

Aktuelle Informationen

Ausgabe 3,  
Mai 2013

# Public Services Legal News

## Verkehr und Infrastruktur



### Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

wir freuen uns, Ihnen die neueste Ausgabe unseres PDF-Newsletters *Public Services Legal News – Verkehr und Infrastruktur* übersenden zu können.

Mit unserem Newsletter wollen wir den eiligen Leser auf prägnante und übersichtliche Weise über die aktuellen Themen aus den Bereichen Verkehr und Infrastruktur informieren. Sie profitieren dabei von dem Expertenwissen unseres 8-köpfigen Beraterteams an den Niederlassungen Düsseldorf, Bielefeld, Hannover und Hamburg. Außerdem erhalten Sie Informationen zu unseren regelmäßig stattfindenden Praxisseminaren.

Viel Spaß beim Lesen.

Ihre

**Christiane Kappe**

### Inhalt

<b>Recht</b> .....	<b>2</b>
EuGH: Auch ein zugesagter, aber nicht ausgezahlter Zuschuss kann bereits eine Beihilfe darstellen .....	2
Profifußballvereine auf dem Prüfstand der Kommission .....	3
Auch im Bereich des ÖPNV: Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein – TTG.....	4
Erneuter Angriff auf die EU-Verordnung 1370/2007.....	6
Materielle Änderung der EU-Verordnung 1370/2007 beabsichtigt.....	6
Geltung des TVgG-NRW auch bei der Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen? .....	7
Innenministerium Rheinland Pfalz: Gewährträgerschaft im Energierecht stellt eine europarechtswidrige Beihilfe dar.....	9
<b>Vergabe</b> .....	<b>11</b>
(Un-)Anwendbarkeit des TVgG - NRW auf Beschaffungsvorgänge im GWB-Ausnahmenbereich .....	11

Zwischenbericht zur Reform des EU-Vergaberechts .....	12
Veranstaltungen.....	14
Das Team.....	15
Bestellung und Abbestellung.....	16

## Recht

### EuGH: Auch ein zugesagter, aber nicht ausgezahlter Zuschuss kann bereits eine Beihilfe darstellen

In der Rechtssache France Télécom hebt der EuGH die Entscheidung der Vorinstanz auf, mit der diese einen nicht ausgezahlten, aber zugesagten Zuschuss der Französischen Republik als beihilfenfrei eingestuft hatte.

Im Jahr 2002 geriet die France Télécom in finanzielle Schwierigkeiten. Daraufhin gab der damalige französische Wirtschaftsminister im Rahmen eines Zeitungsinterviews bekannt, dass der französische Staat zu einer Erhöhung des Eigenkapitals des Unternehmens beitragen und erforderliche Maßnahmen ergreifen würde, um jegliche Finanzprobleme abzuwenden. Die Erhöhung des Eigenkapitals wurde aber nie ausgezahlt. Dennoch hatte die Aussage des Ministers die Folge, dass die drohende Abstufung der France Télécom durch die Ratingagenturen Moody's sowie Standard&Poor's verhindert wurde.

Zunächst hatte die EU-Kommission aufgrund der kausalen Verknüpfung zwischen der Aussage des Wirtschaftsministers und der damit im Zusammenhang stehenden Zusage der Kapitalerhöhung sowie der verhinderten Abstufung durch die Ratingagenturen die staatliche Maßnahme als europarechtlich verbotene Beihilfe deklariert. Da die Auswirkungen der Beihilfe nicht genau bewertet werden konnten, wurde von einer Beihilfenrückforderung durch die France Télécom abgesehen. Gegen diese Entscheidung der Kommission hatten französische Konkurrenten Klage beim EuG eingereicht. Das Gericht sah zwar in der Maßnahme einen Vorteil, dem jedoch kein verringerter Posten im Staatshaushalt gegenüberstand, sodass die für das Beihilfenverbot notwendige Voraussetzung „aus staatlichen Mitteln“ nicht erfüllt sei.

In der nächsten Instanz hat der EuGH das Urteil des EuG aufgehoben und die Kommissionsentscheidung bestätigt. Seiner Ansicht nach liegt im Ergebnis eine unzulässige Beihilfe vor. Der Gerichtshof hält es zwar für erforderlich, dass zwischen dem gewährten Vorteil einerseits und der Verringerung eines Postens im Staatshaushalt andererseits ein hinreichend enger Zusammenhang besteht. Dennoch hält er es weder für notwendig, dass die Verringerung dem gewährten Vorteil entspricht oder gegenübersteht noch dass er von gleicher Art wie die Bindung staatlicher Mittel ist, denen er entspringt.

Praxishinweis: Nach der strikten Ansicht des EuGH kann bereits jedes öffentlich kundgetane Inaussichtstellen von staatlicher Unterstützung das Risiko einer Begünstigung mit sich bringen. Relevant wird dies etwa für die gelegentlich in JAPs zu findende Formulierung, dass die betreffende Gesellschaft im Folgejahr auf finanzielle Mittelgewährungen ihrer (staatlichen) Gesellschafter angewiesen sein wird. Im Einzelfall könnte deshalb eine frühzeitige beihilfenrechtliche Absicherung, beispielsweise in Form einer Betrauung erforderlich sein.

