

## E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

### Zur Konkurrentenverdrängungsklage in Marktzulassungsverfahren

OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.11.2009 – 7 ME 116/09

#### I. Sachverhalt

Der Betreiber eines Kinderkarussells wollte dieses auf einem Weihnachtsmarkt im Jahre 2009 aufstellen. Aufgrund eines negativen Bescheids der Gemeinde – diese hatte einen anderen Karussellbetreiber zugelassen – beantragte der Betreiber im Wege des Eilrechtsschutzes beim Verwaltungsgericht, „[...] die Bewerbung [...] mit seinem ‚Kinderkarussell, Durchmesser 10 m‘ auf Teilnahme am Hamelner Weihnachtsmarkt 2009 bis zu einem vom Gericht festzusetzenden Zeitpunkt unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts im Wege der einstweiligen Anordnung neu zu bescheiden“. Das Verwaltungsgericht lehnte den Antrag ab. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Antragstellers hatte keinen Erfolg.

#### II. Problemstellung

Die Entscheidung des OVG Lüneburg betrifft die prüfungsrelevante Konstellation der Konkurrentenverdrängungsklage in „Marktzulassungsverfahren“ und damit einen Bereich, in dem in jüngster Zeit verschiedene Entscheidungen ergangen sind, die ohne Weiteres – auch kombiniert – in Klausuren eingebaut werden können.<sup>1</sup> Eine parallele Problematik findet man im Beamtenrecht, wenn ein Anwärter auf eine Beamtenstelle, die ein anderer Bewerber erhalten soll oder bereits erhalten hat, klagt.<sup>2</sup> Eine weitere vergleichbare Fallgestaltung bietet das Vergaberecht im Bereich der Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte. Dort konkurrieren in der Regel ebenfalls mehrere Private um eine staatliche Leistung, die nur einmal vergeben werden kann.<sup>3</sup> Die vergleichbare Problematik kann also in viele Lebenssachverhalte<sup>4</sup> eingekleidet und zum Gegenstand verwaltungsrechtlicher Fallbearbeitungen gemacht werden. Prozessual spielt es dabei grds. keine Rolle, ob der Eilrechtsschutz als Aufhänger gewählt wird oder ob man sich im Klageverfahren befindet. Die zentrale Frage betrifft in beiden Fällen das Verhältnis von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage bzw. zwischen den entsprechenden Rechtsbehelfen im Eilrechtsschutz, wenn zwei Verwaltungsakte erlassen wurden, die über die Zulassung bzw. Nichtzulassung der Konkurrenten entscheiden. In dem vom OVG Lüneburg entschiedenen Fall lag der Sachverhalt so, dass der Beschwerdeführer lediglich einen Bescheidungsantrag gestellt,

nicht aber die Zulassungsentscheidung zugunsten seines Konkurrenten angegriffen hatte, obwohl er dessen Stellplatz erhalten wollte. Das OVG entschied, dass regelmäßig auch eine Anfechtungsklage erhoben werden müsse, weil das Begehren sonst mangels verfügbarer Kapazität keinen Erfolg haben könne.

#### III. Bewertung

Die vorliegende Entscheidung zeigt zutreffend, dass in den Konkurrentensituationen – ungeachtet dessen, ob ein uneingeschränkter Verpflichtungsanspruch oder ein bloßes Neubescheidungsbegehren geltend gemacht wird – die erhobene Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig ist, wenn nicht zugleich – d.h. kumulativ – die Zulassung des Konkurrenten mit der Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO angegriffen wird.<sup>5</sup> Die geäußerten Gegenansichten vermögen nicht zu überzeugen (dazu 2.). Diese Anmerkung möchte überdies vorab zeigen, dass neben der vom OVG Lüneburg behandelten Problematik des Rechtsschutzbedürfnisses immer auch mit Problembewusstsein zwingend zu prüfen ist, ob der Kläger im Rahmen einer Drittanfechtung überhaupt gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt ist. Das stellt die Entscheidung nur sehr knapp dar. Dies bedarf jedoch näherer Erörterung, da die Fragestellung nach der Erforderlichkeit der Kombination von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nur dann sinnvoll aufgeworfen werden kann, wenn eine Anfechtungsklage zulässig ist (dazu 1.).

##### 1. Die Zulassungsentscheidung als Verwaltungsakt mit Drittwirkung

In der verwaltungsrechtlichen Fallbearbeitung ist die Frage der Klagebefugnis im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO im Rahmen der (Dritt-)Anfechtungsklage als ein Schwerpunkt der Zulässigkeitsprüfung zu behandeln. Dies folgt daraus, dass das Rechtsschutzbedürfnis der Verpflichtungsklage wegen der nicht erhobenen Anfechtungsklage überhaupt nur dann fehlen kann, wenn der Betroffene die Anfechtungsklage im Übrigen zulässig erheben kann. Dies setzt das OVG Lüneburg voraus. Betrachtet man jedoch die Parallelsituation der beamtenrechtlichen Konkurrentensituation und die dort geführte Kontroverse, ist hier durchaus eine vertiefte Argumentation zu der Frage erforderlich, welche rechtliche Wirkung der Zulassungsentscheidung zugunsten des Konkurrenten aus Sicht des übergangenen Bewerbers zukommt.

