

Karina Lott

Kommunale ÖPNV-Unternehmen im Wettbewerb

Eine Untersuchung
unter besonderer Berücksichtigung europa-,
vergabe- und wettbewerbsrechtlicher Fragen
im Zusammenhang mit der
bevorstehenden Wettbewerbsintensivierung



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
1. Kapitel. Rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen für kommunale Nahverkehrsunternehmen	21
A. Kommunale Wirtschaftstätigkeit im Bereich der Daseinsvorsorge durch kommunale Unternehmen	21
I. Teilnahme des Staates am Wirtschaftsleben durch öffentliche Unternehmen	22
1. Der Begriff des „öffentlichen Unternehmens“	22
a) Der Begriff „Unternehmen“	23
b) Der Begriff „öffentlich“	23
c) Kommunale öffentliche Unternehmen	24
2. Die Funktion öffentlicher Unternehmen.....	24
II. Die Daseinsvorsorge als ein Tätigkeitsbereich für kommunale Unternehmen	26
1. Die Entwicklung des Begriffs der Daseinsvorsorge.....	26
2. Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff	27
3. Das heutige Verständnis der Daseinsvorsorge	29
4. Daseinsvorsorge als kommunale Aufgabe.....	32
5. Kommunale Daseinsvorsorge im europäischen Kontext.....	34
III. Rechtliche Rahmenbedingung für kommunale Unternehmen im Bereich der Daseinsvorsorge	37
1. Europäisches Recht.....	38
a) Art. 16 EGV	38
b) Art. 86 EGV.....	39
aa) Art. 86 Abs. 1 EGV	40
bb) Art. 86 Abs. 2 EGV	41
aaa) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse..	41
bbb) Betrauung	43
ccc) Rechtliche oder tatsächliche Verhinderung der übertragenden Aufgabe.....	44
ddd) Keine Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs.....	44
c) Art. 87 EGV	44
aa) Private-Investor-Test.....	45
bb) Tatbestandsvoraussetzungen.....	45
aaa) Begünstigung.....	45
bbb) Zuschüsse der öffentlichen Hand	46
ccc) Bestimmtheit	46
ddd) Verfälschung des Wettbewerbs.....	46
eee) Spürbarkeit	47

cc) Ausnahmen für Zuwendungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	47
aaa) Tatbestandslösung	47
bbb) Rechtfertigungslösung.....	48
d) Art. 295 EGV.....	48
e) Art. 36 der Charta der Grundrechte	49
2. Nationales Recht	49
a) Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG.....	49
b) Kommunalgesetze der Länder	52
aa) Öffentlicher Zweck.....	54
bb) Subsidiaritätsklausel	54
cc) Leistungsfähigkeit	55
B. Der Bereich des ÖPNV als Tätigkeitsfeld für kommunale Unternehmen.....	55
I. Begriffsbestimmung ÖPNV	56
II. Der geltende Ordnungsrahmen	57
1. Europäisches Recht.....	58
a) Titel V „Der Verkehr“, Art. 70 ff. EGV.....	59
b) Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 vom 20. Juni 1991	62
c) Richtlinie 91/440 des Rates vom 29. Juli 1991	64
2. Nationales Recht	65
a) Regionalisierungsgesetz (RegG)	66
b) Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetzes (GVFG)	67
c) Novelliertes Personenbeförderungsgesetz (PBefG)	67
d) ÖPNV-Gesetze der Länder.....	70
III. Der ÖPNV als kommunale Daseinsvorsorge	72
1. Die historische Entwicklung des ÖPNV als ein Bereich kommunaler Daseinsvorsorge.....	73
2. Einordnung des ÖPNV als eine Aufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge unter aktueller Betrachtung	75
a) Der ÖPNV als eine Aufgabe der Daseinsvorsorge	76
b) Der ÖPNV als eine Aufgabe der örtlichen Gemeinschaft	77
C. Die Leistungserbringung im ÖPNV durch kommunale Unternehmen.....	80
I. Eigentümerstruktur im ÖPNV.....	81
II. Rechtsformen kommunaler ÖPNV Unternehmen	81
1. Eigenbetriebe	82
2. Eigengesellschaften	82
3. Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	82
III. Organisationsformen kommunaler ÖPNV-Unternehmen	82
1. Verkehrssparten	82
2. Struktur	83
a) Drei-Ebenen-Modell.....	83
b) Zwei-Ebenen-Modell.....	84

