



## STATE AID — GERMANY

### State aid SA.55744 (2024/C) (ex 2019/FC)

#### Alleged aid to WestVerkehr

#### Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union

(Text with EEA relevance)

(C/2024/4762)

By means of the letter dated 13 June 2024, reproduced in the authentic language on the pages following this summary, the Commission notified Germany of its decision to initiate the procedure laid down in Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union concerning the abovementioned aid.

Interested parties may submit their comments on the aid in respect of which the Commission is initiating the procedure within one month of the date of publication of this summary and the following letter to:

European Commission,  
Directorate-General Competition  
State Aid Greffe  
1049 Bruxelles/Brussel  
BELGIQUE/BELGIË  
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

These comments will be communicated to Germany. Confidential treatment of the identity of the interested party submitting the comments and/or of parts of the comments submitted may be requested in writing, stating the reasons for the request.

## PROCEDURE

On 10 December 2019, Transdev SE & Co. KG (the complainant) submitted a complaint to the Commission concerning the granting of alleged unlawful State aid to local public passenger transport company WestVerkehr GmbH ('WestVerkehr'). On 19 October 2022, after several exchanges with the German authorities, the services of DG Competition sent a preliminary assessment letter to the complainant, expressing their opinion that the measures complained about either did not constitute aid or were compatible with the internal market. On 6 February 2023, a second preliminary assessment letter was sent to the complainant, confirming that reasoning. The complainant contested both letters and on 4 August 2023 sent a formal notice to act pursuant to Article 265 TFEU, demanding that the Commission adopts a formal decision on its complaint.

## BACKGROUND AND MEASURES COMPLAINED ABOUT

WestVerkehr is a transport company active in public passenger transport in the district of Heinsberg, Germany. Since 2007, the company has been entrusted with the public service obligation of performing local public passenger transport by bus within the district of Heinsberg. This entrustment was ensured under three consecutive public service contracts. The first one was concluded in 2007 and was in force until 31 December 2017 (period 1), while the second one was in force from 1 January 2018 to 31 December 2019 (period 2). The third one, still in force today, has been in place since 1 January 2020 (period 3).

The complainant, a competitor of WestVerkehr, argues that the district of Heinsberg has granted unlawful and incompatible State aid via the following four measures.

Measure 1 is the direct award of a public service obligation to WestVerkehr on the basis of Article 5(2) of Regulation (EC) No 1370/2007 of the European Parliament and of the Council<sup>(1)</sup>. The complainant argues that since WestVerkehr was awarded the public service obligation through a direct award without competition, this means that the remuneration paid for the performance of the public service obligation is above market price.

Measure 2 is a profit and loss transfer agreement between WestVerkehr and its majority shareholder NEW KH, in place since 2015. On the basis of that agreement, WestVerkehr is under the obligation to transfer its annual profits (if there are any) to NEW KH, and NEW KH is under the obligation to cover WestVerkehr's losses. Since WestVerkehr also performs commercial activities outside of the public service obligation, the complainant argues that the profit and loss transfer agreement can also compensate WestVerkehr for its losses not related to the performance of its public service obligation.

Measure 3 is a financial injection of EUR [8-12 million] into WestVerkehr's capital reserve from its minority shareholder, KWH, which took place in 2016.

Measure 4 consists of a current account agreement between WestVerkehr and KWH, in place since 2016 and intended to protect the liquidity of WestVerkehr on a temporary basis until it receives its annual loss compensation payment from NEW KH on the basis of the profit and loss transfer agreement (measure 2). On the basis of that current account agreement, WestVerkehr can receive liquidity of up to EUR [5-10] million per year, for which WestVerkehr does not pay any consideration in return.

## ASSESSMENT

The Commission preliminary concludes that all four measures constitute State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU. In particular, the Commission considers the measures to be imputable to the State and to consist of State resources, and to be liable to affect trade and distort competition in the internal market. Regarding the presence of a selective economic advantage, the Commission considers that, at this stage, there are no sufficient evidence that the criteria of the *Altmark* judgment<sup>(2)</sup> are cumulatively fulfilled. Therefore, the Commission preliminary concludes that the measures confer a selective economic advantage to WestVerkehr.

Regarding the compatibility of the aid measures with the internal market, at this stage the Commission has serious doubts that the aid granted to WestVerkehr could be considered compatible. In particular, the Commission doubts that measures 1, 2 and 4 comply with the provisions of Regulation (EC) No 1370/2007.

Regarding measure 3, the Commission notes that Germany has not provided any compatibility grounds and recalls that it is the Member State granting the aid which bears the burden of proving that State aid it grants is compatible with the internal market.

Therefore, the Commission invites Germany and interested parties to provide its views and evidence on a possible compatibility of such measures.

In accordance with Article 16 of Council Regulation (EU) 2015/1589<sup>(3)</sup>, all unlawful aid can be subject to recovery from the recipient.

<sup>(1)</sup> Regulation (EC) No 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on public passenger transport services by rail and by road and repealing Council Regulations (EEC) Nos 1191/69 and 1107/70 (OJ L 315, 3.12.2007, p. 1).

<sup>(2)</sup> Case C-280/00, *Altmark Trans* and Regierungspräsidium Magdeburg, ECLI:EU:C:2003:415.

<sup>(3)</sup> Council Regulation (EU) 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union (OJ L 248, 24.9.2015, p. 9).

## TEXT OF LETTER

### 1. DAS VERFAHREN

- (1) Mit Schreiben vom 10. Dezember 2019 reichte die Transdev SE & Co. KG (im Folgenden „Transdev“ oder „Beschwerdeführerin“) bei der Kommission eine Beschwerde über die Gewährung mutmaßlicher rechtswidriger staatlicher Beihilfen an die WestVerkehr GmbH (im Folgenden „WestVerkehr“) ein.
- (2) Am 31. Januar 2020 richtete die Kommission ein Schreiben an die Bundesregierung, in dem sie um Klarstellung des Sachverhalts ersuchte. Die Bundesregierung antwortete mit Schreiben vom 6. April 2020.
- (3) Die Transdev ergänzte ihre Beschwerde mit Schreiben vom 18. August 2020 und vom 15. Oktober 2020.
- (4) Am 10. Februar 2021 ersuchte die Kommission um weitere Klarstellungen der Bundesregierung, die mit Schreiben vom 9. April 2021 antwortete.
- (5) Mit Schreiben vom 21. Januar 2022 ergänzte die Transdev ihre Beschwerde. Mit Schreiben vom 14. September 2022 teilte die Transdev der Kommission mit, dass der Name des Unternehmens in Transdev Verkehr GmbH geändert worden sei.
- (6) Am 19. Oktober 2022 übermittelten die Dienststellen der GD Wettbewerb der Transdev eine vorläufige Würdigung, in der sie ihre Auffassung zum Ausdruck brachten, dass die beanstandeten Maßnahmen entweder keine Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) darstellen oder mit dem Binnenmarkt vereinbar sind.
- (7) Am 18. November 2022 antwortete die Transdev auf das Schreiben vom 19. Oktober 2022. Sie wies die Argumente der Dienststellen der GD Wettbewerb zurück und forderte die Kommission auf, einen förmlichen Beschluss über ihre Beschwerde zu erlassen.
- (8) Mit Schreiben vom 26. Januar 2023 ersuchte die Kommission um weitere Klarstellungen der Bundesregierung, die mit Schreiben vom 28. Februar 2023 antwortete.
- (9) Die Dienststellen der GD Wettbewerb übermittelten der Beschwerdeführerin am 6. Februar 2023 eine zweite vorläufige Würdigung, in der sie die in ihrem Schreiben vom 19. Oktober 2022 dargelegte Argumentation teilweise bekräftigten und gleichzeitig darauf hinwiesen, dass sie die Bundesregierung um zusätzliche Klarstellungen ersucht hatten.
- (10) Mit Schreiben vom 13. Februar 2023 erkundigte sich die Transdev nach dem Stand der Beschwerde. Die Dienststellen der GD Wettbewerb antworteten mit Schreiben vom 27. Februar 2023 und erklärten, dass sie auf die Antwort der Bundesregierung warteten.
- (11) Mit Schreiben vom 4. August 2023 ergänzte die Transdev ihre Beschwerde und forderte die Kommission gemäß Artikel 265 AEUV auf, tätig zu werden und einen förmlichen Beschluss über die Beschwerde in der ergänzten Fassung zu erlassen.

### 2. BESCHREIBUNG DER BEIHILFE

#### 2.1. Mutmaßlicher Beihilfeempfänger und Beteiligungsstruktur

- (12) Die WestVerkehr betreibt im Gebiet des Kreises Heinsberg (Deutschland) ein Netz für den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) mit Bussen und sonstigen Kraftfahrzeugen auf der Grundlage von Genehmigungen nach dem Personenbeförderungsgesetz (\*) (im Folgenden „PBefG“). Darüber hinaus übt die WestVerkehr auch gewerbliche Tätigkeiten aus, z. B. Schülerverkehre, „Gelegenheitsverkehre“ und Treibstoffverkäufe an Dritte.

(\*) Personenbeförderungsgesetz, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/pbefg/BJNR002410961.html>

- (13) Seit 2007 ist die WestVerkehr – direkt oder über ihre Vorgängerin WestEnergie und Verkehr GmbH & Co. KG (im Folgenden „Westenergie“) (siehe Erwägungsgrund (23)) – mit der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung (¹) im Bereich des ÖPNV im Kreis Heinsberg betraut. Auf die verschiedenen Zeiträume, für die eine Betrauung mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung erfolgte, wird in Abschnitt 2.2 näher eingegangen.
- (14) Die WestVerkehr steht zu 98,02 % im Eigentum der NEW Kommunalholding GmbH (im Folgenden „NEW KH“), während die restlichen 1,98 % der Anteile an der WestVerkehr von der Kreiswerke Heinsberg GmbH (im Folgenden: „KWH“) gehalten werden.
- (15) Der Kreis Heinsberg hält 50,25 % der Anteile an der KWH. Die restlichen 49,75 % der KWH-Anteile befinden sich im Eigentum von Städten und Gemeinden des Kreises. Der Kreis Heinsberg übt eine maßgebliche Kontrolle über die KWH aus, da er über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt, was gemäß § 9 Absatz 1 des KWH-Gesellschaftsvertrags ausreicht, um sich bei Beschlüssen der Gesellschafterversammlung durchzusetzen. Zudem ist der Kreis auch befugt, den Alleingeschäftsführer der Gesellschaft zu bestimmen, und stellt 8 von 15 Mitgliedern des KWH-Aufsichtsrats, der seine Beschlüsse mit einfacher Mehrheit fasst.
- (16) Nach dem Gesellschaftsvertrag der NEW KH können die Gesellschafter der NEW KH (einschließlich der KWH) ihre Gesellschafterrechte in Bezug auf ihre jeweiligen Tochtergesellschaften (⁶) ausüben. Diese umfassen insbesondere die Abstimmung in den relevanten Aufsichtsratssitzungen und Gesellschafterversammlungen sowie die Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführung dieser Unternehmen in allen Angelegenheiten.
- (17) Die Bundesregierung hat erklärt, dass der Kreis Heinsberg über die KWH eine maßgebliche Kontrolle hinsichtlich der strategischen Ziele und der wichtigsten Entscheidungen der WestVerkehr besitzt, ähnlich der Kontrolle über seine eigenen Dienststellen. Obwohl die KWH nur 1,98 % der Anteile an der WestVerkehr hält (NEW KH dagegen 98,02 %) übt sie diese maßgebliche Kontrolle durch einen besonderen Kontrollmechanismus aus.
- (18) Die Gesellschafter der NEW KH – neben der KWH sind dies unmittelbar und mittelbar die Stadt Mönchengladbach mit 63,3 % und die Stadt Viersen mit 20,04 % – haben im Gesellschaftsvertrag der NEW KH festgelegt, dass die Ausübung der Gesellschafterrechte durch die NEW KH u. a. bei der Beteiligungsgesellschaft WestVerkehr nur auf der Grundlage von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung der NEW KH erfolgen darf (vgl. § 11 Absatz 1 Buchstabe o Gesellschaftsvertrag NEW KH).
- (19) Diese Beschlüsse wiederum werden auf Basis einer Stimmrechtsbindungsabrede durch die Gesellschafter bestimmt, deren Interessen betroffen sind. Über diese Stimmrechtsbindung ist vorgegeben, dass die KWH – und damit letztlich der hinter der KWH stehende Kreis Heinsberg – in der Gesellschafterversammlung der NEW KH für alle Angelegenheiten der WestVerkehr die maßgebliche Kontrolle bzw. Entscheidungsgewalt innehat (vgl. § 11 Absatz 5 Gesellschaftsvertrag NEW KH).
- (20) Durch § 9 Absatz 8 Gesellschaftsvertrag NEW KH ist – für den Fall, dass sich der Aufsichtsrat der NEW KH mit Angelegenheiten der WestVerkehr befassen sollte – zudem sichergestellt, dass die Gesellschafterversammlung jegliche Aufsichtsratsbeschlüsse durch einen eigenen Beschluss ersetzen kann, für den wiederum die angeführte Stimmrechtsbindung gilt. Auf der Ebene der WestVerkehr selbst werden alle strategischen und sonstigen wesentlichen Entscheidungen von der Gesellschafterversammlung getroffen (vgl. § 11 Absatz 1 Gesellschaftsvertrag WestVerkehr), deren Beschlüsse inhaltlich aufgrund der vorstehend beschriebenen Kompetenzen von der KWH bzw. dem Kreis Heinsberg vorbestimmt werden. Im fakultativen Aufsichtsrat der WestVerkehr stellt die KWH acht von zwölf Mitgliedern, die mit ihrer Zweidrittelmehrheit die Inhalte der Aufsichtsratsbeschlüsse bestimmen (vgl. § 7 Absatz 1 Gesellschaftsvertrag WestVerkehr). Diese Aufsichtsratsmitglieder unterliegen zudem den Weisungen der Gesellschafterversammlung der KWH (vgl. § 8 Absatz 7 Gesellschaftsvertrag WestVerkehr).

(¹) Im Sinne des Artikels 2 Buchstabe e der Verordnung 1370/2007.

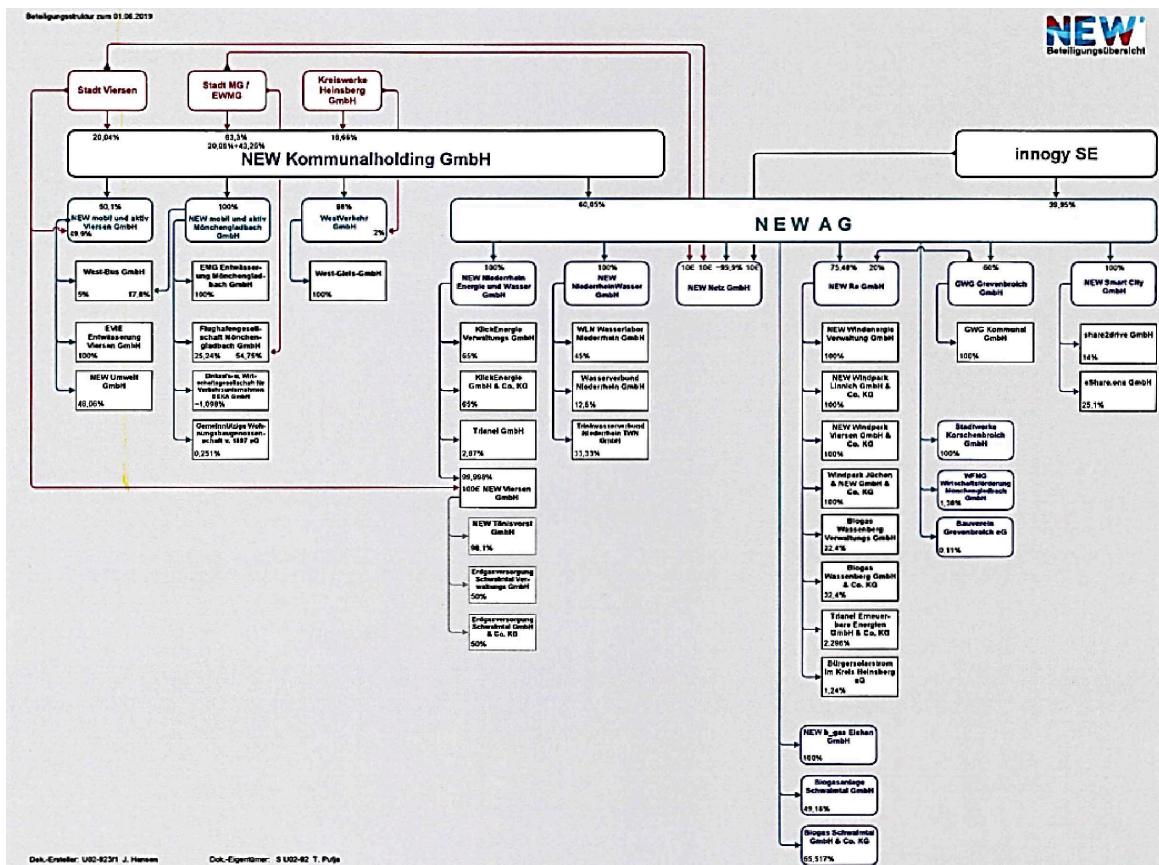
(⁶) Bei der KWH ist das die WestVerkehr, bei Viersen die NEW mobil und aktiv Viersen GmbH und bei Mönchengladbach die NEW mobil und aktiv Mönchengladbach GmbH.

