

339 (340)), ebenso für die Feststellung eines nationalen Abschiebungsverbot, wenn die Rechtsstellung aus einer bestandskräftigen Zuerkennung subsidiären Schutzes nicht verbessert werden kann (BVerwGE 162, 44 Rn. 42 ff.). Zweifelhaft ist, ob ein Rechtsschutzbedürfnis hinsichtlich der Anerkennung als Asylberechtigter gegeben ist, wenn unionsrechtlicher Flüchtlingsschutz gewährt wurde (BVerwG InfAuslR 2016, 63). Auch die Beseitigung einer bloß formellen Beschwer darf verlangt werden, so wenn die Aufhebung einer Überleitungsanzeige begehrt wird, obwohl die übergeleitete Forderung ersichtlich nicht besteht. Das berechtigte Interesse an einer Nachbarklage kann nicht deshalb verneint werden, weil das Bauvorhaben wirtschaftlich unsinnig ist (BVerwG NVwZ 1995, 894); anders bei einer Nachbarklage gegen eine Bebauungsgenehmigung (Bauvorbescheid), wenn die später erteilte Baugenehmigung unanfechtbar geworden ist (vgl. BVerwGE 68, 241 (245)). Schließlich kann ein Rechtsschutzinteresse auch für eine Klage bestehen, mit der der **Kläger sich ausschließlich selbst zu schaden** scheint; sein Interesse kann jenseits des Streitgegenstandes liegen (vgl. BVerwG NVwZ 1989, 1172 (1173), insoweit in BVerwGE 81, 149 nicht abgedruckt, zur Klage auf Rücknahme eines ausschließlich begünstigenden Verwaltungsakts).

Das Rechtsschutzbedürfnis kann fehlen, wenn **der Verwertung** einer mit der Klage 18 begeherten Erlaubnis **sonstige Hindernisse** entgegenstehen, dem Kläger etwa eine zivilrechtliche Berechtigung (vgl. BVerwGE 75, 109 (113) – Klage auf behördliche Anerkennung oder Erlaubnis jenseits des privatvertraglich vereinbarten Gesellschaftszwecks der Klägerin; OVG Magdeburg NVwZ 2022, 1230 Rn. 13 f. – Anfechtungsklage gegen Rücknahme einer Vorhabengenehmigung ohne zivilrechtliche Zugriffsmöglichkeit auf das Vorhabengrundstück) oder eine weitere Genehmigung fehlt. Erforderlich ist aber, dass es als praktisch ausgeschlossen erscheint, dass das sonstige Hindernis ausgeräumt wird (BVerwGE 48, 242 (247); 61, 128 (131)). So fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für eine Baugenehmigungsklage für ein Vorhaben auf fremdem Grund, wenn die fehlende zivilrechtliche Befugnis aus Gründen des Einzelfalls auf absehbare Zeit nicht zu erlangen ist (BVerwGE 42, 115 (117); 50, 282 (285); 61, 128 (130); NVwZ 1994, 482). Ähnlich liegt es bei einer Klage auf eine Bebauungsgenehmigung (Bauvorbescheid), wenn das Vorhaben offensichtlich landesrechtlich unzulässig ist (BVerwGE 48, 242 (247); OVG Saarlouis DÖV 1978, 215). Ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage auf Gaststättenerlaubnis besteht hingegen, wenn die ebenfalls erforderliche Baugenehmigung zwar bereits bestandskräftig versagt wurde, ein erneuter Antrag aber möglich und nicht aussichtslos ist (BVerwGE 84, 11 (12)).

Einer Klage auf **Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer** fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, wenn und solange eine Einberufung nicht in Betracht kommt (BVerwGE 61, 246 (247)), allerdings nur wenn der Wehrpflichtige sich auf eine andere dauernde Wehrdienstausnahme als seine Gewissensentscheidung berufen kann (BVerwGE 74, 342 (345)). Eine solche dauernde Wehrdienstausnahme liegt vor, wenn der Kläger als dauernd untauglich ausgemustert worden ist (BVerwGE 44, 120 (121)) oder sich für zehn Jahre als Helfer im Zivil- oder Katastrophenschutz verpflichtet hat (BVerwGE 61, 246 (247 ff.)), nicht jedoch, wenn er lediglich bislang nicht einberufen worden ist, auch wegen Überschreitens der Altersgrenze (BVerwGE 61, 246 (248); 74, 342 (345); 82, 154 (155); NVwZ-RR 1990, 616), oder wenn er als Berufs- oder Zeitsoldat Sanitätsdienst leistet (BVerwGE 142, 48 Rn. 20 ff. unter Aufgaben von BVerwGE 72, 241). Eine Klage auf Notenverbesserung ist unzulässig, wenn die bessere Schulnote keinen Einfluss auf die Versetzung oder das Bestehen der **Prüfung** hat (BVerwG DÖV 1983, 819) und auch für den Hochschulzugang (Numerus clausus) irrelevant ist (VGH Mannheim DVBl 1990, 533). Eine Klage gegen eine negative Prüfungsentscheidung wird indes nicht dadurch unzulässig, dass der Kandidat die Wiederholungsprüfung besteht (BVerwGE 88, 111 (113)). Ein Interesse an einer **Streitwertbeschwerde** mit dem Ziel der Streitwerterhöhung besteht für einen der Beteiligten nur, wenn er kostenersatzberechtigt ist und ihm aus einer Honorarvereinbarung mit seinem Prozessbevollmächtigten Verbindlichkeiten entstehen, die durch nach dem festgesetzten Streitwert berechnete Rechtsanwaltsgebühren nicht gedeckt werden können

