

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Personenbeförderungsgesetz außer Streitigkeiten über Bau, Änderung und Unterhaltung von Betriebsanlagen für Straßenbahnen und von Bau- und Betriebsanlagen für den Obusverkehr, des Güterkraftverkehrsgesetz und der Bodenabfertigungsdienst-Verordnung

Rechtsquelle/n:

VwGO § 42 Abs. 2, § 113 Abs. 1 Satz 1
BADV § 7 Abs. 1 Satz 1

Titelzeile:

Anfechtung der Auswahl eines Konkurrenten für die Erbringung von Bodenabfertigungsdiensten

Leitsatz:

Die Pflicht zur Ausschreibung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BADV vermittelt den Bewerbern um die Vergabe von Bodenabfertigungsdiensten ein subjektives Recht.

Urteil des 10. Senats vom 10. Oktober 2019 - BVerwG 10 C 2.19

I. OVG Münster vom 17. Juni 2016
Az: OVG 20 D 95/13.AK





Bundesverwaltungsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 10 C 2.19
OVG 20 D 95/13.AK

Verkündet
am 10. Oktober 2019

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 10. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 2019
durch
den Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Hooch,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Keller,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Rublack und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Seegmüller

für Recht erkannt:

Soweit die Beteiligten den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, wird das Verfahren eingestellt. Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 17. Juni 2016 ist insoweit wirkungslos.

Im Übrigen werden die Revisionen zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Hälfte der Gerichtskosten und der jeweiligen außergerichtlichen Kosten des Beklagten und der Beigeladenen zu 2 aus beiden Rechtszügen. Der Beklagte und die Beigeladene zu 2 tragen jeweils ein Viertel der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten der Klägerin aus beiden Rechtszügen. Ihre übrigen außergerichtlichen Kosten tragen die Beteiligten jeweils selbst.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin und die Beigeladene zu 2 bieten Bodenabfertigungsdienste an Flughäfen an. Die Klägerin wendet sich gegen die Auswahl der Beigeladenen zu 2 für die Erbringung derartiger Dienste am Flughafen ..., der von der Beigeladenen zu 1 betrieben wird.
- 2 Auf eine entsprechende europaweite Ausschreibung im Jahr 2009, in der der Zeitraum vom 1. August 2010 bis zum 31. Juli 2017 als Vertragslaufzeit bezeichnet war, bekundeten zuletzt drei Bewerber - die Klägerin, die Beigeladene zu 2 und ein drittes Unternehmen - ihr Interesse. Das beklagte Land traf mit Bescheid vom 7. April 2010 eine Auswahlentscheidung zugunsten des dritten Unternehmens. Durch Urteil des Oberverwaltungsgericht Münster vom 25. Januar 2011 - 20 D 38/10 - wurde das beklagte Land auf die Klage der jetzigen Beigeladenen zu 2 unter Aufhebung des genannten Bescheides zur Neubescheidung verpflichtet; die Revision gegen dieses Urteil hatte keinen Erfolg. Die jetzige Klägerin war an diesem Verfahren nicht beteiligt. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 27. September 2013 wählte das beklagte Land die Beigeladene zu 2 für den Zeitraum vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2020 zur

Erbringung der in dem Bescheid näher bezeichneten Bodenabfertigungsdienste aus.

- 3 Das Oberverwaltungsgericht hat diesen Bescheid mit Urteil vom 17. Juni 2016 aufgehoben und das beklagte Land zur Neubescheidung verpflichtet. Die Klage sei zulässig, auch wenn die Klägerin nicht gegen die im Jahr 2010 ergangene erste Auswahlentscheidung vorgegangen sei. Hierdurch sei sie nicht aus dem Auswahlverfahren ausgeschieden, weil die erste Auswahlentscheidung durch das Urteil vom 25. Januar 2011 aufgehoben worden und damit auch im Verhältnis zu ihr weggefallen sei. Die Klage sei begründet, da die Beigeladene zu 2 für einen anderen Zeitraum als in der ursprünglichen Ausschreibung angegeben mit der Erbringung der Bodenabfertigungsdienste betraut worden sei. Zudem sei die Klägerin in der angefochtenen Entscheidung nicht ordnungsgemäß beschieden worden. Auch das Bescheidungsbegehren sei begründet.
- 4 Zur Begründung seiner Revision hat der Beklagte vorgetragen, die Klage sei unzulässig. Der Klägerin fehle die Klagebefugnis, da die angefochtene Auswahlentscheidung ihr gegenüber keine Rechtswirkung entfalte. Sie sei durch die vorangegangene Auswahlentscheidung vom 7. April 2010, die sie nicht angefochten habe, aus dem Auswahlverfahren ausgeschieden. Zudem sei das Angebot der Klägerin nach dem 30. April 2010 erloschen und habe danach nicht mehr berücksichtigt werden können. Die Klägerin habe ferner auf ihr Klagerecht verzichtet und dieses auch verwirkt. Unabhängig davon sei die Klage unbegründet. Unzutreffend habe das Oberverwaltungsgericht angenommen, dass sich die Konzessionslaufzeit nicht verschieben könne. Vielmehr sei die Ausschreibung so zu verstehen gewesen, dass der 1. August 2010 nur der angestrebte Vertragsbeginn gewesen sei, der sich aber unter Beibehaltung der Vertragslaufzeit von sieben Jahren nach hinten verschieben könne. Dieses Verständnis sei gesetzeskonform und entspreche auch der Interessenlage der Bieter. Die Bewerbung der Klägerin sei zudem in der angefochtenen neuerlichen Auswahlentscheidung inhaltlich berücksichtigt worden.
- 5 Die Beigeladene zu 2 hat darüber hinaus geltend gemacht, dass sich das Oberverwaltungsgericht über die zu Lasten der Klägerin eingetretene Bestandskraft der ersten Auswahlentscheidung hinwegsetze. Der angefochtene Bescheid ent-

