

Bestandskraft und Konkurrentenklage

Von Dr. Christoph G u s y, Hagen

I. Das Problem

Die Zulassung der Konkurrentenklage im Wirtschaftsrecht¹⁾ hat Fragestellungen auftauchen lassen, deren Beantwortung im Rahmen des überkommenen Verwaltungsverfahrens- und -prozessrechts kaum Anhaltspunkte aus dem positiven Recht bezieht. Der Grund dafür liegt in dem Umstand, daß beide Materien ihren prototypischen Gegenstand aus dem binären Interessenausgleich zwischen Verwaltung einerseits und Bürger andererseits beziehen. Öffentliche Interessen und Individualinteressen werden vermittelt. Einen solchen Rahmen sprengt jedoch die Konkurrentenklage, die Interessen Dritter einbezieht. Oft findet der reale *Interessenausgleich* durch Konkurrentenklage nicht *zwischen Staat und Bürger, sondern lediglich zwischen nicht begünstigtem oder belastetem Kläger einerseits und begünstigtem Beigeladenen andererseits* statt. Zwischen diesen steht der beklagte Staat *real* dann „zwischen den Fronten“. Die Problematik erweist sich signifikant am Beispiel der Bestandskraft von Verwaltungsakten, wie einige Beispiele drastisch illustrieren.

(1) A hat eine Baugenehmigung für sein Grundstück erhalten. Er hat die Planungen abgeschlossen, Aufträge vergeben und die Finanzierung geklärt. Als er mit dem Bau beginnt, bemerkt dies sein Nachbar K, auf dessen Anfechtungsklage hin die Baugenehmigung aufgehoben wird.

(2) A hat gemäß §§ 8 ff. GüKG eine Genehmigung erhalten. Daraufhin hat er seinen Betrieb vergrößert, einen neuen Wagen angeschafft und neues Personal eingestellt. Drei Jahre später erfährt davon auf der Jahreshauptversammlung der Interessengemeinschaft der Spediteure sein Konkurrent K, auf dessen Anfechtungsklage hin die Genehmigung für A aufgehoben wird.

(3) A hat eine Subvention in Höhe von 8 Mill. DM für seinen Betrieb erhalten, womit die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft im internationalen Vergleich gefördert werden soll.

Er vergrößert seinen Betrieb, stellt neues Personal ein, entwickelt neue Fertigungsmethoden und erschließt neue Märkte. Konkurrent K sieht das Wachstum des A ungern. Als er drei Jahre später zufällig die Ursache erfährt, wird auf seine Klage der Subventionsbescheid an A aufgehoben.

Die Beispiele demonstrieren den realen Interessenkonflikt zwischen dem Begünstigten (A) und dem durch die Begünstigung benachteiligten Konkurrenten (K). Dabei auftretende Konflikte werden um so größere praktische Relevanz erlangen, je erheblicher die staatliche Subventionspraxis für den Bestand und die Konkurrenzfähigkeit der Wirtschaft wird. Daß hierbei sehr wohl politische Zwecke verfolgt werden können, wenn aus den Steuermitteln, die auch von dem benachteiligten Konkurrenten (K) aufgebracht werden müssen, einzelne Betriebe in besonderer Weise gefördert werden, zeigt insbesondere das Beispiel (3). Hier geht es weniger um „gewährende“ als vielmehr um Strukturpolitik. Dabei stellt sich die Frage nach den schutzwürdigen Positionen des Begünstigten, der die Leistung erhalten und verwendet hat, einerseits und des Belasteten, der davon zunächst keine Kenntnis hatte, andererseits. Der vielfach zitierte Satz, daß die Gewährung einer Leistung „mit der *Hypothek des Anfechtungsrechts Dritter*“ belastet sei, hilft dabei kaum weiter: Der Begünstigte erhält die Leistung nicht dazu, sie sorgfältig zu verwahren und auf Klage eines Dritten zurückzuzahlen, sondern um sie zu verwenden. Ist sie einmal verwendet, so ist sie aber wirtschaftlich kaum noch zurückzuerstatten. Hier treten Zielkonflikte zwischen dem Leistungszweck einerseits und dem Konkurrentenschutz andererseits auf. Dadurch

¹⁾ Seit BVerwGE 30, 191; s. zur Konkurrentenklage den Überblick bei Scherer, Jura 1985, 11; Rittner/Stephan, GewArch 1985, 177; Heinrich, WtVerw 1985, 1; Miebach, JuS 1987, 956.

entsteht das Problem: Wann hört die genannte „Hypothek“ auf und beginnt die insoweit unbelastete Verwendungsmöglichkeit des Leistungsempfängers? Das positive Recht enthält hierfür kaum Anhaltspunkte.

□ § 43 Abs. 1 VwVfG geht davon aus, daß ein Verwaltungsakt für Adressaten und Betroffene wirksam wird, sobald er „ihm“ bekanntgegeben ist. Der Beginn der Wirksamkeit ist demnach ein *relativer*, er ist für unterschiedliche Personen durchaus verschieden.

