

PRICEWATERHOUSECOOPERS LEGAL AKTIENGESELLSCHAFT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT

Kurzgutachten

Direktvergabe von Personenverkehrsdiensten an die Regionalverkehr Ruhr-Lippe GmbH (RLG) durch die Aufgabenträger Hochsauerlandkreis und Kreis Soest sowie an die Verkehrsgesellschaft Kreis Unna mbH (VKU) durch den Aufgabenträger Kreis Unna nach der VO 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste

Im Auftrage des

Hochsauerlandkreises, Meschede

Bearbeiter: Rechtsanwalt Dieter Marszalek

Düsseldorf, im November 2008

Kontrakt: 5010052911

PSP: 0.0521696.001

Ausfertigung: 5/14

Diese Arbeit ist urheberrechtlich geschützt und darf nur im Rahmen des erteilten Auftrags verwendet werden. Jegliche Vervielfältigung (auch von Auszügen) sowie die Weitergabe an Dritte – mit Ausnahme von Genehmigungsbehörden – ist nur gestattet, wenn wir uns **vorher** einverstanden erklärt haben.

Inhaltsverzeichnis	Seite
1 Auftrag und Auftragsbedingungen	1
2 Ausgangslage und Aufgabenstellung	2
2.1 Die RLG.....	2
2.2 Die VKU.....	3
2.3 Aufgabenstellung.....	3
3 Anforderungen an Direktvergaben.....	6
3.1 Die Bestimmungen der VO 1370/2007 zur Direktvergabe, insbesondere an interne Betreiber im Überblick	6
3.2 Kontrollkriterium.....	8
3.2.1 Erkenntnisse aus der Inhouse-Rechtsprechung und Prüfungsmaßstab.....	8
3.2.2 Prüfung der Erfüllung des Kontrollkriteriums bei der RLG.....	12
3.2.3 Prüfung der Erfüllung des Kontrollkriteriums bei der VKU.....	13
3.3 Reziprozitätskriterium	14
3.3.1 Räumliche und wettbewerbliche Beschränkung	14
3.3.2 Prüfung der Erfüllung des Reziprozitätskriteriums bei RLG und VKU sowie in der WVG-Unternehmensgruppe	15
3.4 Überwiegende Selbsterbringung.....	19
3.4.1 Ansätze zur Operatonalisierung.....	19
3.4.2 Selbsterbringungsquoten bei RLG und VKU.....	20
3.5 Zuständige Behörde für eine Direktvergabe nach der VO 1370/2007	20
3.5.1 Anforderungen an eine Direktvergabe durch eine Behördengruppe	20
3.5.2 Notwendiges und zulässiges Zusammenwirken der Aufgabenträger	21
3.6 Ergebnisse und Handlungsempfehlungen	23
4 Einflussnahmemöglichkeiten der Aufgabenträger auf Verkehrsleistungen von nicht kontrollierten Verkehrsunternehmen.....	25
4.1 Eingrenzung der Fragestellung.....	25
4.2 Konzeption des Entwurfes	25
4.3 Kollisionsszenario zwischen Behörden- und Unternehmerinitiative.....	27

Inhaltsverzeichnis	Seite
5 Direktvergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nach den Bestandsschutzregelungen des Art. 8 Abs. 3 im Handlungsfenster I.....	29
5.1 Einordnung des Bestandsschutzes und Handlungsoptionen	29
5.2 Vergaberechtliche Zulässigkeit einer Direktvergabe	29
5.3 Tragweite des Bestandsschutzes	31

Anlage

Allgemeine Mandatsbedingungen (Stand 1. April 2005)

1 Auftrag und Auftragsbedingungen

1. Der Hochsauerlandkreis hat uns beauftragt, ihn und die Kreise Soest und Unna, jeweils in ihrer Eigenschaft als Aufgabenträger für den straßengebundenen ÖPNV, zu unterstützen, die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach der VO 1370/2007 an die RLG (durch den HSK und den Kreis Soest) und die VKU (durch den Kreis Unna) zu prüfen, ggf. Lücken aufzuzeigen und die notwendigen Maßnahmen zur Umsetzung vorzuschlagen. Das Auftragschreiben erging am 11.06.2008 auf unser Angebot vom 09.05.2008.
2. Für die Durchführung dieses Auftrags und unsere Verantwortlichkeit, auch im Verhältnis zu Dritten, sind die als Anlage beigefügten Allgemeinen Mandatsbedingungen (Stand 1. April 2005) maßgebend.

2 Ausgangslage und Aufgabenstellung

2.1 Die RLG

3. Die RLG ist ein kommunales Verkehrsunternehmen, das Busverkehrsleistungen im Linienverkehr, Berufsverkehr und freigestellten Schülerverkehr im Hochsauerlandkreis (auch "HSK" abgekürzt), im Kreis Soest (auch "SO" abgekürzt) und angrenzenden Gebietskörperschaften erbringt. Darüber hinaus organisiert die RLG bedarfsorientierte Angebotsformen wie AST und betreibt in geringem Maße Schienengüterverkehr. Im Geschäftsjahr 2007 hat die RLG Verkehre auf 168 Linien erbracht, davon 141 im öffentlichen Linienverkehr. Einige der Linien sind Gemeinschaftskonzessionen; die Betriebsführung liegt zumeist bei der RLG. Neben der RLG erbringt noch die Busverkehr Rhein-Sieg GmbH (BRS), ein Unternehmen der DB Stadtverkehr, nennenswerte Linienverkehre in den beiden Kreisen.
4. Die RLG erbringt ihre Busverkehrsleistungen von vier Standorten aus: Soest, Lippstadt, Arnsberg und Brilon.
5. Die Betriebsleistungen der RLG im Busverkehr von 8,946 Mio. Wagen-km in 2007 werden in einer Größenordnung von 40 % von Unterauftragnehmern erbracht.
6. Die Gesellschafterstruktur der RLG ist komplex:

▪ Kreis Soest:	23,62 %
▪ Hochsauerlandkreis:	22,25 %
▪ WVG:	25,78 %
▪ 20 Städte und Gemeinden im Bedienungsgebiet:	28,33 %
7. An der WVG sind der Landschaftsverband Westfalen mit 51 % und die sieben westfälischen Kreise mit je 7 % beteiligt.
8. Die beiden Kreise sind Aufgabenträger für den straßengebundenen ÖPNV nach dem ÖPNVG NRW.
9. Nach einem intensiven Restrukturierungsprozess bei der RLG und einer Strategiediskussion (Projekt Strategische Optionen für die RLG in 2005) haben sich die Anteilseigner dazu bekannt, die RLG als kommunales Unternehmen fortzuführen, allerdings verknüpft mit der Erwartungshaltung, dass die RLG mit den anderen Verkehrsunternehmen in der Region eng kooperiert.

2.2 Die VKU

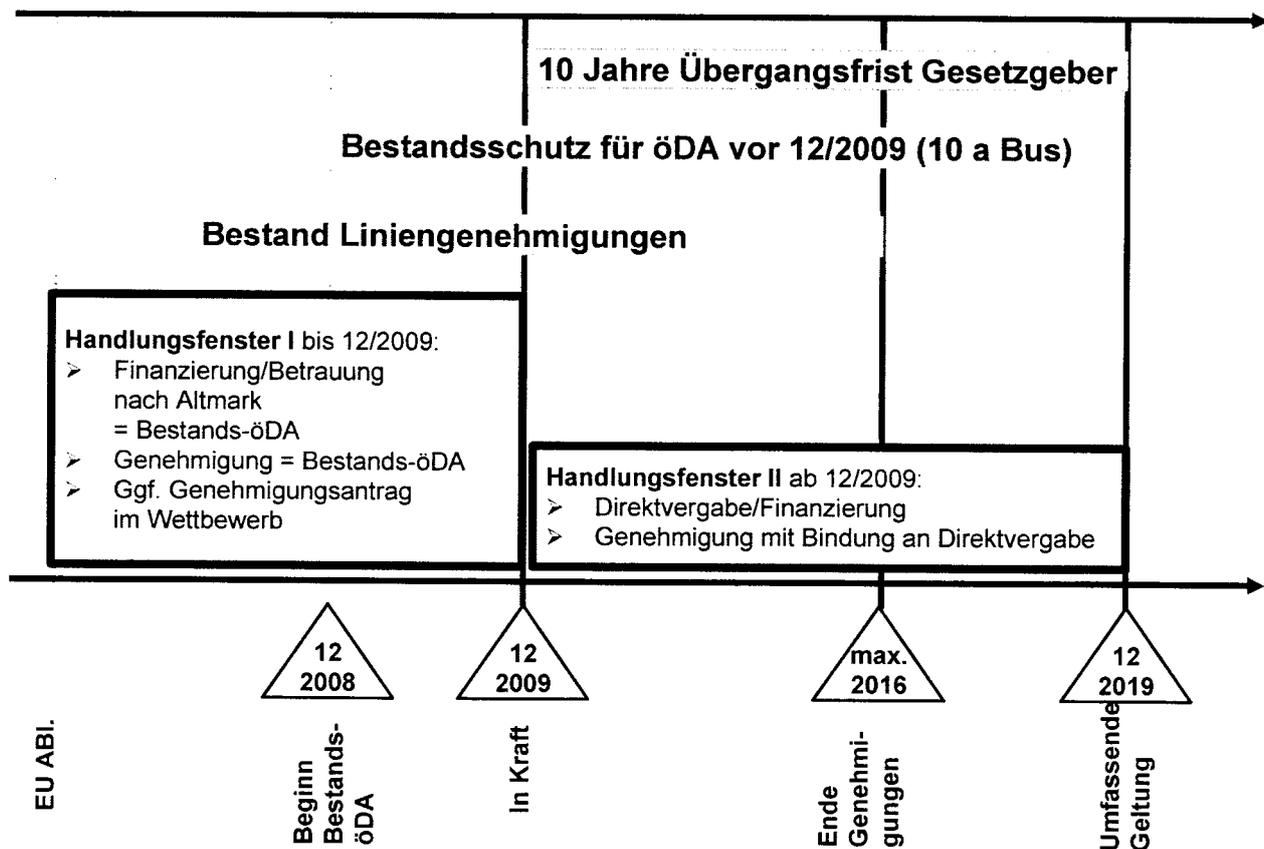
10. Die VKU ist ein kommunales Verkehrsunternehmen, das Busverkehrsleistungen im Linienverkehr und freigestellten Schülerverkehr im Kreis Unna (auch "UN" abgekürzt) und angrenzenden Gebietskörperschaften erbringt. Im Geschäftsjahr 2007 hat die VKU Verkehre auf 115 Linien erbracht, davon 104 im öffentlichen Linienverkehr.
11. Die VKU erbringt ihre Busverkehrsleistungen von zwei Standorten aus: Kamen und Lünen.
12. Die Betriebsleistungen der VKU im Busverkehr von 7,622 Mio. Wagen-km in 2007 werden in einer Größenordnung von 43,5 % von Unterauftragnehmern erbracht.
13. Die Gesellschafterstruktur der VKU ist ebenfalls komplex:
 - Kreis Unna: 25,11 %
 - WVG: 25,08 %
 - 8 Städte und Gemeinden im Bedienungsgebiet: 49,81 %
14. Der Kreis Unna ist Aufgabenträger für den straßengebundenen ÖPNV nach dem ÖPNVG NRW.

2.3 Aufgabenstellung

15. Der künftige gemeinschaftsrechtsrechtliche Rahmen wird durch die am 03.12.2007 veröffentlichte und am 03.12.2009 in Kraft tretende VO (EG) über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (VO 1370/2007) geprägt. Die VO 1370/2007 eröffnet die Möglichkeit, einen sog. internen Betreiber mit der Durchführung des ÖPNV direkt durch die zuständige Behörde zu betrauen. Die Anforderungen an den internen Betreiber bestehen im Wesentlichen darin, dass die zuständige Behörde den Betreiber weitreichend beherrscht, der Betreiber keine schädlichen Aktivitäten auf Wettbewerbsmärkten entfaltet und den überwiegenden Teil der Personenverkehrsdienste selbst erbringt.
16. Die Kreise als Hauptgesellschafter der RLG und VKU erwägen ernsthaft, von dieser Gestaltungsoption Gebrauch zu machen, unterstellend, dass das Landesrecht ihnen die Behördenfunktion nach der VO 1370/2007 zuordnen wird.
17. Unsere Beraterunterstützung umfasst folgende Inhalte:
18. In diesem Kurzgutachten zeigen wir die Voraussetzungen für eine Direktvergabe auf und prüfen anhand der Verhältnisse bei RLG und VKU auf der Grundlage der uns gegebenen Informationen, ob die Voraussetzungen bereits erfüllt werden bzw. welche Lücken zu konstatieren sind

und wie diese geschlossen werden sollten. Sodann erarbeiten wir einen Zeit-Maßnahmen-Plan zur Vornahme einer Direktvergabe.

