

# Schwerpunktklausur Öffentliches Wettbewerbsrecht: „Kommunale Fahrgeschäfte“\*

Von Wiss. Mitarbeiter **Erik Sollmann**, Mainz\*\*

## I. Sachverhalt

Die rheinland-pfälzische kreisfreie Stadt (S) stellt fest, dass bestimmte von ihr im Rahmen ihres öffentlichen Verkehrsangebotes betriebene Buslinien nicht ausgelastet sind. Da sich der permanente Betrieb dieser Buslinien für S nicht lohnt, stellt sie diese ein. Sie erkennt allerdings, dass es dadurch für ihre Einwohner zu nicht unerheblichen Wartezeiten und Mobilitätseinschränkungen kommen kann. Sie will daher ein Bürgerruftaxi einrichten, um ein möglichst flächendeckendes Verkehrsangebot aufrecht zu erhalten. Das Bürgerruftaxi soll das öffentliche Verkehrsangebot um einen lokalen Zubringer- und Abholdienst zum bzw. vom öffentlichen Personennahverkehr ergänzen. Es soll Strecken in allen Teilorten der Stadt, insbesondere in Randgebieten, bedienen und zu einem geschlossenen Verkehrsnetz verbinden. Fahrten mit dem Bürgerruftaxi sollen einen Tag vor Fahrtbeginn angemeldet werden. Daraufhin soll geprüft werden, ob eine zumutbare Verbindung mit den Linien des öffentlichen Personennahverkehrs besteht. Fahrt 30 Minuten vor oder nach dem gewünschten Fahrtantritt der öffentliche Personennahverkehr, soll die Fahrt durch das Bürgerruftaxi nicht durchgeführt werden. Das zu entrichtende Entgelt pro Einzelfahrt und Person soll 2,50 € betragen.

S gründet eine GmbH (B-GmbH), die den Betrieb des Bürgerruftaxis wahrnehmen soll. Ausweislich § 1 der Satzung dient das Bürgerruftaxi der Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge und der Verbesserung der städtischen Verkehrsinfrastruktur.

Im Übrigen enthält die Satzung u.a. folgende Bestimmungen:

### § 2

<sup>1</sup>Für die B-GmbH wird ein fakultativer Aufsichtsrat nach § 52 Abs. 1 GmbHG bestellt. <sup>2</sup>Mitglieder des Aufsichtsrats sind der Oberbürgermeister der S und zwei vom Stadtrat der S zu wählende Ratsmitglieder. <sup>3</sup>Alle Aufgaben der Gesellschafterversammlung nach § 46 GmbHG werden dem Aufsichtsrat übertragen. <sup>4</sup>Der Stadtrat kann den Vertretern der Stadt im Aufsichtsrat Weisungen erteilen.

### § 3

<sup>1</sup>S stellt der B-GmbH jährlich einen pauschalen Betrag in Höhe von 25.000 € zur Erfüllung ihrer Aufgaben zur Verfügung. <sup>2</sup>Sofern die zur Verfügung gestellten Mittel der GmbH

nicht ausreichen, um ihre Aufgaben zu erfüllen, gleicht S die Fehlbeträge laufend und in unbegrenzter Höhe aus.

T ist Inhaberin eines im Stadtgebiet ansässigen Taxiunternehmens. Sie trägt zutreffend vor, dass vom Bürgerruftaxi zum Teil Fahrten ohne vorherige Anmeldung und daher ohne Rücksicht darauf durchgeführt werden, ob eine zumutbare Verbindung mit den Linien des öffentlichen Personennahverkehrs besteht. Individualverkehrsdienstleistungen, die über das Angebot des öffentlichen Personenverkehrs hinausgehen, haben bisher einen Großteil ihres Umsatzes ausgemacht. Sie konnte und kann den insoweit bestehenden Bedarf in S problemlos abdecken. Sie müsse, um weiter gewinnbringend zu wirtschaften, für innerstädtische Taxifahrten allerdings wie bisher bis zu 5 Euro verlangen.

### Frage 1

Ist die Gründung und der Betrieb der B-GmbH kommunalwirtschaftsrechtlich zulässig?

### Frage 2

Kann T einen kommunalwirtschaftsrechtlichen Unterlassungsanspruch hinsichtlich des Betriebs der B-GmbH geltend machen? Gehen Sie auch darauf ein, gegen wen und worauf ein solcher Anspruch zu richten wäre.

### Fortsetzung des Sachverhalts

S kommt T entgegen und stellt die Fahrdienste des Bürgerruftaxis wieder ein. S liquidiert die B-GmbH und verkauft die extra angeschafften Taxen, die sie nun nicht mehr benötigt, an die Fuhrpark GmbH (F-GmbH). Die F-GmbH unterhält einen Fuhrpark von PKW, LKW, Bussen sowie Räum- und Reinigungsfahrzeugen. Diese vermietet und verkauft sie. Zudem führt sie Fahrzeugbeschaffungs-Ausschreibungen sowie Service- und Reparaturleistungen durch. Gesellschafter der F-GmbH sind zu 75 % S und zu 25 % die S-Verkehrsgesellschaft mit beschränkter Haftung (SVG), die sich zu 100 % in der Hand der S befindet. Die SVG betreibt die Buslinien des öffentlichen Personennahverkehrs in S. Im Gesellschaftsvertrag der F-GmbH ist unter anderem bestimmt, dass Beschlüsse der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit getroffen werden, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. In der Gesellschafterversammlung sind entsprechend der Anteilsverhältnisse S und die SVG vertreten. Geschäftsführerin ist die erfahrene Diplom-Kauffrau Geschäftig. Im Gesellschaftsvertrag ist es der F-GmbH ausdrücklich gestattet, ihre Leistungen auch für Dritte zu erbringen. In den vergangenen drei Jahren hat die F-GmbH jeweils 35 % ihres Umsatzes durch Leistungen gegenüber der SVG und dem städtischen Entsorgungs- und Reinigungsbetrieb (ERB), einem Eigenbetrieb der S, sowie jeweils 15 % durch Leistungen gegenüber der CarShare GmbH (C-GmbH) und der Share AG (S-AG) erwirtschaftet. Beide Unternehmen bieten in S Carsharing an. Die C-GmbH befindet sich zu 100 % in der Hand der SVG, während die S-AG in privater Hand ist.

\* Der Fall wurde im WiSe 2018/19 als dreistündige Abschlussklausur der Vorlesung Öffentliches Wettbewerbsrecht im Schwerpunkt Wirtschaft und Verwaltung gestellt. Frage 1 ging in die Gesamtbewertung mit 40 % ein, Frage 2 und Frage 3 jeweils mit 30 %.

\*\* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Rechtsvergleichung, Europarecht von Univ.-Prof. Dr. Elke Gurlit an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

S hatte bisher C, der Chauffeurdienstleistungen in S erbringt, mit sogenannten Mandatsfahrten beauftragt. Mandatsfahrten sind Fahrdienstleistungen, die die Mitglieder des Stadtrates sowie der Oberbürgermeister und seine Beigeordneten im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeiten kostenlos in Anspruch nehmen können. Nach Auslaufen des derzeit bestehenden Vertrages mit C möchte S dieses Jahr die F-GmbH mit den Mandatsfahrten beauftragen. Für die Chauffeurdienstleistungen will S der F-GmbH 250.000 € zahlen. C ist der Auffassung, bei der Vergabe der Mandatsfahrten handle es sich um einen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag. Die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe seien nicht erfüllt. S übe nicht die erforderliche Kontrolle über die F-GmbH aus, insbesondere, weil sie gar nicht an der Geschäftsführung beteiligt ist. Des Weiteren diene die bisherige Tätigkeit der F-GmbH auch gar nicht der Ausführung von Aufgaben, mit denen sie von S betraut wurde. Zudem sei an der F-GmbH mit der SVG eine juristische Person des Privatrechts beteiligt.

### Frage 3

Muss S vor einer Beauftragung der F-GmbH ein Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 1 GWB durchführen?

### Bearbeitungsvermerk

Unterstellen Sie, dass S vor Gründung der B-GmbH eine Analyse der Vor- und Nachteile einer öffentlichen und privatrechtlichen Organisationsform im Einzelfall erstellt hat, die zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die privatrechtliche Organisationsform der GmbH gegenüber Organisationsformen des öffentlichen Rechts vorteilhafter, insbesondere wirtschaftlicher, ist.

Die Beachtung der Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes sind nicht zu prüfen.

Die Schwellenwerte gem. § 106 Abs. 2 GWB i.V.m. Art. 4 Richtlinie 2014/24/EU i.V.m. Art. 1 Abs. 1 DelVO (EU) 2017/2365 betragen für öffentliche Bauaufträge 5.548.000 €, für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge, die von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden, 144.000 € und für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge, die von subzentralen öffentlichen Auftraggebern vergeben werden, 221.000 €.

