

Gericht:	OLG Rostock Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	30.10.2019
Aktenzeichen:	17 Verg 5/19
ECLI:	ECLI:DE:OLGROST:2019:1030.17VERG5.19.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	Art 5 Abs 5 EGV 1370/2007, § 97 Abs 6 GWB, § 99 Nr 2 GWB, § 155 GWB, § 160 Abs 2 GWB ... mehr
Zitiervorschlag:	OLG Rostock, Beschluss vom 30. Oktober 2019 – 17 Verg 5/19 –, juris

Leitsatz

1. Die Notvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 setzt die Unterbrechung des Verkehrsdienstes oder die unmittelbare Gefahr des Eintretens einer solchen Situation voraus. Das ist der Fall, wenn bei Auslaufen des Vertrags eine wettbewerbliche Vergabe nicht mehr erfolgen kann. Es kommt nicht darauf an, ob die Unterbrechung nicht vorhersehbar und planwidrig war.
2. Es bleibt offen, ob jegliche auch nur ansatzweise wettbewerblichen Verfahren (Wettbewerb „light“) eine Notlage in diesem Sinn ausschließen. Denn ein Wettbewerb setzt zumindest voraus, dass der Auftraggeber die bereits vorliegenden Angebote prüft und eine Auswahl trifft. Weniger ist kein Wettbewerb.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern, 15. August 2019, 1 VK 2/19, Beschluss
Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Bestätigung OLG Rostock Vergabesenat, 20. November 2013, 17 Verg 7/13

Tenor

1. Auf die sofortige Beschwerde des Antragsgegners und unter Zurückweisung der Anschlussbeschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern vom 15.08.2019 - 1 VK 2/19 - aufgehoben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des Antragsgegners trägt die Antragstellerin. Im Übrigen erfolgt keine Erstattung.
3. Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch den Antragsgegner im Verfahren vor der Vergabekammer und dem Beschwerdeverfahren war notwendig.

Gründe

I.

- 1 Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist eine geplante Direktvergabe von Leistungen des Schienenpersonennahverkehrs (im Folgenden SPNV) im Teilnetz "Ostseeküste-Ost".
- 2 Der Antragsgegner ist der für die Bestellung und Finanzierung des SPNV in Mecklenburg-Vorpommern zuständige Aufgabenträger. Er schließt hierzu, vertreten durch die V. mbH (im Folgenden V.), Verträge mit Eisenbahnverkehrsunternehmen, auf deren Grundlage diese entsprechende Verkehrsleistungen erbringen. Unter anderem bestehen derzeit zwischen dem Antragsgegner und der Antragstellerin Verkehrsverträge über SPNV-Leistungen in den Teilnetzen „Ostseeküste“ und „Usedom“. Grundlage für die Leistungserbringung im Teilnetz „Ostseeküste“ ist ein Verkehrsvertrag zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner sowie den Bundesländern Schleswig-Holstein und Freie und Hansestadt Hamburg aus dem Jahr 2007. Die Laufzeit des Verkehrsvertrags „Ostseeküste“ endet am 14.12.2019. Die Laufzeit des zwischen dem Antragsgegner und der Antragstellerin bestehenden Verkehrsvertrags „Usedom“ endet im Dezember 2030. In diesem Vertrag ist aber geregelt, dass die Leistungen der Linie RB21 (Stralsund - Züssow) bereits am 14.12.2019 aus dem Leistungsvolumen des Verkehrsvertrags herausgelöst werden. Die vertragliche Bindung dieser Verkehrsleistungen endet daher ebenfalls am 14.12.2019. Eine Verlängerungsoption enthalten die Verträge nicht.
- 3 Der Antragsgegner hatte zunächst beabsichtigt, die ab dem 15.12.2019 zu erbringenden Verkehrsleistungen im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu vergeben. Hierzu hatte er am 18.12.2014 eine Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 im Supplement zum EU-Amtsblatt veröffentlicht und darin seine diesbezügliche Absicht mitgeteilt. Das wettbewerbliche Vergabeverfahren sollte danach ursprünglich Ende 2015 beginnen. Hierzu kam es bislang nicht. Stattdessen entschied sich der Antragsgegner, die Leistungen des Teilnetzes „Ostseeküste“ künftig aufzuteilen in die Teilnetze „Ostseeküste West“ (Leistungen im Abschnitt Hamburg Hbf. - Rostock Hbf.) und „Ostseeküste Ost“ (Leistungen im Abschnitt Rostock Hbf. - Sassnitz/Binz). Das Teilnetz „Ostseeküste-Ost“ wurde dabei um die ebenfalls im Dezember 2019 aus der vertraglichen Bindung herausfallende Linie RB21 aus dem Teilnetz „Usedom“ ergänzt.
- 4 Nach ersten Sondierungen mit der Beigeladenen entschloss sich der Antragsgegner ausweislich eines auf Dezember 2018 datierten Aktenvermerks der V., die Beigeladene mit der Erbringung von Verkehrsleistungen im Teilnetz „Ostseeküste-Ost“ zu beauftragen. Der Auftrag sollte als Notmaßnahme nach Art. 5 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vergeben werden und eine Laufzeit von Dezember 2019 bis Dezember 2021 haben. Zugleich beabsichtigte der Antragsgegner, die Antragstellerin im Zeitraum von Dezember 2019 bis Dezember 2021 mit der interimsweisen Erbringung der Verkehrsleistungen im Teilnetz „Ostseeküste-West“ zu beauftragen. Zur Begründung hieß es im Vermerk, verschiedene Umstände und Ereignisse hätten die 2014 eingeleiteten Planungen für die Durchführung des Vergabeverfahrens verzögert. So sei die Einholung eines Gutachtens zum Integralen Taktfahrplan Mecklenburg-Vorpommern erforderlich gewesen, dessen Erstellung sich verzögert habe. Der Entwurf des Abschlussberichts für das Gutachten sei im November 2018 vorgelegt worden, erst im Anschluss daran habe hinreichende Planungssicherheit unter anderem für die Fahrplangestaltung bestanden.