3. Querverbundunternehmen	84
IV. Kooperationen zwischen einzelnen Verkehrsunternehmen	85
1. Verkehrsverbund.....	86
a) Unternehmensverbund.....	87
b) Kommunalverbund.....	87
c) Mischformen.....	88
2. Verkehrsgemeinschaft	88
3. Tarifgemeinschaft	89
4. Verkaufsgemeinschaft	89
V. Funktion kommunaler ÖPNV-Unternehmen	89
1. Verwirklichung des Daseinsvorsorgeauftrags	89
a) Definition der ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen	89
b) Einzelne Komponenten des Sicherstellungsauftrages.....	90
aa) Versorgungssicherheit.....	90
bb) Kontinuität des Angebots.....	91
cc) Siedlungsflächendeckendes Angebot.....	91
2. Verfolgung weiterer Ziele durch kommunale Unternehmen.....	91
a) Einheitliche Lebensbedingungen im gesamten Ortsgebiet	92
b) Stadt- und regionalplanerische Funktion.....	92
c) Arbeitsmarktpolitische Funktion	93
d) Sozialpolitische Funktion	94
e) Umweltpolitische Funktion	94
VI. Finanzierung kommunaler ÖPNV-Unternehmen	95
1. Fahrgelderlöse.....	96
2. Gesetzliche Ausgleichsleistungen	96
a) Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Ausbildungsverkehr nach § 45 a PBefG	96
b) Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Schwerbehindertenverkehr nach §§ 145 SGB IX	97
3. Erträge aus Rand- bzw. Nebengeschäften	98
4. Verbundbedingte Ausgleichszahlungen	98
6. Finanzhilfen nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz (GVFG).....	100
7. Verlustausgleich durch Gebietskörperschaften	101
8. Steuerlicher Querverbund.....	101
VII. Das Genehmigungsverfahren im ÖPNV.....	102
2. Die Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren.....	103
3. Die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre	104
4. Die Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher Verkehre.....	107
a) Anzuwendendes Vergaberecht	109

b) Verhältnis der Geringste-Kosten-Verordnung zum allgemeinen Vergaberecht.....	111
c) Schwellenwerte für Aufträge im Verkehrsbereich.....	112
aa) Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich.....	112
bb) Andere Dienstleistungsaufträge.....	112
d) Vergabe von Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte	112
aa) Öffentliche Auftraggebereigenschaft von Kommunen	113
aaa) Öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB.....	113
bbb) Öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB	113
bb) Entgeltlicher Vertrag über Dienstleistungen	113
aaa) Verkehrsvertrag als Konzession	113
bbb) Verkehrsvertrag als Vereinbarung von Zuwendung	115
e) Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte.....	115
aa) Gemeinwirtschaftliche Verkehre gemäß § 13a PBefG.....	115
bb) Sonstige Aufträge	115
D. Zusammenfassung	116
2. Kapitel. Kommunale ÖPNV-Unternehmen im Wettbewerb mit Privaten ...	119
A. Die Intensivierung des Wettbewerbs im ÖPNV	119
I. Novellierung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 n. F.....	120
1. Geltungsbereich	123
2. Öffentliche Dienstleistungsaufträge	123
3. Obligatorischer Inhalt der öffentlichen Dienstleistungsaufträge.....	124
4. Allgemeine Vorschriften.....	124
5. Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen	124
6. Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht	125
7. Verfahrensvorschriften	125
8. Verhältnis zum Recht der öffentlichen Auftragsvergabe	126
9. Übergangsregelungen	126
10. Ausblick	127
11. Stellungnahme	128
II. Beihilfenrechtliche Bewertung der ÖPNV-Finanzierung.....	133
1. Beihilfen im Verkehrsbereich.....	134
2. Das Altmark- Trans-Urteil des Europäischen Gerichtshofs.....	135
a) Sachverhalt	135
b) Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 n. F. auf die in Rede stehenden Verkehrsdienste.....	136
c) Unklare Abgrenzung eigenwirtschaftlicher von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen	136
d) Qualifizierung staatlicher Zuschüsse im Verkehrsbereich als Beihilfe	137
e) Ausnahmen von den Beihilfenvorschriften.....	138
f) Stellungnahme.....	139

3. Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Dezember 2003 und 19. Oktober 2006	141
a) Der Beschluss des Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2003.....	141
b) Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 19. Oktober 2006.....	142
c) Stellungnahme	143
4. Beihilfenrechtliche Bewertung der einzelnen Finanzierungsinstrumente	148
a) Beförderungserlöse	149
b) Gesetzliche Ausgleichs- und Erstattungsleistungen im Aus- bildungsverkehr und für die Beförderung schwerbehinderter Menschen	149
c) Erträge aus Rand- und Nebengeschäften.....	150
d) Verbundbedingte Ausgleichsleistungen	150
e) Investitionsförderung nach dem GVFG	155
f) Verlustübernahmen der Gebietskörperschaften	156
g) Quersubventionen.....	160
III. Rückgang der Mittel für kommunale ÖPNV-Unternehmen aus tatsächlichen Gründen	162
B. Bedarf für kommunale ÖPNV-Unternehmen unter geänderten Rahmenbedingungen.....	164
I. Grundsätzliche Möglichkeit der Leistungserbringung durch Private	165
II. Das Vordringen privater Akteure	166
III. Unterschiedliche Ausgangsvoraussetzungen öffentlicher und privater Unternehmen	167
1. Problematik der Aufwendungen im Tarifbereich.....	168
2. Problematik der Infrastrukturaufwendungen	169
IV. Vergleich der Leistungserbringung durch öffentliche und private Verkehrsunternehmen.....	169
1. Erfüllung des Daseinsvorsorgeauftrags	170
a) Gewährleistung der Versorgungssicherheit.....	170
b) Kontinuität des Angebots	172
2. Verwirklichung der weiteren, mit dem ÖPNV verfolgten Ziele	173
3. Vergleich der Leistungserbringung hinsichtlich Preis der Leistung	176
V. Realisierung der verschiedenen Ziele durch konkrete Vorgaben.....	177
1. Die Verwirklichung konkreter Vorgaben im Nahverkehrsplan	178
2. Die Verwirklichung konkreter Vorgaben in den Verkehrsverträgen ...	178
C. Zusammenfassung	180
3. Kapitel. Organisatorische Gestaltungsmöglichkeiten zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kommunaler ÖPNV-Unternehmen.....	183
A. Restrukturierung durch organisatorische Gestaltungsmöglichkeiten	184
I. Formen kommunaler Privatisierung.....	185

1. Organisationsprivatisierung	186
2. Funktionale Privatisierung	187
3. Aufgabenprivatisierung	187
II. Zulässigkeit von Privatisierungen.....	187
1. Verfassungsrecht.....	187
2. Kommunalrecht.....	187
III. Bedingungen für Privatisierungen.....	188
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	188
a) Demokratieprinzip	188
b) Rechtsstaatsprinzip	189
c) Garantie der kommunale Selbstverwaltung.....	189
2. Kommunalrechtliche Vorgaben.....	190
IV. Sicherstellung des Einflusses der Kommune	190
1. Nähere Ausgestaltung der Einwirkungspflicht.....	190
2. Durchsetzung der Einwirkungspflicht	192
3. Steuerungsmöglichkeiten.....	193
B. Umwandlung von Eigenbetrieben in Eigengesellschaften.....	193
I. Wahl der Unternehmensform	195
II. Durchführung der Umwandlung.....	196
1. Formwechsel	196
2. Gründung einer neuen Gesellschaft.....	197
III. Einflussmöglichkeiten der Kommune	197
1. Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages	198
2. Entsendung von kommunalen Vertretern in Unternehmenspositionen	200
a) GmbH.....	200
b) AG	201
3. Erteilung von Weisungen.....	203
a) GmbH.....	205
b) AG	206
IV. Vergabepflichtigkeit der Auftragserteilung an kommunale Nahverkehrsgesellschaft.....	207
1. Generelle Ausschreibungspflicht der Vergabe an kommunale Nahverkehrsgesellschaft	208
2. Die In-House-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.....	209
3. Anwendung der Grundsätze der In-House-Vergabe auf die Auftragsvergabe an eine kommunale Nahverkehrsgesellschaft.....	210
a) Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle.....	210
aa) GmbH	211
bb) AG.....	212
b) Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber.....	212
c) Zusammenfassung	213
d) Ausblick.....	213
C. Ausgründung einer Fahrdiensttochter	214

