Rechtsgutachten

zu

verschiedenen Rechtsfragen im Vorfeld zur Gründung der Rheingau-Taunus Bedarfsverkehr GmbH (RTB GmbH)

1 Sachverhalt

Der Rheingau-Taunus-Kreis (nachfolgend „RTK“ genannt) ist gemäß § 5 Abs. 1 des Gesetzes über den öffentlichen Personennahverkehr in Hessen (ÖPNVG) Aufgabenträger für den öffentlichen Personennahverkehr und als solcher zuständig für die Planung, Organisation und Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs in seinem Kreisgebiet. Er ist zudem Träger der Schülerbeförderung gem. § 161 Abs. 1 des Hessischen Schulgesetzes (HSchG).

Die Wahrnehmung dieser Aufgaben hat der RTK nach § 6 Abs. 1 ÖPNVG Hessen an die Rheingau-Taunus-Verkehrsgesellschaft mbH (nachfolgend „*RTV“* genannt) übertragen, deren Alleingesellschafter der RTK ist. Gegenstand der RTV ist nach § 3 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags die Wahrnehmung von Aufgaben im öffentlichen Personennahverkehr -ÖPNV- und bei sonstigen Linienverkehren sowie bei der Schülerbeförderung als beliehene Aufgabenträgerorganisation nach § 6 Abs. 1 ÖPNVG Hessen sowie als Beliehener für die Schülerbeförderung des RTK nach § 161 Abs. 9 SchulG Hessen.

Eine Verkehrserbringung durch die RTV mit eigenem Personal und eigenen Fahrzeugen kommt nach dem Gesellschaftsvertrag nicht in Betracht.

Der RTK ist darüber hinaus Alleingesellschafter der RTK Holding GmbH (nachfolgend „*RTK Holding“* genannt). Gegenstand der RTK Holding ist gem. § 2 des Gesellschaftsvertrags die Beteiligung an anderen Unternehmen (Beteiligungsunternehmen), die Verwaltung dieser und anderer Beteiligungen sowie die Übernahme von Management- und Verwaltungsfunktionen für andere Unternehmen im Rahmen der §§ 121 ff. HGO.

Der RTK beabsichtigt nun die Gründung der Rheingau-Taunus Bedarfsverkehrs GmbH (nachfolgend „*RTB GmbH*“ genannt). Diese soll als Tochtergesellschaft der 100%-igen Kreistochter der RTK Holding GmbH gegründet werden.

Gesellschaftszweck der RTB GmbH soll die Durchführung von Bedarfsverkehren sowie des freigestellten Schülerverkehrs im Rheingau-Taunus-Kreis sein.

Der Bedarfsverkehr stellt eine Form des öffentlichen Linienverkehrs i.S.d. § 44 PBefG dar. Nach dieser Vorschrift gilt als Linienverkehr auch der Verkehr, der der Beförderung von Fahrgästen auf vorherige Bestellung dient, ohne einem festen Linienweg zu folgen. Dieser Verkehr erfolgt zwischen bestimmten Einstiegs- und Ausstiegspunkten innerhalb eines festgelegten geografischen Gebiets und zu festgelegten Bedienzeiten. Es handelt sich hierbei um sogenannten Linienbedarfsverkehr, der den gleichen rechtlichen Anforderungen wie der reguläre Linienverkehr unterliegt, jedoch an die flexiblen Bedürfnisse der Fahrgäste angepasst ist.

Der freigestellte Schülerverkehr wird gemäß § 1 Nr. 4 d) der Verordnung über die Befreiung bestimmter Beförderungsfälle von den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes (Freistellungs-Verordnung) durchgeführt.

Die RTB GmbH soll zur Durchführung der Bedarfsverkehre sowie des freigestellten Schülerverkehrs eine Beauftragung von der RTV erhalten. Die Beauftragung soll im Wege einer In-House-Beauftragung – zunächst bis zum 31.12.2030 – erfolgen.

Ziel ist dabei die Optimierung und kosteneffiziente Neuausrichtung des bestehenden Bedarfsverkehrsangebots im Landkreis sowie die Flexibilisierung und Erweiterung der Verkehrsdienstleistungen. Damit soll nach Angaben des RTK eine wirtschaftliche und bedarfsgerechte Mobilität gewährleistet werden.

Mit der Beauftragung dieser Verkehre möchte der Kreis über die von ihm mit diesen Aufgaben beliehene RTV seine gesetzlichen Aufgaben nach den ÖPNVG und dem HSchulG erfüllen.

Die RTK Holding bittet im Hinblick auf das geplante Projekt um Prüfung verschiedener kommunal- und vergaberechtlicher Fragen.

2 Prüfungsaufbau

2.1 Stehen die §§ 121, 122 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO der Gründung der RTB GmbH entgegen?

2.2 Ist vor der Gründung der RTB GmbH die Durchführung einer Markterkundung i.S.d. § 121 Abs. 6 HGO erforderlich?

2.3 Darf die RTB GmbH nach ihrer Gründung durch die RTV vergabefrei mit Verkehrsleitungen im Wege des In-House-Geschäfts nach § 108 GWB beauftragt werden?

3 Rechtslage

3.1 Stehen die §§ 121, 122 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO der Gründung der RTB GmbH entgegen?

§§ 121, 122 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO stehen der Gründung der RTB GmbH durch die RTK Holding nicht entgegen. Denn es ist mit guten Gründen davon auszugehen, dass die Gründung nicht zu einer unerlaubten wirtschaftlichen Betätigung des RTK führt und im Rahmen der Gestaltung des Gesellschaftsvertrag die Vorgaben der HGO eingehalten werden können.

Ob und in welchem Umfang die RTK Holding als hundertprozentige Tochtergesellschaft des RTK ein wirtschaftliches Unternehmen gründen darf, richtet sich nach § 122 Abs. 1 und 5 HGO in Verbindung mit § 52 Abs. 1 HKO.

Voraussetzung hierfür ist, dass im Zuge der Gründung der RTB GmbH, der Gesellschaftsvertrag unter Beachtung der kommunalrechtlichen Erfordernisse des § 122 Abs. 1, 5 der Hessischen Gemeindeordnung (HGO) i.V.m. § 52 Abs. 1 der Hessischen Landkreisordnung (HKO) erstellt wird.

