2025/906

22.5.2025

BESCHLUSS (EU) 2025/906 DER KOMMISSION

vom 22. November 2024

über die staatliche Beihilfe Deutschlands SA.48580 (2017/C) zugunsten der WestSpiel

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen C(2024) 8105)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

DIE EUROPÄISCHE KOMMISSION —

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf Artikel 108 Absatz 2 Unterabsatz 1,

gestützt auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, insbesondere auf Artikel 62 Absatz 1 Buchstabe a,

nach Aufforderung der Beteiligten zur Stellungnahme ([1]) und unter Berücksichtigung ihrer Stellungnahmen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

1. VERFAHREN

(1) Mit Schreiben vom 20. Juni 2017 sind bei der Kommission zwei Beschwerden eingegangen, die vom Fachverband Spielhallen e.V. (im Folgenden „FSH“) und einem weiteren Beschwerdeführer (zusammen „die Beschwerdeführer“) im Zusammenhang mit der mutmaßlichen staatlichen Beihilfe des Landes Nordrhein-Westfalen (im Folgenden „NRW“) für die Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG (im Folgenden „WestSpiel“) eingereicht wurden.

(2) Die Beschwerden wurden unter den Nummern SA.48580 und SA.48842 getrennt voneinander registriert. Am 16. April 2018 wurden beide Beihilfesachen von der Kommission unter der Nummer SA.48580 zusammengeführt.

(3) Am 2. August 2018 übermittelte die Kommission Deutschland eine nichtvertrauliche Fassung der Beschwerden und ersuchte um weitere Auskünfte. Nach Beantragung einer Verlängerung der Antwortfrist, die gewährt wurde, legte Deutschland mit Schreiben vom 2. Oktober 2018 seinen Standpunkt zu den Beschwerden dar und beantwortete das Auskunftsersuchen.

(4) Am 6. Februar 2019 forderte die Kommission weitere Unterlagen von Deutschland an, die Deutschland am 22. Februar 2019 vorlegte. Am 12. Juni 2019 übermittelte die Kommission die nichtvertrauliche Fassung der Mitteilung der Bundesregierung vom 2. Oktober 2018 an die Beschwerdeführer mit der Bitte um Stellungnahme. Am 8. August 2019 übermittelten die Beschwerdeführer ihren Standpunkt zu den Argumenten Deutschlands und hielten ihre Beschwerden aufrecht.

(5) Am 8. Oktober 2019 forderte die Kommission zusätzliche Unterlagen von Deutschland an, die am 24. Oktober 2019 vorgelegt wurden.

(6) Mit Schreiben vom 9. Oktober 2019 forderten die Beschwerdeführer die Kommission nach Artikel 265 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“) förmlich auf, einen Beschluss in dieser Angelegenheit zu erlassen.

(7) Mit Schreiben vom 9. Dezember 2019 teilte die Kommission Deutschland ihren Beschluss mit, das förmliche Prüfverfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten (im Folgenden „Einleitungsbeschluss“). Mit E-Mail vom 15. Januar 2020 bestätigte Deutschland, dass der Einleitungsbeschluss keine vertraulichen Informationen enthalte.

([1]) ABl. C 59 vom 21.2.2020, S. 14.

(8) Der Beschluss der Kommission zur Einleitung des Verfahrens wurde im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht ([2]). Die Kommission forderte die Beteiligten auf, zu der mutmaßlichen Beihilfe/Maßnahme Stellung zu nehmen.

(9) Am 27. Januar 2020 übermittelte die Kommission Deutschland die Ausführungen der Beschwerdeführer vom 8. August 2019.

(10) Am 2. März 2020 übermittelte Deutschland eine Stellungnahme zum Einleitungsbeschluss und zum Vorbringen der Beschwerdeführer vom 8. August 2019. Im Anschluss an eine Telefonkonferenz zwischen der Kommission und Deutschland vom 3. Juni 2020 übermittelte Deutschland am 17. Juni 2020 weitere schriftliche Ausführungen zur Erläuterung seines Standpunkts. Innerhalb der im Einleitungsbeschluss gesetzten Frist gingen keine Stellungnahmen Dritter ein.

(11) Die Beschwerdeführer übermittelten am 6. August 2020 eine Stellungnahme, zu der sich Deutschland am 1. Oktober 2020 in einer Mitteilung der Bundesregierung äußerte.

(12) Am 18. Dezember 2020 übermittelte Deutschland der Kommission aktualisierte Informationen über die Privatisierung der WestSpiel. Am 2. Februar 2021 übermittelte Deutschland weitere Aktualisierungen zu demselben Privatisierungsverfahren. Am 10. Februar 2021 übermittelte Deutschland der Kommission einen vorläufigen Zeitplan für die geplanten Schritte zum Abschluss des Privatisierungsverfahrens für die WestSpiel.

(13) Am 11. Februar 2021 übermittelte die Kommission Deutschland ein Auskunftsersuchen, das Deutschland am 25. und 26. Februar 2021 beantwortete.

(14) Am 16. März 2021 übermittelte die WestSpiel eine Stellungnahme zu der Sache und aktualisierte Informationen über das Verfahren zum Verkauf der WestSpiel. Am 24. März 2021 fand ein Telefongespräch zwischen Vertretern der Kommission und Deutschlands statt.

(15) Deutschland übermittelte der Kommission am 20. Juli und am 8. September 2021 zusätzliche Informationen.

(16) Am 14. März 2022 übersandte die Kommission ein weiteres Auskunftsersuchen, das Deutschland am 4. April 2022 beantwortete. Am 11. Juli 2022 richtete die Kommission erneut ein Auskunftsersuchen an Deutschland, das am 18. Juli 2022 beantwortet wurde.

