

GUTACHTEN

zu beihilferechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Neustrukturierung des Aufgabenbereiches der Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H., FN 117218 f und der Niederösterreichischen Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG), FN 31309 v

Inhaltsverzeichnis

1. GUTACHTENSAUFTRAG	4
1.1. Allgemeines und Fragestellung	4
1.2. Verwendung des Gutachtens	5
1.3. Haftungserklärung	5
2. SACHVERHALT	6
2.1. Vorgeschichte und Ausgangssituation.....	6
2.2. Beteiligte Rechtsträger	6
2.2.1. Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H.	6
2.2.2. NÖ Regionalverkehrs GmbH	11
2.2.3. Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG)	11
2.2.4. NÖ Landes-Beteiligungsholding GmbH	12
2.2.5. NÖ Holding GmbH	13
2.2.6. Niederösterreich Bahnen GmbH	13
2.2.7. Bergbahnen Mitterbach GmbH.....	13
2.3. Transaktionsstruktur	13
2.3.1. Ziele der Transaktion	13
2.3.2. Transaktion.....	14
2.3.2.1. Maßnahmen auf Ebene NÖVOG	14
2.3.2.2. Maßnahmen auf Ebene VOR	15
2.3.3. Zielstruktur nach vollständiger Umsetzung.....	16
2.4. NÖ Mobilitätsgesetz	17
2.5. Vertragliche Umsetzung.....	24
2.5.1. Abspaltung des Teilbetriebes Eisenbahnverkehr aus NÖVOG	24
2.5.2. Verschmelzung Bergbahnen Mitterbach auf NÖ Bahnen	30
2.5.3. Spaltung von VOR auf NÖ Regionalverkehr	33
2.5.4. Zusammenschlussanmeldung	47
2.5.5. Übernahme der Geschäftsanteile an NÖ Regionalverkehr.....	49
2.5.6. Verschmelzung NÖ Regionalverkehr auf NÖVOG	52
3. FRAGESTELLUNGEN	61
4. UNTERLAGEN	62
5. RECHTSGRUNDLAGEN	69
5.1. Beihilferecht der Europäischen Union	69
5.1.1. Allgemeines	69
5.1.2. Art. 107 Abs. 1 AEUV	70
5.1.2.1. Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV	70
5.1.2.2. Beihilfebegriff.....	70
5.1.2.3. Market Investor Principle	72
5.1.3. Art. 93 AEUV	82
5.2. Österreichisches Recht.....	96
5.2.1. Spaltungsgesetz	96
5.2.2. Verschmelzung	97
5.2.3. Umgründungssteuergesetz	100
5.2.4. Rechtsfolgen von Spaltung und Verschmelzung	101

6.	BEANTWORTUNG DER FRAGEN.....	107
6.1.	Allgemeines.....	107
6.2.	Transaktions- und Zielstruktur.....	108
6.2.1.	Ebene NÖVOG.....	108
6.2.1.1.	Spaltung und Übernahme.....	108
6.2.1.2.	Verschmelzung.....	109
6.2.1.3.	Übernahme der Geschäftsanteile.....	110
6.2.1.4.	Verschmelzung.....	110
6.2.1.5.	Bestehende und weitere Verträge.....	111
6.2.2.	Ebene VOR.....	111
6.2.2.1.	Spaltung und Übernahme.....	111
6.2.2.2.	Verkauf der Geschäftsanteile.....	112
6.2.3.	Verkehrsdiensteverträge.....	112
6.2.4.	Ausgleichszahlungen.....	112
6.2.5.	Conclusio.....	113
6.3.	NÖ Mobilitätsgesetz.....	113
6.4.	Umsetzung der Transaktion.....	115
6.4.1.	Ebene NÖVOG.....	115
6.4.1.1.	Spaltung und Übernahme.....	115
6.4.1.2.	Verschmelzung.....	117
6.4.1.3.	Übernahme der Geschäftsanteile.....	118
6.4.1.4.	Verschmelzung.....	119
6.4.1.5.	Bestehende und weitere Verträge.....	120
6.4.2.	Ebene VOR.....	124
6.4.2.1.	Spaltung und Übernahme.....	124
6.4.2.2.	Verkauf der Geschäftsanteile.....	125
6.4.2.3.	Bestehende und weitere Verträge.....	126
7.	ZUSAMMENFASSUNG.....	126

1. Gutachtensauftrag

1.1. Allgemeines und Fragestellung

Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. ist die Trägergesellschaft des Verkehrsverbundes der Ostregion. Die Geschäftsanteile werden vom Land Wien, Land Niederösterreich und Land Burgenland gehalten.

Die Tätigkeiten der Trägergesellschaft umfassen unter anderem die

- Tarif- und Fahrplangestaltung für sämtliche Gesellschafter;
- Organisation des Verbundtarifes und des Einnahmen-Clearings für sämtliche Gesellschafter;
- Koordination der Verbundpartner für sämtliche Gesellschafter;
- Planung und Bestellung des Schienenpersonen-, Nah- und -regionalverkehrs für sämtliche Gesellschafter, sowie
- Planung und Bestellung der Bus- und Regionalverkehre für Niederösterreich und Burgenland.

Ziel der zu beurteilenden Transaktion ist die Übernahme der im Augenblick von Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. betreuten, das Land Niederösterreich betreffenden Agenden durch die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG).

Mit dem vorliegenden Gutachten werden die beihilferechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der im Sachverhalt dieses Gutachtens beschriebenen Transaktion aufgezeigt und geprüft.

Nach der ständigen Spruchpraxis der Kommission und der Judikatur der Unionsgerichte ist die Prüfung der beihilferechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit einer Maßnahme ex ante, also bevor die Maßnahme gesetzt wird, durchzuführen.

Daher wurde das Gutachten in zwei aufeinander folgenden Stufen erstellt.

In der ersten Stufe wurde die Zielstruktur und der Entwurf des NÖ Mobilitätsgesetzes beihilferechtlich geprüft. In der zweiten Stufe die konkreten Umsetzungsmaßnahmen.

Vorwegzunehmen ist, dass die beihilferechtliche Prüfung sowohl auf Basis des allgemeinen Beihilferegimes der Union, als auch auf Basis der Sonderregelung des AEUV für Ausgleichsleistungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Zusammenhang mit Personennahverkehr vorzunehmen ist und vorgenommen wurde.

1.2. Verwendung des Gutachtens

Dieses Gutachten ist zur Verwendung durch das Amt der Niederösterreichischen Landesregierung und der Niederösterreichischen Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG), FN 31309 v bestimmt.

Dieses Gutachten darf ohne unser Wissen nicht an Dritte weitergegeben werden, ausgenommen sind:

- Organisationseinheiten der genannten Rechtsträger;
- Berater der genannten Rechtsträger;
- Organe und Rechtsträger, welchen die Kontrolle der genannten Rechtsträger obliegt;
- andere Personen, soweit dies in der Geschäftsverteilung, Richtlinien und/oder innerstaatlichen Vorschriften, denen die genannten Rechtsträger unterliegen, vorgesehen ist;
- Vergabekontrollbehörden;
- Förderstellen, sowie
- sämtliche Behörden, Institutionen und Gerichte der Europäischen Union.

1.3. Haftungserklärung

Wir übernehmen die Haftung dafür, dass die in diesem Gutachten dargelegten Rechtsansichten, unter Berücksichtigung des Primär- und Sekundärrechts der Europäischen Union, aber auch der Spruchpraxis der Kommission und der Unionsgerichte, vertretbar sind. Dessen ungeachtet liegt die alleinige Kompetenz zu entscheiden, ob eine (verbotene) Beihilfe vorliegt oder nicht, bei der Europäischen Kommission, unter Kontrolle der Unionsgerichte. Das vorliegende Gutachten dient dazu, den Sachverhalt und die Rechtslage auf Basis der vorliegenden Informationen, der Rechtslage und der Spruchpraxis der Europäischen Kommission und der

Unionsgerichte, darzustellen, bindet aber naturgemäß weder die Europäische Kommission noch die Unionsgerichte.

2. Sachverhalt

2.1. Vorgeschichte und Ausgangssituation

Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. ist die Trägergesellschaft des Verkehrsverbundes der Ostregion, also für Wien, Niederösterreich und Burgenland. Die drei genannten Bundesländer sind Gesellschafter dieser Verbundorganisationsgesellschaft.

Im Zuge der Transaktion soll der Geschäftsbereich *Planung, Bestellung und Abwicklung der Niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre samt Verkehrsdiensteverträge NÖVOG-Bahn* aus der Verbundgesellschaft herausgelöst und auf Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) übertragen werden.

Weiters soll auf Ebene der Niederösterreichischen Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) eine Trennung zwischen Eisenbahninfrastruktur und Eisenbahnbetrieb durchgeführt werden.

Die Betrauung von Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) soll durch ein Landesgesetz erfolgen.

2.2. Beteiligte Rechtsträger

2.2.1. Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H.

Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H., in der Folge *VOR* genannt, ist eine zu FN 117218 f des Firmenbuches des Handelsgerichtes Wien protokollierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Ersteintragung erfolgte am 05. (fünften) November 1974 (neunzehnhundertvierundsiebzig) zu HRB 16986 des Handelsgerichtes Wien. Das Stammkapital beträgt EUR 100.000,00 (Euro einhunderttausendkommanullnull), ist zur Gänze bar einbezahlt und wird von folgenden Gesellschaftern gehalten:

Gesellschafter	Stammeinlage EUR	%
Land Wien	44.000,00	44,00
Land Niederösterreich	44.000,00	44,00
Land Burgenland	12.000,00	12,00
Σ	100.000,00	100,00

In § 3 des Gesellschaftsvertrages – *Gegenstand des Unternehmens* – wird festgelegt, dass VOR für das Funktionieren des Verkehrsverbundes in der Ostregion Österreichs im Sinne des zwischen den Gesellschaftern und dem Bund gesondert vereinbarten Grund- und Finanzierungsvertrages zu sorgen hat. Dazu hat die Gesellschaft für die zusammenarbeitenden Verkehrsunternehmen, deren Tarifhoheit durch den Gesellschaftsvertrag nicht berührt wird, Planungs-, Koordinierungs- und Durchführungsaufgaben zu besorgen.

Die wesentlichen Festlegungen im Gesellschaftsvertrag lauten:

§3
Gegenstand des Unternehmens

Die Gesellschaft hat für das Funktionieren des Verkehrsverbundes in der Ostregion Österreichs im Sinne des zwischen den Gesellschaftern und dem Bund gesondert vereinbarten Grund- und Finanzierungsvertrages zu sorgen. Dazu hat sie für die zusammenarbeitenden Verkehrsunternehmen, deren Tarifhoheit durch diesen Vertrag nicht berührt wird, Planungs-, Koordinierungs- und Durchführungsaufgaben zu besorgen.

Ihr obliegen daher im Zusammenwirken mit den Verkehrsunternehmen Aufgaben in folgenden Bereichen:

- A) *Planungsaufgaben:*
 - a) *konzeptionelle, auf die künftigen Erfordernisse des Verkehrsverbundes abgestimmte Planungen*
- B) *Koordinationsaufgaben:*
 - a) *Planung und Feststellung des verbundspezifischen Leistungsangebotes mit Ausnahme der Verkehrsdienstleistungen auf Grund des jeweils gültigen ÖPNV-Vertrages zwischen der Stadt Wien und der Wiener Linien GmbH & Co KG; im Falle einer gravierenden Leistungsänderung oder einer Leistungsminde- rung ist mit dem Bundesland, in dem die Leistungsänderung eintritt, Einver- nehmen herzustellen*
 - b) *Verbundspezifisches Abfertigungs-, Revisions- und Abrechnungswesen (im Sinne einer Clearingstelle), Koordination der Personalschulung für verbundspe- zifische Aufgaben*
- C) *Verbundspezifische Durchführungsaufgaben:*
 - a) *Systemgerechte Umsetzung der mit den Verkehrsunternehmen in deren Tarif- hoheit abgestimmten und von den zuständigen Organen genehmigten Beförde- rungspreise auf die Erfordernisse des Verbundtarifes*

- b) *Öffentlichkeitsarbeit, Werbung, Fahrgastinformation und Kundendienst, soweit diese Aufgaben über den die einzelnen Verkehrsunternehmen betreffenden Bereich hinausgeht und das allgemeine Verbundangebot betrifft, Erstellung und Herausgabe des Verbundfahrplanbuches*
- c) *Abstimmung der Gestaltung der Verbundfahrausweise, Koordinierung der Beschaffung*
- d) *Mitwirkung bei der Durchführung der Einnahmenaufteilung nach Maßgabe des Grund- und Finanzierungsvertrages sowie des Einnahmenaufteilungsvertrages, erforderlichenfalls Beauftragung der Verkehrsunternehmenskooperation*
- e) *Feststellung des jährlichen Durchtarifierungsverlustes sowie Mitwirkung bei der Verteilung der Mittel auf die einzelnen Verkehrsunternehmen nach Maßgabe des Grund- und Finanzierungsvertrages sowie des Einnahmenaufteilungsvertrages*
- D) *Im Einvernehmen mit der jeweiligen Gebietskörperschaft obliegen der Gesellschaft auch Verbundmanagementaufgaben, wie insbesondere:*
 - a) *Nah- und Regionalverkehrsplanung sowie Einzelplanungen für den Abschluß von Verkehrsdienstverträgen (Bestellungen) einschließlich Kosten- und Erlöschätzung*
 - b) *Koordination der Bestellung (Auferlegung) von Verkehrsdiensten*
 - c) *Abwicklung von Verkehrsdienstverträgen, Bestellung von Verkehrsdienstleistungen und Durchführung von Vergabeverfahren im Auftrag von Gebietskörperschaften oder Dritten*
 - d) *Festsetzung von Qualitätskriterien und Kontrolle von deren Erfüllung sowie der Einhaltung der Bestimmungen von Verkehrsdienstverträgen*
 - e) *Koordination und finanzielle Abwicklung von Schüler- und Lehrlingsfreifahrten, im Einvernehmen mit den einzelnen Verkehrsunternehmen, sofern nicht einzelne Verkehrsunternehmen als alleinige Dienstleister und Vertragspartner des Bundes auftreten*
 - f) *Mitwirkung bei der Vergabe von Konzessionen zur Durchführung von Verkehrsdienstleistungen in den Grenzen der Bestimmungen nach dem Kraftfahrliniengesetz - KfIG, BGBl. I Nr. 203/1999 idgF, sowie dem Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 - ÖPNRV - G 1999, BGBl. I Nr. 204/1999 idgF.*
 - g) *Maßnahmen im Zusammenhang mit Parallelverkehren, insbesondere bei der Feststellung, ob ein Parallelverkehr vorliegt, Beurteilung der verkehrspolitischen Notwendigkeit und Maßnahmen zur Vermeidung von Parallelverkehren in den Grenzen des Öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrsgesetzes 1999 ÖPNRV - G 1999, BGBl. I Nr. 204/1999 idgF.*
- E) *Planung und Errichtung von Park & Ride Anlagen außerhalb des Wiener Stadtgebietes*
 - a) *Planung und Errichtung (einschließlich Ausschreibung, Vergabe, Abrechnung der errichteten Anlagen und Bauüberwachung) von Park & Ride Anlagen unter Verwendung von seitens der öffentlichen Hand unmittelbar oder mittelbar zur Verfügung gestellten Mitteln*

- F) *Beteiligungserwerb:*
- a) *Beteiligung an Einrichtungen, Organisationen und Unternehmen, die zur Erfüllung des Gesellschaftszwecks maßgeblich beitragen oder erforderlich sind. Die in diesem Vertrag festgelegten Aufgaben, sowie alle sonstigen Bestimmungen dieses Vertrages berühren bestehende Verkehrsdienstleistungsverträge zwischen Gebietskörperschaften und Verkehrsunternehmen insbesondere hinsichtlich des Leistungsumfanges, des Entgeltes und dgl. sowie deren Durchführung in keiner Weise, ausgenommen Verträge mit Bundesförderung gemäß den §§ 24 und 26 ÖPNRV-G 1999.*

...

§6 Nachschusspflicht

Die Gesellschafter können über den Betrag der Stammeinlage hinaus die Einforderung von weiteren Einzahlungen (Nachschüssen) beschließen. Die Nachschusspflicht ist auf das 43-fache der Stammeinlage der Gesellschafter, also auf EUR 4,300.000,- (EURO viermillionendreihunderttausend) beschränkt.

§7 Gesellschafterzuschüsse

Zum Ausgleich der in der jeweiligen Gewinn- und Verlustrechnung der Gesellschaft ausgewiesenen, nicht durch eigene Erträge gedeckten Aufwendungen für den Geschäftsbetrieb (insbesondere Personal- und sonstige Verwaltungskosten) sind von den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Stammeinlagen zu tragende jährliche Zuschüsse zur Verlustabdeckung zu leisten.

Die Gesellschafter verpflichten sich, a conto des voraussichtlichen Anteils am Verlustabdeckungserfordernis eines jeden Jahres Vorauszahlungen zu leisten. Die Höhe der Vorauszahlungen richtet sich nach dem von der Generalversammlung genehmigten Wirtschaftsplan.

Die Vorauszahlungen sind zu je einem Viertel am 20. (zwanzigsten) Jänner, 20. (zwanzigsten) April, 20. (zwanzigsten) Juli und 20. (zwanzigsten) Oktober eines jeden Jahres fällig.

Bei Aufstellung der Jahresabschlüsse sind sich ergebende Spitzenbeträge aus zu hoch oder zu niedrig bemessenen Vorauszahlungen bereits jeweils als Forderungen oder Verbindlichkeiten gegenüber den Gesellschaftern zu berücksichtigen; sie sind anlässlich der nächsten Vorauszahlungsfälligkeit zu verrechnen.

Mit der Beschlussfassung über den Jahresabschluss gilt auch die jeweilige Verlustabdeckung als genehmigt; sie ist derart zu bemessen, dass ein ausgeglichenes Jahresergebnis erzielt wird.

Für das Jahr 2023 (zweitausenddreißig) wurde der vom Land NÖ zu bezahlende Gesellschafterzuschuss für den strategisch operativen Wirtschaftsplan, den außerordentlichen Wirtschaftsplan und den Wirtschaftsplan I T S mit EUR [REDACTED] festgesetzt.

VOR ist Vertragspartner einer Vielzahl von Verträgen, die im Zusammenhang mit den Verbundleistungen geschlossen wurden:

- Grund- und Finanzierungsvertrag für den Verkehrsverbund Ost-Region, vom 07.12. 2017/05.01.2018;
- Zusatzvereinbarung zum Grund- und Finanzierungsvertrag für den Verkehrsverbund Ost-Region, vom 28.06.2018;
- Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Schiene in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland (Ostregion), vom 02.12.2019;
- Zusatzvereinbarung in Ergänzung der Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Schiene in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland (Ostregion), vom 02.12.2019;
- Zusammenarbeits- und Abwicklungsvereinbarung betreffend die Kooperation über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Schiene in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland (Ostregion), vom 06.12.2019;
- Verkehrsdienstevertrag betreffend die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr in dem Bundesland Niederösterreich auf der Strecke der Mariazeller Bahn, vom 11.12.2020, samt Anlagen;
- Verkehrsdienstevertrag betreffend die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr in dem Bundesland Niederösterreich auf der Strecke der Citybahn Waidhofen, vom 11.12.2020, samt Anlagen;
- Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Mariazellerbahn und Citybahn Waidhofen in dem Bundesland Niederösterreich, vom 30.06.2021;
- Zusatzvereinbarung zwischen den Bundesländern Niederösterreich und Steiermark in Ergänzung der Finanzierungs- und Kooperationsvereinba-

zung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Mariazellerbahn und Citybahn Waidhofen in dem Bundesland Niederösterreich, vom 06.07.2021;

- Allgemeine Vorschrift über die Verbundtarife VOR KlimaTicket Region und VOR KlimaTicket MetropolRegion als Höchsttarif und einen diesbezüglichen Ausgleich im Verbundraum des Verkehrsverbundes Ost-Region, samt Anlage, vom 22.10.2021;
- Vereinbarung zur Änderung des Grund- und Finanzierungsvertrages (GuF) für den Verkehrsverbund Ost-Region, vom 17.12.2021;
- Vertrag über die Einnahmenaufteilung von Verbunderlösen, konsolidierte Fassung vom 01.07.2023, und
- Vereinbarung hinsichtlich der Einführung einer bundesweiten Jahresnetzkarte, undatiert.

2.2.2. NÖ Regionalverkehrs GmbH

NÖ Regionalverkehrs GmbH, in der Folge *NÖ Regionalverkehr* genannt, ist eine zu FN 609807 a des Firmenbuches des Handelsgerichtes Wien protokollierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Das Stammkapital beträgt EUR 35.000,00 (Euro fünfunddreißigtausendkommanull) und ist zur Gänze bar einbezahlt. VOR ist Alleingesellschafterin.

2.2.3. Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG)

Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG), in der Folge *NÖVOG* genannt, ist eine zu FN 31309 v des Firmenbuches des Landesgerichtes St. Pölten protokollierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Das Stammkapital beträgt EUR 363.364,17 (Euro dreihundertdreißigtausenddreihundertvierundsechzigkommasiebzehn) und wird von folgenden Gesellschaftern gehalten:

Gesellschafter	Stammeinlage EUR	%
Land Niederösterreich	94.474,68	26,00
NÖ Landes-Beteiligungsholding GmbH	268.889,49	74,00
Σ	363.364,17	100,00

Der Gegenstand des Unternehmens ist in Punkt 3. des Gesellschaftsvertrages festgelegt:

3.

Gegenstand des Unternehmens

- a) *Durchführung von Aufgaben der Organisation des regionalen Verkehrs im Land Niederösterreich und in den an das Land Niederösterreich unmittelbar angrenzenden Gebieten, Koordinierung der öffentlichen Aufgaben des Landes Niederösterreich auf dem Gebiet des Regionalverkehrs sowie im öffentlichen Interesse Wahrnehmung und Förderung der Interessen des Landes Niederösterreich, einen effizienten und kostengünstigen Regional- und Nahverkehr im Land Niederösterreich und in den an das Land Niederösterreich unmittelbar angrenzenden Gebieten sicherzustellen, insbesondere zu diesem Zweck auch Ausführung der in lit. b bis c beschriebenen Tätigkeiten;*
- b) *Planung, Vorbereitung und Betrieb von öffentlichen Verkehrslinien im Bus- und Eisenbahnbereich und alle damit zusammenhängenden Tätigkeiten einschließlich der Bestellung von Verkehrsdienstleistungen, insbesondere auch Erwerb, Betrieb und Bewirtschaftung von Eisenbahninfrastruktur sowie zugehörigen Grundstücken und Immobilien.*
- c) *Beteiligung an Unternehmen im Inland und im Ausland mit gleichem oder ähnlichem Gegenstand des Unternehmens (unter anderem Beteiligung an Unternehmen, die Eisenbahnlinien betreiben) sowie die Vornahme aller dem Gesellschaftszweck dienlichen sonstigen Geschäfte, jedoch ausgenommen Bankgeschäfte.*

Die Verwendung von Gesellschafterzuschüssen des Landes Niederösterreich im Falle der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft ist in Punkt 11. geregelt:

11.

Liquidationsvorab

Im Fall einer Auflösung und Liquidation der Gesellschaft ist das zur Verteilung an die Gesellschafter gelangende Vermögen gemäß § 91 Abs. 3 GmbHG vorab, bis zur Höhe der vom Land Niederösterreich ab dem 1. Jänner 2022 an die Gesellschaft geleisteten und nicht zurückbezahlten Zuschüsse (Abgangsdeckung), an das Land Niederösterreich und erst ein dann verbleibender Liquidationserlös an sämtliche Gesellschafter im Verhältnis der übernommenen Stammeinlagen zu verteilen.

2.2.4. NÖ Landes-Beteiligungsholding GmbH

NÖ Landes-Beteiligungsholding GmbH, in der Folge *NLB* genannt, ist eine zu FN 248050 f des Firmenbuches des Landesgerichtes St. Pölten protokollierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Das Stammkapital beträgt EUR 35.000,00 (Euro fünfunddreißigtausendkommanull) und ist zur Hälfte bar einbezahlt. NÖ Holding GmbH ist Alleingesellschafterin.

2.2.5. NÖ Holding GmbH

NÖ Holding GmbH, in der Folge *NÖ Holding* genannt, ist eine zu FN 243092 p des Firmenbuches des Landesgerichtes St. Pölten protokollierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Das Stammkapital beträgt EUR 35.000,00 (Euro fünfunddreißigtausendkommanull) und ist zur Hälfte bar einbezahlt. Das Land Niederösterreich ist Alleingeschafter.

2.2.6. Niederösterreich Bahnen GmbH

Niederösterreich Bahnen GmbH, in der Folge *NÖ Bahnen* genannt, ist eine zu FN 154139 a des Firmenbuches des Landesgerichtes St. Pölten protokollierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Ersteintragung erfolgte am 26. (sechszwanzigsten) März 1997 (neunzehnhundertsiebenundneunzig) unter der Firma Niederösterreichische Schneebergbahn GmbH.

Das Stammkapital beträgt EUR 36.500,00 (Euro sechszwanzigtausendfünfhundertkommanull), NÖVOG ist Alleingesellschafterin.

2.2.7. Bergbahnen Mitterbach GmbH

Bergbahnen Mitterbach GmbH, in der Folge *Bergbahnen Mitterbach* genannt, ist eine zu FN 152869 h des Firmenbuches des Landesgerichtes St. Pölten protokollierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Das Stammkapital beträgt EUR 72.673,00 (Euro zweiundsiebzigtausendsechshundertdreiundsiebzigkommanull) und ist zur Gänze bar einbezahlt. NÖVOG ist Alleingesellschafterin.

2.3. Transaktionsstruktur

2.3.1. Ziele der Transaktion

Die das Land Niederösterreich betreffenden, im Augenblick von VOR betreuten, Mobilitätsagenden im Bereich des Personennahverkehrs, insbesondere die Planung und Bestellung von Verkehrsdienstleistungen, sollen von

VOR abgespalten und in der Zielstruktur von NÖVOG betreut werden. Ziel ist eine zeitgemäße, zweckmäßige und effiziente Organisation des öffentlich zugänglichen Mobilitätsangebotes für die Bevölkerung in Niederösterreich.

2.3.2. Transaktion

Die Transaktionsstruktur wurde mehrfach geändert und optimiert. Die Umstrukturierungsmaßnahmen werden auf Ebene NÖVOG und auf Ebene VOR durchgeführt.

2.3.2.1. Maßnahmen auf Ebene NÖVOG

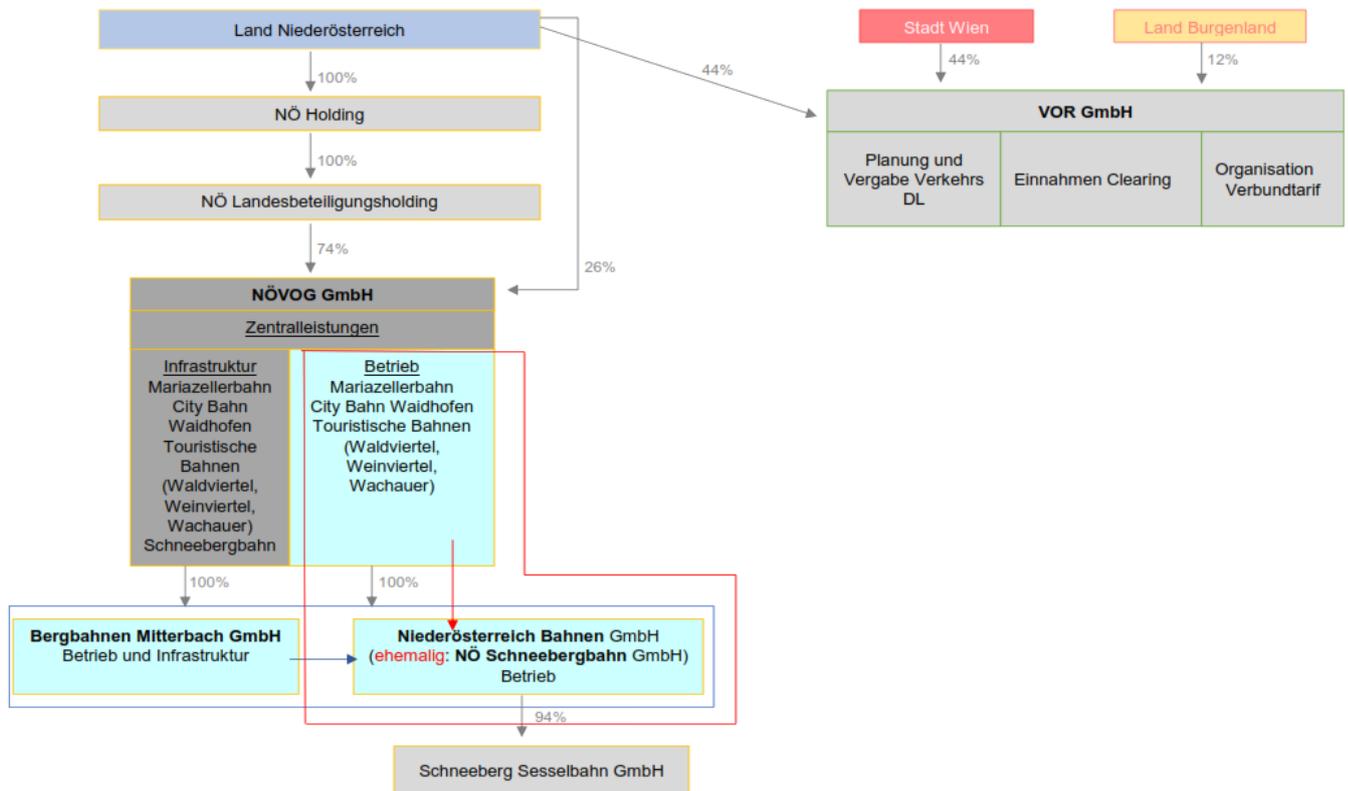
Der Bahnbetrieb wird von der Eisenbahninfrastruktur getrennt, NÖVOG spaltet den *Eisenbahnverkehr* ab. Der Teilbetrieb wird von NÖ Bahnen übernommen. Die Spaltung und die Aufnahme erfolgen rückwirkend zum Ablauf des 31. (einunddreißigsten) Dezember 2023 (zweitausenddreißig).

Die Liegenschaften und die Konzessionen nach dem EisbG verbleiben also bei NÖVOG, ebenso die Geschäftsanteile an Bergbahnen Mitterbach.

Hinsichtlich der gesamthaften Konzessionen für Bau und Betrieb, sowie Erbringung von Eisenbahnverkehrsdiensten betreffend die Waldviertelbahn, Citybahn Waidhofen und Mariazellerbahn wird eine Betriebsüberlassungsvereinbarung gemäß § 25 EisbG zwischen NÖVOG und NÖ Bahnen geschlossen, um NÖ Bahnen in die Lage zu versetzen, den Bahnbetrieb durchführen zu können.

Bergbahnen Mitterbach wird, mit Wirkung zum Ablauf des 30. (dreißigsten) November 2023 (zweitausenddreißig) auf NÖ Bahnen verschmolzen.

Grafisch stellt sich das wie folgt dar:

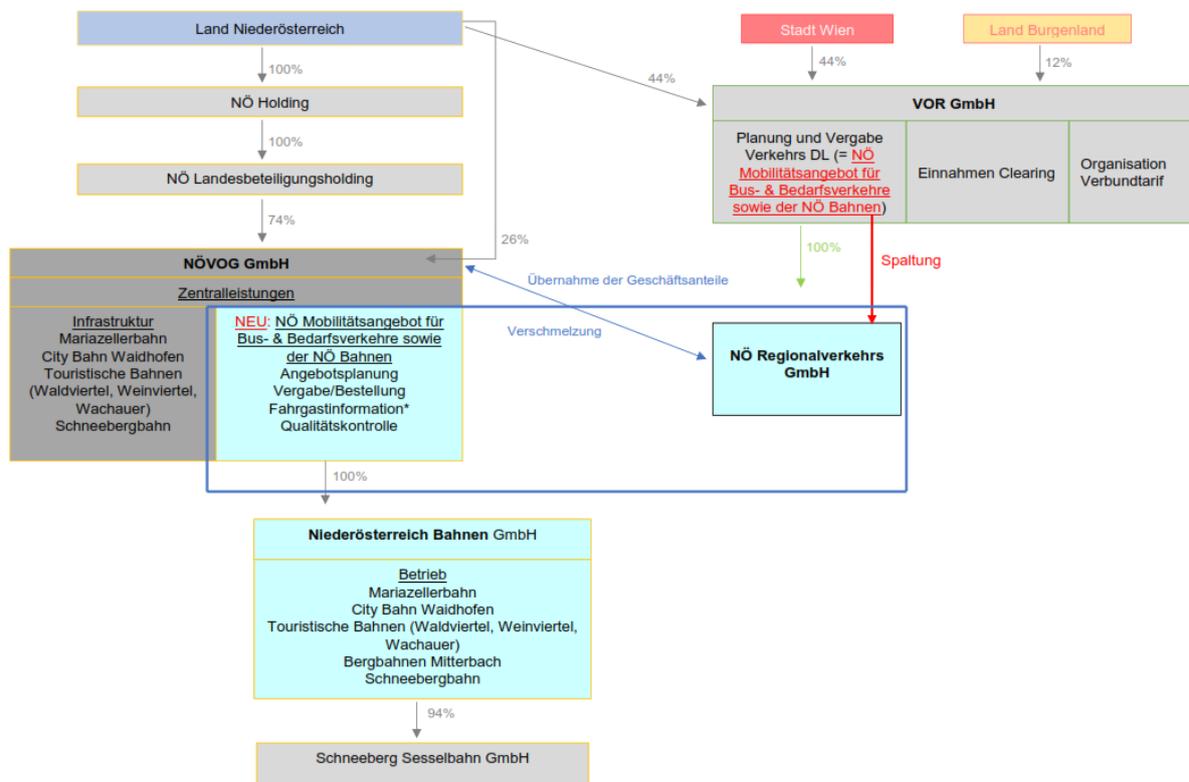


2.3.2.2. Maßnahmen auf Ebene VOR

VOR spaltet den Geschäftsbereich *Planung, Bestellung und Abwicklung der Niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre samt Verkehrsdienstverträge NÖVOG-Bahn* auf NÖ Regionalverkehr ab. Die Abspaltung von VOR und die Aufnahme in NÖ Regionalverkehr erfolgt mit Ablauf des 31. (einunddreißigsten) Dezember 2023 (zweitausenddreißigsten).

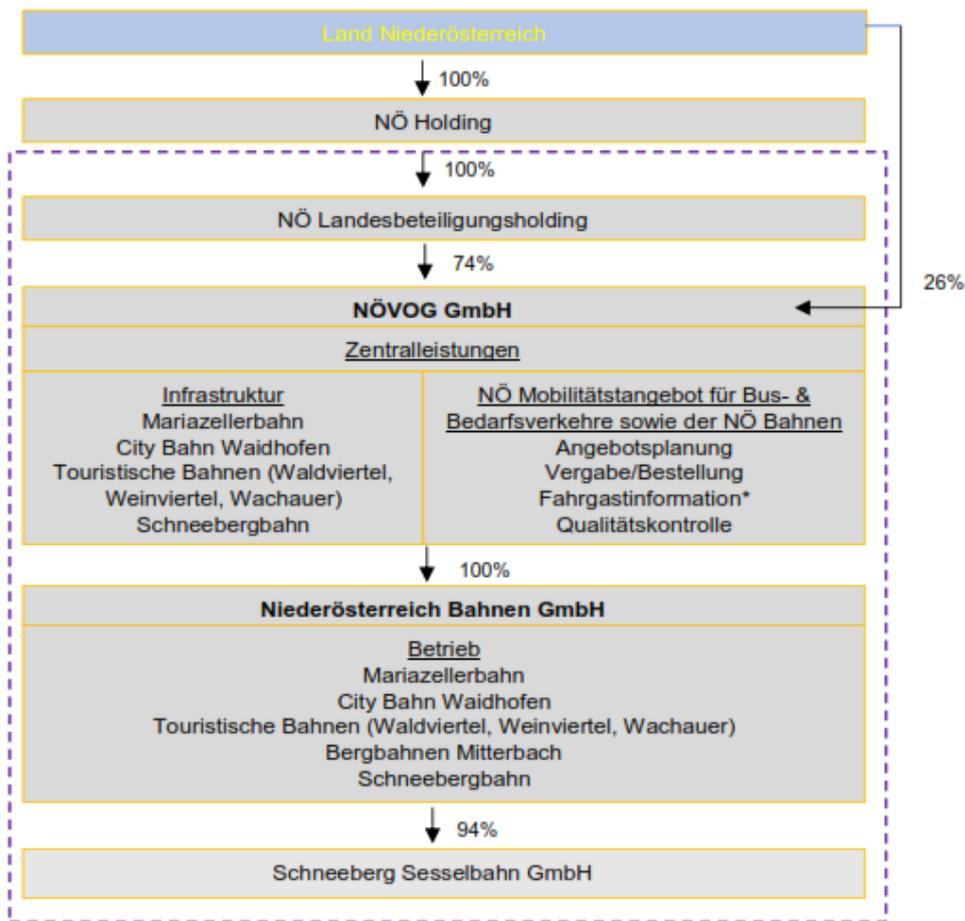
NÖVOG erwirbt von VOR, unmittelbar nach Eintragung der Spaltung/Übernahme in das Firmenbuch, die gesamte Stammeinlage von NÖ Regionalverkehr und wird Alleingesellschafterin.