Gemäß § 42 Abs. 2 VwGO muss der Kläger geltend machen können, durch die Zulassung bzw. Ernennung des Konkurrenten in seinen Rechten verletzt zu sein. Eine Rechtsverletzung wäre aber zu verneinen, wenn die Zulassungsentscheidung bzgl. des Konkurrenten den Kläger rechtlich nicht betrifft.<sup>6</sup> Eine fehlende rechtliche Betroffenheit kann sich

<sup>1</sup> VGH Mannheim DÖV 2010, 147; VGH Kassel DÖV 2008, 607; BVerwG NVwZ 2009, 1305.

<sup>2</sup> Dazu ausführlich z.B. *Tegethoff*, ZBR 2004, 341, auch unter Beachtung der Besonderheiten des Beamtenrechts.

<sup>3</sup> *Knöbl*, Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, 2009, S. 184.

<sup>4</sup> Einen weiteren – aber wohl weniger examensrelevanten – praxisrelevanten Bereich stellt die krankenhausrechtliche Konkurrentenklage dar. Dazu ausführlich *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, § 25 Rn. 382 ff.

<sup>5</sup> Vgl. auch *Schoch*, in: Ders./Schmidt-Abmann/Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 18. Aufl. 2009, § 80 Rn. 39.

<sup>6</sup> So z.B. BVerwG NVwZ 1989, 158 (158) für die Konkurrentenklage im Beamtenrecht. Dem folgend *Wittkowski*, NJW 1993, 817 (818); a.A. *Knöbl* (Fn. 3), S. 176 ff. m.w.N.

daraus ergeben, dass in Konkurrentenverdrängungs-situationen – grds.<sup>7</sup> – zwei Verwaltungsakte gegeben sind, die voneinander zu trennen sind. Das ergibt sich schon daraus, dass sie sich an verschiedene Adressaten richten. Die Zulassung des Konkurrenten kann den abgelehnten Bewerber somit nur rechtlich betreffen, wenn es sich um einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung handelt. Von Drittwirkung spricht man, wenn ein Verwaltungsakt nicht nur für den Adressaten, sondern auch für Dritte rechtliche Wirkung hat.<sup>8</sup> Insofern ist eine Abgrenzung zum Verwaltungsakt mit Doppelwirkung erforderlich, der sich dadurch auszeichnet, dass er für den Einzelnen sowohl begünstigend als auch belastend wirkt.<sup>9</sup>

Im Beamtenrecht wird teilweise – oft ohne nähere Begründung – erwogen, die Drittwirkung eines Beförderungsakts zu verneinen<sup>10</sup> mit der Folge, dass die Anfechtungsklage des Anwärters auf eine Beamtenstelle, die sich gegen die Ernennung des Konkurrenten richtet, mangels Klagebefugnis unzulässig ist. Dies ist keineswegs der beamtenrechtlichen Besonderheit geschuldet, dass die einmal erfolgte Ernennung des Konkurrenten wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität<sup>11</sup> nicht mehr rückgängig gemacht werden kann,<sup>12</sup> da dies eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses darstellt. Die Frage der Drittwirkung stellt sich daher in der Konkurrentensituation, in der zwei Verwaltungsakte ergangen sind, immer. Dabei ist klar, dass allein die fehlende Adressatenstellung des abgelehnten Bewerbers seine materielle Rechtsbetroffenheit nicht ausschließt.<sup>13</sup> Dafür, dass die Zulassung des Konkurrenten einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung darstellt, spricht, dass der für den erfolgreichen Bewerber begünstigende Verwaltungsakt für den unterlegenen Bewerber immer zwangsläufig gleichzeitig die Ablehnung der eigenen Bewerbung bedeutet.<sup>14</sup> Diese Wirkung ist eine rechtliche, nicht nur eine faktische.<sup>15</sup> Der Verwaltungsakt, der den Konkurrenten begünstigt,

betrifft den unterlegenen Bewerber im Falle der Marktzulassung nämlich in seiner subjektiven Rechtsposition aus § 70 GewO<sup>16</sup> – Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 GG entfaltet insofern norminterne Grundrechtswirkung.<sup>17</sup> Es erlischt also der Teilhabeanspruch infolge der Vergabe des Kontingents. Die Zulassungsentscheidung gestaltet somit die Rechtsposition des Bewerbers aus.<sup>18</sup> Ihr kommt also Drittwirkung zu.<sup>19</sup>

Damit steht fest, dass die Anfechtungsklage bzgl. der Zulassungsentscheidung des Konkurrenten nicht wegen fehlender Klagebefugnis unzulässig ist. In der Fallbearbeitung wird man daher die im Folgenden behandelte Problematik der Erforderlichkeit der Drittanfechtung zu Recht aufwerfen und an der Argumentation des OVG Lüneburg ansetzen können.