### Lösungsvorschlag

#### Frage 1: Kommunalwirtschaftsrechtliche Zulässigkeit der Gründung und des Betriebs der B-GmbH

Die kommunalwirtschaftsrechtliche Zulässigkeit von Gründung und Betrieb der Bürgerruftaxi-GmbH (B-GmbH) durch die Stadt S (S) richtet sich nach den §§ 85 ff. Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz (GemO). Nach § 85 Abs. 1 S. 1 GemO darf eine Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt (Nr. 1), das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und dem voraussichtlichen Bedarf steht (Nr. 2) und bei einem Tätigwerden außerhalb der Versorgung mit Elektrizität, Gas und

Wärme (Energieversorgung), der Versorgung mit Wasser, der Versorgung mit Breitbandtelekommunikation und des öffentlichen Personennahverkehrs der öffentlichen Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann (Nr. 3).

*Hinweis:* Für die Gründung und den Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen sehen die Gemeindeordnungen – respektive Kommunalordnungen und -verfassungen – aller Flächenländer eine vergleichbare Schrankentrias vor.<sup>1</sup> Auf für die Falllösung relevante Unterschiede wird im Folgenden ergänzend hingewiesen.

### A. Errichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens, §§ 85 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 GemO

#### I. Kein nichtwirtschaftliches Unternehmen, § 85 Abs. 4 GemO

§ 85 Abs. 4 GemO enthält einen enumerativen Negativkatalog solcher Einrichtungen, die von Gesetzes wegen (fiktiv) nicht als wirtschaftliche Unternehmen gelten. Im Umkehrschluss aus § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO folgt allerdings, dass gerade der (öffentliche) Personennahverkehr nicht zu den privilegierten nichtwirtschaftlichen Unternehmen gehören kann. Es hätte sonst nicht seiner partiellen Freistellung von den Anforderungen des § 85 Abs. 1 GemO bedurft.<sup>2</sup> Bereits danach scheidet die Annahme eines nichtwirtschaftlichen Unternehmens nach § 85 Abs. 4 GemO aus, so dass es auf eine positive Bestimmung des Unternehmensbegriffs ankommt.

*Hinweis:* Negativbestimmungen nichtwirtschaftlicher Betätigungen sehen auch die § 102 Abs. 4 S. 1 BWGemO, § 121 Abs. 2 S. 1 HESGO, § 108 Abs. 2 KSVG, § 91 Abs. 7 BbgKVerf, § 136 Abs. 3 NdsKomVG, § 107 Abs. 2 S. 1 GO NRW, § 101 Abs. 4 S. 1 SHGO, § 68 Abs. 3 S. 1 MVKV, § 94a Abs. 3 SaGO vor, wobei auch die dort als nichtwirtschaftlich fingierten Tätigkeiten hier nicht einschlägig sind. § 128 KVG LSA sieht demgegenüber keine Fiktion nichtwirtschaftlicher Unternehmen vor, während Art. 87 Abs. 1 S. 1 BayGO und § 71 Abs. 2 ThürKO schon gar keine Beschränkung auf wirtschaftliche Unternehmen enthalten.

#### II. Wirtschaftliches Unternehmen, § 85 Abs. 1 S. 1 GemO

Nach betriebs- und volkswirtschaftlichem Verständnis sind wirtschaftliche Unternehmen rechtlich selbstständige oder unselbstständige Zusammenschlüsse von persönlichen und sachlichen Mitteln in der Hand eines Rechtsträgers zur Teilnahme am Wirtschaftsverkehr<sup>3</sup>. Unbeachtlich ist dabei, ob die

<sup>1</sup> Vgl. den Überblick bei *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (154 ff.) sowie *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 984 ff., 998 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Gesetzesbegründung, LT-Drs. 15/3032 v. 19.1.2009, S. 8; vgl. auch *Lange*, NVwZ 2014, 616 (620 f.).

<sup>3</sup> Vgl. *Nauheim-Skrobek/Schmitz/Schmorleiz*, Kommunalrecht Rheinland-Pfalz, 2. Aufl. 2017, S. 132; *Gern/Brüning* (Fn. 1),

Gemeinde entgeltliche oder kostenlose Leistung anbietet sowie die Rechtsform, in der sie dies tut<sup>4</sup>. Entscheidend ist, ob ein Privater vergleichbare Leistungen mit Gewinnerzielungsabsicht anbieten könnte (Popitz-Formel<sup>5</sup>).

*Hinweis:* Die Schrankentrias von Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt knüpfen nicht an die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens an, sondern an die wirtschaftliche Betätigung als solche.<sup>6</sup> Für die Falllösung folgt daraus kein Unterschied. § 91 Abs. 1 S. 1 BbgKVerf und ähnlich § 107 Abs. 1 S. 3 GO NRW sowie § 68 Abs. 1 S. 1 MVKV definieren „wirtschaftliche Betätigung“ als das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen, die ihrer Art nach auch mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden können.

Nach § 13 GmbHG ist eine GmbH eine rechtlich selbständige juristische Person. Einer Taxifahrt vergleichbare Fahrdienstleistungen können von Privaten mit Gewinnerzielungsabsicht angeboten werden, wie T's Beispiel zeigt. In der Gründung der B-GmbH ist damit die Errichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens zu sehen.

*Hinweis:* Zum Teil wird eine betriebsbezogene Betrachtung gefordert, bei der nicht die streitgegenständliche unternehmerische Handlung, sondern der Gegenstand des Unternehmens insgesamt entscheidend sein soll<sup>7</sup>. Dies begegnet insoweit Bedenken, als kommunale Unternehmen eine Vielzahl verschiedener Leistungen erbringen können, die keinem einheitlichen Unternehmensgegenstand unterfallen. Außerdem birgt eine betriebsbezogene Betrachtung die Gefahr einer schleichenden Umgehung. Solange die Aufnahme wirtschaftlicher Betätigungen wegen ihrer geringeren Bedeutung im Einzelnen nicht dazu führt, dass der ursprünglich als nichtwirtschaftlich eingeordneter Gegenstand des Unternehmens insgesamt als wirtschaftlich zu beurteilen ist, bleiben diese unberücksichtigt. Vorliegend ist allerdings ohnehin auch bei einer betriebsbezogenen Perspektive das Vorliegen eines wirtschaftlichen Unternehmens zu bejahen, da ausschließlicher Gegenstand der B-GmbH das Angebot von Zubringer- und Abholfahrten zu bzw. von Linien des öffentlichen Personennahverkehrs ist, sich also die streitgegen-

ständliche Handlung und der Unternehmensgegenstand decken.

**B. Schrankentrias, §§ 85 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1–3, 87 GemO**

*Hinweis:* Die vorgeschlagene Lösung integriert die rechtsformspezifischen Anforderung (§ 87 GemO) in die Prüfung der Schrankentrias (§ 85 GemO). Selbstverständlich können die Voraussetzungen der Schrankentrias und die rechtsformspezifischen Anforderungen auch getrennt nacheinander geprüft werden.

**I. Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck, §§ 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 87 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1–3 GemO**

*1. Rechtfertigung der Tätigkeit durch einen öffentlichen Zweck, § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GemO*

Die Errichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens ist nach § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GemO nur zulässig, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt. Die Tätigkeit selbst und nicht erst ihr Ertrag muss den Einwohnern der Gemeinde unmittelbar zugutekommen.<sup>8</sup> Vorliegend geht es S darum, ein flächendeckendes Verkehrsangebot aufrecht zu erhalten, um die Mobilität ihrer Einwohner sicher zu stellen. Mobilität ist ein Grundbedürfnis der Einwohner einer Gemeinde und rechnet daher als Teil der Daseinsvorsorge den örtlichen Angelegenheiten der Gemeinde zu. Die Bereitstellung eines flächendeckenden Verkehrsangebots kommt unmittelbar den Einwohnern der S zugute und verfolgt somit einen öffentlichen Zweck, wofür wiederum auch ein Umkehrschluss aus § 85 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GemO spricht (siehe oben).<sup>9</sup>

Wird ein öffentlicher Zweck anerkannt, so bedarf es zusätzlich der Rechtfertigung durch den öffentlichen Zweck. Die wirtschaftliche Betätigung wird durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigt, soweit sie erforderlich ist. Das damit aufgestellte Erforderlichkeitsgebot ist dem planungsrechtlichen Erforderlichkeitsgebot (Planrechtfertigung) vergleichbar, das bereits dann erfüllt ist, wenn das Vorhaben vernünftiger Weise geboten ist, ohne unausweichlich zu sein<sup>10</sup>. Da es sich insoweit um eine Prognose handelt, steht der Gemeinde eine Einschätzungsprärogative zu<sup>11</sup>. Nach Einschätzung der S ist das Ergänzungsangebot des Bürgerruftaxis zum öffentlichen Personennahverkehr geboten, um die Mobilität der Einwohner sicherzustellen. Insoweit sind die Fahrleistungen des Bürgerruftaxis erforderlich und damit durch den öffentlichen Zweck auch gerechtfertigt.

