



**Oberlandesgericht Düsseldorf**  
**Im Namen des Volkes**  
**Urteil**

VI - U (Kart) 2/16  
88 O (Kart) 61/15  
Landgericht Köln

Verkündet lt. Protokoll  
am 12.10.2016  
Giesen, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

**Rhein-Erft-Verkehrsgesellschaft mbH**, vertreten durch den Geschäftsführer Herrn  
Martin Schmitz, Willy-Brandt-Platz 1, 50126 Bergheim,

**Klägerin und Berufungsklägerin**

Prozessbevollmächtigte:

RWP Rechtsanwälte,  
Bleichstraße 8-10, 40211 Düsseldorf,

**g e g e n**

**Regionalverkehr Köln Gesellschaft mit beschränkter Haftung**, vertreten durch  
den Geschäftsführer Herrn Eugen Puderbach, Theodor-Heuss-Ring 19-21,  
50668 Köln,

**Beklagte und Berufungsbeklagte**

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Nölle & Stoevesandt,  
Birkenstraße 37, 28195 Bremen,

hat der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 24. August 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Kühnen, den Richter am Oberlandesgericht Rubel und die Richterin am Oberlandesgericht Prof. Dr. Lohse

für **R e c h t** erkannt:

- I. Die Berufung der Klägerin gegen das am 14. April 2016 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln (88 O (Kart) 61/15) wird zurückgewiesen.
- II. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
- III. Dieses Urteil sowie das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Dem Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% der aufgrund der Urteile vollstreckbaren Beträge abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird zugelassen.
- V. Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 350.000 € festgesetzt.

### G r ü n d e

#### I.

Die Klägerin ist Mitgesellschafterin der Beklagten und greift mit der gesellschaftsrechtlichen Nichtigkeits- und Anfechtungsklage zwei Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Beklagten an, mit denen die §§ 6-9 und die §§ 10-24 des Gesellschaftsvertrages geändert worden sind. Die Parteien streiten im Kern darum, ob die Klägerin der Änderung der §§ 6-9 des Gesellschaftsvertrages zugestimmt hat und ob die Änderungen des Gesellschaftsvertrages gegen das Kartellrecht, das Vergaberecht, das Beihilfenrecht und/oder das Gesellschaftsrecht verstoßen.

1. Die Klägerin ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft des Rhein-Erft-Kreises. Ihr Unternehmensgegenstand ist gemäß § 2 Abs. 1 ihres Gesellschaftsver-

trages die Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs im Rhein-Erft-Kreis. Sie ist eine reine Managementgesellschaft, denn sie ist zwar zusammen mit der Beklagten Inhaberin von Liniengenehmigungen (Gemeinschaftsgenehmigungen/Gemeinschaftskonzessionen für den Betrieb von Gemeinschaftslinien) im Gebiet des Rhein-Erft-Kreises (Unternehmer iSd. §§ 2 Abs. 1, 3 PBefG iVm. § 42 PBefG), erbringt aber selbst keine operativen Verkehrsleistungen, sondern lässt sie von anderen Unternehmen erbringen. Soweit sie dazu mit der Beklagten zusammenarbeitet, überträgt die Beklagte als Mitinhaberin der Liniengenehmigungen insoweit die Betriebsführung auf die Klägerin (Betriebsführer iSd. §§ 2 Abs. 2 Nr. 3, 3 Abs. 2 Satz 1 PBefG).

2. Die Beklagte ist eine Gesellschaft, die eigene Geschäftsanteile (10%) hält und neben der Klägerin sieben weitere Gesellschafter hat, nämlich den Kreis Euskirchen in Euskirchen (12,5%), den Rheinisch-Bergischen Kreis in Bergisch Gladbach (12,5%), den Oberbergischen Kreis in Gummersbach (2,5%) sowie die Kölner Verkehrsbetriebe Aktiengesellschaft in Köln (12,5%), an der die Stadt Köln zu 10% unmittelbar und zu 90% mittelbar über die Stadtwerke Köln GmbH als hundertprozentige Tochtergesellschaft beteiligt ist, die LVG Linksrheinische Verkehrsgesellschaft mbH in Siegburg (12,5%), an der der Rhein-Sieg-Kreis zu 100% mittelbar über die Kreis-holding Rhein-Sieg GmbH als hundertprozentige Tochtergesellschaft beteiligt ist, die Elektrische Bahnen der Stadt Bonn und des Rhein-Sieg-Kreises-SSB-GmbH in Bonn (12,5%) und die Stadtwerke Bonn Verkehrs-GmbH (SWBV) in Bonn (12,5%); an der Elektrische Bahnen der Stadt Bonn und des Rhein-Sieg-Kreises-SSB-GmbH sind der Rhein-Sieg-Kreis zu 49,9% und die Stadtwerke Bonn Verkehrs-GmbH (SWBV) zu 50,1% beteiligt, und deren Alleingesellschafter ist die Stadtwerke Bonn Beteiligungs-GmbH, an der wiederum die Stadtwerke Bonn GmbH (eine Alleingesellschaft der Stadt Bonn) zu 59,46% und die BRS Beteiligungsgesellschaft Bonn/Rhein-Sieg mbH zu 41% (eine Gesellschaft des Rhein-Sieg-Kreises, der Stadtwerke Bonn GmbH und der TroiKomm Kommunale Verwaltungs- und Beteiligungsgesellschaft der Stadt Troisdorf mbH, die eine Alleingesellschaft die Stadt Troisdorf ist) beteiligt sind. Unternehmensgegenstand der Beklagten ist gemäß § 3 Abs. 1 ihres Gesellschaftsvertrages idFv. 21. August 2015 die Durchführung des Personennahverkehrs und hiermit zusammenhängende Nebengeschäfte, die der Förderung des Hauptgeschäfts dienen. Ihr satzungsmäßiges Stammkapital beträgt 3.579.200 €.

Die Geschäftsanteile der Beklagten werden mithin unmittelbar oder mittelbar von Aufgabenträgern iSd. § 8 Abs. 3 PBefG, § 3 Abs. 1 ÖPNVG NRW gehalten, die nach § 3 Abs. 2 ÖPNVG NRW „in ihrem Wirkungskreis zuständige Behörden im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom

*23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Strasse und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70“ und „berechtigt“ sind, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne von Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nach Artikel 5 Absätze 2, 4, 5 und 6 direkt zu vergeben, soweit Bundesrecht dem nicht entgegensteht.“*

3. Der Rhein-Erft-Kreis, der Kreis Euskirchen, der Rheinisch-Bergische Kreis, der Oberbergische Kreis, die Stadt Köln, der Rhein-Sieg-Kreis und die Stadt Bonn sind daneben Mitglieder des „zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung“ (§ 5 Abs. 1 ÖPNVG NRW) von ihnen und anderen gebildeten Zweckverbands Verkehrsverbund Rhein-Sieg (ZV VRS; § 2 der Satzung). Die derzeit gültige Satzung wurde am 16. Juni 2015 beschlossen und ist seit dem 14. Juli 2015 in Kraft. Der Zweckverband hat gemäß § 5 Abs. 3 ÖPNVG NRW in Abstimmung mit seinen Mitgliedern auf eine integrierte Verkehrsgestaltung im öffentlichen Personennahverkehr hinzuwirken, insbesondere auf die Bildung eines Gemeinschaftstarifs, ein koordiniertes Verkehrsangebot und einheitliche Beförderungsbedingungen. Demgemäß hat er nach § 3 Abs. 2 der Satzung insbesondere *„darauf hinzuwirken, dass die Verkehrsunternehmen den Gemeinschaftstarif (Verbundtarif) und die dazu gehörenden Beförderungsbedingungen anwenden.“* Er nimmt nach § 3 Abs. 4 der Satzung *„die Aufgabe Tarif... nach den jeweils einschlägigen gesetzlichen Vorschriften wahr (derzeit: als Aufgabenträger nach § 8 Abs. 3 PBefG und als zuständige Behörde nach Artikel 9 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69).“* Er wirkt nach § 3 Abs. 6 der Satzung *„auf ein koordiniertes Verkehrsangebot im ÖPNV mit einheitlichen Produktions- und Qualitätsstandards, einheitlichen Fahrgastinformations- und Betriebssystemen und einem unternehmensübergreifenden ÖPNV-Marketing hin.“* *„Die Durchführung des Verkehrs und damit die Übernahme einer unternehmerischen Tätigkeit“* ist nach den §§ 3 Abs. 10, 11 Abs. 3 der Satzung *„nicht Aufgabe des Zweckverbandes. Sie obliegt den im VRS tätigen Verkehrsunternehmen.“*

Der Zweckverband bedient sich nach § 11 Abs. 1 der Satzung für die „operative Umsetzung der im öffentlichen Interesse liegenden ÖPNV-Aufgaben und insbesondere der Hinwirkungspflicht auf einen Gemeinschaftstarif und einheitliche Beförderungsbedingungen“ der Verkehrsverbund Rhein-Sieg GmbH *„wie einer eigenen Dienststelle und ist ihr alleiniger Gesellschafter.“* Im Hinblick auf den Gemeinschaftstarif heißt es in § 14 Abs. Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 der Satzung weiter:

*„Innerhalb des „Verbundgebietes dürfen Personverkehrsleistungen im ÖPNV nur zum Gemeinschaftstarif des Verkehrsverbundes Rhein-Sieg (VRS-Tarif)... angeboten und durchgeführt werden. Die Anwendung des VRS-Tarif kann grundsätzlich eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung im Sinne des Ar-*

*tikels 2 lit. e der VO (EU) 1370/2007 darstellen, die teilweise in die öffentlichen Dienstleistungsaufträge zwischen den lokalen Aufgabenträgern und den Verkehrsunternehmen einbezogen ist.“*

*„Mit der Entscheidung des Zweckverbandes Verkehrsverbund Rhein-Sieg über die Fortschreibung des VRS-Tarif gemäß § 3 Abs. 3 dieser Satzung wird der VRS-Tarif auf der Grundlage des Art. 3 Abs. 2 VO (EU) 1370/2007 erstmals für die Tarifierfassung für das Jahr 2011 gemäß dieser Allgemeinen Vorschrift als Höchsttarif festgelegt... Die Ausgestaltung eines Ausgleichs für solche tariflichen Verpflichtungen ist in den Abs. 7 bis 9 geregelt.“*

*„Der Zweckverband bedient sich zur Wahrnehmung seiner Aufgaben nach § 3 Abs. 2 bis 4 dieser Satzung der Verkehrsverbund Rhein-Sieg GmbH, die den Gemeinschaftstarif gemäß ihrem Gesellschaftsvertrag vorbereitet und fortbildet... Die Verbundverkehrsunternehmen haben per Kooperationsvertrag die Wahrnehmung der Aufgabe Festsetzung und Änderung des Gemeinschaftstarifs auf die Verkehrsverbund Rhein-Sieg GmbH übertragen. Die Verkehrsverbund Rhein-Sieg GmbH wird... in Abstimmung mit den Verbundverkehrsunternehmen dem Zweckverband Verkehrsverbund Rhein-Sieg einen Vorschlag für eine Tarifierfassung unterbreiten. Die hierzu erforderliche Zustimmung der Verbundverkehrsunternehmen zur Tarifierfassung und –fortschreibung erfolgt über den Beirat der GmbH, in dem alle Verbundverkehrsunternehmen Mitglied sind.“*

Die Verbandsversammlung des Zweckverbandes Verkehrsverbund Rhein-Sieg hat gemäß § 7a der Satzung einen Tarifbeirat mit der Aufgabe der *„Vorberatung der jeweiligen Tarifierfassungsmaßnahmen zwischen Vertretern aus der Zweckverbandversammlung und dem Beirat der VRS GmbH.“* Mitglieder sind *„der Verbandsvorsteher, der Vorsitzende des Beirates der VRS GmbH, der Vorsitzende der Verbandsversammlung sowie sechs Mitglieder, die durch die Verbandsversammlung des ZV VRS zu bestimmen sind, zudem sechs Mitglieder, die durch den Beirat der VRS GmbH zu bestimmen sind, und die Geschäftsführer der VRS GmbH.“*

Die Klägerin und die Beklagte sind Mitglieder im Beirat der Verkehrsverbund Rhein-Sieg GmbH.

4. Die Beklagte arbeitet bislang mit ihren Gesellschaftern aufgrund von Verträgen über die Durchführung von Linienverkehren zusammen. Die Gesellschafter erbringen den Linienverkehr im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und für eigene Rechnung (§ 3 Abs. 2 Satz 1 PBefG), und die Beklagte erbringt die dazu erforderlichen operativen Verkehrsleistungen (Nach- bzw. Subunternehmer). Sie stellt die sachlichen, personellen und organisatorischen Betriebsmittel zur Verfügung und kann sich zur Erbringung der ihr obliegenden Fahrleistungen Dritter bedienen. Der Vertrag enthält eine Reihe von Vorgaben für die Beklagte, etwa hinsichtlich der Fahrzeuge und Linieneinrichtungen, des Personals und des Fahrplans; die Fahrzeuge

sind mit einem Schild „im Auftrag des [Name des Gesellschafters]“ zu versehen. Die Beklagte erhält eine Vergütung, die ihr für „*die im Linienverkehr erbrachten Fahrleistungen Kostendeckung gewährt*“, und die „*sich aus den für den Linienverkehr ermittelten Kosten einschließlich der kalkulatorischen Zinsen und den geleisteten Wagen-km*“ ergibt. Die Tarife und Beförderungsbedingungen werden durch den Verkehrsverbund Rhein-Sieg festgelegt. Es werden Fahrausweise der Gesellschafter ausgegeben, und die Fahrgeldeinnahmen stehen den Gesellschaftern zu; die Gesellschafter sind berechtigt, Fahrausweiskontrollen auf den Fahrzeugen vornehmen.

5. Hintergrund der streitgegenständlichen Änderungen des Gesellschaftsvertrages sind Art. 8 Abs. 2 und Abs. 3 VO 1370/2007. Danach müssen Dienstleistungsaufträge, die dem Anwendungsbereich dieser Verordnung unterliegen, ab dem 3. Dezember 2019 im Einklang mit dieser Verordnung vergeben werden. Davon ausgenommen sind Dienstleistungsaufträge, die vor dem 26. Juli 2000 bzw. vor dem 3. Dezember 2009 vergeben worden sind; sie können – überwiegend in bestimmten zeitlichen Grenzen - für ihre vorgesehene Laufzeit gültig bleiben. Da die soeben genannten Verträge zwischen der Beklagten und ihren Gesellschaftern vor dem Inkrafttreten der VO 1370/2007 am 3. Dezember 2009 geschlossen worden sind, eine etwa zehnjährige Laufzeit haben und für den Fall, dass keine Kündigung erfolgt, vorsehen, dass sich die Vertragspartner über eine Fortführung des Vertrages für weitere zehn Jahre verständigen, sah die Beklagte Handlungsbedarf. Sie war der Ansicht, es bedürfe „spätestens ab dem 1. Januar 2019 einer Anschlussregelung für die (Alt-)Verträge gemäß Art. 8 Abs. 3 VO 1370/2007 nach den Regeln dieser Verordnung“, und zwar gerade auch im Hinblick auf eine „Direktvergabe an die RVK“ und damit an die Beklagte (Anlage K 5, S. 3f.). Sie hielt zu diesem Zweck eine Änderung des Gesellschaftsvertrages für erforderlich (Anlage K 12).

6. Nachdem die Gesellschafterversammlung der Beklagten am 11. Februar 2015 gegen die Stimmen der Klägerin beschlossen hatte, den Entwurf des geänderten Gesellschaftsvertrages den Gremien der Gesellschafter vorzulegen (Anlage K 8, S. 6; Anlage K 9, S. 1; Anlage K 12, S. 5), gab es Streit um die Rechtmäßigkeit dieser Änderungen. Die Klägerin ließ ihre Prozessbevollmächtigten ein Rechtsgutachten anfertigen (Anlage K 8) und teilte der Beklagten mit Schreiben vom 20. Mai 2015 mit, dass die „Änderungsvorschläge auf schwere rechtliche Bedenken stoßen“, und forderte sie auf, angesichts der „für eine gedeihliche Entwicklung in der Region“ benötigten „Rechtssicherheit“ davon Abstand zu nehmen (Anlage K 9, S. 1, 13). Die Beklagte ließ daraufhin ihrerseits eine anwaltliche Stellungnahme anfertigen, die zu dem Ergebnis kam, „das Vorbringen“ der Klägerin sei „mit rechtlich unvertretbaren Argumenten geradezu verfälschend konstruiert“, ziele „de facto auf eine Abwicklung“

der Beklagten und sei „umso unverständlicher, da der Rhein-Erft-Kreis seine ÖPNV-Marktorganisation künftig ohne die“ Beklagte „völlig frei... gestalten“ könne; die Klägerin wolle „ganz offensichtlich die Direktvergaben der anderen Mitgesellschafter verhindern“ (Anlage K 10, S. 15 f). Die Beklagte übersandte diese Stellungnahme an die Klägerin, worauf die Prozessbevollmächtigten der Klägerin mit einer anwaltlichen Stellungnahme vom 23. Juni 2015 noch einmal erwiderten (Anlage K 11).

