – begründet werden. Zur Zuweisung **durch Gesetze der Religionsgemeinschaften** s → Rn. 38; ferner → § 1 Rn. 30 f.

a) Anwendungsbereich: Die Zulässigkeit des VRW ist für **alle Klagen u** für alle Anträge in selbständigen AntragsVf zB gem §§ 47, 80 Abs 5, 80a Abs 3, § 123 **vor den Verwaltungsgerichten** eine **zwingende** Sachurteilsvoraussetzung (→ vor § 40 Rn. 10; anders bei Rechtsmittelgerichten gem § 17a Abs 5 GVG, s → Anh § 41 Rn. 1) für eine Entscheidung der VGe. Sie ist v Gericht vAw zu berücksichtigen u kann von den Bet **nicht wegbedungen** werden (B-v Albedyll 3; Ey-Rennert 3; v Zezschwitz NJW 1983, 1881). Ist der VRW nicht gegeben, ist die Klage allerdings nicht durch Prozessurteil abzuweisen; vielmehr ist nach § 173, § 17a Abs 2 GVG der **beschrittene Rechtsweg** durch Beschluss für **unzulässig zu erklären** u der Rechtsstreit an das zuständige Gericht zu verweisen. Insow führt die Unzulässigkeit des VRW idR nicht mehr zur Unzulässigkeit der Klage in dem Sinn,[3] dass auf eine erhobene Klage hin keine Sachentscheidung mehr ergeht. Allerdings ergeht diese durch ein anderes Gericht. Das VG selbst trifft – wie beim Fehlen anderer Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine verwaltungsgerichtliche Klage auch – keine Sachentscheidung. Angesichts dieser Gemeinsamkeit mit den anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen erscheint es nicht sinnvoll, den VRW aufbaumäßig von anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen zu trennen u einen „dreistufigen Aufbau" zu befürworten.[4] Das gilt umso mehr, als das VG bei verfassungsrechtlichen Streitigkeiten (→ Rn. 31 ff; → Anh § 41 Rn. 16) u im vorlRS (näher → Anh § 41 Rn. 2a; str) Klage bzw Antrag (als unzulässig) abweist, weil der VRW nicht gegeben ist. **2**

Ist für den gleichen Klageanspr sowohl der VRW als auch, aufgrund desselben Sachverhalts, aber im Hinblick auf andere Rechtsnormen, **zugleich ein anderer Rechtsweg** gegeben, so ist, wenn die Klage zu einem VG erhoben wird, der VRW zu bejahen, u zwar grds **auch für die rechtswegfremden Klagegründe** (§ 17 Abs 2 GVG, § 173, s → Anh § 41 Rn. 4; zu den **Grenzen gem § 17 Abs 2 S 2 GVG** zB für Schadensersatzklagen wg Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht u aus **Amtshaftung** s auch → Rn. 74, 78). Davon zu unterscheiden ist

---

OLG München BayVBl 1976, 157; ME VerwA 1966, 71; Flieger NJW 1979, 2603; **aA** Ule 4. Zur Rechtswegabgrenzung eingeh Schenke FG BGH III 45 ff.

[2] S v Mutius VerwA 1977, 199; Preusche NVwZ 1987, 855; allg auch Krebs VerwA 1977, 191; zweifelnd Menger VerwA 1975, 176; vgl auch → § 1 Rn. 3, 11 ff.

[3] Letztlich geht es bei dem Streit um ein rein terminologisches Problem, nämlich darum, ob der nicht legal definierte Begriff der Unzulässigkeit der Klage in dem Sinn zu verstehen ist, dass eine Klage bereits dann unzulässig ist, wenn in dem Rechtsweg, in dem die Klage erhoben wurde, keine Sachentscheidung ergehen kann, oder ob die Klage nur dann unzulässig ist, wenn auf ihre Erhebung hin überhaupt keine Sachentscheidung (auch nicht in einem anderen Rechtsweg) gefällt werden kann. Verwendet man den Begriff der Unzulässigkeit der Klage im ersteren Sinn ist § 40 eine Zulässigkeitsvoraussetzung, andernfalls hingg nicht.

[4] So aber Hufen § 10, 1; Gersdorf 1; **aA** demggü zutr Lorenz § 10, 1 u 6, § 11, 113; NK-Sodan 50; Rozek JuS 1996, 87 f; Schenke 76; auch im Zivilprozessrecht wird die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs als eine Zulässigkeitsvoraussetzung qualifiziert, vgl etwa Jauernig § 33, 8.

die Befugnis des Gerichts zur Beurteilung rechtswegfremder **Vorfragen,** → Rn. 42 ff.

2a **Wegen des „Vorschaltcharakters" des Widerspruchsverfahrens** gem §§ 68 ff (s → vor § 68 Rn. 1, 6) ist **auch für dieses,** soweit durch G nichts anderes bestimmt ist, grds Zulässigkeitsvoraussetzung, dass Gegenstand auch des Widerspruchs eine ör Angelegenheit nichtverfassungsrechtlicher Art ist. **Nicht erforderlich** ist dagg insow wg der konstitutiven **Verweisung in § 79 VwVfG u** in den entspr Vorschr der LVwVfGe (soweit es sich um Angelegenheiten handelt, die unter diese Bestimmungen fallen), **dass auch für** ein ggf **nachfolgendes KlageVf der VRW gegeben wäre** (str). S im Einzelnen → vor § 68 Rn. 2 f.

