

03.07.2023

Vergabevermerk/Direktvergabekonzept: Aktuelle Voraussetzungen einer Direktvergabe der Verkehrsleistungen auf dem Stadtgebiet Rüsselsheim

A. Sachverhalt

Die Stadt Rüsselsheim am Main ist als Sonderstatus-Stadt gemäß § 5 Abs. 1 Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr in Hessen (ÖPNVG) i.V.m. § 8 Abs. 3 Personenbeförderungsgesetz (PBefG) und i.V.m. § 4a Abs. 2 Hessische Gemeindeordnung (HGO) Aufgabenträgerin für die Planung, Organisation und Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) sowie gemäß § 5 Abs. 4 ÖPNVG zuständige Behörde i.S.d. Verordnung (EG) Nr. 1370/2007¹ (VO 1370) auf ihrem Gebiet.

Zur Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen hatte die Stadt Rüsselsheim am Main der Stadtwerke Rüsselsheim GmbH (SWR), einer 100-%igen Tochtergesellschaft, im Jahr 2015 einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag (öDA) zur Erbringung des Stadtverkehrs nach Maßgabe der VO 1370 für den Zeitraum vom 01.01.2016 bis zum 31.12.2025 erteilt.

Um den Stadtverkehr auch in der Zukunft sicherzustellen, hat sich die Stadt mit Blick auf das Laufzeitende der bestehenden Direktvergabe und den Vorlaufzeiten für eine Anschlussvergabe mit der Frage befasst, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen sie der SWR oder ggf. einer eigenen anderen kommunalen Gesellschaft im Wege einer Direkt- bzw. Inhousevergabe einen öDA zur Sicherstellung des Stadtverkehrs nach Maßgabe der Vorgaben des derzeit in der Überarbeitung befindlichen lokalen Nahverkehrsplans (NVP) der Stadt erteilen kann.

¹ Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. EU Nr. L 315 S. 1), zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.2016 (ABl. EU Nr. L 354 S. 22).

B. Ermessen: Wahl der Direkt- bzw. Inhousevergabe

Maßgeblich für die Entscheidung der Stadt für eine Direkt-/Inhousevergabe der Verkehrsleistungen und gegen eine wettbewerbliche Vergabe war die Sicherstellung der im künftigen Nahverkehrsplan niedergelegten Ziele und Ansprüche an eine bedarfsgerechte und auf die Zukunft ausgerichtete, nachhaltige Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr im Sinne der nachfolgenden Erwägungen:

- Sicherstellung eines laufenden Einflusses auf die Verkehrsleistung: insbes. Weiterentwicklung des Liniennetzes, Aufrechterhaltung und Erhöhung der qualitativen Vorgaben, Verbesserung der Barrierefreiheit
- Gewährleistung von Flexibilität und Gestaltungsspielräume u.a. im Hinblick auf die Herausforderungen:
 - „Demografische Entwicklung“: bedarfsgerechte Fortentwicklung des Verkehrs auf Basis des Nahverkehrsplans der Stadt Rüsselsheim am Main
 - „Verkehrswende“: Einführung von alternativen Bedienformen und Antrieben (CVD-Studie, Einsatz von gewährten Fördermitteln)
- Bewahrung kommunalen Vermögens sowie Sicherstellung der Wertschöpfung im Hinblick auf die bereits getätigten Investitionen (Gesellschaftsanteile an Verkehrsunternehmen, Anlagevermögen bei der SWR)
- (Möglichst langfristige) Sicherung der Arbeitsplätze vor Ort im ÖPNV und Beschäftigung der Arbeitnehmer zu sozial adäquaten Konditionen

C. Ergebniszusammenfassung

Eine Direkt- wie auch eine Inhousevergabe durch die Stadt an die SWR scheidet aus, da unter Beachtung der neueren Rechtsprechung im Verhältnis zwischen der Stadt und der SWR zum Zeitpunkt der Beauftragung weder die erforderlichen Voraussetzungen einer Direktvergabe eines öDA nach der VO 1370 noch die Voraussetzungen einer Inhousevergabe erfüllt werden.

Die Voraussetzungen einer Inhousevergabe nach § 108 Abs. 1 GWB zwischen der Stadt Rüsselsheim und einer noch auszugestaltenden „Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft“ (insbes. durch Gründung oder Ausgliederung) können unter Beachtung der weiteren Voraussetzungen der VO 1370 erfüllt werden. Folglich kann ein öDA zur Sicherstellung des Stadtverkehrs direkt an eine Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft vergeben werden.