19. Parallel erarbeiten wir einen Vorschlag für einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag (öDA) im Sinne der VO 1370/2007.
20. Wichtig vorzuschicken ist noch, dass die VO 1370/2007 gestattet, bis zu ihrem Inkrafttreten am 03.12.2009 öDA zu schaffen, die nach den Übergangsregelungen des Art. 8 Abs. 3¹ mit einer Laufzeit bis zu 10 Jahren versehen werden dürfen. Bedeutsam ist dies für Fälle, in denen die engen Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach der VO 1370/2007 noch nicht vorliegen und auch nicht zügig geschaffen werden können bzw. nachteilig wirken und es deswegen vorzugswürdig ist, sie erst möglichst spät zur Geltung kommen zu lassen.
21. Es bestehen also zwei "Handlungsfenster", nämlich eines (kurz "Handlungsfenster I") nach der geltenden Rechtslage unter Nutzung der Bestandsschutz gewährenden Übergangsregelungen der VO 1370/2007 und eines ("Handlungsfenster II") nach der künftigen Rechtslage ab 03.12.2009.
22. Die nachstehende Grafik soll die beiden Handlungsfenster und die sonstigen Fristen der VO 1370/2007 aufzeigen.



¹ Artikelzitate ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf die VO 1370/2007.

Im Lichte der Ergebnisse der Analysen, ob die RLG bzw. VKU bereits die Voraussetzungen für eine Direktvergabe erfüllen, wird mit den Kreisen zu diskutieren sein, ob an einer Direktvergabe nach der VO 1370/2007 festgehalten werden soll oder ob eine Betrauung nach geltendem Recht unter Beachtung der Anforderungen der Altmark-Rechtsprechung² an eine beihilfenfreie Finanzierung vorzugswürdig ist.

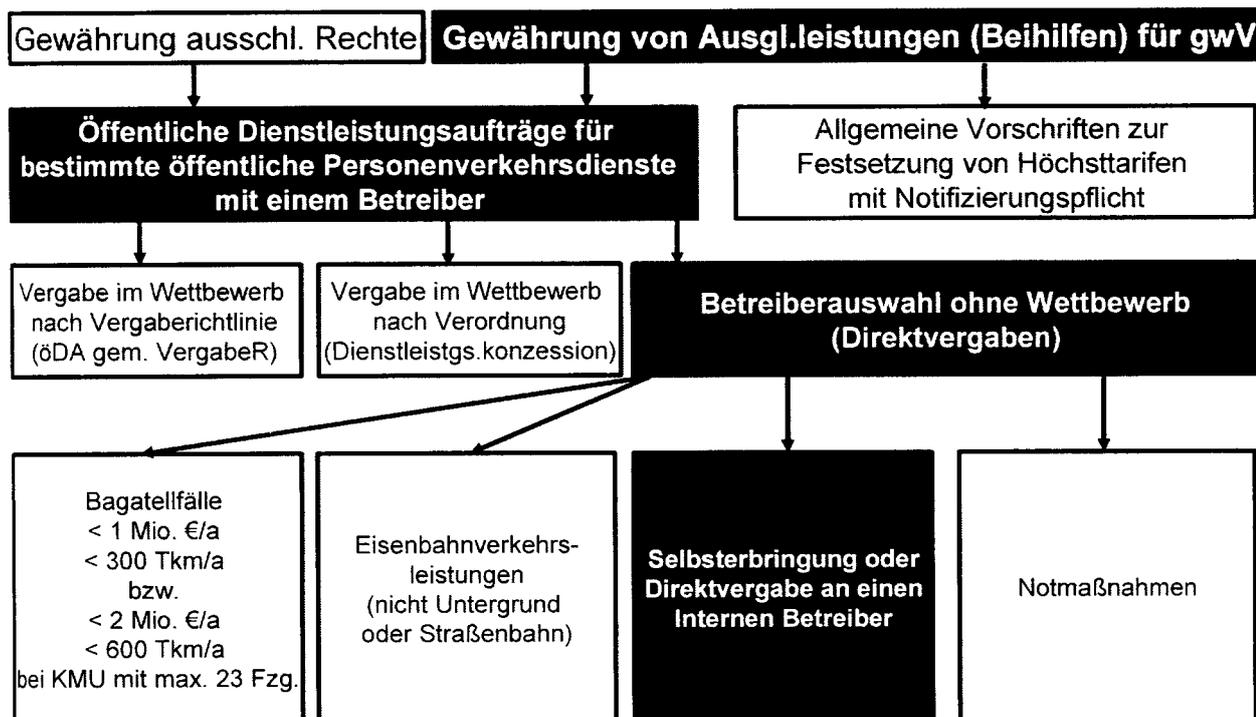
23. Für den Hochsauerlandkreis und den Kreis Soest wird noch der Frage nachzugehen sein, welche Möglichkeiten die beiden Aufgabenträger haben, das Verkehrsangebot anderer Verkehrsunternehmen, zu denen keine gesellschaftsrechtliche Bindung besteht, zu beeinflussen.

² EuGH, Urteil vom 24.07.2003, C-280/00, Altmark Trans, Sammlung der Rechtsprechung 2003 Seite I07747; Urteil vom 27.11.2003, C-34/01 bis C-38/01, Enirisorse. Sammlung der Rechtsprechung 2003 Seite I-14243.

3 Anforderungen an Direktvergaben

3.1 Die Bestimmungen der VO 1370/2007 zur Direktvergabe, insbesondere an interne Betreiber im Überblick

24. Für die Sicherstellung von ÖPNV durch Ausgleichszahlungen oder die Einräumung ausschließlicher Rechte haben die zuständigen Behörden nach der Grundkonzeption der VO 1370/2007 öffentliche Dienstleistungsaufträge im Verhältnis zu den Verkehrsunternehmen zu begründen. Hierunter fallen nicht nur entgeltliche Verträge, sondern auch vielfältige andere Handlungsformen, derer sich die Behörden entsprechend der jeweiligen nationalen Rechtsordnung bedienen dürfen. Für das nationale Recht können dies z. B. abstrakte Rechtsakte (materielle Gesetze), Verwaltungsakte, schuldrechtliche Verträge, Unternehmenssatzungen oder gesellschaftsrechtliche Akte in Beteiligungsfällen sein. Diese Vielfalt gilt sowohl für Direktvergaben ab 03.12.2009, aber auch für Betrauungen unter Nutzung des Bestandsschutzes bis zum 02.12.2009.
25. Unter den Behördenbegriff fallen auch Zusammenschlüsse von Behörden.
26. Welche Behörden nach der VO 1370/2007 zuständig sein sollen, bestimmen die Landesgesetzgeber. Derzeit sind in Nordrhein-Westfalen die Kreise und kreisfreien Städte Aufgabenträger für den nach dem PBefG genehmigten ÖPNV und zuständige Behörden nach der noch geltenden Vorgänger-VO 1191/69 der VO 1370/2007 (§ 3 Abs. 1 ÖPNVG). Unterstellt, dass diese Zuweisung auch für die VO 1370/2007 Bestand haben wird, wären die Kreise originär zuständige örtliche Behörden.
27. Im Regelfall sind öffentliche Dienstleistungsaufträge im Wettbewerb zu vergeben. Hiervon gibt es vier Ausnahmen:
- (1) Selbsterbringung durch die Behörde oder Direktvergabe an einen internen Betreiber (Art. 5 Abs. 2).
 - (2) Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen (Art. 5 Abs. 6).
 - (3) Direktvergabe geringfügiger Verkehrsleistungen unter 1 Mio. € Wert p. a. oder unter 300 Tkm oder unter 2 Mio. € oder 600 Tkm an kleine und mittlere Verkehrsunternehmen (KMU) mit bis zu 23 Fahrzeugen (Art. 5 Abs. 4).
 - (4) Direktvergabe zur Sicherstellung von Verkehrsdiensten in Notfällen bis zu zwei Jahren (Art. 5 Abs. 5).
28. Der Anwendungsbereich und die Vergabearten der VO 1370/2007 können dem nachstehenden Schaubild entnommen werden. Die Abkürzung "gwV" steht für "gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen".



29. Die Anforderungen an die Direktvergabe an einen internen Betreiber sind:

- Die Behörde muss den internen Betreiber kontrollieren. Das aus der Rechtsprechung des EuGH zu Inhouse-Geschäften bekannte Kontrollkriterium wird erfüllt, wenn eine Behörde eine Kontrolle über das juristisch von der Behörde verschiedene Unternehmen ("rechtlich getrennte Einheit") wie über eine eigene Dienststellen ausübt (Art. 5 Abs. 2).³ Zur Prüfung, ob eine solche Kontrolle besteht, sind Faktoren heranzuziehen wie die Vertretung in Organen, Satzungsregelungen, Eigentumsrechte und tatsächlicher Einfluss auf und tatsächliche Kontrolle von strategischen und einzelnen Entscheidungen der Unternehmensleitung.
- Die Beteiligung Privater an einem internen Betreiber ist nicht schädlich, wenn der öffentliche Anteilseigner und Auftraggeber den beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen innehat und festgestellt werden kann, dass eine Kontrolle ausgeübt wird. Damit übernimmt die VO 1370/2007 nicht die strenge Anforderung des EuGH, der jegliche gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines Privaten als unvereinbar mit dem Kontrollierfordernis ansieht.⁴
- Der interne Betreiber oder eine von ihm auch nur geringfügig beeinflusste andere Einheit darf sich nicht an wettbewerblichen Vergaben von öffentlichen Personenverkehrsdiensten außerhalb der räumlichen Zuständigkeit der direkt vergebenden Behörde beteiligen (sog. Reziprozitätskriterium, Art. 5 Abs.2 lit. b).
- Der interne Betreiber darf seine Verkehrsleistungen nur auf dem Gebiet der direkt vergebenden Behörde erbringen; zulässig sind ausbrechende Linien in Nachbargebiete ("Ne-

³ EuGH, Urteil v. 18.11.99, C-10/798, Teckal, Slg. 1999, I-8121 ff.

⁴ EuGH, Urteil v. 11.01.05, C-26/03, Stadt Halle, NZBau 2005, 111.

benlinien") und damit zusammenhängende sonstige Teildienste (Gebietskomponente, Art. 5 Abs. 2 lit. b).

- e) Für Direktvergaben werden überdies besondere Publikationspflichten statuiert (Veröffentlichung mindestens ein Jahr vor der Direktvergabe im Amtsblatt der EU, Art. 7 Abs. 2 Satz 1). Zusätzlich muss der nationale Gesetzgeber für einen effektiven Rechtsschutz zugunsten von Unternehmen sorgen, die Interesse an einem Dienstleistungsauftrag haben, auch wenn dieser direkt vergeben werden soll (Art. 5 Abs. 7).
- f) Für die Berechnung des Ausgleichs sind die Bestimmungen des Anhangs zu beachten, die auch gesonderte Rechnungslegungsanforderungen definieren (Art. 7 und Anhang).
- g) Die Direktvergabe darf auch von einer Gruppe von Behörden vorgenommen werden, wenn diese Behörden integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste "anbieten". Beschließt eine derart qualifizierte Gruppe von Behörden eine Direktvergabe, so reicht es aus, wenn wenigstens eine zuständige örtliche Behörde die gebotene Kontrolle über den internen Betreiber ausübt.
- h) Wenn die direkt vergebende zuständige Behörde eine Vergabe von Unteraufträgen durch den internen Betreiber im öffentlichen Dienstleistungsauftrag gestattet, ist der interne Betreiber verpflichtet, den überwiegenden Teil des Personenverkehrsdienstes selbst zu erbringen (Art. 5 Abs. 2 lit.e).

