

# STELLUNGNAHME

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

## Inhaltsverzeichnis

<b>1. GEGENSTAND DER STELLUNGNAHME .....</b>	<b>4</b>
1.1. Allgemeines und Fragestellung .....	4
1.2. Verwendung der Stellungnahme .....	4
1.3. Haftungserklärung .....	4
<b>2. SACHVERHALT .....</b>	<b>5</b>
2.1. Rechtsträger .....	5
2.1.1. Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. ....	5
2.1.2. NÖ Regionalverkehrs GmbH .....	5
2.1.3. Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) .....	6
2.1.4. NÖ Landes-Beteiligungsholding GmbH .....	6
2.1.5. NÖ Holding GmbH .....	6
2.1.6. Niederösterreich Bahnen GmbH .....	6
2.1.7. Bergbahnen Mitterbach GmbH .....	7
2.2. Verkehrsdiensteverträge VOR : NÖVOG .....	7
2.3. Neustrukturierung .....	13
2.3.1. Trennung von Bahnbetrieb und Infrastruktur .....	13
2.3.2. Übertragung des NÖ Mobilitätsangebotes .....	15
<b>3. FRAGESTELLUNGEN .....</b>	<b>16</b>
<b>4. UNTERLAGEN .....</b>	<b>17</b>
<b>5. RECHTSGRUNDLAGEN .....</b>	<b>18</b>
5.1. Vergaberecht .....	18
5.1.1. PSO .....	18
5.1.2. BVergG 2018 .....	24
5.2. Österreichisches Recht .....	34
5.2.1. Spaltungsgesetz .....	34
5.2.2. Verschmelzung .....	36
5.2.3. Umgründungssteuergesetz .....	41
5.2.4. Gesamtrechtsnachfolge .....	41
5.2.5. NÖ Mobilitätsgesetz .....	41
<b>6. STELLUNGNAHME UND BEANTWORTUNG DER FRAGEN .....</b>	<b>44</b>
6.1. Allgemeines .....	44
6.2. Abspaltung Teilbetrieb <i>Eisenbahnverkehr</i> aus NÖVOG auf NÖ Bahnen .....	45
6.3. Abspaltung NÖ Mobilitätsangebot für Bus- und Bedarfsverkehre .....	46
6.4. Übernahme der gesamten Stammeinlage von NÖ Regionalverkehr .....	46

<b>6.5.</b>	<b>Verschmelzung von NÖ Regionalverkehr auf NÖVOG .....</b>	<b>47</b>
<b>6.6.</b>	<b>Eisenbahninfrastruktur und Wettbewerbsrecht.....</b>	<b>47</b>
<b>7.</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG .....</b>	<b>48</b>

## 1. Gegenstand der Stellungnahme

### 1.1. Allgemeines und Fragestellung

Im Zuge einer Umstrukturierung sollen Aufgabenbereiche, die im Augenblick von der Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) GmbH für das Land Niederösterreich betreut werden, in die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) übertragen werden. Zu beurteilen ist die Frage, ob diese Umstrukturierung, aus vergaberechtlicher Sicht, Auswirkungen auf bestehende Verkehrs-diensteverträge hat.

### 1.2. Verwendung der Stellungnahme

Diese Stellungnahme ist zur Verwendung durch das Land Niederösterreich, das Amt der Niederösterreichischen Landesregierung und die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) bestimmt.

Diese Stellungnahme darf ohne unser Wissen nicht an Dritte weitergegeben werden, ausgenommen sind:

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

### 1.3. Haftungserklärung

Wir übernehmen die Haftung dafür, dass die in dieser Stellungnahme dargelegten Rechtsansichten, unter Berücksichtigung des Primär- und Sekundärrechts der Europäischen Union, aber auch der Spruchpraxis der Kommission und der Unionsgerichte, vertretbar sind. Die vorliegende Stellungnahme dient dazu, den Sachverhalt auf Basis der vorliegenden Informationen, der Rechtslage, der Spruchpraxis der Europäischen Kommission und der Unionsgerichte darzustellen, bindet aber naturge-

mäß weder die zuständigen Behörden und/oder Gerichte, sei es innerstaatlich oder auf Unionsebene.

## 2. Sachverhalt

### 2.1. Rechtsträger

#### 2.1.1. 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 einhunderttausendkommanull), 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
$\Sigma$	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.*

#### 2.1.2. 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.

### 2.1.3. 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
$\Sigma$	363.364,17	100,00

### 2.1.4. 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.

### 2.1.5. 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 Alleingesellschafter.

### 2.1.6. 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 sechsdreißigtausendfünfhundertkommanullnull), NÖVOG ist Alleingesellschafterin.

#### 2.1.7. 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 zweiundsiebzigtausendsechshundertdreiundsiebzigkommanullnull) und ist zur Gänze bar einbezahlt. NÖVOG ist Alleingesellschafterin.

#### 2.2. Verkehrsdiensteverträge VOR : NÖVOG

VOR hat mit NÖVOG im Wege der In-House-Vergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 PSO<sup>1</sup> 2 (zwei) Verkehrsdiensteverträge abgeschlossen.

Gegenstand der Verträge ist die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr im Bundesland Niederösterreich auf der Strecke der Mariazeller Bahn und der Citybahn Waidhofen.

Vor Abschluss der Verträge wurde eine Vorabinformation betreffend eine Direktvergabe ohne Aufruf zum Wettbewerb<sup>2</sup> veröffentlicht.

In Punkt II.2.4.) findet sich die Beschreibung der Beschaffung:

##### *II.2.4) Beschreibung der Beschaffung:*

*Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags über Verkehrsdienste im öffentlichen Schienenpersonennah- und -regionalverkehr im Bundesland Niederösterreich einschließlich Landesgrenzen überschreitender, in die Gebiete benachbarter zuständiger Behörden führende Linien nach Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auf den Strecken der Mariazellerbahn und der Citybahn Waidhofen. Es sollen voraussichtlich ab 13.12.2020 stadregionale SPNRV-Leistungen zwischen St.Pölten Hauptbahnhof und Mariazell sowie im Stadtgebiet Waidhofen an der Ybbs (mit rd 1,05 Mio Zugkilometer p. a.) erbracht werden.*

*Eine Konkretisierung des Auftragsgegenstandes, des jeweiligen Systemangebots sowie eine Beschreibung der betroffenen Strecken und ein dem aktuellen Entwurfsstand entsprechender Musterfahrplan, der noch Änderungen in der Planung bzw trassentechnischen Umsetzbarkeit unterliegt, sind unter folgender Adresse ersichtlich:*

*[https://www.vor.at/fileadmin/CONTENT/Downloads/Verkehrsdienstevertrag\\_Neu/Leistungsbeschreibung\\_NOEVOG.pdf](https://www.vor.at/fileadmin/CONTENT/Downloads/Verkehrsdienstevertrag_Neu/Leistungsbeschreibung_NOEVOG.pdf)*

<sup>1</sup> 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, geändert durch Verordnung (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016, ABl. L 354 vom 23. Dezember 2016;

<sup>2</sup> Veröffentlicht ABl./S S238 vom 10. Dezember 2019, 585231-2019-DE;

Die zu erbringende Zugkilometer-Leistung unterliegt ausschließlich der von der VOR GmbH abzurufenden Anpassungen (Reduzierung/Ausweitung) aufgrund laufender Änderungen der Verkehrsbedürfnisse hinsichtlich geänderter demographischer, wirtschaftlicher oder infrastruktureller Rahmenbedingungen, insbesondere im Zuge des jährlichen Fahrplanwechsels. Solche Anpassungen der geschuldeten Leistung sind vertragsimmanente Erfüllungshandlungen. Leistungsanpassungen in Form von Mehrleistungen/Reduktionen von Zugkilometer sowie deren Auswirkungen auf den Gesamtabgeltungsbetrag dürfen insgesamt nicht mehr als plus/minus 15 % des Auftragswerts des Gesamtangebotes (exkl. Valorisierung) während der gesamten Vertragslaufzeit betragen. Kosten-/Kilometerneutrale Umschichtungen sind jederzeit zulässig.

Zur Leistungserbringung sind die derzeit eingesetzten Fahrzeuge zu verwenden.

Der Auftraggeber behält sich auf Grundlage der budgetären Deckung einen reduzierten Abruf der Leistungen vor. Zudem behält sich der Auftraggeber eine vorzeitige Kündigung, unter Bedingungen, die im Rahmen der Vertragsverhandlungen fixiert werden, vor.

Voraussichtliche Dauer der Beauftragung: 13.12.2020 bis Fahrplanwechsel 12.2035.

Die im Rahmen der Beauftragung zu erbringenden Verkehrsdienstleistungen sind im Verbundtarif zu erbringen.

(Art und Menge der Dienstleistungen oder Angabe von Bedürfnissen und Anforderungen)

Die beiden Verträge enthalten, soweit für diese Stellungnahme von Interesse, folgende Festlegungen:

#### § 4 Leistungsbeschreibung

- (1) Die vertragsgegenständlichen Leistungen sind die vom EVU während der Vertragslaufzeit gemäß Anlage 1 (Leistungsbeschreibung) zu erbringenden gemeinwirtschaftlichen Schienenpersonennahverkehrsleistungen samt Nebenleistungen, wobei diese sowohl das gemäß § 7 ÖPNRV-G 1999 vom Bund bereitzustellende Grundangebot im SPNV als auch Leistungen beinhalten, welche das Grundangebot gemäß § 13 ÖPNRV-G 1999 ergänzen.
- (2) Die vom EVU für ein Fahrplanjahr im Rahmen der §§ 7 und 13 ÖPNRV-G 1999 (Gesamtangebot) zu erbringenden gemeinwirtschaftlichen SPNV-Leistungen werden an folgenden Stellen definiert:
  1. Die Definition des Fahrbetriebs der zu befahrenden Strecken, das darauf jährlich zu erbringende Verkehrsvolumen unter Angabe von Zugnummern, Fahrplandaten und Fahrzeugkomposition (= Zugbildung) erfolgt in Abschnitt 3.
  2. Die Definition des einzusetzenden Rollmaterials erfolgt in Abschnitt 4.
  3. Die Definition des einzusetzenden Personals (Umfang; Qualifikation; Verhalten; etc.) erfolgt in Abschnitt 5.
  4. Die Definition der Vertriebsleistung unter Angabe der anzuwendenden Tarife erfolgt in Abschnitt 6.
  5. Die Definitionen von umzusetzender Fahrgastinformation und Kundenservice erfolgen in Abschnitt 7.
  6. Die Definitionen der Datenlieferung und des Datenaustausches erfolgen in Abschnitt 8.
  7. Die Definition sonstiger Verpflichtungen des EVU erfolgt in Abschnitt 9.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

*§ 60 Unterbeauftragung*

- (1) *Eine Unterbeauftragung der nach den Bestimmungen dieses Vertrags vom EVU zu erbringenden Verkehrsleistungen gemäß Anlage 1 (Leistungsbeschreibung) ist nur mit vorhergehender schriftlicher Zustimmung der VOR GmbH und maximal bis zu*

einem Ausmaß von 20% der gesamten beauftragten Verkehrsleistung erlaubt. Die Zustimmung darf nicht unbillig verweigert werden und ist zu erteilen, wenn dies keine negativen Auswirkungen auf die zu erbringenden Leistungen bzw. für die VOR GmbH hat bzw. dem keine sonstigen schwerwiegenden Gründe entgegenstehen. Ausgenommen von der Verpflichtung zur Einholung einer Zustimmung sind Schienenersatzverkehrsleistungen gemäß § 10.

