



Universität Hamburg

DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

FAKULTÄT  
FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

# Zwischen Daseinsvorsorge, Klimaschutz, Subsidiarität und Wettbewerb: Grundfragen der Europäisierung des ÖPNV-Rechts

Vortrag auf den 10. Jenaer Gesprächen zum Recht des ÖPNV, Jena,  
08. November 2024

*Prof. Dr. Stefan Oeter*

## 1. Einleitung: Rechtsrahmen des ÖPNV im Mehrebenensystem

ÖPNV ist zunächst im Ansatz eine zutiefst lokale und regionale Angelegenheit, da er der Deckung lokaler Mobilitätsbedürfnisse dient – spiegelt sich wider in der Aufgabenträgerschaft, die typischerweise bei kommunalen Gebietskörperschaften liegt.

Zugleich erfüllt er aber eine Reihe von Zwecken, die auch miteinander kollidieren können – schön illustriert in § 2 Abs. 1 ThürÖPNVG, das ihn als „Aufgabe der Daseinsvorsorge“ definiert:

„Er soll im Interesse der **Herstellung und Sicherung gleichwertiger Lebensbedingungen**, der **Verkehrssicherheit** und des **Umweltschutzes** unter Beachtung des Grundsatzes der **Wirtschaftlichkeit und Sozialverträglichkeit** eine attraktive **Alternative zum motorisierten Individualverkehr** darstellen und damit einen weiteren Anstieg des motorisierten Individualverkehrs insbesondere in und zwischen den Verdichtungsräumen verhindern. Beim Neu- und Ausbau der Verkehrsinfrastruktur soll dem ÖPNV in Verdichtungsräumen Vorrang vor dem motorisierten Individualverkehr eingeräumt werden.“



## 1. Einleitung: Rechtsrahmen des ÖPNV im Mehrebenensystem

Das erstgenannte Ziel - **Herstellung und Sicherung gleichwertiger Lebensbedingungen** – betrifft mit der räumlichen Erschließungsfunktion und der Sicherung grundlegender Mobilitätsbedürfnisse den eigentlichen Kern der Daseinsvorsorge

**Verkehrssicherheit** und **Umweltschutz** sind Querschnittsbelange, die als normative Rahmenvorgaben des ÖPNV mit in Rechnung zu stellen sind

**Wirtschaftlichkeit und Sozialverträglichkeit** sind eng mit der Daseinsvorsorgeaufgabe verknüpfte Ziele – es geht darum, die Steuerzahler wie die Nutzer nicht wirtschaftlich zu überfordern

Das Ziel, mit dem ÖPNV eine **attraktive Alternative zum motorisierten Individualverkehr** zu bieten, ist dagegen ein genuin verkehrspolitisches Ziel, gespeist von Erwägungen der Raumentwicklung, Urbanistik, des Umweltschutzes und der Klimapolitik



## 1. Einleitung: Rechtsrahmen des ÖPNV im Mehrebenensystem

Diese multiplen Ziele bedingen einen Bedarf nach regulatorischer Koordinierung, der über die Landesebene hinausreicht – daher wichtige Aspekte bundesrechtlich geregelt

Wichtig ist hier als grundlegende Leitplanke im Sinne einer Marktordnung das PBefG, das Grundzüge eines ÖPNV-bezogenen Verkehrsmarktrechts reguliert

Hinzu kommen die im (verkorksten) Finanzverfassungssystem der Bundesrepublik leidigen Finanzierungsfragen – RegG und GVFG – Länder und Kommunen haben keine zureichende Finanzausstattung, um die Daseinsvorsorgeaufgabe des ÖPNV allein zu schultern

Doch welche Rolle kommt nun der Europäischen Union in diesem Regulierungsgefüge zu? Da ÖPNV im Kern eine lokale und regionale Aufgabe ist, stellt ÖPNV keinen genuinen Gegenstand europäischer Verkehrspolitik i.S.d. Art. 910-100 AEUV dar – fehlender grenzüberschreitender Charakter



## 1. Einleitung: Rechtsrahmen des ÖPNV im Mehrebenensystem

Der Titel meines Beitrags enthält jedoch schon die Prämisse, dass natürlich auch der ÖPNV Gegenstand unionsrechtlicher Regulierung ist

Die folgenden Überlegungen sollen die immanente Logik dieses unionsrechtlichen Regulierungszugriffs rekonstruieren – und dabei auch das Viereck konfligierender Ziele aufbereiten, das diesen Zugriff des Unionsrechts prägt – manchmal sieht man vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr

Titel meines Vortrags erwähnt dieses ´magische Viereck´ z.T. gegenläufiger Ziele – Daseinsvorsorge, Subsidiaritätsprinzip, Wettbewerbssicherung, Klimapolitik – Bedarf nach Herstellung ´praktischer Konkordanz´ der im Primärrecht der Union aufgegebenen Ziele und Grundsätze

## 2. ÖPNV als Aufgabe der Daseinsvorsorge

- In der Literatur herrscht praktisch Einigkeit, dass ÖPNV als notwendige soziale Infrastruktur Teil der ***Daseinsvorsorge*** – hat zentrale Funktionen in der räumlichen Erschließung und der Deckung der lokalen Mobilitätsbedürfnisse.
- Gleichzeitig unstreitig als ***Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse*** i.S.d. Art. 14 AEUV einzustufen – Art. 14 betont den Stellenwert, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen und ihre „Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts“
- Art. 14 AEUV (und auch das Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse) räumt dieser Art von öffentlichen Dienstleistungen in programmatischer Sprache einen wichtigen Stellenwert im Kontext des Unionsrechts ein.

## 2. ÖPNV als Aufgabe der Daseinsvorsorge

- Art. 14 AEUV operationalisiert dieses Bekenntnis mit der Formel  

„tragen die Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verträge dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können.“
- Formuliert letztlich eine gemeinsame Gewährleistungsverantwortung von Union und MSen, einen angemessenen rechtlichen und finanziellen Rahmen für die Bereitstellung einer solcher Daseinsvorsorgeinfrastruktur zur Verfügung zu stellen

## 2. ÖPNV als Aufgabe der Daseinsvorsorge

- Komplikation dabei: ÖPNV wird nicht direkt von staatlichen Trägern als Leistung bereitgestellt, sondern wird am Markt erbracht – öffentliche Hand organisiert nur den rechtlichen und institutionellen Rahmen, stellt die erforderliche ergänzende Finanzierung bereit und koordiniert über Nahverkehrspläne die Angebote
- Hier sachlogisch vorgegeben zentrale Rolle der Kommunen und Kreise, ergänzend der Länder als Aufgabenträger – ÖPNV damit rechtlich im Kern geprägt durch Rechtsverhältnisse zwischen Aufgabenträgern und Leistungserbringern, die durch Genehmigung, Vertrag oder andere Rechtsformen im Detail geregelt – in einem bundesgesetzlich geregelten Rahmen



### 3. Regulierung des ÖPNV und Subsidiaritätsprinzip

- Art. 14 S. 2 AEUV sieht auch eine Gesetzgebungskompetenz der EU für „Grundsätze und Bedingungen“ der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vor, gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren
- Zugleich betont Protokoll Nr. 26 in Art. 1 „die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind“.

### 3. Regulierung des ÖPNV und Subsidiaritätsprinzip

- Diese Formel verweist implizit auf das Subsidiaritätsprinzip, das den Verträgen zugrunde liegt und im Subsidiaritätsprotokoll (Protokoll Nr. 2) niedergelegt ist
- Subsidiaritätsprinzip besagt, dass die Union eine Kompetenz nur ausüben soll, wenn die von ihr verfolgten Ziele auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend angegangen und daher besser auf Unionsebene verfolgt werden können.
- Spricht im Grundsatz für eine möglichst dezentrale Regulierung (Länder) und Erbringung (Kommunen) – scheint damit wenig Raum zu geben für regulatorische Eingriffe der Union

## 4. ÖPNV und EU-Wettbewerbsrecht

- Diese Erwägungen allein wären jedoch zu kurz gegriffen – ÖPNV hat wichtige Schnittstelle zur EU-Wettbewerbspolitik, und hier konkret v.a. zum System der Beihilfenkontrolle
- ÖPNV weist in der Regel eine unzureichende wirtschaftliche Tragfähigkeit auf, soweit er seiner Daseinsvorsorgefunktion gerecht werden soll und nicht diejenigen Nutzergruppen finanziell ausschließen soll, die in besonderer Weise auf ihn angewiesen sind
- Bedingt einen beinahe flächendeckenden Bedarf nach Kompensationen für die gemeinwirtschaftlichen Lasten, die den Leistungserbringern auferlegt werden – kann direkt in Form monetärer Ausgleichszahlungen erbracht werden, oder indirekt über die Vergabe ausschließlicher Rechte (faktisch eine Form der Quersubventionierung)

## 4. ÖPNV und EU-Wettbewerbsrecht

Diese Ausgleichsleistungen könnten tendenziell als Beihilfen gewertet werden und damit dem prinzipiellen **Beihilfenverbot** des Art. 107 AEUV unterliegen – bei zu hoher Bemessung führen sie zur Privilegierung verbundener Unternehmen und bewirken Marktabschottung – Problem für Ziel offener Dienstleistungsmärkte