Von RA Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966, [Bettina.Werres@de.pwc.com](mailto:Bettina.Werres@de.pwc.com)

## Profifußballvereine auf dem Prüfstand der Kommission

Verschiedene Gemeinden in den Niederlanden haben unter anderem durch eine Minderung der Stadionmiete sowie durch Verzicht auf oder durch Übernahme von Forderungen ihre jeweiligen Vereine finanziell unterstützt. Nun stehen bereits fünf niederländische Profifußballvereine unter EU-Beihilfenverdacht. Die Kommission prüft, ob die Vereine mangels Berücksichtigung der europarechtlichen Beihilferegeln die ihnen gewährten Vorteile zurückgewähren müssen. Es scheint sich nach Ansicht der Kommission bei den Maßnahmen zugunsten der Fußballvereine um europarechtlich verbotene Beihilfen zu handeln. Im Einzelnen:

Nach den Vorschriften des AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) ist jede staatliche Maßnahme grundsätzlich verboten, die speziell nur das in Frage stehende Unternehmen begünstigt, den Wettbewerb verfälscht bzw. zu verfälschen droht und den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigt.

Profifußballvereine sind Unternehmen im Sinne des EU-Beihilfenrechts. Ausreichend ist insoweit, dass es sich bei dem Beihilfenempfänger um eine wirtschaftlich tätige, auf Einnahmenerzielung ausgerichtete Einheit handelt. Nicht notwendig ist dagegen Gewinnerzielungsabsicht.

Aufgrund der als wirtschaftlich einzustufenden Tätigkeit der Profifußballvereine gelten diese als "Unternehmen" im Sinne des AEUV und unterliegen insofern der europarechtlichen Beihilfenkontrolle. Demgegenüber sind vom Profibereich strikt getrennte nicht-wirtschaftliche Tätigkeitsfelder, also der Amateursport, nicht als Unternehmen im Sinne des AEUV zu werten.

Inwiefern die Voraussetzungen des EU-Beihilfenverbotes (Begünstigung durch eine staatliche Maßnahme, die den Wettbewerb verfälscht und den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigt) vorliegen, wird von der Kommission derzeit geprüft.

In der Zukunft ist davon auszugehen, dass auch Fußballklubs in anderen Mitgliedstaaten in das Blickfeld der Kommission geraten werden. Verschiedene spanische Fußballvereine werden Pressemitteilungen zufolge seitens der Kommission bereits beihilfenrechtlich untersucht.

Praxishinweis: Vor diesem Hintergrund sollten staatliche Stellen sowie Profisportklubs aller Art prüfen, ob Maßnahmen zugunsten des Profi-Vereinsports

bestehen oder geplant sind, die unter den Anwendungsbereich des EU-Beihilfenrechts fallen und ggfs. einer beihilfenrechtlichen Absicherung bedürfen.

Von RA Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966, [Bettina.Werres@de.pwc.com](mailto:Bettina.Werres@de.pwc.com)

## Auch im Bereich des ÖPNV: Tarifreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein – TTG

Der Kieler Landtag hat in seiner letzten Sitzung am 25. April 2013 in zweiter und damit abschließender Lesung das neue Tarifreue- und Vergabegesetz für Schleswig-Holstein beschlossen. Zweck des Gesetzes ist ein fairer Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unter gleichzeitiger Berücksichtigung von Sozialverträglichkeit, Umweltschutz und Energieeffizienz. Ziel ist insbesondere, durch die Festlegung eines Mindestlohns (derzeit 9,18 €) oder die Verpflichtung zur Gewährung von tarifvertraglich vorgesehenen Mindestentgelten Lohn- und Sozialdumping bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu verhindern (allgemeine Ausführungen zum TTG auch im Beitrag zum Tarifreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein - TTG in der aktuellen Ausgabe „Beihilfe und Vergabe“).

Das TTG tritt am 01. August 2013 in Kraft und ist ab diesem Zeitpunkt auf alle Vergabeverfahren im Anwendungsbereich des TTG zu beachten. Vom Anwendungsbereich des neuen TTG ausdrücklich umfasst sind alle öffentlichen Dienstleistungsaufträge bzw. Dienstleistungskonzessionen im Bereich des ÖPNV, die den Vorschriften

- der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (VO 1370/07) sowie
- der Freistellungsverordnung (sog. freigestellter Schülerverkehr)

unterfallen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass eigenwirtschaftliche Verkehre nicht vom Anwendungsbereich des TTG erfasst werden.

Neben den ÖPNV-Aufgabenträgern, die für die Vergabe der o.a. Aufträge bzw. Dienstleistungskonzessionen zuständig sind, müssen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 TTG auch kommunale Verkehrsunternehmen als Sektorenauftraggeber das TTG als Auftraggeber gegenüber ihren Nachunternehmern berücksichtigen. Insoweit ist darauf zu achten, dass das TTG auch bei noch längerfristig Verkehrsverträgen oder Bestandsbetrauungen jedenfalls in Bezug auf Nachunternehmerverträgen, die vor dem Auslaufen der Verkehrsverträge/Bestandsbetrauungen neu abzuschließen sind, bereits Anwendung findet.

