

Entscheidungsbesprechung

BVerwG, Urt. v. 26.3.2025 – 6 C 6.23¹

Kein Verwaltungsrechtsweg für Rechtsschutz gegen schlichten Parlamentsbeschluss

1. Die Annahme einer nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte entzogenen Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art setzt nicht voraus, dass ausschließlich Verfassungsrechtssubjekte beteiligt sind (sogenannte doppelte Verfassungsunmittelbarkeit). Maßgeblich ist vielmehr, ob es im Kern des Rechtsstreits um das staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsrechtssubjekts als solches, das heißt gerade um dessen besondere verfassungsrechtliche Funktionen und Kompetenzen geht.
2. Begehren Einzelpersonen Rechtsschutz gegen einen schlichten Parlamentsbeschluss, das heißt eine allgemeine politische Willensäußerung des Parlaments ohne rechtliche Verbindlichkeit, handelt es sich generell um eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art, für die nicht der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, sondern ausschließlich die Verfassungsgerichtsbarkeit zuständig ist.
3. Die Prüfungssperre des § 17a Abs. 5 VVG gilt nicht im Verhältnis von Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit.

(Amtliche Leitsätze)

VwGO § 40 Abs. 1 S. 1

VVG § 17a Abs. 5

Wiss. Mitarbeiter Max Benjamin Hopp, B.A., Wiss. Mitarbeiter David Neuhoﬀ, München*

I. Einführung

Seit geraumer Zeit geht das „Phantom der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“² in Klausurbearbeitungen und Lehrbüchern zum Verwaltungsprozessrecht³ um. Nach der Formel der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, wenn auf beiden Seiten unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte streiten und inhaltlich der Kern des Rechtsstreits im Verfassungsrecht liegt.⁴ Sind diese Voraussetzungen gegeben, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO nicht eröffnet; es bleibt dem Rechtsschutzsuchenden allenfalls der Gang zu den Verfassungsgerichten.

* Max Benjamin Hopp ist Rechtsreferendar am Oberlandesgericht München und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatrechtstheorie an der LMU München. David Neuhoﬀ ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Völkerrecht und Öffentliches Recht an der LMU München.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht in BVerwGE 185, 242.

² Bethge, JuS 2001, 1100 (1100).

³ Siehe etwa Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 11 Rn. 49 ff.; Wolff/Decker, VwGO/VwVfG, Studienkommentar, 4. Aufl. 2021, VwGO § 40 Rn. 65; Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 213; Mann/Wahrendorf, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 129.

⁴ Statt vieler Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 11 Rn. 49.

Die bemerkenswerte Persistenz, mit der sich diese Zuständigkeitsabgrenzung der Verwaltungs- von der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur in der Ausbildung, sondern auch in der Judikatur der Instanzgerichte⁵ hält, mag den auf den ersten Blick überraschenden Begründungsaufwand erklären, mit dem das BVerwG in seinem Urteil vom 26.3.2025 die Formel von der doppelten Verfassungs-unmittelbarkeit zurückweist. Denn von ihr hat das Gericht schon seit Längerem Abstand genommen. Während sich in der frühen, freilich nicht stets einheitlichen Rechtsprechung des BVerwG als maßgebliches Kriterium die Frage etabliert hat, ob das streitige Rechtsverhältnis entscheidend vom Verfassungsrecht geformt ist,⁶ hat das BVerwG in den 70er-Jahren im Sinne einer doppelten Verfassungs-unmittelbarkeit bisweilen als weiteres Kriterium angeführt, dass dem Verfassungsrecht „nur die Rechtsbeziehungen von Verfassungsorganen oder am Verfassungsleben beteiligten Organen zueinander zuzurechnen [sind], nicht aber diejenigen zwischen dem Bürger [...] und dem Staat“⁷. Diese ohnehin nicht konsequent verfolgte Linie⁸ gab das Gericht in seiner jüngeren Rechtsprechung stillschweigend wieder auf und stellte nur noch auf den materiellen Gehalt der Streitigkeit ab.⁹

Nunmehr scheint sich das BVerwG auf die sog. materielle Subjektstheorie festgelegt zu haben:¹⁰ Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art seien demnach nur solche, bei denen es „im Kern des Rechtsstreits um das staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsrechtssubjekts als solches, das heißt gerade um dessen besondere verfassungsrechtliche Funktionen und Kompetenzen geht“¹¹.

Der Beitrag stellt zunächst den der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt und die Prozessgeschichte dar (II.). Sodann werden zur Kontextualisierung der Entscheidung die zur Auslegung des Kriteriums der nichtverfassungsrechtlichen Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO im Wesentlichen vertretenen Ansichten skizziert (III.). Es folgt eine Analyse der Argumentation des BVerwG sowie der aus der neuen Rechtsprechung resultierenden verfassungsdogmatischen und verfassungspraktischen Folgen (IV.). Vor diesem Hintergrund schließt der Beitrag mit einer Empfehlung zum Umgang mit dem Kriterium der nichtverfassungsrechtlichen Streitigkeit in Fallbearbeitungen (V.).

II. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Am 17.5.2019 fasste der Deutsche Bundestag auf gemeinsamen Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und Bündnis 90/Die Grünen den Beschluss „Der BDS-Bewegung entschlossen entgegen-treten – Antisemitismus bekämpfen“.¹² Darin ordnete der Bundestag Argumentationsmuster und Methoden der „Boycott, Divestment and Sanctions“-Bewegung (BDS-Bewegung) als antisemitisch ein. Zusätzlich begrüßte er, dass zahlreiche Gemeinden bereits beschlossen hätten, der BDS-Bewegung finanzielle Unterstützung und die Vergabe kommunaler Räume zu verweigern, und beschloss selbst,

⁵ Exemplarisch VG Berlin NVwZ 2023, 1107 (1108); VG Berlin, Urt. v. 7.10.2021 – VG 2 K 79/20 = BeckRS 2021, 29696 Rn. 31; OVG Berlin-Brandenburg LKV 2011, 566 (566); OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2017, 126 (126); OVG Berlin-Brandenburg LKV 2024, 508 (508); OVG Saarlouis, Beschl. v. 20.5.2016 – 2 E 113/16 = BeckRS 2016, 138846 Rn. 3; VGH München, Urt. v. 17.12.2012 – 10 BV 09.2641 = BeckRS 2013, 49007 Rn. 56; offengelassen durch OVG Münster, Urt. v. 19.3.2019 – 4 A 1361/15 = BeckRS 2019, 5666 Rn. 51.

⁶ In dieser Deutlichkeit zuerst BVerwGE 24, 272 (279).

⁷ BVerwGE 36, 218 (228). So auch BVerwG NJW 1976, 637 (638); BVerwGE 51, 69 (71).

⁸ Vgl. Reimer, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 40 Rn. 94.