(17) Am 12. Mai 2023 übersandte die Kommission ein weiteres Auskunftsersuchen, das Deutschland am 14. Juli 2023 beantwortete.

2. AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER BEIHILFEMAßNAHMEN

2.1. Rechtlicher Rahmen zum Zeitpunkt der Gewährung der mutmaßlichen Maßnahmen

(18) Gegenstand der vorliegenden Sache ist die finanzielle Unterstützung, die die WestSpiel im Zeitraum von 2009 bis 2015 im Rahmen der nachstehend in Abschnitt 2.3 beschriebenen Maßnahmen vom Staat erhalten hat.

(19) Zum Zeitpunkt der Gewährung der mutmaßlichen Beihilfemaßnahmen, d. h. von 2009 bis 2015 für den jährlichen Verlustausgleich und im Jahr 2015 für die Kapitalzuführung, unterschied die deutsche Rechtsordnung zwischen zwei Arten von Glücksspielen.

(20) Auf der einen Seite gab es die Spielautomaten, die von spezialisierten Spielhallen oder Gaststätten frei betrieben werden konnten, sofern die Spielverordnung eingehalten wurde. Nach den Spielhallengesetzen der Bundesländer war für den Betrieb gewerblicher (privater) Spielhallen eine Erlaubnis (Konzession) erforderlich.

([2]) Beschluss der Kommission vom 9. Dezember 2019 in der Sache SA.48580 (2017/FC) — Mutmaßliche Beihilfe für die WestSpiel (ABl. C 59 vom 21.2.2020, S. 14).

(21) Auf der anderen Seite gab es die klassischen Glücks- oder Spielbankenspiele (Black Jack, Roulette usw. — sogenanntes „Großes Spiel“) und andere Spielautomatenspiele, die als zu riskant angesehen wurden. Solche Spiele durften im Prinzip nicht angeboten werden. Abweichend von diesem Verbot durften die Bundesländer bestimmten (hauptsächlich öffentlichen) Betreibern (im Folgenden auch „Spielbanken“, „Spielbankunternehmen“ oder „Spielbankunternehmer“) nach den entsprechenden Bestimmungen des jeweiligen Landesspielbankgesetzes (über auf Länderebene gewährte Konzessionen) die Erlaubnis erteilen, solche Spiele anzubieten.

(22) Die Ziele des Spielbankgesetzes von Nordrhein-Westfalen ([3]) (SpielbG NRW) waren in § 1 SpielbG NRW festgelegt. Das Gesetz war insbesondere darauf ausgerichtet, das Entstehen von Glücksspielsucht und Wettsucht zu verhindern, den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken, den Jugend- und den Spielerschutz zu gewährleisten, sicherzustellen, dass Glücksspiele in Spielbanken ordnungsgemäß durchgeführt wurden, und einen sicheren und transparenten Spielbetrieb zu gewährleisten.

(23) Nach § 2 Absatz 2 SpielbG NRW konnten in NRW bis zu fünf Spielbanken zugelassen werden. Im Gegensatz zur Situation in anderen Ländern sah das SpielbG NRW vor dem Verkauf der WestSpiel nicht die Möglichkeit vor, auch privaten Betreibern eine Konzession zu erteilen. Im Lichte der Vorgaben des § 2 Absatz 1 und § 3 Absatz 1 SpielbG NRW handelte es sich bei der WestSpiel de facto um das einzige konzessionierte Spielbankunternehmen in NRW. Die WestSpiel betrieb 2019 insgesamt vier Spielbanken: in Aachen, Bad Oeynhausen, Dortmund (Hohensyburg) und Duisburg. Seit 1975 verfügte die WestSpiel über eine sogenannte Rahmenerlaubnis.

2.2. **Die Beihilfeempfängerin**

(24) Die WestSpiel war ein in NRW tätiges Spielbankunternehmen. Bis zum Zusammenschluss der WestSpiel mit der Westdeutsche Spielbanken GmbH (im Folgenden „WestSpiel GmbH“) ([4]) am 13. Januar 2021 (siehe Erwägungsgrund (29)) war die NRW.BANK die alleinige Kommanditistin der WestSpiel und die Westdeutsche Spielbanken GmbH die Komplementärin der WestSpiel.

(25) Am 26. November 2015 schlossen NRW und die NRW.BANK einen Treuhandvertrag, demzufolge

— NRW sich verpflichtete, der NRW.BANK nach Abschluss eines Gesellschaftsvertrags über eine stille Gesellschaft zwischen der NRW.BANK und der WestSpiel einen Betrag von 64,8 Mio. EUR zur Verfügung zu stellen, und

— die NRW.BANK sich verpflichtete, diesen Betrag treuhänderisch zu übernehmen und ausschließlich zu dem Zweck zu verwenden, im eigenen Namen, aber auf Rechnung von NRW eine stille Gesellschaft i. S. d. §§ 230 ff. Handelsgesetzbuch (im Folgenden „HGB“) mit der WestSpiel nach Maßgabe des diesbezüglichen Gesellschaftsvertrags zu errichten und hierbei eine Einlage in Höhe von 64,8 Mio. EUR in die WestSpiel zu leisten („stille Einlage“).