(VGH Mannheim NVwZ-RR 2002, 900). Personen, die als Ehegatte oder Abkömmling in den Aufnahmebescheid eines **Spätaussiedlers** einbezogen und danach in das Bundesgebiet übersiedelt sind, haben grundsätzlich kein Rechtsschutzinteresse an der Erteilung eines nachträglichen Aufnahmebescheides als Spätaussiedler (BVerwGE 152, 283 Rn. 20 ff.).

- 20 Das Rechtsschutzbedürfnis lässt sich nicht allein deshalb verneinen, weil das **Klagebegehren** aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen als **völlig aussichtslos** erscheint. Solche Klagen sind vielmehr aus dem jeweiligen Grund als unzulässig – etwa bei Versäumung einer Rechtsmittelfrist – oder als unbegründet abzuweisen (vgl. aber OVG Berlin NVwZ 1983, 164). Ebenso steht jedem frei, eine Klage um eine **Bagatellforderung** zu erheben; der Staat darf Rechtsschutz nicht erst ab einer Mindestsumme gewähren (vgl. aber → Rn. 21).
- 21 **4. Missbrauch, Verwirkung, Verzicht.** Die Zulässigkeit eines gerichtlichen Rechtsbehelfs vom Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses abhängig zu machen, ist Ausfluss auch des Verbots, das Klagerecht zu missbrauchen (→ Rn. 11). Während jedoch die bislang dargestellten unnötigen oder nutzlosen Klagen Missbrauchsfälle in einem objektiven Sinne darstellen, fehlt das Rechtsschutzbedürfnis auch dann, wenn es dem Kläger gar nicht auf die Durchsetzung seiner Rechte ankommt, sondern auf dahinter liegende rechtsschutzfremde Ziele. Freilich ist hier besondere Zurückhaltung geboten: Grundsätzlich hat der Rechtsordnung gleichgültig zu sein, welche „eigentlichen“ Zwecke ein Kläger verfolgt; das Recht muss nicht um seiner selbst willen durchgesetzt werden, die Rechtsbehauptung – oder Nachgeben und Verzicht – kann vielmehr anderen Zwecken dienen, die zu bewerten nicht Sache des Rechts ist. Die Gerichte dürfen daher den Rechtsschutz unter diesem Gesichtspunkt nur in krassen Fällen und nur dann verweigern, wenn das „eigentliche“ Ziel des Klägers auch rechtlich zu missbilligen ist. So liegt es, wenn es dem Kläger allein darauf ankommt, den Gegner zu schädigen oder das Gericht zu belästigen („**Schikaneverbot**“, vgl. § 226 BGB; OLG Frankfurt NJW 1979, 1613; VGH Mannheim NVwZ-RR 2017, 4 Rn. 5 f.), etwa wenn von einer größeren Forderung immer wieder nur kleinste Teilbeträge eingeklagt werden; nicht aber wenn **Asylrechtsbehelfe** nur zu dem Zweck einer Aufenthaltsverlängerung eingelegt werden (vgl. BVerfGE 56, 216 (238); bedenklich Schoch/Schneider/Ehlers Rn. 99; auf Prozessverzögerung ist mit den Mitteln des Prozessrechts zu reagieren, vgl. §§ 33, 81 AsylG – dazu BVerwGE 101, 323 (327) – sowie allg. § 92 Abs. 2). Wer freilich seit längerem „untergetaucht“ ist, der ist am Ausgang seiner Asylklage nicht mehr interessiert (VGH Mannheim VBIBW 1998, 273). Dass der Kläger ein „**Sperrgrundstück**“ nicht zu wirtschaftlichen Zwecken, sondern dazu erwirbt, das Grundstück für Zwecke des Naturschutzes oder der Landschaftspflege zu erhalten, beeinträchtigt sein Rechtsschutzinteresse (Klagebefugnis) nicht (BVerwGE 72, 15 (16); NVwZ 1991, 781 (784)); anders, wenn es ihm gar nicht um Eigentümerbefugnisse, sondern allein um die formalen Klagevoraussetzungen geht (BVerwGE 112, 135 (137 f.); 131, 274 Rn. 42; NVwZ 2012, 567 Rn. 13; vgl. noch → § 42 Rn. 133, ferner OVG Hamburg ZUR 2020, 94 (95 f.): das Garzweiler-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 134, 242 Rn. 152 ff.) erzwingt keine Aufgabe dieser Rechtsprechung; ebenso Kraus/Greb ZUR 2020, 650). Ob die Beschwerde der Behörde gegen einen Eilbeschluss des VG rechtsmissbräuchlich ist, wenn sie sich ohnehin nicht an den Eilbeschluss gehalten hat und sich auch an die Beschwerdeentscheidung nur halten will, wenn sie obsiegt (so OVG Bautzen NJW 1999, 2986), ist zweifelhaft; dem klaren Rechtsbruch einer Behörde sollte anders begegnet werden. Zum offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Prozessverhalten eines Inhaftierten, der wiederholt bei Verwaltungsgerichten eines anderen Bundeslandes Rechtsschutzziele verfolgt, für die offensichtlich keine örtliche oder sachliche Zuständigkeit besteht, OVG Hamburg Beschl. v. 3.11.2016 – 5 Bs 174/16, BeckRS 2016, 114154 Rn. 6, 11. Bei **eindeutig missbräuchlichen, offensichtlich wiederholenden oder offensichtlich sinnlosen** Rechtsschutzbegehren kommen ausnahmsweise auch eine bloße **Nichtbear-**

