

Kartellrecht als Korrektiv bei kommunalen Verkehrsunternehmen?

Dr. Christoph Wolf, Dr. Corina Jürschik-Grau, LL.M.; Stuttgart

Ein Busfahrer benutzt während der Fahrt sein Mobiltelefon. Seine Arbeitgeberin kündigt ihm, das Verkehrsunternehmen spricht eine lebenslange Sperre aus. Der Fahrer findet daraufhin keine neue Arbeit im Umkreis. In einer solchen Konstellation hätte man bisher wohl nicht an Kartellrecht gedacht.

Seit einer Entscheidung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf [1] aus dem August 2023 ist das anders. Der Busfahrer ging gegen die Sperre vor. Das Landgericht Köln reduzierte die Sperre unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten auf fünf Jahre. Das OLG Düsseldorf hat die Sperre im Rahmen der Berufung nun mit kartellrechtlicher Begründung ganz aufgehoben. Ein Aspekt war dabei die erhebliche Bedeutung eines kommunalen Unternehmens für die Verkehrsbedienung in einem bestimmten Gebiet. Der Fall ist sowohl kartellrechtlich

interessant als auch für alltägliche Fragen in Verkehrsunternehmen relevant.

Fehlverhalten im Subunternehmerverhältnis und Sperre des Busfahrers

Das OLG Düsseldorf hatte in der Berufungsinstanz über einen Fall zu entscheiden, der im Ausgangspunkt rein arbeitsrechtlich geprägt war und eine Subunternehmer-Konstellation betraf, die in vielen deutschen Städten vergleichbar besteht: Das kreiseigene, kommunale Verkehrsunternehmen (spätere Beklagte) hatte im Rahmen seines eigenen öffentlichen Dienstleistungsauftrags ein Verkehrsunternehmen als Subunternehmer für Verkehrsleistungen eingesetzt, das wiederum selbst Subunternehmer einsetzte. Der Subunternehmer-Verkehrsvertrag hatte dabei im Einzelnen vorgegeben, welche

Anforderungen an das eingesetzte Fahrpersonal sicherzustellen sind. Dagegen hat ein Busfahrer einer (Sub-)Subunternehmerin des kommunalen Verkehrsunternehmens verstoßen, indem er während der Fahrt mit einem vollbesetzten Linienbus minutenlang sein Mobiltelefon benutzte. Das führte zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Darüber hinaus sprach das kommunale Verkehrsunternehmen eine Sperrung des Busfahrers für Verkehre des kommunalen Verkehrsunternehmens aus.

Unter anderem deshalb fand der Busunternehmer keine neue Arbeit. Er wehrte sich gegen die Sperrung und machte gegenüber dem kommunalen Verkehrsunternehmen geltend, die Sperrung stelle einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, also ein Verstoß gegen Kartellrecht dar. Faktisch habe das kommunale Verkehrsunternehmen gegenüber allen für den

ANZEIGE



Weisen Sie rechtzeitig auf Ihre **Messe-Präsenz** hin!

DER NAHVERKEHR
Ihr Messepartner 2024

| Ausgabe | Messe | Erscheinungstermin | Anzeigenschluss |
|---------|--|--------------------|-----------------|
| 5/2024 | IT-Trans, Karlsruhe polisMOBILITY, Köln Cable Car World, Essen | 08.05.2024 | 11.04.2024 |
| 6/2024 | VDV-Jahrestagung, Düsseldorf | 04.06.2024 | 07.05.2024 |
| 9/2024 | InnoTrans, Berlin IAA Transportation, Hannover | 17.09.2024 | 19.08.2024 |

Sichern Sie sich noch heute Ihren perfekten Werbeauftritt.

Kontakt: Andrea Kött • Tel. +49 (0)211 505-26536 • andrea.koett@dvvmedia.com

Busfahrer in Betracht kommenden Busunternehmen ein Beschäftigungsverbot in Bezug auf ihn ausgesprochen. Das komme einem Berufsausübungsverbot gleich.

