

Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO

Kopp / Schenke

31. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-82724-2
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

- **Vollstreckung aus einer vollstreckbaren Urkunde**, die er in seinem Besitz hat (s. dazu aber auch BGH NJW 1986, 2704, im Folgenden);
- **Antrag auf Fortsetzung des Vf** statt durch ein RMittel (→ Vor § 124 Rn. 5);
- **Einlegen einer Erinnerung** gem. § 167 Abs. 1 iVm § 766 ZPO gg den Pfändungsbeschluss statt einer FK auf Unwirksamkeit der Forderungspfändung;
- **Antrag auf Kostenfestsetzung** statt einer LK auf die geschuldete Summe (BVerwG BayVBl. 1976, 58);
- Antrag auf **Urteilsberichtigung** statt der Berufung (zT aA BGH JZ 1978, 283);
- **Erlass eines VA** anstatt einer Leistungs-, Feststellungs- oder Unterlassungsklage (→ Rn. 50);
- Einlegung einer Anhörungsrüge statt Stellung eines Wiederaufnahmeantrags (vertretbar ist auch, dies unter Hinw auf die Spezialität der Anhörungsrüge zu legitimieren);
- **nicht hingeg** für die Klage auf eine **verbindliche positive Schulempfehlung** wg der Möglichkeit, diese durch eine Aufnahmeprüfung zu substituieren.⁵⁵ Zulässig muss die Klage auf jeden Fall nach einer erfolglosen Aufnahmeprüfung sein.

Nicht ohne weiteres als der einfachere Weg ist die **Vollstreckung aus einem Vergleich** als Vollstreckungstitel auf Abgabe einer Willenserklärung anstelle einer LK anzusehen, **wenn der Kl. mit einer Gegenklage rechnen** muss (BGH NJW 1986, 2704); ebenso grds. nicht die Möglichkeit einer Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 167 Abs. 1 iVm § 731 ZPO anstelle einer neuen Klage gg einen Vermögensübernehmer aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis (BGH NJW 1987, 2863).

Bei öffentlichen Rechtsträgern (bzw. bei Behörden) ist als der einfachere Weg idS für die Geltendmachung u. Durchsetzung von ör Anspr im Über- u. Unterordnungsverhältnis ggü. dem Bürger idR⁵⁶ der Erlass eines **Leistungsbescheids**, für Feststellungen der Erlass eines **feststellenden Bescheids** (→ § 42 Rn. 13f.), anzusehen mit der Folge, dass Leistungs- u. allg. Feststellungsklagen öffentlicher Rechtsträger gg Bürger im Über- u. Unterordnungsverhältnis mangels RSB unzulässig sind, **wenn die Behörde die begehrte Entscheidung selbst** (s. zur entspr. Befugnis, durch VA zu entscheiden, → § 42 Rn. 14) **durch VA treffen kann**.⁵⁷ Das RSB ist jedoch zu bejahen, wenn ohnehin mit der Anfechtung des VA durch den Betroffenen zu rechnen ist.⁵⁸ Am RSB für eine allg. LK fehlt es jedoch, wenn der **VA bereits erging** (Schenke VerwProzR 641; Schoch/Schneider/Ehlers Rn. 84) oder der **Erlass eines VA gesetzlich vorgeschrieben** ist (BVerwGE 58, 318; BayVGH DVBl 2011, 427; Schoch/Schneider/Ehlers Rn. 85). Entsprechendes gilt, wenn es um die Verpflichtungen eines Bürgers geht, der sich in einem **ör Vertrag der sofortigen Vollstreckung nach § 61 VwVfG unterworfen** hat (Frenz JA 2010; 330; Lorenz VerwProzR § 13 Rn. 9). Eine ggü. der Klage einfachere Form der Rechtsdurchsetzung stellt es zB dar, wenn statt einer Unterlassungsklage Maßnahmen aufgrund des **Hausrechts, der Anstaltsgewalt oder des Aufsichtsrechts** ergriffen werden können (VGH BW DVBl 1978, 274; vgl. auch HessVG 24, 35) oder, wenn das mit einer Klage des Landes gg eine

⁵⁵ OVG NRW NVwZ-RR 2008, 109; Beaucamp NVwZ 2009, 282; → Anh. § 42 Rn. 28; aA SächsOVG LKV 1994, 451; VGH BW NVwZ-RR 1990, 248.

⁵⁶ Anders uU, wenn zum Zweck einer Vollstreckung im Ausland ein Urteil erforderlich ist, vgl. VG Schleswig NJW 1991, 1129.

⁵⁷ BSG DÖV 1987, 209; VGH BW DVBl 1978, 275 m. zust. Anm. Lippert; Schenke VerwProzR 620 u. 641; Schmitt Glaeser/Horn VerwProzR 120; zu FKEn auch Eyermann/Happ § 43 Rn. 29.

⁵⁸ BVerwGE 24, 227; 48, 281; DVBl 1988, 348; VGH BW VBIBW 1995, 314; OVG NRW DÖV 1983, 428; HessVG DÖV 1992, 752; VG Schleswig NJW 1991, 1129; Stein Sachentscheidungsvoraussetzungen 116 ff.; Würtenberger/Heckmann VerwProzR 453; aA Ehlers Jura 2008, 511; Frenz JA 2010, 330.