Die Voraussetzungen der §§ 122 Abs. 1 und 5 HGO in Verbindung mit § 52 Abs. 1 HKO sind erfüllt.

§ 122 HGO i.V.m. § 52 HKO benennt die Voraussetzungen für die Beteiligung an Gesellschaften sowie der Gründung von Gesellschaften durch den RTK.

Die „Gründung“ i.S.d. § 122 Abs. 1 HGO ist ein Spezialfall der Beteiligung und daher auch im Hinblick auf die Gründung der RTB GmbH einschlägig.

- BeckOK KommunalR Hessen/Ogorek, 30. Ed. 1.02.2025, HGO § 122 Rn. 10

Aus § 122 Abs. 5 HGO ergibt sich, dass die Absätze 1 bis 3 dieser Norm entsprechend gelten, wenn eine Gesellschaft, an der der RTK mit insgesamt mehr als 50 Prozent unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, dies beabsichtigt.

Dies ist hier der Fall. Denn der RTK ist Alleingesellschafter der RTK Holding und diese beabsichtigt eine andere Gesellschaft, die RTB GmbH, zu gründen.

Nach § 122 Abs. 1, 5 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO darf die RTK Holding die RTB GmbH gründen, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

1. die Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 HGO vorliegen,

2. die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der RTK Holding auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt ist,

3. die RTK Holding einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan, erhält,

4. gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, entsprechend den für große Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches aufgestellt und geprüft werden.

Im Einzelnen:

3.1.1 Keine unzulässige wirtschaftliche Betätigung gem. § 121 Abs. 1 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO

Die Gründung der RTB führt zu keiner unzulässigen wirtschaftlichen Betätigung. Denn eine solche liegt nach § 121 Abs. 2 Nr. 1 HGO nicht vor, weil die RTB GmbH Tätigkeiten ausführen soll, zu denen der RTK gesetzlichen verpflichtet ist.

Sollte nach § 121 Abs. 2 Nr. 1 HGO nicht vorliegen, wäre die Tätigkeit aber auch nach § 121 Abs. 1 HGO erlaubt.

3.1.2 Vorliegen des Ausnahmetatbestands nach § 121 Abs. 2 Nr. 1 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO

Mit der Gründung der RTB GmbH zur Durchführung des Bedarfverkehrs sowie des freigestellten Schülerverkehrs liegt nach § 121 Abs. 2 Nr. 1 HGO keine wirtschaftliche Betätigung i.S.d. § 121 Abs. 1 der HGO vor. Denn der RTK ist gem. § 121 Abs. 2 Nr. 1 HGO zu diesen Tätigkeiten gesetzlich verpflichtet.

§ 121 Abs. 2 S. 1 HGO legt fest, dass bestimmte Betätigungen nicht als wirtschaftliche Tätigkeiten gelten. Die Verwendung des Wortes „gelten“ macht deutlich, dass die Herausnahme der damit angesprochenen sog. Hoheitsbetriebe aus dem Bereich der wirtschaftlichen Betätigung als gesetzliche Fiktion zu qualifizieren ist. Da die in § 121 Abs. 2 S. 1 HGO genannten Tätigkeiten nicht als wirtschaftliche Betätigungen gelten, darf die Gemeinde ihnen nachgehen, ohne dass die Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 HGO erfüllt sein müssten.

- vgl. *Ogorek,* in: BeckOK Kommunalrecht Hessen, Dietlein/Ogorek, 30. Edition, Stand: 01.02.2025, § 121 HGO, Rn. 34.

Nach § 121 Abs. 2 Nr. 1 HGO gelten insbesondere Tätigkeiten, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist, nicht als wirtschaftliche Betätigung.

Solche gesetzlichen Verpflichtungen liegen hier vor.

Der RTK ist gemäß § 5 Abs. 1 ÖPNVG Aufgabenträger für den öffentlichen Personennahverkehr und als solcher zuständig für die Planung, Organisation und Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs in seinem Kreisgebiet. Der von der RTB GmbH zu erbringende Bedarfsverkehr fällt als Verkehr nach § 44 PBefG unter den ÖPNV-Begriff des § 8 PBefG und damit auch in die Zuständigkeit des RTK nach § 5 Abs. 1 ÖPNVG.

Auch zur Durchführung und Sicherstellung des freigestellten Schülerverkehrs ist der RTK gesetzlich verpflichtet. Gem. § 161 Abs. 1 des Hessischen Schulgesetzes (HSchG) sind Träger der Schülerbeförderung die Gemeinden, die Schulträger sind, die kreisfreien Städte und die Landkreise für die in ihrem Gebiet wohnenden Kinder, die nach § 58 Abs. 5 Satz 1 oder Abs. 6 Satz 2 verpflichtet sind, einen schulischen Sprachkurs zu besuchen, Schülerinnen und Schüler der allgemein bildenden Schulen der Grundstufe (Primarstufe) und der Mittelstufe (Sekundarstufe I) und für die Schülerinnen und Schüler, die die Grundstufe der Berufsschule, das erste Jahr der Bildungsgänge nach § 39 Abs. 6 an der Berufsschule oder einer Berufsfachschule besuchen, durch deren Besuch die Vollzeitschulpflicht erfüllt werden kann.

Die Verpflichtung zur Schülerbeförderung ist eine gesetzlich festgelegte Aufgabe des kommunalen Trägers. Der RTK ist somit gemäß § 161 Abs. 1 HSchG als Schulträger gesetzlich verpflichtet, die Schülerbeförderung sicherzustellen.

3.1.3 Zulässige wirtschaftliche Tätigkeit nach §§ 121 Abs. 1, HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO

Gemäß §§ 121 Abs. 1, 122 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO darf sich die RTK Holding durch die Gründung der RTB GmbH wirtschaftlich betätigen, wenn

1. ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt,

2. die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der RTK Holding und zum voraussichtlichen Bedarf steht und

3. nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Im Einzelnen:

3.1.3.1 Öffentlicher Zweck

Die Voraussetzungen der §§ 121 Abs. 1 Nr. 1, 122 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO sind erfüllt. Denn die Gründung der RTB GmbH als kommunaler

Gesellschaft dient der Organisation des öffentlichen Personennahverkehrs sowie der Schülerbeförderung im freigestellten Schülerverkehr und damit einem öffentlichen Zweck.