Abstimmungen mit anderen Aufgabenträgern hätten im November 2018 zu der Entscheidung geführt, die Leistungen wegen der unterschiedlichen verkehrlichen Bedürfnisse der Auftraggeber und zur Verhinderung einer Abhängigkeit von einem einzelnen Auftragnehmer in zwei unterschiedliche Teilnetze aufzuteilen und die Erbringung der Leistungen beider Teilnetze bei unterschiedlichen Unternehmen zu beauftragen. Aufgrund der Umstände werde eine Zuschlagserteilung im wettbewerblichen Vergabeverfahren nicht rechtzeitig möglich sein. Nach Ende der Laufzeit des geltenden Verkehrsvertrags drohe ein vertragsloser Zustand und damit die unmittelbare Gefahr der Einstellung der betroffenen Verkehrsdienste. Die beabsichtigte Laufzeit der direkt zu vergebenen Aufträge von zwei Jahren stehe im Einklang mit Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007. Es sei davon auszugehen, dass ein Zeitraum bis Dezember 2021 erforderlich sein werde, um ein wettbewerbliches Verfahren für die beiden Teilnetze durchzuführen sowie den jeweils ausgewählten Betreibern eine ausreichende Vorbereitungszeit zwischen Zuschlagserteilung und Betriebsaufnahme zu gewähren. Die Beigeladene sei der V. als leistungsfähiges und zuverlässiges Unternehmen bekannt. Im Rahmen erster Sondierungsgespräche habe die Beigeladene zugesichert, bis zur Betriebsaufnahme im Dezember 2019 über eine ausreichende Anzahl an Fahrzeugen und Personal zu verfügen. Zwar böte auch die Antragstellerin eine hinreichende Gewähr dafür, die Verkehrsleistungen über Dezember 2019 hinaus zuverlässig zu erbringen. Die V. habe sich gleichwohl unter Abwägung der jeweiligen Vor- und Nachteile für eine Beauftragung der Beigeladenen entschieden. Der Umstand, dass die Antragstellerin auch die Leistungen des Teilnetzes „Ostseeküste Ost“ sowie die planmäßig aus dem Teilnetz „Usedom“ herauszulösenden Leistungen bereits erbringe, spreche zunächst für eine weitere Beauftragung dieses Unternehmens. Denn sie verfüge grundsätzlich bereits über Fahrzeuge und Personal für diese Leistungen, so dass insoweit nur ein geringes Ausfallrisiko bestehe. Als derzeitige Betreiberin sei die Antragstellerin auch mit etwaigen Besonderheiten des in Rede stehenden Verkehrsnetzes vertraut. Auch die Beigeladene werde sich aber im Rahmen des mit ihr abzuschließenden Vertrags zur Beschaffung von Fahrzeugen und zur Organisation ausreichender Personale bis Dezember 2019 verpflichten. Zwar erbringe die Beigeladene derzeit weder Leistungen im Teilnetz „Ostseeküste-Ost“ noch im Teilnetz „Usedom“. Das Ausfallrisiko wäre insofern leicht höher als bei der Antragstellerin zu bewerten. Die V. sehe dennoch keine Veranlassung, an der vertragsgemäßen Erfüllung der Verpflichtungen durch die Beigeladene zu zweifeln. Der entscheidende Vorteil einer Beauftragung der Beigeladenen gegenüber einer Beauftragung der Antragstellerin sei indes, dass damit eine Aufteilung der Gesamtleistung auf zwei unterschiedliche Betreiber erreicht werde. Damit lasse sich eine Risikostreuung erreichen und eine Abhängigkeit von einem einzigen Unternehmen vermeiden. So habe es in der Vergangenheit Streiks von Beschäftigten in der Bahnbranche gegeben, von denen lediglich einzelne Eisenbahnverkehrsunternehmen betroffen gewesen seien. Gleiches gelte mit Blick auf sonstige, unternehmensbezogene Risiken, etwa wenn strukturelle Probleme eines Unternehmens zu wiederholten oder dauerhaften qualitativen Mängeln bei der Leistungserbringung führten. Auch dieses Risiko werde durch die Aufteilung der Leistungen auf unterschiedliche Unternehmen gestreut. Eine Beauftragung der Antragstellerin mit den Gesamtleistungen würde darüber hinaus dazu führen, dass sich deren Wettbewerbschancen bei der anstehenden wettbewerblichen Vergabe dieser Leistungen deutlich erhöhen würden. Gegebenenfalls wäre für diesen Fall zu erwarten, dass sich keine anderen Verkehrsunternehmen um die ab Dezember 2021 zu erbringenden Verkehrsleistungen bewerben würden. Die beabsichtigte Aufteilung der Leistungen auf unterschiedliche Unternehmen habe somit auch eine strukturelle Erhaltung des Bieterwettbewerbs hinsichtlich der Gesamtleistungen für die Zukunft zum Ziel.

- 5 Nachdem die Beigeladene ihr Interesse an einer Auftragserteilung bekundet hatte, stellte die V. ihr Vertragsunterlagen zur Verfügung. Auf deren Grundlage gab die Beigeladene am 01.02.2019 ein Angebot über die Erbringung der in Rede stehenden Verkehrsleistungen ab. Nach Prüfung durch einen Wirtschaftsprüfer entschied die V., die Beigeladene mit der Erbringung der Verkehrsleistungen im Teilnetz „Ostseeküste-Ost“ zu beauftragen. Die Entscheidung der V. wurde vom vorgesetzten Ministerium für Energie, Infrastruktur und Digitalisierung bestätigt.
- 6 Mit EU-Bekanntmachung vom 15.04.2019 veröffentlichte der Antragsgegner unter dem Aktenzeichen 2019/S 074-176358 im Supplement zum EU-Amtsblatt eine „Freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung“ zur Vergabe von SPNV-Leistungen im Teilnetz „Ostseeküste-Ost“ an die Beigeladene. Als Tag der Zuschlagsentscheidung war der 10.04.2019 angegeben.
- 7 In Folge der Bekanntmachung vom 15.04.2019 unterbreitete die Antragstellerin dem Antragsgegner am 18.04.2019 unaufgefordert ein Angebot für eine interimssweise zweijährige Erbringung der Leistungen im Teilnetz „Ostseeküste-Ost“ für den Zeitraum Dezember 2019 bis Dezember 2021. Außerdem rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 23.04.2019 die beabsichtigte Direktvergabe an die Beigeladene als vergaberechtswidrig.
- 8 Nachdem eine von der Antragstellerin geforderte Erklärung des Antragsgegners, von der angekündigten Auftragsvergabe Abstand zu nehmen, ausblieb, hat die Antragstellerin mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 24.04.2019 die Vergabekammer bei dem Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Gesundheit angerufen. Zur Begründung hat die Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, die Voraussetzungen einer Notfalldirektvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 seien nicht erfüllt. Zudem sei die beabsichtigte Direktvergabe an die Beigeladene ermessensfehlerhaft.
- 9 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 10 1. a) dem Antragsgegner zu untersagen, eine Notfalldirektvergabe nach Art. 5 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 durchzuführen,
- 11 b) hilfsweise, den Antragsgegner bei fortbestehender Vergabeabsicht zu verpflichten, bei einer Notfalldirektvergabe - soweit es die Beseitigung der Notsituation erlaubt - Angebote anderer Verkehrsunternehmen als der O. für die streitgegenständlichen Leistungen unter Achtung des Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatzes zu berücksichtigen und die Direktvergabe an das wirtschaftlichste Angebot vorzunehmen,
- 12 c) hilfsweise, den Antragsgegner bei fortbestehender Vergabeabsicht zu verpflichten, sobald die Notsituation beseitigt worden ist, unmittelbar eine Neuvergabe der streitgegenständlichen Leistungen nach Maßgabe der Verfahren des § 131 Abs. 1 GWB oder Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 durchzuführen; insbesondere den über eine Notfalldirektvergabe vergebenen Auftrag nicht über eine feste Laufzeit von zwei Jahren abzuschließen,
- 13 d) hilfsweise, dem Antragsgegner einen angemessenen Zeitraum vorzugeben, innerhalb der er - bei fortbestehender Beschaffungsabsicht - die Notsituation durch Neuvergabe der streitgegenständlichen Leistungen nach Maßgabe der Verfahren des § 131 Abs. 1 GWB oder nach Art. 5 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu beseitigen hat,