## 2. Die Anfechtungslast des abgelehnten Bewerbers

Anders als es das OVG Lüneburg sieht, wird von einer breiten Ansicht vertreten, der nicht zugelassene Konkurrent könne in zulässiger Weise eine isolierte Verpflichtungsklage erheben.<sup>20</sup> Eine Anfechtungsklage sei nicht zwingend zu erheben. Dafür kann man zunächst ein praktisches Argument anführen. So werden dem Bewerber – wenn es nicht nur um eine singuläre zu vergebende Leistung geht – zum einen die Namen seiner Konkurrenten nicht immer bekannt sein.<sup>21</sup> Zum anderen fehlen ihm auch Kenntnisse hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der einzelnen Zulassungsbescheide. Folglich stellt sich für den Kläger in doppelter Hinsicht das Problem, gegen wen er die Drittanfechtungsklage(n) richten muss.<sup>22</sup> Des Weiteren kann man argumentieren, dass die entgegenstehende – rechtswidrige – Verwaltungsentscheidung grundsätzlich nach Maßgabe des § 48 VwVfG(e) ? aufgehoben werden kann, so dass eine Zulassung des Klägers auch dann noch rechtlich möglich ist, wenn aufgrund des Urteils eine für den Kläger positive Verwaltungsentscheidung getroffen wird.<sup>23</sup>

<sup>7</sup> Dies gilt natürlich nur, wenn die Entscheidungen von einem Hoheitsträger getroffen werden. Das war z.B. in VGH Kassel DÖV 2008, 607; BVerwG NVwZ 2009, 1305 nicht der Fall, wo eine materielle Privatisierung vorausging und die Zulassungsentscheidung sodann von einem Privaten getroffen wurde.

<sup>8</sup> Pietzner/Ronellenfötsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 11. Aufl. 2005, § 52 Rn. 3.

<sup>9</sup> Pietzner/Ronellenfötsch (Fn. 8), Rn. 6.

<sup>10</sup> So BVerwG NVwZ 1989, 158 (158); Wittkowski, NJW 1993, 817 (818).

<sup>11</sup> Dazu BVerfG NVwZ 2007, 1178; Bürger, ZBR 2003, 267 (267); Günther, ZBR 1983, 45 (49).

<sup>12</sup> Dies ist insgesamt sehr streitig, vgl. Knöbl (Fn. 3), S. 178 ff. m.w.N.

<sup>13</sup> Tegethoff, ZBR 2004, 341 (343); vgl. auch Wernsmann, Die Verwaltung 2003, 67 (82).

<sup>14</sup> Tegethoff, ZBR 2004, 341 (343); vgl. auch Storr, in: Pielow (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Gewerbeordnung, § 70 Rn. 55.1.

<sup>15</sup> Vgl. Wahl/Schütz, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 5), § 42 Abs. 2 Rn. 307; Storr (Fn. 14), § 70 Rn. 55.1;

a.A. Tettinger, in: Ders./Wank (Hrsg.), Gewerbeordnung, 7. Aufl. 2004, § 70 Rn. 69 (für § 70 GewO).

<sup>16</sup> Vgl. Wahl/Schütz (Fn. 15) Rn. 307.

<sup>17</sup> Kopp/Schenke, VwGO 16. Aufl. 2009, § 42 Rn. 147 mit Nachweisen.

<sup>18</sup> Vgl. Tegethoff, ZBR 2004, 341 (343); Günther, ZBR 1983, 45 (48); Solte, NJW 1980, 1027 (1030), jew. zum Beamtenrecht.

<sup>19</sup> Vgl. allgemein Rennert, DVBl. 2009, 1333 (1338); vgl. speziell zum Personenbeförderungsgesetz VGH München, UrT. v. 6.3.2008 – 11 B 04.2449; vgl. zum Beamten- und Vergaberecht Knöbl (Fn. 3), S. 176 ff.

<sup>20</sup> Schenke, NVwZ 1993, 718 (721 ff.); Rennert, DVBl. 2009, 1333, (1339 f.); Frenz, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in Konkurrenzsituationen, 1999, S. 67.

<sup>21</sup> Vgl. Pietzcker, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 5), § 42 Abs. 1 Rn. 146.

<sup>22</sup> Vgl. Schenke, NVwZ 1993, 718 (720 ff.).