Gemeinde verfolgte Ziel auch durch **fachaufsichtliche Weisung** einer Behörde des Landes erreicht werden kann (vgl. VGH BW NVwZ 1993, 393; Aufhebung der Beschlagnahme einer Turnhalle). Das RSI für eine **verwaltungsrechtliche Organstreitigkeit** wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass möglicherweise ein übergeordneter Hoheitsträger bzw. ein übergeordnetes Organ in der Lage ist, den Streit autoritativ zu entscheiden, zB die Rechtsaufsichtsbehörde.⁵⁹ Mit der Anerkennung von Organrechten trifft der Gesetzgeber zugleich eine Entscheidung für deren prinzipielle gerichtliche Durchsetzbarkeit; zudem fehlt es den Organen regelmäßig an einem subj Recht auf Beilegung des Organstreits durch eine übergeordnete Verwaltungsinstanz. Ohnehin handelt es sich bei aufsichtsbehördlichem Handeln typischerweise um eine Ermessensentscheidung.

- 51 Soweit ein **Rechtsschutz des Bürgers in einem Verwaltungsvf** in Betracht kommt, dessen vorherige Durchführung aber gesetzlich nicht gefordert ist, kann diese gesetzgeberische Entscheidung nicht unterlaufen werden, indem unter dem Gesichtspunkt des RSB grds. die vorherige erfolglose Absolvierung des Verwaltungsvf gefordert wird. Desh ist es bei einer allg. **LK** nicht erforderlich, dass der Kl. vorher einen Antrag an die zuständige Behörde auf Erbringung einer Leistung stellt. Insow besteht ein Unterschied zur **VK**, bei der sich das Erfordernis einer vorherigen Antragstellung aus den Regelungen der §§ 68 Abs. 2, 75 ergibt (→ § 42 Rn. 6a), die eine spezielle Zulässigkeitsvoraussetzung der VK statuieren, die keiner analogen Anwendung zugänglich ist.⁶⁰ Für eine solche Analogie besteht auch kein Bedürfnis, da der Kl. in diesem Fall das Kostenrisiko (§ 156) trägt, falls der Bekl. den Anspr sofort anerkennt. Auch das allg. Gewaltenteilungsprinzip erfordert keine vorherige Antragstellung. Verbietet sich aber eine Analogie zu §§ 68 Abs. 2, 75 mangels Regelungslücke, so geht es nicht an, dasselbe Resultat unter Heranziehung des allg. RSB zu begründen.⁶¹ Aus ähnlichen Gründen setzt die **NK nach § 47** nicht voraus, dass der Kl. sich vorher um die Aufhebung der seines Erachtens unwirksamen Norm bemüht (Schoch/Schneider/Ehlers Rn. 82). Nachdem eine verwaltungsgerichtliche **FK gem. § 43** nicht die vorherige Durchführung eines VorVf voraussetzt, lässt sich dieses auch dadurch nicht erzwingen, dass vor der Entscheidung über die verwaltungsgerichtliche FK zunächst erfolglos eine verwaltungsbehördliche Feststellung der Nichtigkeit gem. § 44 Abs. 5 VwVfG versucht werden muss, wodurch die gesetzgeberische Entscheidung konterkariert würde (→ § 43 Rn. 20).⁶² Aus entspr. Gründen ist es auch nicht möglich, unter Rückgriff auf das RSB über den in **§ 80 Abs. 6** vorgesehenen Rahmen hinaus vor der Beantragung der **gerichtlichen Aussetzung oder Anordnung der Vollziehung**

⁵⁹ OVG NRW DVBl 1992, 446; ThürOVG DVBl 2000, 935; Hufen VerwProzR § 21 Rn. 22; Ogorek JuS 2009, 516; Roth Verwaltungsrechtliche Organstreitigkeiten 979; Schenke VerwProzR 641; Würtenberger/Heckmann VerwProzR 770.

⁶⁰ Deterbecke AllgVerwR Rn. 1393; Ehlers JURA 2008, 510; Heinemann NVwZ 2021, 810; VGH BW NJW 1991, 2787; **aA** BVerwG NVwZ 2016, 1024; 2018, 731; 2021, 803; DVBl 2022, 244, das aus dem Gewaltenteilungsprinzip das Erfordernis einer vorherigen Befassung der Verwaltung mit dem geltend gemachten Anspr ableitet, von dem Antragserfordernis aber dann abieht, wenn sich der Bekl. im gerichtl. Vf auf den geltend gemachten Anspr der Sache nach einlässt.

⁶¹ VGH BW NJW 1991, 2787; Ehlers JURA 2008, 511; Schenke VerwProzR 390; Schoch/Schneider/Ehlers Rn. 82; **aA** BVerwG DVBl 1978, 608; NVwZ 2023, 992 (996); Hufen JuS 2024, 94 (96): Anders nur dann, wenn die Behörde die fehlende Vorbefassung nicht spezifisch gerügt hat oder wenn sie klar u. eindeutig zu erkennen gegeben hat, dass sie einen solchen Antrag definitiv ablehnen wird; BFSa/v. Albedyll Rn. 26; Eyermann/Wöckel Rn. 13; Hufen VerwProzR § 23 Rn. 12; Schmitt Glaeser/Horn VerwProzR 388; Würtenberger/Heckmann VerwProzR 457, diff. Stein Sachentscheidungsvoraussetzungen 109.

