

Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO

Kommentar

von

Erich Eyermann, Ludwig Fröhler, Harald Geiger, Michael Happ, Prof. Dr. Ingo Kraft, Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert,
Prof. Dr. Jörg Schmidt

14. Auflage

[Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO – Eyermann / Fröhler / Geiger / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Verwaltungsprozess](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 66567 7

genständigen Wahrnehmung übertragen sind. Ob eine solche eigenständige Wahrnehmung intendiert ist, zeigt das Gesetz, indem es die körperschaftliche Willensbildung pluralistisch organisiert, also ein kontrastierendes Zusammenspiel mehrerer Organe oder innerhalb eines Kollegialorgans vorsieht (vgl. Bethge DVBl 1980, 309/310; Schoch JuS 1987, 783/786 m. w. N.; dies fehlt bei Schoch/Ehlers Rn. 130 ff.). Häufigster Anwendungsfall ist der **Kommunalverfassungsstreit** um Organbefugnisse in Gemeinden, Landkreisen, höheren Kommunalkörperschaften und Zweckverbänden (BVerwG Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 179 m. w. N.; VGH Kassel NVwZ 1983, 44; OVG Koblenz NVwZ 1985, 283; zum Fraktionsausschluss Ziekow NWVBl 1998, 297; zur Rüge des Ratsvorsitzenden VGH Kassel DÖV 2012, 777 Ls; keinen Innenrechtsstreit betrifft die Klage auf Zulassung eines Bürgerbegehrens, str., vgl. Heimlich DÖV 1999, 1029 m. w. N.). Vergleichbare Innenrechtsstreitigkeiten gibt es aber auch in anderen binnplural organisierten Verwaltungskörperschaften wie **Universitäten** (BVerwG NVwZ 1982, 243/245; 1985, 112; keinen Innenrechtsstreit betrifft freilich BVerwGE 45, 39), **Rundfunkanstalten** (OGV Lüneburg DÖV 1979, 170) und Landesmedienanstalten (OGV Bautzen SächsVBl 1997, 268), **Kammern, Innungen, Genossenschaften** usw. Wenig hilfreich ist freilich die Ausdehnung auch auf Streitigkeiten aus Sonderstatusverhältnissen generell; hier sind regelmäßig keine Organfunktionen zu eigenständiger Wahrnehmung zugewiesen (anders Schoch/Ehlers Rn. 129).

Es besteht heute Einigkeit, dass auch Innenrecht Recht ist; auch für Innenrechtsstreitigkeiten steht damit grundsätzlich der Rechtsweg offen. Dass Streitigkeiten um Organbefugnisse nicht generell, sondern nur unter den beschriebenen Voraussetzungen zuzulassen sind, dient der Abwehr von Popularklagen bzw. von rein objektiven Beanstandungsverfahren und findet daher seinen systematischen Ort in der **Klagebefugnis** (analog § 42 Abs. 2, vgl. dort Rn. 142 „Kommunalrecht“), nach h. M. auch schon in der **Beteiligungsfähigkeit** (anzuwenden ist § 61 Nr. 2, teilw. abw. § 61 Rn. 4, 10). Beides besteht nur, soweit der Kläger sich auf organschaftliche Funktionen beruft, die ihm zur eigenständigen Wahrnehmung im oben beschriebenen Sinne zugewiesen sind (vgl. BVerwG NVwZ 1989, 470; NVwZ-RR 1994, 352 = DVBl 1994, 866; VGH Mannheim VBlBW 1992, 375; Schoch NVwZ 1987, 783/786, 789). Auch im Übrigen muss bedacht werden, dass die VwGO auf Außenrechtsstreitigkeiten zugeschnitten ist und insbesondere Streitigkeiten um Verwaltungsakte vor Augen hat; ihre Instrumente müssen daher den typischen Besonderheiten des Innenrechtsstreits angepasst und hierzu ggf. modifiziert oder analogiert werden. Die Klage ist daher nicht gegen die Behörde/Trägerkörperschaft, sondern gegen das (andere) Organ zu richten, dem die Kompetenzüberschreitung angelastet wird (VGH Mannheim VBlBW 2012, 339). Als **Klagearten** kommen die allgemeine Leistungs- und die Feststellungsklage entsprechend § 43, nicht jedoch die Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage oder eine Gestaltungsklage extra legem (Schoch JuS 1987, 783/788; Ehlers NVwZ 1990, 105/106; a. A. Grupp, Fs. Lüke, 1997, 207) und auch nicht die Fortsetzungsfeststellungsklage in Betracht (a. A. Ehlers NVwZ 1990, 105/107 sowie § 113 Rn. 106, 109), während sich die anfängliche Konstruktion einer Klage sui generis (vgl. noch OVG Münster OVGE 28, 208/210; OVG Lüneburg OVGE 27, 351) als überflüssig erwiesen hat. Die gerichtlichen Entscheidungen weisen das auch im verfassungsrechtlichen Organstreit zu beobachtende Vollstreckbarkeitsdefizit auf (vgl. § 67 BVerfGG; zum einstweiligen Rechtsschutz vgl. Schoch § 123 Rn. 44).

Organbefugnisse können auch im Außenrechtsstreit verteidigt werden, wenn sie von **Dritten** – etwa der Aufsichtsbehörde – bestritten werden (BayVBl 2012, 340/341).

II. Rechtsstreitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art

1. Allgemeines

Staatsleitende Regierungsakte sind nicht „justizfrei“ (Rn. 11); sie unterliegen jedoch nach der Rechtsschutzorganisation der Bundesrepublik Deutschland der Nachprüfung der Verfassungsgerichte, nicht der Verwaltungsgerichte. Die Verwaltungsgerichte dürfen sich nicht in die spezifisch verfassungsrechtliche Willensbildung und Betätigung oberster Staats-

§ 40 18–20

6. Abschnitt. Verwaltungsrechtsweg und Zuständigkeit

organe einmischen. Zu diesem **Zweck** nimmt § 40 verfassungsrechtliche Streitigkeiten von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte generell aus (Schoch/Ehlers Rn. 145 m. w. N.). Dies erfolgt ohne Rücksicht darauf, dass der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz seinerseits nicht lückenlos ist. Liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, für die ein Rechtsweg zu einem Verfassungsgericht nicht offen steht, so darf die Sache nicht durch eine **erweiternde Auslegung von § 40** vor die Verwaltungsgerichte gezogen werden. Eine Ausnahme ist freilich angebracht, wenn subjektiv-öffentliche Rechte in Rede stehen, so dass ohnehin fachgerichtlicher Rechtsschutz in die Lücke eintreten muss; hier sind die Verwaltungsgerichte gegenüber den ordentlichen Gerichten (Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG) sachnäher, was eine extensive bzw. den Vorbehalt gegenüber verfassungsrechtlichen Streitigkeiten auflockernde Auslegung rechtfertigt (BVerwG NJW 1985, 2344; kritisch Schoch/Ehlers Rn. 140; Schmitt Glaeser/Horn Rn. 56). Die Ausscheidung verfassungsrechtlicher Streitigkeiten wird – mit Blick auf Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG – in § 50 Abs. 1 Nr. 1 wiederholt, ohne dass dem eigenständige Bedeutung zukäme. Auch bei § 50 muss das (Bundes-) Verwaltungsgericht die Frage der verfassungsrechtlichen Qualität selbst beantworten, darf also nach § 50 Abs. 3 erst vorlegen, wenn es sie verneint, hingegen nicht schon bei bloßen Zweifeln (BVerfGE 109, 1; BVerwGE 50, 124/129).

2. Der Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit

- 18 Der Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit ist umstritten. Weitgehende Einigkeit besteht, dass eine formelle Abgrenzung anhand der Zuständigkeiten der Verfassungsgerichte ausscheidet; es gibt verfassungsrechtliche Streitigkeiten, für die auch zu den Verfassungsgerichten ein Rechtsweg nicht eröffnet ist (vgl. Rn. 17; a. A. Kopp/Schenke Rn. 32d). Weiterhin besteht im Grundsatz Einigkeit, dass es auf die materielle Rechtsnatur des streitigen Rechtsverhältnisses ankommt, freilich bei Unklarheiten im Einzelnen (dazu Rn. 19). Streit besteht, ob diese Unklarheiten durch zusätzliches Abstellen auf die Streitbeteiligten behoben werden können (dazu Rn. 21).
- 19 a) **Verfassungsrechtliches Rechtsverhältnis (materielles Kriterium).** Voraussetzung für die Annahme einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit ist die verfassungsrechtliche (und nicht verwaltungsrechtliche) Natur des streitigen Rechtsverhältnisses. Es muss also um Rechtsfolgen gestritten werden, die sich aus dem Verfassungsrecht herleiten (vgl. Rn. 31f.). Verfassungsrecht in diesem Sinne ist nicht nur das formelle, sondern auch das materielle Verfassungsrecht (vgl. BVerwGE 96, 45/48), grundsätzlich also auch das interne Organrecht (Geschäftsordnungen), das Parlaments-Wahlrecht, das Parteienrecht, das Abgeordneten- und Ministerrecht. Gleichwohl enthält gerade dieses verfassungskonkretisierende „einfache“ Gesetzesrecht zahlreiche Detailregelungen, die sachgerecht und zur Entlastung der Verfassungsgerichte durchaus den Fachgerichten anvertraut werden können; dies jedenfalls dann, wenn nicht nur Organrechte, sondern zugleich persönliche Rechte der Betroffenen in Rede stehen (zu Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 5). Darum nimmt die Rspr. bei Herleitung des Klaganspruchs aus „einfachem“ Recht eine verfassungsrechtliche Streitigkeit nur an, wenn die unmittelbar im (formellen) Verfassungsrecht wurzelnde Grundlage der „einfach“-gesetzlichen Regelung in Rede steht (vgl. BVerwG NJW 1985, 2344). Das berührt sich mit der überwiegenden Ansicht in der Literatur, es müsse um „*unmittelbar* verfassungsrechtliche“ Rechtsfolgen gestritten werden (Hufen § 11 Rn. 49; Schmitt Glaeser/Horn Rn. 56).
- 20 Weil sich öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art von solchen verfassungsrechtlicher Art nicht ganz eindeutig abgrenzen ließen, hat das Bundesverwaltungsgericht zunächst „einer mehr praktischen Abgrenzung den Vorzug gegeben“ und als ausschlaggebend angesehen, ob das streitige Rechtsverhältnis „**entscheidend vom Verfassungsrecht geformt** ist“ (BVerfGE 24, 272/279; 36, 218/228; 50, 124/130; 60, 162/172; NJW 1985, 2344, 2346) bzw. ob die Auslegung und Anwendung verfassungsrechtlicher Normen den eigentlichen Kern des Rechtsstreits bildet (BVerfGE 80, 355/357). Als entscheidend wird heute angesehen, welche „**Ebene des Rechtssystems**“ – die verfassungsrechtliche oder die einfachrechtliche – das dem Streit zugrunde liegende Rechtsverhältnis prägt (BVerfGE 109, 1/6; 116, 271/298, 326; BVerwGE 96, 45/48; 109, 258/259;

128, 99 Rn. 15). Wie auch sonst ist auf den Klaganspruch abzustellen (Rn. 31); eine hier-nach verwaltungsrechtliche Streitigkeit wird nicht dadurch zu einer verfassungsrechtlichen, dass der eigentliche Streit eine verfassungsrechtliche Vorfrage – etwa nach der Gültigkeit einer Norm – betrifft (BVerwGE 50, 124/131; NJW 1985, 2344; anders noch 22, 272/279) oder dass die maßgeblichen Rechtsnormen in Erfüllung verfassungsrechtlicher Regelungsaufträge ergingen und inhaltlich entscheidend von verfassungsrechtlichen Vorgaben geprägt sind (BVerwGE 80, 355/357; 96, 45/49).