⁹ So das BVerwG selbst, BVerwGE 185, 242 (249). Vgl. hierzu etwa BVerwGE 109, 258 (259); 116, 234 (237); 128, 99 (101 f.); BVerwG NVwZ 2017, 56 (57); BVerwGE 164, 368 (373).

¹⁰ Umfassend bestätigend BVerwGE 185, 285; in diese Richtung, wenngleich verkürzt auch BVerwG NVwZ 2025, 2028 (2029).

¹¹ BVerwGE 185, 242 (252); freilich vom BVerwG nicht explizit als materielle Subjektstheorie benannt.

¹² Zum Antrag vgl. BT-Drs. 19/10191, zur Annahme vgl. BT-Prot. 19/102, S. 12489.

Räumlichkeiten und Einrichtungen, die unter Bundestagsverwaltung stehen, der BDS-Bewegung nicht zur Verfügung zu stellen. Ferner forderte der Bundestag die Bundesregierung auf, keine Veranstaltungen der BDS-Bewegung zu unterstützen, beschloss selbst, keine Organisationen finanziell zu fördern, die das Existenzrecht Israels in Frage stellen, und rief Länder, Städte und Gemeinden und alle öffentlichen Akteure dazu auf, sich dieser Haltung anzuschließen.

Gegen diesen Parlamentsbeschluss erhoben die Kläger, allesamt Unterstützer der BDS-Kampagne, Klage zum VG Berlin mit dem Antrag, den Beschluss für mit ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 GG, 9 Abs. 1 GG sowie Art. 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 EMRK unvereinbar und nichtig zu erklären. Das VG Berlin hielt den Verwaltungsrechtsweg für eröffnet, wies die Klage jedoch als teilweise unzulässig und im Übrigen als unbegründet ab.¹³ Die Berufung der Kläger hiergegen wies das OVG Berlin-Brandenburg zurück.¹⁴ Bei der Klage von Privatpersonen gegen einen schlichten Parlamentsbeschluss handele es sich um eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art; daher sei bereits der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet. Dies sei, obwohl das VG den Verwaltungsrechtsweg angenommen habe, vom OVG zu prüfen. Denn § 17a Abs. 5 GVG sei auf das Verhältnis zwischen der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit nicht anwendbar. Den Rechtsansichten des OVG schloss sich das BVerwG an und wies die vom OVG zugelassene Revision der Kläger zurück.

III. Kontextualisierung

Die Auslegung des Begriffs der öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO bereitet Schwierigkeiten. In einer früheren Entscheidung sprach das BVerwG gar davon, dass das, was hierunter zu verstehen sei, „sich nicht ganz eindeutig abgrenzen“ lasse, weshalb einer „mehr praktischen Abgrenzung“ der Vorzug zu geben sei.¹⁵ Neben der Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit sind im Wesentlichen drei Zugriffe auf die Abgrenzung der nichtverfassungsrechtlichen von der verfassungsrechtlichen Streitigkeit denkbar.

1. Formelle Theorie: Zuweisung an die Verfassungsgerichtsbarkeit

Nach der sog. formellen Theorie liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, wenn sich die Zuständigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit aus einer ausdrücklichen Regelung ergibt (Enumerationsprinzip, vgl. § 13 BVerfGG), eine nichtverfassungsrechtliche, wenn dies nicht der Fall ist.¹⁶ Hiergegen streiten indes bereits der Wortlaut des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, der von „nichtverfassungsrechtlichen“ (und nicht: „nichtverfassungsgerichtlichen“) Streitigkeiten spricht, und die Regelungssystematik: § 40 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 VwGO schließt Streitigkeiten, die ausdrücklich den Verfassungsgerichten zugewiesen sind, ohnehin vom Verwaltungsrechtsweg aus, sodass bei formeller Abgrenzung das Kriterium der nichtverfassungsrechtlichen Art überflüssig wäre.¹⁷ Im Ergebnis besteht daher Einigkeit, dass der

¹³ VG Berlin, Urt. v. 7.10.2021 – VG 2 K 79/20 = BeckRS 2021, 29696.

¹⁴ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16.6.2023 – OVG 3 B 44/21 = NVwZ 2023, 1928.

¹⁵ BVerwGE 24, 272 (279).

¹⁶ *Wertenbruch*, DÖV 1959, 506 (507); in diese Richtung wohl auch BVerwGE 3, 30 (33). Eine formelle Abgrenzung lag noch den Gesetzen über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der amerikanischen Besatzungszone zugrunde, vgl. etwa § 22 Abs. 1 VGG Bayern (Bayerisches GVBl. 1946, S. 281 ff.): „Das Verwaltungsgericht entscheidet über die Anfechtung von Verfügungen der Verwaltungsbehörden und von sonstigen Verwaltungsakten (Verwaltungssachen) sowie in sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts (Partei Streitigkeiten) [...]. Parlamentarische Wahlprüfungen und sonstige in den Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit fallende Streitsachen gehören nicht zur verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit.“

¹⁷ *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 134; *Reimer*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 40 Rn. 41; *Schenke*, AöR 131 (2006), 117 (119).

Begriff der Verfassungsstreitigkeit, auf den § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO (negativ) Bezug nimmt, weiter als die formellen verfassungsgerichtlichen Zuständigkeiten reicht.¹⁸ Dies zeitigt die Konsequenz, dass es öffentlich-rechtliche Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art gibt, die weder von den Verfassungsgerichten (mangels ausdrücklicher Zuweisung) noch von den Verwaltungsgerichten (wegen § 40 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VwGO) entschieden werden, mit anderen Worten nicht justiziabel sind.¹⁹

2. Materielle Theorien

Näher liegt es, auf den materiellen Gehalt der Streitigkeit abzustellen.²⁰ Eine verfassungsrechtliche Streitigkeit im materiellen Sinne ließe sich bereits dann annehmen, wenn über Verfassungsrechtssätze gestritten wird. Eine solche extensive Auslegung vermag jedoch nicht zu überzeugen, da bei nahezu jeder Streitigkeit mit staatlicher Beteiligung über Verfassungsrechtssätze – am prominentesten wohl das Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie die Grundrechte vor dem Hintergrund des durch die Elfes-Entscheidung des BVerfG etablierten lückenlosen Grundrechtsschutzes²¹ – gestritten wird. Insofern ist nicht jeder Streit über den Sinn eines Verfassungsartikels ein Verfassungsstreit.²² Dieses Verständnis liegt auch § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG zugrunde, wonach die Verfassungsbeschwerde grundsätzlich erst nach Erschöpfung des Rechtswegs (bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten: des Verwaltungsrechtswegs) erhoben werden kann.²³

In restriktiver Auslegung wird eine Streitigkeit ihrem materiellen Gehalt nach dem Verfassungsrecht zugeordnet, wenn „die Auslegung und Anwendung verfassungsrechtlicher Normen den eigentlichen Kern des Rechtsstreits bilden“²⁴, „spezifisch auf formelles Verfassungsrecht bezogenes Recht die Streitsache maßgeblich prägt“²⁵ oder die begehrte Entscheidung „in Sachen der materiellen Verfassung“²⁶ – das ist „die rechtliche Substanz, auf die hin das Staatsgrundgesetz als die rechtliche Form angelegt ist“²⁷ – ergeht. Derartige materielle Theorien im engen Sinne sehen sich mit dem Problem der mangelnden Konturenschärfe ihrer Abgrenzungskriterien konfrontiert.²⁸

3. Materielle Subjektstheorie

Nach der auf Ehlers zurückgehenden materiellen Subjektstheorie liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, wenn der Rechtsschutzgegner ein Verfassungsrechtssubjekt ist, das als solches ver-

¹⁸ Bethge, JuS 2001, 1100 (1100); Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 94 Rn. 2; Weber, JuS 2026, 27 (27).

