

Das Recht des Marktzugangs im ÖPNV

**Genehmigung, Vertragsvergabe und Finanzierung
im straßengebundenen ÖPNV
nach deutschem und europäischem Recht**

Von
Dr. Lorenz Wachinger

ERICH SCHMIDT VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über dnb.ddb.de abrufbar.

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter
[ESV.info/3 503 09763 5](http://ESV.info/3_503_09763_5)

ISBN-13: 978 3 503 09763 0

ISBN-10: 3 503 09763 5

ISSN: 0340-9554

Alle Rechte vorbehalten
© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin 2006
www.ESV.info

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen der Deutschen Bibliothek und der
Gesellschaft für das Buch bezüglich der Alterungsbeständigkeit und entspricht sowohl den
strengen Bestimmungen der US Norm Ansi/Niso Z 39.48-1992 als auch der ISO-Norm 9706.

Druck und Bindung: Strauss, Mörlenbach

Inhaltsübersicht

VORWORT	XI
INHALTSÜBERSICHT	XI
INHALTSVERZEICHNIS	XI
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XIX
EINFÜHRUNG IN DIE PROBLEMATIK UND GANG DER UNTERSUCHUNG	1
1. TEIL: DAS WETTBEWERBSUMFELD DES ÖPNV	5
§ 1 ORGANISATION UND FINANZIERUNG DES ÖPNV IN DEUTSCHLAND	5
§ 2 ÖPNV UND WETTBEWERB	23
2. TEIL: DER ALLGEMEINE RAHMEN FÜR DIE REGULIERUNG DES ÖSPV IM INNERSTAATLICHEN RECHT	63
§ 3 DIE ÖFFENTLICHE VERANTWORTUNG FÜR DEN ÖPNV	63
§ 4 DER ÖPNV ALS TEIL DER WIRTSCHAFTSVERFASSUNG	85
3. TEIL: DETERMINANTEN DES EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTSRECHTS FÜR DEN MARKTZUGANG IM ÖPNV UND DESSEN FINANZIERUNG	123
§ 5 DER ÖPNV ALS TEIL DER VERKEHRSPOLITIK DER EG	123
§ 6 STAATLICHE BEIHILFEN	143
§ 7 GRUNDFREIHEITEN	227
§ 8 AUSSCHLIEßLICHE RECHTE IM EG-WETTBEWERBSRECHT	243
4. TEIL: DER MARKTZUGANG IM ÖSPV NACH GELTENDEM NATIONALEN RECHT	287
§ 9 GENEHMIGUNG UND MARKTZUGANGSWEGE NACH PERSONENBEFÖRDERUNGSRECHT	287
§ 10 DER MARKTZUGANG BEI UNTERNEHMENSINITIIERTEN VERKEHRSLEISTUNGEN	335
§ 11 DER MARKTZUGANG FÜR BEHÖRDENINITIIERTE VERKEHRSLEISTUNGEN	361

5. TEIL: NEUE GEMEINSCHAFTSRECHTLICHE VORGABEN FÜR DEN ÖPNV? – DIE LEGISLATIVBESTREBUNGEN DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION FÜR EINE MARKTÖFFNUNGSVERORDNUNG.....	431
§ 12 DIE WESENTLICHEN REGELUNGSINHALTE DES KOMMISSIONSVORSCHLAGS.	431
ZUSAMMENFASSUNG.....	445
LITERATURVERZEICHNIS.....	471