3.2 Kontrollkriterium

3.2.1 Erkenntnisse aus der Inhouse-Rechtsprechung und Prüfungsmaßstab

- 30. Die Direktvergabe nach der VO 1370/2007 ist eine spezialgesetzliche Ausprägung des allgemeinen vergaberechtlichen Grundsatzes der Zulässigkeit von Direktvergaben bei Inhousekonstellationen, der durch die Rechtsprechung des EuGH geschaffen und konturiert wurde. Aus diesem Grunde ist es erkenntnisfördernd, einige allgemeine Aussagen aus der Rechtsprechung zu extrahieren.
- 31. Hinsichtlich der Kontrollierbarkeit unterschiedlicher Rechtsformen hat der BGH das Kontrollkriterium bei einer Eigengesellschaft in der Rechtsform, der GmbH als erfüllt angesehen, weil die Geschäftsführer einer GmbH den Gesellschafterweisungen Folge zu leisten haben (§ 46 Nr. 6 GmbHG).⁵
- 32. Für Konzernkonstellationen hat das OLG Düsseldorf festgestellt, dass das Kontrollkriterium auch bei der Beauftragung von Enkelunternehmen, also in Fällen der mittelbaren Beteiligung, erfüllt sein kann.⁶

⁵ BGH, Beschluss v. 12.06.2001, X ZB 10/01, NZBau 2001, 517.

⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.10.2003, VII Verg 50/03.

33. In der Rechtssache Carbotermo⁷ hatte der EuGH einen vergleichbaren Sachverhalt mit einer zwischengeschalteten Holding zu würdigen. Die Zwischenschaltung einer Holding und die damit einhergehende Komplikation für die Kontrolle der Enkelgesellschaft hat der EuGH im Lichte des Kontrollkriteriums nicht per se als schädlich angesehen. Der EuGH hat anhand der Satzungen von Holding und beauftragter Gesellschaft geprüft, ob der Auftraggeber einen für die Kontrolle ausreichenden Durchgriff auf die Enkelgesellschaft hat, was er im Urteilsfall verneinte.
34. In der Rechtssache Parking Brixen⁸ musste sich der EuGH u. a. mit der Frage auseinandersetzen, ob die Beauftragung der Stadtwerke Brixen AG mit dem Betrieb eines Parkplatzes durch die Gemeinde Brixen in Form einer Dienstleistungskonzession ohne vorangegangene Ausschreibung als Inhouse-Geschäft zu beurteilen sei. Der EuGH hat aufgrund einer ausführlichen Analyse der Satzung festgestellt, dass die Kontrolle aus mehreren Gründen nicht gegeben ist.
35. Die entscheidenden Urteilspassagen dieser sehr instruktiven Entscheidung sollen im Zitat wiedergeben werden:
- "64 Erstens ist zu prüfen, ob die konzessionserteilende öffentliche Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt.
- 65 Bei dieser Beurteilung sind alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen. Diese Prüfung muss zu dem Ergebnis führen, dass die fragliche konzessionsnehmende Einrichtung einer Kontrolle unterworfen ist, die es der konzessionserteilenden öffentlichen Stelle ermöglicht, auf die Entscheidungen dieser Einrichtung einzuwirken. Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.
- 66 Dem Vorlagebeschluss ist zu entnehmen, dass der Sonderbetrieb Stadtwerke Brixen nach Artikel 1 seiner Satzung eine zweckdienliche Körperschaft der Gemeinde zur einheitlichen und integrierten Durchführung der örtlichen öffentlichen Dienste war. Der Gemeinderat legte die allgemeine Ausrichtung fest, wies das Ausstattungskapital zu, sorgte für die Deckung eventueller Sozialkosten, überprüfte die Betriebsergebnisse und übte die strategische Überwachung aus, wobei dem Betrieb die erforderliche Autonomie zugesichert war.
- ...
- 68 Konkret geht zu den diesem Verwaltungsrat übertragenen Vollmachten aus der Vorlageentscheidung hervor, dass die Satzung der Stadtwerke Brixen AG, insbesondere deren Artikel 18, dieser Einrichtung sehr weitgehende Vollmachten der Verwaltung dieser Gesellschaft einräumt, da sie über die Befugnis verfügt, alle Handlungen vorzunehmen, die sie zur Erreichung des Gesellschaftszwecks für angebracht oder notwendig erachtet. Außerdem zeigt die in Artikel 18 vorgesehene Befugnis, Sicherstellungen bis zu einem Wert von 5 Millionen Euro zu leisten oder andere Geschäfte ohne vorherige Genehmigung der Gesellschafterversammlung durchzuführen,

⁷ EuGH, Urteil v. 11.05.2006, C-340/04, NZBau 2006, 452..

⁸ EuGH, Urteil v. 13.10.2005, C-458/03, NZBau 2005, 644.

dass diese Gesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern über weitreichende Selbständigkeit verfügt.

69 In der Vorlageentscheidung heißt es weiter, dass die Gemeinde Brixen das Recht habe, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrats der Stadtwerke Brixen AG zu ernennen. Das vorliegende Gericht hebt allerdings hervor, dass die von der Gemeinde über die Stadtwerke Brixen AG ausgeübte Kontrolle im Wesentlichen auf jene Maßnahmen beschränkt sei, die das Gesellschaftsrecht der Mehrheit der Gesellschafter einräume, was die Abhängigkeit, die zwischen dieser Gemeinde und dem Sonderbetrieb Stadtwerke Brixen bestanden habe, vor allem angesichts der weitreichenden Befugnisse, mit denen der Verwaltungsrat der Stadtwerke Brixen AG ausgestattet sei, wesentlich vermindere.

70 **Verfügt eine konzessionsnehmende Einrichtung über ein Maß an Selbständigkeit, wie es durch Merkmale wie die in den Randnummern 67 bis 69 des vorliegenden Urteils dargestellten gekennzeichnet wird, so ist es ausgeschlossen, dass die konzessionserteilende öffentliche Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt.**

71 Unter diesen Voraussetzungen und ohne dass geprüft werden müsste, ob die konzessionsnehmende Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die konzessionserteilende öffentliche Stelle verrichtet, kann die Vergabe einer öffentlichen Dienstleistungskonzession durch eine öffentliche Stelle an eine solche Einrichtung nicht als ein interner Vorgang dieser Stelle angesehen werden, auf den die Gemeinschaftsvorschriften unanwendbar wären.

(Hervorhebung Rn. 70 durch Verf.)

36. Aus diesen Ausführungen darf gefolgert werden, dass die Rechtsformänderung von einem Sonderbetrieb in eine Aktiengesellschaft allein nicht bereits schädlich ist für eine Inhouse-Vergabe, obwohl die Natur der Gesellschaftsform als erschwerend eingestuft wird. Insbesondere aufgrund der Kompetenzverteilung in der Satzung mit einem weitgehend autonom agierenden Leitungsorgan (Verwaltungsrat) kommt der EuGH im konkreten Fall zu dem Schluss, dass die Stadtwerke Brixen AG einen Grad an Selbständigkeit für unternehmerische Aktivitäten erlangt hat, der es nicht mehr gestattet, die unternehmerischen Aktivitäten der Stadtwerke der Gemeinde Brixen zuzurechnen.

37. Auffällig ist, dass der EuGH ausschließlich auf die Satzungslage abstellt, demgegenüber die VO 1370/2007 in Art. 5 Abs. 2 bei der Formulierung des "Prüfprogramms" für das Kontrolliertsein u. a. auch auf die tatsächliche Kontrollausübung abhebt. Zwar müssen nicht sämtliche Faktoren dieses Prüfprogramms im Einzelfall feststellbar sein, um die Kontrolle zu bejahen, doch raten wir dazu, die Einflussnahmemöglichkeiten aufgrund von satzungsmäßigen Kompetenzen und der Präsenz von Vertretern der Behörde in den Organen auch wahrzunehmen und dies zu dokumentieren. Aufgrund der kommunalrechtlichen Ingerenzpflicht (vgl. § 108 Abs. 1 Nr. 6 GO NRW) und den üblichen gesellschaftsvertraglichen Dokumentationspflichten ist der Nachweis der tatsächlichen Einflussnahme in kommunalen Beteiligungsfällen regelmäßig unproblematisch.

38. Im Ergebnis wird das Kontrollkriterium erfüllt, wenn zumindest eine zuständige Behörde aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Kompetenzverteilung eine Rechtsstellung innehat, die es ihr erlaubt, sich mit ihrem Willen mittels ihr zuzurechnender Vertreter durchzusetzen. Bei einer Gruppe von Behörden (s. u. 4.5) ist eine gemeinsame Kontrolle des Betreibers nur sichergestellt, wenn die Behörden eine gemeinsame Kontrolle rechtsverbindlich vereinbart haben.
39. Wir orientieren uns bei unserer Einzelfallprüfung der Gesellschaftsverträge am gesetzlichen Leitbild der GO NRW. Danach ist der maßgebliche Einfluss einer Gemeinde zweifelsfrei sichergestellt, wenn folgende Gegenstände in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung fallen:
- Abschluss und Änderung von Unternehmensverträgen,
 - Erwerb und Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen,
 - Wirtschaftsplan, Feststellung des Jahresabschlusses und Ergebnisverwendung,
 - Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer
- (§ 108 Abs 4 Nr. 1 GO NRW). Insbesondere der jährlich zu beschließende Wirtschaftsplan ist aus unserer Sicht das zentrale Steuerungsinstrument des Gesellschafters.
40. Zudem muss dem Rat ein Weisungsrecht gegenüber Aufsichtsräten im Falle fakultativer Aufsichtsräte eingeräumt werden (§ 108 Abs 4 Nr. 2 GO NRW). Die Vertreter in der Gesellschafterversammlung sind an die Interessen der Gemeinde und ggf. Weisungsbeschlüssen des Rates gebunden (§ 1113 Abs. 1 GO NRW).
41. In Gesellschaftsverträgen bereits länger bestehender Gesellschaften mangelt es zumeist an dem satzungsmäßigen Weisungsrecht gegenüber Aufsichtsräten. Das wirft die Frage auf, ob Aufsichtsräte der Gesellschaftergemeinde zugerechnet werden dürfen, da ein Spannungsverhältnis zwischen Gemeinderecht und Gesellschaftsrecht des Bundes besteht.⁹ Allerdings meinen wir, dass es eine überzogene Anforderung an das Kontrollerfordernis wäre, wenn es nur erfüllt werden könnte im Falle von uneingeschränkten Weisungsrechten der Gemeinde gegenüber ihren Vertretern im Aufsichtsrat. Wir halten daher die Sichtweise für vertretbar, dass die von der Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitglieder mit ihrer Willensbildung auch der

⁹ Vgl. hierzu OVG Münster, Beschluss v. 12.12.2006, 15 B 2625/06, juris, zur Weisungsgebundenheit kommunaler Aufsichtsräte, sofern das Wohl der Gesellschaft nicht verletzt wird. Zur Verschwiegenheitspflicht kommunaler Aufsichtsräte vgl. VG Regensburg, Urteil v. 02.02.2005, RN 3 K 04.01408, juris.

Gemeinde zugerechnet werden dürfen, weil vermutet werden darf, dass sie die Interessen der Gemeinde auch im Aufsichtsrat zum Tragen kommen lassen.¹⁰

3.2.2 Prüfung der Erfüllung des Kontrollkriteriums bei der RLG

42. Zu prüfen ist, ob der Hochsauerlandkreis und der Kreis Soest als Aufgabenträger und hier unterstellte zuständige örtliche Behörden nach der VO 1370/2007 eine Rechtsstellung innehaben, die es ihnen gestattet, die RLG gemeinsam zu beherrschen.
43. **Eigentumsrechte:** Die beiden Kreise sind unmittelbar mit 45,87 % am Stammkapital der RLG beteiligt. Mittelbar halten sie nochmals 3,61 % mittelbar über ihre jeweilige 7-%-Beteiligung an der WVG, die mit 25,78 % an der RLG beteiligt ist. Damit erreichen sie gemeinsam eine Beteiligungshöhe von 49,48 %.
44. **Vertretung in der Gesellschafterversammlung und Kompetenzen der Gesellschafterversammlung:** Die Vertreter der Kreise in der Gesellschafterversammlung werden vom Kreistag gewählt und sind an seine Beschlüsse und die des Kreisausschusses gebunden (§ 26 Abs. 4 KrO NRW). Damit ist sichergestellt, dass die Kreise ihre Vertreter in der Gesellschafterversammlung an ihren Willen binden können.
45. Die Gesellschafterversammlung hat gemäß § 11 Gesellschaftsvertrag im Wesentlichen die ihr nach dem GmbHG zukommenden Zuständigkeiten, ergänzt um die Zustimmung zum Erwerb und zur Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen. Ihre Entscheidungen werden mit einfacher Mehrheit gefasst (§ 10 Abs. 4 Gesellschaftsvertrag); die Beschlüsse gemäß § 11 Nrn. 5 bis 12 bedürfen einer Mehrheit von 75 % des in der Gesellschafterversammlung vertretenen Stammkapitals. Darunter fallen die Änderung des Gesellschaftsvertrages und anderer, strukturverändernde Beschlüsse.
46. Diese kurze Übersicht zeigt, dass die beiden Kreise bei konzertiertem Handeln lediglich eine Sperrminorität gegen durchgreifende Veränderungen innehaben, aber nicht die Rechtsmacht, sich aktiv in der Gesellschafterversammlung durchzusetzen.
47. **Vertretung im Aufsichtsrat und Kompetenzen des Aufsichtsrats:** Der Aufsichtsrat besteht aus 18 Mitgliedern, von denen die Gesellschafterversammlung 12 wählt; die übrigen sechs Mitglieder werden nach den Wahlbestimmungen des BetrVG entsandt. Abreden zwischen den Gesellschaftern über die Wahl der AR-Mitglieder sind uns nicht bekannt. Nach der aktuellen Zusammensetzung des Aufsichtsrates sind jeweils drei Mitglieder den beiden Kreisen zuzu-

¹⁰ Vgl. zur Kontrolle durch eine Aufsichtsratsmehrheit auch VK Lüneburg, Beschluss v. 31.08.2005, VgK-35/2005, S. 10 der Ausfertigung, geändert - aus anderen Gründen - durch OLG Celle, Beschluss v. 10.11.2005, a.a.O.