- (2) Die VOR GmbH wird - gegebenenfalls unter Beiziehung eines dazu von der VOR GmbH beauftragten unabhängigen Wirtschaftsprüfers - eine Evaluierung einer allfälligen Überkompensation infolge einer Unterbeauftragung auf der Basis der Anlage 5a (Berechnungsmodell des Abgeltungsbetrags) durchführen.
- (3) Die vertragliche Verpflichtung des EVU zur Sicherstellung der Leistungserbringung bleibt im Fall einer Unterbeauftragung vollständig aufrecht.

### 13. Abschnitt: Vertragsdauer und Beendigung des Vertrags

- (1) Die Vergabe dieses Dienstleistungsauftrages erfolgt mit Vertragsunterzeichnung, die Leistungserbringung beginnt mit 13. Dezember 2020 nach Erfüllung aller aufschiebenden Bedingungen gemäß § 72.
- (2) Der Vertrag ist befristet mit Ablauf des 08. Dezember 2035.

#### § 61 Kündigung

Während der Vertragslaufzeit gibt es für beide Vertragspartner keine ordentliche Kündigungsmöglichkeit.

Ausgenommen davon sind im gegenständlichen Vertrag oder einer seiner Anlagen festgelegte außerordentliche Kündigungsmöglichkeiten unter Beachtung der diesbezüglich vereinbarten Kündigungsfristen und -termine.

#### § 62 Außerordentliche Kündigung

- (1) Beide Vertragspartner haben einen Anspruch auf teilweise oder gänzliche Beendigung des Vertrags, wenn beim jeweiligen anderen Vertragspartner Umstände eintreten, die die teilweise oder gänzliche Aufrechterhaltung des Vertrags dem anderen Vertragspartner objektiv nicht zumutbar machen.

In solchen Fällen kann die VOR GmbH bzw. das EVU den Vertrag zur Gänze oder auch nur teilweise schriftlich kündigen; eine teilweise Kündigung kann jedoch nur dann erfolgen, wenn ein bestimmter Leistungsteil vom Kündigungsgrund betroffen ist. Ist die Aufrechterhaltung des Vertrags zur Gänze unzumutbar, kann stets der gesamte Vertrag gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate mit Wirkung zum nächsten Fahrplanwechsel, es sei denn im gegenständlichen Vertrag oder einer seiner Anlagen ist eine abweichende Kündigungsfrist oder ein abweichender Kündigungszeitpunkt festgelegt.

- (2) Umstände, die die teilweise oder gänzliche Aufrechterhaltung des Vertrags dem anderen Vertragspartner objektiv nicht zumutbar machen, sind beispielsweise
  1. für die VOR GmbH schwerwiegende Verstöße gegen wesentliche Vertragspflichten durch das EVU, insbesondere

- Wiederholte Verfehlung der Kennzahl Sicherheit (Anlage 23) durch das EVU: Verfehlt das EVU die Kennzahl Sicherheit in zwei aufeinanderfolgenden Kalenderjahren nach Maßgabe der Anlage 23 (Kennzahl Sicherheit), so ist die VOR GmbH zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.
- Wiederholte Verstöße des EVU gegen die Regelungen betreffend Fahrwegkapazitäten und Serviceeinrichtungen (§ 8): Verstößt das EVU

*schwerwiegend gegen diese Regelungen, so hat die VOR GmbH das EVU schriftlich abzumahnern. Verstößt das EVU daraufhin im selben oder in einem der beiden nachfolgenden Kalenderjahre abermals schwerwiegend gegen diese Regelungen, so ist die VOR GmbH zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.*

- *Prüfung der konzerninternen Leistungsverrechnung: Verweigert das EVU, sich der Prüfung der konzerninternen Leistungsverrechnungen hinsichtlich der Drittüblichkeit der Entgelte gemäß § 59 durch den hierzu von der VOR GmbH beauftragten Wirtschaftsprüfer zu unterziehen, so hat die VOR GmbH das EVU schriftlich abzumahnern. Verweigert das EVU daraufhin abermals die Prüfung, so ist die VOR GmbH zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.*
  - *Wiederholte vom EVU zu vertretende Leistungsstörungen: liegen innerhalb von sechs Monaten zumindest zwei schwerwiegende Leistungsstörungen, vom EVU zu vertretende vor, so hat die VOR GmbH das EVU jeweils schriftlich abzumahnern. Liegt daraufhin innerhalb der darauffolgenden sechs Monate (ab Zugang der letzten Abmahnung beim EVU) eine weitere schwerwiegende, vom EVU zu vertretende Leistungsstörung vor, so ist die VOR GmbH zur außerordentlichen Kündigung berechtigt. Eine schwerwiegende Leistungsstörung liegt vor, wenn das EVU die vertragsgegenständliche SPNV über einen durchgehenden Zeitraum von mehr als 6 Stunden nicht erbringt, ohne dass die Voraussetzungen für eine unplanmäßige Abweichung vom Regelbetrieb vorliegen. Eine Leistungsstörung ist dann nicht vom EVU zu vertreten, wenn sie durch Fälle höherer Gewalt (z.B. Unwetter), Störungen durch Dritte (Suizid, Demonstrationen, Streik usw.), netzbestimmende Unfälle, Störungen der Infrastruktur (z.B. Bauarbeiten oder Langsamfahrstellen) bedingt ist und nachgewiesen wird.*
  - *Einsatz von schwerwiegend mangelhaften Fahrzeugen: Setzt das EVU trotz zweimaliger vorhergehender schriftlicher Abmahnung und Aufforderung zur Verbesserung innerhalb angemessener Frist nach fruchtlosem Ablauf der zweiten gesetzten Frist Fahrzeuge mit schwerwiegenden Mängeln ein, so ist die VOR GmbH zur außerordentlichen Kündigung berechtigt. Ein schwerwiegender Mangel an einem Fahrzeug liegt vor, wenn die Sicherheit des Betriebes des Fahrzeuges auf der vertragsgegenständlichen Strecke auf Grund des Zustandes des Fahrzeuges oder der Führung des Betriebes des Fahrzeuges durch das EVU nicht mehr gegeben ist und die Behörde gemäß § 19b Abs. 2 EiszG die gänzliche oder teilweise Einstellung des Schienenfahrzeugbetriebes der Eisenbahn gegenüber dem EVU verfügt hat.*
2. *für das EVU wiederholte schwerwiegende Verstöße gegen wesentliche Vertragspflichten durch die VOR GmbH, insbesondere*
- *Verzug mit der Leistung des Abgeltungsbetrags durch die VOR GmbH über eine Dauer von mehr als zwei Monaten trotz mindestens zweimaliger schriftlicher Mahnung durch das EVU.*
3. *für beide Vertragspartner*
- *wesentliche Änderungen der Rechtslage, grundlegende Änderungen der maßgeblichen organisatorischen oder finanziellen Rahmenbedingungen,*
  - *Leistungsstörungen in Folge höherer Gewalt (z.B. Unwetter), Störungen durch Dritte, netzbestimmende Unfälle oder Störungen der Infrastruktur, sofern eine Behebung dieser Störung innerhalb von sechs Monaten nicht erwartbar ist und die Störung die Erbringung der Verkehrsleistung auf*

*mehr als 20 % des dem vertragsgegenständlichen Leistung zugrundeliegenden Schienennetzes verunmöglicht.*

- (3) *Bei Eintreten unvorhersehbarer Ereignisse oder Umständen, die die Aufrechterhaltung des Vertrags oder die Einhaltung wesentlicher vertraglicher Verpflichtungen einer der oder beider Vertragsparteien objektiv unmöglich machen, z.B. im Falle der Änderung der finanziellen Rahmenbedingungen beim EVU, im Falle einer (entsprechend wesentlichen) Budgetkürzung für die Bestellung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsdienste, im Falle von Kostensteigerungen aufgrund von behördlichen Auflagen oder im Falle einer Konkurrenz von dritten Eisenbahnverkehrsunternehmen auf denselben Strecken, die eine nicht durch Rechtsmittel bekämpfbare Einnahmenverminderung bei der VOR GmbH herbeiführt, sind die Vertragsparteien auf Verlangen einer der Vertragsparteien verpflichtet, unverzüglich in ernsthafte und partnerschaftliche Verhandlungen treten, um eine einvernehmliche Einigung bzw. Anpassung des Vertrags zu erzielen. Wird in diesem Fall eine derartige Einigung binnen einer Frist von sechs Monaten nicht erzielt, kann der Vertrag bzw. die betroffenen Leistungen von dem Vertragspartner gekündigt werden, der eine diesbezügliche Vertragsanpassung verlangt hat. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate mit Wirkung zum nächsten Fahrplanwechsel.*
- (4) *Die VOR GmbH ist berechtigt, den Vertrag ohne jede Bindung an Kündigungsfristen oder Kündigungstermine zu kündigen, wenn das EVU zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung bzw. des Abschlusses des Vertrags vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen wäre oder der Vertrag aufgrund einer schweren Verletzung der Verpflichtungen gemäß dem AEUV oder der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, die der Gerichtshof der Europäischen Union in einem Verfahren nach Artikel 258 AEUV festgestellt hat, nicht an das EVU hätte vergeben werden dürfen oder der Vertrag ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den gesetzlichen Bestimmungen wesentlich geändert wurde. Die bis zur Wirksamkeit des Rücktritts erbrachten Leistungen sind entsprechend den vertraglichen Bestimmungen zu vergüten.*

...

#### § 66 Rechtsnachfolge

*Die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag gehen auf allfällige Rechtsnachfolger der Parteien über.*

#### § 67 Übertragbarkeit von Rechten und Pflichten

*Die VOR GmbH ist berechtigt, ihre Rechte und Pflichten aus dem Vertrag oder Teile davon auf Dritte zu übertragen. Dies gilt insbesondere für die Übertragung der Rechte und Pflichten an bestehende oder auch erst neu zu gründende Einrichtungen oder Unternehmen der regionalen ÖPNV-Verantwortlichen im Wege einer Vertragsübernahme. Die VOR GmbH wird dem EVU diese allfällige Übernahme der Rechte und Pflichten schriftlich mit eingeschriebenem Brief ehestmöglich mitteilen; das EVU stimmt bereits mit Abschluss des vorliegenden Vertrags einer solchen Vertragsübernahme zu, sodass es keiner gesonderten Zustimmung des EVU für die Rechtswirksamkeit der Vertragsübernahme bedarf. Im Fall einer solchen Vertragsübernahme tritt der neue Auftraggeber an die Stelle der VOR GmbH; die VOR GmbH haftet jedoch für die Verpflichtungen des neuen Auftraggebers als Ausfallsbürge gemäß § 1356 ABGB. Gegebenenfalls ist damit eine vollständige Verpflichtungs- und Forderungsübernahme sowie ein Eintritt in alle vertraglichen und gesetzlichen Gestaltungsrechte verbunden, sodass das unveränderte Vertragsverhältnis und allfällige damit im unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehende Ansprüche ausschließlich zwischen dem neuen Auftraggeber und dem EVU bestehen. Eine solche Vertragsübernahme wird als solches nicht vergütet, sodass also die Übernahme jedenfalls unentgeltlich erfolgt.*

## 2.3. Neustrukturierung

Im Zuge der Neustrukturierung soll auf Ebene NÖVOG eine Trennung von Bahnbetrieb und Infrastruktur stattfinden. Das NÖ Mobilitätsangebot für Bus- und Bedarfsverkehre soll von VOR auf NÖVOG übertragen werden.