Inhaltsverzeichnis

VORWORT	VII
INHALTSÜBERSICHT	IX
INHALTSVERZEICHNIS	XI
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XIX
EINFÜHRUNG IN DIE PROBLEMATIK UND GANG DER UNTERSUCHUNG	1
1. TEIL: DAS WETTBEWERBSUMFELD DES ÖPNV	5
§ 1 ORGANISATION UND FINANZIERUNG DES ÖPNV IN DEUTSCHLAND	5
I. Der ÖPNV-Markt	5
II. Organisation	8
1. Staatliche Regulierung	8
2. Verkehrsunternehmen	10
3. Verkehrsverbände	11
III. Finanzierung	13
1. Betriebskosten	13
a) Fahrgelderlöse	13
b) Ausgleich für Ermäßigungen im Ausbildungsverkehr (§ 45a PBefG)	13
c) Schulwegfreiheit	15
d) Ausgleich für Freifahrten der Schwerbehinderten (§§ 145ff. SGB IX)	15
e) Kommunaler Querverbund	16
f) Gesellschaftsrechtliche Finanzierungsformen der kommunalen Eigentümerin	16
g) Ausgleichszahlungen für verbundbedingte Belastungen	17
h) Betriebskostenzuschüsse	17
2. Investitionen	18
a) Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz	18
b) Regionalisierungsgesetz	19
3. Kritik / Ausblick	20
§ 2 ÖPNV UND WETTBEWERB	23
I. Wettbewerb im ÖPNV in der ökonomischen Diskussion	23
1. Verkehr und Markt	23
a) Die Besonderheitenlehre und andere Regulierungsbegründungen	23
b) Die Funktion des Marktes	24
c) Vertikale Disaggregation	25
2. Dienste-Ebene	26
a) Subventionierung	26

b) Ausschließliche Rechte / Netzkoordinierung	27
3. Infrastruktur-Ebene	32
II. Der ÖPNV im europäischen Ausland	33
1. Großbritannien	33
2. Schweden und Dänemark	35
3. Frankreich	37
4. Schrittweise Einführung des „kontrollierten Wettbewerbs“ in weiteren europäischen Ländern	39
III. Wettbewerb im ÖPNV in Deutschland	40
1. Bisherige Entwicklungen	40
a) Regionalisierung	40
b) Die Wettbewerbsdiskussion in Deutschland	40
c) Erste Erfahrungen mit Ausschreibungen	42
2. Zukünftige Entwicklungslinien	44
a) Haushaltsknappheit und Privatisierung	44
b) Der kommunale Querverbund	44
c) Der „Altmark-Streit“	45
d) Genehmigungswettbewerb	48
e) Europäische Initiativen	48
IV. Der „kontrollierte Wettbewerb“	49
1. Die Ebenen des ÖPNV-Systems	49
2. Steuerungselemente im Ausschreibungswettbewerb	51
a) Vorbereitung und Organisation des Bestellers	52
Abbildung 2: Steuerungselemente im Ausschreibungswettbewerb	53
b) Art der ausgeschriebenen Leistung	54
c) Art der Leistungsbeschreibung	56
d) Vertragsgestaltung	57
e) Vergabeverfahren und Wertung	60
f) Qualitätssteuerung des Betreibers	60

2. TEIL: DER ALLGEMEINE RAHMEN FÜR DIE REGULIERUNG DES ÖSPV IM INNERSTAATLICHEN RECHT 63

§ 3 DIE ÖFFENTLICHE VERANTWORTUNG FÜR DEN ÖPNV	63
I. Verfassungsrechtliche Verankerung der staatlichen Mobilitätsgewährleistung	63
1. Objektive Rechtspflichten des Staates	63
a) Sozialstaatsprinzip	63
b) Staatsziel Umweltschutz	66
2. Subjektiv-rechtliche Anknüpfungspunkte	66
a) Mobilitätsgrundrecht	66
b) Schutzpflichten des Staates	67
II. Die Reichweite des Sicherstellungsauftrages	68
1. Der Begriff Daseinsvorsorge	68
a) Die Verwendung bei Forstthoff	68
b) Kritik und praktische Verwendung	70
c) Bedeutungswandel in jüngster Zeit	71
2. Einige Begriffsklärungen auf dem Gebiet öffentlicher Aufgaben	73
a) Öffentliche Aufgaben, Staatsaufgaben und Verwaltungsaufgaben	73
b) Kategorien der Privatisierung	75
c) Verantwortungsstufen im Aufgabenfeld	76
3. Aufgaben im Aufgabenfeld ÖPNV	78