7. Ungeachtet dieses Streits lud die Beklagte mit Schreiben vom 16./17. Juli 2015 zur Gesellschafterversammlung (Anlage K 12). Die Tagesordnung wies unter anderem die hier streitgegenständlichen Änderungen des Gesellschaftsvertrages auf, und zwar unter Punkt 5 „Änderung des Gesellschaftsvertrages der RVK – Neufassung der §§ 6-9“ und unter Punkt 6 „Änderung des Gesellschaftsvertrages der RVK – Neufassung der §§ 10-24“.

a) Tagesordnungspunkt 5 betraf die Verfügung über Geschäftsanteile (§ 6), das Ankaufsrecht der anderen Gesellschafter im Fall einer Verfügungsabsicht (§ 7), die Einziehung von Geschäftsanteilen (§ 8) und die Abfindung für den Fall einer Ausübung des Ankaufsrechts (§ 9). Der Zweck der Neufassung wurde wie folgt beschrieben (Anlage K 12, S. 52 f.):

*„Zum einen soll der Möglichkeit vorgebeugt werden, dass durch einen Verkauf bzw. eine Verfügung über den Geschäftsanteil an einen außenstehenden Dritten die Inhouse-Fähigkeit der Gesellschaft im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern gefährdet wird. Zum anderen soll vermieden werden, dass durch die Abtretung eines Geschäftsanteils ein bereits bestehendes Rechtsgeschäft aufgelöst wird, ohne dass dies von den anderen Gesellschaftern akzeptiert wird.“*

Deshalb sahen die Änderungen vor, dass die anderen Gesellschafter einer Verfügung über Geschäftsanteile mit einer 3/4-Mehrheit (statt bisher mit einer 2/3-Mehrheit) zustimmen müssen (§ 6 Abs. 1), dass die Zustimmungspflicht bei einer Übertragung auf verbundene Unternehmen nicht gilt, wenn die Übertragung die Inhouse-Fähigkeit der Gesellschaft gefährdet (§ 6 Abs. 2), dass die Zustimmungspflicht bei einer Nichtausübung des Ankaufsrechts nicht gilt, wenn die Übertragung an einen Dritten erfolgt, „welcher im Wettbewerb mit der Gesellschaft steht oder dessen Beteiligung an der Gesellschaft die Inhouse-Fähigkeit der Gesellschaft im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern gefährdet“ (§ 7 Abs. 2). Des Weiteren sahen die Änderungen vor, dass die Zustimmungspflicht bei einer Übertragung auf verbundene Unternehmen (§ 6 Abs. 2) und die Zustimmungspflicht bei einer Nichtausübung des Ankaufsrechts (§ 7 Abs. 2) sowie die Verpflichtung der anderen Gesellschafter, einen Geschäftsanteil zum Einstandspreis zu übernehmen (§ 6 Abs. 3)

*„unter dem Vorbehalt einer zuvor einvernehmlich erzielten Regelung über den Ausgleich der in der Gesellschaft nach dem Ausscheiden des abtretenden bzw. übertragenden Gesellschafters verbleibenden Remanenzkosten“ steht, „die ausschließlich auf die zum Zeitpunkt des Ausscheidens bestehenden und nur aus Rechtsgründen – bedingt durch das Ausscheiden – nicht mehr fortführbaren Geschäfte für deren jeweiligen Restlaufzeiten zwischen der Gesellschaft und dem ausscheidenden Gesellschafter zurückzuführen sind“ (§ 6 Abs. 4).*

Diese Änderungen wirken sich auf die Einziehung von Gesellschaftsanteilen (§ 8) aus, weil eine Einziehung gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters beschlossen werden kann, wenn in seiner Person ein wichtiger Grund geben ist, der „insbesondere im Falle eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 sowie § 7“ vorliegt (§ 8 Abs. 2 lit. c), und auf die Abfindung (§ 9), weil der Gesellschafter „im Falle der Ausübung des Ankaufsrechts (§ 7 Abs. 1) eine Abfindung in Höhe des Verkehrswertes des betroffenen Geschäftsanteils erhält.“

Im Zusammenhang mit der Einfügung des § 6 Abs. 4 steht die Neuregelung in § 19 Abs. 3 zur Verlustausgleichspflicht:

*„Soweit sich nach Absatz 1 negative Ergebnisse für Gesellschafter ergeben, sind diese von den einzelnen Gesellschaftern für jedes Geschäftsjahr bis zur Höhe von EUR 0,5 Mio. auszugleichen... Die Höchstgrenze gemäß Satz 1 ist auf Ausgleichsverpflichtungen gemäß § 6 Abs. 4 nicht anwendbar.“*

b) Tagesordnungspunkt 6 betraf die Organisationsverfassung (Geschäftsführer, Aufsichtsrat, Gesellschafterversammlung; §§ 10-18), die Finanzverfassung (Ergebniskonsolidierung und -verteilung, Wirtschaftsplan, Jahresabschluss; §§ 19-21) und die Schlussvorschriften (Bekanntmachungen, Landesgleichstellungsgesetz, Auflösung; §§ 22-24). Der Zweck der Neufassung der §§ 10-18 wurde wie folgt beschrieben (Anlage K 12, S. 54 f.):

*„Da die Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates derzeit die notwendige Kontrolle der jeweils zuständigen Behörden im Sinne der VO 1370 hindern, werden ausdrückliche Zustimmungsvorbehalte auf die nicht dem ÖPNV und ÖDA direkt erstreckenden Sachverhalte eingeschränkt. Ebenfalls ist es notwendig, maßgeblichen Einfluss des Aufsichtsrates auf die Geschäftsführung einzuschränken... Die Beschlusskompetenzen der Gesellschafterversammlung werden ausgeweitet. Ihr werden im Wesentlichen die Beschlusskompetenzen zugeordnet, die zuvor der Aufsichtsrat innehatte. Um den einzelnen Aufgabenträgern einen durch die anderen Gesellschafter nicht einschränkbaren Einfluss auf den ÖDA zu verschaffen, wird in § 16 Abs. 3 Satz 1 n) in Verbindung mit § 17 Abs. 1 a) Satz 3 ein ausschließliches Recht des jeweiligen Gesellschafters festgelegt, über ‚seinen‘ ÖDA zu entscheiden.*

*Dies betrifft Beschlüsse hinsichtlich Zustandekommen, Änderung und Beendigung eines ÖDA an die RVK. Zur dauerhaften Absicherung dieser Kompetenzen der einzelnen Aufgabenträger, die einen ÖDA vergeben, werden Satzungsänderungen der betreffenden Paragraphen unter Einstimmigkeitsvorbehalt gestellt.“*

Demgemäß sahen die Änderungen insbesondere folgende Neuregelungen vor: Der Aufsichtsrat ist nicht mehr zuständig für den Abschluss und die Änderung von Dienstverträgen mit den Geschäftsführern (§ 11 Abs. 6 a.F.; nunmehr Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung nach § 16 Abs. 3 Satz 1 lit. k). Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats ist eingeschränkt, weil er nur noch gilt, sofern die genannten Geschäfte „nicht bereits nach § 16 Abs. 3 von der Gesellschafterversammlung zu beschließen sind“ (§ 12 Satz 1 n.F.), weil er die Erteilung und den Widerruf von Prokuren und Handlungsvollmachten sowie den Abschluss von Arbeits- und Dienstverträgen, bei denen die Jahresvergütung eine von den Gesellschaftern durch Beschluss festzulegende Grenze überschreitet (§ 12 Abs. 1 lit. a, b a.F.; nunmehr Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung nach § 16 Abs. 3 Satz 1 lit. h), und wesentliche Veränderungen der Aktivitäten innerhalb des Unternehmensgegenstandes nicht mehr erfasst (§ 12 Abs. 1 lit. a, b, c a.F.) und weil er sich die Zustimmung zu weiteren Geschäften und Maßnahmen nicht mehr vorbehalten kann (§ 12 Abs. 2 a.F.). Die Gesellschafterversammlung ist nunmehr nach § 16 Abs. 3 Satz 1 lit. m für „die Zustimmung zu sämtlichen Rechtsgeschäften im Zusammenhang mit Auftragsverkehren und sonstigen Dienstleistungen“ für Gesellschafter, „soweit im Einzelfall ein Gesamtwert von 500.000,- Euro oder ein Jahreswert von 150.000,- Euro überschritten wird“, nur noch zuständig, wenn „kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 vorliegt.“ Daran anknüpfend ist sie nach dem neu eingefügten § 16 Abs. 3 Satz 1 lit. n zuständig für „das Zustandekommen, die Änderung oder die Beendigung eines öffentlichen Dienstvertrages nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007.“ Die Mehrheitserfordernisse für einen Gesellschafterbeschluss (§ 16 Abs. 4 a.F.: „3/4-Mehrheit“) werden grundsätzlich beibehalten (§ 17 Abs. 1a Satz 1 n.F.: „3/4-Mehrheit der abgegebenen Stimmen“), aber es werden für zwei Fälle Ausnahmeregelungen geschaffen: Änderungen der §§ 16 Abs. 3 Satz 1 lit. n, 17 Abs. 1a n.F. bedürfen der Einstimmigkeit (§ 17 Abs. 1a Satz 2 n.F.), und

*„bei Beschlüssen gemäß § 16 Abs. 3 Buchstabe n) ist alleine derjenige Gesellschafter stimmberechtigt, der selber oder dessen mittelbarer oder mittelbarer Eigentümer einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 an die Gesellschaft vergibt,“ wobei „die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft und die Interessen der übrigen Gesellschafter zu berücksichtigen“ sind (§ 17 Abs. 1a Satz 3 n.F.).*

Im Zusammenhang damit steht die Neuregelung in § 19 Abs. 3a zur Verlustausgleichspflicht:

*„Die Finanzierung von Verkehrsleistungen, die auf der Grundlage einer Direktvergabe gemäß § 16 Abs. 3 Buchstabe n) erbracht werden, richtet sich ausschließlich nach Maßgabe des entsprechenden öffentlichen Dienstleistungsauftrages dafür. Eine Pflicht der von diesem öffentlichen Dienstleistungsauftrag nicht betroffenen Gesellschafter zum Ausgleich von etwaigen Verlusten besteht insoweit ausdrücklich nicht. Die Höchstgrenze gemäß § 19 Abs. 3 ist auf die Finanzierungspflicht des betroffenen Gesellschafters aus dem öffentlichen Dienstleistungsauftrag nicht anwendbar.“*

8. Die Klägerin beantragte mit Schreiben vom 5. August 2015 vergeblich, die Tagesordnungspunkte 4, 5 und 6 von der Tagesordnung abzusetzen (Anlage K 13). Ausweislich des notariellen Protokolls der Gesellschafterversammlung vom 21. August 2015 (Anlage K 14) stellte der Vorsitzende der Versammlung fest, es „seien - „mit Ausnahme des Gesellschafters Oberbergischer Kreis in Gummersbach, der gemäß § 17 Absatz (9) schriftlich abgestimmt habe - alle Gesellschafter vertreten“ (Anlage K 14, S. 2). Es wurde festgehalten (Anlage K 14, S. 4):

*„Vor Eintritt in die Tagesordnung stellte der Vertreter der REVG Rhein-Erft-Verkehrsgesellschaft mbH, Herr Zylajew, den Antrag, die Tagesordnungspunkte 4., 5. und 6. von der heutigen Tagesordnung abzusetzen. Der Vorsitzende stellte diesen Antrag zur Abstimmung. Es wurde offen durch Handaufheben abgestimmt. Für diesen Antrag stimmte nur die REVG Rhein-Erft-Verkehrsgesellschaft mbH mit 8.948 Stimmen. Gegen diesen Antrag stimmten alle übrigen anwesenden und stimmberechtigten Gesellschafter. Der Vorsitzende gab das Abstimmungsergebnis bekannt und stellte fest, dass damit der Antrag der REVG Rhein-Erft-Verkehrsgesellschaft mbH mit großer Mehrheit abgelehnt und die Tagesordnung festgestellt worden sei.“*

Des Weiteren heißt es dort zu den Tagesordnungspunkten 4, 5 und 6 (Anlage K 14, S. 6f., 7f.):

*„Der Vorsitzende stellte alsdann den Antrag, §§ 1 bis 5 des Gesellschaftsvertrages der RVK werden vollständig aufgehoben und erhalten die den Gesellschaftern vorliegende, mit der Tagesordnung bekanntgegebene Neufassung' zur Abstimmung. Gegen diesen Antrag stimmte nur der Gesellschafter REVG Rhein-Erft-Verkehrsgesellschaft mbH mit 8.948 Stimmen. Die übrigen anwesenden stimmberechtigten Gesellschafter mit 53.688 Stimmen sowie der Oberbergische Kreis (schriftliche Stimmabgabe) mit 1.789 Stimmen, also insgesamt 55.477 Stimmen, stimmten für diesen Antrag. Der Vorsitzende gab das Abstimmungsergebnis bekannt und stellte fest, dass damit antragsgemäß mit der erforderlichen 3/4-Mehrheit beschlossen worden sei.“*

*„Der Vorsitzende stellte den Antrag, §§ 6 bis 9 des Gesellschaftsvertrages der RVK werden vollständig aufgehoben und erhalten die den Gesellschaf-*

*tern vorliegende, mit der Tagesordnung bekanntgegebene Neufassung' zur Abstimmung. Für diesen Antrag stimmten alle anwesenden Gesellschafter sowie im Wege der schriftlichen Stimmabgabe der Oberbergische Kreis. Der Vorsitzende gab das Abstimmungsergebnis bekannt und stellte fest, dass damit antragsgemäß mit der erforderlichen 3/4-Mehrheit beschlossen worden sei.“*

*„Der Vorsitzende stellte den Antrag, §§ 10 bis 24 des Gesellschaftsvertrages der RVK werden vollständig aufgehoben und erhalten die den Gesellschaftern vorliegende, mit der Tagesordnung bekanntgegebene Neufassung' zur Abstimmung. Gegen diesen Antrag stimmte die REVG Rhein-Erft-Verkehrsgesellschaft mbH mit 8.948 Stimmen. Die übrigen anwesenden stimmberechtigten Gesellschafter mit 53.688 Stimmen sowie der Oberbergische Kreis (schriftliche Stimmabgabe) mit 1.789 Stimmen, also insgesamt 55.477 Stimmen, stimmten für diesen Antrag. Der Vorsitzende gab das Abstimmungsergebnis bekannt und stellte fest, dass damit antragsgemäß mit der erforderlichen 3/4-Mehrheit beschlossen worden sei.“*

Im Termin zur mündlichen Verhandlung des Senats am 24. August 2016 konnte nicht geklärt werden, ob das notarielle Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 21. August 2015 der Klägerin zugestellt wurde.

9. Die privatschriftliche Niederschrift der Gesellschafterversammlung weist ebenfalls die genannten Abstimmungsergebnisse aus (Anlage B 2). Sie wurde am 2. September 2015 vom Vorsitzenden der Versammlung und vom Schriftführer unterzeichnet und der Klägerin am 11. September 2015 zugestellt. Gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 4 Satz 2 des Gesellschaftsvertrages ist „über die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, soweit nicht durch Gesetz eine notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist, eine Niederschrift aufzunehmen, die von dem Vorsitzenden der Versammlung zu unterschreiben ist“ (§ 18 Abs. 1 Satz 1) und einen bestimmten Inhalt haben soll (§ 18 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis Nr. 4 Satz 1), und „haben die Niederschriften die Vermutung der Richtigkeit für sich, wenn nicht innerhalb von einem Monat seit Zustellung der Niederschrift ein Gesellschafter schriftlich gegenüber dem Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung widerspricht“ (§ 18 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Satz 2). Die Klägerin tat dies nicht. Die privatschriftliche Niederschrift der nächsten Gesellschafterversammlung vom 14. Dezember 2015 weist aus, dass die privatschriftliche Niederschrift der Gesellschafterversammlung vom 21. August 2015 einstimmig genehmigt wurde, und zwar unter Einschluss der Stimmen der Klägerin, vertreten durch Herrn Zylajew (Anlage B 3).

10. Die Klägerin erhob mit Schriftsatz vom 17. September 2015 die Nichtigkeits- und Anfechtungsklage und führte darin aus: „Gegen die Stimme der Klägerin beschloss die Gesellschafterversammlung unter anderem die Satzungsänderungen gemäß der

Tagungsordnungspunkte 5 und 6 mit Bezugnahme auf die mit der Tagesordnung bekanntgegebene Neufassung.“ Sie zahlte am 21. September 2015 bei der Gerichtskasse Köln 8.460 € als Prozesskostenvorschuss ein, sie bat mit Schriftsatz vom 27. Oktober 2015 um Sachstandsmitteilung, und die Klage wurde aufgrund einer daraufhin ergangenen richterlichen Verfügung der Beklagten am 4. November 2015 zugestellt.

Die Beklagte machte in der Klageerwiderung – wie bereits zuvor in ähnlicher Weise – geltend, „die von der Klägerin aufgeworfenen kartellrechtlichen Bedenken“ seien „offenbar nur ein weiteres Mittel, um die Neuausrichtung der Gesellschaft zu behindern“ (GA 88). Die Klägerin hielt dem entgegen, die Beklagte möge „sich mit Mutmaßungen über die Motivation der Klägerin für die vorliegende Klage zurückhalten und stattdessen akzeptieren, dass die Klägerin von ihrem Recht Gebrauch mache, als Gesellschafterin der Beklagten unrechtmäßige Zustände zu beseitigen“ (GA 172).

11. Eine Anmeldung der Gesellschafterbeschlüsse gemäß § 8 Abs. 3b PBefG erfolgte nicht.

12. Mit Urteil vom 14. April 2016 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung. Sie rügt das landgerichtliche Urteil in mehrfacher Hinsicht und verfolgt ihr Klageziel weiter, hält an ihrem erstinstanzlichen Vorbringen fest und vertieft es.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Düsseldorf, Aktenzeichen 88 O (Kart) 61/15, vom 14. April 2016 abzuändern und

1. festzustellen, dass der Beschluss der Gesellschafterversammlung der beklagten Regionalverkehr Köln Gesellschaft mit beschränkter Haftung (RVK) vom 21. August 2015 gemäß Punkt 5 der Tagesordnung mit dem Inhalt

„§ 6 bis 9 des Gesellschaftsvertrages der RVK werden vollständig aufgehoben und erhalten die den Gesellschaftern vorliegende, mit der Tagesordnung bekanntgegebene Neufassung“

nichtig ist,

2. hilfsweise zum Klageantrag zu 1., den Beschluss für nichtig zu erklären,
3. festzustellen, dass der Beschluss der Gesellschafterversammlung der beklagten Regionalverkehr Köln Gesellschaft mit beschränkter Haftung (RVK) vom 21. August 2015 gemäß Punkt 6 der Tagesordnung mit dem Inhalt

„§ 10 bis 24 des Gesellschaftsvertrages der RVK werden vollständig aufgehoben und erhalten die den Gesellschaftern vorliegende, mit der Tagesordnung bekanntgegebene Neufassung“

nichtig ist,

4. hilfsweise zum Klageantrag zu 3., den Beschluss für nichtig zu erklären.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts, wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen und ergänzt es.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts sowie auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Die Änderungen der §§ 6-9 und §§ 10-24 des Gesellschaftsvertrages, die auf der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 21. August 2015 unter den Tagesordnungspunkten 5 und 6 beschlossen worden sind, sind ungeachtet der Frage, ob die Klageanträge zu weit gefasst sind und ob ein Rügeverzicht oder Rügeverlust anzunehmen ist, weder nichtig noch anfechtbar. Die Beschlussfassungen sind allerdings insoweit schwebend unwirksam, als die Klägerin den angegriffenen Satzungsbestimmungen in rechtswidriger Weise nicht zugestimmt hat und ihre Zustimmung noch erteilen kann. Das verhilft der Klage allerdings nicht zum Erfolg, weil die Klägerin einen auf die schwebende Unwirksamkeit bezogenen Klageantrag nicht zur Entscheidung gestellt hat.