b) Verfassungsrechtssubjekte als Streitbeteiligte (formelles Kriterium). Die Literatur sucht diese Unsicherheiten durch den Einbau eines formellen Kriteriums zu vermeiden. So wird überwiegend eine „**doppelte Verfassungsunmittelbarkeit**“ verlangt, dass nämlich nicht nur um materielles Verfassungsrecht gestritten wird, sondern dass zudem auf beiden Seiten des Rechtsstreits Verfassungsrechtssubjekte beteiligt sind (Redeker/v. Oertzen Rn. 3; Hufen § 11 Rn. 49; Schmitt Glaeser/Horn Rn. 56; Pietzner/Ronellenfitsch § 5 Rn. 4). Damit sollen Streitigkeiten zwischen einem Bürger und einem Verfassungsrechtssubjekt grundsätzlich den Verwaltungsgerichten zugänglich gemacht werden. Diese Begriffsverengung lässt sich jedoch nicht durchhalten (vgl. Rn. 27 ff.; kritisch auch Kopp/Schenke Rn. 32a) und verlässt zudem ohne Not den hier wie sonst im Rahmen des § 40 gebotenen Ausgang beim Streitgegenstand (Rn. 31); sie ist daher **abzulehnen**. Hält man den Ansatz beim Streitgegenstand auch hier fest, so zeigt sich, dass allerdings **der Beklagte** im Rechtsstreit ein Verfassungsrechtssubjekt sein muss: Ein verfassungsrechtlicher Anspruch steht im Streit, wenn ein **Verfassungsrechtssubjekt gerade als solches in Anspruch genommen wird** (so zutr. Schoch/Ehlers Rn. 149 ff.; vgl. auch Schenke JZ 1996, 998/1000).

Verfassungsrechtssubjekte im vorstehenden Sinne sind **Gebietskörperschaften** mit 22 Staatsqualität (Bund, Länder, nicht jedoch Kommunalkörperschaften), deren **Verfassungsorgane** (Bundes- und Landesregierungen, gesetzgebende Körperschaften, nicht jedoch Verwaltungsbehörden einschließlich der Ministerien in dieser Funktion, auch nicht Rechnungshöfe; zu Letzteren BVerfGE 74, 69/75; OVG Münster NJW 1980, 137; VGH Kassel NVwZ-RR 1994, 511, 515; Kopp JuS 1981, 419; a. A. Belemann DÖV 1979, 682/684; differenzierend Haverkate AÖR 107, 539/556) **und Teile derselben** (Minister als Regierungsmitglied, Präsident des Bundestages, Abgeordnete, Parlamentsfraktionen und -ausschüsse, nicht jedoch Verwaltungsstellen der Verfassungsorgane wie die Direktoren der gesetzgebenden Körperschaften, der Verfassungsgerichte usw.) sowie andere am Verfassungsleben beteiligte Stellen („Faktoren des Verfassungslebens“, vgl. BVerfGE 1, 208/221; 27, 240/246; hierher zählen insb. die **Parteien** in ihrer organkreativen Funktion; vgl. aber zum Wahlrecht Rn. 28; krit. Schoch/Ehlers Rn. 153).

3. Rechtsstreitigkeiten zwischen Verfassungsrechtssubjekten

Rechtsstreitigkeiten zwischen Verfassungsrechtssubjekten können sowohl verfassungsrechtlicher wie verwaltungsrechtlicher (vgl. § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegenüber Art. 93 Abs. 1 Nrn. 3, 4 GG), aber auch bürgerlich-rechtlicher Art sein; entscheidend ist, ob speziell verfassungsrechtliche Aufgaben und Befugnisse im Streit stehen.

Zu den „klassischen“ Verfassungsstreitigkeiten zählen **Organstreitigkeiten** zwischen 23 Verfassungsorganen und -organteilen um organschaftliche Befugnisse (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG). Auch hier sind freilich verwaltungsrechtliche Streitigkeiten möglich. Ordnungsmaßnahmen des Parlamentspräsidenten gegenüber einzelnen Abgeordneten in der Sitzung sind verfassungsrechtlicher Art (vgl. BVerfGE 60, 374/377); anders die Ausübung des **Hausrechts**, z.B. Sperrung des Amtstelefons eines Abgeordneten (a. A. BadwürtStGH DVBl 1988, 632; vgl. Pietzner/Ronellenfitsch § 5 Rn. 4; Köhler DVBl 1992, 1577). Ähnlich liegt es bei Streitigkeiten zwischen einem Abgeordneten und dem Parlamentspräsidenten um die Zahlung von **Diäten und Aufwendungsentschädigungen**: Der Verwaltungsrechtsweg ist gegeben, soweit es um die Anwendung des geltenden Rechts geht (vgl. BVerwG NJW 1985, 2344); verlangt der Abgeordnete hingegen höhere als die vorgesehene Diäten, so wendet er sich in Wahrheit gegen den zugrunde liegenden Parlamentsbeschluss, und es liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor (BVerfGE 80, 188/208;

