

## Aufsatz

# „EuGH: Pflicht zur „unverzüglichen“ Rüge europarechtswidrig?“

*Dr. Ute Jasper, Rechtsanwältin, Düsseldorf*

*Dr. Kristina Neven-Daroussis, Rechtsanwältin, Düsseldorf*

Der EuGH hat in zwei Entscheidungen vom 28.01.2010 (Rs. C-406/08 und C-456/08) eine britische bzw. eine irische Vorschrift für europarechtswidrig erklärt, nach der Nachprüfungsanträge „unverzüglich“ bzw. „so früh wie möglich“ einzureichen sind. Das Merkmal sei für die Bieter nicht hinreichend genau, klar und vorhersehbar. Da auch das deutsche GWB auf die „Unverzüglichkeit“ der Rüge abstellt, wird in vielen deutschen Stellungnahmen zum Urteil befürchtet, auch § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB könnte europarechtswidrig sein.

Das Ergebnis wäre fatal. Jedes Vergabeverfahren wäre bis zum Zuschlag angreifbar. Die typische Reaktion der Bieter wäre, erst Fehler zu suchen und zu rügen, wenn sie nicht den Zuschlag erhalten sollen. Gerade in komplexen Vergaben würden Rechtsfragen bis zum Ende unerkannt durchgeschleppt. Erst dann würden mit der Lupe formale Angriffspunkte aufgespürt, gerügt und angegriffen, wenn der Konkurrent das wirtschaftlichere Angebot abgegeben hat und den Zuschlag erhalten soll.

Aber auch rechtlich lassen sich die EuGH-Entscheidungen zum britischen bzw. irischen Recht nicht auf die deutschen Vorschriften zur Rüge übertragen. Die britische und die irische Vorschrift sind nicht mit der Vorschrift des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB vergleichbar (1.). Außerdem ist im Unterschied zum britischen bzw. irischen Recht das Merkmal der Unverzüglichkeit in Deutschland ein feststehender, legaldefinierter Rechtsbegriff (2.).

### 1. Keine Vergleichbarkeit zwischen der britischen und der deutschen Norm

Nach der vom EuGH geprüften britischen „Regulation 47 (7) lit. b)“ der Verordnung über die öffentlichen Aufträge von 2006 ist ein Nachprüfungsverfahren nur zulässig, wenn:

*„(b) das Verfahren unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Monaten nach dem ersten Eintreten eines Grundes für die Einleitung des Verfahrens eingeleitet wird, es sei denn, der (High) Court hält eine Verlängerung der Frist für die Einleitung dieses Verfahrens für gerechtfertigt.“*

Die irische Norm, die Gegenstand des zweiten Verfahrens war, stellte auf die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens „so früh wie möglich“ ab. Diese Normen sind aber nicht mit § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB vergleichbar, sondern mit § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB. Denn § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB bezieht sich auf den Zeitpunkt der erforderli-

chen Rüge und nicht auf die Frage, innerhalb welcher Zeit ein Nachprüfungsverfahren einzureichen ist.

Eine mit den angegriffenen Normen vergleichbare Funktion erfüllt § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB, der die Zeit für die Einleitung eines Verfahrens auf 15 Tage ab Erhalt der Mitteilung, dass der Rüge nicht abgeholfen wird, begrenzt. Genau wie § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB geht es bei der englischen und der irischen Norm um eine Frist innerhalb derer ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten ist.

Im Gegensatz zu den angegriffenen Normen ist aber nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB hinreichend genau klar und vorhersehbar, dass der Bieter innerhalb von 15 Tagen nach Ablehnung der Rüge ein Nachprüfungsverfahren einleiten muss. Diese Frist ist auch nicht in das freie Ermessen der zuständigen Richter gestellt.