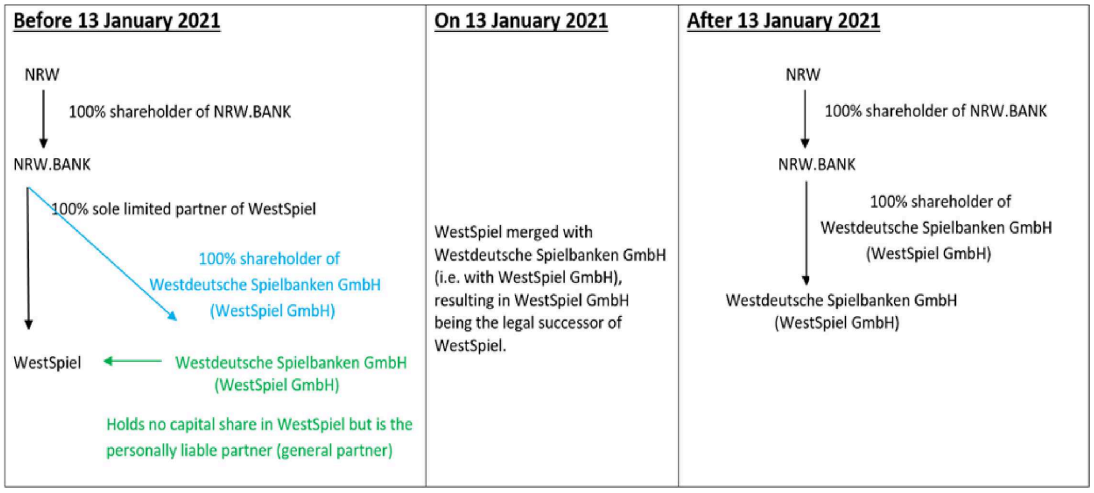
(26) Am 1. Dezember 2015 schlossen die NRW.BANK und die WestSpiel einen Gesellschaftsvertrag über eine stille Gesellschaft. Danach war die NRW.BANK verpflichtet, nach Eingang der Mittel bei ihr als Treuhänderin die stille Einlage in Höhe von 64,8 Mio. EUR in die WestSpiel zu leisten. Nach Abschluss des Gesellschaftsvertrags über eine stille Gesellschaft zwischen der NRW.BANK und der WestSpiel und nach Eingang der Mittel bei der NRW.BANK leistete die NRW.BANK die Einlage in Höhe von 64,8 Mio. EUR in die WestSpiel. Diese stille Einlage in Höhe von 64,8 Mio. EUR (die auf einem separaten Konto für die stille Einlage auszuweisen war) wurde in der Eigenkapitalaufstellung der WestSpiel neben die Einlage der NRW.BANK als Kommanditistin der WestSpiel gestellt.

([3]) In NRW unterliegen Glücksspiele, die in Spielbanken angeboten werden, dem Spielbankgesetz NRW (Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken im Land Nordrhein-Westfalen, SpielbG NRW). Nach Gewährung der Maßnahmen wurde das SpielbG NRW durch § 35 Absatz 2 des Gesetzes vom 29. Mai 2020 geändert (GV. NRW. Ausgabe 2020 Nr. 19 vom 2.6.2020, Seite 357 bis 380 | RECHT.NRW.DE).

([4]) Die WestSpiel GmbH hatte keine Einlage in das Gesellschaftskapital geleistet und hielt somit keinen Kapitalanteil. Als Komplementärin (ohne geleistete Kapitaleinlage) war die WestSpiel GmbH für die Geschäftsführung bei der WestSpiel zuständig. Ferner war die WestSpiel GmbH Komplementärin der Casino Duisburg GmbH & Co. KG, der ehemaligen 100%igen Tochtergesellschaft der WestSpiel, ohne Kapitalanteil, und als solche auch bei der Casino Duisburg GmbH & Co. KG für die Geschäftsführung verantwortlich. Die WestSpiel GmbH übte kein operatives Geschäft aus.

(27) Am 4. Januar 2021 schlossen die NRW.BANK, die WestSpiel und — mit Blick auf den Zusammenschluss der WestSpiel mit der WestSpiel GmbH — die WestSpiel GmbH einen Auflösungsvertrag, nach dem die stille Gesellschaft zwischen der NRW.BANK und der WestSpiel mit Wirkung zum 8. Januar 2021 aufgelöst und anschließend abgewickelt wurde. Die (nach Verlustbeteiligung) verbleibende stille Einlage in Höhe von ca. 46,5 Mio. EUR (genau: 46 516 909,42 EUR) wurde an NRW zurückgezahlt.

(28) WestSpiel behielt die Rechtsform der Kommanditgesellschaft bis zum 13. Januar 2021. Alleinige Kommanditistin der WestSpiel war die NRW.BANK und persönlich haftende Gesellschafterin bzw. Komplementärin war, wie oben beschrieben, die WestSpiel GmbH. Die NRW.BANK, die vollständig im Eigentum von NRW steht, war auch alleinige Gesellschafterin der WestSpiel GmbH. Nach dem 13. Januar 2021 hielt die NRW.BANK mit einem Kapitalanteil von 35,5 Mio. EUR, der der Hafteinlage entsprach, 100 % der Gesellschaftsanteile der WestSpiel (§ 3 des Gesellschaftsvertrags der WestSpiel vom 1. Dezember 2007 in der aktuellsten Fassung).



(29) Im Rahmen einer umfassenderen Umstrukturierung der WestSpiel-Gruppe, die insbesondere zur Unterstützung und Erleichterung des (vorgesehenen) Verkaufs der Gruppe durchgeführt wurde, schlossen die WestSpiel GmbH und die WestSpiel am 22. Dezember 2020 einen notariellen Verschmelzungsvertrag, demzufolge die WestSpiel — auf der Grundlage ihres Jahresabschlusses zum 31. Dezember 2019 — ihr gesamtes Vermögen mit Wirkung zum 1. Januar 2020 nach dem deutschen Gesellschaftsrecht auf die WestSpiel GmbH übertrug. Mit Eintragung der Verschmelzung in das zuständige Handelsregister am 13. Januar 2021 wurde die Verschmelzung rechtswirksam und die WestSpiel GmbH Rechtsnachfolgerin der WestSpiel.