**beitung** und schlichtes Austragen in Betracht; es mangelt dann nicht erst am Rechtsschutzbedürfnis, sondern bereits an einem bescheidungsbedürftigen Rechtsschutzersuchen (vgl. BVerfG-Kammer Beschl. v. 19.10.2020 – 1 BvR 2124/20, BeckRS 2020, 28720 Rn. 3; NZA 2021, 891 Rn. 7 f.; VGH Mannheim NVwZ-RR 2017, 4 Rn. 4, 6;). Das gilt auch, wenn der Kläger der Bundesrepublik Deutschland die Staatlichkeit abspricht und das angerufene Gericht deshalb als illegales „Scheingericht“ betrachtet; jedenfalls fehlt es dann am Rechtsschutzbedürfnis (so VG München NVwZ-RR 2022, 288 Rn. 21 f.), weil der Kläger sich widersprüchlich verhält (→ Rn. 22). Bei einer Eingabe mit **beleidigendem Charakter** darf von einer Bearbeitung nur abgesehen werden, wenn sie sich hierin erschöpft und nicht ersichtlich ist, dass mit ihr zugleich auch ein sachliches Anliegen verfolgt wird (BVerfG-Kammer StV 2001, 697). Werden durch getrennte Rechtsverfolgung zusammenhängender Ansprüche **Mehrkosten** verursacht, so kann das Kostenfestsetzungsverlangen teilweise rechtsmissbräuchlich sein (BGH NJW 2013, 1369 Rn. 10 f.). Erhebt ein und derselbe Prozessbevollmächtigte für eine Vielzahl von Klägern gleichlautende Klagen auf Informationszugang, kann zwar in seinem Verhalten ein Rechtsmissbrauch liegen, wenn es ihm nur um die Generierung eigener Gebührenansprüche geht; allein deswegen sind aber nicht zugleich auch die einzelnen Klagen rechtsmissbräuchlich (BVerwGE 170, 338 Rn. 20).

Die Ausübung des Klagerechts kann unzulässig sein, wenn sie ein **widersprüchliches Verhalten** darstellt. Auch hier muss freilich besondere Zurückhaltung geübt werden; es sind immer Gründe denkbar, die den Kläger zur Änderung seines Verhaltens bewegen haben und die von der Rechtsordnung hinzunehmen sind. Je nach Einzelfall kann das Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtung eines Verwaltungsakts fehlen, den der Kläger zuvor selbst beantragt oder mit dem er sich einverstanden erklärt hatte, etwa durch Nachbarzustimmung zum Bauantrag (§ 55 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BWLBO; vgl. BVerwGE 54, 276 (278) und zum Klageverzicht → Rn. 24). Ein Kläger, der vor seiner Abschiebung auf eine Zusicherung des Zielstaats verzichtet, kann sich später nicht darauf berufen, entgegen einer solchen abgeschoben worden zu sein (BVerwG Urt. v. 22.8.2017 – 1 A 2.17, BeckRS 2017, 128737 Rn. 57).