A. Die Änderungen der §§ 6-9 und §§ 10-24 des Gesellschaftsvertrages, die auf der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 21. August 2015 unter den Tagesordnungspunkten 5 und 6 beschlossen worden sind, sind weder nichtig noch anfechtbar.

Die Klägerin greift die Erschwerung der Übertragung der Geschäftsanteile (§ 6 Abs. 1, § 6 Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3, § 6 Abs. 4, § 7 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 n.F.), die Pflicht zum Ausgleich der Remanenzkosten (§ 6 Abs. 4 n.F.) und das Alleinentscheidungsrecht bei einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 (§ 16 Abs. 3 Satz 1 lit. n n.F. in Verbindung mit § 17 Abs. 1a Satz 3 n.F.) unter den Gesichtspunkten von Verstößen gegen das Vergabe-, Kartell-, Beihilfen und Gesellschaftsrecht nach den §§ 241, 243 Abs. 1 AktG analog an. Im Hinblick auf das Vergabe-, Kartell- und Beihilfenrecht verfolgt sie unterschiedliche Argumentationslinien. Sie macht überwiegend geltend, die in der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 21. August 2015 unter den Tagesordnungspunkten 5 und 6 beschlossenen Satzungsänderungen seien „dazu bestimmt, in Zukunft Direktvergaben gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 zu ermöglichen“ (siehe dazu etwa: Schriftsatz vom 17.09.2015, S. 34; Schriftsatz vom 24.02.2016, S. 5; Schriftsatz vom 3.05.2016, S. 35, 53, 54; Schriftsatz vom 6.07.2016, S. 9; Schriftsatz vom 22.07.2016, S. 2) und die damit eröffnete Direktvergabe sei vergabe-, kartell- und beihilfenrechtlich unzulässig (siehe dazu etwa: Schriftsatz vom 17.09.2015, S. 34, 42, 46; Schriftsatz vom 24.02.2016, S. 3, 5 ff., 26 ff., 30; Schriftsatz vom 3.05.2016, S. 13 ff., 35, 54 f.; Schriftsatz vom 6.07.2016, S. 8 f., 20, 23, 23 f.; anders etwa Schriftsatz vom 17.09.2015, S. 42 ff., wo die Rechtfertigung der Kartellrechtswidrigkeit durch das Vergaberecht abgelehnt wird, und Schriftsatz vom 24.02.2016, S. 30 f., wo der Verstoß gegen das Beihilfenrecht wohl aus der Vergaberechtswidrigkeit abgeleitet wird, sowie Schriftsatz vom 3.05.2016, S. 35 ff., 53 und Schriftsatz vom 6.07.2016, S. 25, wo die Kartellrechtswidrigkeit mit der Vergaberechtswidrigkeit begründet wird; vgl. dazu auch das landgerichtliche Urteil unter II.1.e.aa. und II.2.c). Der Senat knüpft zugunsten der Klägerin an diese Argumentationslinie an. Denn es liegen – siehe dazu unter C. I. 2. - weder eine tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB noch ein tatbestandsmäßiger Marktmachtmissbrauch im Sinne des § 19 GWB vor, für deren kartellrechtliche Beurteilung es auf eine Vergaberechtskonformität bzw. Vergaberechtswidrigkeit ankommen könnte.

Im Hinblick auf den Vortrag der Klägerin, das Landgericht habe sich mit der „der Nichtigkeitsklage immanenten Anfechtungsklage nicht ansatzweise befasst“ bzw. „die insoweit aus guten Gründen ausdrücklich formulierten Hilfsanträge der Klägerin schlicht und einfach übersehen“ (Schriftsatz vom 3.05.2016, S. 9 ff., siehe dazu auch

S. 60, 61, 64 und Schriftsatz vom 6.07.2016, S. 7 f., 25 f.), ist darauf hinzuweisen, dass als Inhaltsmängel, die einen Beschluss wegen Gesetzeswidrigkeit anfechtbar machen, nur solche Verstöße gegen zwingendes objektives Recht in Betracht kommen, die nicht schon zur Nichtigkeit oder Unwirksamkeit führen (siehe dazu nur *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 104). Soweit ein Beschluss „durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die im öffentlichen Interesse gegeben sind“ (§ 243 Satz 1 Nr. 3 AktG Alt. 2 analog), wie es beim Vergabe-, Kartell- und Beihilfenrecht der Fall ist (siehe dazu nur *Schwab* in *K. Schmidt/Lutter*, Aktiengesetz, 3. Auflage 2015, § 241 Rdn. 29 und *Aschoff*, Gesellschaftsrechtliche Rechtsfolgen von Vergabebefehlen bezüglich der Abschlussprüfung, DZWIR 2008, 309, 313 sowie *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 75), oder mit dem Wesen der Gesellschaft nicht zu vereinbaren ist“ (§ 243 Satz 1 Nr. 3 Alt. 1 AktG analog), wozu ein Verstoß gegen bestimmte gesellschaftsrechtliche Vorschriften führen kann (siehe dazu nur *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 73), oder unwirksam ist, weil ein Wirksamkeitserfordernis fehlt, das aus bestimmten gesellschaftsrechtlichen Vorschriften wie etwa dem § 53 Abs. 3 GmbHG folgen kann (siehe dazu nur *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 40, 53, 54), kommt mithin eine Anfechtbarkeit wegen Gesetzeswidrigkeit unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen diese Vorschriften nicht in Betracht.

I. Die Änderungen der §§ 6-9 und §§ 10-24 des Gesellschaftsvertrages, die auf der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 21. August 2015 unter den Tagesordnungspunkten 5 und 6 beschlossen worden sind, sind nicht gemäß § 241 AktG analog nichtig. Die angegriffene Erschwerung der Übertragung der Geschäftsanteile (§ 6 Abs. 1, § 6 Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3, § 6 Abs. 4, § 7 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 n.F.), die angegriffene Pflicht zum Ausgleich der Remanenzkosten (§ 6 Abs. 4 n.F.) und das angegriffene Alleinentscheidungsrecht bei einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 (§ 16 Abs. 3 Satz 1 lit. n n.F. in Verbindung mit § 17 Abs. 1a Satz 3 n.F.) sind weder mit dem Wesen der Gesellschaft unvereinbar (§ 243 Satz 1 Nr. 3 Alt. 1 AktG analog) noch verletzen sie durch ihren Inhalt Vorschriften, die im öffentlichen Interesse gegeben sind (§ 243 Satz 1 Nr. 3 Alt. 2 AktG analog). Die insoweit gerügten Verstöße gegen das Vergabe-, Kartell-, Beihilfen- und Gesellschaftsrecht liegen nicht vor.

1. Die angegriffenen Satzungsänderungen sollen – so die Klägerin - Direktvergaben an die Beklagte gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 ermöglichen (siehe dazu bereits oben) bzw. – so die Beklagte – die Direktvergabefähigkeit der Beklagten nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 sicherstellen (siehe dazu etwa: Schriftsatz vom 17.12.2015, S. 3, 13; Schriftsatz vom 16.06.2016, S. 16; Schriftsatz vom 29.07.2016, S. 6). Ein In-

haltsmangel der angegriffenen Beschlussfassungen wegen Rechtsverletzung (§ 243 Satz 1 Nr. 3 Alt. 2 AktG analog) kommt unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten nicht in Betracht. Die Vorschriften des Vergaberechts sind allerdings Vorschriften, die im öffentlichen Interesse gegeben sind (so für die §§ 97 ff. GWB: *Schwab* in *K. Schmidt/Lutter*, Aktiengesetz, 3. Auflage 2015, § 241 Rdn. 29 und *Aschoff*, Gesellschaftsrechtliche Rechtsfolgen von Vergabefehlern bezüglich der Abschlussprüfung, DZWIR 2008, 309, 313). Die angegriffenen Beschlussfassungen beinhalten jedoch keine Vergabeentscheidungen, die gegen das Vergaberecht verstoßen könnten (siehe dazu *Schwab* in *K. Schmidt/Lutter*, Aktiengesetz, 3. Auflage 2015, § 241 Rdn. 29 und *Aschoff*, Gesellschaftsrechtliche Rechtsfolgen von Vergabefehlern bezüglich der Abschlussprüfung, DZWIR 2008, 309, 313; siehe dazu auch *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 74: „Nur wenn der Beschluss selbst gegen die Vorschriften verstößt, kommt Nichtigkeit in Betracht.“); sie leiten auch noch kein Vergabeverfahren ein.

Selbst wenn man in Anlehnung an Rechtsauffassungen zur Beurteilung von Gewinnverwendungsbeschlüssen eine Nichtigkeit nach § 243 Satz 1 Nr. 3 Alt. 2 AktG analog auch dann annehmen wollte, wenn zwar „nicht der Beschluss als solcher, sondern nur sein Vollzug gesetzeswidrig ist“ und der Gesetzesverstoß „intendiert oder unvermeidbar ist“ (siehe dazu nur *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 74, § 46 Rdn. 42), käme eine Nichtigkeit nicht in Betracht. Ungeachtet der Frage, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beschlussfassungen noch gar nicht absehbar war, wer der an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger künftig in welcher Form eine Inhouse-Vergabe an die Beklagte vornehmen würde, ist es nicht ausgeschlossen, dass eine auf der Grundlage der angegriffenen Satzungsänderungen erfolgende Direktvergabe an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) mit Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 und den diese Regelung ergänzenden nationalen Vorschriften vereinbar sein würde. Es sprechen erhebliche Gründe gegen die insoweit von der Klägerin vertretenen Rechtsauffassungen (siehe dazu etwa OLG München, Beschl. v. 31.03.2016, Verg 14/15, Rdn. 127 ff., 192 ff.)

a) Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 („Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien“ 2014/24/EU und 2014/25/EU [Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Strasse, 2014/C 92/01, Ziff. 2.1.1] „für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen werden jedoch gemäß den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren vergeben, sofern die Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskon-

zessionen im Sinne“ der Richtlinie 2014/23/EU [Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, 2014/C 92/01, Ziff. 2.1.1] „annehmen“) wirft die kontrovers diskutierte Frage auf, ob Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007, wenn es um öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen geht, das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU voraussetzt (So: OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 30.01.2014, 11 Verg 15/13, Rdn. 40 ff., 43 mit dem Hinweis, im Übrigen sei auf die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze zur Inhouse-Vergabe zurückzugreifen, und – zu Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007 - OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 10.11.2015, 11 Verg 8/15, Rdn. 38 ff. sowie – zu Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 - OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.12.2015, VII-Verg 34/15, B.a.) oder auch (öffentliche) Dienstleistungsaufträge im Sinne der Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU erfasst (So: OLG München, Beschl. v. 31.03.2016, Verg 14/15, Rdn. 130 ff.; OLG München Beschl. v. 22.06.2011, Verg 6/11, II.2, II.4; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.03.2011, VII-Verg 48/10, Rdn. 63 ff.; VK Rheinland, Beschl. v. 3.05.2016, VK VOL 27/2015, II., III.; VK Rheinland, Beschl. v. 29.04.2016, VK VOL 30/2015, II.).

Der zweiten Auffassung ist zu folgen. Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 erfasst auch dann, wenn es um öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen geht, Inhouse-Vergaben sowohl in Form einer Dienstleistungskonzession im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU als auch in Form eines (öffentlichen) Dienstleistungsauftrages im Sinne der Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU.

Die VO 1370/2007 hat einen weiteren bzw. anderen Begriff des (öffentlichen) Dienstleistungsauftrages als die Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU („entgeltliche Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen“). Ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag nach Art. 2 lit. e und lit. i VO 1370/2007 ist die Betrauung mit der Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht ohne Gegenleistung übernehmen würde, und zwar durch Vertrag, Gesetz, Verwaltungsakt oder die Entscheidung der Behörde, die Dienstleistungen selbst oder durch einen internen Betreiber zu erbringen; es werden auch (öffentliche) Dienstleistungsaufträge im Sinne der Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU als auch Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU erfasst (vgl. *Hölzl* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Art. 2 VO 1370/2007 Rdn. 13 ff., 18, 22 f., Art. 5 VO 1370/2007 Rdn. 7, 12 f., 15 ff.). Demgegenüber legt Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 das enge Verständnis eines (öffentlichen) Dienstleistungsauftrages im Sinne der Richtlinien

2014/24/EU und 2014/25/EU zugrunde (so auch *Hölzl* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Art. 5 VO 1370/2007 Rdn. 13). Da Inhouse-Vergaben in Form eines (öffentlichen) Dienstleistungsauftrages keine (öffentlichen) Dienstleistungsaufträge im Sinne der Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU sind (OLG München, Beschl. v. 31.03.2016, Verg 14/15, Rdn. 132; OLG München Beschl. v. 22.06.2011, Verg 6/11, II.2; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.03.2011, VII-Verg 48/10, Rdn. 66; VK Rheinland, Beschl. v. 3.05.2016, VK VOL 27/2015, II., III.; VK Rheinland, Beschl. v. 29.04.2016, VK VOL 30/2015, II.), wohl aber (öffentliche) Dienstleistungsaufträge im Sinne der VO 1370/2007, lässt die systematische Auslegung nur den Schluss zu, dass Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 auch diese Form der Inhouse-Vergabe erfasst.

Die VO 1370/2007 ist überdies ein „beihilfe- und vergaberechtliches Sonderregime“ (*Hölzl* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Vorbem. VO 1370/2007 Rdn. 2, 4, 7, 16) und hat unter anderem das Ziel, die Inhouse-Vergabe gegenüber der Rechtsprechung des EuGH in erweitertem Umfang zuzulassen (*Hölzl* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Art. 5 VO 1370/2007 Rdn. 28, 30, Art. 2 VO 1370/2007 Rdn. 26). Diese Zielsetzung würde unterlaufen, folgte man der Auffassung, Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 setze, wenn es um öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen geht, das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU voraus (so zutreffend OLG München, Beschl. v. 31.03.2016, Verg 14/15, Rdn. 140 und VK Südbayern, Beschl. v. 7.10.2015, Z3-3-3194-1-36-05/15, II.2.4). Dies wird besonders deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass der öffentliche Personennahverkehr mit Bussen und Straßenbahnen vielfach nicht gewinnbringend und damit nicht ohne erhebliche Ausgleichszahlungen im Sinne der VO 1370/2007 betrieben werden kann, so dass Dienstleistungskonzessionen häufig nicht in Betracht kommen werden (vgl. *Hölzl* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Vorbem. VO 1370/2007 Rdn. 2, 4, 7, 16, Art. 2 VO 1370/2007 Rdn. 13 ff., 18, Art. 5 VO 1370/2007 Rdn. 12 f., 15 ff.). Dieses Verständnis liegt auch erkennbar den die VO 1470/2007 ergänzenden nationalen Regelungen in den §§ 8 Abs. 4, 8a PBefG zugrunde.

b) Art. 5 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 lit. a und b VO 1370/2007 (Kontrolle über den internen Betreiber und Wettbewerbsverbot des internen Betreibers) ermöglicht gerade im Hinblick auf gemischt-öffentliche Betreiber wie die Beklagte verschiedene Fallgestaltungen.

Zum einen ist eine Inhouse-Vergabe möglich, wenn die unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger den gemischt-öffentlichen Betreiber gemeinsam kontrollieren und gemeinsam mit der Erbringung von Beförderungsleistungen innerhalb ihrer Zuständigkeitsbereiche im Verbund beauftragen und der gemischt-öffentliche Betreiber keine eigenen öffentlichen Personenverkehrsdienste außerhalb des damit umrissenen geographischen Gebiets erbringt (*Hölzl* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Art. 5 VO 1370/2007 Rdn. 21, 24, Art. 2 VO 1370/2007 Rdn. 29, 32, 44 mit dem Hinweis, dass interne Betreiber außerhalb des Zuständigkeitsbereichs Unteraufträge von Betreibern/internen Betreibern oder selbsterbringenden Behörden wahrnehmen dürfen; VK Rheinland, Beschl. v. 3.05.2016, VK VOL 27/2015, III.; siehe zum letzten Gesichtspunkt aber auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.03.2011, VII-Verg 48/10, Rdn. 110), wobei es nicht darauf ankommt, welche Organisationsform die Aufgabenträger für ihre Zusammenarbeit wählen (Erwägungsgrund 18 zur VO 1370/2007: „Gruppe, die – kollektiv oder durch ihre Mitglieder – integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste erbringt“; *Hölzl* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Art. 5 VO 1370/2007 Rdn. 21, Art. 2 VO 1370/2007 Rdn. 33; VK Rheinland, Beschl. v. 3.05.2016, VK VOL 27/2015, III.)