¹⁹ Bethge, JuS 2001, 1100 (1100); Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 135. Dies geht auch aus der Regierungsbegründung zu § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO hervor, vgl. dazu BVerwGE 185, 242 (250).

²⁰ In diese Richtung auch BVerfGE 62, 295 (313).

²¹ BVerfGE 6, 32 (36 f.).

²² So bereits Thoma, AöR 43 (1922), 267 (283), freilich noch für die Auslegung der Weimarer Reichsverfassung.

²³ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 133.

²⁴ Redeker/Kothe/v. Nicolai, in: Redeker/v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 17. Aufl. 2022, § 40 Rn. 3.

²⁵ Lerche, in: FS zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, 1997, S. 79 (85).

²⁶ Schmelter, Rechtsschutz gegen nicht zur Rechtsetzung gehörende Akte der Legislative, 1977, S. 163.

²⁷ Isensee, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2014, § 15 Rn. 187.

²⁸ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 143; Schenke, AöR 131 (2006), 117 (123, 128); Weber, JuS 2026, 27 (28).

pflichtet werden soll.²⁹ Verfassungsrechtssubjekt sind dabei alle Stellen und Personen der Staatsorganisation, die durch das Verfassungsrecht errichtet und organisiert werden.³⁰ „Als solches“ wird ein Verfassungsrechtssubjekt in Anspruch genommen, wenn es um „das Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsrechtssubjektes als solches, d.h. gerade um dessen (materielle) verfassungsrechtliche Funktionen“³¹ geht. Den Zweck des Erfordernisses der nichtverfassungsrechtlichen Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO sieht die materielle Subjektstheorie darin, dass in Ausführung ihrer verfassungsrechtlichen Organstellung ergangene Akte von Verfassungsrechtssubjekten, unabhängig davon, durch wen sie angegriffen werden, der Jurisdiktion der Fachgerichte entzogen und allenfalls der Kontrolle der Verfassungsgerichte unterworfen sein sollen.³² Trotz ihres im Ergebnis überzeugenden teleologischen Gehalts sieht sich auch die materielle Subjektstheorie mit dem Problem fehlender definitorischer Trennschärfe konfrontiert (hierzu näher unten IV. 4.).

IV. Analyse

Es interessieren zunächst die Ausführungen des BVerwG zur Prüfkompetenz des OVG über die Frage, ob der beschrittene Verwaltungsrechtsweg zulässig ist (1.). Sodann wird die inhaltliche Argumentation des BVerwG nachgezeichnet und analysiert (2.). Zunächst geht das Gericht auf die Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit ein und erläutert, inwiefern Wortlaut, Systematik und Historie hiergegen sprechen (2. a)). Anschließend wird allein mithilfe von Sinn und Zweck des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO für die materielle Subjektstheorie argumentiert (2. b)). Daraufhin ordnet der Beitrag diese Rechtsprechungsneuerung hinsichtlich ihrer verfassungsdogmatischen und -praktischen Implikationen ein (3.). Schließlich wird die Subsumtionsfähigkeit der neuen Formel in den Blick genommen (4.), zunächst anhand des Urteils selbst (4. a)), sodann anhand weiterer ausgewählter Grenzfälle (4. b)).

1. Keine Anwendbarkeit des § 17a Abs. 5 GVG

Eingangs hebt das BVerwG hervor, dass das OVG zu Recht geprüft hat, ob der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet ist. Denn §§ 17 ff. GVG und damit die Prüfungssperre des § 17a Abs. 5 GVG, die durch § 173 S. 1 Hs. 1 VwGO zwar grundsätzlich in Bezug genommen werden, fänden im Verhältnis zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit keine Anwendung.³³ Es sei, so die gefestigte Rechtsprechung des BVerwG zu §§ 17 ff. GVG im Allgemeinen, mit der Verfassungsorganstellung von Verfassungsgerichten nicht vereinbar, aufgrund der Verweisung eines Fachgerichts Bindungen zu unterliegen und unter Umständen Fragen des einfachen Rechts entscheiden zu müssen.³⁴ Überzeugt diese Argumentation mit Blick auf Verweisungsentscheidungen nach § 17a Abs. 2 GVG, die ausweislich des S. 3 für das Gericht, an das verwiesen wird, bindend sind, bereitet ihre Übertragung auf die Prüfungssperre des § 17a Abs. 5 GVG Schwierigkeiten. Denn die Normadressaten des § 17a Abs. 5 GVG sind nur die Rechtsmittelgerichte desselben Rechtswegs. Aus Gründen der syste-

²⁹ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 144; Sodan, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Aufl. 2025, § 40 Rn. 215; Wöckel, in: Eyermann, VwGO, Kommentar, 17. Aufl. 2026, § 40 Rn. 21.

³⁰ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 145.

³¹ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 48. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 151.

³² Vgl. Schenke, AöR 131 (2006), 117 (129 f.).

³³ BVerwGE 185, 242 (246).

³⁴ BVerwG, Beschl. v. 27.8.2012 – 3 PKH 5.12 = BeckRS 2012, 57323 Rn. 14.

matischen Kohärenz mag es freilich begrüßenswert sein, eine partielle (Nicht-)Anwendbarkeit des § 17a GVG bei Abgrenzungsfragen zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit zu vermeiden. Demnach ließe sich § 17a GVG als Norm verstehen, die nur die Abgrenzung der Zuständigkeiten der in Art. 95 Abs. 1 GG genannten, einander gleichgestellten Gerichtszweige anspricht, eine Konzeption, zu der das hier betroffene Verhältnis zwischen Verwaltungsrechtsweg und Verfassungsgerichtsbarkeit nicht passt.³⁵ Zwingend ist ein Gleichlauf der Anwendungsbereiche von § 17a Abs. 2 und Abs. 5 GVG jedenfalls nicht.³⁶ Ausschlaggebend dürfte vielmehr sein, dass das § 17a Abs. 5 GVG zugrundeliegende prozessökonomische Telos³⁷ in solchen Fällen geringer als die materiell richtige Einordnung zu werten ist: Während die Fachgerichte eine umfassende Nachprüfungskompetenz haben, ist das BVerfG auf die Prüfung spezifischen Verfassungsrechts beschränkt.³⁸