3 **b) Aufdrängende Zuweisungen durch Gesetz:** Spezialgesetzliche Regelungen zum Rechtsweg **im Bundes- u Landesrecht** haben Vorrang u sind desh (sofern es sich um konstitutive Zuweisungen handelt u landesrechtliche Bestimmungen eine bundesgesetzliche Grundlage haben) immer **vor § 40 zu prüfen;** eine Prüfung, ob die Voraussetzungen gem § 40 iÜ erfüllt sind, erübrigt sich dann (vgl BSG 64, 261). Die Zuweisung verlangt grds ein **förmliches G,** wobei es genügt, dass ein entspr Wille des Gesetzgebers sich aus dem Zweck u dem Zusammenhang einer gesetzlichen Regelung ergibt (vgl → Rn. 48; die dort dargestellten Grundsätze gelten auch hier); sie kann uU auch in einem vor Erlass der VwGO erlassenen **früheren G** zu sehen sein (vgl GSOGB BVerwG 37, 369). **Für die Auslegung** der Vorschr über die Rechtswegzuweisung kommt im Zweifel dem Gesichtspunkt der **Sachkunde, der Sachnähe u des Sachzusammenhangs** bes Bedeutung zu (GSOGB NJW 1974, 2087; BGH GrS 67, 87; BGH 89, 252). **Art 19 Abs 4 GG** gewährleistet insow nicht nur den gerichtlichen Rechtsweg, sondern **erweitert auch einen** an sich gegebenen, aber **in seiner Ausgestaltung unvollst gebliebenen** anderen **Rechtsweg.**[5] Der **VRW** ist desh auch als gegeben anzusehen **zB** für nicht ausdr in der rechtswegbestimmenden Norm genannte **Nebenanspr** uä (BGH 67, 91; BayObLG BayVBl 1984, 374); für den **Regressanspr gg einen Beamten** auf Ersatz der dem Dienstherrn im Amtshaftungsprozess entstandenen Kosten (BayObLG BayVBl 1984, 374) ua. Aus demselben Grund ist auch der **Begriff des VA** in Vorschr **über die Rechtswegzuweisung** im Zweifel in einem weiteren Sinn als in § 35 VwVfG zu verstehen (vgl NJW 1984, 191 zu § 223 Abs 1 BRAO; VG Freiburg DVBl 1965, 577 zu § 23 EGGVG; s dazu auch → Rn. 50 u → § 179 Rn. 2).

Zuweisungen durch Bundesgesetz. Regelungen zum VRW finden sich in einer Vielzahl von Vorschriften, zB § 40 Abs 2 S 2 iVm § 126 Abs 1 BBG/§ 54 Abs 1 BeamtStG (dazu → Rn. 75 f). Nach § 187 Abs 1 gilt dies auch für Aufgaben der **Disziplinargerichtsbarkeit** (→ Rn. 77) u der **Schiedsgerichtsbarkeit, zB bei Vermögensauseinandersetzungen öffentlich-rechtlicher Verbände** (s → § 187 Rn. 2, 4). Von besonderer Relevanz sind Sonderregelungen, wenn sie **Streitgkeiten zwischen Privaten** betreffen, zB § 6 Abs 5 UIG für die Erteilung von **Umweltinformationen** (s → Rn. 14a). Sofern es sich um verwaltungsrechtliche Streitigkeiten handelt, sind entspr Regelungen nicht konstitutiv, sondern **nur klarstellend bzw deklaratorisch,** zB § 56 **BPolG,** §§ 8 Abs 4, 12 **HwO,** § 39 **Schf-HwG,** § 22 Abs 3 **BörsG** (Streitigkeiten um Entscheidungen des Sanktionsausschusses), § 18 Abs 5 **KHG**[6] u die Zuweisung von Streitigkeiten Privater mit der **Datenschutzaufsicht** durch die Datenschutzbeauftragten von Bund u Ländern in § 20 Abs 1 S 1 BDSG (zum Rechtsschutz von Beh → Rn. 5c). Dies gilt entgg der unklaren Fassung auch für **§ 79 VwVfG** u entspr Bestimmungen der LVwVfGe für

[5] DVBl 1983, 743; NJW 1985, 2341, 2346; DHS-Schmidt-Aßmann 231 zu Art 19 Abs 4 GG; Bachof JZ 1951, 739.

[6] Nach der Rspr erfasst die Vorschr Direktklage zwischen privaten Pflegesatzparteien nicht, sondern schließt diese gerade aus (NVwZ 2009, 1043; s auch 94, 301 zur Unzulässigkeit von Klagen gg die Schiedsstelle; abw wohl Ey-Rennert 143).

die Verweisung auf die VwGO hins des späteren gerichtlichen Vfs (zum Widerspruchsverfahren, wenn der VRW nicht gegeben ist, s → Rn. 2a; ferner → vor § 68 Rn. 2 f). § 79 VwVfG u die entspr Vorschr der LVwVfGe sind iÜ insofern zu eng, als der VRW in Bezug auf VAe grds nicht **nur für „Rechtsbehelfe gg VAe“,** also für Anfechtungsklagen, gegeben ist, sondern **ua auch für Verpflichtungsklagen** (vgl KR 56 zu § 79 VwVfG). Entsprechendes gilt auch bei anderen, ähnlich gefassten Vorschr, zB § 18 Abs 5 KHG. S auch → Rn. 7.