T trägt allerdings zutreffend vor, dass entgegen des ursprünglichen Zwecks Fahrten des Bürgerruftaxis ohne Rück-

Rn. 994; siehe auch VG Karlsruhe, BeckRS 2017, 133737 Rn. 50, 54 – Bürgerrufauto.

<sup>4</sup> Brüning, NVwZ 2015, 689 (690); Gern/Brüning (Fn. 2), Rn. 996.

<sup>5</sup> Benannt nach Popitz, Der künftige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden, 1932; BVerwGE 39, 329 (333); Winkler, in: Hufen/Jutzi/Proelß, Landesrecht Rheinland-Pfalz, 8. Aufl. 2018, § 3 Rn 49.

<sup>6</sup> Siehe Gern/Brüning (Fn. 1), Rn. 993.

<sup>7</sup> OVG NRW, Beschl. v. 13.8.2003 – 15 B 1137/03, Rn. 34 (juris); VG Münster NWVBl. 2015, 433.

<sup>8</sup> Vgl. Gern/Brüning (Fn. 1), Rn. 999.

<sup>9</sup> Vgl. auch VG Karlsruhe BeckRS 2017, 133737, Rn. 60 – Bürgerrufauto.

<sup>10</sup> OVG NRW NVwZ 2003, 1520 (1523); OVG NRW NWVBl. 2008, 418 (421); OVG SH NordÖR 2013, 530 (533).

<sup>11</sup> BVerwGE 39, 329 (334); OVG NRW NWVBl. 2008, 418 (422); OVG SH NordÖR 2013, 530 (533); Brüning, NVwZ 2015, 689 (691); Lange, NVwZ 2014, 616 (617); Gern/Brüning (Fn. 1), Rn. 1000.

sicht darauf durchgeführt werden, ob eine zumutbare Verbindung mit den Linien des öffentlichen Personennahverkehrs besteht. Soweit zumutbare Verbindungen des Linienverkehrs genutzt werden können, ist das Bürgerruftaxi als Ergänzungsangebot zur Sicherstellung der gemeindlichen Verkehrsinfrastruktur nicht geboten und daher nicht durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigt.<sup>12</sup> Auch Fahrdienstleistungen, die über eine gebotene Ergänzung des öffentlichen Personennahverkehrs hinausgehen, mögen den Einwohnern von S zwar unmittelbar zugutekommen. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass auch dies vernünftigerweise zur Sicherstellung einer hinreichenden Mobilität der Einwohner geboten ist. Insoweit ist der Betrieb der B-GmbH also schon nicht durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt und daher kommunalwirtschaftsrechtlich unzulässig.

## 2. Rechtfertigung der Rechtsform durch den öffentlichen Zweck, § 87 Abs. 1 Nrn. 1-3, Abs. 3 GemO

Soweit ein öffentlicher Zweck für die den öffentlichen Personennahverkehr ergänzenden Zubringer- und Abholfahrten gegeben ist, muss gem. § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GemO der öffentliche Zweck auch die gewählte Rechtsform der GmbH rechtfertigen. Die §§ 87 ff. GemO lassen neben öffentlich-rechtlichen Organisationsformen wie der Anstalt ausdrücklich die Wahl eines Unternehmens in Privatrechtsform zu. Wegen ihrer besseren Steuerungsmöglichkeiten ordnet § 87 Abs. 2 GemO den Vorrang der GmbH vor der AG an. Die Errichtung eines Unternehmens in der Rechtsform der GmbH ist daher grundsätzlich durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt.

*Hinweis:* Nach 92 Abs. 1 GemO hat eine Gemeinde vor Errichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens in Privatrechtsform für den Einzelfall eine Analyse über die Vor- und Nachteile gegenüber einer öffentlichen Organisationsform zu erstellen. Die Analyse hat sie zwar der Aufsichtsbehörde zuzuleiten. Sie wird durch das Ergebnis der Analyse aber nicht gehindert, eine Privatrechtsform zu wählen. Eine vergleichbare Regelung enthält auch § 102 Abs. 1 S. 2 SHGO. Strenger ist demgegenüber § 129 Abs. 1 Nr. 1 KVG LSA, der die Errichtung eines Unternehmens in Privatrechtsform nur gestattet, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso durch ein Unternehmen in einer Rechtsform des öffentlichen Rechts erfüllt werden kann. Dem vergleichbar verlangt § 69 Abs. 1 Nr. 2 MVKV ein wichtiges Interesse an der Privatrechtsform, weil die Aufgabe des Unternehmens in Privatrechtsform im Vergleich zu einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform wirtschaftlicher durchgeführt werden kann. Nach dem Bearbeitervermerk ist zu unterstellen, dass die GmbH gegenüber öffentlich-rechtlichen Organisationsformen vorteilhafter, insbesondere wirtschaftlicher ist, so dass nach allen Gemeindeordnungen die Wahl der Privatrechtsform zulässig sein dürfte. Einen Vorrang der GmbH gegenüber der AG sehen zudem auch § 103 Abs. 2

BWGemO, § 122 Abs. 3 HESGO, § 96 Abs. 4 BbgKVerf, § 108 Abs. 4 GO NRW, § 102 Abs. 4 SHGO und § 96 Abs. 2 SaGO vor.

Die Verfolgung des öffentlichen Zwecks durch die B-GmbH und der danach gebotene Einfluss der Stadt muss durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags sichergestellt werden (§ 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 GemO). § 1 der Satzung der B-GmbH legt den öffentlichen Zweck, die kommunale Daseinsvorsorge zu stärken und die städtische Verkehrsinfrastruktur zu verbessern, entsprechend § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GemO verbindlich für alle Gesellschaftsorgane fest. Konkretisierende Anforderungen an die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH stellt § 87 Abs. 3 GemO auf. Insbesondere dessen Nr. 3 schreibt in Konkretisierung von § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO vor, dass die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH nur führen darf, wenn durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags sichergestellt ist, dass der Gemeinderat den von der Gemeinde bestellten oder auf Vorschlag der Gemeinde gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats Weisungen erteilen kann, soweit die Bestellung eines Aufsichtsrats gesetzlich nicht vorgeschrieben ist. Ein derartiger sog. fakultativer Aufsichtsrat – zu unterscheiden von dem obligatorischen Aufsichtsrat bei GmbHs mit mehr als 500 Mitarbeitern<sup>13</sup> – kann nach § 52 GmbHG geschaffen werden.

Vorliegend ist in der Gründungssatzung der B-GmbH ein fakultativer Aufsichtsrat ausdrücklich vorgesehen, dem die Aufgaben der Gesellschafterversammlung übertragen sind. Entsprechend § 87 Abs. 3 Nr. 3 GemO sieht die Satzung auch ein Weisungsrecht des Gemeinderates gegenüber dem Aufsichtsrat vor. § 52 GmbHG bestimmt allerdings die Anwendbarkeit u.a. von § 111 Abs. 6 AktG. Dieser verpflichtet die Aufsichtsratsmitglieder zur höchstpersönlichen Aufgabewahrnehmung. Danach ist der Aufsichtsrat ein unabhängiges Überwachungsorgan, so dass es gesellschaftsrechtlich ausgeschlossen ist, dass Aufsichtsratsmitgliedern Weisungen erteilt werden können.<sup>14</sup> An diesem Befund können auch §§ 88 Abs. 3, 88 Abs. 1 S. 6 GemO, die den Gemeinderat zu Weisungen gegenüber dem Aufsichtsrat ermächtigen, nichts ändern, da das AktG als Bundesrecht Vorrang vor den kommunalrechtlichen Regelungen der Länder beansprucht (Art. 31 GG)<sup>15</sup>, was im übrigen § 88 Abs. 3 GemO mit der Formulierung „soweit nicht gesetzliche Bestimmungen des Gesellschaftsrechts entgegenstehen“ deklaratorisch zum Ausdruck bringt. Nach § 52 GmbHG ist die Anwendbarkeit des § 111

<sup>13</sup> Ob ein Aufsichtsrat bei einer GmbH obligatorisch ist, bestimmt sich nach den Regelungen über die Arbeitnehmermitbestimmung. Das sog. Drittelbeteiligungsgesetz greift ab 500 Mitarbeitern, dazu *Weckerling-Wilhelm/Mirtsching*, NZG 2011, 327 (329).

<sup>14</sup> Vgl. *Habersack*, in: Goette/Habersack/Kalss, Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 160; siehe auch BGHZ 169, 98 (98); BVerwG NJW 2011, 3735 (3736 Rn. 20); HessVGH UPR 2010, 106 (106) – Ingelheimer Aue; *Berger*, DVBl. 2013, 825 ff.

<sup>15</sup> *Burgi*, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2019, § 17 Rn. 84.

<sup>12</sup> Vgl. VG Karlsruhe BeckRS 2017, 133737, Rn. 64, 67 – Bürgerruftaxi.