2. Die Auslegung des Begriffs der nichtverfassungsrechtlichen Streitigkeit

a) Ablehnung der Formel von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit

Im Rahmen der Auslegung des Begriffs der nichtverfassungsrechtlichen Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO stellt das BVerwG anfangs knapp fest, dass der Wortlaut keinerlei Argumentationsmaterial für die Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit bietet.³⁹ Auch aus der Gesetzeshistorie ließe sich eine solche Aussage nicht entnehmen.⁴⁰ Insofern ist dem BVerwG nichts hinzuzufügen. Interessanter ist die Aussage, dass „[j]edenfalls seit der Einführung der Verfassungsbeschwerde“ auch aus systematischer Sicht der „auf die Zeit der Weimarer Republik zurückgehenden Formel von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit [...] eine argumentative Grundlage“⁴¹ fehle. Dieses zugleich historische Argument wirft Fragen nach dem Ursprung der Formel von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit und ihrem Einzug in die nachkriegsdeutsche Rechtswissenschaft auf.⁴²

Tatsächlich findet sich ihr Ursprung in der Weimarer Republik, wo sie zur Bestimmung der Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich (StGH) herangezogen wurde. Der StGH war u.a. zuständig für Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, wenn dort keine Gerichtsbarkeit zu ihrer Erledigung bestand, Art. 19 Abs. 1 Var. 1 WRV.⁴³ Da es in Anbetracht der fehlenden Verfassungsbeschwerde in der Weimarer Reichsverfassung weitgehende Einigkeit darüber gab, dass der Weg zum StGH dem einfachen Bürger verschlossen bleiben sollte,⁴⁴ setzte die herrschende Literatur für das Vorliegen einer Verfassungsstreitigkeit sowohl den Streit um verfassungsrechtliche Normen als auch die Beteiligung der obersten Staatsorgane voraus.⁴⁵ Es entsprach dem damaligen Ver-

³⁵ So OVG Berlin-Brandenburg DtZ 1996, 252 (252); OVG Berlin-Brandenburg LKV 2011, 566 (566).

³⁶ Vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 24.5.2024 – 5 BN 2.23 = BeckRS 2024, 17547 Rn. 29.

³⁷ Hierzu Gerhold, in: BeckOK GVG, Stand: 15.5.2026, § 17a Rn. 16.

³⁸ In diese Richtung OVG Berlin-Brandenburg LKV 2011, 566 (566). Methodisch überzeugend dürfte die Nichtanwendung des § 17a Abs. 5 GVG somit im Wege einer teleologischen Reduktion zu begründen sein.

³⁹ BVerwGE 185, 242 (249 f.).

⁴⁰ BVerwGE 185, 242 (250); siehe hierzu bereits Fn. 19.

⁴¹ BVerwGE 185, 242 (250).

⁴² Ausführlich hierzu Hopp/Neuhoff, in: Reichenthaler, Zwischen staatlicher Macht und Vorherrschaft des Rechts (in Vorbereitung).

⁴³ Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, RGBl. 1919, S. 1383.

⁴⁴ Vgl. dazu nur Thoma, in: Schreiber, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 1929, S. 179 (184); Anschütz, Weimarer Reichsverfassung, 14. Aufl. 1933, Art. 19 Anm. 5.

⁴⁵ Locus classicus Thoma, AöR 43 (1922), 267 (283); siehe auch Friesenhahn, in: Anschütz/Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 534 m.w.N.

ständnis von Verfassungsgerichtsbarkeit, dass diese allein die innere Staatswillensbildung kontrollieren sollte.⁴⁶ Der Rechtsschutz des Bürgers auf der anderen Seite war den Verwaltungsgerichten anvertraut.⁴⁷

Nach Einführung der VwGO im Jahr 1960 griff man für die Definition der Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art i.R.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO auf dieses Begriffsverständnis zurück,⁴⁸ das schließlich auch Einzug in die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte fand.⁴⁹ Dieses Vorgehen ist – wie auch das BVerwG meint – in der Tat nicht überzeugend: Denn erstens ist mit der Einführung der Verfassungsbeschwerde durch das Grundgesetz das Grundverständnis von Verfassungsgerichtsbarkeit ein anderes als zur Entstehungszeit der Formel.⁵⁰ Zweitens ist der Regelungskontext ein anderer: Die Diskussion in der Weimarer Republik betraf eine Frage der positiven Zuständigkeitsbegründung des Staatsgerichtshofs, im Rahmen der Norm des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO geht es jedoch um eine Rechtswegfrage. Sie will Verfassungsstreitigkeiten vom Verwaltungsrechtsweg ausschließen, ungeachtet dessen, ob dieser Bereich von der Verfassungsgerichtsbarkeit abgedeckt wird oder nicht;⁵¹ diese ratio war der Diskussion um Art. 19 Abs. 1 Var. 1 WRV freilich vollständig fremd.

b) Argumentation für die materielle Subjektstheorie

Im Rahmen der teleologischen Auslegung des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO kommt das BVerwG dann zum Kernstück seiner Argumentation: Das Handeln und die Willensbildung oberster Staatsorgane in Wahrnehmung ihrer spezifischen verfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten solle nicht der fachgerichtlichen, sondern ausschließlich der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen.⁵² Dieses Regelungsziel folge, so das BVerwG, „aus der Entscheidung des Grundgesetzes für die Einführung einer eigenständigen Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem BVerfG als einem allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständigen und unabhängigen Gerichtshof des Bundes“.⁵³ Entscheidungen der Verwaltungsgerichte über die Reichweite verfassungsrechtlicher Kompetenzen von obersten Staatsorganen seien demnach ein „Übergriff auf den der Verfassungsgerichtsbarkeit vorbehaltenen Zuständigkeitsbereich“.⁵⁴

Diesen konturiert es mithilfe einer Passage aus der Status-Denkschrift des BVerfG aus dem Jahr 1952: Demnach habe „sie [das ist die Verfassungsgerichtsbarkeit] allein es mit einer besonderen Art von Rechtsstreitigkeiten, nämlich den ‚politischen‘ Rechtsstreitigkeiten zu tun. Unter politischen Rechtsstreitigkeiten seien dabei solche Rechtsstreitigkeiten zu verstehen, bei denen über politisches Recht gestritten und das Politische selbst anhand der bestehenden Normen zum Gegenstand der richterlichen Beurteilung gemacht werde.“⁵⁵

⁴⁶ Thoma, in: Schreiber, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 1929, S. 179 (184).