Aufdrängende Zuweisungen durch Landesgesetz setzen angesichts des kodifikatorischen Charakters der VwGO (s → § 1 Rn. 8 f) grds eine Ermächtigung in der VwGO selbst – insb § 40 Abs 1 S 2 – oder einem anderen Bundesgesetz voraus (s auch Sch-Ehlers/Schneider 28 ff). Entsprechende Ermächtigungen finden sich in § 6 Abs 5 UIG (dazu → Rn. 14a) sowie der Rahmenvorschrift des § 106 BPersVG (Sch-Ehlers/Schneider 33). Ohne bundesrechtliche Grundlage sind landesrechtliche Rechtswegvorschriften lediglich deklaratorisch. Keine Zuweisung durch Landesgesetz beinhaltet zB **Art 93 BayVerf,** wonach die VGe für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten zuständig sind (s auch → § 1 Rn. 15).[7] Zu abdrängenden Sonderzuweisungen nach § 40 Abs 1 S 2s → Rn. 48.

Rechtsbehelfsregelungen im Unionsrecht genießen Anwendungsvorrang, lassen schon aus kompetenzrechtlichen Gründen die Rechtswegabgrenzung unberührt. So gewährt zB **Art 79 DSGVO** ein Klagerecht, verweist dessen Ausgestaltung aber in das nationale Prozessrecht (BeckOK Datenschutzrecht-Mundil 1 zu Art 79 DSGVO) u regelt insb nicht den Rechtsweg, sondern die örtliche u damit auch internationale Zuständigkeit. Für Klagen gg hoheitlich tätige Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter ist daher der VRW gegeben, sofern nicht abdrängende Sonderzuweisungen greifen (s dazu → Rn. 48; zur Frage der internationalen Zuständigkeit s → Rn. 37d). Sofern man tlw annimmt, Art 79 DSGVO schließe weitere gerichtliche Rechtsbehelfe aus (Sydow-Kreße 10 ff zu Art 79 DSGVO; krit Halder/Walker ZD 2020, 605), beträfe dies nicht den Rechtsweg, sondern allenfalls die Zulässigkeit einer auf den ör Unterlassungsanspr gestützten allg Leistungsklage (so VG Regensburg ZD 2020, 601) bzw eher die materiellrechtliche Frage, inwieweit die DSGVO andere Ansprgrundlagen wie den allg Folgenbeseitigungsanspr verdrängt.

c) Abdrängende Sonderzuweisungen bedürfen ebenfalls einer eindeutigen **gesetzlichen Regelung** („zugewiesen werden“; Ey-Rennert 102; Herrmann BayVBl 1964, 140). In Betracht kommen ein förmliches – uU auch vorkonstitutionelles bzw als Bundesrecht fortgeltendes (GSOGB BVerwG 37, 369) – **Bundesgesetz oder** ein nach Inkrafttreten der VwGO erlassenes oder ausdr aufrechterhaltenes (zB Art 13 BayAGVwGO) förmliches **Landesgesetz.** Entsprechende Regeungen stehen **grds im Ermessen des Gesetzgebers** (BGH 38, 208), sofern man davon ausgeht, dass es sich materiell gleichwohl um verwaltungsrechtliche Streitigkeiten handelt.[8] **Beispiele** finden sich ua in § 40 Abs 2 (s → Rn. 61 ff) aber auch einer Vielzahl weiterer Vorschriften (s → Rn. 48 ff). Problematisch werden die Sonderzuweisungen dort, wo es nicht um den Sachzusammenhang mit anderen (zivilrechtlichen) Streitigkeiten geht, sondern darum aufgr einer vermeintlich größeren Sachnähe ganze Teilbereiche des öffentlichen Wirtschaftsrechts auf die Zivilgerichtsbarkeit zu verlagern (ebenso Ey-Rennert 100; Gärditz DV 2010, 320). Problematisch ist vor dem Hintergrund des Art 101 Abs 1 S 2 vor allem die unklare Reichweite solcher Sonderzuweisungen (s → Rn. 49c; ausf zu den verfassungsrechtlichen Determinanten für Rechtswegzuweisungen Kahl 7 ff). **4**

---

[7] VG Regensburg BayVBl 1987, 507; **aA** Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 4. Aufl 1992, 2 zu Art 93.

