

Kreis Coesfeld, 48651 Coesfeld

Frau Bürgermeisterin,
Herren Bürgermeister

im Kreis Coesfeld



Abteilung: 81 - RNVG
Aktenzeichen:
Auskunft: Herr Tranel
Gebäude: II, Schützenwall 18, 48651 Coesfeld
Zimmer-Nr.: 2
Telefon: 02541 / 18-8100 (Ortsnetz Coesfeld)
02594 / 9436-8100 (Ortsnetz Dülmen)
02591 / 9183-8100 (Ortsnetz Lüdingh.)
Telefax: 8199
E-Mail: Gerrit.Tranel@RNVG-msl.de
Internet: www.kreis-coesfeld.de
Datum: 10.01.2008

Übernahme von Gesellschaftsanteile der RVM Bürgermeisterkonferenz am 03.12.2007

Sehr geehrte Frau Dirks,
sehr geehrte Herren,

in der o.g. Bürgermeisterkonferenz hatte ich Ihnen vorbehaltlich einer politischen Beschlussfassung das Angebot unterbreitet, Ihre Gesellschaftsanteile an der RVM zu übernehmen. Aus der anschließenden Diskussion wurde deutlich, dass derzeit noch kein abgestimmtes Meinungsbild vorherrscht, so dass ich die Hintergründe meines Angebotes nachfolgend erläutern möchte, um abschließend mein Angebot zu erneuern.

Die gesellschaftsrechtliche Entflechtung der RVM/WVG wurde in den letzten Jahren immer wieder diskutiert und für die strategische Ausrichtung der RVM für den Wettbewerb als sinnvoll erachtet.

Gegenüber dem Sachstand aus 2006 liegt nunmehr die neue EU-Verordnung 1370/07 vor, die es der zuständigen Behörde (Kreise und kreisfreie Städte) erlaubt, Verkehrsleistungen außerhalb des Vergaberechts an einen internen Betreiber zu vergeben.

Die Direktvergabe an einen internen Betreiber ist an verschiedene Voraussetzungen geknüpft, z.B. an ein sog. Kontrollkriterium. Demnach hat die zuständige Behörde über den internen Betreiber eine Kontrolle auszuüben, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht.

Ob und wie die RVM diese Voraussetzungen erfüllen kann, wird in den nächsten 6 Monaten, auch mit Hilfe externen Sachverständes zu klären sein. Die neue EU-VO 1370/07 tritt am 03.12.2009 in Kraft. Alle auslaufenden Liniengenehmigungen, alle Leistungsvergaben haben sich spätestens zu diesem Zeitpunkt an den Vorgaben der

Konten der Kreiskasse Coesfeld:

Sparkasse Westmünsterland	59 001 370	(BLZ 401 545 30)
VR-Bank Westmünsterland eG	5 114 960 600	(BLZ 428 613 87)
Postbank Dortmund	19 29 - 460	(BLZ 440 100 46)

Sie erreichen uns ...

Mo. - Do. 8.30 - 12.00 Uhr und 14.00 - 16.00 Uhr
Fr. 8.30 - 12.00 Uhr
und nach Terminabsprache

neuen EU-Verordnung zu orientieren. Die aktuelle Überlegung, die RVM bis zu diesem Zeitpunkt intern beauftragt zu haben, setzt voraus, diese Inhouse-Vergabe ein Jahr im Voraus öffentlich bekannt zu machen. Das hieße, die Inhouse-Fähigkeit der RVM sollte bis Ende 2008 möglichst erreicht sein.

Die derzeit sehr komplexe Gesellschaftsstruktur der RVM wird im Hinblick auf das Kontrollkriterium kritisch hinterfragt werden müssen. Die Fa. Rödl & Partner, Berlin, die ich in dieser Angelegenheit, unabhängig der notwendigen weiteren gutachterlichen Überlegungen zur Inhouse-Fähigkeit der RVM, um eine Kurzstellungnahme gebeten hatte, kommt bei dieser Fragestellung zu folgendem Ergebnis:

„Es erscheint deshalb aus Gründen der vergaberechtlichen Risikominimierung und Prävention zielführend zu sein,

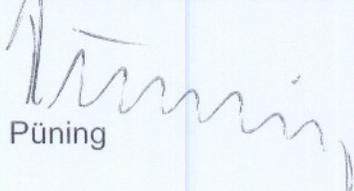
1. die Anzahl der öffentlichen Gesellschafter der RVM auf eine überschaubare Zahl zu reduzieren, um den vom EuGH unterstellten Interessensgleichklang der öffentlichen Gesellschafter beim Inhouse-Geschäft transparenter darstellen zu können, und
2. ggf. den Gesellschaftsvertrag der RVM zu optimieren, um die bloß indizielle Wirkung der alleinigen öffentlichen Anteilsinhaberschaft für das Vorliegen der Inhouse-Fähigkeit der RVM statuarisch zu bekräftigen.“

Die Kurzstellungnahme ist mit vollständigem Wortlaut diesem Schreiben als Anlage beigefügt.