⁶² Ehlers JURA 2008, 511; Lorenz VerwProzR § 22 Rn. 40; Schenke VerwProzR 623; Schoch/Schneider/Ehlers Rn. 82 mwN; Stein Sachentscheidungsvoraussetzungen 100 f.; 106 ff.; BSG NVwZ 1989, 903; **aA** Meyer/Borgs-Maciejewski VwVfG § 44 Rn. 30.

zunächst einen erfolglosen Versuch zur beh. Aussetzung bzw. Anordnung der Vollziehung gem. §§ 80 Abs. 4, 80a Abs. 1 Nr. 1 u. 2 zu verlangen.⁶³

Umstritten ist die Frage, ob ein RSB besteht für ein gerichtliches Vorgehen gg **51a** sog. **akzessorische VAe** (zB Genehmigungen), die für bestimmte (meist privatrechtliche) Willenserklärungen, zB Kündigungen, zum Schutz eines Betroffenen vorgeschrieben sind; zB Klage einer Arbeitnehmerin gg die **Zustimmung nach § 17 MuSchG** (dazu BVerwGE 10, 148; 54, 277), ferner Klage eines schwerbehinderten Menschen gg die Zustimmung zur **Kündigung nach §§ 168, 171 SGB IX** (früher §§ 15, 18 SchwbG; dazu BVerwGE 8, 46; VG Saarlouis NJW 1980, 722). Der Inhaber des Gestaltungsrechts ist zur Wirksamkeit der Gestaltungserklärung auf den Erlass eines akzessorischen VA angewiesen, desh besteht für ihn unbestreitbar ein RSB (BVerwGE 4, 333; 7, 295). Zweifelhaft ist hingg, ob derjenige, dessen Schutz das Erfordernis eines solchen akzessorischen VA dient, Einwendungen gg den Erlass im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Vf geltend machen kann oder ob er sie nur ggü. der privatrechtlichen Willenserklärung zu erheben vermag. Soweit Einwendungen ggü. dem VA nicht zugleich auch zur Fehlerhaftigkeit der privatrechtlichen Willenserklärung führen, muss immer das RSB für ein verwaltungsgerichtliches Vf bejaht werden. Dasselbe gilt aber selbst dann, wenn solche Einwendungen auch ggü. der privatrechtlichen Willenserklärung erhoben werden können. Wenn das G durch das Erfordernis eines gesetzesakzessorischen VA (zumindest auch) den Schutz des Empfängers der Gestaltungserklärung bezweckt, so bedeutet dies die Einräumung eines entspr. subj Rechts u. damit unter dem Aspekt des Art. 19 Abs. 4 GG grds. die Möglichkeit eines gerichtlichen Rechtsschutzes, der nur in bes. gelagerten Fällen verneint werden kann. Desh überzeugt es nicht,⁶⁴ wenn das BVerwG früher von einem Rangverhältnis zwischen der zivilrechtlichen Kündigung als dem Hauptrechtsgeschäft u. der beh. Kündigungsgenehmigungserklärung sprach u. die Anfechtungserklärung des Kleingartenpächters gg die Genehmigung einer Kündigung eines Kleingartenpachtverhältnisses am angeblichen Fehlen eines RSB scheitern ließ (so aber BVerwGE 1, 134 ff.; vgl. auch BVerwGE 4, 317 ff.; BayVGH BayVbl. 1969, 396). Zu Recht wurde hingg die Zustimmung zur Kündigung (§ 9 MuSchG aF = § 17 MuSchG nF) eines Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitnehmerin als anfechtbar angesehen (BVerwGE 10, 150; vgl. auch → Rn. 54, 277 ff.); entspr. gilt für die AK eines schwerbehinderten Menschen gg die Zustimmung des Integrationsamtes nach **§§ 168, 171 SGB IX** zur Kündigung seines Arbeitsverhältnisses (zu §§ 15, 18 SchwbG aF BVerwGE 8, 48 ff.; VG Saarlouis NJW 1980, 721 f.). Soweit durch den gesetzesakzessorischen VA Dritte nicht subjektivrechtlich betroffen sind, scheitert deren AK nicht am RSB, sondern an der fehlenden Klagebef. (Schenke JZ 1996, 1059; auch → Rn. 95, 135 – Klage des Kunden eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens gg die Genehmigung einer Tarifierhöhung).

Nicht ausgeschlossen ist das RSB auch für **Klagen auf behördliches Ein-** **51b** **schreiten** in Fällen, in denen dem Kl. nach Zivilrecht ein gleichgerichteter, uU sogar weitergehender Anspr unmittelbar gg den „Störer“ zusteht, zB im Baurecht, Immissionsschutzrecht usw.⁶⁵ Beide Rechtsschutzmöglichkeiten stehen hier vielmehr **eigenständig nebeneinander**. Ein Zurücktreten des verwaltungsgericht-

⁶³ Schenke JZ 1996, 1165; **aA** NdsOVG NVwZ 1993, 592 zur Aussetzung; BayVGH BayVbl. 1991, 723 zur Anordnung; hierzu auch → § 80a Rn. 21 u. → § 80 Rn. 138.

⁶⁴ Ebenso wie hier Ehlers JURA 2008, 512; NK-VwGO/Sodan § 42 Rn. 347; Schoch/Schneider/Ehlers Rn. 87; Stein Sachentscheidungsvoraussetzungen 125 ff.; **aA** Lorenz Verw-Prorz § 13 Rn. 14.