a)	Sicherstellungsauftrag und Aufgabenfeld	78
b)	Aufgabenfeld „ausreichende Verkehrsbedienug“	80
c)	Konkretisierung der „ausreichenden Verkehrsbedienug“	82
§ 4	DER ÖPNV ALS TEIL DER WIRTSCHAFTSVERFASSUNG	85
I.	Grenzen öffentlicher Wirtschaftstätigkeit.....	85
II.	Öffentliche Subventionierung	90
1.	Freiheitsrechtliche Dimensionen der Subventionierung	91
2.	Gleichheitsrechtliche Beurteilung der Subventionierung	93
a)	Anspruch auf Subventionierung?	93
b)	Anspruch auf gleiche Verteilung der Subventionierung?	93
III.	Verfassungsrechtliche Anforderungen an Marktzugangssysteme mit ausschließlichen Rechten.....	98
1.	Öffentliches Verkehrsinteresse und Art. 12 GG: Die Vereinbarkeit ausschließlicher Rechte im ÖPNV-Linienerkehr mit der Berufsfreiheit	99
a)	Dreistufentheorie	99
b)	Eingriff in den Schutzbereich	100
c)	Eingriffsrechtfertigung	102
d)	Ergebnis.....	116
2.	Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Vergabe ausschließlicher Rechte.....	117
a)	Aktivierung der Regulierungsziele	118
b)	Systemgerechtigkeit der Zulassungsmaßstäbe	118
c)	Angemessenheit der Verteilungsmaßstäbe: praktische Gewährleistung der Chancengleichheit	119
3. TEIL:	DETERMINANTEN DES EUROPÄISCHEN	
	GEMEINSCHAFTSRECHTS FÜR DEN MARKTZUGANG IM	
	ÖPNV	123
§ 5	DER ÖPNV ALS TEIL DER VERKEHRSPOLITIK DER EG	123
I.	Die Verkehrspolitik im EGV.....	123
1.	Die Ziele der Verkehrspolitik.....	123
2.	Verhältnis zu anderen Politiken	126
II.	Die ÖPNV-Politik der Gemeinschaft.....	127
1.	Die verkehrspolitischen Ziele der EG auf dem Gebiet des ÖPNV	127
a)	Neuregelung des Marktzugangs	129
b)	Anlastung externer Kosten.....	131
c)	Gemeinwohlorientierte Leistungen.....	131
2.	Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinschaft für den ÖPNV	132
a)	Der Begriff der gemeinsamen Verkehrspolitik	132
b)	Abgrenzung der verkehrspolitischen Kompetenzen zwischen Mitgliedstaaten und EG	133
c)	Zuständigkeit der Gemeinschaft für den ÖPNV	137
3.	Grundzüge des gemeinschaftlichen Verkehrsrechts mit Bedeutung für den ÖPNV	138
a)	Marktzugang im Straßenpersonenverkehr.....	139
b)	Verkehr und Wettbewerb	140
c)	Vorschriften für die Eisenbahnen	142
§ 6	STAATLICHE BEIHILFEN	143
I.	Beihilfen und ÖPNV	143
II.	Beihilfen iSd. Art. 87 I EGV	144
1.	Beihilfebegriff	144