- rechnen. Der Aufsichtsrat entscheidet mit einfacher Stimmenmehrheit (§ 7 Abs. 3 Gesellschaftsvertrag).
48. Der Aufsichtsrat ist u. a. zuständig für die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer, den Wirtschaftsplan und die Festsetzung der Beförderungstarife (§ 8 Abs. 2 Nrn. 7, 5, 12 Gesellschaftsvertrag).
49. Auch für die Zusammensetzung und die Kompetenzen des Aufsichtsrates ist zu konstatieren, dass die beiden Kreise keine Mehrheit im Aufsichtsrat haben und die RLG deshalb auch nicht über dieses Gesellschaftsorgan kontrollieren.
50. **Tatsächliche Einflussnahme:** Abweichend von der Satzungslage könnte die tatsächliche Einflussnahme der Vertreter der Kreise in den Organen der RLG über die satzungsmäßigen Rechte hinausgehen und ggf. sogar als faktisches Beherrschen der RLG zu beurteilen sein. Dies einmal unterstellend, könnte möglicherweise sogar der Nachweis dieser starken Stellung für die Vergangenheit geführt werden, z. B. anhand von Protokollen der Organe oder anderer Gremien (Strukturkommission), aus denen sich ergibt, dass alle wesentlichen Entwicklungen im Unternehmen auf Initiativen der Kreise zurückzuführen sind. Diese vergangenheitsbezogene Betrachtung reicht aber nicht aus, um das Kontrollkriterium nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 zu erfüllen, denn die Bestimmung ist so zu verstehen, dass die Kontrolle nicht nur im Zeitpunkt der Direktvergabe bestehen muss, sondern auch während der gesamten Laufzeit des öDA. Ohne Sicherstellung einer rechtlichen Beherrschung der RLG durch die beiden Kreise durch Erhöhung der Beteiligung, Einräumung von Sonderrechten oder einer Kombination von beidem, bestünde keine gesicherte Rechtsposition zur Ausübung der Kontrolle, so dass lediglich behauptet werden könnte, dass sich die Kreise auch in der Zukunft faktisch in der RLG durchsetzen werden. Allein dies erscheint uns nicht tragfähig, um darauf eine Direktvergabe aufzubauen.
51. Das Ergebnis der Prüfung ist, dass die beiden Kreise derzeit keine rechtlich abgesicherte Kontrolle über die RLG ausüben und das Kontrollkriterium nicht erfüllt ist.

3.2.3 Prüfung der Erfüllung des Kontrollkriteriums bei der VKU

52. Auf der Grundlage des soeben angewandten Prüfschemas zeigt sich folgendes Bild:
53. **Eigentumsrechte:** Der Kreis Unna ist unmittelbar und mittelbar in Höhe von 26,87 % an der VKU beteiligt.
54. **Vertretung in der Gesellschafterversammlung und Kompetenzen der Gesellschafterversammlung:** Zur Bindung der Vertreter des Kreises kann auf das oben Gesagte verwiesen werden.

55. Die Gesellschafterversammlung hat gemäß § 10 Gesellschaftsvertrag im wesentlichen die ihr nach dem GmbHG zukommenden Zuständigkeiten, ergänzt um die Zustimmung zum Erwerb und zur Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen. Ihre Entscheidungen werden mit einfacher Mehrheit gefasst (§ 10 Abs. 4 Gesellschaftsvertrag); die Beschlüsse gemäß § 10 Nrn. 4 bis 11 bedürfen einer Mehrheit von 75 % des in der Gesellschafterversammlung vertretenen Stammkapitals. Darunter fallen die Änderung des Gesellschaftsvertrages und anderer, strukturverändernde Beschlüsse.
56. Diese kurze Übersicht zeigt, dass der Kreis Unna lediglich eine Sperrminorität gegen durchgreifende Veränderungen innehat, aber keine Rechtsmacht, sich aktiv in der Gesellschafterversammlung durchzusetzen.
57. **Vertretung im Aufsichtsrat und Kompetenzen des Aufsichtsrats:** Der Aufsichtsrat besteht aus 18 Mitgliedern, von denen die Gesellschafter 12 entsenden; die übrigen sechs Mitglieder werden nach den Wahlbestimmungen des BetrVG entsandt. Nach der aktuellen Zusammensetzung des Aufsichtsrates hat der Kreis Unna drei Mitglieder (darunter den AR-Vorsitzenden) und die kommunalen Gesellschafter sowie die WVG gemeinsam mit dem WLV je ein Mitglied entsandt. Der Aufsichtsrat entscheidet mit einfacher Stimmenmehrheit (§ 7 Abs. 3 Gesellschaftsvertrag).
58. Der Aufsichtsrat ist u. a. zuständig für die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer, den Wirtschaftsplan und die Festsetzung der Beförderungstarife (§ 8 Abs. 2 Nrn. 7, 4, 12 Gesellschaftsvertrag).
59. Auch für die Zusammensetzung und die Kompetenzen des Aufsichtsrates ist zu konstatieren, dass der Kreis Unna keine Mehrheit im Aufsichtsrat hat und die VKU deshalb auch nicht über dieses Gesellschaftsorgan kontrolliert.
60. **Tatsächliche Einflussnahme:** Hier gilt ebenfalls das zur RLG Gesagte.
61. Das Ergebnis der Prüfung ist, dass der Kreis Unna derzeit keine rechtlich abgesicherte Kontrolle über die VKU ausübt und das Kontrollkriterium nicht erfüllt ist.

3.3 Reziprozitätskriterium

3.3.1 Räumliche und wettbewerbliche Beschränkung

62. Dieses Kriterium beinhaltet eine räumliche und eine wettbewerbliche Komponente.
63. Die räumliche Komponente verlangt eine Beschränkung des internen Betreibers auf Personenverkehrsdienste innerhalb des Zuständigkeitsgebietes der örtlichen Behörde. Unschädlich

sind Nebenlinien ins bzw. sonstige Teildienste im Zuständigkeitsgebiet benachbarter Behörden (Art. 5 Abs. 2 lit. b).

64. Die wettbewerbliche Komponente verlangt "Enthaltensamkeit" des internen Betreibers außerhalb des Gebietes seines öffentlichen Auftraggebers. Er darf auch keine entsprechenden Aktivitäten durch auch nur geringfügige Einflussnahme auf andere Betreiber entfalten.
65. Die Reziprozität bezieht sich auf Personenverkehrsdienste im Anwendungsbereich der VO 1370/2007 (SPNV und ÖPNV nach PBefG), so dass andere Aktivitäten für diese Anforderung ohne Belang sind. Hierunter fallen z. B. Verkehrsleistungen als Auftragnehmer für Inhaber von Liniengenehmigungen, Schienenersatzverkehre, Gelegenheitsverkehre, Instandhaltungsleistungen für Dritte, Treibstoffverkauf an Dritte, aber auch andere Geschäftsbereiche wie der Schienengüterverkehr.

3.3.2 Prüfung der Erfüllung des Reziprozitätskriteriums bei RLG und VKU sowie in der WVG-Unternehmensgruppe

66. Die RLG und VKU betreiben derzeit keine Personenverkehrsdienste im Sinne der VO 1370/2007, die aus einer Wettbewerbsteilnahme resultieren und auf wiederholte Wettbewerbsteilnahmen angelegt sind. Für die Zukunft haben es die Kreise als Hauptgesellschafter in der Hand, dass die beiden Gesellschafter im Falle von Direktvergaben keine wettbewerblichen Aktivitäten entfalten.
67. Auch die räumliche Beschränkung auf die Gebiete der Kreise und allenfalls abgehende Linien in die Gebiete benachbarter Aufgabenträger wird u. W. eingehalten.
68. Allerdings muss die Betrachtung angesichts der Integration von RLG und VKU in die WVG-Unternehmensgruppe auf die gesamte Gruppe ausgedehnt werden, wenn die heutigen Verhältnisse fortgeführt werden sollten. Diese sind gekennzeichnet durch eine Konzentration der Geschäftsführung bei der WVG, umgesetzt durch eine Personalunion in den Geschäftsführungen der WVG und sämtlicher Beteiligungsgesellschaften (Regionalverkehr Münsterland GmbH [RVM] und RVM-Verkehrsdienst GmbH, RLG und RLG-Verkehrsdienst GmbH, VKU, Westfälische Landes-Eisenbahn GmbH [WLE] und WLE-Spedition GmbH) und bilaterale Geschäftsbesorgungsverträge zwischen der WVG als Geschäftsbesorger und der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft, nach denen der WVG sämtliche kaufmännische und übergeordnete verkehrswirtschaftliche Aufgaben zur Erledigung übertragen wurden.
69. Schädlich sind gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. b VO 1370/2007 neben eigenen wettbewerblichen Aktivitäten des internen Betreibers auch solche anderer Einheiten, auf die der interne Betreiber "auch nur geringfügigen Einfluss ausübt". Aufgrund der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung ist zu folgern, dass die Schädlichkeitsschwelle sehr niedrig anzusetzen ist.

70. Die Personalunion in den Geschäftsführungen führt u. E. zwingend dazu, dass die WVG-Gruppe als Einheit zu qualifizieren ist, deren Kristallisationspunkt die personengleichen Geschäftsführer sind. Es entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dass Doppelmandate in Unternehmensleitungen zu einer Interessengleichgerichtetheit führen.¹¹ Da die WVG keine klassische Holdingfunktion ausübt, ist erst einmal zu unterstellen, dass die Geschäftsführung ein Gesamtoptimum in der Unternehmensgruppe anstrebt.
71. Aus Sicht der RLG und VKU als prospektive interne Betreiber sind die WVG, RVM und Tochtergesellschaft, WLE und WLE-Spedition GmbH andere Einheiten im Sinne der VO 1370/2007. Würde sich eine dieser Gesellschaften im Wettbewerb um Personenverkehrsdienste (straßengebundener ÖPNV oder Schienenpersonennahverkehr) bemühen, wären solche Aktivitäten nur unschädlich, wenn der Nachweis gelänge, dass die RLG ohne Einfluss auf die entsprechende Beteiligungsgesellschaft ist.
72. Vergleichbare Konstellationen in Bezug auf wettbewerbslich aktive Schwestergesellschaften von gedachten internen Betreibern wurden im Zuge des Gesetzgebungsprozesses der VO 1370/2007 thematisiert und im juristischen Schrifttum andiskutiert. Wir wollen dies nachzeichnen und bewerten.
73. Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 lit. b geht zurück auf den 3. Kommissionsvorschlag für die VO vom 20.07.2005 (KOM [2005] 319 endg.). Die Anforderung an die "Reziprozität" ist nahezu wortgleich geblieben. Der seinerzeit einschlägige Erwägungsgrund 15 spricht lediglich von "strengen Auflagen" für Direktvergaben. Im weiteren Fortgang ist dann von Interesse, dass der Änderungsantrag 24 des Ausschusses für Verkehr und Fremdenverkehr aus März 2007 für Art. 5 Abs. 2 lit. b folgenden Zusatz vorschlug:
- "Die Voraussetzung für die Anwendung dieses Absatzes ist, dass der interne Betreiber und jede andere Einheit, auf die dieser Betreiber oder die zuständige örtliche Behörde einen auch nur geringfügigen Einfluss ausübt ..."
74. Die Begründung spricht expressis verbis davon, dass mit diesem Zusatz sichergestellt werden solle, dass das Verbot der Teilnahme am Wettbewerb außerhalb des Zuständigkeitsgebietes "nicht mit Hilfe von Schwesterunternehmen des internen Betreibers auf einfache Weise umgangen werden kann". Zum entsprechenden Erwägungsgrund wurde kein Änderungsantrag gestellt.
75. Diese Ergänzung ist vom Europäischen Parlament nicht angenommen worden. Daraus könnte gefolgert werden, dass Schwestergesellschaften nicht als beeinflusste andere Einheiten anzusehen sind.

