

Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO

Kopp / Schenke

30. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-82006-9
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.

Übersicht

	Rn
1. Allgemeines	1
a) Anwendungsbereich	2
b) Aufdrängende Zuweisungen durch Gesetz	3
c) Abdrängende Sonderzuweisungen.....	4
d) Subsidiäre Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.....	4a
e) Reichweite der Zuweisung und Rechtsschutzziel.....	4b
f) Vorfragen	5
2. Rechtliche Streitigkeit	5a
a) Justizfreie Hoheitsakte	5a
b) Regierungsakte (staatsleitende Hoheitsakte)	5b
c) Innenrechtsstreitigkeiten und Sonderstatusverhältnis	5c
3. Rechtsweg und Streitgegenstand	6
a) Natur des Streitgegenständlichen Rechtsverhältnisses	6
b) Regelung durch Normen des öffentlichen Rechts.....	6b
c) Abwehr-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche.....	8
d) Aufhebung oder Erlass von Verwaltungsakten	8b
e) Erstattungsansprüche	8c
f) Inhalt und Ausmaß öffentlich-rechtlicher Berechtigungen oder Verpflichtungen.....	9
4. Abgrenzung öffentliches Recht und Privatrecht	11
a) Abgrenzungstheorien	11
b) Der Gedanke des Sachzusammenhangs	12
c) Vermutung für öffentlich-rechtliches Handeln bei Hoheitsträgern.	13
d) Beteiligung natürlicher oder juristischer Personen des Privat- rechts	14
e) Selbständig handelnde Private und Dienstleistungskonzessionen... ..	14a
f) Handeln von (unselbständigen) Verwaltungshelfern	14b
5. Fallgruppen	15
a) Zulassung zur Benutzung öffentlicher Einrichtungen	16
b) Zulassung zu besonderen Dienst- oder Rechtsverhältnissen	18
c) Nutzung öffentlicher Straßen.....	19
d) Ausübung des Hausrechts und andere Maßnahmen in Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse.....	20
e) Entscheidungen über die Gewährung von Subventionen	21
f) Öffentlichrechtliche Verträge und privatrechtliche Verträge zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben.....	23
g) Öffentlichrechtliche Schuldverhältnisse und Ansprüche	26
h) Erfüllung der öffentlichrechtlichen Verkehrssicherungspflicht so- wie der Bau- u Unterhaltungspflicht	27
i) Auskünfte. Unterlassung oder Widerruf von Äußerungen.....	28
j) Klagen gg öffentlichrechtliche Rundfunkanstalten.....	28b
k) Abwehr von Immissionen oder Störungen	29
l) Staatliche Wettbewerbssteilnahme	30
6. Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art (Abs 1)	31
a) Die Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit	32
b) Kritik am Begründungsansatz der hM.....	32a
c) Beispiele	33
d) Beispiele für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten.....	33
7. Internationale Zuständigkeit	37
a) Der Grundsatz: Ableitung aus der örtlichen Zuständigkeit.....	37
b) Europäisches Internationales Prozessrecht (EuGVVO)	37f
8. Öffentlichrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften	38
a) Reichweite des Selbstbestimmungsrechts.....	39
b) Kernbereich der Selbstverwaltung	39a
c) Tätigwerden im staatlichen Bereich.....	40
d) Rechtsschutz Geistlicher und kirchlicher Bediensteter.	40a
e) Privatrechtliche Streitigkeiten	41
9. Kompetenz zur Entscheidung von Vorfragen; Aufrechnung	42
a) Prozessrechtliche Grundlagen	42
b) „Vor“fragen hinsichtlich des anzuwendenden Rechts	44

c) Aufrechnung	45
10. Ausschluss des VRW durch Zuweisung an einen anderen Gerichtszweig (Abs 1 S 1)	48
a) Ordentliche Gerichtsbarkeit	491
b) Arbeitsgerichte	51
c) Sozialgerichte	52
d) Finanzgerichte	53
e) Wehrdienstgerichte	54
f) Richterdienstgerichte	54a
g) Berufsgerichte	55
h) Ausschluss des VRW durch Schiedsvertrag	56
11. Ansprüche auf Entschädigung wegen Enteignung/Abgrenzungsfragen	57
12. Vermögensrechtliche Ansprüche aus enteignungsgleichem oder enteignendem Eingriff bzw Aufopferung (Abs 2)	61
a) Aufopferungsansprüche	61
b) Abgrenzung und Inhalt	
c) Einzelfälle	
d) Keine Aufopferung	62
e) Entscheidungskompetenz der Zivilgerichte	63
f) Zuweisung an eine andere als die ordentliche Gerichtsbarkeit	63a
13. Vermögensrechtliche Ansprüche des Bürgers aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung (Abs 2)	64
14. Schadensersatzansprüche (des Bürgers) aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten (Abs 2)	69
a) Amtshaftung	70
b) Öffentlich-rechtliche Verträge	71
c) Nichtvertragliche Schuldverhältnisse	72
d) Vorfragenkompetenz	73
e) Nur Ansprüche auf Geldleistung	73
f) Nur Schadensersatzklagen des Bürgers gg den Staat	73
g) Dienstrechtliche Fürsorgepflichten	74
15. Vorbehalt zugunsten des Beamtenrechts (Abs 2 S 2)	75
16. Vorbehalt zugunsten von Ausgleichsansprüchen bei Rücknahme eines VA (Abs 2 S 2)	79