- 14 2. den Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren nur unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen,
- 15 3. dem Antragsgegner die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.
- 16 Der Antragsgegner hat beantragt,
- 17 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
- 18 2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner für notwendig zu erklären und
- 19 3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners nach § 182 Abs. 4 GWB aufzuerlegen.
- 20 Der Antragsgegner, der mit Schreiben vom 26.04.2019 auf die Rüge der Antragstellerin erwidert und dieser nicht abgeholfen hat, hat im Wesentlichen ausgeführt, die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 seien erfüllt.
- 21 Die Beigeladene, die keinen Antrag gestellt hat, hat die Position des Antragsgegners eingenommen und insbesondere das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr im Sinne von Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 bejaht.
- 22 Mit Beschluss vom 15.08.2019 hat die Vergabekammer dem Antragsgegner untersagt, zum jetzigen Zeitpunkt eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 durchzuführen.
- 23 Zur Begründung führte die Vergabekammer aus, der Antragsgegner verstoße mit seinem Vorhaben, zum jetzigen Zeitpunkt einen Direktauftrag nach Art. 5 Abs. 5 der Verordnung zu vergeben, gegen Vergaberecht. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschrift seien nicht erfüllt. Es fehle an der Unmittelbarkeit einer Gefahr der Unterbrechung des Verkehrsdienstes. Zu fordern sei ein sehr enger zeitlicher Abstand zwischen möglichem Schadenseintritt und abhelfender Maßnahme. Daran fehle es hier, weil der Verkehrsdienst von der Antragstellerin als Altbetreiberin im vorgesehenen Gebiet versehen werde und ihre Bereitschaft, ihn vorläufig fortzusetzen, nicht in Frage stehe. Die Gesichtspunkte, die der Antragsgegner gegen die Eignung der Antragstellerin geltend mache, seien nicht tragfähig. Nach allem sei nicht zu vermitteln, welche nennenswerte Vorbereitungszeit - bezogen auf den Beginn des „Notdienstes“ im Dezember 2019 - zu berücksichtigen sein könnte, die eine Direktvergabe schon jetzt oder in allernächster Zeit erfordere. Zwar sei nicht auszuschließen, dass die Frage der unmittelbaren Gefahr im Zeitlauf anders zu beurteilen sein könnte. Dies könne jedoch zum jetzigen Zeitpunkt nicht berücksichtigt werden.
- 24 Gegen den am 20.08.2019 zugestellten Beschluss hat der Antragsgegner mit einem am 03.09.2019 beim Gericht eingegangenen Schriftsatz seiner Bevollmächtigten sofortige Beschwerde einlegen lassen.
- 25 Der Antragsgegner ist der Auffassung, die Entscheidung der Vergabekammer sei rechtswidrig. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin sei wegen Versäumung der Rüge-

frist unzulässig. Der Antragstellerin sei seit einer Fahrplankonferenz am 07.03.2019 bekannt, dass die Beauftragung der streitgegenständlichen Strecke im Wege der Direktvergabe erfolgen solle. Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 seien erfüllt. Eine unmittelbare Gefahr des Eintretens einer Unterbrechung der Verkehrsdienste liege vor. Die Vergabekammer berücksichtige nicht hinreichend den Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 5 der Verordnung, die Kontinuität der Verkehrsdienste sicherzustellen. Die Vorschrift erlaube der zuständigen Behörde, vorbeugend zur Sicherstellung der Verkehrsleistungen tätig zu werden. Ein sehr enger zeitlicher Abstand zwischen möglichem Schadenseintritt und abhelfender Maßnahme sei nicht erforderlich. Bis zum Ende der Vertragslaufzeit am 14.12.2019 sei eine wettbewerbliche Vergabe, die einen Zeitraum von 20 Monaten erfordere, nicht mehr möglich. Ein Vergabeverfahren ohne Teilnahmewettbewerb sei wegen Vorhersehbarkeit des Vertragsendes unzulässig. Das Vorhandensein eines Bestandsbetreibers stehe dem Tatbestand von Art. 5 Abs. 5 der Verordnung nicht entgegen. Das Entschließungs- und Auswahlmessen sei ordnungsgemäß ausgeübt worden. Die Beigeladene biete eine höhere Gewähr für die Leistungserfüllung als die Antragstellerin. Die Antragstellerin erbringe die Leistungen im Verkehrsnetz „Nord-Süd“ seit Mitte des Jahres 2019 nicht vertragsgerecht, was Leistungsmängel auch im streitgegenständlichen Teilnetz erwarten lasse. Zum anderen verfüge die Antragstellerin - anders als die Beigeladene - mangels rechtzeitiger Beantragung bei der D. Netz AG nicht über die für die Leistungserbringung erforderliche Schienenwegkapazität. Die Bestimmung der Laufzeit der Direktvergabe sei im Hinblick auf die Dauer eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens nicht zu beanstanden.

26 Der Antragsgegner beantragt,

27 1. den Beschluss der Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern vom
15.08.2019, Az. 1 VK 2/19, aufzuheben,

28 2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner und Beschwerdeführer für notwendig zu erklären,

29 3. der Antragstellerin und Beschwerdegegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

30 Die Antragstellerin beantragt,

31 1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen,

32 2. dem Beschwerdeführer und Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

33 Des Weiteren erhebt sie Anschlussbeschwerde mit dem Antrag,

34 dem Antragsgegner zu untersagen, den mit der freiwilligen Ex-ante-Transparenzbekanntmachung vom 15.04.2019 (2019/S 074-176358) angekündigten Auftrag im Wege der Notfalldirektvergabe nach Art. 5 Abs. 5 der VO (EG) Nr. 1370/2007 zu vergeben.

35 Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer, soweit sie zu ihren Gunsten ausgefallen ist. Sie ist der Auffassung, die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 seien nicht erfüllt. Eine die Notvergabe rechtferti-

gende Notlage liege nicht vor. Weder sei der Verkehrsdienst unterbrochen noch bestehe eine unmittelbare Gefahr des Eintretens einer solchen Situation. Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 5 der Verordnung sei eng auszulegen. Ziel und Zweck der Verordnung sei die Etablierung von Wettbewerb im Verkehrssektor. Aus dem Gebot enger, am Wettbewerbsprinzip orientierter Auslegung folge, dass der Tatbestand von Art. 5 Abs. 5 der Verordnung nur in Situationen zur Anwendung kommen dürfe, in denen ein wettbewerbliches Verfahren nicht mehr durchführbar sei. Ein gegenüber der Direktvergabe vorrangiges wettbewerbliches Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb sei auch jetzt noch durchführbar. Der mit der Beigeladenen abzuschließende Verkehrsvertrag zielen nicht auf eine Fortsetzung des bestehenden Verkehrsdienstes ab, sondern habe rechtlich und tatsächlich einen anderen Zuschnitt. Ein „aliud“ bzw. eine Neu- oder Mehrvergabe dürfe im Wege der Notvergabe nicht vergeben werden. Es fehle an einer erforderlichen unvorhersehbaren oder planwidrigen Unterbrechung. Dem Antragsgegner sei bereits beim Abschluss des Verkehrsvertrags mit der Antragstellerin bekannt gewesen, dass der Vertrag zum 14.12.2019 auslaufe. Zudem fehle es an einer Unterbrechung des Verkehrsdienstes, weil sie als Bestandsbetreiberin zur nahtlosen Fortsetzung des Verkehrs zur Verfügung stehe. Die Anwendung von Art. 5 Abs. 5 der Verordnung sei hier in rechtsmissbräuchlicher Weise erfolgt.

- 36 Die Entscheidung, die Beigeladene für die Dauer von zwei Jahren im Wege der Notvergabe mit der Erbringung von Verkehrsleistungen im Teilnetz „Ostseeküste-Ost“ zu beauftragen, sei ermessensfehlerhaft. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei missachtet worden. Der Antragsgegner hätte erwägen müssen, die Bestandsbetreiberin zunächst für einen kurzen Zeitraum weiter zu beauftragen, um sich so die nötige Zeit zu verschaffen, ein wettbewerbliches Verfahren auch bei der Interimsvergabe herzustellen. Der Antragsgegner habe bei seiner Entscheidung vom Tatbestand auf die Rechtsfolge geschlossen und andere Optionen - etwa die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens - nicht berücksichtigt. Zudem hätte er prüfen müssen, ob nicht die zeitlich begrenzte Verlängerung des bestehenden Vertrags das verlässlichere und effizientere Mittel für die Sicherstellung der Kontinuität des Verkehrsdienstes sei. Die Direktvergabe an einen Dritten könne wegen der Effizienzgewähr der interimweisen Fortsetzung durch den Altbetreiber regelmäßig nur dann in Betracht kommen, wenn das im bestehenden Verkehrsvertrag tätige Unternehmen zu einer Ausweitung des Verkehrs nicht bereit oder in der Lage sei. Die Auswahlentscheidung zugunsten der Beigeladenen sei aus wettbewerbspolitischen Gründen erfolgt und damit sachwidrig. Die maximale Laufzeit der Direktvergabe sei ohne tragfähige Begründung ausgeschöpft worden.
- 37 Die Anschlussbeschwerde sei begründet, weil die Vergabekammer hinter ihrem Antrag, dem Antragsgegner zu untersagen, eine Notfalldirektvergabe nach Art. 5 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 durchzuführen, zurückgeblieben sei. Die Entscheidung der Vergabekammer schließe nicht aus, dass die zum jetzigen Zeitpunkt untersagte Direktvergabe später erteilt werden könnte.
- 38 Der Antragsgegner beantragt,
- 39 die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.
- 40 Die Beigeladene, die keinen eigenen Antrag gestellt hat, verteidigt die Entscheidung der Vergabestelle.