Das TTG findet im Bereich des ÖPNV sowohl auf wettbewerbliche Vergabeverfahren, als auch auf Direktvergaben im Sinne der VO 1370/07 Anwendung. Mit hin dürfen z.B. öffentliche Aufträge im Sinne der VO 1370/07 im Rahmen von wettbewerblichen Ausschreibungen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten (dies gilt auch für Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften) ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung mindestens das in Schleswig-

Holstein für diese Leistung in einem der einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge vorgesehene Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten zu zahlen und die tariflich vereinbarten weiteren Leistungen zu gewähren. Welche Tarifverträge als repräsentativ im o.g. Sinne anzusehen sind, wird das für Arbeit zuständige Ministerium gem. § 20 Abs. 2 Nr. 1 TTG durch Rechtsverordnung bestimmen. Sollte eine entsprechende Rechtsverordnung bis zum Inkrafttreten des TTG vom zuständigen Ministerium nicht erlassen sein, wird sich die Frage stellen, ob nunmehr für diese Vergaben der Mindestlohn von 9,18 € (als Auffangtatbestand) greift oder ob die Regelungen zu den repräsentativen Tarifverträgen bis zum Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung ins Leere gehen.

Im Falle von Direktvergaben nach der VO 1370/07 scheint sich diese Frage allerdings nicht zu stellen, da sich aus der Verweisungstechnik des TTG schließen lässt, dass die repräsentativen Tarifverträge im Sinne des § 4 Abs. 2 TTG in diesen Fällen gar nicht zur Anwendung kommen sollen, da § 20 Abs. 2 Nr. 1 TTG (i.V.m. § 4 Abs. 2 TTG) lediglich auf § 2 Abs. 3 TTG und damit die wettbewerblichen Vergabeverfahren verweist. Direktvergaben nach VO 1370/07 sind hingegen ausdrücklich in § 2 Abs. 4 TTG geregelt. Insoweit wäre auf Direktvergaben nach dem 01. August 2013 unabhängig vom Erlass der Rechtsverordnung ein Mindestlohn von 9,18 € gem. § 4 Abs. 3 TTG anzuwenden.

Die VO 1370/07 sieht bereits seit Inkrafttreten die Möglichkeit vor, dass im Falle eines sog. Betreiberwechsels, der ausgewählte neue Betreiber dazu verpflichtet werden kann, die Arbeitnehmer des bisherigen Betreibers zu den Arbeitsbedingungen zu übernehmen, die diesen von dem bisherigen Betreiber gewährt wurden. Die Umsetzung dieser Regelung stieß allerdings in Deutschland auf praktische Schwierigkeiten, da die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer dazu in den Ausschreibungsunterlagen hätten aufgenommen werden müssen. Hierzu sahen sich aber eine Vielzahl der Aufgabenträger mangels entsprechender Informationen gar nicht in der Lage. Diese Lücke wird nunmehr durch § 5 TTG für Schleswig-Holstein geschlossen. Die bisherigen Betreiber sind gem. TTG nunmehr dazu verpflichtet, den Aufgabenträger auf Aufforderung die erforderlichen Informationen zur Sicherstellung eines ggf. erforderlichen Arbeitnehmerwechsels zur Verfügung zu stellen. Wie ein solcher Wechsel der Arbeitnehmer auf einen Neubetreiber arbeitsrechtlich zu beurteilen ist, ob es sich z.B. dabei um einen (fiktiven bzw. fingierten) Betriebsübergang nach § 613a BGB handelt, bleibt derzeit offen.

Sollte es mit Inkrafttreten des TTG zu einem Mehraufwand für Kommunen und kommunale Unternehmen in Schleswig-Holstein bei der Vergabe öffentlicher Aufträge kommen, so wird dieser folglich auch vor den Auftraggebern im Bereich des ÖPNV keinen Halt machen, dies nicht nur bei der Vergabe von Aufträgen im wettbewerblichen Vergabeverfahren, sondern auch im Bereich der Direktvergaben.

Von: RAin/StBin Maren Weber, Tel: +49 511 5357-5853,  
[maren.weber@de.pwc.com](mailto:maren.weber@de.pwc.com) und RAin Jurkea Wachtendorf,  
Tel.: +49 40 6378-1258, [jurkea.wachtendorf@de.pwc.com](mailto:jurkea.wachtendorf@de.pwc.com)

## Erneuter Angriff auf die EU-Verordnung 1370/2007

Unter der Überschrift „4. Eisenbahnpaket“ hat die EU-Kommission am 30. Januar weitergehende Verschärfungen der EU-Verordnung 1370/2007 vorgeschlagen. Bereits mit dem Entwurf der interpretierenden Leitlinien zur Auslegung der EU-Verordnung 1370/2007 hatte sie versucht, ihre teilweise über eine Auslegung hinausgehenden Wertungen durchzusetzen. Nachdem die Leitlinien zurückgestellt wurden, erfolgt ein erneuter Änderungsversuch im Eisenbahnpaket.

In einem ersten Teil gilt der Angriff der EU-Kommission dem formellen Prüfungsrecht hinsichtlich der beihilferechtskonformen Finanzierung der Verkehrsleistungserbringung. Bislang ist in Art. 9 EU-Verordnung 1370/2007 geregelt, dass die im Einklang mit dieser Verordnung gewährten Ausgleichsleistungen von der Pflicht zur vorherigen Notifizierung bei der Kommission freigestellt sind. Erfolgt somit die Finanzierung in Übereinstimmung mit den Vorgaben der EU-Verordnung 1370/2007, ist sie beihilferechtskonform.