- (21) Daher kann die NEW KH die WestVerkehr nicht nach eigenem Ermessen über ihre Beteiligung kontrollieren. Stattdessen wird die WestVerkehr autonom von der KWH und damit indirekt vom Kreis Heinsberg kontrolliert.
- (22) Die NEW KH steht im gemeinsamen Eigentum der Städte Mönchengladbach (59,19 %), Viersen (18,73 %) und Grevenbroich (6,51 %) sowie der KWH (15,57 %).
- (23) Bis 2014 war die KWH zusammen mit der NEW AG Gesellschafterin einer Gesellschaft namens WestEnergie und Verkehr GmbH (im Folgenden „WestEnergie“). Der Kreis Heinsberg und seine Mitgesellschafter bei der KWH entschlossen sich, die Tätigkeiten der WestEnergie in die NEW KH zu integrieren. Diese einige Jahre zuvor entstandene Holding hielt und hält zum einen Beteiligungen an kommunalen Verkehrs- und Bäder-GmbHs aus dem Raum Mönchengladbach und Viersen und zum anderen eine Mehrheitsbeteiligung an der NEW AG, in deren Konzern die vormaligen Energie- und Wasserversorgungstätigkeiten der beiden genannten Städte aufgegangen waren.
- (24) Infolge der Integration der Tätigkeiten der WestEnergie in die NEW KH wurde der Verkehrsbereich von der WestEnergie abgespalten, wodurch am 15. Dezember 2014 die WestVerkehr entstand. Die WestVerkehr wurde sodann ebenfalls eine Beteiligungsgesellschaft der NEW KH (1,98 % der Anteile verblieben allerdings bei der KWH). Der zurückbleibende Energiebereich der WestEnergie firmierte zunächst um in WestEnergie GmbH, wurde aber wenig später auf eine Gesellschaft im Konzern der NEW AG verschmolzen. Die KWH wiederum erhielt als Ausgleich für ihre frühere Beteiligung an der WestEnergie eine Beteiligung von 16,66 % an der NEW KH.
- (25) Die NEW KH hält derzeit 60,05 % der Anteile an der NEW AG, die hauptsächlich Strom und Gas an Kunden im Kreis Heinsberg und in den Städten Mönchengladbach und Viersen liefert. Die NEW AG ist gemäß ihrem Gewinnabführungsvertrag mit der NEW KH verpflichtet, ihre [...] (\*) verbleibenden Jahresgewinne an die NEW KH abzuführen. Diese Gewinne werden dann anteilig an die Gesellschafter der NEW KH, einschließlich der KWH, abgeführt.
- (26) Die Unternehmensstruktur des NEW-Konzerns ist Tabelle 1 zu entnehmen. (7)

(\*) Unter das Berufsgeheimnis fallend.

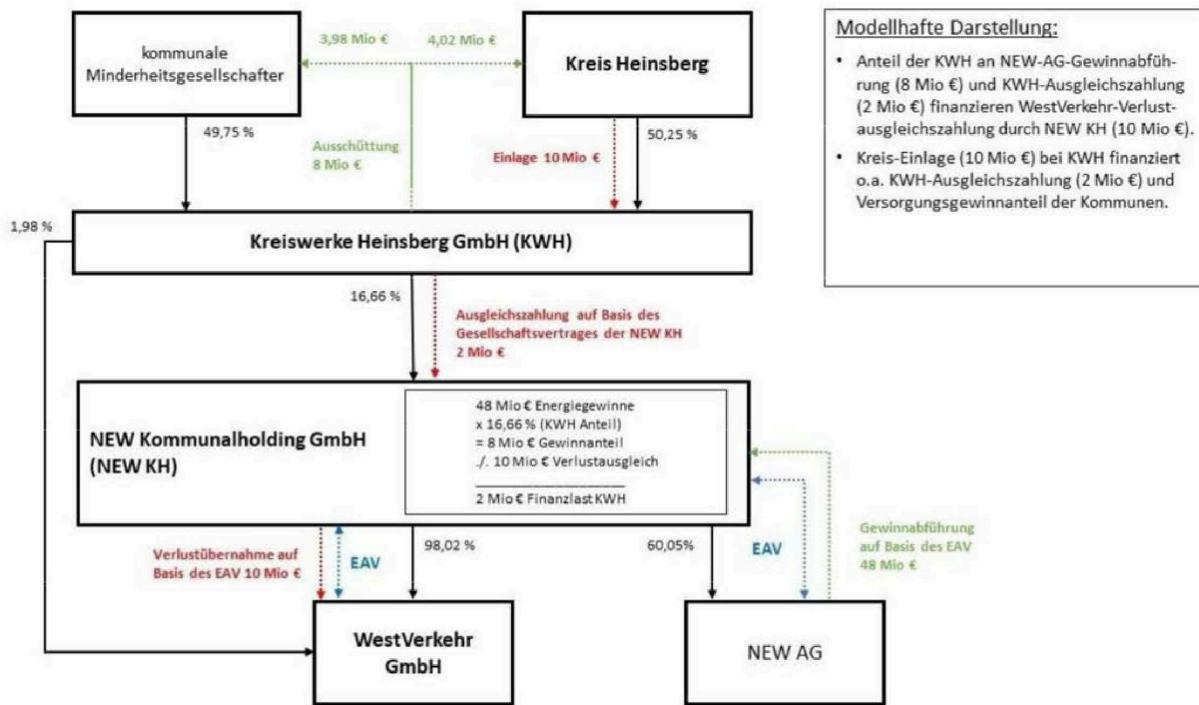
(7) Einige der Prozentsätze sind aufgrund des Erwerbs von 6,51 % der Anteile an der NEW KH durch die Stadt Grevenbroich im Jahr 2022 nicht mehr korrekt.

## Organigramm des NEW-Konzerns



- (27) Nach besonderen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, nach denen die WestVerkehr einen Ausgleich für jeden entstandenen Jahresfehlbetrag erhalten muss, sollten die Minderheitsgesellschafter der KWH nicht durch aus der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstehende Verluste der WestVerkehr belastet werden (siehe Abschnitt 2.2). Aus diesem Grund zahlt der Kreis Heinsberg gemäß dem zwischen der WestVerkehr und der NEW KH geschlossenen Gewinnabführungsvertrag sowie der damit verbundenen Verpflichtung nach § 302 Absatz 1 Aktiengesetz („AktG“), auf die sich § 1 Absatz 4 des Gewinnabführungsvertrags bezieht, jedes Jahr einen den Verlusten der WestVerkehr entsprechenden Betrag an die KWH. Dieser Betrag wird dann von der KWH zur Deckung des verbleibenden Negativsaldo unter Berücksichtigung ihres Anteils an den Gewinnen der NEW AG verwendet. Die restlichen Mittel werden dann anteilig an die KWH-Gesellschafter (einschließlich des Kreises Heinsberg) verteilt. Somit haftet der Kreis Heinsberg allein für die Finanzierung der Verluste der WestVerkehr, die sich aus ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung ergeben.

Tabelle 2

Mechanismus zum Ausgleich der Verluste der WestVerkehr<sup>(8)</sup>

## 2.2. Zeitliche Abfolge und Vorgaben der öffentlichen Dienstleistungsaufträge

- (28) Seit dem 18. Dezember 2007 ist die WestVerkehr unmittelbar bzw. über ihre Vorgängerin WestEnergie mit der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs mit Bussen und sonstigen Kraftfahrzeugen im Kreis Heinsberg betraut. Die verschiedenen Zeiträume der Betrauung mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und der öffentlichen Dienstleistungsaufträge (im Folgenden auch „öDA“) werden nachstehend erläutert.
- 2.2.1. öDA 1: 18. Dezember 2007 bis 31. Dezember 2017
- (29) Am 18. Dezember 2007 wurde die WestEnergie auf der Grundlage eines Kreistagsbeschlusses mit der Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs mit Bussen und sonstigen Kraftfahrzeugen im Kreis Heinsberg betraut (im Folgenden: „Beträuungsbeschluss“ oder „öDA 1“).
- (30) Nach Angaben der Bundesregierung wurden die aus der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung resultierenden Verluste der WestVerkehr nach ihrer Abspaltung von der WestEnergie nur über den zwischen der WestVerkehr und der NEW KH geschlossenen Gewinnabführungsvertrag ausgeglichen (siehe Erwägungsgrund (27)). Daher gab es nach dem öDA 1 keine separaten Ausgleichsleistungen.
- (31) Gemäß § 1 Absatz 2 des Beträuungsbeschlusses wurde die WestEnergie mit Einzelpflichten im Zusammenhang mit der Erbringung von Verkehrsleistungen mit Bussen und sonstigen Kraftfahrzeugen im ÖPNV im Gebiet des Kreises Heinsberg auf der Grundlage bestehender Liniengenehmigungen nach dem deutschen Personenbeförderungsgesetz und den Anforderungen des Nahverkehrsplans des Kreises Heinsberg betraut.

<sup>(8)</sup> Die Tabelle zeigt ein hypothetisches Szenario, in dem sich die Verluste der WestVerkehr auf 10 Mio. EUR und die aus der Versorgungssparte resultierenden Gewinne des NEW-Konzerns, auf die die KWH Anspruch hat, auf 8 Mio. EUR belaufen.

- (32) Gemäß § 4 Absatz 1 des Betrauungsbeschlusses wurden die der WestEnergie durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstandenen Aufwendungen auf der Grundlage bestehender Regelungen im Verhältnis zum Kreis Heinsberg und auf der Grundlage der Satzung des Zweckverbands Aachener Verkehrsverbund (⁹) (im Folgenden „ZV AVV“) gedeckt.
- (33) Gemäß § 12 Absatz 1 der Satzung des ZV AVV wurde der Ausgleich für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in Höhe von Sollkostensätzen je Nutzwagenkilometer gewährt. Nach § 12 Absatz 2 der Satzung des ZV AVV muss der ZV AVV die Sollkostensätze je Nutzwagenkilometer analytisch und unter Beachtung der Anforderungsprofile sowie sonstiger kostenbeeinflussender, objektiver Rahmenbedingungen und den unionsrechtlichen Anforderungen an eine beihilfefreie Finanzierung von Ausgleichszahlungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Rahmen des maßgeblichen Anforderungsprofils unternehmensbezogen durch eine branchenerfahrene Wirtschaftsprüfungsgesellschaft unabhängig und unparteiisch ermitteln. Diese Sollkostensätze wurden gemäß § 12 Absatz 3 der Satzung des ZV AVV jährlich fortgeschrieben.
- (34) Gemäß § 12 Absatz 6 der Satzung des ZV AVV müssen die betrauten im Verbundraum tätigen Verbundverkehrsunternehmen die Istkosten für das vorangegangene Jahr für die erbrachten ÖPNV-Verkehre auf der Grundlage einer Trennungsrechnung entsprechend der Sollkostenermittlung nachweisen. Diese Trennungsrechnungen werden dann geprüft. Unterschreiten die Istkosten für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen die Sollkosten, wird der Ausgleich auf der Grundlage der Istkosten als Differenz zwischen den Sollkostensätzen und den Istkosten berechnet.
- (35) Der ZV AVV hat die Aufgabe, Vorgaben für die Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sowie Richtlinien für die Festlegung der Parameter für die Berechnung des Ausgleichs für die Erfüllung dieser Verpflichtungen festzulegen. Gleichwohl wird der gemäß der Satzung des ZV AVV berechnete Ausgleich für die jeweiligen Unternehmen, die die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erfüllen, von den jeweiligen Behörden gewährt. (¹⁰)
- (36) Eine Bewertung der geprüften Abschlüsse der WestEnergie vor Abspaltung der WestVerkehr ergab, dass die Verkehrsverluste des Unternehmens (¹¹) durch seine Energiegewinne und, falls sich dies als unzureichend herausstellte, von der KWH ausgeglichen wurden. Nach Angaben der Bundesregierung überstieg der Ausgleich aber nicht den Betrag, der erforderlich war, um die Kosten zu decken, die der WestEnergie für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstanden. Ab dem 15. Dezember 2016, nach der Abspaltung von der WestEnergie, wurden die Verluste der WestVerkehr aus ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung teilweise auch durch ihre gewerblichen Tätigkeiten wie Schülerverkehre, „Gelegenheitsverkehre“ und Treibstoffverkäufe an Dritte gedeckt, deren Kosten/Aufwendungen und Einnahmen/Erträge in Trennungsrechnungen des Unternehmens erfasst wurden. Diese gewerblichen Tätigkeiten wurden nicht im Rahmen gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ausgeübt.
- (37) Außerdem sah § 4 Absatz 2 des Betrauungsbeschlusses vor, dass die WestEnergie den Eintritt eines beihilferechtswidrigen Tatbestands zu vermeiden hatte, wenn es zu einer Überschreitung der beihilferechtlich zulässigen Ausgleichsleistungen kommen sollte.
- (38) Nach § 4 Absatz 1 des Betrauungsbeschlusses durften die Kosten der WestEnergie nicht höher sein als die Kosten, die einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen entstehen würden.

(⁹) Dieser Zweckverband wurde von der Stadt Aachen, dem Kreis Aachen, dem Kreis Düren und dem Kreis Heinsberg gebildet, um den öffentlichen Personennahverkehr in ihrem jeweiligen Gebiet zu fördern und zu unterstützen. Er legt unter anderem die Vorgaben für die Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sowie Parameter für die Berechnung des Ausgleichs für die Erfüllung dieser Verpflichtungen fest.

(¹⁰) Ab dem 17. Juli 2015 wurde dieser Ausgleich über den Gewinnabführungsvertrag mit NEW KH gewährt.

(¹¹) Die Verkehrssparte der WestEnergie nahm eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung wahr und übte gewerbliche Tätigkeiten aus. Deutschland zufolge waren jedoch nur die Tätigkeiten im Rahmen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung defizitär.

- (39) Wie im Betrauungsbeschluss des Kreistags festgelegt, endete die Betrauung am 31. Dezember 2017.

*2.2.2. öDA 2: 1. Januar 2018 bis 31. Dezember 2019*

- (40) Am 15. März 2016 veröffentlichte der Kreis Heinsberg eine Vorabbekanntmachung nach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007<sup>(12)</sup>, mit der er seine Absicht bekannt gab, die WestVerkehr – im Wege einer Direktvergabe eines öDA (im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 der genannten Verordnung) an einen internen Betreiber (nach Artikel 5 Absatz 2 der genannten Verordnung) – mit der Durchführung des ÖPNV zu betrauen. Beabsichtigt war dies mit Wirkung zum 1. Januar 2018.
- (41) Daraufhin stellte die Transdev bei der Vergabekammer Rheinland einen Nachprüfungsantrag bezüglich der beabsichtigten Direktvergabe an die WestVerkehr.
- (42) Die Transdev machte insbesondere geltend, dass die Direktvergabe des öDA 2 an die WestVerkehr auf der Grundlage des Artikels 5 Absatz 2 der Verordnung 1370/2007 rechtswidrig sei, da der Auftrag nicht die Form einer öffentlichen Dienstleistungskonzession aufweise.
- (43) Die Vergabekammer Rheinland wies den Nachprüfungsantrag der Transdev am 11. November 2016 zurück. Gegen diesen Beschluss legte die Transdev Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf ein, das seinerseits mit Beschluss vom 3. Mai 2017 (VII-Verg 51/16) dieses Verfahren zunächst aussetzte, um ein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Artikel 267 AEUV mit Fragen zur Anwendbarkeit und Auslegung von Bestimmungen der Verordnung 1370/2007 beim Europäischen Gerichtshof einzuleiten.<sup>(13)</sup>
- (44) Aufgrund des laufenden Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Gerichtshof war der Kreis Heinsberg der Ansicht, dass die geplante Umsetzung der Direktvergabe bis zum 1. Januar 2018 gefährdet sei. Da die bestehende Betrauung der WestVerkehr auf der Grundlage des Betrauungsbeschlusses von 2007 am 31. Dezember 2017 (öDA 1) endete, drohte ein Zustand ohne beihilfenrechtliche Absicherung und hieraus resultierend eine Unterbrechung der Personenverkehrsdienste im Kreisgebiet. Um dies zu verhindern, beschloss der Kreistag des Kreises Heinsberg am 21. Dezember 2017, die WestVerkehr im Wege einer Notvergabe gemäß Artikel 5 Absatz 5 der Verordnung 1370/2007 mit der Erbringung der Personenverkehrsdienste direkt zu beauftragen.
- (45) Daher unterzeichneten der Kreis Heinsberg und die WestVerkehr am 21. Dezember 2017 einen Notvergabe-öDA im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 der Verordnung 1370/2007 für den Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis zum 31. Dezember 2019 (öDA 2). Nach § 1 dieses Auftrags war die WestVerkehr verpflichtet, im Kreis Heinsberg öffentliche Personenverkehrsdienste im Linienverkehr mit Bussen sowie sonstigen Kraftfahrzeugen zu erbringen.
- (46) Die der WestVerkehr übertragenen ausschließlichen Rechte waren in § 5 des Notvergabe-öDA aufgeführt. Diese umfassten die Durchführung des öffentlichen Personenlinienverkehrs mit Bussen sowie sonstigen Kraftfahrzeugen im Kreis Heinsberg.

