

Sind Kettennotmaßnahmen von mehr als zwei Jahren zulässig?

Prof. Dr. Christofer Lenz, Dr. Corina Jürschik, LL.M.; Stuttgart

Zu Beginn der Corona-Pandemie zum Anfang des Jahres 2020 waren alle Beteiligten zuversichtlich, dass sich die Situation nach zwei Jahren und damit nach der maximalen Laufzeit einer Notmaßnahme nach Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 wieder normalisiert haben würde. Tatsächlich sind die Folgen der Corona-Pandemie aber auch zwei Jahre nach Pandemieausbruch noch nicht vollständig abgeklungen; das Fahrgastniveau hat noch nicht den Stand von 2019 erreicht. In dieser Situation sehen sich die Verkehrsunternehmen durch die Preissteigerungen in Folge des Krieges gegen die Ukraine einer weiteren Krise ausgesetzt. Weitere Notmaßnahmen sind erforderlich, um ein flächendeckendes Zusammenbrechen der Verkehre zu verhindern. Eine Notmaßnahme nach Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 ist indes auf zwei Jahre begrenzt. Was also tun, wenn am Ende der zweijährigen Notmaßnahme noch Krise übrig ist. Hier kommt die Antwort.

Notmaßnahmen nach Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007

Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 ermächtigt die zuständigen Behörden (Aufgabenträger) im Rahmen des differenzierten Vergaberegimes der VO 1370/2007 zu einer sogenannten „Notmaßnahme“. Diese Regelung findet dabei in Deutschland uneingeschränkt Anwendung, weil die VO 1370/2007 wie jede EU-Verordnung unmittelbar in den Mitgliedsstaaten gilt (Art. 288 UAbs. 2 AEUV) und die Verordnung in Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 keine Abweichungsmöglichkeit für das nationale Recht eröffnet [1]. Im Bereich der Busse und Straßenbahnen setzt die Anwendbarkeit der Regelung aber die Vergabe einer Dienstleistungskonzession, in der Regel also einen Nettovertrag voraus [2]. Nach Art. 5 Abs. 5 Satz 1 VO 1370/2007 kann die zuständige Behörde im Fall einer Unterbrechung des Verkehrsdienstes oder bei der Gefahr des Eintretens einer solchen Situation Notmaßnahmen ergreifen. Als in Betracht kommende Notmaßnahmen nennt Art. 5 Abs. 5 Satz 2 VO 1370/2007 die Direktvergabe, eine förmliche Verein-

barung über die Ausweitung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags oder die Auflage, bestimmte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zu übernehmen.

Von den Direktvergabemöglichkeiten des Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 wurde während der Corona-Pandemie im Bundesgebiet umfassend Gebrauch gemacht [3]; insbesondere eigenwirtschaftlichen Betreibern sollte so das Überleben und eine Rückkehr in die Eigenwirtschaftlichkeit ermöglicht werden.

Maximale Laufzeit von zwei Jahren

Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 ermöglicht Notmaßnahmen aber nicht nur, sondern begrenzt diese auch in zeitlicher Hinsicht. Nach Art. 5 Abs. 5 Satz 4 VO 1370/2007 darf der Zeitraum, für den ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag als Notmaßnahme vergeben, ausgeweitet oder dessen Übernahme auferlegt wird, „zwei Jahre nicht überschreiten“. Aus dieser zeitlichen Vorgabe wird gefolgert, dass Notmaßnahmen auf zwei Jahre begrenzt sind und hintereinander geschaltete Notvergaben („Kettennotvergaben“) über die Zwei-Jahres-Grenze hinaus nicht möglich sind [4]. Argumentativ wird das damit begründet, dass die jeweiligen Verkehrsdienste nur solange wie nötig dem Wettbewerb entzogen werden sollen [5]. Bei absehbar anhaltenden Not-situationen sollen die zuständigen Behörden den Zeitraum der Notmaßnahme für eine reguläre Ausschreibung der Verkehre nutzen [6] beziehungsweise die Verkehre nur solange dem Wettbewerb entziehen, wie dies die Kontinuität der Verkehrsleistung erfordert [7]. Damit soll unter anderem dem Sinn und Zweck der Regelung und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Rechnung getragen werden [8].