II.

- 41 Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners ist begründet, die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin hingegen unbegründet.
- 42 1. Die zulässige, insbesondere frist- und formgerecht eingelegte sofortige Beschwerde des Antragsgegners ist begründet. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zwar zulässig, aber nicht begründet.
- 43 a) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.
- 44 aa) Der Nachprüfungsantrag ist gemäß Art. 5 Abs. 7 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 i.V.m. § 155 GWB statthaft. Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist damit eröffnet.
- 45 bb) Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB auch antragsbefugt. Sie hat durch die Angebotsabgabe ihr Interesse an der Beauftragung mit den in Rede stehenden Verkehrsleistungen dokumentiert. Mit ihrer Beanstandung, der Antragsgegner beabsichtige, die Beigeladene mit Leistungen des SPNV im Wege der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 zu beauftragen, obwohl die Voraussetzungen einer derartigen Vergabe nicht vorliegen, macht die Antragstellerin die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB, mithin die Verletzung eines subjektiven Rechts geltend.
- 46 cc) Ebenfalls ist von der Antragstellerin dargelegt, dass ihr durch die behauptete Rechtsverletzung ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Ausreichend ist, dass ein Schadenseintritt nach der Darstellung der Antragstellerin nicht offensichtlich ausgeschlossen ist. Hierfür genügt, dass der behauptete Vergaberechtsverstoß geeignet ist, die Aussichten für die Auftragserteilung zu beeinträchtigen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004 - 2 BvR 2248/03, juris Rn. 27). Dies ist hier der Fall. Mit der Verpflichtung des Antragsgegners, eine Direktvergabe an die Beigeladene zu unterlassen, erhöhen sich die Chancen der Antragstellerin für die Auftragserteilung.
- 47 dd) Der Nachprüfungsantrag ist nicht wegen Versäumung der Rügeobliegenheit aus § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB unzulässig. Die Antragstellerin hat die am 15.04.2019 veröffentlichte Bekanntmachung der beabsichtigten Direktvergabe an die Beigeladene mit einem am 23.04.2019 bei dem Antragsgegner eingegangenen Schreiben, mithin rechtzeitig innerhalb der Frist von 10 Kalendertagen nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt. Eine Rügeobliegenheit der Antragstellerin vor dem Zeitpunkt der freiwilligen Ex-ante-Bekanntmachung der beabsichtigten Direktvergabe bestand nicht. Die Rügefrist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB beginnt erst mit positiver Kenntnis von dem Vergaberechtsverstoß (vgl. Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 160 GWB Rn. 220). Die Teilnahme von Vertretern der Antragstellerin an der Fahrplankonferenz der V. am 07.03.2019 ist für ein Erkennen eines Vergaberechtsverstoßes im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB selbst dann nicht ausreichend, wenn sich aus der Präsentation der Fahrplankonferenz ergeben haben sollte, dass der Antragsgegner eine Beauftragung der hier streitgegenständlichen Leistungen im Wege einer Direktvergabe beabsichtigt. Die Fahrplankonferenz, bei der die vorgesehenen Linienführungen und Fahrpläne vorgestellt werden, hat keinen vergaberechtlichen Bezug. Es ist nicht er-

sichtlich, dass der Antragstellerin bereits zu diesem Zeitpunkt bekannt war, dass der Antragsgegner mit der Beigeladenen über eine Direktvergabe verhandelt hat.

- 48 b) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist jedoch unbegründet. Die Entscheidung des Antragsgegners, die Beigeladene für die Dauer von zwei Jahren im Wege der Notvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 mit der Erbringung von Verkehrsleistungen im Teilnetz „Ostseeküste-Ost“ zu beauftragen, ist nicht vergaberechtswidrig.
- 49 aa) Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Notvergabe nach Art. 5 Abs. 5 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 liegen vor. Nach dieser Vorschrift kann die zuständige Behörde im Fall einer Unterbrechung des Verkehrsdienstes oder bei unmittelbarer Gefahr des Eintretens einer solchen Situation eine Notmaßnahme ergreifen.
- 50 (1) Eine unmittelbare Gefahr des Eintretens einer Unterbrechung des Schienenverkehrsdienstes im Sinne von Art. 5 Abs. 5 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 liegt im Teilnetz „Ostseeküste Ost“ jedenfalls jetzt vor.
- 51 Für die Beurteilung ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend, sofern nichts Abweichendes bestimmt ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2008 - VII-Verg 54/08, juris Rn. 57; MüKoEuWettbR/Fett, 2. Aufl. 2018, § 168 GWB Rn. 11; Nowak in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB Rn. 4; Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2017, § 168 GWB Rn. 8). Dies trägt auch dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz Rechnung, weil bei Aufhebung einer zunächst vergaberechtswidrigen, nunmehr aber rechtmäßig gewordenen Entscheidung der Vergabestelle diese nach Aufhebung im Nachprüfungsverfahren mit gleichem Inhalt erneut getroffen werden könnte, die Aufhebung also nur zu einer Verzögerung führte. Abweichende Bestimmungen, nach denen ausnahmsweise ein früherer Zeitpunkt maßgeblich wäre, bestehen nicht. Vielmehr geht es der Antragstellerin um die Untersagung einer erst beabsichtigten und damit künftigen Direktvergabe, für die im Übrigen die Informationspflichten nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung nicht gelten (dazu auch EuGH, Urteil vom 24.10.2019 - C-515/18, juris Rn 30). Soweit die Antragstellerin in der Berücksichtigung von Änderungen während des laufenden Verfahrens kostenrechtliche Nachteile sieht, hätte sie diesen durch prozessuale Erklärungen entgegenwirken können (dazu auch MüKoEuWettbR/Fett, a.a.O., § 168 GWB Rn. 11; Reidt/Stickler/Glahs, a.a.O., § 168 GWB Rn. 8).
- 52 Da die Laufzeit der Verkehrsverträge über die SPNV-Leistungen in den Teilnetzen „Ostseeküste“ und „Usedom“ am 14.12.2019 endet und die Verträge eine Verlängerungsoption nicht vorsehen, droht ab dem 15.12.2019, mithin bereits in 6 ½ Wochen eine Unterbrechung der Verkehrsdienste. Eine unmittelbare Gefahr einer Unterbrechung ist damit selbst dann zu bejahen, wenn man mit der Vergabekammer und der Antragstellerin davon ausgeht, dass das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr im Sinne von Art. 5 Abs. 5 der Verordnung eine enge zeitliche Nähe zum Schadensereignis voraussetzt (für ein weitergehendes Verständnis der unmittelbaren Gefahr Fandrey in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 131 GWB Rn. 27 Zuck in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, Art. 5 VO 1370 Rn. 104; wohl auch Otting/Olgemöller/Tresselt in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 § 72 Rn. 39).
- 53 (2) Im Ergebnis dahinstehen kann, ob der Tatbestand des Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 ausgeschlossen ist, wenn der zuständigen Behörde wettbewerbliche Alternativen zur Notdirektvergabe zur Verfügung stehen. Jedenfalls jetzt kann eine Vergabe