I. Durchführung der Ausgründung	216
II. Betriebsübergang als Hindernis für Lohnsenkungen.....	217
1. Voraussetzungen eines Betriebsüberganges	217
a) Betrieb oder Betriebsteils	217
b) Übergang auf einen anderen Inhaber	219
c) Rechtsgeschäftlicher Übergang	219
d) Zusammenfassung	220
2. Rechtsfolgen eines Betriebsüberganges nach § 613a BGB.....	220
a) Weitergeltung des Tarifvertrages	220
b) Veränderungssperre.....	221
c) Ausnahmen von der Veränderungssperre.....	221
3. Folgen für die Ausgründung einer Fahrdiensttochter.....	222
a) Ausgründung einer Fahrdiensttochter mit Betriebsübergang.....	222
b) Ausgründung einer Fahrdiensttochter ohne Betriebsübergang	223
III. Sicherstellung des Einflusses der Kommune	224
1. Festlegung des Gesellschaftsgegenstandes.....	225
2. Vertragliche Beziehung zwischen Nahverkehrsgesellschaft und Fahrdiensttochter.....	225
IV. Vergabepflichtigkeit der Auftragsvergabe von der Nahverkehrs- gesellschaft an ihre Fahrdiensttochter	227
1. Öffentlicher Auftrag	228
a) Auftraggebereigenschaft von Nahverkehrsgesellschaft	228
aa) Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB	228
aaa) Juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts	228
bbb) Im Allgemeininteresse liegende Aufgabe	228
ccc) Nicht gewerblicher Art.....	229
ddd) Von der öffentlichen Hand überwiegend finanziert.....	231
eee) Aufsicht der öffentlichen Hand über die Leitung	231
fff) Ausblick.....	231
bb) Auftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB	231
aaa) Natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts	232
bbb) Tätigkeit auf dem Gebiet des Verkehrs	232
ccc) Sektorenauftraggeber aufgrund von Rechtsgewährung.....	232
ddd) Sektorenunternehmen aufgrund beherrschenden Einflusses der öffentlichen Hand	232
eee) Ausblick	233
cc) Abgrenzung von Auftraggebern nach § 98 Nr. 2 und Nr. 4 GWB.....	233
aaa) Bisherige Rechtslage	234
bbb) Geltende Rechtslage	234
b) Entgeltlicher Vertrag über Dienstleistungen	235
2. Anwendung der Grundsätze der In-House-Vergabe	235

a) Anwendbarkeit der Grundsätze der In-House-Vergabe auf Auftragsvergaben von der Nahverkehrsgesellschaft an ihre Fahrdiensttochter	235
b) Ausblick.....	236
D. Die Einführung einer Konzernstruktur	237
I. Durchführung der Konzerngründung.....	239
1. Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen von Konzerngründungen	240
a) Konzerne im Verkehrsbereich	240
aa) Verkehrskonzerne.....	240
bb) Stadtwerkskonzerne	240
b) Konzernstrukturen im Verkehrsbereich	241
aa) Vertrags- und faktische Konzerne.....	241
bb) Gleichordnungs- und Unterordnungskonzerne.....	241
c) Besondere Formen der Konzerngründung.....	242
aa) Mehrstufige Konzernierung	242
bb) Holdingkonstruktionen	242
2. Herrschendes Unternehmen im Sinne des Konzernrechts.....	242
a) Kommunale Gebietskörperschaft als herrschendes Unternehmen im Sinne des Konzernrechts	243
b) GmbH-Holdinggesellschaft als herrschendes Unternehmen im Sinne des Konzernrechts.....	244
3. Aufgabenverteilung im Konzern	245
4. Vertragliche Beziehung im Rahmen des Konzerns	246
a) Vertragliche Beziehung zwischen Konzernmutter und Konzerntöchtern.....	246
b) Vertragliche Beziehung zwischen den einzelnen Konzerntöchtern.....	247
5. Zulässigkeit der Konzerngründung vor dem Hintergrund des Kartellrechts	247
II. Sicherstellung des Einflusses der Kommune.....	248
1. Einflussnahme über Beherrschungsvertrag	248
a) Ausgestaltung des Weisungsrechts.....	248
b) Ausübung des Weisungsrechts bei zwischengeschalteter Gesellschaft	249
2. Festlegung des Gesellschaftszwecks der Tochtergesellschaften	251
III. Vergabepflichtigkeit der Leistungsbeziehungen innerhalb des Konzerns	252
1. Vergabepflichtigkeit der Auftragsvergabe von Konzernmutter an Tochtergesellschaft	252
2. Vergabepflichtigkeit der Auftragsvergabe von Konzerntöchtern untereinander.....	254
a) Auftraggebereigenschaft der Tochtergesellschaften	254
b) Entgeltlicher Vertrag	255
c) Anwendung der Grundsätze des In-House-Geschäfts.....	255