Überträgt man die Zeitgrenze auf die aktuellen Gegebenheiten, dann ist das Maximum erreicht: Notaufträge, die in der Corona-Pandemie im Jahr 2020 für zwei Jahre vergeben wurden, sind zum Ende des Jahres 2022 ausgelaufen.

Kettennotmaßnahmen damit unzulässig?

Vor diesem Hintergrund und dem Hinzutreten der Preissteigerungen als Folge des Krieges gegen die Ukraine stellt sich die Frage, ob hintereinander geschaltete Notmaßnahmen über zwei Jahre hinaus nach Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 wirklich per se unzulässig sind. Gerade in Situationen, in denen neue, unvorhergesehene Krisensituationen in einer bestehenden Krise auftreten [9], erscheint das nicht mit dem Kontinuitätsinteresse des öffentlichen Personenverkehrs als Teil der Daseinsvorsorge vereinbar zu sein.

Auslegung spricht für Zulässigkeit von Kettennotmaßnahmen

Legt man Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 aus, so lautet das Ergebnis, dass ein Verbot von „Kettennotmaßnahmen“ nicht besteht [10].

Geht man von dem Wortlaut der Norm in den gleichermaßen verbindlichen Amtssprachen der Union aus, dann legt er die Zulässigkeit von „Kettennotmaßnahmen“ nicht nur nah, sondern schließt deren Verbot aus. Hätte der Ordnungsgeber ein Verbot gewollt, dann hätte er Art. 5 Abs. 5 Satz 4 VO 1370/2007 ohne weiteres im Sinne einer absoluten Zeitgrenze formulieren können.

Zeitgrenze bezieht sich nur auf konkrete Notmaßnahme

Die vom Ordnungsgeber tatsächlich gewählte Formulierung, wonach die Vergabe oder Auswertung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags „zwei Jahre nicht überschreiten“ darf, bezieht sich ausschließlich auf den jeweils einzelnen Auftrag [11] und schließt deshalb – wenn die allgemeinen Voraussetzungen einer Notmaßnahme noch gegeben sind – auch aufeinanderfolgende Notmaßnahmen von jeweils bis zu zwei Jahren Dauer nicht aus.

Art. 5 Abs. 5 Satz 4 VO 1370/2007 enthält wie Art. 5 Abs. 6 Satz 2 VO 1370/2007 eine „Höchstlaufzeit“ für jeden einzelnen (Not-) Auftrag. Das kommt in der englischen Verordnungsfassung noch klarer zum Ausdruck. Die dort gewählte Formulierung („such a contract shall not exceed two years“) entspricht bis auf die Jahreszahl derjenigen, welche die englische Sprachfassung für die Regelung der Höchstlaufzeit von öffentlichen einzelnen Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahnverkehr in Art. 5 Abs. 6 Satz 2 VO 1370/2007 anordnet. Auch die französische Sprachfassung verwendet in Art. 5 Abs. 5 Satz 4 VO 1370/2007 dieselbe Formulierung wie in Art. 5 Abs. 6 Satz 2 VO 1370/2007 („ne dépasse pas“). Gerade unter der gebotenen Berücksichtigung der englischen und der französischen Sprachfassungen führt die Auslegung nach Wortlaut und Systematik dazu, dass die Zweijahresfrist nach Art. 5 Abs. 5 Satz 4 VO 1370/2007 als Höchstlaufzeit nur für den jeweils einzelnen Auftrag zu verstehen ist.

Dasselbe gilt für die historische Auslegung. Die Abläufe, die zur heutigen Fassung von Art. 5 Abs. 5 Satz 4 VO 1370/2007 geführt haben [12], geben keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Rat und das Europäische Parlament als gemeinsame Rechtssetzer eine absolute Zeitgrenze setzen wollten, nach deren Ablauf zuständige Behörden keinerlei Notmaßnahmen zur Aufrechterhaltung von Verkehrsdiensten ergreifen dürfen. Bezeichnenderweise stellen auch die Erwägungsgründe der Verordnung, soweit sie sich mit der Gefahr einer Unterbrechung der Erbringung von Verkehrsdiensten und den darauf bezogenen kurzfristigen Notmaßnahmen befassen [13], nicht auf eine absolute Zeitgrenze ab.