falte keine Regelungswirkung gegenüber der Klägerin. Unzutreffend sei die Annahme, dass sich die Ausschreibung auf einen festgelegten Zeitraum bezogen habe, der nicht verschiebbar sei.

6 Der Beklagte und die Beigeladene zu 2 beantragen jeweils,

das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 17. Juni 2016 zu ändern und die Klage abzuweisen.

7 Die Klägerin beantragt,

die Revisionen zurückzuweisen.

8 Sie verteidigt das Urteil des Oberverwaltungsgerichts. Ihre Klagebefugnis folge aus ihrem Recht auf ein ordnungsgemäßes und faires Verfahren und ihrem Anspruch auf eine Neubescheidung ihrer Bewerbung. Das erste Urteil des Oberverwaltungsgerichts entfalte auch zu ihren Gunsten Rechtswirkung. Ferner habe sie auf ihre Rechte weder verzichtet noch diese verwirkt.

9 Die Beigeladene zu 1 hat sich nicht geäußert.

10 Der Vertreter des Bundesinteresses hat sich am Verfahren beteiligt und darauf hingewiesen, dass im Auswahlverfahren nach der Bodenabfertigungsdienstverordnung eine verlässliche Entscheidung getroffen werden solle, die zu Stabilität und Sicherheit des Flugbetriebs führe. Werde eine Auswahlentscheidung durch einen der Bewerber nicht angefochten, sei sie zumindest diesem gegenüber endgültig. Jedenfalls in Ausnahmefällen müsse es möglich sein, die Auswahlentscheidung auf einen neuen, von der Ausschreibung abweichenden Zeitraum zu beziehen.

11 Die Klägerin und der Beklagte haben die Klage in der mündlichen Verhandlung hinsichtlich des Verpflichtungsbegehrens in der Hauptsache für erledigt erklärt.

II

- 12 Soweit die Beteiligten den Rechtsstreit für erledigt erklärt haben, war das Verfahren einzustellen und das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für wirkungslos zu erklären (§ 161 Abs. 2 Satz 1, § 92 Abs. 3 Satz 1, § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO).
- 13 Im Übrigen sind die Revisionen zulässig, aber nicht begründet. Im Einklang mit Bundesrecht hat das Oberverwaltungsgericht die Klage, mit der die Klägerin die zugunsten der Beigeladenen zu 1 getroffene Auswahlentscheidung angefochten hat, für zulässig (1.) und begründet (2.) erachtet.
- 14 1. Die Anfechtungsklage ist zulässig.
- 15 a) Zu Recht hat das Oberverwaltungsgericht die Klagebefugnis bejaht. Sie setzt nach § 42 Abs. 2 VwGO voraus, dass der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Die Verletzung eigener Rechte muss auf der Grundlage des Klagevorbringens als möglich erscheinen. Diese Möglichkeit ist dann auszuschließen, wenn offensichtlich und nach keiner Betrachtungsweise subjektive Rechte des Klägers verletzt sein können (stRspr, BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 - 6 C 36.11 - BVerwGE 144, 284 Rn. 17). Aus dem Vorbringen der Klägerin ergibt sich, dass sie sich durch den angefochtenen Bescheid in ihrem Recht auf ein ordnungsgemäßes und transparentes Auswahlverfahren (§ 7 Abs. 1 und 3 der Verordnung über Bodenabfertigungsdienste auf Flugplätzen - Bodenabfertigungsdienst-Verordnung - vom 10. Dezember 1997 [BGBl. I S. 2885], zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 6. Dezember 2018 [BGBl. I S. 2442], - BADV -) verletzt sieht. Eine derartige Rechtsverletzung erscheint schon deswegen möglich, weil der angefochtene Bescheid über die Bewerbung der Klägerin im Hinblick auf eine Vertragslaufzeit entscheidet, die von der ursprünglichen Ausschreibung abweicht.
- 16 b) Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin den Bescheid vom 7. April 2010, mit dem über die Bewerbung der Klägerin bezüglich der Erbringung der Bodenabfertigungsdienste ein erstes Mal entschieden wurde, ihrerseits nicht angefochten hat. Dafür kommt es nicht darauf an, ob und in welchem Umfang die