§ 40 25, 26

6. Abschnitt. Verwaltungsrechtsweg und Zuständigkeit

Schoch/Ehlers Rn. 159). Ein Streit um die Einhaltung der Transparenzregeln der Abgeordneten ist verwaltungsrechtlicher Art (BVerwG DVBl 2010, 114 Rn. 16; vgl. noch § 50 Rn. 8a). Der Streit um die **Rückforderung von Fraktionszuschüssen** wegen deren angeblich zweckwidriger Verwendung ist ebenfalls als verwaltungsrechtlich zu qualifizieren, unabhängig davon, ob eine Anspruchsgrundlage außerhalb des formellen Verfassungsrechts besteht (**a. A.** BVerwG NJW 1985, 2346; StGH Bremen NVwZ 1997, 786 und dazu BVerfG-Kammer NVwZ 1998, 387; Schoch/Ehlers Rn. 193). Verwaltungsrechtlicher Natur ist auch die Klage eines Datenschutzbeauftragten gegen einen Minister auf Auskunfterteilung (OVG Bautzen NJW 1999, 2832). Klagen um die **Fraktionszugehörigkeit** sind bei Parlamentsabgeordneten verfassungsrechtlicher Art (BbgVerfGH NVwZ-RR 2004, 161). Ebenso liegt es bei Streitigkeiten zwischen Parteien und dem Parlamentspräsidenten um die konkrete Durchführung der **Wahlkampfkostenerstattung**, denn der Parlamentspräsident wird insoweit nicht als Verfassungsorgan tätig; dass das Institut der Wahlkampfkostenerstattung als solches nach der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts verfassungsrechtlich determiniert ist, ändert nichts (BVerfGE 27, 152/157; 28, 97/102; BVerwGE 44, 187/189; NJW 2003, 1135; Ule S. 49; zum Streit zwischen Parteien, die eine Listenverbindung eingegangen waren, um Wahlkampfkosten: OLG Brandenburg NJW 1998, 910 – Zivilrechtsweg).

25 Eine weitere Hauptgruppe verfassungsrechtlicher Streitigkeiten bildet der **Bund-Länder-Streit** (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG) sowie andere föderative Streitigkeiten (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG). Trotz des insoweit offenen Wortlauts eröffnet Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG dem Bundesverfassungsgericht keine Auffangzuständigkeit für nichtverfassungsrechtliche Streitigkeiten (Umbach/Dollinger, MAK-BVerfGG, § 71 Rn. 8ff.; **a. A.** Schoch/Ehlers Rn. 165 m. w. N.; vgl. § 50 Rn. 3). Verfassungsrechtlicher Art ist der Streit um eine bundesaufsichtliche Weisung nach Art. 85 Abs. 3 GG (BVerfGE 81, 310; 104, 249; BVerwGE 84, 25; NVwZ 1998, 500; Ossenbühl DVBl 1991, 833), verwaltungsrechtlicher Art das Verlangen des Bundesrechnungshofs, die Verwaltung von Gemeinschaftsteuern bei den Länderfinanzbehörden zu überprüfen (BVerwGE 116, 92). Ob ein **Ersatzverlangen des Bundes gegen ein Land** (Art. 104a Abs. 5 GG) verfassungs- oder verwaltungsrechtlicher Art ist, beurteilt sich nach dem Rechtsverhältnis („Grundverhältnis“), aus dem der Ersatzanspruch hergeleitet wird. Geht es um die Ausführung eines Bundesgesetzes und ist dieses seinerseits verwaltungsrechtlicher Art, so ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben (BVerwGE 96, 45/48; 104, 29/31; 128, 99 Rn. 16; NVwZ 2009, 599; LKV 2012, 24). Auch beim Rückgriff des Bundes für Anlastungen seitens der EG wurzeln lediglich die Grundfragen im Verfassungsrecht, während die Details verwaltungsrechtlicher Art sind (BVerfGE 109, 1/7; 116, 271/298, 326; vgl. BVerwGE 128, 342 zum LastG). Die Ersatzpflicht des Bundes für Kriegsfolgelasten (Art. 120 GG) ist verwaltungsrechtlicher Art (BVerwG NVwZ 2004, 1125). Die Klage eines Landes gegen den Bund auf Erteilung einer **Aussagegenehmigung für einen Bundesminister vor einem Untersuchungsausschuss des Landtags** ist ebenfalls kein Verfassungsstreit (BVerwGE 109, 258).

26 Die Zuordnung eines **Vertrages** zwischen Verfassungsrechtssubjekten richtet sich nach der Rechtsnatur der durch ihn geregelten Materie (BVerfGE 42, 103/113; 42, 345/355; vgl. Rn. 68). **Koalitionsvereinbarungen** sind hiernach verfassungsrechtlicher Natur; selbst wenn sie einklagbar sein sollten, wären doch weder die Verwaltungs- noch gar die Zivilgerichte zuständig (Schmitt Glaeser/Horn Rn. 57; Stern, Staatsrecht I § 13 IV 3; Jung DÖV 1984, 197/203; Rupp AöR 85, 1960, 149/157; **a. A.** BGHZ 29, 187; Kopp/Schenke Rn. 36; Friauf AöR 88, 1963, 257/307). Ein **Staatsvertrag** zwischen Ländern oder zwischen dem Bund und einem Land kann verwaltungsrechtliches Gepräge besitzen, und zwar auch dann, wenn er inhaltlich grundrechtlichen Anforderungen – womöglich einem aus Grundrechten hergeleiteten „Verfassungsauftrag“ – unterliegt (BVerfGE 42, 103/115; BVerwGE 50, 124/131). Das sog. Lindauer Abkommen regelt Verfassungsfragen (BVerfGE 42, 103/113), der ZVS-Vertrag ist ein Verwaltungsabkommen (ebd.; BVerwGE 50, 137/139), ebenso ein Rundfunk-Staatsvertrag (BVerwGE 54, 29; 60, 162/173; 107, 275/278). Rechtsstreitigkeiten aus einem verwaltungsrechtlichen Vertrag sind regelmäßig verwaltungsrechtlicher Art (BVerwG Buchholz 11 Art. 104a Nr. 24 – zu Art. 52 PflegeVG), Rechtsstreitigkeiten aus einem verfassungsrechtlichen Vertrag können verfassungs- wie verwaltungsrechtlicher Art sein (BVerfGE 42, 103/113; 62, 295/314).