□ Dementsprechend endet nach § 70 VwGO die Widerspruchsfrist einen Monat, nachdem der Verwaltungsakt „dem Beschwerden“ bekanntgegeben worden ist. Auch der Beginn dieser Frist und damit der Eintritt der Bestandskraft ist so *relativ*.

□ § 50 VwVfG mindert erheblich den Vertrauensschutz des Begünstigten im Rechtsbehelfsverfahren, in welchem die Behörde zugunsten eines Dritten im Verwaltungsverfahren einen Verwaltungsakt aufhebt. *An die Stelle des Bestandsschutzes tritt pflichtgemäßes Ermessen.*

Die gesetzlichen Bestimmungen entscheiden den Interessenkonflikt somit eindeutig zugunsten des belasteten Dritten, während der Begünstigte das Verwendungs- und Rückzahlungsrisiko allein trägt. Um so größer muß das Interesse des Leistungsempfängers sein, die Bestandskraft des Verwaltungsakts herbeizuführen. Eben diese hängt aber allein von Maßnahmen der Behörde, nämlich der „Bekanntgabe an den Beschwerden“, ab. Um so nachdrücklicher stellt sich daher die Frage: Ist die Behörde rechtlich verpflichtet, die Bestandskraft der Begünstigung herzustellen? Oder anders ausgedrückt: An wen sind derartige begünstigende „Verwaltungsakte mit Doppelwirkung“ bekanntzugeben? Und was ist eigentlich bekanntzugeben? § 41 Abs. 1 VwVfG hält hierfür eine scheinbar einfache Lösung bereit, nach welcher ein Verwaltungsakt „demjenigen Beteiligten“ bekanntzugeben ist, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird. Die Regelung findet allerdings keine sachliche Entsprechung in § 13 Abs. 1 VwVfG, welcher die notwendigen Beteiligten des Verwaltungsverfahrens umschreibt: Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG ist Beteiligter, an wen die Behörde einen Verwaltungsakt richten will oder gerichtet hat. Die Hinzuziehung weiterer Personen gemäß § 13 Abs. 2 VwVfG ist nur fakultativ und dabei im wesentlichen nur auf Antrag des benachteiligten Betroffenen vorgesehen. Die Frage nach dem Interessenausgleich zwischen begünstigtem Leistungsempfänger einerseits und benachteiligtem Konkurrenten andererseits ist so wesentlich auch eine Frage nach der Auslegung des § 13 Abs. 2 VwVfG.

II. Der Diskussionsstand

Das Problem ist aus der Vergangenheit insbesondere im Baurecht bekannt und dort bereits mehrfach

diskutiert²⁾. Daher läßt sich bereits ein Diskussionsstand feststellen.

1. Präklusion des Leistungsanspruchs durch Ablehnungsbescheid?

Sofern ein Vergabeverfahren bezüglich einer Leistung stattgefunden hat — wie es im Beispiel (2) der Fall war —, so erhalten abgelehnte Bewerber oft einen Ablehnungsbescheid. Hier könnte sich anbieten, den Eintritt der Bestandskraft an die Bekanntgabe des Ablehnungsbescheides zu knüpfen. Ist dieser unanfechtbar, so wäre dann der Leistungsanspruch des Abgelehnten präkludiert. Er könnte keine Konkurrentenklage mehr erheben. Ist der Zulassungsanspruch des Konkurrenten präkludiert, so fehlte ihm die Klagebefugnis und somit auch das Anfechtungsrecht gegenüber der Genehmigung. Ist aber niemand mehr anfechtungsbefugt, so tritt die Bestandskraft auf dem Umweg ein.

Eine solche Denkweise ist allerdings zu kurz. Der Ablehnungsbescheid ergeht nämlich deshalb, weil die zu vergebende Leistung an einen anderen vergeben worden ist. *Beide Verwaltungsakte sind so inhaltlich und kausal miteinander verknüpft.* Die Aufhebung des Ablehnungsbescheides allein nützt dem Abgelehnten vielfach nichts. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Leistung nicht vermehrbar und demnach nur einmal vergebbar ist. Ist eine kontingentierte Genehmigung erteilt, ein Staatsauftrag vergeben oder die Subventionskasse leer, so ist die Aufhebung des Ablehnungsbescheides durch das Gericht allein unsinnig. Der Konkurrent muß vielmehr die Vergabe der Leistung an den Dritten aufheben lassen, um überhaupt noch eine eigene Zugangsmöglichkeit zu erlangen. Er hat eben nur dann einen Leistungsanspruch, wenn er der Geeigneter ist. Dies setzt einen Vergleich seiner Position mit der des Begünstigten voraus. Rechtsgrund der späteren Aufhebung der Leistungsvergabe an den ursprünglich Begünstigten ist eben das bessere Recht des benachteiligten Klägers. Ein derartiger Vergleich ist aber nur möglich, wenn der Anfechtungsberechtigte die Person des Begünstigten und die Gründe, aus denen dieser ihm vorgezogen wurde, kennt. Eine solche Kenntnis wird ihm aber durch die Bekanntgabe des Ablehnungsbescheides allein noch nicht vermittelt. Daher kann der Ablehnungsbescheid auch nicht das Klagerecht gegen den Bewilligungsbescheid an einen Dritten präkludieren. *Relativität der Bestandskraft bedeutet eben auch Relativität der Klagerechte gegen unterschiedliche Verwaltungsakte.* Ist demnach der Betroffene selbst bei Bestandskraft seines Ablehnungsbescheides noch gegen den Bewilligungsbescheid des Begünstigten klagebefugt, so tritt nach dessen Aufhebung durch das Gericht zumindest ein Umstand ein, welcher ein Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens gegenüber dem erfolgreichen Kläger nach