Im Einzelnen sind folgende Schritte geplant:

### 2.3.1. Trennung von Bahnbetrieb und Infrastruktur

Der Teilbetrieb *Eisenbahnverkehr* wird aus NÖVOG abgespalten und an NÖ Bahnen übertragen. Die Abspaltung und die Aufnahme erfolgen mit Wirkung zum Ablauf des 31. (einunddreißigsten) Dezember 2023 (zweitausenddreißigsten).

§ 5. des Entwurfes des Spaltungs- und Übernahmungsvertrages lautet wie folgt:

#### 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 angeschlossenen 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 Raiffeisenlandes-*

bank 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 Annuitätzuschüsse, 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.*

Die Liegenschaften und die Konzessionen nach dem Eisenbahngesetz 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 Mariazeller Bahn wird eine Betriebsüberlassungsvereinbarung gemäß § 25 Eisenbahngesetz zwischen NÖVOG und NÖ Bahnen geschlossen, um NÖ Bahnen in die Lage zu versetzen, den Bahnbetrieb durchführen zu können.

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

Die Abspaltung des Teilbetriebes *Eisenbahnbetrieb* von NÖVOG und die Aufnahme des Teilbetriebes in NÖ Bahnen führt dazu, dass NÖ Bahnen, anstelle von NÖVOG, mit Wirkung zum 01. (ersten) Jänner 2024 (zweitausendvierundzwanzig), wirtschaftlich und steuerlich, als Auftragnehmer von VOR in die Verkehrsdienstverträge eintritt.

### 2.3.2. Übertragung des NÖ Mobilitätsangebotes

VOR spaltet den Teilbetrieb NÖ Mobilitätsangebot für Bus- und Bedarfsverkehre auf die NÖ Regionalverkehr ab. Die Abspaltung von VOR und die Aufnahme in NÖ Regionalverkehr erfolgt mit Ablauf des 31. (einunddreißigsten) Dezember 2023 (zweitausenddreißig).

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 (zweitausenddreißig).

Die Abspaltung auf NÖ Regionalverkehr führt dazu, dass die übernehmende Gesellschaft mit Wirkung zum 01. (ersten) Jänner 2024 (zweitausendvierundzwanzig), anstelle von VOR, wirtschaftlich und steuerlich, in die sub 2.2. dargestellten Verkehrsdiensteverträge betreffend die Mariazeller Bahn und die Citybahn Waidhofen, auftraggeberseitig, eintritt.

Die Übernahme der Geschäftsanteile von NÖ Regionalverkehr durch NÖVOG hat keine Auswirkungen auf die bestehenden Verträge. Die Verschmelzung von NÖ Regionalverkehr nach Übernahme der Geschäftsanteile auf NÖVOG führt dazu, dass NÖVOG mit Wirkung zum 01. (ersten) Jänner 2024 (zweitausendvierundzwanzig), wiederum wirtschaftlich und steuerlich, als Auftraggeber in die Verkehrsdiensteverträge eintritt.

### 3. Fragestellungen

Zu beurteilen sind folgende Fragen:

- Hat die Abspaltung des Teilbetriebes *Eisenbahnverkehr* aus NÖVOG auf NÖ Bahnen Auswirkungen auf die Verkehrsdiensteverträge und/oder steht die In-House-Vergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 PSO dem Eintritt von NÖ Bahnen in die Verträge, auftragnehmerseitig, entgegen?
- Hat die Abspaltung des Teilbetriebes *NÖ Mobilitätsangebot für Bus- und Bedarfsverkehre* aus VOR auf NÖ Regionalverkehr Auswirkungen auf die Verkehrsdiensteverträge und/oder steht die In-House-Vergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 PSO dem Eintritt von NÖ Regionalverkehr, auftraggeberseitig, entgegen?
- Hat die Übernahme der gesamten Stammeinlage von NÖ Regionalverkehr durch NÖVOG Auswirkungen auf die Verkehrsdiensteverträge und/oder steht die In-House-Vergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 PSO der Übernahme der Geschäftsanteile entgegen?
- Hat die Verschmelzung von NÖ Regionalverkehr auf NÖVOG Auswirkungen auf die Verkehrsdiensteverträge und/oder steht die In-House-Vergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 PSO der Verschmelzung entgegen?
- Wie ist der Umstand, dass NÖVOG über die Eisenbahninfrastruktur verfügt und NÖ Bahnen die Verkehrsdienstleistungen erbringen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu beurteilen?

#### 4. Unterlagen

Die Stellungnahme wurde ausschließlich auf Basis folgender Unterlagen erstellt:

- Vorabinformation für öffentliche Dienstleistungsaufträge 2019/S 238-585231, vom 10. Dezember 2019;
- Verkehrsdienstevertrag betreffend die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr in dem Bundesland Niederösterreich auf der Strecke der Mariazeller Bahn, vom 11. Dezember 2020, samt 35 Anlagen;
- Verkehrsdienstevertrag betreffend die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr in dem Bundesland Niederösterreich auf der Strecke der Citybahn Waidhofen, vom 11. Dezember 2020, samt 33 Anlagen;
- Zielstruktur NÖ Mobilität, Präsentation von Deloitte Tax Wirtschaftsprüfungs GmbH, Stand 05. April 2024;
- email Deloitte Legal, vom 07. Mai 2024;
- Entwurf Verschmelzungsvertrag über die Verschmelzung Bergbahnen Mitterbach GmbH als übertragende Gesellschaft auf Niederösterreich Bahnen GmbH als übernehmende Gesellschaft, Stand 10. Mai 2024;
- Entwurf Spaltungs- und Übernahmevertrag über die Abspaltung des Teilbetriebes „Eisenbahnverkehr“ von Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) auf Niederösterreich Bahnen GmbH, Stand 15. Mai 2024;
- Entwurf Legal/Tax Step Plan Projekt NÖ Mobilität, Präsentation von Jank Weiler Operenyi Rechtsanwälte GmbH, Deloitte Legal, Stand 21. Mai 2024;
- Firmenbuchauszug Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H., FN 117218 f, vom 05. Juni 2024;
- Firmenbuchauszug NÖ Regionalverkehrs GmbH, FN 609807 a, vom 05. Juni 2024;
- Firmenbuchauszug Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG), FN 31309 v, vom 05. Juni 2024;
- Firmenbuchauszug NÖ Landes-Beteiligungsholding GmbH, FN 248050 f, vom 05. Juni 2024;
- Firmenbuchauszug NÖ Holding GmbH, FN 243092 p, vom 05. Juni 2024;

- Firmenbuchauszug Niederösterreich Bahnen GmbH, FN 154139 a, vom 05. Juni 2024, mit historischen Daten, und
- Firmenbuchauszug Bergbahnen Mitterbach GmbH, FN 152869 h, vom 05. Juni 2024.

## 5. Rechtsgrundlagen

### 5.1. Vergaberecht

Verträge, die die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen zum Gegenstand haben, können entweder nach den Regelungen der PSO oder des BVergG 2018<sup>3</sup> vergeben werden. Beide Rechtsvorschriften enthalten Regelungen betreffend die In-House-Vergabe.

#### 5.1.1. PSO

Die Regelungen betreffend die In-House-Vergabe in der PSO lauten 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 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;*

---

<sup>3</sup> Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBl. I Nr. 65/2018, idgF.;

...

### 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

...

- (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 Zuständigkeitsgebiet 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 vergebener 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, Nachfragemerkmale, 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, 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 solchem Fall ist ferner zu gewährleisten, dass Beschwerden aufgrund rechtswidriger Handlungen der Nachprüfungsstellen oder aufgrund fehlerhafter Ausübung der diesen übertragenen Befugnisse der gerichtlichen 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.*

...

Die Regelung betreffend die In-House-Vergabe nach der PSO weicht von der allgemeinen vergaberechtlichen Regelung betreffend die In-House-Vergabe ab. Es ist nur eine In-House-Vergabe von der Mutter an die Tochter möglich und über die Tochter muss eine Kontrolle ausgeübt werden, die der Kontrolle über die eigenen Dienststellen der Behörde entspricht. Weiters darf das Unternehmen, welches im Wege der In-House-Vergabe mit der Erbringung von Personenverkehrsdiensten betraut wird, grundsätzlich nur im Zuständigkeitsgebiet der betrauenden Mutter, ungeachtet abgehender Linien, tätig sein.

Aus der Entstehungsgeschichte der PSO lässt sich das erklären. Bis zur Erlassung der PSO war Verordnung (EWG) Nr. 1191/1969<sup>4</sup> in Kraft. Die Kommission legte im Jahr 2000 (zweitausend) einen Vorschlag für eine Verordnung<sup>5</sup> vor. Dieser Verordnungsentwurf sah vor, dass sämtliche Verkehrsdienste gemäß den Regelungen des Vergaberegimes auszuschreiben und zu vergeben sind. Dieser Vorschlag fand bei den Mitgliedstaaten keinen Konsens. Nach Erlassung des *Altmark Trans*<sup>6</sup> Urteiles wurde im Jahr 2005 (zweitausendfünf) neuerlich ein Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates<sup>7</sup> vorgelegt. Auf Basis dieses Vorschlages entstand letztendlich die PSO.

Die zuvor wiedergegebene Regelung betreffend die In-House-Vergabe findet sich in der PSO. Eine klare Regelung, dass das allgemeine Vergaberegime, in Österreich also das BVergG 2018, auf In-House-Vergaben nach der PSO

---

<sup>4</sup> Verordnung (EWG), 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl. L 156/1, vom 28. Juni 1969, geändert durch Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates vom 20. Juni 1991 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl. L 169/1, vom 29. Juni 1991;

<sup>5</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen (2000/C 365 E/10), ABl. C 365 E/169, vom 19. Dezember 2000;

<sup>6</sup> EuGH, Slg. 2003, I-774, *Altmark Trans GmbH*;

<sup>7</sup> Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, KOM(2005) 319 endgültig, 2000/0212 (COD), vom 20. Juli 2005;

subsidiär anzuwenden ist, wenn die PSO keine Regelungen enthält, ist in der Verordnung nicht enthalten.

Ebensowenig finden sich Regelungen betreffend die Änderungen von Verträgen während der Laufzeit. Das dürfte sich aber daraus erklären, dass Verkehrsdienserverträge einerseits lange Laufzeiten haben und andererseits während der Laufzeit inhaltliche Änderungen, wie beispielsweise die Adaptierung/Anpassung von Fahrplänen, die Modernisierung der Schienenfahrzeuge, etc. vorhersehbar sind.

Es findet sich auch keine Regelung hinsichtlich des Wechsels des Vertragspartners. Art. 4 Abs. 4 b legt jedoch fest, dass die Richtlinie 2001/23/EG<sup>8</sup> anzuwenden ist, wenn der Betreiber eines öffentlichen Dienstes wechselt und dieser Wechsel einen Unternehmensübergang im Sinne dieser Richtlinie darstellt. Der Verweis auf die Richtlinie legt nahe, dass ein Wechsel des Betreibers im Zuge eines Unternehmensüberganges zulässig ist.