¹¹ Vgl. für das Konzernrecht Emmerich/Habersack, Aktien- und Konzernrecht, 5. Aufl., § 308 AktG Rn. 28 f.

76. Insbesondere Knauff bezieht hierzu (vor Verabschiedung der VO 1370/2007) Stellung: Da die Einflussnahmeanforderung auf das Verkehrsunternehmen und nicht auf die dahinter stehende Trägerbehörde abstelle, sei es problematisch, ob rechtlich unabhängig vom internen Betreiber (auf Wettbewerbsmärkten) agierende Schwestergesellschaften als unzulässige Umgehung qualifiziert werden müssten. Der Verfasser appelliert an den Normgeber, eine Formulierung zu wählen, die die Durchsetzung der Ziele der VO 1370/2007 besser sicherstelle.¹²
77. Baumeister/Klinger gehen einen Schritt weiter, wenn sie ohne eingehende Begründung formulieren, dass das Reziprozitätsprinzip zwar Tochter-, nicht jedoch Schwesterunternehmen erfasse.¹³
78. Die letztgenannte Stellungnahme verkürzt die Betrachtung u. E. unzulässig auf die Beteiligung des internen Betreibers an anderen Unternehmen.
79. Da die Bestimmung aber auf die tatsächliche Einflussnahme abstellt ("ausübt"), können auch beeinflusste "andere Einheiten" schädlich sein, an denen der interne Betreiber nicht beteiligt ist. Art. 5 Abs. 2 lit. a der VO 1370/2007 lehrt, dass Eigentumsrechte nur ein Instrument sein können, Kontrolle auszuüben; es treten andere hinzu, die auch zwischen Schwestergesellschaften vorstellbar sind. Dieses Zwischenergebnis findet einen Halt bei Knauff, dass überhaupt nur eine rechtlich unabhängig vom internen Betreiber agierende Schwestergesellschaft unschädlich sein kann. Anders gewendet: Ob eine wettbewerblich agierende Schwestergesellschaft den internen Betreiber infiziert, hängt davon ab, ob der interne Betreiber tatsächliche Einflussnahme auf die Schwestergesellschaft ausübt. Wird ein solcher Einfluss ausgeschlossen, wäre eine Schwestergesellschaft vom Wortlaut der Norm her unschädlich. Dieses Ergebnis würde durch die skizzierte Entstehungsgeschichte - Nichtannahme der Ausschussempfehlung 24 - bestätigt.
80. Da aber Entstehungsgeschichte und Wortlaut bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechtes von eher untergeordneter Bedeutung sind, ist nach Sinn und Zweck der Regelung zu fragen.
81. Das Recht auf "Eigenproduktion" ist durch den Beschluss des Europäischen Parlamentes in der 1. Lesung am 14.11.2001 zum Gesetzgebungsthema erhoben worden. Dabei wurde bereits die Reziprozität als Voraussetzung für das eigene Tätigwerden der Behörde oder eines von ihr beherrschten Unternehmens formuliert (Art. 6a Abs. 2 VO i. d. F. des Beschlusses des Europäischen Parlamentes). Nach dem Erwägungsgrund 20 i. d. F. der Abänderung durch das Europäische Parlament wird zur Begründung für das Absehen von einer wettbewerblichen Vergabe auf das Subsidiaritätsprinzip und für die Voraussetzungen auf die Inhouse-Rechtsprechung des EuGH abgestellt.

¹² DVBl. 2006, 339, 344.

¹³ NZBau 2005, 601, 606.

82. Vergleicht man die Voraussetzungen für eine Inhousevergabe nach der EuGH-Rechtsprechung und der Direktvergabe nach der VO, so ist festzustellen, dass die Anforderungen an das Kontrollkriterium weitgehend kongruent sind. Aber auch die Reziprozität ist eine Spezifizierung des Wesentlichkeitskriteriums: Sie ist enger in Bezug auf die räumliche Beschränkung des internen Betreibers auf das Zuständigkeitsgebiet der örtlichen Behörde für den Markt für Personenverkehrsdienste.
83. Das Wesentlichkeitskriterium verfolgt das Ziel, Wettbewerbsverfälschungen zu vermeiden.¹⁴ Worin diese bestehen können, wird in der Rechtsprechung des EuGH - soweit ersichtlich - nicht näher erläutert. Unseres Erachtens sind sie darin zu sehen, dass ein Unternehmen, das einen geschützten Markt innehat, Vorteile gegenüber Wettbewerbern hat, die vollständig im Wettbewerb stehen. So könnte ein Inhouse-Auftragnehmer mit Grenzkostenpreisen in den Wettbewerb gehen, weil seine Ressourcenvorhaltung ansonsten im geschützten Markt finanziert ist.
84. Nimmt man einmal diese ratio legis für das Wesentlichkeitskriterium und überträgt es auf die hier zu diskutierende Fragestellung, so lässt sich das Argument gewinnen, dass eine Schwestergesellschaft, die in völliger Unabhängigkeit vom internen Betreiber agiert, keinen Wettbewerbsvorteil durch die interne Betreiber-Schwestergesellschaft genießen kann. Der interne Betreiber verursacht in dieser Konstellation also keine Wettbewerbsverfälschung.
85. Überträgt man diese Argumentation auf die Verhältnisse in der WVG-Unternehmensgruppe, so sind durchaus Konstellationen vorstellbar, die Wettbewerbsrelevanz haben könnten: Würde sich ein Unternehmen der Gruppe an einem Wettbewerb beteiligen, würde die Geschäftsführung die Kalkulationsgrundsätze bestimmen können und es bestünde die theoretische Möglichkeit, gesicherte Finanzierungen aufgrund von Direktvergaben zur Generierung von Wettbewerbsvorteilen einzusetzen.
86. Wir meinen nach alledem, dass die Personalunion in den Geschäftsführungen der WVG-Unternehmensgruppe im Falle wettbewerblicher Aktivitäten auf dem Markt für Personenverkehrsdienste schädlich auf interne Betreiber wirkt. Dies dürfte auch nicht durch organisatorische Vorkehrungen auszuschließen sein, weil die Gesamtverantwortung der Geschäftsführer für jede einzelne Gesellschaft nicht abdingbar ist.
87. Angesichts dieses Ergebnisses besteht Handlungsbedarf: Die maßgeblichen Gesellschafter der WVG-Unternehmensgruppe verpflichten sich untereinander, keine schädlichen wettbewerblichen Aktivitäten bei den jeweils dominierten Unternehmen zuzulassen bzw. tragen dafür Sorge, dass im Falle des Ausscherens eines Gesellschafters eine organisatorische und bis in die Geschäftsführung wirkende Separierung eines Wettbewerbsunternehmens vorgenommen wird.

¹⁴ EuGH, Carbotermo, Rn. 59/ 60; Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 140..

3.4 Überwiegende Selbsterbringung

3.4.1 Ansätze zur Operatonalisierung

88. Sofern der öffentliche Dienstleistungsauftrag eine Unterauftragsvergabe gestattet, ist der interne Betreiber verpflichtet, den überwiegenden Teil des öffentlichen Personenverkehrsdienstes selbst zu erbringen (Art. 5 Abs. 1 lit. e). Im Falle einer wettbewerblichen Vergabe wird vom betrauten Betreiber lediglich verlangt, dass er einen bedeutenden Teil der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst erbringt (Art. 4 Abs. 7). Aufgrund dieser sprachlichen Differenzierung wird man festhalten müssen, dass "überwiegend" im Sinne von mehr als 50 % auszulegen ist, wobei die Verordnung offen lässt, welche Basis für die Beurteilung des Überwiegens maßgeblich ist.
89. Das Erfordernis der überwiegenden Selbsterbringung wird sicherlich erfüllt, wenn die branchenübliche Messung des Verhältnisses zwischen Eigen- und Fremdleistung in Fahrplankilometern (= Nutzwagen-km) ergibt, dass der interne Betreiber mehr als 50 % der Leistung selbst erbringt. In Grenzfällen kann sicherlich vertreten werden, die Personenverkehrsdienste z. B. nach den eingesetzten Fahrzeugen mit anerkannten Äquivalenzziffern zu gewichten oder Platzkilometer anzusetzen, die das Angebot ebenfalls differenziert ausdrücken, um eine differenzierte Mengengrundlage für die Ermittlung des Verhältnisses zugrunde zu legen. Auch könnten Aufgaben des Netzmanagements (Fahr- und Umlaufplanung, Überwachung und Steuerung) der Selbsterbringung im Falle der Betrauung des internen Betreibers mit integrierten Diensten zugerechnet werden.
90. Die Vergabe von Leistungen an Tochtergesellschaften, die als quasi interner Dienstleister für ihre Mutter fungieren, sind nach den der Inhouse-Rechtsprechung zugrunde liegenden Rechtsgedanken als Eigenleistung des internen Betreibers zu qualifizieren, wenn dieser die Tochtergesellschaft kontrolliert und diese im Wesentlichen für die Mutter tätig wird, was nach der Rechtsprechung des EuGH der Fall ist, wenn die Umsätze zu mindestens 90 % mit der Mutter getätigt werden.¹⁵ Ob dies auch der Fall ist bei der Beauftragung von lediglich verbundenen Unternehmen (z. B. mit Drittbeteiligung) im Sinne des § 10 VgV muss als unsicher bezeichnet werden. Da in diesen Fällen unstreitig eine Unterauftragsvergabe im vergaberechtlichen Sinne vorliegt, raten wir aus Vorsichtsgründen, solche Unterauftragsvergaben nicht der Selbsterbringungsquote zuzurechnen.

¹⁵ EuGH, Urteil v. 19.04.07, C-295/05, Asemfo, NZBau 2007, 381.

3.4.2 Selbsterbringungsquoten bei RLG und VKU

91. Die Betriebsleistung und Fremdvergabe, jeweils bezogen auf die Wagenkilometer-Betriebsleistung im Kalenderjahr 2007 zeigt folgendes Bild:

	Betriebsleistung in TWagen-km gesamt ¹⁶	Davon vergebene Betriebsleistung in TWagen-km	Davon vergebene Betriebsleistung in %
RLG	8.946	3.588	40,1
VKU	7.622	3.314	43,5

92. Die Betriebsleistung der RLG wird teilweise von der Tochtergesellschaft RLG-Verkehrsdienst GmbH in Form von Personalstellung erbracht, die jedoch der RLG nach den vorstehenden Grundsätzen zuzurechnen ist, da sie von der RLG kontrolliert wird (identische Geschäftsführung) und ausschließlich Leistungen für die RLG erbringt; diese Einbindung in die Leistungserstellung wird von der RLG auch nicht als vergebene Betriebsleistung behandelt.