in einem wettbewerblichen Verfahren im Sinne des Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht mehr rechtzeitig erfolgen. Dies gilt zunächst für die im nationalen Recht vorgesehenen Verfahren, insbesondere - mangels ausreichender Zeit selbst bei Abkürzung der Fristen - für das nicht offene Verfahren und - bereits mangels Unvorhersehbarkeit der dringenden Gründe - für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb im Sinn des § 131 Abs. 1 GWB. Offen kann bleiben, ob bei autonomer Auslegung nach Art. 5 Abs. 3 der Verordnung darüber hinaus jegliche auch nur ansatzweise wettbewerblichen Verfahren (Wettbewerb „light“) eine Notlage im Sinn des Art. 5 Abs. 5 der Verordnung ausschließen. Denn ein Wettbewerb setzt zumindest voraus, dass der Auftraggeber die bereits vorliegenden Angebote prüft und eine Auswahl trifft. Weniger ist kein Wettbewerb. Wegen Art. 5 Abs. 7 der Verordnung hat er zudem die Bieter zu informieren und eine Nachprüfung zu ermöglichen. Diese Verfahrensschritte sind unter Berücksichtigung einer erforderlichen Vorlaufzeit für die Umsetzung in den verbleibenden 6 ½ Wochen bis zur Unterbrechung der Verkehrsdienste nicht mehr abzuschließen. Allein die Prüfung des Angebots der Beigeladenen durch den Antragsgegner hat einen Zeitraum von 2 ½ Monaten (01.02.2019 bis 10.04.2019) in Anspruch genommen.

- 54 Auf die Frage, ob dem Antragsgegner 2018 oder im April 2019 andere wettbewerbliche Alternativen als eine Notdirektvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 zur Verfügung standen, kommt es für die Entscheidung des Senats nicht an. Wie oben ausgeführt, ist für die Beurteilung der geltend gemachten Ansprüche der Antragstellerin der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Senats maßgebend. Zu diesem Zeitpunkt ist die Durchführung wettbewerblicher Verfahren nicht mehr möglich. Prozessuale Erklärungen, die den Senat verpflichtet hätten, die Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung zu einem vorherigen Zeitpunkt zu beurteilen, hat die Antragstellerin nicht abgegeben.
- 55 (3) Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Beigeladene mit den Verkehrsleistungen im Teilnetz „Ostseeküste-Ost“ zu beauftragen, ist von der „zuständigen Behörde“ im Sinne von Art. 5 Abs. 5 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 vorgenommen worden. Dem steht nicht entgegen, dass der bis zum 14.12.2019 laufende Verkehrsvertrag für das Teilnetz „Ostseeküste“ zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner sowie den Ländern Schleswig-Holstein und Hamburg geschlossen worden ist. Jedenfalls die hier streitgegenständliche Vergabe von SPNV-Leistungen im Teilnetz „Ostseeküste Ost“ (Linien RE9 und RE10) erstreckt sich ausschließlich auf das Hoheitsgebiet des Landes Mecklenburg-Vorpommern, so dass eine ausschließliche Zuständigkeit des Antragsgegners für die Vergabe von Verkehrsleistungen in diesem Teilnetz gegeben ist.
- 56 (4) Im Ergebnis dahinstehen kann, ob das Erfordernis der tatsächlichen Unterbrechung die Zulässigkeit von Notmaßnahmen auf Verkehre beschränkt, die bereits eingerichtet sind, also die Einführung von Neu- oder Mehrverkehr im Wege der Notvergabe ausschließt (so Otting/Olgemöller/Tresselt, a.a.O., Kap. 13 § 72 Rn. 36, 39). Die beabsichtigte Vergabe von SPNV-Leistungen im Teilnetz „Ostseeküste Ost“ stellt keine Einführung von Neu- oder Mehrverkehr dar. Unter Neu- oder Mehrverkehr ist Verkehr zu verstehen, der bislang nicht angeboten worden ist (vgl. Otting/Olgemöller/Tresselt, a.a.O., Kap. 13 § 72 Rn. 36). Die streitgegenständlichen Strecken Rostock - Sassnitz/Binz und Rostock - Züssow (Linien RE9 und RE10) werden indes bereits aufgrund des bestehenden Verkehrsvertrags bedient. Der Umstand, dass der Fahrplan neu geordnet wurde, sich die Zugkilometer sowie die Anzahl der Sitzplätze und Fahrzeuge erhöhen und statt ge-

brauchter Dieselfahrzeuge Elektrozüge eingesetzt werden sollen, begründet die Annahme von Neu- oder Mehrverkehr nicht.

- 57 Im Übrigen trifft die Darstellung der Antragstellerin, es liege ein unzulässiges „aliud“ der Notmaßnahme gegenüber der bisherigen Verkehrsleistung vor, weil derzeit eine einheitliche Fahrzeugreserve vorgehalten werde, die künftig auf zwei Teilnetze aufgeteilt werde, nicht zu. Denn der Antragsgegner trägt unwidersprochen vor, dass bereits gegenwärtig die Fahrzeugkapazitäten de facto auf die beiden Teilnetze aufgeteilt sind. Während die Leistungen des Teilnetzes „Ostseeküste-West“ mit lokomotivbespannten Doppelstock-Zügen erbracht werden, verkehren im Teilnetz „Ostseeküste-Ost“ einstöckige Triebfahrzeuge vom Typ „Flirt“. Auch die Reservekapazitäten werden de facto typenspezifisch für die einzelnen Teilnetze vorgehalten. Dass eine „Vermischung“ dieser unterschiedlichen Fahrzeugtypen nicht erfolgt, liegt auch daran, dass die Fahrzeuge vom Typ „Flirt“ nicht über eine ausreichende Fahrgastkapazität für einen Einsatz im Teilnetz „Ostseeküste-West“ verfügen, während die Doppelstockzüge für einen Einsatz im Teilnetz „Ostseeküste-Ost“ zu lang für die dort vorzufindenden Bahnsteiglängen sind. Auch mit Blick auf die Zuordnung der Fahrzeugkapazitäten auf die beiden künftigen Teilnetze ergibt sich daher nicht, dass hier eine andere Leistung beauftragt werden soll als die bisher erbrachte Leistung.
- 58 (5) Eine Einschränkung auf nicht vorhersehbare und planwidrige Unterbrechungen lässt sich dem Tatbestand des Art. 5 Abs. 5 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht entnehmen. Dies entspricht auch nicht dem Zweck der Vorschrift, eine Unterbrechung der Verkehrsdienste auf jeden Fall zu verhindern. Der Normgeber der Verordnung hat sich bewusst dagegen entschieden, den Tatbestand des Art. 5 Abs. 5 der Verordnung auf bestimmte Situationen zu beschränken. Von einem im ursprünglichen Entwurf vorgesehenen abschließenden Katalog von Notsituationen wurde Abstand genommen. Denn der Verordnungsgeber wollte den zuständigen Behörden weitgehende Handlungsmöglichkeiten und damit die notwendige Flexibilität einräumen (vgl. Linke/Prieß in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 5 Rn. 208). So entspricht es allgemeiner Auffassung, dass Art. 5 Abs. 5 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 auch dann Anwendung findet, wenn die Notsituation von der zuständigen Behörde verursacht worden oder zu vertreten ist (vgl. Zuck in: Ziekow/Völlink, a.a.O., Art. 5 VO 1370 Rn. 102; Otting/Tresselt/Olgemöller, a.a.O., Kap. 13 § 72 Rn. 37; Fandrey in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, a.a.O., § 131 GWB Rn. 28; Linke/Prieß, a.a.O., Art. 5 Rn. 216; Berschin in: MüKoVergabeR II, 2. Aufl. 2019, VO (EG) Nr. 1370/2007 Art. 5 Rn. 60).
- 59 Zutreffend ist allerdings, dass der Regelung die Möglichkeit des Missbrauchs immanent ist, weil der europäische Normgeber die Sicherstellung eines unterbrechungsfreien Verkehrs über den Wettbewerbsgrundsatz stellt und die Vergabestelle deshalb durch eine bewusste Verzögerung Ausschreibungspflichten umgehen kann. Dieses Risiko ist dadurch relativiert, dass in Art. 5 Abs. 5 der Verordnung der Zeitraum der Notvergabe begrenzt ist, in Art. 5 Abs. 7 der Verordnung eine - hier genutzte - Nachprüfungsmöglichkeit vorgesehen wird und aus einer Verzögerung der ordentlichen Vergabe Schadenersatzansprüche resultieren können.
- 60 Offen kann bleiben, ob bei rechtsmissbräuchlicher Herbeiführung der Notsituation ausnahmsweise eine Notvergabe ausgeschlossen ist. Denn das Verhalten des Antragsgegners im vorliegenden Verfahren ist nicht derart eindeutig, dass eine planmäßige Herbeiführung der Notsituation, um die Beigeladene mit den Verkehrsleistungen zu beauftra-