Zum anderen ist eine Inhouse-Vergabe möglich, wenn die unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger den gemischt-öffentlichen Betreiber zwar gemeinsam kontrollieren, aber nicht gemeinsam, sondern unabhängig voneinander mit der Erbringung von Beförderungsleistungen innerhalb ihrer jeweiligen Zuständigkeitsbereiche beauftragen und der gemischt-öffentliche Betreiber zwar keine eigenen öffentlichen Personenverkehrsdienste außerhalb der Zuständigkeitsbereiche der beteiligten Aufgabenträger, wohl aber im Zuständigkeitsbereich von einem oder mehreren anderen beteiligten Aufgabenträger erbringt (*Hölzl* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Art. 5 VO 1370/2007 Rdn. 33; *Wagner* in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, § 99 GWB Rdn 16 f.). Denn in diesem Fall von einer Direktvergabe durch eine einzelne Behörde auszugehen, die die alleinige Kontrolle über den gemischt-öffentlichen Betreiber ausüben müsse, und zu fordern, dass der gemischt-öffentliche Betreiber in den Zuständigkeitsbereichen der anderen beteiligten Behörden keine eigenen öffentlichen Personenverkehrsdienste erbringen dürfe (so VK Rheinland, Beschl. v. 29.04.2016, VK VOL 30/2015, II.), ist nicht überzeugend. Diese Voraussetzungen lägen typischerweise nicht vor, und eine Inhouse-Vergabe an einen gemischt-öffentlichen Betreiber in Form einer Einzelvergabe wäre daher nur in Ausnahmefällen zulässig, und dies, obwohl sich die VO 1370/2007, was die Erfordernisse von Kontrolle und Wettbewerbsverbot angeht, an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anlehnt

(Hözl in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Art. 5 VO 1370/2007 Rdn. 29, 33, 40; OLG München, Beschl. v. 31.03.2016, Verg 14/15, Rdn. 197; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.03.2011, VII-Verg 48/10, Rdn. 73 ff.). Der Europäische Gerichtshof (Urt. v. 19.04.2007, Slg. I 3034 Rdn. 57 ff. – Asemfo/Tragsa; siehe zu dieser Rechtsprechung auch *Wagner* in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, § 99 GWB Rdn. 16 f.) hat indes im Hinblick auf einen gemischt-öffentlichen Betreiber (Gesellschafter der Tragsa waren der spanische Staat mit 99 % und vier autonome Regionen mit je 1 % der Gesellschaftsanteile) ausgeführt, dass es auf die Kontrolle in Bezug auf den konkreten öffentlichen Dienstleistungsauftrag und eine Tätigkeit nicht außerhalb der Zuständigkeitsbereiche der beteiligten Behörden ankommt:

„Bezüglich der ersten Voraussetzung, dh. der Kontrolle durch die öffentliche Stelle, ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass der Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen deren öffentlichen Stellen das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft hält, grundsätzlich darauf hindeutet, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt... In diesem Zusammenhang kann der Auffassung nicht gefolgt werden, dass diese Voraussetzung nur bei den vom spanischen Staat erteilten Aufträgen erfüllt sei, nicht aber bei den von den Autonomen Regionen erteilten Aufträgen... Tragsa nämlich verpflichtet, die Aufträge auszuführen, die ihr von den öffentlichen Stellen, einschließlich der autonomen Regionen, erteilt werden... die Gebühren für ihr Tätigwerden nicht frei festlegen kann... Hinsichtlich der zweiten Voraussetzung, dass die Tragsa ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften verrichten muss, die ihre Anteile innehaben, ergibt die Rechtsprechung, dass die Voraussetzung, wenn die Anteile an einem Unternehmen von mehreren Körperschaften gehalten werden, erfüllt sein kann, wenn dieses Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen nicht unbedingt für eine bestimmte dieser Körperschaften, sondern für diese Körperschaften insgesamt verrichtet.“

Die Zulässigkeit einer Inhouse-Vergabe an einen gemischt-öffentlichen Betreiber in Form einer Einzelvergabe nur in Ausnahmefällen ließe überdies außer acht, dass – wie im Falle der Beklagten – die unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger einem Verkehrsverbund – hier dem Zweckverband Verkehrsverbund Rhein Sieg – angehören können, dessen Aufgabe – so etwa § 5 Abs. 3 ÖPNVG NRW – es ist, „auf eine integrierte Verkehrsgestaltung im öffentlichen Personenverkehr hinzuwirken.“ Im vorliegenden Fall nimmt der Zweckverband nach § 3

Abs. 4 der Satzung „die Aufgabe Tarif... nach den jeweils einschlägigen gesetzlichen Vorschriften wahr (derzeit: als Aufgabenträger nach § 8 Abs. 3 PBefG und als zuständige Behörde nach Artikel 9 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69“; diese Verordnung ist die Vorgängerverordnung der Verordnung 1370/2007 und wurde durch sie aufgehoben (Art. 10 Abs. 1 VO 1370/2007). Es handelt sich bereits aus diesem Grund um eine Gruppe von Behörden im Sinne der VO 1370/2007 (vgl. dazu Erwägungsgrund 18 zur VO 1370/2007; Art. 2 lit. m; *Hölzl* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Art. 5 VO 1370/2007 Rdn. 21, 24, Art. 2 VO 1370/2007 Rdn. 29, 32 f.). Der Zweck der VO 1370/2007, die interne Direktvergabe in den Verbundfällen nicht auf den Zuständigkeitsbereich einer einzelnen Behörde zu beschränken (*Hölzl* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Art. 2 VO 1370/2007 Rdn. 29), würde nicht nur dann erreicht, wenn der Verkehrsverbund von der Möglichkeit der Direktvergabe an den gemischt-öffentlichen Betreiber Gebrauch machte, sondern auch dann, wenn Einzelvergaben der Verbundmitglieder an den gemischt-öffentlichen Betreiber erfolgen würden.

c) Demgegenüber greifen die Einwände, die die Klägerin gegen eine auf der Grundlage der angegriffenen Satzungsänderungen erfolgende Direktvergabe an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 und den diese Regelung ergänzenden nationalen Vorschriften im Übrigen erhebt, nicht durch.

Soweit sie sich auf § 2 Abs. 10 ÖPNVG NRW beruft, ist ihr offensichtlich entgangen, dass – worauf die Beklagte zutreffend hingewiesen hat – als Reaktion auf den von der Klägerin für ihre Ansicht angeführten Beschluss der OLG Düsseldorf (Beschl. v. 2.03.2011, VII-Verg 48/10, Rdn. 142 ff.) der § 3 Abs. 2 Satz 2 ÖPNVG NRW („Die Aufgabenträger sind berechtigt, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne von Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nach Artikel 5 Absätze 2, 4, 5 und 6 direkt zu vergeben, soweit Bundesrecht dem nicht entgegensteht.“) geschaffen wurde, und zwar mit dem Ziel der „Aufhebung“ der vom OLG Düsseldorf angenommenen „Sperrwirkung des § 2 Absatz 10 ÖPNVG NRW für eine Direktvergabe von öffentlichen Verkehrsdienstleistungen“ (siehe dazu die Anlagen BB2 und BB3 zum Schriftsatz der Beklagten vom 16.06.2016).

Soweit die Klägerin auf § 3 TVgG NRW (Gebot des Mittelstandschutzes) verweist, hat sie offenkundig übersehen, dass – worauf die Beklagte zutreffend hingewiesen hat – dieses vergaberechtliche Gebot bei einer Inhouse-Vergabe nicht gilt (siehe dazu auch OLG München, Beschl. v. 31.03.2016, Verg 14/15, Rdn. 242, 244 f.). Dieses

Verständnis spiegelt sich auch in § 8a PBefG, der Art. 5 VO 1370/2007 als nationale Vorschrift ergänzt. Denn § 8a Abs. 3 PBefG stellt klar, dass Inhouse-Vergaben nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 zulässig sind (siehe dazu auch OLG München, Beschl. v. 31.03.2016, Verg 14/15, Rdn. 220), und § 8a Abs. 4 PBefG ordnet nur für den Fall, dass ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag nach Art. 5 Abs. 3 und 4 VO 1370/2007 vergeben wird, an, die Interessen des Mittelstandes angemessen zu berücksichtigen, und damit „gerade nicht für Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007, sondern ausdrücklich nur für wettbewerbliche Verfahren sowie die Direktvergabe unterhalb der Schwellenwerte“ (so zutreffend OLG München, Beschl. v. 31.03.2016, Verg 14/15, Rdn. 243). Allein dieses Verständnis entspricht – entgegen der Ansicht der Klägerin – auch dem Erwägungsgrund 9 der VO 1370/2007. Art. 5 VO 1370/2007 iVm. § 8a PBefG stellt überdies gegenüber dem § 3 TVgM NRW die speziellere und vorgehende Regelung dar (vgl. dazu auch OLG München, Beschl. v. 31.03.2016, Verg 14/15, Rdn. 244 f., 238).

Soweit die Klägerin geltend macht, der Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung würde verletzt, da „private Verkehrsunternehmen grundsätzlich dazu in der Lage sind, Verkehrsleistungen zu geringeren Kosten und damit wirtschaftlicher zu erbringen als die Beklagte“, da die Klägerin „unabhängig davon, in welcher Höhe die Beklagte Kosten produziert und ob diese Kosten überhaupt notwendig waren, in jedem Fall zur Erstattung verpflichtet ist“, und da „das Fehlen von Wettbewerb regelmäßig zu überhöhten Preisen und damit zu einem zu teuren Einkauf von Leistungen durch die öffentliche Hand führt“ (Schriftsatz vom 3.05.2016, S. 47, 48; Anlage 5 zum Schriftsatz vom 3.05.2016, S. 76 f.), ist dieser Vortrag nicht nur völlig unsubstantiiert, sondern auch haltlos. Eine Inhouse-Vergabe nach Art 5 Abs. 2 VO 1370/2007 ist an die Vorgaben der Art. 3, Art. 4 Abs. 1 lit. b, Art. 6 Abs. 1 iVm. dem Anhang VO 1370/2007 geknüpft, die darauf zielen, übermäßige Ausgleichsleistungen zu verhindern (siehe dazu auch Erwägungsgründe 27 und 28 der VO 1370/2007).

Soweit die Klägerin vorträgt, eine auf der Grundlage der angegriffenen Satzungsänderungen erfolgende Direktvergabe an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 und den diese Regelung ergänzenden nationalen Vorschriften sei „unvereinbar mit zentralen Zielen der VO 1370/2007“ (Schriftsatz vom 3.05.2016, S. 49 ff.), ist dieser Vortrag unschlüssig. Eine nach Maßgabe der VO 1370/2007 erfolgende Inhouse-Vergabe kann grundsätzlich – worauf die Beklagte zutreffend hingewiesen hat – nicht mit den Zielen der VO 1370/2007 unvereinbar sein. Umstände, die für einen Missbrauch der Regelungen

sprechen und eine andere Bewertung zulassen könnten, hat die Klägerin nicht dargetan.

Soweit die Klägerin schließlich meint, eine solche Direktvergabe würde gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen, geht sie fehl. Art. 12 Abs. 1 GG schützt vor der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates solange nicht, wie dadurch die private wirtschaftliche Betätigung nicht unmöglich gemacht oder unzumutbar eingeschränkt wird (siehe dazu nur *Hölzl* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Art. 5 VO 1370/2007 Rdn. 23 und OLG München, Beschl. v. 31.03.2016, Verg 14/15, Rdn. 225). Die Klägerin hat nicht dargetan, dass diese Voraussetzungen erfüllt sein würden. Zudem stellt der Vorrang der eigenwirtschaftlichen Verkehrserbringung nach § 8 Abs. 4 iVm § 8a Abs. 1 PBefG grundsätzlich sicher, dass sie nicht erfüllt sein können (siehe dazu nur OLG München, Beschl. v. 31.03.2016, Verg 14/15, Rdn. 227 f.), und zwar um so mehr, als § 8 Abs. 4 PBefG eine eigenwirtschaftliche Erbringung von Verkehrsleistungen auch dann annimmt, wenn „deren Aufwand gedeckt wird durch Ausgleichsleistungen auf der Grundlage von allgemeinen Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 2 und 3 der Verordnung (EG) 1370/2007“ und damit in Fällen, die nach dieser Verordnung als gemeinwirtschaftliche Erbringung von Verkehrsleistungen zu qualifizieren wären (siehe dazu *Hölzl* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Art. 2 VO 1370/2007 Rdn. 14 und BGH, Beschl. v. 7.02.2006, KVR 5/05, Rdn. 27 – DB Regio/üstra). In diesem Zusammenhang ist nicht nur hervorzuheben, dass der Zweckverband Verkehrsverbund Rhein-Sieg eine solche allgemeine Vorschrift nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 erlassen hat (siehe dazu Art. 14 Abs. 2, 7 bis 9 der Satzung). Es kommt hinzu, dass die Klägerin selbst vorgetragen hat, dass eine ganze Reihe kommunaler Verkehrsunternehmen, die dem Verband deutscher Verkehrsunternehmen angehören, im Jahr 2016 übereingekommen ist, angesichts „eigenwirtschaftlicher Konkurrenzansprüche von privaten Busunternehmen und DB RegioBus“, die sich „mittlerweile als Gefahr für Direktvergaben darstellen,“ gesetzgeberische Maßnahmen zu fordern, und für den Fall, dass anders „eine ausreichende Absicherung von Direktvergaben“ nicht erreicht werden könne, auch zu verlangen, den Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit abzuschaffen (Schriftsatz vom 22. Juli 2016; Anlage 14 zum Schriftsatz vom 22. Juli 2016). Selbst wenn man geringere Anforderungen an das Eingreifen des Art. 12 Abs. 1 GG stellen wollte, würde eine Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG daran scheitern, dass ein dann möglicher Eingriff durch § 8 Abs. 4 PBefG iVm. § 8a Abs. 1 PBefG gerechtfertigt wäre. Danach ist gesetzlich sichergestellt, dass eine Inhouse-Vergabe nur dann erfolgen darf, wenn kein eigenwirtschaftlicher Antrag eines privaten Unternehmens gestellt worden ist (siehe dazu bereits oben) und wenn die Inhouse-Vergabe „zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung“ vor-

genommen wird (vgl. dazu nur *Hölzl* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Art. 5 VO 1370/2007 Rdn. 23 und OLG München, Beschl. v. 31.03.2016, Verg 14/15, Rdn. 229).

2. Die angegriffenen Satzungsänderungen sind nicht gemäß § 241 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 3 Alt. 2 AktG analog iVm. §§ 1, 19 GWB nichtig. Sie sollen zwar Direktvergaben an die Beklagte gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 ermöglichen bzw. die Direktvergabefähigkeit der Beklagten nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 sicherstellen, aber ungeachtet der vergaberechtlichen Fragen kommt ein Inhaltmangel der angegriffenen Beschlussfassungen wegen Rechtsverletzung (§ 243 Satz 1 Nr. 3 Alt. 2 AktG analog) unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten nicht in Betracht. Die Vorschriften des Kartellrechts sind allerdings Vorschriften, die im öffentlichen Interesse gegeben sind (K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 75). Die angegriffenen Satzungsänderungen verletzen jedoch dadurch, dass sie auf Direktvergaben der unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) gerichtet sind und dass es der Erwartung aller Aufgabenträger mit Ausnahme der Klägerin entspricht, dass jeder von ihnen auch weiterhin die Beklagte mit der Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs beauftragen wird, durch ihren Inhalt nicht die §§ 1, 19 GWB. Denn es liegen weder eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB noch ein Marktmissbrauch im Sinne des § 19 GWB vor.

a) Es kann dahinstehen, ob die an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar über eigene Verkehrsgesellschaften als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger als Unternehmen anzusehen sind. Selbst wenn der europäische Unternehmensbegriff maßgebend sein sollte (siehe dazu nur *Nothdurft* in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, § 19 GWB Rdn. 63 und *Krauß* in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, § 1 GWB Rdn. 57), wonach die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand zu Zwecken der nicht-wirtschaftlichen Weiterverwendung keine wirtschaftliche Tätigkeit ist (siehe dazu nur EuGH, Urt. v. 11.07.2006, C-205/03 P, Slg. I-6319 Rdn. 17 f., 21 f., 25 ff. – FENIN und *Nothdurft* in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, § 19 GWB Rdn. 62 mit weiteren Nachweisen), spräche alles dafür, dass er hier zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beschlussfassungen erfüllt gewesen wäre. Denn nach dem auch danach noch praktizierten Organisations- und Vertragsmodell (siehe dazu die „Verträge über die Durchführung von Linienverkehren“ und Anlage K 5 zum Schriftsatz der Klägerin vom 17.09.2015) beschaffen die an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger – selbst oder durch ihre Verkehrsgesellschaften - Dienstleistungen, die in den für die Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs erforderlichen operativen Verkehrsleistungen be-

stehen, um damit – selbst oder durch ihre Verkehrsgesellschaften – Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr zu erbringen, die ihrerseits wirtschaftlichen Charakter haben; die Beklagte wird in diesem Organisations- und Vertragsmodell als Nach- oder Subunternehmer tätig (siehe dazu nur BGH, Beschl. v. 7. Februar 2006, KVR 5/05, Rdn. 17 f., 23 f., 27, 46 – DB Regio/üstra). Auch wenn das künftige Organisations- und Vertragsmodell gerade im Hinblick auf die Rolle, die die aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften darin haben werden, noch weitgehend unklar ist, würde sich, soweit es auf Direktvergaben an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 aufbauen würde, nichts daran ändern, dass die beteiligten Aufgabenträger die für die Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs erforderlichen Verkehrsleistungen (je nach gewählten Modell auch durch ihre Verkehrsgesellschaften) beschaffen sowie durch ihre Verkehrsgesellschaften (wenn auch je nach gewählten Modell mit unterschiedlichen Aufgaben und Funktionen) und (zumindest auch) durch die Beklagte als internen Betreiber im Sinne des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 in wirtschaftlicher Weise erbringen würden (siehe zu möglichen künftigen Organisations- und Vertragsmodellen Anlage K 5 zum Schriftsatz der Klägerin vom 17.09.2015).

b) Die angegriffenen Satzungsänderungen verstoßen – die Unternehmenseigenschaft der an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar über eigene Verkehrsgesellschaften als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger unterstellt – nicht gegen § 1 GWB. Sie stellen sich zwar nicht als Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung, wohl aber als Vereinbarungen zwischen Unternehmen im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens dar. Es liegt jedoch keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB vor.

aa) Unternehmensvereinigungen im Sinne des § 1 GWB liegen nicht schon dann vor, wenn – wie die Klägerin zu meinen scheint – mehrere Unternehmen eine Gesellschaft gründen (vgl. dazu auch Senat, Urt. v. 26.02.2014, VI-U (Kart) 35/12, WuW/E DE-R 4492, 4496 - Zertifizierungspraxis). Unternehmensvereinigungen können zwar auch als Gesellschaften auftreten, die selbst Unternehmen sind, dann muss es sich aber um Gesellschaften handeln, deren Zweck es nicht nur ist, die Interessen ihrer Mitgliedsunternehmen wahrzunehmen und etwa die unternehmerische Tätigkeit ihrer Mitgliedsunternehmen zu fördern (so etwa § 1 GenG), sondern auch, einen koordinierenden Einfluss auf das Marktverhalten ihrer Mitgliedsunternehmen zu nehmen und in den Wettbewerb zwischen ihren Mitgliedsunternehmen untereinander oder im Verhältnis zu Dritten einzugreifen (wie etwa Taxigenossenschaften; siehe dazu: Senat, Urt. v. 15.07.2015, VI-U (Kart) 13/14, WuW/E DE-R 4844, 4849 f. - IHF-Abstellbedingungen; Senat, Urt. v. 26.02.2014, VI-U (Kart) 35/12, WuW/E DE-R

4492, 4496 – Zertifizierungspraxis; *Zimmer* in Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 Rdn. 73, 76; *Hengst* in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, Art. 101 AEUV Rdn. 103; *Krauß* in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, § 1 GWB Rdn. 103; *Paschke* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2015, Art. 101 AEUV Rdn. 47 f.). Dies folgt daraus, dass es sich bei dem Verbot von wettbewerbsbeschränkenden Beschlussfassungen einer Unternehmensvereinigung um einen Umgehungstatbestand handelt: Das organisationsrechtlich zuständige Organ regelt aufgrund einer satzungsmäßigen Ermächtigung das Wettbewerbsverhalten der angeschlossenen Unternehmen, und der Beschluss einer Unternehmensvereinigung hat damit die gleichen Wirkungen wie eine Vereinbarung zwischen diesen Unternehmen, häufig sogar noch schwerwiegende, weil er auch die überstimmten oder abwesenden Mitgliedsunternehmen bindet. Unternehmen sollen sich jedoch nicht allein dadurch, dass sie ihr Wettbewerbsverhalten über institutionalisierte Formen der Zusammenarbeit abstimmen, dem Kartellverbot entziehen können (siehe dazu: Senat, Urt. v. 15.07.2015, VI-U (Kart) 13/14, WuW/E DE-R 4844, 4849 f. - IHF-Abstellbedingungen; *Hengst* in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, Art. 101 AEUV Rdn. 103; *Paschke* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2015, Art. 101 AEUV Rdn. 47).