2) Überblick über ältere Ansätze bei Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 104 ff.; zur neueren prozeßrechtlichen Dogmatik der Konkurrentenklage Brohm, FS Menger, 1985, S. 235.

§ 51 VwVfG gebieten würde. Dem stände die Unanfechtbarkeit der Ablehnung nicht entgegen. Die Bekanntgabe des Ablehnungsbescheides präkludiert so noch nicht das Klagerecht gegen die Begünstigung des Dritten. Insoweit reicht sie allein zur Herstellung der Bestandskraft der Begünstigung nicht aus.

2. Verwirkung des Klagerechts?

Die nahezu einhellige Auffassung²⁾ geht vom *Verwirkungsgedanken* aus³⁾. Danach beginnt die Widerspruchsfrist mit der Bekanntgabe; wem der Verwaltungsakt nicht bekanntgegeben worden ist, der ist auch an keine Widerspruchsfrist gebunden. Er kann grundsätzlich zeitlich unbeschränkt Widerspruch einlegen. Die Abwägung zwischen den Rechten des Begünstigten und des Belasteten wird dabei durch das Verwirkungskriterium begründet. Danach ist das Widerspruchsrecht verwirkt, wenn

- der *Belastete den Verwaltungsakt kennt* oder kennen muß, also infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte; der Grund der Kenntniserlangung ist unerheblich; und
- der *Belastete weiß* oder wissen muß, *daß er den Verwaltungsakt mit Rechtsbehelfen angreifen kann*; und
- der *Begünstigte davon ausging, daß der Belastete keinen Rechtsbehelf einlegen würde*; und
- der *Begünstigte im Vertrauen darauf* auf der Grundlage des an ihn ergangenen Verwaltungsakts *Dispositionen getroffen hat*.

Wesentlicher Grund dieser Verwirkung ist der *Vertrauensschutz des Begünstigten*. Ist ihm eine Bewilligung erteilt, so soll und darf die Unsicherheit über die nun entstandene Rechtslage nicht potentiell unendlich fort dauern, da er andernfalls nicht in der Lage wäre, die Begünstigung entsprechend ihrem Zweck zu nutzen. Deutlich zeigen dies die Beispiele: Wer stets die Aufhebung einer Bauerlaubnis gewärtigen muß und zugleich erhebliche finanzielle Einbußen vermeiden will, kann nicht mit dem Bau beginnen. Ähnliches gilt für die Ausübung der Rechte aus der Güterkraftverkehrsgenehmigung. Wer eine Subvention nicht möglicherweise aus dem Betriebsvermögen zurückzahlen will, der kann sie kaum zweckentsprechend verwenden. Solche und ähnliche Ergebnisse würden neben einer erheblichen Beeinträchtigung des Vertrauens gerade auch den Vergabezweck vereiteln.

So sinnvoll der Verwirkungsgedanke im baurechtlichen Nachbarschutz, aus dem er stammt, ist, so wenig führt er doch im Wirtschaftsrecht zumeist weiter. Deutlich zeigen dies die eingangs erwähnten Beispiele. Ein Bauwerk kann nur so errichtet werden, daß der Benachteiligte dies auch bemerkt. Vergleichbares gilt jedoch im Wirtschaftsrecht nicht notwendig: So ist im Beispiel (2) dem Benachteiligten die Kenntnisnahme von der Genehmigung des Güterverkehrs erst möglich, wenn der Genehmigungsempfänger

mit dem neu genehmigten Fahrzeug an seiner Haustür vorbeifährt und der Benachteiligte die Umstände kennt. Angesichts der Vielzahl von Bewerbern kann der Abgelehnte nicht wissen, wer aufgrund welcher Umstände Genehmigungen erhalten hat. Noch sinnfälliger wird dieser Umstand, wenn — wie im Beispiel (3) — gar kein allgemeines Vergabeverfahren stattgefunden hat, in welchem es zwischen dem späteren Begünstigten und dem Übergangenen zu einem förmlichen Konkurrenzverhältnis kam. Hier weiß der Benachteiligte regelmäßig nicht einmal, daß überhaupt eine Leistung vergeben worden ist; ganz abgesehen von seiner Unkenntnis über den Leistungsempfänger. Im Wirtschaftsrecht ist demnach die Leistungsvergabe bzw. der Leistungsempfänger regelmäßig unbekannt. *Weiß der Berechtigte nichts, so kann auch die Verwirkung nicht eintreten*. Frühester Zeitpunkt der Kenntnisnahme ist dann meist derjenige, zu welchem der mit der Leistung intendierte *Erfolg* bereits *vollständig eingetreten* ist und nicht mehr oder nur noch unter untragbaren Verlusten rückgängig gemacht werden kann. Das Verwirkungskriterium kann demnach im Wirtschaftsrecht als maßgeblicher Abwägungsfaktor nicht herangezogen werden, da seine Voraussetzungen überhaupt nicht oder untragbar spät eintreten.