1 **1. Allgemeines:** § 40 eröffnet als Gegenstück zu § 13 GVG den **Verwaltungsrechtsweg (VRW)**, dh die Möglichkeit der Anrufung der Gerichte der allg Vwgbk (s → vor § 40 Rn. 1), für alle **ör Streitigkeiten** nichtverfassungsrechtlicher Art, die der **dt Gerichtsbarkeit (§§ 18–20 GVG → § 1 Rn. 19 ff) u int Zuständigkeit** (→ Rn. 37 ff) unterliegen u für die nicht die Zuständigkeit anderer Gerichte gesetzlich vorgesehen ist (**verwaltungsgerichtliche Generalklausel**).¹ Daher kommt die subsidiäre Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte 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 Vorschri,² sondern allg für ör Rechtstreitigkeiten. Außer durch § 40 u diesem vorgehende ausdr **Zuweisung von Streitigkeiten durch G** (s → Rn. 3; zur Zuweisung **durch Gesetze der Religionsgemeinschaften** s → Rn. 38) kann die Zuständigkeit auch durch (bindende) **Verweisung** eines Rechtsstreits durch ein Gericht eines anderen Gerichtszweiges an das VG (§ 17a Abs 2 GVG – s Anh zu § 41) – begründet werden.

¹ Entgegen dem Wortlaut handelt es sich grds nicht um eine Regelung des „Ob“ des Rechtswegs, sondern um eine solche des „Wie“, der sog Rechtswegzuständigkeit, vgl 32, 283; OLG München BayVBl 1976, 157; ME VerwA 1966, 71; Flieger NJW 1979, 2603; aA Ule 4. Zur Rechtswegabgrenzung eingehend 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.

a) Anwendungsbereich: Die Zulässigkeit des VRW ist **zwingende** Sachurteilsvoraussetzung (→ vor § 40 Rn. 10; anders bei Rechtsmittelgerichten gem § 17a Abs 5 GVG, s → Anh § 41 Rn. 1) für **alle Klagen u Anträge** in selbständigen AntragsVf zB gem §§ 47, 80 Abs 5, 80a Abs 3, § 123. 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 **beschränkte Rechtsweg** durch Beschluss für **unzulässig zu erklären** u der Rechtsstreit an das zuständige Gericht zu verweisen. Insofern 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.

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 **Amthaftung** s auch → Rn. 74, 78). Davon zu unterscheiden ist die Befugnis des Gerichts zur Beurteilung rechtswegfremder **Vorfragen**, → Rn. 42 ff.

Wegen des „Vorschaltcharakters“ des Widerspruchsverfahrens gem 2a §§ 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. 2f.

b) Aufdrängende Zuweisungen durch Gesetz: Spezialgesetzliche Regelungen zum Rechtsweg 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 iU 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

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 hinggt nicht.

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

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 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. 75f). 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 **Streitigkeiten 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 KHG⁶ 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 entgeg der unklaren Fassung auch für **§ 79 VwVfG** u entspr Bestimmungen der LVwVfGe für 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. 2f). § 79 VwVfG u die entspr Vorschr der LVwVfGe sind iU 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. 8f) 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 2 s → Rn. 48.

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).

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

Unionsrechtliche Rechtsbehelfsregelungen genießen Anwendungsvorrang, lassen aber 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 Regelungen 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 auf 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).

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 Rechtsschutzsuchende 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 **Entschä-**

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.

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 Gericht-

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

4b 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 Vorschr 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).

ten 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 SeelotensG.

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.

Entsprechendes gilt für **Erstattungsanspr**, die als deren „Kehrseite“ die Rechtsnatur des urspr Anspr teilen, s auch → Rn. 13a.

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). Allerdings 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 (§ zur Auftragsvergabe → Rn. 25a); auch bei Verstößen gg ör Vorschriften u insb die Grundrechte (zur umfassenden Grundrechtsbindung auch der privatrechtlich handelnden Verwaltung BVerfG 128, 226 (245 ff); NJW 2015, 2892 Rn 9; NVwZ 2016, 1553) 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, 20040). Erst recht gewährt § 40 keinen „Rechtsschutz gg den Richter“, dh Akte der Rspr, die sich auf die in gericht Vf u in richterlicher Unabhängigkeit erfolgende Sachbehandlung beziehen (vgl Lü BeckRS 2019, 179; Mü BeckRS 2007, 20985; Sch-Schmidt-Abmann/Schenk 16 zu Einl; Ey-Rennert 5). Wird die „Vorfrage“ sonderrechtlicher Bindungen allerdings zum Streitggst, gehören entspr Klagen auf de VRW, zB die Klage auf bevorzugte Berücksichtigung in einem Vergabeverfahren (ebenso Ey-Rennert 48).

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).

aa) Ausdrückliche Regelungen finden sich in **Art 44 Abs 4 GG** bzgl der **Beschlüsse parlamentarischer Untersuchungsausschüsse** des Bundes¹⁵ (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 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).

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

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-Abmann 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.

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 (§ → Rn. 31 ff); selbst wenn der VRW einschlägig wäre, dürfte es mangels subjektiv-rechtlicher Relevanz von Regierungsakten häufig an der **Klagebefehlen** (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, ö Kamern (dazu 120, 255; NVwZ-RR 2010, 882; RSt-Ruthig 205 ff), ö 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 Klagebefehle 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 Schwedtfeger 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 Zulässigkeit einer Klage wird häufig am **Fehlen einer Klagebefehle** scheitern (s auch → Anh § 42 Rn. 67).

6 **3. Rechtsweg und Streitgegenstand (Rechtsschutzziel): a) Natur des streitgegenständlichen Rechtsverhältnisses.** Ob eine Streitigkeit ö 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 Aus-

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

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.