§ 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB betrifft hingegen etwas völlig anderes. Es handelt sich dabei um eine Präklusionsregelung, aufgrund der nicht rechtzeitig gerügten Verstöße nicht mehr geltend gemacht werden können. Diese Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Rügeobliegenheit, die auf Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie beruht, hält sich im nationalen Umsetzungsspielraum. Die Rüge, auf die sich § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB bezieht dient auch einem anderen Zweck als das Nachprüfungsverfahren: Dem Auftraggeber soll die Möglichkeit eingeräumt werden, den Vergabefehler innerhalb des Verfahrens zu korrigieren. Das Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Bieter erfordert einen zügigen Hinweis, damit diese Korrektur zeitnah ohne Verzögerung im Verfahren erfolgen kann. Dementsprechend sind auch an eine Rüge anders als an einen Nachprüfungsantrag keine besonderen formellen Anforderungen zu stellen. Sie kann mündlich und ohne detaillierte rechtliche Würdigung erhoben werden. Die vom EuGH zu beurteilende Situation ist daher mit der des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB in keiner Weise vergleichbar, so dass die Grundsätze des Urteils im Hinblick auf das Merkmal der „Unverzüglichkeit“ nicht auf dieser Vorschrift übertragen werden dürfen.

## 2. Legaldefinition der Unverzüglichkeit in § 121 Abs. 1 BGB

Die Entscheidung des EuGH ist auch deshalb nicht auf die Rechtslage in Deutschland übertragbar, da der Begriff der Unverzüglichkeit im deutschen Recht anders als im englischen legaldefiniert und von der Rechtsprechung konkretisiert worden ist. „Unverzüglich“ bedeutet gemäß § 121 Abs. 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. Dass solche Ausschlussfristen durch die nationalen Rechtsordnungen ausgefüllt werden dürfen, hat der EuGH in seinem Urteil ausdrücklich anerkannt. Der Unterschied zwischen deutschem und britischem/irischem Recht ist aber hier entscheidend. Das deutsche Recht arbeitet mit unbestimmten Rechtsbegriffen, die von der Rechtsprechung konkretisiert werden. Das britische „Civil Law“ kennt diese Technik nicht. Auslegungsgrundsätze sind dort nicht entwickelt. Das freie Einzelfallermessen des Rich-

ters entscheidet. Da diese Einzelfallentscheidungen nur schwer Rückschlüsse auf andere neue Fälle zulassen, ist für Bieter nicht mit Sicherheit bestimmbar, wann eine Rüge erhoben werden muss, um rechtzeitig zu sein.

Der EuGH kritisiert nicht das Kriterium der Unverzüglichkeit, sondern die fehlende Klarheit und Vorhersehbarkeit der britischen bzw. irischen Regelung. Im deutschen Recht ist aber für jeden Bieter hinreichend klar, dass er bei Kenntnis des Verstoßes, ohne schuldhaftes Zögern den Auftraggeber über den Vergaberechtsverstoß informieren muss. Die Bestimmung des Begriffes „unverzüglich“ liegt auch nicht im freien Ermessen der Richter. Vielmehr prüft das Gericht, wann der Bieter vom Verstoß Kenntnis erlangt hat. Ab diesem Zeitpunkt muss er schnellstmöglich rügen. Dies darf bei komplexen Sachverhalten möglicherweise längere Zeit beanspruchen als bei einfachen. Unerfahrenen Bietern ist sicherlich eine längere Frist zuzubilligen. Diese Umstände könnten bei einer starren Frist nicht berücksichtigt werden. Ein Mehr an Klarheit würde bei Festlegung einer starren Frist mit einem Weniger an Einzelfallgerechtigkeit „erkaufte“.

Da das Urteil des EuGH daher nicht dazu nötigt, § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB unberücksichtigt zu lassen, ist Bietern zur schnellstmöglichen Rüge von Verstößen zu raten. Dies gilt umso mehr, als sich die deutsche Rechtsprechung dem EuGH bislang nicht angeschlossen hat, sondern die Frage wie das OLG Celle (Beschl. v. 11.02.2010, 13 Verg 16/09) ausdrücklich offen gelassen hat.

(6662 Zeichen im Text)