Nichts anderes folgt aus dem Sinn und Zweck der Regelung. Der Zweck von Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 besteht nicht in der Sanktionierung etwaiger Versäumnisse zuständiger Behörden, sondern ausschließlich in der Gewährleistung eines unterbrechungsfreien Verkehrs. Damit wird der Bedeutung des öffentlichen Personenverkehrs als Teil der Daseinsvorsorge Rechnung getragen. Deshalb enthält Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 nicht nur kein Verbot von „Kettennotmaßnahmen“, sondern gestattet seinem Zweck nach sogar eine neuerliche Notmaßnahme, wenn die Notlage fortbesteht und sich nur so die drohende Unterbrechung eines bestehenden und weiter erforderlichen Verkehrs vermeiden lässt [14]. Diese Zielsetzung hat der Ordnungsgeber in Erwägungsgrund 24 der Ver-



Zum Autor

Prof. Dr. Christofer Lenz (56) ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht der Kanzlei Oppenländer Rechtsanwälte in Stuttgart. Er ist Honorarprofessor für Öffentliches Recht und Europarecht an der Universität Stuttgart und Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats des VDV. Im Bereich des ÖPNV ist er seit Jahren beratend und vertretend für führende Verkehrsunternehmen, Verbände und öffentliche Hände tätig.



Zur Autorin

Dr. Corina Jürschik, LL.M. (37) ist Fachanwältin für Vergaberecht in der Kanzlei Oppenländer Rechtsanwälte in Stuttgart. Ihre Spezialgebiete sind Vergaberecht, Nahverkehr, Beihilfenrecht und öffentliches Wirtschaftsrecht. Sie berät insbesondere kommunale Verkehrsunternehmen und Aufgabenträger bei Direktvergaben nach VO 1370/2007, zum Sektorenvergaberecht sowie zu allen Belangen des öffentlichen Personennahverkehrs.

ordnung klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Danach sollen die zuständigen Behörden beim Bestehen einer Gefahr einer Unterbrechung bei der Erbringung von Diensten befugt sein, kurzfristig Notmaßnahmen zu ergreifen, bis ein neuer öffentlicher Dienstleistungsauftrag nach den in dieser Verordnung festgelegten Bedingungen vergeben wurde. Dabei können hintereinandergeschaltete Notvergaben schon dann erforderlich werden, wenn ein komplexes Vergabeverfahren unter anderem durch die Ankündigungsfrist des Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 (zwölf Monate beziehungsweise nicht mehr als 27 Monate im Sinne des § 8a Abs. 2 PBefG) mehr als zwei Jahre erfordert [15]. Die Regelung ist damit klar auf eine Gefahrenabwehr fokussiert. Insofern überzeugt auch die Sichtweise nicht, der Ordnungsgeber habe durch das Ermessen der zuständigen Behörden, überhaupt eine Notmaßnahme zu ergreifen, eine Unterbrechung der Verkehre in Kauf nehmen wollen [16]. Vielmehr zeigt die fehlende Abweichungsmöglichkeit des Gesetzgebers in Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007, dass den zuständigen Behörden die Möglichkeit der Gefahrenabwehr unbedingt gewährleistet werden sollte. Im Übrigen ist es für Gefahrenabwehrrecht auch nach deutschem Verständnis üblich, dass die zuständigen Behörden Maßnahmen ergreifen „können“ und nicht „müssen“; anders könnte dem konkreten Einzelfall nicht Rechnung getragen werden. Das gilt umso mehr, wenn mit einer Verordnung (hier: VO 1370/2007) vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsgrundsatzes [17] in die Souveränität der Mitgliedstaaten eingegriffen wird.