Abs. 6 AktG allerdings disponibel. Dies setzt eine entsprechende Abbedingung im Gesellschaftsvertrag voraus. Im Gesellschaftsvertrag der B-GmbH ist nicht ausdrücklich bestimmt, dass § 111 Abs. 6 AktG keine Anwendung finden soll. Aus der ausdrücklich im Widerspruch zu § 111 Abs. 6 AktG stehenden Regelung des Weisungsrechts des Stadtrates ergibt sich aber mit hinreichender Deutlichkeit dessen Abbedingung.<sup>16</sup>

Nach § 87 Abs. 3 Nr. 1 lit. d GemO hat die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer allerdings der Gesellschafterversammlung zu obliegen. Nach § 2 der Satzung der B-GmbH sind alle Aufgaben der Gesellschafterversammlung nach § 46 GmbHG – einschließlich der Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer – dem Aufsichtsrat übertragen. Bei strenger Wortlautinterpretation des § 87 Abs. 3 Nr. 1 lit. d GemO führt dies zur kommunalwirtschaftsrechtlichen Unzulässigkeit der Gründung der B-GmbH. Nach dem Sinn und Zweck – Sicherung eines hinreichenden Einflusses der Gemeinde auf die Steuerung der GmbH – könnte es aber genügen, dass die Stadt im Aufsichtsrat durch den Oberbürgermeister und zwei Ratsmitglieder vertreten wird und der Stadtrat dem Aufsichtsrat Weisungen erteilen kann. So gilt auch § 87 Abs. 3 Nr. 1 lit. d GemO nicht ausnahmslos, sondern lässt es zu, dass die Bestellung und Abberufung der Gemeinde vorbehalten wird. Die Systematik des § 87 Abs. 3 GemO spricht jedoch dagegen, in der vorliegenden Konstellation einen Vorbehalt zugunsten der Gemeinde zu sehen. Denn dessen Nr. 3 sieht ein Weisungsrecht des Gemeinderates gegenüber einem fakultativen Aufsichtsrat nicht als Ausnahme von Nr. 1 lit. d vor, sondern verlangt es zusätzlich. Letztlich ist aber festzuhalten, dass in der vorliegenden Konstellation der Aufsichtsrat die Gesellschafterversammlung als Kontrollorgan gegenüber der Geschäftsführung ersetzt und dabei denselben Steuerungsmöglichkeiten durch die Stadt unterliegt wie die Gesellschafterversammlung. Damit besteht nach dem Sinn und Zweck des § 87 Abs. 3 Nr. 1 lit. d GemO für den vorliegenden Fall kein Grund, dass weiterhin die Gesellschafterversammlung über Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer zu beschließen haben muss. Daher ist § 87 Abs. 3 Nr. 1 lit. d GemO hier teleologisch zu reduzieren.

<sup>16</sup> BVerwG, Urt. v. 31.8.2011 – 8 C 16/10 hat sogar angenommen, dass sich, wenn bloß die Bestimmungen des Aktiengesetzes für einen fakultativen Aufsichtsrat ausgeschlossen werden, eine konkludente Regelung eines Weisungsrechts aus dem normative Umfeld des Gesellschaftsvertrages ergeben kann, d.h. aus kommunalrechtlichen Vorschriften, die wie §§ 87 Abs. 3 Nr. 3, 88 Abs. 1 S. 5, Abs. 3 GemO ein Weisungsrecht verlangen. Die „landeskommunalrechtskonforme“ Auslegung des BVerwG dürfte allerdings zu weitgehend sein, da sie das gesellschaftsrechtliche Gebot der Satzungsstrenge sowie den Vorrang des bundesrechtlichen Gesellschafts- vor dem landesrechtlichen Kommunalrecht überstrapaziert, siehe auch OVG NRW ZIP 2009, 1718 ff.; Zur Kritik: *Altmeppen*, NJW 2011, 3735 (3737); *Pauly/Schüler*, DÖV 2012, 339 ff.; *Heidel*, NZG 2012, 48 ff.; *Leitzen*, ZNotP 2011, 453 (461 f.); *Weckerling-Wilhelm/Mirtsching*, NZG 2011, 327 ff.

Mithin ist der Einfluss der Gemeinde auf die B-GmbH und die Erreichung des öffentlichen Zwecks hinreichend sichergestellt, so dass auch die Rechtsform der GmbH durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist.

*Hinweis:* Entsprechende rechtsformspezifische Anforderungen zum Vorrang der GmbH vor der AG, der Sicherung des öffentlichen Zwecks im Gesellschaftsvertrag und eines hinreichenden Einflusses der Gemeinde sehen insbesondere § 108 Abs. 1 Nrn. 1, 6 u. 7, Abs. 4, Abs. 5 Nr. 2 GO NRW und §§ 68 Abs. 4 S. 2, 69 Abs. 1 Nrn. 1, 3 u. 4, § 71 Abs. 1 S. 5, Abs. 2 MVKV vor. Ähnliche Regelungen finden sich auch in Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 u. 2, 93 Abs. 2 BayGO, § 73 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 u. 2 ThürKO, §§ 103 Abs. 1 S. 1 Nrn. 2 u. 3, Abs. 2, 103a, 104 Abs. 1 S. 3, Abs. 3 BWGemO, §§ 122 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 u. 3, Abs. 3, 125 Abs. 1 S. 4 HESGO, § 110 Abs. 1 Nr. 3, 114 Abs. 4 SaarKSVG, §§ 96 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 u. 2, Abs. 4, 97 Abs. 1 S. 6, Abs. 2 BbgKVerf, §§ 137 Abs. 1 Nrn. 1, 5 u. 6, 138 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 1 NdsKomVG, §§ 129 Abs. 1 Nrn. 2 u. 3, 131 Abs. 1 S. 6, Abs. 3 KVG LSA, § 102 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 u. 3, Abs. 4 SHGO und §§ 96 Abs. 1 Nrn. 1 u. 2, Abs. 2, 98 Abs. 1 S. 6 SaGO.<sup>17</sup>

## II. Relationsklausel, §§ 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 87 Abs. 1 Nrn. 4–6 GemO

Nach § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GemO muss das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und dem voraussichtlichen Bedarf stehen (Relationsklausel). Ein angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit kann angenommen werden, wenn der personelle, sachliche und finanzielle Aufwand nicht außer Verhältnis zu den verfügbaren Mitteln der Gemeinde steht. Ein angemessenes Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf besteht, wenn zu erwarten ist, dass das Angebot nach Umfang und Ausmaß des Unternehmens gegenwärtig und künftig durch eine entsprechende Nachfrage im Gemeindegebiet gedeckt wird. Da es sich jeweils um Prognoseentscheidungen handelt, steht der Gemeinde auch hier ein Beurteilungsspielraum zu<sup>18</sup>. Das Bürgerruftaxi soll nach der Vorstellung der S gerade der zu geringen Nachfrage nach einem permanenten Linienverkehr Rechnung tragen und eine kostensparendere Verkehrsabdeckung ermöglichen. Es könnte insoweit also davon ausgegangen werden, dass es in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der S und zum Bedarf steht.

Das Verbot der Überspannung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nach § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GemO wird durch die speziellen Vorgaben des § 87 Abs. 1 S. 1 Nrn. 4–6 GemO konkretisiert. Die Einhaltung der Pflicht nach § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GemO ist bei einer GmbH wegen § 13 Abs. 2 GmbHG, nach dem für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen haftet, gewährleistet. § 87

<sup>17</sup> Im Überblick *Gern/Brüning* (Fn. 1), Rn. 1071 f.

<sup>18</sup> OVG SH NordÖR 2013, 530 (534); *Brüning*, NVwZ 2015, 689 (692); vgl. auch *Nauheim-Skrobek/Schmitz/Schmorleiz* (Fn. 3), S. 133; *Gern/Brüning* (Fn. 1), Rn. 1002 f.

Abs. 1 Nr. 5 GemO fordert allerdings auch, dass die Einzahlungsverpflichtungen der Gemeinde wie z.B. laufende Nachschusspflichten in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen. § 4 der Satzung sieht eine laufende und unbegrenzte Nachschusspflicht der S vor. Eine unbegrenzte Nachschusspflicht kann die Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigen. Sie ist mit § 87 Abs. 1 Nr. 5 GemO nicht zu vereinbaren. Der Gründung und dem Betrieb der B-GmbH steht also auch, soweit sie eine notwendige Ergänzung des öffentlichen Personennahverkehrs darstellt, §§ 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 87 Abs. 1 Nr. 5 GemO entgegen.

*Hinweis:* Vergleichbare Vorgaben zur Beschränkung der Haftung und der Einzahlungsverpflichtung bzw. Verlustübernahme der Gemeinde finden sich in § 108 Abs. 1 Nrn. 3, 4 u. 5 GO NRW, § 69 Abs. 1 Nrn. 5 u. 6 MVKV, Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayGO, § 73 Abs. 1 S. 1 Nrn. 3–5 ThürKO, § 103 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BWGemO, § 122 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HESGO, § 110 Abs. 1 Nr. 2 SaarKSVG, § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BbgKVerf, § 137 Abs. 1 Nrn. 2–4 NdsKomVG, § 129 Abs. 1 Nrn. 4–6 KVG LSA, § 102 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SHGO, § 96 Abs. 1 Nr. 3 SaGO.