gen, zur Überzeugung des Senats feststeht. Der Antragsgegner beruft sich hinsichtlich der verspäteten Einleitung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens auf Verzögerungen, die in Folge der Veränderungen der Planungen der D. Fernverkehr AG eingetreten waren. Dem Senat erscheint es aufgrund von Größe, Umfang und Bedeutung des Projekts auch nicht unplausibel, dass Abstimmungen mit anderen Aufgabenträgern zu Verzögerungen geführt haben. Letztlich vermag der Senat nicht auszuschließen, dass strukturelle Probleme auf Seiten des Antragsgegners für eine Verzögerung des Ausschreibungsverfahrens verantwortlich sind. Hierfür könnte sprechen, dass es dem Antragsgegner bereits in der Vergangenheit wiederholt nicht gelungen ist, rechtzeitig vor Ablauf eines Verkehrsvertrags ein wettbewerbliches Vergabeverfahren in die Wege zu leiten, mit der Folge, dass der Antragsgegner zur Vermeidung einer Unterbrechung der Verkehrsdienste zum Instrument der Notvergabe greifen musste. So lagen dem vom Senat mit Beschluss vom 20.11.2013 entschiedenen Verfahren (17 Verg 7/13) Verkehrsverträge für die Strecken Bützow-Ueckermünde zugrunde, deren Laufzeiten im Dezember 2012 bzw. Dezember 2013 endeten. Gleichwohl war es dem Antragsgegner auch im dortigen Verfahren nicht gelungen, rechtzeitig vor Ablauf der Verträge ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen, mit der Folge, dass für die Strecke Bützow-Ueckermünde eine Notvergabe an die hiesige Antragstellerin erfolgte. Der Umstand der verzögerten Ausschreibung im vorliegenden Verfahren lässt daher nicht hinreichend sicher den Schluss zu, der Antragsgegner habe die Notlage planmäßig herbeigeführt, um die Beigeladene mit den Verkehrsleistungen zu beauftragen. Im Übrigen erscheint das Vorhaben des Antragsgegners, das Verkehrsnetz mit dem Ziel aufzuteilen, in den Teilnetzen verschiedene Leistungserbringer zu beauftragen, um das Ausfallrisiko im Zusammenhang mit Streiks von Beschäftigten oder strukturellen Problemen bei der Leistungserbringung zu streuen und eine Abhängigkeit von einem Anbieter zu vermeiden, nicht sachwidrig. Allein der Umstand, dass sich der Antragsgegner zur Begründung der Auswahlentscheidung zugunsten der Beigeladenen - wohl sachwidrig - indirekt auch darauf beruft, dass die Auftragserteilung deren Wettbewerbschancen im späteren Vergabeverfahren erhöht, rechtfertigt nicht zwingend den Schluss einer planmäßig herbeigeführten Notsituation. Der Senat vermag nicht auszuschließen, dass das Argument der Erhöhung der Wettbewerbschancen der Beigeladenen erst nach der Grundsatzentscheidung, den Auftrag im Wege einer Direktvergabe zu erteilen, angeführt worden ist, um die Auswahlentscheidung zu Gunsten der Beigeladenen zu begründen. Verbleibende Zweifel an einer planmäßigen Herbeiführung der Notsituation gehen zulasten der Antragstellerin, die für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Antragsgegners beweispflichtig ist.

- 61 (6) Der Umstand, dass die Antragstellerin als Bestandsbetreiberin bereit ist, die Verkehrsleistungen weiterhin zu erbringen, ändert nichts daran, dass der Tatbestand von Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 eröffnet ist. Auch die Beauftragung der Antragstellerin mit der Fortsetzung der Verkehrsdienste stellt inhaltlich eine Notvergabe im Sinne dieser Vorschrift dar. Die fortbestehende Leistungsbereitschaft der Antragstellerin mag auf der Rechtsfolgenseite der Norm zu berücksichtigen sein, ändert aber nichts am Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr der Unterbrechung der Verkehrsdienste ab dem 15.12.2019.
- 62 bb) Der Senat kann Ermessensfehler bei der Entscheidung des Antragsgegners, die Beigeladene für die Dauer von zwei Jahren im Wege der Notdirektvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 mit der Erbringung von Verkehrsleistungen im Teilnetz „Ostseeküste-Ost“ zu beauftragen, nicht feststellen. Das gilt sowohl hinsichtlich der Ausübung

des Entschließungs- und Auswahlermessens als auch hinsichtlich der Dauer der Auftragserteilung.

- 63 (1) Hinsichtlich des Entschließungsermessens bestimmt Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007, dass die zuständige Behörde eine Notmaßnahme ergreifen kann. Dabei ist im Grundsatz davon auszugehen, dass die Entscheidung, Notmaßnahmen zu ergreifen, ermessensfehlerfrei ist, wenn ein Verkehrsdienst unterbrochen ist oder ein solche Unterbrechung unmittelbar bevorsteht und damit die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 5 Satz 1 der Verordnung erfüllt sind. Dann kann die zuständige Behörde sich auf den Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 5 der Verordnung berufen, die Kontinuität des Verkehrsangebots zu sichern (vgl. Otting/Olgemöller/Tresselt, a.a.O., Kap. 13 § 72 Rn. 52).
- 64 Danach hat der Antragsgegner das ihm zustehende Entschließungsermessen ordnungsgemäß ausgeübt. Wie oben ausgeführt liegen die Voraussetzungen für eine Notfallvergabe nach Art. 5 Abs. 5 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 jedenfalls im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats vor. Die Unterbrechung der Verkehrsdienste stellt offenkundig keine Handlungsoption für den Antragsgegner dar.
- 65 (2) Die Auswahl der zu ergreifenden Notmaßnahme und des zu beauftragenden Eisenbahnverkehrsunternehmens liegt im Ermessen der Vergabestelle, der hinsichtlich der Eignung ein Beurteilungsspielraum zukommt. Die Kontrolle durch das Gericht ist auf die Nachprüfung der materiellen Richtigkeit des zugrunde gelegten Sachverhalts und auf offensichtliche Beurteilungsfehler - insbesondere sachwidrige Erwägungen oder eine Überschreitung des Ermessensspielraums - beschränkt (vgl. Senat, Beschluss vom 20.11.2013 - 17 Verg 7/13, juris Rn. 56; Linke/Prieß, a.a.O., Art. 5 Rn. 291 m.w.N.; Nowak in: Pünder/Schellenberg, a.a.O., § 168 GWB Rn. 4). Eine Zweckmäßigkeitsprüfung findet demgegenüber nicht statt, das Gericht darf nicht seine Bewertung an die Stelle der Vergabestelle setzen. Nähere tatbestandliche Voraussetzungen für die zu treffenden Erwägungen statuiert Art. 5 Abs. 5 der Verordnung nicht. Auf Grund des weiten Entscheidungsspielraums ist die Auswahl insoweit nur sehr eingeschränkt gerichtlich überprüfbar (Senat, Beschluss vom 20.11.2013 - 17 Verg 7/13, juris Rn. 55; Linke/Prieß, a.a.O., Art. 5 Rn. 291).
- 66 Nach diesen Grundsätzen ist nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner eine Direktvergabe beabsichtigt. Die in Art. 5 Abs. 5 der Verordnung ebenfalls vorgesehene förmliche Vereinbarung über die Ausweitung eines Auftrags (sog. Direkterweiterung) kommt nicht in Betracht. Sie eröffnet lediglich die Erweiterung um zusätzliche Strecken oder durch Verdichtung des Verkehrs im geografischen Geltungsbereich eines Vertrags (vgl. Linke/Prieß, a.a.O., Art. 5 Rn. 217a; Zuck in: Ziekow/Völlink, a.a.O., Art. 5 Rn. 106). Eine zeitliche Ausdehnung eines auslaufenden Vertrags oder eine räumliche Ausdehnung auf andere Teilnetze ermöglicht diese Form der Notmaßnahme demgegenüber nicht. Die Auflage von Verpflichtungen als dritte vorgesehene Notmaßnahme stellt gegenüber der im Einvernehmen mit dem Auftragnehmer erfolgenden Direktvergabe einen schwerer wiegenden Eingriff und deshalb eine nachrangige Vergabeform dar. Offen kann bleiben, ob - wenn derartige Möglichkeiten die Direktvergabe nicht bereits tatbestandlich ausschließen - nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz „abgespeckte“ wettbewerbliche Verfahren (Wettbewerb „light“) vorgehen. Denn ein auch nur minimalen Anforderungen genügendes wettbewerbliches Verfahren ist - wie oben ausgeführt - zeitlich nicht mehr möglich.