#### 5.1.2. BVergG 2018

Die Regelungen betreffend die In-House-Vergabe im BVergG 2018 lauten wie folgt:

*Ausgenommene öffentlich-öffentliche Verhältnisse*

§ 10. (1) *Dieses Bundesgesetz gilt nicht*

1. *für Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber durch einen Rechtsträger erbringen lässt,*
  - a) *über den der öffentliche Auftraggeber eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,*
  - b) *mehr als 80% der Tätigkeiten des kontrollierten Rechtsträgers der Ausführung der Aufgaben dienen, mit denen er von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem öffentlichen Auftraggeber kontrollierten Rechtsträgern betraut wurde, und*
  - c) *keine direkte private Kapitalbeteiligung am kontrollierten Rechtsträger besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die jeweils in Übereinstimmung mit dem AEUV durch gesetzliche Bestimmungen eines Mitgliedstaates vorgeschrieben sind und keinen ausschlaggebenden Einfluss auf den kontrollierten Rechtsträger vermitteln.*

---

<sup>8</sup> Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. L 82 vom 22. März. 2001, korrigiert durch die Richtlinie (EU) 2015/1794 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06. Oktober 2015, ABl. L 263 vom 08. Oktober 2015;

*Eine Kontrolle im Sinne von lit. a liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen des kontrollierten Rechtsträgers ausübt. Eine derartige Kontrolle kann auch durch einen anderen Rechtsträger ausgeübt werden, der vom öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird.*

2. für Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber, der Rechtsträger gemäß Z 1 ist,
  - a) an den ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber vergibt oder
  - b) an einen anderen von dem ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber kontrollierten Rechtsträger vergibt, sofern an diesem Rechtsträger keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die jeweils in Übereinstimmung mit dem AEUV durch gesetzliche Bestimmungen eines Mitgliedstaates vorgeschrieben sind und keinen ausschlaggebenden Einfluss vermitteln.
3. für Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber durch einen Rechtsträger erbringen lässt,
  - a) über den der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,
  - b) mehr als 80% der Tätigkeiten des kontrollierten Rechtsträgers der Ausführung der Aufgaben dienen, mit denen er von den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern oder von anderen von diesen öffentlichen Auftraggebern kontrollierten Rechtsträgern betraut wurde, und
  - c) keine direkte private Kapitalbeteiligung am kontrollierten Rechtsträger besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit dem AEUV durch gesetzliche Bestimmungen eines Mitgliedstaates vorgeschrieben sind und keinen ausschlaggebenden Einfluss auf den kontrollierten Rechtsträger vermitteln.

(2) Eine gemeinsame Kontrolle im Sinne von Abs. 1 Z 3 lit. a liegt vor, wenn

1. die beschlussfassenden Organe des kontrollierten Rechtsträgers sich aus Vertretern sämtlicher beteiligter öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen, wobei einzelne Vertreter mehrere oder alle beteiligten öffentlichen Auftraggeber vertreten können,
2. die beteiligten öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen des kontrollierten Rechtsträgers ausüben können und
3. der kontrollierte Rechtsträger keine Interessen verfolgt, die denen der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.

(3) Dieses Bundesgesetz gilt nicht für Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern, wenn

1. der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder implementiert, mit der sichergestellt werden soll, dass von den beteiligten öffentlichen Auftraggebern zu erbringende öffentliche

*Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden können,*

2. *die Implementierung dieser Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und*
3. *die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20% der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen.*
- (4) *Zur Ermittlung des prozentualen Anteiles der Tätigkeiten gemäß Abs. 1 Z 1 lit. b, Abs. 1 Z 3 lit. b und Abs. 3 Z 3 ist der durchschnittliche Gesamtumsatz aller während der letzten drei Jahre vor der Vergabe des Auftrages oder dem Vertragsschluss erbrachten Leistungen oder ein geeigneter alternativer, in Relation zu den jeweiligen Tätigkeiten stehender Wert heranzuziehen. Liegen wegen des Gründungszeitpunktes oder des Zeitpunktes der Aufnahme der Geschäftstätigkeit für die letzten drei Jahre keine Angaben über den Umsatz oder einen geeigneten alternativen, in Relation zu den jeweiligen Tätigkeiten stehenden Wert vor oder sind diese Daten aufgrund einer erfolgten Umstrukturierung nicht mehr relevant, so genügt es, wenn die Ermittlung des Anteiles der Tätigkeiten etwa durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung glaubhaft gemacht wird.*
- (5) *Die Abs. 1 Z 2 und 3 und Abs. 3 sind auch auf Sachverhalte anwendbar, bei denen an Stelle oder neben einem öffentlichen Auftraggeber ein öffentlicher Sektorenauftraggeber oder ein Auftraggeber gemäß Art. 2 Abs. 1 Z 1 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 4 Abs. 1 lit. a erster Fall der Richtlinie 2014/25/EU beteiligt ist.*
- (6) *Der öffentliche Auftraggeber hat die für die Ausnahme vom Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes gemäß Abs. 1 bis 5 maßgeblichen Gründe schriftlich festzuhalten.*

Die In-House-Vergabe nach dem BVergG 2018 ist also nicht nur zwischen Mutter und Tochter, sondern auch zwischen Tochter und Mutter, Tochter und Tochter, Mutter und Enkeltochter, Mutter und Großmutter, etc. zulässig, wengleich das Beherrschungskriterium strenger ist, als jenes nach der PSO.

§ 365 BVergG 2018 enthält Regelungen hinsichtlich der Änderung von Verträgen während der Laufzeit. Die Bestimmung lautet wörtlich wie folgt:

#### *Änderungen von Verträgen während ihrer Laufzeit*

- § 365 (1) *Wesentliche Änderungen von Verträgen und Rahmenvereinbarungen während ihrer Laufzeit sind nur nach einer erneuten Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig. Eine Änderung eines Vertrages oder einer Rahmenvereinbarung ist wesentlich, wenn sie dazu führt, dass sich der Vertrag oder die Rahmenvereinbarung erheblich vom ursprünglichen Vertrag bzw. der ursprünglichen Rahmenvereinbarung unterscheidet.*
- (2) *Unbeschadet des Abs. 3 ist eine Änderung jedenfalls als wesentliche Änderung anzusehen, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:*
    1. *mit der Änderung werden Bedingungen eingeführt, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten,*
      - a) *die Zulassung anderer als der ursprünglich ausgewählten Bewerber oder*

- b) *die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebotes ermöglicht hätten oder*
  - c) *das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten, oder*
  - 2. *mit der Änderung wird das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben, die im ursprünglichen Vertrag bzw. der ursprünglichen Rahmenvereinbarung nicht vorgesehen war, oder*
  - 3. *mit der Änderung wird der Umfang des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung erheblich ausgeweitet oder verringert, oder*
  - 4. *ein neuer Vertragspartner ersetzt den Auftragnehmer, an den der Auftraggeber den Auftrag ursprünglich vergeben hatte, in anderen als den in Abs. 3 Z 3 vorgesehenen Fällen.*
- (3) *Folgende Änderungen von Verträgen und Rahmenvereinbarungen sind als unwesentliche Änderungen anzusehen:*
- 1. ...
  - 2. *Änderungen, die unabhängig von ihrem Wert in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen in klar, präzise und eindeutig formulierten Vertragsänderungsklauseln vorgesehen sind. Diese Klauseln müssen Angaben zu Umfang und Art der möglichen Änderungen oder Optionen sowie zu den Bedingungen enthalten, unter denen sie zur Anwendung gelangen können, und dürfen keine Änderungen oder Optionen vorsehen, die den Gesamtcharakter des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung verändern würden.*
  - 3. *Wenn ein neuer Vertragspartner den Auftragnehmer ersetzt, an den der Auftraggeber den Auftrag ursprünglich vergeben hatte, aufgrund*
    - a) *einer eindeutig formulierten Vertragsänderungsklausel gemäß Abs. 3 Z 2 oder*
    - b) *der Tatsache, dass ein anderer Unternehmer, der die ursprünglich festgelegten Eignungskriterien erfüllt, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung – einschließlich Übernahme, Fusion, Erwerb oder Insolvenz – ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen Änderungen des Vertrages zur Folge hat und nicht dazu dient, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen, oder*
    - c) *der Tatsache, dass der Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Auftragnehmers gegenüber dessen Subunternehmern übernimmt.*
- ...

In den Materialien finden sich dazu folgende Ausführungen:

*Zu § 365 (Änderungen von Verträgen während ihrer Laufzeit):  
§ 365 setzt Art. 72 der RL 2014/24/EU und Art. 89 der RL 2014/25/EU um (vgl. dazu ferner die EG 107 bis 111 der RL 2014/24/EU und EG 113 bis 117 der RL 2014/25/EU). Die Bestimmung basiert auf der Rechtsprechung des EuGH zur (Un-*

*)Zulässigkeit von Änderungen bereits abgeschlossener Verträge (vgl. insbesondere Rs C-337/98, Kommission gegen Frankreich, C-454/06, presstext, C-160/08, Kommission gegen Deutschland, C-91/08, Wall AG, C-549/14, Finn Frogne A/S), sie ist daher im Sinn dieser (auch zukünftigen) Rechtsprechung auszulegen.*

*§ 365 weist – ohne inhaltliche Abweichung – zur besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit einen anderen systematischen Aufbau als die RL auf: Abs. 1 enthält die Grundsatzregelung, dass „wesentliche Änderungen“ von abgeschlossenen Verträgen und Rahmenvereinbarungen unzulässig bzw. nur nach neuerlicher Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig sind, Abs. 2 führt demonstrativ jene Fälle an, die jedenfalls als wesentliche Änderungen anzusehen sind, Abs. 3 taxativ die Fälle, die unwesentliche (und somit zulässige) Änderungen sind, Abs. 4 regelt die unionsrechtlich vorgesehene Pflicht zur Bekanntgabe bestimmter Vertragsänderungen und Abs. 5 enthält eine Berechnungsregelung im Zusammenhang mit Indexierungsklauseln.*

...

