

## V

(Ogłoszenia)

## PROCEDURY ZWIĄZANE Z REALIZACJĄ POLITYKI KONKURENCJI

## KOMISJA

## POMOC PAŃSTWA — NIEMCY

**Pomoc państwa C 47/07 (ex NN 22/05) — Umowa o świadczenie usług publicznych między Deutsche Bahn Regio a krajami związkowymi (Länder) Berlin i Brandenburgia**

**Zaproszenie do zgłaszania uwag zgodnie z art. 88 ust. 2 Traktatu WE**

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2008/C 35/10)

Pismem z dnia 23 października 2007 r. zamieszczonym w autentycznej wersji językowej na stronach następujących po niniejszym streszczeniu, Komisja powiadomiła Republikę Federalną Niemiec o swojej decyzji w sprawie wszczęcia postępowania określonego w art. 88 ust. 2 Traktatu WE, dotyczącego wyżej wymienionego środka pomocy.

Zainteresowane strony mogą zgłaszać uwagi na temat środków pomocy, wobec których Komisja wszczyna postępowanie, w terminie jednego miesiąca od daty publikacji niniejszego streszczenia i załączonego do niego pisma na następujący adres:

Commission européenne  
Direction générale de l'énergie et des transports  
Direction A Affaires générales  
B-1049 Bruxelles  
Faks: (32-2) 296 41 04

Uwagi te zostaną przekazane Republice Federalnej Niemiec. Zainteresowane strony zgłaszające uwagi mogą wystąpić z odpowiednio umotywowanym pisemnym wnioskiem o objęcie ich tożsamości klauzulą poufności.

## TEKST STRESZCZENIA

**Procedura**

W dniu 9 września 2003 r. Komisja otrzymała pismo firmy *Connex Regiobahn GmbH*, zgodnie z którym *Deutsche Bahn AG* uzyskiwały nielegalną pomoc państwową od *Länder* Berlin i Brandenburgia. Komisja czterokrotnie zwracała się do Niemiec o dodatkowe informacje i Niemcy przekazały jej te informacje pismami z dnia 3 marca 2004 r., 29 marca 2005 r., 27 września 2005 r. i 2 marca 2006 r.

**Opis środka lub pomocy, w odniesieniu do której Komisja wszczyna postępowanie**

Krajową podstawę prawną dla umów o świadczenie usług publicznych na regionalne w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich stanowią: *Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen*

*Personenverkehrs* z dnia 27 grudnia 1993 r. (ustawa o regionalizacji transportu publicznego) <sup>(1)</sup>, *Allgemeines Eisenbahngesetz* z dnia 27 grudnia 1993 r. (ustawa ogólna o kolejach) <sup>(2)</sup> i *Vergabeverordnung* z dnia 9 stycznia 2001 r. (zarządzenie w sprawie zamówień publicznych) <sup>(3)</sup>. Wspólnotowe ramy prawne stanowi w szczególności rozporządzenie Rady (EWG) nr 1191/69 z dnia 26 czerwca 1969 r. w sprawie działania państw członkowskich dotyczącego zobowiązań związanych z pojęciem usługi publicznej w transporcie kolejowym, drogowym i w żegludze śródlądowej <sup>(4)</sup> i dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi <sup>(5)</sup>.

Przedmiotowe środki polegają na płatnościach ze strony *Länder* Berlin i Brandenburgia, które z kolei uzyskują środki finansowe na regionalne kolejowe przewozy pasażerskie od rządu federalnego.

<sup>(1)</sup> BGBl. I 1993, 2378, 2395.

<sup>(2)</sup> BGBl. I 1993, 2378, 2396.

<sup>(3)</sup> BGBl. 2001, 110.

<sup>(4)</sup> Dz.U. L 156 z 28.6.1969, str. 1.

<sup>(5)</sup> Dz.U. L 209 z 24.7.1992, str. 1.

Przedmiotowe środki są płatnościami dokonywanymi na mocy umowy o świadczenie usług publicznych w zakresie regionalnych kolejowych przewozów pasażerskich przez *Länder* Berlin i Brandenburgia. Umowa ta, która została przyznana bez zaproszenia do składania ofert, obejmuje okres 10 lat, a jego beneficjentem jest *Deutsche Bahn*, tradycyjny przewoźnik kolejowy w Niemczech.

Celem płatności jest finansowanie regionalnego kolejowego transportu pasażerskiego odpowiedniego dla regionów Berlina i Brandenburgii.

### Ocena środka lub pomocy

#### Obecność pomocy

Ponieważ umowa jest umową o świadczenie usług publicznych, można odwołać się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Altmark* <sup>(6)</sup>. Analiza dokonana przez Komisję wykazała, że kryterium 1 orzecznictwa w sprawie *Altmark*, czyli wywiązanie się *Deutsche Bahn* z jasno określonych zobowiązań z tytułu wykonywania usług publicznych, zostało spełnione, ponieważ umowa o świadczenie usług publicznych wyraźnie określa obowiązki usług publicznych *Deutsche Bahn*. Komisja ma jednakże wątpliwości, czy kryteria 2–4 orzecznictwa w sprawie *Altmark* zostały w danym przypadku spełnione.

*Warunek 2: Parametry, na podstawie których obliczono rekompensatę, powinny być wcześniej ustalone w sposób obiektywny i przejrzysty*

Jedynym parametrem zastosowanym przy obliczaniu ceny określonej w umowie jest liczba pociągokilometrów wykonanych przez *Deutsche Bahn*. Cena ta wynosi między 6 a 8 EUR/pociągokilometr wykonany w Berlinie i między 7 a 9 EUR/pociągokilometr wykonany w Brandenburgii (paragraf 5 umowy). Umowa nie zawiera żadnej informacji wyjaśniającej, w jaki sposób strony ustaliły tę cenę. W związku z tym Komisja ma wątpliwości, czy parametry, na podstawie których obliczono rekompensatę, zostały wcześniej ustalone w sposób obiektywny i przejrzysty.

*Warunek 3: Rekompensata nie powinna przekraczać kwoty koniecznej dla pokrycia całości lub części kosztów spowodowanych wypełnieniem zobowiązań z tytułu wykonywania usług publicznych, z uwzględnieniem związanych z nimi dochodów, a także umiarkowanego zysku z wykonywania tych zobowiązań*

Mimo że Niemcy dostarczyły Komisji dowód na to, że obliczenie rekompensaty kosztów usługi publicznej świadczonej przez *Deutsche Bahn* rzeczywiście odbyło się zgodnie ze współczynnikami wcześniej ustalonymi w sposób obiektywny i przejrzysty, Komisja musi jeszcze sprawdzić, czy ta rekompensata nie przekracza kwoty koniecznej dla pokrycia całości lub części kosztów spowodowanych wypełnieniem zobowiązań z tytułu wykonywania usług publicznych, z uwzględnieniem związanych z nimi dochodów, a także umiarkowanego zysku z wypełnienia tych zobowiązań.

<sup>(6)</sup> Orzeczenie Trybunału z 24.7.2003, sprawa C-280/00, *Altmark Trans*.

W związku z tym należy najpierw stwierdzić, że *Deutsche Bahn Regio*, będące filią *Deutsche Bahn* zobowiązaną do regionalnych przewozów kolejowych, jest od wielu lat najbardziej dochodową filią w konsorcjum *Deutsche Bahn*. W 2004 r. filia *Deutsche Bahn Regio* osiągnęła zysk 347 mln EUR (przy obrotach wynoszących 4 845 mln EUR). Osiągnęła ona więc samodzielnie zysk przed opodatkowaniem w wysokości około 7 % swych obrotów.

70 % obrotów *Deutsche Bahn Regio* pochodzi z płatności dokonywanych przez kraje związkowe za świadczenie usług publicznych, 29 % ze sprzedaży biletów, a 1 % stanowią dochody różne. Zwążywszy na ograniczone ryzyko związane z tymi operacjami, ponieważ większa część dochodów pochodzi z umów długoterminowych zawieranych z krajami związkowymi, zysk w wysokości 7 % wydaje się umiarkowany.

Niemniej Komisja uważa, że należy sprawdzić każdą umowę oddzielnie pod kątem niewystępowania nadmiernej rekompensaty. W przypadku umowy o świadczenie usług publicznych dla Brandenburgii i Berlina, pięć rzeczowych elementów rodzi wątpliwości co do tego, czy wartość umowy nie zawiera nadmiernej rekompensaty:

- Brak zmiany umowy w następstwie wycofania z umowy linii, które miały być objęte zamówieniem.
- Brak rewizji umowy przy założeniu podwyżki cen biletów przez *Deutsche Bahn Regio*.
- Brak przejrzystości względem negocjatorów *Länder* wynikający z klauzul chroniących tajemnicę handlową *Deutsche Bahn Regio*, wprowadzonych do umów o świadczenie usług publicznych.
- Odmowa podpisania umowy o świadczenie usług publicznych przez berlińskiego senatora odpowiedzialnego za finanse.
- Oferty krzyżujące się (utrzymanie miejsc pracy, inwestycje w nową infrastrukturę, itp., w zamian za dobrze opłacaną umowę o świadczenie usług publicznych) złożone krajom związkowym przez *Deutsche Bahn*.

*Warunek 4: Wobec braku zaproszenia do składania ofert, poziom niezbędnej rekompensaty powinien być ustalony na podstawie analizy kosztów, jakie przedsiębiorstwo średniej wielkości, dobrze zarządzane i wyposażone w środki transportu odpowiednie dla spełnienia koniecznych wymagań usług publicznych, poniosłoby przy wypełnieniu tych zobowiązań, z uwzględnieniem związanych z nimi dochodów, a także umiarkowanego zysku z wykonywania tych zobowiązań*

Umowa o świadczenie usług publicznych nie była przedmiotem zaproszenia do składania ofert. Należy więc ustalić, czy wartość umowy o świadczenie usług publicznych została określona na podstawie analizy kosztów, jakie przedsiębiorstwo średniej wielkości, dobrze zarządzane i wyposażone w środki transportu odpowiednie dla spełnienia koniecznych wymagań usług publicznych, poniosłoby przy wypełnieniu tych zobowiązań, z uwzględnieniem związanych z nimi dochodów, a także umiarkowanego zysku z wypełnienia tych zobowiązań.

Niemcy uważają, że to kryterium zostało spełnione. Tłumacząc, że kraje związkowe zwróciły się w 2001 r. do firmy *Wibera* o ustalenie kosztu utworzenia wydajnego i nowoczesnego transportu publicznego. Firma *Wibera*, w oparciu o dane *Deutsche Bahn Netz*, *Deutsche Bahn Station und Service* i *Deutsche Bahn Regio*, ustaliła następnie niezbędne środki finansowe w wysokości 4,4 miliarda EUR rocznie za 537 mln pociągokilometrów.

Niemcy uzasadniają odwołanie się jedynie do danych *Deutsche Bahn* brakiem konkurenta porównywalnej wielkości. Ponadto w 2001 r. praktycznie nie było konkurentów.

Niemcy poinformowały Komisję, że od 1997 r. *Wibera* wielokrotnie pracowała dla konsorcjum *Deutsche Bahn*, w szczególności opracowując system opłat za użytkowanie infrastruktury.

Komisja ma wątpliwości, czy liczby ustalone przez *Wibera* mogą spełnić czwarty warunek „Altmark”. Przede wszystkim liczby pochodzą z 2001 r. i nie zostały ustalone na potrzeby konkretnej umowy, ale ogólnie dla regionalnego transportu publicznego w Niemczech. Ponadto Komisja ma wątpliwości co do bezstronności firmy *Wibera*, ponieważ w przeszłości została ona związana umową na opracowanie systemu opłat za użytkowanie infrastruktury, który następnie poddała audytowi w celu ustalenia kosztów *Deutsche Bahn Regio*. I wreszcie Komisja zauważa, że w swoim badaniu *Wibera* wykorzystała jedynie dane *Deutsche Bahn*, nie dokonując porównania w skali międzynarodowej, ani nie próbując znaleźć innych porównywalnych przedsiębiorstw.

Stąd też Komisja wątpi, czy niezbędna rekompensata została określona na podstawie analizy kosztów, jakie przedsiębiorstwo średniej wielkości, dobrze zarządzane i wyposażone w środki transportu odpowiednie dla spełnienia koniecznych wymagań usług publicznych, poniosłoby przy wypełnieniu tych zobowiązań, z uwzględnieniem związanych z nimi dochodów, a także umiarkowanego zysku z wypełnienia tych zobowiązań.