Aufhebung dieses Bescheides durch das rechtskräftige Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 25. November 2011 Rechtswirkungen zugunsten der Klägerin entfaltet. In dem nunmehr angefochtenen Bescheid hat der Beklagte die Bewerbung der Klägerin inhaltlich erneut beschieden, indem er sie vergleichend und wertend in die Auswahlentscheidung einbezogen hat. Damit hat er über die Bewerbung der Klägerin im Sinne eines Zweitbescheides ein weiteres Mal in der Sache entschieden. Gegen diese erneute Regelung, die zudem einen anderen Zeitraum betrifft als der Bescheid vom 7. April 2010, kann die Klägerin mit der Anfechtungsklage vorgehen. Dafür ist es ohne Belang, dass ihr - anders als der Beigeladenen zu 2 - der Bescheid nicht zugestellt wurde. Auf die Möglichkeit, sich gegen die ihr ungünstige Entscheidung in dem angefochtenen Bescheid zur Wehr zu setzen, hat die Klägerin im Übrigen weder ausdrücklich noch konkludent verzichtet. Umstände, aus denen sich ein derartiger Verzicht ergeben könnte, sind weder vom Oberverwaltungsgericht festgestellt worden noch sonst ersichtlich. Eine auf den angefochtenen Bescheid bezogene Verzichtswirkung lässt sich insbesondere der lange vor dessen Erlass abgegebenen Erklärung der Klägerin, dass sie sich an ihre Bewerbung bis zum 30. April 2010 gebunden sehe, nicht beimessen.

- 17 Ebenso wenig hat die Klägerin ihr Recht zur Klage gegen den angefochtenen Bescheid verwirkt. Die Verwirkung ist ein Hauptanwendungsfall des Verbots widersprüchlichen Verhaltens, wonach ein Recht nicht mehr ausgeübt werden darf, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist und besondere Umstände hinzutreten, welche die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (stRspr, vgl. nur BVerwG, Beschluss vom 18. Juli 2019 - 6 B 18.19 - juris Rn. 7). Im Hinblick auf den Zeitraum zwischen dem Erlass des angefochtenen Bescheides und der Klageerhebung fehlt es bereits an dem erforderlichen Zeitablauf; im Übrigen liegen besondere Umstände, die zur Treuwidrigkeit des Verhaltens der Klägerin führen könnten, nicht vor.
- 18 c) Der Klägerin steht für die Anfechtungsklage auch ein Rechtsschutzbedürfnis zur Seite. Dessen Wegfall kann nur dann angenommen werden, wenn der Erfolg einer Klage die Rechtsstellung des Klägers nicht verbessern würde; dabei muss diese Nutzlosigkeit eindeutig sein (stRspr, BVerwG, Beschluss vom 14. Juni

2011 - 8 B 74.10 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 3 VwGO Nr. 61). Eine Verbesserung der Rechtsstellung der Klägerin, die ihr Rechtsschutzbedürfnis begründet, durch die angestrebte Aufhebung der Auswahl der Beigeladenen zu 2 folgt daraus, dass ein erneutes Auswahlverfahren, an dem sich die Klägerin beteiligen könnte, alsbald - und bereits für einen Zeitraum vor Ablauf des in dem Bescheid geregelten Zeitraums - eingeleitet werden könnte.