*Abs. 1 stellt den Grundsatz auf, dass „wesentliche Änderungen“ von abgeschlossenen Verträgen und Rahmenvereinbarungen während ihrer Laufzeit unzulässig sind, außer der Auftraggeber führt hinsichtlich der in Aussicht genommenen Änderung ein neues Vergabeverfahren gemäß dem BVergG durch. Die sehr allgemein gehaltene Definition der wesentlichen Änderung stammt aus der Rechtsprechung des EuGH und wird durch die in Abs. 2 demonstrativ aufgeführten Fallkonstellationen näher erläutert. Der zukünftigen Rechtsprechung des EuGH kommt für die Auslegung dieses Grundsatzes daher ausschlaggebende Bedeutung zu. Abs. 1 kommt als Generalklausel – insbesondere im Verhältnis zu Abs. 2 – Bedeutung zu: selbst wenn nicht eine der in Abs. 2 genannten Konstellation einer „wesentlichen Vertragsänderung“ vorliegt, ist doch nach Abs. 1 zu prüfen, ob eine relevante erhebliche Änderung im Vergleich zum ursprünglichen Vertrag bzw. der ursprünglichen Rahmenvereinbarung vorliegt. Der Grundgedanke der Regelung ist, dass ein neues Vergabeverfahren immer dann durchgeführt werden muss, wenn die Änderungen des ursprünglichen Vertrages (bzw. der ursprünglichen Rahmenvereinbarung) die Absicht der Vertragsparteien zum Ausdruck bringen, wesentliche Bedingungen des betreffenden Vertrages bzw. der Rahmenvereinbarung neu zu verhandeln was insbesondere dann der Fall ist, wenn die geänderten Bedingungen, hätten sie bereits für das ursprüngliche Verfahren gegolten, dessen Ergebnis beeinflusst hätten. Derartige Änderungen können etwa den Leistungsgegenstand, das Vergabevolumen oder die inhaltliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien (wie etwa die Zuweisung der Rechte des geistigen Eigentums) betreffen. Ferner wäre auch die nachträgliche Beseitigung des Ausschlusses einer Subvergabe bzw. substantielle Änderungen hinsichtlich der Beschränkung des Rückgriffes auf Subunternehmer (vgl. dazu etwa § 98 Abs. 4 und § 268 Abs. 4) eine „wesentliche Änderung“ im Sinne des Abs. 1, da dadurch eine essentielle Bedingung der ursprünglichen Wettbewerbsbedingungen verändert wird. Da es sich um ein unionsrechtliches Konzept handelt, sind auch alle vertraglichen Klauseln (zB vereinbarte Mengenänderungsrechte) am Maßstab des § 365 (und insbesondere dessen Abs. 1) zu messen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Beurteilung, ob eine wesentliche Änderung vorliegt, nach objektiven Gesichtspunkten vorzunehmen (siehe Rs C-549/14, Finn Frogne A/S). Da unwesentliche Vertragsänderungen vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen sind (vgl. dazu § 9 Abs. 1 Z 27 und § 178 Abs. 1 Z 31) kann auch über die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen nicht präklusionsfähig. Dies folgt aus der ständigen Rechtsprechung des VwGH (vgl. dazu insbesondere die Erkenntnisse vom 17. April 2012, 2008/04/0112, vom 08. November 2012, 2010/04/0128, vom 17. September 2014, 2013/04/0149, und vom 14. Oktober 2015, 2013/04/0097) wonach die Frage der Anwendbarkeit des BVergG an sich sowie die Regelung der Zuständigkeiten der Vergabekontrollbehörden einer gestaltenden Festlegung durch den Auftraggeber entzogen sind. Sind daher Änderungen eines laufenden Vertrages bzw. einer Rahmenvereinbarung als „wesentliche*

Änderungen“ im Sinne des Abs. 1 zu qualifizieren, so folgt daraus, dass der Auftraggeber notwendiger Weise diese Vertragsänderungen gemäß den Bestimmungen des BVergG zu vergeben hat. Abs. 2 listet demonstrativ jene Fallkonstellationen auf, die jedenfalls als wesentliche Änderungen im Sinne des Abs. 1 anzusehen sind. Abs. 2 Z 1 betrifft den Fall, dass die beabsichtigten Änderungen Anlass zu Zweifeln dahin geben, dass, wenn diese Änderungen in den Unterlagen des ursprünglichen Vergabeverfahrens enthalten gewesen wären, entweder ein anderes Angebot den Zuschlag erhalten hätte („Bietersturz“) oder andere Bewerber zuzulassen gewesen wären. Ferner wäre alternativ gemäß Z 1 zu untersuchen, ob durch die beabsichtigten Änderungen ein anderer potentieller Interessentenkreis angesprochen hätte sein können. Abs. 2 Z 2 betrifft Änderungen zugunsten des Auftragnehmers (zB längere Leistungsfristen, höhere Entlohnung, sonstige vergünstigende Konditionen); Änderungen zugunsten des Auftraggebers (zB Verringerung der Auftragssumme, Rabattierungen, Verkürzung der Vertragslaufzeit) fallen hingegen nicht unter Z 2. Abs. 2 Z 3 erfasst den Fall der erheblichen Auftragserweiterung bzw. Auftragsreduktion (der zuletzt genannte Fall ergibt sich nicht aus den RL, sondern aus dem Judikat des EuGH Rs C-549/14, Finn Frogne A/S, Rz 28/29). In beiden Fällen führt die Änderung dazu, dass die Vertragsabwicklung für einen anderen Bieterkreis (Großunternehmen oder KMU) interessant bzw. durchführbar wird und sich überdies die Eignungsanforderungen wesentlich verändern. Weder das BVergG noch die RL quantifizieren den Begriff „erheblich“; er ist, wie sich der Rechtsprechung entnehmen lässt, im Kontext des Einzelfalles (also in Bezug auf die ursprüngliche Auftragssumme) zu beurteilen (vgl. Rs C-160/08, Kommission gegen Deutschland). Ferner ist die Änderung des „Umfanges“ eines Vertrages oder einer Rahmenvereinbarung nicht bloß in quantitativer Hinsicht sondern auch in qualitativer Hinsicht relevant (vgl. zu beiden Situationen den Sachverhalt in der Rs C-549/14, Finn Frogne A/S). Gemäß Abs. 2 Z 4 ist ein Wechsel des Auftragnehmers (zB weil aufgrund von Mängeln bei der Auftragsausführung der Vertrag aufgelöst wurde) grundsätzlich stets als „wesentliche Änderung“ anzusehen. Lediglich jene Situationen, die im verwiesenen Abs. 3 Z 3 abschließend angeführt werden, fallen als „unwesentliche Änderungen“ nicht unter die Grundsatzregel.

...

Abs. 3 Z 2 gestattet Änderungen aufgrund klar, präzise und eindeutig formulierter „Vertragsänderungsklauseln“. Die RL verwendet diesbezüglich die Begriffe „Überprüfungsklauseln oder Optionen“. Die Option ist ein vertraglich eingeräumtes Gestaltungsrecht, das einer Partei, dem Optionsberechtigten, das Recht einräumt, durch einseitige Erklärung ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Geltung zu setzen (vgl. dazu etwa VwGH vom 24. Juni 2010, 2010/16/0053); sie ist daher ebenso wie die „Überprüfungsklausel“ (siehe dazu die englische Fassung „contract review clause“) nach österreichischer Terminologie eine Vertragsänderungsklausel weshalb im BVergG (ohne inhaltliche Abweichung zur RL) dieser Begriff verwendet wird. Vertragsänderungsklauseln ermöglichen, ein Schuldverhältnis in bestimmter Art und Weise zu modifizieren (vgl. dazu etwa Preisüberprüfungsklauseln oder Preisindexklauseln). Diese durch Z 2 angesprochenen Vertragsänderungsklauseln können auch wesentliche Punkte des ursprünglichen Vertrages betreffen. Im Fall des Abs. 3 Z 2 ist stets zu beachten, dass jede derartige Vertragsänderungsklausel bereits im ursprünglichen Vertrag enthalten sein muss. Sofern diese Vorgaben eingehalten werden und im ursprünglichen Vertrag auch die Umstände und Modalitäten festgelegt sind, unter denen von diesen Änderungsklauseln Gebrauch gemacht werden kann, wird gewährleistet, dass sämtliche am Vergabeverfahren interessierte Unternehmer von potentiellen Änderungen des Vertrages von Anfang an Kenntnis haben und daher bei der Abfassung ihres ursprünglichen Angebotes gleichgestellt sind. Zwingender Inhalt der Änderungsklauseln sind somit präzise Angaben zu Umfang (Volumen) und Art der möglichen Änderung sowie die ebenfalls präzise festgelegten Anwendungsvoraussetzungen unter denen die Klausel zum Tragen kommen soll. Beispiele wären etwa die Realisierung eines Vorhabens in mehreren Phasen wobei die Freigabe zur Realisierung definierter Projektteile erst nach Erreichen definierter

(Forschungs- und Entwicklungs-)Ziele erfolgt, die Verpflichtung, dass technische Geräte, die während eines längeren Zeitraumes zu liefern sind, die jeweils geltenden aktuellen technischen Anforderungen erfüllen müssen (zB maximal zulässige Strahlenwerte bei Röntgengeräten), Festlegungen betreffend Wartungsmaßnahmen (zB dass sie nicht nur übliche Serviceleistungen sondern auch außerordentliche Maßnahmen zur Gewährleistung der kontinuierlichen Erbringung einer Leistung umfassen) oder Optionen auf zusätzliche (vertragsgegenständliche) Leistungen. Auch im Fall des Abs. 3 Z 2 gilt, dass bei einer Gesamtbetrachtung des ursprünglichen Vertrages zusammen mit den in Aussicht genommenen Änderungen der Gesamtcharakter des Vertrages nicht verändert werden darf (siehe dazu schon oben zu Abs. 3 Z 1).

Abs. 3 Z 3 regelt taxativ jene Fälle des Auftragnehmerwechsels, die als „unwesentliche Änderungen“ keine Neuausschreibung erfordern (vgl. zur Grundregel Abs. 2 Z 4). Abs. 3 Z 3 lit. a stellt die analoge Regelung zu Abs. 3 Z 2 für den Fall des Wechsels des Auftragnehmers dar. Hinsichtlich der Anforderungen an die Vertragsänderungsklausel wird auf die Ausführungen zu Abs. 3 Z 2 verwiesen. Zu betonen ist jedoch, dass der Vertragspartnerwechsel aufgrund einer Vertragsänderungsklausel gewissen zusätzlichen (nicht in Z 3 festgelegten, aber aus dem System der Abs. 1 und 2 folgenden) Restriktionen unterliegt. Dazu gehört, dass der neu in das Vertragsverhältnis eintretende Unternehmer jedenfalls zumindest die gleiche Eignung wie der ursprüngliche Auftragnehmer aufweisen muss. Ferner lässt sich der Judikatur (Rs C-91/08, Wall AG) entnehmen, dass falls besondere Merkmale des Angebotes des ursprünglichen Auftragnehmers ein ausschlaggebendes Element für den Abschluss des Vertrages waren („zuschlagsrelevante Charakteristika“ wie etwa besondere Qualifikationen des Schlüsselpersonals), der neue Vertragspartner zumindest gleichwertigen Ersatz bieten muss. Abs. 3 Z 3 lit. b lässt gewisse strukturelle Veränderungen des Auftragnehmers während der Laufzeit des Vertrages zu. Erfasst werden alle Arten von Unternehmensumstrukturierungen (arg. „einschließlich“, „including“, „notamment“ in Art. 72 Abs. 1 lit. d sublit. ii RL 2014/24/EU bzw. Art. 89 Abs. 1 lit. d sublit. ii RL 2014/25/EU) wie etwa rein interne Umstrukturierungen, die „Weitergabe“ des Auftrages im „in-house“-Konzern (Ausgliederung, vgl. dazu etwa Rs C-454/06, pressetext), die Übernahme des Auftragnehmers, der Zusammenschluss des Auftragnehmers mit anderen Unternehmen, der Erwerb des Auftragnehmers (oder Teilen desselben) durch Kauf oder ein Erwerb des Auftragnehmers aus der Masse im Insolvenzfall. Erfasst sind sowohl Fälle der Gesamtrechtsnachfolge wie auch der Teilrechtsnachfolge (zB Erwerb eines Betriebsteiles aus der Masse). Anders als noch nach dem Urteil in der Rs C-454/06, pressetext, Rz 47, führt nunmehr daher auch der Erwerb von Gesellschaftsanteilen nicht zwangsweise zu einer unzulässigen Änderung des Vertrages. Ebenfalls durch Abs. 3 Z 3 lit. b erfasst ist der Fall, dass ein Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft während der Auftragsausführung ausscheidet und die verbleibenden Mitglieder dessen Auftragsteil übernehmen. Die durch derartige Änderungen erforderlichen weiteren Änderungen des Vertrages sind ebenfalls gemäß Abs. 3 Z 3 lit. b zulässig, dürfen jedoch ihrerseits nicht auf eine „wesentliche Änderung“ des Vertrages (siehe dazu Abs. 1 und 2) hinauslaufen. Überdies muss der Unternehmer, der ganz oder teilweise den bisherigen Auftragnehmer ersetzen soll, die entsprechende Eignung gemäß den Festlegungen im ursprünglichen Vergabeverfahren aufweisen, und der gesamte Vorgang darf keine Umgehungs konstruktion darstellen. Abs. 3 Z 3 lit. c regelt den Sonderfall, dass – aus welchen Gründen immer – der Auftraggeber ganz oder teilweise die Position seines Auftragnehmers übernimmt und in dessen Vertragsverhältnis mit den Subunternehmern eintritt.