#### Podstawa prawna oceny zgodności

Komisja uznaje, że ewentualna pomoc mogłaby być, częściowo lub w całości, zgodna ze wspólnym rynkiem na podstawie art. 14 rozporządzenia (EWG) nr 1191/69 i/lub na podstawie art. 3 ust. 1 lub ust. 2 rozporządzenia (EWG) nr 1107/70. Komisja ma jednak wątpliwości co do możliwości zastosowania tych podstaw prawnych.

#### Artykuł 14 rozporządzenia (EWG) nr 1191/69

Aby płatność za umowę o świadczenie usług publicznych mogła być uznana na podstawie art. 14 rozporządzenia (EWG) nr 1191/69 za zgodną, nie może ona przekraczać wielkości koniecznej dla pokrycia kosztów spowodowanych wypełnieniem zobowiązań z tytułu wykonywania usług publicznych. Komisja, z tych samych powodów, jakie wymieniła przy okazji przestrzegania trzeciego kryterium *Altmark*, wyraża wątpliwości co do tego, czy płatności dokonane przez kraje związkowe Berlin i Brandenburgia ograniczyły się do wielkości koniecznej dla

pokrycia kosztów spowodowanych wypełnieniem zobowiązań z tytułu wykonywania usług publicznych.

#### Artykuł 3 ust. 1 rozporządzenia (EWG) nr 1107/70

Spśród czterech opcji przewidzianych w ust. 1, dwie dopuszczająby uznanie niniejszego środka za zgodny ze wspólnym rynkiem.

#### Pomoc z tytułu kosztów infrastruktury (art. 3 ust. 1 lit. b))

Komisja zauważa, że regulacja wspólnotowa w zakresie rozdziału kosztów infrastruktury nie weszła jeszcze w życie i że w związku z tym w szczególności transport drogowy tylko częściowo ponosi koszty infrastruktury. Wobec tego niniejszy artykuł mógłby się stosować do danego przypadku.

Dla stwierdzenia zgodności pomocy w całości lub częściowo na podstawie art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia (EWG) nr 1107/70, Niemcy powinny wykazać, że pomoc otrzymywana przez *Deutsche Bahn* ogranicza się do rzeczywistych kosztów infrastruktury i do dodatkowych kosztów ponoszonych przez *Deutsche Bahn* na infrastrukturę w porównaniu z kosztami ponoszonymi przez inne środki transportu.

#### Pomoc w ramach planu uzdrowienia (art. 3 ust. 1 lit. d))

Niemcy nie wykazały, że *Deutsche Bahn* miały poważne trudności strukturalne i że zamierzały przyznać im pomoc w ramach planu reorganizacji. Jeśli ma to zastosowanie, Komisja zwraca się do Niemiec o dostarczenie wszelkich niezbędnych informacji w celu ustalenia, czy ewentualna pomoc może być uznana za zgodną na podstawie art. 3 ust. 1 lit. d) rozporządzenia (EWG) nr 1107/70.

Zgodnie z art. 14 rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 (7) wszelka pomoc bezprawnie przyznana beneficjentowi może podlegać zwrotowi.

TEKST PISMA

#### „1. VERFAHREN

1. Mit Schreiben vom 22. August 2003, registriert bei der GD TREN am 9. September 2003 unter dem Zeichen A/29014, hat das Unternehmen Connex Regiobahn GmbH, eine deutsche Filiale des französischen Unternehmens Veolia S.A., eine Beschwerde an die Kommission gerichtet, wonach das Unternehmen Deutsche Bahn AG unzulässige staatliche Beihilfen der Bundesländer Berlin und Brandenburg erhalten habe.
2. Dieses Schreiben wurde durch ein Schreiben vom 20. Oktober 2003 ergänzt, das bei der GD TREN am 15. Februar 2005 unter dem Zeichen A/4042 registriert wurde und ergänzende Informationen enthält.

(7) Dz.U. L 83 z 27.3.1999, str. 1.

3. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2003, registriert unter dem Zeichen TREN D 20990, übermittelte die Kommission Deutschland die Beschwerde und ersuchte um Informationen. Deutschland hatte mit Schreiben vom 8. Januar 2004, registriert bei der GD TREN am 26. Januar 2004 unter dem Zeichen A/11683, eine Verlängerung der Antwortfrist beantragt. Die GD TREN hat die Antwortfrist per Telefax vom 26. Januar 2004, registriert unter dem Zeichen TREN D 1367, verlängert. Mit Schreiben vom 3. März 2004, registriert bei der GD TREN am 9. März 2004 unter dem Zeichen A/15155, übermittelte Deutschland die angeforderten Informationen.
4. Mit Schreiben vom 14. Februar 2005, registriert unter dem Zeichen TREN D 102756, hat die Kommission Deutschland davon in Kenntnis gesetzt, dass sie nach einer eingehenden Prüfung der Beschwerde und der von Deutschland übermittelten Informationen eine vorläufige Prüfung der Beschwerde gemäß Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999<sup>(8)</sup> einleiten wird, und Deutschland aufgefordert, ihr alle ergänzenden Informationen zu übermitteln, die es als sachdienlich ansieht. Mit Schreiben vom 29. März 2005, registriert bei der GD TREN am 31. März 2005 unter dem Zeichen A/7825, teilte Deutschland der Kommission mit, dass es über die mit dem Schreiben vom 3. März 2004 vorgelegten Angaben hinaus keine weiteren Informationen zu übermitteln wünschte.
5. Mit Schreiben vom 11. Mai 2005, registriert bei der GD TREN am 18. Mai 2005 unter dem Zeichen A/11948, hat sich der *Verein zur Förderung des Wettbewerbs und lauterer Verhaltens im Speditions-, Logistik- und Transportgewerbe e.V. Köln*, über mögliche Quersubventionen beschwert, die unter anderem aus den Verträgen über die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Eisenbahndienstleistungen herrühren sollen, und die möglicherweise der Deutschen Bahn AG im Rahmen ihrer Politik des Unternehmensankaufs, insbesondere des Erwerbs von Stinnes AG und BAX Global, geholfen haben.
6. Am 27. Mai 2005 fand in Brüssel ein Gespräch zwischen den deutschen Behörden und der Kommission statt. Mit Schreiben vom 31. Mai 2005, registriert unter dem Zeichen TREN D 111268, forderte die Kommission von Deutschland ergänzende Informationen an. Mit Schreiben vom 10. Juni 2005, registriert bei der GD TREN am 16. Juni 2005 unter dem Zeichen A/14840, und mit Schreiben vom 21. September 2005, registriert bei der GD TREN am 27. September 2005 unter dem Zeichen A/24200, hat Deutschland der Kommission diese Informationen übermittelt.
7. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2005, registriert unter dem Zeichen TREN D (2005) 127264, forderte die Kommission von Deutschland ergänzende Informationen an. Mit Schreiben vom 28. Februar 2006, registriert bei der GD TREN am 6. März 2006 unter dem Zeichen TREN A (2006) 15702, übermittelte Deutschland die angeforderten Informationen.

## 2. EINGEHENDE BESCHREIBUNG DER MASSNAHME

### 2.1. Angaben zum Beschwerdeführer und zu dem Begünstigten der Maßnahme

#### 2.1.1. Connex Regiobahn GmbH

8. Connex Regiobahn GmbH ist Teil des Connex-Konzerns, der mehrere Filialen in verschiedenen europäischen Ländern hat, die Schienenverkehrs- und Buslinien im Regional- und Fernverkehr betreiben. Der Connex-Konzern gehört dem französischen Unternehmen Veolia S.A., bei dem es sich um das vormalige Unternehmen Vivendi Environnement S.A. handelt.

#### 2.1.2. Deutsche Bahn AG

9. Die Deutsche Bahn AG ist das historische deutsche Eisenbahnunternehmen. Der Konzern umfasst mehrere Tochterunternehmen, die im Personen- und Güterverkehr auf der Schiene und der Straße tätig sind und das deutsche Schienennetz betreiben. Der vorliegende Fall betrifft insbesondere die Unternehmen Deutsche Bahn Regio AG, Deutsche Bahn Netz AG und Deutsche Bahn Station & Service AG.
10. Die **Deutsche Bahn Regio AG** ist ein Tochterunternehmen der Deutschen Bahn AG, das in Deutschland regionalen Schienenverkehr betreibt. Die Deutsche Bahn Regio AG ist mit dem höchsten Umsatz (6,4 Mrd. EUR im Jahr 2004 bei einem Konzernumsatz von 24 Mrd. EUR) und dem größten Gewinn (424 Mio. EUR bei einem konsolidierten Konzerngewinn von lediglich 253 Mio. EUR) das bedeutendste Tochterunternehmen im Konzern Deutsche Bahn AG.
11. Die Deutsche Bahn Regio AG ist in allen Bundesländern vertreten und hält als historischer Betreiber einen Marktanteil von rund 90 %.
12. Die **Deutsche Bahn Netz AG** ist Betreiber des deutschen Schienennetzes. Die **Deutsche Bahn Station & Service AG** ist Betreiber der Bauten im deutschen Schienennetz.

### 2.2. Angaben zum Markt der in Frage stehenden Produkte

13. Der Markt der in Frage stehenden Produkte ist der Markt des regionalen Schienenpersonenverkehrs. Seit der Verstaatlichung der deutschen Eisenbahnen im 19. Jahrhundert bis 1996 war der regionale Schienenverkehr ein staatliches Monopol.
14. 1996 ging die Zuständigkeit für die Planung des regionalen Schienenpersonenverkehrs auf die Bundesländer über. Gleichzeitig wurde der Schienenverkehrsmarkt für nichtbundeseigene Eisenbahnen geöffnet. Die Bundesländer entscheiden seither selbstständig, ob sie die Deutsche Bahn Regio AG oder ein anderes Eisenbahnunternehmen mit der Erbringung von Schienenverkehrsdiensten beauftragen.
15. In der vorliegenden Sache ist der Rechtsrahmen von Belang, der für die Vergabe regionaler Schienenpersonenverkehrsdienste gilt, ebenso die Entwicklung des Wettbewerbs seit der Marktöffnung 1996.

<sup>(8)</sup> ABl. L 83 vom 27.3.1999, S. 1.