*Ausgleich*

- (47) Nach § 9 Absatz 1 des Notvergabe-öDA wurden die Aufwendungen, die der WestVerkehr für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstanden, durch die Erträge des Unternehmens (auch aus gewerblichen Tätigkeiten) und gegebenenfalls durch Ausgleichsleistungen der zuständigen Behörde gedeckt.<sup>(14)</sup>

<sup>(12)</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 3.12.2007, S. 1).

<sup>(13)</sup> Urteil des Gerichtshofs vom 21. März 2019, Verkehrsbetrieb Hüttebräcker und BVR Busverkehr Rheinland, C-266/17 und C-267/17, ECLI:EU:C:2019:241.

<sup>(14)</sup> Nach Auffassung der Bundesregierung stellt der zwischen der WestVerkehr und der NEW KH geschlossene Gewinnabführungsvertrag einen von einer zuständigen Behörde gewährten Ausgleich dar, da die finanzielle Belastung vom Kreis Heinsberg getragen wird (siehe Tabelle 2).

- (48) Der Kreis Heinsberg legte nach §9 Absatz 1 des Notvergabe-öDA den jährlichen Ausgleich für die WestVerkehr gemäß dem Finanzierungssystem der ZV AVV und der Plan-Trennungsrechnung auf der Grundlage der Planaufwendungen und Planerträge vorab fest (vgl. Erwägungsgründe (32) bis (35)). Wenn die Nettoverluste der WestVerkehr, die sich aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung ergaben, die veranschlagten Nettoverluste überstiegen, musste die WestVerkehr gegenüber dem Kreis Heinsberg die Gründe nachweisen und darlegen, ob außerplanmäßige Aufwandssteigerungen oder Ertragsminderungen von ihr beeinflussbar waren oder nicht, und welche Maßnahmen sie ergreifen werde, um dies in Zukunft zu vermeiden. In jedem Fall durfte der Ausgleich nicht höher sein als die Differenz zwischen den der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zuzurechnenden Aufwendungen und Erträgen gemäß der Ist-Trennungsrechnung.
- (49) Nach § 10 Absatz 1 des Notvergabe-öDA sollte die Verlustdeckung der WestVerkehr durch die NEW KH auf der Grundlage eines am 12. Juni 2015 zwischen den beiden Unternehmen geschlossenen Gewinnabführungsvertrags ausgeglichen werden.
- (50) Darüber hinaus durfte nach § 12 Absatz 1 des Notvergabe-öDA die Ausgleichsleistung für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, einschließlich eines angemessenen Gewinns in Höhe von 5 % der Erträge der WestVerkehr, nicht zu einer Überkompensation bei der WestVerkehr führen. Dies musste anhand der Plan-Trennungsrechnung und der Ist-Trennungsrechnung des Unternehmens überprüft werden. Nach § 12 Absatz 3 mussten die WestVerkehr und die zuständige Behörde im Falle einer Überkompensation einvernehmlich festlegen, wie diese Überkompensation im Einklang mit den Vorschriften für staatliche Beihilfen behoben werden sollte.
- (51) Nach § 3 des Notvergabe-öDA musste die WestVerkehr die vom ZV AVV verabschiedete Richtlinie zu Qualitätsstandards<sup>(15)</sup> beachten. Zudem war im Auftrag ein Anreizsystem zur Sicherung der Qualität festgelegt.

### 2.2.3. öDA 3: 1. Januar 2020 – 12. Dezember 2027

- (52) In seiner Vorabentscheidung vom 21. März 2019 in der Rechtssache C-267/17<sup>(16)</sup> (Erwägungsgrund (43)) stellte der Gerichtshof fest, dass Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung 1370/2007 grundsätzlich nur für Dienstleistungskonzessionen gilt. Der Gerichtshof präzisierte jedoch, dass auch ausschreibungsreine Vergaben (d. h. Direktvergaben) von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die nicht die Form einer Dienstleistungskonzeession aufweisen, weiterhin zulässig bleiben. Deren Zulässigkeit richte sich jedoch dann nicht nach dem Sondervergabatbestand des Artikels 5 Absatz 2 der Verordnung 1370/2007, sondern nach den allgemeinen Regeln über Inhouse-Vergaben gemäß der Teckal-Rechtsprechung des Gerichtshofs vom 18. November 1999<sup>(17)</sup> bzw. nach deren Kodifizierung in den neuen Vergaberichtlinien<sup>(18)</sup>.
- (53) Nach der Vorabentscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache C-267/17 fand eine weitere mündliche Verhandlung vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf statt, das am 3. Juli 2019 beschloss, die Sache gemäß § 124 Absatz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>(19)</sup> dem Bundesgerichtshof vorzulegen. Mit einem weiteren Beschluss vom selben Tag<sup>(20)</sup> hob das Oberlandesgericht Düsseldorf die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Transdev auf (Erwägungsgrund (43)) und lehnte den Antrag der Transdev auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ab.

<sup>(15)</sup> Richtlinie des Zweckverband Aachener Verkehrsverbund zur Gewährung von Zuwendungen zur Förderung des ÖPNV – AVV-Richtlinie zur Verwendung der ÖPNV-Pauschale nach § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW, vom 4.12.2013 – Stand 30.11.2022 – in der Fassung der 7. Änderungssatzung, [https://avv.de/de/ueber-uns/zweckverband?file=files/avv/files/ueber\\_uns/zweckverband/foerderung/richtlinie\\_zur\\_fahrzeugfoerderung\\_etc\\_2023\\_inkl\\_anlagen.pdf&cid=5125](https://avv.de/de/ueber-uns/zweckverband?file=files/avv/files/ueber_uns/zweckverband/foerderung/richtlinie_zur_fahrzeugfoerderung_etc_2023_inkl_anlagen.pdf&cid=5125).

<sup>(16)</sup> Rechtssache C-267/17, ECLI:EU:C:2018:811.

<sup>(17)</sup> Urteil des Gerichtshofs vom 18. November 1999, Teckal, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562.

<sup>(18)</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65); Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 1); Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243).

<sup>(19)</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (vom 30. Juni 2013 bis 17. April 2016 geltende Fassung), abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>.

<sup>(20)</sup> Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 3. Juli 2019, ECLI:DE:OLGD:2019:0703.VERG51.16.00, Rn. 101.

- (54) Das OLG Düsseldorf begründete diesen Aufhebungsbeschluss im Kern damit, dass es nach der Vorabentscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache C-267/17 nunmehr die Erfolglosigkeit der sofortigen Beschwerde der Transdev für wahrscheinlich halte, weil die in Rede stehende Direktvergabe des Kreises Heinsberg sowohl den Anforderungen des Artikels 5 Absatz 2 der Verordnung 1370/2007 als auch den Vorschriften über die In-House-Vergabe, die nicht Gegenstand eines Ausschreibungsverfahrens seien, entsprochen habe. Eine Direktvergabe, die nicht unter die Verordnung 1370/2007 falle, könnte dennoch anhand der vom Gerichtshof<sup>(21)</sup> festgelegten sogenannten „Inhouse-Kriterien“ bewertet werden. „Danach muss der Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle ausüben wie über eine eigene Dienststelle, an dem Auftragnehmer darf kein privater Dritter beteiligt sein und der Auftragnehmer muss seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber verrichten.“
- (55) Nach diesem Aufhebungsbeschluss vergab der Kreis Heinsberg am 23. Juli 2019 den beanstandeten öDA 3 (Erwägungsgrund (40)), der derzeit in Kraft ist, an die WestVerkehr. So wurde nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung 1370/2007 der öDA 3 zwischen der WestVerkehr und dem Landkreis Heinsberg unterzeichnet.
- (56) Am 12. November 2019 stellte der Bundesgerichtshof fest, dass die Direktvergabe des Auftrags an die WestVerkehr durch den Kreis Heinsberg vergaberechtskonform sei, und wies die Beschwerde der Transdev in vollem Umfang zurück. Der Bundesgerichtshof schloss sich mit seiner Begründung im Wesentlichen der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf aus dessen Beschluss vom 3. Juli 2019 an.<sup>(22)</sup>
- (57) Nach § 1 des öffentlichen Dienstleistungsauftrags vom 23. Juli 2019 ist die WestVerkehr verpflichtet, Personenverkehrsdienste im Linienverkehr mit Bussen sowie sonstigen Kraftfahrzeugen im Gebiet des Kreises Heinsberg zu erbringen.
- (58) Die der WestVerkehr übertragenen ausschließlichen Rechte sind in § 5 öDA 3 aufgeführt. Dazu gehört die Erbringung von Personenverkehrsdiensten im Linienverkehr im Gebiet des Kreises Heinsberg.

### Ausgleich

- (59) Nach § 9 Absatz 1 öDA 3 werden die Aufwendungen, die der WestVerkehr für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen entstehen, durch die Erträge des Unternehmens (auch aus gewerblichen Tätigkeiten) und gegebenenfalls durch Ausgleichsleistungen der zuständigen Behörde gedeckt. Der Ausgleich kann unterschiedliche Formen annehmen. Nach § 9 Absatz 1 öDA 3 kommen folgende Ausgleichsleistungen in Betracht: i) Ausgleichsleistungen der zuständigen Behörde, die der WestVerkehr in Form von Gesellschaftereinlagen und/oder unternehmens- und konzerninterne Mitteltransfers zugeführt werden, ii) die kostenlose oder verbilligte Zurverfügungstellung von Wirtschaftsgütern durch die zuständige Behörde oder ihre Gesellschaften zugunsten der WestVerkehr, iii) die Ausreichung von Bürgschaften, Gesellschafterdarlehen sowie das Abgeben von Patronatserklärungen durch die zuständige Behörde zugunsten der WestVerkehr, iv) Ausgleichsleistungen auf Grundlage landesrechtlicher Vorschriften (derzeit sind dies §§ 11 Absatz 2 und 11a ÖPNVG NRW), v) Investitionszuschüsse der zuständigen Behörde, der kreisangehörigen Gemeinden, des AVV, des Landes oder der EU und vi) sonstige Zuschüsse oder Ausgleichszahlungen der öffentlichen Hand mit Bezug auf die Finanzierung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nach diesem Dienstleistungsauftrag.
- (60) Nach Angaben der Bundesregierung wurde von den in § 9 Absatz 1 öDA 3 aufgeführten Ausgleichsmethoden in der Praxis ausschließlich der Ausgleich in Form von „Gesellschaftereinlagen und/oder unternehmens- und konzerninternen Mitteltransfers“ durch den am 12. Juni 2015 zwischen der WestVerkehr und NEW KH geschlossenen Gewinnabführungsvertrag (Maßnahme 2) und die Kontokorrentvereinbarung vom 14. Juni 2016 (Maßnahme 4) verwendet.

<sup>(21)</sup> Urteil des Gerichtshofs vom 18. November 1999, Teckal, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562.

<sup>(22)</sup> Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=102344&pos=0&anz=1>

- (61) Der jährliche Ausgleich für die WestVerkehr wird gemäß dem Finanzierungssystem des ZV AVV auf der Grundlage der Planaufwendungen und der Planerträge vorab festgelegt. Das Finanzierungssystem ist in § 12 „Vorgaben für die Finanzierung der Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im ÖSPV“ der Satzung des ZV AVV dargelegt. Falls der maximal zulässige Ausgleich überschritten wird, greift gemäß § 12 Absatz 2 öDA 3 ein Mechanismus, nach dem die Überschreitung innerhalb eines dreijährigen Betrachtungszeitraums kompensiert werden muss. Nach § 12 Absatz 3 der Satzung des ZV AVV planen die Verbundverkehrsgesellschaften des ZV AVV <sup>(23)</sup> ihren Ausgleich als absoluten Betrag in einer „Plan-Trennungsrechnung“. Ergänzend zur „Plan-Trennungsrechnung“ und zur „Ist-Trennungsrechnung“ müssen die Verbundverkehrsunternehmen dem ZV AVV die geplanten/erbrachten Nutzwagenkilometer, einschließlich ihrer Verteilung auf die Verbandsmitglieder, mitteilen. Sollten die Nettoverluste der WestVerkehr, die sich aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung ergeben, die veranschlagten Nettoverluste übersteigen, muss die WestVerkehr als zuständiger Dienstleisterbringer gegenüber dem Kreis Heinsberg die Gründe nachweisen und darlegen, ob außerplanmäßige Aufwandssteigerungen oder Ertragsminderungen von ihr beeinflussbar waren oder nicht, und welche Maßnahmen sie ergreifen wird, um dies in Zukunft zu vermeiden (vgl. § 9 Absatz 5 öDA 3).
- (62) Darüber hinaus darf die Ausgleichsleistung für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung nach § 12 Absatz 1 öDA 3 nicht zu einer Überkompensation bei der WestVerkehr führen. Dies muss anhand der Trennungsrechnungen des Unternehmens überprüft werden. Die Ausgleichsleistung ist beschränkt auf den ermittelten finanziellen Nettoeffekt einschließlich eines angemessenen Gewinns in Höhe von 5 % der in der Ist-Trennungsrechnung ausgewiesenen Erträge, der gewährte Boni im Rahmen des Anreizsystems mit umfasst. Nach § 9 Absatz 1 öDA 3 entspricht der finanzielle Nettoeffekt der Differenz zwischen den der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zuzurechnenden Aufwendungen und Erträgen gemäß der Ist-Trennungsrechnung. Für die Vorabfestlegung der jährlichen Ausgleichszahlungen werden Planaufwendungen und Planerträge in der Plan-Trennungsrechnung angesetzt (ansatzfähige Aufwendungen und Erträge zur Ermittlung des Nettoeffekts).
- (63) Nach § 12 Absatz 3 öDA 3 müssen die WestVerkehr und die zuständige Behörde im Falle einer Überkompensation einvernehmlich festlegen, wie diese Überkompensation im Einklang mit den Beihilfevorschriften behoben werden soll.
- (64) Nach § 3 öDA 3 muss die WestVerkehr GmbH die vom ZV AVV verabschiedete Richtlinie zu Qualitätsstandards beachten. Zudem ist in einer Anlage des Auftrags ein Anreizsystem zur Sicherung der Qualität genau dargelegt.

### 2.3. Die beanstandeten Maßnahmen

- (65) In ihrer Beschwerde vom 10. Dezember 2019 macht die Transdev geltend, dass die WestVerkehr durch vier im Folgenden beschriebene Maßnahmen rechtswidrige und mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfen erhalten habe.
- 2.3.1. Maßnahme 1: Direktvergabe des öDA 3 und Ausgleich im Rahmen des Auftrags
- (66) Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Betrauung der WestVerkehr mit der Erbringung öffentlicher Personennahverkehrsdienste, die im Wege der Direktvergabe eines öDA im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 der Verordnung 1370/2007 auf der Grundlage des Artikels 5 Absatz 2 der Verordnung am 23. Juli 2019 erfolgte, eine rechtswidrige und mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfe darstelle.

<sup>(23)</sup> Als „Verbundverkehrsunternehmen“ werden Verkehrsunternehmen bezeichnet, denen nach dem PBefG eine Genehmigung für die Erbringung öffentlicher Verkehrsdienste im Gebiet der Mitglieder des ZV AVV erteilt wurde und die der Satzung des ZV AVV unterliegen, da in den von ihnen unterzeichneten öffentlichen Dienstleistungsaufträgen darauf Bezug genommen wird. Jedes einzelne Verbundverkehrsunternehmen, das der Satzung des ZV AVV unterliegt, muss eine Plan- und eine Ist-Trennungsrechnung vornehmen und dem ZV AVV die einschlägigen Informationen übermitteln.

- (67) Insbesondere habe der Kreis Heinsberg mit dieser Direktvergabe des öDA 3 an die WestVerkehr gegen Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung 1370/2007 verstoßen, weil die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Bestimmung nicht erfüllt gewesen seien, da es sich dabei nicht um eine öffentliche Dienstleistungskoncession, sondern um einen öDA im Sinne der Vergaberichtlinien gehandelt habe.
- (68) Wenn eine zuständige Behörde einen öDA in Form einer öffentlichen Dienstleistungskoncession im Sinne des Artikels 5 Absatz 2 der Verordnung 1370/2007 an einen internen Betreiber vergibt, trägt nach Auffassung der Transdev das beauftragte Verkehrsunternehmen das Betriebsrisiko. Dies rechtfertige die Anwendbarkeit der Verordnung 1370/2007 und damit die Befreiung von der Anmeldepflicht nach Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung 1370/2007. Wenn hingegen ein öDA im Sinne der Vergaberichtlinien vergeben werde, trage nicht das Unternehmen das Risiko, sondern die Betrauungsbehörde.
- (69) Ferner macht die Transdev geltend, dass die WestVerkehr aufgrund der Vergabe des Auftrags ohne Ausschreibung eine über dem Markt liegende Vergütung habe erhalten können. Daher ist die Transdev der Auffassung, dass die WestVerkehr vom Kreis Heinsberg einen Vorteil erhalten hat und die Vergabe des Auftrags eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfe darstellt.