Für die Bestimmung des Begriffs des öffentlichen Zwecks behilft sich die herrschende Meinung einer Negativdefinition. Nur dasjenige wirtschaftliche Engagement, welches allein der Gewinnerzielung diene, sei von keinem öffentlichen Zweck legitimiert.

Ein öffentlicher Zweck liegt somit nur dann nicht vor, wenn die Gewinnerzielung der Gemeinde das einzige Ziel ist, mit dem das Unternehmen betrieben wird.

Unter den Begriff des öffentlichen Zwecks i.S.d § 121 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO fällt demnach jede im öffentlichen Interesse der Kreiseinwohner liegende Zielsetzung, also die Wahrnehmung einwohnernütziger Aufgaben. Der öffentliche Zweck kann z. B. darin liegen, den Eigenbedarf der Einwohner des Kreises mit öffentlichen Versorgungs- und Dienstleistungen zu sichern (Daseinsvorsorge). Öffentlicher Zweck in diesem Sinne ist somit jedweder im Aufgabenbereich liegende Gemeinwohlbelang, also jede gemeinwohlorientierte Zielsetzung sowie die Wahrnehmung einer sozial-, gemeinwohl- und damit einwohnernützigen Aufgabe.

Worin die Kommune eine Förderung des allgemeinen Wohls ihrer Einwohner erblickt, ist hauptsächlich der Anschauung und Entschließung ihrer maßgebenden Organe überlassen und hängt von den örtlichen Verhältnissen, den finanziellen Möglichkeiten, Bedürfnissen der Einwohnerschaft und anderen Faktoren ab.

Der öffentliche Zweck rechtfertigt die wirtschaftliche Betätigung, wenn die wirtschaftliche Betätigung dem öffentlichen Zweck dient. Insoweit genügt es, dass die Betätigung mit Blick auf den öffentlichen Zweck vernünftigerweise geboten ist.

- vgl. OVG Münster, Beschluss vom 1. 4. 2008 - 15 B 122/08; *Ogorek,* in: BeckOK Kommunalrecht Hessen, Dietlein/Ogorek, 26. Edition, Stand: 01.02.2024, § 121 HGO, Rn. 3.

Nach diesen Grundsätzen spricht alles dafür, dass die Gründung der RTB GmbH als 100%ige Tochtergesellschaft der RTK Holding einem öffentlichen Zweck dient.

Die RTB GmbH dient einem öffentlichen Zweck, da ihre Gründung als Tochtergesellschaft der RTK Holding darauf abzielt, eine wirtschaftliche und qualitative Verkehrsbedienung des ÖPNV sowie im freigestellten Schülerverkehr sicherzustellen.

Die Daseinsvorsorge ist eine zentrale Aufgabe der öffentlichen Hand, insbesondere im Bereich der Mobilität im ländlichen Raum. Hierbei geht es um die Bereitstellung eines flächendeckenden und verlässlichen öffentlichen Verkehrsangebots, das unabhängig von Marktschwankungen und wirtschaftlichen Interessen privater Anbieter gesichert werden kann.

Der Bedarfsverkehr stellt unzweifelhaft eine Leistung im Rahmen ÖPNV dar und dient somit als Teil der Daseinsvorsorge einem öffentlichen Zweck.

Ebenso ist der freigestellte Schülerverkehr als Leistung anzusehen, die einen öffentlichen Zweck verfolgt.

Es unterliegt keinen durchgreifenden Zweifeln, dass die Beförderung von Schülern - etwa von zuhause zur Schule oder von der Schule zu Sport-/Schwimmhallen oder sonstigen schulischen Veranstaltungen - dem Gemeinwohl dient und damit einen öffentlichen Zweck erfüllt.

- vgl. VG Köln, Urteil vom 06.04.2009 – 4 K 4737/08

Die sichere und zuverlässige Beförderung von Schülern ist Bestandteil der im öffentlichen Interesse liegenden (Schul-)Bildung von Kindern und Jugendlichen.

- vgl. VG Köln, Urteil vom 06.04.2009 – 4 K 4737/08

Die Bereiche des ÖPNV und des freigestellten Schülerverkehrs sind somit von besonderer Bedeutung für die Daseinsvorsorge, da sie wesentliche öffentliche Aufgaben darstellen, die im Interesse der Allgemeinheit liegen.

Die Bereitstellung öffentlicher Mobilitätsangebote erfordert zukünftig ein hohes Maß an operativer Flexibilität und Zuverlässigkeit. Gerade in ländlichen Regionen, in denen die Nachfrage schwankt und die wirtschaftliche Tragfähigkeit privater Unternehmen oft nicht gegeben ist, muss die öffentliche Hand handeln, um eine krisenfeste und planbare Versorgung zu gewährleisten.

Durch die Gründung der RTB GmbH als kommunales Unternehmen wird die langfristige Sicherstellung dieser wichtigen Leistungen für die Bevölkerung gewährleistet, was eindeutig dem öffentlichen Interesse dient.

Das Vorhaben verfolgt daher keine Gewinnerzielung, sondern dient dem Gemeinwohl, indem es eine verlässliche, bedarfsgerechte und kosteneffiziente Versorgung mit öffentlichen Verkehrsleistungen sicherstellt.

Dies entspricht der Aufgabenstellung einer Kommune, die im Rahmen der Daseinsvorsorge dafür sorgen muss, dass ihre Einwohner Zugang zu wesentlichen Dienstleistungen, wie dem ÖPNV und dem Schülertransport, erhalten.

Insofern erfüllt die RTB GmbH die Kriterien eines öffentlichen Zwecks im Sinne des § 121 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGO, da sie eine gemeinwohlorientierte Aufgabe übernimmt, die im öffentlichen Interesse der Kreiseinwohner liegt.