...

Aus dem System der Abs. 1 bis 3 ergibt sich folgendes Prüfschema hinsichtlich der Frage, ob eine wesentliche bzw. unwesentliche Änderung vorliegt: Sofern eine Änderung eines Vertrages bzw. einer Rahmenvereinbarung nicht in einer in den Ausschreibungsunterlagen klar, präzise und eindeutig formulierten Änderungsklausel Deckung findet (vgl. dazu Abs. 3 Z 2) ist zu prüfen, ob sie nicht einem der Tatbe-

stände des Abs. 3 Z 1, 3, 5 oder 6 zugeordnet werden kann. Ist dies nicht möglich, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob einer der Tatbestände des Abs. 2 vorliegt. Ist auch dies nicht der Fall, so ist gemäß der Generalklausel des Abs. 1 zu untersuchen, ob die Änderung trotzdem als eine „erhebliche Änderung“ des ursprünglichen Vertrages bzw. der ursprünglichen Rahmenvereinbarung zu qualifizieren ist. Erst im Fall, dass auch diese Frage zu verneinen ist, kann von einer zulässigen, weil unwesentlichen Änderung gemäß Abs. 3 Z 4 ausgegangen werden.

Abs. 2 und 3 enthalten keine ausdrückliche Regelung in Bezug auf Vertragsverlängerungen; diese sind daher an Hand der Grundregel des Abs. 1 in Verbindung mit den Kriterien gemäß Abs. 2 und 3 zu beurteilen (zur „Wesentlichkeit“ einer regelmäßigen nachträglichen Vereinbarung eines Kündigungsverzichtes bei unbefristeten Verträgen vgl. schon Rs C-454/06, presstext, Rz 79). So stellt daher die Umwandlung eines befristeten Rechtsverhältnisses in ein unbefristetes jedenfalls eine wesentliche Vertragsänderung dar, weil dadurch der Gesamtcharakter des Vertragsverhältnisses grundlegend geändert wird.

#### 5.1.2.1 Exkurs – Judikatur zum Wechsel des Vertragspartners

Der EuGH hat sich im Urteil *presstext*<sup>9</sup> mit dem Wechsel eines Vertragspartners beschäftigt, der durch eine Umstrukturierung des ursprünglichen Vertragspartners zustande kommt. Wörtlich führte der EuGH dazu aus:

- 34 *Um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, sind Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lassen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. Oktober 2000, Kommission/Frankreich, C-337/98, Slg. 2000, I-8377, Randnrn. 44 und 46).*
- 35 *Die Änderung eines öffentlichen Auftrags während seiner Laufzeit kann als wesentlich angesehen werden, wenn sie Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären.*
- 36 *Desgleichen kann eine Änderung des ursprünglichen Auftrags als wesentlich angesehen werden, wenn sie den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert. Diese Auslegung wird durch Art. 11 Abs. 3 Buchst. e und f der Richtlinie 92/50 bestätigt, wonach für öffentliche Dienstleistungsaufträge, deren Gegenstand ausschließlich oder hauptsächlich Dienstleistungen des Anhangs I A dieser Richtlinie sind, Einschränkungen bezüglich des Umfangs vorgesehen sind, in dem Auftraggeber bei der Vergabe von weiteren Dienstleistungen, die nicht Gegenstand des ursprünglichen Vertrags waren, auf das Verhandlungsverfahren zurückgreifen können.*
- 37 *Eine Änderung kann auch dann als wesentlich angesehen werden, wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags in einer im*

<sup>9</sup> vgl. EuGH, Urteil vom 10. November 2006, Rs C-454/06, *presstext*;

*ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers ändert.*

- 38 *Diese Überlegungen sind bei der Beantwortung der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zu berücksichtigen.*

*Zur ersten Frage*

- 39 *Die erste Frage des vorlegenden Gerichts betrifft die Übertragung der bis dahin von AP erbrachten OTS-Dienstleistungen auf APA-OTS im Jahr 2000. Das Gericht möchte wissen, ob ein Wechsel des Vertragspartners unter den im Ausgangsverfahren vorliegenden Umständen eine neue Auftragsvergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1, Art. 8 und Art. 9 der Richtlinie 92/50 ist.*
- 40 *Im Allgemeinen ist die Ersetzung des Vertragspartners, dem der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ursprünglich erteilt hatte, durch einen neuen als Änderung einer wesentlichen Vertragsbestimmung des betreffenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags anzusehen, wenn sie nicht in den Bedingungen des ursprünglichen Auftrags, beispielsweise im Rahmen einer Unterbeauftragung, vorgesehen war.*
- 41 *Nach dem Vorlagebeschluss besitzt APA-OTS eine von APA, der ursprünglichen Auftragnehmerin, verschiedene Rechtspersönlichkeit, da sie in Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet worden ist.*
- 42 *Außerdem steht fest, dass der öffentliche Auftraggeber seit der Übertragung der OTS Dienstleistungen von APA auf APA-OTS im Jahr 2000 die Zahlungen für diese Dienstleistungen direkt an APA-OTS leistet und nicht mehr an APA.*
- 43 *Allerdings weist die fragliche Übertragung der Tätigkeit bestimmte besondere Merkmale auf, die den Schluss erlauben, dass derartige Änderungen, die in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens vorgenommen werden, keine Änderung einer wesentlichen Bestimmung des Auftrags darstellen.*
- 44 *Aus der Akte geht nämlich hervor, dass APA-OTS eine APA zu 100 % gehörende Tochtergesellschaft ist, dass APA gegenüber APA-OTS ein Weisungsrecht hat und dass zwischen beiden ein Gewinn- und Verlustausschließungsvertrag besteht. Ferner geht aus der Akte hervor, dass eine zur Vertretung von APA berechnete Person dem öffentlichen Auftraggeber versichert hat, dass APA nach der Übertragung der OTS-Dienstleistungen solidarisch mit APA-OTS hafte und dass sich an der bisherigen Gesamtleistung nichts ändern werde.*
- 45 *Eine solche Vereinbarung stellt im Wesentlichen eine interne Neuorganisation des Vertragspartners dar, die die Vertragsbedingungen des ursprünglichen Auftrags nicht wesentlich ändert.*
- 46 *Das vorlegende Gericht fragt sich in diesem Zusammenhang, ob der Umstand rechtserheblich ist, dass für den öffentlichen Auftraggeber nicht gesichert ist, dass die Gesellschaftsanteile an APA-OTS während der gesamten Laufzeit des ursprünglichen Vertrags nicht an Dritte veräußert werden.*
- 47 *Würden die Gesellschaftsanteile an APA-OTS während der Laufzeit des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags an einen Drit-*

ten veräußert, handelte es sich nicht mehr um eine interne Neuorganisation des ursprünglichen Vertragspartners, sondern um eine tatsächliche Änderung des Vertragspartners, was grundsätzlich eine Änderung einer wesentlichen Vertragsbestimmung darstellt. Ein solches Ereignis könnte eine neue Auftragsvergabe im Sinne der Richtlinie 92/50 darstellen.

- 48 Eine entsprechende Überlegung gilt, wenn die Abtretung der Gesellschaftsanteile an der Tochtergesellschaft an einen Dritten zum Zeitpunkt der fraglichen Übertragung der Tätigkeiten auf diese bereits vorgesehen war (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. November 2005, Kommission/Österreich, C-29/04, Slg. 2005, I-9705, Randnrn. 38 bis 42).
- 49 Solange jedoch eine solche Entwicklung nicht stattgefunden hat, behält die Beurteilung in Randnr.45 des vorliegenden Urteils ihre Gültigkeit, wonach die in Rede stehende Situation eine interne Neuorganisation des Vertragspartners darstellt. Das Fehlen einer Garantie dafür, dass die Gesellschaftsanteile an der Tochtergesellschaft während der Vertragslaufzeit nicht an Dritte veräußert werden, ändert an dieser Schlussfolgerung nichts.
- 50 Das nationale Gericht fragt weiter, welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben, dass für den öffentlichen Auftraggeber nicht gesichert ist, dass sich die Mitgliederzusammensetzung des ursprünglichen Dienstleistungserbringers während der gesamten Vertragslaufzeit nicht ändert.
- 51 Öffentliche Aufträge werden in der Regel an juristische Personen vergeben. Wurde eine juristische Person in Form einer börsennotierten Aktiengesellschaft gegründet, ergibt sich aus ihrem Wesen selbst, dass sich die Besitzverhältnisse jederzeit ändern können. Dies stellt die Gültigkeit der Vergabe eines öffentlichen Auftrags an eine solche Gesellschaft nicht in Frage. Etwas anderes könnte in Ausnahmefällen wie etwa bei Manipulationen zur Umgehung vergaberechtlicher Gemeinschaftsvorschriften gelten.
- 52 Entsprechende Überlegungen gelten im Rahmen von öffentlichen Aufträgen, die an juristische Personen vergeben wurden, die, wie im Ausgangsverfahren, nicht in Form einer Aktiengesellschaft, sondern einer registrierten Genossenschaft mit beschränkter Haftung gegründet worden sind. Mögliche Änderungen der Zusammensetzung des Kreises der Mitglieder einer solchen Genossenschaft führen nicht grundsätzlich zu einer wesentlichen Änderung des an die Gesellschaft vergebenen Auftrags.
- 53 Daher ändern auch diese Erwägungen nichts an der Schlussfolgerung in Randnr. 45.
- 54 Hieraus folgt, dass auf die erste Frage zu antworten ist, dass der Begriff der „Vergabe“ in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 92/50 und der Begriff „vergeben“ in Art. 8 und Art. 9 der Richtlinie 92/50 dahin auszulegen sind, dass sie nicht eine Situation wie die des Ausgangsverfahrens umfassen, in der vom ursprünglichen Dienstleistungserbringer an den öffentlichen Auftraggeber erbrachte Dienstleistungen auf einen anderen Dienstleistungserbringer in Form einer Kapitalgesellschaft übertragen werden, deren Alleingesellschafter der ursprüngliche Dienstleistungserbringer ist, der den neuen Dienstleistungserbringer kontrolliert und ihm Weisungen erteilt, wenn der ursprüngliche Dienstleis-

*tungserbringer weiterhin die Haftung für die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen übernimmt.*

Der EuGH gelangte also zum Schluss, dass ein durch gesellschaftsrechtliche Neustrukturierung hervorgerufener Wechsel des ursprünglichen Vertragspartners keine wesentliche Änderung des Vertrages darstelle.

Die Entscheidung bezieht sich auf einen Sachverhalt, der während der Abwicklung des Vertrages auftrat.

In der Rechtssache C-697/17<sup>10</sup> gelangte der EuGH sogar zum Schluss, dass die Verschmelzung zweier Bieter in einem laufenden Vergabeverfahren, welches als zweistufiges Verhandlungsverfahren durchgeführt wurde, zulässig sei.