#### 2.3.2. Maßnahme 2: Gewinnabführungsvertrag zwischen der NEW KH und der WestVerkehr

- (70) Bei Maßnahme 2 handelt es sich um einen Gewinnabführungsvertrag zwischen der NEW KH und der WestVerkehr sowie den Ausgleich, der der WestVerkehr über den Gewinnabführungsvertrag für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung gezahlt wurde. Der Gewinnabführungsvertrag, der am 12. Juni 2015 geschlossen wurde und seit dem 17. Juli 2015 in Kraft ist, verpflichtet zum einen die NEW KH, die Verluste der WestVerkehr aus dem Betrieb der öffentlichen Personenverkehrsdienste jährlich auszugleichen, und sieht zum anderen die ertragsteuerliche Verrechenbarkeit dieser Verluste mit Energie- und Wasserversorgungsgewinnen des Konzerns der NEW AG (24) auf der Ebene der NEW KH vor. Nach Angaben der Beschwerdeführerin gewährleistet dieser Gewinnabführungsvertrag wie in Erwägungsgrund (27) dargelegt im Wesentlichen, dass die Nettoverluste der WestVerkehr gedeckt würden, da die NEW KH verpflichtet sei, jegliche Verluste der WestVerkehr auszugleichen, unabhängig davon, ob sie mit der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung verbunden seien oder nicht, und unabhängig davon, ob sie die veranschlagten Nettoverluste gemäß § 9 Absatz 5 öDA überstiegen, sodass die WestVerkehr kein wirtschaftliches Risiko tragen müsse.
- (71) Folglich stehe eine unbegrenzte Ausgleichszahlung in dieser Form nicht mit der Verordnung 1370/2007 im Einklang und sei daher nicht von der Anmeldepflicht freigestellt.

#### 2.3.3. Maßnahme 3: Einzahlung in die Kapitalrücklage der WestVerkehr

- (72) 2016 führte die KWH (Minderheitsgesellschafterin der WestVerkehr) der Kapitalrücklage der WestVerkehr einen Betrag von [8-12 Mio.] EUR zu, der in drei Tranchen eingezahlt wurde: am 17. Juni 2016 ([...] EUR), am 14. Juli 2016 ([...] Mio. EUR) und am 25. November 2016 ([...] Mio. EUR).
- (73) Nach Ansicht der Beschwerdeführerin stellt diese Zahlung eine rechtswidrige und mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfe zugunsten der WestVerkehr dar. Die Transdev macht geltend, dass die Zahlungen dem Kreis Heinsberg zuzurechnen seien, da er 50,25 % der Anteile an der KWH halte. Die Beschwerdeführerin ist insbesondere der Auffassung, dass mit dieser Zahlung tatsächlich ein Reservepolster geschaffen wurde, das die WestVerkehr bei Bedarf ohne Gegenleistung nutzen könne.

#### 2.3.4. Maßnahme 4: Kontokorrentvereinbarung zwischen der WestVerkehr und der KWH

- (74) Bei Maßnahme 4 handelt es sich um eine zwischen der KWH und der WestVerkehr abgeschlossene Kontokorrentvereinbarung zur zwischenzeitlichen Liquiditätssicherung bei der WestVerkehr, bis diese von der NEW KH aufgrund des Gewinnabführungsvertrages (Maßnahme 2) ihre jährliche Verlustausgleichszahlung erhält.

(24) Die New AG war bis 2014 Gesellschafterin der WestEnergie und Verkehr GmbH (Erwägungsgrund (23)).

- (75) Mit dieser Vereinbarung vom 14. Juni 2016 sollte sichergestellt werden, dass die WestVerkehr jederzeit über ausreichende Liquidität verfügt, um ihre gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung erfüllen zu können.
- (76) Laut der Transdev kann die KWH auf der Grundlage dieser Vereinbarung der WestVerkehr bis zu [5-10] Mio. EUR pro Jahr zur Verfügung stellen, während die Rückzahlung erst dann erfolgt, wenn die Finanzlage der KWH dies erfordert. Während die Wettbewerber für die Bereitstellung von Liquidität Zinsen zahlen müssten (z. B. Darlehenszinsen), könnte die WestVerkehr eine gleichwertige Leistung unentgeltlich und zeitlich unbefristet erhalten.
- (77) Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist die Kontokorrentvereinbarung dem Kreis Heinsberg als Mehrheitsgesellschafter der KWH zuzurechnen. Zudem erfülle die Maßnahme nicht die kumulativen Kriterien der Verordnung 1370/2007 und stelle eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfe dar.

### 3. STANDPUNKT DER BUNDESREGIERUNG

- (78) Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass die beanstandeten Maßnahmen entweder keine staatlichen Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstellen bzw. mit dem Binnenmarkt vereinbar sind.
- (79) In Bezug auf die Direktvergabe des öDA 3 an die WestVerkehr (Maßnahme 1) macht die Bundesregierung geltend, dass die Direktvergabe an sich keine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstelle, da keine Übertragung staatlicher Mittel auf die WestVerkehr vorliege. Stattdessen sei der Ausgleich für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung (Maßnahmen 2 und 4) nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV zu prüfen.
- (80) In Bezug auf den Gewinnabführungsvertrag (Maßnahme 2), d. h. den der Westenergie bzw. ab dem 12. Juni 2015 der WestVerkehr für die Erfüllung dieser gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung gewährten Ausgleich, argumentiert die Bundesregierung, dass die Maßnahme bis zum 31. Dezember 2017 (öDA 1) keine staatliche Beihilfe darstellte, da sie die Kriterien des Altmark-Urteils<sup>(25)</sup> kumulativ erfüllt habe. Gemäß der Präambel des Betrauungsbeschlusses erfolgte die Betrauung der WestEnergie im Einklang mit dem Altmark-Urteil.
- (81) Ferner erklärt die Bundesregierung, dass die WestVerkehr neben ihren (defizitären) Tätigkeiten zur Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung auch bestimmte gewerbliche Tätigkeiten ausübe, wie z. B. den Verkauf von Treibstoff an Dritte sowie Schülerverkehre und „Gelegenheitsverkehre“ im Sinne des § 46 Personenbeförderungsgesetz. Die Kosten/Aufwendungen und Einnahmen/Erträge aus diesen gewerblichen Tätigkeiten würden getrennt von den Kosten/Aufwendungen und Einnahmen/Erträgen der Tätigkeiten zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung in Trennungsrechnungen erfasst. Da diese Tätigkeiten nicht defizitär seien, kompensierten etwaige Gewinne aus den gewerblichen Tätigkeiten der WestVerkehr einen Teil der im Zusammenhang mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstandenen Verluste, sodass die von der NEW KH auf der Grundlage des Gewinnabführungsvertrags geleisteten Verlustausgleichszahlungen tatsächlich niedriger seien als die Verluste der WestVerkehr aus der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung.
- (82) Daher könne der der WestVerkehr gewährte Ausgleich nicht höher sein als die Nettoverluste, die sich aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung ergäben, sodass die Maßnahme ab dem 1. Januar 2018 (öDA 2 und 3) auf der Grundlage der Verordnung 1370/2007 mit dem Binnenmarkt vereinbar sei.
- (83) In Bezug auf die Einzahlung der KWH in die Kapitalrücklage der WestVerkehr (Maßnahme 3) erklärt die Bundesregierung, dass sich nach der Aufspaltung der WestEnergie (Erwägungsgründe (23) und (24)) in der Abspaltungsbilanz der WestVerkehr erhebliche Verbindlichkeiten gegenüber dem zurückbleibenden Energiebereich der WestEnergie und in der Folge gegenüber dem Konzern der NEW AG ergeben hätten.

<sup>(25)</sup> Urteil des Gerichtshofs vom 24. Juli 2003, Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

- (84) Um die Verbindlichkeiten der WestVerkehr für ihr langfristig gebundenes Betriebsvermögen nachhaltig zu reduzieren und um für investive Zwecke langfristige Finanzierungsinstrumente anstelle eines Cash-Poolings einzusetzen, hätten sich der Kreis Heinsberg und die KWH zur Einzahlung in eine Kapitalrücklage bei der WestVerkehr gemäß § 272 Absatz 2 Nr. 4 des deutschen Handelsgesetzbuches<sup>(26)</sup> entschlossen.
- (85) Die KWH habe diese Gesellschaftereinlage bei der WestVerkehr teilweise durch eine eigene Darlehensaufnahme und teilweise durch Finanzmittel finanziert, die sie ihrerseits weit überwiegend als Gesellschaftereinlage des Kreises Heinsberg erhalten habe. Die KWH habe die Einzahlung trotz ihrer geringen Beteiligung an der WestVerkehr geleistet, weil der Kreis Heinsberg die alleinige Entscheidungsgewalt und Ergebnisverantwortung für die WestVerkehr habe (siehe Abschnitt 2.1).
- (86) Die Bundesregierung vertritt die Auffassung, dass die Einzahlung keine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV sei, da sie im Zeitraum der Altmark-Betrauung im Wesentlichen einen Ausgleich für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung dargestellt habe. Insbesondere seien die Ausgaben des betrauten gemeinwirtschaftlichen Teils der Verkehrssparte der WestEnergie im ersten Schritt – auf der Grundlage einer Regelung innerhalb des Unternehmens – überwiegend durch Einnahmeüberschüsse der Versorgungssparte und teilweise auch durch Erträge aus dem gewerblichen Teil des Verkehrsbereichs finanziert worden. Um vor diesem Hintergrund weiterhin die sachgerechte Trennung der durch die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung verursachten Verkehrsverluste von den gewerblichen Tätigkeiten (insbesondere den Gewinnen aus der Versorgungssparte) der WestEnergie sicherzustellen, habe die Verkehrssparte der Versorgungssparte einen erheblichen Betrag geschuldet. Die Einzahlung sei daher von der WestVerkehr zur Rückzahlung ihrer konzerninternen (nicht mehr nur unternehmensinternen) Verbindlichkeiten verwendet worden, die für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstanden seien. Der Bundesregierung zufolge handele es sich bei dieser Einzahlung de facto um einen der WestVerkehr gewährten Ausgleich für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, der keine Beihilfe darstelle, da die Betrauung mit den Altmark-Kriterien im Einklang gestanden habe (siehe Erwägungsgründe (31) bis (38)).
- (87) Durch die Einzahlung sei lediglich sichergestellt worden, dass die WestVerkehr als neu gegründete, mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraute Einrichtung über ausreichendes Kapital verfügte, um ihre Verpflichtungen zu erfüllen. Ein solches Verfahren unterscheide sich nicht von dem Fall, in dem ein Hoheitsträger eine Kapitalgesellschaft gründet und mit dem erforderlichen Kapital ausstattet, um anschließend die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Tätigkeiten auf der Grundlage einer entsprechenden Betrauung zugunsten der Bürger oder der Allgemeinheit sicherzustellen.
- (88) In Bezug auf die Kontokorrentvereinbarung zwischen der KWH und der WestVerkehr (Maßnahme 4) macht die Bundesregierung geltend, dass die Maßnahme bis zum 31. Dezember 2017 (öDA 1) keine staatliche Beihilfe darstellte, da sie die Kriterien des Altmark-Urteils kumulativ erfüllt habe (siehe Erwägungsgründe (32) bis (38)).
- (89) Maßnahme 4 diene lediglich zur zwischenzeitlichen Liquiditätssicherung bei der WestVerkehr, bis diese von der NEW KH auf der Grundlage des Gewinnabführungsvertrags (Maßnahme 2) ihre jährliche Verlustausgleichszahlung erhalte. Die bei defizitären Daseinsvorsorgeunternehmen der öffentlichen Hand sonst oftmals gewählte Alternative von Abschlagszahlungen sei im vorliegenden Fall nicht gewählt worden, weil die zur Errichtung des Ausgleichs für die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung verpflichtete NEW KH ihre diesbezüglichen Zahlungen an die WestVerkehr mithilfe der Gewinnabführungen der NEW AG finanziere, die nur ex post zuflössen.
- (90) Der jährliche Gesamtausgleich übersteige jedoch die aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung resultierenden Nettokosten (siehe Erwägungsgrund (82)). Die Bundesregierung argumentiert daher, dass die Maßnahme mit dem Binnenmarkt vereinbar sei, da sie in den Anwendungsbereich der Verordnung 1370/2007 falle.

<sup>(26)</sup> Handelsgesetzbuch (HGB), abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/>. In § 272 Absatz 2 wird erläutert, woraus die Kapitalrücklage eines Unternehmens bestehen kann, so auch aus Zuzahlungen der Gesellschafter in das Eigenkapital.

#### 4. WETTBEWERBSRECHTLICHE WÜRDIGUNG

##### 4.1. Vorliegen einer Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV

- (91) Nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“
- (92) Folglich handelt es sich bei einer staatlichen Maßnahme um eine Beihilfe, wenn die Maßnahme i) einem Unternehmen gewährt wurde, das eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, ii) dem Staat zuzurechnen ist und aus staatlichen Mitteln gleich welcher Art finanziert wird, iii) bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt, iv) selektiv ist und v) den Wettbewerb verfälscht und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, damit eine Maßnahme als staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV anzusehen ist.
- (93) Die Bereitstellung öffentlicher Mittel an eine Einheit kann nur dann als staatliche Beihilfe angesehen werden, wenn diese Einheit ein „Unternehmen“ im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist ein Unternehmen jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Die Einstufung einer Einheit als Unternehmen hängt somit von der Art ihrer Tätigkeit ab, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Eine Tätigkeit ist grundsätzlich als wirtschaftlich anzusehen, wenn sie darin besteht, Waren und Dienstleistungen auf einem Markt anzubieten. Die bloße Tatsache, dass eine Einrichtung keinen Erwerbszweck verfolgt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass ihre Geschäftstätigkeit nicht wirtschaftlicher Natur ist.
- (94) Die Kommission stellt zunächst fest, dass die WestVerkehr im öffentlichen Personenlinienverkehr mit Bussen tätig ist und somit eine wirtschaftliche Tätigkeit (27) ausübt, da die WestVerkehr für die von ihr auf dem Markt angebotenen Dienste vergütet wird. Daher ist die WestVerkehr ein Unternehmen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV.
- (95) Die übrigen kumulativen Voraussetzungen der Definition staatlicher Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV werden von der Kommission in den folgenden Abschnitten für jede der beanstandeten Maßnahmen geprüft.

##### 4.1.1. Maßnahme 1: Direktvergabe des öDA 3 und Ausgleich im Rahmen des Auftrags

- (96) Maßnahme 1 umfasst die Betrauung der WestVerkehr mit der Erbringung öffentlicher Personennahverkehrsdiene, die im Wege der Direktvergabe eines öDA im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 der Verordnung 1370/2007 auf der Grundlage des Artikels 5 Absatz 2 der genannten Verordnung am 23. Juli 2019 erfolgte (siehe Erwägungsgrund (66)), sowie den Ausgleich, den die WestVerkehr auf der Grundlage dieses öDA für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung erhalten hat.
- (97) Die Beschwerdeführerin hat vorgebracht, der Kreis Heinsberg habe den öDA 3 unter Verstoß gegen Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung 1370/2007 an die WestVerkehr vergeben, da die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Bestimmungen nicht vorgelegen hätten. Die Kommission stellt diesbezüglich fest, dass dies nicht nach dem Beihilferecht, sondern nach dem Vergaberecht zu beurteilen ist und verweist auf die Vorabentscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache C-267/17 sowie auf die Beschlüsse des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesgerichtshofs, nach denen mit dieser Vergabe nicht gegen das Vergaberecht verstößen wurde (siehe Erwägungsgründe (52) bis (56)).

(27) Siehe z. B. Beschluss (EU) 2020/1814 der Kommission vom 28. Juni 2019 über die staatliche Beihilfe SA.33846 – (2015/C) (ex 2014/NN) (ex 2011/CP) Finnlands zugunsten von Helsingin Bussiliikenne Oy (ABl. L 404 vom 2.12.2020, S. 10).

- (98) Im Folgenden untersucht die Kommission, ob diese Direktvergabe und der Ausgleich für die WestVerkehr auf der Grundlage dieses öDA eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstellt.

*Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit zum Staat*

- (99) Eine Maßnahme kann nur dann als staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV angesehen werden, wenn sie vom Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährt wurde. Staatliche Mittel umfassen sämtliche Mittel des öffentlichen Sektors, einschließlich der Mittel innerstaatlicher (dezentralisierter, föderaler, regionaler oder sonstiger) Stellen. Eine Maßnahme ist dem Staat zuzurechnen, wenn eine Behörde einem Begünstigten einen Vorteil gewährt, selbst wenn die betreffende Behörde rechtliche Autonomie gegenüber anderen Behörden genießt.
- (100) Die Kommission stellt fest, dass die Direktvergabe nicht zur Übertragung staatlicher Mittel führt. Jedoch führt der in diesem Auftrag festgelegte Ausgleich für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zur Übertragung staatlicher Mittel.
- (101) Nach § 9 öDA muss der Ausgleich, der unterschiedliche Formen annehmen kann (Erwägungsgrund (59)), vom Kreis Heinsberg, einer regionalen Behörde, gezahlt werden.

- (102) Da der Kreis Heinsberg eine Behörde ist, kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Maßnahme dem Staat zuzurechnen ist und dass die der WestVerkehr im Rahmen der Maßnahme gewährten Ausgleichsleistungen, wie in Erwägungsgrund (59) dargelegt, aus staatlichen Mitteln gewährt werden.