Ihre Befürchtungen, mit der Veräußerung der Gesellschaftsanteile die Möglichkeit an Einflussnahme zu verlieren, sind für mich nachvollziehbar. Ich halte aber bereits heute die Einflussnahme aufgrund der sehr geringen Gesellschaftsanteile (0,17% – 1,67%) und der großen Gesellschafteranzahl für sehr begrenzt. Selbst der Kreis Coesfeld mit 12,57 % als zweitgrößter Gesellschafter nach der WVG muss dies immer wieder feststellen. Durch eine Bündelung der Gesellschaftsanteile beim Kreis Coesfeld würde hingegen die Einflussnahme über den Kreis Coesfeld mit dann 21,04 % erheblich steigen. Eine Einbeziehung der Kommunen in die Planungen und Entscheidungsfindungen würde kontinuierlich sowohl fachlich als auch politisch erfolgen. Gerade für den Bereich Ihrer Lokalverkehre ließe sich die Einflussnahme in einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung definieren und würde für Sie durch den Kreis Coesfeld gegenüber der RVM ausgeübt.

Ich möchte deshalb mein Angebot aus der o.g. Bürgermeisterkonferenz zur Übernahme der Gesellschaftsanteile wiederholen und wäre Ihnen dankbar, wenn Sie mir bis Ende Januar für die weiteren Planungen des Kreises eine Rückmeldung in dieser Angelegenheit geben könnten.

Mit freundlichen Grüßen



Püning

Anlage

Gesellschaftsorgane Stand 31.12.2006

Die Gesellschafter	Gesellschaftsanteile	
Westf. Verkehrsges. mbH	2.236.360 EUR	29,17 %
Kreis Coesfeld	963.830 EUR	12,57 %
Kreis Steinfurt	741.160 EUR	9,66 %
Kreis Warendorf	669.840 EUR	8,73 %
Kreis Borken	575.300 EUR	7,50 %
Stadt Münster	308.300 EUR	4,02 %
Stadt Ibbenbüren	218.880 EUR	2,85 %
Stadt Lengerich	148.010 EUR	1,93 %
Stadt Hamm	131.140 EUR	1,71 %
Stadt Lüdinghausen	127.820 EUR	1,67 %
Stadt Coesfeld	122.710 EUR	1,60 %
Stadt Dülmen	122.710 EUR	1,60 %
Stadt Rheine	103.530 EUR	1,35 %
Stadt Ahlen	99.390 EUR	1,30 %
Stadt Beckum	69.630 EUR	0,91 %
Gemeinde Senden	62.990 EUR	0,82 %
Stadt Warendorf	60.740 EUR	0,79 %
Gemeinde Westerkappeln	52.560 EUR	0,69 %
Gemeinde Mettingen	52.350 EUR	0,68 %
Gemeinde Nottuln	52.250 EUR	0,68 %
Stadt Bocholt	51.120 EUR	0,67 %
Wirtsch. u. Bäderbetr. Oelde GmbH	50.660 EUR	0,66 %
Gemeinde Nordkirchen	49.390 EUR	0,64 %
Gemeinde Ascheberg	39.360 EUR	0,51 %
Gemeinde Recke	35.890 EUR	0,47 %
Stadt Ahaus	35.790 EUR	0,46 %

Die Gesellschafter	Gesellschaftsanteile	
Stadt Borken	35.790 EUR	0,46 %
Stadt Gronau	35.790 EUR	0,46 %
Gemeinde Rosendahl	35.790 EUR	0,46 %
Stadt Ennigerloh	35.580 EUR	0,46 %
Stadt Stadtlohn	25.560 EUR	0,33 %
Stadt Olfen	24.330 EUR	0,32 %
Gemeinde Wadersloh	20.090 EUR	0,26 %
Stadt Sendenhorst	18.910 EUR	0,25 %
Gemeinde Altenberge	16.870 EUR	0,22 %
Grevener Verkehrs GmbH	16.510 EUR	0,22 %
Stadt Tecklenburg	16.310 EUR	0,21 %
Stadt Hörstel	15.900 EUR	0,21 %
Gemeinde Lienen	15.490 EUR	0,20 %
Stadt Selm	15.330 EUR	0,20 %
Stadt Emsdetten	15.230 EUR	0,20 %
Gemeinde Metelen	14.980 EUR	0,20 %
Gemeinde Hopsten	14.210 EUR	0,19 %
Stadt Billerbeck	12.780 EUR	0,17 %
Stadt Drensteinfurt	12.780 EUR	0,17 %
Gemeinde Everswinkel	12.780 EUR	0,17 %
Stadt Horstmar	12.780 EUR	0,17 %
Gemeinde Ladbergen	12.780 EUR	0,17 %
Gemeinde Laer	12.780 EUR	0,17 %
Gemeinde Lotte	12.780 EUR	0,17 %
Gemeinde Saerbeck	12.780 EUR	0,17 %
Stadt Steinfurt	12.780 EUR	0,17 %
Gesellschaftskapital	7.669.400 EUR	100,00 %

