

## Verwirkung des Rechts auf Antrag eines Nachprüfungsverfahrens

### „Zu lange gewartet – Rechtsschutz weg?“

*von Dr. Susanne Mertens, LL.M.*

Die „Ahlhorn“-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, nach der Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand unter bestimmten Umständen dem Regime des Vergaberechts unterfallen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.06.2007 – Verg 2/07, VergabeR 2007, 406 u. 634; Beschluss v. 12.12.2007 – Verg 30/07, VergabeR 2008, 99; Beschluss v. 06.02.2008 – Verg 37/07) stellt einen neuen Meilenstein in der jüngeren vergaberechtlichen Rechtsprechung dar. Dies umso mehr, als sich mittlerweile zwei weitere Oberlandesgerichte der Auffassung des OLG Düsseldorf angeschlossen haben (OLG Bremen, Beschluss v. 13.03.2008 – Verg 5/07; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 13.06.2008 – 15 Verg 3/08).

Die jüngste Rechtsprechung zeigt aber auch praktische Probleme bei der Durchsetzung der „neu gewonnenen“ Rechtsschutzmöglichkeiten auf. Wie das OLG Düsseldorf (Beschluss v. 30.04.2008 – Verg 23/08) weist auch das OLG Karlsruhe mit Beschluss vom 13.06.2008 (15 Verg 3/08) darauf hin, dass das Recht auf Beantragung eines Nachprüfungsverfahrens nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen verirken kann. Im Fall des OLG Düsseldorf vergingen zwischen Abschluss des Grundstückskaufvertrages und Nachprüfungsantrag beinahe 5 Jahre, in dem der Entscheidung des OLG Karlsruhe zugrunde liegenden Fall hatte der Antragsteller sieben Monate gewartet, bevor er die Vergabekammer um Rechtsschutz anrief.

Mit einer Zurückweisung ihrer Rechtsschutzbegehren wegen Unzulässigkeit mussten die Antragsteller bis dahin nicht unbedingt rechnen. Eine Frist für Nachprüfungsanträge sieht das GWB in der aktuellen Fassung nicht vor (wohl aber § 101 b Abs. 2 GWB nach dem Entwurf der Bundesregierung des „Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes“). Eine Begrenzung erfährt der Primärrechtsschutz lediglich durch die Zuschlagserteilung. Nach Vertragsschluss ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig. Auch dies allerdings mussten die Antragsteller vor dem OLG Düsseldorf und dem OLG Karlsruhe nicht fürchten. Denn in beiden Fällen wurden zwar Angebote eingeholt, jedoch kein Vergabeverfahren durchgeführt, es handelte sich also um sog. „De-facto-Vergaben“. Bei diesen wird der geschlossene Vertrag nach der Rechtsprechung des BGH (Beschl. v. 01.02.2005 – X ZB 27/04, VergabeR 2005, 328) bei Angriff durch einen Konkurrenten, der am nichtförmlichen Auswahlverfahren beteiligt war, für nichtig erklärt. Von einem Zeitlimit war hierfür bislang nicht die Rede.

Dies hat sich durch die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf und des OLG Karlsruhe zur Verwirkung von Nachprüfungsanträgen geändert. Unsicherheit generiert allerdings die Frage, wann konkret mit einer Verwirkung des Nachprüfungsrechts gerechnet werden muss.

Nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts ergibt sich die Verwirkung eines Rechts aus § 242 BGB (Treu und Glauben). Danach ist eine Rechtsausübung dann unzulässig, wenn der Rechtsinhaber durch vorangegangene, andauernde Untätigkeit das Vertrauen darauf erweckt hat, dass er seine Rechte nicht ausüben werde und der Rechtsgegner - hier der Auftraggeber - sich darauf einrichtet, dass das Recht nicht mehr ausgeübt wird. Eine verspätete Geltendmachung von Rechten wird als „illoyal“ gewertet und soll daher wegen des erweckten Anscheins des Rechtsverzichts unzulässig sein. Es kommt also letztlich nicht darauf an, ob der Bieter tatsächlich auf sein Nachprüfungsrecht verzichten wollte, sondern lediglich darauf, welchen Eindruck sein Verhalten nach objektiven Gesichtspunkten beim Auftraggeber erwecken musste.

Wie alle Rechtsinstitute, die sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, sind die vagen Voraussetzungen jeweils im Einzelfall zu prüfen. Auch wenn die Richter also im Fall des OLG Karlsruhe zu dem Ergebnis kamen, dass sieben Monate Zuwarten zur Verwirkung des Rechtsschutzes führen, so stellt dies keinen Richtwert für folgende Entscheidungen dar. Bis zu einer gesetzlichen Normierung werden Auftraggeber und Auftragnehmer daher mit weiteren Rechtsunsicherheiten leben müssen. Die dazu im Entwurf der GWB-Novelle enthaltene Auftragsfrist steht jedoch gerade unter dem Gesichtspunkt der Möglichkeit der Kenntnisnahme in Fällen wie der hier angesprochenen „De-facto-Vergabe“ zu Recht in der Kritik (BR-Drcks. 349/08 (Beschluss), Seite 13). Dies gilt vor allem dann, wenn in derartigen Fällen unterlegene Konkurrenten beim Auftraggeber durch regelmäßige Hinweise auf den möglicherweise in Kürze in Anspruch zu nehmenden Rechtsschutz jegliches Vertrauen zerstören, das eine Verwirkung generieren könnte.

*Dr. Susanne Mertens, LL.M.*

HFK Rechtsanwälte

Heiermann Franke Knipp

s.mertens@hfk-rechtsanwaelte.de