In weiterer Folge wird NÖ Regionalverkehr auf NÖVOG verschmolzen, wiederum mit Wirkung zum Ablauf des 31. (einunddreißigsten) Dezember 2023 (zweitausenddreißigsten).



2.3.3. Zielstruktur nach vollständiger Umsetzung

Nach vollständiger Umsetzung der soeben beschriebenen Transaktion stellt sich die endgültige Struktur wie folgt dar:



2.4. NÖ Mobilitätsgesetz

Die Betrauung von NÖVOG mit den Leistungen, die im Rahmen des von VOR auf NÖVOG abgespaltenen Geschäftsbereiches zu erbringen sind, soll durch das NÖ Mobilitätsgesetz erfolgen.

Der Entwurf des Gesetzes wurde am 26. (sechszwanzigsten) April 2024 (zwei-tausendvierundzwanzig) zur Begutachtung versandt, die Endversion wurde unter teilweiser Berücksichtigung der im Begutachtungsverfahren eingelangten Stellungnahmen erstellt, Gesetz und Motivenbericht lauten wie folgt:

Der Landtag von Niederösterreich hat am beschlossen:

NÖ Mobilitätsgesetz 2024 (NÖ MobG 2024)

§ 1

Ziel- und Begriffsbestimmungen

- (1) *Die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) steht unmittelbar und mittelbar im Alleineigentum des Landes Niederösterreich. Die NÖVOG über-*

nimmt die zeitgemäße, zweckmäßige und effiziente Organisation des öffentlich zugänglichen Mobilitätsangebotes für die Bevölkerung im Land Niederösterreich.

(2) *Im Sinne dieses Gesetzes gelten als*

1. *Bedarfsverkehr: Kraftfahrlinienverkehr gemäß § 1 Abs. 1 KfVG, BGBl. I Nr. 203/1999 in der Fassung BGBl. I Nr. 203/2023 sowie gemäß § 1 GelverkG, BGBl. Nr. 112/1996 (WV) in der Fassung BGBl. I Nr. 18/2022; der nur bei Bedarf in Verkehr und bzw. oder in Betrieb genommen wird,*
2. *Bestellung: Vergabe von Verträgen über Verkehrsdienstleistungen gemäß § 13 ÖPNRV-G 1999, BGBl. I Nr. 204/1999 in der Fassung BGBl. I Nr. 59/2015,*
3. *Personennahverkehr: Personennahverkehr gemäß § 2 Abs. 1 ÖPNRV-G, BGBl. I Nr. 204/1999 in der Fassung BGBl. I Nr. 59/2015,*
4. *Personenregionalverkehr: Personenregionalverkehr gemäß § 2 Abs. 2 ÖPNRV-G, BGBl. I Nr. 204/1999 in der Fassung BGBl. I Nr. 59/2015,*
5. *Planung: Planung von Verkehrsdienstleistungen gemäß § 11 ÖPNRV-G, BGBl. I Nr. 204/1999 in der Fassung BGBl. I Nr. 59/2015,*
6. *Schienenverkehre: Verkehrsdienste, die im öffentlichen Schienenpersonenverkehr gemäß § 3 Abs. 1 ÖPNRV-G, BGBl. I Nr. 204/1999 in der Fassung BGBl. I Nr. 59/2015 erbracht werden,*
7. *Verkehrsdienstleistungen: Verkehrsdienstleistungen im Personennahverkehr und Personenregionalverkehr, unabhängig davon, ob diese Leistungen im Kraftfahrlinienverkehr, Bedarfsverkehr oder Schienenverkehr erbracht werden,*
8. *Verlustabdeckung: Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, um die im Allgemeininteresse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdienste sicherzustellen und die Verluste der NÖVOG, also die Differenz zwischen Einnahmen und Ausgaben für die Planung und Bestellung von Verkehrsdienstleistungen, abzudecken.*

§ 2

Betrauung von NÖVOG

(1) *Das Land Niederösterreich betraut und überträgt folgende Aufgaben an die NÖVOG:*

1. *Planung und Bestellung der Kraftfahrlinien- und Bedarfsverkehre in Niederösterreich, unabhängig davon, ob es sich um Personennahverkehr oder Personenregionalverkehr handelt sowie unabhängig davon, ob diese dem Kraftfahrliiniengesetz oder dem Gelegenheitsverkehrs-Gesetz unterliegen,*
2. *Planung und Bestellung der Schienenverkehre der Niederösterreich Bahnen GmbH.*

(2) *Die Planung und Bestellung gemäß Abs. 1 hat nach Maßgabe der budgetären Mittel, die das Land Niederösterreich an die NÖVOG als Verlustabdeckung zur Verfügung stellt, zu erfolgen.*

§ 3

Infrastruktur

(1) *Die NÖVOG hat die in ihrem Eigentum stehende Eisenbahninfrastruktur nach dem Stand der Technik und den Erfordernissen der jeweiligen Nutzung zu warten und in stand zu halten.*

- (2) Die NÖVOG hat die Eisenbahninfrastruktur gemäß Abs. 1 der Niederösterreich Bahnen GmbH und nach Maßgabe der verfügbaren Kapazitäten auch sonstigen interessierten Dritten zu Marktpreisen zur Verfügung zu stellen.

§ 4

Bestellungen

- (1) Die NÖVOG ist ein Verkehrsunternehmen und hat die Bestimmungen in Abschnitt II und III ÖPNRV-G 1999, BGBl. I Nr. 204/1999 in der Fassung BGBl. I Nr. 59/2015, zu beachten.
- (2) Die Beschaffungsvorgänge und Bestellungen der NÖVOG unterliegen den Regelungen des BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018 in der Fassung BGBl. I Nr. 100/2018, BGBl. II Nr.91/2019 (Anpassung durch V) beziehungsweise der PSO-VO (Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. L 315 vom 03. Dezember 2007, S. 1).

§ 5

Planung und Bestellung von Verkehrsdienstleistungen für Dritte

- (1) Gemeinden und Gemeindeverbände in Niederösterreich dürfen die in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Aufgaben im Zusammenhang mit der Planung und bzw. oder Bestellung von Verkehrsdienstleistungen an die NÖVOG übertragen, sofern diese einer Übertragung zugestimmt hat. Die NÖVOG darf die Zustimmung verweigern, wenn die NÖVOG nicht über die erforderlichen Ressourcen für die Planung und bzw. oder Bestellung der jeweiligen Verkehrsdienstleistungen verfügt oder die Zahlungen gemäß § 5 Abs. 3 nicht als Verlustabdeckung zu qualifizieren sind.
- (2) Abs. 1 ist auch auf Unternehmen anzuwenden, die unmittelbar oder mittelbar mehrheitlich im Eigentum von Gemeinden oder Gemeindeverbänden stehen und für diese Tätigkeiten im Personennahverkehr und bzw. oder Personenregionalverkehr erbringen.
- (3) Die Planung und bzw. oder Bestellung der Verkehrsdienstleistungen hat nach Maßgabe der budgetären Mittel, die der jeweils übertragende Rechtsträger der NÖVOG zur Verlustabdeckung zur Verfügung stellt, zu erfolgen.

§ 6

Rechnungskreise

- (1) Die NÖVOG hat die Geschäftsbereiche in getrennten Rechnungskreisen abzubilden, wobei zumindest folgende Rechnungskreise einzurichten sind:
1. Eisenbahninfrastruktur,
 2. Linien- und Bedarfsverkehre,
 3. Schienenverkehre.
- (2) Bei einer Übertragung gemäß § 5 hat die NÖVOG für jeden Rechtsträger einen eigenen Rechnungskreis einzurichten.

Der Motivenbericht enthält dazu folgende Ausführungen:

*Motivenbericht
zum NÖ Mobilitätsgesetz 2024*

I. Allgemeiner Teil:

Die Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. ist Träger des Verkehrsverbundes in der Ost-Region Österreichs. Die Geschäftsanteile werden von den Ländern Niederösterreich und Wien je zu 44 % gehalten, 12 % hält das Land Burgenland.

Die das Land Niederösterreich betreffenden Geschäftsfelder/Teilbetriebe – Planung von Verkehrsdienstleistungen gemäß § 11 ÖPNRV-G 1999 und Bestellung von Verkehrsdienstleistungen gemäß § 13 leg. cit. – werden von der VOR abgespalten und sollen in Hinkunft durch die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) betreut werden. Die Landesverkehrsangelegenheiten, die im Augenblick von VOR betreut werden, sollen wieder näher an das Land herangeführt werden. Planung und Bestellung der Busverkehre, sowie die Schienenverkehre der Niederösterreich Bahnen GmbH, sollen in der NÖVOG gebündelt werden, um den öffentlichen Verkehr bestmöglich auf die Bedürfnisse der Landesbevölkerung anzupassen.

Ziel ist eine zeitgemäße, zweckmäßige und effiziente Organisation des öffentlich zugänglichen Mobilitätsangebotes für die Bevölkerung im Land Niederösterreich.

Der Teilbetrieb Eisenbahnverkehr wurde aus der NÖVOG abgespalten und von der Niederösterreich Bahnen GmbH übernommen, die die Schienenverkehre als Eisenbahnverkehrsunternehmen betreibt. NÖVOG bleibt als Verkehrsunternehmen und Eisenbahninfrastrukturunternehmen bestehen.

Die Planung und Bestellung der Busverkehre sowie der Schienenverkehre, die die Niederösterreich Bahnen GmbH betreibt, sollen in der NÖVOG gebündelt werden, insbesondere auch um landesinterne Synergien besser nutzen zu können, als dies in der gegenwärtigen Situation der Fall ist.

Die einheitlichen Verbundtarife führen zwangsläufig dazu, dass ein Delta zwischen den Einnahmen und Ausgaben entsteht, welches, soweit das Land Niederösterreich betroffen ist, im Augenblick durch Gesellschafterzuschüsse an die VOR ausgeglichen wird.

In Hinkunft wird der Ausgleich für die Geschäftsbereiche, die an die NÖVOG übertragen werden, durch Gesellschafterzuschüsse an die NÖVOG erfolgen, im Übrigen nach wie vor an die VOR. Es ist mit keinen Mehrkosten zu rechnen.

Durch die Erlassung des NÖ Mobilitätsgesetz 2024 wird mit keinen Problemen bei der Vollziehung gerechnet, und es ergeben sich gegenüber der bisherigen Rechtslage auch keine Änderungen hinsichtlich der Kompetenzlage und des Verhältnisses zu anderen landesrechtlichen Vorschriften. Verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage ist Art. 15 Abs. 1 B-VG.

Das Gesetz trägt aufgrund seines Regelungsinhaltes zur Erreichung der Ziele des Klimabündnisses und des Klimaprogramms 2030 bei.

Eine Mitwirkung von Bundesorganen ist nicht vorgesehen.

II. Besonderer Teil:

Zu § 1 Abs. 1:

Deklarativ wird festgehalten, dass die NÖVOG unmittelbar und mittelbar im Eigentum des Landes Niederösterreich steht: 26% der Stammeinlage werden vom Land Niederösterreich direkt gehalten, die verbleibenden 74% werden von der NÖ Landes-Beteiligungsholding

GmbH gehalten, deren Stammkapital zu 100% von der NÖ Holding GmbH gehalten wird. Alleingesellschafter der NÖ Holding GmbH ist das Land Niederösterreich.

Zu § 1 Abs. 2:

Diese Bestimmung enthält einige Definitionen, um den Gesetzestext selbst flüssiger gestalten zu können.

Zu § 2 Abs. 1:

Die NÖVOG wird vom Land Niederösterreich mit der Planung und Bestellung der Linien- und Bedarfsverkehre in Niederösterreich, im Umfang des § 5 ÖPNRV-G, und der Schienenverkehre der Niederösterreich Bahnen GmbH betraut.

Die NÖVOG ist Alleingesellschafterin der Niederösterreich Bahnen GmbH, welche die Mariazellerbahn und die Citybahn Waidhofen betreibt. Diese Verkehre können Gegenstand einer In-House-Vergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 PSO-VO sein.

Der übrige von der VOR beauftragte Schienenverkehr ist von der Betrauung nicht umfasst und soll weiterhin von der VOR gemeinsam mit der Bundesgesellschaft Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (SCHIG mbH) gemäß den bestehenden Kooperationsvereinbarungen geplant, koordiniert und abgewickelt werden.

Zu § 2 Abs. 2:

Die PSO-VO stellt „Ausgleichsleistungen“, also Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen um die im Allgemeininteresse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdienste sicherzustellen, frei.

Die finanziellen Mittel, die das Land Niederösterreich in der Vergangenheit an die VOR geleistet hat und in Zukunft an die NÖVOG und die VOR leisten wird, dienen dazu, diese Ausgleichszahlungen zu bedienen, decken also die Differenz zwischen den Einnahmen und den tatsächlichen Kosten der Verkehrsdienstleister ab. Es liegen Zuschüsse an ein Verkehrsunternehmen, das Mitglied eines Verkehrsverbundes ist, vor. Die Zahlungen richten sich nach dem Geldbedarf der NÖVOG und stehen nicht mit bestimmten Umsätzen der NÖVOG im Zusammenhang.

Die Ausgleichszahlungen sind also eine Verlustabdeckung, um die Differenz zwischen den Einnahmen der NÖVOG und den tatsächlichen Kosten für die Erbringung der Verkehrsdienstleistungen abzudecken.

Zu § 3 Abs. 1:

Die NÖVOG hat die in ihrem Eigentum befindliche Eisenbahninfrastruktur bereitzustellen, zu warten und instand zu halten. Die Wartung und bzw. oder Instandhaltung umfasst auch Ersatzinvestitionen und ist von der NÖVOG, abhängig von der Nutzung, durchzuführen. Die Intensität der Wartungs- und Instandhaltungsverpflichtung hängt also von der Frequenz und Intensität der Nutzung sowie davon ab, ob die betreffende Eisenbahninfrastruktur für Personenverkehr oder Güterverkehr genutzt wird. Die im Eisenbahngesetz enthaltenen Regelungen über die Verpflichtungen des Infrastrukturbetreibers bleiben unberührt.

Der operative Betrieb des Schienenverkehrs wird von der Niederösterreich Bahnen GmbH durchgeführt. Die Trennung von Infrastruktur und Betrieb ist aufgrund der Rechtslage in der Union geboten, zumal eine Quersubventionierung zwischen Betrieb und Infrastruktur ausgeschlossen werden muss.

Zu § 3 Abs. 2:

Die NÖVOG stellt der Niederösterreich Bahnen GmbH die für den Betrieb erforderliche Eisenbahninfrastruktur zur Verfügung. Aus beihilferechtlichen Gründen ist hierfür ein marktübliches Entgelt zu vereinbaren und von der Betreibergesellschaft zu entrichten.

Die Unionsgerichte und die Kommission wenden auf Unternehmen, die eine beherrschende Stellung am Markt innehaben, die sogenannte „essential facilities – Doktrin“ an. Die marktbeherrschenden Unternehmen sind verpflichtet, Mitbewerbern Nutzungsrechte an den Ressourcen einzuräumen, die für deren Tätigkeit am Markt unerlässlich sind. Daher ist die NÖVOG, als Eigentümerin der Eisenbahninfrastruktur, auch verpflichtet, diese, nach Maßgabe der vorhandenen Kapazitäten, interessierten Dritten, ebenfalls gegen Bezahlung eines marktkonformen Entgeltes, zur Nutzung zu überlassen.

Die Regelungen des Eisenbahngesetzes betreffend den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur, zu Serviceeinrichtungen und -leistungen bleiben unberührt.

Zu § 4 Abs. 1:

Die NÖVOG ist ein Eisenbahninfrastruktur- und Verkehrsunternehmen, auf die Festlegungen in Abschnitt II, betreffend Verkehrsverbünde, und III ÖPNRV-G 1999, Vermeidung von Parallelverkehren, Verknüpfungsverbesserung, wird ausdrücklich verwiesen. Die NÖVOG soll die Angebotsplanung, Vergabe und Bestellung von Linien- und Bedarfsverkehren und der Schienenverkehre der Niederösterreich Bahnen GmbH, sämtliche Agenden, wie Fahrgastinformation, Qualitätskontrolle, etc. übernehmen und Verbundpartner in der VOR werden.

Zu § 4 Abs. 2:

Die NÖVOG unterliegt als öffentlicher Auftraggeber bei Beschaffungsvorgängen den Regelungen des BVergG 2018, bei der Bestellung der Verkehre kann der jeweilige Vertragspartner auch in einem Verfahren gemäß PSO-VO ermittelt werden.

Hinsichtlich der bestehenden Verkehrsdienstverträge, die die NÖVOG im Zuge der Spaltung von der VOR übernimmt, ist darauf hinzuweisen, dass eine wesentliche Änderung eines dem Vergaberegime unterliegenden Vertrages während dessen Laufzeit in der Regel dazu führt, dass neuerlich ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen ist. Der EuGH hat sich mit Urteil vom 19. Juni 2008, Rs C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH, mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Wechsel eines Vertragspartners, der durch eine Umstrukturierung des ursprünglichen Vertragspartners hervorgerufen wird, eine wesentliche Änderung des Vertrages darstellt, die eine neuerliche Ausschreibung erforderlich macht. Der EuGH gelangte zum Schluss, dass ein durch gesellschaftsrechtliche Neustrukturierung hervorgerufener Wechsel des Vertragspartners keine wesentliche Änderung des Vertrages darstellt. § 365 Abs. 3 Z 3 lit. b BVergG 2018 normiert ebenfalls ausdrücklich, dass der Wechsel eines Vertragspartners, der durch eine Unternehmensumstrukturierung, einschließlich der Verschmelzung, hervorgerufen wird, keine wesentliche Änderung des Vertrages darstellt, wenn der Wechsel keine weiteren wesentlichen Änderungen des Vertrages zur Folge hat und nicht dazu dient die Anwendung der Vorschriften des BVergG 2018 zu umgehen.

Die in Frage stehenden Verkehrsdienstverträge, die die NÖVOG im Zuge der Spaltung übernimmt, wurden samt und sonders nach Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens abgeschlossen. Durch die Spaltung und Übernahme der Geschäftsbereiche durch die NÖVOG wechselt auftraggeberseitig der Vertragspartner, es kommt aber zu keinen weiteren Änderungen der Verträge. Der ursprüngliche Vertragspartner und Auftragnehmer bleibt unverändert, ebenso die Festlegungen, die im ursprünglichen Vergabeverfahren getroffen wurden. Lediglich die NÖVOG tritt in die Rolle des Auftraggebers ein.

Die NÖVOG kann daher für die jeweilige Restlaufzeit der betreffenden Verträge als Auftraggeber in die Verträge eintreten, ohne dass eine neuerliche Ausschreibung durchgeführt werden müsste.

Zu § 5 Abs. 1:

Gemeinden und Gemeindeverbände nehmen zum Teil Leistungen der VOR in Anspruch. Die Bestimmung des § 5 Abs. 1 soll es Gemeinden und Gemeindeverbänden weiterhin ermöglichen, Aufgaben im Zusammenhang mit der Planung und bzw. oder der Bestellung von Verkehrsdienstleistungen für den Personennahverkehr und bzw. oder Personenregionalverkehr auf die NÖVOG zu übertragen. Die Übertragung bedarf der Zustimmung durch die NÖVOG. Die Zustimmung kann verweigert werden, wenn die NÖVOG nicht über die erforderlichen Ressourcen verfügt, um die zu übertragenden Aufgaben zu übernehmen oder wenn die Zahlungen, die gemäß § 5 Abs. 3 zu leisten sind, nicht als Verlustabdeckung qualifiziert werden können.

Zu § 5 Abs. 2:

Die Möglichkeit der Übertragung von Planung und bzw. oder Bestellung von Verkehrsdienstleistungen an die NÖVOG soll auch für Verkehrsbetriebe gelten, die mittelbar oder unmittelbar mehrheitlich im Eigentum von Gemeinden oder Gemeindeverbänden stehen. Mehrheitlich bedeutet, dass die Gemeinden oder Gemeindeverbände mindestens 51% der Geschäftsanteile und Stimmrechte des betroffenen Rechtsträgers besitzen.

Zu § 5 Abs. 3:

Die Verlustabdeckung hat durch die Gemeinden, Gemeindeverbände oder sonstige Rechtsträger, die Aufgaben übertragen haben, unbeschadet allfälliger Förderungen seitens des Landes Niederösterreich, zu erfolgen. Die Verlustabdeckung erfolgt an ein Verkehrsunternehmen, welches Mitglied eines Verkehrsverbundes ist. Die Verlustabdeckung richtet sich nach dem Fehlbetrag der NÖVOG für diese Verkehre und steht nicht mit bestimmten Umsätzen der NÖVOG im Zusammenhang.

Zu § 6 Abs. 1:

Die Geschäftsbereiche der NÖVOG sind in getrennten Rechnungskreisen abzubilden, jeder Geschäftsbereich ist somit als eigenes Profitcenter darzustellen. Diese rechnerische Trennung hat einerseits den Hintergrund, die Finanzierung der unterschiedlichen Geschäftsbereiche voneinander zu trennen, andererseits wird dadurch sichergestellt, dass es zu keiner beihilferechtlich unzulässigen Quersubventionierung zwischen den Geschäftsbereichen kommt.

Zu § 6 Abs. 2:

Werden Leistungen für die in § 5 Abs. 1 oder § 5 Abs. 2 genannten Rechtsträger erbracht, so ist für jeden Rechtsträger, der Aufgaben übertragen hat, ebenfalls ein eigener Rechnungskreis einzurichten und als Profitcenter darzustellen, um die Höhe der erforderlichen Verlustabdeckung festzustellen. Die Verlustabdeckung hat durch den jeweiligen Rechtsträger zu erfolgen, gegebenenfalls unter Berücksichtigung allfälliger Landesförderungen.

Die Beschlussfassung in der Niederösterreichischen Landesregierung soll im September 2024 (zweitausendvierundzwanzig) erfolgen, danach wird das Gesetz dem Niederösterreichischen Landtag zur Beschlussfassung vorgelegt.

2.5. Vertragliche Umsetzung

2.5.1. Abspaltung des Teilbetriebes Eisenbahnverkehr aus NÖVOG

Der Teilbetrieb *Eisenbahnverkehr* wird aus NÖVOG abgespalten und von NÖ Bahnen übernommen.

Die wesentlichen Festlegungen im Spaltungs- und Übernahmevertrag¹ lauten wie folgt:

4

ABSPALTUNG UND ÜBERTRAGUNG DES BAHNBETRIEBS

- 4.1. *Die übertragende Gesellschaft vereinbart hiermit mit der übernehmenden Gesellschaft die Abspaltung und Übertragung des Betriebs Eisenbahnverkehr der übertragenden Gesellschaft, wie er in der angeschlossenen Übertragungsbilanz zum 31.12.2023 (Anlage ./.5.1) dargestellt und in Punkt 5 näher beschrieben ist, im Wege der Gesamtrechtsnachfolge mit allen Rechten und Pflichten – auch wenn diese nicht ausdrücklich in der Übertragungsbilanz zum 31.12.2023 ausgewiesen sind – durch eine Abspaltung zur Aufnahme in die übernehmende Gesellschaft gemäß § 1 Abs 2 Z 2 iVm § 17 SpaltG unter Fortbestand der übertragenden Gesellschaft.*
- 4.2. *Die Übertragung erfolgt unter Inanspruchnahme der abgabenrechtlichen Begünstigungen des Art VI UmgrStG mit ertragsteuerlicher Rückwirkung auf den Ablauf des 31.12.2023.*
- 4.3. *Die übernehmende Gesellschaft nimmt die Übertragung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages mit ertragsteuerlicher Rückwirkung auf den Ablauf des 31.12.2023 an.*
- 4.4. *Das übertragene Vermögen hat einen positiven Verkehrswert; es ist zudem als Betrieb im Sinne des § 32 Abs 1 iVm § 12 Abs 2 Z 1 UmgrStG zu qualifizieren.*
- 4.5. *Eine Haftung der übertragenden Gesellschaft für die übertragenen Vermögenswerte aus welchem Rechtsgrund auch immer, insbesondere aus Gewährleistung oder Schadenersatz, ist ausgeschlossen. Die übernehmende Gesellschaft verzichtet auf die Anfechtung dieses Vertrages wegen Irrtums, Verkürzung über die Hälfte und Wegfalls der Geschäftsgrundlage.*
- 4.6. *Die übernehmende Gesellschaft wird die übertragende Gesellschaft im Hinblick auf alle Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit dem abgespaltenen Vermögenswert vollkommen schad- und klaglos halten.*
- 4.7. *Die übertragende Gesellschaft wird die übernehmende Gesellschaft im Hinblick auf alle nicht übertragenen Verbindlichkeiten vollkommen schad- und klaglos halten.*

¹ Spaltungs- und Übernahmevertrag über die Abspaltung des Teilbetriebes „Eisenbahnverkehr“, vom 28. Juni 2024;

5.

BESCHREIBUNG DES ÜBERTRAGENEN BAHNBETRIEB

- 5.1. *Der übertragene Betrieb Eisenbahnverkehr und die zu diesem gehörenden Aktiva und Passiva ergeben sich aus der diesem Vertrag als Anlage ./5.1 angeschlossenem Übertragungsbilanz, auf die zur Beschreibung des Betriebs Eisenbahnverkehr gemäß § 2 Abs 1 Z 10 iVm Z 12 SpaltG Bezug genommen wird.*
- 5.2. *Über die Beschreibung des übertragenen Betriebs Eisenbahnverkehr durch den Verweis auf die Übertragungsbilanz (Anlage ./5.1) unter Berücksichtigung der im Zeitraum vom 1.1.2024 bis zur Wirksamkeit der Spaltung im Zeitpunkt der Eintragung in das Firmenbuch eintretenden Bestandsveränderungen, die aus den zum Rechnungswesen gehörenden sonstigen Aufzeichnungen, wie Anlagenverzeichnis, Kreditoren- und Debitorenlisten, ersichtlich sind, hinaus wird festgehalten, dass zum abgespalteten Betrieb Eisenbahnverkehr auch sämtliche nichtbilanzierungsfähigen bzw nichtbilanzierungspflichtigen Vermögensgegenstände und Rechtsverhältnisse, die dem Betrieb Eisenbahnverkehr wirtschaftlich zuzuordnen sind, gehören. Zum Betrieb Eisenbahnverkehr gehören insbesondere*
- 5.2.1. *der gesamte Geschäftsbetrieb des Betriebs Eisenbahnverkehr, der den Bahnbetrieb der Mariazellerbahn, Citybahn Waidhofen, Waldviertelbahn, Wachaubahn und des Reblaus Express (Weinviertel) umfasst;*
- 5.2.2. *die gesamte Geschäfts- und Betriebsausstattung des Betriebs Eisenbahnverkehr sowie die zur Erbringung der in Punkt 5.2.1. genannten Tätigkeiten notwendigen technischen Anlagen und Maschinen.*
- 5.2.3. *sämtliche den Betrieb Eisenbahnverkehr betreffende, im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Spaltung nicht voll abgewickelte Vertragsverhältnisse und alle Dauerschuldverhältnisse, wie insbesondere die in Anlage ./5.2.3 genannten Verträge, bestellte und erhaltene Sicherheiten, insbesondere Bankgarantien, Pfandrechte und vorbehaltenes Eigentum, ferner alle abgegebenen und erhaltenen Vertragsangebote und andere einseitige Erklärungen. Die in der Übernahmebilanz ausgewiesene Verbindlichkeit gegenüber der Raiffeisenlandesbank Niederösterreich Wien AG steht iHv EUR 28.084.372,62 (Euro achtundzwanzig Millionen vierundachtzigtausenddreihundertzweiundsiebzig Komma zweiundsechzig) in einem unmittelbaren Zusammenhang mit den dem Betrieb Eisenbahnverkehr zugehörigen und auf die übernehmende Gesellschaft übergehenden Schienenfahrzeugen (Verbindlichkeit). Die Verbindlichkeit wird wirtschaftlich auf die übernehmende Gesellschaft übertragen und die übernehmende Gesellschaft übernimmt die Verbindlichkeit von der übertragenden Gesellschaft im Wege der Erfüllungsübernahme gemäß § 1404 ABGB. Zivilrechtlich verbleibt die Verbindlichkeit sowie das zugrundeliegende Vertragsverhältnis mit der Raiffeisenlandesbank Niederösterreich Wien AG bei der übertragenden Gesellschaft, die die Verbindlichkeit nach außen hin als Treuhänderin für die übernehmende Gesellschaft als Treugeberin hält. Im Innenverhältnis wird die Verbindlichkeit somit von der übertragenden Gesellschaft nicht auf eigene Rechnung, sondern auf Rechnung der übernehmenden Gesellschaft gehalten, sodass die übernehmende Gesellschaft die übertragende Gesellschaft für die Verbindlichkeit schad- und klaglos halten muss.*
- 5.2.4. *sämtliche Zuschüsse, die an die übertragende Gesellschaft vom Land Niederösterreich im Zusammenhang mit dem Betrieb Eisenbahnverkehr ausbezahlt werden, dazu zählen insbesondere die Annuitätenzuschüsse, die im Zusammenhang mit der Verbindlichkeit ausbezahlt werden. Die übertragende Gesellschaft verpflichtet sich, die dem Betrieb Eisenbahnverkehr zuzuordnenden Zuschüsse umgehend nach Einlangen bei der übertragenden Gesellschaft an*

die übernehmende Gesellschaft weiterzuleiten oder im Einvernehmen mit der übernehmenden Gesellschaft gegen Verbindlichkeiten der übernehmenden Gesellschaft aufzurechnen.

- 5.2.5. alle Arbeitsverhältnisse mit den in Anlage ./.5.2.5 definierten Arbeitnehmern, die dem Betrieb Eisenbahnverkehr zugeordnet sind, einschließlich sämtlicher Anwartschaften und Ansprüche dieser Arbeitnehmer aus und/oder im Zusammenhang mit dem jeweiligen Arbeitsverhältnis, insbesondere auch aus und/oder im Zusammenhang mit (i) Abfertigungen sowie (ii) nicht konsumiertem Urlaub und Entgelt für Mehrarbeit und Überstunden;
- 5.2.6. die dem Betrieb Eisenbahnverkehr zugeordneten Bankkonten, die in Anlage ./.5.2.6 angeführt sind;
- 5.2.7. die dem Betrieb Eisenbahnverkehr zugeordneten Schutzrechte (Markenschutzrechte und Geschmacksmusterschutzrechte), die in Anlage ./.5.2.7 angeführt sind;
- 5.2.8. die dem Betrieb Eisenbahnverkehr zugeordneten Gewerberechte, die in Anlage ./.5.2.8 angeführt sind;
- 5.2.9. alle den Betrieb Eisenbahnverkehr betreffenden Geschäftsunterlagen.
- 5.3. Alle Vermögenswerte, Rechte, Rechtsverhältnisse, Schulden und Verbindlichkeiten, die in den Punkten 5.1 und 5.2 nicht ausdrücklich erwähnt sind, gehören nicht zum übertragenen Betrieb Eisenbahnverkehr und verbleiben daher bei der übertragenden Gesellschaft. Dies betrifft insbesondere
- 5.3.1. sämtliche Geschäftsanteile der übertragenden Gesellschaft an der Bergbahnen Mitterbach GmbH;
- 5.3.2. die im Eigentum der übertragenden Gesellschaft stehenden Liegenschaften;
- 5.4. Soweit aufgrund der Regelungen dieses Vertrages Vermögenswerte, Rechte, Rechtsverhältnisse, Schulden und Verbindlichkeiten keiner der beiden Gesellschaften eindeutig zugeordnet werden können, sind sie der übertragenden Gesellschaft zuzuordnen, sofern nicht binnen zwei Monaten Einigung zwischen der übertragenden Gesellschaft und der übernehmenden Gesellschaft erzielt wird. Im Falle der Zuordnung auf die übernehmende Gesellschaft verpflichtet sich die übertragende Gesellschaft, unverzüglich alle Erklärungen abzugeben und Maßnahmen zu setzen, die nach diesem Vertrag erforderlich sind, um das betreffende Recht oder die Berechtigung oder die Verpflichtung auf die übernehmende Gesellschaft zu übertragen.

6.

UNTERBLEIBEN DER GEWÄHRUNG VON ANTEILEN

Alleingesellschafterin der übernehmenden Gesellschaft ist die übertragende Gesellschaft. Sämtliche Gesellschafter sind daher an der übertragenden Gesellschaft sowie an der übernehmenden Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar im selben Verhältnis beteiligt. Die gegenständliche Abspaltung zur Aufnahme erfolgt verhältnismäßig ohne Änderung der bestehenden Beteiligungsverhältnisse. Sämtliche Gesellschafter bleiben nach Durchführung der Spaltung an der übertragenden Gesellschaft und an der übernehmenden Gesellschaft im selben Verhältnis unmittelbar oder mittelbar beteiligt. Es unterbleiben somit

i.) die Gewährung von Geschäftsanteilen an der übernehmenden Gesellschaft gemäß § 17 Z 5 SpaltG iVm § 96 Abs 2 GmbHG iVm § 224 Abs 2 Z 1 Akt;

ii.) Angaben über den Umtausch von Geschäftsanteilen und die Festlegung eines Umtauschverhältnisses sowie bare Zuzahlungen gemäß § 2 Abs 1 Z 3 SpaltG;

iii.) die Bestimmung des Zeitpunktes, von dem an neu gewährte Anteile einen Anspruch auf einen Gewinnanteil gewähren, gemäß § 2 Abs 1 Z 6 SpaltG; sowie

iv.) eine Erhöhung des Stammkapitals bei der übernehmenden Gesellschaft.

...

11. BARABFINDUNG

Die Festlegung eines Barabfindungsangebotes entfällt, da es sich bei der Abspaltung zur Aufnahme um eine verhältnismäßige Spaltung durch Übertragung von Vermögen von einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf eine andere Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt.

12. FOLGEN DER SPALTUNG FÜR ARBEITNEHMER

12.1. Im übertragenen Betrieb Eisenbahnverkehr sind 122 Mitarbeiter beschäftigt (Anlage ./.5.2.5). Die Übertragung der Arbeitsverhältnisse erfolgt gemäß § 3 Abs 1 AVRAG. Die übernehmende Gesellschaft tritt als Arbeitgeberin mit allen Rechten und Pflichten in diese Arbeitsverhältnisse ein. Ein Widerspruch gegen den Übergang dieser Arbeitsverhältnisse ist nur dann zulässig (§ 3 Abs 4 AVRAG), wenn die übernehmende Gesellschaft den kollektivvertraglichen Bestandschutz oder allfällige betriebliche Pensionszusagen nicht übernimmt; dieser Fall liegt bei der gegenständlichen Spaltung nicht vor. Im Übrigen ergeben sich keine Folgen für die Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft, da sich weder die Art der Tätigkeit noch der Arbeitsort ändert.