## **Frage 2: Kommunalwirtschaftsrechtlicher Unterlassungsanspruch der T**

### **A. Herleitung eines Unterlassungsanspruchs aus § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO**

T könnte ein Unterlassungsanspruch aus § 85 Abs. 1 S. 1 GemO zustehen. Dies setzt zunächst voraus, dass dieser überhaupt einen Anspruch, also ein subjektiv-öffentliches Recht vermittelt. Eine öffentlich-rechtliche Vorschrift vermittelt einen Anspruch, wenn sie nicht nur öffentliche Interessen, sondern zumindest auch Individualinteressen schützen soll und der Anspruchsteller zum geschützten Personenkreis zählt (Schutznormtheorie)<sup>19</sup>. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln.

Aus der systematischen Stellung im 5. Kapitel „Gemeindefirtschaft“, wo insbesondere auch das Verbot der unbeschränkten Haftungsübernahme (§ 87 Abs. 1 Nr. 4 GemO) sowie von Bankgeschäften (§ 85 Abs. 5 GemO) geregelt sind, wird der sowohl hinter § 85 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 und 2 GemO als auch dem diese konkretisierenden § 87 GemO stehende Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit deutlich (vgl. § 94 GemO). Der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit soll die Gemeinde im öffentlichen Interesse bei der Eingehung der mit einer wirtschaftlichen Betätigungen verbundenen finanziellen Risiken einschränken.<sup>20</sup> Auf die festgestellten Verstöße der S gegen §§ 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 87 Abs. 1 Nr. 5 GemO kann sich T mangels deren subjektiv-öffentlichem Charakter daher nicht berufen. Etwas

anderes könnte für die Subsidiaritätsklausel gelten. § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO spricht davon, dass „der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann“. Bereits der Wortlaut, der ausdrücklich private Dritte in Bezug nimmt, spricht für eine drittschützende Wirkung. Mit dem Erfordernis einer verschärften Subsidiaritätsklausel wollte der rheinland-pfälzische Gesetzgeber private Konkurrenz bewusst begünstigen. Damit dient Nr. 3 dem Schutz von Individualinteressen und verleiht Dritten ein subjektiv-öffentliches Recht.<sup>21</sup> Da dieses wirkungslos wäre, wenn es von privaten Konkurrenten der Gemeinden nicht auch durchgesetzt werden könnte, folgt unmittelbar aus § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO ein Anspruch Dritter auf Unterlassen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde, soweit dessen Voraussetzungen nicht erfüllt sind.<sup>22</sup>

*Hinweis:* Verschärfte Subsidiaritätsklauseln, die eine bessere und wirtschaftlichere Erfüllung durch die Gemeinde verlangen<sup>23</sup>, sehen neben § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO RP die § 121 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HESGO, § 71 Abs. 2 Nr. 4 ThürKO, Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO, § 102 Abs. 1 Nr. 3 BWGemO und § 108 Abs. 1 Nr. 3 SaarKSVG vor. Einfache Subsidiaritätsklauseln, die eine ebenso gute und wirtschaftliche Erfüllung durch die Gemeinde ausreichen lassen<sup>24</sup>, finden sich in § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NRW, § 136 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 NdsKomVG, § 101 Abs. 1 Nr. 3 SHGO, § 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 MVKV, § 91 Abs. 3 S. 1 BbgKVerf, § 94a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SaGO und § 128 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KVG LSA. Als drittschützend werden neben der rheinland-pfälzischen die nordrhein-westfälische<sup>25</sup>, hessische<sup>26</sup>, thüringische<sup>27</sup>, baden-württembergi-

<sup>21</sup> VerfGH RP, Urt. v. 28.3.2000 – VGH N 12/98, Rn. 36 f. (juris); Gesetzesbegründung RLP LT-Drs. 13/2306, S. 29; *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (169); vgl. auch VG Karlsruhe BeckRS 2017, 133737, Rn. 23 ff. – Bürgerrufauto zum § 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GemO vergleichbaren § 102 Abs. 1 Nr. 3 BWGemO.

<sup>22</sup> Der Anspruch kann auch auf § 1004 BGB analog gestützt werden, allg. dazu *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 18 f., 37 ff., 82 ff.; *Kemmler*, JA 2005, 908 ff.; siehe auch VG Karlsruhe BeckRS 2017, 133737, Rn. 45 – Bürgerrufauto.

<sup>23</sup> *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (160 ff.); *Schulz/Tischer*, GewArch 2014, 1 (3); *Sonder*, LKV 2013, 202 (203).

<sup>24</sup> *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (160 ff.); *Schulz/Tischer*, GewArch 2014, 1 (3); *Pogoda*, LKV 2012, 159 (159).

<sup>25</sup> OVG NRW, Beschl. v. 1.4.2008 – 15 B 122/08, Rn. 11 ff. (juris) hat den Drittschutz an den (dringenden) öffentlichen Zweck angeknüpft; *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (169); kritisch *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 7 Rn. 66; *Jungkamp*, NVwZ 2010, 546 ff.; VG Münster, Urt. v. 8.5.2015 – 1 K 94/14, Rn. 23 (juris) erkennt § 107 GO NRW undifferenziert Drittschutz zu; *Kaster*, in: Dietlein/Heusch, Beck'scher Online-Kommentar zum Kommunalrecht NRW, 8. Lfg., Stand: Juni 2019, GO NRW § 107 Rn. 50 stellt eine Gesamtbetrachtung an.

<sup>19</sup> *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 496 f.

<sup>20</sup> VerfGH RP, Urt. v. 28.3.2000 – VGH N 12/98, Rn. 30 ff. (juris); *Jungkamp*, NVwZ 2010, 546 (546); a.A. für § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW OVG NRW, Beschl. v. 13.8.2003 – 15 B 1137/03, Rn. 13 ff. (juris).

sche<sup>28</sup>, saarländische<sup>29</sup> und sächsische<sup>30</sup> Subsidiaritätsklausel angesehen, so dass die Falllösung der hier vorgeschlagenen entspricht. Kein Drittschutz wird der niedersächsischen<sup>31</sup>, der brandenburgischen<sup>32</sup>, der sachsen-anhaltischen<sup>33</sup> und der bayrischen<sup>34</sup> Subsidiaritätsklausel beimessen. Siedelt man den Fall in einem dieser Bundesländer an, könnte T allenfalls ein auf Art. 12 oder 14 GG gestützter öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch zustehen. Für die Bejahung eines solchen Unterlassungsanspruchs verlangt die Rechtsprechung einen staatlichen Verdrängungswettbewerb.<sup>35</sup> Die dafür erforderliche Absicht der S, die wirtschaftliche Betätigung Privater unmöglich zu machen oder unzumutbar zu beschränken, gibt der Sachverhalt allerdings nicht her. Die Voraussetzungen der Subsidiaritätsklauseln sollten in diesen Bundes-

ländern daher bereits im Rahmen von Frage 1 behandelt werden. Dabei ist zu beachten, dass § 136 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, S. 3 NdsKomVG sowie § 128 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 KVG LSA nicht für den öffentlichen (Personennah-)Verkehr und Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO nur für Tätigkeiten außerhalb der Daseinsvorsorge gelten (dazu sogleich). Ob § 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 MVKV und § 101 Abs. 1 Nr. 3 SHGO<sup>36</sup> eine drittschützende Wirkung zukommt, ist, soweit ersichtlich, bislang nicht geklärt, so dass mit entsprechender Begründung beides vertretbar ist.

## B. Anspruchsgegner und -inhalt

§ 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO adressiert ausschließlich Kommunen. Anspruchsgegner eines Unterlassungsanspruchs aus § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO kann daher nur eine Kommune sein. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob das öffentliche Unternehmen als Eigenbetrieb der Gemeinde unmittelbar zuzurechnen ist oder ob es in rechtlich verselbständigter Form in Privatrechtsform betrieben wird. Im Fall der Errichtung rechtlich selbständiger Unternehmen ist der Unterlassungsanspruch auf ein Einwirken der Gemeinde mittels der Organe der Gesellschaft gerichtet.<sup>37</sup> Das Einwirken hat mittels der vorgeschriebenen Vertretungs- und Weisungsrechte (vgl. § 88 GemO) zu erfolgen (vgl. oben).

## C. Anspruchsvoraussetzungen

### I. Anspruchsberechtigung

Zum Kreis der von § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO geschützten Dritten zählt, wer die von der Gemeinde beabsichtigte Leistung bereits anbietet oder zumindest konkret bereit ist, dies zu tun<sup>38</sup>. Die B-GmbH bietet entgeltliche Personenbeförderungen an. T betreibt ein Taxiunternehmen und bietet ebenfalls Beförderungsleistungen an. Sie ist daher privater Dritter im Sinne von § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO und zählt zum geschützten Personenkreis.

### II. Errichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens

Wie bereits gesehen, ist in der Gründung der B-GmbH die Errichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens zu sehen.