(30) Im September 2021 wurde die WestSpiel nach einem Vergabeverfahren ([5]) an die Gauselmann-Gruppe ([6]) verkauft ([7]). Öffentlich zugänglichen Informationen ([8]) zufolge werden die Tätigkeiten der WestSpiel nach dem Verkauf in den vier Spielbanken Aachen, Bad Oeynhausen, Dortmund (Hohensyburg) und Duisburg nun unter dem Namen „Merkur Spielbanken NRW GmbH“ ([9]) weitergeführt.

([5]) https://igamingbusiness.com/nordrhein-westfalen-launches-westspiel-privatisation-tender/.
([6]) Nach Angaben von Deutschland in den Ausführungen vom 4. April 2022 erfolgte der Verkauf der WestSpiel im Wege eines Share Deals und nicht im Wege eines Asset Deals. Die WestSpiel-Anteile wurden zu einem Preis von 141,8 Mio. EUR an die Gauselmann-Gruppe verkauft. Deutschland stellte ferner klar, dass der Unternehmenskaufvertrag für den Fall einer rechtlich verbindlichen Rückforderung von Beihilfen einen etwaigen (nachgelagerten) Kaufpreisabschlag in Höhe der tatsächlich zurückgeforderten Beihilfe, jedoch von höchstens 30 Mio. EUR vorsieht; diese Bedingungen wurden vorab bekannt gegeben und galten für alle am Erwerb der WestSpiel-Anteile interessierten Bieter gleichermaßen.
([7]) Der in Erwägungsgrund (1) definierte Begriff „WestSpiel“ bezeichnet auch das aus dem Zusammenschluss hervorgegangene Unternehmen bzw. dann das verkaufte Unternehmen.
([8]) https://www.waz.de/wirtschaft/gauselmann-gruppe-uebernimmt-westspiel-casinos-in-nrw-id232845809.html.
([9]) Siehe Eintrag im Handelsregister (Registerportal | Homepage).

(31) Deutschland erklärte in den Ausführungen vom 4. April 2022, dass die WestSpiel nach ihrem Verkauf ihre Rechtspersönlichkeit behalten habe: Die Geschäftstätigkeit des Unternehmens werde im eigenen Namen unter derselben juristischen Person fortgesetzt. Lediglich der Unternehmensname sei in „Merkur Spielbanken NRW GmbH“ geändert worden, die Handelsregisternummer (Duisburg HRB 19356) aber unverändert geblieben.

(32) Die abgaben- und aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen für die WestSpiel — zum Zeitpunkt der Gewährung der mutmaßlichen Beihilfemaßnahmen — sind in der vorliegenden Sache von besonderer Bedeutung ([10]). Die WestSpiel unterlag in Bezug auf die Einkünfte aus nicht mit dem Spielbetrieb zusammenhängenden Tätigkeiten (z. B. Gaststätten) der deutschen Regelbesteuerung (Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer). Für mit dem Spielbetrieb zusammenhängende Tätigkeiten unterlag die WestSpiel einer besonderen Abgabenregelung (§§ 12 und 13 SpielbG NRW (alte Fassung) ([11])). Abgaben wurden hauptsächlich auf die Bruttospielerträge erhoben, nicht auf die Gewinne. Nach § 12 SpielbG NRW (alte Fassung) musste die WestSpiel eine Spielbankabgabe in Höhe von 30 % der Bruttospielerträge der von ihr betriebenen Spielbanken entrichten (zuzüglich weiterer 10 Prozentpunkte für Bruttospielerträge, die je Spielbank 15 Mio. EUR im Jahr überstiegen). Nach § 13 SpielbG NRW (alte Fassung) waren von der WestSpiel weitere 15 % der Bruttosspielerträge als „zusätzliche Leistungen“ abzuführen. Nach § 12 SpielbG NRW (alte Fassung) war die Spielbankabgabe für öffentliche oder gemeinnützige Zwecke zu verwenden.

(33) Zusätzlich zu diesen Abgaben auf die Bruttospielerträge sah § 14 SpielbG NRW (alte Fassung) vor, dass die WestSpiel über einen Gewinnabschöpfungsmechanismus 75 % der ausgewiesenen Jahresüberschüsse (bzw. in bestimmten Fällen mehr) an NRW abführt. Anders als die Abgaben auf die Bruttospielerträge nach den §§ 12 und 13 SpielbG NRW (alte Fassung) war der Gewinnabschöpfungsmechanismus auf die gesamte Unternehmenstätigkeit (d. h. nicht nur auf die Gewinne aus dem Spielbetrieb) anwendbar. Er war insbesondere auf den Verkauf der Kunstwerke im Jahr 2014 anwendbar.

2.3. **Mutmaßliche Maßnahmen**

(34) Die Beschwerdeführer machen geltend, die WestSpiel habe im Rahmen der folgenden drei Maßnahmen rechtswidrige und mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfen erhalten:

a) mutmaßlicher jährlicher Verlustausgleich vonseiten ihrer Gesellschafterin NRW.BANK seit 2009;

b) mutmaßliche Erteilung einer Konzession für den Betrieb einer fünften Spielbank in Köln;

c) mutmaßliche Kapitalzuführung in Höhe von 64,8 Mio. EUR im Jahr 2015.

(35) Im Einleitungsbeschluss hat die Kommission das förmliche Prüfverfahren lediglich für die unter den Buchstaben a und c genannten Maßnahmen eingeleitet. In Bezug auf die Maßnahme b erließ sie einen Beschluss, keine Einwände zu erheben, mit der Begründung, dass die mutmaßliche Erteilung einer Konzession für den Betrieb einer fünften Spielbank in Köln an die WestSpiel keine Beihilfe darstelle (siehe Erwägungsgrund 97 und Schlussfolgerung des Einleitungsbeschlusses). Folglich fällt diese Maßnahme nicht unter den vorliegenden Beschluss, der sich damit ausschließlich auf die unter den Buchstaben a und c genannten Maßnahmen bezieht.