12.2. Der Betriebsrat der übertragenden Gesellschaft wurde über die geplante Abspaltung und die sich aus der Abspaltung ergebenden Veränderungen für die Arbeitnehmer informiert.

13. INANSPRUCHNAHME DER BEGÜNSTIGUNGEN DES UMGRÜNDUNGSSTEUERGESETZES

13.1. Die Spaltung zur Aufnahme erfolgt nach den Bestimmungen in Art VI UmgrStG unter Inanspruchnahme der damit verbundenen Begünstigungen.

13.2. Die Spaltung erfolgt ertragsteuerlich rückwirkend zum Ablauf des Spaltungstages. Die gemäß § 33 Abs 6 UmgrStG erforderlichen Bilanzen sind aufgestellt.

13.3. Die Abspaltung erfolgt unter Fortführung der steuerlichen Buchwerte.

13.4. Das übertragene Vermögen hat einen positiven Verkehrswert; es ist zudem als Betrieb im Sinne des § 32 Abs 1 iVm § 12 Abs 2 Z 1 UmgrStG zu qualifizieren.

13.5. Festgehalten wird, dass keine Grundstücke übertragen werden.

Die Liegenschaften und die Konzessionen nach dem EisbG verbleiben also bei NÖVOG, ebenso die Geschäftsanteile an Bergbahnen Mitterbach.

Die Spaltung und Übernahme wurde am 01. (ersten) August 2024 (zweitausendvierundzwanzig) in das Firmenbuch eingetragen.

Da die Konzessionen für Bau und Betrieb der Eisenbahninfrastruktur, sowie die Erbringung von Eisenbahnverkehrsdiensten bei NÖVOG verbleiben, wurde zwischen NÖVOG und NÖ Bahnen eine Betriebsüberlassungsvereinbarung² abgeschlossen.

Die Genehmigung gemäß § 25 EisbG erfolgte mit Bescheiden vom 25. (fünfundzwanzigsten) Juni 2024 (zweitausendvierundzwanzig) beziehungsweise 26. (sechszwanzigsten) Juni 2024 (zweitausendvierundzwanzig).

Der Gegenstand der Vereinbarung ist in Punkt 1 geregelt, der lautet wie folgt:

1. Gegenstand der Vereinbarung

- (1) *Gegenstand der Vereinbarung ist die Überlassung des Betriebes und des Verkehrs iSd § 2 Z 2 und 3 Eisenbahnverordnung 2003 (BGBl II Nr. 209/2003 idgF BBGI II Nr. 156/2014, kurz EisbVO 2003) auf den Strecken der Mariazellerbahn, Waldviertelbahn, Citybahn Waidhofen und NÖ Schneebergbahn von der NÖVOG an die NÖ Bahnen.*
- (2) *Die NÖVOG betreibt und erhält die Eisenbahninfrastruktur der vertragsgegenständlichen Strecken nach EisbG und allen weiteren einschlägigen Gesetzen und Vorschriften auf ihre Kosten. Die präventive und korrektive Instandhaltung der Infrastruktur ist ausschließlich Angelegenheit der NÖVOG.*
- (3) *Die NÖ Bahnen führen den Betrieb und den Verkehr auf den vertragsgegenständlichen Strecken unter Beachtung der Vorschriften der NÖVOG und des Integrierten Managementsystems (Beilage ./6).*
- (4) *Die Eisenbahninfrastruktur verbleibt im Eigentum der NÖVOG. Die NÖ Bahnen nutzen diese Eisenbahninfrastruktur unter Beachtung der Schienennetz-nutzungsbedingungen der NÖVOG gegen Zahlung eines von der NÖVOG festgesetzten Infrastrukturbenutzungsentgeltes.*
- (5) *Für den Betrieb und Verkehr auf den Strecken Mariazellerbahn und Citybahn Waidhofen gebührt den NÖ-Bahnen das Entgelt aus den Verkehrsdienstverträgen (Bruttobestellung), alle darüber hinausgehenden Verkehre werden durch die NÖ-Bahnen eigenwirtschaftlich betrieben. Ein gesondertes Entgelt durch die NÖVOG gebührt nicht, die Erlöse aus dem Betrieb und Verkehr verbleiben bei den NÖ-Bahnen. Ein allfälliger Betriebsabgang wird durch die NÖVOG gedeckt.*
- (6) *Die Strecken Schneebergbahn und Waldviertelbahn werden durch die NÖ-Bahnen eigenwirtschaftlich betrieben. Ein gesondertes Entgelt durch die NÖVOG gebührt nicht, die Erlöse aus dem Betrieb und Verkehr verbleiben bei den NÖ-Bahnen. Ein allfälliger Betriebsabgang wird durch die NÖVOG gedeckt.*

² Vereinbarung über die Überlassung eines Betriebes vom 28. Mai 2024;
Seite 28

Die wesentlichen Festlegungen im Verschmelzungsvertrag⁴ lauten wie folgt:

4.

VERSCHMELZUNG / VERMÖGENSÜBERTRAGUNG

- 4.1. *Die übertragende Gesellschaft wird durch Übertragung ihres gesamten Vermögens als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten gemäß der Schlussbilanz im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unter Ausschluss der Abwicklung und unter Inanspruchnahme der Begünstigungen des Artikels I Umgründungssteuergesetz mit ertragsteuerlicher Rückwirkung zum 30.11.2023 auf die übernehmende Gesellschaft verschmolzen. Die übernehmende Gesellschaft nimmt die Übertragung an.*
- 4.2. *Die Verschmelzung wird auf Grundlage der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft zum 30.11.2023 durchgeführt.*
- 4.3. *Festgehalten wird, dass die übertragende Gesellschaft zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages Alleineigentümerin der folgenden Liegenschaften und Superädifikate ist:*
 - (i.) *Baurechtseinlage EZ 372, KG 19321;*
 - (ii.) *Liegenschaft EZ 167, KG 19321;*
 - (iii.) *Superädifikat auf Grundstück Nr 19/1, inne liegend auf der EZ 15, KG 19321;*
 - (iv.) *Superädifikat auf Grundstück Nr 224/1, inne liegend auf der EZ 5, KG 19321;*
 - (v.) *Superädifikat auf Grundstück Nr 314/15, inne liegend auf der EZ 136, KG 19321;*
 - (vi.) *Superädifikat auf Grundstück Nr 252/2, inne liegend auf der EZ 1, KG 19321;*
 - (vii.) *Superädifikat auf Grundstück Nr 23/1, inne liegend auf der EZ 15, KG 19321.*
- 4.4. *Mit Eintragung der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft ist die übertragende Gesellschaft unter Verzicht auf die Liquidation aufgelöst und ihr gesamtes Vermögen einschließlich sämtlicher in Punkt 4.3 (i.) bis (vii.) genannten Objekte im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft übergegangen.*

5.

DURCHFÜHRUNG DER VERSCHMELZUNG

- 5.1. *Im Hinblick darauf, dass die NÖVOG alleinige Eigentümerin sowohl der übertragenden Gesellschaft als auch der übernehmenden Gesellschaft ist, unterbleiben*
 - i.) die Gewährung von Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft gemäß § 96 Abs 2 GmbHG in Verbindung mit § 224 Abs 2 Z 1 bzw. 2 AktG;*

⁴ Verschmelzungsvertrag vom 28. Juni 2024;

- ii.) die Festlegung eines Umtauschverhältnisses sowie bare Zuzahlungen;
 - iii.) die Bestimmung des Zeitpunktes, von dem an neu gewährte Geschäftsanteile einen Anspruch auf einen Gewinnanteil gewähren; sowie
 - iv.) eine Erhöhung des Stammkapitals bei der übernehmenden Gesellschaft.
- 5.2. Festgehalten wird, dass die Erstellung einer Zwischenbilanz nicht erforderlich ist, da die Alleingesellschafterin der übertragenden Gesellschaft sowie der übernehmenden Gesellschaft in der außerordentlichen Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft und der übernehmenden Gesellschaft vom heutigen Tag gemäß § 96 Abs 2 GmbHG iVm § 232 Abs 2 iVm § 221a Abs 2 Z 3 darauf verzichtet hat.
- 5.3. Das Stammkapital der übertragenden Gesellschaft beträgt EUR 72.673,00 (Euro zweiundsiebzigtausend sechshundertdreiundsiebzig). Das Stammkapital der übernehmenden Gesellschaft beträgt EUR 36.500,00 (Euro sechsdreißigtausend fünfhundert). Weder bei der übertragenden Gesellschaft noch bei der übernehmenden Gesellschaft wurden in der Vergangenheit gebundene Rücklagen gebildet. Zur Vermeidung eines kapitalherabsetzenden Effekts verpflichtet sich die übernehmende Gesellschaft, aus dem Verschmelzungsgewinn einen Betrag in Höhe von EUR 36.173,00 (Euro sechsdreißigtausend einhundertdreiundsiebzig) in ihrer Bilanz in eine gebundene Kapitalrücklage einzustellen.

...

8. RECHTSÜBERGANG

- 8.1. Auf Grund des mit der Verschmelzung verbundenen (und auch hiermit ausdrücklich vereinbarten) Übergangs des Vermögens der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gehen alle Vermögensgegenstände, Forderungen und Schulden (Verbindlichkeiten) der übertragenden Gesellschaft mit Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch auf die übernehmende Gesellschaft über, ohne dass gesonderte Übertragungsakte erforderlich sind (§ 96 Abs 2 GmbHG in Verbindung mit § 225a Abs 3 Z 1 AktG).
- 8.2. Alle bis zum Ablauf des Verschmelzungstichtags fällig gewordenen Nutzungen und Lasten des übertragenen Vermögens sind in der Schlussbilanz zum Verschmelzungstichtag voll berücksichtigt.
- 8.3. Nach Ablauf des Verschmelzungstichtages treffen alle Nutzungen und Lasten des übertragenen Vermögens die übernehmende Gesellschaft, die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf Grund dieses Verschmelzungsvorganges auch in alle schwebenden Geschäfte und Verträge der übertragenden Gesellschaft eintritt.
- 8.4. Die übertragende Gesellschaft erklärt, dass alle bilanzierungspflichtigen Aktiven der Gesellschaft in der Schlussbilanz aufscheinen und dass außer den in dieser Schlussbilanz verzeichneten Passiven keine weiteren Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestehen. Als übertragen gelten auch alle Vermögensgegenstände, Nutzungen und Lasten sowie sämtliche Rechts- und Vertragsverhältnisse, die in dieser Schlussbilanz nicht gesondert ausgewiesen werden können.

- 8.5. *Die übernehmende Gesellschaft bestätigt, dass sie die der Verschmelzung zugrundeliegende Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft zum Verschmelzungstichtag eingehend geprüft hat und diese anerkennt. Über die seit dem Verschmelzungstichtag von der übertragenden Gesellschaft getätigten Geschäfte hat sich die übernehmende Gesellschaft durch Bucheinsicht sowie durch Einholung von Auskünften unterrichtet. Die übertragende Gesellschaft erklärt, die seit dem Verschmelzungstichtag bis zum Tag des Abschlusses dieses Vertrages getätigten Geschäfte gegenüber der übernehmenden Gesellschaft vollständig und richtig offen gelegt zu haben.*
- 8.6. *Die Erstellung einer Zwischenbilanz ist nicht erforderlich, da die NÖVOG als Alleingeschafterin sowohl der übernehmenden Gesellschaft als auch der übertragenden Gesellschaft in den außerordentlichen Generalversammlungen vom heutigen Tag gemäß § 96 Abs 2 GmbHG iVm § 232 Abs 2 iVm § 221a Abs 2 Z 3 AktG schriftlich darauf verzichtet hat.*

...

10. BUCHWERTFORTFÜHRUNG

Die übernehmende Gesellschaft wird die Buchwerte der Aktiven und Passiven des zu übertragenden Vermögens laut Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft zum Verschmelzungstichtag in ihrer Bilanz gemäß § 202 Abs 2 Z 1 UGB fortführen.

11. UMGRÜNDUNGSTEUERRECHTLICHE BEGÜNSTIGUNGEN / STEUERN

- 11.1. *Die gegenständliche Verschmelzung erfolgt nach den Bestimmungen in Artikel I UmgrStG mit ertragsteuerlicher Rückwirkung zum 30.11.2023 unter Inanspruchnahme der damit verbundenen Begünstigungen. Die Verschmelzung erfolgt unter steuerlicher Buchwertfortführung.*
- 11.2. *Die steuerliche Verschmelzungsbilanz wurde gemäß § 2 Abs 5 UmgrStG mit den steuerlich maßgeblichen Buchwerten der übertragenden Gesellschaft zum 30.11.2023 aufgestellt.*
- 11.3. *Die im Zuge der Verschmelzung anfallende Grunderwerbssteuer wird selbstberechnet und von der übernehmenden Gesellschaft an das zuständige Finanzamt abgeführt*

Die Verschmelzung wurde am 01. (ersten) August 2024 (zweitausendvierundzwanzig) in das Firmenbuch eingetragen.

2.5.3. Spaltung von VOR auf NÖ Regionalverkehr

Der Geschäftsbereich *Planung, Bestellung und Abwicklung der Niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre samt Verkehrsdiensteverträge NÖVOG-Bahn* wird aus VOR abgespalten und von NÖ Regionalverkehr übernommen.

Die wesentlichen Bestimmungen im Spaltungs- und Übernahmevertrag⁵ lauten wie folgt:

ZWEITENS

Vermögensübertragung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Bilanzielle Darstellung

Die übertragende Gesellschaft überträgt unter Fortbestand der übertragenden Gesellschaft, gemäß den Bestimmungen des Spaltungsgesetzes und nach Maßgabe dieses Vertrags den Geschäftsbereich samt allen dazugehörigen Rechten und Pflichten gemäß Punkt ACHTENS dieses Vertrags (gemeinsam das „übertragene Vermögen“) auf der Grundlage der unternehmensrechtlichen Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft zum 31. (einunddreißigsten) Dezember 2023 (zweitausenddreißig) (Anlage ./3) durch Abspaltung zur Aufnahme gemäß § 17 in Verbindung mit § 1 Absatz 2 Ziffer 2 Spaltungsgesetz im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft.

Die Übertragungsbilanz zum 1. (ersten) Jänner 2024 (zweitausendvierundzwanzig) wird als Anlage ./4 angeschlossen.

Die übertragende Gesellschaft besteht mit ihrem verbleibenden Vermögen fort. Die bilanzierungsfähigen Aktiva und Passiva des verbleibenden Vermögens der übertragenden Gesellschaft sind in der Spaltungsbilanz (Restvermögensbilanz) der übertragenden Gesellschaft zum 1. (ersten) Jänner 2024 (zweitausendvierundzwanzig) (Anlage ./5) dargestellt.

Das Umgründungssteuergesetz kommt auf die vorliegende Spaltung nicht zur Anwendung, weil die Voraussetzungen des § 32 Absatz 2 iVm § 12 Absatz 2 Umgründungssteuergesetz nicht erfüllt sind.

DRITTENS

Keine Kapitalmaßnahmen, Unterbleiben der Gewährung von Anteilen

Die übertragende Gesellschaft behält nach Durchführung der Spaltung ihr Stammkapital von EUR 100.000,- (Euro einhunderttausend) bei. Das Stammkapital der übertragenden Gesellschaft wird aus Anlass der Spaltung zur Aufnahme gemäß § 3 Absatz 4 Spaltungsgesetz nicht herabgesetzt, weil der tatsächliche Wert des der übertragenden Gesellschaft nach Durchführung der Abspaltung verbleibenden Nettoaktivvermögens jedenfalls dem Stammkapital zuzüglich gebundener Rücklagen entspricht. Die Festsetzung von Einzelheiten betreffend die Herabsetzung des Stammkapitals oder die Zusammenlegung von Anteilen an der übertragenden Gesellschaft (§ 2 Absatz 1 Ziffer 4 Spaltungsgesetz) entfällt sohin, weil das Stammkapital der übertragenden Gesellschaft nicht herabgesetzt wird und keine Anteile zusammengelegt werden.

Gemäß § 17 Ziffer 5 Spaltungsgesetz in Verbindung mit § 96 Absatz 2 GmbH-Gesetz und § 224 Absatz 2 Ziffer 1 Aktiengesetz wird von der Gewährung von Anteilen abgesehen, weil die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft mittelbar im gleichen Verhältnis an der übernehmenden Gesellschaft (welche eine 100%-ige [hundertprozentige] Tochtergesellschaft der übertragenden Gesellschaft ist) beteiligt sind. Außerdem werden die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft vorsichtshalber auch auf die Gewährung von Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft gemäß § 224 Absatz 2 Ziffer 2 Aktiengesetz verzichten. Dieses Unterbleiben der Gewährung von Anteilen widerspricht weder dem Verbot der Rückgewähr von Einlagen noch der Befreiung von Einlageverpflichtungen, weil (a) die übertragende Gesellschaft unmittelbare Alleingesellschafter der übernehmenden Gesellschaft ist,

⁵ Spaltungs- und Übernahmevertrag vom 31. Juli 2024;

(b) weder das übertragene Reinvermögen, noch die übertragende Gesellschaft (vor und nach der Abspaltung), noch die übernehmende Gesellschaft (vor und nach der Abspaltung) einen negativen Verkehrswert aufweisen und (c) durch die gegenständliche Abspaltung keine Einlageverpflichtungen berührt werden.

Im Hinblick darauf entfallen die Angaben gemäß § 2 Absatz 1 Ziffer 3 bis 6 Spaltungsgesetz. Festgehalten wird, dass eine verhältnismäßige und keine rechtsformübergreifende Spaltung vorliegt, und dass bare Zuzahlungen und ein Barabfindungsangebot unterbleiben.

VIERTENS

Kapitalerhaltung, positiver Verkehrswert

VIERTENS, EINS

Restvermögen

Gemäß § 3 Absatz 4 Spaltungsgesetz ist zu prüfen, ob der tatsächliche Wert des nach Durchführung der Spaltung verbleibenden Nettoaktivvermögens der übertragenden Gesellschaft wenigstens der Höhe ihres Stammkapitals zuzüglich gebundener Rücklagen nach Durchführung der Spaltung entspricht. Die übertragende Gesellschaft hat ein Stammkapital in Höhe von EUR 100.000,- (Euro einhunderttausend). Nach Durchführung der Spaltung wird der tatsächliche Wert des nach Durchführung der Spaltung verbleibenden Nettoaktivvermögens der übertragenden Gesellschaft wenigstens der Höhe des gebundenen Kapitals entsprechen. Dies ist auch Gegenstand der Restvermögensprüfung, die durch den gerichtlich bestellten Restvermögensprüfer gemäß § 3 Absatz 4 Spaltungsgesetz durchzuführen ist.

VIERTENS, ZWEI

Übertragenes Vermögen, positiver Verkehrswert

Der Verkehrswert des übertragenen Reinvermögens ist sowohl am Spaltungsstichtag als auch am Tag des Abschlusses dieses Vertrages positiv.

Der Verkehrswert der übertragenden und jener der übernehmenden Gesellschaft sind sowohl am Spaltungsstichtag, als auch am Tag des Abschlusses dieses Vertrages, als auch nach Übertragung des abzusplattendes Reinvermögens positiv.

FÜNFTENS

Spaltungsstichtag

Spaltungsstichtag im Sinne des § 2 Absatz 1 Ziffer 7 Spaltungsgesetz und Stichtag der Schlussbilanz gemäß § 2 Absatz 2 Spaltungsgesetz der übertragenden Gesellschaft, die diesem Vertrag als Anlage ./.3 angeschlossen ist, ist der 31. (einunddreißigste) Dezember 2023 (zweitausenddreihundzwanzig). Vom Spaltungsstichtag an gelten die Handlungen der übertragenden Gesellschaft im Zusammenhang mit dem übertragenen Vermögen als für Rechnung der übernehmenden Gesellschaft vorgenommen, und treffen alle Nutzungen und Lasten des übertragenen Vermögens die übernehmende Gesellschaft, die in alle von der übertragenden Gesellschaft in Bezug auf das übertragene Vermögen abgeschlossenen Geschäfte eintritt.

...

ACHTENS
Vermögenszuordnung

ACHTENS, EINS
Allgemein

Die genaue Beschreibung und Zuordnung des Vermögens, das an die übernehmende Gesellschaft übertragen wird, einerseits und jenes Vermögens, das bei der übertragenden Gesellschaft verbleibt, andererseits ergibt sich nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen.

Mit Ausnahme der nachstehend unter den Punkten ACHTENS. ZWEI genannten Rechtsverhältnisse, Aktiva und Passiva verbleiben alle übrigen Vermögensgegenstände, Rechte und Pflichten, Verbindlichkeiten und Rechtsbeziehungen der übertragenden Gesellschaft bei dieser.

Die übertragende Gesellschaft verpflichtet sich zur Abgabe aller Erklärungen und Durchführung aller Rechtshandlungen und Maßnahmen, die zur ordnungsgemäßen Übertragung der zu übertragenden Vermögensteile auf die übernehmende Gesellschaft notwendig oder zweckmäßig sind.

Die Vertragsparteien sind verpflichtet, sich wechselseitig schad- und klaglos zu stellen, wenn eine Vertragspartei für Verbindlichkeiten in Anspruch genommen wird, die nach diesem Vertrag der jeweils anderen Vertragspartei zugeordnet wird (einschließlich Verbindlichkeiten aus späterer (nach Eintragung der Spaltung erfolgter) nicht gehöriger Erfüllung oder Rückabwicklung).

ACHTENS, ZWEI
Übertragenes Vermögen; Geschäftsbereich

Übertragen wird der Geschäftsbereich (Planung, Bestellung und Abwicklung der Niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre samt Verkehrsdiensteverträge NÖVOG-Bahn) der übertragenden Gesellschaft samt allen mit diesen wirtschaftlich verbundenen historischen, gegenwärtigen und/oder zukünftigen Rechten, Rechtsverhältnissen, Pflichten und Verbindlichkeiten. Zu diesem Geschäftsbereich gehören alle Rechtsverhältnisse, die diesem Geschäftsbereich dienen, und alle in der Übertragungsbilanz zum 1. (ersten) Jänner 2024 (zweitausendvierundzwanzig) Anlage ./4 angeführten Aktiva und Passiva. Der übergehende Geschäftsbereich umfasst die organisatorisch bislang von der übertragenden Gesellschaft direkt durchgeführten Aufgaben zur Planung, Bestellung und Abwicklung der niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre sowie der Verkehrsdiensteverträge NÖVOG-Bahn. Eine nähere Beschreibung (samt Listen) von übertragenen Rechtsverhältnissen, Vermögensgegenständen, Forderungen, Verbindlichkeiten und Vertragsverhältnissen ist diesem Vertrag als Anlagen ./6.1 bis ./6.9 beigefügt.

Im Einzelnen umfasst der Geschäftsbereich insbesondere folgende Vermögenswerte und Verbindlichkeiten:

a) Die in der Liste der übergehenden Mitarbeiter:innen (Anlage ./6.1) angeführten Vertragsverhältnisse mit insgesamt 32 (zweiunddreißig) Mitarbeiter:innen, welche zumindest im überwiegenden Ausmaß Tätigkeiten im Zuge der Planung, Bestellung und Abwicklung der niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre ausüben, insbesondere auch inklusive der allfälligen Ansprüche (Personalrückstellungen) dieser Mitarbeiter:innen gegenüber der übertragenden Gesellschaft (indikative Auflistung in Anlage ./6.2) und inklusive sämtlicher mit diesen Vertragsverhältnissen zusammenhängender Rechte und Pflichten, Forderungen und Verbindlichkeiten.

b) Das in der Übertragungsbilanz (Anlage ./4) enthaltene sowie das in Anlage ./6.3 aufgelistete übergehende Anlagevermögen im Zusammenhang mit dem Geschäfts-

bereich, welches sich aus der entsprechenden Betriebs- und Geschäftsausstattung für den Geschäftsbereich, der Hardware-Ausstattung für den Geschäftsbereich, dem Firmen-PKW für den Geschäftsbereich sowie den im Geschäftsbereich im Einsatz befindlichen und direkt zuordenbaren Softwaresystemen (Nutzungsrechte) zusammensetzt.

c) Das in der Übertragungsbilanz (Anlage ./4) enthaltene sowie das in Anlage ./6.4 aufgelistete übergewende Vorratsvermögen im Zusammenhang mit dem Geschäftsbereich, welches sich ausschließlich aus Fahrscheindruckerrollen zusammensetzt. Die Arten und die entsprechenden Stückzahlen dieser Fahrscheindruckerrollen können der Anlage ./6.4 entnommen werden.

d) Die in der Übertragungsbilanz (Anlage ./4) angeführten sowie die in Anlage ./6.5 aufgelisteten Forderungen aus Lieferungen und Leistungen im Zusammenhang mit dem Geschäftsbereich, welche aus Forderungen der übertragenden Gesellschaft gegenüber Gemeinden sowie aus Pönale-Forderungen der übertragenden Gesellschaft bestehen. Die einzelnen Positionen in Anlage ./6.5 sind über die Kundennummer eindeutig identifizierbar und zeigen die übertragenen Forderungen aus Lieferung und Leistungen zum 31. (einunddreißigsten) Dezember 2023 (zweitausend-dreiundzwanzig).

e) Die auf den Geschäftsbereich bezogenen sonstigen Forderungen, insbesondere die in der in der Übertragungsbilanz (Anlage ./4) angeführten sonstigen Forderungen, welche im Wesentlichen aus Forderungen gegenüber dem Finanzamt sowie Forderungen gegenüber Stadtgemeinden bestehen.

f) Ein in der Übertragungsbilanz (Anlage ./4) ausgewiesenes, dem Geschäftsbereich zugeordnetes Bankguthaben bei der BAWAG PSK in Höhe von EUR 44.584.420,75 (Euro vierundvierzig Millionen fünfhundertvierundachtzigtausendvierhundertzwanzig Komma fünfsiebzig) zum Stichtag 1. (erster) Jänner 2024 (zweitausendvierundzwanzig) ([analog zu den übrigen Positionen der Übertragungsbilanz] vermindert um dem Geschäftsbereich zuzuordnende Ausgaben, erhöht um dem Geschäftsbereich zuzuordnende Einnahmen seit dem Spaltungstichtag).

g) Die in der Übertragungsbilanz (Anlage ./4) angeführten sowie die in Anlage ./6.6 aufgelisteten Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen im Zusammenhang mit dem Geschäftsbereich, welche im überwiegenden Ausmaß aus Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft gegenüber Verkehrsunternehmen im Zusammenhang mit dem Geschäftsbereich bestehen. Die Positionen in Anlage ./6.6 sind über die Lieferantenummer eindeutig identifizierbar und zeigen die übertragenen Verbindlichkeiten aus Lieferung und Leistungen zum 1. (ersten) Jänner 2024 (zweitausendvierundzwanzig).

h) Die in der Übertragungsbilanz (Anlage ./4) angeführten sonstigen Rückstellungen im Zusammenhang mit dem Geschäftsbereich, welche einerseits aus der Jubiläumsgeldrückstellung und der Rückstellung für Zeitguthaben und Urlaub für die übergehenden Mitarbeiter:innen (siehe Anlage ./6.2) sowie andererseits aus einer Rückstellung für Rechtsstreitigkeiten bestehen (siehe Anlage ./6.8).

i) Die in der Übertragungsbilanz (Anlage ./4) angeführten sonstigen Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit dem Geschäftsbereich, welche im Wesentlichen aus Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft gegenüber dem Land Niederösterreich bestehen.

j) Die in der Übertragungsbilanz (Anlage ./4) ersichtlichen aktiven und passiven Rechnungsabgrenzungsposten im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb, welche sich ausschließlich aus Geschäftsfallen ergeben, die dem Teilbereich zuzurechnen sind.

k) Die in der Übertragungsbilanz (Anlage ./.4) angeführten sowie die in Anlage ./.6.7 aufgelisteten, dem Geschäftsbereich der übertragenden Gesellschaft zuzuordnenden und im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Spaltung (Eintragung in das Firmenbuch) nicht vollständig abgewickelten Verträge und Vertragsverhältnisse (Ziel- und Dauerschuldverhältnisse), insbesondere Finanzierungs-, Kooperations-, Leistungs-, Leasing-, Verkehrsdienste-, Zuschuss-, und Lieferverträge, Angebote und sonstige Rechtsstellungen. Neben diesen Verträgen bzw. Rechtsverhältnissen werden allfällige, zum Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit dieses gegenständlichen Spaltungs- und Übernahmevertrags noch einforderbare Pönaleansprüche der übertragenden Gesellschaft gegen Vertragspartner aus Leistungsvereinbarungen mit Bus-Unternehmen (beispielsweise für die Nichteinhaltung der Verpflichtung zur Übermittlung von Echtzeitdaten bzw. Übermittlung der Fahrgastzahlen oder Verletzung von vertraglichen Verpflichtungen zur Einhaltung von Sozialmaßnahmen) übertragen.

l) Die in Anlage ./.6.8 aufgelisteten Rechtsstreitigkeiten, welche dem Geschäftsbereich zuzuordnen sind.

m) Die in Anlage ./.6.9 angeführte Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe „Kordinierung der Personenbeförderung durch und zu einem Verkehrsverbund zusammengesessene Schienenbahnen und Kraftfahrllinien in der Ost-Region Österreichs“, welche auch die im Geschäftsbereich ausgeübte Tätigkeit betrifft. Diese Gewerbeberechtigung wird auf die übernehmende Gesellschaft übertragen, besteht aber gleichzeitig bei der übertragenden Gesellschaft weiterhin fort.

Die Spaltung und Übernahme wurde am 10. (zehnten) August 2024 (zweitausendvierundzwanzig) in das Firmenbuch eingetragen.

Weiters wird zwischen VOR und NÖ Regionalverkehr, unter Beitritt von NÖVOG, ein *Kooperations- und Einnahmenaufteilungsvertrag Regionalverkehre Niederösterreich*⁶ abgeschlossen, um die wechselseitigen Rechte und Pflichten nach der Abspaltung und Übernahme des Geschäftsbereiches zu gewährleisten. [REDACTED]

⁶ Kooperations- und Einnahmenaufteilungsvertrag Regionalverkehre Niederösterreich, unterfertigt, aber nicht datiert; nach den erteilten Auskünften wurde der Vertrag am 09 (neunten) August 2024 (zweiausendvierundzwanzig) unterfertigt;

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

!

[REDACTED]

!

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

|

[REDACTED]

|

[REDACTED]

|

[REDACTED]

[REDACTED]

|

[REDACTED]

|

[REDACTED]

|

[REDACTED]

|

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

!

[REDACTED]

!

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

!

[REDACTED]

[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

!

[REDACTED]

[REDACTED]



2.5.4. Zusammenschlussanmeldung

Die geplante Übernahme der Geschäftsanteile von NÖ Regionalverkehr durch VOR wurde am 19. (neunzehnten) Juli 2024 (zweitausendvierundzwanzig) als Zusammenschluss gemäß § 9 KartG bei der Bundeswettbewerbsbehörde angemeldet.

Zusammenfassend wurde Folgendes festgehalten:

Das angemeldete Vorhaben betrifft bestimmte regionale Mobilitätsaufgaben im öffentlichen Personennahverkehr ("ÖPNV"), die derzeit von einer Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft, die im Eigentum dreier Bundesländer steht, wahrgenommen werden und die im Rahmen des angemeldeten Vorhabens auf ein Unternehmen im Eigentum eines Bundeslandes übertragen werden sollen. Ob und in welchem Umfang Tätigkeiten in den stark obrigkeitsregulierten Märkten des ÖPNV überhaupt dem Kartellrecht und insbesondere der Fusionskontrolle unterliegen, wird seit Längerem diskutiert.⁹ Einerseits betreffen die gegenständlichen Mobilitätsaufgaben mit der Planung und Bestellung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsdienste weitestgehend Aufgaben, die gesetzlich determiniert sind, unmittelbar für das betroffene Bundesland erbracht und von diesem auch finanziert werden. Mit der Rechtsprechung zur Tarifgestaltung in Verkehrsverbänden könnte daher argumentiert werden, dass kein dem Kartellrecht unterliegendes unternehmerisches Handeln der öffentlichen Hand gegeben ist.¹⁰ Andererseits wird als Konsequenz des angemeldeten Vorhabens (auch) die Erlösverantwortung für die betroffenen Mobilitätsaufgaben von der bisher verantwortlichen Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft auf die Anmelderin übergehen; diese wird sohin erlösverantwortliches Verkehrsunternehmen im Organisationsrahmen des Verkehrsverbundes.

Vor diesem Hintergrund kann eine Anmeldepflicht des Vorhabens zumindest nicht ausgeschlossen werden. Auswirkungen auf den Restwettbewerb auf den ÖPNV-Märkten sind allerdings jedenfalls nicht zu erwarten.

⁹ vgl. schon: https://www.bwb.gv.at/news/detail/zusammenschlusskontrolle-auf-obrigkeitlich-gelenkten-maerkten?sword_list%5B0%5D=Immenga&no_cache=1;

¹⁰ vgl. OGH vom 30.05.2017, 4 Ob 267/16t;

ANGABEN GEMÄSS § 10 KARTG

Abschnitt 1

Beschreibung des Vorhabens

- 1.1. Erstellen Sie eine aussagekräftige Zusammenfassung des angemeldeten Zusammenschlusses in Deutsch und Englisch zu den Angaben unter Pkt 1.2., einschließlich der Namen der beteiligten Unternehmen sowie ggf der Unternehmen/Personen, die diese letztlich alleine oder gemeinsam kontrollieren (wirtschaftliche Eigentümer), der Art des Zusammenschlusses und der betroffenen Geschäftszweige samt ÖNACE-Code als Grundlage für die Bekanntmachung auf der Website der Bundeswettbewerbsbehörde nach § 10b Abs 1 WettbG iVm § 10 Abs 3 Z 2 KartG. Zweck der Zusammenfassung ist, einen Dritten in die Lage zu versetzen, sein Recht auf Stellungnahme gem § 10 Abs 4 wirksam wahrzunehmen.

a. Deutschsprachige Zusammenfassung:

Die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (St. Pölten, Österreich), ein Unternehmen, das letztlich im Eigentum des Landes Niederösterreich steht, beabsichtigt den Erwerb des Geschäftsbereichs "Planung, Bestellung und Abwicklung der Niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre und der NÖ Regionalbahnen" von der Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H.

Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Öffentlichen Personennahverkehr.

Betroffene Geschäftszweige:

ÖNACE 2008, H 49.31 – Personenbeförderung im Nahverkehr zu Lande (ohne Taxis).

Die Veröffentlichung der Zusammenschlussanmeldung erfolgte zu BWB/Z-6653 am 19. (neunzehnten) Juli 2024 (zweitausendvierundzwanzig)¹¹. Die Frist zur Stellung eines Antrages gemäß § 11 Abs. 1 KartG für die Amtsparteien (Antrag auf Prüfung des Zusammenschlusses im kartellgerichtlichen Verfahren) endete am 16. (sechzehnten) August 2024 (zweitausendvierundzwanzig). Jeder Unternehmer, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch den Zusammenschluss berührt werden, hatte die Möglichkeit, binnen 14 (vierzehn) Tagen ab Bekanntmachung gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde und/oder dem Bundeskartellanwalt eine schriftliche Äußerung abzugeben.

Am 19. (neunzehnten) August 2024 (zweitausendvierundzwanzig) teilte die Amtspartei dem Bundeskartellanwalt mit, dass kein Prüfungsantrag gestellt wurde. Mit Schreiben vom selben Tag übermittelte die Bundeswettbewerbsbehörde die Erklärung gemäß § 11 Abs. 4 KartG und teilte mit, dass weder die Bundeswettbewerbsbehörde, noch der Bundeskartellanwalt einen Antrag

¹¹ <https://www.bwb.gv.at/zusammenschlusse/2024/6699>;

auf Prüfung des Zusammenschlusses auch in einem Verfahren vor dem Kartellgericht gestellt haben. Festgehalten wurde weiters, dass das Verbot der Durchführung des Zusammenschlusses mit Wirkung vom 17. (siebzehnten) August 2024 (zweitausendvierundzwanzig) weggefallen ist.