d) Ausblick.....	257
E. Gründung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens.....	257
I. Durchführung der Gründung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens.....	259
1. Kriterien für die Wahl eines privaten Mitgesellschafters.....	260
2. Vergabepflichtigkeit der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen.....	260
a) Verkauf von Gesellschaftsanteilen an privaten Investor.....	261
b) Auftragsvergabe und gleichzeitiger Anteilsverkauf.....	264
c) Ausblick.....	267
II. Sicherstellung des Einflusses der Kommune.....	267
1. Verankerung des öffentlichen Auftrags im Gesellschaftsvertrag.....	267
2. Vertragliche Regelungen.....	268
III. Vergabepflichtigkeit der Auftragsvergabe an gemischt-wirtschaftliches Unternehmen.....	270
1. Generelle Ausschreibungspflicht.....	270
2. Anwendung der Grundsätze des In-House-Geschäfts.....	270
a) Bisherige Beurteilung.....	270
b) „Stadt-Halle“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs.....	271
c) Stellungnahme.....	272
3. Ausblick.....	272
F. Kooperationen zwischen Verkehrsunternehmen.....	273
I. Durchführung der Einziehung einer Kooperation.....	274
1. Kooperationsmöglichkeiten.....	274
a) Zusammenlegung der betrieblichen Abläufe.....	274
b) Gemeinsame Beschaffung.....	275
c) Gemeinsame Bewerbung um Aufträge.....	275
2. Vertragliche Beziehungen innerhalb der Kooperation.....	275
3. Eingreifen der Fusionskontrolle.....	276
a) Veränderungen der Unternehmensstruktur.....	276
b) Umsatzschwellen.....	276
c) Prüfung des Bundeskartellamtes.....	277
aa) Abgrenzung des relevanten Marktes im ÖPNV.....	277
aaa) Sachlich relevanter Markt.....	278
bbb) Personell relevanter Markt.....	279
ccc) Räumlich relevanter Markt.....	280
bb) Marktbeherrschende Stellung.....	282
4. Zulässigkeit von Kooperationen vor dem Hintergrund des Kartellrechts.....	283
a) Generelle Anwendbarkeit des Kartellrechts.....	283
b) Ausnahme vom Kartellverbot für Verkehrskooperationen.....	283
c) Ausnahme vom Kartellverbot für Kooperationen in anderen Bereichen.....	284
aa) Beschaffungsk Kooperationen.....	284

bb) Bieterkooperation.....	285
II. Einflussmöglichkeiten der Kommune	286
III. Vergabepflichtigkeit der Leistungsbeziehungen innerhalb einer Verkehrs- kooperation	286
1. Die neuere Rechtsprechung zur Ausschreibungspflicht staatlicher Kooperationen.....	287
a) Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13.01.2005	287
b) Die Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 05.05.2004 und des OLG Frankfurt vom 07.09.2004.....	287
2. Auftraggebereigenschaft der Verkehrsunternehmen	288
3. Entgeltlicher Vertrag.....	288
a) Zusammenlegung betrieblicher Abläufe	288
b) Übertragung betrieblicher Abläufe auf Gemeinschaftsunter- nehmen.....	289
c) Gemeinsame Beschaffung	290
d) Ausblick.....	291
G. Zusammenfassung.....	292
Wesentliche Ergebnisse in Thesen.....	295
Literaturverzeichnis	297