- 19 2. Die Klage ist, wie das Oberverwaltungsgericht ohne Verstoß gegen Bundesrecht angenommen hat, begründet, weil der angefochtene Bescheid rechtswidrig ist und die Klägerin in ihren Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).
- 20 a) Die Auswahlentscheidung ist rechtswidrig, weil ihr keine ordnungsgemäße Ausschreibung zugrunde lag. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 und 5 BADV i.V.m. Nr. 2.2 der Auswahlrichtlinie (Anlage 2 zur BADV) hat der Flugplatzunternehmer die Vergabe von Dienstleistungen im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften auszuschreiben und dabei unter anderem den möglichen Zeitpunkt der Aufnahme der Abfertigungstätigkeit und die angestrebte Vertragsdauer für die Abfertigungstätigkeit anzugeben (Nr. 2.2 Buchst. c und d der Auswahlrichtlinie). An der damit gebotenen Kongruenz zwischen den in der Ausschreibung bezeichneten und den nach der Auswahlentscheidung für die Vertragslaufzeit maßgeblichen Daten fehlt es hier.
- 21 Der angefochtene Bescheid trifft eine Auswahlentscheidung für den Zeitraum vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2020, während die Ausschreibung den Zeitraum vom 1. August 2010 bis zum 31. Juli 2017 betrifft. Das Oberverwaltungsgericht hat diese Ausschreibung dahingehend ausgelegt, dass sie ausschließlich die Angabe einer festen Vertragslaufzeit enthielt und die Geltungsdauer der zu vergebenden Konzession exakt auf den genannten Zeitraum festgelegt worden sei. Diese Feststellung bindet den Senat mangels durchgreifender Verfahrensrügen (§ 137 Abs. 2 VwGO). Sie ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden und widerspricht namentlich nicht den anerkannten Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB. Der Wortlaut der Erklärung ist eindeutig, zumal auf dem verwendeten Formular anstelle des festen Zeitraums auch eine Vertragslaufzeit in Monaten hätte angegeben werden können.

- 22 b) Zutreffend hat das Oberverwaltungsgericht angenommen, dass der Verstoß gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Ausschreibung zur Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides insgesamt führt, weil dieser in zeitlicher Hinsicht nicht teilbar ist. Sowohl die Ausschreibung als auch die Bewerbung der Klägerin sowie - auf deren Grundlage - die angefochtene Auswahlentscheidung beziehen sich auf einen Zeitraum von sieben Jahren. Die Auswahlentscheidung lässt sich daher nicht in einen noch von der Ausschreibung gedeckten Abschnitt bis zum 31. Juli 2017 und einen hiervon nicht mehr erfassten weiteren Abschnitt bis zum 31. Dezember 2020 aufteilen.
- 23 c) § 7 Abs. 1 Satz 1 BADV vermittelt den Bewerbern um die Vergabe von Bodenabfertigungsdiensten ein subjektives Recht. Der Verstoß gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Ausschreibung verletzt die Klägerin in ihrem daraus folgenden Bewerbungsverfahrensanspruch und damit in eigenen Rechten (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 - 3 C 32.11 - Buchholz 442.40 § 19c LuftVG Nr. 1 Rn. 22 ff. und Beschluss vom 18. März 2016 - 3 B 16.15 - Buchholz 442.40 § 19 c LuftVG Nr. 2 Rn. 26 ff.).
- 24 Die Auswahlentscheidung stellt bereits nach dem Willen des Verordnungsgebers einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung dar (vgl. BR-Drs. 807/97, S. 53 f.), der Rechte der unterlegenen Bewerber verletzen kann. Die Annahme, dass gerade die hier betroffene Pflicht zur ordnungsgemäßen Ausschreibung allen Teilnehmern des Auswahlverfahrens eigene Rechte vermittelt, verwirklicht ferner die Ziele der Richtlinie 96/67/EG des Rates vom 15. Oktober 1996 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughafen der Gemeinschaft (ABl. L 272/36 S. 1), nach deren 16. Erwägungsgrund die Dienstleister für Bodenabfertigungsdienste in einem transparenten und unparteiischen Verfahren auszuwählen sind. Ein Element dieses Verfahrens ist die in Art. 11 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie geregelte Pflicht, eine Ausschreibung zu veröffentlichen, die es jedem Interessenten gestattet, sich zu bewerben. Diese Bewerbungsmöglichkeit läuft indessen ins Leere, wenn - wie hier - im Ergebnis die Konzession für einen anderen als den ausgeschriebenen Zeitraum vergeben wird. Die Einhaltung der Pflicht, durch die Ausschreibung eine Möglichkeit zur Bewerbung zu gewährleisten, muss der unterlegene Konkurrent gegebenenfalls auch gerichtlich durchsetzen können, zumal Art. 21 der Richtlinie für jede Partei, die

ein rechtmäßiges Interesse nachweist, einen Rechtsbehelf gegen eine Entscheidung oder Einzelmaßnahme in Anwendung des Art. 7, 11 bis 16 der Richtlinie vorsieht.

- 25 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 und 3, § 161 Abs. 2 Satz 1 und § 162 Abs. 3 VwGO. Soweit die Beteiligten den Rechtsstreit für erledigt erklärt haben, entspricht es der Billigkeit, dass die Klägerin die Kosten des Verfahrens trägt, weil die Revisionen im Hinblick auf den Verpflichtungsantrag voraussichtlich Erfolg gehabt hätten.

Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert

Hoock

Dr. Keller

Dr. Rublack

Dr. Seegmüller

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes für das Revisionsverfahren wird auf 1 000 000 € festgesetzt.

Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert

Hoock

Dr. Keller

Dr. Rublack

Dr. Seegmüller