Kartellrechtliche Bedenken stehen also der Übernahme der Geschäftsanteile an NÖ Regionalverkehr durch NÖVOG nicht entgegen.

2.5.5. Übernahme der Geschäftsanteile an NÖ Regionalverkehr

NÖVOG übernimmt in weiterer Folge den gesamten Geschäftsanteil an NÖ Regionalverkehr von VOR.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

• [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

- [REDACTED]

4.

VERSCHMELZUNG / VERMÖGENSÜBERTRAGUNG

- 4.1 *Die übertragende Gesellschaft wird durch Übertragung ihres gesamten Vermögens als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten gemäß der Schlussbilanz im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unter Ausschluss der Abwicklung und unter Inanspruchnahme der Begünstigungen des Artikels I UmgrStG mit ertragsteuerlicher Rückwirkung zum 31.12.2023 auf die übernehmende Gesellschaft verschmolzen. Die übernehmende Gesellschaft nimmt die Übertragung an.*
- 4.2 *Die Verschmelzung wird auf Grundlage der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft zum Verschmelzungstichtag durchgeführt.*
- 4.3 *Aus Gründen der Vollständigkeit werden die Auswirkungen der Abspaltung zur Aufnahme per 31.12.2023 gemäß Punkt 2.2. auf das Vermögen der übertragenden Gesellschaft in der adaptierten Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft zum Verschmelzungstichtag dargestellt.*
- 4.4 *Mit Eintragung der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft ist die übertragende Gesellschaft unter Verzicht auf die Liquidation aufgelöst und ihr gesamtes Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft übergegangen.*
- 4.2 *Festgehalten wird, dass kein Eigentumsübergang und kein Übergang an sonstigen Rechten an Grundstücken erfolgt.*

5.

DURCHFÜHRUNG DER VERSCHMELZUNG

Die übernehmende Gesellschaft ist die Alleingesellschafterin der übertragenden Gesellschaft, sodass

- (i) *die Gewährung von Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft gemäß § 96 Abs 2 GmbHG iVm § 224 Abs 1 Z 1 AktG;*
- (ii) *die Festlegung eines Umtauschverhältnisses sowie bare Zuzahlungen;*
- (iii) *die Bestimmung des Zeitpunktes, von dem an neu gewährte Geschäftsanteile einen Anspruch auf einen Gewinnanteil gewähren; sowie*
- (iv) *eine Erhöhung des Stammkapitals bei der übernehmenden Gesellschaft unterbleiben.*

...

7.

VERSCHMELZUGSSTICHTAG

Verschmelzungstichtag ist der 31.12.2023. Der Verschmelzung wird die Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft zum 31.12.2023 samt Anhang (Anlage ./1B) zugrunde gelegt. Mit Ablauf des Verschmelzungstichtages gelten sämtliche Handlungen der übertragenden Gesellschaft als für Rechnung der übernehmenden Gesellschaft vorgenommen.

8. RECHTSÜBERGANG

- 8.1 *Aufgrund des mit der Verschmelzung verbundenen (und auch hiermit ausdrücklich vereinbarten) Übergangs des Vermögens der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gehen alle Vermögensgegenstände, Forderungen und Schulden (Verbindlichkeiten) der übertragenden Gesellschaft mit Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch auf die übernehmende Gesellschaft über, ohne dass gesonderte Übertragungsakte erforderlich sind (§ 96 Abs 2 GmbHG iVm § 225a Abs 3 Z 1 AktG).*
- 8.2 *Alle bis zum Ablauf des Verschmelzungstichtages fällig gewordenen Nutzungen und Lasten des übertragenen Vermögens sind in der Schlussbilanz zum Verschmelzungstichtag voll berücksichtigt.*
- 8.3 *Nach Ablauf des Verschmelzungstichtages treffen alle Nutzungen und Lasten des übertragenen Vermögens die übernehmende Gesellschaft, die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf Grund dieses Verschmelzungsvorganges auch in alle schwebenden Geschäfte und Verträge der übertragenden Gesellschaft eintritt.*
- 8.4 *Die übertragende Gesellschaft erklärt, dass alle bilanzierungspflichtigen Aktiven der Gesellschaft in der Schlussbilanz (Anlage .1B) aufscheinen und dass außer den in dieser Schlussbilanz verzeichneten Passiven keine weiteren Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft bestehen. Als übertragen gelten auch alle Vermögensgegenstände, Nutzungen und Lasten sowie sämtliche Rechts- und Vertragsverhältnisse, die in dieser Schlussbilanz nicht gesondert ausgewiesen werden können.*
- 8.5 *Die übernehmende Gesellschaft bestätigt, dass sie die der Verschmelzung zugrundeliegende Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft zum Verschmelzungstichtag eingehend geprüft hat und diese anerkennt. Über die seit dem Verschmelzungstichtag von der übertragenden Gesellschaft getätigten Geschäfte hat sich die übernehmende Gesellschaft durch Bucheinsicht sowie durch Einholung von Auskünften unterrichtet. Die übertragende Gesellschaft erklärt, die seit dem Verschmelzungstichtag bis zum Tage des Vertragsabschlusses getätigten Geschäfte gegenüber der übernehmenden Gesellschaft vollständig und richtig offen gelegt zu haben.*
- 8.6 *Festgehalten wird, dass die Erstellung einer Zwischenbilanz gemäß § 96 Abs 2 GmbHG iVm § 232 Abs 2 iVm § 221a Abs 2 Z 3 AktG nicht erforderlich ist, da sowohl die übernehmende Gesellschaft als Alleingeschafterin der übertragenden Gesellschaft als auch die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft in den außerordentlichen Generalversammlungen vom heutigen Tag schriftlich darauf verzichtet haben.*

...

10. BEWERTUNG DES ÜBERNOMMENEN VERMÖGENS

Die übernehmende Gesellschaft wird die Aktiven und Passiven des zu übertragenden Vermögens mit dem beizulegenden Wert bewerten (§ 202 Abs 1 UGB).

11.

UMGRÜNDUNGSSTEUERRECHTLICHE BEGÜNSTIGUNGEN / STEUERN

- 11.1 Die gegenständliche Verschmelzung erfolgt nach den Bestimmungen in Artikel I UmgrStG mit ertragsteuerlicher Rückwirkung zum 31.12.2023 unter Inanspruchnahme der damit verbundenen Begünstigungen. Die Verschmelzung erfolgt unter steuerlicher Buchwertfortführung.
- 11.2 Die steuerliche Verschmelzungsbilanz wurde gemäß § 2 Abs 5 UmgrStG mit den steuerlich maßgeblichen Buchwerten der übertragenden Gesellschaft zum 31.12.2023 aufgestellt.
- 11.3 Festgehalten wird, dass sich im Vermögen der übertragenden Gesellschaft keine Grundstücke iSd § 2 GrEStG befinden und durch die Verschmelzung daher kein Erwerbsvorgang iSd GrEStG ausgelöst wird.

Die Verschmelzung wurde am 31. (einunddreißigsten) August 2024 (zweitausendvierundzwanzig) in das Firmenbuch eingetragen.

Die bestehenden Verträge gehen teilweise, zufolge der durch die Abspaltung/Aufnahme beziehungsweise Verschmelzung begründeten Gesamtrechtsnachfolge auf NÖVOG über, teilweise tritt NÖVOG den bestehenden Verträgen bei, zum Teil werden die Verträge auch geändert:

Wesentliche Verträge	derzeitige Vertragsparteien
Grund- und Finanzierungsvertrag für den Verkehrsverbund Ost-Region, vom 07.12.2017/05.01.2018	Republik Österreich, Land Niederösterreich, Stadt Wien, Land Burgenland, VOR;
Zusatzvereinbarung zum Grund- und Finanzierungsvertrag für den Verkehrsverbund Ost-Region, vom 28.06.2018	Republik Österreich, Land Niederösterreich, Stadt Wien, Land Burgenland, VOR;
Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Schiene in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland (Ostregion), vom 02.12.2019	Republik Österreich, Land Niederösterreich, Stadt Wien, Land Burgenland;
Zusatzvereinbarung in Ergänzung der Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Schiene in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland (Ostregion), vom 02.12.2019	Land Niederösterreich, Stadt Wien, Land Burgenland;
Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Mariazellerbahn und Citybahn Waidhofen in dem Bundesland Niederösterreich, vom 30.06.2021	Republik Österreich, Land Niederösterreich

Zusatzvereinbarung zwischen den Bundesländern Niederösterreich und Steiermark in Ergänzung der Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Mariazellerbahn und Citybahn Waidhofen in dem Bundesland Niederösterreich, vom 06.07.2021	Land Niederösterreich, Land Steiermark, VOR;
Verkehrsdienstevertrag betreffend die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr in dem Bundesland Niederösterreich auf der Strecke der Mariazeller Bahn, vom 11.12.2020, samt Anlagen	NÖVOG, VOR;
Verkehrsdienstevertrag betreffend die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr in dem Bundesland Niederösterreich auf der Strecke der Citybahn Waidhofen, vom 11.12.2020, samt Anlagen	NÖVOG, VOR
Kooperationsvertrag- und Einnahmenaufteilungsvertrag Regionalverkehre Niederösterreich	Wiener Linien, ÖBB, Wiener Lokalbahnen, Raaberbahn, VOR;
Vertrag über die Einnahmenaufteilung von Verbunderlösen, vom 01.07.2023	VOR, NÖ Regionalverkehr, NÖVOG;
Zusammenarbeits- und Abwicklungsvereinbarung betreffend die Kooperation über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Schiene in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland (Ostregion), undatiert	SCHIG, VOR;

3. Fragestellungen

Zu beurteilen sind folgende Fragestellungen:

- Phase 1:
 - Kann die grundsätzliche Transaktionsstruktur als beihilfeneutral qualifiziert werden?
 - Ist das NÖ Mobilitätsgesetz als beihilfeneutral zu qualifizieren?

- Phase 2:

Da die beihilferechtliche Prüfung der in Phase 1 zu klärenden Fragen zum Schluss gelangte, dass sowohl die geplanten Maßnahmen, als auch das NÖ Mobilitätsgesetz als beihilfeneutral qualifiziert werden können, sind die einzelnen Umsetzungsschritte zu prüfen, um festzustellen, ob die Aussage, dass die Maßnahmen grundsätzlich als beihilfeneutral zu qualifizieren sind, auch in der Umsetzungsphase aufrechterhalten werden kann.

4. Unterlagen

Das Gutachten wurde ausschließlich auf Basis folgender Unterlagen erstellt:

- Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H.
 - Grundsatzvereinbarung bezüglich Übergabe von Eisenbahnstrecken an das Land Niederösterreich sowie die Finanzierung des in Niederösterreich erbrachten Schienenverkehrs, vom 14.01.2010;
 - Gesellschaftsvertrag der Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H., FN 117218 f, Fassung vom 29.06.2015;
 - Grund- und Finanzierungsvertrag für den Verkehrsverbund Ost-Region, vom 07.12. 2017/05.01.2018;
 - Zusatzvereinbarung zum Grund- und Finanzierungsvertrag für den Verkehrsverbund Ost-Region, vom 28.06.2018;
 - Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Schiene in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland (Ostregion), vom 02.12.2019;
 - Zusatzvereinbarung in Ergänzung der Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Schiene in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland (Ostregion), vom 02.12.2019;
 - Zusammenarbeits- und Abwicklungsvereinbarung betreffend die Kooperation über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Schiene in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland (Ostregion), vom 06.12.2019;

- Verkehrsdienstevertrag betreffend die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr in dem Bundesland Niederösterreich auf der Strecke der Mariazeller Bahn, vom 11.12.2020, samt Anlagen;
- Verkehrsdienstevertrag betreffend die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr in dem Bundesland Niederösterreich auf der Strecke der Citybahn Waidhofen, vom 11.12.2020, samt Anlagen;
- Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Mariazellerbahn und Citybahn Waidhofen in dem Bundesland Niederösterreich, vom 30.06.2021;
- Zusatzvereinbarung zwischen den Bundesländern Niederösterreich und Steiermark in Ergänzung der Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Mariazellerbahn und Citybahn Waidhofen in dem Bundesland Niederösterreich, vom 06.07.2021;
- Allgemeine Vorschrift über die Verbundtarife VOR KlimaTicket Region und VOR KlimaTicket MetropolRegion als Höchsttarif und einen diesbezüglichen Ausgleich im Verbundraum des Verkehrsverbundes Ost-Region, samt Anlage, vom 22.10.2021;
- Vereinbarung zur Änderung des Grund- und Finanzierungsvertrages (GuF) für den Verkehrsverbund Ost-Region, vom 17.12.2021;
- Schreiben VOR betreffend den Gesellschafterzuschuss 2023, vom 21.12.2021;
- Vertrag über die Einnahmenaufteilung von Verbunderlösen, konsolidierte Fassung vom 01.07.2023;
- Vereinbarung hinsichtlich der Einführung einer bundesweiten Jahresnetzkarte, undatiert;
- Kooperations- und Einnahmenaufteilungsvertrag Regionalverkehre Niederösterreich, samt Anlagen, undatiert;
- Zusammenarbeits- und Abwicklungsvereinbarung betreffend die Kooperation über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Strecke der Mariazellerbahn und der Citybahn Waidhofen in dem Bundesland Niederösterreich, undatiert, und

- Firmenbuchauszug Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H., FN 117218 f.
- Struktur
 - Foliensatz NÖ Mobilität-Diskussionspapier, erstellt von Deloitte Tax Wirtschaftsprüfungs GmbH, vom 25.04.2022;
 - Foliensatz Projekt NÖ Mobilität – Zwischenstand, erstellt von Deloitte Tax Wirtschaftsprüfungs GmbH, vom 30.06.2022;
 - Foliensatz Projekt NÖ Mobilität – Grobkonzept (Kurzfassung), erstellt von Deloitte Tax Wirtschaftsprüfungs GmbH, Zwischenstand vom 30.06.2022, Endfassung vom, vom 08.08.2022;
 - Foliensatz Projekt NÖ Mobilität – Strukturüberlegungen, erstellt von Deloitte Tax Wirtschaftsprüfungs GmbH, vom 06.06.2023;
 - Foliensatz Klausur im Projektteam, Dokumentation, erstellt von Deloitte Tax Wirtschaftsprüfungs GmbH, vom 27.11.2023;
 - Foliensatz Follow-Up Termin mit NÖVOG, NÖ Mobilität, erstellt von Deloitte Tax Wirtschaftsprüfungs GmbH, vom 20.12.2023;
 - Foliensatz Arbeitstermin im Kernteam, NÖ Mobilität, erstellt von Deloitte Tax Wirtschaftsprüfungs GmbH, vom 28.12.2023;
 - Foliensatz Zielstruktur, NÖ Mobilität, erstellt von Deloitte Tax Wirtschaftsprüfungs GmbH, vom 05.04.2024, und
 - Legal/Tax Step Plan Projekt NÖ Mobilität, erstellt von Deloitte.Legal/Jank Weiler Operenyi Rechtsanwälte GmbH, Stand 21.05.2024.
- Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG)
 - Liste Bescheide/Konzessionen NÖVOG/NÖSBB, vom 21.12.2023;
 - Schreiben der Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. an das Amt der Niederösterreichischen Landesregierung betreffend den Gesellschafterzuschuss 2023, vom 21.12.2023;

- Entwurf des Spaltungs- und Übernahmungsvertrages über die Abspaltung des Teilbetriebes *Eisenbahnverkehr* von NÖVOG an NÖ Bahnen, samt Anlagen, vom 15.05.2024;
- Vereinbarung über die Überlassung des Betriebes, abgeschlossen zwischen NÖVOG und NÖ Bahnen, samt Anlagen, vom 28.05.2024;
- Bescheid des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung, GZ: RU6-A-538/037-2024, vom 24.06.2024;
- Bescheid des Amtes der Steiermärkischen Landesregierung, GZ ABT16-60505/2017-10, vom 26.06.2024;
- Spaltungs- und Übernahmungsvertrag über die Abspaltung des Teilbetriebes *Eisenbahnverkehr* von NÖVOG an NÖ Bahnen, samt Anlagen, vom 28.06.2024;
- Entwurf Firmenbuchantrag auf Eintragung der Verschmelzung durch Aufnahme der NÖ Regionalverkehrs GmbH durch die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H., vom 23.08.2024;
- Firmenbuchantrag auf Eintragung der Verschmelzung durch Aufnahme der NÖ Regionalverkehrs GmbH durch die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H., vom 23.08.2024;
- Entwurf Protokoll der außerordentlichen Generalversammlung der Niederösterreichischen Verkehrsorganisationsges.m.b.H., vom 23.08.2024;
- Protokoll der außerordentlichen Generalversammlung der Niederösterreichischen Verkehrsorganisationsges.m.b.H., vom 23.08.2024;
- Firmenbuchauszug Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG), FN 31309 v;
- Firmenbuchauszug NÖ Landes-Beteiligungsholding GmbH, FN 248050 f, und
- Firmenbuchauszug NÖ Holding GmbH, FN 243092 p.
- Niederösterreich Bahnen GmbH
 - Protokoll über die außerordentliche Generalversammlung der Niederösterreich Bahnen GmbH, GZ: 1762, vom 20.12.2023;
 - Protokoll über die außerordentliche Generalversammlung der Niederösterreich Bahnen GmbH, GZ: 1763, vom 20.12.2023;

- Entwurf Verschmelzungsvertrag über die Verschmelzung der Bergbahnen Mitterbach GmbH als übertragende Gesellschaft auf die Niederösterreich Bahnen GmbH als übernehmende Gesellschaft, vom 10.05.2024;
- Verschmelzungsvertrag über die Verschmelzung der Bergbahnen Mitterbach GmbH als übertragende Gesellschaft auf die Niederösterreich Bahnen GmbH als übernehmende Gesellschaft, vom 28.06.2024;
- Dienstleistungsvereinbarung, abgeschlossen zwischen Niederösterreich Bahnen GmbH und Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG), vom 28.06.2024;
- Firmenbuchauszug Niederösterreich Bahnen GmbH, FN 154139 a, und
- Firmenbuchauszug Bergbahnen Mitterbach GmbH, FN 152869 h.
- NÖ Regionalverkehrs GmbH
 - Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft (Gesellschaftsvertrag) NÖ Regionalverkehrs GmbH, Fassung vom 17.07.2023;
 - Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft (Gesellschaftsvertrag) NÖ Regionalverkehrs GmbH, Fassung vom 24.04.2024;
 - Entwurf Spaltungs- und Übernahmevertrag von Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. auf NÖ Regionalverkehrs GmbH, einschließlich Anlagen, vom 10.06.2024;
 - Entwurf Bewertungsgutachten über den Teilbereich NÖ Agenden VOR, erstellt von pwc Advisory Services GmbH, vom 26.06.2024;
 - Bewertungsgutachten über den Teilbereich NÖ Agenden VOR, erstellt von pwc Advisory Services GmbH, vom 16.07.2024;
 - Entwurf Anteilskauf- und Abtretungsvertrag über den gesamten Geschäftsanteil an der NÖ Regionalverkehrs GmbH, vom 17.07.2024;
 - Entwurf des Verschmelzungsvertrages über die Verschmelzung der NÖ Regionalverkehrs GmbH auf die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG), samt Anlagen, vom 03.07.2024;
 - Entwurf Management Letter – Projekt NÖ Mobilität, vom 17.07.2024;

- Aktenvermerk über die Angemessenheit des Kaufpreises NÖRV, erstellt von Deloitte Niederösterreich Wirtschaftsprüfungs GmbH, vom 30.07.2024;
- Spaltungs- und Übernahmevertrag von Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. auf NÖ Regionalverkehrs GmbH, einschließlich Anlagen, vom 31.07.2024;
- Entwurf des Verschmelzungsvertrages über die Verschmelzung der NÖ Regionalverkehrs GmbH auf die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG), samt Anlagen, vom 13.08.2024;
- Anteilskauf- und Abtretungsvertrag über den gesamten Geschäftsanteil an der NÖ Regionalverkehrs GmbH, vom 19.08.2024;
- Management Letter – Projekt NÖ Mobilität, vom 19.08.2024;
- Entwurf Umlaufbeschluss der NÖ Regionalverkehrs GmbH, vom 19.08.2024;
- Umlaufbeschluss der NÖ Regionalverkehrs GmbH, vom 19.08.2024;
- Entwurf Firmenbuchantrag auf Veränderung im Gesellschafterstand, Abberufung der Geschäftsführerin und Änderung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers, vom 19.08.2024;
- Firmenbuchantrag auf Veränderung im Gesellschafterstand, Abberufung der Geschäftsführerin und Änderung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers, vom 19.08.2024;
- Verschmelzungsvertrag über die Verschmelzung der NÖ Regionalverkehrs GmbH auf die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG), samt Anlagen, vom 23.08.2024;
- Entwurf Firmenbuchantrag auf Verschmelzung durch Aufnahme der NÖ Regionalverkehrs GmbH durch die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. und Löschung der NÖ Regionalverkehrs GmbH, vom 23.08.2024;
- Firmenbuchantrag auf Verschmelzung durch Aufnahme der NÖ Regionalverkehrs GmbH durch die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. und Löschung der NÖ Regionalverkehrs GmbH, vom 23.08.2024;
- Entwurf Protokoll der außerordentlichen Generalversammlung der NÖ Regionalverkehrs GmbH, vom 23.08.2024;

- Protokoll der außerordentlichen Generalversammlung der NÖ Regionalverkehrs GmbH, vom 23.08.2024;
- Beschluss des Handelsgerichtes Wien, vom 23.08.2024;
- Entwurf Kooperations- und Einnahmenaufteilungsvertrag Regionalverkehre Niederösterreich, samt Anlagen, undatiert, nach den erteilten Auskünften wurde der Vertrag am 09.08.2024 unterfertigt;
- Kooperations- und Einnahmenaufteilungsvertrag Regionalverkehre Niederösterreich, samt Anlagen, unterfertigt, aber undatiert;
- Firmenbuchauszug NÖ Regionalverkehrs GmbH, FN 609807 a, und
- Firmenbuchauszug NÖ Regionalverkehrs GmbH, FN 609807 a, mit historischen Daten.
- Bundeswettbewerbsbehörde/Bundeskartellanwalt
 - Entwurf der Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäß § 9 KartG, erstellt von Schima, Mayer, Starlinger Rechtsanwälte GmbH, vom 19.07.2024;
 - Schreiben des Bundeskartellanwaltes an die Bundeswettbewerbsbehörde, vom 19.08.2024, und
 - Erklärung gemäß § 11 Abs. 4 KartG der Bundeswettbewerbsbehörde, vom 19.08.2024.
- NÖ Mobilitätsgesetz
 - Begutachtungsentwurf, vom 17.04.2024;
 - Schreiben des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung betreffend NÖ Mobilitätsgesetz vom 26.04.2024;
 - Schreiben des Bundeskanzleramtes (Verfassungsdienst) betreffend Entwurf eines Niederösterreichischen Landesgesetzes, mit dem das NÖ Mobilitätsgesetz 2024 (NÖ MobG 2024) erlassen wird; Begutachtungsverfahren und Konsultationsmechanismus vom 29.04.2024;
 - Schreiben des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung betreffend NÖ Mobilitätsgesetz vom 22.05.2024;

- Stellungnahme Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) Entwurf- NÖ Mobilitätsgesetz 2024 (NÖ MobG 2024)/Stellungnahme vom 23.05.2024;
- Stellungnahme Bundesministerium für Klimaschutz NÖ Mobilitätsgesetz vom 28.05.2024;
- Stellungnahme Kammer für Arbeiter und Angestellte für Niederösterreich NÖ Mobilitätsgesetz vom 28.05.2024;
- Stellungnahme Österreichischer Städtebund NÖ Mobilitätsgesetz (NÖ MobG 2024) vom 28.05.2024;
- Schreiben des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung betreffend NÖ Mobilitätsgesetz 2024 vom 31.05.2024;
- Stellungnahme Wirtschaftskammer Niederösterreich NÖ Mobilitätsgesetz 2024 vom 03.06.2024;
- Stellungnahme des NÖ Gemeindebundes vom 06.06.2024;
- Stellungnahme Wirtschaftskammer Niederösterreich NÖ Mobilitätsgesetz 2024 vom 06.06.2024;
- NÖ Mobilitätsgesetz 2024 Gesetzesentwurf vom 16.08. 2024;
- NÖ Mobilitätsgesetz 2024 Motivenbericht vom 16.08.2024;
- Zusammenfassung der Stellungnahmen zum NÖ Mobilitätsgesetz 2024, und
- Sitzungsbogen zur Sitzung der NÖ Landesregierung betreffend das NÖ Mobilitätsgesetz 2024 (NÖMobG 2024), GZ RU1-A-135/001-2024.

5. Rechtsgrundlagen

5.1. Beihilferecht der Europäischen Union

5.1.1. Allgemeines

Das allgemeine Beihilfeverbot findet sich in Art. 107 AEUV. Art. 93 AEUV enthält eine Sonderregelung für Beihilfen zur Koordinierung des Verkehrs und zur

Abgeltung mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen. Art. 93 AEUV stellt im Verhältnis zu den primärrechtlichen Rechtsvorschriften von Art. 106 Abs. 2 AEUV, sowie Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV eine, unter anderem für den Bereich des Straßen-, Schienen- und Binnenschiffverkehrs, geltende *lex specialis* dar¹⁴.

5.1.2. Art. 107 Abs. 1 AEUV

5.1.2.1. Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

5.1.2.2. Beihilfebegriff

Art. 107 Abs. 1 AEUV unterscheidet zwischen staatlichen Beihilfen und Beihilfen aus staatlichen Mitteln. Der Vorteil muss unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln erfolgen und die Maßnahme muss einem Staat zurechenbar sein, beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen¹⁵.

Der Begriff der Beihilfe geht über den Subventionsbegriff hinaus. Der ständigen Rechtsprechung zufolge, handelt es sich bei einer staatlichen Beihilfe um einen Vorteil, den der Staat einem Unternehmen ohne Entgelt oder gegen eine nicht äquivalente Gegenleistung einräumt¹⁶. Diese Definition erstreckt sich sowohl auf die Zuweisung von Mitteln an ein Unternehmen, als auch auf jede Verminderung von Lasten, die das Unternehmen normalerweise tragen müsste und deren Verminderung eine Einsparung bedeutet¹⁷.

Die Form, in welcher der Vorteil gewährt wird, und das vom Staat verfolgte Ziel sind völlig unerheblich. Art. 107 Abs. 1 AEUV bezieht sich ausdrücklich auf Beihilfen gleich welcher Art. Staatliche Beihilfen können beispielsweise in Form von Subventionen, zinslosen

¹⁴ vgl. *Bartosch*, EU-Beihilferecht³, S. 113ff;

¹⁵ vgl. EuGH, Slg. 2002, I-4397, Rn 24, Frankreich/Kommission, Stardust Marine;

¹⁶ vgl. GA Reischl, Slg. 1980, 1235; GA Fenelly, Slg. 1996, I-733;

¹⁷ vgl. EuGH, Slg. 1961, 3 Steenkolenmijnen; Slg. 1980, 1205 Denavit; EuGH, Slg. 2005, I-1627, Rn 36, Heiser;

oder zinsgünstigen Darlehen, Zinsvergünstigungen, Bürgschaften, Steuererleichterungen, Vorzugskonditionen beim Bezug und/oder Absatz von Waren und Dienstleistungen oder Kapitalzufuhren gewährt werden¹⁸.

Die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Definition des Beihilfebegriffs ist durch eine funktionale Betrachtungsweise gekennzeichnet¹⁹. Der EuGH betont regelmäßig, dass auf die Wirkung und nicht auf die Rechtsnatur und/oder die Ziele der Maßnahme²⁰ abzustellen sei. Das besondere Merkmal staatlicher Beihilfen ist die begünstigende Wirkung, das heißt, die Verbesserung der Wettbewerbsstellung des begünstigten Unternehmens und/oder der begünstigten Produktionszweige gegenüber den Konkurrenten. Die Tatsache, dass eine staatliche Maßnahme hauptsächlich bestimmte soziale oder fiskalische Ziele verfolgt, vermag die Maßnahme nicht aus dem Anwendungsbereich von Art. 107 Abs. 1 AEUV herauszunehmen.

Der EuGH hat die weite Definition des Beihilfebegriffs übernommen. Nach ständiger Praxis umfasst der Beihilfebegriff alle Maßnahmen, die, in welcher Form auch immer, die Kosten, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat, reduzieren²¹. Dazu zählt auch der Ausgleich jener Kosten, die ein Unternehmen, aufgrund staatlich auferlegter Verpflichtungen, zu tragen hat²².

Hingegen ist das Vorliegen eines Vorteils im Falle der Rückerstattung von rechtswidrig erhobenen Abgaben²³, Schadenersatzzahlungen einer nationalen Behörde an ein Unternehmen, zu denen die Behörde verurteilt wurde²⁴, und Ausgleichsleistungen für eine Enteignung²⁵ ausgeschlossen.

Zweites wichtiges Element des Beihilfebegriffes ist, neben der begünstigenden Wirkung einer Maßnahme, die Einseitigkeit des Vorteils. Der Vorteil muss dem begünstigten Unternehmen und/oder den begünstigenden Produktionszweigen allerdings nicht notwendigerweise völlig unentgeltlich zukommen. Es genügt, wenn der

¹⁸ vgl. ABl. 1963 Nr. 2235; ABl. 2001 Nr. 1019-7;

¹⁹ vgl. Baudenbacher, A Brief Guide to European State Aid Law, 1997, 8;

²⁰ vgl. EuGH, Slg. 1974, 709 Italien; Slg. 1986, 924 Deufil;

²¹ vgl. EuGH, Slg. 1980, 2671; Philip Morris;

²² Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikel 107 Abs 1 des Vertrages über Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 2016/262, 1;

²³ vgl. EuGH, Slg. 1980, 1205, Rn 29 bis 32; Amministrazione delle finanze dello Stato;

²⁴ vgl. EuGH, Slg. 1988, 5515, Rn 23 und 24, Asteris AE u.a.;

²⁵ vgl. EuG, Slg. 2010, II-125, Rn 59 bis 63 und 140 bis 141, Nuova Terni Industrie Chimiche;

dem Staat zuzurechnenden und aus staatlichen Mitteln bedeckten Leistung keine marktübliche Gegenleistung gegenübersteht²⁶. Das Kriterium des einseitigen Vorteils ist vor allem dann von Bedeutung, wenn der Staat selbst wirtschaftlich tätig ist und Waren und Dienstleistungen am Markt anbietet und nachfragt.

Damit eine Maßnahme als verbotene Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV zu qualifizieren ist, müssen folgende Merkmale vorliegen:

- Zurechenbarkeit zum Staat;
- Zuweisung eines wirtschaftlichen Vorteils;
- Selektivität;
- Wettbewerbsverfälschung, sowie
- Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels.

5.1.2.3. Market Investor Principle

Art. 345 AEUV normiert, dass die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten vom Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union nicht berührt wird.

Nach dem sogenannten Market Investor Principle²⁷ muss bei der Zurverfügungstellung von öffentlichen Mitteln für ein Unternehmen geprüft werden, ob sich ein marktwirtschaftlich handelnder privater Investor unter ähnlichen Umständen genauso verhalten würde. Dies ist dann der Fall, wenn das investierte Kapital eine normale Rendite in Form von Dividenden oder eines Mehrwerts zu erbringen verspricht. Stellt sich hingegen heraus, dass ein privater Investor nicht wie die betreffende staatliche Stelle handeln würde, so

²⁶ vgl. EuGH, Slg. 2002, I-4397, Frankreich/Kommission, Stardurst Marine;

²⁷ vgl. EuGH, Slg. 1985, 809 Leeuwarder Papierwarenfabrik; Das Market Investor Principle ist vor dem Hintergrund von Art. 295 EG zu sehen – Dieser Vertrag lässt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt – ausgehend vom Grundsatz der Gleichbehandlung von privaten und öffentlichen Unternehmen darf die öffentliche Hand bei Kapitalbeteiligungen weder begünstigt noch benachteiligt werden. Bei Investitionen der öffentlichen Hand ist daher zu prüfen, ob ein privater und kapitalistisch denkender Investor unter vergleichbaren Umständen dieselben oder ähnliche Investitionen getätigt bzw. Handlungen vorgenommen hätte. Ist diese Frage zu bejahen, so sind Mittel, die der Staat einem Unternehmen direkt oder indirekt unter normalen Marktbedingungen zur Verfügung stellt, nicht als staatliche Beihilfen anzusehen, zuletzt EuG, Rs T-111/15, Urteil vom 13.12.2018, Ryanair ua/Kommission, Rn 144;

stellt die Kapitalzufuhr eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV dar.

Die Kommission hat zum Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten in der Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe Folgendes ausgeführt²⁸:

74. *Wirtschaftliche Transaktionen von öffentlichen Stellen (einschließlich öffentlicher Unternehmen) verschaffen der Gegenseite keinen Vorteil und stellen somit keine Beihilfe dar, sofern sie zu normalen Marktbedingungen vorgenommen werden²⁹. Dieser Grundsatz ist in Bezug auf verschiedene wirtschaftliche Transaktionen entwickelt worden. Die Unionsgerichte haben den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers entwickelt, um bei öffentlichen Investitionen (insbesondere Kapitalzuführungen) festzustellen, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt: Um zu ermitteln, ob eine Investition einer öffentlichen Stelle eine staatliche Beihilfe darstellt, ist zu prüfen, ob ein unter normalen Marktbedingungen handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe in ähnlicher Lage zu der fraglichen Investition hätte bewegt werden können³⁰. Im gleichen Sinne haben die Unionsgerichte das Kriterium des privaten Gläubigers entwickelt, um prüfen zu können, ob eine Umschuldung durch öffentliche Gläubiger eine staatliche Beihilfe beinhaltet. Hierzu wird das Verhalten eines öffentlichen Gläubigers, mit dem eines hypothetischen privaten Gläubigers in ähnlicher Lage verglichen³¹. Außerdem haben die Unionsgerichte das Kriterium des privaten Verkäufers entwickelt, um feststellen zu können, ob ein Verkauf durch eine öffentliche Stelle eine staatliche Beihilfe beinhaltet. Hierzu wird geprüft, ob ein privater Verkäufer unter normalen Marktbedingungen denselben oder einen besseren Preis hätte erzielen können³².*
75. *Diese Kriterien sind Abwandlungen desselben Grundkonzepts, wonach das Verhalten öffentlicher Stellen mit dem Verhalten ähnlicher privater Wirtschaftsbeteiligter, die unter normalen Marktbedingungen tätig sind, verglichen werden sollte, um zu ermitteln, ob der Gegenseite durch die wirtschaftlichen Transaktionen dieser Stellen ein Vorteil gewährt wird. In dieser Mitteilung wird die Kommission daher generell auf das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten Bezug nehmen, wenn es um die Methode für die Prüfung geht, ob wirtschaftliche Transaktionen von*

²⁸ Bekanntmachung aaO, Rn 74ff;

²⁹ Urteil des Gerichtshofs vom 11. Juli 1996, SFEI u. a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, Rn 60 und 61;

³⁰ Siehe z. B. Urteil des Gerichtshofs vom 21. März 1990, Belgien/Kommission (Tubemeuse), C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, Rn 29; Urteil des Gerichtshofs vom 21. März 1991, Italien/Kommission (ALFA Romeo), C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, Rn 18 und 19; Urteil des Gerichts erster Instanz vom 30. April 1998, Cityflyer Express/Kommission, T-16/96, ECLI:EU:T:1998:78, Rn 51; Urteil des Gerichts erster Instanz vom 21. Januar 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke/Kommission, verbundene Rechtssachen T-129/95, T-2/96 und T-97/96, ECLI:EU:T:1999:7, Rn 104; Urteil des Gerichts vom 6. März 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission, verbundene Rechtssachen T-228/99 und T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57;

³¹ Urteil des Gerichtshofs vom 22. November 2007, Spanien/Kommission, C-525/04 P, ECLI:EU:C:2007:698; Urteil des Gerichtshofs vom 24. Januar 2013, Frucona/Kommission, C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32; Urteil des Gerichtshofs vom 29. Juni 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332;

³² Urteil des Gerichts vom 28. Februar 2012, Land Burgenland und Österreich/Kommission, verbundene Rechtssachen T-268/08 und T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90;

öffentlichen Stellen zu marktüblichen Bedingungen vorgenommen werden und ob der Gegenseite dadurch ein Vorteil entsteht (den sie unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte). Die allgemeinen Grundsätze und die einschlägigen Kriterien für die Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten werden in den Abschnitten 4.2.2. und 4.2.3. erläutert.