2.3.1. *Jährlicher Verlustausgleich*

(36) Die Beschwerdeführer machen geltend, die WestSpiel habe von ihrer alleinigen Kommanditistin, der NRW.BANK, von 2009 bis 2015 einen jährlichen Verlustausgleich erhalten.

([10]) Die Frage, ob die differenzierte steuerliche Behandlung der WestSpiel als solche eine rechtswidrige staatliche Beihilfe darstellt, ist Gegenstand des Beschlusses C(2019) 8819 final der Kommission vom 9. Dezember 2019 über die Staatlichen Beihilfen SA.44944 (2019/C) (ex 2019/FC) und SA.53552 (2019/C) (ex 2019/FC) — Steuerliche Behandlung von Spielbanken in Deutschland und Mutmaßliche Garantie für Spielbankunternehmer in Deutschland (ABl. C 187 vom 5.6.2020, S. 80). Der Beschluss in dieser Sache wurde angefochten (Rechtssache T-510/20), doch wies das Gericht das Rechtsmittel mit Beschluss vom 22. Oktober 2021, Fachverband Spielhallen und LM/Kommission, T-510/20, ECLI:EU:T:2021:745, zurück. Gegen diesen Beschluss des Gerichts ist wiederum Klage eingereicht worden (Rechtssache C-831/21 P).

([11]) Fassung des SpielbG NRW vom 13. November 2012 (GV. NRW. S. 524, 530, SpielbG NRW 2012,NW — Spielbankgesetz NRW — Gesetze des Bundes und der Länder (lexsoft.de)) vor der Änderung durch § 35 Absatz 2 des Gesetzes vom 29. Mai 2020.

(37) Während die WestSpiel von 2005 bis 2008 noch Gewinne erwirtschaften konnte, gelang dies in den Folgejahren nicht mehr. In den Jahren von 2009 bis 2015 lagen die von der WestSpiel erwirtschafteten Bruttospielerträge insgesamt jährlich zwischen rund 79,6 Mio. EUR und 101,1 Mio. EUR. Infolge der Abgaben auf die Bruttospielerträge gemäß den §§ 12 und 13 SpielbG NRW (alte Fassung) schrieb die WestSpiel in den Jahren 2009 bis 2013 und im Jahr 2015 insgesamt Verluste in Höhe von rund 3,5 Mio. EUR bis 9 Mio. EUR ([12]). Im Jahr 2014 führte der Verkauf von zwei Kunstwerken durch die WestSpiel jedoch zu außerordentlichen Erträgen in Höhe von rund 114,4 Mio. EUR, wodurch die WestSpiel in diesem Jahr einen Jahresüberschuss von rund 86,4 Mio. EUR erwirtschaftete.

(38) Das Jahresergebnis der WestSpiel (d. h. im Jahr 2014 der nach Anwendung des Gewinnabschöpfungsmechanismus verbleibende Überschuss und in allen anderen Jahren von 2009 bis 2015 die Fehlbeträge) wurde auf dem Kapitalkonto der NRW.BANK gutgeschrieben bzw. wurde dieses Konto belastet. Infolgedessen befanden sich auf dem Kapitalkonto der NRW.BANK als alleiniger Kommanditistin der WestSpiel für die Kommanditeinlage in die WestSpiel im Jahr 2009 noch geschätzt rund 27,6 Mio. EUR und im Jahr 2015 nur mehr 12,5 Mio. EUR ([13]).

(39) Nach Auffassung der Beschwerdeführer ist den Jahresberichten der WestSpiel zu entnehmen, dass das Unternehmen zwischen 2009 und 2015 einen Verlustausgleich in Höhe von rund 63,6 Mio. EUR erhielt.

(40) In ihrem Vortrag vom 8. August 2019 vertreten die Beschwerdeführer die Auffassung, dass der NRW.BANK (als alleiniger Kommanditistin der WestSpiel) aufgrund der Gesellschaftsstruktur der WestSpiel von 2009 bis 2017 Verluste in Höhe von rund 24,8 Mio. EUR zugewiesen worden seien, während NRW (in seiner Rolle als Treugeber hinter der stillen Einlage der NRW.BANK in der WestSpiel nach Abschluss des Gesellschaftsvertrags über eine stille Gesellschaft im Jahr 2015, wie in Unterabschnitt 2.3.2 näher erläutert) im selben Zeitraum Verluste in Höhe von rund 9,1 Mio. EUR zugewiesen worden seien. In diesem Zusammenhang geben die Beschwerdeführer an, die WestSpiel sei ein öffentliches Unternehmen im Sinne der Richtlinie 2006/111/EG der Kommission ([14]) und die ihm zur Verfügung gestellten, jedoch dauerhaft vom Staat kontrollierten Ressourcen (d. h. das Kapital der WestSpiel) seien als staatliche Mittel einzustufen.

(41) Ferner vertreten die Beschwerdeführer die Auffassung, dass die WestSpiel kaum in der Lage gewesen sein dürfte, die eigenen Verluste in den vergangenen zehn Jahren ohne die Kapitalzuführung in Höhe von 64,8 Mio. EUR zu tragen, und dass ein umsichtiger privater Kapitalgeber unter diesen Umständen die von der WestSpiel generierten Jahresfehlbeträge nicht weiterhin getragen hätte (wie NRW und die NRW.BANK es getan hätten). Schließlich machen die Beschwerdeführer geltend, die Behauptung Deutschlands, dass die Jahresfehlbeträge der WestSpiel hauptsächlich auf die hohe Abgabenbelastung zurückzuführen seien, treffe nicht zu. So sei die Abgabenbelastung der WestSpiel nach Schätzungen der Beschwerdeführer über die Jahre rückläufig gewesen, die Kostenquoten vor Steuern im Betrachtungszeitraum von 2005 bis 2015 seien hingegen gestiegen. Daraus folge, dass die Verluste der WestSpiel nicht durch die angeblich hohe Abgabenbelastung, sondern durch außergewöhnlich hohe Kostenquoten verursacht worden seien. Schließlich könnten die durch die (teilweise) Auflösung des Risikofonds (siehe Fußnote 12) abgedeckten Beträge nicht von den Verlusten der WestSpiel abgezogen werden (wie Deutschland geltend mache), da unklar gewesen sei, welche Risiken der Fonds eigentlich decken sollte.