[8] Grundlegend für das Kartellrecht K Schmidt, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, 1977, 417 ff; ders, Gerichtsschutz in Kartellverwaltungssachen, 1980, 3 ff; ders, DB 1992, 1277.

beck shop DIE FACHBUCHHANDLUNG

Für die **Auslegung** solcher Vorschriften gelten folgende allg Grunds: Im Interesse des Rechtsschutzsuchenden u des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter müssen diese Zuweisungen eindeutig sein. **In Zweifelsfällen ist der Wortlaut** maßgeblich, auf den der Rechtschutzsuchende muss **vertrauen** können (58, 170; vgl auch GSOGB BVerwG 37, 372). Eine Regelung zur (örtlichen) Zuständigkeit eines Landgerichts etwa kann daher nicht als abdrängende Sonderzuweisung verstanden werden (vgl etwa § 51 Abs 3 ZKG – Zahlungskontengesetz, BGBl 2016 I, 720 ff – für den Anspr auf ein Basisgirokonto, bei dem wohl übersehen wurde, dass sich ein solcher auch gg Sparkassen richten kann u dann auf dem VWR geltend zu machen ist, s → Rn. 16; jedenfalls fehlen jegliche Hinweise in der Gesetzesbegründung, dass hiermit eine Rechtswegregelung getroffen werden sollte, s BT-Dr 18/7204, 97). Bei **vorkonstitutionellen Gesetzen** ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob der Gesetzgeber lediglich den Rechtsweg schlechthin eröffnen wollte – dann ist heute der Rechtsweg gegeben, der sachlich der Art der Streitigkeit entspricht, für ör Streitigkeiten daher der VRW –, oder aber, ob er einen bestimmten Rechtsweg eröffnen wollte.[9] Soweit ältere RVorschr den Rechtsweg für **Entschädigungs- oder Ausgleichsanspr für die Beeinträchtigung von Eigentum** iSv Art 14 Abs 1 GG zu den ordentlichen Gerichten eröffnen, sind sie nicht dadurch „obsolet" geworden, dass die einschlägigen Entschädigungsklauseln der Natur- u DenkmalschutzG oder sonstiger Gesetze nach heutigem Verständnis (vgl → Rn. 58) nicht (mehr) Grundlage von Enteignungsentschädigungsanspr sein können, sondern (nur noch) Ausgleichsanspr im Rahmen der Inhaltsbestimmung des Eigentums gem Art 14 Abs 1 GG gewähren.[10]

Darüber hinaus wird in der **Rspr** tlw für ausr angesehen (zu Bedenken Sch-Ehlers/Schneider 487 ff), wenn die Zuweisung zwar nicht unmittelbar ausgesprochen ist, sich der dahingehende Wille des Gesetzes jedoch **aus dem Gesamtgehalt einer Regelung** u dem Sachzusammenhang in Verbindung mit der „Sachnähe" der betroffenen Materien **hinreichend deutlich** u logisch zwingend **ergibt.**[11] Als allg Grundsatz kann ein Rechtsweg „kraft Sachnähe" oder Überlieferung, wie er vor Inkrafttreten der VwGO von den Zivilgerichten angenommen wurde, nicht mehr anerkannt werden (Schoch Menger-FS 1985, 305; s auch 69, 197: dass ein anderer Gerichtsweg „sachnäher" ist, hat allein noch nicht zur Folge, dass der VRW ausgeschlossen ist; **aA** RS § 9, 22 mwN). Allerdings müssen gesetzliche Regelungen nicht zwingend eng, sondern möglichst so ausgelegt werden, dass unbefriedigende Rechtswegspaltungen vermieden werden (s dazu → Rn. 49c).

Zuweisung nur an Gerichte. Die Zuweisung ist nur an ein anderes Gericht möglich, das den Anforderungen des Art 97 GG genügt (vgl → § 1 Rn. 3; RÖ-v Nicolai 39; Obermayer 186 mwN). Fehlt es an der Gerichtsqualität der betr Einrichtung, ist zumindest gg deren Entscheidung der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten eröffnet.[12] **Nicht** ausgeschlossen wird der VRW insb durch **Schiedsvereinbarungen** (s → Rn. 56 ff; zur Frage der Gerichtsqualität von Schiedsgerichten → § 1 Rn. 24).

4a **d) Subsidiäre Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.** Bei Ausschluss des VRW durch G ohne gleichzeitige Zuweisung an einen anderen Gerichtszweig sieht **Art 19 Abs 4 S 2 GG** die subsidiäre Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte vor, soweit es sich um Rechtsschutz gg Maßnahmen der öffentlichen Gewalt

[9] 29, 133; NJW 1976, 906; DVBl 1982, 590; BGH NJW 1983, 1798. Nach GSOGB BVerwG 37, 370 schließt jedoch die Eröffnung des Rechtswegs vor den ordentlichen Gerichten in jedem Fall den VRW aus, auch wenn die Regelung zu einer Zeit erfolgte, als ein anderer Rechtsweg als der ZRW nicht in Betracht kam.

[10] BGH 121, 328 = NJW 1993, 2095; Rinne DVBl 1994, 24; s auch → Rn. 61, 62.

[11] NJW 1986, 2845; BGH 34, 249; 67, 87; NJW 1983, 1793; Br NJW 1978, 967; Ks NVwZ-RR 2012, 782; Mü BayVBl 1989, 244; Ms NJW 1990, 3224.