4.2.2. Allgemeine Gründe

76. *Anhand des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten soll geprüft werden, ob der Staat einem Unternehmen einen Vorteil gewährt hat, indem er sich in Bezug auf eine bestimmte Transaktion nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter verhalten hat. In diesem Zusammenhang ist nicht von Belang, ob die Maßnahme für die öffentliche Stelle ein vernünftiges Mittel zur Verfolgung von Gemeinwohlzielen (wie Beschäftigung) darstellt. Auch die Rentabilität des Empfängers ist an sich kein entscheidender Faktor für die Feststellung, ob die fragliche wirtschaftliche Transaktion den Marktbedingungen entspricht. Es kommt darauf an, ob die öffentliche Stelle sich so verhalten hat, wie es ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in ähnlicher Lage getan hätte. Ist dies nicht der Fall, so hat das Empfängerunternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, den es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte,³³ und durch den es sich in einer günstigeren Lage befindet als seine Wettbewerber³⁴.*
77. *Für die Zwecke des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten sind nur die Vorteile und Verpflichtungen zu berücksichtigen, die mit der Rolle des Staates als Wirtschaftsbeteiligter zusammenhängen, nicht aber jene, die sich an seine Rolle als Träger öffentlicher Gewalt knüpfen³⁵. Das Kriterium ist also in der Regel nicht anwendbar, wenn der Staat als Träger der öffentlichen Gewalt und nicht als Wirtschaftsbeteiligter handelt. Wenn ein Eingriff des Staates zum Beispiel aus Gründen des Gemeinwohls (etwa zum Zweck der sozialen oder regionalen Entwicklung) erfolgt, kann das Verhalten des Staates zwar aus politischer Sicht rational sein, aber gleichzeitig Erwägungen Rechnung tragen, die marktwirtschaftlich handelnde Wirtschaftsbeteiligte in der Regel nicht berücksichtigen. Bei der Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten sollten daher alle Erwägungen außer Betracht bleiben, die sich ausschließlich auf die Rolle des Mitgliedstaats als Träger der öffentlichen Gewalt beziehen (zum Beispiel soziale oder regionalpolitische Erwägungen oder sektorbezogene politische Erwägungen)³⁶.*

³³ Urteil des Gerichts erster Instanz vom 6. März 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission, verbundene Rechtssachen T-228/99 und T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, Rn 208;

³⁴ Siehe hierzu Urteil des Gerichtshofs vom 5. Juni 2012, Kommission/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn 90; Urteil des Gerichtshofs vom 15. März 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, Rn 14; Urteil des Gerichtshofs vom 19. Mai 1999, Italien/Kommission, C-6/97, ECLI:EU:C:1999:251, Rn 16;

³⁵ Urteil des Gerichtshofs vom 5. Juni 2012, Kommission/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn 79, 80 und 81; Urteil des Gerichtshofs vom 10. Juli 1986, Belgien/Kommission, 234/84, ECLI:EU:C:1986:302, Rn 14; Urteil des Gerichtshofs vom 10. Juli 1986, Belgien/Kommission, 40/85, ECLI:EU:C:1986:305, Rn 13; Urteil des Gerichtshofs vom 14. September 1994, Spanien/Kommission, verbundene Rechtssachen C-278/92 bis C-280/92, ECLI:EU:C:1994:325, Rn 22; Urteil des Gerichtshofs vom 28. Januar 2003, Deutschland/Kommission, C-334/99, ECLI:EU:C:2003:55, Rn 134;

³⁶ Urteil des Gerichtshofs vom 5. Juni 2012, Kommission/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn 79-81; Urteil des Gerichtshofs vom 10. Juli 1986, Belgien/Kommission, 234/84, ECLI:EU:C:1986:302, Rn 14; Urteil des Ge-

78. *Ob eine staatliche Maßnahme den Marktbedingungen entspricht, muss ex ante auf Grundlage, der zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Maßnahme verfügbaren Informationen geprüft werden³⁷. Denn ein umsichtiger marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter würde in der Regel eine Ex-ante-Bewertung der Strategie und der finanziellen Aussichten eines Vorhabens zum Beispiel anhand eines Geschäftsplans vornehmen³⁸. Ex-post vorgenommene wirtschaftliche Bewertungen, welche rückblickend die tatsächliche Rentabilität, der vom betroffenen Mitgliedstaat getätigten Investition feststellen, reichen nicht aus³⁹.*

Transaktionen staatlicher Stellen haben entweder pari passu⁴⁰ oder in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren zu erfolgen, um den Marktbedingungen zu entsprechen.

In der Bekanntmachung der Kommission finden sich folgende Festlegungen:

84. *Die Marktkonformität einer Transaktion kann direkt mittels transaktionsspezifischer Marktinformationen festgestellt werden,*
- i) wenn die Transaktion von öffentlichen Stellen und privaten Wirtschaftsbeteiligten zu gleichen Bedingungen („pari passu“) durchgeführt wird; oder*
 - ii) wenn sie den Verkauf und Kauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen (oder andere vergleichbare Transaktionen) in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren betrifft.*
85. *Wenn in solchen Fällen die spezifischen Marktinformationen zeigen, dass die Transaktion den Marktbedingungen nicht entspricht, wäre es in der Regel nicht gerechtfertigt, andere Bewertungsmethoden heranzuziehen, um zu einem anderen Ergebnis zu gelangen⁽⁴¹⁾.*

richtshofs vom 10. Juli 1986, Belgien/Kommission, 40/85, ECLI:EU:C:1986:305, Rn 13; Urteil des Gerichtshofs vom 14. September 1994, Spanien/Kommission, verbundene Rechtssachen C-278/92 bis C-280/92, ECLI:EU:C:1994:325, Rn 22; Urteil des Gerichtshofs vom 28. Januar 2003, Deutschland/Kommission, C-334/99, ECLI:EU:C:2003:55, Rn 134; Urteil des Gerichts vom 6. März 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission, verbundene Rechtssachen T-228/99 und T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57; Urteil des Gerichts vom 24. September 2008, Kahla Thüringen Porzellan/Kommission, T-20/03, ECLI:EU:T:2008:395; Urteil des Gerichts vom 17. Oktober 2002, Linde/Kommission, T-98/00, ECLI:EU:T:2002:248;

³⁷ Urteil des Gerichtshofs vom 5. Juni 2012, Kommission/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn 83, 84, 85 und 105; Urteil des Gerichtshofs vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, Rn 71 und 72; Urteil des Gerichts erster Instanz vom 30. April 1998, Cityflyer Express/Kommission, T-16/96, ECLI:EU:T:1998:78, Rn 76;

³⁸ Urteil des Gerichtshofs vom 5. Juni 2012, Kommission/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn 82 bis 85 und 105;

³⁹ Urteil des Gerichtshofs vom 5. Juni 2012, Kommission/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn 85;

⁴⁰ Bekanntmachung aaO, RN 86ff;

⁴¹ Siehe hierzu Urteil des Gerichtshofs vom 24. Oktober 2013, Land Burgenland/Kommission, verbundene Rechtssachen C-214/12 P, C-215/12 P und C-233/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, Rn. 94 und 95. In dieser Rechtssache war das Gericht insbesondere der Auffassung, dass im Falle des Verkaufs eines Unternehmens durch die öffentliche Hand in einem ordnungsgemäßen Ausschreibungsverfahren vermutet werden kann, dass der

i) Pari-passu-Transaktionen

86. *Wenn eine Transaktion zu gleichen Bedingungen (und daher mit gleich hohen Risiken und Erträgen) von öffentlichen Stellen und privaten Wirtschaftsbeteiligten, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, durchgeführt wird (Pari-passu-Transaktion) ⁽⁴²⁾, beispielsweise im Rahmen einer öffentlich-privaten Partnerschaft, so kann daraus in der Regel geschlossen werden, dass die Transaktion den Marktbedingungen entspricht ⁽⁴³⁾. Wenn sich dagegen öffentliche Stellen und private Wirtschaftsbeteiligte, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, zwar gleichzeitig, aber zu unterschiedlichen Bedingungen an einer Transaktion beteiligen, deutet dies in der Regel darauf hin, dass die Maßnahme der öffentlichen Stelle den Marktbedingungen nicht entspricht ⁽⁴⁴⁾.*
87. *Bei der Prüfung, ob eine Pari-passu-Transaktion vorliegt, sollte insbesondere berücksichtigt werden,*
- a) *ob die Maßnahmen der öffentlichen Stellen und der privaten Wirtschaftsbeteiligten gleichzeitig beschlossen und durchgeführt werden oder ob zwischen diesen Maßnahmen eine gewisse Zeit vergangen ist und sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen geändert haben;*
 - b) *ob die Bedingungen für die öffentlichen Stellen und alle beteiligten privaten Wirtschaftsbeteiligten dieselben sind, wobei auch die Möglichkeit, das Risiko im Laufe der Zeit zu erhöhen oder zu senken, zu berücksichtigen ist;*
 - c) *ob die Maßnahme der privaten Wirtschaftsbeteiligten von realer wirtschaftlicher und nicht nur von symbolischer oder marginaler Bedeutung ist ⁽⁴⁵⁾; und*
 - d) *ob die Ausgangsposition der öffentlichen Stellen und der beteiligten privaten Wirtschaftsbeteiligten in Bezug auf die*

Marktpreis dem höchsten (verpflichtenden und verlässlichen) Angebot entspricht, ohne dass die Notwendigkeit besteht, sich anderer Bewertungsmethoden wie etwa unabhängiger Gutachten zu bedienen;

⁴² Die Bedingungen können nicht als gleich angesehen werden, wenn öffentliche Stellen und private Wirtschaftsbeteiligte zwar zu gleichen Bedingungen, aber zu unterschiedlichen Zeitpunkten tätig werden, etwa nachdem sich die für die Transaktion relevante wirtschaftliche Lage geändert hat;

⁴³ Siehe hierzu Urteil des Gerichts erster Instanz vom 12. Dezember 2000, Alitalia/Kommission, T-296/97, ECLI:EU:T:2000:289, Rn. 81;

⁴⁴ Wenn es sich jedoch um unterschiedliche Transaktionen handelt, die nicht gleichzeitig durchgeführt werden, ist die bloße Tatsache, dass die Bedingungen unterschiedlich sind, kein entscheidender (positiver oder negativer) Anhaltspunkt dafür, ob die von der öffentlichen Stelle durchgeführte Transaktion den Marktbedingungen entspricht;

⁴⁵ Zum Beispiel konnte nach Auffassung der Kommission in der Sache Citynet Amsterdam die Beteiligung zweier privater Wirtschaftsbeteiligter, die mit ihrer Investition zusammen ein Drittel des gesamten Gesellschaftskapitals erwerben, (auch unter Berücksichtigung der Teilhaberstruktur insgesamt und der Tatsache, dass ihre Anteile ausreichen, um bei strategischen Beschlüssen des Unternehmens eine Sperrminorität zu bilden) als wirtschaftlich bedeutend angesehen werden (siehe Entscheidung 2008/729/EG der Kommission vom 11. Dezember 2007 über die staatliche Beihilfe C-53/06 — Niederlande — Citynet Amsterdam (ABl. L 247 vom 16.9.2008, S. 27), Erwägungsgründe 96 bis 100). Dagegen erreichte die private Beteiligung in der Sache N 429/10 — Griechenland — Agricultural Bank of Greece (ATE) (ABl. C 317 vom 29.10.2011, S. 5) nur 10 % der Investitionen gegenüber einer staatlichen Beteiligung von 90 %, so dass die Kommission zu dem Schluss kam, dass keine Pari-passu-Bedingungen gegeben waren, da das vom Staat zugeführte Kapital weder von einer vergleichbaren Beteiligung eines privaten Anteilseigners begleitet wurde noch der Zahl der Anteile der öffentlichen Hand entsprach. Siehe auch Urteil des Gerichts erster Instanz vom 12. Dezember 2000, Alitalia/Kommission, T-296/97, ECLI:EU: T:2000:289, Rn. 81;

Transaktion vergleichbar ist, wenn man beispielsweise ihr bisheriges wirtschaftliches Engagement bei den betreffenden Unternehmen (siehe Abschnitt 4.2.3.3), die möglichen Synergien⁽⁴⁶⁾, den Umfang, in dem die verschiedenen Investoren ähnliche Transaktionskosten tragen⁽⁴⁷⁾ oder sonstige Umstände berücksichtigt, die für die öffentliche Stelle und den privaten Wirtschaftsbeteiligten spezifisch sind und den Vergleich verfälschen könnten.

88. *Das Pari-passu-Kriterium ist möglicherweise in einigen Fällen nicht anwendbar, wenn die staatliche Beteiligung (angesichts ihres besonderen Charakters oder Umfangs) so beschaffen ist, dass sich in der Praxis kein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in derselben Weise beteiligen könnte.*

ii) *Verkauf und Kauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen (oder andere vergleichbare Transaktionen) in wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren*

89. *Wenn der Verkauf und Kauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen (oder andere vergleichbare Transaktionen⁽⁴⁸⁾ in einem wettbewerblichen⁽⁴⁹⁾, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren erfolgt, das mit den Vorschriften des AEUV zum öffentlichen Beschaffungswesen im Einklang steht⁽⁵⁰⁾ (siehe die Randnummern 90 bis 94), kann davon ausgegangen werden, dass diese Transaktionen den Marktbedingungen entsprechen, sofern die unter den Randnummern 95 und 96 genannten einschlägigen Kriterien zur Auswahl des Käufers bzw. Verkäufers angewendet worden sind. Wenn ein Mitgliedstaat hingegen aus politischen Gründen beschließt, eine bestimmte Tätigkeit zu fördern, und beispielsweise den Umfang der Förderung ausschreibt — etwa zur Förderung der Erzeugung*

⁴⁶ Sie müssen auch aus denselben geschäftlichen Erwägungen handeln; siehe Entscheidung 2005/137/EG der Kommission über die staatliche Beihilfe C-25/02 — Belgien — Finanzielle Beteiligung der Wallonischen Region am Unternehmen Carsid (ABl. L 47 vom 18.2.2005, S. 28), Erwägungsgründe 67 bis 70;

⁴⁷ Zu den Transaktionskosten können die Kosten gehören, die den jeweiligen Investoren aus der Prüfung und Auswahl des Investitionsvorhabens, der Vereinbarung der Vertragsbedingungen oder der Erfolgskontrolle während der Laufzeit des Vertrags entstehen. Wenn z. B. staatliche Banken stets die Kosten für die Prüfung von Investitionsvorhaben für eine Kreditfinanzierung tragen, reicht die bloße Tatsache, dass private Investoren zum gleichen Zinssatz koinvestieren, nicht aus, um das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe auszuschließen;

⁴⁸ Zum Beispiel das Leasing bestimmter Waren oder die Erteilung von Konzessionen für die kommerzielle Nutzung natürlicher Ressourcen;

⁴⁹ Die Unionsgerichte verwenden im Zusammenhang mit staatlichen Beihilfen oftmals die Bezeichnung „offenes“ Ausschreibungsverfahren (siehe z. B. Urteil des Gerichts vom 5. August 2003, P & O European Ferries (Vizcaya)/Kommission, verbundene Rechtssachen T-116/01 und T-118/01, ECLI:EU:T:2003:217, Rn. 117 und 118; Urteil des Gerichtshofs vom 24. Oktober 2013, Land Burgenland/Kommission, verbundene Rechtssachen C-214/12 P, C-215/12 P und C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, Rn. 94). Die Verwendung der Bezeichnung „offen“ entspricht jedoch keinem spezifischen Verfahren gemäß der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG sowie der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG. Daher erscheint die Bezeichnung „wettbewerblich“ angemessener. Die Wahl dieser anderen Bezeichnung lässt die materiellen Bedingungen aus der Rechtsprechung unberührt;

⁵⁰ Urteil des Gerichtshofs vom 7. Dezember 2000, Telaustria, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, Rn. 62; Urteil des Gerichtshofs vom 3. Dezember 2001, Bent Moustén Vestergaard, C-59/00, ECLI:EU:C:2001:654, Rn. 20. Siehe auch Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (ABl. C 179 vom 1.8.2006, S. 2);

von Strom aus erneuerbaren Energiequellen oder der bloßen Bereitstellung von Stromerzeugungskapazitäten —, so fällt dies nicht in den Anwendungsbereich dieses Unterabschnitts ii. In einem solchen Fall kann die Vergabe im Wege einer Ausschreibung nur die Höhe des gewährten Betrages minimieren, jedoch nicht die Gewährung eines Vorteils ausschließen.

90. *Das Ausschreibungsverfahren muss wettbewerblich sein, damit alle interessierten und qualifizierten Bieter teilnehmen können.*
91. *Das Verfahren muss transparent sein, damit alle interessierten Bieter in jeder Phase des Ausschreibungsverfahrens in gleicher Weise ordnungsgemäß informiert sind. Der Zugang zu Informationen, ausreichend Zeit für interessierte Bieter und die Klarheit der Auswahl- und Zuschlagskriterien sind für ein transparentes Auswahlverfahren von entscheidender Bedeutung. Die Ausschreibung muss hinreichend bekannt gemacht werden, damit alle potenziellen Bieter davon Kenntnis erlangen können. Welcher Grad an Öffentlichkeit notwendig ist, um in einem bestimmten Fall eine hinreichende Bekanntmachung zu gewährleisten, hängt von den Merkmalen der jeweiligen Vermögenswerte, Waren oder Dienstleistungen ab. Vermögenswerte, Waren und Dienstleistungen, die angesichts ihres hohen Wertes oder anderer Merkmale für europa- oder weltweit tätige Bieter von Interesse sein könnten, sollten so ausgeschrieben werden, dass potenzielle Bieter, die europa- oder weltweit tätig sind, darauf aufmerksam werden.*
92. *Die diskriminierungsfreie Behandlung aller Bieter in allen Phasen des Verfahrens sowie objektive, vorher mitgeteilte Auswahl- und Zuschlagskriterien sind unerlässlich, um sicherzustellen, dass die sich aus dem Verfahren ergebende Transaktion den Marktbedingungen entspricht. Damit die Gleichbehandlung gewährleistet ist, sollten die Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen.*
93. *Für die Einhaltung der obigen Anforderungen kann es als ausreichend angesehen werden, wenn die in den Vergaberichtlinien⁽⁵¹⁾ vorgesehenen Verfahren angewandt und eingehalten werden, sofern alle Voraussetzungen für die Anwendung des jeweiligen Verfahrens erfüllt sind. Dies gilt nicht bei Vorliegen besonderer Umstände, die die Ermittlung eines Marktpreises unmöglich machen, wie etwa beim Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung. Wenn nur ein einziges Angebot abgegeben wird, ist das Verfahren in der Regel nicht ausreichend, um einen Marktpreis zu erhalten, außer wenn i) bei der Ausgestaltung des Verfahrens besonders strenge Vorkehrungen getroffen wurden, um echten und wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, und nicht offensichtlich ist, dass realistisch betrachtet nur ein einziger Wirtschaftsbeteiligter in der Lage sein dürfte, ein glaubwürdiges Angebot einzureichen, oder ii) sich die Behörden durch zusätzliche Maßnahmen vergewissern, dass das Ergebnis dem Marktpreis entspricht.*

⁵¹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG; Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG;

94. *Eine Ausschreibung für den Verkauf von Vermögenswerten, Waren oder Dienstleistungen ist bedingungsfrei, wenn es potenziellen Käufern unabhängig davon, ob sie bestimmte Unternehmen betreiben, grundsätzlich freisteht, die zum Verkauf stehenden Vermögenswerte, Waren oder Dienstleistungen zu erwerben und für ihre eigenen Zwecke zu nutzen. Wenn zur Bedingung gemacht wird, dass der Käufer zugunsten der Behörden oder im allgemeinen öffentlichen Interesse besondere Verpflichtungen eingeht, die ein privater Verkäufer nicht verlangt hätte und die sich nicht aus dem allgemeinen nationalen Recht oder aus Entscheidungen der Planungsbehörden ergeben, kann die Ausschreibung nicht als bedingungsfrei angesehen werden.*
95. *Wenn öffentliche Stellen Vermögenswerte, Waren und Dienstleistungen verkaufen, ist das höchste Angebot das einzige maßgebliche Kriterium für die Auswahl des Käufers⁵²), wobei auch den geforderten vertraglichen Vereinbarungen (zum Beispiel einer Garantie des Verkäufers oder anderer nach dem Verkauf eingreifender Verpflichtungen) Rechnung zu tragen ist. Es sollten nur glaubwürdige⁵³) und verbindliche Angebote berücksichtigt werden⁵⁴).*
96. *Wenn öffentliche Stellen Vermögenswerte, Waren und Dienstleistungen kaufen, sollten jegliche besondere Ausschreibungsbedingungen diskriminierungsfrei sein und in einem engen und objektiven Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand und dem jeweiligen wirtschaftlichen Ziel der Ausschreibung stehen. Sie sollten ermöglichen, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot dem Marktwert entspricht. Die Kriterien sollten daher so festgelegt werden, dass sie ein wirksames wettbewerbliches Ausschreibungsverfahren ermöglichen, auf dessen Grundlage der erfolgreiche Bieter eine marktübliche Rendite erzielt, aber nicht mehr. In der Praxis setzt dies die Anwendung von Ausschreibungsverfahren voraus, bei denen der „Preis“-Komponente des Angebots großes Gewicht beigemessen wird oder bei denen es aus sonstigen Gründen wahrscheinlich ist, dass ein wettbewerbsgerechtes Ergebnis erzielt wird (zum Beispiel bestimmte Auftragsauktionen mit hinreichend klaren Zuschlagskriterien).*

Die Marktkonformität einer Transaktion kann auch mittels Benchmarking oder anderen Bewertungsmethoden nachgewiesen werden, die Festlegungen in den Bekanntmachungen der Kommission lauten diesbezüglich wie folgt:

101. *Ob eine Transaktion mit den Marktbedingungen im Einklang steht, kann auch anhand einer allgemein anerkannten Standard-*

⁵² Urteil des Gerichts vom 28. Februar 2012, Land Burgenland und Österreich/Kommission, verbundene Rechtssachen T-268/08 und T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90, Rn. 87;

⁵³ Auch ein spontan eingereichtes Angebot kann, je nach den Umständen des Falles und insbesondere wenn es verbindlich ist, verlässlich sein (siehe Urteil des Gerichts vom 13. Dezember 2011, Konsum Nord/Kommission, T-244/08, ECLI:EU:T:2011:732, Rn. 73, 74 und 75);

⁵⁴ So sollten bloße Ankündigungen ohne rechtsverbindlichen Charakter im Ausschreibungsverfahren nicht berücksichtigt werden; siehe Urteil des Gerichts vom 28. Februar 2012, Land Burgenland und Österreich/Kommission, verbundene Rechtssachen T-268/08 und T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90, Rn. 87; Urteil des Gerichts vom 13. Dezember 2011, Konsum Nord/Kommission, T-244/08, ECLI: EU:T:2011:732, Rn. 67 und 75;

Bewertungsmethode festgestellt werden⁽⁵⁵⁾. Eine solche Methode muss auf den verfügbaren objektiven, überprüfbar und zuverlässigen Daten⁽⁵⁶⁾ beruhen, die hinreichend detailliert sein müssen und unter Berücksichtigung der Höhe des Risikos und der Erwartungen für die Zukunft⁽⁵⁷⁾ die wirtschaftliche Lage zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Transaktion widerspiegeln sollten. Je nach dem Wert der Transaktion sollte die Belastbarkeit der Bewertung in der Regel durch eine Sensitivitätsanalyse bestätigt werden, bei der verschiedene Geschäftsszenarios geprüft, Notfallpläne ausgearbeitet und die Ergebnisse mit alternativen Bewertungsmethoden verglichen werden. Eine neue (Ex-ante-)Bewertung kann erforderlich sein, wenn die Transaktion sich verzögert und den jüngsten Veränderungen der Marktbedingungen Rechnung getragen werden muss.

102. *Eine weithin anerkannte Standardmethode für die Ermittlung der (jährlichen) Kapitalrendite ist beispielsweise die Berechnung des internen Zinsfußes (Internal Rate of Return — IRR)⁽⁵⁸⁾. Man kann die Investitionsentscheidung auch anhand ihres Barwerts (NET Present Value — NPV)⁽⁵⁹⁾ bewerten, der in den meisten Fällen zu gleichwertigen Ergebnissen führt wie der IRR⁽⁶⁰⁾. Um zu prüfen, ob die Investition zu Marktbedingungen getätigt wird, muss die Kapitalrendite mit der normalen erwarteten marktüblichen Rendite verglichen werden. Die normale erwartete Rendite (oder die Kapitalkosten der Investition) kann definiert werden als die durchschnittliche erwartete Rendite, die der Markt bei einer Investition auf der Grundlage allgemein anerkannter Kriterien und insbesondere des Investitionsrisikos verlangt, wobei der finanziellen Lage des Unternehmens und den Besonderheiten des Wirtschaftszweigs, der Region oder des Landes Rechnung getragen wird. Wenn diese normale Rendite nicht erwartet werden kann, würde die Investition höchstwahrscheinlich zu Marktbedingungen nicht getätigt werden. Je höher das mit dem Vorhaben verbundene Risiko ist, desto höher wird im Allgemeinen die von den Kapitalgebern verlangte Rendite sein, d. h. umso höher werden die Kapitalkosten sein.*

⁵⁵Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 29. März 2007, Scott/Kommission, T-366/00, ECLI:EU:T:2007:99, Rn 134; Urteil des Gerichtshofs vom 16. Dezember 2010, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, ECLI:EU:C:2010:778, Rn 39;

⁵⁶ Siehe Urteil des Gerichts erster Instanz vom 16. September 2004, Valmont Nederland BV/Kommission, T-274/01, ECLI:EU:T:2004:266, Rn 71;

⁵⁷ Siehe Urteil des Gerichts vom 29. März 2007, Scott/Kommission, T-366/00, ECLI:EU:T:2007:99, Rn 158;

⁵⁸ Der interne Zinsfuß basiert nicht auf bilanzierten Gewinnen in einem bestimmten Jahr, sondern berücksichtigt die künftigen Zahlungsströme, mit denen der Investor über den gesamten Investitionszeitraum rechnet. Er ist definiert als der Abzinsungssatz, bei dem der Kapitalwert mehrerer Zahlungsströme null beträgt;

⁵⁹ Der Barwert ist die Differenz zwischen den im Laufe des Investitionszeitraums anfallenden positiven und negativen Zahlungsströmen, die auf die angemessene Rendite (Kapitalkosten) abgezinst werden;

⁶⁰ Es besteht eine perfekte Korrelation zwischen dem Kapitalwert und dem internen Zinsfuß, wenn der interne Zinsfuß den Opportunitätskosten des Investors entspricht. Wenn der Kapitalwert einer Investition positiv ist, bedeutet dies, dass das Vorhaben einen internen Zinsfuß hat, der die erforderliche Rendite (Opportunitätskosten des Investors) übersteigt. In diesem Fall lohnt sich die Investition. Wenn das Vorhaben einen Kapitalwert von null hat, entspricht der interne Zinsfuß der erforderlichen Rendite. In diesem Fall ist es unerheblich, ob der Investor die betreffende Investition tätigt oder in ein anderes Vorhaben investiert. Wenn der Kapitalwert negativ ist, liegt der interne Zinsfuß unter den Kapitalkosten. Dann ist die Investition nicht rentabel genug, da es an anderer Stelle bessere Investitionsmöglichkeiten gibt. Führen der interne Zinsfuß und der Kapitalwert zu unterschiedlichen Investitionsentscheidungen (dies könnte insbesondere bei einander ausschließenden Vorhaben der Fall sein), so sollte im Einklang mit der Marktpraxis die Kapitalwertmethode den Vorzug erhalten, außer wenn erhebliche Unsicherheit in Bezug auf den anwendbaren Abzinsungssatz besteht;

103. Welche Bewertungsmethode am besten geeignet ist, kann von der Marktsituation⁶¹, der Verfügbarkeit von Daten oder der Art der Transaktion abhängen. Während beispielsweise ein Investor mit seiner Investition in ein Unternehmen einen Gewinn anstrebt (und daher wahrscheinlich die IRR oder der NPV die am besten geeignete Methode wäre), will ein Gläubiger sicherstellen, dass der Schuldner die geschuldeten Beträge (Kapital und Zinsen) innerhalb der vertraglich und gesetzlich festgesetzten Frist zahlt⁶² (so dass eher die Bewertung der Sicherheiten, zum Beispiel auf der Grundlage des Substanzwerts, von Belang sein könnte). Beim Verkauf von Grundstücken reicht grundsätzlich ein vor den Verkaufsverhandlungen eingeholtes Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen aus, um auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktwert zu ermitteln⁶³.
104. Die Methoden für die Ermittlung der IRR oder des NPV einer Investition führen typischerweise nicht zu einem genauen zu akzeptierenden Wert, sondern zu einer Spanne möglicher Werte (die von den in der Bewertungsmethode berücksichtigten wirtschaftlichen, rechtlichen und sonstigen besonderen Merkmalen der Transaktion abhängen). Wenn das Ziel der Bewertung darin besteht zu prüfen, ob die staatliche Maßnahme den Marktbedingungen entspricht, empfiehlt es sich in der Regel, Maße für die zentrale Tendenz wie den Durchschnitt oder den Median vergleichbarer Transaktionen in Erwägung zu ziehen.
105. Umsichtige marktwirtschaftlich handelnde Wirtschaftsbeteiligte prüfen ihre Maßnahmen grundsätzlich nach verschiedenen Methoden, um die Schätzungen zu bestätigen (zum Beispiel werden NPV-Berechnungen mit Benchmarking-Methoden validiert). Wenn die verschiedenen Methoden denselben Wert ergeben, ist dies ein weiterer Anhaltspunkt dafür, dass ein echter Marktpreis ermittelt wurde. Das Vorliegen einander ergänzender Bewertungsmethoden, deren Ergebnisse sich gegenseitig bestätigen, wird daher bei der Prüfung der Marktkonformität einer Transaktion als positiver Faktor angesehen.

Nach der ständigen Rechtsprechung ist bei der Prüfung der Frage der beihilferechtlichen Relevanz einer staatlichen Beteiligung, der Gewährung von Darlehen und/oder sonstigen Verfügungen über öffentliche Mittel zu hinterfragen, ob ein privater Kapitalgeber unter vergleichbaren Umständen eine gleichartige Transaktion vorgenommen hätte⁶⁴. Die Unionsgerichte haben in diesem Zusammen-

⁶¹ Im Falle der Abwicklung eines Unternehmens könnte z.B. eine Bewertung auf der Grundlage des Liquiditäts- oder des Substanzwerts die am besten geeignete Methode sein;

⁶² Siehe z. B. Urteil des Gerichtshofs vom 29. April 1999, Spanien/Kommission, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, Rn 46; Urteil des Gerichtshofs vom 29. Juni 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, Rn 24;

⁶³ Wenn die vergleichende Methode (Benchmarking) nicht geeignet ist und der Grundstückswert mit anderen allgemein anerkannten Methoden nicht genau ermittelt werden kann, könnte eine alternative Methode wie das von Deutschland vorgeschlagene Vergleichspreissystem angewandt werden (das im Beschluss der Kommission über die staatliche Beihilfe SA.33167 — Methode zur Wertermittlung bei Verkäufen landwirtschaftlicher Flächen durch die öffentliche Hand (ABl. C 43 vom 15.2.2013, S. 7) für land- und forstwirtschaftliche Grundstücke genehmigt wurde). Zu den Beschränkungen anderer Methoden siehe Urteil des Gerichtshofs vom 16. Dezember 2010, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, ECLI:EU:C:2010:778, Rn 52;

⁶⁴ vgl. EuG, Urteil vom 24.9.2008, Rs T-20/03, Kahla/Thüringen Porzellan;

hang allerdings präzisiert, dass die Mitgliedstaaten im Gegensatz zu bestimmten privaten Investoren weniger an einer sofortigen, als an einer längerfristigen Rentabilität ihrer Investitionen interessiert sein können. Ihr Verhalten als öffentliche Kapitalgeber kann also nicht mit dem Verhalten von privaten Investoren mit einer kurzfristigen Perspektive gleichgesetzt werden. Es muss mit dem Verhalten von Holdinggesellschaften oder privaten Unternehmensgruppen verglichen werden, deren Rentabilitätsdenken in Übereinstimmung mit einer gesamtwirtschaftlichen oder sektoralen Politik, die für ihr Geschäftsgebaren charakteristisch ist, auf längere Sicht angelegt ist⁶⁵.

5.1.3. Art. 106 Abs. 2 AEUV

Art. 106 Abs. 2 AEUV lautet:

Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft.

Art. 106 Abs. 2 enthält also eine Sonderregelung für Finanzmonopole und Unternehmer, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind. Die Bestimmung hatte ursprünglich öffentliche Unternehmen oder Unternehmen mit besonderen und ausschließlichen Rechten im Auge, aber auch Privatunternehmen können mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut werden.

Es war eine Zeit lang in der Judikatur umstritten, ob Art. 106 Abs. 2 AEUV unmittelbare Geltung besitzt, zwischenzeitig ist das aber unbestritten, auch nationale Gerichte können Art. 106 Abs. 2 unmittelbar anwenden⁶⁶.

5.1.3.1. Abgrenzung

Abzugrenzen sind vorderhand Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse werden von den Staaten zur Erfüllung ihrer staatlichen Aufgaben erbracht, es han-

⁶⁵ vgl. EuGH, Slg. 1991, 1603 Alfa Romeo;

⁶⁶ vgl. EuGH, Slg. 1994, I-1477, Rn 50;

delt sich in der Regel um hoheitliche Tätigkeiten, dem Staat stehen Zwangsmittel zur Verfügung.

Zu nennen wären hier Polizei, ebenso wie die Gerichtsbarkeit, der Strafvollzug und das hoheitliche Bildungssystem.

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind also Dienstleistungen, für die kein Markt besteht, selbst wenn sie von einem beliebigen Privatunternehmer erbracht werden, steht dieser nicht mit anderen Unternehmen im Wettbewerb.

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – in der Folge *DAWI* genannt – unterliegen grundsätzlich auch dem Beihilferecht der Union, es bestehen jedoch Sonderregelungen.

Weder das Primärrecht, noch das Sekundärrecht enthalten eine Auflistung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Die Beurteilung, ob eine Dienstleistung als *DAWI* zu qualifizieren ist, obliegt grundsätzlich den Mitgliedsstaaten, die Überwachungs- und Prüfkompetenz der Kommission beschränkt sich auf die Prüfung offenkundiger Fehlentscheidungen.

Generell muss eine *DAWI* folgende Merkmale aufweisen:

- Wichtigkeit für die Nutzer im täglichen Leben;
- Zugänglichkeit für alle interessierten Nutzer;
- diskriminierungsfreie Erbringung, Nutzung für Jedermann zu gleichen Preisen und Bedingungen;
- Marktversagen, die Dienstleistung wird nicht bereits in ausreichender Qualität und Quantität von anderen Marktteilnehmern erbracht.

5.1.3.2. Altmark Trans Urteil

Das Regime für *DAWI*, die durch Privatunternehmen erbracht werden, beruht auf den Tatbestandsmerkmalen, die der EuGH in seinem Urteil *Altmark Trans*⁶⁷ festgelegt hat. Vier Tatbestandsmerkmale müssen kumulativ vorliegen:

⁶⁷ vgl. EuGH, Slg. 2003, I-774, *Altmark Trans GmbH*;

- das begünstigte Unternehmen ist tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen vertraut und diese Verpflichtungen sind klar definiert;
- die Parameter, die zur Berechnung der Ausgleichzahlung herangezogen werden, sind im Betrauungsakt objektiv und transparent definiert, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das erbringende Unternehmen gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt;
- es darf keine Überkompensation und/oder Quersubventionierung eintreten, die Kosten der Ausgleichszahlung dürfen nicht die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, unter Berücksichtigung der erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinnes, übersteigen, und
- die Auswahl des Unternehmens, welches mit der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut werden soll, wird im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge ausgewählt, oder aber die veranschlagten Kosten werden auf Basis eines Vergleiches mit einem durchschnittlich ausgestatteten und gut geführten Unternehmen verglichen und festgesetzt.