III. Sinn und Zweck der Bestandskraft

Sinn und Zweck der Bestandskraft werden einheitlich in der Herstellung von *Rechtssicherheit* gesehen⁴⁾. Mit Ablauf der Rechtsbehelfsfrist soll ein Zustand der rechtlichen Stabilität eintreten, der unabhängig von der materiellen Rechtslage gilt. Die so mögliche Divergenz zwischen formell bestandskräftigem Verwaltungsakt und materieller Rechtslage wird in Kauf genommen, um die formelle Rechtssicherheit erlangen zu können. Hier trifft sich der Zweck der Bestandskraft mit demjenigen der Rechtskraft. Ist Charakteristikum der formellen Bestandskraft die Unanfechtbarkeit, so ist die Wirkung der Rechtsbeständigkeit eine einseitige: Sie wirkt lediglich zu Lasten des betroffenen Bürgers. Die Behörde kann auch nach Eintritt der Bestandskraft den Verwaltungsakt zurücknehmen (§ 48 VwVfG) oder widerrufen (§ 49 VwVfG) oder das Verfahren wieder aufgreifen (§ 51 VwVfG). Mit deren Beginn erlischt allein der Aufhebungsanspruch (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO) des Bürgers. Wirkt so Unanfechtbarkeit allein zu Lasten individueller Interessen, so verwirklicht sie umgekehrt öffentliche Interessen. *Bestandskraft ist so Rechtsbeständigkeit im öffentlichen Interesse zu Lasten privater Interessen*.

Diese zweipolige Konstellation von öffentlichen Interessen der Verwaltung und privaten Interessen der Bürger wird jedoch überschritten, wenn ein

3) Nachweise bei *Eyermann/Fröhler*, VwGO, 9. A., 1988, § 70 Rdnr. 9; *Redeker/von Oertzen*, VwGO, 8. A., 1985, § 70 Rdnr. 2 a.

4) Dazu eingehend *Ericksen/Knoke*, NVwZ 1983, 185 f.; *Kopp*, DVBl 1983, 393 f.; *Schenke*, DÖV 1983, 321 f.; *Merten*, NJW 1983, 1993 f.; zur Terminologie *J. Ipsen*, DV 1984, 169.

Dritter in das jeweilige Rechtsverhältnis zu integrieren ist, wie es für die Konkurrentenklage stets der Fall ist. Hier ist gerade ein Ausgleich zwischen nicht nur zwei, sondern drei konkurrierenden Interessen zu suchen: dem Stabilitätsinteresse des Begünstigten, dem Stabilitätsinteresse der Verwaltung und dem Aufhebungsinteresse des Konkurrenten. Hier erweist sich die *Bestandskraft* als geradezu idealer *Abwägungsmechanismus*. Sie begrenzt einerseits jene „Hypothek des Anfechtungsrechts Dritter“, die bei allen Verwaltungsakten mit Doppelwirkung angenommen wird, auf die Dauer der Rechtsbehelfsfrist. Sie begrenzt andererseits den Aufhebungsanspruch des übergangenen Konkurrenten auf eben diese Frist. In dieser Konstellation wirkt die *Bestandskraft* als Ausprägung der Rechtssicherheit dann nicht nur zugunsten der öffentlichen Interessen der Verwaltung, sondern zugleich *im Interesse des Begünstigten*⁵⁾. Ist gerade der Vertrauensschutz des Begünstigten Anlaß für die Fragestellung nach der Bestandskraft im Verfahren der Konkurrentenklage, so erweist sich hier die Bestandskraft als dessen zentrale Ausprägung. *Medium zur Verwirklichung des Vertrauensschutzes* des Leistungsempfängers gegen die Aufhebung seiner Begünstigung im Prozeß auf Antrag eines Konkurrenten ist demnach die *Bestandskraft*.