⁶⁵ Baumeister/Sennekamp JURA 1999, 264; Bock DVBl 2006, 16; Ehlers JURA 2008, 512; Martini DVBl 2001, 1492; Schenke VBilBW 2000, 59; Stein Sachentscheidungsvoraussetzungen 130 ff.; Steinberg NJW 1984, 464; zT **aA** zum Bau-Nachbarrecht Schmaltz NdsVbl. 1995, 247.

lichen Rechtsschutzes ggü. dem zivilgerichtlichen wäre zudem im Hinblick auf die größere **Risikobehaftetheit** des zivilprozessualen Rechtsschutzes problematisch u. führte, wenn der Rechtsschutz subj öffentlicher Rechte nur mittels eines zivilrechtlichen quasinegatorischen Abwehrrspr gem. §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB geltend gemacht werden könnte, zu einer **systemwidrigen Verlagerung** des gerichtlichen Rechtsschutzes (hierzu → § 42 Rn. 102a).

- 51c** Bei rechtl gebundenen VAen scheidet eine **Beschiedungsklage** unter dem Gesichtspunkt bestehender anderer effektiverer Rechtsschutzmöglichkeiten im Hinblick auf die Möglichkeit einer Klage auf Erlass eines VA jedenfalls nicht generell aus. Hat die Behörde es bisher unterlassen, über einen Antrag auf Erlass eines begünstigenden VA zu entscheiden, so ergibt sich das RSB für eine solche Beschiedungsklage daraus, dass nur so einer Verkürzung des VerwaltungVf durch Nichtentscheidung der Ausgangsbehörde u. einem daraus resultierenden Wegfall des WiderspruchsVf (s. §§ 68 Abs. 2, 75 S. 1) entgegengewirkt werden kann. Dies ist insbes. bei hochkomplexen Entscheidungen unabdingbar, da andernfalls das VG anstelle der Verwaltung „verwalten“ würde. § 75 schließt eine solche Beschiedungsklage nicht aus (näher mwN Schenke DÖV 1996, 538 ff.). Ein RSB für eine Beschiedungsklage besteht aber auch dort, wo die Verwaltung bei der Versagung eines VA auf wesentliche entscheidungsrelevante Fragen bisher nicht einging (näher → § 42 Rn. 8 u. → § 113 Rn. 201).
- 51d** Aus ähnlichen Gründen muss bei **unterbliebener Beschiedung eines Widerspruchs** eine Klage auf dessen Beschiedung bejaht werden. Das gilt nicht nur für Ermessensentscheidungen, bei denen bes. deutlich ist, dass für die Klage im Hinblick auf die im Verhältnis zur gerichtlichen Überprüfung erweiterte Überprüfungsbefugnis der Widerspruchsbehörde (Zweckmäßigkeitsskontrolle) das RSB nicht ausgeschlossen sein kann, sondern auch für rechtl gebundene Entscheidungen (Schenke DÖV 1996, 529 ff.). Auch hier hat der Kl. ein Interesse an einer über die Beschiedungsklage ermöglichten verwaltungsinternen Kontrolle. Geht er davon aus, einen Rechtsanspr auf Erlass eines begünstigenden VA zu besitzen, so ist allerdings eine VK auf Erlass eines Widerspruchsbescheids mangels RSB als unzulässig anzusehen. Wohl aber kann hier, sofern bisher noch kein WiderspruchsVf durchgeführt worden ist, für den im Klageantrag als Minus enthaltenen Antrag auf Beschiedung des Widerspruchs ein RSB bestehen.
- 51e** Zur Begründung der prinzipiellen Unzulässigkeit einer auf **Aufhebung der Ablehnung eines begünstigenden VA gerichteten AK** bedarf es im Hinblick auf die VfKonkurrenzregelung des § 42 keines Rückgriffs auf das RSB. Sieht man hier nicht bereits die AK unter dem Gesichtspunkt der VfKonkurrenz als ausgeschlossen an, ist diese jedenfalls im Hinblick auf den effektiveren Rechtsschutz durch die VK im Regelfall mangels RSB ausgeschlossen (→ § 42 Rn. 29; Schenke VerwProzR 305 ff.).
- 51f** Das RSB für eine Klage auf Erteilung eines **Bauvorbescheids** (insbes. Bebauungsgenehmigung) wird **nicht** durch die Möglichkeit des Kl., gleich auf die **Baugenehmigung** zu klagen, **ausgeschlossen**. Das gilt selbst dann, wenn nach Erhebung einer Klage auf Erlass eines Bauvorbescheids **später** auf den einer Baugenehmigung geklagt wird (str., → § 42 Rn. 53a).
- 52** **c) Missbräuchliche Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes. Verwirkung, Klageverzicht.** Das RSI fehlt, wenn die Klage offensichtlich **rechtsmissbräuchlich** ist,⁶⁶ so wenn ein VfBet die ihm durch die Prozessordnung einge-

⁶⁶ Vgl. BVerfG DVBl 1981, 625; HessVGH NVwZ 1986, 767; Ehlers JURA 2008, 513; Stein Sachentscheidungs Voraussetzungen 225 ff.; iE auch BayVGH NVwZ 1989, 684; wg Rechtsmissbrauchs unzulässig, vgl. entspr. auch zum Sachbeschiedungsinteresse im VerwaltungVf Wittreck BayVBl. 2004, 200.