Auch bei der Auswahl der Beigeladenen sind Ermessensfehler des Antragsgegners nicht festzustellen. Es ist nicht zu erkennen, der Antragsgegner sei von einem unvollständigen oder unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen oder habe in die Auswahl beeinflussender Weise sachwidrige Erwägungen angestellt. Zwar dürfte es grundsätzlich zutreffen, dass jeder Wechsel eines Verkehrsunternehmens und jede Betriebsaufnahme im SPNV unweigerlich zu Friktionen und Risiken führt und infolgedessen auch eine zeitlich befristete Verlängerung des bestehenden Vertrags mit der Antragstellerin in Betracht kam. Der Antragsgegner hat diesen Gesichtspunkt bei der Ausübung seines Ermessens jedoch hinreichend berücksichtigt und sich gleichwohl für eine Direktvergabe an die Beigeladene entschieden. Zur Begründung hat der Antragsgegner ausgeführt, dass sich durch eine Aufteilung der Gesamtleistung auf zwei unterschiedliche Betreiber eine Risikostreuung erreichen lasse und eine Abhängigkeit von einem einzigen Unternehmen vermieden werde. Dass diese Entscheidung grob sachwidrig wäre, ist nicht feststellbar. Die weitergehende Auffassung der Antragstellerin, die Direktvergabe an einen Dritten könne wegen der Effizienzgewähr der interimswise Fortsetzung durch den Altbetreiber regelmäßig nur dann in Betracht kommen, wenn das im bestehenden Verkehrsvertrag tätige Unternehmen zu einer Ausweitung des Verkehrs nicht bereit oder nicht in der Lage sei, ist bereits im Ansatz verfehlt. Eine Ausweitung des Verkehrs im Sinn des Art. 5 Abs. 5 der Verordnung kommt - wie oben dargestellt - wegen des auslaufenden Vertrags bereits tatbestandlich nicht in Betracht. Darüber hinaus würde ein genereller Vorrang des bisherigen Auftragnehmers das Ermessen in nicht gebotener Weise einengen. Im Rahmen der Notvergabe stellt die Nichtbeachtung des Bestandsbetreibervorteils für sich genommen deshalb keine sachwidrige Erwägung dar (Senat, Beschluss vom 20.11.2013 - 17 Verg 7/13, juris Rn. 61). Dies gilt auch hier. Hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der Beigeladenen steht dem Antragsgegner ein erheblicher Beurteilungs- und Prognosespielraum zur Verfügung. Er hat sich insoweit auf Erfahrungen mit der Beigeladenen im Rahmen anderer Beauftragungen und auf Zusagen der Beigeladenen gestützt und das Angebot von einem Wirtschaftsprüfer prüfen lassen. Zudem hat sich der Antragsgegner mit der Beschwerdebegründung auch auf kürzlich zu Tage getretene Leistungsmängel der Antragstellerin im Teilnetz „Nord-Süd“ berufen. Mit Schreiben vom 26.07.2019 hat die Antragstellerin erklärt, verschiedene geschuldete Leistungen in diesem Teilnetz nicht erbringen zu können und daher zu beabsichtigen, einen Teil der Leistungen in Form von Schienenersatzverkehr - also durch den Einsatz von Bussen - zu erbringen. Mit Schreiben vom 31.07.2019 hat die Antragstellerin erläutert, dass mit einer vollständigen Fahrzeugverfügbarkeit voraussichtlich erst im Laufe des Jahres 2020 zu rechnen sei. Insoweit erscheint es nicht sachwidrig, wenn der Antragsgegner befürchtet, dass die Antragstellerin mangels Verfügbarkeit einer ausreichenden Anzahl an Fahrzeugen für die Erbringung der Leistungen im Teilnetz „Nord-Süd“ für diese Leistungen laufend auf Fahrzeuge anderer Teilnetze, auch aus dem Teilnetz „Ostseeküste“ zurückgreifen muss. Die Antragstellerin ist dem Vortrag, dass sie bereits derzeit de facto täglich ein Fahrzeug des Teilnetzes „Ostseeküste“ für Leistungen einsetzt, die sie im Teilnetz „Nord-Süd“ schuldet, nicht entgegengetreten. Diese erst im Laufe des Jahres 2019 zu Tage getretenen Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Antragstellerin sind - wie bereits oben ausgeführt - bei der Entscheidung des Senats über die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen. Nach § 114 Satz 2 VwGO kann die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen. Im Vergaberecht gilt nichts anderes. Dies folgt aus den Grundsätzen der Eignungsprüfung, wonach öffentliche Auftraggeber erneut die Eignung des Bieters prüfen müssen, wenn sich nach Abschluss der Eignungsprüfung Anhaltspunkte ergeben, die die

Eignung in Frage stellen können (vgl. Braun in: Gabriel/Krohn/Neun, a.a.O., Kap. 6 § 30 Rn. 33). Dies trägt auch dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz Rechnung. Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Antragstellerin begründen auch die nicht sichergestellten Schienenwegkapazitäten.