Sperre des Busfahrers als Verstoß gegen das Missbrauchsverbot

In erster Instanz hatte das Landgericht Köln die marktbeherrschende Stellung des Kreisunternehmens bejaht und dem Kreisunternehmen aufgegeben, die Sperre bis 2026 zu befristen. Das OLG Düsseldorf ging im Rahmen der Berufung gegen die Entscheidung des Landgerichts noch darüber hinaus. Das OLG Düsseldorf hielt die Sperre insgesamt für unwirksam. Die lebenslange Sperre stelle einen Missbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB dar. Der Kläger habe einen Anspruch auf Mitteilung, dass die Sperre aufgehoben ist.

Unternehmen im Sinne des Kartellrechts

Das OLG hat zunächst angenommen, dass es sich bei dem kommunalen Verkehrsunternehmen um ein „Unternehmen“ im Sinne des Kartellrechts handelt. Die öffentlich-rechtliche Organisationsform reiche nicht aus, um aus dem Anwendungsbereich des GWB zu fallen [2]. Die Norm sei nur auf rein hoheitliches Handeln nicht anwendbar. Das Busunternehmen nehme am geschäftlichen Verkehr mit Gewinnerzielungsabsicht teil und stehe mit anderen Unternehmen im Wettbewerb. Das OLG Düsseldorf setzt damit seine bisherige Linie fort [3].

Marktabgrenzung bei Verkehrsunternehmen

Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot gilt nur für Unternehmen, die eine marktbeherrschende Stellung haben. Damit beurteilt werden kann, ob eine solche Stellung vorliegt, muss davor der sachlich und räumlich relevante Markt abgegrenzt werden. Das OLG Düsseldorf nimmt als sachlich und räumlich relevanten Markt den „Arbeitsmarkt für Busfahrer im ÖPNV im Rhein-Erft-Kreis“ an [4]. Im Rahmen des Bedarfsmarktkonzepts sei die Sicht des Busfahrers entscheidend. Dieser ist Abnehmer einer Arbeitsstelle als Busfahrer. Aus seiner Sicht müsse beurteilt werden, ob die in Betracht kommenden Stellenangebote für Busfahrer nach ihren Eigenschaften austauschbar seien [5]. Ein Einsatz im Gelegenheitsverkehr (zum Beispiel private Busreisen) sei nicht mit dem Einsatz im



Zum Autor

Dr. Christoph Wolf (41) ist Partner in der Kanzlei Oppenländer Rechtsanwälte in Stuttgart. Er berät und vertritt Unternehmen in Fragen und Verfahren zum deutschen und europäischen Kartellrecht. Zu seinen Beratungsschwerpunkten gehören die kartellrechtliche Beratung von Unternehmen der öffentlichen Hand, insbesondere Nahverkehrsunternehmen, alle Arten von Kooperationen, und die außergerichtliche sowie gerichtliche Vertretung in Kartellschadensersatzverfahren.



Zur Autorin

Dr. Corina Jürschik-Grau, LL.M. (38) ist Fachanwältin für Vergaberecht in der Kanzlei Oppenländer Rechtsanwälte in Stuttgart. Ihre Spezialgebiete sind Vergaberecht, Nahverkehr, Beihilfenrecht und öffentliches Wirtschaftsrecht. Sie berät insbesondere kommunale Verkehrsunternehmen und Aufgabenträger bei (Direkt-)Vergaben nach VO 1370/2007 sowie Ministerien und Verkehrsverbände zu allen Belangen des öffentlichen Personennahverkehrs.

öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) vergleichbar. Das OLG begründet das insbesondere mit der oftmals über mehrere Tage und Nächte andauernden Entfernung vom eigenen Wohnort. Auch der Einsatz als Schulbusfahrer sei nicht vergleichbar. In räumlicher Hinsicht beschränkt sich der relevante Markt auf das Tätigkeitsgebiet des kommunalen Unternehmens (den Rhein-Erft-Kreis). Dort wohne der betroffene Busfahrer auch. Der räumliche Markt sei deshalb nicht weiter, weil andere Landkreise für den Busfahrer nicht gleichwertig zu erreichen seien [6].