[12] NVwZ-RR 1995, 241 zu Ehrengerichten der Lotsenbrüderschaft nach dem SeelotsenG.

handelt. Zur heute nur noch sehr eingeschränkten Bedeutung dieser Vorschr BK-Schenke 242 ff zu Art 19 Abs 4 GG.

e) Reichweite der Zuweisung und Rechtsschutzziel. Rechtswegzuweisungen gelten im Zweifel **ohne Rücksicht auf die gewählte bzw gebotene Klageart** (Br NJW 1978, 967; vgl auch BGH NJW 1977, 716), zB auch für in den Vorschrif über den Rechtsweg **nicht ausdr erwähnte Rechtsbehelfe** gg **Vollstreckungsakte**[13] oder hins der **Besetzung der Richterbank** (vgl NJW 1982, 900: keine Feststellung im VRW, dass die Besetzung des Senats am OLG geschäftsverteilungswidrig ist); sie sind auch dann maßgeblich, **wenn eine bestimmte Klageart,** zB die NK iSv § 47, in diesem Rechtsweg **nicht vorgesehen** ist (vgl Br NJW 1978, 967). Nach hM gilt dies auch für **Hilfs- u Nebenanspr kraft Sachzusammenhangs,**[14] zB die **Klage auf Auskunft,** die im Rahmen einer Stufenklage auf Entschädigung wg Amtspflichtverletzung erhoben wird (BGHZ 87, 81). Entsprechendes gilt für **Erstattungsanspr,** die als deren „Kehrseite" die Rechtsnatur des urspr Anspr teilen, s auch → Rn. 13a. **4b**

f) Vorfragen. Nach allg Grundsätzen des Prozessrechts sind die VGe im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch zur inzidenten Entscheidung über **Vorfragen** befugt, dh alle Fragen, die für den geltend gemachten Anspr präjudiziell sind (dazu u zu den Grenzen → Rn. 42 ff). Umgekehrt werden diese **für die Rechtswegbestimmung nicht relevant.** Dies gilt insb auch **dort, wo eine Beh sich auf die Ebene des Privatrechts begibt,** dort aber „sonderrechtliche Bindungen" zu beachten hat (Ruthig, NZBau 2005, 500; Widmann 178). Dies gilt sowohl für einfachrechtliche Vorschriften, die sich nur an Hoheitsträger richten wie für die Grundrechte u Grundfreiheiten (s zur Auftragsvergabe → Rn. 25a). Wird die „Vorfrage" sonderrechtlicher Bindungen zum Streitggst, gehören entspr Klagen auf de VRW, zB die Klage auf bevorzugte Berücksichtigung in einem Vergabeverfahren (ebenso Ey-Rennert 48). Erst recht gewährt § 40 keinen „Rechtsschutz gg den Richter", dh Akte der Rspr, die sich auf die in gerichtl Vf u in richterlicher Unabhängigkeit erfolgende Sachbehandlung beziehen (vgl Lü BeckRS 2019, 179; Mü BeckRS 2007, 20 985; Sch-Schmidt-Aßmann/Schenk 16 zu Einl; Ey-Rennert 5); auch bei Verstößen gg ör Vorschriften u insb die Grundrechte besteht keine (residuale) Kompetenz der VGe. Vielmehr ist nach Erschöpfung des einschlägigen Rechtswegs u der Anhörungsrüge allein die VB eröffnet (BVerfGE 122, 190, 202 f; Lü NVwZ-RR 2018, 991). Dies gilt auch, soweit ör Streitigkeiten anderen Gerichten zugewiesen sind (Mü BeckRS 2018, 20 040). **5**

2. Rechtliche Streitigkeiten: a) Justizfreie Hoheitsakte. Bei bestimmten Streitigkeiten erscheint es zweifelhaft, ob sie **justizfreie Hoheitsakte** betreffen, sei es, dass hier eine **gerichtliche Überprüfung ausgeschlossen** ist (aa) oder es bereits am Vorliegen einer **rechtlichen Streitigkeit fehlt** (bb). **5a**

aa) Ausdrückliche Regelungen finden sich in **Art 44 Abs 4 GG** bzgl der **Beschlüsse parlamentarischer Untersuchungsausschüsse** des Bundes[15] (s aber auch → Rn. 33, 35, 50) sowie **Art 10 Abs 2 S 2 GG** iVm G10 hins diesbezüglicher Grundrechtseingriffe (Sch-Ehlers/Schneider 98).

bb) Andere Konstellationen sind str. So wird durch die Rspr die **Ablehnung von Gnadenentscheidungen** (anders als der Widerruf von Gnadenakten, BVerfG 30, 308 ff; B-v Albedyll 8; Schenke 105, 157; Sch-Ehlers/Schneider 119 ff) als nicht

[13] Mü NJW 1983, 1992 mwN; Ma NJW 1984, 2483; RÖ-v Nicolai 1; Meyer-Ladewig 23 zu § 51 SGG.

[14] Zur Reichweite von § 40 Abs 2 S 1 Alt 3 37, 256 f; 40, 255 f; BGH 78, 270, 277 f; **aA** NK-Sodan 495.