- 2.2.1. *Rechtsrahmen für die Vergabe regionaler Schienenpersonenverkehrsdienste*
16. Nationale Rechtsgrundlage für die Vergabe regionaler Schienenpersonenverkehrsdienste sind: das Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs vom 27. Dezember 1993 (im Folgenden ‚RegG‘) in der Fassung vom 26. Juni 2002 <sup>(9)</sup>, das Allgemeine Eisenbahngesetz vom 27. Dezember 1993 (im Folgenden ‚AEG‘) in der Fassung vom 27. Dezember 2004 <sup>(10)</sup> und die Vergabeverordnung vom 9. Januar 2001 (im Folgenden ‚VgV‘) <sup>(11)</sup>.
17. Der gemeinschaftliche Rechtsrahmen wird gebildet durch die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs <sup>(12)</sup> und durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates und des Parlaments über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge <sup>(13)</sup>. Letztere Richtlinie war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Kraft; sie ist zwischenzeitlich durch die Richtlinie 2004/18/EG ersetzt worden.
18. Nach dem RegG sind die Bundesländer dafür zuständig, die Erbringung eines angemessenen öffentlichen Verkehrsangebots sicherzustellen (§§ 1 bis 3 RegG). Dazu können sie im Einklang mit der genannten Verordnung (EWG) Nr. 1191/69, geändert durch die Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates <sup>(14)</sup>, Verkehrsunternehmen entweder gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen oder öffentliche Dienstleistungsaufträge mit Verkehrsunternehmen schließen (§ 4 RegG).
19. Um die Finanzierung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und der öffentlichen Dienstleistungsaufträge zu gewährleisten, leistet die Bundesregierung ab 2002 Zahlungen an die Länder mit einem Gesamtbetrag von 6,745 Mrd. EUR. Zum Ausgleich der Inflation wird dieser Betrag jährlich um 1,5 % angehoben (§ 5 RegG). Nach dem Länderverteilungsschlüssel erhält das Land Brandenburg jährlich 271,1 Mio. EUR, das Land Berlin 276,1 Mio. EUR (§ 8 Abs. 1 RegG). Außerdem erhalten Brandenburg und Berlin einen zusätzlichen Betrag, der sich für Brandenburg auf 5 % und für Berlin auf 4,03 % des Gesamtbetrags beläuft. Dieser zusätzliche Betrag ist nicht von den Zahlungen nach dem Schlüssel von § 8 Abs. 1 RegG abgedeckt (§ 8 Abs. 2 RegG).
20. Der Betrag von 6,745 Mrd. EUR wurde auf der Grundlage einer Studie des Beratungsunternehmens Wibera, einer Filiale von PriceWaterhouseCoopers, errechnet. Diese Studie mit dem Titel ‚Sachrevision des Regionalisierungsgesetzes. Plausibilitätsprüfung der monetären Bewertung des Grundangebotes durch die Deutsche Bahn AG‘ (im Folgenden ‚Sachrevisionsstudie‘) hatte den Zweck zu prüfen, ob das Angebot der Deutschen Bahn für die Erbringung von 537,12 Mio. Zugkilometern im Regionalverkehr angemessen war.
21. Das AEG sieht Bedingungen vor, die von Unternehmen, die Eisenbahnlinien betreiben, sowie von Unternehmen, die Eisenbahninfrastruktur betreiben, erfüllt werden müssen, um eine Genehmigung zu erhalten. Nach § 15 AEG können die Länder, wenn sie dies wünschen, öffentliche Dienstleistungsverträge ausschreiben, die sie an Eisenbahnunternehmen im Regionalverkehr vergeben wollen.
22. Die VgV von 2001, mit der die Richtlinie 92/50/EWG des Rates und des Parlaments umgesetzt wird, schreibt jedoch vor, dass die Länder öffentliche Dienstleistungsverträge mit Eisenbahnunternehmen im Regionalverkehr grundsätzlich ausschreiben, wenn der Vertragswert 400 000 EUR übersteigt.
23. § 4 Abs. 3 VgV sieht eine bis zum 31. Dezember 2014 befristete Ausnahme von diesem Grundsatz vor. Danach können die Länder Verträge in zwei Fällen freihändig vergeben:
- Der Vertrag betrifft nur eine einzige Schienenverkehrslinie und hat eine Laufzeit von höchstens drei Jahren.
  - Die Vertragslaufzeit beträgt höchstens zwölf Jahre. Während dieser zwölfjährigen Laufzeit wird ein wesentlicher Teil der Linien, für die der Vertrag geschlossen wird, aus dem Vertrag herausgenommen und zum Gegenstand einer Ausschreibung für die Restlaufzeit des Hauptvertrags.
24. Entscheidet sich ein Land für die zweite Option, muss es nach Vertragsschluss den Vertragswert und die Modalitäten veröffentlichen, die für die Herausnahme der später auszuschreibenden Linien aus dem Vertrag gelten.
- 2.2.2. *Entwicklung des Regionalverkehrsmarkts seit der Marktöffnung 1996*
25. Seit der Öffnung des deutschen Markts für den regionalen Schienenverkehr haben sich private Unternehmen in diesem Markt betätigt. Inzwischen gibt es in Deutschland über 300 private Eisenbahnunternehmen. Von diesen 300 Unternehmen betätigen sich mehr als 50 im regionalen Personenverkehr <sup>(15)</sup>.
26. Die Deutsche Bahn AG, der historische Betreiber, ist das größte am Markt tätige Unternehmen. Im Jahr 2004 erbrachte sie 88,1 % der Zugkilometer und 94,7 % der Personenkilometer <sup>(16)</sup>.
27. Unter den Wettbewerbern lassen sich zwei große Gruppen unterscheiden: zum einen auf den Personenverkehr spezialisierte multinationale Unternehmen wie Connex und Arriva, zum anderen Unternehmen im Eigentum der Länder und Gemeinden.

<sup>(9)</sup> BGBl. I 1993, 2378, 2395.

<sup>(10)</sup> BGBl. I 1993, 2378, 2396.

<sup>(11)</sup> BGBl. 2001, 110.

<sup>(12)</sup> ABl. L 156 vom 28.6.1969, S. 1.

<sup>(13)</sup> ABl. L 209 vom 24.7.1992, S. 1.

<sup>(14)</sup> ABl. L 169 vom 29.6.1991, S. 1.

<sup>(15)</sup> Wettbewerbsbericht 2005 der Deutschen Bahn AG, S. 40 ff.

<sup>(16)</sup> Wettbewerbsbericht 2005 der Deutschen Bahn AG, S. 14 ff.

### 2.3. Öffentlicher Dienstleistungsvertrag der Deutschen Bahn Regio AG mit den Ländern Berlin und Brandenburg

28. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist ein öffentlicher Dienstleistungsvertrag, der zwischen den Ländern Berlin und Brandenburg einerseits und der Deutschen Bahn Regio AG andererseits ohne vorherige Ausschreibung geschlossen wurde. Der Vertrag, der die in den beiden Ländern zu erbringenden Dienste abdeckt, wurde am 19. Dezember 2002 für den Zehnjahreszeitraum vom 15. Dezember 2002 bis 15. Dezember 2012 geschlossen. Die Gesamtsumme der Zahlungen beläuft sich auf 2,5 Mrd. EUR. Es ist angezeigt, den Inhalt des Vertrags sowie die darin vereinbarte Methode zur Berechnung der Vergütung darzulegen.

#### 2.3.1. Vertragsinhalt <sup>(17)</sup>

29. Die im vorliegenden Fall besonders belangreichen Vertragsbestimmungen betreffen die von der Deutschen Bahn Regio AG zu erbringenden Dienste, die Vergütung dieser Dienste, die Möglichkeit, bestimmte Linien aus dem Vertrag herauszunehmen, um sie auszuschreiben, sowie die sonstigen finanziellen Bestimmungen.

##### 2.3.1.1. Die von der Deutschen Bahn Regio AG zu erbringenden Dienste (§§ 3 und 4 des Vertrags)

30. In § 3 des Vertrags ist festgelegt, welche Schienenverkehrsdienste die Deutsche Bahn Regio AG zu erbringen hat. Anhang 1 des Vertrags enthält die detaillierte Liste der 42 Eisenbahnlinien, die die Deutsche Bahn Regio AG in der Region zu betreiben hat, ebenso wie die vorzusehende Häufigkeit der Züge. Insgesamt hat der Vertrag ein Volumen von 35 Mio. Zugkilometern im Jahr.

31. In § 4 und Anhang 2 des Vertrags ist festgelegt, welche Dienstqualität die Deutsche Bahn Regio AG zu gewährleisten hat und welche Preisminderungen die Länder bei Schlechtleistung geltend machen können.

32. Anhang 2 betrifft die Pünktlichkeit, die Qualität der Fahrzeuge, den Einsatz von Zugbegleitpersonal, das bereitzuhaltende Informationsangebot, die Sauberkeit der Fahrzeuge, die Sicherheit und die bei einer Verkehrsunterbrechung oder Verspätung zu erbringenden Dienstleistungen.

##### 2.3.1.2. Vergütung der Dienste (§§ 5, 6 und 7 des Vertrags)

33. § 5 und Anhang 3-1 des Vertrags enthalten Regeln zur Festlegung des Grundpreises der erbrachten Dienste. § 6 regelt [...] (\*). § 7 regelt die Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur.

<sup>(17)</sup> Der Vertrag umfasst eine Präambel, 20 Paragraphen und sechs Anhänge.

(\*) Geschäftsgeheimnis.

34. **Festlegung des Grundpreises.** Nach § 5 des Vertrags erhält die Deutsche Bahn Regio AG im Jahr 2002 einen Preis von [zwischen 6 und 8] EUR/Zugkilometer in Berlin und von [zwischen 7 und 9] EUR/Zugkilometer in Brandenburg. Dieser Betrag wird jährlich nach folgender Formel erhöht: [85-95] % des Betrags werden jährlich um [0-5] % angehoben; [5-15] % werden gemäß dem Index Nr. 828 (Elektrizität für Großkunden) des deutschen Statistischen Bundesamts und [0-5] % gemäß dem Index Nr. 258 (Dieselkraftstoff für Großkunden) des deutschen Statistischen Bundesamts angehoben.

35. Laut der Deutschen Bahn Regio AG zahlen Berlin und Brandenburg der Deutschen Bahn Regio AG zwischen dem 15. Dezember 2002 und dem 15. Dezember 2012 insgesamt 2,5 Mrd. EUR, wovon 0,4 Mrd. EUR auf Berlin und 2,1 Mrd. EUR auf Brandenburg entfallen <sup>(18)</sup>.

36. Laut der deutschen Regierung haben sich die Parteien für die Vereinbarung des Preises auf die Sachrevisionsstudie von Wibera gestützt. In dieser Studie wurde als Preis je Zugkilometer für Berlin [zwischen 6 und 8] EUR und für Brandenburg [zwischen 7 und 9] EUR errechnet.

37. [...]

38. **Finanzierung der Infrastruktur.** Die Deutsche Bahn Regio AG muss für die Nutzung der Infrastruktur, d. h. des Schienennetzes und der Bahnhöfe, einen Finanzbeitrag an die Deutsche Bahn Netz AG (für die Nutzung des Schienennetzes) und die Deutsche Bahn Station & Service AG (für die Nutzung der Bahnhöfe und Haltepunkte) leisten. Der Preis für die Nutzung der Infrastruktur ist bereits in dem von den Ländern zu zahlenden Gesamtpreis enthalten.

39. **Nutzung des Schienennetzes.** Während der Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsvertrags beruht die Berechnung des Infrastrukturbeitrags auf dem Trassenpreissystem TPS 01 (im Folgenden 'TPS 01') für den Zeitraum 15. Dezember 2002 bis 12. Dezember 2004 bzw. auf dem modularen Trassenpreissystem.

#### Das TPS 01

40. Das TPS 01 wurde am 1. April 2001 eingeführt, nachdem das Bundeskartellamt das vorherige Tarifsysteem aus dem Jahr 1998 einer Prüfung unterzogen hatte <sup>(19)</sup>. Im Anschluss an eine vorläufige Untersuchung kam das Bundeskartellamt vorerst zu dem Schluss, dass das alte System zur Folge hatte, dass die privaten Eisenbahnunternehmen um durchschnittlich 25 % höhere Preise als die Deutsche Bahn Regio AG zu zahlen hatten, wobei der Preisunterschied in bestimmten Fällen bis zu 40 % betrug <sup>(20)</sup>. Mit der Einführung des neuen Systems wurden die diskriminierenden Elemente des vorherigen Systems beseitigt, und das Bundeskartellamt stellte das Verfahren ein.

<sup>(18)</sup> Diese Summe wird in einem Schreiben genannt, das der Beschwerdeführer der Kommission vorgelegt hat und das der deutschen Regierung übermittelt wurde, die diesbezüglich keine Bemerkungen abgegeben hat.

<sup>(19)</sup> Einzelheiten zu dieser Untersuchung sind der Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 20. März 2001 zu entnehmen: [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2001/2001\\_03\\_20.php](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2001/2001_03_20.php)

<sup>(20)</sup> Siehe die Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 20. März 2001.

41. Das TPS 01 ordnet alle Schienenwege in neun Kategorien ein. Sechs Kategorien entsprechen Schienenwegen für die Nutzung durch Hochgeschwindigkeitszüge, Schnellzüge und Regionalzüge (Kategorien F1 bis F6). Zwei Kategorien decken zweitrangige, nicht elektrifizierte Schienenwege ab (Kategorien Z1 und Z2). Eine Kategorie umfasst S-Bahnen (Kategorie S1).
42. Jeder Kategorie entspricht ein einheitlicher Preis. Der Preis wird bestimmt durch die Qualität des Schienenwegs (höchster Preis für Hochgeschwindigkeitsstrecken) und der Auslastung des Schienenwegs (höchster Preis für die am wenigsten ausgelasteten Schienenwege). Es ist jedoch nicht nachvollziehbar angegeben, nach welchen Kriterien die beiden Faktoren zum einheitlichen Preis beitragen.
43. Der einheitliche Preis wird anschließend mit einem Faktor multipliziert, der die Nutzungsfaktoren und Marktbedingungen widerspiegeln soll. Tabelle 1 im Anhang enthält die sich aus dieser Berechnung ergebenden Endpreise.
44. Seit dem 1. Januar 2003 wurde in diese Regelung ein ‚Regionalfaktor‘ einbezogen. Laut Pressemitteilung der Deutschen Bahn Netz AG betrifft diese Maßnahme Schienenstrecken mit einer Gesamtlänge von 14 000 km. Der Endpreis wird gemäß TPS 01 für diese Schienenwege mit einem Regionalfaktor multipliziert, der zwischen 1,1 und 2,45 liegt. Die zusätzlichen Einnahmen werden laut derselben Pressemitteilung zur verbesserten Instandhaltung der betreffenden Netze verwendet. Die folgende Tabelle gibt eine Übersicht über die verschiedenen Regionalfaktoren für Brandenburg und Berlin im Jahr 2003:

Teilnetz	Regionalfaktor 2003
Templiner Netz	1,28
Prignitz-Netz	1,15
Westbrandenburg-Netz	1,35
Oder-Spree-Netz	1,63
Lausitz-Netz	1,75
Altmark-Netz	1,72
Mittelbe-Netz	1,75

Quelle : Deutsche Bahn

#### Modulares Trassenpreissystem

45. Seit dem 12. Dezember 2004 hat die Deutsche Bahn Netz AG ihr Preissystem erneut geändert, das jetzt als ‚modulares Trassenpreissystem‘ bezeichnet wird. Das neue System behält die Unterscheidung verschiedener Schienenwege bei, die im PS 01 eingeführt wurde, ergänzt sie jedoch durch weitere Faktoren. Der Preis berechnet sich nunmehr nach folgender Formel:

Grundpreis \* Produktfaktor \* Auslastungsfaktor +/- Störungskomponente + Lastkomponente

46. Der Auslastungsfaktor ist ein Faktor von 1,2, der für Strecken mit erhöhter Auslastung gilt, für die es Alterna-

tivstrecken gibt. Bezweckt wird damit die Schaffung eines Anreizes zur Nutzung von Alternativstrecken.