Einen besonderen Fall widersprüchlichen Verhaltens stellt die **treuwidrig verzögerte Ausübung des Klagerechts** dar. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt dann, weil das Klagerecht verwirkt ist. Voraussetzung der (prozessualen) **Verwirkung** ist, dass der Klageberechtigte sein Klagerecht längere Zeit nicht ausgeübt hat (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die späte Ausübung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment; vgl. BVerfGE 32, 305 (308); 115, 302 (310); 182, 393 Rn. 16). Welcher Art diese besonderen Umstände sein müssen, lässt sich nicht allgemein angeben (BVerwG Buchholz 310 § 81 Nr. 13). Sie sind insbes. gegeben, wenn der Prozessgegner oder ein Dritter (zB Bauherr) aufgrund eines bestimmten Verhaltens des Klageberechtigten darauf vertrauen durfte, dass dieser nach so langer Zeit von seinem Klagerecht keinen Gebrauch mehr machen würde – weil der Berechtigte unter Verhältnissen untätig geblieben ist, unter denen Jedermann vernünftigerweise etwas zur Wahrung des geltend gemachten Rechts unternommen hätte (BVerfGE 32, 305 (308 f.); BayVerfGH BayVbl. 2015, 740; OVG Münster Beschl. v. 21.12.2017 – 2 B 1493/17, BeckRS 2017, 139047 Rn. 5) – (Vertrauensgrundlage), der Prozessgegner oder Dritte dieses Vertrauen tatsächlich gefasst (Vertrauenstatbestand) und sich entsprechend eingerichtet hat, so dass ihm durch die nunmehrige Ausübung des Klagerechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde (Vertrauensbetätigung; BVerwGE 44, 294 (298); 44, 339 (343 f.); 91, 276 (279); 108, 93 (96); 115, 302 (310); 163, 36 Rn. 21; NVwZ 2024, 1577 Rn. 16). Auch eine Behörde kann ihr Klagerecht verwirken (BVerfG-Kammer DVBl 2001, 456 zum Bundesbeauftragten für Asylangelegenheiten) und umgekehrt in einer zur Verwirkung des Klagerechts des Berechtigten führenden Weise Vertrauen betätigen (OVG Weimar LKV 2009, 281 (282); BayVGH BayVbl. 2012, 181; aA Schoch/Schneider/Meissner/Schenk § 74 Rn. 45 – regelmäßig nur ein Drittbeteiligter). Ist mittlerweile ein Zeitraum verstrichen, nach dem mit einem

Tätigwerden schlechthin nicht mehr zu rechnen war, so kommt dem Umstandsmoment gegenüber dem Zeitmoment kein maßgebliches Gewicht zu (BayVGh NVwZ-RR 2015, 277 mwN zur Rspr. des BVerfG; BayVGh Beschl. v. 21.12.2027 – 8 ZB 17.979, BeckRS 2017, 138462); Zeit- und Umstandsmoment stehen in einer Wechselwirkung zueinander (BVerwGE 163, 36 Rn. 22; BGHZ 146, 217 (224 f.)). Auch ohne Rückgriff auf ein betätigtes und schützenswertes Vertrauen beim Gegner kann das Klagerecht nach langer Zeit im Interesse des **Rechtsfriedens** als verwirkt anzusehen sein (BVerfGE 32, 305 (309); Schoch/Schneider/Ehlers Rn. 103). Ob die Voraussetzungen der Verwirkung gegeben sind, ist Frage des Einzelfalls (BVerwGE 182, 393 Rn. 16; zur Zurechnung des Verhaltens von Rechtsvorgängern VGh Mannheim VBIBW 1992, 103). Erörtert wird vor allem, ob eine Verallgemeinerung dahin vorzunehmen sei, dass die „lange Zeit“ – in Anlehnung an § 58 Abs. 2, § 60 Abs. 3 sowie § 76 aF – jedenfalls ein Jahr betragen müsse (so Kopp/Schenke/W.-R. Schenke § 74 Rn. 20); das ist abzulehnen, auch wenn diese gesetzlichen Ausschlussfristen Orientierungspunkte zu liefern vermögen (OVG Münster Beschl. v. 3.2.2016 – 1 A 1235/15, BeckRS 2016, 42114 Rn. 17 mwN). Zur Verwirkung des Widerspruchs- und/oder Klagerechts eines Dritten insbes. im Baunachbarrecht → § 70 Rn. 5, zur Verwirkung des Klagerechts bei der Untätigkeitsklage → § 75 Rn. 21 ff., zur Verwirkung des Revisionsrechts im Finanzprozess BFH BayVBl. 1986, 221, zum Institut der Verwirkung allg. auch BGHZ 211, 123 Rn. 37.