3.5 Zuständige Behörde für eine Direktvergabe nach der VO 1370/2007

3.5.1 Anforderungen an eine Direktvergabe durch eine Behördengruppe

93. Die VO 1370/2007 definiert die Zuständigkeit wie folgt:

"Artikel 2

Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck

b) „zuständige Behörde“ jede Behörde oder Gruppe von Behörden eines oder mehrerer Mitgliedstaaten, die zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geografischen Gebiet befugt ist, oder jede mit einer derartigen Befugnis ausgestattete Einrichtung;

c) „zuständige örtliche Behörde“ jede zuständige Behörde, deren geografischer Zuständigkeitsbereich sich nicht auf das gesamte Staatsgebiet erstreckt;"

94. Für Direktvergaben stellt die VO 1370/2007 in Art. 5 Abs. 2 folgende Anforderungen an eine Mehrheit von Behörden:

"(2) Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, kann jede zuständige örtliche Behörde — unabhängig davon, ob es sich dabei um eine einzelne Behörde oder eine Gruppe von Behörden handelt, die integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste anbietet — beschließen, selbst öffentliche Personenverkehrsdienste zu erbringen oder öffentliche Dienstleistungsaufträge direkt an eine

¹⁶ Die Leistung im Linienverkehr liegt bei 8.436 TWagen-km (RLG) bzw. 7.330 TWagen-km (VKU)..

rechtlich getrennte Einheit zu vergeben, über die die zuständige örtliche Behörde — oder im Falle einer Gruppe von Behörden wenigstens eine zuständige örtliche Behörde — eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht.

95. Integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste sind nach der Legaldefinition in Art. 2 lit. m:

"m) „integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste“ Beförderungsleistungen, die innerhalb eines festgelegten geografischen Gebiets im Verbund erbracht werden und für die ein einziger Informationsdienst, eine einzige Fahrausweisregelung und ein einziger Fahrplan besteht."

96. Soll also ein Verkehrsunternehmen als interner Betreiber durch Direktvergabe fungieren und soll sich die Direktvergabe auf Personenverkehrsdienste erstrecken, die das Verkehrsunternehmen auf den Gebieten mehrerer zuständiger Behörden erbringt, so müssen diese Behörden zwei Anforderungen erfüllen:

- Mindestens eine Behörde muss das Verkehrsunternehmen kontrollieren; zwei und mehrere Behörden können die Kontrolle auch gemeinsam ausüben.
- Die Behörden müssen einem Verkehrsverbund angehören.

97. Die Formulierung in Art. 5 Abs. 2, dass die Behördengruppe integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste "anbietet", ist missverständlich und kann nach der Gesamtsystematik der VO 1370/2007 nicht so ausgelegt werden, dass die Behörden im Außenverhältnis zum Fahrgast auftreten. Vielmehr ist nach unserem Verständnis gefordert, dass die Behörden an der Sicherstellung der Integration mitwirken. Ausgehend von der deutschen Verbundpraxis fallen hierunter Aufgabenträgerverbünde und Mischverbünde.

3.5.2 Notwendiges und zulässiges Zusammenwirken der Aufgabenträger

98. Für die VKU kann festgestellt werden, dass eine Direktvergabe alleinig durch den Kreis Unna beabsichtigt ist, so dass es keines Zusammenwirkens mit anderen Aufgabenträgern für die Direktvergabe bedarf.

99. Anders stellt sich die Situation bei der RLG dar: Hier streben die Kreise HSK und SO eine gemeinsame Betrauung an. Dies setzt erst einmal voraus, dass entweder einer der beiden Kreise künftig die RLG kontrolliert oder aber beide Kreise gemeinschaftlich diese Kontrolle ausüben. Da wir unterstellen, dass eine einseitige Beherrschung durch einen Kreis nicht gewünscht wird, wollen wir kurz beleuchten, ob die beiden Kreise die referierte Gruppeneigenschaft, nämlich die Verbundqualität, derzeit erfüllen.

100. Die RLG und VKU wenden den Ruhr-Lippe-Tarif an und sind mit anderen Verkehrsunternehmen der Tarifregion in der Verkehrsgemeinschaft Ruhr-Lippe zusammengeschlossen (VRL). Die beiden Kreise HSK und SO sind Mitglied des Zweckverbandes Schienenpersonennahverkehr Ruhr-Lippe (ZRL), der ZRL hatte in der Vergangenheit die gesetzliche Aufgabe, auf eine integrierte Verkehrsgestaltung im ÖPNV und insbesondere einen Gemeinschaftstarif

hinzuwirken (§ 5 Abs. 3 ÖPNVG NRW alt). Seit 01.01.2008 ist diese Aufgabe auf den Dachzweckverband NWL übergegangen, dem u. a. der ZRL angehört.

01. Die VRL ist eine Verkehrsgemeinschaft der Verkehrsunternehmen in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts; der aktuelle Gesellschaftsvertrag stammt vom 30.05.2000. Die VRL ist für die Integration der Verkehre zuständig und sorgt für den Ruhr-Lippe-Tarif, die Koordination der Verkehrsangebote und die Fahrplanauskunft (§ 6 Gesellschaftsvertrag VRL). Auf den Gebieten der beiden Kreise besteht also ein Verbund der Personenverkehrsdienste im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Art. 2 lit. m VO 1370/2007. Fraglich ist aber, ob die beiden Kreise an dieser Integration auch rechtserheblich mitwirken.
02. Der ZRL hat seine gesetzliche Pflicht, auf einen Gemeinschaftstarif hinzuwirken und diesen fortzuentwickeln, dadurch erfüllt, dass er mit der VRL einen Kooperationsvertrag vom 27.10.2003 abgeschlossen hat, der sicherstellt, dass ein Gemeinschaftstarif und einheitliche Beförderungsbedingungen zum Tragen kommen. Diese vertragliche Kooperation zwischen den Unternehmen und den im ZRL zusammengeschlossenen Aufgabenträgern für den straßengebundenen ÖPNV kann als eine Art Mischverbund qualifiziert werden, sie ist allerdings auf den Tarif beschränkt und wird somit nicht der Anforderung der VO 1370/2007 gerecht, dass die Behörden einer Gruppe auch an der Integration der Fahrpläne und der Fahrgastinformation mitwirken müssen. Diese Lücke müsste durch eine Erweiterung des Kooperationsvertrages geschlossen werden. Dies angenommen, stellen sich Anschlussfragen.
03. Die Aufgabenträger sind in einem Zweckverband zusammengeschlossen. Da der ZRL und seit 01.01.2008 der NWL die integrierte Verkehrsgestaltung in Abstimmung mit seinen Mitgliedern bewirken soll (§ 5 Abs. 3 Satz 2 ÖPNVG NRW) ist es auch statthaft, den Mitgliedern des ZRL das Bewirken der Kooperation zuzurechnen.
04. Die beiden Kreise HSK und SO bilden nur eine Teilmenge des ZRL bzw. NWL (vgl. § 5 Abs. 1 lit. c ÖPNVG NRW). Wir meinen dennoch, dass ein Zusammenwirken dieser beiden Aufgabenträger ausreicht, um die Gruppeneigenschaft des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 zu erfüllen.
05. Die von der VO 1370/2007 geforderte Verbundklammer für eine Behördengruppe soll den vorfindlichen Integrationen Rechnung tragen, die häufig dadurch gekennzeichnet sind, dass Verkehrsunternehmen auch außerhalb des Gebietes ihres Anteilseigners benachbarte Gebietskörperschaften mitbedienen. In solchen Fällen sind Direktvergaben zulässig. Durch die Begrenzung solcher Gestaltungen auf Verbünde wird zugleich ein Missbrauch unterbunden, der darin bestehen könnte, dass sich Aufgabenträger - aus verkehrlicher Sicht - willkürlich zusammenschließen, um überregional agierenden Verkehrsunternehmen eine Mehrzahl von geschützten Märkten zu sichern. Da dies im hier diskutierten Fall ausgeschlossen ist, greift das Argument, dass wenn schon sämtliche in einem Verbund zusammengeschlossenen Aufgabenträger eine Direktvergabe vornehmen dürfen, auch wenn nur einer der Aufgabenträger den prospektiven internen Betreiber kontrolliert, dies erst recht auch für eine den internen Betreiber beherrschende Untergruppe gelten.

06. Das Ergebnis der Prüfung lautet, dass der Aufgabenträgerzusammenschluss ZRL im Verhältnis zur VRL nur die tarifliche Integration sicherstellt, nicht hingegen die integrierte Fahrplanung und Fahrgastinformation. Der Kooperationsvertrag müsste um diese beiden Gegenstände ergänzt werden.

3.6 Ergebnisse und Handlungsempfehlungen

07. Die Prüfung, ob die Anforderungen an interne Betreiber im Verhältnis zwischen den Kreisen HSK und SO sowie UN als Hauptgesellschafter im Verhältnis zur RLG bzw. VKU derzeit erfüllt werden, hat zu den nachstehenden Ergebnissen geführt und löst Handlungsbedarf aus, den wir ebenfalls aufzeigen wollen.
08. **Kontrollkriterium:** Es wird derzeit aufgrund der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises und der Kompetenzordnung und Beschlussquoten nach den Gesellschaftsverträgen nicht erfüllt. Bei der RLG tritt hinzu, dass die Kreise HSK und SO nicht die Qualität einer Behörden(teil)gruppe für eine gemeinschaftliche Beherrschung aufweisen.
09. Daraus ergibt sich Handlungsbedarf zur Herstellung der Kontrolle durch die Kreise. Diese muss sich darin manifestieren, dass sich die Vertreter der Kreise in den Organen der Gesellschaften in Bezug auf die wesentlichen Entscheidungen durchsetzen können. Zwei grundlegende Gestaltungswege können zur Umsetzung eingeschlagen werden:
- Unter Beibehaltung der Gesellschafterstruktur werden den Kreisen Sonderrechte eingeräumt. Diese können darin bestehen, den Aufsichtsrat so zu dominieren, dass sich die den Kreisen zuzurechnenden Vertreter in maßgeblichen Angelegenheiten mehrheitlich durchsetzen können, gestärkt durch Weisungsrechte der Kreise gegenüber den von ihnen entsandten Aufsichtsratsmitgliedern. Alternativ könnten die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung entsprechend gestärkt und den Kreisen die Stimmenmehrheit eingeräumt werden.
 - Die Gesellschafterstruktur wird bereinigt und im Ergebnis verfügen die Kreise über Mehrheiten, die es ihnen bei entsprechender Anpassung der Gesellschaftsverträge gestatten, sich im Aufsichtsrat oder in der Gesellschafterversammlung in den maßgeblichen Angelegenheiten Geltung zu verschaffen.
10. **Reziprozitätskriterium:** Es wird derzeit erfüllt, da keine schädlichen Aktivitäten in der u. E. maßgeblichen WVG-Unternehmensgruppe entfaltet werden. Da bei Fortführung der bestehenden Integration von RLG und VKU in die WVG-Unternehmensgruppe auch schädliche Aktivitäten anderer Unternehmen der Gruppe auf Wettbewerbsmärkten für Personenverkehrsdienste infizierend wirken, müssen die Kreise als Hauptgesellschafter diesen Status vertraglich absichern. Da eine irreversible Bindung an das Marktmodell des internen Betreibers aus Sicht der Kreise nicht akzeptabel sein dürfte, sind Verfahrensregelungen zu treffen, die sicherstellen, dass künftige einschlägige wettbewerbliche Aktivitäten nicht auf die internen Betreiber durchschlagen.

11. **Selbsterbringungsquote:** Sie wird von den beiden Unternehmen erfüllt und kann unmittelbar von den Unternehmen gesteuert werden.

4 Einflussnahmemöglichkeiten der Aufgabenträger auf Verkehrsleistungen von nicht kontrollierten Verkehrsunternehmen

4.1 Eingrenzung der Fragestellung

112. In den Kreisen HSK und SO werden erhebliche Teile des Linienvverkehrs durch die BRS auf der Grundlage eigener Liniengenehmigungen erbracht, einem Verkehrsunternehmen der DB-Gruppe. Der BRS werden u. W. keine Ausgleichsleistungen von den beiden Kreisen gewährt.
113. Für die beiden Kreise stellt sich die Frage, ob ihnen der neue Rechtsrahmen Instrumente an die Hand gibt, die Verkehrsleistungen der BRS maßgeblich mit zu steuern oder zum Gegenstand wettbewerblicher Verfahren zu machen oder in eine Direktvergabe zugunsten der RLG einzubeziehen.
114. Diese Frage kann nicht allein aus der VO 1370/2007 heraus beantwortet werden, sondern muss deren Umsetzung ins nationale Recht mit in die Betrachtung einbeziehen. Hierzu liegt seit 27.08.2008 ein Referentenentwurf des BMVBS vor, der bis zum 26.09.2008 Gegenstand der Verbändeanhörung ist. Wir werden diesen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften (folgend kurz "Entwurf") unserer Betrachtung zugrunde legen. Das künftige Recht kann freilich nicht prognostiziert werden, so dass unsere Aussagen mit dem entsprechenden Vorbehalt zu verstehen sind.