D. Voraussetzungen der Direkt- bzw. Inhousevergabe

I. Wahl der Direktvergabeart

Die Frage nach der Anwendbarkeit und dem Zugang zum Direktvergabetatbestand nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 für Verkehrsleistungen mit Bussen im ÖPNV wurde in der jüngeren Vergangenheit kontrovers diskutiert und war Gegenstand mehrerer Gerichtsverfahren. So hatte der EuGH in seinen Urteilen vom 21.03.2019 und 08.05.2019² zunächst entschieden, dass Art. 5 Abs. 2 der VO 1370 auf die Direktvergabe von „Verträgen“ über Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen, die nicht die Form einer Dienstleistungskonzession annehmen, keine Anwendung findet, sondern vielmehr über Art. 5 Abs. 1 VO 1370 die Regelungen des allgemeinen EU-Vergaberechts (Inhousevergabe nach § 108 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)) anzuwenden sind. Das OLG Jena war in seinem Beschluss vom 12.06.2019³ der Auffassung, dass für Direktvergaben in Form von Gesellschafterweisungen auch nach den vorgenannten Entscheidungen des EuGH weiterhin die Regelungen über die Direktvergabe des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 anwendbar seien, weil sie vom Vertragsbegriff nicht erfasst seien. Demgegenüber hat der BGH⁴ - nach einer sog. Divergenzvorlage dieser Frage durch das OLG Düsseldorf - zuletzt entschieden, dass der EuGH mit dem Tatbestandsmerkmal der „Verträge“ auch Gesellschafterweisungen und Verwaltungsakte erfasst habe. Hiernach finden die Direktvergabemöglichkeiten des Art. 5 Abs. 2 bis 5 VO 1370 nur bei Vorliegen einer Dienstleistungskonzession Anwendung.

Für die beabsichtigte Direktvergabe folgt hieraus, dass diese nur dann unter Anwendung des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 vorgenommen werden kann, wenn der öDA als Dienstleistungskonzession ausgestaltet werden kann. Ist dies nicht möglich, so ist nach Art. 5 Abs. 1 VO 1370 der Tatbestand der Inhousevergabe nach § 108 Abs. 1 GWB für die geplante Anschluss-Direktvergabe maßgeblich. In beiden Fällen (Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 sowie Inhousevergabe nach § 108 Abs. 1 GWB) wären darüber hinaus - da unabhängig von der Vergabeart ein öDA im Sinne des Art. 3 Abs. 1 VO 1370 erteilt werden würde - auch die Vorgaben nach den Art. 3, 4, 6 und 7 sowie des Anhangs⁵ der VO 1370 zu beachten.

² EuGH (Vierte Kammer), Urteil vom 21.03.2019 - C-266/17, C-267/17 (Rhein-Sieg-Kreis u.a./Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH u.a.), EuGH (Zehnte Kammer), Urteil vom 08.05.2019 C-253/18 (Stadt Euskirchen/Rhenus Veniro GmbH & Co. KG).

³ OLG Jena, Beschluss vom 12.06.2019 - 2 Verg 1/18.

⁴ BGH (XIII. Zivilsenat), Beschluss vom 12.11.2019 - XIII ZB 120/19.

⁵ Im Hinblick auf den Sinn und Zweck sowie die Entstehungsgeschichte des Anhangs der VO 1370 und der Altmark-Trans-Rechtsprechung des EuGH ist davon auszugehen, dass der Anhang der VO 1370 auch für Inhousevergaben nach Art. 5 Abs. 1 VO 1370 i.V.m. § 108 GWB gilt, obwohl diese nicht vom Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 bzw. der Nr. 1 des Anhangs der VO 1370 erfasst sind; im Ergebnis so auch: Linke ÖPV/Linke/Lübbig, 2. Aufl. 2019, VO (EG) 1370/2007 Art. 6 Rn. 3 ff., wonach auch bei einer Inhousevergabe kein wettbewerbliches Verfahren stattfindet, durch das ein entsprechender Marktpreis gefunden werden könne.

Im Folgenden wird zunächst auf die Anforderungen an eine Ausgestaltung als Dienstleistungskonzession eingegangen. Anschließend werden die Anforderungen an eine Inhousevergabe im Sinne des § 108 Abs. 1 GWB dargelegt.

