

Die Konkurrentenklage im öffentlichen Dienst – eine unendliche Geschichte (Teil 1)

Universitätsprofessor Dr. iur. Hans-Werner Laubinger, M. C. L.

Konkurrentenklagen spielen im öffentlichen Dienst eine immer größere Rolle. Gestritten wird um Beamten-, Richter-, Soldaten- und Arbeitnehmerstellen. Die Auseinandersetzungen werden dabei fast ausschließlich im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes (einstweilige Anordnungen im Verwaltungsprozess, einstweilige Verfügungen im Arbeitsgerichtsprozess) abgewickelt. Das hat missliche Konsequenzen. An die Stelle des ausgeschalteten BVerwG tritt immer mehr das BVerfG. Angesichts dessen sollte erneut darüber nachgedacht werden, ob nicht doch die Anfechtungsklage gegen Ernennungen oder gegen die ihr vorgelagerte Auswahlentscheidung zugelassen werden sollte, was von einem großen Teil der Literatur seit jeher gefordert, aber von der Judikatur mit zweifelhaften Argumenten abgelehnt wird.

I. Der Siegeszug der Konkurrentenklage

Konkurrentenklagen haben Konjunktur. Ruft man in der juristischen Datenbank Juris das Stichwort „Konkurrentenklage“ auf, werden allein 880 gerichtliche Entscheidungen nachgewiesen (Stand: 8.3.2010). Sie begegnen uns auf allen möglichen Rechtsgebieten.

Einige wenige Beispiele aus den letzten Jahren:

- Konkurrentenstreit zwischen Fensterprogrammveranstaltern im privaten Fernsehen¹,
- Klage eines Facharztes gegen Zulassung eines anderen Facharztes durch die Kassenärztliche Vereinigung zur vertragsärztlichen Versorgung² oder zur Dialysebehandlung³,
- Klage eines Vertragsarztes gegen die Genehmigung der Errichtung einer Zweigstelle eines Konkurrenten⁴,
- Klage gegen die Vergabe von Genehmigungen für den Betrieb von Linien im öffentlichen Nahverkehr⁵,
- Klage eines Krankenhausträgers gegen die Aufnahme der Betten eines Konkurrenten in den Krankenhausplan des Landes⁶,
- Klage gegen die wasserrechtliche Genehmigung zum Abbau von Kies durch Konkurrenten⁷,
- „Konkurrentenverdrängungsklage“ eines bei der Zulassung zum Weihnachtsmarkt nicht berücksichtigten Betreiber eines Kinderkarussells gegen die Zulassung eines Mitbewerbers⁸,
- Klage eines Unternehmers gegen das Finanzamt darauf, dass dieses eine Billigkeitsmaßnahme zugunsten eines Konkurrenten unterlässt⁹,
- Klage gegen die Bestellung eines Mitbewerbers zum Notar¹⁰.

Schon diese kleine Auswahl¹¹ zeigt, dass die Gerichte aller fünf Fachgerichtsbarkeiten (ordentliche, Arbeits-, Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit) sich mit Konkurrentenstreitigkeiten auseinandersetzen müssen. Und auch die Verfassungsgerichtsbarkeit, insbesondere das Bundesverfassungsgericht, bleibt davon nicht verschont; im Gegenteil: Das BVerfG entfaltet gerade in jüngerer Zeit erhebliche Aktivitäten auf diesem Gebiet, wie sich noch zeigen wird.

Innerhalb der Gruppe der Konkurrentenstreitigkeiten lassen sich mindestens zwei Typen¹² unterscheiden:

- In einigen Fällen streiten sich die beiden Konkurrenten um ein und dieselbe Vergünstigung, z. B. um eine freie Beamten- oder Notarstelle. Bekommt sie der eine, geht der andere leer aus.
- In einer Reihe anderer Fälle will der Kläger lediglich verhindern, dass dem anderen eine Vergünstigung gewährt wird, auf die der Kläger selbst keinen Wert legt. Der Kläger will lediglich eine Konkurrenz abwehren.