Die Beklagte hat keinen solchen Gesellschaftszweck, denn ihr Unternehmensgegenstand ist gemäß § 3 Abs. 1 ihres Gesellschaftsvertrages idFv. 21. August 2015 die Durchführung des Personennahverkehrs und hiermit zusammenhängende Nebengeschäfte, die der Förderung des Hauptgeschäfts dienen. Ihr Gesellschaftsvertrag enthält auch keine satzungsmäßige Ermächtigung, die es der Gesellschafterversammlung gestatten würde, das Marktverhalten der an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar beteiligten Aufgabenträger oder der unmittelbar beteiligten aufgabenträgerigen Verkehrsgesellschaften zu regeln, und zwar weder, was die Beschaffung der für die Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs erforderlichen Verkehrsleistungen angeht, noch, was die Erbringung von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr betrifft. Vorliegend ist auch nicht zu erkennen, wie es den Organen der Beklagten und insbesondere ihrer Gesellschafterversammlung möglich sein sollte, das Marktverhalten der an ihr unmittelbar oder mittelbar Beteiligten zu beeinflussen. Denn, ungeachtet der Frage, ob die Aufgabenträger oder die aufgabenträgerigen Verkehrsgesellschaften im heutigen oder im künftigen Organisations- und Vertragsmodell (siehe zu möglichen künftigen Organisations- und Vertragsmodellen Anlage K 5 zum Schriftsatz der Klägerin vom 17.09.2015) bei der Beschaffung und/oder der Erbringung von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr in einem Wettbewerbsverhältnis miteinander stehen, entscheidet bis-

lang und in Zukunft jeder Aufgabenträger selbst, wie er den öffentlichen Personenahverkehr in seinem Zuständigkeitsbereich organisiert sowie ob und wie er dabei die Beklagte einbindet. Außerdem ist es der Zweckverband Verkehrsverbund Rhein-Sieg, der auch vermittels der Verkehrsverbund Rhein-Sieg GmbH, seiner hundertprozentigen Tochtergesellschaft, für seinen Zuständigkeitsbereich das koordinierte Verkehrsangebot, den Gemeinschaftstarif und die gemeinsamen Beförderungsbedingungen bisher festlegt und künftig festlegen wird (§ 3, 7a, 14 der Satzung); dies verkennt die Klägerin, wenn sie sich für ihre Auffassung auf den Beschluss des Bundeskartellamtes vom 13. Juli 2010 (B 9-74/10) und das Urteil des Senats vom 17. November 1998 (U (Kart) 33/96) beruft, denn in diesen beiden Fällen waren die Verkehrsunternehmen die Gesellschafter der mit diesen Aufgaben betrauten Gesellschaften. Im vorliegenden Fall wäre demnach am ehesten der Zweckverband Verkehrsverbund Rhein-Sieg als Unternehmensvereinigung anzusehen, da die Aufgabenträger in der Verbandsversammlung vertreten und die Verkehrsunternehmen über Kooperationsverträge und Beiratsmitgliedschaft mit der Verkehrsverbund Rhein-Sieg GmbH verbunden und darüber im Tarifbeirat der Verbandsversammlung vertreten sind (§§ 2, 6, 7a, 11 Abs. 11, 14 Abs. 1 bis Abs. 3 der Satzung).

bb) Es handelt sich bei der Beklagten um ein Gemeinschaftsunternehmen der an ihr unmittelbar oder mittelbar über eigene Verkehrsgesellschaften als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger. Dabei erscheint nicht gänzlich zweifelsfrei, dass es sich um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen bzw. eine selbständige Wirtschaftseinheit handelt (siehe dazu nur *Krauß* in *Langen/Bunte*, *Kartellrecht*, 12. Auflage 2014, § 1 Rdn. 294 f.). Die Beklagte tritt im derzeit praktizierten Organisations- und Vertragsmodell nicht unter eigenem Namen auf, ihre Fahrgeldeinnahmen stehen den Gesellschaftern zu, und sie trifft keine Ergebnisverantwortung, da für die erbrachten operativen Verkehrsleistungen Kostendeckung gewährt wird und die Gesellschafter zur Verlustübernahme verpflichtet sind (siehe dazu die bisherigen Verträge über die Durchführung von Linienverkehren und § 19 Abs. 3 a.F./§ 19 Abs. 3 und Abs. 3a n.F. des Gesellschaftsvertrages der Beklagten). Sie ist aber Mitinhaberin von Liniengenehmigungen (§§ 2 Abs. 1, 3 PBefG), und die geschilderten Besonderheiten mögen lediglich dem Umstand geschuldet sein, dass die Beklagte bislang „den Verkehr“ nicht „im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und für eigene Rechnung“ betrieben hat (§ 3 Abs. 2 Satz 1 PBefG), sondern lediglich als Nach- oder Subunternehmer tätig geworden ist. Die Frage, ob die Beklagte in Zukunft an Selbständigkeit gewinnen wird, lässt sich derzeit nicht beurteilen. Denn wie die Rolle der Beklagten im künftigen Organisations- und Vertragsmodell genau aussehen wird, ist derzeit noch nicht klar; allerdings muss künftig der öffentliche Dienstleistungsauftrag unmittelbar zwischen dem Aufgabenträger und (zumindest auch) der Beklagten geschlos-

sen werden und (zumindest auch) die Beklagte Inhaberin der Konzessionen sein (siehe zu möglichen künftigen Organisations- und Vertragsmodellen Anlage K 5 zum Schriftsatz der Klägerin vom 17.09.2015).

cc) Auf diese Frage kommt es hier letztlich nicht entscheidend an, weil es sich um ein vertikales Gemeinschaftsunternehmen handelt, und es daher für die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung in jedem Fall darauf ankommt, dass es entweder eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Mutterunternehmen auf einem nachgelagerten Markt (Kollusion) gibt oder aber bewirkt wird, dass Konkurrenten der Mutterunternehmen auf dem nachgelagerten Markt von den Dienstleistungen des Gemeinschaftsunternehmens abgeschnitten und dadurch von diesem Markt verdrängt werden (Marktabstottung); siehe dazu: *Krauß* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, § 1 Rdn. 299; *Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rdn. 312, 324, 333, 339; *Pohlmann* in *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage 2015, Art. 101 AEUV Rdn. 377, 417, 427, 452; vgl. auch EuG, Urt. v. 8.10.2002, T-185/00, T-216/00, T-299/00 und T-300/00, Slg. II-3805 Rdn. 63, 83, - *Métropole télévision SA (M 6)* u.a. und EuG, Urt. v. 15.09.1998, T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, Slg. II-3141 Rdn. 149 ff. sowie Kommission ABl. EU 2011 Nr. C 11, 1 Rn. 174, 159, 179 – Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit).

Eine dem vertikalen Gemeinschaftsunternehmen zurechenbare Wettbewerbsbeschränkung wird heute demgegenüber nicht mehr darin gesehen, dass „Abschottungseffekte“ auch daraus folgen können, dass die Mutterunternehmen bisher Dritte beauftragt haben und nun ein Gemeinschaftsunternehmen gründen und beauftragen, so dass für Dritte die bisherige Nachfrage der Mutterunternehmen entfällt („Koordinierung des Nachfrageverhaltens“). Eine solche Betrachtung „überdehnt den ohnehin diffusen Begriff der Marktabstottung, denn das Kartellrecht schützt die Anbieter nicht davor, dass die bisherigen Nachfrager zur Selbsterbringung übergehen“ (so *Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rdn. 334 zu Produktionsgemeinschaftsunternehmen von Nichtwettbewerbern; anders noch *Pohlmann* in *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage 2015, Art. 101 AEUV Rdn. 428 unter Bezug auf ältere Entscheidungen der Kommission: Kommission, E. v. 20.10.1978, IV/29.133, ABl. 1978 Nr. L 322/26, S. 32, 33 – WANO Schwarzpulver; Kommission, E. v. 13.07.1983, IV/30.437, ABl. 1983 Nr. L 224/19, S. 25, 27 - Rockwell/Iveco; Kommission, E. v. 20.07.1988, IV/31.902, ABl. Nr. L 230/39, S. 43 – Iveco/Ford). Ei-

ne solche Betrachtung stünde auch im Widerspruch dazu, dass selbst ein marktmächtiges Unternehmen „grundsätzlich nicht gehindert ist, „seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie es dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig erachtet“ und diese Freiheit ihre Grenzen nur in den Vorschriften der Missbrauchsaufsicht findet (BGH, Urt. v. 6.10.2015, KZR 87/13, Rdn. 50, 59 – Porsche-Tuning). Sie stünde in Fällen, in denen wie hier eine vergaberechtlich zulässige Direktvergabe an das Gemeinschaftsunternehmen als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) in Frage steht, schließlich nicht im Einklang mit den vergaberechtlichen Wertungen; der Bundesgerichtshof hat eine Durchbrechung der vergaberechtlichen Zulässigkeit demgemäß bislang auch nur im Rahmen der Missbrauchsaufsicht in Betracht gezogen (siehe dazu nur BGH, Urt. v. 5.06.2012, X ZR 161/11, Rdn. 17).

Es ist nicht festzustellen, dass die angegriffenen Satzungsänderungen eine Kollusion oder eine Marktabschottung oder sonstige „Abschottungseffekte“ auf den hier infrage kommenden Märkten bewirken.

(1) Der Bundesgerichtshof unterscheidet im Hinblick darauf, dass die Aufgabenträger im öffentlichen Personennahverkehr eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr als eine Aufgabe der Daseinsvorsorge sicherzustellen haben, einen Aufgabenträgermarkt und einen Fahrgastmarkt. Auf dem Aufgabenträgermarkt „beschaffen die Aufgabenträger Dienstleistungen, die in der Errichtung, Unterhaltung und dem Betrieb eines Verkehrsnetzes im öffentlichen Personennahverkehr bestehen, die die Verkehrsnachfrage im öffentlichen Personennahverkehr befriedigen,“ und „konkurrieren Verkehrsunternehmen um die Erlangung der zivil- und/oder öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen dafür, dass sie ihre Verkehrsleistungen bereitstellen und auf diesem Wege auch auf dem Fahrgastmarkt anbieten können“. Der Fahrgastmarkt ist demgegenüber ein Angebotsmarkt für die Erbringung liniengebundener Verkehrsdienstleistungen gegenüber dem Fahrgast (siehe zum Ganzen BGH, Beschl. v. 7. Februar 2006, KVR 5/05, Rdn. 3, 17 f., 23 f., 27, 46 – DB Regio/üstra).

(2) Die angegriffenen Satzungsänderungen bewirken keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar beteiligten Aufgabenträger oder der unmittelbar beteiligten aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften bei der Erbringung von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr auf dem Fahrgastmarkt. Dabei erscheint schon äußerst zweifelhaft, dass die Aufgabenträger oder die aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften im heutigen oder im künftigen Organisations- und Vertragsmodell (siehe zu möglichen künftigen

Organisations- und Vertragsmodellen Anlage K 5 zum Schriftsatz der Klägerin vom 17.09.2015) auf dem Fahrgastmarkt in einem Wettbewerbsverhältnis miteinander stehen, denn sie können/könnten nur in ihrem jeweils eigenen Zuständigkeitsbereich Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr erbringen (§ 3 Abs. 1 ÖPNVG NRW). Ungeachtet dessen betreffen die angegriffenen Satzungsänderungen nicht den Fahrgastmarkt, sondern die Beschaffung der für die Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs erforderlichen Verkehrsleistungen und damit den Aufgabenträgermarkt. So lautet dann auch der Vorwurf der Klägerin, die Direktvergabe nehme den Konkurrenten die Chance, Angebote abzugeben, bzw. diene dem Ausschluss jeglichen Wettbewerbs um die Erbringung der Leistungen, die Gegenstand der Direktvergabe seien, und betroffen sei der „Wettbewerb um den Markt“ [Aufgabenträgermarkt] (so etwa Schriftsatz vom 3.05.2016, S. 35 und Schriftsatz vom 6.07.16, S. 11, 12, 20). Eine durch die angegriffenen Satzungsänderungen bewirkte wie auch immer geartete Koordinierung des Marktverhaltens auf dem Fahrgastmarkt ist auch nicht ersichtlich. Dagegen spricht nicht nur, dass der „Wettbewerb im Markt“ [Fahrgastmarkt] bereits „aufgrund des bestehenden Regulierungsrahmens nur sehr schwach ausgeprägt ist“ (BKartA, Fallbericht. v. 13.07.2010, B 9-74/10), sondern insbesondere, dass es – wie bereits ausgeführt - der Zweckverband Verkehrsverbund Rhein-Sieg ist, der für seinen Zuständigkeitsbereich das koordinierte Verkehrsangebot, den Gemeinschaftstarif und die gemeinsamen Beförderungsbedingungen bisher festlegt und künftig festlegen wird.

Vor diesem Hintergrund sind die Satzungsänderungen auch keine „Vereinbarungen von Verkehrsunternehmen, die dem Ziel dienen, für eine Integration der Nahverkehrsbedienung zu sorgen,“ und die „zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung bei der Genehmigungsbehörde bedürfen“ (§ 8 Abs. 3 b PBefG; siehe dazu auch BKartA, Fallbericht. v. 13.07.2010, B 9-74/10: „Nach Auffassung der Beschlussabteilung gilt diese Ausnahmenvorschrift nicht für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die den ‚Wettbewerb um den Markt‘, d.h. den Aufgabenträgermarkt, betreffen.“).

(3) Die angegriffenen Satzungsänderungen bewirken nicht, dass Konkurrenten der an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar beteiligten Aufgabenträger oder der unmittelbar beteiligten aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften bei der Erbringung von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr auf dem Fahrgastmarkt von den Dienstleistungen der Beklagten abgeschnitten und dadurch von diesem Markt verdrängt werden. Eine solche Wettbewerbsbeschränkung ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht geltend gemacht. Ihr Vortrag, die Direktvergabe nehme den Konkurrenten die Chance, Angebote abzugeben (siehe dazu soeben), macht ganz deutlich, dass sie vielmehr darauf abhebt, dass private

Verkehrsunternehmen als Wettbewerber der Beklagten betroffen seien und dass sie statt der Beklagten von den an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger beauftragt werden wollen. Eine Marktabschottung ist auch nicht erkennbar. Denn ungeachtet der Frage, ob die privaten Verkehrsunternehmen mit den Aufgabenträgern oder mit den aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften auf der Grundlage des heutigen oder des künftigen Organisations- und Vertragsmodells (siehe zu möglichen künftigen Organisations- und Vertragsmodellen Anlage K 5 zum Schriftsatz der Klägerin vom 17.09.2015) auf dem Fahrgastmarkt in einem Wettbewerbsverhältnis stehen, ist es völlig fernliegend anzunehmen, dass die privaten Verkehrsunternehmen die Beklagte würden beauftragen müssen, um auf dem Fahrgastmarkt tätig werden zu können.