Nunmehr sieht die EU-Kommission vor, dass sie selbst die Ermächtigung bekommt, über eine Gruppenfreistellungsverordnung die Anforderungen an die Beihilfekonformität der Ausgleichszahlungen neu zu definieren. Die EU-Kommission geht zwar davon aus, dass die Gruppenfreistellungsverordnung zu keinen Änderungen führen wird – garantiert ist dies jedoch nicht.

Am 3. Mai hat der Bundesrat über das vierte Eisenbahnpaket beraten. Die Länder stimmten mit der hier vertretenen Auffassung überein, dass Ausgleichsmittel, wie sie in der EU-Verordnung 1370/2007 definiert sind, weiterhin notifizierungsfrei an Verkehrsunternehmen fließen dürfen.

Weitere Informationen erfragen Sie bitte bei RA Dr. Oliver Wittig, Tel.: +49 621 4329-8370, [oliver.wittig@de.pwc.com](mailto:oliver.wittig@de.pwc.com).

## Materielle Änderung der EU-Verordnung 1370/2007 beabsichtigt

Ein weiterer Bestandteil des von der EU-Kommission am 30. Januar vorgelegten „4. Eisenbahnpakets“ ist – neben der oben erwähnten formellen Ermächtigung der EU-Kommission zur beihilferechtlichen Prüfung der Verkehrsfinanzierung – eine Reihe von Modifikationen der EU-Verordnung 1370/2007. Diese Modifikationen sollen zwar grundsätzlich den Wettbewerb fördern. Im Ergebnis wird die ohnehin nicht einfache Rechtslage im Verkehrsbereich noch detaillierter geregelt.

Die Modifikationen greifen insbesondere an folgenden Punkten:

- Die zuständigen Behörden sollen eine Art Nahverkehrsplan mit obligatorischen Mindestinhalten erstellen.
- Die zuständigen Behörden sollen – auf Antrag eines Betreibers – zusätzliche Pflichten zur Verfügbarmachung rollenden Materials übernehmen. Hierdurch soll eine weitere Marktöffnung erreicht werden.

- Eine umfassende Informationspflicht gegenüber allen interessierten Parteien über Details eines beabsichtigten öffentlichen Dienstleistungsauftrags soll eingeführt werden. Hierdurch soll der Wettbewerb verbessert werden.
- Die Direktvergabeoption betreffend Eisenbahnen soll entfallen – dafür soll den Behörden die Option eingeräumt werden, zu beschließen, dass Teile desselben Netzes oder Streckenpakets an unterschiedliche Eisenbahnunternehmen zu vergeben sind.
- Die Schwellenwerte für Bagatellvergaben von Schienenverkehrsdiensten sollen verändert werden.
- Änderung der Definition der zuständigen Behörde – hieraus könnten sich Auswirkungen auf die Gestaltung gebietsübergreifender (über eine Stadt bzw. einen Landkreis hinausgehender) verbundener Verkehre ergeben.
- Die Übergangsregelung des Art. 8 EU-Verordnung 1370/2007 soll auf Fälle der wettbewerblichen Vergabe begrenzt werden. Hieraus können Auswirkungen für die Direktvergaben entstehen, die nicht alle Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 EU-Verordnung 1370/2007 erfüllen.

Auch zu diesen Änderungen hat sich der Bundesrat am 3. Mai positioniert. Die von der EU-Kommission geplanten Behinderungen der Direktvergaben werden von den Ländern nicht mitgetragen.

Die geplanten Änderungen der EU-Verordnung 1370/2007 sind von erheblicher Bedeutung für die zukünftigen Verkehrsvergaben und die Verkehrsfinanzierung. Wir halten Sie über die weitere Entwicklung auf dem laufenden.

**Weitere Informationen erfragen Sie bitte bei** RA Dr. Oliver Wittig,  
Tel.: +49 621 4329-8370, [oliver.wittig@de.pwc.com](mailto:oliver.wittig@de.pwc.com).

## Geltung des TVgG-NRW auch bei der Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen?

In jüngster Zeit hat ein Rechtsgutachten für Aufsehen gesorgt, welches das Tarif- und Vergabegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW) auch bei der Erteilung von Konzessionen seitens der Genehmigungsbehörden für anwendbar erklärt. Dies hätte zur Folge, dass sich die Verkehrsunternehmen in Nordrhein-Westfalen bei Genehmigungserteilung gegenüber der zuständigen Bezirksregierung verpflichten müssten, den repräsentativen Spartentarifvertrag TV-N einzuhalten.

Dieses Ergebnis ist in mehrfacher Hinsicht nicht haltbar. Erstens ist eine solche weite Auslegung des TVgG-NRW nicht durch die europarechtliche Ermächtigungsgrundlage des Art. 4 Abs. 5 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (VO 1370/07) gedeckt. Dort heißt es – ebenso wie im Erwägungsgrund 17 zur VO 1370/07 – dass die zuständigen Behörden bestimmte Sozial- und Qualitätsstandards „im Einklang mit dem nationalen Recht“ verlangen können. Für das deutsche Recht ist an dieser Stelle § 97 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbe-

werbsbeschränkungen (GWB) von Bedeutung. Danach dürfen Auftraggeber für die Auftragsausführung „andere oder weitergehende Anforderungen ...an Auftragnehmer“ nur dann stellen, „wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.“ Das TVgG-NRW ist zwar ein solches Landesgesetz. Allerdings handelt es sich bei der Erteilung der Linienkonzession an das jeweilige Verkehrsunternehmen nicht um die Ausführung eines öffentlichen Auftrags im Sinne des § 99 GWB, sondern vielmehr um einen einseitigen Hoheitsakt. Von daher stände die Anwendung des TVgG-NRW im Bereich der Konzessionserteilung nicht „im Einklang mit dem nationalen Recht“ und wäre folglich auch nicht von der Ermächtigungsgrundlage des Art. 4 Abs. 5, 6 VO 1370/07 gedeckt.