⁴⁷ So insb. auch der Staatsgerichtshof des Deutschen Reichs, der sich nicht berufen sah, „anstelle eines Reichsverwaltungsgerichts jedem Staatsbürger Rechtsschutz in öffentlichen Angelegenheiten zu gewähren“, siehe StGH, L.S. I S. 311 = RGZ 121, Anh. 8 (11); Hofmann, Die Verfassungsstreitigkeit innerhalb eines Landes nach Art. 19 der Reichsverfassung, 1933, S. 13.

⁴⁸ So etwa Eyermann/Fröhler, VwGO, Kommentar, 1960, § 40 Rn. 62; so bereits zu § 22 Abs. 1 der Verordnung Nr. 165 der britischen Militärregierung (ABl. der Militärregierung Deutschland, Britisches Kontrollgebiet, 1948, S. 799 ff.) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 5. Aufl. 1955, S. 440.

⁴⁹ Erstmals OVG Hamburg DVBl 1967, 86 (86); sodann BVerwGE 36, 218 (227 f.).

⁵⁰ So insb. auch Sodan, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Aufl. 2025, § 40 Rn. 194.

⁵¹ Siehe hierzu oben III. 1.

⁵² BVerwGE 185, 242 (250).

⁵³ BVerwGE 185, 242 (250).

⁵⁴ BVerwGE 185, 242 (251).

⁵⁵ BVerwGE 185, 242 (251); vgl. auch BVerfG JöR nF 6 (1957), 144 (144 f.).

Die Inbezugnahme eines der kontroversesten Aspekte der von der Verfassungsrechtswissenschaft weitgehend einhellig als verfassungsrechtlich übergriffig bewerteten Schrift⁵⁶ mag ein wenig verwundern.⁵⁷ Überdies verstellt sie den Blick darauf, dass es bei der durch das BVerwG adaptierten materiellen Subjektstheorie nicht um den Schutz eines verfassungsgerichtlichen Kontrollmonopols, sondern um den Schutz des Rechtsschutzgegners geht: In Ausführung ihrer verfassungsrechtlichen Organstellung ergangene Akte von Verfassungsrechtssubjekten sollen der Jurisdiktion der Fachgerichte entzogen sein.⁵⁸ Das ergibt sich aber nicht, wie das BVerwG behauptet, aus der Entscheidung des Grundgesetzes für die Einführung einer eigenständigen Verfassungsgerichtsbarkeit. Eine solche Argumentation setzt voraus, dass das BVerfG dem Vorwurf des unberechtigten Eingriffs in die Kompetenzen anderer Verfassungsrechtssubjekte weniger ausgesetzt ist als die anderen Gerichte.⁵⁹ Doch dies ist nicht der Fall, vor allem nicht qua bloßer Stellung als Verfassungsorgan.⁶⁰ Es sind einzig konkrete gesetzliche Regelungen, wie Art. 100 Abs. 1 GG, die das BVerfG zum Eingriff in die Kompetenzen anderer Verfassungsrechtssubjekte ermächtigen.⁶¹ Ergeben sich dabei Lücken, können diese nicht durch die Bejahung des Verwaltungsrechtswegs geschlossen werden. Das ist die eigentliche Funktion der Ausklammerung verfassungsrechtlicher Streitigkeiten durch § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO,⁶² eine Funktion, die allein dem Schutz des Rechtsschutzgegners vor einer Kontrolle seiner verfassungsrechtlichen Kompetenzen dient und sich in diesem Schutzzweck erschöpft.⁶³

3. Verfassungsrechtliche und verfassungspraktische Implikationen

Die mit der materiellen Subjektstheorie potentiell verbundene Erweiterung des Anwendungsbereichs der verfassungsrechtlichen Streitigkeit verschließt dem Rechtsschutzsuchenden in gewissen Fällen den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten, der nach Maßgabe der Formel von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit eröffnet wäre. Dies wiegt für den Rechtsschutzsuchenden schwer: So geht es nicht nur um die Frage, vor welchen Gerichten, sondern ob überhaupt Rechtsschutz erlangt werden kann.⁶⁴ Dies zum einen angesichts der Möglichkeit nichtjustiziabler Verfassungsrechtsstreitigkeiten,⁶⁵ zum anderen aufgrund der erheblichen Zugangshürden zum BVerfG, werden beispielsweise knapp 97 Prozent der Verfassungsbeschwerden von den Kammern nach § 93b BVerfGG nicht zur Entscheidung angenommen.⁶⁶ Diese geringere Rechtsschutzintensität konstituiert jedoch noch keinen Verstoß gegen die grundrechtlich verbürgte Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG.

So muss in einem ersten Schritt gefragt werden, ob Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG überhaupt Rechtsschutz gegen die jeweils angegriffene Maßnahme verlangt. Zumindest Legislativakte fallen nach der tradierten Auffassung des BVerfG nicht unter den Begriff der öffentlichen Gewalt i.S.d. Art. 19 Abs. 4 S. 1

⁵⁶ Vgl. Chatziathanasiou, RW 2020, 145 (160 ff.) m.w.N.

⁵⁷ Ausführlich hierzu Hopp/Neuhoff, in: Reichenthaler, Zwischen staatlicher Macht und Vorherrschaft des Rechts (in Vorbereitung).

⁵⁸ Vgl. Schenke, AöR 131 (2006), 117 (129 f.); Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 150.

⁵⁹ Diese Prämisse in der Argumentation des BVerwG andeutend Kempny/Krüger, JA 2026, 529 (530).

⁶⁰ So aber das BVerfG selbst in BVerfGE 7, 377 (413); kritisch hierzu Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 69.

⁶¹ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 69.

⁶² Schenke, AöR 131 (2006), 117 (136).

⁶³ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 150.

⁶⁴ Dersarkissian, DVBl 2026, 505 (505).

⁶⁵ Siehe hierzu oben III. 1.

⁶⁶ BVerfG, Jahresbericht 2025, S. 46.