47. Die Störungskomponente ist ein Aufschlag für Verspätungen, die das Eisenbahnunternehmen zu verantworten hat.
48. Die Lastkomponente ist ein Aufschlag von 0,9 EUR/km für Züge mit einem Gewicht über 3 000 Tonnen.
49. **Nutzung der Bahnhöfe.** Die Deutsche Bahn Station & Service AG legt die Preise fest, die von der Deutschen Bahn Regio AG für die Nutzung der Bahnhöfe an sie zu zahlen sind. Bis zum 31. Dezember 2004 wurden diese Preise laut der deutschen Regierung berechnet, indem die Kosten (Bau und Instandhaltung der Infrastruktur, Personal usw.) durch die Zahl der Nutzer geteilt wurden. Bei diesem System schwankten die Kosten für einen Zughalt zwischen 0,15 EUR im Bahnhof Gildenhall (niedrigste Kosten) und 50,30 EUR im Bahnhof Bad Freienwalde (höchste Kosten).
50. Zum 1. Januar 2005 hat die Deutsche Bahn Station & Service AG ein neues Preissystem eingeführt, bei dem die Bahnhöfe in sechs Kategorien je nach verkehrlicher Bedeutung eingeteilt sind. Für jede dieser sechs Kategorien hat die Deutsche Bahn Station & Service AG einen anderen Preis festgesetzt, der sich auch je nach Bundesland unterscheidet. Diese Differenzierung nach Ländern ist durch die unterschiedliche Praxis der Bundesländer bezüglich Beihilfen zur Renovierung der Bahnhöfe gerechtfertigt, weshalb die Preise in denjenigen Ländern niedriger sind, die höhere Subventionen für Bahnhöfe gewähren. Der Halt im Bahnhof Bad Freienwalde (Kategorie 5) kostet jetzt 6,95 EUR, im Bahnhof Gildenhall (Kategorie 6) 3,44 EUR.

51. **Vertragsbestimmungen.** Der öffentliche Dienstleistungsvertrag regelt in § 7 die Zahlung von Infrastrukturentgelten. Absatz 1 sieht vor, dass die vereinbarten Preise die Infrastrukturentgelte abdecken. Die Absätze 2 bis 6 enthalten Bestimmungen über das Verfahren und über die Rückzahlung für den Fall, dass sich die Infrastrukturentgelte ändern.

52. § 7 Abs. 2 des Vertrags sieht vor, [...].

53. § 5 des Vertrags enthält auch eine Revisionsklausel, wonach jede Partei die Neuverhandlung des Vertrags verlangen kann, falls nach der Änderung des RegG die Deutsche Bahn Netz AG und/oder die Deutsche Bahn Station & Service AG ihre Infrastrukturpreise um mehr als [...] % erhöhen oder senken.

#### 2.3.1.3. Möglichkeit, bestimmte Schienenverkehrslinien aus dem Vertrag herauszunehmen, um sie auszuschreiben (§ 8)

54. § 8 sieht vor, dass die Länder insgesamt [...] Zugkilometer vor Laufzeitende aus dem Vertrag herausnehmen. [...] Zugkilometer werden ab dem 12. Dezember 2004 aus dem Vertrag herausgenommen. Es handelt sich um folgende Linien: RegionalBahn 25 (Berlin-Lichtenberg-Tiefensee), RegionalBahn 60 (Berlin-Lichtenberg-Eberswalde-Frankfurt/Oder), RegionalBahn 63 (Eberswalde-Templin).

55. Hinsichtlich der restlichen [...], Zugkilometer entscheiden die Länder, wann sie sie aus dem Vertrag herausnehmen und welche Linien dies betrifft.
56. In einem Vertragszusatz, der an demselben Tag wie der Vertrag selbst unterzeichnet wurde, haben die Parteien konkret festgelegt, welche Linien den [...] Zugkilometern entsprechen, die die Länder aus dem Vertrag herausnehmen können. Die Liste ist in Tabelle 2 im Anhang wiedergegeben.
57. Falls die Länder eine Linie aus dem Vertrag herausnehmen, wird die Vertragssumme um das Produkt aus herausgenommenen Zugkilometern und Festpreis je Zugkilometer vermindert, ohne dass eine Neuberechnung des Kilometerpreises erfolgt.
58. Falls die Deutsche Bahn Regio AG [...] <sup>(21)</sup>.

#### 2.3.1.4. Sonstige finanzielle Bestimmungen

59. § 11 sieht vor, dass die Deutsche Bahn Regio AG auch die Erträge aus dem Fahrscheinverkauf erhält. Die Deutsche Bahn Regio AG kann die Preise für Kunden, die ihren Fahrschein nicht in einem der Verkehrsverbünde lösen, selbst festlegen. Erhöhungen dieser Preise müssen jedoch vom Bundesverkehrsministerium genehmigt werden.
60. Seit Dezember 2002 hat die Deutsche Bahn Regio AG ihre Fahrpreise mehrmals erhöht. Die letzte Preiserhöhung Ende 2005 wurde insbesondere mit der Kostensteigerung bei Strom und Dieselmotorkraftstoff begründet <sup>(22)</sup>.
61. § 16 regelt Vertragsänderungen. Er sieht insbesondere vor, dass [...].

#### 2.4. Darlegung der Beschwerde

62. Connex ist der Auffassung, dass der von den Ländern Brandenburg und Berlin gezahlte Preis den Marktpreis für diese Verkehrsdienstleistungen übersteigt. In der Beschwerde führt das Unternehmen Anzeichen dafür an, dass seiner Meinung nach eine Überkompensation der Deutschen Bahn Regio AG durch die Länder erfolgt.
63. **Nichtanwendung der Regeln für öffentliche Aufträge.** Connex stellt als erstes fest, dass die Länder das für öffentliche Aufträge einschlägige Gemeinschaftsrecht nicht angewendet haben. Laut Connex fallen die regionalen Verkehrsdienstleistungen unter die Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor. Indem sie den öffentlichen Dienstleistungsvertrag ohne vorherige Information der Öffentlichkeit oder der Wettbewerber vergeben haben, hätten die Länder mindestens gegen die Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung verstoßen.

64. Die Nichtanwendung der Regeln für öffentliche Aufträge ist für Connex auch ein Anzeichen dafür, dass der von den Ländern gezahlte Preis überhöht ist. Connex führt mehrere Beispiele dafür an, dass die bei Ausschreibungen erzielten Preise um durchschnittlich 20 % unter den Preisen liegen, die die Länder bei der freihändigen Auftragsvergabe zahlen.
65. **Unterbliebene Marktuntersuchung und fehlender Preisvergleich.** Connex hebt hervor, dass die Länder keine Marktuntersuchung und keinen Vergleich der von den Wettbewerbern der Deutschen Bahn Regio AG angebotenen Preise vorgenommen hätten.
66. **Weigerung Berlins, den Vertrag zu unterzeichnen.** Connex weist darauf hin, dass der Berliner Finanzsenator, Thilo Sarrazin, die Unterzeichnung des öffentlichen Dienstleistungsvertrags verweigert habe, da der von der Deutschen Bahn Regio AG verlangte Preis überhöht gewesen sei. Der Vertrag sei dennoch, mit einem Vorbehalt des Landes Berlin, in Kraft getreten. Laut der Deutschen Bahn AG wurde der Vertrag am 27. August 2004 von der Berliner Verkehrssenatorin, Frau Junge-Reyer, unterzeichnet <sup>(23)</sup>.
67. **Globalpreis statt Preis je Linie oder Teilnetz.** Der Vertrag sieht einen Preis je Zugkilometer vor, ohne den unterschiedlichen Kosten für die Infrastruktur oder der unterschiedlichen Zahl der Fahrgäste auf einer bestimmten Linie oder in einem bestimmten Teilnetz Rechnung zu tragen. Laut Connex sei es aus mehreren Gründen sehr unwahrscheinlich, dass das zu deckende Defizit für alle Linien und Teilnetze dasselbe sei.
68. Erstens schwankten die Infrastrukturentgelte sehr stark zwischen den Linien und Teilnetzen wegen der Regionalfaktoren, der Einstufung der Linien und der stark unterschiedlichen Auslastung der verschiedenen Strecken. Dies müsse unterschiedliche Kosten zur Folge haben.
69. Zweitens gäbe es laut Connex Linien, die stark frequentiert seien und daher fast rentabel, wenn nicht rentabel sein müssten. Dies sei insbesondere bei den RegionalExpress-Linien 1 bis 5 der Fall, die Berlin mit den größeren Städten in Brandenburg verbinden.
70. Schließlich unterstreicht Connex, dass der Vertrag keine Revision des Globalpreises zum Zeitpunkt der Herausnahme einer Schienenverkehrslinie aus dem Vertrag vorsehe. Laut Connex handele es sich bei den Linien, die die Länder aufgrund von § 4 Abs. 3 VgV aus dem Vertrag herausnehmen müssen und aufgrund des öffentlichen Dienstleistungsvertrags aus dem Vertrag herausnehmen können, um sie auszuschreiben, um diejenigen Linien, die die höchsten Kosten verursachten. Folglich steige die Überkompensation der Deutschen Bahn Regio AG nach der Herausnahme der betreffenden Strecken während der Laufzeit des Vertrags immer stärker an.

<sup>(21)</sup> [...]\*

<sup>(22)</sup> Siehe den Artikel in der Netzeitung vom 5. Oktober 2005, <http://www.netzeitung.de/wirtschaft/unternehmen/361374.html>

<sup>(23)</sup> Schreiben der Deutschen Bahn AG an die Kommission vom 23. Juli 2007, registriert bei der GD TREN unter dem Zeichen TREN A 38436.

71. **Quersubventionen innerhalb der Deutschen Bahn.** Connex ist der Auffassung, dass die Deutsche Bahn AG den Regionalverkehr als „Melkkuh“ des Deutsche-Bahn-Konzerns nutze und insbesondere der Deutschen Bahn Fernverkehr AG und Railion AG, der Güterverkehrstochter der Deutschen Bahn AG, Quersubventionen zukommen lasse. Zur Stützung dieser These führt Connex eine Studie an, die belege, dass die Deutsche Bahn Regio AG, besonders dank freihändig vergebener öffentlicher Dienstleistungsverträge mit mehreren Bundesländern und dank Ramsey-Preisen der Deutschen Bahn Netz AG und der Deutschen Bahn Station & Service AG, eine übermäßige Produzentenrente erziele <sup>(24)</sup>.
72. Connex unterstreicht in diesem Zusammenhang, dass die Deutsche Bahn Regio AG, die etwa die Hälfte des Umsatzes des Konzerns Deutsche Bahn AG erwirtschaftete, seit Jahren die bei weitem höchsten Gewinne innerhalb des Konzerns erziele. Außerdem führt Connex aus, dass die Deutsche Bahn Netz AG 2002 65 % ihres Umsatzes mit der Deutschen Bahn Regio AG getätigt habe, was übermäßig erscheine, da der Bau und die Instandhaltung der Hochgeschwindigkeitsstrecken wesentlich teurer sei als der Bau und die Instandhaltung der Strecken für den Regionalverkehr, wobei es letztere sind, die von der Deutschen Bahn Regio AG genutzt werden <sup>(25)</sup>.
73. **„Querangebote“ der Deutschen Bahn an die Länder.** Abschließend äußert Connex die Auffassung, die Deutsche Bahn AG habe Druck angewendet und insbesondere damit gedroht, Fahrzeuginstandhaltungsbetriebe zu schließen und vorgesehene Infrastrukturinvestitionen nicht vorzunehmen, um die Länder Berlin und Brandenburg dazu zu bewegen, ausschließlich mit ihr zu verhandeln <sup>(26)</sup>.