4. Rechtsstreitigkeiten zwischen Bürger (Gemeinde) und Verfassungsrechts-subjekt

Für die Annahme einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit ist nicht Voraussetzung, dass am Rechtsstreit auf beiden Seiten ein Verfassungsorgan beteiligt ist (vgl. allg. Rn. 21). Ebenso kann ein Rechtsstreit zwischen einem Bürger und einem Verfassungsrechtssubjekt verfassungsrechtlicher Art und der Verwaltungsrechtsweg darum versperrt sein (ungenau daher BVerwGE 36, 218/228; 51, 69/71). Entscheidend ist auch hier, ob das Verfassungsrechtssubjekt gerade als solches in Anspruch genommen wird. So liegt ein verfassungsrechtlicher Streit vor, wenn der Bürger auf **Erlass** eines förmlichen Gesetzes klagt **oder** (principaler) die **Gültigkeit** (Verfassungsmäßigkeit) **eines förmlichen Gesetzes** anzweifelt (BVerfGE 31, 364/368; 45, 297/334; BVerwGE 75, 330/334; 80, 355/358); die Kontrolle des parlamentarischen Gesetzgebers ist den Verwaltungsgerichten wie jedem anderen Fachgericht entzogen, selbst wenn es die Rechtssatzverfassungsbeschwerde (§ 90 Abs. 1, § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG) nicht gäbe (anders bei untergesetzlicher Rechtsnorm, BVerwG NVwZ 2002, 1505). Das kann auch nicht durch eine Feststellungsklage gegen den Normgeber umgangen werden; verwaltungsrechtlicher Art ist nur eine Feststellungsklage, die sich gegen die Vollzugsbehörde richtet und in der sich die Frage der verfassungsgemäßen Gesetzeslage als Vorfrage stellt (vgl. BVerwGE 129, 199). Dasselbe gilt für eine Klage, mit der sich ein Bürger gegen ein Haushaltsgesetz (OVG Hamburg DÖV 1986, 439) oder eine **Gemeinde** gegen ein Neugliederungsgesetz wendet; anders bei Neugliederung durch Verordnung (Hoppe/Rengeling, Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform, 1973). Klagt eine Gemeinde, ein kommunaler Spitzenverband oder eine sonstige Interessengruppe auf **Anhörung im Gesetzgebungsverfahren**, so wird das Anhörungsorgan nicht gerade als Gesetzgeber in Anspruch genommen; auch praktischen Anforderungen wird die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs eher gerecht (OVG Münster NJW 1994, 1673/1674 – Gewerkschaft; Ossenbühl DÖV 1969, 548/549; Schoch/Ehlers Rn. 170; **a.A.** OVG Münster NJW 1970, 788 – Gemeinde; Redeker/v. Oertzen Rn. 5). Das dürfte bei der Aufstellung des Szenariorahmens und beim Entwurf des nationalen Netzentwicklungsplans im Vorfeld des Bundes(netz)bedarfsplans Bedeutung erlangen (§§ 12aff. EnWG); alles spricht dafür, Streitigkeiten um Verfahrensfragen in diesem Vorfeld der Gesetzgebung durch Gewährung von Verfassungsrechtsschutz abzuschichten. Der Anspruch eines außenstehenden Dritten auf **Widerruf** und künftige Unterlassung angeblich (grund-) rechtsverletzender **parlamentarischer Äußerungen** ist nichtverfassungsrechtlicher Art, selbst wenn der in Anspruch Genommene sich mit besonderen verfassungsrechtlichen Befugnissen verteidigt (vgl. Ule S. 49 sowie Rn. 84).

Streitig, aber als solches ohne große praktische Relevanz ist, ob und inwiefern bei **28** **Wahlrechtsstreitigkeiten** der Bürger als Bürger oder als Teil des Verfassungsorgans „Wahlvolk“ auftritt (dazu Schoch/Ehlers Rn. 187). Die Wahlprüfung eröffnet eine verfassungsrechtliche Streitigkeit, soweit Wahlen zum Bundestag (Art. 41 GG nebst WahlprüfG; vgl. BVerfGE 66, 369/373) oder zu einem Landtag (etwa VGH Kassel NVwZ 1995, 799) in Rede stehen; anders bei Kommunalwahlen. Als verfassungsrechtlich wird auch der Streit zwischen einem Bürger und der zuständigen Behörde um die Zulässigkeit eines **Volksbegehrens** (OVG Münster NJW 1974, 1671), um die Eintragungsfrist bei Volksbegehren (BayVGH NVwZ 1991, 386) und um die Gültigkeit einer Rechtsverordnung zur Volksabstimmung (VGH Kassel NVwZ 1991, 1098; krit. Schoch/Ehlers Rn. 198) angesehen. Rechtsstreitigkeiten um Wahl- oder Abstimmungsvorbereitungshandlungen (Eintragung ins Wählerverzeichnis; Gültigkeit eines Wahlvorschlags; Anerkennung einer Partei, dazu BVerfG-Kammer NVwZ 1988, 817; 2009, 1367) sind hingegen verwaltungsrechtlicher Art (offen BVerwGE 51, 69/71); ebenso Streitigkeiten um Modalitäten der Durchführung eines Volksbegehrens, die nicht unmittelbar durch die Verfassung selbst geregelt sind (Wolnicki LKV 1997, 313; Herrmann LKV 2000, 104; Kopp/Schenke Rn. 33; **a.A.** OVG Berlin LKV 1999, 365; VG Potsdam LKV 1997, 338). Eine andere Frage ist, inwieweit die diesbezügliche Klage durch die besondere Wahlprüfung ausgeschlossen ist (insoweit richtig OVG Bautzen SächsVBl 1999, 210). § 49 BWahlG dürfte mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG restriktiv auszulegen sein (vgl. Schenke, Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 241;

§ 40 29–31

6. Abschnitt. Verwaltungsrechtsweg und Zuständigkeit

Franzke DVBl 1980, 730; NWVBl 2002, 3; Schoch/Ehlers Rn. 187; Pietzner/Ronellenfitsch § 5 Rn. 4; **a. A.** Ule S. 50). Das Bundesverwaltungsgericht hat jedenfalls eine Feststellungsklage über die Wahlberechtigung des Klägers *jenseits* einer konkreten Wahl (mit der Folge seiner Aufnahme in *künftige* Wählerverzeichnisse) auch bei Bundestagswahlen nach § 40 VwGO zugelassen (BVerwGE 51, 69/71).