räumten Möglichkeiten zur Wahrung seiner vf-rechtlichen Belange dazu benutzt, um gezielt vf-fremde oder sogar vf-widrige Zwecke zu verfolgen, so etwa, wenn ein Beweisantrag nur zum Schein der Sachverhaltsaufklärung gestellt wird, mit ihm aber in Wahrheit vf-fremde Zwecke verfolgt werden (OVG NRW NVwZ-RR 2021, 569), bspw. die Wahrnehmung eines Vf-Rechts nur den Zweck haben kann, **dem Gegner zu schaden** oder das Gericht zu „belästigen“ (prozessrechtliches Schikaneverbot).⁶⁷ Ob dies der Fall ist, ist nicht nach den subj. Beweggründen oder Absichten des Kl. zu beurteilen, sondern nach der objektiven Sachlage (OLG Frankfurt a.M. NJW 1979, 1613; zT **aA** Wieser, Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß, 1971, 53: maßgeblich ist der subj. Wille). Keine schikanöse Ausnutzung des Rechtsschutzes ist in den Fällen des sog. **Bagatellunrechts** gegeben (BK-GG/Schenke GG Art. 19 Abs. 4 Rn. 329; NK-VwGO/Sodan § 42 Rn. 351; OVG NRW OVGE 16, 236f.). Grds. kann auch einer Nachbarklage, welche darauf gestützt wird, dass ein Bauvorhaben seiner Art nach in einem der Baugebiete der BauNVO nicht zulässig ist, nicht wg einer fehlenden tatsächlichen Beeinträchtigung des Nachbarn das RSB abgesprochen werden,⁶⁸ da sonst die Entscheidung des **Gesetzgebers**, derzufolge das Bestehen subj. Rechte unabhängig von einer tatsächlichen Beeinträchtigung sein soll (→ § 42 Rn. 99), **konterkariert** würde. Unzulässig ist allerdings eine Nachbarklage, wenn sich der Kl. selbst nicht an die Festsetzung der Nutzungsart des Bebauungsplans (bzw. die nach § 34 Abs. 2 BauGB bestehenden Bindungen) gehalten hat (ThürOVG UPR 1997, 156; Steffen BayVbl. 1999, 164; s. auch NdsOVG BauR 1999, 1163). Weder wg fehlenden RSI noch wg **unzulässiger Rechtsausübung** ist die Klage gg Anlagenehmigungen uä aufgrund Eigentums an einem Grundstück, das zum Zweck der Klageberechtigung erworben wurde – sog. **Sperrgrundstück** –, unzulässig;⁶⁹ anders nur dann, wenn das zum Zweck der Prozessführung übertragene Recht materiell entleert ist.⁷⁰

Ein schutzwürdiges Interesse des Kl. ist hingg zu verneinen, wenn er seinen **Rechtsschutz** zB durch eine gg Treu u. Glauben verstoßende **Verzögerung der Klageerhebung** verwirkt hat.⁷¹ Um einen Fall der prozessualen Verwirkung handelt es sich nach dem BVerwG auch dann, wenn der Kl. eine bereits erhobene Nichtigkeitsklage (§ 579 ZPO iVm § 153), mit der er sein Rechtsschutzbegehren hätte erreichen können, zurücknimmt u. später erneut erheben will (BVerwG NVwZ 1994, 1207, sehr zweifelhaft; **aA** Jauernig NVwZ 1996, 31). Eine Verwirkung des Rechts zur Anfechtung einer Prüfungsentscheidung ist nicht schon desh anzunehmen, weil sich der beim ersten Prüfungsversuch erfolglos gebliebene Kl. vor der Anfechtung der Prüfungsentscheidung der Wiederholungsprüfung unterzogen hat (OVG NRW DVbl 2000, 724). Häufig wird eine Verwirkung des

⁶⁷ Vgl. VG Meinungen NVwZ-RR 1996, 720; OLG Frankfurt a.M. NJW 1979, 1613; Schoch/Schneider/Ehlers Rn. 99; Schöнке, Rechtsschutzbedürfnis, 1950, 34; Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, 1967, 48; Wieser, Rechtsschutzinteresse, 1971, 53.

⁶⁸ Schenke VerwProzR 639; s. auch Steffen BayVbl. 1999, 164.

⁶⁹ **AA** BVerwG NVwZ 2012, 567 f.; Rubel DVbl 2013, 475; Württemberg/Heckmann VerwProzR 307; wie hier dagg BVerfG NVwZ 2014, 213; Kment NVwZ 2014, 1567; Knödler NuR 2001, 194 ff.; Schoch/Schneider/Ehlers Rn. 98; früher auch BVerwGE 72, 16; dazu auch → § 42 Rn. 89.

⁷⁰ IE ebenso BVerwG NVwZ 2001, 427 – allerdings unter Hinweis auf fehlende Klagebef. NVwZ 2009, 304; NdsOVG DÖV 2014, 808; s. dazu auch Clausen JuS 2001, 1000 f.; Ehlers JK 01, VwGO § 42 II/→ § 42 Rn. 25, 89.

⁷¹ BVerwG NVwZ 2001, 206; VGH BW VBIBW 2021, 129; OVG LSA LKV 2020, 417 – Verwirkung eines beamtenrechtl. Konkurrentenanspr.; BayVGH NVwZ-RR 2015, 277; Schenke VerwProzR 638; Schoch/Schneider/Ehlers Rn. 103; Schübel-Pfister JuS 2012, 998; auch → § 47 Rn. 87; → § 58 Rn. 17; → § 70 Rn. 6h; → § 74 Rn. 18 ff.; → § 76 Rn. 2; zur dogmatischen Einordnung der Verwirkung s. näher Sanden VerwArch 2013, 474 ff.