Die Anforderungen an eine Dienstleistungskonzession werden nach den Auslegungsleitlinien der Kommission in der Konzessionsvergaberichtlinie (RL 2014/23/EU) definiert. Diese Vorgaben wurden durch § 105 GWB in nationales Recht umgesetzt. Nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB sind Dienstleistungskonzessionen

„entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen (...)

2. mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen (Dienstleistungskonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung.“

Eine Dienstleistungskonzession vermittelt hiernach ein eigenes Recht zur Verwertung der angebotenen Dienstleistungen.

Aus diesem Grund geht das Betriebsrisiko - in Abgrenzung zum öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach § 103 GWB - auf den Konzessionsnehmer nach § 105 Abs. 2 GWB über:

„(2) In Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge geht bei der Vergabe einer (...) Dienstleistungskonzession das Betriebsrisiko (...) für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über. Dies ist der Fall, wenn

1. unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für (...) die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und

2. der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.

Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein."

Würde die Stadt den öDA vorliegend in Form einer Dienstleistungskonzession vergeben wollen, müsste dem Betreiber (SWR oder ggf. einer neuen Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft) insoweit zunächst ein Recht zur Verwertung der Dienstleistung in Form der ÖPNV-Leistungen eingeräumt werden. Dieses Verwertungsrecht wäre grds. in der Vereinnahmung der aufgrund der Verkehrsleistungen durch die Fahrgäste geleisteten Tarifeinnahmen zu sehen.

Allerdings wird hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „Übergang des Betriebsrisikos“ bei der Bewertung eines öDA als Dienstleistungskonzession oder Dienstleistungsauftrag auch regelmäßig die gewählte Vertragsart berücksichtigt. ÖPNV-typische Vertragsarten sind insbesondere der sog. Bruttovertrag und der sog. Nettovertrag. Bruttoverträge werden durch die Rechtsprechung grundsätzlich nicht als Dienstleistungskonzessionen, sondern als Dienstleistungsaufträge im Sinne des allgemeinen Vergaberechts nach § 103 Abs. 1 GWB eingestuft.⁶ Der Bruttovertrag zeichnet sich dadurch aus, dass dem Leistungserbringer eine bestimmte Gesamteinnahme aus Tarifeinnahmen und Ausgleichsleistungen zugesichert wird.⁷ Bei einem sog. Nettovertrag kann es sich je nach Fallgestaltung um einen Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession handeln, wobei maßgeblich für die Einordnung die Risikotragung ist⁸.

Auch wenn vorliegend aus steuerlichen Gründen formal weder ein klassischer Netto- noch ein klassischer Bruttovertrag von der Stadt an eine eigene Gesellschaft vergeben wird (Stichwort: Nutzbarmachung steuerlicher Querverbund), ist in einer rein wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung festzuhalten, dass dem Betreiber (SWR oder einer noch auszugestaltenden Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft) durch die Stadt der sog. finanzielle Nettoeffekt für die Übernahme der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung ausgeglichen würde. Da der finanzielle Nettoeffekt die anfallenden Kosten, die in Verbindung mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstehen, abzüglich aller positiven finanziellen Auswirkungen und abzüglich aller Tarifeinnahmen sowie zuzüglich eines angemessenen Gewinns darstellt, trägt der Betreiber auf Basis des zur Vergabe anstehenden öDA wirtschaftlich gesehen insofern kein echtes betriebliches Risiko im Sinne des § 105 Abs. 2 S. 1 GWB. Bei Beibehaltung der derzeitigen Finanzierungsstruktur der Verkehrsleistungen werden die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession u.E. vorliegend nicht erfüllt, sodass eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 im Hinblick auf die ergangene Rechtsprechung nicht in Betracht kommt.

⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.07.2010 - VII-Verg 19/10; Beschluss vom 02.03.2011 - VII-Verg 48/10; Prieß in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, Kommentar zur VO 1370, Art. 5 Rn. 58.

⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.03.2011 - VII-Verg 48/10.