Kontrollüberlegung spricht ebenfalls für Zulässigkeit

Dieses Ergebnis kann durch eine einfache Kontrollüberlegung abgesichert werden: Wer Kettennotmaßnahmen mit einer Gesamtlänge von mehr als zwei Jahren rechtlich immer oder unter bestimmten Voraussetzungen als verboten ansehen will, muss die Frage beantworten, was die Konsequenzen sind und warum der europäische Ordnungsgeber diese gewollt haben soll. Was die Konsequenzen sind, ist einfach: Die zuständige Behörde wird dann auch bei Fortbestehen der Notsituation nicht berechtigt, die weitere Verkehrserbringung durch Notmaßnahmen sicherzustellen. Sie wäre darauf beschränkt, die normalen Vergabeverfahren durchzuführen mit der Folge, dass der Verkehrsdienst dann möglicherweise viele Monate nicht erbracht werden kann, und zwar, obwohl das durch eine auf kurze Zeit beschränkte weitere Notmaßnahme ohne weiteres verhindert werden könnte. Das kann insbesondere dann nicht richtig sein, wenn alle Beteiligten von einer zeitlich begrenzten Not ausgegangen sind und deshalb zunächst mit guten Gründen von der Durchführung eines regulären Vergabeverfahrens abgesehen wurde; eine Pflicht zum sofortigen Einstieg in ein Vergabeverfahren während des Zeitraums einer Notmaßnahme kann es jedenfalls bei einer (vermeintlich) absehbaren Unterbrechung des Verkehrsdienstes nicht geben [18].

So haben sich die Dinge auch in der Corona-Pandemie dargestellt: Die Aufgaben-

träger sind vielerorts davon ausgegangen, dass die Corona-Krise zeitlich begrenzt ist und durch eine zweijährige Notmaßnahme überbrückt werden kann; die Unternehmen sollten spätestens nach zwei Jahren und damit „nach der Krise“ wieder in die Eigenwirtschaftlichkeit oder ihren sonstigen Vorkrisenstatus entlassen werden. Mit dem Krieg gegen die Ukraine ist eine neue, weitere Notlage entstanden, mit der nicht gerechnet werden musste. Folglich musste auch nicht vorsorglich in ein reguläres Vergabeverfahren eingestiegen werden. Das deckt sich auch mit der Sichtweise der Rechtsprechung,

die eine Notvergabe schon dann zulassen will, wenn eine Wettbewerbsvergabe aus Zeitgründen nicht mehr in Betracht kommt und es dabei keine Rolle spielen soll, ob die Unterbrechung nicht vorhersehbar oder planwidrig ist [19]. Auch sonst gilt im (allgemeinen) Vergaberecht, dass Versäumnisse der öffentlichen Auftraggeber im Bereich der Daseinsvorsorge Notmaßnahmen (konkret: Dringlichkeitsvergaben) nicht ausschließen [20]. Nichts anderes kann gelten, wenn eine weitere, aber neue Notlage entsteht, die für sich genommen eine Vergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 rechtfertigt [21].

Fazit

Ist am Ende einer Notvergabe „noch Krise“, müssen die zuständigen Behörden die Möglichkeit haben, darauf durch eine weitere Notvergabe zu reagieren. Dafür spricht schon das Kontinuitätsinteresse des Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 und die Bedeutung des öffentlichen Personenverkehrs als Teil der Daseinsvorsorge. Das muss erst recht gelten, wenn „neue Not“ im Notvergabezeitraum entsteht, die für sich genommen schon eine Notvergabe rechtfertigen würde.

