

Begründung:

Die geplante Direktvergabe des Stadtverkehrs Emden an die Stadtverkehr Emden GmbH (SVE) steht unter den Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Dieser erlaubt bei Einhaltung der Inhouse-Kriterien im Rahmen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit eine ausschreibungsfreie Direktvergabe über einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag.

Der Stand der Einhaltung der Inhouse-Kriterien wurde in der Sitzung des Ausschusses für Finanzen und Beteiligungen am 27.04.2023 durch mündlichen Vortrag der beratenden Gesellschaft Ernst&Young vorgetragen und der Handlungsbedarf für eine rechtssichere Direktvergabe erläutert.

Die geplante Direktvergabe an die SVE steht unter den Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 GWB. Dieser erlaubt bei Einhaltung der sog. Inhouse-Voraussetzung eine ausschreibungsfreie Betrauung der SVE durch die Stadt Emden über einen sog. öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach der VO 1370/2007 mit dem Betrieb des Stadtverkehrs Emden. Neben dem sog. Tätigkeitskriterium/Wesentlichkeitskriterium (= mehr als 80 % der Tätigkeiten der SVE müssen der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von der Stadt Emden betraut wurde) und dem Beteiligungskriterium (= an SVE dürfen keine direkten privaten Kapitalbeteiligungen bestehen) muss die Stadt Emden über die SVE durch die zwischengeschalteten Gesellschaften Wirtschaftsbetriebe Emden GmbH (WBE) / Stadtwerke Emden GmbH (SWE) eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben.

Da die SVE gegenwärtig und auch ab dem 01.01.2025 nach den bestehenden Planungen ausschließlich mit dem Betrieb des Stadtverkehrs betraut sein wird, ist das oben erwähnte Tätigkeitskriterium nach der einschlägigen Rechtsprechung des BGH (B. v. 12.11.2019 – ZB XIII 120/19) u.E. gewahrt. Gleiches gilt für das Beteiligungskriterium.

Bzgl. des Kontrollkriteriums ist hier allerdings unter Berücksichtigung neuerer Entwicklungen zu differenzieren. So wird eine dienststellenähnliche Kontrolle im Sinne des § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB grundsätzlich vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen und die wesentlichen Entscheidungen der zu beauftragenden juristischen Person ausübt. Dabei kann die Kontrolle auch mittelbar, das heißt durch andere juristische Personen ausgeübt werden, die von dem öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert werden. Ob der Einfluss diese Qualität aufweist, muss im Einzelfall festgestellt werden. Dabei kann für die erforderliche Bewertung auf eine Reihe konkreter Anhaltspunkte zurückgegriffen werden.

Relativ unproblematisch sind die Fälle, in denen – wie in Emden - die öffentliche Hand das Gesamtkapital an der auftragnehmenden Gesellschaft (SVE) und den dazwischengeschalteten Gesellschaften (WBE und SWE) hält. Maßgeblich ist daneben die Rechtsform des künftigen Auftragnehmers. Diese muss dem öffentlichen Auftraggeber aufgrund ihrer Organisationsstruktur umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten einräumen, die sicherstellen, dass der künftige Auftragnehmer keine Entscheidungsgewalt hat. Dies ist bei einer GmbH - wie WBE/SWE/SVE – aufgrund des umfassenden Weisungsrechts der Gesellschafter gemäß § 37 GmbHG gegenüber den Geschäftsführern in der Regel möglich. Jenseits dieser gesetzlichen Weisungsmöglichkeiten werden jedoch in der vergaberechtlichen Kommentarliteratur die jeweiligen gesellschaftsvertraglichen Besonderheiten unter Kontrollgesichtspunkten auch bei einer grundsätzlich kontrollfreundlichen GmbH kritisch in den Blick genommen. So wird neuerdings vermehrt vertreten, dass schon die Einrichtung eines Aufsichtsrates oder auch Instrumente zur Arbeitnehmermitbestimmung die erforderliche Kontrolle eines Auftraggebers erheblich schwächen können.

Unabhängig davon, dass insbesondere die Rolle eines Aufsichtsrates und dessen möglicherweise kontrollschwächerer Einfluss unserer Kenntnis nach bislang nicht abschließend durch die obergerichtliche Rechtsprechung beurteilt wurde, mahnen diese neueren kritischen Kommentartexte durchaus zur Vorsicht. Dies nicht zuletzt deshalb, weil bereits die vorangegangene Direktvergabe der Stadt Emden aus dem Jahre 2014 bzw. die daran anschließende Subunternehmervergabe der SVE einer Vergabenachprüfung vor der VK Lüneburg unterzogen wurde.

Berücksichtigt man hier insbesondere den kontrollrelevanten Gesellschaftsvertrag der SWE, sind bei einer vorsichtsgeliteten Sichtweise Regelungen erkennbar, die die erforderliche Kontrolle schwächen könnten. Dies gilt insbesondere für das in § 10 Abs. 3 Nr. 7 (Aufgaben des Aufsichtsrates) enthaltene Zustimmungserfordernis für die Festsetzung der Tarifpreise des ÖPNV, da dieses einen unmittelbaren Bezug zur gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung ÖPNV aufweist. Um hier Angriffsflächen zu vermeiden, empfiehlt es sich daher, den Gesellschaftsvertrag der SWE um dieses Zustimmungserfordernis zu bereinigen.

Zur Sicherstellung der von § 108 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GWB geforderten dienststellenähnlichen Kontrolle im Verhältnis Stadt Emden über die Weisungskette WBE – SWE – SVE ist darüber hinaus die Ergänzung eines zusätzlichen Absatzes in § 10, wonach der Aufsichtsrat der SWE bzgl. der Beschlussfassung der Geschäftsführung in der Gesellschafterversammlung der SVE zukünftig nur noch Empfehlungsbeschlüsse aussprechen kann. Flankierend hierzu wird in § 12 Abs. 2 des Gesellschaftervertrages die Möglichkeit für einen satzungsdurchbrechenden Beschluss vorgesehen, wonach die Gesellschafterversammlung der SWE stets Entscheidungen in Angelegenheiten der SVE an sich ziehen kann; insbesondere um die nach § 108 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GWB geforderte dienststellenähnliche Kontrolle der Stadt Emden in Angelegenheiten der SVE sicherzustellen.

Der Wortlaut der Änderungen im Gesellschaftervertrag des SWE ist der Anlage zu entnehmen.

Auswirkungen auf den Demografieprozess:

Die Anpassung des Gesellschaftervertrages berührt den Demografieprozess nicht.

Anlagen:

- Wortlaut der Anpassung im Gesellschaftervertrag der SWE