So lassen sich die dargestellten Beispiele und die aus ihnen resultierenden Probleme auch adäquat lösen. Der Begünstigte trägt das Verwendungsrisiko für die erhaltene Leistung nur bis zum Ablauf der Rechtsbehelfsfrist. Dann weiß er bald, ob Rechtsbehelfe eingelegt worden sind oder nicht. Nach Ablauf dieser Frist kann er die Verwendung der Begünstigung zu dem Zweck vornehmen, zu welchem sie bewilligt worden ist, ohne Rückforderungsansprüchen unterhalb der Grenzen der §§ 48 Abs. 2—4, 49 Abs. 2, 3, 5 VwVfG ausgesetzt zu werden. Insbesondere erklärt sich auf diese Weise auch § 50 VwVfG: Die Belastung der Begünstigung durch die Hypothek des Anfechtungsrechts Dritter besteht nur im Rahmen der Rechtsbehelfsfristen. In diesem Sinne setzt § 50 VwVfG einen zulässigen Rechtsbehelf voraus⁵⁾. *Grenze des weiten Aufhebungstatbestandes des § 50 VwVfG ist die Bestandskraft*. Sie verwirklicht den Vertrauenstatbestand zugunsten des Leistungsempfängers, welcher durch § 50 VwVfG sehr eingeschränkt wird. Dient so einerseits § 50 VwVfG der Durchsetzbarkeit des Rechtsbehelfs des Übergangenen, so dient umgekehrt die Bestandskraft der Durchsetzung der Interessen des Begünstigten.

IV. Inhalt und Grenzen der Bestandskraft

Besteht so ein *Bedürfnis nach Bestandskraft* auch gegenüber *Klagerechten Dritter*, so ist diese damit noch nicht hergestellt. Vielmehr ist zu erörtern, auf welche Weise Bestandskraft in dieser spezifischen Konstellation hergestellt werden kann.

1. „Bestandskraft“ durch Stillschweigen?

In der Praxis mancher Vergabeverfahren findet sich eine Tendenz, nach der Entscheidung zunächst allein die Genehmigungen oder Bewilligungen dem Begünstigten bekanntzugeben. Ablehnende Bescheide werden entweder überhaupt nicht oder erst mit erheblicher Verspätung erteilt. Auffallenderweise liegt regelmäßig zwischen der Mitteilung der Genehmigung einerseits und derjenigen der Ablehnung andererseits mindestens ein Monat. Eine mögliche Erklärung für diesen Umstand liegt darin, daß so die Genehmigung bestandskräftig werden soll, bevor der Abgelehnte von dem Abschluß des Verfahrens, der — ihm ja gar nicht bekanntgegebenen — Genehmigung und seiner eigenen Ablehnung erfährt. „Stillschweigend“ soll so offenbar Bestandskraft eintreten.

Das so praktizierte Verfahren verwirklicht allerdings genau den gegenteiligen Effekt seines eigenen Ziels. Da der Abgelehnte von der Bewilligung keine und von seiner Ablehnung erst spät Kenntnis erlangt, tritt die Bestandskraft auch der positiven Bescheide gegenüber übergangenen Bewerbern nicht ein. Sie tritt nicht ein, weil die Bewilligung dem Abgelehnten nicht bekanntgegeben worden ist und so für ihn die Frist des § 70 VwGO nicht zu laufen beginnt. Sie tritt aber auch nach dem Verwirkungsgedanken⁶⁾ nicht ein, da der Abgelehnte von der Tatsache der Genehmigungserteilung erst überaus spät Kenntnis erlangt und zudem nicht weiß, an wen die Genehmigung erteilt worden ist. So kann er sein Widerspruchsrecht nicht verwirken. Bestandskraft durch Stillschweigen tritt demnach niemals ein.

2. Herstellung von Bestandskraft

a) *Kriterien der Bestandskraft* von Verwaltungsakten gegen Rechtsbehelfe der Konkurrenten sind nach dem Ausgeführten:

- Der Abgelehnte muß *Kenntnis vom Abschluß des Genehmigungsverfahrens* haben; insbesondere muß er wissen, daß eine Genehmigung oder Bewilligung erteilt worden ist.
- Der Abgelehnte muß wissen, *wem* die Bewilligung erteilt worden ist: Nur auf diese Weise kann er prüfen, ob ihm gegebenenfalls Konkurrentenrechte zustehen können oder nicht.
- Der Abgelehnte muß wissen, *aus welchen Gründen* der Begünstigte ihm vorgezogen worden ist. Hierzu gehört jedenfalls die Kenntnis der Entscheidungskriterien, nach welchen der begünstigende Verwaltungsakt vergeben worden ist.
- Der Abgelehnte muß wissen, ob und warum *im konkreten Fall der Begünstigte die Vergabekriterien besser erfüllt hat* als er selbst.

Die hier genannten Kriterien lassen sich auf unterschiedliche Weise realisieren.

5) Dazu BVerwG, DVBl 1982, 1097 m. w. N.; zur restriktiven Auslegung des § 50 VwVfG s. *Enchsen/Martens*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., 1988, § 17 Abs. 3.

6) S. o. II 2.

b) Eine Alternative ist das Modell des Baurechts, welches die *Beteiligung* von Nachbarn an einem *Baugenehmigungsverfahren* vorsieht (etwa: § 69 BauONW). Danach ist der Nachbar zu hören, wenn in einem Baugenehmigungsverfahren die Anwendung von Normen in Betracht kommt, die auch seinem Schutz zu dienen bestimmt sind. Diese Konstellation ist mit der Situation der Konkurrentenklage sehr wohl vergleichbar. Der Nachbar wird so in ein Baugenehmigungsverfahren eingeschaltet, das er selbst gar nicht betreibt. Er weiß auf diese Weise, daß ein Verfahren anhängig ist, daß in diesem Verfahren seine Rechte betroffen sein können, wodurch und in welchem Umfang dies geschehen kann und wie die Entscheidung im konkreten Fall ausgeht. Zu diesem Zweck ist dem Nachbarn die Entscheidung über die Befreiung von nachbarschützenden Vorschriften zuzustellen. Damit ist gewährleistet, daß er einerseits Rechtsbehelfe einlegen kann, andererseits aber auch die Bestandskraft eintreten kann. So wird einerseits die schutzwürdige Position des Nachbarn gewahrt, andererseits der Vertrauensschutz des Bauherrn nach angemessener Frist sichergestellt.