*Selektiver Vorteil*

- (103) Ein Vorteil im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV ist jedweder wirtschaftliche Vorteil, den ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d. h. ohne staatliches Eingreifen, nicht erlangt hätte.<sup>(28)</sup> Nur die Wirkung der Maßnahme auf das Unternehmen ist relevant, weder die Ursache noch das Ziel des staatlichen Eingriffs.<sup>(29)</sup> Wann immer sich die finanzielle Situation des Unternehmens durch den staatlichen Eingriff verbessert, ist ein Vorteil gegeben.
- (104) Der Kreis Heinsberg hat der WestVerkehr einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft, indem er den öDA 3 an sie vergeben und ihr somit das ausschließliche Recht zur Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung im Kreis Heinsberg gewährt hat.
- (105) Wird einem Unternehmen für die Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung eine Ausgleichsleistung gewährt, die alle vier im Altmark-Urteil des Gerichtshofs festgelegten Kriterien erfüllt, stellt diese keinen wirtschaftlichen Vorteil und somit keine staatliche Beihilfe dar. Diese vier kumulativen Kriterien (im Folgenden: Altmark-Kriterien<sup>(30)</sup>) besagen:
- i) Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.
  - ii) Die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen.
  - iii) Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.

<sup>(28)</sup> Urteil des Gerichtshofs vom 11. Juli 1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) u. a./La Poste u. a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, Rn. 60, und Urteil des Gerichtshofs vom 29. April 1999, Spanien/Kommission, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, Rn. 41.

<sup>(29)</sup> Urteil des Gerichtshofs vom 2. Juli 1974, Italien/Kommission, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, Rn. 13.

<sup>(30)</sup> Urteil des Gerichtshofs vom 24. Juli 2003, Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, Rn. 87-95.

iv) Wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen ausgestattetes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.

(106) In Bezug auf das erste Altmark-Kriterium stellt die Kommission fest, dass die WestVerkehr durch den im Wege der Direktvergabe erteilten öDA 3 mit der Erbringung von Personenverkehrsdienssten im Linienverkehr im Gebiet des Kreises Heinsberg betraut wurde.

(107) Somit wurde die WestVerkehr mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung im Sinne des ersten Altmark-Kriteriums betraut, die in § 1 öDA 3, auch in materieller Hinsicht, hinreichend klar definiert wurde (Erwägungsgrund (57)). Deshalb betrachtet die Kommission das erste Altmark-Kriterium als erfüllt.

(108) In Bezug auf das zweite Altmark-Kriterium stellt die Kommission fest, dass die Aufwendungen, die der WestVerkehr durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstehen, auf der Grundlage eines in § 9 öDA 3 beschriebenen Ausgleichsmechanismus finanziert werden. So enthält § 9 Absatz 1 öDA 3 eine Aufzählung der möglichen Ausgleichsleistungen (vgl. Erwägungsgrund (59)). Außerdem ist der Ausgleich auf die Differenz (Nettoeffekt) zwischen den der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zuzurechnenden Aufwendungen und Erträgen einschließlich eines angemessenen Gewinns von 5 % begrenzt.

(109) Im Hinblick auf die Berechnung des Ausgleichs für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen wird im öDA 3 auf die Satzung des ZV AVV verwiesen. Folglich muss die Kommission auch die einschlägigen Bestimmungen der Satzung des ZV AVV prüfen, d. h., ob die Satzungsbestimmungen, auf die im öDA 3 verwiesen wird, Parameter für die Berechnung des Ausgleichs vorsehen und ob diese Parameter ggf. zuvor objektiv und transparent aufgestellt wurden.

(110) Einerseits enthält die Satzung des ZV AVV Bestimmungen zur Berechnung des Ausgleichs (siehe Erwägungsgründe (32) bis (35)). Die angefallenen Aufwendungen und Erträge werden gemäß der Satzung des ZV AVV in der „Ist-Trennungsrechnung“ getrennt ausgewiesen. Auf der Grundlage der Werte aus den Vorjahren werden die Aufwendungen und Erträge für jedes Jahr prognostiziert. Diese Prognosen werden gemäß der Satzung des ZV AVV in der „Plan-Trennungsrechnung“ erfasst.

(111) Andererseits stellt die Kommission auf der Grundlage der ihr derzeit vorliegenden Informationen fest, dass die Mitgliedschaft im ZV AVV freiwillig ist. Somit sind nicht alle Behörden, die im Gebiet des ZV AVV sein könnten, zwangsläufig Mitglieder des Zweckverbands, sodass nicht alle öffentlichen Verkehrsunternehmen, die im Gebiet des ZV AVV öffentliche Verkehrsdiensste als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung erbringen, der Satzung des ZV AVV unterliegen. Nach § 17 der Satzung des ZV AVV können die Verbandsmitglieder, so auch der Kreis Heinsberg, jederzeit aus dem Zweckverband ausscheiden. Außerdem wird die Satzung regelmäßig überarbeitet.

(112) Die Kommission stellt ferner fest, dass der im öDA 3 festgelegte Ausgleich zugunsten der WestVerkehr, selbst wenn er gemäß der Satzung des ZV AVV berechnet wird, im Wesentlichen über den Gewinnabführungsvertrag mit der NEW KH (Maßnahme 2) und die Kontokorrentvereinbarung mit der KWH (Maßnahme 4) erfolgt. Da diese beiden Vereinbarungen an sich der WestVerkehr einen Vorteil verschaffen könnten (da sie als Garantie dafür angesehen werden können, dass die WestVerkehr keine finanziellen Verluste tragen muss – siehe dazu die Beurteilung in den Abschnitten 4.1.2 und 4.1.4), ist die Kommission der Auffassung, dass ihr Vorliegen ein weiteres Argument dafür ist, dass die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs nicht zuvor objektiv und transparent aufgestellt wurden.

- (113) Angesichts der vorstehenden Ausführungen hat die Kommission erhebliche Zweifel daran, dass die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs im öDA 3 zuvor objektiv und transparent aufgestellt wurden. Daher hat die Kommission Zweifel daran, dass das zweite Altmark-Kriterium erfüllt war.
- (114) Was das dritte Altmark-Kriterium betrifft, so ist einerseits der Ausgleich gemäß § 9 öDA 3 auf den Nettoeffekt begrenzt und unterliegen die Ausgleichszahlungen gemäß § 12 Absatz 1 öDA 3 einer Überkompensationskontrolle, die auf der Grundlage der „Plan-Trennungsrechnung“ erfolgt. Falls der maximal zulässige Ausgleich überschritten wird, greift gemäß § 12 Absatz 2 ein Mechanismus, nach dem die Überschreitung innerhalb eines dreijährigen Betrachtungszeitraums kompensiert werden muss. Für den Fall, dass trotz des Mechanismus nach § 12 Absatz 2 öDA 3 eine Überkompensation gewährt wurde, sieht § 12 Absatz 3 als zusätzliche Sicherheitsvorkehrung vor, dass die WestVerkehr den Eintritt eines beihilferechtswidrigen Tatbestandes zu vermeiden hat.
- (115) Andererseits war die Kommission angesichts der zum gegenwärtigen Zeitpunkt verfügbaren Informationen noch nicht in der Lage, die relevanten Einnahmen des Unternehmens auf der Grundlage der Trennungsrechnung zu berücksichtigen und somit zu beurteilen, ob der der WestVerkehr tatsächlich gewährte Ausgleich nicht über das hinausging, was erforderlich war, um die bei der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstandenen Kosten zu decken. Daher hat die Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt Zweifel daran, dass das dritte Altmark-Kriterium erfüllt war.
- (116) Was das vierte Altmark-Kriterium anbelangt, so wurde die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung nicht auf der Grundlage einer Ausschreibung vergeben, und es ist auch nicht ersichtlich, dass die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt wurde, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen ausgestattetes Unternehmen bei der Erfüllung dieser Verpflichtungen hätte. Die Kommission hat deshalb zum gegenwärtigen Zeitpunkt erhebliche Zweifel daran, dass das vierte Altmark-Kriterium erfüllt war.
- (117) Daher kommt die Kommission zu dem vorläufigen Schluss, dass die Altmark-Kriterien nicht kumulativ erfüllt waren. Auf dieser Grundlage kommt die Kommission zu dem vorläufigen Schluss, dass die Direktvergabe an die WestVerkehr (Maßnahme 1) der WestVerkehr einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft. Die Kommission fordert Deutschland und die Beteiligten auf, weitere Informationen und Nachweise bezüglich des Vorliegens eines selektiven Vorteils im Zusammenhang mit Maßnahme 1 vorzulegen.

#### *Verfälschung des Wettbewerbs und Auswirkungen auf den Handel*

- (118) Ist eine staatliche Maßnahme geeignet, die Wettbewerbsstellung des Begünstigten gegenüber seinen Wettbewerbern zu verbessern, so wird davon ausgegangen, dass sie den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. In der Praxis wird daher von einer Wettbewerbsverfälschung ausgegangen, wenn ein Staat einem Unternehmen in einem liberalisierten Sektor, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte, einen finanziellen Vorteil gewährt.
- (119) Da die WestVerkehr im Wettbewerb mit privaten Unternehmen steht, die Personenverkehrsdiensste erbringen, kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Ausgleichszahlungen, die die WestVerkehr im Rahmen der Maßnahme 1 erhalten hat, geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen.
- (120) Die Unionsgerichte haben in Bezug auf die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten Folgendes festgestellt: „[W]enn eine von einem Mitgliedstaat gewährte Finanzhilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im Handel [in der Union] stärkt, [muss] dieser als von der Beihilfe beeinflusst erachtet werden“. <sup>(31)</sup>

<sup>(31)</sup> Urteil des Gerichts vom 4. April 2001, Regione Friuli Venezia Giulia/Kommission, T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, Rn. 41.

- (121) Staatliche Unterstützung kann unter Umständen auch dann Auswirkungen auf den Handel innerhalb der Union haben, wenn der Empfänger nicht unmittelbar am grenzüberschreitenden Handel teilnimmt. So kann eine Zuwendung, durch die das örtliche Angebot beibehalten oder ausgeweitet wird, dazu führen, dass es für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten schwieriger wird, in den Markt einzutreten oder von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen.
- (122) Selbst wenn die WestVerkehr nicht unmittelbar am grenzüberschreitenden Handel teilnimmt, kommt die Kommission im vorliegenden Fall zu dem Schluss, dass die Ausgleichszahlungen, die die WestVerkehr im Rahmen der Maßnahme 1 erhalten hat, geeignet sind, den Markteintritt anderer Marktteilnehmer zu erschweren. Aus diesem Grund stellt die Kommission fest, dass die Maßnahme ferner geeignet sein könnte, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

#### *Schlussfolgerung*

- (123) Aus diesen Gründen kommt die Kommission zu dem vorläufigen Schluss, dass Maßnahme 1 eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstellt.

#### *4.1.2. Maßnahme 2: Gewinnabführungsvertrag zwischen der NEW KH und der WestVerkehr*

- (124) Maßnahme 2 umfasst den Gewinnabführungsvertrag zwischen der NEW KH und der WestVerkehr, der seit dem 17. Juli 2015 in Kraft ist (siehe Erwägungsgrund (70)) sowie den Ausgleich, der der WestVerkehr über den Gewinnabführungsvertrag für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung gezahlt wurde. Im Folgenden prüft die Kommission, ob die Maßnahme in allen Zeiträumen der Betrauung mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung (siehe Abschnitt 2.2), d. h. im ersten Betrauungszeitraum (öDA 1) (32) (siehe Erwägungsgründe (29) bis (39)) sowie in den nachfolgenden Betrauungszeiträumen (öDA 2 und 3) (siehe Erwägungsgründe (40) bis (64)) eine staatliche Beihilfe darstellt(e).
- (125) Die Bundesregierung vertritt die Auffassung, dass die Maßnahme bis zum 31. Dezember 2017 die kumulativen Altmark-Kriterien erfüllte und daher in diesem Zeitraum keine Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstellt (siehe Erwägungsgrund (80)). Somit sei der Gewinnabführungsvertrag ein Ausgleich für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gemäß dem öDA 1, dem öDA 2 und dem öDA 3.

#### *4.1.2.1. öDA 1: 17. Juli 2015 bis 31. Dezember 2017*

- (126) Im Folgenden wird die Kommission prüfen, ob der Gewinnabführungsvertrag im Zeitraum des öDA 1 vom 17. Juli 2015 bis zum 31. Dezember 2017 eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstellt.

#### *Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit zum Staat*

- (127) Wie in Erwägungsgrund (99) dargelegt, stellen alle Mittel des öffentlichen Sektors, einschließlich der Mittel innerstaatlicher (dezentralisierter, föderaler, regionaler oder sonstiger) Stellen, staatliche Mittel dar.
- (128) In diesem Zusammenhang stellt die Kommission fest, dass der Gewinnabführungsvertrag zwischen der WestVerkehr und der NEW KH die NEW KH verpflichtet, die WestVerkehr für sämtliche Verluste aus der Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu entschädigen.

(32) Obwohl der öDA 1 in der Zeit vom 18. Dezember 2007 bis zum 31. Dezember 2017 in Kraft war, wird die Kommission ihre Prüfung der Maßnahme mit Blick auf den öDA 1 auf den Zeitraum vom Inkrafttreten der Maßnahme bis zum Ende des öDA 1, d. h. vom 17. Juli 2015 bis zum 31. Dezember 2017, beschränken.

- (129) Die von der NEW KH zur Deckung der Verluste der WestVerkehr verwendeten Mittel (wie in Abschnitt 2.1 dargelegt stehen beide Unternehmen unter der Kontrolle des Kreises Heinsberg) stammen vom Kreis Heinsberg (einer staatlichen Stelle) und aus dem Anteil der KWH an den Gewinnen der NEW AG. Daher werden für den im Rahmen der Maßnahme 2 an die WestVerkehr gezahlten Ausgleich für die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung staatliche Mittel verwendet. Wird festgestellt, dass der Gewinnabführungsvertrag an sich der WestVerkehr einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft (siehe Erwägungsgründe (134) und (135)), würde der Gewinnabführungsvertrag an sich, der keine Gegenleistung vorsieht, dazu führen, dass der Staat auf Einnahmen verzichtet.
- (130) Die NEW KH steht über die KWH im gemeinsamen Eigentum der Stadt Mönchengladbach, der Stadt Viersen, der Stadt Grevenbroich und des Kreises Heinsberg, die alle regionale oder lokale staatliche Stellen sind (Erwägungsgrund (22)). Da die NEW KH über die KWH in Angelegenheiten im Zusammenhang mit der WestVerkehr unter der Kontrolle des Kreises Heinsberg steht und somit verpflichtet ist, die Verluste der WestVerkehr zu decken, ist die Maßnahme dem Staat zuzurechnen.
- (131) Daher ist die Kommission der Auffassung, dass der Gewinnabführungsvertrag an sich (Maßnahme 2) und der darauf beruhende Ausgleich für die WestVerkehr staatliche Mittel umfassen und dem Staat zuzurechnen sind.

#### Selektiver Vorteil

- (132) In Bezug auf den selektiven Vorteil, den der Gewinnabführungsvertrag der WestVerkehr verschaffen könnte, stellt die Kommission zunächst fest, dass die Tätigkeiten der WestVerkehr im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung defizitär sind (Erwägungsgrund (81)). Daher scheint es auf den ersten Blick, dass der Kreis Heinsberg – über die NEW KH – der WestVerkehr einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft hat, indem er die aus diesen Tätigkeiten resultierenden Verluste durch den Gewinnabführungsvertrag zwischen der NEW KH und der WestVerkehr deckte.
- (133) Die Bundesregierung macht jedoch geltend, dass der Gewinnabführungsvertrag lediglich ein Instrument war, um die Verluste der WestVerkehr aus ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu decken (ihre gewerblichen Tätigkeiten waren immer rentabel).
- (134) Die Kommission hat zum gegenwärtigen Zeitpunkt angesichts der ihr vorliegenden Informationen Zweifel daran, dass der Gewinnabführungsvertrag lediglich als Instrument, das an sich keinen wirtschaftlichen Vorteil bewirkt, angesehen werden könnte, da das Vorliegen eines solchen Vertrags grundsätzlich die Deckung sämtlicher Verluste der WestVerkehr sicherstellt, sodass diese bei ihrer Tätigkeit keine Risiken tragen müsste und bei Bedarf Mittel zu Vorzugsbedingungen aufnehmen könnte.
- (135) Obwohl die Kommission Zweifel daran hat, dass der Gewinnabführungsvertrag an sich der WestVerkehr keinen wirtschaftlichen Vorteil verschafft, wird sie dennoch prüfen, ob der Ausgleich, den die WestVerkehr nach den öDA 1, 2 und 3 über den Gewinnabführungsvertrag erhalten hat, die kumulativen Altmark-Kriterien erfüllt. Falls dies der Fall wäre, wäre ein wirtschaftlicher Vorteil durch den der WestVerkehr über den Gewinnabführungsvertrag gewährten Ausgleich ausgeschlossen (siehe Erwägungsgrund (105)).
- (136) In Bezug auf das erste Altmark-Kriterium stellt die Kommission fest, dass die WestVerkehr bzw. ihre Vorgängerin WestEnergie nach § 1 Absatz 2 öDA 1, der bis zum 31. Dezember 2017 in Kraft war, mit Einzelpflichten zur Erbringung von Verkehrsleistungen mit Bussen und sonstigen Kraftfahrzeugen im ÖPNV im Gebiet des Kreises Heinsberg auf der Grundlage bestehender Liniengenehmigungen nach dem deutschen Personenbeförderungsgesetz und den Anforderungen des Nahverkehrsplans des Kreises Heinsberg betraut wurde (Erwägungsgrund (31)).
- (137) Obwohl der öDA 1 vor dem Inkrafttreten des Gewinnabführungsvertrags unterzeichnet wurde, hat die Bundesregierung geltend gemacht, dass der Gewinnabführungsvertrag lediglich als Instrument zur Auszahlung des Ausgleichs für die Erfüllung der im öDA 1 festgelegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung diente.