- 24 Der Verwirkung vergleichbar ist der **Klageverzicht**, der nach (vgl. BVerfGE 9, 194 (199); BVerwG DVBl 1964, 874 (875); OVG Münster NVwZ 1983, 681 (682)) Ergehen des belastenden Verwaltungsakts oder der sonstigen Maßnahme gegenüber dem Gericht oder dem Gegner einseitig erklärt oder mit dem Gegner vereinbart werden kann. Der gegenüber dem Gericht erklärte Klageverzicht ist eine Prozesshandlung und als solche bedingungsfeindlich und vorbehaltlich der Fälle des § 153 unanfechtbar und unwiderruflich. Ein gegenüber dem Gegner erklärter Klageverzicht ist bei Willensmängeln anfechtbar und kann mit dessen Einverständnis bis zum Eintritt der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung widerrufen werden (BGH NJW 1985, 2334). Ein Widerruf dürfte freilich, wenn ein Verwaltungsakt in Rede steht, die mit dem Verzicht eingetretene Bestandkraft unberührt lassen, so dass eine Klage aus diesem Grund erfolglos bleiben muss (Wysk Rn. 41; vgl. für die Verwirkung des Klagerechts auch BayVGh NVwZ-RR 1994, 241 (242)). Der Klageverzicht muss nicht zwingend ausdrücklich, aber unter Anlegung eines strengen Maßstabs eindeutig, unzweifelhaft und unmissverständlich erklärt sein (BVerwGE 55, 355 (357); Buchholz 428 § 31 VermG Nr. 9 = VIZ 2002, 472 (473); BGH NJW 1990, 1118). Der gegenüber dem Gericht erklärte Verzicht ist von Amts wegen, der außergerichtlich gegenüber dem Gegner erklärte oder mit ihm vereinbarte Verzicht auf dessen Einrede hin zu berücksichtigen (BGH NJW 1985, 2334). Für die trotz Klageverzichts erhobene Klage fehlt das Rechtsschutzbedürfnis; sie ist unzulässig (vgl. BVerwGE 54, 276 (278)). Häufiger Unterfall des Klageverzichts ist der Rechtsmittelverzicht (dazu OVG Lüneburg NdsRpfl 2014, 339). Der Klageverzicht ist vom Verzicht auf den Klaganspruch, beide sind vom Verzicht auf das materielle Recht zu unterscheiden (Schoch/Schneider/Ehlers Rn. 110; vgl. noch → § 69 Rn. 6 ff.).

- 25 **5. Vorbeugende Klagen.** Verwaltungsrechtsschutz ist grundsätzlich (nicht nur bei Verwaltungsakten; so aber Kopp/Schenke/W.-R. Schenke Rn. 35) nachgängiger Rechtsschutz. Das folgt aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, der der Gerichtsbarkeit nur die Kontrolle der Verwaltungstätigkeit aufträgt, ihr aber grundsätzlich nicht gestattet, bereits im Vorhinein gebietend und verbietend in den Bereich der Verwaltung einzugreifen. Die VwGO stellt darum ein System nachgängigen – ggf. einstweiligen – Rechtsschutzes bereit und geht davon aus, dass dieses zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) grundsätzlich ausreicht. Vorbeugende Klagen sind daher nur zulässig, wenn ein besonderes schützenswertes Interesse gerade an der Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes besteht, wenn maW der Verweis auf den nachgängigen Rechtsschutz –

einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes – mit für den Kläger unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre (BVerwGE 26, 23; 81, 329 (347); 132, 64 Rn. 26; 161, 76 Rn. 15; BayVGH BayVBl. 1992, 439; VGH Mannheim NVwZ-RR 1994, 362 – zu drohendem Abgabenbescheid). Gegenüber einem drohenden behördlichen Realakt wird ein derartiges **qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis** regelmäßig gegeben sein (vgl. BVerwGE 34, 69 (73); 71, 183 (188 f.); 161, 76 Rn. 16; zur Abwehr wiederholender Beeinträchtigungen § 42 Rn. 66), gegenüber Rechtsakten jedoch nur ausnahmsweise, etwa wenn ein drohender Verwaltungsakt aus Rechtsgründen nicht mehr aufhebbar ist (BVerwGE 80, 127 (129); 138, 102 Rn. 27, 31; BVerfG-Kammer NJW 1990, 501 – Beamtenernennung; deswegen soll sogar eine vorbeugende Klage gegen eine im Stellenbesetzungsverfahren intern Amtshilfe leistende Drittbehörde zulässig sein, OVG Berlin 1978, 1644), wenn aus der auch nur kurzzeitigen Vollziehung eines Verwaltungsakts (bis zu einer denkbaren Vollzugsaussetzung) bereits nicht wiedergutzumachender Schaden droht (OVG Münster NJW 1984, 1642 – Sperrung eines Geschäftstelefon), wenn durch den Vollzug eines beabsichtigten Bebauungsplans die Schaffung vollendeter, nicht mehr ohne weiteres revidierbarer Tatsachen droht (BVerwGE 40, 323 (326 f.); 54, 211 (215) – Klagen von Nachbargemeinden wegen Verletzung von § 2 Abs. 2 BauGB; dazu Birk JuS 1979, 412), wenn ein absehbarer Verwaltungsakt sich sogleich erledigen wird (BayVGH DVBl 1993, 741 Ls. – Landerlaubnisse), wenn der Kläger bei Nichtbeachtung einer umstrittenen Verhaltenspflicht mit straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionen rechnen müsste (BVerfG-Kammer NVwZ 2003, 856 (857); BVerwGE 39, 247 (248 f.); BayVGH BayVBl. 2011, 214; OVG NRW NVwZ-RR 2018, 54 Rn. 10, 16), schließlich wenn der Betroffene andernfalls eine Vielzahl von Verwaltungsakten angreifen müsste (BVerwGE 101, 157 (158); BayVGH DVBl 1993, 741 Ls.).