Die Anwendung vergleichbarer Vorkehrungen im Wirtschaftsrecht ist jedenfalls dann unschwer möglich, wenn — wie im Beispiel (2) — ein förmliches Vergabeverfahren stattgefunden hat. Daß ein Verfahren stattfindet, ist jedem Beteiligten spätestens mit seiner eigenen Bewerbung, jedem anderen durch die notwendige Ausschreibung bekannt. Daß hier eigene Rechte tangiert werden können, ist gleichfalls allen Konkurrenten bewußt. Nicht bekannt ist lediglich, daß, wann und welche Entscheidung gefallen ist. Soll hier Bestandskraft überhaupt hergestellt werden, so bedeutet dies zwingend, daß die *Genehmigungsbescheide allen Abgelehnten bekanntgemacht werden müssen*. Es genügt nicht, daß ihnen lediglich ihre eigene Ablehnung mitgeteilt wird, vielmehr müssen sie zugleich erfahren, wem Genehmigungen erteilt worden sind und warum dies geschehen ist. Nur so kann der Abgelehnte seine Konkurrentenrechte ausüben, und nur so kann auch die Bestandskraft zugunsten des Genehmigungsempfängers eintreten. Die Bekanntgabe der Genehmigungen an alle Konkurrenten ist so nicht nur im Interesse des Abgelehnten, der nur so sein Rechtsschutzinteresse durchsetzen kann; sie ist vielmehr auch im Interesse des Genehmigungsempfängers, der seinerseits nach Ablauf der Rechtsbehelfsfrist auf die Bestandskraft seiner Bewilligungsbescheide vertrauen kann. *Rechtsschutzeffektivität⁷⁾ und Vertrauensschutz gebieten so gleichermaßen:*

Genehmigungen im Vergabeverfahren sind nicht nur dem Begünstigten, sondern auch den Abgelehnten mit Rechtsbehelfsbelehrung bekanntzugeben.

Mit der Genehmigung sind den Abgelehnten die Gründe für die Bevorzugung des Begünstigten mitzuteilen. Dies gilt insbesondere für die Bekanntgabe

der Vergabekriterien, die spätestens jetzt offengelegt werden müssen.

Die konkreten Gründe, warum der Begünstigte dem Abgelehnten vorgezogen worden ist, sind zumindest durch Eröffnung der *Akteneinsicht* offenzulegen (§ 29 VwVfG).

c) Die dargestellten Grundsätze lassen sich allerdings vollständig nur durchführen, wenn ein Vergabeverfahren stattgefunden hat. Fehlt es an einem solchen — wie im Beispiel (3) —, so ist der Verwaltung weder die Zahl noch die Person möglicher Konkurrenten im Einzelfall bekannt. Daher kann ihnen auch weder Verfahrensbeteiligung gewährt noch die Entscheidung bekanntgegeben werden. Dies gilt jedenfalls für Subventionen, die im Einzelfall auf besonderen Antrag an einzelne Empfänger vergeben werden. Kein Sonderproblem stellt sich demgegenüber bei öffentlich ausgeschriebenen Maßnahmen, die so sehr wohl nach den genannten Grundsätzen behandelt werden können. Sind demgegenüber bei Subventionen im Einzelfall auf besonderen Antrag die betroffenen Konkurrenten unbekannt, so kann ihnen persönlich auch kein Subventionsbescheid bekanntgegeben werden. Soll in diesem Falle einerseits Rechtsschutz und andererseits Bestandskraft gewährleistet werden, so kommt nur die *öffentliche Bekanntgabe* (§ 41 Abs. 3 VwVfG) in Betracht. Sie ist allerdings lediglich zulässig, sofern sie „durch Rechtsvorschrift“ vorgesehen ist. Eine solche Rechtsvorschrift ist hier auch gegenwärtig nicht in Kraft. Da auch der Ausnahmetatbestand des § 41 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG nicht erfüllt ist — Subventionsvergabe ist keine „Allgemeinverfügung“ im Sinne des § 35 S. 2 VwVfG —, besteht hier gegenwärtig eine Regelungslücke. Hier ist Regelungsbedarf für das — seit einiger Zeit geforderte — *Subventionsgesetz*⁸⁾.