- 29 Der Abschlussbericht eines parlamentarischen **Untersuchungsausschusses** ist jeder gerichtlichen Nachprüfung – auch der verfassungsgerichtlichen – entzogen (Art. 44 Abs. 4 GG); im Übrigen bleibt Rechtsschutz möglich (Schoch/Ehlers Rn. 184). Der Streit um die Einsetzung und den Untersuchungsauftrag ist ebenso verfassungsrechtlicher Natur wie der Streit zwischen Ausschussmehrheit und -minderheit um Einzelheiten der Beweiserhebung oder der Streit zwischen Ausschuss und Regierung um eine Aktenvorlage (BVerfGE 49, 70/86; 67, 100/127, 143; BayVerfGH DVBl 1986, 233; BayVBl 1994, 463; NdsStGH DVBl 1986, 237; OVG Saar AS 30, 99). Im Zuge seiner Beweisaufnahme wird der Untersuchungsausschuss aber „wie ein Verwaltungsorgan“ tätig, weswegen diesbezügliche Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art sind (BVerwG Buchholz 310 § 40 Nr 305; Glauben DVBl 2006, 1263; **a. A.** Kopp/Schenke Rn. 35; di Fabio JZ 1995, 828). Im Allgemeinen ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben, sofern nicht eine Sonderzuweisung in einen anderen Rechtsweg vorliegt. Für Untersuchungsausschüsse des Bundestages ist der BGH zuständig (§ 17 IV, § 36 PUAG). Bei Landtagen verbleibt es bei den vorstehenden Grundsätzen. Vor die Verwaltungsgerichte gehören hiernach: Klagen des Untersuchungsausschusses auf Erteilung einer Aussagegenehmigung für Beamte oder Minister (BVerfGE 109, 258/260) oder auf Vorlage von Akten einer Verwaltungsbehörde (BVerwG Buchholz 310 § 40 Nr 305; bei Strafakten über laufendes Ermittlungsverfahren gilt hingegen § 23 EGGVG: BGHSt 46, 261 = NJW 2001, 1077); Klagen eines Bürgers gegen seine Vorladung u. a. (BVerwG NJW 1988, 1924; OVG Münster NVwZ 1990, 1083; NJW 1999, 80; BayVerfGH DÖV 1992, 967), auf Einsicht in die Ausschussakten (OGV Münster DVBl 1998, 1357) oder auf Herstellung der Öffentlichkeit (OGV Berlin NJW 2002, 313). Daselbe gilt für Klagen, mit denen einer dritten Behörde die Herausgabe von Akten an den Untersuchungsausschuss untersagt werden soll (OGV Koblenz NVwZ 1986, 575; OVG Münster NVwZ 1990, 1083; BayVerfGH DÖV 1992, 967). Will der Untersuchungsausschuss im Zuge seiner Beweiserhebung Zwangsmittel einsetzen, so bedarf es der richterlichen Anordnung, die beim zuständigen Fachgericht zu beantragen ist (BVerfGE 77, 1/51; OVG Bremen NVwZ 1989, 1080); das kann das Amtsgericht, aber auch das Finanzgericht sein. Gegen den zugrunde liegenden Beschluss des Untersuchungsausschusses verbleibt es beim Verwaltungsrechtsweg (OGV Berlin DVBl 2001, 1224; vgl. Rn. 136).
- 30 Der behauptete Anspruch eines Bürgers, der Bund solle **militärische Tiefflüge** unterlassen bzw. in diesem Sinne auf seine NATO-Verbündeten einwirken, ist nichtverfassungsrechtlicher Art (BVerfGE 97, 203/205). Klagen wegen einer **Petition** sind verwaltungsrechtlicher Art (BVerfG-Kammer DVBl 1993, 32; BVerwG NJW 1976, 637; NJW 1977, 118; vgl. aber BayVerfGH NJW 1983, 809; OVG Bremen DVBl 1990, 1363; sowie Rn. 14). Zum Gnadenrecht des Ministerpräsidenten Rn. 12, 134.

III. Rechtsstreitigkeit öffentlich-rechtlicher Art

1. Maßgeblich der Streitgegenstand

- 31 a) **Klaganspruch und zugrunde liegendes Rechtsverhältnis.** Die Rechtswegfrage beurteilt sich nach dem Streitgegenstand (GmSOGB BGHZ 102, 280/283; Pietzner/Ronellenfitsch § 5 Rn. 21; undeutlich Schoch/Ehlers Rn. 98). Der Streitgegenstand ist der prozessuale Anspruch, der durch den zur Begründung vorgetragenen tatsächlichen Lebenssachverhalt (Klagegrund) näher bestimmt wird (§ 121 Rn. 23). Welcher Rechtsnatur die Rechtsstreitigkeit ist, richtet sich nach der Rechtsnatur der materiellrechtlichen Normen (Anspruchsgrundlagen), nach denen zu urteilen ist, ob das Klagebegehren nach dem unterbreiteten Lebenssachverhalt begründet ist oder nicht (vgl. BGHZ 121, 367/372; NJW 1996, 3012). Das Klagebegehren ist öffentlich-rechtlich, wenn es sich als unmittelba-

re Folge des öffentlichen Rechts darstellt. Ist es nach einem Rechtssatz zu beurteilen, so ist dessen Rechtsnatur entscheidend (vgl. sogleich Rn. 32). Beruft sich der Kläger auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung, so kommt es auf deren Rechtsnatur an, die sich regelmäßig nach der Rechtsnatur ihres Gegenstandes bestimmt (Rn. 67). Ist die Existenz einer Anspruchsgrundlage zweifelhaft, so ist entscheidend, welche Rechtsnatur sie hätte, wenn es sie denn gäbe.