Es liegt auf der Hand, dass der Kläger sich unterschiedlicher Instrumente bedienen muss, um sein Ziel zu erreichen: In der zweiten Fallkonstellation reicht eine Anfechtungsklage bzw. eine Unterlassungsklage aus. Bei der ersten Fallgestaltung muss der Kläger mittels der Verpflichtungsklage zu erreichen versuchen, dass ihm die begehrte Leistung zuteil wird. Ist sie dem Konkurrenten bereits zuerkannt, muss er sie ihm außerdem zuvor mittels der Anfechtungsklage wieder abjagen.

- 1) VG Hannover, Beschluss vom 29.9.2008 – 7 B 3575/08 – juris.
- 2) LSG BW, Beschluss vom 4.6.2008 – L 5 KA 4514/07 – juris; SG Potsdam, Urteil vom 5.12.2007 – S 1 KA 63/06 – juris.
- 3) BSG, Urteil vom 7.2.2007 – BSGE 98, 98 ff.
- 4) SG Dortmund, Beschluss vom 22.1.2008, MedR 2008, S. 242 ff.
- 5) VG Cottbus, Urteil vom 15.11.2007 – 3 K 600/03 – juris; bestätigt durch OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.6.2009 – 1 B 1.08 – juris.
- 6) BVerfG, Kammerbeschluss vom 14.1.2004, DVBl. 2004, S. 431 ff. = NVwZ 2004, S. 718 ff.; VGH BW, Urteil vom 9.10.2007, VBIBW 2008, S. 140 ff.; BVerwG, Urteil vom 25.9.2008, BVerwGE 132, 64 ff.; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 23.4.2009, NVwZ 2009, S. 977 ff.; OVG NRW, Beschluss vom 17.12.2009 – 13 A 3109/08 – juris.
- 7) BayVGH, Beschluss vom 14.8.2007 – 8 ZB 07.1162 – juris.
- 8) NdsOVG, Beschluss vom 17.11.2009, NdsVBl. 2010, S. 81 f.
- 9) BFH, Beschluss vom 18.9.2007, BFHE 219, S. 184 = NVwZ 2008, S. 701 ff.
- 10) BGH, Beschlüsse vom 10.8.2004, BGHZ 160, S. 190 ff., vom 28.11.2005, BGHZ 165, S. 139 ff., und vom 26.3.2007 – NotZ 36/06 – juris.
- 11) Umfassendere Überblicke bei *Peter-Michael Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Tübingen 1991; *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, Berlin 1992; *Schenke*, NVwZ 1993, S. 718 ff.; *Hösch*, DV 30 (1997), S. 211 ff.; *Wieland*, DV 32 (1999), S. 217 ff.; *Kopp/Schenke*, VwGO, 16. Aufl. München 2009, § 42 Rn. 45 – 51 und 142 – 151; *Rennert*, Konkurrentenklagen bei begrenztem Kontingent, DVBl. 2009, S. 1333 ff.
- 12) *Ronellenfitsch*, VerwArch. 82 (1991), S. 121 ff., 128 ff., unterscheidet „defensive Konkurrentenklagen“ und „Mitbewerberklagen“; zu letzteren zählt er die Beamtenkonkurrentenklagen. Den Konkurrentenklagen liegen nach *Huber* (Fn. 11), S. 79 ff., unterschiedliche Anspruchsziele zugrunde, nämlich Konkurrentenabwehr-, Fiskusabwehr-, Begünstigungsabwehr-, Konkurrentengleichstellungs- und Konkurrentenverdrängungsansprüche; mit der Beamtenkonkurrentenklage würden Ansprüche der zuletzt genannten Kategorie verfolgt (S. 95, 452 – 458, 470 – 472, 476/7). *Hösch* (Fn. 11), S. 212 ff., stellt Partizipations-, Verdrängungs- und Abwehrklagen einander gegenüber. *Wieland* (Fn. 11), S. 218 f., und *Rennert* (Fn. 11), S. 1333, differenzieren zwischen Konkurrentenverdrängungs-, Konkurrentenabwehr- und Konkurrentengleichstellungsklagen, wobei die beamtenrechtliche Konkurrentenklage zur erstgenannten Kategorie gerechnet wird. *Schenke* (Fn. 11), stellt positive, negative und abschließende Konkurrentenklagen einander gegenüber.