### 3. WÜRDIGUNG DER MASSNAHME

#### 3.1. Vorliegen einer Beihilfe

74. Gemäß Artikel 87 Absatz 1 des EG-Vertrags sind, *„soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“*.
75. Der öffentliche Dienstleistungsvertrag sieht eine Zahlung zugunsten der Deutschen Bahn AG aus Haushaltsmitteln der Länder Berlin und Brandenburg vor. Die Zahlung erfolgt also aus staatlichen Mitteln.
76. Die Deutsche Bahn Regio AG, Begünstigte der Zahlungen, ist ein Unternehmen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 des EG-Vertrags.
77. Es stellt sich die Frage, ob die Zahlung der Deutschen Bahn AG einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft oder verschafft hat. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erlangt ein Unternehmen keinen wirtschaftlichen Vorteil, wenn der Ausgleich für eine öffentliche Dienstleistung die vier Kriterien erfüllt, die im Urteil in der Rechtssache Altmark Trans <sup>(27)</sup> festgelegt wurden. Es ist daher zu prüfen, ob der öffentliche Dienstleistungsvertrag, der zwischen der Deutschen Bahn Regio AG und den Ländern Berlin und Brandenburg geschlossen wurde, diese vier Kriterien erfüllt.
- 3.1.1. *Tatsächlich mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betrautes Unternehmen*
78. Es ergibt sich bereits aus der nationalen Rechtsgrundlage des Vertrags, d. h. dem RegG, dass die Deutsche Bahn Regio AG mit der Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung betraut wird, nämlich dem Angebot angemessener öffentlicher Verkehrsdienste. Im Vertrag selbst sind die Verpflichtungen der Deutschen Bahn Regio AG detailliert dargelegt hinsichtlich Pünktlichkeit, Qualität und Häufigkeit der zu erbringenden Schienenverkehrsdienste. Daher ist das erste Altmark-Kriterium erfüllt.
- 3.1.2. *Zuvor objektiv und transparent aufgestellte Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird*
79. Einziger Parameter für die Berechnung der vertraglichen Vergütung ist die Zahl der von der Deutschen Bahn Regio AG erbrachten Zugkilometer. Diese Vergütung beläuft sich auf [zwischen 6 und 8] EUR/Zugkilometer in Berlin und [zwischen 7 und 9] EUR/Zugkilometer in Brandenburg (§ 5 des Vertrags). Der Vertrag enthält keinerlei Angaben, aus denen sich erschließen ließe, wie die Parteien diesen Preis ermittelt haben.
80. Die Kommission hat Deutschland mit einem Auskunftsersuchen aufgefordert, die Parameter anzugeben, anhand deren die Preisberechnung erfolgte. In seiner Antwort hat Deutschland erläutert, dass die Vertragsparteien von den Preisen ausgegangen seien, die in der Sachrevisionsstudie von Wibera ermittelt wurden. Da diese Preise auch die S-Bahn umfassten, die Gegenstand eines getrennten öffentlichen Dienstleistungsvertrags ist, wurden die Preise anschließend entsprechend angepasst.

<sup>(24)</sup> Ilgmann, „Vergabe von Nahverkehrsaufträgen durch die Bundesländer: Wirtschaftliche Bedeutung für den DB-Konzern und dessen Praxis der Auftrags erzwingung gegenüber den Verkehrsministern der Länder.“

<sup>(25)</sup> Connex verweist auf den Artikel „Bahnreform: Ziel verfehlt“, Bahn-Report 2/2003.

<sup>(26)</sup> Zur Stützung dieses Vorwurfs zitiert Connex einen internen Vermerk des brandenburgischen Verkehrsministeriums, der an die Öffentlichkeit gelangt war, in dem ein Ministerialbeamter das Interesse des Landes Brandenburg an der freihändigen Vergabe des Vertrags an die Deutsche Bahn Regio darlegt, um Investitionen und Arbeitsplätze zu erhalten.

81. Deutschland hat der Kommission nicht die Details der Berechnungen mitgeteilt, die Wibera zur Erstellung der Sachrevisionsstudie vorgenommen hat. Die Sachrevisionsstudie enthält nur eine Beschreibung der verwendeten Methode, nicht jedoch Zahlenangaben, auf deren Grundlage Wibera die Preise je Bundesland errechnet hat.

<sup>(27)</sup> Urteil in der Rechtssache C-280/00, Altmark Trans.

82. Trotz dieser Erläuterung kann die Kommission zum gegenwärtigen Stadium nicht schließen, dass die vertraglich vereinbarten Preise je Zugkilometer auf objektive und transparente Weise festgelegt wurden. Die diesbezüglichen Zweifel der Kommission bestehen derzeit weiter.
- 3.1.3. *Der Ausgleich geht nicht über das hinaus, 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*
83. Auch wenn Deutschland der Kommission gegenüber belegt hätte, dass die Berechnung des Ausgleichs der Deutschen Bahn Regio AG anhand zuvor objektiv und transparent aufgestellter Faktoren erfolgt ist, müsste die Kommission weiterhin prüfen, ob dieser Ausgleich nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.
84. Diesbezüglich ergeben sich Bedenken aufgrund von sechs Fakten.
- 1. Mögliche Auswirkungen der Herausnahme bestimmter Linien aus dem öffentlichen Dienstleistungsvertrag auf die einschlägigen Kosten der Deutschen Bahn Regio AG**
85. Die Kommission stellt als erstes fest, dass der Vertrag eine Vielzahl von Eisenbahnlinien mit sehr unterschiedlichen Merkmalen umfasst. Einige davon, wie die Linien RE 1 bis RE 6, die Berlin mit den Städten im Umland verbinden, sind stark frequentiert, erzielen einen hohen Umsatz und wären wahrscheinlich auch ohne Subventionen nahezu rentabel. Andere, insbesondere die RB-Linien, die Orte im Umland untereinander verbinden, häufig in dünn besiedelten Gebieten, würden ohne Subventionen wahrscheinlich nicht bedient werden.
86. Der öffentliche Dienstleistungsvertrag sieht vor, dass die Linien, die aus dem Vertrag herausgenommen werden müssen und können, sämtlich solche der zweiten Kategorie sind, die gering frequentiert werden. Selbst wenn die zwischen den Ländern und der Deutschen Bahn Regio AG ausgehandelten Preise den durchschnittlichen Kosten der Linien im Jahr 2002 entsprechen, müssten diese Preise jedes Mal überprüft werden, wenn Linien zum Zweck der Ausschreibung aus dem Vertrag herausgenommen werden. Die Kommission bezweifelt daher, dass die zwischen den Parteien bei Unterzeichnung des Vertrags vereinbarten Preise, denen die Gesamtheit der ursprünglich vom Vertrag erfassten Strecken zugrunde lag und die vermutlich den durchschnittlichen Marktpreis im Jahr 2002 widerspiegeln, nach der Herausnahme bestimmter Linien aus dem Vertrag immer noch dem durchschnittlichen Marktpreis entsprechen.
87. Das Protokoll einer Sitzung zur Vorbereitung des Vertragsabschlusses zwischen der Deutschen Bahn Regio AG und den Ländern vom 16. August 2002 stärkt diese Zweifel, da es dort unter Ziffer 9 bezüglich des Preises heißt, die Deutsche Bahn Regio ‚muss in den letzten Vertragsjahren das ‚verdienen‘, was man heute noch mehr verbraucht‘. Der Kommission liegt nur eine teilweise geschwärzte Kopie dieses Protokolls vor, die vom Beschwerdeführer übermittelt wurde. Trotz eines formellen Ersuchens hat Deutschland keine vollständige Fassung dieses Protokolls übermittelt. Dieser Protokollauszug scheint die im vorangehenden Absatz geäußerten Zweifel zu stützen.
88. Folglich ersucht die Kommission Deutschland, ihr für jede vom Vertrag abgedeckte Eisenbahnlinie eine Berechnung der Kosten und Erträge vorzulegen. Außerdem ersucht die Kommission Deutschland, ihr eine vollständige Liste der Eisenbahnlinien vorzulegen, die bis jetzt aus dem Vertrag herausgenommen wurden, ebenso die Preise, die die Länder jetzt für die Erbringung von Diensten auf diesen Linien zahlen. Schließlich ersucht die Kommission Deutschland, ihr eine vollständige Fassung des genannten Protokolls vom 16. August 2002 zu übermitteln.
89. Dies ermöglicht es zu prüfen,
- ob — wie von den deutschen Behörden angeführt — die Kosten je Kilometer, die im Vertrag von 2002 vereinbart wurden, den durchschnittlichen Kosten der Gesamtheit der ursprünglich vom Vertrag erfassten Linien entsprechen, und
  - ob die Durchschnittskosten nach der sukzessiven Herausnahme von Linien unverändert geblieben sind oder nicht.
90. Die Kommission stellt außerdem fest, dass [...].
91. Deutschland hat in seinen Antworten vom 3. März 2004 und 2. März 2006 selbst zugestanden, dass sich für die verschiedenen Linien ein unterschiedlicher Subventionsbedarf je Zugkilometer ergibt. Auch die Deutsche Bahn scheint dies in ihrem ‚Wettbewerbsbericht 2004‘ einzuges-  
tehen (Seite 8):
- „Nachfrageschwache Verkehre sind aus Sicht der Bahnunternehmen nicht weniger attraktiv, da sie in der Regel deutlich geringere Investitionen erfordern. Und in der Kalkulation wird die Differenz zwischen Aufwand und Fahrgeldeinnahmen durch die vertraglichen Entgelte der Besteller gedeckt.“*
- Der zweite Satz gibt zu verstehen, dass die Subventionen für weniger frequentierte Linien höher sind.
92. Angesichts dessen hat die Kommission Bedenken, ob der Preis je Zugkilometer nicht zu einer Überkompensation führt, zumindest ab dem Zeitpunkt, zu dem Linien zum Zweck der Ausschreibung aus dem Anwendungsbereich des öffentlichen Dienstleistungsvertrags herausgenommen werden.

## 2. Mögliche Auswirkungen einer Fahrpreiserhöhung der Deutschen Bahn Regio AG

93. Der Vertrag sieht keine Überprüfung für den Fall vor, dass die Deutsche Bahn Regio AG die Fahrpreise erhöht. Eine Preiserhöhung muss vom Bundesverkehrsminister genehmigt werden, der den Inhalt der öffentlichen Dienstleistungsverträge zwischen den Ländern und der Deutschen Bahn Regio AG anscheinend nicht kennt, weil sie dem Geschäftsgeheimnis unterliegen. Das birgt das Risiko einer ungerechtfertigten Überkompensation und gegebenenfalls eines doppelten Ausgleichs von Mehrkosten.
94. Beispielhaft wird dies durch die Preiserhöhung vom 11. Dezember 2005 belegt. Die Deutsche Bahn AG hatte die Genehmigung des Bundesverkehrsministers für eine Preiserhöhung im Regionalverkehr wegen der Energiepreissteigerung im Herbst 005 beantragt. Mehrere Länder hatten sich gegen diese Preiserhöhung gewandt. Der Bundesverkehrsminister hat sie dennoch genehmigt. <sup>(28)</sup>
95. Infolge dieser Genehmigung hat die Deutsche Bahn Regio AG zweimal einen Ausgleich für die Steigerung der Energiepreise erhalten: zum einen durch eine teilweise Energiekostenindexierung ihres öffentlichen Dienstleistungsvertrags mit Berlin und Brandenburg gemäß § 5 des Vertrags, zum anderen durch die Erhöhung ihrer Tarife und somit der Einnahmen aus dem Fahrscheinverkauf.
96. Die deutsche Regierung ist der Auffassung, dass die Indexierung des Vertrags in Wirklichkeit nur [...] der Energiepreissteigerung ausgeglichen hat und die Fahrpreiserhöhung der Deutschen Bahn Regio AG somit einen vollständigen Ausgleich ermöglichte. Die Kommission schließt nicht aus, dass dies der Fall war. In Ermangelung eines bezifferten Nachweises dieser Behauptung muss sie dennoch diesbezüglich Bedenken äußern. In jedem Fall könnte das Fehlen einer Klausel für die Überprüfung des Vertrags im Fall einer Fahrpreiserhöhung der Deutschen Bahn Regio AG das Risiko einer Überkompensation mit sich bringen, so dass die Kommission diesbezügliche Zweifel im gegenwärtigen Stadium nicht völlig ausschließen kann.