Zweitens gewährt die Genehmigungsbehörde dem Verkehrsunternehmen auch kein ausschließliches Recht *als Gegenleistung* für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (vgl. Art. 3 Abs. 1 der VO 1370/07). Dies wäre aber Voraussetzung für die Anwendbarkeit des TVgG-NRW. Gemäß seinem § 2 Abs. 2 ist das TVgG-NRW nämlich im Bereich des ÖPNV insbesondere für Dienstleistungsaufträge im Sinne der VO 1370/07 anwendbar. Ein solcher öffentlicher Dienstleistungsauftrag (ÖDA) muss aber nur dann abgeschlossen werden, wenn „eine zuständige Behörde dem ausgewählten Betreiber ausschließliche Rechte ...für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen“ gewährt. Dabei kann die umstrittene Frage, ob die Linienkonzession ein ausschließliches Recht darstellt oder nicht, an dieser Stelle offen bleiben. Denn jedenfalls fehlt es an einer Leistungsbeziehung („für die Erfüllung...“) zwischen dem Verkehrsunternehmen und der Genehmigungsbehörde: Zum einen ist schon keine Leistung des Verkehrsunternehmens an die Genehmigungsbehörde ersichtlich. Dessen Verpflichtung zur Erbringung bestimmter Verkehre entsteht nämlich bereits durch den Abschluss des ÖDA mit dem Aufgabenträger. Zum anderen kann aber auch die Liniengenehmigung nicht als Gegenleistung qualifiziert werden. Vielmehr stellt sie ein hoheitliches Instrument dar, das rein ordnungspolitische Zwecke verfolgt.

Drittens verbietet auch die Auslegung des TVgG-NRW eine Interpretation, die das Gesetz auf Linienkonzessionen anwenden will. So werden nach dem Willen des Gesetzgebers weder eigenwirtschaftliche Verkehre noch Inhouse-Vergaben nach den „Teckal“-Kriterien vom TVgG-NRW erfasst. Würde man das Gesetz aber auf das Verhältnis Genehmigungsbehörde/Verkehrsunternehmen ausweiten, so würden diese Verkehre – quasi durch die Hintertür – doch wieder vom TVgG-NRW erfasst werden. Auch vom Wortlaut her wird deutlich, dass das Gesetz vergaberechtlichen Charakter hat. So heißt schon das Gesetz selbst „Gesetz über die Sicherung von Tariftreue ... *bei der Vergabe öffentlicher Aufträge*“. Darüber hinaus sind viele Vorschriften ausschließlich auf typisch vergaberechtliche Situationen zugeschnitten, in denen sich der Aufgabenträger und das Verkehrsunternehmen nicht – wie im Verhältnis Genehmigungsbehörde/Verkehrsunternehmen – in einem Über-/Unterordnungsverhältnis, sondern in einem Austauschverhältnis als gleichberechtigte Geschäftspartner gegenüberstehen. Schließlich zeigt auch ein Vergleich mit entsprechenden Gesetzen anderer Bundesländer, die erklärtermaßen das TVgG-NRW als Orientierungshilfe verwendet haben, dass das TVgG-NRW nicht auf die Erteilung von Linienkonzessionen ausgeweitet werden kann.



Praxishinweis: Da das Rechtsgutachten weit gestreut wurde und durchaus auf fruchtbaren Boden gestoßen ist, empfiehlt es sich, mit der jeweiligen Bezirksregierung Rücksprache zu halten und – wenn nötig – mit stichhaltigen Gegenargumenten das Ergebnis des Gutachtens zu entkräften. Ferner ist zu beachten, dass das Gutachten über das TVgG-NRW hinaus auch für die entsprechenden Tariftreue- und Vergabegesetze anderer Bundesländer von Bedeutung ist. Denn diese sind nach dem gleichen Muster wie das TVgG-NRW gestrickt, so dass auch die im Gutachten verwendete Argumentationslinie 1:1 auf sie zutrifft.

Von RA Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966, [bettina.werres@de.pwc.com](mailto:bettina.werres@de.pwc.com)

## Innenministerium Rheinland Pfalz: Gewährträgerschaft im Energierecht stellt eine europarechtswidrige Beihilfe dar

In einem Schreiben des Ministeriums des Inneren, für Sport und Infrastruktur Rheinland-Pfalz (ISIM) an den rheinland-pfälzischen Landkreistag kam dieses zum Ergebnis, dass die im rheinland-pfälzischen Kommunalrecht vorgesehene Gewährträgerschaft von Gemeinden und Landkreisen für die Gründung einer Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) auch im Energierecht eine europarechtliche Beihilfe darstellt.