Auf Unionsebene wurde die Altmark Trans Rechtsprechung vorerst im sogenannten Monti-Paket umgesetzt, insbesondere den *Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (2005/C 297/04)*, und die *Entscheidung der Kommission vom 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (2005/842/EG)*. Die aktuelle Rechtslage wurde durch das DAWI-Paket⁶⁸ aus dem Jahr 2012 (zweitausendzwoölf) geschaffen, ist

⁶⁸ Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. L 114/8 vom 26.04. 2012, Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2012 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (2012/21/EU), ABl. L 7/3 vom 11.01.2012, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. C/4 vom 11.01.2012, Mittei-

aber hier – wegen der Sondernorm des Art. 93 AEUV – nicht von Interesse.

5.1.3.3. Betrauungsakt

Die Anwendbarkeit des Art. 106 Abs. 2 AEUV setzt das Vorliegen eines hinreichend klaren Betrauungsaktes voraus. In der Literatur wird diesbezüglich auf das erste Altmark-Kriterium verwiesen.

Die Rechtsprechung hat klargestellt, dass es dem nationalen Gesetzgeber freigestellt ist, die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse an einen Rechtsträger zu übertragen.

Grundsätzlich ist die Rechtsform der Betrauung unerheblich. Die Unionsgerichte haben jedoch wiederholt darauf abgestellt, ob ein Unternehmen *durch Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt* betraut worden ist⁶⁹. Das EuG hat die Meinung vertreten, dass *gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aber nur durch einen Akt hoheitlicher Gewalt auferlegt werden können*⁷⁰.

In der Literatur wird mehrfach darauf verwiesen, dass diese enge Interpretation mit einem funktionellen Rechtsnormenverständnis nicht vereinbar sei, zumal die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht in den Mitgliedstaaten unterschiedlich und auch das Unionsrecht nicht scharf abgegrenzt sei⁷¹.

In Art. 4 des Beschlusses der Kommission vom 20. (zwanzigsten) Dezember 2011 (zweitausendelf), 2012/21/EU wird in Art. 4 *expressis verbis* festgelegt, dass die Form des Betrauungsaktes von den einzelnen Mitgliedstaaten festgelegt werden kann. Als Betrauungsakt käme also auch ein privatrechtlicher Akt, wie beispielsweise ein Gesellschafterbeschluss, ein Vertrag, eine Konzession, etc. in Betracht.

lung der Kommission Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011) (2012/C 8/03), ABl. C 8/15 vom 11.01.2012;

⁶⁹ vgl. dazu ausführlich Storr, Europäisches Beihilferecht, *Birnstiel, Bungenberg, Heinrich (Hrsg.)*, Rz 2614 ff.;

⁷⁰ vgl. EuG, Slg 2005, II-2031, Rn 198, *Fred Olsen*;

⁷¹ vgl. dazu Storr, aao, Rz 2417ff;

5.1.4. Art. 93 AEUV

5.1.4.1. Sondernorm

Art. 93 AEUV erklärt Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen, vereinbar mit den Verträgen.

Art. 93 AEUV stellt im Verhältnis zu den primärrechtlichen Rechtsvorschriften von Art. 106 Abs. 2 AEUV, sowie Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV eine, unter anderem für den Bereich des Straßen-, Schienen- und Binnenschiffverkehrs, geltende *lex specialis* dar. Anwendbar ist Art. 93 AEUV ausschließlich auf Beihilfen, die im Zusammenhang mit der Koordinierung des Verkehrs und/oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen, begehrt werden.

In Hinblick auf den Ausgleich von Kosten, die mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen einhergehen, ist Art. 93 AEUV nicht unmittelbar anwendbar, sondern nur im Umfang der jeweiligen sekundärrechtlichen Ausprägung.

Die sekundärrechtliche Ausprägung findet sich unter anderem in der PSO⁷², in den Erwägungsgründen wird auch auf das Verhältnis von Art. 93 AEUV zu Art. 106 Abs. 2 AEUV eingegangen.

- (2) *Artikel 86 Absatz 2 des Vertrags⁷³ bestimmt, dass für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Vorschriften des Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, gelten, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert.*
- (3) *Artikel 73 des Vertrags⁷⁴ stellt eine Sondervorschrift zu Artikel 86 Absatz 2 dar. Darin sind Regeln für die Abgeltung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Bereich des Landverkehrs festgelegt.*
- (4) *Die Hauptziele des Weißbuchs der Kommission vom 12. September 2001 „Die Europäische Verkehrspolitik bis 2010: Wei-*

⁷² Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates ABl. L315 vom 03.12.2007, idF. Verordnung (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 14. Dezember 2016, ABl. L354, S.22;

⁷³ nunmehr Art. 106 Abs. 2 AEUV;

⁷⁴ nunmehr Art. 93 AEUV;

chenstellungen für die Zukunft“ sind die Gewährleistung sicherer, effizienter und hochwertiger Personenverkehrsdienste durch einen regulierten Wettbewerb, der auch die Transparenz und Leistungsfähigkeit öffentlicher Personenverkehrsdienste garantiert, und zwar unter Berücksichtigung sozialer, umweltpolitischer und raumplanerischer Faktoren, oder das Angebot spezieller Tarifbedingungen zugunsten bestimmter Gruppen von Reisenden, wie etwa Rentner, und die Beseitigung von Ungleichheiten zwischen Verkehrsunternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten, die den Wettbewerb wesentlich verfälschen könnten.

...

(34) Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen können sich im Bereich des Personenlandverkehrs als erforderlich erweisen, damit die mit öffentlichen Dienstleistungen betrauten Unternehmen gemäß festgelegten Grundsätzen und unter Bedingungen tätig sein können, die ihnen die Erfüllung ihrer Aufgaben ermöglichen. Diese Ausgleichsleistungen können unter bestimmten Voraussetzungen gemäß Artikel 73 des Vertrags mit dem Vertrag vereinbar sein. Zum einen müssen sie gewährt werden, um die Erbringung von Diensten sicherzustellen, die Dienste von allgemeinem Interesse im Sinne des Vertrags sind. Um ungerechtfertigte Wettbewerbsverfälschungen zu vermeiden, darf die Ausgleichsleistung zum anderen nicht den Betrag übersteigen, der notwendig ist, um die Nettokosten zu decken, die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursacht werden, wobei den dabei erzielten Einnahmen sowie einem angemessenen Gewinn Rechnung zu tragen ist.

(35) Die von den zuständigen Behörden in Übereinstimmung mit dieser Verordnung gewährten Ausgleichsleistungen können daher von der Pflicht zur vorherigen Unterrichtung nach Artikel 88⁷⁵ Absatz 3 des Vertrags ausgenommen werden.

5.1.4.2. PSO

Die Regelungen in der PSO lauten, soweit für dieses Gutachten von Interesse, wie folgt:

Artikel 2 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck

...

- a) *„öffentlicher Personenverkehr“ Personenbeförderungsleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die für die Allgemeinheit diskriminierungsfrei und fortlaufend erbracht werden;*
- b) *„zuständige Behörde“ jede Behörde oder Gruppe von Behörden eines oder mehrerer Mitgliedstaaten, die zur Intervention im öffentlichen*

⁷⁵ nunmehr Art. 108 Abs. 3 AEUV;

Personenverkehr in einem bestimmten geografischen Gebiet befugt ist, oder jede mit einer derartigen Befugnis ausgestattete Einrichtung;

...

h) „Direktvergabe“ die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens;

...

j) „interner Betreiber“ eine rechtlich getrennte Einheit, über die eine zuständige örtliche Behörde — oder im Falle einer Gruppe von Behörden wenigstens eine zuständige örtliche Behörde — eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht;

...

Artikel 3

Öffentliche Dienstleistungsaufträge und allgemeine Vorschriften

- (1) *Gewährt eine zuständige Behörde dem ausgewählten Betreiber ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistungen gleich welcher Art für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, so erfolgt dies im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags.*
- (2) *Abweichend von Absatz 1 können gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen auch Gegenstand allgemeiner Vorschriften sein. Die zuständige Behörde gewährt den Betreibern eines öffentlichen Dienstes gemäß den in den Artikeln 4 und 6 und im Anhang festgelegten Grundsätzen eine Ausgleichsleistung für die — positiven oder negativen — finanziellen Auswirkungen auf die Kosten und Einnahmen, die auf die Erfüllung der in den allgemeinen Vorschriften festgelegten tariflichen Verpflichtungen zurückzuführen sind; dabei vermeidet sie eine übermäßige Ausgleichsleistung. Dies gilt ungeachtet des Rechts der zuständigen Behörden, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen in öffentliche Dienstleistungsaufträge aufzunehmen.*

...

Artikel 4

Obligatorischer Inhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge und allgemeiner Vorschriften

- (1) *In den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und den allgemeinen Vorschriften*
- a) sind die vom Betreiber eines öffentlichen Dienstes zu erfüllenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die in dieser Verordnung definiert und gemäß Artikel 2a dieser Verordnung spezifiziert sind, und die betreffenden geografischen Geltungsbereiche klar festzulegen;*
 - b) sind zuvor in objektiver und transparenter Weise aufzustellen:*
 - i) die Parameter, anhand deren gegebenenfalls die Ausgleichsleistung berechnet wird, und*

ii) die Art und der Umfang der gegebenenfalls gewährten Ausschließlichkeit; dabei ist eine übermäßige Ausgleichsleistung zu vermeiden

Bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die nicht gemäß Artikel 5 Absatz 1, Absatz 3 oder Absatz 3b vergeben werden, werden diese Parameter so bestimmt, dass die Ausgleichsleistung den Betrag nicht übersteigen kann, der erforderlich ist, um die finanziellen Nettoauswirkungen auf die Kosten und Einnahmen zu decken, die auf die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zurückzuführen sind, wobei die vom Betreiber eines öffentlichen Dienstes erzielten und einbehaltenen Einnahmen und ein angemessener Gewinn berücksichtigt werden;

- (2) In den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und den allgemeinen Vorschriften sind die Durchführungsvorschriften für die Aufteilung der Einnahmen aus dem Fahrscheinverkauf festzulegen, die entweder beim Betreiber eines öffentlichen Dienstes verbleiben, an die zuständige Behörde übergehen oder unter ihnen aufgeteilt werden.*
- (3) Die öffentlichen Dienstleistungsaufträge sind befristet und haben eine Laufzeit von höchstens zehn Jahren für Busverkehrsdienste und von höchstens 15 Jahren für Personenverkehrsdienste mit der Eisenbahn oder anderen schienengestützten Verkehrsträgern. Die Laufzeit von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die mehrere Verkehrsträger umfassen, ist auf 15 Jahre beschränkt, wenn der Verkehr mit der Eisenbahn oder anderen schienengestützten Verkehrsträgern mehr als 50 % des Werts der betreffenden Verkehrsdienste ausmacht.*
- (4) Falls erforderlich kann die Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags unter Berücksichtigung der Amortisierungsdauer der Wirtschaftsgüter um höchstens 50 % verlängert werden, wenn der Betreiber eines öffentlichen Dienstes einen wesentlichen Anteil der für die Erbringung der Personenverkehrsdienste, die Gegenstand des öffentlichen Dienstleistungsauftrags sind, insgesamt erforderlichen Wirtschaftsgüter bereitstellt und diese vorwiegend an die Personenverkehrsdienste gebunden sind, die von dem Auftrag erfasst werden.*

Falls dies durch Kosten, die aus der besonderen geografischen Lage entstehen, gerechtfertigt ist, kann die Laufzeit der in Absatz 3 beschriebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträge in den Gebieten in äußerster Randlage um höchstens 50 % verlängert werden.

Falls dies durch die Abschreibung von Kapital in Verbindung mit außergewöhnlichen Investitionen in Infrastruktur, Rollmaterial oder Fahrzeuge gerechtfertigt ist und der öffentliche Dienstleistungsauftrag in einem fairen wettbewerblichen Vergabeverfahren vergeben wurde, kann ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag eine längere Laufzeit haben. Zur Gewährleistung der Transparenz in diesem Fall muss die zuständige Behörde der Kommission innerhalb von einem Jahr nach Abschluss des Vertrags den öffentlichen Dienstleistungsauftrag und die Elemente, die seine längere Laufzeit rechtfertigen, übermitteln.

- (4a) Bei der Ausführung von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen halten Betreiber eines öffentlichen Dienstes die nach dem Unionsrecht, dem nationalen Recht oder Tarifverträgen geltenden sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen ein.*

- (4b) Die Richtlinie 2001/23/EG findet Anwendung auf den Wechsel des Betreibers eines öffentlichen Dienstes, wenn ein solcher Wechsel einen Unternehmensübergang im Sinne jener Richtlinie darstellt.

...

Artikel 5

Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge

- (1) Öffentliche Dienstleistungsaufträge werden nach Maßgabe dieser Verordnung vergeben. Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen werden jedoch gemäß den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren vergeben, sofern die Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne jener Richtlinien annehmen. Werden Aufträge nach den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG vergeben, so sind die Absätze 2 bis 6 des vorliegenden Artikels nicht anwendbar.
- (2) Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, kann jede zuständige örtliche Behörde – unabhängig davon, ob es sich dabei um eine einzelne Behörde oder eine Gruppe von Behörden handelt, die integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste anbietet – entscheiden, selbst öffentliche Personenverkehrsdienste zu erbringen oder öffentliche Dienstleistungsaufträge direkt an eine rechtlich getrennte Einheit zu vergeben, über die die zuständige örtliche Behörde – oder im Falle einer Gruppe von Behörden wenigstens eine zuständige örtliche Behörde – eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht. Im Falle öffentlicher Schienenpersonenverkehrsdienste kann die im ersten Unterabsatz genannte Gruppe von Behörden ausschließlich aus zuständigen örtlichen Behörden bestehen, deren geografischer Zuständigkeitsbereich sich nicht auf das gesamte Staatsgebiet erstreckt. Der in Unterabsatz 1 genannte öffentliche Personenverkehrsdienst oder öffentliche Dienstleistungsauftrag darf nur den Verkehrsbedarf städtischer Ballungsräume und ländlicher Gebiete oder beides decken.

Fasst eine zuständige örtliche Behörde diesen Beschluss, so gilt Folgendes:

- a) Um festzustellen, ob die zuständige örtliche Behörde diese Kontrolle ausübt, sind Faktoren zu berücksichtigen, wie der Umfang der Vertretung in Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremien, diesbezügliche Bestimmungen in der Satzung, Eigentumsrechte, tatsächlicher Einfluss auf und tatsächliche Kontrolle über strategische Entscheidungen und einzelne Managemententscheidungen. Im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht ist zur Feststellung, dass eine Kontrolle im Sinne dieses Absatzes gegeben ist, — insbesondere bei öffentlich-privaten Partnerschaften — nicht zwingend erforderlich, dass die zuständige Behörde zu 100 % Eigentümer ist, sofern ein beherrschender öffentlicher Einfluss besteht und aufgrund anderer Kriterien festgestellt werden kann, dass eine Kontrolle ausgeübt wird.
- b) Die Voraussetzung für die Anwendung dieses Absatzes ist, dass der interne Betreiber und jede andere Einheit, auf die dieser Betreiber einen auch nur geringfügigen Einfluss ausübt, ihre öffentlichen Personenverkehrsdienste innerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen örtlichen Behörde ausführen – ungeachtet der abgehenden Linien oder sonstiger Teildienste, die in das Zu-

ständigkeitsgebiet benachbarter zuständiger örtlicher Behörden führen – und nicht an außerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen örtlichen Behörde organisierten wettbewerblichen Vergabeverfahren für die Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten teilnehmen.

- c) *Ungeachtet des Buchstabens b kann ein interner Betreiber frühestens zwei Jahre vor Ablauf des direkt an ihn vergebenen Auftrags an fairen wettbewerblichen Vergabeverfahren teilnehmen, sofern endgültig beschlossen wurde, die öffentlichen Personenverkehrsdienste, die Gegenstand des Auftrags des internen Betreibers sind, im Rahmen eines fairen wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu vergeben und der interne Betreiber nicht Auftragnehmer anderer direkt verbogener öffentlicher Dienstleistungsaufträge ist.*
 - d) *Gibt es keine zuständige örtliche Behörde, so gelten die Buchstaben a, b und c für die nationalen Behörden in Bezug auf ein geografisches Gebiet, das sich nicht auf das gesamte Staatsgebiet erstreckt, sofern der interne Betreiber nicht an wettbewerblichen Vergabeverfahren für die Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten teilnimmt, die außerhalb des Gebiets, für das der öffentliche Dienstleistungsauftrag erteilt wurde, organisiert werden.*
 - e) *Kommt eine Unterauftragsvergabe nach Artikel 4 Absatz 7 in Frage, so ist der interne Betreiber verpflichtet, den überwiegenden Teil des öffentlichen Personenverkehrsdienstes selbst zu erbringen.*
- (3) *Werden die Dienste Dritter, die keine internen Betreiber sind, in Anspruch genommen, so müssen die zuständigen Behörden die öffentlichen Dienstleistungsaufträge außer in den in den Absätzen 3a, 4, 4a, 4b, 5 und 6 vorgesehenen Fällen im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben. Das für die wettbewerbliche Vergabe angewandte Verfahren muss allen Betreibern offenstehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen. Nach Abgabe der Angebote und einer eventuellen Vorauswahl können in diesem Verfahren unter Einhaltung dieser Grundsätze Verhandlungen geführt werden, um festzulegen, wie der Besonderheit oder Komplexität der Anforderungen am besten Rechnung zu tragen ist.*
- (3a) *Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, kann bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen für öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste, die im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben werden, die zuständige Behörde entscheiden, vorübergehend neue Aufträge direkt zu vergeben, wenn sie der Auffassung ist, dass die direkte Vergabe durch außergewöhnliche Umstände gerechtfertigt ist. Derartige außergewöhnliche Umstände umfassen auch Fälle, in denen*
- *eine Reihe wettbewerblicher Vergabeverfahren bereits von der zuständigen Behörde oder anderen zuständigen Behörden durchgeführt werden, die die Zahl und die Qualität der Angebote beeinträchtigen könnten, welche voraussichtlich eingehen, wenn der Auftrag im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben würde, oder*
 - *Änderungen am Umfang eines oder mehrerer öffentlicher Dienstleistungsaufträge erforderlich sind, um die Erbringung öffentlicher Dienste zu optimieren.*

Die zuständige Behörde erlässt eine mit Gründen versehene Entscheidung und unterrichtet die Kommission unverzüglich hiervon.

Die Laufzeit der gemäß diesem Absatz vergebenen Aufträge muss in einem angemessenen Verhältnis zu dem jeweiligen außergewöhnlichen Umstand stehen und darf in keinem Fall fünf Jahre überschreiten.

Die zuständige Behörde veröffentlicht solche Aufträge, wobei sie den legitimen Schutz vertraulicher Geschäftsinformationen und geschäftlicher Interessen berücksichtigt.

Der nachfolgende Auftrag für dieselben gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen wird nicht auf der Grundlage dieser Bestimmung vergeben.

...

(4a) Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, kann die zuständige Behörde entscheiden, öffentliche Dienstleistungsaufträge für öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste direkt zu vergeben, wenn

- a) ihres Erachtens die Direktvergabe aufgrund der jeweiligen strukturellen und geografischen Merkmale des Marktes und des betreffenden Netzes, und insbesondere der Größe, Nachfrage-merkmale, Netzkomplexität, technischen und geografischen Abgeschnitten- bzw. Abgeschiedenheit sowie der von dem Auftrag abgedeckten Dienste gerechtfertigt ist und*
- b) ein derartiger Auftrag zu einer Verbesserung der Qualität der Dienste oder der Kosteneffizienz oder beidem im Vergleich zu dem zuvor vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag führen würde.*

Auf dieser Grundlage veröffentlicht die zuständige Behörde eine mit Gründen versehene Entscheidung und unterrichtet die Kommission innerhalb eines Monats nach der Veröffentlichung hiervon. Die zuständige Behörde kann die Vergabe des Auftrags fortsetzen. Bei den Mitgliedstaaten, bei denen am 24. Dezember 2017 das maximale jährliche Verkehrsaufkommen weniger als 23 Mio. Zugkilometer beträgt und auf nationaler Ebene nur eine zuständige Behörde und nur ein Dienstleistungsauftrag für öffentliche Personenverkehrsdienste besteht, der das gesamte Netz umfasst, wird davon ausgegangen, dass sie die Bedingungen gemäß Buchstabe a erfüllen. Wenn eine zuständige Behörde aus einem dieser Mitgliedstaaten beschließt, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag direkt zu vergeben, so unterrichtet der betreffende Mitgliedstaat die Kommission hiervon. Das Vereinigte Königreich kann beschließen, diesen Unterabsatz auf Nordirland anzuwenden.

Wenn die zuständige Behörde beschließt, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag direkt zu vergeben, legt sie messbare, transparente und überprüfbare Leistungsanforderungen fest. Diese Anforderungen werden in den Auftrag aufgenommen.

Die Leistungsanforderungen erstrecken sich insbesondere auf folgende Aspekte: Pünktlichkeit der Dienste, Frequenz des Zugbetriebs, Qualität des Rollmaterials und Personenbeförderungskapazität.

Der Auftrag muss spezifische Leistungsindikatoren beinhalten, die der zuständigen Behörde regelmäßige Bewertungen ermöglichen. Der Auftrag muss außerdem wirksame und abschreckende Maßnahmen beinhalten.

ten, die zu verhängen sind, wenn das Eisenbahnunternehmen die Leistungsanforderungen nicht erfüllt.

Die zuständige Behörde führt regelmäßig Bewertungen durch, ob das Eisenbahnunternehmen seine Ziele hinsichtlich der Erfüllung der im Auftrag festgelegten Leistungsanforderungen erreicht hat, und gibt ihre Erkenntnisse öffentlich bekannt. Diese regelmäßigen Bewertungen finden mindestens alle fünf Jahre statt. Die zuständige Behörde ergreift rechtzeitig angemessene Maßnahmen, einschließlich der Verhängung wirksamer und abschreckender Vertragsstrafen, falls die erforderlichen Verbesserungen bei der Qualität der Dienste oder der Kosteneffizienz oder beidem nicht verwirklicht werden. Die zuständige Behörde kann den nach dieser Bestimmung vergebenen Auftrag jederzeit ganz oder teilweise aussetzen oder kündigen, wenn der Betreiber die Leistungsanforderungen nicht erfüllt

(4b) Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, kann die zuständige Behörde entscheiden, öffentliche Dienstleistungsaufträge für öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste direkt zu vergeben, wenn diese nur den Betrieb von Schienenpersonenverkehrsdiensten durch einen Betreiber betreffen, der gleichzeitig die gesamte Eisenbahninfrastruktur, auf der die Dienstleistungen erbracht werden, oder den größten Teil davon verwaltet, wenn diese Eisenbahninfrastruktur gemäß Artikel 2 Absatz 3 Buchstabe a oder b der Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates (1) von der Anwendung der Artikel 7, 7a, 7b, 7c, 7d, 8 und 13 sowie des Kapitels IV jener Richtlinie ausgenommen ist.

Abweichend von Artikel 4 Absatz 3 darf die Laufzeit der gemäß diesem Absatz und gemäß Absatz 4a direkt vergebenen Aufträge zehn Jahre nicht überschreiten, es sei denn, Artikel 4 Absatz 4 findet Anwendung.

Die gemäß diesem Absatz und gemäß Absatz 4a vergebenen Aufträge werden veröffentlicht, wobei der legitime Schutz vertraulicher Geschäftsinformationen und geschäftlicher Interessen zu berücksichtigen ist.

...

(7) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die gemäß den Absätzen 2 bis 6 getroffenen Entscheidungen wirksam und rasch auf Antrag einer Person überprüft werden können, die ein Interesse daran hat bzw. hatte, einen bestimmten Auftrag zu erhalten, und die angibt, durch einen Verstoß dieser Entscheidungen gegen Gemeinschaftsrecht oder nationale Vorschriften zur Durchführung des Gemeinschaftsrechts geschädigt zu sein oder geschädigt werden zu können.

Für Fälle gemäß den Absätzen 4a und 4b beinhalten diese Maßnahmen die Möglichkeit, eine Bewertung der von der zuständigen Behörde getroffenen und mit Gründen versehenen Entscheidung durch eine von dem betreffenden Mitgliedstaat benannte unabhängige Stelle zu verlangen. Das Ergebnis dieser Bewertung wird im Einklang mit nationalem Recht öffentlich zugänglich gemacht.

Sind die für die Nachprüfungsverfahren zuständigen Stellen keine Gerichte, so sind ihre Entscheidungen stets schriftlich zu begründen. In einem solchen Fall ist ferner zu gewährleisten, dass Beschwerden aufgrund rechtswidriger Handlungen der Nachprüfungsstellen oder aufgrund fehlerhafter Ausübung der diesen übertragenen Befugnisse der gerichtli-

chen Überprüfung oder der Überprüfung durch andere Stellen, die Gerichte im Sinne von Artikel 234 des Vertrags und unabhängig von der vertragsschließenden Behörde und der Nachprüfungsstellen sind, unterzogen werden können.

...

Artikel 6

Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

- (1) Jede Ausgleichsleistung im Zusammenhang mit einer allgemeinen Vorschrift oder einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag entspricht unabhängig von den Vergabemodalitäten dem Artikel 4. Jede wie auch immer beschaffene Ausgleichsleistung im Zusammenhang mit einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag, der nicht gemäß Artikel 5 Absatz 1, Absatz 3 oder Absatz 3b vergeben wurde oder im Zusammenhang mit einer allgemeinen Vorschrift steht, unterliegt darüber hinaus den Bestimmungen des Anhangs.
- (2) Die Mitgliedstaaten übermitteln der Kommission auf deren schriftliche Aufforderung binnen drei Monaten oder einer anderen in der Aufforderung gesetzten längeren Frist alle Informationen, die diese für erforderlich hält, um festzustellen, ob eine gewährte Ausgleichsleistung mit dieser Verordnung vereinbar ist.

...

Artikel 9

Vereinbarkeit mit dem Vertrag

- (1) Eine gemäß dieser Verordnung gewährte Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen beim Betrieb öffentlicher Personenverkehrsdienste oder für die Einhaltung von in allgemeinen Vorschriften festgelegten tariflichen Verpflichtungen muss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein. Diese Ausgleichsleistungen sind von der Pflicht zur vorherigen Unterrichtung nach Artikel 88 Absatz 3 des Vertrags befreit.
- (2) Unbeschadet der Artikel 73, 86, 87 und 88 des Vertrags können die Mitgliedstaaten weiterhin andere als die von dieser Verordnung erfassten Beihilfen für den Verkehrssektor nach Artikel 73 des Vertrags gewähren, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen, und zwar insbesondere
- a) bis zum Inkrafttreten gemeinsamer Vorschriften über die Zuordnung der Infrastrukturkosten, wenn die Beihilfe Unternehmen gewährt wird, die Kosten für die von ihnen benutzte Infrastruktur zu tragen haben, während andere Unternehmen derartigen Belastungen nicht unterworfen sind. Bei der Festlegung des entsprechenden Beihilfebetrags werden die Infrastrukturkosten berücksichtigt, die konkurrierende Verkehrsträger nicht zu tragen haben;
 - b) wenn mit der Beihilfe die Erforschung oder die Entwicklung von für die Gemeinschaft insgesamt wirtschaftlicheren Verkehrssystemen und -technologien gefördert werden soll.

Solche Beihilfen sind auf das Forschungs- und Entwicklungsstadium zu beschränken und dürfen nicht für die kommerzielle Nutzung dieser Verkehrssysteme und -technologien gewährt werden.

Die PSO wurde nach Erlassung des Altmark Trans Urteiles⁷⁶ beschlossen und stellt Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungsaufträge im Personennahverkehr frei, in Art. 5 Abs. 2 enthält die PSO eine Regelung betreffend die In-House-Vergabe, die vom allgemeinen Vergaberegime abweicht.

In der Rechtssache C-614/20⁷⁷ hielt der EuGH fest, dass Art. 3 Abs. 2 und Nr. 2 des Anhangs der PSO wie folgt auszulegen sind:

Ausgleichsleistungen für die – positiven oder negativen – finanziellen Auswirkungen auf die Kosten und Einnahmen, die auf die Erfüllung der in allgemeinen Vorschriften festgelegten tariflichen Verpflichtungen zurückzuführen sind, sind gemäß den in Art. 4, Art. 6 und im Anhang dieser Verordnung genannten Grundsätzen zu gewähren, um eine übermäßige Ausgleichsleistung zu vermeiden. Die Ausgleichsleistung darf den Betrag nicht überschreiten, der dem finanziellen Nettoeffekt der Summe aller (positiven oder negativen) Auswirkungen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auf die Kosten und Einnahmen des Betreibers eines öffentlichen Dienstes entspricht. Die Auswirkungen werden beurteilt anhand des Vergleichs der Situation bei Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung mit der Situation, die vorläge, wenn die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung nicht erfüllt worden wäre.

In der Rechtssache C-390/22⁷⁸ hielt der EuGH fest, dass Art. 4 Abs. 1 lit. b PSO dahingehend auszulegen sei, dass *einer Regelung eines Mitgliedstaates entgegenstehe, nach der einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes eine Ausgleichsleistung durch die zuständige Behörde im Rahmen der Erfüllung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nur gewährt werden kann, wenn die dieser Ausgleichsleistung entsprechenden Mittel im Haushaltsgesetz dieses Mitgliedstaates für das betreffende Jahr vorgesehen und an diese Behörde gezahlt worden sind.*

Die Verpflichtung zur Leistung von Ausgleichszahlungen gemäß den Festlegungen der PSO besteht also absolut und unabhängig davon, ob die für die Ausgleichszahlung erforderlichen Mittel budgetiert wurden.

⁷⁶ EuGH, Slg. 2003, I-774, Altmark Trans GmbH;

⁷⁷ EuGH, Urteil vom 08.09.2022, Rs C-614/20, *Lux Express Estonia vs Majandus- ja Kommunikatsiooniministree-rium*;

⁷⁸ EuGH, Urteil vom 25.01.2024, Rs C-390/22, *Obshtina Pomorie vs „ANHIALO AVTO“ OOD*;

5.2. Österreichisches Recht

5.2.1. Spaltungsgesetz⁷⁹

Die Regelungen des SpaltG lauten, soweit für die vorliegende Stellungnahme von Interesse, wörtlich, wie folgt:

Begriff der Spaltung

- § 1. (1) *Eine Kapitalgesellschaft kann ihr Vermögen nach diesem Bundesgesetz spalten.*
- (2) *Die Spaltung ist möglich*
1. *unter Beendigung ohne Abwicklung der übertragenden Gesellschaft durch gleichzeitige Übertragung aller ihrer Vermögensteile (Vermögensgegenstände, Schulden und Rechtsverhältnisse) im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf andere dadurch gegründete neue Kapitalgesellschaften (Aufspaltung zur Neugründung) oder auf übernehmende Kapitalgesellschaften (Aufspaltung zur Aufnahme) oder*
 2. *unter Fortbestand der übertragenden Gesellschaft durch Übertragung eines oder mehrerer Vermögensteile dieser Gesellschaft im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf eine oder mehrere dadurch gegründete neue Kapitalgesellschaften (Abspaltung zur Neugründung) oder auf übernehmende Kapitalgesellschaften (Abspaltung zur Aufnahme) gegen Gewährung von Anteilen (Aktien oder Geschäftsanteilen) der neuen oder übernehmenden Kapitalgesellschaften an die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft.*
- (3) *Die gleichzeitige Übertragung auf neue und übernehmende Kapitalgesellschaften ist zulässig.*

...

Spaltung zur Aufnahme

- § 17. *Auf die Spaltung zur Aufnahme sind die Vorschriften der §§ 2 bis 16 sinngemäß anzuwenden, soweit im folgenden nichts anderes bestimmt wird:*
1. *An die Stelle des Spaltungsplans (§ 2) tritt der Spaltungs- und Übernahmevertrag, der von den Vorständen der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft bis zur Anmeldung zum Firmenbuch in notariell beurkundeter Form abzuschließen ist;*
 2. *an die Stelle der neuen Gesellschaft tritt die übernehmende Gesellschaft;*
 3. *bei einer Aufspaltung zur Aufnahme und bei einer Abspaltung zur Aufnahme, bei der das Nennkapital der übertragenden Gesellschaft herabgesetzt wird, darf die Spaltung erst eingetragen werden, nachdem die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung eingehalten worden sind;*

⁷⁹ Bundesgesetz über die Spaltung von Kapitalgesellschaften (SpaltG), StF: BGBl. Nr. 304/1996, idgF;

- 3a. *wird bei der übernehmenden Gesellschaft zur Durchführung der Spaltung zur Aufnahme das Nennkapital erhöht, so hat eine Prüfung durch einen oder mehrere Prüfer stattzufinden; § 25 Abs. 3 bis 5 sowie die §§ 26, 27, 42 und 44 gelten sinngemäß. Der Prüfer kann gleichzeitig Spaltungsprüfer sein;*
4. *jene Gläubiger der übertragenden Gesellschaft, deren Forderungen einer übernehmenden Gesellschaft zugewiesen werden, haben zusätzlich zu den Rechten gemäß § 15 Anspruch auf Sicherheitsleistung in sinngemäßer Anwendung von § 226 AktG;*
5. *im übrigen gelten für die übernehmende Gesellschaft die Vorschriften über die Verschmelzung durch Aufnahme sinngemäß, an die Stelle des Verschmelzungsberichts tritt der Spaltungsbericht, an die Stelle der Verschmelzungsprüfung die Spaltungsprüfung. Bei Beteiligung einer Aktiengesellschaft bedarf der Verzicht auf den Spaltungsbericht (§ 4 Abs. 2) und die Spaltungsprüfung (§ 5 Abs. 6) der Zustimmung sämtlicher Anteilhaber aller beteiligten Gesellschaften. § 221a Abs. 5 AktG dritter Satz gilt auch für den Vorstand (Geschäftsführer) der übertragenden Gesellschaft;*
6. *sämtliche Mitglieder des Vorstands der übertragenden Gesellschaft und der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft haben die Spaltung zur Aufnahme zur Eintragung beim Gericht, in dessen Sprengel ihre Gesellschaft den Sitz hat, anzumelden. Die erforderlichen Unterlagen sind der Anmeldung der übertragenden Gesellschaft beizufügen. Wird zur Durchführung der Spaltung zur Aufnahme das Nennkapital erhöht, so sind die hierfür erforderlichen Anmeldungen zur Eintragung in das Firmenbuch mit der Anmeldung der Spaltung gemäß § 12 zu verbinden;*
7. *befinden sich alle Anteile der übertragenden Gesellschaft direkt oder indirekt in der Hand der übernehmenden Gesellschaft(en), so bedarf die Spaltung nicht der Beschlussfassung durch die Anteilhaber der übertragenden Gesellschaft. Findet auch in der übernehmenden Gesellschaft keine Beschlussfassung über die Spaltung zur Aufnahme statt, so darf die Eintragung der Spaltung gemäß § 14 erst erfolgen, wenn bei Aktiengesellschaften seit der Veröffentlichung oder Bereitstellung nach § 7 Abs. 1, 1a und 2 ein Monat, bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung seit Übersendung der Unterlagen nach § 7 Abs. 4 14 Tage vergangen sind.*

5.2.2. Verschmelzung

Die Regelungen über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften finden sich in den §§ 96 ff GmbHG⁸⁰ iVm §§ 219 ff AktG⁸¹.