Dieser Ansatz ist in mehrfacher Hinsicht beachtlich. Zunächst einmal sind Arbeitsmärkte kein alltäglicher Gegenstand kartellrechtlicher Praxis. Die Anwendung des Kartellrechts auf Arbeitsmarktthemen wird in den letzten Jahren aber verstärkt diskutiert, zum Beispiel im Zusammenhang mit Abwerbverboten [7]. Die Entscheidung sorgt insofern für Rechtssicherheit. Zudem ist es jedenfalls nicht auf den ersten Blick einleuchtend, warum das OLG Düsseldorf hier einen Angebotsmarkt für Arbeitsplätze definiert. Naheliegender wäre es eher gewesen, die Nachfrage nach Arbeitskräften in den Mittelpunkt zu stellen. Zuletzt stellt das Gericht insbesondere bei der räumlichen Marktabgrenzung stark auf die individuellen Bedürfnisse des Busfahrers ab. Nach den bisher in der Rechtsprechung [8] etablierten Grundsätzen zur Marktabgrenzung wäre eher ein Ansatz zu erwarten gewesen, der von den individuellen Bedürfnissen einzelner Marktakteure abstrahiert und auf die generellen Austauschmöglichkeiten der relevanten Gruppe abstellt.

Marktbeherrschende Stellung des kommunalen Inhouse-Betreibers

Auch die Voraussetzungen für eine marktbeherrschende Stellung liegen nach Auffassung des OLG Düsseldorf vor. Ein Unternehmen ist nach § 18 Abs. 1 GWB marktbeherrschend, wenn es keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine überragende Marktstellung hat. Dabei sind mehrere Aspekte zu berücksichtigen, insbesondere Marktanteil, Finanzkraft, Marktzutrittsschranken, tatsächlicher und potentieller Wettbewerb und Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite [9]. Vermutet wird eine marktbeherrschende Stellung ab einem Marktanteil von 40 Prozent [10]. Als Eigenbetrieb erbringt das beklagte Verkehrsunternehmen im räumlich relevanten Markt einen Großteil der Verkehre. Das OLG konnte sich deshalb im Wesentlichen auf die Vermutungswirkung stützen.

Insoweit entlastete auch die teilweise Übertragung der Tätigkeiten auf eine (Sub-)Subunternehmerin nicht. Diese Tätigkeit sei der Beklagten nach § 278 BGB zuzurechnen. Diese zivilrechtliche Herleitung überrascht zwar zunächst. Das Ergebnis ließe sich aber auch rein kartellrechtlich herleiten. Zum Beispiel hat der EuGH einem marktbeherrschenden Unternehmen schon bisher das Verhalten seiner Vertriebshändler zugerechnet [11].

Sperre als kartellrechtswidrige „unbillige Behinderung“

Das OLG bejaht nicht nur die marktbeherrschende Stellung, sondern auch einen

Literatur/Anmerkungen

- [1] OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.08.2023, VI-6 U 1/23 (Kart), 6 U 1/23 (Kart).
- [2] OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.08.2023, VI-6 U 1/23 (Kart), 6 U 1/23 (Kart), Rdnr. 36.
- [3] OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.10.2016, VI-U (Kart) 2/16, U (Kart) 2/16, Rdnr. 78 bei Juris.
- [4] OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.08.2023, VI-6 U 1/23 (Kart), 6 U 1/23 (Kart), Rdnr. 34.
- [5] OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.08.2023, VI-6 U 1/23 (Kart), 6 U 1/23 (Kart), Rdnr. 43.
- [6] OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.08.2023, VI-6 U 1/23 (Kart), 6 U 1/23 (Kart), Rdnr. 45.
- [7] Steinle/Fuhrer, Kartellrecht im Personalwesen: Das immer noch unterschätzte Risiko, CB 2023, 201; Ott, Praktische Fragen zur Bedeutung des Kartellrechts im Personalbereich – ein Update anhand von Fallbeispielen; ZWeR 2022, 200.
- [8] Nach dem Bedarfsmarktkonzept gehören zum sachlich relevanten Markt alle Produkte oder Dienstleistungen, die nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind, vgl. BGH, Urteil vom 30.03.2011, KZR 6/09, Rdnr. 12 – MAN-Vertragswerkstatt.
- [9] § 18 Abs. 3 GWB.
- [10] § 18 Abs. 4 GWB.
- [11] EuGH, Urteil vom 19.01.2023, Rs. C-680/20 – Unilever Italia.
- [12] OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.08.2023, VI-6 U 1/23 (Kart), 6 U 1/23 (Kart), Rdnr. 57.
- [13] BGH, Urteil vom 08.10.2019, KZR 73/17, Rn. 36 – Werblocker III.
- [14] OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.08.2023, VI-6 U 1/23 (Kart), 6 U 1/23 (Kart), Rdnr. 58.
- [15] OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.08.2023, VI-6 U 1/23 (Kart), 6 U 1/23 (Kart), Rdnr. 65 ff.