### III. Subsidiaritätsklausel, § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO

Entscheidend kommt es darauf an, ob der Betrieb der B-GmbH gegen § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO verstößt. Danach darf bei einem Tätigwerden außerhalb der Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wärme (Energieversorgung), der Versorgung mit Wasser, der Versorgung mit Breitbandtelekommunikation und des öffentlichen Personennahverkehrs der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt werden oder erfüllt werden können (Subsidiaritätsklausel). Die Subsidiaritätsklausel greift

<sup>26</sup> Mittlerweile ausdrücklich § 121 Abs. 1 lit. b S. 1 HessGO; *Ogorek*, in: Dietlein/Ogorek, Beck'scher Online-Kommentar zum Kommunalrecht Hessen, 9. Lfg., Stand: Mai 2019, HGO, § 121 Rn. 32 ff.; HessVGH, Urt. v. 18.6.2009 – 8 C 2265/08, Rn. 19 f. (juris); *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (168).

<sup>27</sup> VG Meiningen, Urt. v. 17.3.2015 – 2 K 174/13 Me, Rn. 28 ff. (juris); *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (168); a.A. *Jungkamp*, NVwZ 2010, 546 (547).

<sup>28</sup> VGH BW, Urt. v. 5.11.2014 – 1 S 2333/13, Rn. 90 (juris); *Müller*, in: Dietlein/Pautsch, Beck'scher Online-Kommentar zum Kommunalrecht BW, 6. Lfg., Stand: Mai 2019, BWGemO, § 102 Rn. 14; zur aktuellen Subsidiaritätsklausel BW LT-Drs. 13/4767, 9; *Breuer*, WiVerw 2015, 150, 168 ff.; a.A. noch *Berghäuser/Gelbe*, KommJur 2012, 47 (48).

<sup>29</sup> Vgl. OVG Saarl., Beschl. v. 22.10.2008 – 3 B 279/08, Rn. 13 ff. (juris); *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (168 f.); *Gern/Brüning* (Fn. 1), Rn. 1016.

<sup>30</sup> *Gern/Brüning* (Fn. 1), Rn. 1016; *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (168); *Jungkamp*, NVwZ 2010, 546 (547).

<sup>31</sup> *Klaß*, in: Dietlein/Mehde, Beck'scher Online-Kommentar zum Kommunalrecht Nds., 10. Lfg., Stand: Mai 2019, Nds-KomVG, § 136 Rn. 38 ff., 87 ff. unter Verweis auf die Gesetzgebung zur entschärften Subsidiaritätsklausel Nds. LT-Drs. 17/5423, 50; zur zuvor verschärften Subsidiaritätsklausel NdsOVG, Beschl. v. 14.8.2008 – 10 ME 280/08, Rn. 9 (juris); *Berghäuser/Gelbe*, KommJur 2012, 47 (50); a.A. *Jungkamp*, NVwZ 2010, 546 (548 f.); *Gern/Brüning* (Fn. 1), Rn. 1016.

<sup>32</sup> Ausdrücklich § 91 Abs. 1 S. 2 BbgKVerf; *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (168); *Gern/Brüning* (Fn. 1), Rn. 1015.

<sup>33</sup> OVG Sachs.-Anh., Urt. v. 29.10.2008 – 4 L 146/05, Rn. 35 ff. (juris) zur wortgleichen Vorgängernorm; *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (169).

<sup>34</sup> VG Würzburg, Urt. v. 5.9.2012 – W 2 K 10.1204, Rn. 25 ff. (juris); *Berghäuser/Gelbe*, KommJur 2012, 47 (48 f.); a.A. *Scharpf*, GewArch 2004, 317 (319 f.); unentschieden *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (169).

<sup>35</sup> BVerwGE 39, 329 (336 f.); *Knauff*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 6 Rn. 24; krit. *Storr*, in: Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 8 Rn. 697; *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (170); *Gern/Brüning* (Fn. 1), Rn. 1011 f.

<sup>36</sup> *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (170); tendenziell verneinend *Jungkamp*, NVwZ 2010, 546 (547).

<sup>37</sup> OVG NRW NVwZ 2003, 1520 (1521) – Fitness-Studio; *Burgi* (Fn. 15), § 17 Rn. 62; vgl. auch VG Karlsruhe BeckRS 2017, 133737 Rn. 37 ff. – Bürgerrufauto.

<sup>38</sup> VerfGH RP NVwZ 2000, 801 (804).

u.a. nicht ein, wenn der Betrieb des Bürgerruftaxis dem privilegierten öffentlichen Personennahverkehr zugerechnet wird. Unter öffentlichem Personennahverkehr kann man die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mittels einer zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten nicht auf individuelle Nachfrage eingerichteten, sondern regelmäßigen Verkehrsverbindung verstehen, auf der Fahrgäste an bestimmten Haltestellen ein- und aussteigen können (vgl. §§ 8, 42 PBefG).<sup>39</sup> Zum öffentlichen Personennahverkehr kann nicht nur der klassische Linienverkehr gezählt werden, sondern auch Einzelfahrten, die den Linienverkehr ergänzen (vgl. § 8 Abs. 2 PBefG). Soweit es sich tatsächlich um Zubringerfahrten zu den Linien des öffentlichen Personennahverkehrs in S handelt, stellt sich das Bürgerruftaxi als notwendige und sinnvolle Ergänzung desselben dar (s.o.) und kann daher selbst als dessen Teil verstanden werden. Insoweit handelt es sich also um öffentlichen Personennahverkehr, für den die Subsidiaritätsklausel des § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO RLP nicht Platz greift.<sup>40</sup>

Soweit das Angebot der B-GmbH über die Ergänzung des öffentlichen Personennahverkehrs hinausgeht, handelt es sich hingegen um Individualpersonenverkehr.<sup>41</sup> Insoweit fehlt es zwar bereits an der Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck (siehe oben). Darauf kann sich T wie soeben festgestellt mangels drittschützender Wirkung des § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GemO allerdings nicht berufen. Für ihren Unterlassungsanspruch kommt es allein darauf an, ob sie das Angebot der B-GmbH nicht ebenso gut und wirtschaftlich erfüllen kann. Es genügt nach der verschärften Subsidiaritätsklausel, dass Ts Angebot genauso gut und wirtschaftlich ist wie das der S oder umgekehrt: S muss den von ihr verfolgten Zweck besser und wirtschaftlicher erfüllen können als T. Bei dem insoweit erforderlichen Vergleich der Güte und Wirtschaftlichkeit ist zu berücksichtigen, ob die Erfüllung des Zwecks auch durch den privaten Dritten nachhaltig gesichert ist.<sup>42</sup> Je existenzieller die Leistungen für die Gemeindeeinwohner sind, desto strengere Anforderungen können an die Leistungserbringung durch den Privaten gestellt werden. Dabei kommt der Gemeinde aufgrund des prognostischen Elements des Vergleichs ein Beurteilungsspielraum zu. Sie ist allerdings im Streitfall darlegungs- und beweispflichtig.<sup>43</sup>

Die Mobilität der Gemeindeeinwohner kann jedenfalls bei einem weiten Verständnis als existenziell eingestuft werden. Nach eigenen Angaben kann T den Bedarf der Einwohner in S nach zusätzlichen Individualpersonenverkehrsleistungen problemlos abdecken, so dass die nachhaltige Versorgung der Einwohner mit entsprechenden Fahrdienstleistungen nicht ge-

fährdet erscheint. Etwas Anderes trägt auch die insoweit darlegungs- und beweiselastete S nicht vor. Allerdings räumt T ein, dass sie diese Leistungen nur zu einem Preis von bis zu 5 € und damit deutlich teurer als S anbieten kann. Dass die Gemeinde ein wirtschaftliches Unternehmen errichten darf, wenn der öffentliche Zweck durch einen privaten Dritten nicht auch ebenso wirtschaftlich erfüllt werden kann, soll allerdings nicht den Einwohnern der Gemeinde ein möglichst günstiges Angebot sichern, sondern verhindern, dass die Gemeinde unwirtschaftliche Leistungen anbietet. Dies zum einen zum Schutz der Gemeinde vor einer Überschuldung, zum anderen aber eben auch zum Schutz Dritter vor einer Verdrängung durch unwirtschaftliche Angebote der Gemeinde, mit denen ein Privater nicht konkurrieren kann (vgl. oben). Umgekehrt besteht bei einem unwirtschaftlichen Angebot des privaten Dritten die Gefahr, dass sich dieser überschuldet und den verfolgten (öffentlichen) Zweck in Zukunft nicht mehr erfüllen kann. Das Angebot des Privaten muss also nicht günstiger sein als das der Gemeinde, aber gleichwohl wirtschaftlich. Wirtschaftlichkeit meint ein angemessenes Verhältnis von Kosten und Nutzen. Nach den unbestrittenen Angaben der T kann diese, wenn sie wie bisher für innerstädtische Taxifahrten bis zu 5 € verlangt, weiterhin gewinnbringend wirtschaften. Mithin kann sie den Zweck ebenso wie die Gemeinde wirtschaftlich erfüllen. Damit steht dem Betrieb der B-GmbH, soweit diese Taxifahrten durchführt, die über Zubringer- und Abholfahrten zu den Linien des öffentlichen Personennahverkehrs hinausgehen, die Subsidiaritätsklausel des § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO entgegen.<sup>44</sup>