Die RTB GmbH trägt demnach dazu bei, ein bedarfsgerechtes und dauerhaftes Verkehrsangebot aufrechtzuerhalten, das sonst nach Angaben des RTK von privaten Anbietern nicht mit der notwendigen Sicherheit und Stabilität gewährleistet werden könnte.

Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich Sicherung des ÖPNV-Angebotes sowie des freigestellten Schülerverkehrs die wirtschaftliche Betätigung in Form der Gründung der RTB GmbH, da die die Gründung der RTB-GmbH der Sicherung des ÖPNV-Angebotes und des freigestellten Schülerverkehrs als öffentlichem Zweck dient.

3.1.3.2 Angemessenes Leistungsverhältnis der wirtschaftlichen Betätigung

Es ist nicht ersichtlich, dass die Gründung der RTB-GmbH nach Art und Umfang in keinem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der RTK Holding und zum voraussichtlichen Bedarf steht.

§ 121 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO fordert, dass die wirtschaftliche Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der RTK Holding steht. Die hier in Bezug genommene Zweck-Mittel-Relation macht eine abwägungsähnliche Prüfung erforderlich. Es gilt der Grundsatz, dass jede wirtschaftliche Betätigung der RTK Holding sich in den Grenzen halten muss, die ihrer Leistungsfähigkeit gezogen sind.

Um zu ermitteln, ob die wirtschaftliche Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der RTK Holding steht, müssen die Chancen und Risiken der Betätigung im Rahmen einer Marktanalyse so realistisch wie möglich abgeschätzt werden. Neben dem erforderlichen Kapitaleinsatz und den möglichen Verlusten sind etwaige Bürgschaften und Gewährleistungen zu berücksichtigen.

- vgl. *Ogorek*, in: BeckOK Kommunalrecht Hessen, Dietlein/Ogorek, 26. Edition, Stand: 01.02.2024, § 121 HGO, Rn.9 u. 11.

Eine solche Marktanalyse hat der RTK angefertigt. Sie liegt diesem Vermerk als Anlage bei.

Es ist eine Marktanalyse zu erstellen und diesem Vermerk beizufügen. Sie muss folgenden Anforderungen genügen: Es müssen die Chancen und Risiken der Betätigung so realistisch wie möglich abgeschätzt werden. Neben dem erforderlichen Kapitaleinsatz und den möglichen Verlusten sind etwaige Bürgschaften und Gewährleistungen zu berücksichtigen. Auch die ggf. erforderlichen Investitions- und Sanierungszuschüsse sind in die Marktanalyse einzustellen. Überdies sind prognostische Überlegungen darüber anzustellen, wie seitens des RTK zu reagieren ist, wenn die Nachfrage nicht konstant bleibt.

Ob die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des RTK und zum voraussichtlichen Bedarf steht, muss auch mit Blick auf Größe und Einwohnerzahl des Kreises ermittelt werden. Grund hierfür ist, dass diese beiden Kriterien einen Rückschluss auf die finanzielle Leistungsfähigkeit zulassen. Soll das kommunale Unternehmen seine Leistungen – wie hier ausschließlich Kunden im Kreisgebiet anbieten, kann bei großen Kreisen in der Regel von der erforderlichen Leistungsfähigkeit ausgegangen werden.

Es ist hiernach nicht ersichtlich, dass die Gründung der RTB GmbH die Leistungsfähigkeit der RTK Holding überfordern könnte. Zudem kann dem Erfordernis des angemessenen Leistungsverhältnisses durch entsprechende Regelungen im Gesellschaftsvertrag der RTB GmbH Genüge getan werden.

3.1.3.3 Wirtschaftlichkeit

Zudem ist nicht ersichtlich, dass der mit der Gründung der RTB GmbH verfolgte Zweck einer Sicherung des ÖPNV-Angebotes sowie des freigestellten Schülerverkehrs ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Denn die Erbringung der ÖPNV-Leistungen sowie des freigestellten Schülerverkehrs als bedeutende Aufgabe der Daseinsvorsorge durch ein kommunales Unternehmen ist auf eine dauerhafte Leistungserbringung ausgelegt, die durch private Dritte, insbesondere im Rahmen der eigenwirtschaftlichen Verkehrserbringung, nicht ebenso gut erfüllt werden.

§ 121 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO bestimmt, dass der durch das kommunale Unternehmen zu erfüllende Zweck nicht besser oder wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden darf. Zulässig ist die wirtschaftliche Betätigung nur dann, wenn der von der RTK Holding mit der Beteiligung verfolgte Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann. In diesem Zusammenhang ist z.B. das Ausmaß der erreichten Versorgungsleistung und ihre Dauerhaftigkeit relevant. Ob das Leistungsangebot der öffentlichen Hand demjenigen der privaten Konkurrenz überlegen ist, hängt auch davon ab, welche Bedeutung die betreffende Leistung für die Kreiseinwohner hat. Je bedeutsamer die Leistung ist, desto eher besteht ein Interesse an einem

krisenfesten, beständigen und von Marktschwankungen unabhängigen Angebot zu sozial gerechtfertigten Bedingungen.

- vgl. *Ogorek*, in: BeckOK Kommunalrecht Hessen, Dietlein/Ogorek, 26. Edition, Stand: 01.02.2024, § 121 HGO, Rn. 18; Bayer. VerfGH v. 23. 12. 57 Vf 107, 114, 117–VII-56.

Nach diesen Grundsätzen spricht viel dafür, dass durch die angestrebte Gründung der RTB GmbH die Sicherung des ÖPNV-Angebotes sowie des freigestellten Schülerverkehrs langfristig durch einen privaten Dritten nicht besser gewährleistet werden kann.

Die wirtschaftliche, insbesondere eigenwirtschaftliche Erbringung von Verkehrsleistungen durch private Dritte ist nach Auskunft des RTK in seinem Zuständigkeitsbereich immer schwieriger zu gewährleisten. Da die Sicherung des ÖPNV-Angebotes und des freigestellten Schülerverkehrs als Teile der Daseinsvorsorge eine bedeutsame Leistung darstellen, besteht hier ein besonderes Interesse an einem krisenfesten, beständigen und von Marktschwankungen unabhängigen Angebot zu sozial gerechtfertigten Bedingungen.