Verstoß gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot, und zwar in Form einer unbilligen Behinderung im Sinne von § 19 GWB. Selbst die vom Landgericht noch akzeptierte Sperre von fünf Jahren sei insoweit unzulässig [12].

Behinderung ist jede Beeinträchtigung des Betroffenen in seinen Betätigungsmöglichkeiten im Wettbewerb. Das OLG hat das bejaht, weil es dem Fahrer nahezu unmöglich gemacht werde, einen Arbeitsplatz im räumlich relevanten Markt zu finden.

Ob eine Behinderung unbillig ist, ist anhand einer Gesamtwürdigung und Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu entscheiden [13]. Das Gericht hat besonders berücksichtigt, dass die Beklagte eine monopolartige Stellung hat. Für eine Sperre müssten deshalb „besonders schwerwiegende Gründe“ vorliegen [14]. Demgegenüber stelle das Verhalten des Klägers aber keinen derart schwerwiegenden Grund für eine Sperre dar. Das Gericht hat dabei gewürdigt, dass das Verhalten des Fahrers gegen die StVO verstieß und die Beklagte ein berechtigtes Interesse habe, solches Verhalten zu unterbinden. Allerdings rechtfertigt das allenfalls eine zeitlich begrenzte, kurze Sperre.

Selbst die StVO ahnde das Verhalten „nur“ mit einem Bußgeld von 100 beziehungsweise 150 Euro oder – bei groben oder beharrlichen Pflichtverletzungen – einem Fahrverbot von bis zu drei Monaten. Eine Parallelwertung aus dem Arbeitsrecht ergebe zudem, dass auch eine fristlose Kündigung ohne Abmahnung nicht zulässig gewesen wäre [15].

Fazit: Bedeutung des Kartellrechts wird zunehmen

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Bedeutung des Kartellrechts bei kommunalen Unternehmen zunehmen wird. Der durch das OLG Düsseldorf entschiedene Fall zeigt, dass kommunale Verkehrsunternehmen schon aufgrund ihres Tätigkeitsbereichs in der Fläche schnell als „marktbeherrschend“ gelten können. Gerade für kommunale Betreiber, die direkt beauftragt werden, ist es typisch, dass ihre Tätigkeit ganze Landkreise, Großstädte oder ähnlich große Gebiete abdeckt. Folge ist dann, dass unter anderem das kartellrechtliche Missbrauchsverbot selbst bei arbeitsrechtlichen Sachverhalten zum Korrektiv werden kann. Deshalb sollten gerade in Fällen mit deutlichem Machtungleichgewicht ansonsten selbstverständliche Maßnahmen kartellrechtlich (im Vorfeld) überprüft werden.

Zusammenfassung/Summary

Kartellrecht als Korrektiv bei kommunalen Verkehrsunternehmen?

Bei arbeitsrechtlichen Maßnahmen wie der Sperre eines Busfahrers nach einem Fehlverhalten denkt man bisher nicht direkt an das Kartellrecht. Seit der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 21.08.2023 (6 U 1/23 (Kart)) ist das anders. Das OLG Düsseldorf hob die Sperre im Rahmen der Berufung mit kartellrechtlicher Begründung auf. Ein Aspekt war dabei die erhebliche Bedeutung des kommunalen Unternehmens für die Verkehrsbedienung in einem bestimmten Gebiet. Der Beitrag beleuchtet die Entscheidung und stellt die Weiterungen für die Praxis dar.

Antitrust law as a corrective for municipal transport companies?

When it comes to labor law measures such as banning a bus driver after misconduct, antitrust law is not something that comes directly to mind. Things have changed since the decision of the Düsseldorf Higher Regional Court on August 21, 2023 (6 U 1/23 (kart)). The Düsseldorf Higher Regional Court lifted the ban as part of the appeal on grounds of antitrust law. One aspect was the considerable importance of the municipal company for transport services in a certain area. The article sheds light on the decision and presents the practical impacts.