Literatur/Anmerkungen

- [1] Saxinger, in: Saxinger/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 1 (Stand: Juli 2013); Polster, NZBau 2011, 209 (212); Erwägungsgrund 24 der VO 1370/2007.
- [2] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.12.2015, VII-Verg 34/15, Rdnr. 17.
- [3] Vgl. Linke/Jürschik, DER NAHVERKEHR 3/2021, 29 (29).
- [4] VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 15.08.2019, 1 VK 2/19, Rdnr. 39 ff.; Linke, VergabeR 2019, 739 (745); Polster, NZBau 2011, 209 (212); Zuck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, Art. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 109. A.A. Jürschik, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2020, Art. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 43; Berschin, in: Münchener Kommentar WettbewerbsR, Band 4, 2. Aufl. 2019, Art. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 62; Nettesheim, NVwZ 2009, 1449 (1452).
- [5] Vgl. Erwägungsgrund 24 der VO 1370/2007; Hübner, in: Willenbruch/Wiedekind, Kompaktcommentar Vergaberecht, 4. Aufl. 2017, Art. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 105 mit Verweis auf Erwägungsgrund 45 des Kommissionsentwurfes vom 21.02.2002, KOM (2002) 107 endgültig; Linke, VergabeR 2019, 739 (745).
- [6] Zuck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, Art. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 109; Knauff, NZBau 2012, 65 (71); Polster, NZBau 2011, 209 (212).
- [7] Hübner, in: Willenbruch/Wiedekind, Kompaktcommentar Vergaberecht, 4. Aufl. 20217, Art. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 105; Linke, VergabeR 2019, 739 (745); Erwägungsgrund 45 des Kommissionsentwurfes vom 21.02.2002, KOM(2002) 107 endgültig.
- [8] Linke, VergabeR 2019, 739 (745).
- [9] Auch Rundschreiben „Not-ÖDA“ der VDV Landesgruppe Nr. 27/2022 vom 18.10.2022, Seite 2.
- [10] Jürschik, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2020, Art. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 43; Berschin, in: Münchener Kommentar WettbewerbsR, Band 4, 2. Aufl. 2019, Art. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 62; Nettesheim, NVwZ 2009, 1449 (1452).
- [11] Jürschik, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2020, Art. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 43; Berschin, in: Münchener Kommentar WettbewerbsR, Band 4, 2. Aufl. 2019, Art. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 62; Nettesheim, NVwZ 2009, 1449 (1452). Wohl auch Knauff, NZBau 2012, 65 (71).
- [12] Eingehend dazu: Saxinger, in: Saxinger/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 2 ff. (Stand: Juli 2013).
- [13] Vgl. Erwägungsgrund 24 der VO 1370/2007.
- [14] Jürschik, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2020, Art. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 43; Nettesheim, NVwZ 2009, 1449 (1452).
- [15] Berschin, in: Münchener Kommentar WettbewerbsR, Band 4, 2. Aufl. 2019, Art. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 62.
- [16] So VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 15.08.2019, 1 VK 2/19, Rdnr. 39.
- [17] Art. 4 Abs. 1 EUV, Art. 5 EUV, Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG.
- [18] Auch Zuck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, Art. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 110.
- [19] OLG Rostock, Beschluss vom 30.10.2019, 17 Verg 5/19, Rdnr. 49.
- [20] Vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 30.10.2019, 17 Verg 5/19, Rdnr. 58; Zuck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, Art. 5 VO 1370/2007, Rdnr. 102; siehe auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.01.2014, 11 Verg 15/13, Rdnr. 50; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 17.07.2014, 1 VK 30/14.
- [21] Siehe auch Rundschreiben „Not-ÖDA“ der VDV Landesgruppe Nr. 27/2022 vom 18.10.2022, Seite 2.

Zusammenfassung/Summary

Sind Kettennotmaßnahmen von mehr als zwei Jahren zulässig?

Notmaßnahmen nach Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 haben eine maximale Laufzeit von zwei Jahren. Die anhaltende Corona-Pandemie und das Hinzutreten des Krieges gegen die Ukraine in den Ausläufern der Pandemie werfen die Frage auf, ob hintereinander geschaltete Notvergaben von jeweils zwei Jahren (sogenannte Kettennotmaßnahmen) unzulässig sind. Der Beitrag gibt eine Antwort auf die Frage, was zu tun ist, wenn am Ende der zweijährigen Notmaßnahme noch Krise übrig ist und der Zusammenbruch der Verkehre droht.

Are chain emergency measures of more than two years permissible?

Emergency measures according to Art. 5 Para. 5 VO 1370/2007 have a maximum term of two years. However, the events of the corona pandemic and the war against the Ukraine in the foothills of the pandemic raise the question of whether so-called chain emergency measures (consecutive emergency awards of two years each) are inadmissible in any case. The article provides an answer to the question of what to do if, at the end of the two-year emergency measure, there is still a crisis left and there is a risk of traffic collapsing.