(4) Die angegriffenen Satzungsänderungen bewirken keine sonstigen „Abschottungseffekte“ bei der Beschaffung der für die Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs erforderlichen Verkehrsleistungen und damit auf dem Aufgabenträgermarkt. Ungeachtet der Frage, ob die Aufgabenträger oder die aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften im heutigen oder im künftigen Organisations- und Vertragsmodell (siehe zu möglichen künftigen Organisations- und Vertragsmodellen Anlage K 5 zum Schriftsatz der Klägerin vom 17.09.2015) auf dem Aufgabenträgermarkt als Nachfrager in einem Wettbewerbsverhältnis miteinander stehen, ist eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch eine Koordinierung des Nachfrageverhaltens nicht ersichtlich. Denn die an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger haben auch bisher die Beklagte – selbst oder durch ihre Verkehrsgesellschaften - beauftragt, so dass die angegriffenen Satzungsänderungen für die betroffenen dritten Verkehrsunternehmen keine Nachfrage entfallen lassen können. Darüberhinaus stellt der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit (§§ 8 Abs. 4, 8a Abs. 1 PBefG) iVm. den allgemeinen Vorschriften (Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007) des Zweckverbandes Verkehrsverbund Rhein-Sieg – wie bereits ausgeführt - sicher, dass auch Dritte - und zwar vorrangig – Angebote abgeben können, weil eine Inhouse-Vergabe nur dann erfolgen darf, wenn kein eigenwirtschaftlicher Antrag eines privaten Unternehmens gestellt worden ist. Dass dies in der Praxis funktioniert, belegt der Vortrag der Klägerin, dass kommunale Verkehrsunternehmen heute fordern, angesichts „eigenwirtschaftlicher Konkurrenzanträge von privaten Busunternehmen und DB RegioBus“, die sich „mittlerweile als Gefahr für Direktvergaben darstellen,“ den Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit abzuschaffen (Schriftsatz vom 22. Juli 2016; Anlage 14 zum Schriftsatz vom 22. Juli 2016).

dd) Die Beklagte ist kein horizontales Gemeinschaftsunternehmen, so dass es für eine ihm zurechenbare Wettbewerbsbeschränkung darauf ankäme, ob die angegrif-

fenen Satzungsänderungen zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Mutterunternehmen auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens führt (siehe dazu: BGH, Beschl. v. 4.03.2008, KVZ 55/07, WuW/E DE-R 2361, 2362 – Nord-KS/Xela; BGH, Beschl. v. 8.05.2001, KVR 12/99, WuW/E DE-R 711, 716 ff. – Ost-Fleisch; Senat, Beschl. v. 15.07.2014, WuW/E DE-R 3993, 3997 f. - Chemikalienhandel; *Krauß* in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, § 1 Rdn. 295 ff.; *Zimmer* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rdn. 322; *Pohlmann* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2015, Art. 101 AEUV Rdn. 346, 360, 417, 420 ff., 448). Die Klägerin macht insoweit geltend, die an der Beklagten unmittelbar beteiligten aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften seien Verkehrsunternehmen, die Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr gegenüber den Fahrgästen erbrächten und Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr nicht nachfragten, sondern gegenüber den Aufgabenträgern anböten, und sie seien Wettbewerber der Beklagten, weil sie Inhaber von Gemeinschaftslinien seien und Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr in demselben Gebiet erbrächten (so etwa: Schriftsatz vom 17.09.2015, S. 36; Schriftsatz vom 24.02.2016, S. 29; Schriftsatz vom 3.05.2016, S. 32; ausführlich Schriftsatz vom 6. Juli 2016, S. 11 f., 13 f., 16 ff., 20 f.). Der Vortrag der Klägerin ist unzureichend, weil er sich auf das bislang praktizierte Organisations- und Vertragsmodell bezieht und jegliche Ausführungen dazu vermissen lässt, welche Funktionen die aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften und die Beklagte im künftigen Organisations- und Vertragsmodell haben werden und in welchem Verhältnis sie dann zueinander stehen werden.

Im Übrigen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die an der Beklagten unmittelbar beteiligten aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften und die Beklagte heute oder in Zukunft auf dem Aufgabenträgermarkt als Anbieter in einem Wettbewerbsverhältnis miteinander stehen. Ungeachtet der Tatsache, dass sie alle Inhouse-Gesellschaften derselben Aufgabenträger sind und ein kartellrechtlich relevantes Wettbewerbsverhältnis schon daher fraglich ist, müssten sie im Verhältnis zu den Aufgabenträgern um die Erlangung der zivil- und/oder öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen dafür „konkurrieren“, dass sie ihre Verkehrsleistungen bereitstellen und auf diesem Wege auch auf dem Fahrgastmarkt anbieten können (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 7. Februar 2006, KVR 5/05, Rdn. 23 f., 27, 46 – DB Regio/üstra).

Dies ist nicht der Fall. Die aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften haben bislang eine eigentümliche Zwitterstellung inne. Sie sind kommunalrechtlich mit der Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs betraut und beantragen zwar Liniengenehmigungen und treten auch als Unternehmer bzw. Betriebsführer im Sin-

ne der §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 2 PBefG auf, aber sie beschaffen die für die Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs erforderlichen operativen Verkehrsleistungen bei Nach- oder Subunternehmern wie der Beklagten und schließen insbesondere „Verträge über die Durchführung von Linienverkehren“ mit der Beklagten ab (siehe dazu Anlage K 5 zum Schriftsatz der Klägerin vom 17.09.2015). In diesem Organisations- und Vertragsmodell beschaffen die an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger – selbst oder durch ihre Verkehrsgesellschaften - Dienstleistungen, die in den für die Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs erforderlichen operativen Verkehrsleistungen bestehen, um damit – selbst oder durch ihre Verkehrsgesellschaften – Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr zu erbringen. In diesem Modell stehen die aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften und die Beklagte offenkundig weder den Aufgabenträgern noch den Fahrgästen als Wettbewerber gegenüber. Gerade letzteres folgt nicht zuletzt auch daraus, dass es sich bei den Linien im öffentlicher Personennahverkehr um Streckenmonopole handelt, dass insoweit das Verbot der Doppelbelegung gilt (§ 13 Abs. 2b PBefG; BGH, Beschl. v. 7. Februar 2006, KVR 5/05, Rdn. 26, 34 – DB Regio/üstra), und dass Gemeinschaftskonzessionen vor allem den Zweck haben, den Nach- oder Subunternehmer vor einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages zu schützen.

Dies wird in Zukunft erst recht nicht der Fall sein. Die angegriffenen Satzungsänderungen sollen eine Direktvergabe an die Beklagte als internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 ermöglichen, und es steht fest, dass eine Inhouse-Vergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 an die aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften in Anlehnung an die bisherige Praxis künftig ausscheidet. Sie kommen in ihrer jetzigen Form nicht als interne Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 in Betracht, weil sie das Erfordernis des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit e VO 1370/2007 nicht erfüllen, wonach ein interner Betreiber zwar Unteraufträge vergeben darf, aber „den überwiegenden Teil des öffentlichen Personenverkehrsdienstes selbst zu erbringen“ hat. Der öffentliche Dienstleistungsauftrag muss daher künftig unmittelbar zwischen dem Aufgabenträger und (zumindest auch) der Beklagten geschlossen werden, und es muss künftig die Beklagte (zumindest auch) Inhaberin der Konzessionen sein, weil die Konzessionen nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 lit. e PBefG nur noch dem erteilt werden, der „den Nachweis über einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007“ führen kann. Die Rolle, die die aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften im künftigen Organisations- und Vertragsmodell haben werden, ist noch weitgehend unklar. Die bisher aufgezeigten Möglichkeiten reichen von einer Vergabetätigkeit im Auftrag der Aufgabenträger in Verbindung mit einer Wahrnehmung von Aufgaben, die den eigentlichen Fahrbetrieb

ergänzen, bis hin zu einem „Betriebsführungsübertragungsmodell“ und einem „Gruppenmodell“, die „de facto keine Änderungen zur bisherigen Praxis bringen“ bzw. „den bisherigen Status Quo weitgehend unverändert lassen würden“ (siehe dazu Anlage K 5 zum Schriftsatz der Klägerin vom 17.09.2015). In keinem dieser Modelle stehen die aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften und die Beklagte den Aufgabenträgern oder den Fahrgästen als Wettbewerber gegenüber.

Es ist überdies nicht ersichtlich, worin eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der aufgabenträgereigenen Verkehrsgesellschaften und der Beklagten bestehen können sollte. Die Klägerin hat dazu nichts vorgetragen. Angesichts des soeben Ausgeführten ist es auch fernliegend, etwa anzunehmen, sie würden sich nicht mehr unabhängig voneinander bei den Aufgabenträgern um die Bereitstellung von Verkehrsleistungen „bewerben“ (siehe zu diesem Gesichtspunkt etwa BKartA, Fallbericht. v. 13.07.2010, B 9-74/10).

c) Die angegriffenen Satzungsänderungen verstoßen – die Unternehmenseigenschaft der an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar über eigene Verkehrsgesellschaften als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger unterstellt – nicht gegen § 19 GWB. Es kann dahinstehen, ob die an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger bei der Beschaffung der für die Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs erforderlichen Verkehrsleistungen und damit auf dem Aufgabenträgermarkt eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Es kann auch offenbleiben, ob eine unbillige Behinderung oder eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung vorliegt. Es kann schließlich unentschieden bleiben, ob der erforderliche Zurechnungszusammenhang zwischen den angegriffenen Satzungsbestimmungen und den Marktwirkungen einer auf dieser Grundlage erfolgenden Direktvergabe an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 gegeben ist. Denn es fehlt jedenfalls an dem erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen Marktmacht und Missbrauch.

aa) Es ist schon zweifelhaft, dass die an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger bei der Beschaffung der für die Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs erforderlichen Verkehrsleistungen und damit auf dem Aufgabenträgermarkt eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Die Klägerin hat hierzu keine Tatsachen vorgetragen, sondern im Wesentlichen auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs verwiesen (Schriftsatz vom 17.09.2015, S. 40 f., Schriftsatz vom 6.07.2016, S. 24).

Der Bundesgerichtshof hat - entgegen dem Vortrag der Klägerin - in dieser Entscheidung die räumliche Marktabgrenzung des Aufgabenträgermarktes jedoch ausdrücklich offen gelassen und lediglich ausgeführt, dass „die vom Beschwerdegericht festgestellten Aktivitäten mehrerer bundesweit tätiger Anbieter grundsätzlich gegen eine örtliche oder regionale Marktabgrenzung sprechen“, dass es jedoch „nicht unberücksichtigt bleiben kann, wenn unbeschadet an sich bestehender überregionaler Austauschmöglichkeiten in einem regionalen Bereich kein nennenswerter Wettbewerb stattfindet, weil Nachfrager überregionale Angebote nicht oder praktisch nicht wahrnehmen,“ und es möglich sein könne, „dass die regionalen Marktverhältnisse trotz der Tätigkeit bundesweiter Anbieter noch so verfestigt sind, dass die Annahme eines bundesweiten Aufgabenträgermarktes den wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht hinreichend gerecht würde“ (BGH, Beschl. v. 7. Februar 2006, KVR 5/05, Rdn. 28-36 – DB Regio/üstra).

Es spricht zudem viel dafür, dass die Marktverhältnisse, die der Bundesgerichtshof dieser Beurteilung zugrunde gelegt hat, heute nicht mehr gegeben sind. Dies betrifft insbesondere die Annahme, dass die kommunalen Verkehrsgesellschaften strukturell begünstigt würden (BGH, Beschl. v. 7. Februar 2006, KVR 5/05, Rdn. 32 – DB Regio/üstra). Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit (§§ 8 Abs. 4. 8a Abs. 1 PBefG) iVm. den allgemeinen Vorschriften (Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007) des Zweckverbandes Verkehrsverbund Rhein-Sieg stellt nunmehr – wie bereits ausgeführt - sicher, dass auch Dritte - und zwar vorrangig – Angebote abgeben können, weil eine Inhouse-Vergabe nur dann erfolgen darf, wenn kein eigenwirtschaftlicher Antrag eines privaten Unternehmens gestellt worden ist. Dass dies in der Praxis funktioniert, belegt der Vortrag der Klägerin, dass kommunale Verkehrsunternehmen heute fordern, angesichts „eigenwirtschaftlicher Konkurrenzanträge von privaten Busunternehmen und DB RegioBus“, die sich „mittlerweile als Gefahr für Direktvergaben darstellen,“ den Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit abzuschaffen (Schriftsatz vom 22. Juli 2016; Anlage 14 zum Schriftsatz vom 22. Juli 2016).

bb) Fraglich ist ebenso, ob eine unbillige Behinderung oder eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB vorliegt.

Die Klägerin trägt dazu unzureichend vor. Sie verweist zum einen darauf, dass Konkurrenten der Beklagten von vornherein keine Möglichkeit hätten, Verkehrsleistungen durchzuführen und hierfür eine finanzielle Ausgleichsleistung zu erhalten, und es rechtlich nicht zulässig sei, in einer solchen Situation keine allgemeine Vorschrift nach Art. Abs. 2 VO 1370/2007 zu erlassen, in der finanzielle Ausgleichleistungen gegenüber allen interessierten Verkehrsunternehmen festgeschrieben würden

(Schriftsatz vom 17.09.2015, S. 41 f.). Sie macht zum anderen geltend, es sei missbräuchlich, die Beklagte unter Umgehung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 direkt und ohne Wettbewerb mit der Erbringung von Verkehrsleistungen zu beauftragen (Schriftsatz vom 3.05.2016; S. 54; Schriftsatz vom 6.07.2016, S. 25).

Mit diesem Vortrag geht die Klägerin fehl. Denn der Zweckverband Verkehrsverbund Rhein-Sieg hat eine solche allgemeine Vorschrift nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 erlassen (siehe dazu Art. 14 Abs. 2, 7 bis 9 der Satzung) und ist es – wie bereits ausgeführt - nicht ausgeschlossen, dass eine auf der Grundlage der angegriffenen Satzungsänderungen erfolgende Direktvergabe an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) mit Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 und den diese Regelung ergänzenden nationalen Vorschriften vereinbar sein würde. Des weiteren ist zu den Ausführungen der Klägerin richtigzustellen, dass – entgegen der Vorstellungen der Klägerin – das aufgrund des § 19 GWB entwickelte „Parallelvergaberecht“ nur diejenigen Fälle erfasst, die nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen (siehe dazu nur *Nothdurft* in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, § 19 Rdn. 57 f., 233, 318, 323 ff.). Die hierzu entwickelten Grundsätze gelten hier nicht, da es um eine Inhouse-Vergabe geht, deren Zulässigkeit sich nach den diesbezüglichen Vorgaben des Vergaberechts bemisst (siehe dazu auch OLG München, Beschl. v. 31.03.2016, Verg 14/15, Rdn. 130 ff., 141 ff. und OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 30.01.2014, 11 Verg 15/13, Rdn. 40 ff., 43).

Soweit der Missbrauchsvorwurf letztlich an eine auf der Grundlage der angegriffenen Satzungsbestimmungen erfolgende Direktvergabe an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 anknüpfen soll, ist – ungeachtet vom Vorliegen des erforderlichen Zurechnungs- und Kausalzusammenhangs – festzuhalten, dass in einem vergaberechtswidrigen Verhalten eines Normadressaten „zugleich eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung im Sinne von“ § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB „zu sehen sein dürfte“ und dass bei einem vergaberechtskonformen Verhalten nur dann Raum für die Annahme einer missbräuchlichen Verhaltensweise „sein dürfte“, wenn es „allein durch den Umstand, dass sich ein Normadressat“ des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots „ihrer bedient, in einem anderen Licht erschiene als bei einem nicht marktbeherrschenden oder marktstarken öffentlichen Auftraggeber“ (BGH, Urt. v. 5.06.2012, X ZR 161/11, Rdn. 17; siehe dazu auch *Nothdurft* in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, § 19 Rdn. 233). Da es – wie bereits ausgeführt - nicht ausgeschlossen ist, dass eine auf der Grundlage der angegriffenen Satzungsänderungen erfolgende Direktvergabe an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) mit Art. 5 Abs. 2 VO

1370/2007 und den diese Regelung ergänzenden nationalen Vorschriften vereinbar sein würde, und nicht ersichtlich ist, worin ein über das Vergaberecht hinausgehender Marktmachtaspekt liegen könnte, kann nach diesen Grundsätzen eine unbillige Behinderung oder eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung nicht angenommen werden.

cc) Es kann offenbleiben, ob der erforderliche Zurechnungszusammenhang zwischen den angegriffenen Satzungsbestimmungen und den Marktwirkungen einer auf dieser Grundlage erfolgenden Direktvergabe an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 gegeben ist. In Fällen, in denen eine missbrauchsverdächtige Verhaltensweise nicht bereits als solche vom Verbotstatbestand erfasst wird, weil sie eine an sich neutrale Handlung darstellt, muss sie zumindest geeignet sein, unerwünschte Marktwirkungen zu bewirken, und dies muss zumindest eine der von dem Unternehmen verfolgten Zielsetzungen sein (siehe dazu nur *Eilmannsberger/Bien* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2015, Art. 102 AEUV Rdn. 157 ff.). Die angegriffenen Satzungsänderungen stellen eine an sich neutrale Handlung dar, und die möglichen Marktwirkungen einer auf der Grundlage der angegriffenen Satzungsbestimmungen erfolgenden Direktvergabe an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 bestehen allenfalls darin, dass private Verkehrsunternehmen den fraglichen Auftrag nicht erhalten. Die Frage, ob es für den erforderlichen Zurechnungszusammenhang ausreicht, dass die angegriffenen Satzungsänderungen auf Direktvergaben der unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) gerichtet sind und dass es der Erwartung aller Aufgabenträger mit Ausnahme der Klägerin entspricht, dass jeder von ihnen auch weiterhin die Beklagte mit der Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs beauftragen wird, braucht jedoch nicht entschieden zu werden.

dd) Es fehlt jedenfalls an dem erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen Marktmacht und Missbrauch. In Fällen, in denen sich der Missbrauchsvorwurf nicht auf die Verhaltensweise selbst bezieht, sondern auf deren unerwünschte Marktergebnisse, muss ein Zusammenhang zwischen der Marktmacht und diesen Auswirkungen bestehen, sei es, dass die Verhaltensweise nur bei Marktmacht möglich ist, sei es, dass die Verhaltensweise nur bei Marktmacht die unerwünschten Marktergebnisse nach sich zieht (siehe dazu nur *Nothdurft* in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, § 19 Rdn. 365 und *Eilmannsberger/Bien* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2015, Art. 102 AEUV Rdn. 157 ff.). Es fehlt an dem erforderlichen Kausalzusammenhang, wenn die

fragliche Verhaltensweise anderen Unternehmen möglich ist und dann die gleichen Auswirkungen hat, wie sie bei Marktmacht eintreten (siehe dazu nur *Nothdurft* in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, § 19 Rdn. 365 und *Eilmannsberger/Bien* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2015, Art. 102 AEUV Rdn. 138 ff.). Die angegriffenen Satzungsänderungen stellen eine Verhaltensweise dar, bei der dieser Kausalzusammenhang bestehen muss. Die möglichen Marktwirkungen einer auf der Grundlage der angegriffenen Satzungsbestimmungen erfolgenden Direktvergabe an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 bestehen allenfalls darin, dass private Verkehrsunternehmen den fraglichen Auftrag nicht erhalten. Diese Wirkung ist der Inhouse-Vergabe immanent und tritt völlig unabhängig davon ein, ob der öffentliche Auftraggeber über Marktmacht verfügt oder nicht.