- 68 Im Ergebnis kann der Senat daher nicht feststellen, dass die Auswahlentscheidung zugunsten der Beigeladenen auf fehlerhafter Tatsachengrundlage oder sachwidrigen Erwägungen beruht. Dies gilt auch dann, wenn die indirekt zum Ausdruck gekommene Erwägung des Antragsgegners, die Beauftragung der Beigeladenen würde deren Wettbewerbschancen bei der anstehenden wettbewerblichen Vergabe erhöhen und eine strukturelle Erhaltung des Bieterwettbewerbs hinsichtlich der Gesamtleistungen für die Zukunft sicherstellen, sachwidrig sein sollte. Eine Auswahlentscheidung ist nicht deshalb sachwidrig, weil ein einzelner von mehreren tragfähigen Erwägungsgründen sachwidrig ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich - wie hier - nicht um den maßgeblichen Erwägungsgrund für die Auswahlentscheidung handelt. Wie oben ausgeführt, beruht die Beauftragung der Beigeladenen vorrangig auf der Erwägung, in den aufgeteilten Teilnetzen verschiedene Leistungserbringer zu beauftragen, um das Ausfallrisiko im Zusammenhang mit Streiks von Beschäftigten oder strukturellen Problemen bei der Leistungserbringung zu streuen und eine Abhängigkeit von einem Anbieter zu vermeiden.
- 69 (3) Schließlich kann der Senat nicht feststellen, dass die beabsichtigte Dauer der Direktvergabe von zwei Jahren ermessensfehlerhaft ist. Nach Art. 5 Abs. 5 Satz 4 VO (EG) Nr. 1370/2007 ist die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags als Notmaßnahme für längstens zwei Jahre zulässig. Der zulässige Zeitbedarf ergibt sich letztlich aus dem erforderlichen Zeitbedarf für ein Vergabeverfahren, wobei dieses allein durch die zwölfmonatige Ankündigungsfrist nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung schnell die vollen zwei Jahre ausschöpft (vgl. Berschin in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2019, VO (EG) Nr. 1370/2007 Art. 5 Rn. 62). Insoweit hat der Antragsgegner dargelegt, dass die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens im vorliegenden Fall einen Zeitraum von etwa 20 Monaten in Anspruch nehmen wird. In Anbetracht von Größe, Umfang und Bedeutung des Vorhabens erscheint ein Zeitraum von 20 Monaten für die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens nicht abwegig. Dem Antragsgegner kommt insoweit ein weiterer Einschätzungsspielraum zu. Folglich stellt es keinen Ermessensfehler dar, dass der Antragsgegner diesen Zeitbedarf auch der zeitlichen Bemessung der Notmaßnahme zu Grunde gelegt und eine ggf. erforderliche Vorbereitungs- und Umsetzungsfrist berücksichtigt hat.
- 70 Die Sichtweise der Antragstellerin, der Antragsgegner habe aus Verhältnismäßigkeitsgründen eine gestaffelte Vergabe erwägen müssen, die Bestandsbetreiberin also zunächst für einen sehr kurzen Zeitraum weiter beauftragen, in der Zwischenzeit - notfalls mehrfach - eine wettbewerbliche Interimsvergabe für den Folgezeitraum betreiben und währenddessen die ordentliche Vergabe für den dann folgenden Zeitraum vorbereiten müssen, findet weder im Gesetzeswortlaut noch im Zweck der Verordnung eine Stütze. Mit Art. 2 Buchst. h der Verordnung soll zwischen zwei Regelungen über die Vergabe von Aufträgen für die öffentlichen Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße unterschieden werden, indem der Begriff „Direktvergabe“ als die - nach Art. 5 Abs. 5 der Verordnung auf einen Übergangszeitraum beschränkte - Vergabe ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens definiert wird (dazu auch EuGH, Urteil vom 24.10.2019 - C-515/18, juris Rn 29, 30). Für einen begrenzten Zeitraum nimmt der Normgeber zur Sicherstellung des Verkehrs das Zurücktreten des Wettbewerbsgrundsatz-

zes hin. Ist der Zeitraum bis zur ordentlichen Vergabe absehbar, erscheint es im Übrigen auch unter Wettbewerbsgesichtspunkten nicht sinnvoll, die Leistungen in diesem Zeitraum durch Direkt- und nachfolgende kurzzeitige, eingeschränkt wettbewerbliche Vergaben gestaffelt zu beauftragen. Denn für kurzzeitige Beauftragungen wird in der Regel rein faktisch nur der Bestandsbetreiber in Betracht kommen, so dass dem Wettbewerbsgrundsatz nicht weitergehend Rechnung getragen würde als bei Direktvergabe für den gesamten erforderlichen Zeitraum. Tatsächlich dürfte sich die Verhandlungsposition des Bestandsbetreibers für den Übergangszeitraum sogar verbessern. Auf der anderen Seite wäre mit der mehrfachen Vergabe und Ausschreibung ein nicht unerheblicher Verwaltungsaufwand verbunden, der sogar zu weitergehenden Verzögerungen der finalen Vergabe führen könnte.

- 71 2. Die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin ist zulässig, aber unbegründet.
- 72 a) Die zulässige, insbesondere frist- und formgerecht eingelegte Anschlussbeschwerde ist statthaft. Die Vergabekammer ist mit der Entscheidung, dem Antragsgegner zu untersagen, zum jetzigen Zeitpunkt eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 durchzuführen, hinter dem Antrag der Antragstellerin, dem Antragsgegner generell eine Notfalldirektvergabe nach dieser Vorschrift zu untersagen, zurückgeblieben. Ein Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben. Es besteht die konkrete Gefahr, dass der Antragsgegner unmittelbar vor Auslaufen des Verkehrsvertrags mit dem Hinweis auf eine nunmehr bestehende unmittelbare Gefahr der Unterbrechung eines Verkehrsdienstes einen Verkehrsvertrag mit der Beigeladenen schließt, ohne dass die Antragstellerin dann noch hinreichend Zeit hätte, Rechtsschutz zu suchen.
- 73 b) Die Anschlussbeschwerde ist jedoch aus den oben genannten Gründen unbegründet. Die Entscheidung des Antragsgegners, die Beigeladene für die Dauer von zwei Jahren im Wege der Notvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 mit der Erbringung von Verkehrsleistungen im Teilnetz „Ostseeküste-Ost“ zu beauftragen, ist nicht vergabe-rechtswidrig. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die obigen Ausführungen Bezug genommen.
- 74 3. Die Kosten- und Auslagenentscheidung beruht für das Verfahren vor der Vergabekammer auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 S. 1 GWB und für das Beschwerdeverfahren auf §§ 175 Abs. 2, 78 Satz 1 u. 2 GWB. Da die Antragstellerin im vollen Umfang unterliegt, hat sie die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. Da die Beigeladene keine Anträge gestellt hat, entspricht es der Billigkeit, dass sie ihre Auslagen selbst trägt.
- 75 Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch den Antragsgegner im Verfahren vor der Vergabekammer und dem Beschwerdeverfahren war für notwendig zu erklären (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfg M-V, § 175 Abs. 1 Satz 2 GWB). Die streitgegenständlichen Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 sind komplex und nicht ganz einfach gelagert.
- 76 4. Einer Vorlage des Verfahrens an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) hat es nicht bedurft. Denn für die Entscheidung des Senats sind Fragen der Auslegung des Art. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht erheblich, weil im konkreten Einzelfall ein - gegebenenfalls vorrangi-

ges - wettbewerbliches Verfahren im verbleibenden Zeitraum bis zur Unterbrechung der Verkehrsdienste nicht mehr abzuschließen ist.

- 77 Auf dieser Grundlage ist auch kein Raum für eine Divergenzvorlage an den Bundesgerichtshof gemäß § 179 Abs. 2 GWB. Der Senat legt seiner Entscheidung als tragende Begründung keinen Rechtssatz zugrunde, der von einem tragenden Rechtssatz der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweicht. Obergerichtliche Rechtsprechung zu den hier maßgeblichen Fragen im Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 ist - soweit ersichtlich - nicht existent. Auf die in anderen Bereichen ergangene Rechtsprechung zur Interimsvergabe (z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.07.2015 - VII-Verg 37/15, juris Rn. 11: milderes Mittel gegenüber der Gestattung eines sofortigen Zuschlags; vgl. auch Völlink in: Ziekow/Völlink, a.a.O., § 14 VgV Rn. 65; Marx/Hölzl, NZBau 2010, 535) kann mit Blick auf die ausdrückliche gesetzliche Regelung der übergangsweisen Direktvergabe im Schienenpersonennahverkehr nicht abgestellt werden.