Private Anbieter verfolgen nach Mitteilung des RTK primär wirtschaftliche Interessen und sind in ihrer Leistungserbringung stark von betriebswirtschaftlichen Faktoren und Marktschwankungen abhängig. Dies führt dazu, dass unrentable oder wenig lukrative Verkehrsangebote oft eingestellt oder nur mit eingeschränktem Umfang betrieben werden. Die öffentliche Hand hat hingegen das übergeordnete Ziel, eine flächendeckende und sozial gerechte Versorgung sicherzustellen.

Besonders im ländlichen Raum ist es essenziell, dass das Verkehrsangebot nicht nur kurzfristig, sondern auch dauerhaft besteht. Private Anbieter können oft nicht garantieren, dass sie ihre Dienste langfristig und zu sozialverträglichen Bedingungen anbieten.

Weiterhin besteht bei rein privater Beauftragung, die Gefahr, dass bei Wegfall/Ausfall eines bisherigen größeren Auftragnehmers nicht rechtzeitig oder im

erforderlichen Umfang kurzfristig die benötigten Beförderungskapazitäten eingekauft werden können, ohne die Versorgung der Bevölkerung zu gefährden.

Die öffentliche Hand kann hingegen durch eine eigene operativ tätige Gesellschaft sicherstellen, dass ein bedarfsgerechter, stabiler und unabhängiger Verkehrsbetrieb auch in solchen Fällen gewährleistet bleibt.

Ein weiteres entscheidendes Argument für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ist die Krisensicherheit des Angebots. In wirtschaftlich schwierigen Zeiten oder bei Personalengpässen kann eine öffentliche Gesellschaft besser auf Herausforderungen reagieren als ein privater Anbieter, der gezwungen ist, Kosten zu optimieren und nicht tragfähige Verbindungen zu streichen.

Zudem gewährleistet ein öffentlicher Betreiber, dass die Tarife sozial gerecht und für alle Bevölkerungsgruppen erschwinglich bleiben. Gerade für sozial schwächere Personen, Senioren und Schüler ist ein zuverlässiger und bezahlbarer öffentlicher Verkehr unerlässlich.

Die zunehmenden Herausforderungen, insbesondere der Fachkräftemangel und der Rückgang an geeigneten privaten Anbietern, die wirtschaftliche Unsicherheit privater Anbieter, machen es notwendig, dass die öffentliche Hand eine krisenfeste und sozial gerechte Infrastruktur bereitstellt. Die langfristige Gewährleistung eines stabilen, flexiblen und bedarfsgerechten Mobilitätsangebots kann nur durch eine öffentliche Gesellschaft sichergestellt werden, die nicht primär auf Gewinnmaximierung, sondern auf das Gemeinwohl ausgerichtet ist.

3.1.4 Haftungsbegrenzung

Nach § 122 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 5 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO darf die RTK Holding nur dann die RTB GmbH gründen, wenn eine Rechtsform gewählt wird, die die Haftung und Einzahlungsverpflichtung der RTK Holding auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt.

Durch die Regelung soll verhindert werden, dass die RTK Holding unübersehbare finanzielle Risiken auf sich nimmt.

- vgl. *Ogorek*, in: BeckOK Kommunalrecht Hessen, Dietlein/Ogorek, 26. Edition, Stand: 01.02.2024, § 121 HGO, Rn. 16.

Auch diese Voraussetzung ist erfüllt. Denn die RTB GmbH ist als GmbH organisiert und nach dem für diese Rechtsform einschlägigen § 13 Abs. 2 GmbHG haftet für die Verbindlichkeiten einer GmbH den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen und im Hinblick auf die Einzahlungsverpflichtung kann eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag der RTB GmbH gewählt werden.

3.1.5 Einflussmöglichkeit

Nach § 122 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO ist weitere Voraussetzung einer Gründung der RTB GmbH durch die RTK Holding, dass die RTK Holding einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan der RTB GmbH erhält.

Dies kann durch entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung oder in anderer Weise gesichert werden.

Mit dieser Regelung soll der erforderliche Einfluss der RTK Holding auf Ziele und Gegenstand des Unternehmens im Sinne einer Ausrichtung auf die Erfüllung öffentlicher Zwecke sichergestellt werden. Ein angemessener Einfluss setzt nicht nur die Einräumung eines der Höhe des Anteilseigentums entsprechenden Mitspracherechts auf der operativen Ebene voraus, sondern auch und insbesondere die effektive Mitwirkung der RTK Holding in Überwachungs- und Kontrollorganen, wie z. B. einem Aufsichtsrat.

- vgl. *Ogorek*, in: BeckOK Kommunalrecht Hessen, Dietlein/Ogorek, 26. Edition, Stand: 01.02.2024, § 121 HGO, Rn. 19.

Auch diesem Erfordernis kann Genüge getan werden. Denn das GmbH-Recht bietet ein hohes Maß an Flexibilität, da viele Bestimmungen des GmbHG, insbesondere

auch dessen Verweisungen auf das AktG, disponibel, d. h. durch eine entsprechende Satzungsregelung abänderbar sind. Dank dieser Satzungsautonomie kann der Einfluss der RTK Holding durch den Gesellschaftsvertrag entsprechend gesichert werden.

Die Frage, welcher Grad an gesellschaftsrechtlichem Einfluss der Gemeinde als „angemessen“ im Sinne der Norm anzusehen ist, ist gerichtlich im Übrigen nur eingeschränkt überprüfbar.

3.1.6 Jahresabschluss

Zudem muss nach § 122 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 5 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO gewährleistet sein, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, entsprechend den für große Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches aufgestellt und geprüft werden. Auch diese Anforderung kann durch entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrages der RTB-GmbH erfüllt werden.

3.1.7 Zwischenergebnis

Vor diesem Hintergrund sprechen sehr gute Argumente dafür, dass die Vorgaben nach § 122 Abs. 1, Abs. 5 HGO i.V.m. § 52 Abs. 1 HKO der Gründung der RTB GmbH nicht entgegenstehen.