3. Die angegriffenen Satzungsbestimmungen sind nicht gemäß § 241 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 3 AktG analog iVm. Art. 107 Abs. 1, 108 Abs. 3 AEUV nichtig. Sie sollen zwar Direktvergaben an die Beklagte gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 ermöglichen bzw. die Direktvergabefähigkeit der Beklagten nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 sicherstellen und damit auch Ausgleichsleistungen an die Beklagte nach Art. 3, Art. 4 Abs. 1 lit. b, Art. 6 Abs. 1 iVm. dem Anhang VO 1370/2007 ermöglichen, aber unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten kommt ein Inhaltsmangel der angegriffenen Beschlussfassungen wegen Rechtsverletzung (§ 243 Satz 1 Nr. 3 Alt. 2 AktG analog) nicht in Betracht. Die Vorschriften des Beihilfenrechts sind Vorschriften, die im öffentlichen Interesse gegeben sind, die Gesellschafterbeschlüsse verletzen durch ihren Inhalt die Art. 107 Abs. 1, 108 Abs. 3 AEUV jedoch nicht.

Die Klägerin trägt dazu unzureichend vor. Sie macht zum einen geltend, die in der Neufassung von § 6 Abs. 4 vorgesehene Verpflichtung zur Erstattung von Remanenzkosten führe dazu, dass die Beklagte außerhalb der nach der VO 1370/2007 vorgesehenen Zahlungsmechanismen finanzielle Ausgleichsleistungen erhalten werde (Schriftsatz vom 17.09.2015, S. 20; Schriftsatz vom 24.02.16, S. 31). Sie verweist zum anderen darauf, dass die Beklagte aufgrund der Direktvergabe eine Vergütung erhalten solle und durch diese Vergütung begünstigt werde, da sie keine angemessene Gegenleistung erbringe; der Umstand, dass ein Auswahlverfahren unterbleibe, indiziere, dass die Vergütung nicht marktgerecht, sondern überhöht sei (Schriftsatz vom 17.09.2015, S. 45 f.; Schriftsatz vom 24.02.16, S. 30 mit dem zusätzlichen Hinweis, das allgemeine Beihilfenrecht sei anwendbar, da Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 nicht anwendbar sei; Schriftsatz vom 3.05.2016, S. 54 f.).

Mit diesem Vortrag geht die Klägerin fehl. Eine Inhouse-Vergabe nach Art 5 Abs. 2 VO 1370/2007 ist an die Vorgaben der Art. 3, Art. 4 Abs. 1 lit. b, Art. 6 Abs. 1 iVm. dem Anhang VO 1370/2007 geknüpft, die darauf zielen, übermäßige Ausgleichsleistungen zu verhindern (siehe dazu auch Erwägungsgründe 27 und 28 der VO 1370/2007). Ausgleichsleistungen, die nach dieser Maßgabe gezahlt werden, sind von der Pflicht zur vorherigen Unterrichtung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV befreit (Art. 9 Abs. 1 Satz 1 VO 1370/2007; Mitteilung der Kommission über die Auslegungseleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdiens-te auf Schiene und Strasse, 2014/C 92/01, Ziff. 2.4.6) und gelten nach Art. 9 Abs. 1 Satz 1 VO 1370/2007 als im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar; Art. 9 Abs. 1 VO 1370/2007 beruht auf Art. 109 AEUV und erklärt verordnungskonforme Ausgleichsleistungen für mit dem Beihilfenverbot vereinbar (siehe dazu nur *Hölzl* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Vorbem. VO 1370/2007 Rdn. 12, Art. 9 VO 1370/2007 Rdn. 1, 4). Es war zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beschlussfassungen zwar – wie bereits ausgeführt – weder eindeutig noch abschließend geklärt, ob eine auf der Grundlage der angegriffenen Satzungsänderungen erfolgende Direktvergabe an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) gemessen an Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 und den diese Regelung ergänzenden nationalen Vorschriften zulässig sein würde. Indes gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass die übrigen an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger sich bei einer künftigen Direktvergabe nicht an die Vorgaben der Art. 3, Art. 4 Abs. 1 lit. b, Art. 6 Abs. 1 iVm. dem Anhang VO 1370/2007 halten werden. Dies gilt auch für die in der Neufassung von § 6 Abs. 4 vorgesehene Verpflichtung zur Erstattung von Remanenzkosten, denn es spricht nichts, aber auch gar nichts dafür, dass es sich dabei um etwas anderes handeln könnte als eine vorzeitige Abrechnung des öffentlichen Dienstleistungsauftrages auf der Grundlage der Vorgaben der Art. 3, Art. 4 Abs. 1 lit. b, Art. 6 Abs. 1 iVm. dem Anhang VO 1370/2007. Die Behauptung der Klägerin, der Umstand, dass ein Auswahlverfahren unterbleibe, indiziere, dass die Vergütung nicht marktgerecht, sondern überhöht sei, ist überdies durch nichts belegt und völlig unsubstantiiert.

Im Übrigen hat die Beklagte zu recht darauf hingewiesen, dass das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 iVm. dem Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV erst dann verletzt ist, wenn die Beihilfe gewährt wird, und dies setzt voraus, dass ein Unternehmen einen geldwerten Vorteil ohne angemessene Gegenleistung erhalten hat (siehe dazu nur *Werner* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, Art. 108 AEUV Rdn. 118, 120 und *Arhold* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011,

Art. 107 AEUV Rdn. 101, 107); die hier angegriffenen Satzungsänderungen eröffnen allenfalls die Möglichkeit einer Gewährung einer Beihilfe. Die Klägerin hat überdies zu den weiteren Tatbestandsmerkmalen des Art. 107 Abs. 1 AEUV (Selektivität, Wettbewerbsverfälschung, Zwischenstaatlichkeitsklausel) nichts bzw. nichts Substantielles vorgetragen.

4. Die angegriffenen Satzungsänderungen sind nicht gemäß § 241 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 3 AktG analog iVm. §§ 15 Abs. 5, 53 Abs. 3 GmbHG nichtig. Sie sind nicht mit dem Wesen der Gesellschaft nicht zu vereinbaren, weil sie die Übertragung der Geschäftsanteile erschweren (§ 6 Abs. 1, § 6 Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3, § 6 Abs. 4, § 7 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 n.F.) und den Gesellschaftern ein Alleinentscheidungsrecht bei einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 einräumen (§ 16 Abs. 3 Satz 1 lit. n n.F. in Verbindung mit § 17 Abs. 1a Satz 3 n.F.).

Der Nichtigkeitsgrund des § 241 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 3 AktG analog erfasst nur Satzungsänderungen, „die unter Verstoß gegen zwingendes GmbH-Recht der Satzung einen absolut unzulässigen, auch durch Zustimmung betroffener Gesellschafter nicht heilbaren Inhalt geben“ (so zutreffend *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 73). Die Klägerin rügt jedoch die Verletzung von Vorschriften des GmbH-Rechts bzw. von relativ unentziehbaren Mitgliedschaftsrechten, die zur Disposition der Gesellschafter stehen, nämlich der §§ 15 Abs. 5, 53 Abs. 3 GmbHG (nachträgliche Erschwerung der Übertragung der Geschäftsanteile; siehe dazu nur *Seibt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2012, § 15 Rdn. 108 und *Priester* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 161), der §§ 3 Abs. 2, 53 Abs. 3 GmbHG (nachträgliche Vermehrung von Leistungen; siehe dazu nur *Emmerich* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2012, § 3 Rdn. 69, 74, 74a und *Priester* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 50 ff.), des § 47 Abs. 4 GmbHG (nachträgliche Befreiung vom Stimmverbot für Insichgeschäfte iSd. § 181 BGB; siehe dazu nur *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 47 Rdn. 29, 173) und des Stimmrechts (siehe dazu nur *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 73 und *Priester* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 47).

II. Die angegriffenen Satzungsänderungen sind nicht gemäß § 243 AktG analog anfechtbar.

Eine Anfechtung wegen Verletzung des Gesetzes kommt nicht in Betracht. Denn als Inhaltsmängel, die einen Beschluss wegen Gesetzeswidrigkeit anfechtbar machen, kommen nur solche Verstöße gegen zwingendes objektives Recht in Betracht, die nicht schon zur Nichtigkeit oder Unwirksamkeit führen (siehe dazu nur *K. Schmidt* in

Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 104), und die Klägerin hat keine solchen Verstöße gegen zwingendes objektives Recht geltend gemacht.

Eine Anfechtung der unter dem Tagesordnungspunkt 5 beschlossenen Erschwerung der Übertragung der Geschäftsanteile (§ 6 Abs. 1, § 6 Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3, § 6 Abs. 4, § 7 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 n.F.) und Pflicht zum Ausgleich der Remanenzkosten (§ 6 Abs. 4 n.F.) unter dem Gesichtspunkt einer unrichtigen Beschlussfeststellung kommt ebenfalls nicht in Betracht. Mit Blick auf die unter dem Tagungsordnungspunkt 5 beschlossenen Satzungsänderungen ist zwischen den Beteiligten zwar streitig, ob die Klägerin in der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 21. August 2015 zugestimmt hat. Selbst wenn die Klägerin gegen die Neufassung der §§ 6 bis 9 (Tagesordnungspunkt 5) gestimmt und der Vorsitzende die Stimmen unrichtig ausgezählt hätte und damit eine unrichtige Beschlussfeststellung gegeben wäre, ließe sich darauf jedoch eine Anfechtung nicht stützen. Eine unrichtige Beschlussfeststellung begründet nur dann die Anfechtbarkeit des Beschlusses, wenn sie für das festgestellte Beschlussergebnis kausal gewesen ist, und dies ist nur der Fall, wenn die Korrektur der Beschlussfeststellung zu einem anderen Beschlussergebnis geführt hätte (siehe dazu *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 47 Rdn. 98, 101, 21; vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 27.10.1986, II ZR 240/85, Rdn. 13: „Die Vorenthaltung des Stimmrechts führt nur dann zur Anfechtbarkeit des Gesellschafterbeschlusses, wenn er auf ihr beruht, wenn also anzunehmen ist, dass der Beschluss bei Berücksichtigung der Stimme des zu Unrecht ausgeschlossenen Gesellschafters nicht zustande gekommen wäre.“). Selbst wenn die Klägerin gegen die Neufassung der §§ 6 bis 9 (Tagesordnungspunkt 5) gestimmt hätte, wäre dies für das festgestellte Beschlussergebnis („antragsgemäß mit der erforderlichen 3/4-Mehrheit beschlossen“) nicht kausal, weil auch ohne die Mitzählung der Stimmen der Klägerin die erforderliche satzungsändernde Mehrheit erreicht worden wäre und sich deshalb mit einer richtigen Beschlussfeststellung das Beschlussergebnis nicht ändern würde.

Andere Gesichtspunkte, die die angegriffenen Satzungsänderungen anfechtbar erscheinen lassen könnten, hat die Klägerin nicht dargetan.

B. Die Änderungen der §§ 6-9 und §§ 10-24 des Gesellschaftsvertrages, die auf der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 21. August 2015 unter den Tagesordnungspunkten 5 und 6 beschlossen worden sind, sind jedenfalls insoweit schwebend unwirksam, als die Klägerin den angegriffenen Satzungsbestimmungen in rechtswidriger Weise nicht zugestimmt hat und ihre Zustimmung noch erteilen kann. Die Klägerin ist auf diese rechtlichen Gesichtspunkte in der mündlichen Verhandlung

vom 24. August 2015 hingewiesen worden und hat von dem Angebot, die Sitzung zu unterbrechen, keinen Gebrauch gemacht. Sie hat ihre Klageanträge nicht auf Feststellung der schwebenden Unwirksamkeit einzelner oder aller unter den Tagesordnungspunkten 5 und 6 beschlossenen Satzungsänderungen umgestellt, so dass die Klage in vollem Umfang abzuweisen ist.

1. Die Erschwerung der Übertragung der Geschäftsanteile (§ 6 Abs. 1, § 6 Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3, § 6 Abs. 4, § 7 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 n.F.), die Pflicht zum Ausgleich der Remanenzkosten (§ 6 Abs. 4 n.F.) und das Alleinentscheidungsrecht bei einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 (§ 16 Abs. 3 Satz 1 lit. n n.F. in Verbindung mit § 17 Abs. 1a Satz 3 n.F.) wurden zwar mit der erforderlichen satzungsändernden Mehrheit beschlossen, diese Beschlussfassungen bedürfen aber zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung aller betroffener Gesellschafter und damit auch der Zustimmung der Klägerin (§§ 3 Abs. 2, 15 Abs. 5, 53 Abs. 3 GmbHG; Kernbereichslehre).

a) Eine nachträgliche Erschwerung der Übertragung der Geschäftsanteile, die hier in der Erhöhung des Zustimmungsquorums (§ 6 Abs. 1 n.F.) und in der Einschränkung der Zustimmungspflicht der übrigen Gesellschafter (§ 6 Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3, § 6 Abs. 4, § 7 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 n.F.) liegt, bedarf der Zustimmung aller betroffener Gesellschafter (§§ 15 Abs. 5, 53 Abs. 3 GmbHG; siehe dazu nur *Seibt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2012, § 15 Rdn. 108 und *Priester* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 161 sowie OLG München, Urt. v. 23.01.2008, 7 U 3292/07, Rdn. 40 f.). Das gleiche gilt für eine nachträgliche Vermehrung von Leistungen, die hier in der Pflicht zum Ausgleich der Remanenzkosten (§ 6 Abs. 4 n.F.) zu sehen ist (§§ 3 Abs. 2, 53 Abs. 3 GmbHG; siehe dazu nur: *Emmerich* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2012, § 3 Rdn. 69, 74, 74a; *Priester* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 50 ff.). Ein Stimmrechtsausschluss, der hier durch die Einräumung eines Alleinentscheidungsrechts eines jeden Gesellschafter bei einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 (§ 16 Abs. 3 Satz 1 lit. n n.F. in Verbindung mit § 17 Abs. 1a Satz 3 n.F.) für die jeweils anderen Gesellschafter geregelt worden ist, bedarf ebenfalls der Zustimmung aller betroffener Gesellschafter. Das Stimmrecht ist ein relativ unentziehbares Mitgliedschaftsrecht. Allerdings scheint die Abgrenzung zwischen einem Stimmrechtsausschluss und einer bloßen Einschränkung des Stimmrechts ebenso wenig abschließend geklärt wie die Fragen, ob ein Stimmrechtsausschluss stets oder nur grundsätzlich der Zustimmung aller betroffener Gesellschafter bedarf und unter welchen Voraussetzungen eine bloße Einschränkung des Stimmrechts durch Mehrheitsbeschluss vorgenommen werden kann (siehe dazu nur *Priester* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 47; *Seibt* in

Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2012, § 14 Rdn. 37; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 47 Rdn. 11; *Harbarth* in Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Auflage 2016, § 53 Rdn. 100; *Ulmer* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2008, § 53 Rdn. 69; *Raiser* in Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2013, § 14 Rdn. 39).

In Anlehnung an in der Literatur genannte Beispiele für einen Stimmrechtsausschluss (*Seibt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2012, § 14 Rdn. 37: Heraufsetzung des für die Stimme notwendigen Betrages nach § 47 Abs. 2 über den Nennbetrag des Geschäftsanteils; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 47 Rdn. 11: Ausschluss für Beschlüsse eines bestimmten Inhalts) ist davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall ein (partieller) Stimmrechtsausschluss vorliegt. Die Parallele zu diesen Fällen liegt darin, dass die jeweils anderen Gesellschafter bei einer Direktvergabe an die Beklagte als internen Betreiber (Inhouse-Vergabe) nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 gar nicht mit abstimmen dürfen (darin liegt der Unterschied zu der ebenfalls kontrovers diskutierten Frage der nachträglichen Einführung eines Höchststimmrechts; siehe dazu: BGH, Urt. v. 19.12.1977, II ZR 136/76, Rdn. 7 ff. (zum Aktienrecht); Hüffer/Koch, AktG, 11. Auflage 2014, § 134 Rdn. 8; *Schöer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage 2013, § 134 Rdn. 22 ff.; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage 2013, § 47 Rdn. 68; *Harbarth* in Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Auflage 2016, § 53 Rdn. 100; *Seibt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2012, § 14 Rdn. 37). Die Annahme eines (partiellen) Stimmrechtsausschlusses rechtfertigt sich auch daraus, dass diese Inhouse-Vergaben nach den Vorstellungen der an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter beteiligten Aufgabenträger die unternehmerische Tätigkeit der Beklagten ausmachen; sie stellen den eigentlichen Unternehmenszweck der Beklagten dar (siehe zum bisherigen Organisations- und Vertragsmodell die „Verträge über die Durchführung von Linienverkehren“ und Anlage K 5 zum Schriftsatz der Klägerin vom 17.09.2015; siehe zu möglichen künftigen Organisations- und Vertragsmodellen Anlage K 5 zum Schriftsatz der Klägerin vom 17.09.2015). Vor diesem Hintergrund zielt die Einräumung eines Alleinentscheidungsrechts eines jeden Gesellschafters bei einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 (§ 16 Abs. 3 Satz 1 lit. n n.F. in Verbindung mit § 17 Abs. 1a Satz 3 n.F.) darauf, die jeweils anderen Gesellschafter von den Entscheidungen auszuschließen, die die Hauptgeschäftstätigkeit der Beklagten betreffen, und damit ist der Eingriff in das Stimmrecht von so erheblichem Gewicht, dass der Kernbereich dieses Rechts betroffen ist. Der Senat folgt im Übrigen der Auffassung, dass ein Stimmrechtsausschluss stets der Zustimmung aller betroffener Gesellschafter bedarf (so etwa *Priester* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 47 und *Seibt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2012, § 14 Rdn. 37 sowie *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 47 Rdn. 11; von diesem

Verständnis geht auch der Bundesgerichtshof erkennbar aus, vgl. dazu BGH, Urt. v. 5.11.1984, II ZR 111/84, Rdn. 9, 10 ff. und BGH, Urt. v. 5.03.2007, II ZR 282/05, NZG 2007, S. 381 Rdn. 15 f.; anders etwa *Harbarth* in Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Auflage 2016, § 53 Rdn. 100 und *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, 2008, § 53 Rdn. 69: „vorbehaltlich eines wichtigen Grundes“).