- (138) Somit wurde die WestVerkehr mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung im Sinne des ersten Altmark-Kriteriums betraut, die im öDA 1 auch in materieller Hinsicht hinreichend klar definiert wurde. Deshalb betrachtet die Kommission das erste Altmark-Kriterium als erfüllt.
- (139) In Bezug auf das zweite Altmark-Kriterium erinnert die Kommission daran, dass die Parameter, anhand deren die Ausgleichszahlung berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden müssen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil darstellt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt. Gleicht ein Mitgliedstaat jedoch die Verluste eines Unternehmens aus, ohne zuvor die Parameter dafür aufzustellen, so stellt diese finanzielle Maßnahme, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das Betreiben bestimmter Dienste im Rahmen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht wirtschaftlich durchführbar war, möglicherweise eine staatliche Beihilfe dar. (33)
- (140) Die Kommission nimmt zur Kenntnis, dass die Aufwendungen der WestVerkehr zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung im Rahmen des öDA 1 auf der Grundlage bestehender Vorschriften des Kreises und der Satzung des ZV AVV finanziert werden (Erwägungsgrund (32)). Insbesondere werden die Sollkostensätze je Nutzwagenkilometer nach einer Prüfung durch ein unabhängiges Unternehmen jährlich vorab festgelegt, wobei die Anforderungsprofile der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sowie sonstige kostenbeeinflussende, objektive Bedingungen berücksichtigt werden (Erwägungsgrund (33)).
- (141) Die Kommission stellt jedoch fest, dass der Gewinnabführungsvertrag nach dem Inkrafttreten des öDA 1 (etwa zwei Jahre vor dem Ende des Betrauungszeitraums) unterzeichnet wurde und nach Angaben der Bundesregierung einen Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen für die Zwecke des öDA 1 darstellte. Der öDA 1 wurde nicht dahin gehend geändert, dass auf den Gewinnabführungsvertrag Bezug genommen wurde. Daher hat die Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt Zweifel daran, dass die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs zuvor objektiv und transparent aufgestellt wurden.
- (142) Deshalb betrachtet die Kommission das erste Altmark-Kriterium vorläufig als nicht erfüllt.
- (143) In Bezug auf das dritte Altmark-Kriterium stellt die Kommission fest, dass die WestVerkehr nach der Satzung des ZV AVV verpflichtet war, die Istkosten für das vorangegangene Jahr für die erbrachten ÖPNV-Verkehre auf der Grundlage einer geprüften Trennungsrechnung entsprechend der Sollkostenermittlung nachzuweisen (Erwägungsgrund (34)).
- (144) Zudem wurden die Verluste der WestVerkehr aus ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung teilweise auch durch die gewerblichen Tätigkeiten des Unternehmens wie Schüler- oder Gelegenheitsverkehre gedeckt (Erwägungsgrund (36)).
- (145) Andererseits war die Kommission angesichts der zum gegenwärtigen Zeitpunkt verfügbaren Informationen noch nicht in der Lage, die relevanten Einnahmen des Unternehmens auf der Grundlage der Trennungsrechnung zu berücksichtigen und somit zu beurteilen, ob der der WestVerkehr tatsächlich gewährte Ausgleich nicht über das hinausging, was erforderlich war, um die bei der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstandenen Kosten zu decken. Daher hat die Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt Zweifel daran, dass das dritte Altmark-Kriterium erfüllt war.
- (146) In Bezug auf das vierte Altmark-Kriterium stellt die Kommission fest, dass der öffentliche Dienstleistungsauftrag nicht auf der Grundlage einer Ausschreibung vergeben wurde. Die Bundesregierung macht jedoch geltend, dass der Ausgleich für die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung auf der Grundlage einer Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens berechnet worden sei.

(33) Urteil des Gerichtshofs vom 24. Juli 2003, Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, Rn. 91-92.

- (147) Das Argument der Bundesregierung ist jedoch nicht hinreichend belegt. Auch wenn im Betrauungsbeschluss festgelegt ist, dass der Ausgleich für die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens nicht übersteigen darf, besteht der einzige Nachweis für dieses Argument darin, dass der Ausgleich auf der Grundlage des Tarifs eines Zweckverbands (des ZV AVV) berechnet wurde, der aus Behörden der Region Aachen, Düren und Heinsberg besteht.
- (148) Die Bundesregierung hat Berichte einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vorgelegt, in denen die Kostensätze der WestEnergie mit denen eines fiktiven gut geführten Unternehmens verglichen werden, und ist zu dem Schluss gelangt, dass diese Kostensätze vergleichbar sind. Solche Berichte liegen jedoch nur für den Zeitraum bis 2015 vor (d. h. vor der Abspaltung von der WestEnergie), während Maßnahme 2 seit 2015 in Kraft ist. Daher kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht der Schluss gezogen werden, dass die Maßnahme vollständig mit den Altmark-Kriterien im Einklang stand und somit während der Geltungsdauer des öDA 1 keine Beihilfe darstellte.
- (149) Die Bundesregierung hat keine stichhaltigen Nachweise dafür vorgelegt, dass die Höhe des Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt wurde, die einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen bei der Erfüllung dieser gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstanden wären. Daher hat die Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt erhebliche Zweifel daran, dass das vierte Altmark-Kriterium erfüllt war.
- (150) Die Kommission fordert deshalb Deutschland und die Beteiligten auf, weitere Informationen und Nachweise bezüglich des Vorliegens eines selektiven Vorteils im Zusammenhang mit dem öDA 1 vorzulegen.
- (151) Auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen kommt die Kommission vorläufig zu dem Schluss, dass die Altmark-Kriterien während der Geltungsdauer der ersten Betrauung (öDA 1) nicht kumulativ erfüllt waren und dass Maßnahme 2 der WestVerkehr in diesem Zeitraum einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffte.

#### *Verfälschung des Wettbewerbs und Auswirkungen auf den Handel*

- (152) Da die WestVerkehr im Wettbewerb mit privaten Unternehmen steht, die Personenverkehrsdiene erbringen, kommt die Kommission zu dem Schluss, dass der Gewinnabführungsvertrag geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen.
- (153) Selbst wenn die WestVerkehr nicht unmittelbar am grenzüberschreitenden Handel teilnimmt, kommt die Kommission im vorliegenden Fall zu dem Schluss, dass der Gewinnabführungsvertrag geeignet ist, den Markteintritt anderer Marktteilnehmer zu erschweren. Aus diesem Grund stellt die Kommission fest, dass die Maßnahme ferner geeignet sein könnte, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

#### *Schlussfolgerung*

- (154) Aus diesen Gründen kommt die Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt für den öDA 1 zu dem vorläufigen Schluss, dass Maßnahme 2 eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstellt.

#### 4.1.2.2. öDA 2: Januar 2018 bis 31. Dezember 2019 und öDA 3: ab dem 1. Januar 2020

- (155) Im Folgenden wird die Kommission prüfen, ob der Gewinnabführungsvertrag (Maßnahme 2) während der Geltungsdauer des öDA 2 vom Januar 2018 bis zum 31. Dezember 2019 und während der Geltungsdauer des öDA 3 ab dem 1. Januar 2020 eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstellt.

#### *Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit zum Staat*

- (156) Wie in den Erwägungsgründen (127) bis (131) dargelegt, ist die Kommission der Auffassung, dass der Gewinnabführungsvertrag zwischen der NEW KH und der WestVerkehr staatliche Mittel umfasst und dem Staat zuzurechnen ist. Dies gilt auch für den öDA 2 und den öDA 3.

**Selektiver Vorteil**

- (157) Eine staatliche Maße fällt nur dann in den Anwendungsbereich des Artikels 107 Absatz 1 AEUV, wenn sie bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt. Folglich sind nur solche Maßnahmen als Beihilfe anzusehen, die Unternehmen einen selektiven Vorteil verschaffen.
- (158) Wie in Erwägungsgrund (104) dargelegt, hat der Kreis Heinsberg – über die NEW KH – der WestVerkehr durch die Deckung der Verluste der WestVerkehr im Wege des Gewinnabführungsvertrags einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft, da ein Unternehmen, das defizitäre Tätigkeiten ausübt, unter normalen Marktbedingungen nicht in den Genuss eines solchen Gewinnabführungsvertrags kommen könnte.
- (159) Unter der Annahme, dass der Gewinnabführungsvertrag lediglich ein Instrument zur Gewährung des Ausgleichs für die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung der WestVerkehr war, wie von der Bundesregierung geltend gemacht wurde (was nicht der Fall ist), würde der auf der Grundlage des Gewinnabführungsvertrags gewährte Ausgleich für die WestVerkehr keinen wirtschaftlichen Vorteil bewirken, wenn die vier Altmark-Kriterien erfüllt wären.
- (160) Bezuglich des zweiten Altmark-Kriteriums stellt die Kommission fest, dass der öDA 2 und der öDA 3 im Gegensatz zum öDA 1 Klauseln mit Bezugnahmen auf den Gewinnabführungsvertrag enthalten (siehe Erwägungsgrund (49) für den öDA 2 und Erwägungsgrund (59) für den öDA 3). Ferner sahen diese öDA vor, dass die Kosten, die der WestVerkehr bei der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstehen, gemäß der Satzung des ZV AVV unter Berücksichtigung der Anforderungsprofile der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und der kostenbeeinflussenden, objektiven Rahmenbedingungen sowie nach einer Prüfung durch ein unabhängiges Unternehmen (siehe Erwägungsgrund (140)) finanziert werden.
- (161) Die Kommission stellt jedoch fest, dass der im öDA 2 und im öDA 3 festgelegte Ausgleich zugunsten der WestVerkehr, auch wenn er gemäß der Satzung des ZV AVV berechnet wird, im Wesentlichen über den Gewinnabführungsvertrag mit der NEW KH (Maßnahme 2) und die Kontokorrentvereinbarung mit der KWH (Maßnahme 4) erfolgt. Da diese beiden Vereinbarungen an sich der WestVerkehr einen Vorteil verschaffen könnten (da sie als Garantie dafür angesehen werden könnten, dass die WestVerkehr keine finanziellen Verluste tragen muss), ist es schwierig festzustellen, dass zuvor Parameter für die Berechnung des Ausgleichs objektiv und transparent aufgestellt wurden. Deshalb ist die Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt der Auffassung, dass das zweite Altmark-Kriterium nicht erfüllt ist.
- (162) Was das dritte Altmark-Kriterium betrifft, so war die WestVerkehr zwar verpflichtet, die Istkosten für die erbrachten ÖPNV-Verkehre auf der Grundlage einer geprüften Trennungsrechnung entsprechend der Sollkostenermittlung nachzuweisen (Erwägungsgrund (34)), und die Verluste der WestVerkehr aus ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung wurden teilweise auch durch die gewerblichen Tätigkeiten des Unternehmens wie Schüler- oder Gelegenheitsverkehre gedeckt (Erwägungsgrund (36)), aber die Kommission war angesichts der derzeit verfügbaren Informationen noch nicht in der Lage, die relevanten Einnahmen des Unternehmens auf der Grundlage der Trennungsrechnung zu berücksichtigen und somit zu beurteilen, ob der der WestVerkehr tatsächlich gewährte Ausgleich nicht über das hinausgeht, was erforderlich war, um die bei der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstandenen Kosten zu decken. Daher hat die Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt Zweifel daran, dass das dritte Altmark-Kriterium erfüllt war.
- (163) Schließlich hat die Bundesregierung, wie in Erwägungsgrund (148) dargelegt, keine ausreichenden Nachweise dafür vorgelegt, dass der Ausgleich auf der Grundlage einer Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens berechnet wurde, da die von einer Prüfungsgesellschaft vorgelegten Berichte nur für den Zeitraum bis 2015 (d. h. vor der Abspaltung von der WestEnergie) vorliegen, während Maßnahme 2 seit 2015 in Kraft ist.

- (164) Daher kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht festgestellt werden, dass die Maßnahme das dritte und vierte Altmark-Kriterium erfüllte und somit während der Geltungsdauer des öDA 2 und des öDA 3 keine Beihilfe darstellte.
- (165) Die Kommission fordert deshalb Deutschland und die Beteiligten auf, weitere Informationen und Nachweise bezüglich des Vorliegens eines selektiven Vorteils in Bezug auf den öDA 2 und den öDA 3 vorzulegen.
- (166) Die Kommission stellt fest, dass der Ausgleich nur der WestVerkehr gewährt wird. Da es sich im vorliegenden Fall um eine Einzelmaßnahme handelt, reicht die Feststellung des wirtschaftlichen Vorteils aus, um die Annahme der Selektivität der Maßnahme zu stützen.
- (167) Daher kommt die Kommission vorläufig zu dem Schluss, dass die Altmark-Kriterien nicht kumulativ erfüllt waren und die Maßnahme der WestVerkehr somit während der Geltungsdauer des öDA 2 und des öDA 3 einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffte.
- (168) Die Kommission fordert deshalb Deutschland und die Beteiligten auf, weitere Informationen und Nachweise bezüglich des Vorliegens eines selektiven Vorteils in Bezug auf den öDA 2 und den öDA 3 vorzulegen.

#### *Verfälschung des Wettbewerbs und Auswirkungen auf den Handel*

- (169) Wie in den Erwägungsgründen (152) bis (154) dargelegt, kommt die Kommission auf der Grundlage der vorliegenden Informationen zu dem Schluss, dass auch während der Geltungsdauer des öDA 2 und des öDA 3 die Ausgleichszahlungen, die die WestVerkehr im Rahmen der Maßnahme 2 erhalten hat, geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

#### *Schlussfolgerung*

- (170) Auf der Grundlage der vorstehenden Erwägungen kommt die Kommission in Bezug auf den öDA 2 und den öDA 3 vorläufig zu dem Schluss, dass Maßnahme 2 die kumulativen Kriterien des Artikels 107 Absatz 1 AEUV erfüllte und daher eine staatliche Beihilfe im Sinne dieses Artikels darstellt.

#### *4.1.3. Maßnahme 3: Einzahlung in die Kapitalrücklage der WestVerkehr*

- (171) Bei Maßnahme 3 handelt es sich um eine Einzahlung von [8-12 Mio.] EUR in die Kapitalrücklage der WestVerkehr, die 2016 in drei Tranchen erfolgte (Erwägungsgrund (72)). Somit wurde Maßnahme 3 während der Geltungsdauer der ersten Betrauung der WestVerkehr mit der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs im Kreis Heinsberg (öDA 1) gewährt.
- (172) Die Bundesregierung hat erklärt, dass die Maßnahme mit den Altmark-Kriterien im Einklang stehe und daher keine Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV sei, da sie einen rückwirkenden Ausgleich für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung der WestVerkehr während der Geltungsdauer des öDA 1 darstellte (Erwägungsgrund (86)), und dass die WestVerkehr als neu gegründete, mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraute Einrichtung Kapital benötigte, um ihre gemeinwirtschaftliche Verpflichtung zu erfüllen (Erwägungsgrund (87)).
- (173) Im Folgenden prüft die Kommission, ob Maßnahme 3 während der Geltungsdauer des öDA 1 eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstellt.

#### *Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit zum Staat*

- (174) Wie in Erwägungsgrund (99) dargelegt, stellen alle Mittel des öffentlichen Sektors, einschließlich der Mittel innerstaatlicher (dezentralisierter, föderaler, regionaler oder sonstiger) Stellen, staatliche Mittel dar.

- (175) Die Zahlung an die WestVerkehr wurde von der KWH getätigt. Wie in Erwägungsgrund (15) dargelegt, steht die KWH im Eigentum des Kreises Heinsberg und von Städten und Gemeinden des Kreises. Daher steht die KWH vollständig in staatlichem Eigentum. Die Kommission kommt daher zu dem Schluss, dass die Zahlung aus staatlichen Mitteln erfolgte.
- (176) Wie in Erwägungsgrund (15) dargelegt, ist der Kreis Heinsberg, der eine staatliche Stelle ist, mit 50,25 % Mehrheitsgesellschafter der KWH. Damit verfügt der Kreis Heinsberg über die Mehrheit der Stimmrechte und kann sich gemäß § 9 Absatz 1 des KWH-Gesellschaftsvertrags bei Beschlüssen der Gesellschafterversammlung durchsetzen. Zudem ist der Kreis befugt, den Alleingeschäftsführer der Gesellschaft zu bestimmen, und stellt 8 von 15 Mitgliedern des KWH-Aufsichtsrats, der seine Beschlüsse mit einfacher Mehrheit fasst. Daher ist die Kommission der Auffassung, dass der Kreis Heinsberg eine maßgebliche Kontrolle über die Unternehmensführung der KWH innehat. Die Kommission kommt deshalb zu dem Schluss, dass die Maßnahme dem Staat zuzurechnen ist.