## 5.2. Österreichisches Recht

### 5.2.1. Spaltungsgesetz<sup>11</sup>

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.*

<sup>10</sup> vgl. EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2017, Rs. C-697/17, *Telekom Italia*;

<sup>11</sup> Bundesgesetz über die Spaltung von Kapitalgesellschaften (SpaltG), StF: BGBl. Nr. 304/1996, idGF;

- (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 Übernahmungsvertrag, 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;*
  - 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 Aktien-*

*gesellschaften 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 GmbHG<sup>12</sup> iVm §§ 219 ff AktG<sup>13</sup>.

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*
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.*

### *Vorbereitung der Verschmelzung*

- § 97. (1) *Unbeschadet von § 100 sind die gemäß § 221a Abs. 2 AktG erforderlichen Unterlagen den Gesellschaftern zu übersenden. Zwischen dem Tag der Aufgabe der Sendung zur Post und der Beschlußfassung muß mindestens ein Zeitraum von 14 Tagen liegen. Die Einreichung der Unterlagen bei dem Gericht und die Veröffentlichung eines Hinweises darauf sowie die Auflegung zur Einsicht sind nicht erforderlich.*
- (2) *Die Geschäftsführer haben jedem Gesellschafter auf Verlangen ab dem Zeitpunkt der Einberufung jederzeit Auskunft auch über alle für die Verschmelzung wesentlichen Angelegenheiten der anderen Gesellschaft zu geben. In der Einberufung ist auf dieses Recht ausdrücklich hinzuweisen.*

### *Beschluß der Gesellschafter*

- § 98. *Der Beschluß der Gesellschafter über die Verschmelzung bedarf einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Er kann im Gesellschaftsvertrag an weitere Erfordernisse geknüpft sein. Der Beschluß bedarf der notariellen Beurkundung.*

<sup>12</sup> Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz – GmbHG), StF: RGBl. Nr. 58/1906, idgF;

<sup>13</sup> Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Aktiengesetz – AktG) StF: BGBl. Nr. 98/1965, idgF;

### Besondere Zustimmungserfordernisse

- § 99 (1) *Werden bei der übertragenden Gesellschaft durch die Verschmelzung die einzelnen Gesellschaftern durch den Gesellschaftsvertrag eingeräumten Rechte, insbesondere Rechte in der Geschäftsführung der Gesellschaft oder bei der Bestellung der Geschäftsführer oder des Aufsichtsrats beeinträchtigt, so bedarf der Verschmelzungsbeschuß der übertragenden Gesellschaft der Zustimmung dieses Gesellschafters, es sei denn, daß die übernehmende oder neu gegründete Gesellschaft gleichwertige Rechte gewährt.*
- (2) *Sieht der Gesellschaftsvertrag einer beteiligten Gesellschaft ein Zustimmungsrecht bei der Übertragung von Geschäftsanteilen vor, so bedarf der Verschmelzungsbeschuß der Zustimmung dieses Gesellschafters; § 77 erster und zweiter Satz ist sinngemäß anwendbar.*
- (3) *Sieht der Gesellschaftsvertrag einer beteiligten Gesellschaft für einzelne Beschlußgegenstände, die nach dem Gesetz nur einer Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen oder einer geringeren Mehrheit bedürfen, eine darüber hinausgehende Beschlußmehrheit vor, so bedarf auch der Verschmelzungsbeschuß dieser Gesellschaft derselben Mehrheit, es sei denn, daß im Gesellschaftsvertrag der übernehmenden oder der neu gegründeten Gesellschaft durch entsprechende Anhebung der Mehrheitsanfordernisse für dieselben Beschlußgegenstände die Rechte der Minderheit gewahrt werden.*
- (4) *Sind die Geschäftsanteile der übertragenden Gesellschaft frei übertragbar und macht der Gesellschaftsvertrag der übernehmenden oder neu gegründeten Gesellschaft die Übertragung von bestimmten Voraussetzungen, insbesondere von der Zustimmung der Gesellschaft, abhängig, so bedarf der Verschmelzungsbeschuß der Zustimmung aller Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft.*
- (5) *Sind bei einer beteiligten Gesellschaft die Einzahlungen auf die bar zu leistenden Stammeinlagen noch nicht vollständig geleistet, so bedarf der Verschmelzungsbeschuß der Zustimmung aller Gesellschafter der übrigen Gesellschaften.*
- (6) *Ist nach den vorhergehenden Vorschriften die Zustimmung eines Gesellschafters erforderlich, so kann diese auch außerhalb der Generalversammlung erteilt werden. In diesem Fall muß sie gerichtlich oder notariell beglaubigt unterfertigt sein und der übernehmenden Gesellschaft spätestens innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Beschlußfassung zugehen; der Verschmelzungsvertrag ist in die Zustimmungserklärung aufzunehmen oder dieser als Anlage beizufügen.*

### Bericht der Geschäftsführer, Prüfung der Verschmelzung

- § 100. (1) *Der Bericht der Geschäftsführer gemäß § 220a AktG und gegebenenfalls die Prüfung durch den Aufsichtsrat gemäß § 220c AktG sind nicht erforderlich, wenn alle Gesellschafter schriftlich oder in der Niederschrift zur Generalversammlung darauf verzichten.*
- (2) *Der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf ist auf Verlangen eines ihrer Gesellschafter gemäß § 220b AktG zu prüfen. Ist kein Aufsichtsrat bestellt, so bestellt das Gericht den Prüfer auf Antrag der Geschäftsführer. Die Kosten trägt die Gesellschaft. Wurde dem Verlangen eines Gesellschafters auf Prüfung der Verschmelzung nicht entsprochen, so hat er dies anlässlich der*

*Beschlußfassung zur Niederschrift zu erklären. Dies gilt auch als Widerspruch gegen den Verschmelzungsbeschluß.*

*Erhöhung des Stammkapitals*

- § 101. *Erhöht die übernehmende Gesellschaft zur Durchführung der Verschmelzung das Stammkapital, so entfällt die Übernahmserklärung; § 52 Abs. 2 bis 5 und § 53 Abs. 2 Z 1 sind nicht anwendbar.*

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).*

*Vorbereitung der Verschmelzung*

- § 220. (1) *Die Vorstände der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften haben einen Verschmelzungsvertrag abzuschließen oder einen schriftlichen Entwurf aufzustellen.*

(2) *Der Vertrag oder dessen Entwurf muß mindestens folgenden Inhalt haben:*

1. *die Firma und den Sitz der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften;*
2. *die Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens jeder übertragenden Gesellschaft im Weg der Gesamtrechtsnachfolge;*
3. *das Umtauschverhältnis der Aktien, gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlungen und weiters die Einzelheiten für die Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft; werden keine Aktien gewährt (§ 224), sind die Gründe hierfür anzugeben;*
4. *den Zeitpunkt, von dem an diese Aktien einen Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren, sowie alle Besonderheiten in bezug auf diesen Anspruch;*
5. *den Stichtag, von dem an die Handlungen der übertragenden Gesellschaften als für Rechnung der übernehmenden Gesellschaft vorgenommen gelten (Verschmelzungsstichtag);*
6. *die Rechte, welche die übernehmende Gesellschaft einzelnen Aktionären sowie den Inhabern von Vorzugsaktien, Schuldverschreibungen und Genußrechten gewährt, oder die für diese Personen vorgesehenen Maßnahmen;*

7. *jeden besonderen Vorteil, der einem Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats, einem Abschlußprüfer der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften oder einem Verschmelzungsprüfer gewährt wird.*
- (3) *Jede übertragende Gesellschaft hat auf den Verschmelzungstichtag eine Schlußbilanz aufzustellen. Für sie gelten die Vorschriften des UGB über den Jahresabschluß und dessen Prüfung sinngemäß; sie braucht nicht veröffentlicht zu werden. Die Schlußbilanzen müssen auf einen höchstens neun Monate vor der Anmeldung der Verschmelzung liegenden Stichtag aufgestellt werden.*

...

#### *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, anzumelden. 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. Umgründungssteuergesetz<sup>14</sup>

Art. I UmgrStG enthält die Regelungen der ertragssteuerlichen Wirkung zum Verschmelzungstichtag und die damit verbundenen Begünstigungen. Art VI enthält diese Regelung für Abspaltungen und Aufnahmen.

### 5.2.4. Gesamtrechtsnachfolge

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. NÖ Mobilitätsgesetz

Das Land Niederösterreich plant die Übernahme der Niederösterreich betreffenden Agenden von VOR durch NÖVOG in einem Landesgesetz zu regeln.

Die Bestimmungen und Erläuterungen des NÖ Mobilitätsgesetzes, welches noch nicht beschlossen ist, lauten in dem zur Begutachtung versandten Entwurf, soweit für diese Stellungnahme von Interesse, wie folgt:

#### § 1

#### *Ziel- und Begriffsbestimmungen*

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

---

<sup>14</sup> Bundesgesetz, mit dem abgabenrechtliche Maßnahmen bei der Umgründung von Unternehmen getroffen werden (Umgründungssteuergesetz – UmgrStG), StF: BGBl. Nr. 699/1991, idgF;

NÖVOG übernimmt 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 Entwurf\_NÖ\_Mobilitätsgesetz\_2024\_20240417\_clean Seite 2 zwischen Einnahmen und Ausgaben für die Planung und Bestellung von Verkehrsdienstleistungen, abzudecken.*

Erläuterungen zu § 1

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.*

## § 2

### Betraung 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 Personen-*

*nahverkehr oder Personenregionalverkehr handelt sowie unabhängig davon, ob diese dem Kraftfahrliniengesetz oder dem Gelegenheitsverkehrsgesetz 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.*

## Erläuterungen zu § 2

### Zu § 2 Abs. 1:

*Die NÖVOG wird vom Land Niederösterreich mit der Planung und Bestellung der Linien- und Bedarfsverkehre in Niederösterreich 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 gemeinschaftliche 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 Hinkunft 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.*

## § 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 instand 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.*

## Erläuterungen zu § 3

### 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 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.*

*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.*

## 6. Stellungnahme und Beantwortung der Fragen

### 6.1. Allgemeines

Wie dargestellt enthält Art. 5 Abs. 2 PSO eine Regelung betreffend die In-House-Vergabe, die vom allgemeinen Vergaberegime, in Österreich umgesetzt durch das BVergG 2018, abweicht. Es ist nicht zwingend erforderlich, dass die zuständige Behörde Alleineigentümerin des Unternehmens ist, an welches eine In-House-Vergabe erfolgt. Es muss aber ein beherrschender öffentlicher Einfluss bestehen.

VOR beherrscht NÖVOG naturgemäß nicht, aber das Land Niederösterreich, welches Gesellschafter von VOR ist, beherrscht NÖVOG. Offensichtlich wurde seitens VOR die Beherrschung eines Unternehmens, welches im Wege der In-House-Vergabe betraut wird, durch einen der Gesellschafter als ausreichend angesehen, wenn das betraute Unternehmen für den beherrschenden Gesellschafter tätig wird. Anders hätte sich die In-House-Vergabe der beiden in Frage stehenden Verkehrsdiensverträge nicht begründen lassen.

Da eine entsprechende Vorabinformation veröffentlicht wurde und kein Mitbewerber ein Verfahren eingeleitet hat, ist der Abschluss der Dienstleistungsverträge im Wege der In-House-Vergabe als rechtens zu qualifizieren.