II. Voraussetzungen einer Inhousevergabe nach § 108 Abs. 1 GWB

Der dargestellten Rechtsprechung folgend, verbleibt die Möglichkeit zur direkten Beauftragung im Wege der sog. Inhousevergabe gem. §108 Abs. 1 GWB. Hierfür sind die nachfolgenden Kriterien einzuhalten:

- Die Tätigkeiten der beauftragten juristischen Person müssen zu mehr als 80% der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde (Wesentlichkeitskriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB)
- Dienststellenähnliche Kontrolle durch den öffentlichen Auftraggeber (Kontrollkriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 2 GWB)
- Keine schädliche direkte private Beteiligung, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und ohne Sperrminorität, die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln (Beteiligungskriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB)

1. Wesentlichkeitskriterium

Nach § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB müssen mehr als 80% der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde. Zur Bestimmung des prozentualen Anteils ist gemäß § 108 Abs. 7 Satz 1 GWB der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags oder andere geeignete tätigkeitsgestützte Werte heranzuziehen.

a) *Stadtwerke Rüsselsheim GmbH*

Zunächst ist für die SWR festzuhalten, dass gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen nach der h.M. keine schädliche Tätigkeit gegenüber Dritten (bspw. dem Fahrgast) darstellen, da sie zwar gegenüber Dritten erbracht werden, aber die Grundlage hierfür das Betrauungsverhältnis zwischen der Stadt und der SWR ist. Anderweitige Tätigkeiten - insb. auf liberalisierten Märkten - mit denen die SWR nicht von der Stadt formal betraut wurde (wie z.B. im Bereich der Energieversorgung⁹) sind demgegenüber regelmäßig als schädliche Tätigkeit zu bewerten.

⁹ Vgl. Portz in: Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, §108 Rn. 109 ff. Grundlegend insoweit OLG Hamburg, Beschluss vom 14. 12. 2010 – 1 Verg 5/10, wonach der für die Zurechenbarkeit des Umsatzes erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsbeziehung und dem Umsatz im Bereich der Energieversorgung fehle, da die Wahl des Anbieters auf einer autonomen Entscheidung des Nutzer beruht.

Nach dem Beschluss des OLG Celle¹⁰ sind hinsichtlich des Wesentlichkeitskriteriums zudem

„auch Umsätze von 100%-igen Tochtergesellschaften zu berücksichtigen, wenn für Mutter und Tochter ein gemeinsamer konsolidierter Abschluss vorliegt, der Geschäftsbericht die Ertragslage beider Gesellschaften zusammenfasst und gruppeninterne Vorgänge eliminiert und die Tochter nur mit personeller und sachlicher Ausstattung der Mutter arbeitsfähig ist.“

Für eine rechtssichere Gestaltung wäre daher aus Vorsichtsgründen davon auszugehen, dass neben den eigenen Tätigkeiten gegenüber Dritten im Zweifel auch die von den im Konzernabschluss der SWR gemäß den Konsolidierungsvorschriften des Handelsgesetzbuches konsolidierten 100%igen Tochterunternehmen erwirtschafteten Umsätze (u.a. der Energieversorgung Rüsselsheim GmbH, Glasfaser SWR GmbH) einzubeziehen sind. Das Wesentlichkeitskriterium würde hiernach durch die SWR nicht erfüllt werden können, da insbesondere die Umsätze der Energieversorgung Rüsselsheim GmbH einen wesentlichen Anteil an den Gesamterlösen der SWR ausmachen.

b) Neue Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft

Als Gestaltungsalternative kommt - anstelle der Erteilung eines öDA an die SWR zur Sicherstellung des Stadtverkehrs - die Betrauung einer die Voraussetzung des § 108 GWB einhaltenden neuen „Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft“, die als 100%ige Tochtergesellschaft der SWR in der Rechtsform einer GmbH ausgestaltet werden könnte und an die SWR über einen Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag organschaftlich angebunden würde, in Betracht.

Soweit diese Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft ausschließlich (oder zumindest zu mehr als 80%) allgemeine öffentliche Verkehrsleistungen, mit denen sie von der Stadt beauftragt und betraut würde (u.U. ist auch die Erbringung weiterer gemeinwirtschaftlicher Tätigkeiten zulässig), erbrächte, wäre die Tatbestandsvoraussetzung des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB grds. erfüllt. Die vorgenannte Rechtsprechung des OLG Celle findet auf diese Konstellation u.E. keine Anwendung, soweit die Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft ihrerseits keine Tochtergesellschaften hätte, deren Umsätze als schädliche Drittumsätze zu berücksichtigen wären. Eine Ableitung der vom OLG Celle getroffenen Entscheidung auf die vorliegende Konstellation - als eine Zurechnung der Umsätze der SWR „nach unten“ zur Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft als Tochter der SWR - wird im Schrifttum mit Verweis auf das