3. Konsequenzen für die Auslegung des *Verwaltungsverfahrensgesetzes*

Die genannten Grundsätze haben unmittelbare Auswirkungen für die Auslegung einzelner Bestimmungen der *Verwaltungsverfahrensgesetze*.

a) Das gilt zunächst für § 13 VwVfG. Sind Verwaltungsakte den „Beteiligten“ bekanntzugeben (§ 41 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG), so ist der Beteiligtenbegriff entsprechend den dargelegten Grundsätzen so zu fassen, daß hier die Grundsätze des Vertrauensschutzes einerseits und die Rechtsschutzeffektivität andererseits verwirklicht werden. Die Beteiligung ist nicht abstrakt, sondern konkret für das jeweilige Verwaltungsverfahren zu begreifen. Maßgeblich dafür ist die Bestimmung des § 13 Abs. 2 VwVfG. Dem entsprechen folgende Pflichten:

Konkurrenten sind stets dritte Personen, für die „der Ausgang des Verwaltungsverfahrens rechtsgestaltende Wirkung“ hat.

7) Dazu bei Entscheidungen der Leistungsverwaltung schon Kopp, BayVBl 1980, 609.

8) Dazu jüngst Henke, DVBl 1984, 845; Zuleeg, DÖV 1984, 733; Battis/Guy, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1983, S. 126 ff.

□ Soweit der Behörde mögliche Beteiligte eines Verwaltungsverfahrens bekannt sind, so muß sie diese von der Einleitung eines solchen Verfahrens unter Hinweis auf ihre mögliche Beteiligtenstellung und ihren insoweit bestehenden Antragsrechten informieren (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG).

□ Wer in einem Vergabeverfahren einen Antrag auf Leistungsvergabe gestellt hat, ist nicht nur an „seinem“ Leistungsverhältnis, sondern am gesamten Vergabeverfahren beteiligt. Der Antrag ist insoweit auf das gesamte Verfahren gerichtet und umfaßt auch den Antrag nach § 13 Abs. 2 VwVfG.

□ Soweit hierdurch der Konkurrent Beteiligter ist, ist ihm auch der Genehmigungsbescheid nach § 41 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG samt Rechtsbehelfsbelehrung bekanntzugeben. Diese Maßnahme eröffnet den Rechtsschutz des abgelehnten Konkurrenten wie den Vertrauensschutz des Begünstigten.

b) Zu § 50 VwVfG ist umstritten, ob dieser die Bekanntgabe des begünstigten Verwaltungsakts an den belasteten Dritten voraussetzt oder nicht⁹⁾. Grundsätzlich geht § 50 VwVfG davon aus, daß der Rechtsbehelf des Dritten zulässig sein muß¹⁰⁾. Tritt mangels Bekanntgabe keine Bestandskraft ein, so kann dies allerdings noch nach Jahren der Fall sein.

Die Abwägung zwischen Vertrauensschutz des Begünstigten und dem Rechtsschutz des Belasteten soll hier gerade durch das Instrument der Bestandskraft geleistet werden. Setzt § 50 VwVfG das Institut der Bestandskraft voraus¹¹⁾, so liegt es allein in der Hand der Behörde, diese durch Bekanntgabe des Verwaltungsaktes an den Dritten herbeizuführen. Unterläßt sie dies, so kann und darf dies nicht zu einem Verlust des Rechtsschutzanspruchs für den übergangenen Konkurrenten führen. Da der Begünstigte allerdings in seinem Vertrauen beeinträchtigt worden ist, ist hier eine *Entschädigung nach Maßgabe des § 839 BGB* zu leisten, wenn die Behörde durch rechtswidriges Unterlassen die Bekanntgabe des Verwaltungsakts an einen Konkurrenten, die spätere Aufhebbarkeit der Begünstigung herbeigeführt hat, obwohl sie zu der Bekanntgabe im Interesse des Begünstigten verpflichtet war. Das gilt jedenfalls insoweit, als durch die spätere Aufhebung dem Begünstigten ein Schaden entstanden ist. Daß diese Lösung noch nicht voll befriedigen kann, zeigt insbesondere Beispiel (3): Hat der Begünstigte die Subvention bereits verwendet und reicht hier der Schadensersatz bei nachträglicher Aufhebung des Bewilligungsbescheides der Höhe nach an die Subvention heran, so würde der Begünstigte trotz nachträglicher Aufhebung der Subventionsbewilligung im wesentlichen so gestellt, als wenn er die Subvention zu Recht erhalten hätte. In diesem Falle können Entschädigungsansprüche des übergangenen Konkurrenten entstehen, da die rechtzeitige Bekanntgabe der Begünstigung seines Konkurrenten auch in seinem rechtlichen Interesse war.