Wie dargestellt enthält die PSO keine dem BVergG 2018 vergleichbare Festlegungen hinsichtlich der Änderung von Verträgen während der Vertragslaufzeit. Der Grund dafür dürfte in dem Umstand liegen, dass bei Verkehrsdienstverträgen, in Ansehung der langen Laufzeiten, Änderungen betreffend Fahrpläne, Entgelt, eingesetzte Transportmittel, etc. offenkundig unvermeidbar sind.

Die beiden in Frage stehenden Verkehrsdienstverträge enthalten in § 4 Regelungen über die zu erbringende Leistung und in § 5 Regelungen über die Leistungsänderung, um die jeweils geschuldete Leistung an die Erfordernisse des Marktes anpassen zu können.

Hinsichtlich eines allfälligen Wechsels des Vertragspartners findet sich nur in Art. 4 Abs. 4 b die Festlegung, dass im Falle eines Wechsels des Betreibers, der einen Unternehmensübergang darstellt, die Richtlinie 2001/23/EG anzuwenden ist.

Das legt den Schluss nahe, dass ein Wechsel des Betreibers während der Vertragslaufzeit grundsätzlich ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig ist.

## 6.2. Abspaltung Teilbetrieb *Eisenbahnverkehr* aus NÖVOG auf NÖ Bahnen

Wie dargestellt enthält die PSO keine Regelung über die Änderung von Verträgen während der Vertragslaufzeit.

Die Verkehrsdienstverträge zwischen VOR und NÖVOG enthalten jedoch in § 5 Regelungen über Leistungsanpassungen und in § 66 die ausdrückliche Festlegung, dass Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf allfällige Rechtsnachfolger der Parteien übergehen.

Die Abspaltung und Übernahme des Teilbetriebes *Eisenbahnverkehr* stellt fraglos einen Unternehmensübergang im Sinne von Richtlinie 2001/23/EG dar, womit die Übernahme der Verkehrsdienstverträge durch NÖ Bahnen bereits anhand der Regelung von Art. 4 Abs. 4 b der PSO rechtfertigbar ist.

Aus allgemeiner vergaberechtlicher Sicht wäre die Festlegung des § 66 der Verkehrsdienstverträge bereits ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 365 Abs. 2 Z 4 in Verbindung mit § 365 Abs. 3 lit. a, die Übernahme des Verkehrsdienstver-

trages durch Rechtsnachfolger ist *expressis verbis* vorgesehen und somit vergaberechtlich zulässig.

Im Übrigen sind auch die Voraussetzungen des § 365 Abs. 3 lit. b BVergG 2018 erfüllt, da der Wechsel des Auftragnehmers im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung erfolgt, keine weiteren wesentlichen Änderungen des Vertrages zur Folge hat und fraglos nicht dazu dient, die Anwendung des Vergaberegimes zu umgehen.

Somit ist auf die erste Frage zu antworten, dass weder die Abspaltung des Teilbetriebes *Eisenbahnverkehr* aus NÖVOG auf NÖ Bahnen Auswirkungen auf die Verkehrsdienserverträge hat, noch die In-House-Vergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 PSO den Eintritt von NÖ Bahnen in die Verkehrsdienserverträge entgegensteht.

### 6.3. Abspaltung NÖ Mobilitätsangebot für Bus- und Bedarfsverkehre

Diese Abspaltung findet auch auftraggeberseitig statt und ist daher aus vergaberechtlicher Sicht irrelevant. Vergaberechtliche Vorschriften, unabhängig davon, ob es sich um die PSO oder das BVergG 2018 handelt, sollen sicherstellen, dass die vom öffentlichen Auftraggeber abgefragte Leistung am freien Markt in einem wettbewerblichen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren nachgefragt wird, und der öffentliche Auftraggeber das beste Anbot beauftragen kann, welches sich am freien Markt erzielen lässt. Der Wechsel des öffentlichen Auftraggebers spielt somit aus vergaberechtlicher Sicht keine Rolle.

Im Übrigen ist auf das zuvor Gesagte zu verweisen, § 66 der Verkehrsdienserverträge sieht *expressis verbis* die Übernahme des Vertrages durch den Rechtsnachfolger vor.

Somit ist auf die zweite Frage zu antworten, dass die Abspaltung des NÖ Mobilitätsangebotes für Bus- und Bedarfsverkehre von VOR auf NÖ Regionalverkehr keine Auswirkungen auf die Verkehrsdienserverträge hat.

### 6.4. Übernahme der gesamten Stammeinlage von NÖ Regionalverkehr

Hier gilt das zuvor Gesagte. Durch die Übernahme der Stammeinlage bleibt NÖ Regionalverkehr unverändert bestehen, lediglich der Eigentümer wechselt. Auch diese Transaktion erfolgt auftraggeberseitig, somit aus vergaberechtlicher Sicht irrelevant. Weiters ist auf Rn 51 im Urteil *Pressetext*, widergegeben unter Punkt 5.1.2.1 der Stellungnahme, zu verweisen. Der EuGH verweist darauf, freilich bezogen auf Auftragnehmer, dass sich Besitzverhältnisse an einer juristischen Per-

son jederzeit ändern können und eine solche Änderung die Vergabe eines öffentlichen Auftrages an den betreffenden Rechtsträger nicht in Frage stellt.

Somit ist auf die dritte Frage zu antworten, dass die Übernahme der gesamten Stammeinlage an NÖ Regionalverkehr durch NÖVOG keine Auswirkungen auf die Verkehrsdienstverträge hat.

#### 6.5. Verschmelzung von NÖ Regionalverkehr auf NÖVOG

Auch diese Transaktion findet auftraggeberseitig statt und ist somit irrelevant. Im Übrigen führt die Verschmelzung dazu, dass NÖVOG, auch in Ansehung der in Frage stehenden Verkehrsdienstverträge wirtschaftlich und steuerlich mit Wirkung zum 01. (ersten) Jänner 2024 (zweitausendvierundzwanzig) in die Rolle von VOR eintritt.

Da NÖ Bahnen, also der Auftragnehmer, eine Tochtergesellschaft von NÖVOG ist, liegt nach der Verschmelzung wieder die klassische Konstellation einer In-House-Vergabe, sowohl nach den Regelungen der PSO, als auch nach jenen des BVergG 2018, vor.

Somit ist auf die vierte Frage zu antworten, dass die Verschmelzung von NÖ Regionalverkehr auf NÖVOG keine Auswirkungen auf die Verkehrsdienstverträge hat.

#### 6.6. Eisenbahninfrastruktur und Wettbewerbsrecht

Schlussendlich ist noch die Frage zu beleuchten, ob es aus Sicht des Wettbewerbsrechtes bedenklich ist, dass sich die Eisenbahninfrastruktur im Eigentum von NÖVOG befindet, NÖVOG aber auch Auftraggeber und Alleingesellschafter von NÖ Bahnen, die die Verkehrsdienste erbringen, ist.

In diesem Zusammenhang kann nicht übersehen werden, dass NÖVOG auch im Augenblick Eigentümer der Eisenbahninfrastruktur ist und darüber hinaus Auftragnehmer von VOR und auftragnehmerseitig Vertragspartner für die Erbringung der in Frage stehenden Verkehrsdienste ist.

Im Augenblick ist also Eisenbahninfrastruktur und Betrieb, also die Erbringung der Verkehrsdienstleistungen, in einem Unternehmen gebündelt. Durch die Umstrukturierung werden Eisenbahninfrastruktur und Betrieb getrennt, wenngleich sich beide Bereiche in einer Firmengruppe, also in verbundenen Unternehmen, befinden.

Somit führt aber die Umstrukturierung zu keiner Situation, in der wettbewerbsrechtliche Bedenken auftreten könnten, die nicht schon in der jetzigen Situation bestehen.

NÖVOG hat in Hinblick auf die in ihrem Eigentum befindliche Eisenbahninfrastruktur eine marktbeherrschende Stellung und war bereits bisher, auf Basis der sogenannten *essential facilities-Doktrin* verpflichtet, Mitbewerbern, für deren Tätigkeit am Markt die im Eigentum von NÖVOG stehenden Ressourcen, die unerlässlich sind, Nutzungsrechte einzuräumen.

Im Entwurf des NÖ Mobilitätsgesetzes ist nun in § 3 Abs. 2 *expressis verbis* vorgesehen, dass NÖVOG, als Eigentümerin der Eisenbahninfrastruktur, verpflichtet ist, diese, nach Maßgabe der vorhandenen Kapazitäten, interessierten Dritten, naturgemäß gegen ein marktkonformes Entgelt, zur Nutzung zu überlassen.

Mit Umsetzung der Umstrukturierung und Inkrafttreten des NÖ Mobilitätsgesetzes ist NÖVOG nunmehr gesetzlich zu einem Handeln verpflichtet, zu welchem NÖVOG vor Inkrafttreten dieses Gesetzes ohnehin bereits aufgrund des Wettbewerbsrechtes der Union und der unmittelbaren Anwendbarkeit betreffend die Bestimmungen des AEUV verpflichtet war.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist daher die Situation, die durch die Umstrukturierung und das NÖ Mobilitätsgesetz geschaffen wird, erheblich besser geeignet, Wettbewerbsverzerrungen und/oder einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung zu vermeiden.

Somit ist auf die fünfte Frage zu antworten, dass es wettbewerbsrechtlich unbedenklich ist, dass sich die Eisenbahninfrastruktur im Eigentum von NÖVOG befindet und von NÖ Bahnen genutzt wird, da NÖVOG verpflichtet ist, Mitbewerbern, die für ihre Tätigkeit am Markt im Eigentum von NÖVOG stehende Eisenbahninfrastruktur benötigen, Nutzungsrechte einzuräumen, freilich nach Maßgabe der zur Verfügung stehenden Kapazitäten und gegen ein marktkonformes Entgelt.

## 7. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass

- im Zuge der Abspaltung des Teilbetriebes *Eisenbahnverkehr* aus Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) auf Niederösterreich Bahnen GmbH, die aufnehmende Gesellschaft, auftragnehmerseitig, in die Verkehrs-

diensteverträge betreffend die Mariazeller Bahn und die Citybahn Waidhofen eintritt;

- weder die Verkehrsdiensteverträge, noch die In-House-Vergabe gemäß § 5 Abs. 2 PSO, dem Eintritt in die und/oder der Übernahme der Verkehrsdiensteverträge entgegenstehen;
- die Abspaltung des Teilbetriebes *NÖ Mobilitätsangebot für Bus- und Bedarfsverehre* von Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. auf NÖ Regionalverkehrs GmbH ebenso wenig Einfluss auf die Verkehrsdiensteverträge hat, wie die Übernahme der Geschäftsanteile an der aufnehmenden Gesellschaft durch Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG);
- dasselbe auf die Verschmelzung von NÖ Regionalverkehrs GmbH auf Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) zutrifft, und
- es wettbewerbsrechtlich unbedenklich ist, dass sich die Eisenbahninfrastruktur im Eigentum von Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. (NÖVOG) befindet und von Niederösterreich Bahnen GmbH genutzt wird, da die Eigentümerin verpflichtet ist, Mitbewerbern, bei Bedarf und nach Maßgabe der zur Verfügung stehenden Kapazitäten, ein Nutzungsrecht, gegen Zahlung eines marktconformen Entgeltes, einzuräumen.

--- 0 ---

Wien, am 12. Juli 2024

Gerscha RechtsanwaltsGmbH