#### Selektiver Vorteil

- (177) Wie in Erwägungsgrund (105) dargelegt, wird eine für die Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung gewährte Ausgleichsleistung, die die Altmark-Kriterien erfüllt, nicht als wirtschaftlicher Vorteil und somit nicht als staatliche Beihilfe angesehen.
- (178) Die Kommission stellt fest, dass bis zur Abspaltung von der WestEnergie (Erwägungsgründe (23) und (24)) die Ausgaben für die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung der Verkehrssparte der WestEnergie auf der Grundlage einer handelsrechtlichen unternehmensinternen Finanzierungsvereinbarung überwiegend durch Einnahmenüberschüsse der Versorgungssparte des Unternehmens finanziert wurden (Erwägungsgrund (86)).
- (179) Somit wurden die Kosten für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung der WestEnergie nicht durch einen vom Kreis Heinsberg gezahlten Ausgleich gedeckt, sondern aus unternehmensinternen Mitteln finanziert. Die Bundesregierung macht geltend, dass die Verkehrssparte des Unternehmens einen erheblichen Betrag schuldete, der nach der Abspaltung von der WestEnergie (und der Gründung der WestVerkehr) in eine konzerninterne Verbindlichkeit umgewandelt wurde, die zurückzuzahlen war (und zurückgezahlt wurde).
- (180) Nach Angaben der Bundesregierung hat die KWH beschlossen, zu diesem Zweck [8-12 Mio.] EUR in die Kapitalrücklage der WestVerkehr einzuzahlen. Daher habe es sich bei dieser Zahlung de facto um einen rückwirkenden Ausgleich für die WestVerkehr gehandelt, den sie für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung auf der Grundlage des öDA 1 erhalten habe.
- (181) Diese Argumentation gibt aus mehreren Gründen Anlass zu Bedenken. Erstens hat die Kommission, wie in den Erwägungsgründen (139) bis (148) erläutert, zum gegenwärtigen Zeitpunkt Zweifel daran, dass der Ausgleich auf der Grundlage des öDA 1 den Altmark-Kriterien entsprach und keine staatliche Beihilfe darstellte. Zweitens bleibt, selbst wenn davon auszugehen wäre, dass der Ausgleich im Rahmen der ersten Betrauung die Altmark-Kriterien erfüllte, unklar, ob eine solche Kapitalzuführung (die auf die Wiederherstellung der Kapitalrücklagen der WestVerkehr nach der Tilgung der konzerninternen Verbindlichkeiten abgezielt haben soll) als Ausgleich für die Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung angesehen werden könnte, da es keine Hinweise darauf gibt, dass sie für Ausgaben im Zusammenhang mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung vorgesehen war, und sie in dem Zeitraum rückwirkend gewährt wurde, während die Verluste aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung bereits durch die Versorgungssparte des Unternehmens gedeckt waren. Zudem ist unklar, ob diese Verbindlichkeiten von der WestVerkehr nach ihrer Abspaltung übernommen wurden.
- (182) Daher hat die Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt Zweifel, ob der öDA 1 alle vier Altmark-Kriterien erfüllt, und kommt vorläufig zu dem Schluss, dass die Maßnahme 3 der WestVerkehr einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft.

- (183) Als alternative Begründung hat die Bundesregierung vorgebracht, dass mit der Einzahlung lediglich sichergestellt worden sei, dass die WestVerkehr als neu gegründete, mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraute Einrichtung über ausreichendes Kapital verfüge, um ihren Verpflichtungen nachzukommen, was einer Bereitstellung des erforderlichen Kapitals für die Sicherstellung der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung für ein neu gegründetes Unternehmen gleichkomme. Die Bundesregierung hat diese Argumentation jedoch nicht durch Nachweise untermauert, sondern lediglich erklärt, dass diese Transaktion – insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass die WestVerkehr auch Einnahmen aus gewerblichen Tätigkeiten erziele – als marktkonform angesehen werden könne.
- (184) Die Kommission fordert deshalb Deutschland und die Beteiligten auf, weitere Informationen und Nachweise bezüglich des Vorliegens eines selektiven Vorteils im Zusammenhang mit Maßnahme 3 vorzulegen.
- (185) Die Kommission stellt fest, dass die Kapitalzuführung nur der WestVerkehr gewährt wird. Da es sich im vorliegenden Fall um eine Einzelmaßnahme handelt, reicht die Feststellung des wirtschaftlichen Vorteils aus, um die Annahme der Selektivität der Maßnahme zu stützen.

*Verfälschung des Wettbewerbs und Auswirkungen auf den Handel*

- (186) Da die WestVerkehr im Wettbewerb mit privaten Unternehmen steht, die Personenverkehrsdiene erbringen, kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Einzahlung zugunsten der WestVerkehr geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen.
- (187) Selbst wenn die WestVerkehr nicht unmittelbar am grenzüberschreitenden Handel teilnimmt, kommt die Kommission im vorliegenden Fall zu dem Schluss, dass die Einzahlung zugunsten der WestVerkehr geeignet ist, den Markteintritt anderer Marktteilnehmer zu erschweren. Aus diesem Grund stellt die Kommission fest, dass die Maßnahme ferner geeignet sein könnte, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

*Schlussfolgerung*

- (188) Aus diesen Gründen kommt die Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt zu dem vorläufigen Schluss, dass Maßnahme 3 eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstellt.

*4.1.4. Maßnahme 4: Kontokorrentvereinbarung zwischen der WestVerkehr und der KWH*

- (189) Bei Maßnahme 4 handelt es sich um eine zwischen der KWH und der WestVerkehr am 14. Juni 2016 geschlossene Kontokorrentvereinbarung zur zwischenzeitlichen Liquiditätssicherung bei der WestVerkehr, bis diese von der NEW KH aufgrund des Gewinnabführungsvertrages (Maßnahme 2) ihre jährliche Verlustausgleichszahlung erhält. Auf der Grundlage dieser Vereinbarung kann die KWH der WestVerkehr Liquidität von bis zu [5-10] Mio. EUR jährlich zur Verfügung stellen (siehe Erwägungsgründe (74) und (75)).
- (190) Nach Auffassung der Bundesregierung stellte die Maßnahme bis zum 31. Dezember 2017 (öDA 1) <sup>(34)</sup> keine staatliche Beihilfe dar, da sie die Kriterien des Altmark-Urteils kumulativ erfüllt habe (siehe Erwägungsgründe (31) bis (38)).
- (191) Maßnahme 4 dient der Bundesregierung zufolge lediglich zur zwischenzeitlichen Liquiditätssicherung bei der WestVerkehr, bis diese von der NEW KH auf der Grundlage des Gewinnabführungsvertrags (Maßnahme 2) ihre jährliche Verlustausgleichszahlung erhält. Der Ausgleich könne der WestVerkehr erst gewährt werden kann, nachdem die NEW KH die in Rede stehenden Mittel von der NEW AG über einen gesonderten Gewinn- und Verlustabführungsvertrag erhalten habe (Erwägungsgrund (89)).

<sup>(34)</sup> Obwohl der öDA 1 zwischen dem 18. Dezember 2007 und dem 31. Dezember 2017 in Kraft war, wird die Kommission ihre Prüfung der Maßnahme auf der Grundlage des öDA 1 auf den Zeitraum vom Inkrafttreten der Maßnahme bis zum Ende der Geltungsdauer des öDA 1, d. h. den Zeitraum vom 14. Juni 2016 bis zum 31. Dezember 2017, beschränken.

- (192) Im Folgenden wird die Kommission prüfen, ob diese Kontokorrentvereinbarung (Maßnahme 4) eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstellt.

#### *Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit zum Staat*

- (193) Wie in Erwägungsgrund (99) dargelegt, stellen alle Mittel des öffentlichen Sektors, einschließlich der Mittel innerstaatlicher (dezentralisierter, föderaler, regionaler oder sonstiger) Stellen, staatliche Mittel dar.
- (194) Auf der Grundlage der Kontokorrentvereinbarung zwischen der WestVerkehr und der KWH überträgt die KWH der WestVerkehr Mittel, um die Liquidität der WestVerkehr vorübergehend zu sichern, bis sie ihre jährliche Verlustausgleichszahlung von der NEW KH (Maßnahme 2) erhält.
- (195) Ein solcher Ausgleich umfasst staatliche Mittel, da die KWH mehrheitlich im Eigentum des Kreises Heinsberg steht (Erwägungsgrund (15)). Zudem ist die Maßnahme dem Staat zuzurechnen, weil die KWH unter der Kontrolle des Kreises Heinsberg steht.
- (196) Daher kommt die Kommission zu dem Schluss, dass Maßnahme 4 eine Übertragung staatlicher Mittel umfasst und dem Staat zuzurechnen ist.

#### *Selektiver Vorteil*

- (197) Die Kontokorrentvereinbarung zwischen der WestVerkehr und der KWH stellt sicher, dass der WestVerkehr keine Liquiditätsprobleme entstehen, bis sie von der NEW KH ihre jährliche Ausgleichszahlung auf der Grundlage des Gewinnabführungsvertrags (Maßnahme 2) erhält. Da diese Liquidität der WestVerkehr ohne Gegenleistung (z. B. einen Zinssatz) zur Verfügung gestellt wird, bringt sie die WestVerkehr in eine vorteilhaftere Finanzlage als Unternehmen, die keine derartige Finanzierung erhalten und stattdessen Geld auf dem Markt aufnehmen müssen.
- (198) Die Kommission erinnert in diesem Zusammenhang an ihre Beurteilung in den Erwägungsgründen (136) bis (148), in der sie zu der vorläufigen Schlussfolgerung gelangte, dass Maßnahme 2 die kumulativen Altmark-Kriterien nicht erfüllt. Die Kommission stellt fest, dass diese Beurteilung, die sich auf die Überprüfung der drei in Rede stehenden öDA stützt, auch für Maßnahme 4 gilt, da auch diese Maßnahme während der Geltungsdauer aller drei öDA durchgeführt wurde.
- (199) Insbesondere hinsichtlich des zweiten Altmark-Kriteriums erinnert die Kommission an ihre Beurteilung in Bezug auf den öDA 1, dass der Ausgleichsmechanismus nicht zuvor objektiv und transparent festgelegt wurde, da die Kontokorrentvereinbarung nach Inkrafttreten dieses Auftrags abgeschlossen wurde. Die gleiche Argumentation gilt auch für den öDA 2, in dem lediglich auf den Gewinnabführungsvertrag (Maßnahme 2) Bezug genommen wird, nicht aber auf die Kontokorrentvereinbarung.
- (200) In Bezug auf den öDA 3 stellt die Kommission fest, dass dieser Auftrag eine Klausel enthielt, wonach der Ausgleich für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung der WestVerkehr in Form von konzerninternen Mitteltransfers erfolgen kann (Erwägungsgrund (59)), was auch die Kontokorrentvereinbarung umfasst. Die Kommission stellt jedoch fest, dass der im öDA 2 und im öDA 3 festgelegte Ausgleich zugunsten der WestVerkehr, auch wenn er gemäß der Satzung des ZV AVV berechnet wird, im Wesentlichen über den Gewinnabführungsvertrag mit der NEW KH (Maßnahme 2) und die Kontokorrentvereinbarung mit der KWH (Maßnahme 4) erfolgt. Da diese beiden Vereinbarungen an sich der WestVerkehr einen Vorteil verschaffen könnten (da sie als Garantie dafür angesehen werden könnten, dass die WestVerkehr keine finanziellen Verluste tragen muss), ist es schwierig festzustellen, dass zuvor Parameter für die Berechnung des Ausgleichs objektiv und transparent aufgestellt wurden. Daher kommt die Kommission hinsichtlich des öDA 3 zu dem Schluss, dass auch das zweite Altmark-Kriterium nicht erfüllt ist.

- (201) In Bezug auf das dritte Altmark-Kriterium war die Kommission angesichts der zum gegenwärtigen Zeitpunkt verfügbaren Informationen noch nicht in der Lage, die relevanten Einnahmen des Unternehmens auf der Grundlage der Trennungsrechnung zu berücksichtigen und somit zu beurteilen, ob der der WestVerkehr tatsächlich gewährte Ausgleich nicht über das hinausgeht, was erforderlich war, um die bei der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entstandenen Kosten zu decken. Schließlich erinnert die Kommission an ihre Schlussfolgerung, dass es keine hinreichenden Belege für das Argument Deutschlands gibt, der Betrauungsbeschluss sehe vor, dass der Ausgleich für die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens nicht übersteigen dürfe (viertes Altmark-Kriterium).
- (202) Daher hat die Kommission Zweifel, ob die kumulativen Altmark-Kriterien erfüllt sind. Die Kommission fordert deshalb Deutschland und die Beteiligten auf, weitere Informationen und Nachweise über das Vorliegen eines selektiven Vorteils im Zusammenhang mit Maßnahme 4 vorzulegen.
- (203) In Bezug auf die Selektivität der Maßnahme kommt die Kommission zu dem Schluss, dass das Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils bei Maßnahme 4, da es sich um eine Einzelmaßnahme handelt, als Nachweis für die Selektivität der Maßnahme ausreicht.
- (204) Daher stellt die Kommission vorläufig fest, dass Maßnahme 4 der WestVerkehr einen selektiven wirtschaftlichen Vorteil verschafft.

#### *Verfälschung des Wettbewerbs und Auswirkungen auf den Handel*

- (205) Hinsichtlich der möglichen Verfälschung des Wettbewerbs und der möglichen Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten stellt die Kommission fest, dass die Beurteilung dieses Kriteriums im Rahmen von Maßnahme 2 (Erwägungsgründe (152) und (153)) auch für Maßnahme 4 gilt. Aus diesem Grund kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Maßnahme den Wettbewerb verfälschen kann und geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

#### *Schlussfolgerung*

- (206) Auf der Grundlage der vorstehenden Erwägungen kommt die Kommission vorläufig zu dem Schluss, dass Maßnahme 4 die kumulativen Kriterien des Artikels 107 Absatz 1 AEUV erfüllt und daher eine staatliche Beihilfe im Sinne dieses Artikels darstellt.

#### **4.2. Vereinbarkeit der Beihilfen mit dem Binnenmarkt**

- (207) Die Kommission ist zu dem vorläufigen Schluss gelangt, dass alle vier beanstandeten Maßnahmen staatliche Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstellen. Daher wird die Kommission in diesem Abschnitt prüfen, ob die Maßnahmen als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können.
- (208) Nach Artikel 106 Absatz 2 AEUV gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.
- (209) Artikel 93 AEUV stellt eine *lex specialis* zu Artikel 106 Absatz 2 AEUV im Hinblick auf Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Inlandsverkehr dar. Ausgleichsleistungen für öffentliche Dienstleistungen können nach Artikel 93 AEUV unter bestimmten Voraussetzungen mit dem Binnenmarkt vereinbar sein. Zum einen müssen sie gewährt werden, um die Erbringung von Diensten sicherzustellen, die Dienste von allgemeinem Interesse im Sinne des Vertrags sind. Um ungerechtfertigte Wettbewerbsverfälschungen zu vermeiden, darf die Ausgleichsleistung zum anderen nicht den Betrag übersteigen, der notwendig ist, um die Nettokosten zu decken, die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursacht werden, wobei den dabei erzielten Einnahmen sowie einem angemessenen Gewinn Rechnung zu tragen ist.

- (210) Diese Voraussetzungen werden gemäß den Bestimmungen der Verordnung 1370/2007 angewandt. Zweck der Verordnung 1370/2007 ist es, festzulegen, wie die zuständigen Behörden im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs tätig werden können, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten, die unter anderem zahlreicher, sicherer, höherwertig oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte. Hierzu wird in der genannten Verordnung festgelegt, unter welchen Bedingungen die zuständigen Behörden den Betreibern eines öffentlichen Dienstes eine Ausgleichsleistung für die ihnen durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten und/oder ausschließliche Rechte im Gegenzug für die Erfüllung solcher Verpflichtungen gewähren, wenn sie ihnen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen oder entsprechende Aufträge vergeben.
- (211) Beabsichtigt eine zuständige Behörde, einem ausgewählten Betreiber ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistungen gleich welcher Art für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zu gewähren, so hat sie dies nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung 1370/2007 im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu tun.
- (212) Nach Artikel 6 Absatz 1 der Verordnung 1370/2007 muss eine solche Ausgleichsleistung unabhängig von den Vergabemodalitäten den Anforderungen von Artikel 4 der genannten Verordnung entsprechen, in dem der obligatorische Inhalt eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags festlegt ist.
- (213) Nach Artikel 6 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung 1370/2007 unterliegt die Ausgleichsleistung, wenn sie ohne ein wettbewerbliches Vergabeverfahren gewährt wird, den im Anhang der Verordnung 1370/2007 festgelegten detaillierten Bestimmungen über die Berechnung der Ausgleichsleistung. Diese Bestimmungen sollen gemäß Erwägungsgrund 27 der genannten Verordnung sowohl die Angemessenheit der Ausgleichsleistung als auch die Effizienz und Qualität der öffentlichen Dienstleistung gewährleisten.
- (214) Nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer i der Verordnung 1370/2007 sind in öffentlichen Dienstleistungsaufträgen unabhängig von den Vergabemodalitäten die Parameter, anhand deren gegebenenfalls die Ausgleichsleistung berechnet wird, zuvor in objektiver und transparenter Weise aufzustellen.
- (215) Falls der Dienstleistungsauftrag ohne wettbewerbliches Vergabeverfahren vergeben wurde, sind diese Parameter nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b Satz 2 der Verordnung in Verbindung mit Nummer 2 ihres Anhangs so zu bestimmen, dass die Ausgleichsleistung den Betrag nicht überschreitet, der dem finanziellen Nettoeffekt der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen für den Betreiber eines öffentlichen Dienstes entspricht.
- (216) Dieser Betrag wird dadurch ermittelt, dass von den für die Erfüllung solcher Verpflichtungen entstandenen Kosten die positiven finanziellen Auswirkungen dieser Verpflichtungen und die in Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erzielten Einnahmen aus Tarifentgelten abgezogen werden und das Ergebnis um einen Betrag als „angemessenen Gewinn“ erhöht wird.