Rechtsschutzes (zu deren Voraussetzungen s. BVerwG BayVBl. 2001, 727 f.) mit einer Verwirkung der durch das Prozessrecht geschützten materiellen Rechte einhergehen u. daher bereits die Klagebef. entfallen lassen (teilw. anders Schoch/Schneider/Ehlers Rn. 104).

Eine Klage ist auch dann unzulässig, wenn der Kl. einen **Klageverzicht** ausgesprochen hat. Zu dessen Voraussetzungen näher → § 74 Rn. 21 ff. Nach VG München NVwZ-RR 2022, 288 fehlt es an einem RSI auch, wenn der Kl. (sog. „Reichsbürger“) das von ihm angerufene Gericht nicht als legitim anerkennt, sondern es als „Scheingericht“ bezeichnet.

- 54 Ein RSI wurde früher auch dann verneint, wenn ein Kl. in einer Sache **längere Zeit nichts mehr von sich hören** ließ, insbes. auf Schriftsätze der Gegenseite u. Anfragen des Gerichts nicht reagierte usw. oder sich sonst so verhielt, dass sein Desinteresse an einer Entscheidung des Gerichts offens war (anders, wenn ein Prozessbevollmächtigter bestellt war, vgl. BVerwG NVwZ 1985, 428). Im Hinblick auf die durch das 6. VwGOÄndG geschaffene Möglichkeit des Gerichts, den Kl. zur weiteren Betreibung des Vf aufzufordern (§ 92 Abs. 2 S. 1), u. die hieran bei Erfolglosigkeit anknüpfende Fiktion der Klagerücknahme (vgl. hierzu → § 92 Rn. 18 ff.), kann dieser Ansicht heute nicht mehr gefolgt werden (Sanden Verw-Arch 2014, 487; aA BVerfG DVBl 1999, 167 f.; Wittreck BayVBl. 2004, 196). Anderes soll für die Fälle gelten, in denen der Kl. unbekannten Aufenthalts u. er zugleich un erreichbar („untergetaucht“) ist (BVerwG DVBl 1997, 181; VGH BW NVwZ-Beil. 1998, 72; ThürOVG ThürVBl. 1999, 285). Dem ist jedenfalls bei AsylVf trotz der hier auch bei unbekanntem Aufenthaltsort bestehenden Zustellungsmöglichkeiten (dazu → § 56 Rn. 41 ff.) zu folgen, da der Ausländer hier nicht die ihn nach § 10 Abs. 1 AsylG treffende Pflicht erfüllt, vorzusorgen, dass ihn das angerufene Gericht stets erreichen kann. Angesichts der Verletzung dieser prozessualen Pflicht ist er nicht schutzwürdig. Zudem wird sein „Untertauchen“ häufig so zu verstehen sein, dass er sich bei einem für ihn ungünstigen Urteil den Folgen entziehen will (auch → Rn. 56).
- 55 Nicht rechtsmissbräuchlich ist die VK auf Rücknahme eines VA nach Ablauf der Anfechtungsfrist (näher → § 42 Rn. 39). Hier besteht ein formelles subj. öffentliches Recht auf Entscheidung über die Rücknahme, das nicht durch die Verneinung des RSB entwertet werden darf.
- 56 **Nicht Voraussetzung** des RSI ist andererseits, dass der Kl. seinerseits in der Sache „**besondere Gesetzestreue**“ zeigt. Das RSI ist daher zB für die Klage gg eine Bauuntersagung auch dann zu bejahen, wenn der Kl. diese nicht befolgt (Schoch/Schneider/Ehlers Rn. 100; aA HessVGH NuR 1986, 344). Das RSI ist jedoch **in Eilfällen** uU dann zu verneinen, wenn ein Antrag nach § 80 Abs. 5 oder § 123 oÄ aus einem v. ASt zu vertretenden Grund **so spät** gestellt wird, dass dem Gericht **nicht mehr ausr Zeit** für die Entscheidung bleibt (vgl. BayVGH NJW 1989, 733 zu einer Beschwerde). Macht ein VerfahrensBet deutlich, dass er eine gerichtliche Entscheidung, sofern sie seinem Begehren nicht entspricht, nicht befolgen, sondern unterlaufen wird, kann dies dazu führen, dass ihm ein RSB für die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes fehlt (SächsOVG NJW 1999, 2986, zweifelhaft).
- 57 Für die Zulässigkeit der Klage unter dem Gesichtspunkt des RSB genügt es – wie auch sonst bei Zulässigkeitsvoraussetzungen –, wenn dieses im Zeitpunkt der letzten mV vorliegt (BVerwGE 97, 68; OVG RhPf NVwZ-RR 2018, 665).

§ 40 [Zulässigkeit des Verwaltungsweges]

(1) Der **Verwaltungsweg**^{1 ff} ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten^{6 ff, 37 ff} nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich

zugewiesen sind.^{48 ff} Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts können einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden.^{48 ff}

(2) Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeinwohl^{61 ff} und aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung^{64 ff} sowie für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten,^{69 ff} die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag^{71 ff} 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.⁶¹ Die besonderen Vorschriften des Beamtenrechts^{75 ff} sowie über den Rechtsweg bei Ausgleich von Vermögensnachteilen wegen Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte^{79 ff} bleiben unberührt.