## § 40 [Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges]

(1) <sup>1</sup>Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. <sup>2</sup>Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts können einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden.

(2) <sup>1</sup>Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl und aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung sowie für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben; dies gilt nicht für Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Artikels 14 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes. <sup>2</sup>Die besonderen Vorschriften des Beamtenrechts sowie über den Rechtsweg bei Ausgleich von Vermögensnachteilen wegen Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte bleiben unberührt.

### Übersicht

	Rn.
A. Allgemeines .....	1
I. Zweck und Bedeutung .....	1
II. Verfassungsrecht .....	4
B. Die Generalklausel .....	8
I. Rechtsstreitigkeit .....	8
1. Sonderstatusverhältnis .....	10
2. „Justizfreie Hoheitsakte“ .....	11
3. Gnadenerweise, Ehrungen .....	12
4. Dienstaufsichtsbeschwerden, Petitionen .....	14
5. Innenrechtsstreitigkeiten .....	15

	Rn.
II. Rechtsstreitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art .....	17
1. Allgemeines .....	17
2. Der Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit .....	18
a) Verfassungsrechtliches Rechtsverhältnis (materielles Kriterium) .....	19
b) Verfassungsrechtssubjekte als Streitbeteiligte (formelles Kriterium) .....	21
3. Rechtsstreitigkeiten zwischen Verfassungsrechtssubjekten .....	23
4. Rechtsstreitigkeiten zwischen Bürger (Gemeinde) und Verfassungsrechts- subjekt .....	27
III. Rechtsstreitigkeit öffentlich-rechtlicher Art .....	31
1. Maßgeblichkeit des Streitgegenstandes .....	31
a) Klageanspruch und zugrunde liegendes Rechtsverhältnis .....	31
b) Sonderfälle .....	36
c) Vorfragen .....	39
2. Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht im Allgemein- en .....	41
3. Wahlfreiheit der Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht. Zweistufentheorie .....	45
a) Allgemeines .....	45
b) Wahl der Handlungsform .....	47
c) Wahl der Organisationsform. Einschaltung Privater .....	54
4. Zuordnung des Verwaltungshandelns zum öffentlichen oder zum privaten Recht .....	59
a) Normerlass .....	59
b) Regelung im Einzelfall .....	61
c) Verträge .....	67
d) Ausgleichs-, Erstattungs-, Ersatzansprüche, Herausgabe- und Unterlas- sungsansprüche von Hoheitsträgern .....	76
e) Rechtsbeziehungen zwischen Verbänden und ihren Mitgliedern: .....	79
f) Realakte .....	80
g) Konkurrentenklagen .....	86
5. Handeln Privater. Beliehene .....	87
6. Kirchliches Handeln .....	91
a) Innerkirchliche Angelegenheiten .....	91
b) Weltliches Handeln der Kirchen .....	95
C. Sonderzuweisungen öffentlich-rechtlicher Sachen an andere Gerichte .....	99
I. Grundsätze .....	99
II. Zuweisungen an die ordentlichen Gerichte .....	103
1. Staatshaftungssachen .....	103
a) Entschädigung bei rechtmäßigem Staatshandeln .....	104
b) Schadensersatz bei rechtswidrigem Staatshandeln .....	116
2. Öffentlich-rechtliche Verwahrung .....	123
3. Wirtschaftsverwaltungsrecht. Weitere Zuweisungen an die Zivilgerichte ...	124
4. Straf- und Ordnungswidrigkeitensachen .....	125
5. Justizverwaltungssachen .....	126
a) Allgemeines .....	126
b) Gerichtliche Maßnahmen .....	127
c) Staatsanwaltschaft, Polizei .....	130
d) Andere Behörden .....	132
6. Gefahrenabwehrmaßnahmen unter Richtervorbehalt .....	135
7. Maßnahmen von Untersuchungsausschüssen .....	136
III. Zuweisungen an sonstige Gerichte .....	137
1. Arbeitsgerichte .....	137
2. Sozialgerichte .....	140
a) Sozialversicherung .....	141
b) Weitere Zuständigkeiten .....	144
3. Finanzgerichte .....	146
4. Weitere besondere Gerichte .....	153
a) Allgemeines .....	153

	Rn.
b) Patentgerichte .....	154
c) Wehrdienstgerichte .....	156
d) Richterdienstgerichte .....	157
e) Berufsgerichte .....	159
5. Schiedsgerichte .....	161
D. Sonderzuweisungen an die allgemeinen Verwaltungsgerichte .....	163
I. Dienstrechtliche Streitigkeiten .....	164
1. Klagen aus dem Beamtenverhältnis .....	164
2. Personalvertretungssachen .....	168
3. Disziplinarsachen .....	168a
II. Andere Sonderzuweisungen an die Verwaltungsgerichte .....	169