3.2 Ist vor der Gründung der RTB GmbH die Durchführung einer Markterkundung i.S.d. § 121 Abs. 6 HGO erforderlich?

Unter der Prämisse, dass eine nichtwirtschaftliche Betätigung i.S.d. § 121 Abs. 2 HGO vorliegt, ist die Durchführung einer Markterkundung gem. § 121 Abs. 6 HGO nicht erforderlich.

§ 121 Abs. 6 HGO fordert eine Markterkundung und die Einholung von Stellungnahmen der Handwerkskammern sowie der Industrie- und Handelskammern vor der Errichtung, Übernahme oder wesentlichen Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmen.

Die Errichtung, die Übernahme und die wesentliche Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmen stellt dabei einen „Unterfall“ der wirtschaftlichen Betätigung i.S.d. § 121 Abs.1 HGO dar.

Demzufolge sieht § 121 Abs. 6 HGO die Markterkundung und die Stellungnahmen nach unserer Auffassung nicht für jedwede wirtschaftliche Betätigung vor, sondern spezifisch für die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmen.

Wie unter Ziffer 3.1 dargelegt, ist mit guten Argumenten davon auszugehen, dass mit der Gründung der RTB GmbH jedoch keine wirtschaftliche Betätigung i.S.d. § 121 Abs. 1 HGO einhergeht.

Die Durchführung einer Markterkundung nicht erforderlich ist, denn im Falle einer nichtwirtschaftlichen Betätigung gem. § 121 Abs. 2 HGO kommen die weiteren Voraussetzungen des § 121 HGO nicht zur Anwendung.

- vgl. VGH Kassel, Urteil v. 18.06.2009 - 8 C 2265/08

Empfehlung: Dieses Ergebnis sollte vorab mit der Kommunalaufsicht abgestimmt werden.

3.3 Darf die RTB GmbH nach ihrer Gründung durch die RTV vergabefrei mit Verkehrsleistungen im Wege des In-House-Geschäfts nach § 108 GWB beauftragt werden?

Es kann begründet werden, dass die RTB GmbH als 100%-ige Tochtergesellschaft der RTK Holding vergabefrei unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 108 Abs. 3 S. 1 Var. 2 GWB im Wege eines horizontalen In-House-Geschäfts von der RTV mit der Durchführung von Verkehrsleistungen beauftragt werden darf.

Denn es lässt sich vertreten, dass

a) die RTV als Auftraggeberin und die RTB GmbH als Auftragnehmerin jeweils von dem RTK als öffentlichem Auftraggeber kontrolliert werden (Kontrollkriterium),

wenngleich im Hinblick auf die RTB GmbH nur eine mittelbare Kontrolle des RTK über die RTK Holding besteht,

b) die Tätigkeit der RTV und der RTB GmbH jeweils in einem Umfang von mindestens 80 % dem RTK bzw. den weiteren Gesellschaftern der RTB GmbH dienen (Wesentlichkeitskriterium) und

c) keine private Beteiligung an der RTB GmbH besteht.

Rechtssicher ist das vorangestellte Ergebnis indes nicht. Denn das OLG Naumburg hat mit Beschluss vom 03.06.2022 (AZ 7 Verg 1/22) entschieden, dass die Ausschreibungsfreiheit eines Vertrags nach § 108 Abs. 3 Var. 2 GWB davon abhängig sei, dass die beiden vertragsschließenden juristischen Personen von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrolliert werden.

Würde man diese Erwägungen auf die Beauftragung der RTB GmbH übertragen, bestünde die Gefahr, dass eine Vergabekammer eine zulässige In-House-Vergabe ablehnen könnte, weil der RTK die RTB GmbH nur mittelbar kontrolliert.

Wir meinen jedoch, dass der Fall hier anders gelagert ist, denn zum einen liegt hier nicht die Konstellation einer Beauftragung von Schwesterunternehmen untereinander, sondern eine Beauftragung der „Tante“ durch die „Nichte“ vor. Und zum anderen – und dies ist unserer Ansicht nach der entscheidende Faktor – kontrolliert der RTK die RTB GmbH über die RTK Holding und hat damit einen mittelbaren Durchgriff, der einer direkten Kontrolle im Ergebnis gleichkommt.

Aus anwaltlicher Vorsicht ist darauf hinzuweisen, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich eine Vergabekammer der Rechtsprechung des OLG Naumburg anschließt und eine In-House-Vergabe ablehnt.

Hinweis:	Diesseits wurde vorranging die in der E-Mail vom 03.03.2025 dargestellte Variante geprüft. Gleichwohl empfehlen wir aus anwaltlicher Vorsicht eine andere Variante: Rechtssicherheit kann dadurch hergestellt werden, dass die Beauftragung der RTB GmbH nicht durch die RTV, sondern durch den RTK selbst erfolgt. Die Konstellation einer Beauftragung der „Enkelin“ durch die „Großmutter“ ist vergaberechtlich grundsätzlich anerkannt. Das

Controlling des Verkehrsvertrags und alle Aufgaben der Vertragsdurchführung könnte in dieser Variante durch die RTV erfolgen.

Im Einzelnen:

3.3.1 Anwendungsbereich des Vergaberechts

Der Anwendungsbereich des Vergaberechts ist hinsichtlich einer Beauftragung der RTB GmbH durch die RTV mit der Erbringung von Verkehrsleistungen eröffnet.

3.3.1.1 Subjektiver Anwendungsbereich des Vergaberechts

Der subjektive Anwendungsbereich des Vergaberechtes ist eröffnet. Denn die RTV ist als juristische Person des Privatrechts, deren Alleingesellschafter der RTK ist, öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB.

3.3.1.2 Objektiver Anwendungsbereich des Vergaberechts

Darüber hinaus ist auch der objektive Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet. Denn die Vergabe von Verkehrsleistungen als entgeltlichen Dienstleistungen unterfällt der Definition eines öffentlichen Auftrags im Sinne des § 103 Abs. 4 GWB.

3.3.1.3 Sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts

Darüber hinaus ist auch der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet. Denn der Auftragswert der perspektivisch zu erbringenden Verkehrsleistungen wird den vergaberechtlich relevanten Schwellenwert gemäß § 106 GWB i.V.m. Artikel 4 der Richtlinie 2014/24/EU in Höhe von derzeit 221.000 Euro (netto) überschreiten.