Vgl. § 13 VVG; § 51 SGG; § 33 FGO

Schrifttum: Allgemeines: Bauer, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, 1973; M. Fischer, Nochmals: Der Verwaltungsrechtsweg als Voraussetzung der Zulässigkeit der Klage, VBIBW 2005, 179; Geiger, Der Verwaltungsrechtsweg als Sachurteilsvoraussetzung, VBIBW 2004, 336; Heidebach, Vorprüfung, Sachentscheidungsvoraussetzungen oder Zulässigkeit? Gutachtenaufbau in der öffentlich-rechtlichen Klausur, Jura 2009, 172; Krüger, Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, JuS 2013, 598; Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973; Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner Bd III 2, 1959, 717; Renck, Der Rechtsweg im gerichtlichen Verfahrensrecht – Allgemeine Grundsätze, JuS 1999, 361; Schenke, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit – Gedanken zu einem der Grundthemen des Wirtschaftsverwaltungsrechts, WuV 1988, 145; ders., Rechtswegabgrenzung, in: 50 Jahre BGH III (zit FG BGH III), 2000, 45; Stober (Hg), Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1993; Thiel/Garcia-Scholz, Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, JA 2001, 957. – **Rechtliche Streitigkeit:** Erichsen, Der Innenrechtsstreit, Menger-FS 1985, 211; Germann, Urteilsanmerkung zu BVerwG DVBl 2002, 986, DVBl 2002, 988; Goos, Rechtsschutz in Kirchensachen – eine unendliche Geschichte?, ZBR 2004, 159; Grzeszick, Staatlicher Rechtsschutz und kirchliches Selbstbestimmungsrecht, AöR 2004, 168; Heckel, Die staatliche Gerichtsbarkeit in Sachen der Religionsgesellschaften, in: Lerche-FS 1993, 213; ders., Der Rechtsschutz in Kirchensachen, NVwZ 1994, 564; Hesse, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, 1956; Kästner, Staatliche Justizhoheit und religiöse Freiheit, 1991; ders., Tendenzwende in der Rechtsprechung zum staatlichen Rechtsschutz in Kirchensachen, NVwZ 2000, 889; Kirchberg, Staatlicher Rechtsschutz in Kirchensachen, NVwZ 1999, 734; ders., Rechtsschutz Geistlicher vor staatlichen Gerichten, NJW 2014, 2763; Koriath, Vom institutionellen Staatskirchenrecht zum grundrechtlichen Religionsverfassungsrecht? Chancen und Gefahren eines Bedeutungswandels des Art 140 GG, Badura-FS 2004, 727; Kuntze, Mehr als Tendenzen beim Rechtsschutz in Kirchensachen, ZevKR 60 (2015), 195; Laubinger, Der Rechtsschutz kirchlicher Bediensteter, Schenke-FS 2011, 975; Lorenz, Der Rechtsweg für Abwehrklagen gegen kirchliche Beeinträchtigungen, NJW 1996, 1855; Magen, Der Rechtsschutz in Kirchensachen nach dem materiell-rechtlichen Ansatz, NVwZ 2002, 897; Maurer, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit der evangelischen Kirche, 1958; ders., Kirchenrechtliche Streitigkeiten vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten, Menger-FS 1985, 285; Martini/Botta, Kirchliche Datenschutzgerichtsbarkeit zwischen Selbstbestimmungsrecht und Rechtsschutzgarantie, DÖV 2020, 1045; Morlock/Bäcker, Zugang verweigert: Fehler und fehlender Rechtsschutz im Wahlzulassungsverfahren, NVwZ 2011, 1153; Oetdl, Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, 1971; Renck, Der Rechtsweg im gerichtlichen Verfahrensrecht – Vertragshandeln und Realakte, JuS 2000, 1001; Schenke, Rechtsschutz gegen Gnadenakte, JA 1981, 588; ders., Der Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, JuS 1982, 906; ders., Die verfassungsrechtliche Garantie eines Rechtsschutzes kirchlicher Bediensteter, Fallers-FS 1984, 133; ders., Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, in: Merten, Das besondere Gewaltverhältnis, 1985, 83; ders., Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Heidelberg 1987; ders., Rechtswegabgrenzung, FG BGH III, 45 ff; ders., Probleme der Unterhaltungs- und Verkehrssicherungspflicht an öffentlichen Wasserstraßen, VersR 2001, 533; Schoch, Der Kommunalverfassungsstreit im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, JuS 1987, 783; Schütte, Zur Justiziabilität von Gnadenakten des Bundespräsidenten, JA 1999, 868; Steiner, Staatliche und kirchliche