a)	Beihilfegeber und Herkunft der Mittel.....	145
b)	Begünstigung.....	146
c)	Adressatenkreis.....	159
d)	Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige.....	159
2.	Verbot von Beihilfen mit bestimmten schädlichen Auswirkungen.....	165
a)	Wettbewerbsverfälschung.....	165
b)	Handelsbeeinträchtigung.....	170
III.	Rechtfertigung tatbestandsmäßiger Beihilfen nach Artt. 87 II und III sowie 86 II EGV.....	179
IV.	Rechtfertigung von Abgeltungs- und Koordinierungsbeihilfen (Art. 73 EGV).....	181
1.	Systematik.....	181
2.	Sekundärrecht.....	181
a)	Koordinierungsbeihilfen.....	182
b)	Abgeltungsbeihilfen.....	182
c)	Vollständige Ausfüllung von Art. 73 EGV durch Sekundärrecht?.....	183
3.	Verordnung (EWG) Nr. 1191/69.....	185
a)	Geschichte.....	186
b)	Anwendungsvorrang der Verordnung.....	187
c)	persönlicher Anwendungsbereich.....	188
d)	sachlicher Anwendungsbereich: Begriff der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes.....	191
e)	sachlicher Anwendungsbereich: Zuschüsse zum Ausgleich von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen.....	199
f)	Der Anspruch auf Aufhebung.....	201
g)	Auferlegung.....	206
h)	Vereinbarung.....	208
i)	Art. 14 IV-VI: eigenwirtschaftliche Verkehre.....	211
V.	Folgen für das nationale Recht.....	211
1.	Das Beihilfeverfahren nach Art. 88 EGV.....	211
a)	Nichtstreitiges Verfahren.....	212
b)	Streitiges Verfahren.....	213
2.	Rechtsschutz des Konkurrenten.....	214
a)	Der Rechtsschutz des Konkurrenten bei neuen Beihilfen.....	214
b)	Der Rechtsschutz des Konkurrenten bei bestehenden Beihilferegelungen.....	216
3.	Reichweite des Anwendungsvorranges im Beihilferecht.....	219
a)	Begriff der bestehenden Beihilferegelungen.....	220
b)	Reichweite des Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EGV.....	222
§ 7	GRUNDFREIHEITEN.....	227
I.	Die Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit im ÖPNV.....	227
1.	Anwendungsbereich und Gewährleistungsgehalt.....	227
2.	Geltung der Dienstleistungsfreiheit im Verkehrsbereich.....	228
3.	Relevanz für den ÖPNV?.....	228
II.	Die Niederlassungsfreiheit als wichtigster gemeinschaftsrechtlicher Maßstab für Marktzugangsschranken im ÖPNV.....	229
1.	Anwendungsbereich.....	229
a)	Anwendung im Verkehr.....	229
b)	Sachlich.....	229
c)	Persönlich.....	231
2.	Beschränkungen.....	232

a) Offene und versteckte Diskriminierungen.....	232
b) Die Entwicklung zum allgemeinen Beschränkungsverbot	232
3. Rechtfertigung	238
4. Bedeutung für den ÖPNV.....	239
a) Marktzugang über ausschließliche Rechte.....	240
b) Kommunale Monopole.....	241
c) Subventionierung	241
§ 8 AUSSCHLIEßLICHE RECHTE IM EG-WETTBEWERBSRECHT	243
I. Die staatliche Bindung an das Wettbewerbsrecht	243
1. Die „Scharnierfunktion“ von Art. 86 I EGV	243
2. Der Unternehmensbegriff im EG-Wettbewerbsrecht.....	245
a) Versuch einer Definition.....	245
b) Bedeutung für den ÖPNV.....	250
3. Adressaten des Art. 86 I EGV	251
a) Öffentliche Unternehmen.....	251
b) Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten ausschließliche oder besondere Rechte gewähren.....	251
4. Verpflichtungen der Mitgliedstaaten nach der „neuen Norm“	253
II. Dem Vertrag widersprechende Maßnahmen	255
1. Verbotene Maßnahmen.....	255
2. Zulässigkeit ausschließlicher Rechte „an sich“.....	255
3. Verstoß gegen unternehmensbezogene Wettbewerbsvorschriften.....	257
a) Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 82 EGV).....	259
b) Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen (Art. 81 EGV).....	268
4. Verstoß gegen staatenbezogene Vertragsvorschriften.....	269
a) Grundfreiheiten.....	270
b) Verstoß gegen das Beihilfenverbot.....	270
III. Rechtfertigung nach Art. 86 II	270
1. Tatbestand des Art. 86 II EGV	272
a) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.....	272
b) Betrauung	274
2. Erforderlichkeitsprüfung (Art. 86 II 1).....	278
a) Vertragsverstöße	278
b) Zur Aufgabenerfüllung erforderlich.....	279
3. Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs (Art. 86 II 2)	282
IV. Kompetenzen der Kommission (Art. 86 III).....	283
4. TEIL: DER MARKTZUGANG IM ÖSPV NACH GELTENDEM NATIONALEN RECHT	287
§ 9 GENEHMIGUNG UND MARKTZUGANGSWEGE NACH PERSONENBEFÖRDERUNGSRECHT	287
I. Die PBefG-Genehmigung	287
1. Anwendungsbereich des PBefG	287
2. Genehmigungspflicht	288
3. Inhalt und Umfang der PBefG-Genehmigung.....	289
4. Genehmigungsverfahren.....	290
II. Abgrenzung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen nach dem „Altmark Trans“-Urteil des EuGH.....	291