3.3.2 Vorliegen der Voraussetzungen eines vergabefreien In-House-Geschäftes

Obschon der Anwendungsbereich des Vergaberechts grundsätzlich eröffnet ist, sprechen gute, wenngleich nicht vollkommen rechtssichere Argumente dafür, dass

die RTV die RTB GmbH ohne vorherige Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens mit der Durchführung der Verkehrsleistungen beauftragen darf. Denn die Voraussetzungen eines vergabefreien horizontalen In-House-Geschäftes gem. § 108 Abs. 3 GWB können mit guten Argumenten als erfüllt angesehen werden.

Aus § 108 Abs. 3 GWB folgt, dass eine kontrollierte juristische Person, die zugleich öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 1 bis 3 GWB ist, an den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder an eine von diesem öffentlichen Auftraggeber kontrollierte andere juristische Person Aufträge vergabefrei vergeben darf.

Eine In-House-Vergabe nach § 108 Abs. 3 GWB erfordert, dass

a) Der Auftraggeber und der Auftragnehmer jeweils von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrolliert werden (Kontrollkriterium),

b) die Tätigkeit des Auftraggebers und des Auftragnehmers jeweils in einem Umfang von mindestens 80 % dem kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber dienen müssen (Wesentlichkeitskriterium) und

c) dass keine private Beteiligung an dem Auftraggeber besteht.

- vgl. *Voll,* in*:* BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, 32. Edition, Stand: 01.02.2023, § 108 GWB, Rn. 52; BT-Drs. 18/6281, S. 81.

Im Einzelnen:

3.3.2.1 <u>Kontrollkriterium</u>

§ 108 Abs. 3 GWB fordert, dass **beide Unternehmen** von **demselben öffentlichen Auftraggeber kontrolliert** werden, da in diesem Fall der Leistungsaustausch im Eigenbereich des Auftraggebers verbleibt.

- vgl*. Gurlit,* in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022, § 108 GWB, Rn. 26.

Es kann mit guten, wenngleich nicht vollkommen rechtssicheren Argumenten vertreten werden, dass die nach § 108 Abs. 3 GWB geforderte Kontrolle der RTV und der RTB GmbH durch den RTK zumindest mittelbar gegeben ist. Denn der RTK ist Alleingesellschafter der RTV und übt zunächst über diese aufgrund der Alleingesellschafterstellung die geforderte Kontrolle aus. Darüber hinaus ist der RTK auch Alleingesellschafter der RTK Holding, die nach der Gründung RTB GmbH wiederum 100%-iger Gesellschafter der RTB GmbH ist. Über die RTK Holding übt der RTK mit guten Argumenten auf die RTB GmbH mithin mittelbar eine entsprechende Kontrolle aus.

3.3.2.1.1 Kontrolle des RTK über die die RTV

Der RTK übt als Alleingesellschafter der RTV über diese eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle im Sinne des § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB aus.

Bei einer GmbH im Alleineigentum einer Gebietskörperschaft werden die Anforderungen des Kontrollkriteriums erfüllt, da die Gesellschafterversammlung dem Geschäftsführer Weisungen erteilen kann (vgl. § 37 GmbHG). Als Alleingesellschafter ist der RTK damit in der Lage, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der RTV ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.

- vgl. BGH, Beschluss vom 12. 6. 2001 - X ZB 10/01; EuGH, Urteil vom 29.11.2012 – C-182 u. 183/11.

3.3.2.1.2 Kontrolle des RTK über die RTB-GmbH

Zudem lässt sich mit guten Argumenten begründen, dass der RTK auch auf die RTB GmbH eine entsprechende Kontrolle ausüben kann. Denn der RTK ist Alleingesellschafter der RTK Holding. Die RTK Holding wiederum ist nach Gründung Alleingesellschafterin der RTB GmbH. Da der RTK auf die RTK Holding als Alleingesellschafter beherrschenden Einfluss hat, kann er über die RTK Holding Kontrolle über die RTB GmbH ausüben.

Zu beachten ist hierbei zunächst, dass § 108 Abs. 3 GWB die Konstellation beschreibt, in der ein Schwesterunternehmen das andere Schwesterunternehmen

beauftragt und beide Schwesterunternehmen direkt dem Mutterunternehmen untergeordnet sind. Die vorliegende Konstellation stellt sich dergestalt anders da, als dass die RTV und die RTB GmbH nicht direkt Schwesterunternehmen sind, sondern die RTK Holding vielmehr als eigentliches Schwesterunternehmen der RTV dazwischengeschaltet ist.

Eine unmittelbare Kontrolle des RTK über die RTB GmbH besteht daher nicht.

Vor diesem Hintergrund ist auf den Beschluss des OLG Naumburg vom 03.06.2022 (AZ 7 Verg 1/22) hinzuweisen. Das Gericht hat entschieden,

> *„Wie vorausgeführt, bezieht sich die in § 108 III Var. 2 GWB normierte Bereichsausnahme ihrem Wortlaut nach darauf, dass die vertragsschließenden juristischen Personen jeweils von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrolliert werden, dh dass sie von derselben „Mutter" kontrolliert werden."*

Nach dieser Entscheidung soll eine In-House-Beauftragung nach § 108 Abs. 3 Var. 2 GWB davon abhängig sein, dass die beiden vertragsschließenden juristischen Personen von **demselben** öffentlichen Auftraggeber kontrolliert werden.

Gleichwohl spricht viel dafür, dass auch die Konstellation des RTK im Hinblick auf die RTB GmbH von § 108 Abs. 3 GWB umfasst wird.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Wortlaut des § 108 Abs. 3 GWB nicht von einer „unmittelbaren" Kontrolle spricht, so dass auch eine mittelbare Kontrolle aus ausreichend erachtet werden kann. Denn auch eine mittelbare Kontrolle ist eine Kontrolle. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Gesellschaftsvertrag der RTB GmbH so gefasst wird, dass der RTK im Hinblick das Verhältnis zur RTB GmbH umfangreiche Weisungsrecht erhält und damit faktisch die Kontrolle ausüben kann.
Zudem ist darauf hinzuweisen, dass eine mittelbare Kontrolle für ein In-House-Geschäft nach § 108 Abs. 2 S. 2 GWB als ausreichend anerkannt wird. Es ist nicht ersichtlich, dass hier eine andere Interessenlage vorliegt.