(42) Den Beschwerdeführern zufolge wird der jährliche Verlustausgleich durch die NRW.BANK aus staatlichen Mitteln finanziert und ist dem Staat zuzurechnen, da die NRW.BANK im alleinigen Eigentum von NRW stehe und Regierungsmitglieder im Verwaltungsrat säßen und über den jährlichen Verlustausgleich mitentschieden. Die Beschwerdeführer vertreten die Auffassung, dass es nach der Rechtsprechung nicht erforderlich sei, in jedem Fall eine Übertragung staatlicher Mittel festzustellen. Es genüge, dass einem öffentlichen Unternehmen Mittel zur Verfügung gestellt werden, damit die fragliche Maßnahme unter Artikel 107 Absatz 1 AEUV falle.

([12]) Die Zahlen berücksichtigen nicht den Verlustausgleich durch die (teilweise) Auflösung eines Risikofonds für die WestSpiel, der zur Deckung nicht versicherbarer allgemeiner und besonderer Glücksspielrisiken eingerichtet wurde. Grundlage für die Einrichtung des Fonds waren die Rahmenerlaubnis des nordrhein-westfälischen Ministeriums für Inneres und Kommunales für den Betrieb der Spielbanken in NRW und der Gesellschaftsvertrag der WestSpiel. Dem Gesellschaftsvertrag zufolge musste die WestSpiel den Risikofonds selbst einrichten. Im Jahresabschluss wird der Fonds als Sonderposten auf der Passiva-Seite, zwischen Eigenkapital und Rückstellungen, ausgewiesen.

([13]) Die Zahlen berücksichtigen den Verlustausgleich durch die (teilweise) Auflösung des Risikofonds und die Anrechnung von Verlusten auf die stille Beteiligung der NRW.BANK im Jahr 2015.

([14]) Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (ABl. L 318 vom 17.11.2006, S. 17, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2006/111/oj).

(43) Da die NRW.BANK nur die Verluste der WestSpiel, nicht aber die Verluste anderer Unternehmen gedeckt habe, sind die Beschwerdeführer der Ansicht, dass der jährliche Verlustausgleich einen selektiven Vorteil für die WestSpiel darstelle. In Bezug auf das Jahr 2014 hätten die außerordentlichen Erträge aus dem Verkauf der beiden Kunstwerke nicht berücksichtigt werden dürfen, da der WestSpiel ohne den Verkauf in jenem Jahr operative Verluste in Höhe von rund 21 Mio. EUR entstanden wären. Insgesamt sind die Beschwerdeführer der Auffassung, dass die schwierige finanzielle Situation der WestSpiel angesichts der Kostenquote vor Steuern nicht mit einer angeblich zu hohen Abgabenbelastung gerechtfertigt werden könne. Der Verlustausgleich durch die NRW.BANK hätte unter diesen Umständen nicht der Handlungsweise eines hypothetischen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers entsprochen. Ferner geben die Beschwerdeführer an, die Maßnahme verfälsche angesichts der Konkurrenz zwischen öffentlichen Spielbanken und privaten Spielhallen den Wettbewerb bzw. drohe, ihn zu verfälschen, und beeinträchtige den Handel zwischen Mitgliedstaaten.

(44) Nach Auffassung der Beschwerdeführer ist die Maßnahme auch nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar. Zwar handele es sich bei der WestSpiel um ein Unternehmen in Schwierigkeiten im Sinne der Leitlinien der Kommission für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten ([15]) (im Folgenden „Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien“), doch stehe die Maßnahme nicht mit den Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien im Einklang.

2.3.2. *Mutmaßliche Kapitalzuführung im Jahr 2015*

(45) Die Beschwerdeführer machen ferner geltend, die WestSpiel habe im Jahr 2015 eine Kapitalzuführung in Höhe von 64,8 Mio. EUR von der NRW.BANK erhalten.

(46) Während die WestSpiel in den Jahren vor und nach 2014 Verluste generiert habe, sei dem Unternehmen im Jahr 2014 ein Jahresüberschuss in Höhe von rund 86,4 Mio. EUR entstanden. Dieser Überschuss habe jedoch nicht aus dem operativen Geschäft der WestSpiel, sondern aus dem Verkauf zweier Kunstwerke gestammt. Die Gewinnabschöpfung nach § 14 SpielbG NRW (alte Fassung) habe 2014 dann zur Auszahlung eines Abschöpfungsbetrags von rund 82 Mio. EUR an NRW geführt.

(47) Im Jahr 2015 sei ein Teil (nämlich 64,8 Mio. EUR) der abgeschöpften Gewinne wie folgt wieder in die WestSpiel eingebracht worden: NRW und NRW.BANK schlossen den Treuhandvertrag, durch den die NRW.BANK Treuhänderin einer stillen Einlage von NRW in das Gesellschaftskapital der WestSpiel wurde. Diese stille Einlage in Höhe von 64,8 Mio. EUR ist neben das von der NRW.BANK eingebrachte Gesellschaftskapital getreten.