GG.⁶⁷ Daher spricht bereits viel dafür, dass im Fall des schlichten Parlamentsbeschlusses eine Rechtsschutzproblematik gar nicht besteht – auch das BVerwG deutet dies an.⁶⁸

Jedenfalls dürfte in derartigen Konstellationen die Verfassungsbeschwerde eine Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG genügende Rechtsschutzmöglichkeit darstellen. Abgesehen von den offensichtlichen Nachteilen, die die Verfassungsbeschwerde im Vergleich zum fachgerichtlichen Rechtsschutz mit sich bringt,⁶⁹ ist es zwar umstritten, ob die dem Individualrechtsschutz dienenden Verfahren der Verfassungsgerichtsbarkeit vom Gewährleistungsbereich des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG erfasst werden. Die wohl herrschende Meinung verneint dies, da das BVerfG so in den Zuständigkeitsbereich der Fachgerichte eingreife und darüber hinaus aufgrund seines eingeschränkten Prüfungsmaßstabs, der sich auf spezifisches Verfassungsrecht beschränkt, gar keinen effektiven Rechtsschutz bieten könne.⁷⁰ Überzeugend ist es jedoch, in Fällen, die der Fachgerichtsbarkeit entzogen sind – insbesondere eben Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art –, die Verfassungsbeschwerde ausnahmsweise als Rechtsweg anzusehen, v.a. wenn man entgegen der Ansicht des BVerfG auch Legislativakte unter die öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG fasst.⁷¹ Denn in diesem Fall tragen die Bedenken der herrschenden Meinung nicht.⁷²

Berührt somit die neue Formel die verfassungsrechtlichen Grenzen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht, wirft sie gleichwohl rechtspraktische Probleme auf. Neben die definitorische Ungenauigkeit der neuen Formel⁷³ tritt die Ungewissheit, ob das BVerfG der neuen Rechtsprechung des BVerwG zu § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO konsequent folgen wird. Zwar scheint sich das BVerfG in seiner jüngsten Einlassung zur Auslegung des Begriffs der Verfassungsstreitigkeit auch der materiellen Subjektstheorie anzuschließen.⁷⁴ Rechtlich abgesichert ist eine einheitliche Linie von BVerwG und BVerfG freilich nicht: Denn weder kann ein Verwaltungsgericht eine bindende Entscheidung des BVerfG in dieser Frage herbeiführen⁷⁵ noch bei Verneinung des Verwaltungsrechtswegs aufgrund der Annahme einer Streitigkeit als verfassungsrechtlich die Sache gem. § 17a Abs. 2 GVG an das BVerfG verweisen⁷⁶. Geht ein Betroffener vorschnell davon aus, eine Streitigkeit sei verfassungsrechtlicher Art und wählt daher statt des Verwaltungsrechtswegs die Verfassungsbeschwerde, läuft er Gefahr, dass diese mangels Erschöpfung des Rechtswegs nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG abgewiesen wird.⁷⁷ Bei Abgrenzungsschwierigkeiten bietet es sich daher für den Rechtsschutzsuchenden an, gleichzeitig Klage bei den

⁶⁷ BVerfGE 45, 297 (334); 75, 108 (165); 122, 248 (270 f.); 159, 223 (285); a.A. *Huber*, in: *Huber/Voßkuhle*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 476 ff.

⁶⁸ BVerwGE 185, 242 (254); zustimmend *Hüther/Lepej*, NVwZ 2025, 1236 (1238); in diese Richtung auch *Kempny/Krüger*, JA 2026, 529 (532).

⁶⁹ *Ehlers/Schneider*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 152.

⁷⁰ Siehe etwa *Funke*, in: *Dreier*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 19 Abs. 4 Rn. 59 m.w.N.; vgl. auch *Huber*, in: *Huber/Voßkuhle*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 492.

⁷¹ *Huber*, in: *Huber/Voßkuhle*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 493.

⁷² So auch *Schenke*, AöR 131 (2006), 117 (126).

⁷³ Siehe hierzu unten IV. 4. Dazu kommt die allgemeine Unsicherheit, welches verfassungsgerichtliche Verfahren anzustrengen ist. Diese hat das BVerwG in den neueren Urteilen durch entsprechende Hinweise einzuhegen versucht, die jedoch mitunter neue Zweifel begründen; vgl. insb. BVerwGE 185, 286 (299), wonach der Anspruch von Altkanzlern auf eine Büroausstattung durch ein Organstreitverfahren geklärt werden könne. Kritisch hierzu *Brocker*, NVwZ 2025, 1280 (1282), der zu Recht davon ausgeht, dass allein die Verfassungsbeschwerde einen verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz ermöglicht. Siehe zu diesem Urteil auch IV. 3. b).

⁷⁴ BVerfG NVwZ 2026, 577 (577). Hierzu *Dersarkissian*, DVBl 2026, 505 (508 ff.).

⁷⁵ Eine § 39 Abs. 2 S. 2, S. 3 SGG entsprechende Norm kennt die VwGO nicht, vgl. *Reimer*, in: *BeckOK VwGO*, Stand: 1.4.2025, § 40 Rn. 104.

⁷⁶ Siehe hierzu oben IV. 1.

⁷⁷ So insb. in den Entscheidungen BVerfG NVwZ 1993, 357; BVerfG NVwZ 1988, 817.

Verwaltungsgerichten und Verfassungsbeschwerde einzulegen, um etwaige Fristenprobleme zu vermeiden.⁷⁸

4. Möglichkeiten und Grenzen der Anwendung der neuen Formel

Die tatsächlichen Folgen der neuen Formel zeigen sich jedoch erst in der konkreten Anwendung. Während die Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit in der Regel eine verlässliche Subsumtion ermöglichte, hat die materielle Subjektstheorie aufgrund vager Abgrenzungsbegriffe wie „das staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen“ oder „Verfassungsrechtssubjekte als solche“ eine vergleichsweise geringe Konturenschärfe.⁷⁹ Die daraus resultierenden Subsumtionschwierigkeiten gehen zulasten der Rechtssicherheit – ein Kritikpunkt, der dadurch verstärkt wird, dass es sich hier um eine zentrale Frage des Ob und Wie öffentlichen Rechtsschutzes handelt.

Gleichwohl ist eine mit wertungsoffenen Begriffen operierende, teleologisch fundierte Formel gegenüber einer schematischen Lösung ohne Zweckerückbindung, wie sie die Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit anbietet, vorzuzugswürdig. Darüber hinaus sollte nicht verkannt werden, dass auch die neue Formel im Regelfall eine eindeutige Subsumtion ermöglicht. In Grenzfällen ist auf den Zweck des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO abzustellen und zu ermitteln, ob die in Pflicht genommenen Verfassungsrechtssubjekte in der konkreten Konstellation vor der Kontrolle durch die Fachgerichtsbarkeit geschützt werden sollen. Verbleiben hier Unsicherheiten, dürften diese durch eine sich in Zukunft entwickelnde Kasuistik eingehegt werden.⁸⁰ Schließlich werden anderweitige Rechtswegabgrenzungen ebenfalls anhand typologischer Kriterien, die eine bloß wertungsmäßige Orientierung bieten und einzelfallabhängig spezifiziert werden, vorgenommen.⁸¹

Im Ergebnis stehen die wertungsbedingten Unschärfen der neuen Formel ihrer Überzeugungskraft nicht entgegen. Um Reichweite und Tragfähigkeit der neuen Formel näher zu konturieren, soll im Folgenden ihre Anwendung auf ausgewählte Fallgruppen untersucht werden.⁸² Den Ausgangspunkt bildet der schlichte Parlamentsbeschluss als Gegenstand des hier besprochenen Urteils.

a) Schlichter Parlamentsbeschluss

Nach dem neuen Maßstab des BVerwG müsste für die Annahme einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit der Erlass eines schlichten Parlamentsbeschlusses die spezifischen verfassungsrechtlichen Funktionen und Kompetenzen eines Verfassungsorgans berühren. Dazu muss ermittelt werden, ob der Rechtsstreit zum verfassungsrechtlichen Kernbereich gehört, bei dem es um „Staatsorganisationsrecht als Sonderrecht der Verfassungsrechtssubjekte“⁸³ geht. Als definitorische Annäherung an diesen „Kernbereich“ bietet es sich an, zu untersuchen, ob das klägerische Begehren das originäre Betätigungsfeld des Rechtsschutzgegners betrifft.⁸⁴ Ein schlichter Parlamentsbeschluss ist eine all-

⁷⁸ Ähnlich *Brocker*, NVwZ 2025, 1280 (1282).