Daher sprechen gute Argumente dafür, dass die Entscheidung des OLG Naumburg auf den Fall des RTK nicht übertragen werden wird. Rechtsrisiken können gleichwohl nicht ausgeschlossen werden.

3.3.2.2 Wesentlichkeitskriterium

Es kann zudem mit guten Argumenten vertreten werden, dass sowohl für die RTV als auch die RTB GmbH jeweils das Erfordernis des Wesentlichkeitskriteriums erfüllt ist.

Voraussetzung dafür ist, dass mehr als 80 % der Tätigkeit des beauftragten Unternehmens der Ausführung von Aufgaben dienen muss, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen durch diesen öffentlichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen betraut worden ist.

- vgl. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker/Dreher, 6. Aufl. 2021, GWB § 108 Rn. 23

In Bezug auf das Wesentlichkeitskriterium der mehr als 80 % umfassenden Tätigkeit ist umstritten, auf welches Verhältnis sich dieses Merkmal bezieht. In Betracht kommt insofern das Verhältnis der Auftragnehmerin zur nachfragenden Schwester, das Verhältnis beider Schwestern zum kontrollierenden Auftraggeber sowie eine entsprechende Wahlmöglichkeit. Im Lichte des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB bzw. des § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB erscheint es jedoch nur konsequent, den Umfang der Tätigkeit für den kontrollierenden Auftraggeber als maßgeblich anzusehen.

- vgl. *Gurlit,* in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022, § 108 GWB, Rn. 26.

3.3.2.2.1 RTV

Für die Annahme eines vergabefreien In-House-Geschäftes ist es erforderlich, dass mehr als 80 % der Tätigkeiten der RTV der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde.

Der Bezugsmaßstab für den Umsatz, die Kosten oder einen anderen tätigkeitsgestützten Wert sind gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB die Tätigkeiten der Einrichtung, die der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde.

- vgl. *Gurlit*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022, § 108 GWB, Rn. 26.

Da der alleinige Gesellschaftszweck der RTV die Wahrnehmung von Aufgaben im öffentlichen Personennahverkehr sowie bei der Schülerbeförderung als beliehene Aufgabenträgerorganisation nach § 6 Abs. 1 ÖPNVG sowie als Beliehener für die Schülerbeförderung nach § 161 Abs. 9 SchulG für den RTK ist, dienen mehr als 80 % ihrer Tätigkeiten, der Ausführung von Aufgaben, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber - dem RTK - betraut wurde.

Die Wahrnehmung von anderen Aufgaben ist nicht ersichtlich.

Vorliegend ist zudem nicht ersichtlich, dass die RTV Umsätze aus Drittgeschäften von mehr als 20 % erwirtschaftet. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie ihren Gesamtumsatz im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung für den RTK erwirtschaftet.

Dies gilt auch im Bereich der Bewirtschaftung von Verkehrsveträgen und damit verbundenen Fahrgeldeinnahmen.

Die RTV erbringt die Verkehrsleistungen nicht durch eigenes Personal und eigene Fahrzeuge, sondern schließt zu diesem Zweck Verkehrsverträge mit Verkehrsunternehmen ab. In den jeweiligen Verkehrsverträgen wird ein Verkehrsentgelt festgelegt. Bei Zahlung des Verkehrsentgelts erfolgt eine entsprechende Anrechnung der Fahrgeldeinnahmen des jeweiligen Verkehrsunternehmens.

Die Anrechnung von Fahrgeldeinnahmen durch die RTV stellt dabei keine zusätzliche Einnahme, sondern lediglich eine Verrechnungsposition im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung als beliehene Aufgabenträgerorganisation dar, welche die Anpassung der Entlohnung für die geleistete Dienstleistung von den Verkehrsunternehmen betrifft.

Auch Zuwendungen, welche die RTV in Erfüllung ihrer ÖPNV-Aufgaben für den RTK erhält, sind keine Umsätze mit Drittgesellschaftscharakter, denn sie stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erfüllung der ihr vom Kreis übertragenen ÖPNV-Aufgaben.

3.3.2.2.2 RTB-GmbH

Für die Annahme eines vergabefreien In-House-Geschäftes ist weiter erforderlich, dass auch die RTB GmbH mit Dritten nicht mehr als 20% ihres Umsatzes erwirtschaftet.

Mit anderen Worten: Die RTB GmbH darf dann vergabefrei von der RTV beauftragt werden, wenn sie mindestens 80% ihres Umsatzes aus Aufträgen der RTV erwirtschaftet.

Da einziger Gesellschaftszweck der RTB GmbH die Durchführung von Bedarfsverkehren und des freigestellten Schülerverkehrs im Rheingau-Taunus-Kreis und damit die Wahrnehmung von Aufgaben im öffentlichen Personennahverkehr für die RTV ist, ist nicht ersichtlich, dass die RTB GmbH Einnahmen aus Drittgeschäften erwirtschaftet. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie ihren Gesamtumsatz durch Aufträge der RTV erwirtschaftet.

3.3.2.3 Keine private Beteiligung Dritter an der RTB GmbH

Die dritte Voraussetzung des § 108 Abs. 3 GWB ist erfüllt. Denn weder besteht an der RTB GmbH eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines privaten Dritten noch ist eine solche vorgesehen.

3.3.3 Zwischenergebnis mit Handlungsempfehlung

Es sprechen gute - wenngleich keine vollkommen rechtssicheren Argumente dafür - dass die RTV die RTB GmbH nach Gründung durch die RTK Holding vergabefrei mit den Verkehrsleistungen nach § 108 Abs. 3 GWB beauftragen darf.

Im Hinblick auf die Rechtssicherheit wird empfohlen, die In-House-Vergabe durch eine freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung gem. § 135 Abs. 3 GWB weiter abzusichern.

Düsseldorf, 01.04.2025

gez. Dr. Stefan Pooth
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht

gez. Friederike Becker
Rechtsanwältin