¹⁰ OLG Celle, Beschluss vom 29. 10. 2009 - 13 Verg 8/09. So auch Säcker/Wolf, in Münchener Kommentar Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, GWB, § 108 Rn. 41.

vergaberechtliche Trennungsprinzip überwiegend abgelehnt¹¹ und erscheint uns in Bezug auf die vorliegende Konstellation und die Entscheidungsgründe des OLG Celle (u.a. Konsolidierung der zuzurechnenden Einheit, keine eigenständige „Lebensfähigkeit“) eher fernliegend.

2. Kontrollkriterium

Die Ausübung einer Kontrolle wird nach § 108 Abs. 2 Satz 1 GWB vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt. Dies betrifft insbesondere Einwirkungsmöglichkeiten auf die konkrete Marktausrichtung wie den Unternehmensgegenstand oder das Tätigkeitsgebiet. Zu beachten ist hierbei, dass sich die Kontrollausübung auch in der tatsächlich gelebten Praxis niederschlagen muss.

In der vorliegenden Konstellation würde die Stadt die Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft als Einzelgesellschaft über die SWR als zwischengeschaltete Gesellschaft kontrollieren können müssen wie eine eigene Dienststelle. Eine solche mittelbare Kontrolle ist nach § 108 Abs. 2 Satz 2 GWB möglich, wonach die Kontrolle (über die Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft) auch durch eine andere juristische Person (hier die SWR) ausgeübt werden kann, die von dem öffentlichen Auftraggeber (hier die Stadt Rüsselsheim) auf gleiche Weise kontrolliert wird. Es müsste demnach sichergestellt werden, dass die Stadt die SWR und diese wiederum die Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft nach Maßgabe des § 108 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 GWB kontrolliert.

Die Stadt ist Alleingesellschafterin der SWR, die wiederum in der Rechtsform einer GmbH organisiert ist. Die Stadt kann insoweit in Ausübung ihrer Gesellschafterrechte über die Gesellschafterversammlung auf die Geschäftsführung der SWR und damit auf die SWR selbst den maßgeblichen Einfluss ausüben. Gründe, die eine Kontrolle der Stadt nach § 108 GWB „unterbrechen“ würden, sind derzeit nicht ersichtlich. Würde die Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft ebenfalls in der Rechtsform einer GmbH firmieren und im Alleineigentum der SWR stehen, könnte die SWR wiederum einen kontrollierenden Einfluss auf die Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft über entsprechende Beschlussfassungen in der Gesellschafterversammlung der Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft ausüben (vgl. 37 GmbHG, § 76 AktG).

Dieser gesetzliche Einfluss könnte zudem grds. noch durch entsprechende Klauseln im Gesellschaftsvertrag der neuen Gesellschaft und den Abschluss eines Beherrschungs- und

¹¹ Vgl. BeckOK VergabeR/Voll, 27. Ed. 31.01.2022, GWB § 108 Rn. 26; Immenga/Mestmäcker/Dreher, 6. Aufl. 2021, GWB § 108 Rn. 37; a.A. MüKoEuWettbR/Säcker/Wolf, 4. Aufl. 2022, GWB § 108 Rn. 41.

Ergebnisabführungsvertrags¹² zwischen der SWR und der Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft verstärkt werden, sodass im Ergebnis eine dienststellenähnliche Kontrolle der Stadt über die SWR auf die Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft für die gesamte geplante Laufzeit des öDA realisiert werden kann.

3. Keine schädliche private Beteiligung

Nach § 108 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 GWB darf keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person (hier die Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft) bestehen. Dies würde vorliegend erfüllt werden, wenn alleinige Gesellschafterin der Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft - wie unter Abschnitt D.II.1.b) vorgeschlagen - die SWR bliebe, an der ebenfalls keine direkte private Kapitalbeteiligung bestehen darf.

E. Weitere Voraussetzungen nach der VO 1370 bzw. dem PBefG

Auch bei der Durchführung einer Inhousevergabe nach § 108 GWB sind im Übrigen die weitergehenden Anforderungen sowohl der VO 1370 als auch des PBefG zu beachten.