Daran, dass die Einräumung eines Alleinentscheidungsrechts eines jeden Gesellschafters bei einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 (§ 16 Abs. 3 Satz 1 lit. n n.F. in Verbindung mit § 17 Abs. 1a Satz 3 n.F.) unter dem Blickwinkel eines (partiellen) Stimmrechtsausschlusses der Zustimmung aller betroffener Gesellschafter und damit auch der Zustimmung der Klägerin bedarf, ändert es nichts, dass eine nachträgliche Befreiung vom Stimmverbot für Insihgeschäfte iSd. § 181 BGB (§ 47 Abs. 4 GmbHG), die hier ebenfalls gegeben ist, in den durch die Treuepflicht und den Gleichbehandlungsgrundsatz gezogenen Grenzen durch Mehrheitsbeschluss zulässig ist (siehe dazu nur *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 47 Rdn. 29, 173).

b) Die Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter ist aber kein Bestandteil des satzungsändernden Beschlusses, sondern ein zusätzliches Wirksamkeitserfordernis, so dass der satzungsändernde Beschluss auch in diesen Fällen gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG einer 3/4-Mehrheit der abgegebenen Stimmen bedarf und zustande kommt, wenn diese Mehrheit erreicht wird (siehe dazu nur *Priester* in *Scholz*, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 93 mit dem zutreffenden Hinweis, die häufig anzutreffende Bemerkung, es bedürfe der Einstimmigkeit, falls sämtliche Gesellschafter zustimmen müssen, sei zumindest ungenau, da ein einstimmig gefasster Beschluss nämlich nicht genüge, wenn betroffene Gesellschafter nicht mitgestimmt hätten, und *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 53). Die angegriffenen Satzungsänderungen sind mit der erforderlichen 3/4-Mehrheit gefasst worden, so dass die Beschlussfassungen als solche bereits vorliegen.

2. Jedenfalls die unter dem Tagesordnungspunkt 6 beschlossene Einräumung eines Alleinentscheidungsrechts eines jeden Gesellschafters bei einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 (§ 16 Abs. 3 Satz 1 lit. n n.F. in Verbindung mit § 17 Abs. 1a Satz 3 n.F.) ist schwebend unwirksam. Die Klägerin hat dieser Satzungsänderung und möglicherweise auch der unter dem Tagesordnungspunkt 5 beschlossenen Erschwerung der Übertragung der Geschäftsanteile (§ 6 Abs. 1, § 6 Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3, § 6 Abs. 4, § 7 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 n.F.) und Pflicht zum Ausgleich der Remanenzkosten (§ 6 Abs. 4 n.F.) in rechtswidriger Weise nicht zugestimmt. Sie ist verpflichtet, diesen Satzungsänderungen zuzustimmen, soweit sie es noch nicht ge-

tan hat; mit Blick auf die unter dem Tagungsordnungspunkt 5 beschlossenen Satzungsänderungen ist zwischen den Beteiligten streitig, ob die Klägerin in der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 21. August 2015 zugestimmt hat.

a) Die fehlende Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter macht den Beschluss weder nichtig noch anfechtbar, sondern unwirksam (siehe dazu nur *Priester* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 96). Die Unwirksamkeit ist ein Schwebestand, und der Beschluss ist schwebend unwirksam, solange die Zustimmung aussteht (siehe dazu nur *Priester* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 96 und *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 45). Wird sie erteilt, wird der Beschluss endgültig wirksam (siehe dazu nur *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 45). Wird sie endgültig verweigert, tritt Nichtigkeit ein (siehe dazu etwa BGH BGHZ 160, S. 253, 257 und OLG München, Urt. v. 23. Januar 2008, 7 U 3292/07, Rdn. 34; vgl. auch BGH, Urt. v. 27. Oktober 1986, II ZR 240/85, Rdn. 15 f., 17). Die Klägerin hat zwar der Einräumung eines Alleinentscheidungsrechts eines jeden Gesellschafters bei einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 (§ 16 Abs. 3 Satz 1 lit. n n.F. in Verbindung mit § 17 Abs. 1a Satz 3 n.F.) und möglicherweise auch der unter dem Tagesordnungspunkt 5 beschlossenen Erschwerung der Übertragung der Geschäftsanteile (§ 6 Abs. 1, § 6 Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3, § 6 Abs. 4, § 7 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 n.F.) und Pflicht zum Ausgleich der Remanenzkosten (§ 6 Abs. 4 n.F.) nicht zugestimmt. Sie hat außerdem durch ihre Klage zum Ausdruck gebracht, nicht zustimmen zu wollen. Das führt allerdings im Streitfall nicht zur endgültigen Unwirksamkeit und damit nicht zur Nichtigkeit.

Der Senat folgt der Auffassung von *Karsten Schmidt*, dass die Nichtigkeitsfolge im Falle einer rechtswidrigen Zustimmungsverweigerung solange nicht eintritt, wie ein durchsetzbarer Anspruch auf Zustimmung besteht und die Zustimmung nach § 894 ZPO erzwungen werden kann. Der Beschluss bleibt schwebend unwirksam, und dem Inhaber des Zustimmungsanspruchs kann eine angemessene Frist für die Klage auf Zustimmung gesetzt werden, nach deren Ablauf die Zustimmung als endgültig verweigert gilt. Die ursprünglich verweigerte Zustimmung kann gemäß § 894 ZPO mit der Folge erwirkt werden, dass der zustimmungsbedürftige Beschluss endgültig wirksam wird (*K. Schmidt* Beseitigung der schwebenden Unwirksamkeit durch Verweigerung einer Genehmigung, AcP 189 (1989), S. 1, 2 f., 6, 14 ff., 17 f., 18; siehe zur dogmatischen Begründung insbesondere S. 16: „Die Genehmigungsverweigerung ist zwar eine notwendige, aber keine hinreichende Tatbestandsvoraussetzung für den Eintritt der Nichtigkeitsfolge. Das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft wird nicht nichtig, weil der Genehmigungsberechtigte dies will und diesen Willen erklärt, sondern Nichtigkeit tritt kraft Gesetzes ein, weil und wenn der Schwebestand beendet

ist. Von einer Beendigung des Schwebezustands und damit von der Erfüllung des gesetzlichen Nichtigkeitstatbestand kann aber keine Rede sein, wenn der Genehmigungsberechtigte die Erteilung der Genehmigung rechtswidrig verweigert hat. Er hat durch diese Verweigerung nicht das Geschäft aufgehoben, ... sondern er hat nur erklärt, dass er die Genehmigung nicht freiwillig erteilt. Die Genehmigung kann dann über § 894 ZPO erzwungen werden.“).

So liegt der Fall hier. Die Klägerin sie ist verpflichtet, den angegriffenen Satzungsänderungen zuzustimmen, soweit sie es noch nicht getan hat.

Es entspricht ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass sich aus der Treupflicht auch bei einer personalistisch ausgestalteten GmbH eine Pflicht ergeben kann, einer Änderung des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen; dies gilt insbesondere, wenn es um „eine Anpassung des Gesellschaftsvertrages an veränderte Verhältnisse geht, die mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis, insbesondere zur Erhaltung des Geschaffenen, dringend geboten und den Gesellschaftern unter Berücksichtigung ihrer eigenen schutzwerten Belange zumutbar ist“ (BGH BGHZ 98, S. 276, 279; siehe dazu auch *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 47 Rdn. 31 und § 45 Rdn. 113). Es geht um Fälle, „bei denen ein bestimmter Beschluss im Interesse der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter objektiv unabweisbar notwendig und subjektiv auch für den widerstrebenden Gesellschafter zumutbar ist“, und zu diesen Fällen zählen insbesondere „Satzungsänderungen, die den Bestand der Gesellschaft sichern“ (so *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 47 Rdn. 31). Diese Grundsätze gelten auch für die Ausübung von Zustimmungsrechten im Fall schwebend unwirksamer Beschlüsse (siehe dazu nur *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 58 und *Priester* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 98). Besteht aufgrund der Treupflicht eine Verpflichtung zur Zustimmung, so muss auf Abgabe der Zustimmung geklagt werden; sie lässt sich nicht als abgegeben unterstellen (siehe dazu nur: BGH, Urt. v. 5.11.1984, II ZR 111/84, Rdn. 9; *Priester* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 98 und *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage 2013, § 53 Rdn. 85, Anh § 47 Rdn. 192, § 47 Rdn. 111).

Die angegriffenen Satzungsänderungen haben den Zweck, die Inhouse-Vergabe durch die an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar beteiligten Aufgabenträger auch in Zukunft und damit vor dem Hintergrund des neuen Regelungsregimes des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 zu ermöglichen - und damit in letzter Konsequenz den Fortbestand der Beklagten zu sichern. Denn diese Inhouse-Vergaben machen nach den Vorstellungen der an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar als Gesellschafter

beteiligten Aufgabenträger den eigentlichen Unternehmenszweck der Beklagten aus (siehe zum bisherigen Organisations- und Vertragsmodell die „Verträge über die Durchführung von Linienverkehren“ und Anlage K 5 zum Schriftsatz der Klägerin vom 17.09.2015; siehe zu möglichen künftigen Organisations- und Vertragsmodellen Anlage K 5 zum Schriftsatz der Klägerin vom 17.09.2015). Der Klägerin entstehen durch die angegriffenen Satzungsänderungen keine gewichtige Nachteile, weil sie zum einen nicht gezwungen ist, von der Möglichkeit der Direktvergabe Gebrauch zu machen, und weil sie zum anderen angesichts der §§ 6 Abs. 4, 19 Abs. 3 und Abs. 3a n.F. keinerlei finanzielle Nachteile erleiden kann, sollten die anderen an der Beklagten unmittelbar oder mittelbar beteiligten Aufgabenträger dies tun. Der Umstand, dass auch die Übertragung der Geschäftsanteile erschwert wird, um den angestrebten Zweck zu erreichen, fällt demgegenüber nicht ins Gewicht, da zum einen nach wie vor weitreichende Zustimmungspflichten der anderen Gesellschafter bestehen (§ 6 Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3, § 6 Abs. 3 Satz 1 und Satz 3; § 7 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 n.F.) und da zum anderen der „Remanenzvorbehalt“ in diesen Vorschriften (Verweis auf die Pflicht zum Ausgleich der Remanenzkosten nach § 6 Abs. 4 n.F.) für die Beklagte nicht zum Tragen kommt, wenn sie von der Möglichkeit der Direktvergabe keinen Gebrauch macht.

b) Der Schwebezustand endet erst, wenn die Zustimmung über § 894 ZPO im Klagewege erzwungen wird, weil die Zustimmung dann als erteilt gilt und Wirksamkeit eintritt, oder wenn dem Inhaber des Zustimmungsanspruchs eine angemessene Frist für die Klageerhebung gesetzt werden, weil die Zustimmung nach deren Ablauf als endgültig verweigert gilt und Nichtigkeit eintritt (*K. Schmidt* Beseitigung der schwebenden Unwirksamkeit durch Verweigerung einer Genehmigung, AcP 189 (1989), S. 1, 15 f., 17 f.). Solange der Schwebezustand währt, kann unter den Voraussetzungen des § 256 ZPO auf Feststellung der Unwirksamkeit geklagt werden (BGH, Urte. v. 5.03.2007, II ZR 282/05, NZG 2007, S. 381 Rdn. 16; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 59; *Priester* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 97; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage 2013, Anh § 47 Rdn. 22); dies gilt auch für den betroffenen Gesellschafter, der festgestellt wissen will, dass er nicht zugestimmt hat und der Beschluss ihm gegenüber unwirksam ist (BGH, Urte. v. 5.03.2007, II ZR 282/05, NZG 2007, S. 381 Rdn. 16; vgl. auch BGH, Urte. v. 27.10.1986, II ZR 240/85, Rdn. 6, 17 ff.). Ein Beschluss, dem die erforderliche Zustimmung fehlt, ist nicht aus diesem Grund anfechtbar (*Priester* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 96; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage 2013, Anh § 47 Rdn. 22; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 53: „kann nicht Gegenstand einer kassatorischen Klage sein), und eine Nichtigkeitsklage kommt erst dann in Betracht, wenn „aus der Unwirksamkeit definitive Nichtig-

keit geworden ist“ (so *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 59; OLG München, Urt. v. 23.01.2008, 7 U 3292/07, Rdn. 34; siehe dazu auch *Priester* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2015, § 53 Rdn. 96).

Die Klägerin ist in der mündlichen Verhandlung vom 24. August 2015 darauf hingewiesen worden, dass der Senat die Änderungen der §§ 6-9 und §§ 10-24 des Gesellschaftsvertrages, die auf der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 21. August 2015 unter den Tagesordnungspunkten 5 und 6 beschlossen worden sind, weder für nichtig noch für anfechtbar, sondern insoweit für schwebend unwirksam hält, als die Klägerin den angegriffenen Satzungsbestimmungen in rechtswidriger Weise nicht zugestimmt hat und noch zur Zustimmung verpflichtet ist. Der Vorsitzende hat dies in seinen rechtlichen Ausführungen ausführlich dargelegt und im Hinblick darauf, dass er neue rechtliche Gesichtspunkte zur Sprache gebracht hat, den Beteiligten eine Unterbrechung der Sitzung angeboten. Von dieser Möglichkeit wurde kein Gebrauch gemacht. Die Klägerin hat die Ausführungen des Vorsitzenden nicht zum Anlass genommen, ihre Klageanträge entweder auf Feststellung der schwebenden Unwirksamkeit einzelner oder aller unter den Tagesordnungspunkten 5 und 6 beschlossenen Satzungsänderungen umzustellen oder ergänzend Feststellungsklage zu erheben, sondern an der Nichtigkeits- und Anfechtungsklage festgehalten, so dass die Klage aus diesem Grund in vollem Umfang abzuweisen ist.

Vor diesem Hintergrund bedurfte es keiner Beweisaufnahme zu der Frage, ob die Klägerin in der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 21. August 2015 den unter dem Tagungsordnungspunkt 5 beschlossenen Satzungsänderungen zugestimmt hat, was zwischen den Beteiligten streitig ist. Selbst wenn sie nicht zugestimmt haben sollte, ergibt sich daraus – wie ausgeführt – kein Anfechtungsgrund, sondern lediglich eine schwebende Unwirksamkeit jedenfalls der unter diesem Tagesordnungspunkt 5 beschlossenen Erschwerung der Übertragung der Geschäftsanteile (§ 6 Abs. 1, § 6 Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3, § 6 Abs. 4, § 7 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 n.F.) und Pflicht zum Ausgleich der Remanenzkosten (§ 6 Abs. 4 n.F.). Es bedurfte auch keiner Entscheidung, ob die Fehlerhaftigkeit einzelner Satzungsänderungen die anderen unter den Tagesordnungspunkten 5 und 6 beschlossenen Satzungsänderungen in gleicher Weise fehlerhaft macht (siehe zu diesem Problemkreis: BGH, Urt. v. 19. Mai 2015, II ZR 176/14, Rdn. 30 ff.; BGH, Urt. v. 15.11.1993, II ZR 235/92, Rdn. 29 ff., 33; BGH, Urt. v. 25.01.1988, II ZR 148/87, Rdn. 9 f.; OLG Frankfurt, Urt. v. 21.04.2009, 5 U 68/08, Rdn. 13 ff.; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 41, 42; *Hüffer* in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage 2011, § 241 Rdn. 90 ff.).

## III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird zugelassen (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die Ausführungen des Senats zu den Rechtsfragen, unter welchen Voraussetzungen vertikale Gemeinschaftsunternehmen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen im Sinne des § 1 GWB haben, unter welchen Voraussetzungen eine Inhouse-Vergabe an einen gemischt-öffentlichen Betreiber mit Art. 5 Abs. 2 VO 1380/2007 und den diese Regelungen ergänzenden nationalen Vorschriften vereinbar ist, wann im Lichte der Kernbereichslehre ein (partieller) Stimmrechtsausschluss gegeben ist und welche Rechtsfolgen daran zu knüpfen sind sowie ob Gesellschafterbeschlüsse bei rechtswidriger Zustimmungsverweigerung schwebend unwirksam bleiben, haben grundsätzliche Bedeutung. Die aufgeworfenen Rechtsfragen sind klärungsbedürftig, weil zu ihnen unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und noch keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt, die sie abschließend klärt.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 247 AktG analog (*K. Schmidt* in *Scholz, GmbHG*, 11. Auflage 2014, § 45 Rdn. 153). Danach bestimmt das Gericht den Streitwert unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles, insbesondere der Bedeutung der Sache für die Parteien, nach billigem Ermessen; er darf jedoch ein Zehntel des Grundkapitals nur insoweit übersteigen, als die Bedeutung der Sache für den Kläger höher zu bewerten ist. Das satzungsmäßige Stammkapital der Beklagten beträgt 3.579.200 €, und der Streitwert wird auf 350.000 € festgesetzt.

Prof. Dr. Kühnen

Rubel

Prof. Dr. Lohse