## A. Allgemeines

### I. Zweck und Bedeutung

§ 40 Abs. 1 S. 1 eröffnet den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten – vorbehaltlich 1  
 spezialgesetzlicher Abweichung – für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfas-  
 sungsrechtlicher Art. Diese sog. **verwaltungsgewaltliche Generalklausel** (dazu  
 BVerwGE 15, 34 (35)) ist historisch in zweifacher Hinsicht bedeutsam: Zum einen vervoll-  
 ständigt § 40 das System eines **lückenlosen Rechtsschutzes** gegen Hoheitsakte (zu  
 Art. 19 Abs. 4 GG → Rn. 4 ff.), zum anderen konzentriert er diesen Rechtsschutz nach  
 Möglichkeit bei einer eigens hierfür eingerichteten **Fachgerichtsbarkeit**, den (allgemei-  
 nen) Verwaltungsgerichten. Zuvor war die Kompetenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit in  
 mehreren Ländern nur enumerativ bestimmt, in anderen anhand einer nur beschränkten  
 Generalklausel, die verwaltungsgewaltlichen Rechtsschutz insbes. gegen Verwaltungsakte  
 eröffnete. Dieser zwar nicht nur punktuelle, aber auch nicht lückenlose Rechtsschutz  
 wurde durch die ordentlichen Gerichte in einzelnen Hinsichten ergänzt (vgl. Art. 19  
 Abs. 4 S. 2 GG). Seit Einführung der verwaltungsgewaltlichen Generalklausel spielen die  
 Form des staatlichen Handelns und die Klageart für die Rechtsschutz- und Rechtswegfrage  
 keine Rolle mehr; die Auffangzuständigkeit der ordentlichen Gerichte ist obsolet geworden  
 (vgl. → Rn. 4).

§ 40 Abs. 1 S. 1 ist das **Gegenstück zu § 13 GVG** (krit. Hufen § 11 Rn. 4), der die 2  
 zivilgerichtliche Generalklausel enthält. Beide Vorschriften setzen die für die deutsche  
 Rechtsordnung charakteristische **Zweiteilung in öffentliches und privates Recht** (dazu  
 Schoch/Schneider/Ehlers/Schneider Rn. 18 ff.; Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öff-  
 fentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996; → Rn. 41)  
 prozessual fort. Sie enthalten ferner einen Vorbehalt für anderweitige Rechtswegzuwei-  
 sungen durch spezielles Gesetz; auch der insofern missverständliche Wortlaut von § 13 GVG ist  
 heute dahin zu lesen, dass nur durch förmliches Gesetz ein anderer Rechtsweg bestimmt  
 werden kann. Damit wird nicht nur die Zuweisung öffentlich-rechtlicher Sachen an  
 besondere Verwaltungsgerichte (Sozialgerichte, Finanzgerichte) und bürgerlich-rechtlicher  
 Sachen an besondere Zivilgerichte (Arbeitsgerichte) angesprochen, sondern – in Durch-  
 brechung der grundsätzlichen Zweiteilung selbst – die Zuweisung öffentlich-rechtlicher  
 Sachen an die ordentlichen Gerichte und umgekehrt ermöglicht. Aus primär historischen,  
 nur teilweise auch aus verfassungsrechtlichen (vgl. Art. 14 Abs. 3 S. 4, Art. 34 S. 3 GG)  
 Gründen sieht insbes. § 40 Abs. 2 S. 1 eine recht weitgehende Zuweisung öffentlich-  
 rechtlicher Sachen an die ordentlichen Gerichte vor (hierzu → Rn. 102 ff.), die nicht von  
 ungefähr immer wieder Gegenstand rechtspolitischer Reformüberlegungen war und ist  
 (dazu Schoch/Schneider/Ehlers/Schneider Rn. 7, 8 f.; vgl. JuMiKo-Beschlüsse vom 11./  
 12.6.2008 zu TOP I.2 und 17.11.2016 zu TOP I.10).

Für alle Rechtsstreitigkeiten steht ein Rechtsweg offen. Dabei sind alle Rechtswege 2a  
 grundsätzlich in dem Sinne gleichwertig, dass sie den durch das Grundgesetz (Art. 19

Abs. 4, 20 Abs. 3 GG) garantierten Justizgewährleistungsanspruch erfüllen. Die Spezialisierung in fünf Gerichtszweige soll die Erfüllung dieses Anspruchs noch optimieren; deshalb sollen die Rechtswegzuweisungen möglichst zum sachnäheren Gericht führen (→ Rn. 100). Die fünf Gerichtsbarkeiten sind aber Teile eines **einheitlichen Rechtsschutzsystems**. Deshalb ist die **Rechtskraft** eines Urteils auch im Folgeprozess vor Gerichten einer anderen Gerichtsbarkeit zu beachten (→ § 121 Rn. 8). Dasselbe gilt für die **Interventionswirkung**, freilich unter Berücksichtigung der jeweiligen verfahrensrechtlichen Besonderheiten (BSGE 109, 133).