Die Rechtsprechung fasst das Vorstehende regelmäßig dahin zusammen, entscheidend sei **32** die Rechtsnatur des **Rechtsverhältnisses**, aus dem der Klaganspruch hergeleitet wird (BVerfGE 42, 103/113; 67, 100/123; GmSOGB BGHZ 102, 280/283; 108, 284/286; BVerwGE 89, 281/282; 96, 71/73; 129, 9; NVwZ-RR 2009, 308; zur Theorie des Sachzusammenhangs Wolff/Bachof/Stober/Kluth § 22 Rn. 44). Dabei wird freilich nur zum Teil auf das Rechtsverhältnis abgestellt, welches die Beteiligten verbindet, im Übrigen aber auf das „Rechtsverhältnis“, aus dem heraus die beteiligte Behörde gehandelt hat. Das ist bei Anfechtungs- und anderen Abwehrklagen gegen hoheitliches Handeln richtig; hier kommt es auf die Rechtsnatur der Ermächtigungsgrundlage an. Soweit auf das die Beteiligten umgreifende Rechtsverhältnis abgestellt wird, erfolgt – besonders in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – mitunter eine Distanzierung von der unmittelbaren Anspruchsgrundlage; die Natur des Rechtsverhältnisses wird anhand einer Gesamtwürdigung aller im Rahmen der Anspruchsgrundlage heranziehenden Rechtsnormen beurteilt. Daher erscheint ein Klaganspruch als öffentlich-rechtlich, wenn der beklagten Behörde ein (auch schlicht-)hoheitliches Verhalten abverlangt wird, selbst wenn die Anspruchsgrundlage für sich gesehen privatrechtlicher Natur ist (vgl. BGHZ 48, 239/240; DVBl 1970, 275; vgl. Rn. 33, zur Vorfragenkompetenz Rn. 40). Mit dem Rückgang auf das umfassende Rechtsverhältnis darf einer eindeutig hoheitlichen Regelung nicht die öffentlich-rechtliche Rechtsqualität abgesprochen werden, nur weil sie – systemwidrig – im Rahmen eines im Übrigen privatrechtlich geordneten Rechtsverhältnisses ergeht (so aber BVerwGE 38, 1/4). Für die Anfechtung eines Inanspruchnahmebescheides ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben, auch wenn der Kläger geltend macht, die Behörde hätte ein Vergabeverfahren unterlassen und so den Vergaberechtsweg umgangen; ob das so ist und der Bescheid deshalb rechtswidrig ist, ist Frage der Begründetheit der Klage (BVerwG NVwZ 2008, 694). Ebenso ist für die Anfechtung einer hoheitlichen Maßnahme der Kartellbehörde auf diese abzustellen, nicht auf die Rechtsnatur des subjektiven Rechts, dessen Verletzung der Kläger behauptet (**a. A.** BSG GesR 2011, 38). Umgekehrt wird ein Rechtsstreit zwischen Privaten nicht dadurch zum öffentlich-rechtlichen, dass mittelbar auf öffentlich-rechtliche Normen abzustellen ist wie vermittels § 906, § 1004 oder § 823 Abs. 2 BGB (BGH FamRZ 2011, 476; BVerwG NJW 2013, 2298; zum Baunachbarstreit richtig Mampel NVwZ 1999, 385 gegen Ortloff NVwZ 1998, 932; vgl. Rn. 82, 88). Ohne weiteres kommt es auf die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses an, wenn dessen Bestehen oder Nichtbestehen unmittelbar Gegenstand einer (Feststellungs-)Klage ist (BVerwGE 22, 272/279; 41, 127).

Bei Klagen auf **Vornahme** oder Unterlassung **einer Handlung** kommt es nicht auf deren Rechtsnatur, sondern ebenfalls auf den geltend gemachten Anspruch an (BVerwGE 87, 115/119). Daher entscheiden die Verwaltungsgerichte über Beteiligungsansprüche von Gemeinden an regionalen Energieversorgern aus § 4 Abs. 2 KVG, selbst wenn der Anspruch durch zivilrechtliches Rechtsgeschäft (Anteilsübertragung) zu erfüllen ist (BVerwGE 122, 157 u. 166; OVG Berlin LKV 2001, 375). Umgekehrt sind die ordentlichen Gerichte für Klagen aus privatrechtlichen Verträgen oder anderen privaten Rechtsverhältnissen zuständig, auch wenn die hieraus verlangte Leistung in einer Handlung besteht, die öffentlich-rechtliche Wirkungen auslösen soll; so etwa bei Klagen auf Zustimmung zur Grenzbebauung (BGH NJW 1978, 695) und zum Studienplatztausch (OLG München NJW 1978, 701), auf Mitwirkung bei der gemeinsamen Steuererklärung von Ehegatten (BGH NJW 1983, 1545), auch bei Klagen auf Rücknahme einer Klage vor dem Verwaltungsgericht (vgl. BGHZ 79, 131) oder auf Abwendung hoheitlicher Zwangsmaßnahmen. Zweifelhaft ist, ob aus einem privaten Rechtsgrund (Vertrag) auch von einem Hoheitsträger unmittelbar eine hoheitliche Handlung – etwa eine Widmung – beansprucht werden kann, wofür dann gleichfalls die Zivilgerichte zuständig sind (vgl. BVerwGE 87, 115/119), oder ob