## 3. Verweigerung der Vertragsunterzeichnung durch den Berliner Finanzsenator

97. Der Berliner Finanzsenator Sarrazin hat den öffentlichen Dienstleistungsvertrag nicht unterzeichnet, weil er seiner Meinung nach nicht über genügend Zeit zur Prüfung des Vertrags verfügte und der Auffassung war, dass der vertragliche Preis überhöht war <sup>(29)</sup>. Diese Tatsache begründet Zweifel an der Angemessenheit des Preises. Der Kommission liegen keine genauen Informationen über die Entwicklungen vor, die zwischen dem Zeitpunkt dieser Weigerung und der Unterzeichnung des endgültigen

Vertrags stattgefunden haben. Es scheint, dass Berlin seinen Beitrag wie im Vertrag vorgesehen zahlt, jedoch unter Vorbehalt. Die Kommission ersucht Deutschland, diesen Punkt in seiner Antwort auf die Eröffnung dieses Verfahrens zu klären.

## 4. ‚Querangebote‘ der Deutschen Bahn AG an die Länder

98. Aufgrund von Behauptungen von Connex bezüglich ‚Querangeboten‘ der Deutschen Bahn AG an die Länder hat die Kommission Tatsachen ermittelt, die diesen Behauptungen eine gewisse Glaubwürdigkeit verleihen.
99. Der Vorstandsvorsitzende der Deutschen Bahn AG, Hartmut Mehdorn, soll am 24. Juni 2002 einen Brief an das Land Sachsen-Anhalt geschrieben haben, in dem er äußert, dass die Absicht, eine Ausschreibung für den regionalen Schienenpersonenverkehr durchzuführen, das Risiko birgt, ‚einen Strukturbruch mit massiven negativen Auswirkungen auf die Modernisierung und die Arbeitsplätze im Regionalverkehr des jeweils betroffenen Landes‘ zur Folge zu haben <sup>(30)</sup>. Laut der Zeitschrift ‚Bahn-Report‘ soll auch das Land Schleswig-Holstein auf eine Ausschreibung für Linien ab Kiel verzichtet haben, nachdem die Deutsche Bahn Fernverkehr AG angeblich androhte habe, Kiel nicht mehr mit dem ICE zu bedienen <sup>(31)</sup>. Ein Mitglied des baden-württembergischen Landtags hat in einer Landtagsdebatte am 17. Januar 2004 ausgeführt, dass der Abschluss eines öffentlichen Dienstleistungsvertrags ähnlich dem von Berlin und Brandenburg durch Baden-Württemberg unter anderem durch den Wunsch des Landes motiviert gewesen sei, die Deutsche Bahn Station & Service AG möge das Vorhaben eines neuen unterirdischen Hauptbahnhofes in Stuttgart verwirklichen. <sup>(32)</sup>
100. Die Kommission nimmt auch zur Kenntnis, dass die Monopolkommission, eine unabhängige Instanz, deren Aufgabe die Erstellung von Gutachten zum Stand des Wettbewerbs in bestimmten Sektoren, insbesondere im Eisenbahnverkehr und im Energiebereich, ist, dieses Problem in einem kürzlich erstatteten Sondergutachten angesprochen hat <sup>(33)</sup>.
101. Diese Beispiele legen es nahe, dass die Deutsche Bahn Regio AG versucht hat, höhere Preise in seinen öffentlichen Dienstleistungsverträgen durchzusetzen, indem nicht mit dem Vertrag zusammenhängende Interessen ins Spiel gebracht wurden, wie beispielsweise die Beibehaltung oder Einrichtung von Instandhaltungswerken oder die Erneuerung bzw. der Neubau von Bahnhöfen. Nach Auffassung der Kommission sind diese Fakten geeignet, Zweifel am Nichtvorliegen einer Überkompensation zu begründen.

<sup>(28)</sup> Siehe den Artikel in der Netzeitung vom 5. Oktober 2005, ‚Bahn darf Nahverkehrspreis erhöhen‘.

<sup>(29)</sup> Siehe den Artikel der Lausitzer Rundschau vom 8. Januar 2003, ‚Wirbel um Verkehrsvertrag mit der Bahn‘.

<sup>(30)</sup> Schreiben zitiert in der Zeitschrift ‚Der Fahrgast‘, 2/2003, im Artikel ‚Neues Vergaberecht: Kein Freibrief für Ausschluss von Wettbewerbern. Die Gerichte haben das Wort.‘

<sup>(31)</sup> Siehe den Artikel in der Zeitschrift ‚Bahn-Report‘, 2/2003, ‚Bahnreform: Ziel verfehlt.‘

<sup>(32)</sup> Redebeitrag von Herrn Kaufmann, SPD, wiedergegeben in der Landtagsdrucksache 13/2934.

<sup>(33)</sup> Siehe Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 36 AEG, S. 76, Ziffer 219.

### 5. Fehlende Rückzahlung von Subventionen für den Kauf von Rollmaterial

102. Aus § 8 des öffentlichen Dienstleistungsvertrags ist zu schließen, [...].
103. [...].
104. Angesichts dessen ersucht die Kommission Deutschland, ihr zum einen alle Informationen zu übermitteln, die die Beantwortung der angeführten Fragen ermöglichen, und zum anderen in genereller Weise zu belegen, dass der von den Ländern geleistete Ausgleich keine Überkompensation der durch die Erfüllung der Verpflichtungen entstandenen Kosten einschließlich eines angemessenen Gewinns umfasst.
105. Die zu berücksichtigenden Kosten umfassen sämtliche für die Erbringung der öffentlichen Dienstleistung erforderlichen Aufwendungen. Sie können alle variablen Kosten umfassen, die durch die Erbringung der öffentlichen Dienstleistung verursacht sind, einen angemessenen Beitrag zu den Fixkosten, die der öffentlichen Dienstleistung und anderen Tätigkeiten gemein sind, und eine angemessene Verzinsung des für die öffentliche Dienstleistung eingesetzten Eigenkapitals. Bei der Berechnung der Kosten sind die wie vor definierten Kriterien anzuwenden und die allgemein anerkannten Prinzipien der Kostenrechnung zugrunde zu legen.
106. Auf der Einnahmenseite sind mindestens sämtliche mit der öffentlichen Dienstleistung erwirtschafteten Erträge zu berücksichtigen.

### 6. Fehlende Transparenz auf Seiten der Verhandlungsführer der Länder infolge des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen durch die Deutsche Bahn Regio AG

107. Die Deutsche Bahn Regio AG legt den Ländern, mit denen sie einen öffentlichen Dienstleistungsvertrag schließt, den strikten Schutz des Geschäftsgeheimnisses auf <sup>(34)</sup>. Die Länder, also auch Berlin und Brandenburg, haben somit keine Möglichkeit, das ihnen gemachte Angebot der Deutschen Bahn Regio AG mit den Angeboten zu vergleichen, die die Deutsche Bahn Regio AG anderen Ländern gemacht hat.
108. Die Kommission stellt fest, dass die Verhandlungsführer Berlins und Brandenburgs in Ermangelung von Ausschreibungen und ohne andere Anhaltspunkte wie die von der Deutschen Bahn Regio AG in anderen Ländern verlangten Preise gegenüber der Deutschen Bahn Regio AG in einer schwachen Verhandlungsposition gewesen zu sein scheinen.

<sup>(34)</sup> Beispielfhaft belegt wird dies durch den baden-württembergischen Verkehrsminister Müller, der sich vor einem Ausschuss des Landtags am 17. Januar 2004 wie folgt äußerte (siehe Drucksache 13/2934, Landtag von Baden-Württemberg, Seite 8):

„Ich kann Ihnen nicht genau sagen, wie gut die Verträge anderer Bundesländer sind. Denn die DB hat es bisher meisterhaft verstanden, so starke Geheimhaltungsvereinbarungen mit dem jeweiligen Vertragspartner zu erreichen, dass sich die Bundesländer nicht untereinander austauschen konnten — nach dem Motto: Wie habt ihr es denn geregelt? Und jeder denkt in dieser Situation, er habe es besonders schlau angestellt, und rückt dann im Gespräch mit dem benachbarten Bundesland natürlich auch nichts heraus.“

3.1.4. Bestimmung der Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind

109. Der öffentliche Dienstleistungsvertrag war nicht Gegenstand einer Ausschreibung. Es ist daher zu prüfen, ob der Preis des öffentlichen Dienstleistungsvertrags ermittelt wurde anhand einer Analyse der Kosten, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.
110. Nach Auffassung Deutschlands ist dieses Kriterium erfüllt. Es erläutert, dass die Länder das Unternehmen Wibera im Jahr 2001 damit beauftragt hätten, die Kosten eines effizienten und modernen öffentlichen Nahverkehrs zu ermitteln. Das Unternehmen Wibera hat, ausgehend von den Daten der Deutschen Bahn Netz, der Deutschen Bahn Station & Service und der Deutschen Bahn Regio, daraufhin die notwendige Finanzierung ermittelt, die sich für 537 Mio. Zugkilometer auf 4,4 Mrd. EUR beläuft.
111. Deutschland rechtfertigt die Nutzung der Daten der Deutschen Bahn damit, dass es 2001 sehr wenige Wettbewerber gab und keinen Wettbewerber vergleichbarer Größe.
112. Deutschland hat der Kommission mitgeteilt, dass Wibera, ein Tochterunternehmen von PriceWaterhouseCoopers, seit 1997 mehrfach für den Konzern Deutsche Bahn AG tätig war und insbesondere das Infrastrukturtarifierungssystem entwickelt hat.
113. Die Kommission hat Bedenken, ob die von Wibera ermittelten Zahlen das vierte ‚Altmark-Kriterium‘ erfüllen. Erstens wurden die Zahlen, die aus dem Jahr 2001 stammen, nicht für den konkret vorliegenden Vertrag ermittelt, sondern für den öffentlichen Regionalverkehr in Deutschland im Allgemeinen. Ferner hat die Kommission Bedenken, was die Unparteilichkeit von Wibera angeht, da das Unternehmen in der Vergangenheit einen Vertrag zur Entwicklung des Infrastrukturtarifierungssystem erhalten hatte, das es dann zur Ermittlung der Kosten der Deutschen Bahn Regio auditieren sollte. Schließlich stellt die Kommission fest, dass in der Wibera-Studie ausschließlich Daten der Deutschen Bahn benutzt wurden, ohne dass ein internationaler Vergleich vorgenommen oder andere vergleichbare Unternehmen gesucht wurden.