[15] Den Landesgesetzgebern fehlt die Kompetenz zu einer entspr Einschränkung des Art 19 Abs 4 GG (Hbg NVwZ 2014, 1386).

justitiabel („Gnade vor Recht") angesehen,[16] obwohl auch sie gem Art 1 Abs 3 GG grundrechtsgebunden sind u der Rechtsschutzgarantie des Art 19 Abs 4 GG unterfallen. Folgt man der Rspr, ist bei einer Ablehnung der Begnadigung in Bezug auf Entscheidungen, die der Jurisdiktion der allg VGe unterfallen (zB Entlassung eines Beamten), eine hiergegen gerichtete Klage **unzulässig;** für eine Verweisung nach § 173, § 17a GVG ist kein Raum (NJW 1983, 187). Steht die Ablehnung allerdings in Zusammenhang mit Hoheitsakten, für welche bei unterstellter Justitiabilität ein anderer Rechtsweg gegeben wäre, so muss der Streit gem § 17a Abs 2 GVG an das Gericht dieser Gerichtsbarkeit **verwiesen** werden u erst dieses könnte die Klage als unzulässig abweisen (49, 226: bei Ablehnung der Begnadigung eines Strafgefangenen Verweisung an das gem §§ 23, 25 Abs 1 EGGVG zuständige OLG).

5b **b)** Auch **Regierungsakte** (staatsleitende Hoheitsakte) werden teilw als justizfreie Hoheitsakte angesehen.[17] Da sie jedoch trotz ihrer politischen Bedeutung rechtlichen Bindungen nach Art 1 Abs 3 GG unterliegen, können sie gem **Art 19 Abs 4 GG** nicht allg von einer gerichtlichen Überprüfung ausgenommen werden. Bedenken gg die Zulässigkeit des VRW können sich hier aber uU daraus ergeben, dass es sich bei den sie betr Streitigkeiten um **verfassungsrechtliche** handeln kann (s → Rn. 31 ff); selbst wenn der VRW einschlägig wäre, dürfte es mangels subjektivrechtlicher Relevanz von Regierungsakten häufig an der **Klagebef fehlen** (Schenke 108; s auch Würt 252). Keine rechtlichen Streitigkeiten sind schließlich, jedenfalls nach traditionellem Verständnis, Streitigkeiten in **rein innerkirchlichen Angelegenheiten,** bei denen es nicht um die Anwendung staatlichen Rechts geht (vgl aber näher → Rn. 38 ff).

5c **c) Innenrechtsstreitigkeiten und Sonderstatusverhältnis. Rechtliche Streitigkeiten** sind **alle verwaltungsrechtlichen Innenrechtsstreitigkeiten** (s auch → vor § 40 Rn. 6), wie sie als Kommunalverfassungsstreitigkeiten (s dazu → vor § 40 Rn. 6 ff), aber als Organstreitigkeiten auch bei Hochschulen, ör Kammern (dazu 120, 255; NVwZ-RR 2010, 882; RSt-Ruthig 205 ff), ör Genossenschaften u den Rundfunkanstalten anerkannt sind. Auch **zwischen Behörden** unterschiedlicher Rechtsträger sind rechtliche Streitigkeiten denkbar, lediglich die Abgrenzung von Innen- u Außenrecht ist problematisch (StBS-Stelkens 146, 180 zu § 35 VwVfG; Martens NVwZ 1982, 482). Zwischen Behörden desselben Rechtsträgers sind rechtliche Streitigkeiten nur bei ausdr gesetzlicher Regelung anzunehmen, wobei diese dann auch über die Rechtsnatur der Maßnahme u die Klagebef entscheidet (zu Weisungen zwischen Beh → Anh § 42 Rn. 76; zu Maßnahmen der Datenschutzaufsicht → Anh § 42 Rn. 76; SGR-Ruthig 21 zu § 69 BKAG).

Ebenso rechtliche Streitigkeiten sind solche **im bes Gewaltverhältnis (Sonderstatusverhältnis),** selbst wenn sie das sog **Betriebsverhältnis** (dazu Schenke 112; Ule § 5 III 1) betreffen u grds keine subjektivrechtliche Relevanz aufweisen (Sch-Ehlers/Schneider 124; Schenke 110 ff u JuS 1982, 906 ff; teilw **aA** Menger 1977, 177 ff u Schwerdtfeger 211). Die auf der sog Impermeabilitätstheorie (s dazu Sch-Ehlers/Schneider 99) basierende Ansicht, im bes Gewaltverhältnis gäbe es rechtsfreie Räume, in denen es konsequenterweise auch zu keinen rechtlichen Streitigkeiten kommen könne, ist auf der Basis des GG nicht mehr haltbar. Die

[16] BVerfG 25, 358 ff; BVerwG NJW 1983, 187; OLG Hamburg JR 1997, 255; Meyer-Goßner/Schmitt 17 zu § 23 EGGVG; s auch 49, 221 ff; **krit** demggü zB Schenke JA 1981, 588 ff; BK-Schenke 414 ff zu Art 19 Abs 4 GG; Bachof JZ 1983, 469; Hk-Unruh 77; DHS-Schmidt-Aßmann 80 zu Art 19 Abs 4 GG; Jarass/Pieroth 43 zu Art 19 GG; BerlK-Ibler 74 zu Art 19 Abs 4; s auch → Rn. 36.

[17] Klein VVDStRL 8, 111; Oettl 15 ff; Kn-Henneke 73 zu § 35; **aA** Bln DÖV 1991, 746; LKV 1991, 343; B-v Albedyll 7; Ehlers Jura 2008, 185; BK-Schenke 409 ff zu Art 19 Abs 4 GG.

Zulässigkeit einer Klage wird häufig am **Fehlen einer Klagebef** scheitern (s auch → Anh § 42 Rn. 67).