- 3 § 40 ist – ebenso wie die übrigen Rechtswegregelungen – **zwingendes Recht** und damit einer abweichenden Parteivereinbarung nicht zugänglich (Kopp/Schenke/Ruthig Rn. 2; von Zezschwitz NJW 1983, 1873 (1881)). Nach Maßgabe von §§ 1029 ff. ZPO, § 173 VwGO sind freilich Schiedsabreden grundsätzlich zulässig, wobei ein hoheitlicher Vertragspartner bestehende Gesetzesbindungen (Art. 20 Abs. 3 GG, vgl. § 62 VwVfG, § 134 BGB) und hierbei auch Art. 19 Abs. 4 GG beachten muss (Ule S. 36 mwN; dazu noch → Rn. 161). Ob im öffentlichen Recht eine Gerichtsstandsvereinbarung möglich ist, ist eine andere Frage.

## II. Verfassungsrecht

- 4 Der Friedenspflicht und dem Selbsthilfeverbot korrespondiert im Rechtsstaat das Justizgewährgebot, das Art. 19 Abs. 4 GG gegenüber Hoheitsakten zum **Justizgewähranspruch** verstärkt. Dieser Anspruch wird vornehmlich durch § 40 Abs. 1 S. 1 eingelöst (vgl. BVerwGE 50, 11 (13); 80, 355 (361) und → Rn. 1). Seit Einführung der Generalklausel ist **Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG** praktisch obsolet. Relevant wird der Satz nur noch bei verfassungsrechtlichen Streitigkeiten, für die – infolge des dortigen Enumerationsprinzips – der Rechtsweg zu den Verfassungsgerichten nicht offensteht. Das Bundesverwaltungsgericht hat auch solche Fälle an sich gezogen, weil die Verwaltungsgerichtsbarkeit gegenüber der ordentlichen sachnäher sei (BVerwG NJW 1985, 2344 (2346); vgl. auch DVBl 1983, 942; zum Problem noch → Rn. 17). Keinesfalls erlaubt Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG die Klage vor den ordentlichen Gerichten, wenn die Klage vor den Verwaltungsgerichten etwa wegen Fristversäumnis unzulässig ist (BGHZ 22, 32 (35); Redeker/v. Oertzen/v. Nicolai Rn. 2).
- 5 Art. 19 Abs. 4 GG verleiht selbst keine subjektiven Rechte, sondern setzt solche voraus. Dabei zwingt er zur Eröffnung des Rechtswegs nur gegenüber Hoheitsakten der Verwaltung, nicht auch des Gesetzgebers (BVerfGE 24, 33 (49); 24, 367 (401); 45, 297 (334)) oder der Gerichte selbst (BVerfGE 49, 329 (340); 65, 76 (90); 107, 395 (404); 138, 33 Rn. 17). Gegen Rechtssetzungsakte des Gesetzgebers (förmliche **Gesetze**) eröffnet auch § 40 den Verwaltungsrechtsweg nicht (BVerfGE 157, 30 Rn. 138; BVerwGE 80, 355 (358) und → Rn. 24, 27; zur Reichweite der Zivilgerichtsbarkeit gegenüber „legislativem Unrecht“ vgl. BGHZ 100, 136 (145 ff.); 102, 350 (358 ff.); 205, 63 Rn. 34 ff.; NVwZ 2021, 1315 Rn. 25 ff.; zum Einfluss des EG-Rechts Ehlers JZ 1996, 776). Hingegen steht der Verwaltungsrechtsweg bei **Rechtssetzungsakten der Exekutive** (Rechtsverordnungen usw.), die von der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG umfasst sind, grundsätzlich offen (BVerfGE 115, 81 (92); BVerfG-Kammer NVwZ 1998, 169 (170)). Das gilt auch für Klagen auf Normerlass, auf Teilhabe am Normsetzungsverfahren sowie – in den Grenzen von § 47 (dort → Rn. 8 ff.) – für die Normenkontrolle. Ob derartige Ansprüche tatsächlich bestehen, ist Frage des materiellen Rechts (BVerwGE 80, 355 (360); vgl. noch → Rn. 59). – Gegenüber **Akten der Rechtsprechung** schreibt Art. 19 Abs. 4 GG keine (weitere) Überprüfung vor. Die Vorschrift gewährt Schutz durch den Richter, nicht gegen den Richter (BVerfGE 138, 33 Rn. 17 mwN). Allerdings ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, dass zur Rüge bestimmter Verfahrensfehler ein gerichtlicher Rechtsbehelf gegeben sein muss (BVerfGE 107, 395 (407 ff.); Einzelheiten bei → § 152a). In Bezug auf Akte der rechtsprechenden Gewalt (vgl. dazu BVerfGE 138, 33 Rn. 18 mwN) ist der Verwaltungs-