114. Die Kommission hat daher Bedenken, ob der notwendige Ausgleich auf der Grundlage einer Analyse der Kosten ermittelt wurde, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.
- 3.1.5. *Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten*
115. Es ist auch zu prüfen, ob die Finanzunterstützung an die Deutsche Bahn Regio AG den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. Diesbezüglich muss die Kommission die Situation des betroffenen Marktes und die Marktanteile der Begünstigten auf diesem Markt analysieren, ebenso wie die Auswirkungen, die die Finanzunterstützung auf die Wettbewerbssituation haben wird <sup>(35)</sup>.
116. Im vorliegenden Fall wird die Begünstigung einem Verkehrsunternehmen gewährt, das im Schienenverkehr insbesondere in Deutschland, aber auch in den Nachbarländern tätig ist. In Deutschland sind die Schienenverkehrsmärkte dem Wettbewerb geöffnet. Nach der schrittweisen Öffnung der Verkehrsmärkte herrscht auf diesen jetzt ein kräftiger Wettbewerb zwischen den Akteuren, der durch jede Begünstigung eines Akteurs verfälscht werden kann. Die Finanzunterstützung verfälscht den Wettbewerb oder droht ihn zu verfälschen.
117. Abschließend ist zu prüfen, ob die Unterstützungsmaßnahmen den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Gemäß der ständigen Rechtsprechung obliegt es diesbezüglich der Kommission, die Handelsströme der fraglichen Erzeugnisse zwischen den Mitgliedstaaten und die Ausfuhren der Begünstigten zu analysieren <sup>(35)</sup>.
118. Der Schienenpersonenverkehrsmarkt ist auf Ebene der Gemeinschaft noch nicht dem Wettbewerb geöffnet. Mehrere Mitgliedstaaten haben ihren nationalen Markt jedoch geöffnet, darunter auch Deutschland. Die historischen Betreiber dieser Länder, aber auch Gesellschaften wie Connex und Arriva, sind in mehreren Mitgliedstaaten der Gemeinschaft tätig. Daher bergen Beihilfen, die einem deutschen Eisenbahnunternehmen gewährt werden, das Risiko, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, die den Schienenpersonenverkehr bereits dem Wettbewerb geöffnet haben oder deren Unternehmen sich bereits auf nationalen Märkten betätigen, die dem Wettbewerb geöffnet sind.
119. Außerdem stellt die Kommission fest, dass der Konzern Deutsche Bahn AG, insbesondere mittels seines Logistik-Tochterunternehmens Schenker, auch auf Märkten tätig ist, die dem Wettbewerb vollständig geöffnet sind. Da die Deutsche Bahn Regio AG ihren Gewinn aufgrund von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen zwischen der Deutschen Bahn AG und ihren Tochterunternehmen zum Teil an den Konzern Deutsche Bahn AG abführt, kann eine Beihilfe zugunsten der Deutschen Bahn Regio AG eine Stärkung der Stellung des Konzerns Deutsche Bahn AG auf den vollständig dem Wettbewerb geöffneten Märkten zur Folge haben.
120. Die in Rede stehenden Unterstützungsmaßnahmen bergen somit das Risiko, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.
121. In diesem Zusammenhang ist auch das von Connex vorgebrachte Argument zu prüfen, dass es Quersubventionen innerhalb des Konzerns Deutsche Bahn AG gebe, die über die Tarifierung der Infrastruktur erfolgen.
122. Die Kommission erinnert daran, dass nach den Bestimmungen der Richtlinie 91/440/EG zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft die Mitgliedstaaten eine Trennung zwischen dem Betrieb der Infrastruktur und der Erbringung von Verkehrsleistungen gewährleisten müssen (Artikel 6). Diese Trennung umfasst insbesondere die Verpflichtung darauf zu achten, dass die für eine der beiden Tätigkeiten gewährten öffentlichen Beihilfen nicht auf die andere übertragen werden dürfen, und zu gewährleisten, dass getrennte Gewinn- und Verlustrechnungen geführt und veröffentlicht werden.
123. Die Kommission erinnert auch daran, dass nach derselben Richtlinie (Artikel 8) der Infrastrukturverwalter ein Entgelt für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur erhebt, bei dessen Berechnung jegliche Diskriminierung zwischen Eisenbahnunternehmen zu vermeiden ist und das insbesondere der Kilometerleistung, der Zugzusammensetzung sowie besonderen Einschränkungen Rechnung tragen kann, die aufgrund von Faktoren wie Geschwindigkeit, Achslasten und Niveau oder Zeitraum der Infrastrukturnutzung gegeben sind.
124. Die Kommission behält sich vor, ein Verstoßverfahren und gegebenenfalls ein gesondertes Beihilfeverfahren einzuleiten, falls sich im Rahmen des vorliegenden Verfahrens oder zu einem späteren Zeitpunkt Bedenken hinsichtlich der Einhaltung der Richtlinie 91/440/EG durch Deutschland ergeben sollten, beispielsweise wegen unzulässiger Übertragungen vom Infrastrukturbetreiber an das Unternehmen oder der Berechnung diskriminierender oder unangemessener Tarife durch die Infrastrukturbetreiber.
125. Als Schlussfolgerung kommt die Kommission hinsichtlich des vorliegenden Verfahrens zu der Auffassung, dass der öffentliche Dienstleistungsvertrag, wenn er der Deutschen Bahn Regio einen Vorteil verschafft, eine Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 des EG-Vertrags darstellt.

<sup>(35)</sup> Urteil des Gerichtshofs vom 13. März 1985, verbundene Rechtssachen 296 und 318/82, Königreich der Niederlande und Leeuwarder Papierwarenfabrik/Kommission, Randnr. 24.

### 3.2. Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt

126. Falls der öffentliche Dienstleistungsvertrag eine Beihilfe darstellt, ist zu prüfen, ob diese Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden kann.

#### 3.2.1. Vereinbarkeit gemäß Artikel 73 des EG-Vertrags

127. Artikel 73 des EG-Vertrags sieht für den Landverkehr vor: *„Mit diesem Vertrag vereinbar sind Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen.“*

##### 3.2.1.1. Die Altmark-Rechtsprechung zur Anwendbarkeit von Artikel 73

128. Dem Gerichtshof zufolge sind *„nach Artikel 77 (nunmehr Artikel 73) des EG-Vertrags [...] Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen, mit dem EG-Vertrag vereinbar. [...] Nach dem Erlass der Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr sind die Mitgliedstaaten nicht mehr befugt, sich außerhalb der im abgeleiteten Gemeinschaftsrecht genannten Fälle auf Artikel 77 des EG-Vertrags zu berufen, wonach Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen, mit dem EG-Vertrag vereinbar sind. In den Fällen, in denen die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs nicht anwendbar ist und die fraglichen Zuschüsse unter Artikel 92 Absatz 1 des EG-Vertrags (nach Änderung jetzt Artikel 87 Absatz 1 EG) fallen, legt die Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 infolgedessen abschließend fest, unter welchen Voraussetzungen die Behörden der Mitgliedstaaten Beihilfen im Sinne von Artikel 77 des EG-Vertrags gewähren können“* <sup>(36)</sup>.

129. Es stellt sich also die Frage, ob die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 oder die Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 im vorliegenden Fall anwendbar ist.

##### 3.2.1.2. Vereinbarkeit auf der Grundlage der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69

130. Der öffentliche Dienstleistungsvertrag, der zwischen der Deutschen Bahn Regio AG und den Ländern Berlin und Brandenburg geschlossen wurde, stellt einen öffentlichen Dienstleistungsvertrag im Sinne von Artikel 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 dar. Die Verordnung ist daher auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

*Keine Befreiung von der Anmeldepflicht auf der Grundlage von Artikel 17 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69.*

131. Deutschland vertritt die Auffassung, aus Artikel 17 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 ergebe sich,

das Zahlungen aufgrund des öffentlichen Dienstleistungsauftrags von vornherein mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar seien, und der Vertrag von der Anmeldepflicht nach Artikel 88 Absatz 3 des EG-Vertrags befreit sei.

132. Artikel 17 Absatz 2 lautet: *„Auf Ausgleichszahlungen, die sich aus der Anwendung dieser Verordnung ergeben, ist das Verfahren zur vorherigen Unterrichtung gemäß Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nicht anzuwenden.“*

133. Es stellt sich somit die Frage, ob die Zahlungen, die Berlin und Brandenburg aufgrund des öffentlichen Dienstleistungsvertrags, den sie mit der Deutschen Bahn Regio geschlossen haben, Ausgleichszahlungen im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 darstellen.

134. Im Urteil in der Rechtssache Danske Busvognmænd (auch bekannt als ‚Combus-Urteil‘) vom 16. März 2004 hat das Gericht die Frage beantwortet, ob Zahlungen aufgrund eines öffentlichen Dienstleistungsvertrags im Sinne von Artikel 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 Ausgleichszahlungen im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 derselben Verordnung darstellen:

77. *Denn der Wortlaut des Artikels 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 unterscheidet klar zwischen ‚mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen‘, die die zuständigen Behörden aufheben müssen (Absatz 3), und der ‚Verkehrsbedienung‘, die die Behörden mittels ‚Verträgen über Verkehrsdienste‘ gewährleisten können (Absatz 4), wobei in Absatz 5 des Artikels klargestellt wird, dass ‚(d)ie Behörden ... jedoch ... Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes im Sinne des Artikels 2 beibehalten oder auferlegen (können)‘. Nur in diesem letztgenannten Fall sind die insbesondere in Abschnitt IV der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69, d. h. in deren Artikeln 10 bis 13, vorgesehenen gemeinsamen Ausgleichsmethoden anzuwenden. Soweit nach der deutschen Fassung des Artikels 1 Absatz 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 die zuständigen Behörden Verträge über Verkehrsdienste ‚aufgrund von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes‘ schließen können, liegt ein offensichtliches, der neuen Vertragsregelung widersprechendes Redaktionsversehen vor, da diese Formulierung in keiner anderen Sprachfassung enthalten ist.*

78. *Artikel 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 definiert den ‚Vertrag über Verkehrsdienste‘ als einen Vertrag mit dem Zweck, der Allgemeinheit ausreichende Verkehrsdienste zu bieten. Außer seiner Laufzeit legt dieser Vertrag alle Einzelheiten der Beförderungsleistungen fest, darunter den ‚Preis ... für die Dienstleistungen, der die Tarifeinnahmen ergänzt oder die Einnahmen miteinschließt, sowie die Einzelheiten der finanziellen Beziehungen zwischen den beiden Parteien‘ (Artikel 14 Absätze 1 und 2 Buchstabe b). Diese rein vertragliche Regelung kennt daher weder einen Ausgleich für die Erfüllung einer übertragenen Aufgabe noch eine Verpflichtung des öffentlichen Dienstes im Sinne von Artikel 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69.*

<sup>(36)</sup> Urteil des Gerichtshofs vom 24. Juli 2003, Rechtsache C-280/00, Altmark Trans, Randnrn. 101, 106, 107.

79. Insofern bestimmt Artikel 14 Absätze 4 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69, dass die zuständigen Behörden, wenn ein Unternehmen einen Verkehrsdienst, der nicht unter die Vertragsregelung ‚oder‘ das System der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes fällt, einstellen möchte, die Aufrechterhaltung dieses Verkehrsdienstes vorschreiben können, wobei für die aus dieser Verpflichtung entstehenden Kosten ein ‚Ausgleich nach den in den Abschnitten II, III und IV genannten gemeinsamen Methoden‘ zu leisten ist. Folglich umfasst das Vertragsverhältnis, das nach einer Ausschreibung zwischen dem Verkehrsunternehmen und der zuständigen Behörde zustande kommt, nach Artikel 14 Absätze 1 und 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 zwangsläufig eine besondere Finanzierungsregelung, die für einen Ausgleich nach den Methoden gemäß den Abschnitten II, III und IV der Verordnung keinen Raum lässt <sup>(37)</sup>.
135. Aus diesem Urteil ergibt sich, dass der Begriff ‚Ausgleichszahlung‘ im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 sehr eng auszulegen ist. Er deckt nur Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen ab, die einem Unternehmen gemäß Artikel 2 der Verordnung einseitig aufgelegt und in der in den Artikeln 10 bis 13 der Verordnung dargelegten Weise berechnet werden sowie der Kommission nicht nach dem Verfahren von Artikel 88 Absatz 3 des EG-Vertrags zu melden sind.
136. Demgegenüber stellen Zahlungen, die in einem öffentlichen Dienstleistungsvertrag im Sinne von Artikel 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 vorgesehen sind, keine Ausgleichszahlungen im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 derselben Verordnung dar.
137. Folglich sind Zahlungen, die in einem öffentlichen Dienstleistungsvertrag im Sinne von Artikel 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 vorgesehen sind, nicht von der Anmeldepflicht nach Artikel 88 Absatz 3 des EG-Vertrags befreit.
- Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt aufgrund von Artikel 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69.
138. Artikel 14 der Verordnung hat folgenden Wortlaut:
1. Ein ‚Vertrag über Verkehrsdienste aufgrund von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes‘ ist ein Vertrag, der zwischen den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats und einem Verkehrsunternehmen abgeschlossen wird, um der Allgemeinheit ausreichende Verkehrsdienste zu bieten.
- Ein Vertrag über Verkehrsdienste aufgrund von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes kann insbesondere folgendes umfassen:
- Verkehrsdienste, die bestimmten Anforderungen an die Kontinuität, Regelmäßigkeit, Leistungsfähigkeit und Qualität genügen,
  - zusätzliche Verkehrsdienste,
- Verkehrsdienste zu besonderen Tarifen und Bedingungen, vor allem für bestimmte Personengruppen oder auf bestimmten Verkehrsverbindungen,
  - eine Anpassung der Dienste an den tatsächlichen Bedarf.
2. In einem Vertrag über Verkehrsdienste aufgrund von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes werden unter anderem folgende Punkte geregelt:
- a) die Einzelheiten des Verkehrsdienstes, vor allem die Anforderungen an Kontinuität, Regelmäßigkeit, Leistungsfähigkeit und Qualität;
  - b) der Preis für die vertraglich vereinbarten Dienstleistungen, der die Tarifeinnahmen ergänzt oder die Einnahmen miteinschließt, sowie die Einzelheiten der finanziellen Beziehungen zwischen den beiden Parteien;
  - c) Vertragszusätze und Vertragsänderungen, um insbesondere unvorhersehbare Veränderungen zu berücksichtigen;
  - d) die Geltungsdauer des Vertrages;
  - e) Strafen bei Vertragsverletzungen.
3. Das Sachanlagevermögen, das für die Erbringung von Verkehrsdiensten eingesetzt wird, die Gegenstand eines Vertrages über Verkehrsdienste aufgrund von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes sind, kann sich im Besitz des Unternehmens befinden oder ihm zur Verfügung gestellt werden.
139. Die Kommission stellt fest, dass sowohl der Zweck (‚der Allgemeinheit ausreichende Verkehrsdienste zu bieten‘) als auch der Inhalt der öffentlichen Dienstleistungsverträge (Anforderungen an Kontinuität, Regelmäßigkeit, Leistungsfähigkeit und Qualität, Festlegung der Tarife und Bedingungen ‚für bestimmte Personengruppen oder auf bestimmten Verkehrsverbindungen‘, ‚Anpassung der Dienste an den tatsächlichen Bedarf‘ usw.) nicht von denen abweichen, die Gegenstand gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, die vom Staat oder seinen Körperschaften auferlegt werden, sein können. Andererseits ist nicht auszuschließen, dass der im Vertrag festgelegte Preis für solche Leistungen nicht dem Marktpreis entspricht und somit als staatliche Beihilfe zugunsten des Vertragspartners angesehen werden kann.
140. Diesbezüglich stellt die Kommission als erstes fest, dass der Gesetzgeber mit der Annahme der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 festzulegen bezweckte, unter welchen Bedingungen ‚Beihilfen, die [...] der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen‘, die in Artikel 73 des EG-Vertrags genannt werden, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind. Die Anwendung von Artikel 73, somit auch die Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69, setzt jedoch das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 des EG-Vertrags voraus. Wenn der Inhalt des Vertrags durch