Anlage I

Intern

Datum
Date 19.12.2007 Schr/071219_COE.doc

An
To G. Tranel, Kreis Coesfeld

Von
From H. Schröder, Rödl & Partner GbR

Betrifft
Subject Inhouse-Fähigkeit der Regionalverkehr Münsterland GmbH

Bezug
Ref. E-Mail von Herrn Gerrit Tranel an Herrn Jörg Niemann vom 6.12.2007 (12:40 Uhr)

Ausgangslage

Die Regionalverkehr Münsterland GmbH (kurz: **RVM**) verfügt mit Stand zum 31.12.2006 (vgl. S. 15 des Online-Geschäftsberichtes der RVM) über insgesamt 52 Gesellschafter. Zu diesen zählen u.a. die Westfälische Verkehrsgesellschaft mbH (kurz: **WVG**) mit 29,17%, die Wirtschafts- und Bäderbetriebe Oelde GmbH mit 0,66%, die Grevener Verkehrs GmbH mit 0,22% sowie zahlreiche Kreise, Städte und Gemeinden mit unterschiedlich hohen Anteilen. Unternehmensgegenstand der RVM ist nach § 2 Abs. 1 des vorliegenden Gesellschaftsvertrages u.a. die „*Einrichtung und Betrieb von Linien- und Freistellungsverkehren*“.

Die **WVG** fungiert als Betriebsführungsgesellschaft, d.h. erbringt Personenbeförderungsleistungen, für die RVM. Gesellschafter der WVG sind die Kreise Borken, Coesfeld, Hochsauerlandkreis, Soest, Steinfurt, Unna und Warendorf zu je 7% sowie die Westfälisch-Lippische Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH (bzw. der Landschaftsverband Westfalen-Lippe, vgl. obige E-Mail von Herrn Gerrit Tranel vom 6.12.2007) mit 51% (vgl. S. 84 des Beteiligungsberichtes des Landschaftsverband Westfalen-Lippe 2006). Die RVM ist an der WVG nicht unmittelbar beteiligt.

Fragestellung

Ist eine Beauftragung (im Sinne der EU-Vergaberichtlinien) der RVM im Wege der europäischen Inhouse-Rechtsprechung, gemessen am sog. Kontrollkriterium, möglich?

Stellungnahme

Ein dem Vergaberecht unterfallender öffentlicher Auftrag im Sinne von § 99 GWB setzt voraus, dass zwei unterschiedliche Rechtssubjekte Partner des Vertrages sind. Dies wirft immer dann Schwierigkeiten auf, wenn ein öffentlicher Auftraggeber mit einer Institution einen Vertrag schließen will, die in irgendeiner Art und Weise in die Organisation des öffentlichen Auftraggebers eingegliedert ist.

Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen unterstellt werden kann, dass ein öffentlicher Auftraggeber eine Aufgabe selbst erledigt, wenn für die Durchführung ei-

ne besondere Organisationseinheit des Auftraggebers gewählt wird (sog. „Inhouse-Geschäft“).

Der *Europäische Gerichtshof* (kurz: EuGH) hat in seinem wegweisenden Urteil vom 18.11.1999 in der Rechtssache „Teckal“ (C-107/98) das Vergaberecht für anwendbar gehalten, wenn ein öffentlicher Auftraggeber (dort waren mehr als 40 italienische Kommunen beteiligt), wie etwa eine Gebietskörperschaft, beabsichtigt, mit einer Einrichtung, die sich formal von ihm unterscheidet und die ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt, einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über die Lieferung von Waren (bzw. Bau- oder Dienstleistungen) zu schließen.

Etwas anderes, d.h. kein Vergaberecht, kann nur dann gelten (so jüngst: *EuGH*, Urteil vom 19.4.2007 – C-295/05), wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person

- eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen („Kontrollkriterium“)

und

- wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Körperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben („Wesentlichkeitskriterium“).