Die Bestimmungen im GmbHG lauten:

*Verschmelzung
Begriff der Verschmelzung*

§ 96. (1) *Gesellschaften mit beschränkter Haftung können unter Ausschluß der Abwicklung verschmolzen werden. Die Verschmelzung kann erfolgen*

⁸⁰ Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz – GmbHG), StF: RGBl. Nr. 58/1906, idgF;

⁸¹ Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Aktiengesetz – AktG) StF: BGBl. Nr. 98/1965, idgF;
Seite 97

1. durch Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft oder mehrerer Gesellschaften (übertragende Gesellschaften) im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine andere bestehende Gesellschaft (übernehmende Gesellschaft) gegen Gewährung von Geschäftsanteilen dieser Gesellschaft (Verschmelzung durch Aufnahme) oder
 2. durch Übertragung der Vermögen zweier oder mehrerer Gesellschaften (übertragende Gesellschaften) jeweils im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine von ihnen dadurch gegründete neue Gesellschaft gegen Gewährung von Geschäftsanteilen dieser Gesellschaft (Verschmelzung durch Neugründung).
- (2) Soweit im folgenden nichts Abweichendes bestimmt wird, sind die §§ 220 bis 233 AktG sinngemäß anzuwenden.

...

Die Regelungen im AktG lauten:

*Verschmelzung von Aktiengesellschaften
Begriff der Verschmelzung*

- § 219. Aktiengesellschaften können unter Ausschluß der Abwicklung verschmolzen werden. Die Verschmelzung kann erfolgen
1. durch Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft oder mehrerer Gesellschaften (übertragende Gesellschaften) im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf eine andere bestehende Gesellschaft (übernehmende Gesellschaft) gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft (Verschmelzung durch Aufnahme), oder
 2. durch Übertragung der Vermögen zweier oder mehrerer Gesellschaften (übertragende Gesellschaften) im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf eine von ihnen dadurch gegründete neue Gesellschaft gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft (Verschmelzung durch Neugründung).

...

Beschlüsse der Hauptversammlung

- § 221. (1) Der Verschmelzungsvertrag wird nur wirksam, wenn die Hauptversammlung jeder Gesellschaft ihm zustimmt.
- (2) Der Beschluß der Hauptversammlung bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Die Satzung kann eine größere Kapitalmehrheit und weitere Erfordernisse bestimmen.
 - (3) Sind mehrere Gattungen von stimmberechtigten Aktien vorhanden, so bedarf der Beschluss der Hauptversammlung zu seiner Wirksamkeit eines in gesonderter Abstimmung gefassten Beschlusses der Aktionäre jeder Gattung; für diesen gilt Abs. 2.
 - (4) Der Verschmelzungsvertrag (dessen Entwurf) ist in die Niederschrift über den Beschluß aufzunehmen oder dieser als Anlage beizufügen.

...

Anmeldung der Verschmelzung

- § 225. (1) *Der Vorstand jeder Gesellschaft hat die Verschmelzung zur Eintragung beim Gericht, in dessen Sprengel seine Gesellschaft ihren Sitz hat, anzu-melden. Der Anmeldung der übernehmenden Gesellschaft sind in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift beizufügen:*
1. *der Verschmelzungsvertrag;*
 2. *die Niederschriften der Verschmelzungsbeschlüsse;*
 3. *wenn die Verschmelzung einer behördlichen Genehmigung bedarf, die Genehmigungsurkunde;*
 4. *die Verschmelzungsberichte (§ 220a);*
 5. *die Prüfungsberichte (§ 220b);*
 6. *die Schlußbilanz der übertragenden Gesellschaft (§ 220 Abs. 3);*
 7. *den Nachweis der Veröffentlichung gemäß § 221a Abs. 1 oder 1a, es sei denn, daß bei den Hauptversammlungen alle Aktionäre erschienen oder vertreten waren und der Beschlußfassung nicht widersprochen haben.*
- (2) *Weiters sind dem Gericht, in dessen Sprengel die übernehmende Gesellschaft ihren Sitz hat, eine Erklärung des Vorstands jeder beteiligten Gesellschaft vorzulegen, daß eine Klage auf Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit des Verschmelzungsbeschlusses innerhalb eines Monats nach der Beschlußfassung nicht erhoben oder zurückgezogen worden ist oder daß alle Aktionäre durch notariell beurkundete Erklärung auf eine solche Klage verzichtet haben. Können diese Erklärungen nicht vorgelegt werden, so hat das Gericht gemäß § 19 FBG vorzugehen. Verzichtet der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft gemäß § 231 Abs. 1 auf die Einholung der Zustimmung der Hauptversammlung, so hat er überdies eine Erklärung abzugeben, daß die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft von ihrem Recht gemäß § 231 Abs. 3, die Einberufung einer Hauptversammlung zu verlangen, nicht Gebrauch gemacht oder auf dieses Recht schriftlich verzichtet haben.*
- (2a) *Ist die übertragende Gesellschaft im Inland börsennotiert, so darf die Verschmelzung erst zur Eintragung angemeldet werden, nachdem unter Hinweis auf die geplante Verschmelzung innerhalb der letzten sechs Monate vor der Anmeldung oder unter Hinweis auf die gefassten Verschmelzungsbeschlüsse eine Angebotsunterlage nach dem 5. Teil des ÜbG veröffentlicht wurde. Ein solches Angebot ist jedoch dann nicht erforderlich, wenn für die zu gewährenden Beteiligungspapiere der übernehmenden Gesellschaft die Zulassung und der Handel an zumindest einem geregelten Markt in einem EWR-Vertragsstaat gewährleistet sind, an dem für einen Widerruf der Zulassung zum Handel an diesem Markt mit § 38 Abs. 6 bis 8 BörseG 2018 gleichwertige Voraussetzungen gelten.*
- (3) *Wenn die übertragende und die übernehmende Gesellschaft ihren Sitz nicht im selben Sprengel haben, hat das Gericht, in dessen Sprengel die übertragende Gesellschaft ihren Sitz hat, die Beendigung seiner Zuständigkeit auszusprechen und dies dem Gericht, in dessen Sprengel die übernehmende Gesellschaft ihren Sitz hat, mitzuteilen. Weiters hat es diesem Gericht von Amts wegen die bei ihm aufbewahrten Urkunden und sonstigen Schriftstücke zu übersenden.*

Eintragung der Verschmelzung

- § 225a. (1) *Das Gericht, in dessen Sprengel die übernehmende Gesellschaft ihren Sitz hat, hat die Verschmelzung bei allen beteiligten Gesellschaften gleichzeitig einzutragen; wird zur Durchführung der Verschmelzung das Grundkapital erhöht, so ist gleichzeitig mit der Verschmelzung der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals sowie die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals einzutragen. In den Eintragungen sind die Firmen aller übrigen beteiligten Gesellschaften unter Hinweis auf ihre Firmenbuchnummern anzugeben.*
- (2) *Die übertragende Gesellschaft hat einen Treuhänder für den Empfang der zu gewährenden Aktienurkunden und der allfälligen baren Zuzahlungen zu bestellen. Die Verschmelzung darf erst eingetragen werden, wenn der Treuhänder dem Gericht, in dessen Sprengel die übernehmende Gesellschaft ihren Sitz hat, angezeigt hat, daß er im Besitz der Aktienurkunden und der allfälligen baren Zuzahlungen ist. Die §§ 158 und 164 stehen der Ausgabe der Aktienurkunden an den Treuhänder nicht entgegen.*
- (3) *Mit der Eintragung der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft treten folgende Rechtswirkungen ein:*
1. *Das Vermögen der übertragenden Gesellschaft geht einschließlich der Schulden auf die übernehmende Gesellschaft über. Treffen bei einer Verschmelzung aus gegenseitigen Verträgen, die zur Zeit der Verschmelzung von keiner Seite vollständig erfüllt sind, Abnahme-, Lieferungs- oder ähnliche Verpflichtungen zusammen, die miteinander unvereinbar sind oder die beide zu erfüllen eine schwere Unbilligkeit für die übernehmende Gesellschaft bedeuten würde, so bestimmt sich der Umfang der Verpflichtungen nach Billigkeit unter Würdigung der vertraglichen Rechte aller Beteiligten.*
 2. *Die übertragende Gesellschaft erlischt. Einer besonderen Löschung der übertragenden Gesellschaft bedarf es nicht.*
 3. *Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft werden Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft, soweit sich aus § 224 nichts anderes ergibt.*
 4. *Der Mangel der notariellen Beurkundung des Verschmelzungsvertrags wird geheilt.*
- (4) *Für den Umtausch der Aktien der übertragenden Gesellschaft gilt § 67, bei Zusammenlegung von Aktien § 179 über die Kraftloserklärung von Aktien sinngemäß; einer Genehmigung des Gerichts bedarf es nicht.*

5.2.3. Umgründungssteuergesetz⁸²

Art. I UmgrStG enthält die ertragssteuerlichen Regelungen betreffend Verschmelzungen, Art. VI enthält diese Regelungen für Spaltung und Übernahme.

⁸² Bundesgesetz, mit dem abgabenrechtliche Maßnahmen bei der Umgründung von Unternehmen getroffen werden (Umgründungssteuergesetz – UmgrStG), StF: BGBl. Nr. 699/1991, idgF;

Das UmgrStG enthält keine eigenständigen Regelungen betreffend die gesellschaftsrechtlichen Umgründungen, zu welchen die Spaltung und die Verschmelzung zählen. Die Regelungen finden sich, wie dargestellt, im AktG, GmbHG und SpaltG.

Entscheidend ist aber, dass die Anwendung der Regelungen von Art. I UmgrStG oder Art. VI UmgrStG zur Ertragsneutralität der Transaktion führt. Die übertragende Gesellschaft überträgt das Vermögen auf Basis der steuerlichen Buchwerte und/oder Anschaffungskosten. Das übernehmende Unternehmen hat die übernommenen Vermögensgegenstände auf Basis dieser Werte zu übernehmen und fortzuführen. Es handelt sich um die sogenannte *Buchwertfortführung*. Daher kommt es im Zeitpunkt der Übertragung der Vermögensgegenstände weder zu einer Aufdeckung der stillen Reserven, noch zu deren Besteuerung. Diese Festlegung erfolgt vor dem Hintergrund, dass die Vermögensübertragung wirtschaftlich betrachtet nicht dazu führt, dass stille Reserven realisiert werden. Es handelt sich nur um einen Wechsel der Rechtsform des übertragenden Unternehmens. Realisiert die übernehmende Gesellschaft nach der Umgründung die stillen Reserven, sind die Erträge hieraus, nach den allgemeinen Regeln des Steuerrechtes, zu versteuern.

Die Umgründung führt zu einer steuerlichen Gesamtrechtsnachfolge. Das übernehmende Unternehmen hat nicht nur die Buchwerte zu übernehmen, sondern auch Abschreibungsdauern, etc.

Die Vermögensübertragung kann, aus ertragssteuerlicher Sicht, zu einem Stichtag, der bis zu 9 (neun) Monate in der Vergangenheit liegen kann, vorgenommen werden. Die Vermögensübertragung erfolgt dann zum Stichtag, unabhängig davon, wann die zivilrechtlichen Verträge abgeschlossen wurden.

Gemäß § 32 Abs. 2 iVm § 12 Abs. 2 UmgrStG ist das Gesetz nur anwendbar, wenn Betriebe, Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile oder Kapitalanteile eingebracht oder abgespalten werden.

5.2.4. Rechtsfolgen von Spaltung und Verschmelzung

Abspaltung und Übernahme führen, ebenso wie die Verschmelzung, dazu, dass die übernehmende Gesellschaft als Gesamtrechtsnachfolgerin an die Stelle der übertragenden Gesellschaft tritt. Sämtliche Rechte und Pflichten, insbesondere auch Vertragsverhältnisse, der übertragenden Gesellschaft

gehen auf die übernehmende Gesellschaft über, ohne dass es einer Zustimmung des jeweils anderen Vertragspartners bedarf.

5.2.5. ÖPNRV-G 1999⁸³

Innerstaatlich findet sich die Umsetzung der PSO, somit die Regelungen betreffend den Personennah- und Regionalverkehr im ÖPNRV-G.

Die Bestimmungen lauten, soweit für dieses Gutachten von Interesse, wörtlich wie folgt:

Abschnitt I

Allgemeine Bestimmung, Begriffsbestimmungen, Anwendungsbereich, Aufgaben und Nah- und Regionalverkehrsplanung

Allgemeine Bestimmung

§ 1. *Dieses Bundesgesetz legt die organisatorischen und finanziellen Grundlagen für den Betrieb des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs unter Beachtung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. Nr. L 315 vom 03.12.2007 S. 1, sowie die Struktur und den Aufgabenbereich von Verkehrsverbänden fest.*

Begriffsbestimmungen

- § 2. (1) *Unter Personennahverkehr im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Verkehrsdienste zu verstehen, die den Verkehrsbedarf innerhalb eines Stadtgebietes (Stadtverkehre) oder zwischen einem Stadtgebiet und seinem Umland (Vorortverkehre) befriedigen.*
- (2) *Unter Personenregionalverkehr (Verkehr im ländlichen Raum) im Sinne dieses Bundesgesetzes sind nicht unter den Anwendungsbereich der Bestimmung des Abs. 1 fallende Verkehrsdienste zu verstehen, die den Verkehrsbedarf einer Region bzw. des ländlichen Raumes befriedigen.*
- § 3. (1) *Verkehrsdienste sind im öffentlichen Schienenpersonenverkehr oder im öffentlichen Straßenpersonenverkehr (insbesondere Kraftfahrlinienverkehr) erbrachte Dienstleistungen.*
- (2) *Kommerzielle Verkehrsdienste sind solche, die weder gänzlich noch teilweise durch Ausgleichszahlungen aus öffentlichen Mitteln finanziert werden.*
- (3) *Nicht-kommerzielle Verkehrsdienste sind solche, die nicht unter Abs. 2 fallen.*
- (4) *Nicht-kommerzielle Verkehrsdienste, die zur Gewährung von Sondertarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen aus Fahrpreisersätzen finanziert werden, können nach Entscheidung der zuständigen Behörde auch in Form einer allgemeinen Vorschrift im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ausgestaltet werden.*

⁸³ Bundesgesetz über die Ordnung des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs (öffentlicher Personennahverkehrsgesetz 1999 – ÖPNRV-G 1999) StF: BGBl. I Nr. 204/1999, idgF.;

...

Anwendungsbereich

- § 5. (1) *Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes finden auf den Betrieb von öffentlichen Personennah- und Regionalverkehren zu Lande Anwendung.*
- (2) *Nicht unter die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes fallen Verkehre nach dem Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996, BGBl. Nr. 112, ausgenommen für Zwecke des öffentlichen Personennah- oder Regionalverkehrs eingerichtete alternative Betriebsformen, wie Rufbusse oder Anrufsammeltaxis im Sinne des § 38 des Kraftfahrliniengesetzes, BGBl. I Nr. 203/1999.*

Aufgaben

Schienenpersonenverkehr

- § 7. *Aufgabe des Bundes ist gemäß diesem Bundesgesetz die Sicherstellung eines Grundangebotes im öffentlichen Schienenpersonennah- und Regionalverkehr im Umfang der im Fahrplanjahr 1999/2000 bestellten oder erbrachten Leistungen. Ausgenommen davon ist die Sicherstellung der für die Aufrechterhaltung des Grundangebotes durch Ländermittel erbrachten Leistungen im Umfang der vor Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes abgeschlossenen Verkehrsdienstverträge sowie die Sicherstellung eines Grundangebotes hinsichtlich derjenigen Verkehrsunternehmen, die ausschließlich Verkehrsdienste im Personennahverkehr erbringen.*
- § 8. *Nicht kundenorientierte und nicht nachgefragte Verkehrsdienstleistungen können zur Optimierung des Verkehrsangebotes umgeschichtet werden.*
- § 9. *Nicht unter das Grundangebot im Sinne des § 7 fallen sonstige, nicht durch die Bundesministerin bzw. den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, durch Länder oder Gemeinden finanzierte Leistungen.*

Kraftfahrlinienverkehr

- § 10. (1) *Insoweit mit Stichtag 1. Juni 1999 von den im Eigentum des Bundes befindlichen Kraftfahrlinienunternehmen Forderungen zur Abdeckung von Verlusten geltend gemacht wurden, werden diese unabhängig davon, ob seitens der Länder bereits entsprechende Verkehrsdienstverträge abgeschlossen wurden oder nicht, durch den Bund abgedeckt.*
- (2) *Die sich aus Abs. 1 ergebenden Beträge werden den Verkehrsverbundorganisationsgesellschaften bzw. bis zu deren Errichtung den jeweiligen Verbundmanagements überwiesen, die unter Beachtung der gemäß § 11 seitens der Länder und Gemeinden vorzunehmenden Planungen diese Mittel zur Bestellung von nachfrageorientierten Verkehrsdienstleistungen im Kraftfahrlinienbereich zu verwenden haben.*
- (3) *Die unter Abs. 1 genannten Zahlungen des Bundes werden ab dem Jahr 2001 jährlich um ein Fünftel reduziert. Die Verkehrsverbundorganisationsgesellschaften sind verpflichtet, jährlich dem Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr über die erfolgten Bestellungen gemäß Abs. 2 zu berichten, wobei die Nachfrage sowie die Kundenorientierung der bestellten Leistungen anhand von Frequenzzahlen nachzuweisen sind. Hierbei haben die Verkehrsunternehmen mitzuwirken. In den Berichten sind auf Grundlage dieses Nachweises Vorschläge für Umschichtungen oder Leistungsrücknahmen für die Optimierung aufzunehmen.*

Abschnitt II

Verkehrsverbände

- § 14. (1) *Der räumliche Geltungsbereich eines Verkehrsverbundes orientiert sich an den jeweiligen Fahrgastströmen und kann auch ein Bundesländer- oder Staatsgrenzen übergreifendes Gebiet umfassen.*
- (2) *Die Vorteile eines Verkehrsverbundes sind unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen über die Schüler- und Lehrlingsfreifahrt gemäß § 29 allen Fahrgastgruppen zu gewähren.*
- § 15. *Für Verkehrsverbände gelten unter Bedachtnahme auf regionale Besonderheiten folgende Zielsetzungen:*
- 1. Orientierung der Verbundgrenzen an Fahrgastströmen.*
 - 2. Bundesweit einheitliche Tarifierungssystematik.*
 - 3. Kompatibilität im Bereich der Abfertigungssysteme und Fahrkartengattungen.*
 - 4. Gewährleistung von Qualitätskriterien gemäß § 31.*
- § 16. (1) *Im Rahmen ihrer verbundbedingten Kooperation kommen für die Verkehrsunternehmen insbesondere folgende Aufgaben in Betracht:*
- 1. Festsetzung, Entwicklung oder Weiterentwicklung des Verbundregelbeförderungspreises im Zusammenwirken mit der Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft.*
 - 2. Unternehmensspezifische Verkehrsplanung.*
 - 3. Fahrplangestaltung.*
 - 4. Abrechnung und Zuschreibung von Tarifeinnahmen und sonstiger Erlöse, sofern hierfür nicht die Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft beauftragt wird.*
 - 5. Ausübung unternehmensspezifischer Marketing- und Vertriebstätigkeiten.*
 - 6. Gewährleistung der Transparenz der Verkehrsleistungen und deren finanziellen Grundlagen im Verkehrsverbund.*
 - 7. Transparente Darstellung der Verwendung der von den jeweiligen Bestellern aufgewendeten Mittel (strecken- oder bereichsbezogen).*
 - 8. Mitwirkung bei der Berichtspflicht gemäß § 10 Abs. 3.*
- (2) *Zur Umsetzung dieser Aufgaben werden die Verkehrsunternehmer eine Kooperationsgemeinschaft bilden, die die Interessen aller am Verbund beteiligten Konzessionsinhaber gegenüber der Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft vertritt und in der jedes Verkehrsunternehmen Sitz und Stimme haben muß.*

*Abschnitt IV**Finanzierung**Unternehmen, die ausschließlich Personennahverkehre betreiben*

§ 24. (1) Als Bundesmittel stehen zur Abgeltung der Verkehrsdienste jedenfalls zur Verfügung:

1. *Finanzzuweisungen aus dem Finanzausgleich.*
2. *Die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes gemäß den Grund- und Finanzierungsverträgen für Verkehrsverbünde geleisteten Zahlungen für Unternehmen, die ausschließlich Stadt- und Vororteverkehre betreiben.*
3. *Die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes den Unternehmen, die ausschließlich Stadt- und Vororteverkehre betreiben, direkt oder im Wege der Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft für Zwecke der Schüler- und Lehrlingsfreifahrt gemäß § 29 und von Semestertickets für Studierende zufließenden Einnahmen.*

(2) *Zusätzlich zu den Mitteln gemäß Abs. 1 werden nach Maßgabe der budgetären Möglichkeiten maximal 50% der den Gemeinden für den öffentlichen Personennahverkehr im Jahr 1999 zugekommenen Finanzzuweisungen gemäß § 20 Abs. 3 Z 1 des Finanzausgleichsgesetzes 1997, BGBl. Nr. 201/1996, seitens des Bundes unter der Voraussetzung beige stellt, dass ein jeweils gleich hoher Betrag durch die betreffende Gemeinde aus nicht durch den Bund zugewiesenen Mitteln zur Verfügung gestellt wird und die den Gemeinden aus dem Finanzausgleich zugekommenen Finanzzuweisungen für das betreffende Jahr zur Gänze zweckentsprechend aufgewendet wurden. Seitens des Bundes steht ab Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes bundesweit ein jährlicher zusätzlicher Betrag jedenfalls in Höhe von insgesamt 1 453 456 Euro zur Verfügung.*

§ 25. *Die prozentuelle Höhe der den einzelnen Gemeinden für Zwecke gemäß § 24 Abs. 2 zukommenden Bundesmittel ergibt sich jeweils aus dem Verteilungsschlüssel des vorangegangenen Jahres aus dem Finanzausgleich.*

Unternehmen, die Personennah- und Regionalverkehre betreiben

§ 26. (1) Als Bundesmittel stehen zur Abgeltung der Verkehrsdienste jedenfalls zur Verfügung:

1. *Finanzzuweisungen aus dem Finanzausgleich.*
2. *Budgetmittel der Bundesministerin bzw. des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie für die Bestellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen gemäß den Bestimmungen des Bundesbahngesetzes, BGBl. Nr. 825/1992, und des Privatbahngesetzes 2004, BGBl. I Nr. 39, zur Sicherstellung eines Grundangebotes gemäß § 7.*
3. *Die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes in den Grund- und Finanzierungsverträgen für Verkehrsverbünde vorgesehenen Zahlungen.*
4. *Die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes den Verkehrsunternehmen direkt oder im Wege der Verkehrsverbundorganisa-*

tionsgesellschaft für die Schüler- und Lehrlingsfreifahrt gemäß § 29 und von Semestertickets für Studierende zufließenden Einnahmen.

- (2) Die Finanzmittel gemäß Abs. 1 Z 1, 3 und 4 stehen insoweit zur Verfügung, als diese nicht für Verkehre gemäß § 24 gebunden sind.*
- (3) Zusätzlich zu den Mitteln gemäß Abs. 1 werden nach Maßgabe der budgetären Möglichkeiten maximal 50% der den Bundesländern für den öffentlichen Personennah- und Regionalverkehr im Jahr 1999 zugewiesenen Finanzzuweisungen gemäß § 20 Abs. 4 des Finanzausgleichsgesetzes 1997 seitens des Bundes für zusätzliche Verkehrsdienste unter der Voraussetzung beigestellt, dass ein jeweils gleicher Betrag durch das betreffende Bundesland bzw. durch die betroffene Gemeinde aus nicht durch den Bund zugewiesenen Mitteln zur Verfügung gestellt wird und die Finanzzuweisungen aus dem Finanzausgleich zur Gänze zweckentsprechend aufgewendet werden. Seitens des Bundes steht ab Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes bundesweit ein jährlicher zusätzlicher Betrag jedenfalls in Höhe von insgesamt 5 813 826 Euro zur Verfügung.*
- (4) Maximal 10% der Mittel im Sinne des Abs. 3 können im jeweiligen Bundesland für Verkehrsdienste von Unternehmen vorgesehen werden, die ausschließlich Personennahverkehre betreiben.*

§ 28. (1) Die in den einzelnen Bundesländern gemäß § 26 Abs. 3 voraussichtlich maximal zu leistenden Mittel sind jährlich über Aufforderung der Bundesministerin bzw. des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie auf Grundlage eines nachfrageorientierten Vorschlages der Bundesländer und Gemeinden unter Berücksichtigung der im jeweiligen Bundesland bereits abgeschlossenen bzw. im Folgejahr voraussichtlich abzuschließenden Verkehrsdienstverträge der Bundesministerin bzw. dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie bekanntzugeben. Im Vorschlag der Bundesländer sind die Vergleichszahlen des laufenden (Voranschlag) sowie des vergangenen Jahres (Rechnungsabschluss) anzugeben.

(2) Seitens des Bundes wird nur die Bestellung solcher Verkehrsdienste gefördert, die mit Verbundfahrausweisen benützt werden können.

Schüler- und Lehrlingsfreifahrt

§ 29. Die Höhe der für den Ersatz der Fahrpreise für die Schüler- und Lehrlingsfreifahrt durch die Bundesministerin bzw. den Bundesminister für Familien und Jugend getragenen finanziellen Mittel sowie der Verrechnungsmodus bestimmen sich nach folgenden Grundsätzen:

Beginnend mit dem Schuljahr 2000/2001, in begründbaren Ausnahmefällen ab dem Schuljahr 2001/2002, ist ein Schülerverrechnungstarif zu ermitteln. Ausgangspunkt hierfür sind die Schüler- und Lehrlingsanträge sowie die Fahrpreisersätze aus dem Familienlastenausgleichsfonds für das Schuljahr 1997/98, in begründeten Ausnahmefällen sowie für Schienenverkehre das Schuljahr 1998/99, gemäß §§ 30f und 30j des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967, BGBl. Nr. 376. Dieser Verrechnungstarif wird mit den tatsächlich entstandenen Kosten, höchstens jedoch mit dem Verbraucherpreisindex jährlich wertgesichert. Bis zur Anwendung des Verrechnungstarifes gelten die für den jeweiligen Verkehrsverbundbereich zwischen der Bundesministerin bzw. dem Bundesminister für Familien und Jugend, den Gebietskörperschaften (Länder, Gemeinden) und den Verkehrsunternehmen getroffenen Vereinbarungen.

Sondertarife für bestimmte Gruppen von Reisenden

§ 30. Zur Gewährung von Sondertarifen für bestimmte Gruppen von Reisenden sind die hierfür notwendigen Mittel durch diejenige Institution aufzubringen, die derartige Sondertarife wünscht.

Transparenz

§ 30a. (1) Die Länder haben für sämtliche in ihren örtlichen Wirkungsbereich fallenden nichtkommerziellen Verkehrsdienste gemäß § 3 Abs. 3 spätestens bis 31. Dezember 2015 eine entsprechende Stelle zu benennen, die sämtliche für diese Verkehrsdienste anfallenden Ausgleichszahlungen und Zahlungsflüsse erfasst und transparent darstellt.

(2) Für die Bestellung eines nicht-kommerziellen Verkehrsdienstes gemäß § 3 Abs. 3 können die Besteller bei der im jeweiligen örtlichen Wirkungsbereich zuständigen Stelle gemäß Abs. 1 entsprechende Auskünfte im Zusammenhang mit der Gewährung von Ausgleichszahlungen anderer finanzierender Stellen für den betreffenden Verkehrsdienst in schriftlicher Form beantragen, sofern dies für eine ordnungsgemäße Berechnung ihrer auf den entsprechenden Verkehrsdienst entfallenden Ausgleichszahlungen erforderlich ist.

§ 30b. (1) Die Länder haben der Bundesministerin bzw. dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie spätestens ab dem Jahr 2016 einen jährlichen Bericht über die transparente Darstellung der anfallenden Ausgleichszahlungen und der entsprechenden Zahlungsflüsse der in ihren örtlichen Wirkungsbereich fallenden nicht-kommerziellen Verkehrsdienste gemäß § 3 Abs. 3 zur Verfügung zu stellen.

(2) Der jeweilige jährliche Bericht gemäß Abs. 1 ist der Bundesministerin bzw. dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie spätestens bis 30. Juni des Folgejahres zu übermitteln.

§ 30c. Die gemäß § 30a Abs. 1 zu benennende Stelle kann für die im Rahmen der Vergabe von Ausgleichszahlungen im örtlichen Wirkungsbereich des jeweiligen Landes fallenden nicht-kommerziellen Verkehrsdienste gemäß § 3 Abs. 3 mit Veröffentlichungspflichten gemäß Art. 7 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 durch die die betreffenden Verkehrsdienste finanzierenden Gebietskörperschaften betraut werden.

6. Beantwortung der Fragen

6.1. Allgemeines

Vorauszuschicken ist, dass sämtliche beteiligten Rechtsträger der öffentlichen Hand zuzurechnen sind, über staatliche Mittel verfügen und als potentielle Beihilfegeber qualifiziert werden können.

Da jedoch sämtliche Rechtsträger auch am Wirtschaftsleben teilnehmen, kommen sie auch als Beihilfeempfänger in Betracht.

Die in Frage stehenden Transaktionen sind daher im Lichte des Beihilferechtes der Europäischen Union zu betrachten, wobei die beihilferechtliche Untersuchung der Transaktionen unter zwei Gesichtspunkten zu erfolgen hat.

Einerseits sind die gesellschaftsrechtlichen Transaktionen, unter Zugrundelegung des Beihilfeverbotes des Art. 107 Abs. 1 AEUV, zu untersuchen, andererseits die Ausgleichsleistungen, die VOR und in weiterer Folge NÖVOG, für die Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Zusammenhang mit Personennahverkehr erhalten. Die Ausgleichsleistungen sind unionsrechtlich unter Zugrundelegung von Art. 93 AEUV und der PSO zu prüfen.

6.2. Transaktions- und Zielstruktur

Die beihilferechtliche Prüfung einer staatlichen Maßnahme muss ex ante, auf Grundlage der zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Maßnahme verfügbaren Informationen, geprüft werden. Daher wurde in einem ersten Schritt die Transaktions- und Zielstruktur abstrakt, vorbehaltlich der konkreten vertraglichen Umsetzung, geprüft.

Das vorliegende Gutachten wurde in zwei Schritten erstellt. Die abstrakte Prüfung der Transaktions- und Zielstruktur erfolgte, bevor Umsetzungsschritte in Angriff genommen wurden.

6.2.1. Ebene NÖVOG

6.2.1.1. Spaltung und Übernahme

Der Teilbetrieb *Eisenbahnverkehr* wird aus NÖVOG abgespalten und von NÖ Bahnen übernommen werden. NÖVOG ist Alleingesellschafterin von NÖ Bahnen, womit mehr als fraglich ist, ob es sich tatsächlich um eine Verfügung über staatliches Vermögen im Sinne des Beihilferegimes der Europäischen Union handelt. Die Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe spricht ausdrücklich davon, dass der *Verkauf und Kauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen (oder andere vergleichbare Transaktionen)* dem Market Investor Principle entsprechen und den Market Investor Test bestehen müssen.

Bei der vorliegenden Abspaltung und Aufnahme handelt es sich um eine konzerninterne Umstrukturierung. NÖVOG überträgt den abgespaltenen Teilbetrieb auf eine Tochtergesellschaft, bleibt also wirtschaftliche Eigentümerin, da NÖVOG Alleingesellschafterin der

Tochtergesellschaft ist. Aus Sicht der Gesellschafter von NÖVOG ändert sich in der Gruppe NÖVOG/NÖ Bahnen ebenfalls nichts, der Teilbetrieb wird nur von der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft übertragen. Auch die Gesellschafter bleiben wirtschaftliche Eigentümer.

Vor diesem Hintergrund kann mit guten Gründen verneint werden, dass die Transaktion dem Beihilferegime unterliegt.

Vertritt man hingegen die Ansicht, dass es sich um eine beihilferechtlich relevante Transaktion handelt, muss die Gegenleistung von NÖ Bahnen dem Marktwert entsprechen.

Nach den Festlegungen der Kommission in der Bekanntmachung kann der Marktwert grundsätzlich in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren ermittelt werden. Falls dies nicht möglich ist, kann die Marktkonformität der Transaktion auch mittels Benchmarking oder anderen Bewertungsmethoden nachgewiesen werden.

Die Abspaltung des Teilbetriebes von NÖVOG erfolgt auf eine Tochtergesellschaft, womit die Durchführung eines wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens ausscheidet. Die Marktkonformität der Transaktion wäre also durch Benchmarking oder andere Bewertungsmethoden nachzuweisen, sobald die entsprechenden Verträge vorliegen.

6.2.1.2. Verschmelzung

Bergbahnen Mitterbach soll, als übertragende Gesellschaft, auf NÖ Bahnen, als übernehmende Gesellschaft, verschmolzen werden.

Hinsichtlich der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Beihilferegimes gilt das zur Spaltung und Übernahme Gesagte. Bei der gegenständlichen Verschmelzung wird Bergbahnen Mitterbach, deren Alleingesellschafterin NÖVOG ist, auf NÖ Bahnen verschmolzen, deren Alleingesellschafterin ebenfalls NÖVOG ist. Auch hier ist die Anwendbarkeit des Beihilferegimes der Europäischen Union grundsätzlich zu verneinen, weil NÖVOG sowohl in der ursprüngli-

chen als auch in der neuen Struktur wirtschaftliche Eigentümerin der Vermögenswerte bleibt.

Geht man hingegen von der Anwendbarkeit des Vergaberegimes aus, wäre auch hier die Marktkonformität der Transaktion durch Benchmarking oder andere Bewertungsmethoden nachzuweisen, da ein Verkauf in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren nicht möglich ist.

6.2.1.3. Übernahme der Geschäftsanteile

Nach der Abspaltung des Geschäftsbereiches *Planung, Bestellung und Abwicklung der Niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre samt Verkehrsdienstverträge NÖVOG-Bahn* von VOR auf NÖ Regionalverkehr, deren Alleingesellschafterin VOR ist, beabsichtigt NÖVOG die Übernahme der gesamten Stammeinlage, somit sämtliche Geschäftsanteile, an NÖ Regionalverkehr von VOR.

Hier handelt es sich fraglos um eine Verfügung über staatliches Vermögen, nämlich den Verkauf sämtlicher Geschäftsanteile an einer Gesellschaft, die im Eigentum eines Öffentlichen Auftraggebers steht.

Aufgrund der Transaktionsstruktur und den von den beteiligten Rechtsträgern angestrebten Zielen scheidet auch hier ein Verkauf in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren aus.

Die Marktkonformität der Transaktion muss also auch diesfalls durch Benchmarking oder andere Bewertungsmethoden nachgewiesen werden.

6.2.1.4. Verschmelzung

Nach Übernahme der Geschäftsanteile von NÖ Regionalverkehr durch NÖVOG von VOR soll diese Gesellschaft auf NÖVOG verschmolzen werden.

Hier gilt wiederum das bereits Gesagte. Es handelt sich um eine konzerninterne Umstrukturierung, womit die Anwendbarkeit des

Beihilferegimes der Europäischen Union verneint werden kann. Bejaht man dennoch die Anwendbarkeit, müsste auch diesfalls die Marktkonformität der Transaktion durch Benchmarking oder andere Bewertungsmethoden nachgewiesen werden.

6.2.1.5. Bestehende und weitere Verträge

Sofern bestehende Verträge die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen oder die Gewährung von Ausgleichszahlungen zum Gegenstand haben, kann von Beihilfeneutralität ausgegangen werden. Verträge betreffend Verkehrsdienstleistungen wurden entweder nach den Regelungen der PSO oder dem BVergG 2018 vergeben. Die Ausgleichszahlungen sind durch Art. 93 AEUV und die Regelungen der PSO freigestellt. Zu prüfen sind aber Änderungen bestehender Verträge im Zuge der Transaktion, ebenso wie neu abgeschlossene Verträge. Es muss sichergestellt sein, dass es zu keinem inkongruenten Leistungsaustausch und/oder einer Überkompensation kommt, um die Beihilfeneutralität der Verträge bejahen zu können.

6.2.2. Ebene VOR

6.2.2.1. Spaltung und Übernahme

Der Geschäftsbereich *Planung, Bestellung und Abwicklung der Niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre samt Verkehrsdienstverträge NÖVOG-Bahn* soll von VOR abgespalten und von NÖ Regionalverkehr übernommen werden. VOR ist Alleingesellschafterin von NÖ Regionalverkehr, womit auch hier auf das zu Punkt 6.2.1.1. Gesagte zu verweisen ist. Die Anwendbarkeit des Beihilferegimes der Europäischen Union kann verneint werden, da es sich um eine konzerninterne Umstrukturierung handelt. VOR bleibt wirtschaftliche Eigentümerin des abgespaltenen Geschäftsbereiches.