1. Allgemeine Unterschiede zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen	292
2. Interpretation der Eigenwirtschaftlichkeit nach nationalem Recht und Kritik an der Gemeinschaftsrechtskonformität der Definition	295
a) Weiter Wortlaut	295
b) Kritik an der weiten Definition	296
3. Maßstäbe für die Abgrenzung eigen- und gemeinwirtschaftlicher Verkehre nach dem „Altmark Trans“-Urteil: generelle Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69?	299
a) Freistellung eigenwirtschaftlicher Verkehre vom Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1191/ 69 im Wege einer konkludenten Teilbereichsausnahme?	301
b) Würde § 8 IV PBefG bei Interpretation als Teilbereichsausnahme dem Grundsatz der Rechtssicherheit genügen?	309
c) effet cliquet als Sperre für Neuregelung.....	318
4. Voraussetzungen der Eigenwirtschaftlichkeit nach dem „Altmark Trans“-Urteil	319
a) Zuordnung von Verkehren zur Eigenwirtschaftlichkeit nach nationalem Recht	321
b) Wann ist die Genehmigungserteilung (nicht) mit der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 vereinbar?	327
c) Nachweispflichten	332
§ 10 DER MARKTZUGANG BEI UNTERNEHMENSINITIIERTEN VERKEHRSLEISTUNGEN	335
I. Subjektive Zulassungsvoraussetzungen im Linienverkehr.....	335
II. Objektive Zulassungsvoraussetzungen.....	336
1. Öffentliche Verkehrsinteressen als spezielle öffentliche Interessen	337
2. Zu den Versagungsgründen im einzelnen	338
a) befriedigende Bedienung mit vorhandenen Verkehrsmitteln	339
b) keine wesentliche Verbesserung oder keine neuen Verkehrsaufgaben.....	341
c) Ausgestaltung	342
d) unbenannte Gründe der öffentlichen Verkehrsinteressen	344
e) Der Nahverkehrsplan als Versagungsgrund?	345
3. Genehmigungswettbewerb: Die Verteilung zwischen mehreren konkurrierenden Anträgen	349
a) „Bessere Verkehrsbedienung“	349
b) „Besitzstandsschutz“ vorhandener Unternehmer?.....	350
c) Verteilungsgerechtigkeit bei neuingerichteten Verkehren	352
d) Transparenzerfordernisse im Genehmigungsverfahren.....	353
e) Praxisprobleme im Genehmigungsverfahren	354
III. Gestaltigungsbefugnisse der Genehmigungsbehörde und des Aufgabenträgers bei eigenwirtschaftlichen Linienverkehren.....	354
a) Erweiterung oder Änderung des Betriebs.....	355
b) Entbindung von der Betriebspflicht.....	355
c) Gestaltung der Tarife	356
d) Änderungen der Fahrpläne	357
e) Genehmigungsdauer	357
f) Linienbündelung.....	358
§ 11 DER MARKTZUGANG FÜR BEHÖRDENINITIIERTE VERKEHRSLEISTUNGEN..	361