3. Rechtsweg und Streitgegenstand (Rechtsschutzziel): a) Natur des streitgegenständlichen Rechtsverhältnisses. Ob eine Streitigkeit ör oder privatrechtlich ist, richtet sich, ohne ausdr gesetzliche Rechtswegzuweisung (s → Rn. 3), **nach dem Charakter des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspr hergeleitet wird.**[18] Dieser Grundsatz bestimmt die Auslegung sowohl von § 40 als auch von § 13 GVG, § 51 Abs 1 SGG u § 33 FGO (BGH 89, 251). **Ör** sind Streitigkeiten, wenn sie sich als Folge eines Sachverhaltes darstellen, der nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist (zu den Theorien für die Abgrenzung von öffentlichem Recht u Privatrecht → Rn. 11 ff). Der **Charakter** des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses bemisst sich **nach dem erkennbaren Rechtsschutzziel,** wie es im **Klageantrag** u dem ihm zugrundeliegenden **Sachverhalt** (→ Rn. 6 zum Auseinanderfallen von vorgetragenem u tatsächlichem Sachverhalt) seinen Ausdruck findet; zum herrschenden, sog zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff, vgl BeckRS 2011, 56100; näher → § 90 Rn. 7. Bei einer **negativen Feststellungsklage** muss konsequenterweise die Rechtsnatur des geltend gemachten Rechts maßgeblich sein.[19] 6

Es genügt, dass der geltend gemachte **Anspr möglich** ist. Ob er tatsächlich besteht, ist eine Frage der Begründetheit u für den Rechtsweg nicht relevant (Ba NVwZ-RR 2021, 388). Umstritten ist, ob es bei der Beurteilung des Rechtswegs grds auf den v Kl vorgetragenen **Sachverhalt** ankommt (so die sog **Schlüssigkeitstheorie**)[20] oder auf den realen Sachverhalt (so die sog **Beweiserhebungstheorie**).[21] Der Schlüssigkeitstheorie ist insofern zu folgen, als dort, wo nur ein Anspr in Betracht kommt, über den bei Vorliegen seiner Tatbestandsvoraussetzungen in dem eingeschlagenen Rechtsweg zu entscheiden wäre, der Sachvortrag des Kl – unabhängig von seiner Richtigkeit – maßgeblich sein muss.[22] Ist unter Zugrundelegung des realen Sachverhalts aber ein anderer Rechtsweg gegeben als aufgrund des v Kl vorgetragenen, so ist auf ersteren abzustellen u insow der Beweiserhebungstheorie zu folgen.[23] Das ergibt sich aus dem **Untersuchungsgrundsatz,** der, wie sonst (rechtswegübergreifend) bei allen Zulässigkeitsvoraussetzungen anerkannt wird, das Gericht vAw verpflichtet, den Sachverhalt zu ermitteln. Wäre man hier anderer Ansicht, so hätte der Kl auf der Basis des **§ 17 Abs 2 GVG** die Möglichkeit, durch einen manipulierten Sachvortrag den zulässigen Rechtsweg zu bestimmen. Das erweckte sowohl unter dem Aspekt des **Art 101 Abs 1 S 2 GG** wie auch unter dem Gesichtspunkt der **prozessualen Waffengleichheit** Bedenken.[24]

Maßgeblich ist allein die **wirkliche Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses.** Die rechtliche Qualifikation durch den Kl ist nach einhelliger Meinung unbeachtlich.[25] Kann das behauptete Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht

---

[18] StRspr, vgl GSOGB BSG 37, 292; GSOGB BGH 97, 313; 102, 283; 108, 286; GSOGB BVerwG 74, 370; BVerwG 96, 73; NVwZ 2021, 1237; BGH 121, 128.

[19] GSOGB BGH 102, 283; Bh 300 § 17a GVG Nr 14; Ko NVwZ-RR 1999, 582; Ey-Rennert 38.

[20] 89, 283; BGH 67, 84; 102, 284; B-v Albedyll 14; Ey-Rennert 34; Kluth NJW 1999, 342; anderes wird nur bei einer negativen Feststellungsklage angenommen, bei der auch der Vortrag des Bekl heranzuziehen ist, BGH 102, 284.

[21] BAG NJW 1994, 606; 1994, 1173; Hager Kissel-FS 337; Sch-Ehlers/Schneider 213 mwN; Ehlers Jura 2008, 191.

[22] BAG NJW 1996, 2948; Kluth NJW 1999, 343; NK-Sodan 283; Schenke FG BGH III 49; **krit** Lüke JuS 1997, 217.

[23] Schenke FG BGH III, 47 ff; Sch-Ehlers/Schneider 213; Hk-Unruh 86.

[24] S dazu näher Schenke FG BGH III 50 ff; ebenso Hk-Unruh 86; NK-Sodan 282.

[25] 96, 74; BGH 103, 257; NJW 1993, 1657: dass Klage l auf §§ 903, 906, 1004 BGB gestützt wird, macht Streitigkeit nicht automatisch zivilrechtlich; BFH NVwZ 1988, 475; BSG DÖV

beck-online DIE DATENBANK

zugeordnet werden, ist desh der VRW selbst dann einschlägig, wenn der Kl seine Klage (irrtümlich) auf Vorschr des bürgerlichen Rechts oder auf sonstige Rechtssätze stützt, für die der VRW ausgeschlossen ist (vgl allg 47, 7; 52, 268). **Unerheblich** sind ferner die **Einwendungen des Bekl** u deren rechtliche Begründung (BGH 17, 320 = NJW 55, 1187; 90, 187 = NJW 1984, 1622; BayObLGZ 1989, 205 mwN; Mü NJW 1990, 1006).