<sup>23</sup> VG Hannover, Beschl. v. 4.2.2008 – 11 B 2780/08; Frenz (Fn. 20), S. 66 f. Rennert, DVBl. 2009, 1333 (1340), weist in diesem Zusammenhang auch zu Recht darauf hin, dass die Begünstigung des Dritten nicht zum Untergang des eigenen Anspruchs des Klägers führt.

Entscheidend sind jedoch die Vorgaben des Prozessrechts. Danach fehlt dem Kläger das Rechtsschutzbedürfnis, wenn er sein Rechtsschutzziel nicht erreichen kann<sup>24</sup>. Es muss daher einerseits das Rechtsschutzziel des Klägers herausgearbeitet (a) und andererseits die Erreichbarkeit dieses Ziels in den verschiedenen prozessualen Konstellationen (b) untersucht werden.

a) Rechtsschutzziel des Klägers ist in Fällen wie dem vorliegenden, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu beschieden zu werden bzw. letztlich die Zulassung zu erhalten, sei es aufgrund eines Verpflichtungsurteils oder aufgrund einer neuen Verwaltungsentscheidung nach einem Bescheidungsurteil. Dieses Ziel verfolgt der Kläger „unbedingt“. Damit ist gemeint, dass der Kläger erreichen möchte, dass eine für ihn positive Entscheidung auch in jedem Fall dergestalt umgesetzt werden kann, dass ein ihn begünstigender Verwaltungsakt ergeht.

b) Das kann aber nur erreicht werden, wenn die zugunsten des Konkurrenten erlassene Zulassungsentscheidung kassiert wird. Das folgt daraus, dass ohne Drittanfechtung die Zulassung des Klägers davon abhängt, ob die Behörde die bereits erfolgte Zulassungsentscheidung zugunsten des Konkurrenten nach Maßgabe des § 48 VwVfG(e) ? aufhebt. Die Durchsetzung eines Urteils – egal, ob es sich um ein Verpflichtungs- oder ein Bescheidungsurteil handelt – ist daher für den Kläger rechtlich nicht in jedem Fall zu erzwingen, weil zum einen die materiell-rechtlichen Voraussetzungen einer Aufhebungsentscheidung vorliegen müssen und zum anderen, weil der Konkurrent seinerseits die Möglichkeit hat, eine aufhebende Verwaltungsentscheidung anzufechten. Im Ergebnis kann die Behörde also aus Rechtsgründen gehindert sein, eine zugunsten des Klägers ausfallende Entscheidung zu treffen.<sup>25</sup> Das OVG Lüneburg spricht daher zu Recht davon, dass nur eine „theoretische Möglichkeit der Rücknahme der einem Konkurrenten erteilten Zulassung“ besteht. Eine neue Entscheidung, die aufgrund der Verpflichtungsklage ergeht, steht also immer unter dem Vorbehalt der Aufhebung der entgegenstehenden Zulassungsentscheidung. Das entspricht aber nicht dem genannten Rechtsschutzziel des Klägers. Die Anfechtungsklage muss also erhoben werden, um der Verwaltung die Möglichkeit zu schaffen, über die zu vergebende Leistung noch zu verfügen.<sup>26</sup> Die praktischen Probleme stellen sich insofern auch häufig weniger scharf dar, wenn – wie etwa hier – ein bestimmter Konkurrent verdrängt werden soll. Im Übrigen werden diese Schwierigkeiten durch das Recht des Betroffenen auf Akteneinsicht gemäß § 29 VwVfG(e) ? abgemildert.<sup>27</sup>

#### IV. Ergebnis

Es ist daher festzuhalten, dass der konkurrierende Bewerber im Rahmen einer sog. „Konkurrentenverdrängungsklage“ immer auch die Zulassungsentscheidung zugunsten des Konkurrenten anfechten muss; andernfalls fehlt der Verpflichtungsklage das Rechtsschutzbedürfnis. Die Erhebung der Anfechtungsklage ist auch rechtlich möglich, da der übergangene Bewerber klagebefugt ist, weil ihn die Entscheidung zugunsten des Konkurrenten in seinen Rechten betrifft.

*Dr. Jan Knöbl, Tübingen*

<sup>24</sup> Wolff, in: Ders./Decker (Hrsg.), VwGO/VwVfG, 2. Aufl. 2007, Vor § 40 VwGO Rn. 18.

<sup>25</sup> OVG Magdeburg, NVwZ 1996, 815 (815); vgl. auch Wernsmann, Die Verwaltung 2003, 67 (74 f.).

<sup>26</sup> Schmitt-Kötters, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 VwGO Rn. 98; Storr (Fn. 14), § 70 Rn. 56; vgl. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 473; vgl. auch Quaas/Zuck (Fn. 4), § 25 Rn. 384.

<sup>27</sup> Huber (Fn. 26), S. 473.