⁷⁹ Kritisch insoweit auch *Brocker*, NVwZ 2025, 1280 (1281); *Haack*, JZ 2025, 988 (992); *Jäkel/Steffahn*, Jura 2026, 95 (100).

⁸⁰ *Brocker*, NVwZ 2025, 1280 (1281).

⁸¹ Dies zeigt etwa ein Blick auf die von Einzelaspekten geprägte Abgrenzungspraxis zwischen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten i.S.d. § 40 VwGO und bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten i.S.d. § 13 GVG, vgl. *Ehlers/Schneider*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 201.

⁸² Siehe für weitere Beispielfälle *Jäkel/Steffahn*, Jura 2026, 95 (100 ff.).

⁸³ So BVerwGE 185, 242 (250).

⁸⁴ *Haack*, JZ 2025, 988 (989).

gemeine politische Willensäußerung des Parlaments ohne rechtliche Verbindlichkeit.⁸⁵ Die Handlungsform des schlichten Parlamentsbeschlusses ist im Grundgesetz zwar nicht explizit vorgesehen. Aus der Eigenschaft des Bundestags als zentrales Repräsentativorgan nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG folgt jedoch die Kompetenz, zu politischen Sachfragen auch jenseits förmlicher Gesetzgebungsverfahren Stellung zu beziehen und den parlamentarischen Willen gegebenenfalls durch Beschluss zu bekunden.⁸⁶

Im konkreten Fall leiten die Kläger einen Abwehranspruch gegen den Parlamentsbeschluss aus den Grundrechten her. Diese sind zwar Verfassungsnormen, aber, wie auch das BVerwG selbst hervorhebt,⁸⁷ gerade nicht Teil des die spezifischen verfassungsrechtlichen Funktionen und Kompetenzen betreffenden Verfassungsrechts. Vielmehr überlagern sie gem. Art. 1 Abs. 3 GG das gesamte einfache Recht und beziehen sich nicht auf ein bestimmtes Verfassungsorgan. Die bloße Grundrechtsrelevanz des Parlamentsbeschlusses macht die Streitigkeit also noch nicht zu einer verfassungsrechtlichen. Diesen Status erlangt sie vielmehr deshalb, weil der Parlamentsbeschluss Produkt einer inhaltlichen Aushandlung über eine Sachfrage ist und damit die Artikulationsfunktion des Bundestags in öffentlichen Angelegenheiten als Teil seines Repräsentationsauftrags verkörpert.⁸⁸ Da die demokratische Repräsentation gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG Teil des originären Betätigungsfelds des Bundestags ist, geht es in der Streitigkeit um eine Norm aus dem Sonderrecht der Verfassungssubjekte.⁸⁹

Die Lage beim schlichten Parlamentsbeschluss ähnelt insoweit einer behaupteten Grundrechtsverletzung durch eine Gesetzesnorm. Dass den Fachgerichten hinsichtlich der Gültigkeit formeller Gesetze nur eine Prüfungs-, nicht aber eine Verwerfungskompetenz zusteht, ergibt sich, anders als beim schlichten Parlamentsbeschluss, unmittelbar aus Art. 100 Abs. 1 GG. Die dahinterstehende teleologische Erwägung, wonach die Autorität des Gesetzgebers nicht dadurch unterminiert werden darf, dass Fachgerichte der Ausübung seiner verfassungsrechtlich zugewiesenen Kompetenzen die Anerkennung versagen,⁹⁰ greift indes genauso für den schlichten Parlamentsbeschluss.⁹¹

b) Annäherung an weitere Grenzfälle

Im Rahmen des öffentlichkeitswirksamen Streits, ob Gerhard Schröder weiterhin Anspruch auf seine Altkanzlerprivilegien in Form einer Büro- und Personalausstattung hat, sah sich das BVerwG mit einem weiteren Abgrenzungsfall konfrontiert. Auch hier entschied das BVerwG nicht in der Sache, da es unter Anwendung der materiellen Subjektstheorie den Charakter der Streitigkeit als verfassungsrechtlich ansah.⁹² Denn für eine Zuweisung von Personal des Bundes für ein Büro sei eine auf den jeweiligen früheren Bundeskanzler bezogene Entscheidung des Haushaltsgesetzgebers im Haus-

⁸⁵ Schliesky, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 42 Rn. 60; Austermann/Waldhoff, Parlamentsrecht, 2. Aufl. 2025, Rn. 498.

⁸⁶ BVerwGE 185, 242 (253).

⁸⁷ BVerwGE 184, 242 (251 f.).

⁸⁸ Zur Artikulationsfunktion des Parlaments in öffentlichen Angelegenheiten ausführlich Hüther/Lepej, NVwZ 2025, 1236 (1238).

⁸⁹ So überzeugend Haack, JZ 2025, 989 (991).

⁹⁰ BVerfGE 138, 64 (90 f.); siehe auch Wernsmann, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 19 Rn. 2.

⁹¹ Insofern komplementiert die materielle Subjektstheorie – zumindest in Bezug auf die Ausübung verfassungsrechtlicher Funktionen durch den Gesetzgeber – die verfassungsrechtlichen Vorgaben zur gerichtlichen Kontrolle auch deutlich besser als die Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit.