4.2 Konzeption des Entwurfes

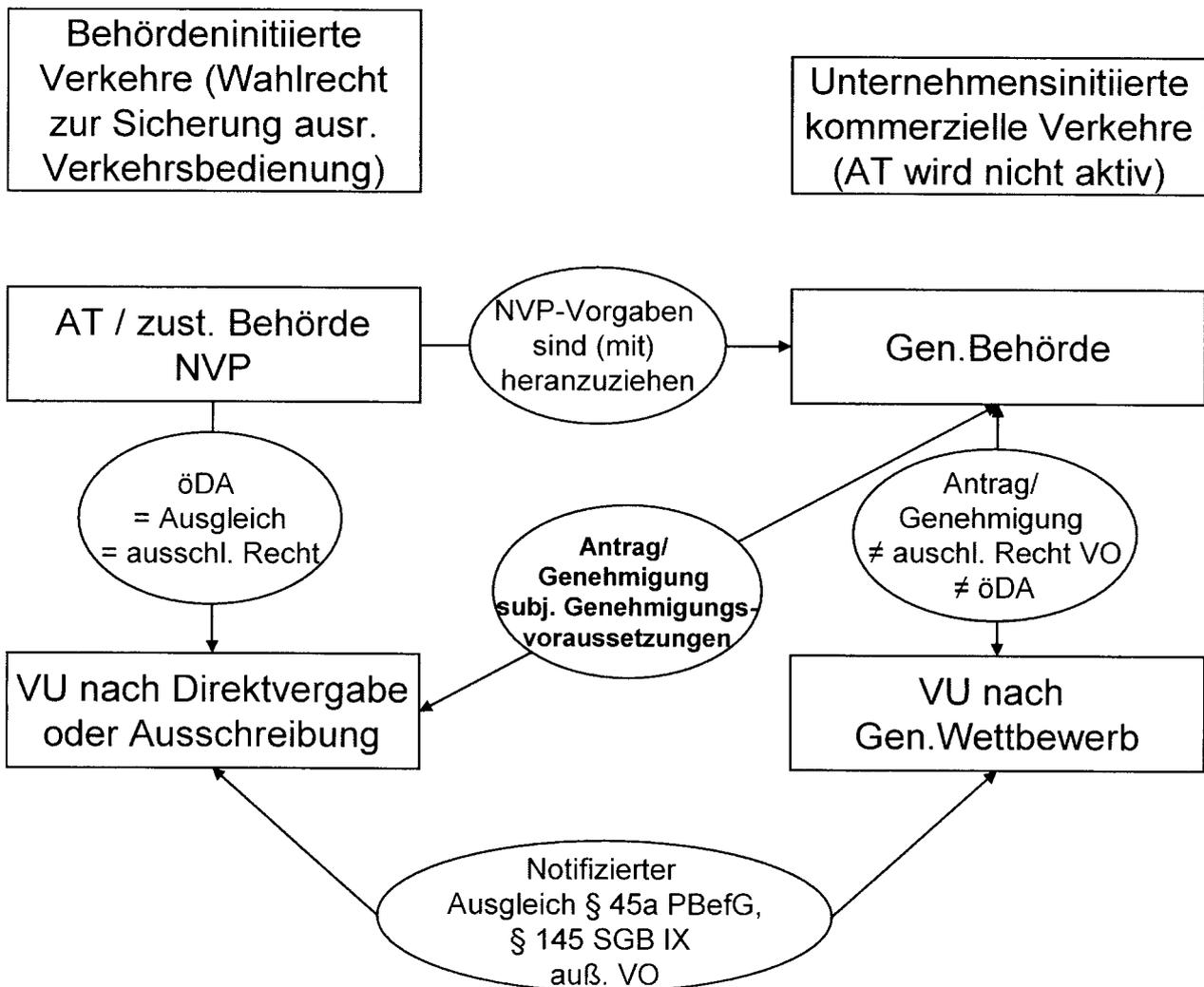
15. Der Entwurf betont den Grundsatz der Gewerbefreiheit und der daraus abzuleitenden Anforderung, dass es auch unter Geltung der VO 1370/2007 möglich sein muss, dass Unternehmen Verkehre in eigener Initiative durchführen. Solche Verkehre sollen weiterhin durch das Parallelbedienungsverbot des § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. a PBefG geschützt werden. Unterstellt man einmal, dass die Genehmigung eines solchen Verkehrs als Gewährung eines ausschließlichen Rechts zu qualifizieren ist, was der Entwurf offen lässt, stellt sich die Frage, warum nicht auch in diesem Falle zwingend der Aufgabenträger durch die Vergabe eines öDA aktiv werden muss, denn Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 lautet:

"Artikel 3

Öffentliche Dienstleistungsaufträge und allgemeine Vorschriften

(1) Gewährt eine zuständige Behörde dem ausgewählten Betreiber ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistungen gleich welcher Art für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, so erfolgt dies im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags."

16. Dieser Widerspruch zwischen dem gewerberechtlichen Ansatz des Referentenentwurfes und Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 klärt sich auf, wenn man Art. 3 Abs. 1 vom Anwendungsbereich her so versteht, dass er eine Marktintervention der Behörde voraussetzt, die bei kommerziellen Verkehren nicht vorliegt. Ob in einem solchen Falle dem initiativen Unternehmen dann aber gleichwohl Rechtspositionen eingeräumt werden dürfen, die den Wettbewerb ausschließen (ausschließliche Rechte) oder zumindest stark einschränken (besondere Rechte), muss im Lichte von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag als offene Rechtsfrage angemerkt werden, der hier nicht nachzugehen ist.
17. In der nachstehenden Grafik wird die den Entwurf kennzeichnende Unterscheidung zwischen behörden- und unternehmensinitiierten Verkehren deutlich:
- 18.



Nach dieser Konzeption darf der Aufgabenträger nur dann in den Markt intervenieren, wenn die von ihm gewollte ausreichende Verkehrsbedienung durch die kommerziellen Angebote nicht gewährleistet ist (§ 8 Abs. 4 Entwurf), wobei die insbesondere im Regionalverkehr bedeutenden Ausgleichszahlungen gemäß § 45a PBefG (aber auch Erstattungen nach dem SGB IX) aus dem Anwendungsbereich der VO 1370/2007 ausgenommen werden sollen, so dass diese Finanzierungsform keinen öDA erfordert, also von kommerziellen und betrauten Betreibern auf der Grundlage einer gesonderten Regelung gleichermaßen vereinnahmt werden können. Nach der Entwurfsbegründung hat der Aufgabenträger bei der Definition der ausreichenden Verkehrsbedienung einen großen Beurteilungsspielraum und kann auch Linienbündel bilden, um ertragsreiche und ertragsschwache Linien zusammenzufassen.¹⁷

19. Wichtig festzuhalten ist, dass der Entwurf von einem Vorrang kommerzieller Verkehre ausgeht, wenn diese eine ausreichende Verkehrsbedienung gewährleisten. Eine Verdrängung dieser Verkehrsform durch den Aufgabenträger ist an die Voraussetzung geknüpft, dass er ein höherwertiges Angebotskonzept verfolgt.

4.3 Kollisionsszenario zwischen Behörden- und Unternehmerinitiative

20. Nach der vorgestellten Konzeption fallen die derzeit eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen des BRS nach Auslaufen der Liniengenehmigungen ceteris paribus nicht in die Regelungshoheit der Kreise HSK und SO. Dies könnten die Kreise nur mit einer die Genehmigungsbehörde bindenden Nahverkehrsplanung erreichen, die ein ambitionierteres Angebotskonzept verfolgt.
21. Denn würde ein Aufgabenträger in seinem NVP einen Angebotsstandard und eine Linienbündelung statuieren, hinter dem ein kommerzieller Genehmigungsantrag zurückbleibt, könnte er diese Verkehre zum Gegenstand eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags machen und einen Betreiber nach den Auswahlverfahren der VO 1370/2007 suchen. Hielte das kommerziell agierende Unternehmen seinen Antrag gleichwohl mit der Behauptung aufrecht, er sichere eine ausreichende Verkehrsbedienung, müsste die Genehmigungsbehörde, die nach dem Entwurf vom Aufgabenträger verschieden bleiben soll, den Konflikt auf der ersten Stufe entscheiden, bevor ggf. die vergaberechtlichen Überwachungsinstanzen zu entscheiden haben, welchem verkehrlichen Konzept der Vorrang einzuräumen ist.
22. Der Aufgabenträger hat zwar ein weites Ermessen bei der Definition der ausreichenden Verkehrsbedienung.¹⁸ Es darf aber nicht missbräuchlich ausgenutzt werden, wofür z. B. viel spräche, wenn ein Aufgabenträger Angebotsverbesserungen in seinem NVP plant, die deutlich über die vorhergehende Planung hinausgehen, ohne dass hierfür verkehrliche Sachgründe

¹⁷ Seite 18 des Entwurfs.

¹⁸ Vgl. auch Fromm/Fey/Sellmann/Zuck, Personenbeförderungsrecht, 3. Aufl., § 8 PBefG Rn. 12.

ersichtlich sind, sondern diese auf eine Verdrängung kommerzieller Verkehre zielt. Der NVP kann also nur beschränkt instrumentalisiert werden, um Unternehmensinitiative zu verdrängen.

23. Zudem ist der wirtschaftliche Aspekt einer möglicherweise gewollten Verdrängung zu bedenken: Eine ambitionierte Verkehrsplanung, die über die bisherigen kommerziellen Verkehre hinausreicht, dürfte nur dann durch öDA durchsetzbar sein, wenn auch eine entsprechende Ausgleichsleistung bereitgestellt wird.
24. Zum jetzigen Zeitpunkt des angelaufenen Gesetzgebungsprozesses zur Anpassung des PBefG ist festzuhalten, dass kommerzielle Verkehre weiterhin der Unternehmerinitiative überantwortet bleiben sollen. Nur wenn diese Verkehre aus Sicht des Aufgabenträgers verkehrlich begründete Lücken aufweisen, kann er die Initiative an sich ziehen und diese Verkehre durch die Vergabe öDA steuern.

5 Direktvergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nach den Bestandsschutzregelungen des Art. 8 Abs. 3 im Handlungsfenster I

5.1 Einordnung des Bestandsschutzes und Handlungsoptionen

25. Wir haben eingangs im Abschn. 3.3 bereits hervorgehoben, dass es diskussionswürdig sein kann, noch bis zum Inkrafttreten der VO 1370/2007 eine Betrauung vorzunehmen, wenn die Prüfung ergeben sollte, dass die RLG oder VKU die Voraussetzungen für eine Direktvergabe derzeit noch nicht erfüllen. Da dies nach unseren Feststellungen der Fall ist, eröffnen sich für die Kreise folgende Handlungsoptionen:
- Schaffung der Direktvergabevoraussetzungen bis zum 03.12.2009 oder
 - Betrauung der Verkehrsunternehmen nach den Aktmark-Kriterien vor dem 03.12.2009.
26. Zur letztgenannten Option ist zu bemerken, dass sie auch die Beihilfenfreiheit der Finanzierung bewirken würde, die seit dem Ergehen des Altmark-Urteils am 24.07.2003 unter verschärften Anforderungen steht. Die Einzelheiten zur Umsetzung des Altmark-Urteils aufzuzeigen ist nicht Gegenstand unseres Auftrags.
27. Die Kreise werden im Lichte unserer gutachterlichen Ergebnisse abzuwägen haben, ob eine Direktvergabe nach der VO 1370/2007 angesichts des Handlungsbedarfs und der damit einhergehenden Aufwändigkeit der gebotenen Gremienentscheidungen zeitlich noch erreichbar ist oder eine Betrauung vorzugswürdig ist, die freilich in eine Direktvergabe überführt werden kann.

5.2 Vergaberechtliche Zulässigkeit einer Direktvergabe

28. Die VO 1370/2007 gewährt in Art. 8 Abs. 2 und 3 großzügige Übergangsregelungen:
- Absatz 2 statuiert eine zehnjährige Übergangsfrist und verlangt, dass die Vergabe von öDA ab 03.12.2019 im Einklang mit Art. 5 erfolgen muss, also im Wettbewerb oder in den o. a. Fallgruppen direkt. Binnen dieses Übergangszeitraums müssen die Mitgliedstaaten Maßnahmen treffen, um Art. 5 schrittweise anzuwenden. Absatz 2 wendet sich also an den nationalen Gesetzgeber, der den Übergangszeitraum zu gestalten hat.
 - Absatz 3 bietet Bestandsschutz für öDA, die in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht und nationalen Recht vergeben wurden. In unserem Falle ist der Buchstabe d) von Interesse, der Vergaben ohne Wettbewerb zwischen dem 26.07.2000 und dem 02.12.2009 mit einem Bestandsschutz von bis zu zehn Jahren im Busverkehr einräumt.