<sup>(37)</sup> Urteil des Gerichts vom 16. März 2004 in der Rechtssache T-157/01, Danske Busvognmænd, Randnrn. 77 bis 79.

den Begriff des Artikels 73, ‚mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängende Leistungen‘, erfasst werden kann, sollte die Form des Instruments, ein Vertrag statt einseitig auferlegter Verpflichtungen, für sich genommen kein Hindernis dafür sein, möglicherweise im Preis enthaltene Beihilfen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären zu können. Der für die Bewertung einer Leistung, sei sie vom Staat auferlegt oder von den Parteien in einem Vertrag vereinbart, als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung ausschlaggebende Faktor ergibt sich aus der Substanz der Leistung und nicht aus der Form, die ihrer Entstehung zugrunde liegt<sup>(38)</sup>. Die Kommission schließt daraus, dass rechtlich nichts dagegen spricht, dass eine Beihilfe, die im Preis von Leistungen enthalten ist, der in einem öffentlichen Dienstleistungsvertrag vorgesehen ist, von der Kommission als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden kann.

141. In Ermangelung genauer Bedingungen für die Vereinbarkeit in der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 ist die Kommission der Auffassung, dass die sich aus dem EG-Vertrag, der Rechtsprechung und der Entscheidungspraxis der Kommission in anderen Bereichen ergebenden allgemeinen Grundsätze zur Beurteilung der Vereinbarkeit solcher Beihilfen herangezogen werden können.

142. Diese Grundsätze wurden von der Kommission im ‚Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden‘ allgemein zusammengefasst<sup>(39)</sup>. Bezüglich der Vereinbarkeit von Beihilfen, die in dem Preis enthalten sind, den eine öffentliche Stelle einem Erbringer einer öffentlichen Dienstleistung zahlt, sieht dieser Gemeinschaftsrahmen folgendes vor:

*Die Höhe des Ausgleichs darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen abzudecken. Darin enthalten sind sämtliche vom Staat oder aus staatlichen Mittel in jedweder Form gewährten Vorteile. Die angemessene Rendite kann ganz oder teilweise die Produktivitätsgewinne mit einschließen, die von den betreffenden Unternehmen über einen ganz bestimmten, zuvor festgelegten Zeitraum ohne Reduzierung der vom Staat vorgegebenen Qualität erzielt wurden.*

143. Im vorliegenden Fall hat die Kommission aus den Gründen, die bezüglich der Beurteilung des dritten Kriteriums des Urteils in der Rechtssache Altmark Trans dargelegt wurden, Zweifel, ob die Höhe des Ausgleichs, d. h. der von den Ländern Berlin und Brandenburg gezahlte Preis, sich auf das beschränkt, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen abzudecken.

<sup>(38)</sup> Vgl. in diesem Sinne das Urteil des Gerichtshofs vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, das einen deutschen öffentlichen Dienstleistungsvertrag betraf. Dies hat den Gerichtshof nicht daran gehindert zu beurteilen, ob es sich um eine Beihilfe handelt oder nicht, und sich dabei auf den Inhalt und nicht die Form des Instruments zu stützen. Vgl. Artikel 4 der Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (ABl. L 312 vom 29.11.2005, S. 67), in der ebenfalls von der Form des Instruments abgesehen wird.

<sup>(39)</sup> ABl. L 297 vom 29.11.2005, S. 4.

### 3.2.1.3. Vereinbarkeit auf der Grundlage der Verordnung (EWG) Nr. 1107/70

144. **Artikel 3 Ziffer 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1107/70** sieht bezüglich der Koordinierung des Verkehrs vor, dass staatliche Beihilfen in den folgenden vier Fällen gewährt werden können:

a) *sofern die Beihilfen für Eisenbahnunternehmen, die nicht unter die Verordnung (EWG) Nr. 1192/69 fallen, zum Ausgleich von Mehrbelastungen bestimmt sind, die diese Unternehmen für einen in der erwähnten Verordnung vorgesehenen Normalisierungsposten im Vergleich zu anderen Verkehrsunternehmen zu tragen haben;*

b) *bis zum Inkrafttreten einer gemeinsamen Regelung für die Anlastung der Wegekosten, sofern die Beihilfen an Unternehmen gewährt werden, die im Gegensatz zu anderen Unternehmen mit Ausgaben für die von ihnen benutzten Verkehrswege belastet sind; dabei muss die Höhe der Beihilfen unter Berücksichtigung der Wegekosten beurteilt werden, welche die konkurrierenden Verkehrsarten nicht zu tragen haben;*

c) *sofern mit den Beihilfen folgendes erreicht werden soll:*

— *eine Erleichterung der Suche nach Verkehrsformen und -mitteln, die für die Allgemeinheit wirtschaftlicher sind,*

— *oder eine Erleichterung der Entwicklung von Verkehrsformen und -mitteln, die für die Allgemeinheit wirtschaftlicher sind,*

*wobei sich diese Beihilfen auf die Versuchsphase beschränken müssen und sich nicht auf die Phase der kommerziellen Betriebsführung dieser Verkehrsformen und -mittel erstrecken dürfen;*

d) *bis zum Inkrafttreten gemeinschaftlicher Regelungen für den Zugang zum Markt, sofern die Beihilfen ausnahmsweise und vorübergehend mit dem Ziel gewährt werden, im Rahmen eines Sanierungsplans eine Überkapazität zu beseitigen, die ernste strukturelle Schwierigkeiten zur Folge hat, und auf diese Weise dazu beizutragen, dass den Erfordernissen des Verkehrsmarktes besser entsprochen wird.*

145. Die Kommission stellt als erstes fest, dass die Deutsche Bahn Regio unter die Verordnung (EWG) Nr. 1192/69 fällt, so dass der erste Fall nicht gegeben ist. Sie stellt als nächstes fest, dass der öffentliche Dienstleistungsvertrag keine Versuchselemente umfasst und daher der dritte Fall in der vorliegenden Angelegenheit nicht einschlägig ist. Es verbleiben somit die Fälle zwei und vier.

146. **Beihilfe für Wegekosten.** Die Kommission stellt fest, dass eine gemeinsame Regelung für die Anlastung der Wegekosten noch nicht in Kraft getreten ist und daher insbesondere der Straßenverkehr nur einen Teil der Wegekosten trägt. Daher könnte der zweite Fall für den vorliegenden Sachverhalt einschlägig sein.

147. Um die Beihilfe auf der Grundlage von Artikel 3 Ziffer 1 Buchstabe b der Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 ganz oder teilweise für vereinbar erklären zu können, muss Deutschland nachweisen, dass sich die Beihilfe, die die Deutsche Bahn Regio erhält, auf die Mehrkosten beschränkt, die die Deutsche Bahn für die Nutzung der Infrastruktur trägt, verglichen mit den Kosten, die von den anderen Verkehrsträgern getragen werden.
148. **Beihilfe im Rahmen eines Sanierungsplans.** Deutschland hat nicht angegeben, dass sich die Deutsche Bahn Regio AG in ersten strukturellen Schwierigkeiten befände und Deutschland beabsichtige, Beihilfen im Rahmen eines Sanierungsplans zu gewähren. Sollte dies der Fall sein, ersucht die Kommission Deutschland, ihr alle erforderlichen Informationen zu übermitteln, anhand deren festgestellt werden könnte, ob eine eventuelle Beihilfe auf der Grundlage von Artikel 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden kann.
149. Artikel 3 Ziffer 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 sieht vor, dass Beihilfen zur ‚Abgeltung von Leistungen, die mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängen‘, als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden können, ‚bis zum Inkrafttreten entsprechender gemeinschaftlicher Regelungen, sofern die Zahlungen an Unternehmen des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs zum Ausgleich der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes erfolgen, die diesen Unternehmen vom Staat oder von öffentlich-rechtlichen Körperschaften auferlegt werden und
- entweder Tariffpflichten, die in Artikel 2 Absatz 5 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 nicht enthalten sind,
  - oder aber Verkehrsunternehmen oder Verkehrstätigkeiten betreffen, die vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgeschlossen sind.‘
150. Da die Zahlungen für einen öffentlichen Dienstleistungsvertrag von Artikel 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 erfasst werden, können die verfahrensgegenständlichen Zahlungen auf der Grundlage dieser Bestimmung nicht als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden.
- 3.2.2. *Vereinbarkeit der Beihilfe auf der Grundlage von Artikel 86 Absatz 2 des EG-Vertrags*
151. Der Gerichtshof hat in seinem Altmark-Urteil festgestellt: ‚Artikel 77 (jetzt Artikel 73) des EG-Vertrags führt für den Verkehrsbereich eine Ausnahme von den für staatliche Beihilfen geltenden allgemeinen Bestimmungen ein, indem

er vorsieht, dass Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen, mit dem EG-Vertrag vereinbar sind.‘<sup>(40)</sup> Artikel 73 ist somit eine spezielle Rechtsnorm im Verhältnis zu Artikel 86 Absatz 2, und nach dem Grundsatz ‚*lex specialis derogat legi generali*‘ kann Artikel 86 Absatz 2 nicht auf den Bereich des Landverkehrs angewendet werden<sup>(41)</sup>.

### 3.3. Zusammenfassung der Bedenken der Kommission

152. Zusammenfassend und aus den oben angeführten Gründen äußert die Kommission Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des öffentlichen Dienstleistungsvertrags zwischen der Deutschen Bahn AG und den Ländern Berlin und Brandenburg mit den Kriterien 2, 3 und 4 der ‚Altmark‘-Rechtsprechung. Insoweit der Vertrag mindestens eines dieser Kriterien nicht erfüllen sollte und folglich eine unzulässige staatliche Beihilfe darstellte, hat die Kommission Bedenken, ob diese Beihilfe auf der Grundlage von Artikel 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 und/oder Artikel 3 Ziffer 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden kann.

### 4. BESCHLUSS

153. Aus den dargelegten Gründen fordert die Kommission daher Deutschland im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 des EG-Vertrags auf, sich innerhalb eines Monats nach Eingang dieses Schreibens auf dem Sachverhalt zu äußern und alle für die Beurteilung der betreffenden Maßnahmen sachdienlichen Informationen zu übermitteln. Sie ersucht die deutschen Behörden, dem Empfänger der etwaigen Beihilfe unmittelbar eine Kopie dieses Schreibens zuzuleiten.
154. Die Kommission teilt Deutschland mit, dass sie die Beteiligten durch die Veröffentlichung des vorliegenden Schreibens und einer Zusammenfassung dieses Schreibens im *Amtsblatt der Europäischen Union* in Kenntnis setzen wird. Außerdem wird sie die Beteiligten in den EFTA-Staaten, die das EWR-Abkommen unterzeichnet haben, durch die Veröffentlichung einer Bekanntmachung in der EWR-Beilage zum *Amtsblatt* und die EFTA-Überwachungsbehörde durch Übermittlung einer Kopie dieses Schreibens von dem Vorgang in Kenntnis setzen. Alle vorerwähnten Beteiligten werden aufgefordert, innerhalb eines Monats nach dem Datum dieser Veröffentlichung ihre Stellungnahme abzugeben.“

<sup>(40)</sup> Siehe vorgenanntes Urteil in der Rechtssache Altmark, Randnr. 34.

<sup>(41)</sup> Vgl. Erwägung 17 der Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (ABl. L 312 vom 29.11.2005, S. 67).