⁹² BVerwGE 185, 286.

haltsplan erforderlich.⁹³ Diese umfasse die Klärung, ob und gegebenenfalls welche nachwirkenden Aufgaben oder Pflichten einem früheren Bundeskanzler nach seinem Ausscheiden aus dem Amt als Verfassungsorgan noch obliegen, sowie die Bestimmung einer angemessenen Höhe der Ausstattung.⁹⁴ Im Ergebnis ist dem BVerwG zuzustimmen: Zwar schließt der bloße Haushaltsbezug den Verwaltungsrechtsweg nicht sogleich aus. Da hier jedoch keine gesetzliche Grundlage für die Büroausstattung von Altkanzlern existiert, geht es im konkreten Fall um die inhaltliche Festlegung des Haushaltsplans selbst. Als „Königsrecht des Parlaments“⁹⁵ ist eine solche inhaltliche Festlegung des Haushaltsplans originäres Betätigungsfeld des Verfassungsorgans Bundestag.⁹⁶

Spannend wird die Handhabung der neuen Formel durch die Verwaltungsgerichte bei der Frage, wann Maßnahmen der obersten Verfassungsorgane als Verwaltungsmaßnahmen einzustufen sind, womit sie dem Verwaltungsrechtsweg unterfallen würden. In jüngerer Zeit stand hier die Vergabe von Räumlichkeiten des Bundestags durch den Ältestenrat an die Fraktionen im Fokus.⁹⁷ Dass es sich bei der Saalzuteilung nicht um eine bloße Verwaltungsmaßnahme handelt, ergibt sich aus ihrer Statusrechtsrelevanz; hier sind spezifisch verfassungsrechtlich geregelte Kompetenzen, die sich aus den Statusrechten der Abgeordneten gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ergeben, betroffen.⁹⁸ Anders verhält es sich, wenn ein Verfassungsorgan(-teil) in Ausführung eines Gesetzes handelt, das ihm die Gewährung von Leistungen an Verfassungsorgane beziehungsweise Organteile oder an Parteien aufgibt;⁹⁹ als Beispiel lässt sich die Erstattung von Wahlkampfkosten durch den Bundestagspräsidenten auf Grundlage der §§ 18 ff. PartG anführen.¹⁰⁰

Ebenfalls als verwaltungsrechtliche Streitigkeiten wird man Klagen gegen die Petitionsbehandlung durch den Petitionsausschuss des Bundestages oder eines Landesparlaments einstufen müssen, da das Parlament nicht im originären Betätigungsfeld als politische Willensbildungsstätte tätig wird, sondern im Rahmen von Befugnissen handelt, die auch eine Behörde von nichtverfassungsrechtlichem Rang ausüben könnte.¹⁰¹ Bei der Geltendmachung des Hausrechts durch den Parlamentspräsidenten ist zu differenzieren: Übt er es gegenüber Abgeordneten aus, sind diese in ihren Statusrechten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG betroffen, was einer Streitigkeit verfassungsrechtlichen Charakter verleihen würde. Gegenüber Privaten handelt der Bundestagspräsident jedoch als Inhaber der Polizeigewalt als Verwaltungsbehörde, da die Maßnahmen nur mittelbar der Funktionserfüllung des Parlaments dienen.¹⁰² In puncto Öffentlichkeitsarbeit und Informationshandeln der Regierung betont das BVerwG, dass eine Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte weiterhin möglich bleiben soll. Denn die Befugnis der Exekutive zum Betreiben von Öffentlichkeitsarbeit beruhe nicht ausschließlich auf einer spezifisch verfassungsrechtlichen Grundlage, sondern bestehe auf Grund einer Annexkompe-

⁹³ BVerwGE 185, 286 (293).

⁹⁴ So BVerwGE 185, 286 (295 f.).

⁹⁵ Statt vieler *Drüen*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 110 Rn. 11.

⁹⁶ So auch *Spitzlei*, JA 2025, 1054 (1056); vgl. für Haushaltsbeschlüsse auch schon OVG Hamburg DÖV 1986, 439 (440).

⁹⁷ BVerfG NVwZ 2026, 577.

⁹⁸ BVerfG NVwZ 2026, 577 (577).

⁹⁹ BVerfG NVwZ 2026, 577 (577).

¹⁰⁰ Hierzu *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 151.

¹⁰¹ Siehe hierzu etwa *Unger*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 7, 8. Aufl. 2024, Art. 45c Rn. 35, der jedoch – offensichtlich von der Lehre der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit ausgehend – die Streitigkeit schon aufgrund der fehlenden Verfassungsorganeigenschaft des Petenten als nichtverfassungsrechtlich einstuft.

¹⁰² Dazu *Brocker*, NVwZ 2025, 1280 (1282); siehe auch *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 151.

tenz zu der jeweiligen Sachaufgabenzuständigkeit und könne überdies durch einfaches Gesetz eingeräumt werden.¹⁰³

V. Fazit und Empfehlung für die Fallbearbeitung

Die jüngste Rechtsprechung des BVerwG ist im Ergebnis zu begrüßen. Die materielle Subjektstheorie harmoniert mit dem Zweck des Kriteriums der nichtverfassungsrechtlichen Art i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, indem sie auf den Rechtsschutzgegner abstellt, dessen in Ausführung seiner verfassungsrechtlichen Organstellung ergangene Akte der Jurisdiktion der Fachgerichte entzogen sein sollen. Auf die Person des Rechtsschutzsuchenden, die nach der überkommenen Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit von zentraler Bedeutung ist, kommt es richtigerweise nicht an.

Für die künftige Handhabung in Klausuren lässt sich Folgendes festhalten: In unproblematischen Fällen – die den Regelfall bilden werden – genügt zur Verneinung einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit eine knappe Feststellung in einem Satz, etwa:¹⁰⁴

„Im Kern des Rechtsstreits geht es nicht um spezifische verfassungsrechtliche Funktionen und Kompetenzen von Verfassungsrechtssubjekten, mithin ist die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art.“

In Grenzfällen bietet sich zunächst eine Darstellung der unter III. skizzierten Ansichten an; hierbei sollte unter die Formel von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit und die materielle Subjektstheorie subsumiert werden. Bereitet die Subsumtion unter letztere Schwierigkeiten, sollte ausgehend vom Telos des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO gefragt werden, ob die in Pflicht genommenen Verfassungsrechtssubjekte in der konkreten Konstellation vor der Kontrolle durch die Fachgerichtsbarkeit geschützt werden sollen. Dies ist der Fall, wenn das klägerische Begehren das originäre Betätigungsfeld des Rechtsschutzgegners betrifft, also verfassungsrechtliche Normen einschlägig sind, die dessen Kompetenzen begründen oder begrenzen. Bilden solche Normen den Kern des Rechtsstreits, liegt nach der materiellen Subjektstheorie eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor. Abschließend ist eine argumentativ fundierte Entscheidung zu treffen. Ein Festhalten an der Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit ist dabei angesichts der aufgezeigten inhaltlichen Defizite und der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung, deren Kenntnis erwartet werden darf, kaum tragfähig.

¹⁰³ BVerwGE 185, 242 (253 f.); dem sich anschließend VG Berlin BeckRS 2026, 8717 Rn. 37. Zur Einordnung von Informationshandeln des Bundespräsidenten und kommunaler Amtsträger nach Maßgabe der neuen Formel ausführlich *Jäkel/Steffahn*, Jura 2026, 95 (101 ff.).

¹⁰⁴ Siehe für weitere Formulierungsvorschläge *Muckel*, JA 2025, 963 (966); *Weber*, JuS 2026, 27 (31); *Wittenbrock/Lehde*, ZJS 2026, 1061 (1065 f.).