

**Modalitäten für Direktvergabe von
Dienstleistungen des öffentlichen Personenverkehrs durch die Kreise Borken, Coesfeld, Stein-
furt, Warendorf an die RVM GmbH**

**Baumeister Rechtsanwälte, Münster
durch RA und Notar, FA SteuerR Dr. Hans-Joachim David**

Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007¹ lässt nach Art. 5 Abs. 2 eine Direktvergabe an einen Auftragnehmer (hier die RVM GmbH) zu, jedoch nur durch „zuständige örtlichen Behörde“ (d. h. Kreise und kreisfreie Städte, nicht jedoch sonstige Städte und Gemeinden) und nur dann, wenn diese zuständigen Behörde oder im Falle einer Gruppe solcher Behörden wenigstens einer von ihnen über den Auftragnehmer eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a der VO gibt weitere Kriterien vor für die für eine Direktvergabe notwendige Kontrolle. Im Gutachten der auf ÖPNV-Fragen spezialisierten Kanzlei BBG und Partner vom 28.11.2008 sind verschiedene Modelle geprüft worden, wie die notwendige Kontrolle über die RVM GmbH erreicht werden kann. Verkürzt und zusammengefasst gilt danach Folgendes:

1. Beherrschungsvertrag

Die Kontrolle wie über ein Amt wird vollkommen rechtssicher erreicht durch einen sog. Beherrschungsvertrag entsprechend §§ 293 f. AktG etwa zwischen den vier Münsterlandkreisen einerseits und der RVM GmbH andererseits. Danach unterstellt sich RVM GmbH der Leitung der 4 Kreise. Zwingende Folge des Beherrschungsvertrages ist entsprechend § 302 Abs. 1 AktG, dass die herrschende Gesellschaft jeden während der Vertragsdauer entstehenden Jahresfehlbetrag (des abhängigen Unternehmens) auszugleichen hat. Dieser Beherrschungsvertrag ist jedoch wegen der unbeschränkten Verlustausgleichspflicht kommunalrechtlich unzulässig (§ 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 GO NW, § 53 KreisO NW). Eine Ausnahmegenehmigung nach § 108 Abs. 1 Satz 2 GO NW wird die Bezirksregierung – so das Signal – nicht erteilen. Darauf besteht auch kein Anspruch.

2. Beteiligungsmodell

Ohne Beherrschungsvertrag stellt sich die Frage, mit welcher Mehrheit die vier Münsterlandkreise Geschäftsanteile an der RVM GmbH halten müssen, damit sie über die RVM GmbH eine „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ gem. Art. 5 Abs. 2 der EUVO Nr. 1370/2007 haben (Voraussetzung für Direktvergabe). Die RVM GmbH muss danach beherrscht werden von „zuständigen Behörden“,

¹ Amtsblatt der Europäischen Union L 315/01 vom 03.12.2007.

d.h. von Aufgabenträgern des ÖPNV. Dazu gehören nur Kreise und kreisfreie Städte. Die Stadt Münster ließe sich daher als Aufgabenträger ohne Risiko im Hinblick auf die notwendige Beherrschung integrieren, nicht aber die sonstige Städte und Gemeinden.

Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a der EU-Verordnung 1370/2007 sieht zwar die Möglichkeit vor, dass für eine Kontrolle nicht zwingend erforderlich ist, dass die zuständige Behörde zu 100 % Eigentümer ist. Das gilt danach aber nur unter der Voraussetzung, dass **insofern ein beherrschender öffentlicher Einfluss besteht und aufgrund anderer Kriterien festgestellt werden kann, dass eine Kontrolle ausgeübt wird**. Damit sind auch die Vorgaben des jeweils geltenden nationalen Gesellschaftsrechts zu berücksichtigen, hier also des deutschen GmbH-Rechts. Dieses sieht für verschiedene Beschlussgegenstände unterschiedliche Mehrheitserfordernisse vor. Eine einfache Mehrheit reicht nicht immer aus. Erhöhte Mehrheitserfordernisse sieht das GmbH-Gesetz jedoch vor für jede Änderung des Gesellschaftsvertrages (75 % der abgegebenen Stimmen, § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG), für jede Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung (bei Satzungsänderung), für die Auflösung durch Beschluss (3/4 der abgegebenen Stimmen, § 16 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) sowie für diverse Umwandlungsvorgänge. Solche Beschlüsse könnten etwa im Rahmen einer evtl. notwendigen Sanierung der RVM GmbH erforderlich sein. Darüber hinaus bestehen Zustimmungsvorbehalte zugunsten betroffener Gesellschafter, wo etwa durch die Satzungsänderungen in deren sog. absolut oder relativ unentziehbare **Mitgliedschaftsrechte** eingegriffen wird. Dies ist z. B. bei der Änderung des Gesellschaftszwecks der Fall; kann sich auch bei Kapitalerhöhungen ergeben oder bei Erweiterung des Leistungskatalogs der Gesellschafter. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass in einem solchen Graubereich für die sinnvolle Gestaltung des ÖPNV notwendige Entscheidungen nicht oder nicht schnell genug getroffen und umgesetzt werden können, so dass aus gesellschaftsrechtlicher Sicht eine umfassende und zugleich effektive Beherrschung der Gesellschaft in allen möglicherweise wesentlichen Fragen auch durch einen starken Mehrheitsgesellschafter nicht gesichert ist.

4. Fazit

Unter der Prämisse der größtmöglichen Rechtsicherheit ist es aus gesellschaftsrechtlicher Sicht – mit Blick speziell auf die deutsche GmbH – jedenfalls zu empfehlen, dass ein Gesellschafter, der alle künftig denkbaren wesentlichen Geschicke der Gesellschaft gegen alle Widerstände allein bestimmen können muss, möglichst alle Geschäftsanteile der Gesellschaft halten sollte, wenn er nicht einen Beherrschungsvertrag abschließen kann. Jeder Prozentpunkt der Beteiligung von „Nicht-Aufgabenträgern“ an der RVM-GmbH weniger erhöht damit die Rechtssicherheit der geplanten Direktvergabe.