#### 4.2.1. Maßnahme 1

- (217) Maßnahme 1 umfasst die Betrauung der WestVerkehr mit der Erbringung öffentlicher Personennahverkehrsdiene, die im Wege der Direktvergabe eines öDA im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 der Verordnung 1370/2007 auf der Grundlage des Artikels 5 Absatz 2 der Verordnung am 23. Juli 2019 erfolgte, sowie den Ausgleich, den die WestVerkehr auf der Grundlage dieses öDA für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung erhalten hat (siehe Erwägungsgrund (96)).
- (218) Die Kommission wird prüfen, ob diese Direktvergabe (Maßnahme 1) mit den in den Erwägungsgründen (210) bis (216) dargelegten Bestimmungen der Verordnung 1370/2007 im Einklang steht, sodass sie nach Artikel 93 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar wäre.

*Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung 1370/2007*

- (219) Nach Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung 1370/2007 kann eine zuständige örtliche Behörde oder eine Gruppe solcher Behörden, die integrierte öffentliche Personenverkehrsdiene sten anbietet, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag direkt an interne Betreiber vergeben. Wie in den Erwägungsgründen (52) bis (56) dargelegt, kam das Oberlandesgericht Düsseldorf nach einem Vorabentscheidungsersuchen<sup>(35)</sup> an den Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass die Direktvergabe rechtmäßig war.

*Artikel 6 Absatz 1 der Verordnung 1370/2007*

- (220) Nach Artikel 6 Absatz 1 der Verordnung 1370/2007 müssen Ausgleichsleistungen im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags den Bestimmungen des Artikels 4 der Verordnung 1370/2007 entsprechen. Die Kommission stellt fest, dass die Anwendbarkeit des Anhangs der Verordnung 1370/2007 zusätzlich zu Artikel 4 der Verordnung 1370/2007 davon abhängt, ob es sich bei dem nationalen Auftrag um eine „Dienstleistungskonzeption“ im Sinne der Vergaberichtlinien<sup>(36)</sup>, auf die auch der Anhang anwendbar wäre, oder vielmehr um einen „Dienstleistungsauftrag“ handelt, bei dem nur Artikel 4 Anwendung finden würde. Die Kommission stellt fest, dass die Bundesregierung keine Argumente dafür vorgebracht hat, dass diese Bestimmungen eingehalten werden.

*Artikel 4 der Verordnung 1370/2007*

- (221) In jedem Fall hat die Kommission Zweifel daran, dass die Maßnahme die Voraussetzungen der Verordnung 1370/2007 insgesamt erfüllt und insbesondere dass Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c und Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung 1370/2007 eingehalten werden.
- (222) Nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung 1370/2007 sind in öffentlichen Dienstleistungsaufträgen die Durchführungsvorschriften für die Aufteilung der Kosten festzulegen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen in Verbindung stehen, insbesondere Personalkosten, Energiekosten, Infrastrukturkosten, Wartungs- und Instandsetzungskosten für Fahrzeuge des öffentlichen Personenverkehrs, das Rollmaterial und für den Betrieb der Personenverkehrsdiene sten erforderliche Anlagen sowie die Fixkosten und eine angemessene Kapitalrendite. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt hat die Kommission auf der Grundlage des Wortlauts des öffentlichen Dienstleistungsauftrags vom 23. Juni 2019 ernste Zweifel daran, dass diese Bestimmung eingehalten wird.
- (223) Nach Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung 1370/2007 sind in den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen die Durchführungsvorschriften für die Aufteilung der Einnahmen aus dem Fahrscheinverkauf festzulegen, die entweder beim Betreiber eines öffentlichen Dienstes verbleiben, an die zuständige Behörde übergehen oder unter ihnen aufgeteilt werden. Angesichts der verfügbaren Informationen und des Wortlauts des öffentlichen Dienstleistungsauftrags vom 23. Juni 2019 hat die Kommission ernste Zweifel daran, dass diese Anforderung erfüllt ist, da der öffentliche Dienstleistungsauftrag keine entsprechende Bestimmung enthält.
- (224) Daher hat die Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt ernste Zweifel daran, dass die Direktvergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags an die WestVerkehr (Maßnahme 1) im Einklang mit den Bestimmungen der Verordnung 1370/2007 erfolgt und als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden kann.

<sup>(35)</sup> Urteil des Gerichtshofs vom 21. März 2019, Verkehrsbetrieb Hüttebräcker und BVR Busverkehr Rheinland, C-267/17, ECLI:EU:C:2018:811.

<sup>(36)</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65); Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wässer-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243).

- (225) Die Kommission erinnert daran, dass der Mitgliedstaat, der die Beihilfe gewährt, die Beweislast dafür trägt, dass die von ihm gewährte staatliche Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.<sup>(37)</sup> Deutschland hat nicht detailliert begründet, warum die streitige Maßnahme mit den Bestimmungen der Verordnung 1370/2007 im Einklang steht. Daher fordert die Kommission Deutschland und die Beteiligten auf, zu einer möglichen Vereinbarkeit der Maßnahme Stellung zu nehmen und entsprechende Nachweise vorzulegen.

#### 4.2.2. Maßnahmen 2 und 4

- (226) Maßnahme 2 umfasst den Gewinnabführungsvertrag zwischen der NEW KH und der WestVerkehr, der seit dem 17. Juli 2015 in Kraft ist (Erwägungsgrund (70)) sowie den Ausgleich, der der WestVerkehr über den Gewinnabführungsvertrag für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung gezahlt wurde (Erwägungsgrund (124)).
- (227) Bei Maßnahme 4 handelt es sich um eine zwischen der KWH und der WestVerkehr am 14. Juni 2016 geschlossene Kontokorrentvereinbarung zur zwischenzeitlichen Liquiditätssicherung bei der WestVerkehr, bis diese von der NEW KH aufgrund des Gewinnabführungsvertrages ihre jährliche Verlustausgleichszahlung erhält (Erwägungsgrund (189)).
- (228) Da die Maßnahmen 2 und 4 im Wesentlichen darauf abzielen, die WestVerkehr für ihre Nettoverluste (unabhängig davon, ob sie aus ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung resultieren) zu entschädigen, wird die Kommission prüfen, ob diese Maßnahmen mit den (in den Erwägungsgründen (210) bis (216) dargelegten) Bestimmungen der Verordnung 1370/2007 im Einklang stehen und somit nach Artikel 93 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar sind.

##### 4.2.2.1. öDA 1:

- (229) Die Kommission stellt fest, dass Deutschland für den öDA 1 keine Argumente zur Untermauerung der Vereinbarkeit der streitigen Maßnahmen mit dem Binnenmarkt vorgebracht hat. In Ermangelung solcher Argumente hat die Kommission ernste Zweifel daran, dass etwaige Beihilfen, die der WestVerkehr infolge der streitigen Maßnahmen gewährt wurden, als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können.
- (230) Die Kommission erinnert daran, dass der Mitgliedstaat, der die Beihilfe gewährt, die Beweislast dafür trägt, dass die von ihm gewährte staatliche Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist<sup>(38)</sup>, und fordert Deutschland und die Beteiligten auf, zu einer möglichen Vereinbarkeit der Maßnahme Stellung zu nehmen und Nachweise vorzulegen.

##### 4.2.2.2. öDA 2 und öDA 3

- (231) In Bezug auf die öDA 2 und 3 argumentiert die Bundesregierung, dass die Maßnahmen 2 und 4 mit der Verordnung 1370/2007 im Einklang stehen und daher mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfen darstellen. Sie ist insbesondere der Auffassung, dass die öDA 2 und 3 so formuliert wurden, dass sie alle Voraussetzungen der genannten Verordnung erfüllen.
- (232) Auf der Grundlage der verfügbaren Informationen hat die Kommission ernste Zweifel, ob das in dieser Sache der Fall ist; diese Bedenken bestehen insbesondere in Bezug auf Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung 1370/2007.

<sup>(37)</sup> Urteil des Gerichts vom 12. September 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Kommission, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, Rn. 34.

<sup>(38)</sup> Urteil des Gerichts vom 12. September 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Kommission, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, Rn. 34.

- (233) Auch wenn die einschlägigen Bestimmungen der öDA 2 und 3 vorsehen, dass der Ausgleich für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung nicht zu einer Überkompensation (einschließlich eines angemessenen Gewinns von 5 %) (siehe Erwägungsgrund (62)) führen darf, bleibt unklar, wie dies sichergestellt wird, da die NEW KH nach dem Gewinnabführungsvertrag verpflichtet ist, alle Verluste der WestVerkehr einschließlich der nicht mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung verbundenen Verluste zu decken. Die Deckung nicht mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zusammenhängender Verluste aus gewerblichen Tätigkeiten könnte daher zu Quersubventionen und möglicherweise zu einer Überkompensation führen.
- (234) Ferner hat die Kommission Zweifel, ob die Ausgleichsleistung über den Gewinnabführungsvertrag zwischen der WestVerkehr und der NEW KH, der nicht im Rahmen der relevanten öffentlichen Dienstleistungsaufträge (öDA 2 für den Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis zum 31. Dezember 2019 und öDA 3 für den Zeitraum vom 1. Januar 2020 bis zum 12. Dezember 2027) geschlossen wurde, mit Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung 1370/2007 vereinbar ist, wonach die Parameter, anhand deren die Ausgleichsleistung gegebenenfalls zu berechnen ist, zuvor in den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und allgemeinen Vorschriften objektiv und transparent aufgestellt werden müssen. Die Bundesregierung hat nicht begründet, warum dies der Fall sei.
- (235) In Bezug auf die Kontokorrentvereinbarung zwischen der WestVerkehr und der KWH (d. h. Maßnahme 4) hat die Kommission Bedenken, dass der zusätzliche Ausgleich in Form der unentgeltlichen Sicherung von Liquidität von bis zu [5-10] Mio. EUR auch zu einer Überkompensation und Quersubventionierung führen könnte. Da die Kontokorrentvereinbarung nicht im Rahmen der relevanten öffentlichen Dienstleistungsaufträge (öDA 2 für den Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis zum 31. Dezember 2019 und öDA 3 für den Zeitraum vom 1. Januar 2020 bis zum 12. Dezember 2027) geschlossen wurde, hat die Kommission Zweifel, ob die auf diese Vereinbarung gestützte Ausgleichsleistung mit Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung 1370/2007 im Einklang steht, wonach die Parameter, anhand deren die Ausgleichsleistung gegebenenfalls zu berechnen ist, zuvor in den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und allgemeinen Vorschriften objektiv und transparent aufgestellt werden müssen. Die Bundesregierung hat nicht begründet, warum dies der Fall sei.
- (236) Die Bundesregierung hat erklärt, dass die Geschäftstätigkeit der WestVerkehr seit Inkrafttreten des Gewinnabführungsvertrags rentabel war und die Gewinne zur Deckung eines Teils der mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung verbundenen Verluste verwendet wurden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Gewinnabführungsvertrag theoretisch auch Verluste abdecken könnte, die nicht mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung verbunden sind, wenn die jeweiligen gewerblichen Tätigkeiten defizitär sind.
- (237) Darüber hinaus sollte ein Ausgleich für die Erfüllung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach den in [den Erwägungsgründen des Abschnitts 4.2] dargelegten Grundsätzen nicht nur eine Überkompensation verhindern, sondern auch eine größere Effizienz des Betreibers eines öffentlichen Verkehrsdienstes fördern. Ein Ausgleichssystem, das unter allen Umständen automatisch einen Ausgleich für alle Verluste bei der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung in Form öffentlicher Personenverkehrsdienele gewährt, bietet keinen Anreiz für eine solche Effizienz, da der Anbieter öffentlicher Dienstleistungen nicht verpflichtet ist, seine Kosten zu begrenzen.
- (238) Durch einen Gewinnabführungsvertrag wie den in dieser Sache vorliegenden werden sämtliche Verluste der WestVerkehr ausgeglichen, auch wenn sie nicht mit der in Rede stehenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung in Zusammenhang stehen. Ebenso werden durch den Kontokorrentvertrag sämtliche Kosten der WestVerkehr bis zu [5-10] Mio. EUR ausgeglichen, bis sie eine Ausgleichszahlung nach dem Gewinnabführungsvertrag erhält. Sie erhält diese Zahlung unentgeltlich und muss sie nur zurückzahlen, wenn die finanzielle Lage der KWH dies erfordert. Ein solches Ausgleichssystem birgt die Gefahr einer Überkompensation und fördert nicht die Effizienz. Somit scheinen die Parameter nicht so festgelegt zu sein, dass der Ausgleich nicht über einem Betrag liegt, der dem finanziellen Nettoeffekt der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen der WestVerkehr entspricht. Aus diesen Gründen hat die Kommission Zweifel, ob solche Ausgleichssysteme mit der Verordnung 1370/2007 und ihrem Anhang in Einklang stehen.

- (239) Daher macht die Kommission vorläufig starke Zweifel daran geltend, dass Maßnahme 2 während der Geltungsdauer des öDA 2 und des öDA 3 die Voraussetzungen der Verordnung 1370/2007 erfüllt, und fordert Deutschland und die Beteiligten auf, sich zu einer möglichen Vereinbarkeit der Maßnahme zu äußern und entsprechende Nachweise vorzulegen.

#### 4.2.3. Maßnahme 3

- (240) Bei Maßnahme 3 handelt es sich um eine Einzahlung von [8-12 Mio.] EUR in die Kapitalrücklage der WestVerkehr, die 2016 in drei Tranchen erfolgte (Erwägungsgrund (72)).
- (241) Die Kommission erinnert bezüglich dieser Maßnahme daran, dass der Mitgliedstaat, der die Beihilfe gewährt, die Beweislast dafür trägt, dass die von ihm gewährte staatliche Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.<sup>(39)</sup> Deutschland hat keine Argumente vorgebracht, um die Vereinbarkeit der streitigen Maßnahme mit dem Binnenmarkt zu belegen.
- (242) Daher hat die Kommission zum gegenwärtigen Zeitpunkt ernste Zweifel daran, dass die Einzahlung zugunsten der WestVerkehr als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden könnte, und fordert Deutschland und die Beteiligten auf, sich zu einer möglichen Vereinbarkeit der Maßnahme zu äußern und entsprechende Nachweise vorzulegen.

#### 4.2.4. Schlussfolgerung zur Vereinbarkeit

- (243) Die Kommission hat zum gegenwärtigen Zeitpunkt ernste Zweifel daran, dass Beihilfen, die der WestVerkehr durch die streitigen Maßnahmen gewährt worden sein könnten, als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden könnten. Sie fordert daher Deutschland und die Beteiligten auf, zu einer möglichen Vereinbarkeit der Maßnahmen mit dem Binnenmarkt Stellung zu nehmen und entsprechende Nachweise vorzulegen.

### 5. SCHLUSSFOLGERUNG

Aus den vorstehend genannten Gründen ist die Kommission der vorläufigen Auffassung, dass es sich bei den zugunsten der WestVerkehr durchgeführten Maßnahmen Deutschlands um staatliche Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV handelt. Die Kommission hat Zweifel, dass solche staatlichen Beihilfen mit dem Binnenmarkt vereinbar wären. Daher hat die Kommission beschlossen, wegen dieser Maßnahmen das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten.

In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen fordert die Kommission Deutschland im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV auf, innerhalb eines Monats nach Eingang dieses Schreibens Stellung zu nehmen und alle für die Beurteilung der Maßnahmen sachdienlichen Informationen zu übermitteln. Die Kommission fordert Deutschland ferner auf, dem potenziellen Beihilfeempfänger unverzüglich eine Kopie dieses Schreibens zu übermitteln.

Die Kommission erinnert Deutschland an die aufschiebende Wirkung des Artikels 108 Absatz 3 AEUV und verweist auf Artikel 16 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates, dem zufolge alle rechtswidrigen Beihilfen vom Empfänger zurückfordert werden können.

Die Kommission weist Deutschland darauf hin, dass sie die Beteiligten durch die Veröffentlichung des vorliegenden Schreibens und einer aussagekräftigen Zusammenfassung dieses Schreibens im Amtsblatt der Europäischen Union von der Beihilfesache in Kenntnis setzen wird. Sie wird auch Beteiligte in den EFTA-Staaten, die das EWR-Abkommen unterzeichnet haben, durch die Veröffentlichung einer Bekanntmachung in der EWR-Beilage zum Amtsblatt der Europäischen Union und die EFTA-Überwachungsbehörde durch Übermittlung einer Kopie dieses Beschlusses von dem Vorgang in Kenntnis setzen. Alle Beteiligten werden aufgefordert, innerhalb eines Monats ab dem Datum dieser Veröffentlichung Stellung zu nehmen.

---

<sup>(39)</sup> Urteil des Gerichts vom 12. September 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Kommission, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, Rn. 34.