Das Problem ist dem EuGH natürlich in seiner Praxis aufgefallen – eine Reaktion darauf die **‘Altmark Trans’-Rechtsprechung**, die bestimmte Formen der Kompensationszahlungen aus dem Beihilfenbegriff herausnimmt

Logik dieser Tatbestandsausnahme ist der Umstand, dass der Ausgleich von Kosten, die einem mit öffentlichen Diensten betrauten Unternehmen bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen entstehen – und die am Markt nicht kostendeckend zu finanzieren sind - eigentlich keine Begünstigung darstellt, da nur die zusätzliche Kostenbelastung der öffentlichen Dienste abgedeckt wird

## 4. ÖPNV und EU-Wettbewerbsrecht

Setzt allerdings voraus, dass die Ausgleichszahlungen wirklich nur die zusätzlichen Kosten abdecken – hier setzen die berühmt-berüchtigten **Altmark Trans-Kriterien** ein – brisant v.a. das vierte Kriterium, das den Modus der konkreten Bestimmung der Ausgleichsbedarfe bestimmt

Lässt Aufgabenträger im Ergebnis nur die Wahl zwischen einem **förmlichen Vergabeverfahren** mit Ausschreibung oder einer **Kostenanalyse**, die auf der Basis der Kostenstruktur eines „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“ erstellt wird

Diese Rechtsprechung stellte noch keine wirkliche Anwendungssicherheit her – daher im Gefolge Bedarf nach Erlass eines präzisierenden Sekundärrechtsaktes

## 4. ÖPNV und EU-Wettbewerbsrecht

Erfolgte dann 2007 durch Erlass der VO (EG) Nr. 1370/2007 v. 23. Okt. 2007 (weiterentwickelt und nachgeschärft durch VO (EU) 2016/2338) – möchte hier nur ganz cursorisch auf den Regelungsgehalt dieser VO eingehen, da den meisten hier mehr als geläufig

Führt letztlich zu einem Vorrang **wettbewerblicher Vergabe-verfahren** - Erfordernis der Ausschreibung ,das den Aufgaben-trägern hohe Bürden auferlegt – ordnungsgemäßes Ausschrei-bungs-verfahren setzt eine sehr genaue Bestimmung des geforder-ten Leistungspro-gramms voraus und schafft im Verfahren erheb-liche Rigiditäten-

VO 1370/2007 regelt (im Zusammenspiel mit VOen des EU-Vergaberechts) die Einzelheiten des Vergabeverfahrens, bleibt aber letztlich im Blick auf die normative Strukturierung des Vergabeverfahrens recht cursorisch – lässt nationalen Vergabestellen **erhebliche Spielräume**



## 4. ÖPNV und EU-Wettbewerbsrecht

Der faktische Vorrang **wettbewerblicher Vergabeverfahren** scheint mir wettbewerbsspolitisch durchaus angemessen – nur so lässt sich halbwegs plausibel ein angemessener Marktpreis bestimmen – allerdings stellt Zwang zur Ausschreibung für die Aufgabenträger eine hohe Bürde in praktischer Hinsicht dar

Daneben (ausnahmsweise) Möglichkeit der Direktvergabe – praktisch relevant hier v.a. die **‘Inhouse-Vergabe’** gem. Art. 5 (2) VO 1370/2007

Nicht weiter eingegangen sei hier auf den grundsätzlichen **Vorrang eigenwirtschaftlich erbrachter Verkehre** gem. § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG – was **‘eigenwirtschaftlich’**, ist in Teilen wiederum unionsrechtlich determiniert



## 5. ÖPNV und Klimaschutz

Potenziell von zunehmender Bedeutung für das Recht des ÖPNV ist die EU-Klimaschutzpolitik – im Ansatz zunächst Gleichlauf der Ziele, denn verbessertes ÖPNV-Angebot und Umstieg der Nutzer von MIV auf ÖPNV könnte einen wichtigen Beitrag zur Erreichung der Klimaziele im Verkehrssektor leisten

Regulierungsdichte des EU-Rechts für diesen Fragenkreis bislang jedoch eher dünn – zentrales Instrument ist EU Climate Act, der in einer Kaskadenstruktur den Rahmen für das deutsche Klimaschutzgesetz liefert – Einfluss des Klimaschutzgesetzes auf das Recht des ÖPNV schon auf vorherigen Runden der Jenaer Gespräche behandelt, des halb hier nicht weiter vertieft

Hinzu kommt der EU Green Deal, der politische Programmierung der Bemühungen der Union um eine kohärente Klimaschutzpolitik versucht – läuft auf eine Vielzahl von Anreizen und Förderprogrammen zur Stärkung klimafreundlicher Techniken hinaus