(48) Der am 26. November 2015 zwischen NRW und der NRW.BANK geschlossene Treuhandvertrag verpflichtete NRW, der NRW.BANK den Nominalbetrag in Höhe von 64,8 Mio. EUR spätestens zehn (10) Bankarbeitstage nach Unterzeichnung des Treuhandvertrags, jedoch nicht vor Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrags über eine stille Gesellschaft zwischen der NRW.BANK und WestSpiel, zur Verfügung zu stellen. Deutschland bestätigte, dass die Zahlung am 10. Dezember 2015 bei der NRW.BANK eingegangen ist.

(49) Der Gesellschaftsvertrag über eine stille Gesellschaft zwischen der NRW.BANK und der WestSpiel wurde am 1. Dezember 2015 geschlossen und verpflichtete die NRW.BANK, die Einlage in Höhe von 64,8 Mio. EUR spätestens fünf (5) Bankarbeitstage nach Zufluss des Beitrags bei der NRW.BANK als Treuhänderin zu erbringen. Deutschland bestätigte, dass die Zahlung am 15. Dezember 2015 bei der WestSpiel eingegangen sei.

([15]) Mitteilung der Kommission — Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (ABl. C 249 vom 31.7.2014, S. 1).

(50) Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, dass die Kapitalzuführung aus dem Jahr 2015 eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstelle. Insbesondere machen sie geltend, dass der WestSpiel durch die Zuführung der 64,8 Mio. EUR neues Kapital zur Verfügung gestellt worden sei, was ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber unterlassen hätte. Dies ergebe sich insbesondere aus dem Jahresabschluss der WestSpiel für 2015, in dem auf ein von [einer renommierten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft] (*) am 29. April 2015 erstelltes Gutachten („Independent Business Review", im Folgenden „[IBR]-Gutachten") verwiesen wird, in dem es heißt, dass die im Management Case für die WestSpiel getroffenen Annahmen „nicht unrealistisch …, aber teilweise herausfordernd oder ambitioniert" seien und der Management Case ein „nicht unrealistisches, aber mit in Summe erheblichen Risiken behaftetes Szenario" sei ([16]). Den Beschwerdeführern zufolge wurde die Kapitalzuführung durchgeführt, ohne vorab zu prüfen, ob die Rendite für diese Investition mit der durchschnittlich 24 % (zwischen 10 % und 39 %) betragenden Rendite im Bereich des automatenbasierten Glücksspiels im Einklang steht.

(51) Hinzu kommt laut Angaben der Beschwerdeführer, dass das zugeführte zusätzliche Kapital für die Einrichtung der fünften Spielbank in Köln bestimmt war, NRW jedoch keine ordnungsgemäße Analyse der zu erwartenden Rendite der fünften Spielbank durchgeführt habe. Aus diesen Gründen stehe die Kapitalzuführung offensichtlich nicht mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Einklang und verschaffe der WestSpiel einen selektiven Vorteil.

(52) In Bezug auf das von Deutschland angeführte „Gesamtkonzept zur Sicherung der Zukunft der WestSpiel", das den Verkauf der Kunstwerke und die anschließende Zuführung der zunächst abgeschöpften Gewinne aus dem Verkauf vorsah, vertreten die Beschwerdeführer die Auffassung, dass die von Deutschland vorgenommene Einstufung der Gewinnabschöpfung nach § 14 SpielbG NRW im Widerspruch zum Standpunkt Deutschlands in der Sache SA.44944 ([17]) stehe. Während Deutschland den Beschwerdeführern zufolge im vorliegenden Fall die Gewinnabschöpfung nach den Bestimmungen des HGB als normale Gewinnverwendung dargestellt hat, argumentierte Deutschland in der Sache SA.44944, dass es sich bei der Gewinnabschöpfung gemäß § 14 SpielbG NRW um eine Steuer im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 der deutschen Abgabenordnung handele.

(53) Den Beschwerdeführern zufolge stand die Kapitalzuführung von 2015 jedenfalls weder kurzfristig noch langfristig gesehen mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Einklang. Aus kurzfristiger Sicht habe Deutschland vorab keine Prüfung der Rentabilität der Kapitalzuführung vorgenommen, wie es der einschlägigen Rechtsprechung zufolge eigentlich erforderlich gewesen wäre. So hätte Deutschland nach Angaben der Beschwerdeführer insbesondere die zukünftige Finanzsituation der WestSpiel mit der Kapitalzuführung und ohne die Kapitalzuführung vergleichen müssen. Aus langfristiger Sicht habe Deutschland es durch die Berücksichtigung zukünftiger Steuereinnahmen des Staates aus den in den §§ 12, 13 und 14 SpielbG NRW (alte Fassung) verankerten Steuern versäumt, zwischen der Rolle des Staates als Steuerbehörde und seiner Rolle als Wirtschaftsteilnehmer (d. h. Gesellschafter der WestSpiel) zu unterscheiden.

2.4. **Gründe für die Einleitung des Verfahrens**

(54) Mit Beschluss vom 9. Dezember 2019 leitete die Kommission das förmliche Prüfverfahren für den mutmaßlichen jährlichen Verlustausgleich von 2009 bis 2015 und die mutmaßliche Kapitalzuführung im Jahr 2015 ein.

2.4.1. *Mutmaßlicher jährlicher Verlustausgleich*

(55) In den Erwägungsgründen 62 und 63 des Einleitungsbeschlusses stellte die Kommission fest, dass ein Vorteil nicht ausgeschlossen werden könne, da unklar sei, ob die Anteilseigner der WestSpiel, die NRW.BANK und NRW, tatsächlich (einen Teil der) Verluste von WestSpiel getragen oder darüber entschieden haben, ob das zur Verlustdeckung erforderliche Kapital zur Verfügung gestellt werden solle oder nicht.

(*) Vertrauliche Information.

([16]) Siehe Seite 10 des [IBR]-Gutachtens.

([17]) Siehe Beschluss C(2019) 8819 final, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202023/283549_2161703_113_2.pdf.