*Hinweis:* § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NRW nimmt ebenfalls den öffentlichen Verkehr aus seinem Anwendungsbereich heraus. Nach § 102 Abs. 1 Nr. 3 BWGemO und § 71 Abs. 2 Nr. 4 S. 2 ThürKO gilt die Subsidiaritätsklausel überhaupt nur für Tätigkeiten außerhalb der Daseinsvorsorge. Fasst man sowohl die notwendige Ergänzung des öffentlichen Personennahverkehrs als auch die darüberhinausgehenden Individualverkehrsleistungen unter Daseinsvorsorge, scheidet danach ein Unterlassungsanspruch aus. M.E. ist es aber vorzugswürdig, auch mit Blick auf die Daseinsvorsorge wie hier zu differenzieren, so dass die Lösung der vorgeschlagenen entsprechen würde.<sup>45</sup> § 108 Abs. 1 Nr. 3 SaarKSVG, § 121 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HESGO, § 101 Abs. 1 Nr. 3 SHGO, § 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 MVKV und § 94a SaGO sehen keine Ausnahmen vor, so dass die Tätigkeit der B-GmbH insgesamt an der Subsidiaritätsklausel zu messen ist. Teilweise verlangen die Gemeindeordnungen (insb. § 91 Abs. 3 S. 2 Bbg-KVerf und § 71 Abs. 2 Nr. 4 ThürKO, vgl. aber auch § 102 Abs. 2 BWGemO, § 121 Abs. 6 HESGO, § 108 Abs. 5 SaarKSVG, § 107 Abs. 5 GO NRW, § 68 Abs. 7 MVKV, § 94a Abs. 1 S. 2 SaGO), vor einer wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde ein Marktanalyseverfahren

<sup>39</sup> VG Karlsruhe BeckRS 2017, 133737 Rn. 64, 66 – Bürgerruftaxi.

<sup>40</sup> Vgl. zu § 102 Abs. 1 Nr. 3 BWGemO VG Karlsruhe BeckRS 2017, 133737 Rn. 64, 66, 68 – Bürgerruftaxi.

<sup>41</sup> Vgl. VG Karlsruhe BeckRS 2017, 133737 Rn. 64, 67 – Bürgerruftaxi.

<sup>42</sup> VerfGH RP AS 27, 231 (244); Winkler (Fn. 5), § 3 Rn. 51; Storr (Fn. 35), § 8 Rn. 710.

<sup>43</sup> VerfGH RP AS 27, 231 (243); Ehlers, DVBl. 1998, 497 (502); Brüning, NVwZ 2015, 689 (693).

<sup>44</sup> Im Ergebnis vergleichbar VG Karlsruhe BeckRS 2017, 133737 Rn. 73, 76 – Bürgerruftaxi.

<sup>45</sup> So für § 102 Abs. 1 Nr. 3 BWGemO auch VG Karlsruhe BeckRS 2017, 133737 Rn. 48, 59 ff. – Bürgerruftaxi.

durchzuführen, u.a. auch um festzustellen, ob am Markt bereits private Anbieter tätig sind, die die Leistung ebenso gut und wirtschaftlich bzw. besser und wirtschaftlicher erbringen können. Dann kann m.E. allein schon wegen der Nichtdurchführung einer Marktanalyse ein Verstoß gegen die Subsidiaritätsklausel angenommen werden.<sup>46</sup>

**D. Ergebnis**

T hat aus § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO einen Anspruch gegenüber S auf Unterlassen der von der B-GmbH angebotenen Taxifahrten, die über Zubringer- und Abholfahrten zum öffentlichen Personennahverkehr hinausgehen.

**Frage 3: Erfordernis eines Vergabeverfahrens nach § 97 Abs. 1 S. 1 GWB?**

Ein Vergabeverfahren ist nach § 97 Abs. 1 GWB erforderlich, wenn ein öffentlicher Auftrag vergeben werden soll. Nach § 103 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge u.a. entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Demnach hat S ein Vergabeverfahren durchzuführen, wenn sie ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 GWB ist und die Beauftragung mit Mandatsfahrten einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB darstellen. Zusätzlich müsste der Schwellenwert gem. § 106 Abs. 2 GWB i.V.m. der Richtlinie 2014/24/EU überschritten sein und es dürfte keine Ausnahme nach § 108 GWB eingreifen.

**A. Öffentlicher Auftraggeber, §§ 97 Abs. 1 S. 1, 98, 99 Nr. 1 GWB**

Öffentliche Auftraggeber sind nach § 99 Nr. 1 GWB insbesondere Gebietskörperschaften. S ist als Gemeinde eine Gebietskörperschaft (§ 1 Abs. 2 GemO) und damit ein institutioneller öffentlicher Auftraggeber.

**B. Öffentlicher Auftrag, §§ 97 Abs. 1, 103 Abs. 1, Abs. 4 GWB**

Als Dienstleistungsaufträge gelten nach § 102 Abs. 1, Abs. 4 GWB entgeltliche Verträge über die Erbringung von Leistungen, die nicht unter die Absätze 2 und 3 fallen, also keine Liefer- oder Bauaufträge sind. Die Mandatsfahrten haben die Beförderung von Stadtratsmitgliedern sowie des Oberbürgermeisters und seiner Beigeordneten zum Gegenstand und damit weder die Beschaffung von Waren noch die Ausführung von Bauleistungen. Es handelt sich damit um Dienstleistungen. Für die Ausführungen der Mandatsfahrten will S 250.000 € zahlen, so dass es sich auch um einen entgeltlichen Vertrag handelt.

**C. Schwellenwert, § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. c RL 2014/24/EU i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. c DelVO (EU) 2017/2365**

Nach § 106 Abs. 1 S. 1 GWB gilt das GWB-Vergaberecht nur, soweit der geschätzte Auftragswert des öffentlichen Auftrags den jeweils festgelegten Schwellenwert überschreitet. Nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Verbindung mit Art. 4 lit. c RL 2014/24/EU (VergabeRL) i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. c DelVO (EU) 2017/2365 liegt der Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge bei 221.000 €. S will der F-GmbH für die Chauffeurdienstleistungen 250.000 € zahlen. Der voraussichtliche Auftragswert überschreitet den erforderlichen Schwellenwert.

**D. Ausnahme bei Inhouse-Vergabe, § 108 GWB**

Damit steht an und für sich die Vergabe eines öffentlichen Auftrages im Raum, die nach § 97 Abs. 1 S. 1 GWB die vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens erfordert. Etwas Anderes könnte sich aus § 108 Abs. 1 GWB ergeben. Dieser formuliert eine Ausnahme vom GWB-Vergaberecht für Fälle, in denen die öffentliche Hand Aufträge „an sich selbst“ vergibt (Inhouse-Geschäft). Ein solches vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft setzt eine Kontrolle des Auftraggebers über den Auftragnehmer wie über eine eigene Dienststelle voraus (Nr. 1), dass der Auftragnehmer im Wesentlichen, d.h. zu mehr als 80 %, für den Auftraggeber tätig ist (Nr. 2) und dass an dem Auftragnehmer keine private Kapitalbeteiligung besteht (Nr. 3).

**I. Kontrollkriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GWB**

§ 108 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GWB bestimmen, dass die Ausübung der erforderlichen Kontrolle vermutet wird, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt. Entscheidend sind danach nicht allein die Beteiligungsverhältnisse, sondern Art und Umfang der Steuerung der Einrichtung durch den öffentlichen Auftraggeber<sup>47</sup>. Bei einer kommunalen Eigengesellschaft in der Rechtsform einer GmbH, d.h. bei einem 100 %-igen Anteil der Kommune, spricht zunächst das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung (§ 37 GmbHG) für eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle.<sup>48</sup> Dem könnte vorliegend aber entgegen stehen, dass S nicht alleinige Gesellschafterin der F-GmbH und auch nicht an der Geschäftsführung beteiligt ist.

Gesellschafter der F-GmbH sind S und die SVG. Beschlüsse der F-GmbH sind nach dem Gesellschaftsvertrag grundsätzlich mit einfacher Mehrheit zu fassen. S ist mit 75 % in der Gesellschafterversammlung vertreten, so dass sie grundsätzlich einen ausschlaggebenden Einfluss auf die Gesellschafterbeschlüsse hat. Selbst wenn es einmal einer qualifizierten Mehrheit bedürfte, für die die 75 % der S nicht aus-

<sup>46</sup> Vgl. auch VG Karlsruhe BeckRS 2017, 133737 Rn. 71 ff. – Bürgerrufauto.