I. Vorinformation/Vorabbekanntmachung

Nach § 8a Abs. 2 PBefG sind auch die Vergaben von öDA's, die im Wege einer Inhousevergabe vergeben werden, nach Maßgabe des Art. 7 Abs. 2 VO 1370 frühestens 27 Monate vor Betriebsbeginn und spätestens ein Jahr vor der (Inhouse-)Vergabe im Amtsblatt der Europäischen Union (Ted) vorab bekannt zu machen.

Aufgrund der begrenzten Möglichkeiten, die nach § 8a Abs. 2 PBefG zusätzlich zu machenden Angaben in das vom EU-Amtsblatt zur Verfügung gestellte Formblatt einzufügen, wird in der Praxis im Regelfall ein sog. „Ergänzendes Dokument“ zur Vorabbekanntmachung erstellt, um eine hinreichende Beschreibung der zu vergebenden Verkehrsleistungen zu gewährleisten (§ 8a Abs. 2 Satz 5 PBefG). Hierdurch kann auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass seitens der Genehmigungsbehörde Anträge auf Erteilung einer Genehmigung für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr i.S.d. § 12 Abs. 6 PBefG (nur) zu versagen sind, wenn ein gestellter Antrag die in der Vorabbekanntmachung beschriebenen Anforderungen nicht erfüllt (§ 13 Abs. 2a PBefG).

Die Verwaltung der Stadt muss insoweit rechtzeitig damit beauftragt werden, sowohl das Formblatt als auch das ergänzende Dokument zu erstellen, um die Direktvergabeabsicht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (Ted) zu veröffentlichen.

¹² Der Abschluss jedenfalls eines Ergebnisabführungsvertrags zwischen der SWR und der Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft ist zur Sicherstellung der steuerlichen Querverbundverrechnung von ÖPNV-Verlusten mit Energie-Gewinnen zwingend.

Frühestmöglicher Zeitpunkt hierfür wäre Montag, der 02.10.2023 bei einem avisierten Betriebsbeginn zum 01.01.2026.

II. Selbsterbringungsquote

Auch die sog. Selbsterbringungsquote nach Art. 4 Abs. 7 VO 1370 - die über Art 5 Abs. 1 VO 1370 auch bei Inhouse-Vergaben nach § 108 GWB Anwendung findet - wäre von der Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft einzuhalten. Hiernach hat der betraute Betreiber (hier die Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft) zumindest einen „bedeutenden Teil“ der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen.

Beim Tatbestandsmerkmal des „bedeutenden Teils“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der einer weiteren Auslegung bedarf. Da der bedeutende Teil - im Gegensatz zum überwiegenden Teil nach Art. 5 Abs. 2 UAbs. 3 lit. e) VO 1370 - dem Wortlaut nach nicht über 50% liegen muss, werden in Rechtsprechung und Literatur für den „bedeutenden Teil“ im Ergebnis Prozentwerte von lediglich 20-35% angeführt.¹³ Unter der Annahme, dass die derzeit erbrachten Verkehrsleistungen der SWR zum Zeitpunkt der Betriebsaufnahme durch Stadtwerke-Verkehrsgesellschaft erbracht werden, wird die Selbsterbringungsquote - auch unabhängig von der Möglichkeit zur „wertmäßigen“ Betrachtung auf Basis der Anwendungsleitlinien der EU-Kommission zur VO 1370 - durch diese unzweifelhaft erfüllt werden.

F. Übersicht wesentliche Daten

Frühestmöglicher Zeitpunkt für Vorabbekanntmachung	02.10.2023
Gesetzliche Mindestfrist für Vorabbekanntmachung ¹⁴	31.12.2024
Geplanter Betriebsbeginn	01.01.2026

¹³ Vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 19.02.2020 - Verg 26/17, Rn. 73, juris; Linke ÖPV/Bayreuther/Kaufmann/Linke/Lübbig/Prieß, 2. Aufl. 2019, VO (EG) 1370/2007 Art. 4 Rn. 93, mit weiteren Verweisen.

¹⁴ Hinweis: Die gesetzliche Mindestfrist von einem Jahr gem. Art. 7 Abs. 2 VO 1370 berücksichtigt nicht die nationalen genehmigungsrechtlichen Anforderungen, sodass diese u.E. um mindestens sechs Monate zu verlängern ist (vorliegend bspw. 30.06.2024).

Ernst & Young Law GmbH
Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft



Maren Weber
Rechtsanwältin/Steuerberaterin



Jurkea Wachtendorf
Rechtsanwältin