29. Die Übergangsregelungen greifen nicht, wenn Aufträge nach den Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG vergeben werden (Art. 8 Abs. 1 Satz 3). Öffentliche Aufträge im Sinne der Vergaberichtlinien sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die u. a. Dienstleistungen zum Gegenstand haben (§ 99 Abs. 1 GWB). Würden also Verkehrsleistungen nach dem allgemeinen Vergaberecht vergeben oder müssten sie nach diesem Regime vergeben werden, wäre der Weg in den Bestandsschutz im Handlungsfenster I bis zum 02.12.2009 versperrt.
30. Ausgenommen von der Anwendung des allgemeinen Vergaberechts für Dienstleistungen sind ausdrücklich die Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Vergaberichtlinien, die so definiert sind, dass die gewährte Gegenleistung für die Erbringung von Dienstleistungen durch einen Betreiber in der Gewährung des Rechtes zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Vergütung besteht (Art. 1 Abs. 4 RL 2004/18/EG). Auch wenn die Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession schwierig ist, kann gesagt werden, dass eine Bruttoregelung, die dem Verkehrsunternehmen die entstehenden Aufwendungen für die Erbringung der Verkehrsleistungen erstattet, mangels wirtschaftlichem Risiko nicht als Dienstleistungskonzession qualifiziert werden kann. Den anderen Pol würde eine Rechtsgewährung bilden, die das wirtschaftliche Risiko ganz überwiegend beim Verkehrsunternehmen platziert (Nettoregelung) und nur in geringem Maße ein Zuschuss gewährt wird.
31. Damit stellt sich die Frage, ob weitere Fallkonstellationen bestehen, die eine Nichtanwendung des allgemeinen Vergaberechtes rechtfertigen, so dass der Weg für Bestandsschutzregelungen nach der VO 1370/2007 geebnet wäre.
32. Eine Fallgruppe bilden **Inhousekonstellationen**, also Verkehrsunternehmen, die von ihrem Anteilseigner (= Auftraggeber) beherrscht werden und damit das Kontrollkriterium der Inhouserechtsprechung des EuGH erfüllen und die im Wesentlichen für ihren Anteilseigner tätig sind, wobei dies bei einer mindestens 90%igen Tätigkeit für den Anteilseigner der Fall ist.¹⁹ Umsätze mit den Fahrgästen im ÖPNV-Bereich werden der öffentlichen Vergabestelle zugerechnet. Hierbei ist beachtlich, dass die Rechtsprechung des EuGH so rezipiert wird, dass das Kontrollkriterium auch erfüllt ist, wenn eine Mehrzahl öffentlicher Stellen an dem Unternehmen beteiligt ist²⁰, ohne dass diese Stellen eine besondere Verbindung untereinander aufweisen müssen, wie es die VO 1370/2007 für die kontrollierende Behördengruppe verlangt. Es kann also sein, dass ein Verkehrsunternehmen nach den allgemeinen Inhousegrundsätzen von einer Mehrzahl kommunaler Gebietskörperschaften kontrolliert wird, dies aber nicht das Kontrollforderndnis der VO 1370/2007 erfüllt.

¹⁹ EuGH, Urteil v. 19.04.07, C-295/05, Asemfo, NZBau 2007, 381; die Beförderungserlöse und deren Surrogate sind dabei dem Auftraggeber zuzurechnen (Gedanke der Gewährleistungsverantwortung).

²⁰ Vgl. nur Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 135 ff.

33. Eine weitere Fallgruppe bilden **Zuwendungen**, die allein schon von ihrer Höhe her keinen Leistungseinkauf begründen, sondern z. B. nur bestimmte Qualitätsanforderungen finanzieren.²¹
34. Auch eine **gesellschaftsrechtliche Betrauung** eines Verkehrsunternehmens mit der Durchführung des ÖPNV ohne Einräumung eines Entgeltanspruchs ist u. E. mangels Entgeltlichkeit kein öffentlicher Auftrag im Sinne des Vergaberechtes.
35. Nicht zuletzt schließen **bestehende Liniengenehmigungen** aufgrund des Alleinstellungsmerkmals des Genehmigungsinhabers eine wettbewerbliche Vergabe von Leistungen, die auf der Grundlage dieser Genehmigungen erbracht werden, aus und rechtfertigen eine Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im Sinne der Bestandsschutzregelungen.²²
36. Für die RLG und VKU kann festgehalten werden, dass die Kontrolle durch öffentliche Stellen aufgrund der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises, der Rechtsform und der Kompetenzordnung des Gesellschaftsvertrages gegeben ist. Das Wesentlichkeitskriterium wird von der RLG prima vista allerdings nicht erfüllt, da sie ausweislich des Geschäftsberichtes 2007 Erträge im Schienengüterverkehr von 3.261 T€ erzielt hat, die die 10-%-Grenze angesichts von 21.055 T€ Gesamtumsatz überschreiten. Bei der VKU sind keine nennenswerten schädlichen Umsätze ersichtlich so dass ein vergabefreies Inhousegeschäft zulässig wäre. Bei der RLG müsste die Vergabefreiheit auf den Genehmigungsbestand und die Ausgestaltung der Direktvergabe gestützt werden.

5.3 Tragweite des Bestandsschutzes

37. Im Falle einer zulässigen Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach den Bestandsschutzregelungen in Art. 8 Abs. 3 lit. c) (wettbewerbliche Vergabe) oder d) (Direktvergabe) stellt sich die Anschlussfrage, ab welchem Zeitpunkt ein direkt ausgewählter Betreiber die subjektiven Voraussetzungen erfüllen muss.
38. Unter den subjektiven Voraussetzungen für den Status eines internen Betreibers verstehen wir die bereits abgehandelten Anforderungen:
 - das kontrolliert werden durch die zuständige Behörde,
 - den Ausschluss von schädlichen eigenen Wettbewerbsaktivitäten oder solchen beeinflusster "Einheiten" und
 - das überwiegende Selbsterbringen der Personenverkehrsdienste.

²¹ OLG Karlsruhe, Beschluss v. 13.07.2005, 6 W 35/05, NZBau 2005, 655.

²² Vgl. Gommlich/Wittig/Schimanek, NZBau 2006, 473, 479; von der Tendenz her auch OLG Karlsruhe, Urteil v. 13.07.2005, a.a.O.

39. Diese Fragestellung ist für die Fallkonstellationen von entscheidender Wichtigkeit, in denen die subjektiven Anforderungen (noch) nicht oder nicht zweifelsfrei beim internen Betreiber vorliegen und deswegen eine Direktvergabe ab 03.12.2009 nicht zulässig oder zumindest angreifbar wäre, was aufgrund der europaweiten Bekanntmachungspflicht einer Direktvergabe und dem zu gewährenden Rechtsschutz für interessierte Unternehmen eine beachtliche Risikoposition darstellen würde.
40. Die Bestandsschutzregelungen sind hinsichtlich ihrer Auslegung in Bezug auf ihre persönliche und zeitliche Anwendung nicht eindeutig. Artikel 8 Abs. 3 nimmt die bis zum 02.12.2009 vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträge von Art. 8 Abs. 2 aus, der verlangt, dass die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen spätestens bis zum 03.12.2019 im Einklang mit Art. 5 erfolgen muss, womit die Vergabeart, also das Auswahlverfahren angesprochen ist. Klar ist, dass Laufzeiten von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die bis zum 02.12.2009 vergeben werden, durchaus über den 03.12.2019 hinaus gelten können, also bei Schienenbetrieben oder Busbetrieben mit einer Verlängerung der Höchstlaufzeit von zehn Jahren bei wesentlichen Investitionen mit einer Amortisationsdauer, die zehn Jahre übersteigt (maximal 15 Jahre).
41. Unklar ist hingegen, welche sonstigen Bestimmungen der VO 1370/2007 möglicherweise bereits ab deren Inkrafttreten am 03.12.2009 oder nach Ablauf der Übergangsfrist ab 03.12.2019 auch auf öffentliche Dienstleistungsaufträge mit Bestandsschutz anzuwenden sind.
42. Geht man vom Sinn und Zweck einer Bestandsschutzregelung aus, wäre es nur konsequent, wenn die in ihren Genuss kommenden öffentlichen Dienstleistungsaufträge bis zum Ende ihrer Laufzeit vollinhaltlich fortgelten würden.
43. Allerdings gibt es dem entgegen stehende Aussagen von sachlich zuständigen Kommissionsmitarbeitern der Generaldirektion Energie und Verkehr. Danach sollen z. B. der Anhang für die Bemessung von Ausgleichsleistungen bei Direktvergaben oder Art. 4, der die obligatorischen Inhalte für öffentliche Dienstleistungsaufträge bestimmt, bereits ab Inkrafttreten der VO 1370/2007 am 03.12.2009 auch für öffentliche Dienstleistungsaufträge mit Bestandsschutz gelten, obwohl dies Eingriffe in die Auftragsinhalte bedeuten kann.²³ Auch wenn die damit möglicherweise verbundenen Eingriffe des Gemeinschaftsrechtes in bestehende Aufträge dem Grundgedanken des Bestandsschutzes zuwider laufen würden, bereiten sie dann keine Probleme, wenn ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag noch bis zum 03.12.2009 in Kenntnis dieser Rechtsauffassung vergeben werden soll, da die entsprechenden Anforderun-

²³ Die dem Verfasser bekannten Aussagen beruhen auf persönlichen Gesprächen mit Mitarbeitern sowie Äußerungen des zuständigen leitenden Beamten Peter Faross (Referat A 3 Generaldirektion Energie und Verkehr) auf Tagungen. Auch das BMVBS vertritt diese Auffassung in einem nicht veröffentlichten Diskussionspapier zum o. a. Diskussionsentwurf vom 13.05.2008.

gen der VO 1370/2009 in den künftigen öffentlichen Dienstleistungsauftrag einfließen können. Da dies im Falle der RLG und VKU so wäre, sind weitere Ausführungen zu dieser Einschränkung des Bestandsschutzes entbehrlich.

44. Wirtschaftlich gravierender ist die Frage, ob auch die subjektiven Anforderungen an einen internen Betreiber bereits zu einem früheren Zeitpunkt als zum Auslaufen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags mit Bestandsschutz erfüllt sein müssen.
45. Da Art. 8 Abs. 3 die bestehenden öffentlichen Dienstleistungsaufträge ausdrücklich von der Anwendung des Art. 8 Abs. 2, der die Beachtung von Art. 5 ab 03.12.2019 bestimmt, ausnimmt, sprechen die Wort- und systematische Auslegung dagegen, die subjektiven Anforderungen an den internen Betreiber bereits zu einem früheren Zeitpunkt für geboten anzusehen. Aber auch zu dieser Rechtsfrage gibt es eine informelle Äußerung aus dem für die VO 1370/2007 zuständigen Referat (A 3) der Generaldirektion Energie und Verkehr, die dahin geht, dass die subjektiven Anforderungen ab 03.12.2019 auch von Betreibern erfüllt werden müssten, an die ein darüber hinaus reichender öffentlicher Dienstleistungsauftrag vergeben wurde. Auch wenn wir anderer Auffassung sind, sollte dieser Auffassung der Kommission durchaus Respekt gezollt werden.
46. Insgesamt ist festzuhalten, dass außerhalb des Anwendungsbereiches der Vergaberichtlinien noch bis zum 02.12.2009 öffentliche Dienstleistungsaufträge vergeben werden dürfen, die einen Bestandsschutz gem. Art. 8 Abs. 3 genießen, der im Busverkehr aber im Regelfall nur maximal zehn Jahre beträgt. In einem solchen öffentlichen Dienstleistungsauftrag sollten aus Vorsichtsgründen bereits die inhaltlichen Maßgaben des Art. 4 und des Anhangs für originäre Direktvergaben nach der VO 1370/2007 berücksichtigt werden.

Düsseldorf, am 07. November 2008

PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft

Rechtsanwaltsgesellschaft



Dieter Marszalek
Rechtsanwalt



Jörg Manka
Rechtsanwalt