<sup>47</sup> BGHZ 148, 55 (63 f.); EuGH ZfBR 2009, 78 (80) – Coditel Brabant; siehe auch EuGH, Urt. v. 29.11.2012 – C-182/11 ECLI:EU:C:2012:758, Rn. 27 – Econord.

<sup>48</sup> BGHZ 148, 55 (63 ff.).

reichen, ist zu beachten, dass sich die Minderheitsgesellschafterin SVG zu 100 % in der Hand der S befindet. S kann also auch das Abstimmungsverhalten der SVG kontrollieren. Nach § 108 Abs. 2 S. 2 GWB kann die Kontrolle auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die von dem öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird. Die Beteiligungsverhältnisse allein genügen allerdings noch nicht für die Annahme einer hinreichenden Kontrolle. Diese müssten auch einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentliche Entscheidungen einräumen. Eine GmbH wird durch ihren Geschäftsführer vertreten (§ 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG). Er trifft mit Bindungswirkung für die Gesellschaft alle nach außen wirksamen Entscheidungen. Ein ausschlaggebender Einfluss auf die wesentlichen Entscheidungen könnte daher eine Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers an der Geschäftsführung verlangen. Allerdings räumt das Gesetz der Gesellschafterversammlung umfassende Befugnisse und Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung ein. Insbesondere obliegen den Gesellschaftern sowohl die Berufung als auch die Abberufung und Entlassung der Geschäftsführung (§§ 45 Abs. 1, 46 Nr. 5 GmbHG). Sie können die Bestellung der Geschäftsführer jederzeit widerrufen (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Die Gesellschafter können die Befugnisse der Geschäftsführer im Innenverhältnis durch Beschluss beschränken (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Sie können die Geschäftsführung prüfen und überwachen (§§ 45 Abs. 1, 46 Nr. 6 GmbHG) und dieser Weisungen erteilen.<sup>49</sup> Mithin wird die Tätigkeit einer GmbH maßgeblich nicht durch die Geschäftsführung, sondern durch die Gesellschafterversammlung gesteuert. Sie ist als Leitungsorgan anzusehen, während die Geschäftsführung quasi nur ihr verlängerter Arm im Außenverhältnis ist. Die unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungsverhältnisse in der Gesellschafterversammlung sprechen zusammen mit der Stellung der Gesellschafterversammlung als Leitungsorgan der GmbH damit für eine hinreichende Kontrolle.<sup>50</sup>

## II. Wesentlichkeitskriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB

Nach § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB müssen mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der F-GmbH der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von S oder von einer anderen juristischen Person, die von S kontrolliert wird, betraut wird. Dem nicht zuzurechnen sind Tätigkeiten für Dritte. Dritter ist jede (juristische) Person, die weder selbst kontrollierender öffentlicher Auftraggeber ist noch von diesem kontrolliert wurde<sup>51</sup>. Entscheidend ist, dass die kontrollierte Einheit durch einen kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber betraut wird.

<sup>49</sup> OLG Düsseldorf NZBau 2017, 112 (114 Rn. 20) – Bundestagschauffeurdienst; *Mager/Weßler*, NZBau 2017, 342 (344).

<sup>50</sup> Vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2017, 112 (113 Rn. 17) – Bundestagschauffeurdienst; siehe auch *Mager/Weßler*, NZBau 2017, 342 (343, 344).

<sup>51</sup> Noch vor Umsetzung von Art. 12 VergabeRL in § 108 GWB EuGH, Urt. v. 8.12.2016 – C-553/15 ECLI:EU:C:2016:93, NZBau 2017, 109 (111, Rn. 35 f.) – Undis Servizi; für eine Übertragung auf die neue Rechtslage *Ziekow*, NZBau 2017, 339 (341).

Dazu genügt nicht schon die Eröffnung eines Betätigungsfeldes, sondern es bedarf der eindeutigen Übertragung einer bestimmten Aufgabe aus dem Aufgabenkreis des öffentlichen Auftraggebers, über die dieser zur Disposition befugt ist<sup>52</sup>. Die Bestimmung des Tätigkeitsumfangs hat grundsätzlich den durchschnittlichen Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags als Anknüpfungspunkt (§ 108 Abs. 7 GWB)<sup>53</sup>.

Die Mandatsfahrten sind eine bestimmte Aufgabe der Stadt. Die vertragliche Beauftragung der F-GmbH wäre eine hinreichend bestimmte Übertragung dieser Aufgabe. Eines Hoheitsaktes bedarf es insoweit nicht. Strenggenommen hat S die F-GmbH bisher aber gar nicht mit der Ausführung von Aufgaben betraut. Als Tätigkeiten für S sind allerdings auch Aufgaben anzusehen, die die F-GmbH für der S zurechenbare Stellen erbracht hat.<sup>54</sup> In den letzten drei Jahren sind 35 % des durchschnittlichen Gesamtumsatzes der F-GmbH auf Tätigkeiten für den ERB entfallen. Der ERB ist ein Eigenbetrieb der S. Eigenbetriebe werden von der Gemeinde nach § 86 Abs. 1 GemO als Sondervermögen mit Sonderrechnung ohne Rechtsfähigkeit geführt. Ein Eigenbetrieb weist also eine organisatorische, aber keine rechtliche Selbständigkeit auf<sup>55</sup>. Als Eigenbetrieb ist der ERB damit Teil der S und die von ihm erteilten Aufträge S zuzurechnen. Weitere 35 % des Umsatzes sind auf Tätigkeit für die SVG entfallen, die zu 100 % in der Hand der S ist und damit von ihr kontrolliert wird. Damit ist auch diese Tätigkeit nach § 108 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 GWB als Tätigkeit für S anzusehen. 15 % entfielen auf Tätigkeiten für die S-AG, die nicht von der S kontrolliert wird, sondern sich in privater Hand befindet. Sie können nicht als Umsätze für S angerechnet werden, sondern sind als Drittumsätze abzuziehen. Entscheidend kommt es daher auf die Tätigkeit für die C-GmbH an. Diese befindet sich ebenfalls nicht in der Hand der S, sondern ist eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der SVG. Alleinige Anteilseignerin der SVG ist aber wiederum die S. Den Fall einer zweifach vermittelten Kontrolle regelt § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB zwar nicht ausdrücklich. Auch insoweit liegen die maßgeblichen Steuerungsmöglichkeiten aber letztlich beim Auftraggeber selbst. Wegen der Vergleichbarkeit der Situation kann § 108 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 GWB daher entsprechend herangezogen werden.<sup>56</sup> Insgesamt sind 85 % des durchschnittlichen Gesamtumsatzes der vergangenen drei Jahre auf Tätigkeiten

<sup>52</sup> Vgl. *Ziekow*, NZBau 2015, 258 (260); *ders.*, NZBau 2017, 339 (342); nicht erforderlich ist, dass es sich um Pflichtaufgaben handelt, so OLG Düsseldorf NZBau 2017, 112 (115 Rn. 27 f.) – Bundestagschauffeurdienst.

<sup>53</sup> In Anknüpfung und Erweiterung von EuGH, Urt. v. 11.5.2006 – C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308, Rn. 64 = NZBau 2006, 452 (455) – Carbotermo.

<sup>54</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2017, 112 (114 Rn. 24) – Bundestagschauffeurdienst.

<sup>55</sup> *Burgi* (Fn. 15), § 17 Rn 76; *Greb*, VergabeR 2015, 289 ff.; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 108 Rn. 8.

<sup>56</sup> Im Ergebnis OLG Düsseldorf NZBau 2017, 112 (115 Rn. 29) – Bundestagschauffeurdienst.

entfallen, mit denen die F-GmbH von S bzw. von juristischen Personen betraut wurde, die S kontrolliert. Die F-GmbH ist also im Wesentlichen für S tätig.

### **III. Keine private Kapitalbeteiligung, § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB**

Schließlich bestehen an der F-GmbH entsprechend § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB keine direkten privaten Kapitalbeteiligungen. Die an der F-GmbH als Minderheitsgesellschafterin beteiligte SVG ist zwar als GmbH eine juristische Person des Privatrechts. Sie befindet sich aber selbst vollständig im Besitz der S. Es handelt sich also nicht um eine private Kapitalbeteiligung, sondern um ein gemischt-öffentliches Unternehmen.<sup>57</sup>

### **IV. Zwischenergebnis**

Bei der Vergabe der Mandatsfahrten an die F-GmbH handelt es sich somit um ein vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft.

### **E. Ergebnis**

S muss vor der Beauftragung der F-GmbH kein Vergabeverfahren durchführen.

---

<sup>57</sup> OLG Düsseldorf NZBau 2017, 112 (115 Rn. 33) – Bundestagschauffeurdienst; *Mager/Weßler*, NZBau 2017, 342 (344, 345); VK Lüneburg, Beschl. v. 31.8.2005 – VgK 35/05 (juris); *Siegel*, NVwZ 2008, 7 (10); *Bultmann*, NZBau 2006, 222 ff.; a.A. OLG Celle NZBau 2006, 130 (130); dazu auch *Storr*, SächsVBl. 2006, 234 (237).