§ 40 34–36

6. Abschnitt. Verwaltungsrechtsweg und Zuständigkeit

- eben wegen der streitigen Verpflichtung der Vertrag jedenfalls insoweit als öffentlich-rechtlich anzusehen ist (so Schoch/Ehlers Rn. 209; vgl. Rn. 32, 71).
- 34 Für die Rechtswegfrage sind die vom Kläger aufgestellten tatsächlichen Behauptungen – im Sinne einer Schlüssigkeitsprüfung – als zutreffend zu unterstellen; eine Beweisaufnahme erfolgt nicht (BVerfGE 42, 103/110; GmSOGB BGHZ 102, 280/284; 108, 284/286; BVerwGE 40, 52/54; 89, 281/283; BGHZ 121, 367/372; NJW 1996, 3012; im Verhältnis der Zivil- zu den Arbeitsgerichten teilw. abw. BAG NJW 1994, 604; BAGE 83, 40/49; 106, 273/275; BGHZ 183, 49). Das gilt jedenfalls bei sog. doppelrelevanten Tatsachen, bei deren Vorliegen die Klage auch begründet wäre (BGHZ 183, 49 m. w. N.; wegen des Untersuchungsgrundsatzes kritisch Schoch/Ehlers Rn. 218f. m. w. N.; abw. auch Gärditz/Haack §§ 17ff. GVG Rn. 7ff; vgl. noch § 41 Rn. 18, 24). Unerheblich ist, auf welche Norm der Kläger seinen Anspruch selbst stützt und wie er ihn selbst qualifiziert; vielmehr kommt es auf die **wahre Rechtsnatur des Anspruchs** an (BVerfGE 67, 100/123; GmSOGB BGHZ 108, 284/286; BVerwG NVwZ 1983, 220; E 96, 71/74; NVwZ 2008, 694; BGHZ 121, 367/372; 162, 78; 176, 222). Oft – besonders bei bruchstückhaftem Klägervortrag – erschließt sich die Rechtsnatur des Klaganspruchs erst aus dem Beklagtenvorbringen, das daher berücksichtigt werden muss (vgl. auch Rn. 38). Die nötigen Feststellungen kann auch das Revisionsericht noch treffen (BGHZ 65, 119/121; beachte aber § 17a Abs. 5 GVG, dazu § 41 Rn. 37f.).
- 35 Ein Anspruch, der nur aus einer materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage herzuleiten ist, kann nur entweder dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehören; eine Doppel- oder **Mischnatur ist ausgeschlossen** (BVerwG DÖV 1977, 366; das schließt nicht aus, dass eine Rechtshandlung Ansprüche verschiedener Rechtsnatur auslöst, vgl. Rn. 75, 84). Kann der Adressat eines Verwaltungsakts einen Aufhebungsanspruch aus zwei Rechtsgründen (Klagegründen) herleiten, für die verschiedene Rechtswege (z. B. zum VG und zum Richterdienstgericht) gegeben sind, gibt die Rspr. ein Wahlrecht (BVerwGE 67, 222). Probleme bereitet, wenn ein prozessualer Anspruch – bei *einheitlichem* Lebenssachverhalt – gleichzeitig aus mehreren Anspruchsgrundlagen begründbar ist (**Anspruchsnormenkonkurrenz**); in diesen Fällen kann ein einheitlicher Streitgegenstand an sich der Beurteilung durch verschiedene Gerichtsbarkeiten zugewiesen sein (vgl. aber § 17 Abs. 2 GVG; dazu § 41 Rn. 18ff.). Liegen hingegen mehrere Streitgegenstände vor (zum Begriff § 121 Rn. 23ff.), so müssen bei unterschiedlichen Rechtswegen mehrere Klagen erhoben werden (vgl. etwa BVerwGE 67, 222/226), § 17 Abs. 2 GVG greift nicht ein (anders BVerwG 10.5.2010 – 4 B 18.10 – Rn. 9; vgl. noch § 41 Rn. 19).
- 36 **b) Sonderfälle.** Der Klaganspruch behält seine Rechtsnatur, wenn er erst durch **Abtretung** (BVerwG ZBR 1984, 218; BGH WM 2013, 1641; LG Leipzig LKV 2003, 390 – Abtretung an Kommunal-GmbH zur Geltendmachung), **cessio legis** (BVerwG Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 43; VwRspr 31, 548 = ZBR 1980, 127), Pfändung und Überweisung (BSG NJW 1999, 895) oder im Wege der **Erbfolge** (BVerwGE 37, 314/317) auf den Kläger übergegangen ist. Auch deshalb ist der – oft wiederholte – Satz, öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Privaten kämen nur bei Beteiligung Beliehener vor (BVerwGE 61, 222/224; NJW 2006, 2568; NVwZ-RR 2009, 308), in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Allerdings nimmt die Rspr. an, dass eine Abgabenforderung, die von einem Gesamtschuldner oder einem Dritten erfüllt wird und darum auf diesen übergeht, ihren hoheitlichen Kontext verliert und zur bloßen – privatrechtlichen – Erstattungsforderung wird (BVerwG NJW 1993, 1667; BGHZ 75, 23/24; str.; zustd. Stolterfoth JZ 1975, 658/661; Staudinger/Busche, Rn. 6 vor § 398 BGB; abl. Clemens, Steuerprozesse zwischen Privatpersonen; Ohler DÖV 2004, 518/522; vgl. Stober JuS 1981, 740; Kissel/Mayer § 13 GVG Rn. 88, 103). Dem ist zu folgen, sofern dem Schuldner die spezifisch öffentlich-rechtlichen Einwendungen erhalten bleiben. Wer den hoheitlichen Charakter der Forderung gewahrt sehen will, kann den Zessionar nicht gleichwohl auf den Zivilrechtsweg verweisen (so aber Ohler 524). – Der Anfechtungs- und Erstattungsanspruch des **Insolvenzverwalters** folgt aus dem Insolvenzrecht und ist bürgerlich-rechtlich, auch wenn die angefochtene Verfügung des Gemeinschuldners der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit diente (BGH NJW 2011, 1365; offenbar a.A. GmS-OGB BGHZ 187,