

UPDATE ÖPNV-RECHT

OBLIGATORISCHER MITBESTIMMTER AUFSICHTSRAT STEHT KONTROLLE ÜBER INTERNEN BETREIBER NICHT ENTGEGEN

**VK Südbayern, Beschl. v. 07.10.2015 – Z3-3-3194-1-36-05/15 – Busverkehr
Augsburg**

Die Stadt Augsburg beabsichtigte die Direktvergabe mehrerer Buslinien an ihr Verkehrsunternehmen in der Rechtsform einer GmbH, an der sie über zwei zwischengeschaltete GmbHs mittelbar zu 100% beteiligt ist. Den gegen die Direktvergabe an einen internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 gerichteten Nachprüfungsantrag eines privaten Busunternehmens wies die VK Südbayern zurück.

Aus der umfangreichen Begründung der VK: Eine Direktvergabe sei nach § 8a Abs. 3 PBefG zulässig und daher mit nationalem Recht vereinbar. Auch ein Verstoß gegen die Berufsfreiheit sei im vorliegenden Fall nicht gegeben, da der Busverkehr in der Region nicht flächendeckend dem Markt entzogen werde. Die Rechtmäßigkeit der Direktvergabe wird dann (anknüpfend an OLG München, Update ÖPNV-Recht 4/2011) nur an Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 geprüft, obwohl nach Ansicht der VK keine Dienstleistungskonzession vorliegt. Alle Voraussetzungen dieser Norm seien erfüllt. Die Stadt Augsburg übe gegenüber ihrem internen Betreiber trotz der nur doppelt mittelbaren Beteiligung eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle aus. Dies sei vorliegend über Beherrschungsverträge gewährleistet. Auch ein obligatorischer mitbestimmter Aufsichtsrat lasse eine Kontrolle nicht entfallen, weil die Entscheidungsmacht unverändert beim Gesellschafter liege. Gegen das Verbot der exterritorialen Betätigung von Beteiligungsgesellschaften werde ebenfalls nicht verstoßen. Zwar verbiete der Gesellschaftsvertrag der Tochtergesellschaft des internen Betreibers eine solche Betätigung nicht ausdrücklich, es komme aber auf die tatsächliche Betätigung an – die hier nicht zu beanstanden war – und nicht auf die bloße Möglichkeit bestimmter Tätigkeiten nach der Satzung.

Bedeutung für die Praxis

Mit der VK Südbayern hat erstmals eine Nachprüfungsinstanz das Bestehen einer dienststellenähnlichen Kontrolle auch im Falle eines obligatorischen Aufsichtsrates bejaht, jedenfalls für die Rechtsform der GmbH.