c) Noch weitaus problematischer gestaltet sich die Rechtslage, wenn die Behörde nicht in der Form des Verwaltungsaktes, sondern des öffentlich-rechtlichen Vertrages gehandelt hat. Sind Verträge zwischen Staat und Bürger gemäß § 54 S. 2 VwVfG an Stelle eines Verwaltungsakts zulässig¹²⁾, so ist der begünstigende Verwaltungsakt mit Doppelwirkung in der Sprache des Vertragsrechts ein *Vertrag, der in die Rechte eines Dritten eingreift* (§ 58 Abs. 1 VwVfG). Solche Verträge bedürfen der Zustimmung des Dritten. Ein Zustimmungsrecht besteht aber nicht für jeden Konkurrenten, sondern nur für denjenigen, welcher tatsächlich einen Anspruch auf die aufgebene Leistung hat. Zustimmungsberechtigt ist so nicht jeder Konkurrent, sondern nur der zu Unrecht übergangene Konkurrent. Er kann sich daher prozessual darauf berufen, daß der öffentlich-rechtliche Vertrag mit dem Begünstigten gemäß § 58 Abs. 1 VwVfG wegen fehlender Zustimmung unwirksam ist¹³⁾. Dieses Recht des Dritten ist durch § 58 VwVfG zeitlich nicht begrenzt, da es das Institut der Bestandskraft von Verträgen nicht gibt¹⁴⁾. Dies führt allerdings dazu, daß der Vertrauensschutz des Begünstigten völlig unberücksichtigt bleibt; zumal er die internen Vorgänge der Verwaltung bei der Leistungsvergabe nicht kennt und daher über mögliche Konkurrenten und deren Rechte jedenfalls in der Regel weniger weiß als die Verwaltung. Dementsprechend fehlt es hier völlig an einem gesetzlichen Ausgleich der Rechte des Begünstigten einerseits und des betroffenen Dritten andererseits. Als mögliche Lösungsalternativen kommen hier in Betracht:

□ Eine verfahrensrechtliche Pflicht des belasteten Dritten zur Geltendmachung seiner Rechte innerhalb eines bestimmten Zeitraums. Eine solche Pflicht ist jedoch im Verwaltungsverfahrensgesetz nicht vorgesehen. Als Ausweg kommt hier nur das Institut der *Verwirkung* in Betracht.

□ Eine weitreichende Entschädigungspflicht der Verwaltung aus c. i. c., sofern sich der Vertrag als unwirksam erweist und der Verwaltung insoweit eine Amtspflichtverletzung zur Last fällt. Eine solche Alternative vermag allerdings nicht alle Fälle angemessen zu lösen¹⁵⁾.

Während der Wortlaut des § 58 VwVfG die erste Alternative auszuschließen scheint, so wird sie doch den Interessen der Beteiligten eher gerecht als die zweite Variante. Der Grund für die Unsicherheit liegt im wesentlichen darin, daß das VwVfG das Verga-

9) Verneinend *Obermayer*, VwVfG, 1983, § 50 Rdnr. 7; zweifelnd *Meyer/Borgs*, VwVfG, 2. A., 1982, § 50 Rdnr. 19.

10) BVerwGE a.a.O. (Fn. 5).

11) S. o. III.

12) Näher *Gusy*, DVBl 1983, 1222 ff.

13) So schon *Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 225; *Friche*, DÖV 1980, 673, 675; *Schimpf*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, 1982, S. 281.

14) Näher dazu *Schimpf* ebd., S. 257 ff.; zur Konkurrentenklage gegen einen öffentlich-rechtlichen Vertrag OVG Münster, NVwZ 1984, 522; *Friche* ebd.; *Knuth*, JuS 1986, 523.

15) S. o. b.

beverfahren bei Vorhandensein mehrerer Konkurrenten kaum geregelt hat¹⁶⁾.

V. Zusammenfassung

Bestandskraft und Konkurrentenklage sind gegenwärtig kaum aufeinander abgestimmt. Insbesondere die Abwägung zwischen dem Vertrauensschutz des Begünstigten und dem Rechtsschutz des Belasteten ist noch nicht hinreichend geklärt. Hier bietet sich das Institut der Bestandskraft an. Diese muß allerdings von der Verwaltung erst hergestellt werden, indem die Rechtsbehelfsfristen durch Bekanntgabe der begünstigenden Verwaltungsakte in Lauf gesetzt werden. Rechtsschutzeffektivität und Vertrauensschutz gebieten so gleichermaßen:

Genehmigungen im Vergabeverfahren sind nicht nur dem Begünstigten, sondern auch dem Abgelehnten mit Rechtsbehelfsbelehrung bekanntzugeben.

Mit der Genehmigung sind dem Abgelehnten die Gründe für die Bevorzugung des Begünstigten mitzuteilen. Dies gilt insbesondere für die Bekanntgabe der Vergabekriterien, die spätestens jetzt offengelegt werden müssen.

Die konkreten Gründe, warum der Begünstigte dem Abgelehnten vorgezogen worden ist, sind zumindest durch Eröffnung der Akteneinsicht offenzulegen (§ 29 VwVfG).

Kommt die Verwaltung diesen Pflichten nicht nach, so entstehen Amtshaftungsansprüche nach § 839 BGB. Wie sich die entsprechende Rechtslage gestaltet, wenn statt des Verwaltungsaktes ein öffentlich-rechtlicher Vertrag als Handlungsform eingesetzt wird, ist noch weitgehend ungeklärt.

¹⁶⁾ Dazu schon Giry, DÖV 1984, 876 f.

Rechtsprechung und Erlasse