Das Wesentlichkeitskriterium ist nicht Gegenstand dieses Vermerks.

a) Keine private Kapitalbeteiligung

Nach der Rechtsprechung des EuGH schließt die - auch nur minderheitliche - Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen (*EuGH*, Urteil vom 18.1.2007 – C-220/05; Urteil vom 6.4.2006 – C-410/04; Urteil vom 10.11.2005 – C-29/04; Urteil vom 11.1.2005 – C-26/03).

In der vorliegenden Ausgangssituation sind an der RVM insgesamt drei Unternehmen in privater Rechtsform beteiligt, d.h. die WVG, die Wirtschafts- und Bäderbetriebe Oelde GmbH und die Grevener Verkehrs GmbH. Fraglich ist daher, ob es sich bei der RVM um eine inhouse-schädliche sog. gemischt-wirtschaftliche Unternehmung handelt oder um eine inhouse-neutrale sog. gemischt-öffentliche Gesellschaft.

Um keine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft handelt es sich in dem Fall, wenn mehrere öffentliche Auftraggeber insgesamt die Anteile an der Gesellschaft halten, wenn auch in unterschiedlicher Höhe (*EuGH*, Urteil vom 19.4.2007 – C-295/05).

Die überwiegende und bislang bekannte EuGH-Inhouse-Rechtsprechung zeichnet sich dadurch aus, dass auf Seiten des/r öffentlichen Auftraggeber/s in der Regel Gebietskörperschaften, also z.B. Kreise, Städte und Gemeinden, in Erscheinung getreten sind. Die öffentliche Auftraggeberseite war also bislang überwiegend homogen strukturiert. Soweit ersichtlich und nachvollziehbar hat der EuGH erstmals mit dem Urteil vom 19.4.2007 (C-295/05) neben Gebietskörperschaften auch sonstige öffentliche Einrichtungen (dort: eine staatliche Holdinggesellschaft, ein staatlicher Garantiefonds sowie vier autonome Regionen) der Annahme des Kontrollkriteriums als nicht widersprechend angesehen.

Vorliegend wäre also danach zu fragen, ob die WVG, die Wirtschafts- und Bäderbetriebe Oldelde GmbH und die Grevener Verkehrs GmbH als öffentliche Stellen i.S. der EuGH-Inhouse-Rechtsprechung zu qualifizieren wären. Ob die vorgenannten Einrichtungen z.B. den öffentlichen Auftraggeberbegriff nach § 98 GWB erfüllen, bedarf aber einer gesonderten Einzelfallbetrachtung. Verfolgt bspw. eine dieser Unternehmen einen erwerbswirtschaftlichen Zweck und tritt als werbendes Unternehmen am Markt auf, so kommt es nicht einmal auf die Zusammensetzung der Gesellschafter an (vgl. dazu auch: *OLG Celle*, Beschluss vom 10.11.2005 – 13 Verg 12/05). In letzterem Fall wäre die RVM als ein inhouse-schädliches gemischt-wirtschaftliches Unternehmen zu kennzeichnen.

Bezogen auf die Auslegung des Kontrollmerkmals ist weiter zu fragen, ob auf die Kontrollmöglichkeit des beauftragenden Gesellschafters abzustellen ist oder die verschiedenen öffentlichen Anteilseigner als Einheit betrachtet werden müssen. Besonders problematisch sind die Fälle, in denen der beauftragende öffentliche Auftraggeber nur Minderheitsgesellschafter ist. Nach der o.g. EuGH-Inhouse-Rechtsprechung (Urteil vom 19.4.2007 - C-295/05) folgt jedoch grundsätzlich, dass das Kontrollkriterium nicht in Bezug auf jedes einzelne Mitglied erfüllt sein muss, sondern auf die Gesamtheit der Mitglieder abzustellen ist. Entscheidend ist nach dem EuGH (Urteil vom 19.4.2007 - C-295/05), „*der Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft hält, [Anm.: was] grundsätzlich darauf hindeutet, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigene Dienststellen ausübt*“.

Nach dem EuGH ist damit das Kontrollmerkmal zwar auch durch mehrere öffentlich-rechtliche Anteilseigner grundsätzlich gemeinsam erfüllbar. Allerdings ist dies lediglich als ein Indiz („*hindeutet*“) zu werten. Daher sind im Rahmen einer Gesamtbetrachtung alle weiteren maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu beachten, um eine „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ zu bejahen oder nicht.

b) Sonstige gesellschaftsvertragliche Regelungen

Zu den sonstigen Umständen zählen z.B. die Rechtsform. So bietet die GmbH – wie hier – grundsätzlich umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten zugunsten der öffentlichen Gesellschafter.