Nach den europäischen Vorschriften verstößt eine staatliche Maßnahme dann gegen das Beihilfeverbot, wenn vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

1. Die Maßnahme muss dem begünstigten Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen. Davon ist nach Ansicht des ISIM bei der Gewährträgerschaft auszugehen: Denn die unbegrenzte Haftung führt zu einer besseren Bewertung durch Ratingagenturen und damit zur Erlangung niedrigerer Zinsen am Kapitalmarkt. Ähnlich wie im Fall der Gewährträgerschaft für Banken und Sparkassen, die nach Ansicht der EU-Kommission eine sowohl zeitlich als auch der Höhe nach unbegrenzte Ausfallbürgschaft darstellt, sieht das ISIM im Fall der Gewährträgerschaft im Energierecht auch eine derartige Begünstigung.
2. Die zweite Voraussetzung, nämlich die Begünstigung eines bestehenden Unternehmens, ist – dem ISIM zu Folge – unproblematisch gegeben: Die Gewährträgerschaft begünstigt allein das in Frage stehende Unternehmen.
3. Drittens greift – so das ISIM – die Gewährträgerschaft in den Wettbewerb ein. Denn der Vorteil, den eine AöR durch die unbegrenzte Haftung erhält, verbessert seine Marktposition im Vergleich zu privaten Unternehmen. Problematisch ist dabei, inwiefern sich durch den Vorteil auch die Marktbedingungen der Wettbewerber verändern. Hierbei unterscheidet das ISIM streng zwischen den verschiedenen Tätigkeitsfeldern der geplanten AöR:  
-Kauf von Windenergieanlagen: Ausgehend von der Annahme, dass keine unbegrenzte Möglichkeit des Baus von Windenergieanlagen besteht, kann – so das ISIM – nicht ausgeschlossen werden, dass die günstige Position der Anstalt aufgrund der Gewährträgerhaftung zu einer nachteiligen Marktposition der privaten Wettbewerber führt.

- Produktion von Windenergie: Hinsichtlich der reinen Produktion wirkt sich der Vorteil nach ISIM-Ansicht nicht auf ein bestehendes Wettbewerbsverhältnis zu anderen Windenergieerzeugern aus.
  - Einspeisung der erzeugten Windenergie in das allgemeine Stromnetz: Aufgrund des Festpreises von Windenergie fehlt es gemäß dem ISIM an einer Weitergabe des Vorteils.
  - Verkauf des Stroms an Endkunden: In diesem Fall ist es nach Auffassung des ISIM denkbar, dass der aus den niedrigeren Kapitalkosten erlangte Vorteil zugunsten der Anstalt an die Käufer der Windenergie weitergegeben wird und die Anstalt daher wettbewerbsverzerrend auf dem allgemeinen Stromanbietermarkt handelt.
  - Beratungstätigkeit: Diesbezüglich erscheint eine Wettbewerbsverzerrung – dem ISIM zufolge – möglich, sofern die Beratungsdienstleistung aufgrund des aus den niedrigeren Kapitalkosten erlangten wirtschaftlichen Vorteils durch die Anstalt günstiger angeboten werden kann als von privaten Wettbewerbern, die nicht in den Genuss dieses Vorteils kommen.
4. Schließlich ist nach Auffassung des ISIM auch eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch die Gewährträgerschaft gegeben. Das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten kann nämlich bereits dann bejaht werden, wenn durch den Vorteil zugunsten des Unternehmens zukünftige Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel als möglich erscheinen. Dies ist – anders formuliert – nur dann nicht der Fall, wenn es sich um eine rein lokale Wirtschaftstätigkeit handelt. Gerade der Strommarkt unterliegt aber durch seine Liberalisierung europaweiten Ein- und Verkäufen, sodass das ISIM zu dem Schluss kommt, dass eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns mehr als nur denkbar ist.

Das ISIM schließt mit der Feststellung, dass sich eine Prüfung mit den Altmark-Voraussetzungen aufgrund der mangelnden Charakterisierung des Energiebereichs als „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ erübrigt.

Praxishinweis: Die Ansicht des ISIM, dass auch die Energieversorgung den Beihilfetatbestand erfüllt, ist zweifelhaft. Denn diese Tätigkeit kann ohne Weiteres als Aufgabe der Daseinsvorsorge gewertet werden und damit auch als eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die unter die Altmark-Rechtsprechung fällt.

Von RA Bettina Werres, Tel.: +49 211 981-4966, [Bettina.Werres@de.pwc.com](mailto:Bettina.Werres@de.pwc.com)

## Vergabe

### (Un-)Anwendbarkeit des TVgG - NRW auf Beschaffungsvorgänge im GWB-Ausnahmenbereich

Das Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (TVgG) verunsichert den Beschaffungsalltag der öffentlichen Auftraggeber in NRW. Ein knappes Jahr nach seinem Inkrafttreten sind die ersten Ausschreibungen unter seiner Geltung angefallen und bereits abgeschlossen. Hierbei zeigt sich, wie groß die Verunsicherung unter den Rechtsanwendern sowohl auf der Auftraggeber- als auch auf der Bieterseite ist.

Besonders praxisrelevant ist hierbei stets die Frage, welche Beschaffungsvorgänge in den Anwendungsbereich des TVgG fallen. Fest steht in diesem Zusammenhang, dass der Anwendungsbefehl des TVgG sowohl oberhalb als auch unterhalb der europäischen Auftragsschwellenwerte bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Sinne des § 99 GWB gilt. Dreh- und Angelpunkt der Anwendungsfrage ist somit der Begriff des öffentlichen Auftrags im Sinne des Kartellvergaberechts. Insofern besteht Klarheit darüber, dass zumindest In-House-Vergaben nicht an die Vorgaben des TVgG gebunden sind. Dies folgt aus der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), der diese Form der Auftragsvergabe nicht als öffentlichen Auftrag im Sinne der Vergaberichtlinien versteht.