## 5. ÖPNV und Klimaschutz

Als Querschnittspolitik bislang nur wenig ausgeformt – zwar sind nach der Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV die Erfordernisse des Umweltschutzes (und damit auch des Klimaschutzes) bei den Unionspolitiken einzubeziehen – doch bislang nur sehr punktuelle Regulierungen

Umweltschutz im Verkehr erfolgt bislang nahezu ausschließlich durch Inanspruchnahme der umweltpolitischen Kompetenzbestimmungen des AEUV – in diesem Kontext bisher v.a. Festsetzung umweltbezogener Anforderungen an Fahrzeuge

Beispiel dafür Richtlinie (EU) 2019/1161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über die Förderung sauberer Straßenfahrzeuge zur Unterstützung einer emissionsarmen Mobilität – in Dtl. umgesetzt durch das Gesetz über die Beschaffung sauberer Straßenfahrzeuge (Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz –SaubFahrzeugBeschG) von Matthias Knauff auf den 7. Jenaer Gesprächen 2021 eingehend behandelt, daher hier nicht weiter vertieft



## 5. ÖPNV und Klimaschutz

Insgesamt lässt sich feststellen, dass dieser Typus von Regelungen zwar im Einzelnen durchaus zu einer Verringerung der Beiträge der am Verkehr teilnehmenden Fahrzeuge zur Belastung des Klimas beiträgt –

Ohne ergänzende verkehrsmarktbezogene Regelungen – darin würde ich Matthias Knauff Recht geben – sind deren ökologische Auswirkungen, im Sinne substanzieller Beiträge zu einem verbesserten Umwelt und zum Schutz des Klimas, aber sehr begrenzt

Verweist auf die Notwendigkeit einer tiefer eingreifenden Regulierung im Bereich des Verkehrs (mit der begleitenden Frage der Subsidiarität) – wird mittelfristig zu steigenden Anforderungen an den ÖPNV auch aus dem unionsrecht führen

## 6. Abschließende Bemerkungen

Rekonstruiert man den normativen Rahmen des EU-Rechts im Blick auf den ÖPNV, so zeigt sich ein Zusammenspiel zum Teil auch gegenläufiger normativer Ziele und Prinzipien

- Zum einen weist Art. 14 (i.V.m. Protokoll Nr. 26) dem ÖPNV – als Ausprägung der ‘Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse’- einen hohen Stellenwert in der normativen Programmierung der Unionspolitiken zu
- Ergänzt wird dies durch das Subsidiaritätsprinzip, das die Verantwortung für die Regulierung und Erbringung der ÖPNV-Dienste prinzipiell den MSen zuweist (und dort grundsätzlich nach nationalen Maßgaben den unteren staatlichen Ebenen) – scheint zunächst wenig Raum für eine unionsrechtliche Überformung des (nationalen) ÖPNV-Rechts zu lassen

## 6. Abschließende Bemerkungen

Dem stehen aber gegenläufige Zielsetzungen und Regelungsanliegen des Unionsrechts entgegen

- Zentral hier v.a. die EU-Wettbewerbspolitik, in concreto das Beihilfenrecht, das im Blick auf Ausgleichszahlungen in Kompensation für die Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Leistungen eine schwierige Schnittstelle von Verkehrspolitik und Wettbewerbsrecht bearbeiten muss – aus der Logik der Wettbewerbspolitik nahezu unvermeidbar – die daraus resultierenden Regelungen des Sekundärrechts (v.a. VO 1370/2007) aus Sicht der Aufgabenträger und Unternehmen recht aufwändig und kostenträchtig, doch aus meiner Sicht durchaus sachangemessen
- Ergänzt wird dies durch die (mittelfristig wohl in der Regelungstiefe dichter werdenden) Anforderungen des EU-Klimaschutzrechts

## 6. Abschließende Bemerkungen

Im Ergebnis zeigt sich dann doch ein Regulierungsverbund, in dem Regelungen des Unions-, des Bundes- und des Landesrechts zusammenspielen und eine für die Aufgabenträger und Leistungserbringer nicht immer einfach zu durchschauende und zu handhabende normative Gemengelage ergeben

Umso wichtiger ist m.E. der Gedanke eines ***Europäischen Gewährleistungsverbunds***, mit geteilter Gewährleistungsverantwortung, den Markus Krajewski in seinem grundlegenden Buch zu den 'Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen' stark gemacht hat

Normative Entsprechung zu der Vorgabe des Art. 14 AEUV, derzufolge "die Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse" dafür Sorge tragen, „dass die Grundsätze und Bedingungen (...) für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können“.