Von Bedeutung kann ferner die Besetzung des Aufsichtsrates sein. Besteht der Aufsichtsrat mehrheitlich aus Vertretern der öffentlichen Auftraggeber, so spricht dies eher für das Vorliegen des Kontrollkriteriums. Vorliegend wird der Aufsichtsrat zu 2/3 „von der *Gesellschafterversammlung*“ gewählt (vgl. § 6 Abs. 1 des vorliegenden Gesellschaftsvertrages der RVM).

Ferner deutet eine umfassende Berichtspflicht der Geschäftsführer auf eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle hin.

Von Interesse ist auch, ob und in welchem Umfang ein zustimmungspflichtiger Katalog von Aufgaben besteht, welche die Geschäftsführung nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vornehmen darf. Es ist also darauf zu achten, dass der Geschäftsführung keine beträchtlichen Vollmachten zur Erledigung auch wichtiger Geschäfte zustehen, die praktisch ohne Kontrolle der Geschäftsführung durch die Anteilseigner ausgeübt werden können.

Wichtig ist auch, ob der Gesellschaftsvertrag privatem Kapital offen steht oder nicht.

Schließlich und auch zu beurteilen ist, ob eine auftraggeberseitige Einflussnahme auf und tatsächliche Kontrolle über strategische Entscheidungen und einzelne Geschäftsführungsentscheidungen vorliegt. Ist dies nicht der Fall, erscheint das Vorliegen des Kontrollkriteriums fraglich zu sein.

Ob der Gesellschaftsvertrag der RVM die beispielhaft o.g. Inhouse-Anforderungen erfüllt, bedarf einer eingehenden Vertragswürdigung, die den Rahmen dieses Vermerks sprengen würde.

c) Ergebnis

Die Analyse der Entscheidungen des EuGH zur Inhouse-Vergabe zeigen, dass die europäischen Richter die Inhouse-Kriterien nicht starr anwenden, sondern wertend und einzelfallabhängig dem jeweiligen Sachverhalt anpassen.

Deshalb stellt eine Vielzahl öffentlicher Gesellschafter eines auftragnehmenden Unternehmens – wie hier – allenfalls ein Indiz für das Vorliegen des Kontrollkriteriums im Sinne der EuGH-Inhouse-Rechtsprechung dar, weist aber eine entsprechende Kontrolle nicht automatisch nach. Es erscheint deshalb aus Grün-

den der vergaberechtlichen Risikominimierung und Prävention zielführend zu sein,

1. die Anzahl der öffentlichen Gesellschafter der RVM auf eine überschaubare Zahl zu reduzieren, um den vom EuGH unterstellten Interessengleichklang der öffentlichen Gesellschafter beim Inhouse-Geschäft transparenter darstellen zu können, und
2. ggf. den Gesellschaftsvertrag der RVM zu optimieren, um die bloß indizielle Wirkung der alleinigen öffentlichen Anteilsinhaberschaft für das Vorliegen der Inhouse-Fähigkeit der RVM statuarisch zu bekräftigen.

d) Exkurs

Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vom 23.10.2007 (sog. Nachfolgeberordnung 1191/69/EG) enthält für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die nicht den europäischen Vergaberichtlinien unterfallen (z.B. Dienstleistungskonzessionen), spezielle Vergaberegelungen.

Den vergaberechtlichen Inhouse-Grundsätzen ähnlich sind hierbei die Regelungen der sog. Direktvergabe an einen internen Betreiber in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Der Anwendungsbereich der vorgenannten Verordnung ermöglicht eine Direktvergabe an eine rechtliche getrennte Einheit dann, wenn *„die zuständige örtliche Behörde [...] eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht“*.

Aufgrund der Ähnlichkeit der von der Inhouse-Rechtsprechung und der neuen ÖPNV-Verordnung verwendeten Begrifflichkeiten („Kontrollkriterium“) spricht doch einiges dafür, dass in beiden Anwendungsbereichen (Vergaberecht und ÖPNV-Verordnung) ähnliche Auslegungsgrundsätze hinsichtlich der „vergaberechtsfreien“ Beauftragung, sei es im Wege des Inhouse-Geschäfts oder der Direktvergabe, gelten könnten. Da die neue ÖPNV-Verordnung aber erst vor kurzem, d.h. am 3.12.2007 im Amtsblatt der EU veröffentlicht wurde, bestehen hierzu allerdings noch keine gesicherten Erkenntnisse.

gez.
Holger Schröder
Rechtsanwalt
Teamleiter Vergaberecht