Bejaht man die Anwendbarkeit des Beihilferegimes dennoch, so müsste auch hier die Marktkonformität der Transaktion durch Benchmarking oder andere Bewertungsmethoden nachgewiesen werden, da der Verkauf des Geschäftsbereiches in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungs-freien Ausschreibungsverfahren nicht möglich ist.

6.2.2.2. Verkauf der Geschäftsanteile

Nach erfolgter Abspaltung und Übernahme des Geschäftsbereiches *Planung, Bestellung und Abwicklung der Niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre samt Verkehrsdienstverträge NÖVOG-Bahn* von VOR auf NÖ Regionalverkehr beabsichtigt NÖVOG die gesamte Stammeinlage, somit sämtliche Geschäftsanteile an NÖ Regionalverkehr, von VOR zu erwerben.

An dieser Stelle ist auf das zu Punkt 6.2.1.3. Gesagte zu verweisen. Der Verkauf der Geschäftsanteile stellt eine Verfügung über staatliches Vermögen dar. Aufgrund der Transaktionsstruktur und den zu erreichenden Zielen scheidet, wie bereits dargestellt, der Verkauf in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren aus. Die Marktkonformität der Transaktion wäre auch hier durch Benchmarking oder andere Bewertungsmethoden nachzuweisen.

6.2.3. Verkehrsdienstverträge

Da Abspaltung und Übernahme, ebenso wie die Verschmelzung, dazu führen, dass die übernehmende Gesellschaft Rechtsnachfolgerin der abspaltenden und/oder übertragenden Gesellschaft wird, tritt die übernehmende Gesellschaft als Gesamtrechtsnachfolgerin in diese Verträge ein. Inhaltlich kommt es zu keiner Änderung der Verträge, sodass von Beihilfeneutralität des, durch die Gesamtrechtsnachfolge hervorgerufenen, Wechsels des Vertragspartners auszugehen ist.

Sicherzustellen wäre aber, dass dem jeweiligen Vertragspartner, durch den Eintritt des jeweiligen Gesamtrechtsnachfolgers in den bestehenden Vertrag, kein beihilferechtlich relevanter Vorteil eingeräumt wird.

6.2.4. Ausgleichszahlungen

Es ist davon auszugehen, dass die Ausgleichszahlungen, die VOR im Augenblick für die Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich des Personennahverkehrs erhält, durch die Regelungen der PSO freigestellt sind und keine beihilferechtlich relevanten Vorteile enthalten.

Treten nun NÖVOG und/oder NÖ Bahnen diesen Verträgen bei und erhalten daher die Ausgleichszahlungen für den abgespaltenen Geschäftsbe-

reich *Planung, Bestellung und Abwicklung der Niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre samt Verkehrsdienstverträge NÖVOG-Bahn* anstelle von VOR, sollte sich an der Beihilfeneutralität der Ausgleichszahlungen nichts ändern, wenn die Verträge inhaltlich nicht geändert werden.

6.2.5. Conclusio

Somit führt die abstrakte beihilferechtliche Prüfung der geplanten Transaktions- und angestrebten Zielstruktur zu dem Ergebnis, dass eine beihilfeneutrale Umsetzung grundsätzlich möglich ist, die endgültige Prüfung aber erst erfolgen kann, wenn die betreffenden Vertragswerke vorliegen.

6.3. NÖ Mobilitätsgesetz

Mit dem NÖ Mobilitätsgesetz betraut das Land Niederösterreich NÖVOG mit der Planung und Bestellung der Krafffahrlinien- und Bedarfsverkehre in Niederösterreich, gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 des Gesetzes, und mit der Planung und Bestellung der Schienenverkehre von NÖ Bahnen.

Die bundesgesetzlichen Regelungen für die Planungsleistungen finden sich in § 11 ÖPNRV-G, jene für die Bestellung in § 13 leg. cit.

Im Motivenbericht zum Gesetz wird im Besonderen Teil klargestellt, dass die Betrauung im Umfang des § 5 ÖPNRV-G erfolgt. Weiters wird klargestellt, dass die Ausgleichszahlungen, die das Land Niederösterreich an NÖVOG leistet, die Differenz zwischen den Einnahmen und den tatsächlichen Kosten für die Verkehrsdienstleistungen abdeckt.

Es handelt sich also um freigestellte Ausgleichszahlungen im Sinne der PSO und des DAWI-Regimes der Europäischen Union. Insgesamt sind die Regelungen im NÖ Mobilitätsgesetz daher als beihilfeneutral zu qualifizieren.

Nachzutragen bleibt noch, dass die im EisbG enthaltenen Regelungen über die Verpflichtungen des Infrastrukturbetreibers zur Erhaltung der Eisenbahninfrastruktur ebenso unberührt bleiben, wie jene, die den Eisenbahninfrastruktureigentümer verpflichten, Dritten den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur, zu Serviceeinrichtungen und/oder -leistungen zu ermöglichen.

Das Gesetz spiegelt auch die Trennung von Eisenbahninfrastruktur und Eisenbahnbetrieb wider, womit sichergestellt ist, dass es nicht zu Quersubventionierungen zwischen Betrieb und Infrastruktur kommt.

NÖVOG ist ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen und ein Verkehrsunternehmen, welches die in § 16 ÖPNRV-G genannten Aufgaben wahrnimmt.

Die im Gesetz festgelegte Möglichkeit der In-House-Vergabe bei der Bestellung der Schienenverkehre von NÖ Bahnen entspricht den Festlegungen in Art. 5 Abs. 2 PSO.

Insgesamt ist das Gesetz daher als beihilfeneutral zu qualifizieren. Dessen ungeachtet wird darauf zu achten sein, dass NÖVOG Ausgleichszahlungen nur im notwendigen Ausmaß erhält und eine Überkompensation vermieden wird. Weiters wäre sicherzustellen, dass es zu keiner Quersubventionierung zwischen den Bereichen Eisenbahnbetrieb und Eisenbahninfrastruktur kommt.

Was nun den Betrauungsakt betrifft, ist – wiewohl Art. 93 AEUV eine Sondernorm darstellt – auf Art. 106 Abs. 2 AEUV und die Judikatur der Unionsgerichte zu verweisen.

Der Betrauungsakt muss bestimmt sein, das Unternehmen muss mit den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut werden und die Verpflichtungen sind klar zu definieren.

Unter Bedachtnahme auf die bereits wiedergegebene Judikatur der Unionsgerichte, die mehrfach darauf abgestellt haben, ob ein Unternehmen *durch Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt* betraut wurde, und die Tatsache, dass das EuG in der Rechtssache *Fred Olsen* expressis verbis ausgesprochen hat, dass *gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nur durch einen Akt hoheitlicher Gewalt auferlegt werden können*, entspricht eine Betrauung durch Gesetz den unionsrechtlichen Vorgaben.

Wie dargestellt könnte die Betrauung auch durch einen privatrechtlichen Akt erfolgen. Ein Gesellschafterbeschluss scheidet aus, weil der Mehrheitsgesellschafter von NÖVOG, die NÖ Landes-Beteiligungsholding GmbH, nicht als *zuständige Behörde* oder *zuständige örtliche Behörde* im Sinne des Art. 2 lit. b) beziehungsweise lit. c) PSO zu qualifizieren ist. Eine Konzession scheidet ebenfalls aus, weil NÖVOG die Personenbeförderungsleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht selbst erbringt, sondern nur plant und bestellt. Eine vertragliche Betrauung von NÖVOG durch das Land wäre grundsätzlich möglich. Die Erstellung eines derartigen Vertrages wäre aber weitaus komplexer und aufwendiger, als die Betrauung durch ein Landesgesetz. Die Qualität der Betrauung würde im Außenverhältnis auch nicht so hochwertig wahrgenommen werden, wie dies bei einem Landesgesetz der Fall ist.

Vor diesem Hintergrund ist die Betrauung von NÖVOG mit der Erbringung der Planung und Bestellung der Kraftfahrlinien- und Bedarfsverkehre in Niederösterreich und mit der Planung und Bestellung der Schienenverkehre von NÖ Bahnen durch das NÖ Mobilitätsgesetz als tauglicher Betrauungsakt zu qualifizieren, der den Vorgaben des Primärrechtes der Europäischen Union und der zu diesen Rechtsvorschriften ergangenen Judikatur, Rechnung trägt.

6.4. Umsetzung der Transaktion

6.4.1. Ebene NÖVOG

6.4.1.1. Spaltung und Übernahme

Wie dargestellt wurde der Spaltungs- und Übernahmevertrag zwischen NÖVOG und NÖ Bahnen am 28. (achtundzwanzigsten) Juni 2024 (zweitausendvierundzwanzig) abgeschlossen.

Der Teilbetrieb *Eisenbahnverkehr* wird aus NÖVOG abgespalten und von NÖ Bahnen übernommen. Die Liegenschaften, die Konzessionen nach dem EisbG und die Geschäftsanteile an Bergbahnen Mitterbach verbleiben bei NÖVOG.

Eine Anteilsgewährung unterbleibt, ebenso eine Barabfindung, da es sich um eine verhältnismäßige Spaltung durch Übertragung von Vermögen von einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf eine andere Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt.

Die hinsichtlich des Teilbetriebes begründeten Dienstverhältnisse gehen gemäß § 3 Abs. 1 AVRAG auf die übernehmende Gesellschaft über. Gemäß Punkt 13. des Vertrages erfolgt die Spaltung zur Aufnahme gemäß den Bestimmungen des Art. VI UmgrStG, unter Inanspruchnahme der damit verbundenen Vergünstigungen, rückwirkend zum Spaltungstichtag, also mit Ablauf des 31. (einunddreißigsten) Dezember 2023 (zweitausenddreißig).

Die Betriebsüberlassungsvereinbarung, deren Abschluss erforderlich war, weil die eisenbahnrechtlichen Konzessionen bei NÖVOG verbleiben, wurde am 28. (achtundzwanzigsten) Mai 2024 (zweitausendvierundzwanzig) abgeschlossen und von den zuständigen Behörden mit Bescheiden vom 25. (fünfundzwanzigsten) Juni

2024 (zweitausendvierundzwanzig) und 26. (sechszwanzigsten) Juni 2024 (zweitausendvierundzwanzig) genehmigt.

Weiters wurde zwischen NÖ Bahnen und NÖVOG die in Punkt 2.5.1. angeführte Dienstleistungsvereinbarung abgeschlossen.

Wie bereits in Punkt 6.2.1.1. dargestellt kann mit guten Gründen verneint werden, dass die Abspaltung eines Teilbetriebes von der Muttergesellschaft und die Übernahme durch die Tochtergesellschaft eine Verfügung über staatliches Vermögen darstellt, die dem Beihilferegime der Europäischen Union unterliegt.

Vor diesem Hintergrund ist keine weitere beihilferechtliche Rechtfertigung erforderlich.

Will man dennoch die Marktkonformität der Transaktion prüfen, so scheidet die Durchführung eines wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens aus, da der Erwerb des abgespaltenen Teilbetriebes durch die Tochtergesellschaft, NÖ Bahnen, erfolgen soll. Somit kann die Marktkonformität der Transaktion durch Benchmarking oder andere Bewertungsmethoden geprüft werden.

Wie dargestellt ermöglichen die in Art. VI UmgrStG enthaltenen Regelungen die ertragssteuerneutrale Durchführung von Spaltungen. Gemäß den Festlegungen in Rn 101 der Bekanntmachung der Kommission kann anhand einer allgemein anerkannten Standard-Bewertungsmethode geprüft und/oder festgestellt werden, ob eine Transaktion mit den Marktbedingungen im Einklang steht.

Es bedarf keiner näheren Erörterung, dass die Abspaltung eines Teilbetriebes von einer Muttergesellschaft und die Übernahme des Teilbetriebes durch die Tochtergesellschaft grundsätzlich unter Inanspruchnahme von Art. VI UmgrStG durchgeführt wird. Die Übertragung der Vermögenswerte erfolgt auf Basis der Buchwerte zum Spaltungsstichtag, welche von der übernehmenden Gesellschaft weitergeführt werden. Eine Anteilsgewährung unterbleibt in der Regel ebenso, wie eine Barabfindung, womit die Transaktion den in Österreich anerkannten Regeln und lege artis durchgeführt wurde.

Somit führt auch ein Benchmarking an vergleichbaren Transaktionen zum Schluss, dass die Transaktion als marktkonform zu qualifizieren ist.

6.4.1.2. Verschmelzung

Bergbahnen Mitterbach wurde, wie dargestellt, mit Verschmelzungsvertrag vom 28. (achtundzwanzigsten) Juni 2024 (zweitausendvierundzwanzig) auf NÖ Bahnen, als übernehmende Gesellschaft, verschmolzen.

Die übertragende Gesellschaft überträgt das Gesamtvermögen, auf Basis der Schlussbilanz zum 30. (dreißigsten) November 2023 (zweitausenddreihundzwanzig) und unter Inanspruchnahme der Begünstigungen von Art. I UmgrStG auf die übernehmende Gesellschaft. Die übernehmende Gesellschaft verpflichtet sich zur Buchwertfortführung.

Wie bereits in Punkt 6.2.1.2. dargestellt, kann mit guten Gründen verneint werden, dass die Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft eine Verfügung über staatliches Vermögen darstellt, die dem Beihilferegime der Europäischen Union unterliegt.

Vor diesem Hintergrund ist also auch hier keine weitere beihilfrechtliche Rechtfertigung erforderlich.

Will man dennoch die Marktkonformität der Transaktion prüfen, scheidet auch hier die Durchführung eines wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens aus, da die Verschmelzung eben auf die Muttergesellschaft erfolgen soll. Somit kann auch hier die Marktkonformität der Transaktion nur durch Benchmarking oder andere Bewertungsmethoden geprüft werden.

Wie dargestellt ermöglichen die in Art. I UmgrStG enthaltenen Regelungen die ertragssteuerneutrale Durchführung von Verschmelzungen.

Ebenso wie Art. VI UmgrStG im Falle der Spaltung und Übernahme, kann auch Art. I UmgrStG, im Falle von Verschmelzungen, als eine allgemein anerkannte Standard-Bewertungsmethode qualifi-

ziert werden, um festzustellen, ob eine Transaktion mit den Marktbedingungen im Einklang steht.

Auch bei der Verschmelzung bedarf es keiner näheren Erörterung, dass die Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf die Mutter grundsätzlich unter Inanspruchnahme von Art. I UmgrStG durchgeführt wird.

Die Übertragung der Vermögenswerte erfolgt auf Basis der Buchwerte zum Verschmelzungstichtag, welche von der übernehmenden Gesellschaft weitergeführt werden.

Somit ist auch bei der in Frage stehenden Verschmelzung die Marktkonformität zu bejahen.

6.4.1.3. Übernahme der Geschäftsanteile

Bei der Abtretung der Geschäftsanteile an NÖ Regionalverkehr durch VOR an NÖVOG handelt es sich um eine Verfügung über staatliches Vermögen im Sinne der Festlegungen in der Bekanntmachung der Kommission.

Da NÖ Regionalverkehr im Zuge der Spaltung und Übernahme von VOR den Geschäftsbereich *Planung, Bestellung und Abwicklung der Niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre samt Verkehrsdienstverträge NÖVOG-Bahn* übernommen hat, dient die Übernahme der Geschäftsanteile von NÖ Regionalverkehr durch NÖVOG der Übernahme des Geschäftsbereiches, der aufgrund der Zielstruktur von NÖVOG übernommen werden soll. Daher scheidet auch bei dieser Transaktion der Verkauf und/oder Kauf der Geschäftsanteile in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren aus.

Die Marktkonformität ist also auch hier mittels Benchmarking, oder anderen Bewertungsmethoden, zu prüfen.

Ein vor den Verkaufsverhandlungen eingeholtes Verkehrswertgutachten kann als taugliche Bewertungsmethode angesehen werden.

Es entspricht der langjährigen Spruchpraxis der Kommission und den Festlegungen in der Grundstücksmitteilung⁸⁴, dass ein von einem unabhängigen Sachverständigen erstelltes Verkehrswertgutachten, welches auf anerkannten Bewertungsmethoden beruht, grundsätzlich geeignet ist, den Verkehrswert eines Grundstückes zu ermitteln. Im Laufe der Zeit wurden die Festlegungen der Grundstücksmitteilung generell herangezogen, um die Wertangemessenheit von Verfügungen über staatliches Vermögen zu prüfen. Die Bewertung mittels eines Verkehrswertgutachtens wurde als Bewertungsmethode für sämtliche Verfügungen über staatliches Vermögen anerkannt.

Die Grundstücksmitteilung ist zwar mit Inkrafttreten der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe außer Kraft getreten, nach wie vor kann aber ein von einem unabhängigen Sachverständigen erstelltes Verkehrswertgutachten, welches auf anerkannten Bewertungsmethoden beruht, grundsätzlich als geeignet angesehen werden, den Verkehrswert einer Sache zu ermitteln.

Der Kaufpreis/Abtretungspreis für die in Frage stehenden Geschäftsanteile wurde von PwC Advisory Services GmbH in einem Gutachten, auf Basis des Rekonstruktionszeitwertes ermittelt, Deloitte Niederösterreich Wirtschaftsprüfungs GmbH hat im Aktenvermerk vom 30. (dreißigsten) Juli 2024 (zweitausendvierundzwanzig) bestätigt, dass die Bewertung des Verkehrswertes der Geschäftsanteile auf Basis des Rekonstruktionszeitwertes im Einklang mit den Festlegungen im Fachgutachten KFS/BW 1 steht, die geplanten Nutzungsdauern angemessen sind und die im Gutachten ab Seite 17 (siebzehn) dargelegten Informationen als ausreichende Grundlage für deren Aufnahme ins Anlageverzeichnis angesehen werden können.

Der Abtretungspreis/Kaufpreis ist daher als beihilfeneutral und marktkonform zu qualifizieren.

6.4.1.4. Verschmelzung

NÖ Regionalverkehr wurde, wie dargestellt, mit Verschmelzungsvertrag vom 23. (dreiundzwanzigsten) August 2024 (zweitausend-

⁸⁴ Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. Nr. C 209 vom 10. Juli 1997, S. 3ff;

vierundzwanzig) auf NÖVOG, als übernehmende Gesellschaft, verschmolzen.

Die übertragende Gesellschaft überträgt das Gesamtvermögen, auf Basis der Schlussbilanzen, die am 31. (einunddreißigsten) Dezember 2023 (zweitausenddreihundzwanzig) und unter Inanspruchnahme der Begünstigung von Art. I UmgrStG auf die übernehmende Gesellschaft. Die übernehmende Gesellschaft verpflichtet sich zur Buchwertfortführung.

Wie bereits in Punkt 6.2.1.2. und Punkt 6.4.1.2. dargestellt, kann mit guten Gründen verneint werden, dass die Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft eine Verfügung über staatliches Vermögen darstellt, die dem Beihilferegime der Europäischen Union unterliegt. Vor diesem Hintergrund ist auch hier keine weitere beihilferechtliche Rechtfertigung notwendig.

Will man dennoch die Marktkonformität prüfen, so scheidet auch hier die Durchführung eines wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens aus, da die Verschmelzung eben auf die Muttergesellschaft erfolgen soll.

Auch hier kann die Marktkonformität nur durch Benchmarking oder andere Bewertungsmethoden geprüft werden und auch in diesem Fall bedarf es keiner näheren Erörterung, dass die Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft grundsätzlich unter Inanspruchnahme von Art. I UmgrStG durchgeführt wird.

Die Übertragung der Vermögenswerte erfolgt auf Basis der Buchwerte zum Verschmelzungstichtag, welche von der übernehmenden Gesellschaft weitergeführt werden.

Somit ist auch bei dieser Verschmelzung die Marktkonformität zu bejahen.

6.4.1.5. Sonstige Verträge

Bei den sonstigen Verträgen ist zwischen den Verträgen zu unterscheiden, die bereits vor der gegenständlichen Transaktion abgeschlossen worden sind, und den Verträgen, die im Zuge der

Transaktion zwischen den Beteiligten neu und erstmals abgeschlossen werden.

6.4.1.5.1. Bestehende Verträge

Hier handelt es sich einerseits um die in Bezug auf VOR bestehenden Verträge, also Grund- und Finanzierungsvertrag für die Verkehrsverbund Ostregion, Zusatzvereinbarung zum Grund- und Finanzierungsvertrag, Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrs-diensten auf der Schiene in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland (Ostregion), Zusatzvereinbarung in Ergänzung der Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Schiene in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland (Ostregion), Zusammenarbeits- und Abwicklungsvereinbarung betreffend über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Schiene in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland (Ostregion), Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrs-diensten auf der Mariazellerbahn und Citybahn Waidhofen in dem Bundesland Niederösterreich, Zusammenarbeits- und Abwicklungsvereinbarung betreffend die Kooperation über die Planung, Bestellung und Abwicklung von öffentlichen Personennah- und -regionalverkehrsdiensten auf der Strecke der Mariazellerbahn und der Citybahn Waidhofen in dem Bundesland Niederösterreich, Vereinbarung zur Änderung des Grund- und Finanzierungsvertrages (GuF) für den Verkehrsverbund Ost-Region, Vereinbarung hinsichtlich der Einführung einer bundesweiten Jahresnetzkar-te, sowie die Verkehrsdienstverträge Mariazellerbahn und Citybahn Waidhofen, die Zusatzvereinbarung zur Finanzierungs- und Kooperationsvereinbarung Mariazellerbahn, und die Verträge, die mit den Busbetrei-

bern abgeschlossen wurden, sowie der Vertrag über die Einnahmenaufteilung von Verbunderlösen.

Die Verträge, die die Tätigkeit und Finanzierung von VOR zum Gegenstand haben, sind als beihilfeneutral zu qualifizieren, da auf Basis dieser Verträge freigestellte Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Personennahverkehr zum Gegenstand haben, und Regelungen zur Berechnung der Ausgleichszahlungen zur Vermeidung von Überkompensation enthalten.

Die Verkehrsdiensteverträge Mariazellerbahn und Citybahn Waidhofen wurden gemäß Art. 5 Abs. 2 PSO zulässigerweise im Wege der In-House-Vergabe abgeschlossen, die Verträge betreffend Busdienste wurden im Verfahren gemäß dem BVergG 2018 ausgeschrieben und vergeben, womit von der Beihilfeneutralität dieser Verträge auszugehen ist, die Übernahme dieser Verträge von VOR ändert daran nichts.

In vergaberechtlicher Hinsicht ist noch nachzutragen, dass § 365 BVergG 2018 Regelungen über die Änderungen von Verträgen während ihrer Vertragslaufzeit enthält. Eine wesentliche Änderung von Verträgen und Rahmenvereinbarungen während deren Laufzeit ist grundsätzlich nur nach einer erneuten Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig. Gemäß den Festlegungen im § 365 Abs. 3 Z. 3 lit. b ist ein Wechsel des Auftragnehmers infolge einer Unternehmensumstrukturierung – einschließlich Übernahme, Fusion, Erwerb oder Insolvenz – keine wesentliche Änderung, sofern dieser Wechsel keine weiteren wesentlichen Änderungen des ursprünglichen Vertrages zur Folge hat und nicht dazu dient, die Anwendungen der Vorschriften des Bundesgesetzes zu umgehen. Der Eintritt von NÖ Bahnen in die Verkehrsdiensteverträge Mariazellerbahn und Citybahn Waidhofen, auftragnehmerseitig, erfolgt aufgrund einer Unternehmensumstrukturierung, nämlich der Abspaltung des Eisenbahnbetriebes von NÖVOG auf NÖ Bahnen. NÖ Bahnen tritt, wie bereits

dargestellt, als Gesamtrechtsnachfolger in die Verkehrsdienserverträge ein, im übrigen findet keine wie immer geartete Änderung der Verträge statt. Somit stellt der Wechsel auftragnehmerseitig keine wesentliche Änderung des Vertrages dar.

Soweit vorerst NÖ Regionalverkehr, und in weiterer Folge NÖVOG auftraggeberseitig in die Verkehrsdienserverträge und die Verträge betreffend Busleistungen eintreten, ist festzuhalten, dass dies nur einen Wechsel in der Person des Auftraggebers darstellt, und somit vergaberechtlich irrelevant ist.

6.4.1.5.2. Neue Verträge

Somit bleibt zu prüfen, ob die im Zuge der Transaktion neu abgeschlossenen Verträge zwischen den Beteiligten Beihilfeelemente enthalten könnten.

Im Verhältnis NÖVOG : NÖ Bahnen sind die Dienstleistungsvereinbarung und die Vereinbarung über die Überlassung des Betriebs zu prüfen.

Beihilferechtlich relevant könnte ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sein, für ein derartiges Missverhältnis liegen aber keine wie immer gearteten Ansatzpunkte vor.

Dazu tritt, dass, wie mehrfach dargestellt, NÖVOG Alleingesellschafter von NÖ Bahnen ist, es handelt sich also um konzerninterne Vereinbarungen, es findet kein Leistungsaustausch mit einem Marktteilnehmer, der nicht dem Konzern zuzurechnen ist, statt.

Im Verhältnis NÖVOG : VOR wird der Kooperations- und Einnahmenaufteilungsvertrag Regionalverkehre NÖ, die Dienstleistungsvereinbarung, also das SLA und der Untermietvertrag neu abgeschlossen.

Der Kooperations- und Einnahmenaufteilungsvertrag enthält die zwischen VOR, NÖ Regionalverkehr und NÖVOG notwendigen Regelungen, die erforderlich

sind, bevor NÖVOG Verbundpartner wird und den Verträgen mit den beteiligten Verbundkooperationspartnern beitreten kann.

Der Dienstleistungsvertrag, also das SLA, abgeschlossen zwischen NÖ Regionalverkehr und VOR, wiederum unter Beitritt von NÖVOG, regelt die Erbringung der in diesem Vertrag bezeichneten Dienstleistungen für einen Übergangszeitraum durch VOR für NÖ Regionalverkehr und in weiterer Folge NÖVOG.

Der Untermietvertrag, abgeschlossen zwischen VOR und NÖ Regionalverkehr, wiederum unter Beitritt von NÖVOG, regelt die Überlassung der für den Geschäftsbereich *Planung, Bestellung und Abwicklung der Niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre samt Verkehrsdienstverträge NÖVOG-Bahn* erforderlichen Büroinfrastruktur für den Übergangszeitraum und endet, ohne dass es einer gesonderten Aufkündigung bedarf, mit Ablauf des 31. (einunddreißigsten) Dezember 2024 (zweitausendvierundzwanzig).

Hinsichtlich dieser Verträge liegen keine wie immer gearteten Anhaltspunkte vor, dass Leistung und Gegenleistung in einem Ausmaß inkongruent wären, welches einen beihilferechtlich relevanten Vorteil begründen würde.

6.4.2. Ebene VOR

6.4.2.1. Spaltung und Übernahme

Hier ist auf die Ausführungen in Punkt 6.4.1.1. zu verweisen.

Die Abspaltung des Geschäftsbereiches *Planung, Bestellung und Abwicklung der Niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre samt Verkehrsdienstverträge NÖVOG - Bahn* von VOR und die Aufnahme dieses Geschäftsbereiches durch NÖ Regionalverkehr stellt, wie bereits mehrfach dargestellt, wohl keine Verfügung über staatliches Vermögen dar, die dem Beihilferegime der Europäischen Union unterliegt, da VOR Alleingesellschafterin von NÖ Regionalverkehr ist.

Vor diesem Hintergrund ist auch hier keine weitere beihilferechtliche Rechtfertigung notwendig.

Will man die Anwendbarkeit des Beihilferegimes dennoch bejahen, so scheidet auch hier die Verfügung über den abzuspaltenen Geschäftsbereich in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren aus, da der Geschäftsbereich von der Tochtergesellschaft übernommen werden soll.

Die Marktkonformität der Transaktion kann somit durch Benchmarking oder andere Bewertungsmethoden geprüft werden.

Wie sub Punkt 2.5.3. dargestellt, ist das UmgrStG auf die Abspaltung des Geschäftsbereiches von VOR auf NÖ Regionalverkehr nicht anwendbar. Unter den Anwendungsbereich des UmgrStG fallen nur Einbringungen und/oder Abspaltungen von Betrieben, Teilbetrieben, Mitunternehmeranteilen oder Kapitalanteilen.

Im Zuge der gegenständlichen Transaktion wurde aber kein Teilbetrieb, sondern ein Geschäftsbereich abgespalten und von der Tochtergesellschaft übernommen.

Die Abspaltung erfolgte auf Basis der Spaltungsbilanz und der Übertragungsbilanz, somit zu Buchwerten, was wiederum den Regelungen des UmgrStG entspricht, auch wenn dieses nicht anwendbar ist.

Die Bewertung des abgespaltenen Geschäftsbereiches basierte also auf den Bewertungsgrundsätzen des UmgrStG, welches die Abspaltung und Übernahme zu Buchwerten normiert.

Da die Transaktion sich materiell an den Regelungen des UmgrStG orientiert, ist auch diese Transaktion als marktkonform – und damit beihilfeneutral – zu qualifizieren.

6.4.2.2. Verkauf der Geschäftsanteile

Hier ist auf die Ausführungen in Punkt 6.4.1.3. zu verweisen.

Ein Gutachten ist grundsätzlich geeignet, den Verkehrswert einer Sache, im gegenständlichen Fall von Geschäftsanteilen an einer

Gesellschaft, zu ermitteln. Das unter Punkt 2.5.6. dargestellte Gutachten erfüllt – hier ist auf Punkt 6.4.1.3. zu verweisen – die Anforderungen, die das Beihilferegime und die Kommission an derartige Gutachten stellen.

Das Gutachten ist von unabhängigen Sachverständigen, unter Zugrundelegung des Rekonstruktionszeitwertes erstellt worden. In der Stellungnahme eines weiteren Sachverständigen wurde bestätigt, dass die Bewertung des Verkehrswertes der Geschäftsanteile auf Basis des Rekonstruktionszeitwertes im Einklang mit den Festlegungen im Fachgutachten KFS/BW 1 steht.

6.4.2.3. Bestehende und weitere Verträge

Eine Änderung bestehender Verträge im Zusammenhang mit der Verbundkooperation erfolgt nur insoweit, als NÖVOG diesen Verträgen als Verbundpartner beitreten wird. Beihilferechtlich ist das irrelevant.

Hinsichtlich der Verträge, die im Zuge der Transaktion neu abgeschlossen wurden, ist auf Punkt 6.4.1.5.2. dieses Gutachtens zu verweisen – es bestehen keine wie immer gearteten Anhaltspunkte die Beihilfeneutralität der Verträge in Frage zu stellen.

7. Zusammenfassung

7.1. Phase 1

Zusammenfassend ist für Phase 1 also festzuhalten, dass

- Verfügungshandlungen über Teilbetriebe, Geschäftsbereiche etc. innerhalb einer Unternehmensgruppe grundsätzlich nicht dem Beihilferegime der Europäischen Union unterliegen dürften, weil sich durch diese Transaktionen nur die Unternehmensstruktur, nicht jedoch der wirtschaftliche Eigentümer ändert;
- womit die Abspaltung des Teilbetriebes *Eisenbahnverkehr* von Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) und die Übernahme des Teilbetriebes durch Niederösterreich Bahnen GmbH, die Verschmelzung von Bergbahnen Mitterbach GmbH auf Niederösterreich Bahnen GmbH und die Abspaltung des Geschäftsbereiches *Planung, Bestellung und Abwicklung der Niederösterreichischen Regionalbus- und Bedarfsverkehre samt Verkehrsdienste-*

verträge NÖVOG – Bahn von Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. auf NÖ Regionalverkehrs GmbH grundsätzlich, vorbehaltlich der Prüfung der Vertragswerke, als beihilfeneutral zu qualifizieren ist;

- selbst wenn man die Anwendbarkeit des Beihilferegimes bejaht, die grundsätzliche Transaktionsstruktur und Zielstruktur abstrakt als beihilfeneutral qualifiziert werden kann, wenn die Verfügungshandlungen am Market Investor Principle rechtfertigbar sind;
- die Abtretung der Geschäftsanteile an NÖ Regionalverkehrs GmbH durch Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. an Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) eine Verfügung über staatliches Vermögen darstellt, die auf Marktkonformität zu prüfen ist;
- die Rechtfertigung am Market Investor Principle in Phase 1, mangels Vorliegens der entsprechenden Verträge, nicht geprüft werden kann;
- für die Verschmelzung von NÖ Regionalverkehrs GmbH auf Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) das zuvor Gesagte gilt;
- die Prüfung am Market Investor Principle durch Benchmarking oder andere Bewertungsmethoden erfolgen muss, da aufgrund der Transaktionsstruktur die Durchführung eines wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens nicht möglich ist;
- Änderungen bestehender Verträge und neu abgeschlossene Verträge dahingehend zu prüfen sind, ob einem der Vertragsteile ein beihilferechtlich relevanter Vorteil eingeräumt wird, und
- die Betrauung von Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) mit der Planung und Bestellung der Krafftahrlinien- und Bedarfsverkehre in Niederösterreich, sowie der Planung und Bestellung der Schienenverkehre der Niederösterreich Bahnen GmbH durch Landesgesetz den unionsrechtlichen Vorgaben betreffend einen Betrauungsakt im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV entspricht.

7.2. Phase 2

Zusammenfassend ist somit zu Phase 2 festzuhalten, dass

- hinsichtlich der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Beihilferegimes der Europäischen Union das zu Phase 1 Gesagte gilt, Transaktionen innerhalb eines Kon-

zerns und/oder einer Unternehmensgruppe sind als beihilfeneutral zu qualifizieren, weil sich der wirtschaftliche Eigentümer nicht ändert;

- eine dennoch durchgeführte Prüfung am Market Investor Principle zu dem Ergebnis führt, dass
 - der Spaltungs- und Übernahmevertrag über die Abspaltung des Teilbetriebes *Eisenbahnverkehr* von Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) an Niederösterreich Bahnen GmbH;
 - der Verschmelzungsvertrag über die Verschmelzung der Bergbahnen Mitterbach GmbH als *übertragende* Gesellschaft auf die Niederösterreich Bahnen GmbH als *übernehmende* Gesellschaft, und
 - der Verschmelzungsvertrag über die Verschmelzung der NÖ Regionalverkehrs GmbH auf Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG)

als marktkonform und somit beihilfeneutral zu qualifizieren sind, da die Transaktionen unter Zugrundelegung von Art. I des Umgründungssteuergesetzes durchgeführt wurden und diese Vorgangsweise den Marktusancen entspricht;

- der Spaltungs- und Übernahmevertrag von Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. auf NÖ Regionalverkehrs GmbH als marktkonform und somit beihilfeneutral zu qualifizieren ist, weil die Bewertung des übertragenen Vermögens gemäß den Regelungen des Umgründungssteuergesetzes vorgenommen wurde, auch wenn dieses auf die Transaktion keine Anwendung findet;
 - der Anteilskauf- und Abtretungsvertrag über den gesamten Geschäftsanteil an NÖ Regionalverkehrs GmbH als marktkonform und somit beihilfeneutral zu qualifizieren ist, weil der Verkehrswert des Geschäftsanteiles durch ein Gutachten, welches den Festlegungen im Fachgutachten KFS/BW 1 entspricht, bestimmt und dieses Gutachten hinsichtlich der Methodik und der Bewertungsansätze einer Überbegutachtung unterzogen wurde, und
- keinerlei Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die im Zuge der Transaktion von Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) übernommenen und/oder neu abgeschlossenen Verträge einen der Vertragsteile einen beihilferechtlich relevanten Vorteil einräumen, womit auch hinsichtlich dieser Verträge von Beihilfeneutralität auszugehen ist.

7.3. Conclusio

Die Zusammenschau von Phase 1 und Phase 2 zeigt somit, dass die gesamte Transaktion als beihilfeneutral qualifiziert werden kann.

--- 0 ---

Wien, am 16. September 2024

Gerscha RechtsanwaltsGmbH