Gerichtbarkeit, NVwZ 1989, 410; Thiel/Garcia-Scholz, Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, JA 2001, 957; Weber, Der Rechtsschutz der Kirchen und Religionsgemeinschaften durch die staatlichen Gerichte, in: Handbuch des Staatskirchenrechts, 1974/5, 729; ders, Staatliche und kirchliche Gerichtbarkeit, NJW 1989, 2217; ders, Kontroverses zum Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, NJW 2003, 2067; ders, Der Rechtsschutz im kirchlichen Amtsrecht: Unrühmliches Ende einer unendlichen Geschichte?, NJW 2009, 1179. – **Nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit:** Bethge, Verfassungsstreitigkeiten als Rechtsbegriff, Jura 1998, 529; ders, Das Phantom der doppelten Verfassungsummittelbarkeit, JuS 2001, 1100; ders, Die materielle Verfassungsstreitigkeit zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Schenke-FS 2011, 61; Di Fabio, Rechtsschutz in parlamentarischen Untersuchungsverfahren, 1988; Glauben, Rechtsschutz Privater im parlamentarischen Untersuchungsverfahren, DVBl 2006, 1263; ders, Private und Justiz als Gegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse, NVwZ 2015, 1023; Haack, Der Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit als Prüfstein für Prozessrechtslehre und Verfassungsdogmatik, DVBl 2014, 1566; Ipsen, Rechtsschutz gegen Fraktionsausschluss, NVwZ 2005, 361; Köller/Haller, Prozessuale Durchsetzbarkeit eines Anspruchs auf Rechtsetzung, JuS 2004, 189; Kraayvanger, Der Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs 1 S 1 VwGO, 2004; Lackner, Grundlagen des Wahlprüfungsrechts nach Art 41 GG, JuS 2010, 307; Lenz, Der Fraktionsausschluss – Zwischenbilanz nach den Fällen Möllemann und Hohmann, NVwZ 2005, 364; Lerche, Vom Verfassungsrecht geformte Streitsachen – Zur Abgrenzung des Verfassungs- vom Verwaltungsrechtsweg, BayVerfGH-FS 1997, 79; Ossenbühl, Rechtsschutz im parlamentarischen Untersuchungsverfahren, Martens-GS 1987, 177; Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979; ders, Der gerichtliche Rechtsschutz im Wahlrecht, NJW 1981, 2440; ders, Rechtsschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormen, VerwA 82 (1991), 307; ders, Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art im Sinne des § 40 VwGO, AöR 2006, 117; ders, Probleme des gerichtlichen Rechtsschutzes bei hessischen Landtagswahlen, in: Böhm/Schmehl, Verfassung – Verwaltung – Umwelt, 2009, 19; ders, Die Garantie eines Wahlrechtsschutzes durch Art. 19 IV GG, NZW 2020, 122; Schmelter, Rechtsschutz gegen nicht zur Rechtsetzung gehörende Akte der Legislative, 1977; Schrader, Justiziabilität kommunaler Beteiligungsrechte im Gesetzgebungsverfahren, VBIBW 2007, 81; Schreiber, Das Bundesverfassungsgericht als Wahlprüfungsgericht, DVBl 2010, 609; Schweitzer, Die Befristung prinzipieller Normenkontrollverfahren im Anwendungsbereich des Art 19 Abs 4 GG, 2007 (zit Befristung); Sodan, Der Anspruch auf Rechtsetzung und seine prozessuale Durchsetzbarkeit, NVwZ 2000, 601; ders, Das Merkmal der Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art in § 40 Abs 1 S 1 VwGO, Schenke-FS 2011, 1259. – **Öffentlichrechtliche Streitigkeit:** Althammer/Zieglmeier, Der Rechtsweg bei Beeinträchtigungen Privater durch die kommunale Deansvorsorge bzw erwerbswirtschaftliches Handeln von Kommunen, DVBl 2006, 810; Bachof, Über öffentliches Recht, BVerwG-FS 1978, 1; Bamberger, Grundfälle zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag im Öffentlichen Recht, JuS 1998, 706; Austermann, Das Hausrecht in Verwaltung und Parlament, Jura 2023, 419; Beaucamp, Das Hausrecht von Behörden als Rechtsproblem, JA 2003, 231; Biesok, Die Grundrechtsbindung der Sparkassen bei der Begründung, Änderung und Beendigung der Geschäftsbeziehung zu ihren Kunden, WM 2020, 75; Braun, Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, SächsVBl 2006, 249; Brohm, Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb, NJW 1994, 281; Broß, Rechtswegprobleme zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichten, VerwA 1988, 97 ff; Brüning, Von öffentlichen Zwecken und privaten Rechten – Hausverbot für Gebäude der öffentlichen Verwaltung zwischen Scylla und Charybdis, DÖV 2003, 389; Burgi, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, NVwZ 2007, 737; ders, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte aus der Hand des Bundesgesetzgebers?, NVwZ 2011, 1217; Conrad, Vergaberechtlicher Rechtsschutz auf landesrechtlicher Grundlage, ZfBR 2016, 124; Dahm, Der staatliche Aufwendungssatzanspruch nach der erfolgreichen Befreiung entführter Deutscher im Ausland, NVwZ 2005, 172; Detterbeck, Rechtswegprobleme im Wirtschaftsverwaltungsrecht, Frotsher-FS 2007, 399; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984; Faßbender, Rechtsschutz privater Konkurrenten gegen kommunale Wirtschaftsbetätigung, DÖV 2005, 89; Finkelnburg, Zur Entwicklung der Abgrenzung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verhältnis zu anderen Gerichtsbarkeiten durch das Merkmal der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit, Menger-FS 1985, 279; Goldhammer, Zweistufentheorie, Kontrahierungszwang und das Problem der Sparkassen mit imagegefährdenden Kunden, DÖV 2013, 416; Heuvels, Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2005, 570; Kalscheuer/Jacobsen, Das digitale Hausrecht von Hoheitsträgern, NJW 2018, 2358; dies, Zu der Rechtsnatur und den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines behördlichen Hausverbots, NVwZ 2020, 370; Kischel, Handle und liquidiere? Keine Geschäftsführung ohne Auftrag im