Dem Gesetzestext ist allerdings nicht ausdrücklich zu entnehmen, wie im Bereich oberhalb der europäischen Schwellenwert mit Beschaffungsvorhaben zu verfahren ist, die nach den Ausnahmenvorschriften der §§ 100 Abs. 2 bis 8, 100a bis 100c GWB nicht dem europäischen Vergaberecht unterliegen. Besondere praktische Relevanz dürfte dies insbesondere für Auftragsvergaben innerhalb von Stadtwerke-Konzernen an verbundene und gemeinsame Unternehmen haben. Beachtet man ausschließlich den Gesetzeswortlaut des § 2 Abs. 1 TVgG, spricht vieles für eine Anwendbarkeit des TVgG. Dies bereits deshalb, weil allein § 99 GWB und nicht die genannten Ausnahmenvorschriften in Bezug genommen werden. Dies ergibt sich allerdings nur aus einem ersten Blick auf die gesetzliche Systematik. Ein weiterer Blick auf den Sinn und Zweck des Gesetzes führt hingegen zum gegenteiligen Ergebnis. Erklärter Zweck des TVgG ist es nämlich, einen fairen Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot zu fördern. Dieser Zweck kann hingegen im Anwendungsbereich einer Ausnahmvorschrift keine Geltung beanspruchen, da die geregelten Beschaffungsvorgänge außerhalb des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs ablaufen.

**Praxishinweis:** Für die Unternehmenspraxis bedeutet dies, dass öffentliche Auftraggeber, die sich auf eine Bereichsausnahme vom Kartellvergaberecht und damit auch auf die Unanwendbarkeit des TVgG berufen wollen, erhöhte Dokumentationsanforderungen treffen dürften. Dabei ist zu beachten, dass die Unanwendbarkeit des TVgG allein für das Verhältnis Auftraggeber und Auftragnehmer gilt. Ob dies darüber hinaus auch im Verhältnis zwischen Auftragnehmer

und seinen Nachunternehmern gilt, wird in unserem nächsten Newsletter behandelt.

Von RA Sascha F. Schaefer, Tel.: 0 211/981-2549, [sascha.schaefer@de.pwc.com](mailto:sascha.schaefer@de.pwc.com)

## Zwischenbericht zur Reform des EU-Vergaberechts

Die EU-Kommission hatte Ende 2011 ihre Vorschläge zur Reform des EU-Vergaberechts vorgestellt, die aus drei separaten Richtlinienentwürfen besteht. Im Einzelnen handelt es sich um die Neufassung der beiden Vergaberichtlinien Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe und Richtlinie zu Vergaben der Sektorenauftraggeber) sowie um die Neuschaffung einer Richtlinie über die Konzessionsvergabe.

Nach intensiven Verhandlungen im Rat der Europäischen Union und im Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments wurden im Dezember 2012 überarbeitete Fassungen der Entwürfe veröffentlicht, auf die sich die Beteiligten verständigt haben. Nachdem auch der Binnenmarktausschuss den Bericht zur Neufassung der Richtlinien verabschiedet hat, ist noch eine Abstimmung über den geänderten Richtlinienvorschlag im Plenum des Europäischen Parlaments erforderlich. Erst dann können die neuen Vergaberichtlinien in Kraft treten.

Insbesondere die Entwürfe der Richtlinien für klassische öffentliche Auftraggeber und für Sektorenauftraggeber weisen einige übereinstimmende Neuerungen auf. Die in den Verhandlungen entwickelten "Kompromisstexte" regeln nun erstmals die Zulässigkeit der sog. Inhouse-Geschäfte. Der Definition des Inhouse-Geschäfts in Art. 11 des Entwurfs für klassische Auftraggeber und Art. 21 des Entwurfs für Sektorenauftraggeber liegt weitestgehend die sog. "Teckal"-Rechtsprechung des EuGH zugrunde. Abweichend von dieser Rechtsprechung sieht die Entwurfsregelung jedoch vor, dass eine Tätigkeit im Wesentlichen für den beherrschenden Auftraggeber auch dann gegeben sein soll, wenn 19,99% (bisherige Grenze 10%) des Umsatzes mit Dritten erwirtschaftet wird.

Art. 11 des Entwurfs für klassische Auftraggeber und Art. 21 des Entwurfs für Sektorenauftraggeber stellen auch Regelungen über die Zulässigkeit der Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber auf. Die Entwürfe enthalten neben der Ausrichtung der Zusammenarbeit auf die gemeinsame Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben die Festlegung einer Wertgrenze des infolge der Zusammenarbeit erreichten Marktanteils. Danach dürfen die öffentlichen Auftraggeber auf dem von der Zusammenarbeit betroffenen Markt weniger als 20% der Tätigkeiten ausüben. Die Kommission befürwortet allerdings auch in diesem Zusammenhang eine Grenze von 10%.

Neu ist ferner die Möglichkeit zur Gründung sog. Innovationspartnerschaften in Art. 29 des Entwurfs für klassische Auftraggeber und Art. 43 des Entwurfs für Sektorenauftraggeber. Sie dienen der Beschaffung innovativer Produkte und Dienstleistungen, für die es bislang noch keine Marktlösungen gibt, und sollen auf den Verfahrensregeln beruhen, die für das Verhandlungsverfahren gelten.