I.	Der vorgeschaltete Marktzugang über eine Bestellung von Verkehrsleistungen durch den Aufgabenträger	362
1.	Formen der Bestellung von Verkehrsleistungen	363
a)	Auferlegung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen	363
b)	Vereinbarung über die Erbringung von Verkehrsdiensten.....	363
c)	Schlichte Finanzierung	364
2.	Bestellvorgänge, die in den Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts fallen	364
a)	Anwendungsbereich des Vergaberechts	365
b)	Verkehrsverträge als Dienstleistungsauftrag	370
c)	Vergaberechtliche Beurteilung von Vertragsformen, die das Ziel einer Vermeidung der Ausschreibungspflicht verfolgen.....	371
3.	Bestellformen, die nicht im sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts liegen	376
a)	Dienstleistungskonzessionen.....	376
b)	Vergabe an anderen öffentlichen Auftraggeber (§ 100 II lit. g) GWB)	391
c)	In-House-Geschäfte	392
d)	Hoheitliche Indienstnahme für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (Auferlegung)	399
e)	Weitere Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts	401
II.	Die genehmigungsrechtliche Umsetzung behördeninitiiierter Verkehre: Genehmigungsvoraussetzungen und Verfahren bei § 13a PBefG.....	402
1.	Vorliegen eines Markteingriffs	403
2.	Befugnis des Aufgabenträgers zum Markteingriff.....	404
a)	Voraussetzungen der Bestellbefugnis.....	404
b)	Nur subsidiäre Umsetzung der Bestellerkompetenz nach § 8 IV 3 PBefG?	411
3.	Geringste Kosten für die Allgemeinheit: Wettbewerb oder Direktvergabe? ...	420
a)	Wahl der Handlungsform	420
b)	Wettbewerbsfreie Direktvergabe und geringste Kosten	421
c)	Höhe der veranschlagten Kosten und des Ausgleichs	423
d)	Das Quersubventionierungsverbot	424
4.	Rechtmäßigkeit der Auferlegung oder Vereinbarung	424
a)	Auferlegung.....	425
b)	Vertragliche Vereinbarung: vergaberechtliche Bindungen.....	428
	Abbildung 6: Vergabewege innerhalb von § 13a PBefG; Zusammenspiel von Gemeinschaftsrecht, GKV und Vergaberecht	429
5. TEIL:	NEUE GEMEINSCHAFTSRECHTLICHE VORGABEN FÜR DEN ÖPNV? – DIE LEGISLATIVBESTREBUNGEN DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION FÜR EINE MARKTÖFFNUNGSVERORDNUNG.....	431
§ 12	DIE WESENTLICHEN REGELUNGSINHALTE DES KOMMISSIONSVORSCHLAGS	431
I.	Allgemeine Bedeutung des Vorschlages	434
1.	Ziele des Vorschlages und zugrundeliegende Konzeption	434
2.	Gegenstand und Anwendungsbereich	435
3.	Die Kompetenz der Gemeinschaft	436
II.	Regelung des Marktzugangs.....	437
1.	Die Rolle der zuständigen Behörde.....	437
2.	Öffentlicher Dienstleistungsauftrag	437

a) Erfordernis eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages	438
b) Obligatorischer Inhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge	439
3. Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge.....	439
a) Abgrenzung zwischen Verfahren nach EG-Vergaberichtlinien und den Regeln des Vorschlags	439
b) Das nach dem Vorschlag vorgesehene wettbewerbliche Vergabeverfahren	440
c) Direktvergabe.....	440
ZUSAMMENFASSUNG.....	445
LITERATURVERZEICHNIS	471