Entscheidend für die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses ist „nicht das Ziel, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns" (NZBau 2007, 391), sodass es zB auf die mit der Teilnahme am Privatrechtsverkehr verfolgten staatlichen Ziele bzw Aufgaben nicht ankommt (s → Rn. 25). **Maßgeblich** ist ferner, **wie der Staat tatsächlich gehandelt hat,**[26] nicht wie er hätte handeln müssen. Richtet sich die Klage gg einen VA, ist folglich der VRW auch dann gegeben, wenn die Beh nicht durch VA hätte entscheiden dürfen, etwa weil das Rechtsverhältnis an sich privatrechtlich ist,[27] zB bei einer Räumungsverfügung bzgl privatrechtlich überlassener Räumlichkeiten.[28] Die Klage kann auch nicht nach den Grundsätzen über Rechtsbehelfe gg inkorrekte Entscheidungen (s dazu → vor § 124 Rn. 22) vor dem Zivilrichter erhoben werden. Entsprechendes gilt, wenn sich der Bekl hins der Weigerung, dem der Klage zugrunde liegenden Begehren nachzukommen, auf Befugnisse oder die Freistellung von Verpflichtungen nach öffentlichem Recht beruft, u der Kl gerade die Klärung dieser Frage begehrt.[29]

6a Für die Zulässigkeit des VRW genügt es, dass für das Klagebegehren **eine Anspruchsgrundlage** in Betracht kommt, die in dem beschrittenen Rechtsweg zu verfolgen ist (NVwZ 1993, 358; Detterbeck Frotscher-FS 421; zur Befugnis **nach § 17 Abs 2 S 1 GVG dann auch über rechtswegfremde Anspr** zu entscheiden s → § 41 Rn. 4 ff). Ob dies der Fall ist, ist auf der Grundlage des Klageantrags u des zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalts zu beurteilen (12, 64, 65; NVwZ 1993, 359; Hbg ZUM 2015, 352; Ms NVwZ 1998, 974; BGH NVwZ 1990, 1103); zum Auseinanderfallen von wahrem Sachverhalt u Klagevortrag → Rn. 6. **Nicht erforderlich** ist, **dass** die materielle Rechtsgrundlage, auf die sich der Kl in u mit seiner Klage beruft, nach Lage der Dinge für das angestrebte Klageziel dafür **primär** in Betracht kommt (NVwZ 1993, 358; Ks NVwZ 2003, 238). Die Rechtsgrundlage, auf die der Kl ausdr oder konkludent seine Klage stützt, darf nur nicht aufgrund des vorgetragenen Sachverhalts ganz offens dafür nicht in Betracht kommen (NVwZ 1993, 359; Ma DÖV 2014, 1068; BGH NVwZ 1990, 1103; s auch → § 41 Rn. 5).

6b **b) Regelung durch Normen des öffentlichen Rechts.** Wesentliche Voraussetzung für den VRW ist, dass die für das Klagebegehren in Betracht kommende (s → Rn. 6a) **Anspruchsgrundlage,** auf die die Klage nach den oben dargelegten Grundsätzen als gestützt anzusehen ist, dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist. IdR gilt dies wenn für die begehrte Rechtsfolge **Normen des öffentlichen Rechts** maßgeblich sind.[30] Entscheidend ist der **konkrete Anspr,** sodass zB Kla-

---

1985, 490; Ko NVwZ-RR 1999, 582; B-v Albedyll 14; Ehlers Jura 2008, 190; Ey-Rennert 34; NK-Sodan 284.

[26] 13, 308 f; 84, 275; Lü DVBl 1954, 298 m Anm Bettermann; Ms 30, 139; NVwZ-RR 2010, 587; NK-Sodan 382; Ehlers Jura 2008, 187.

[27] Lü DVBl 1954, 297; Schenke NVwZ 1990, 1011; Weides JuS 1992, 57.

[28] 30, 212; 40, 85; DÖV 1985, 165; BSG 15, 15; 24, 191; 25, 2; 49, 292; BFH NJW 1987, 1118; BGH NVwZ 1985, 517; Lü NVwZ-RR 2008, 850; Ms NVwZ-RR 2010, 587; Mü BayVBl 1983, 147; Ehlers Jura 2008, 188.

[29] 32, 284; 37, 244; 44, 5; BGH 41, 266; NVwZ 1985, 517; BSG 49, 292; BayObLG BayVBl 1982, 218.

[30] Vgl GSOGB NJW 1993, 1657 – zivilrechtlich, wenn Streit nicht um Nutzung an einem Grundstück aufgrund Zivilrechts geht u Vollstreckung des dem Klageantrag stattgebenden Urteils auch nicht zur Aufhebung oder Änderung einer hoheitlichen Maßnahme führt –; BAG NJW 1978, 1766; Menger VerwA 1977, 295.