**Praxishinweis:** Die Entwürfe enthalten neben den vorstehenden Regelungen weitere Neuerungen, die vielfach die Rechtsprechung des EuGH kodifizieren und damit die Rechtsanwendungssicherheit erhöhen. Es bleibt abzuwarten inwiefern die Neuerungen Eingang in die Endfassung der Richtlinien finden werden.

Von RA Sven Beaujean in Düsseldorf, Tel.: +49 211 981-2722,  
[sven.beaujean@de.pwc.com](mailto:sven.beaujean@de.pwc.com)

---

## **Veranstaltungen**

### **Eigen- und gemeinwirtschaftliche Konzessionen nach dem PBfG: Gestaltung und Sicherung Talk am Nachmittag am 13. Juni 2013 in Hannover und Business Breakfast am 14. Juni 2013 in Hamburg**

Der ÖPNV ist – auch im übertragenen Sinne – in ständiger Bewegung.

Angefangen vom neuen Personenbeförderungsgesetz (PBefG) über die neuen bzw. geplanten Tariftreuegesetze der Länder, die anstehende Vergaberechts-Reform bis hin zu neuen Initiativen der EU-Kommission zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (VO 1370/2007): In der Verkehrspraxis besteht wieder Handlungsbedarf.

Die sich aus den neuen Vorschriften ergebenden Herausforderungen für Verkehrsunternehmen, Aufgabenträger und Verbände sind vielfältig. Dazu gehören namentlich die Wechselwirkungen zwischen dem neuen PBefG und der VO 1370/2007 sowie die damit zusammenhängenden Rückwirkungen auf das Genehmigungsverfahren. Daneben spielt – insbesondere mit Blick auf die Verkehrsfinanzierung – das Erkennen von Auswirkungen und rechtlichen Nischen auf Grund der Änderungen im Bereich der Tariftreue-Gesetze sowie der Vergaberechts-Reform eine entscheidende Rolle.

Im Rahmen unserer Veranstaltung werden Fachleute von Ministerien, Landesbehörden und Verkehrsunternehmen sowie die Ihnen bekannten Verkehrsexperten aus unserem Haus über die ersten aus dem Zusammenspiel des neuen PBefG und der VO 1370/2007 gewonnenen Erfahrungen berichten.

**Weitere Informationen erfragen Sie bitte bei**

***Frau RA/StB Christiane Kappe***

Tel.: +49 211 981 - 2700,

[christiane.kappe@de.pwc.com](mailto:christiane.kappe@de.pwc.com)

---

## ***Das Team***

Für Ihre Fragen, Hinweise und Anmerkungen zum Newsletter stehen Ihnen die nachfolgenden Ansprechpartner gern zur Verfügung. Wir freuen uns auf Ihr Feedback.

***RA/StB Christiane Kappe***

Tel.: +49 211 981-2700  
[christiane.kappe@de.pwc.com](mailto:christiane.kappe@de.pwc.com)

***RA/ StB Michael Prechtl***

Tel.: +49 211 981-4775  
[michael.prechtl@de.pwc.com](mailto:michael.prechtl@de.pwc.com)

***RA Jörg Manka***

Tel.: +49 211 981-4737  
[joerg.manka@de.pwc.com](mailto:joerg.manka@de.pwc.com)

***RA Bettina Werres***

Tel.: +49 211 981-4966  
[bettina.werres@de.pwc.com](mailto:bettina.werres@de.pwc.com)

***RA/StB Maren Weber***

Tel.: 49 511 5357-5853  
[maren.weber@de.pwc.com](mailto:maren.weber@de.pwc.com)

***RA Erik Pelizäus***

Tel.: +49 211 981-2325  
[erik.pelizaesus@de.pwc.com](mailto:erik.pelizaesus@de.pwc.com)

***RA Sascha Schaefer***

Tel.: +49 211 981-2549  
[sascha.schaefer@de.pwc.com](mailto:sascha.schaefer@de.pwc.com)

***RA Jurkea Wachtendorf***

Tel.: +49 40 6378-1258  
[jurkea.wachtendorf@de.pwc.com](mailto:jurkea.wachtendorf@de.pwc.com)

***N.N.***

---

## ***Bestellung und Abbestellung***

Sollten weitere Personen Interesse an diesem Newsletter haben, können Sie diese E-Mail gerne weiterleiten.

Die Interessenten können sich hier anmelden:

[SUBSCRIBE\\_PS\\_Legal\\_News\\_Verkehr\\_und\\_Infrastruktur@de.pwc.com](mailto:SUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com).

Sofern Sie unseren Newsletter zukünftig nicht mehr erhalten möchten, bitten wir Sie um eine kurze Benachrichtigung an

[UNSUBSCRIBE\\_PS\\_Legal\\_News\\_Verkehr\\_und\\_Infrastruktur@de.pwc.com](mailto:UNSUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com).

Die Beiträge dieser Publikation sind zur Information unserer Mandanten bestimmt. Für die Lösung einschlägiger Probleme greifen Sie bitte auf die angegebenen Quellen oder die Unterstützung unserer Büros zurück. Meinungsbeiträge geben die Auffassung der einzelnen Autoren wieder.

© Oktober 2012 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

„PwC Legal“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltsgesellschaft, die zum Netzwerk von PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Netzwerkgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.