(56) Ferner stellte die Kommission in Erwägungsgrund 64 des Einleitungsbeschlusses fest, dass allein die Tatsache, dass die NRW.BANK trotz der wiederholten Verluste der WestSpiel in den vorangegangenen Jahren weitere Verluste akzeptierte, ohne vorab zu prüfen, ob sie ihre Beteiligung an der WestSpiel beibehalten oder auflösen sollte, um den Wert der noch verbleibenden Einlage zu erhalten, an sich bereits einen ungerechtfertigten Vorteil dargestellt haben könnte, da nicht davon auszugehen sei, dass ein privater Kapitalgeber unter vergleichbaren Umständen ebenso gehandelt hätte.

(57) Vor diesem Hintergrund vertrat die Kommission in Erwägungsgrund 65 des Einleitungsbeschlusses die Auffassung, dass die rechtliche Struktur und die Unternehmensstruktur der WestSpiel sowie die verschiedenen Rechtsinstrumente, über die die Anteilseigner Eigenkapital zur Verfügung gestellt haben, näher beleuchtet werden müssten, bevor die beihilferechtlichen Auswirkungen des Vorgehens bewertet werden könnten.

2.4.2. *Mutmaßliche Kapitalzuführung im Jahr 2015*

(58) Die Kommission vertrat in den Erwägungsgründen 79 bis 84 des Einleitungsbeschlusses die Auffassung, dass es sich bei dem Gewinnabschöpfungsmechanismus offenbar um eine besondere Steuer auf die Einkünfte des in NRW tätigen Spielbankunternehmens (d. h. der WestSpiel) zu handeln schien.

(59) Die Kommission stellte fest, dass Deutschland nicht in der Sache SA.44944 argumentieren könne, dass öffentliche Spielbanken (potenziell) einer ungünstigen Abgabenregelung unterlägen (d. h. kein Steuervorteil für WestSpiel gegeben sei), und gleichzeitig in der in Rede stehenden Sache SA.48580 behaupten, dass es sich bei dem Gewinnabschöpfungsmechanismus um eine Gewinnausschüttung an Anteilseigner (d. h. nicht um eine Besteuerung) handele und die Anteilseigner dann lediglich einen Teil der ausgeschütteten Gewinne der WestSpiel wieder zugeführt hätten.

(60) Die Kommission gelangte in Erwägungsgrund 83 des Einleitungsbeschlusses zu dem Ergebnis, dass der Gewinnabschöpfungsmechanismus nach § 14 SpielbG NRW (alte Fassung) vor diesem Hintergrund nicht eine bloße automatische Gewinnausschüttung der WestSpiel an die Anteilseignerin darzustellen schien, auf die die NRW.BANK hätte verzichten können. Die Kapitalzuführung von 2015 sei anderer Art als der Gewinnabschöpfungsmechanismus gewesen. Als eigenständige Maßnahme und mit Blick auf den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers scheine sie der WestSpiel einen Vorteil verschafft zu haben.

3. STELLUNGNAHMEN VON BETEILIGTEN

(61) Innerhalb der im Einleitungsbeschluss gesetzten Frist gingen bei der Kommission keine Stellungnahmen von Beteiligten ein.

4. STELLUNGNAHME DEUTSCHLANDS

(62) Deutschland zufolge umfasst keine der mutmaßlichen Beihilfemaßnahmen eine Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV.

4.1. Mutmaßlicher jährlicher Verlustausgleich

(63) Zum mutmaßlichen jährlichen Verlustausgleich macht Deutschland im Wesentlichen geltend, dass die WestSpiel von der NRW.BANK nie einen direkten oder indirekten Ausgleich für ihre Verluste erhalten habe, sondern lediglich das (in den Jahren 1978 und 2002 eingebrachte) Eigenkapital zum Ausgleich der angesammelten Verluste genutzt habe. Deutschland führt an, dass die mutmaßliche Beihilfemaßnahme keine Zahlungen der NRW.BANK beinhaltet habe und die Maßnahme daher keine staatliche Beihilfe umfasst habe.

(64) Deutschland zufolge sind Gesellschafter nach dem deutschen Gesellschaftsrecht verpflichtet, in der Bilanz ein vermindertes Eigenkapital auszuweisen, wenn das Unternehmen, an dem sie Anteile halten, Verluste schreibt. In diesem Sinne würden die Standardvorgaben für die Rechnungslegung für Kommanditgesellschaften nach dem deutschen Gesellschaftsrecht ([18]) dazu führen, dass im vorliegenden Fall das Kapital automatisch verbraucht worden sei, d. h., dass das Kapitalkonto der Kommanditgesellschaft automatisch mit dem Verlustbetrag belastet worden sei, ohne dass der Gesellschafter diesbezüglich eine Entscheidung getroffen hätte.

([18]) Siehe § 167 in Verbindung mit § 120 HGB (Fassung des HGB vor der Änderung vom 1. Januar 2024 durch Artikel 34 Absatz 4 G. v. 22.12.2023, BGBl. 2023 I Nr. 411, im Folgenden „alte Fassung").

(65) Ferner führt Deutschland an, dass die NRW.BANK „nicht darüber entscheiden konnte, ob das zur Verlustdeckung erforderliche Kapital [der WestSpiel] zur Verfügung gestellt wird oder nicht“ (Erwägungsgrund 62 des Einleitungsbeschlusses). In diesem Sinne erklärt Deutschland auf der Grundlage der Bestimmungen des deutschen Rechts Folgendes:

a) Die WestSpiel müsse wie jede Handelsgesellschaft für den Schluss jeden Geschäftsjahrs einen Abschluss aufstellen (§§ 242 ff. HGB). Dieser Jahresabschluss bestehe aus der Bilanz und einer besonderen Gewinn- und Verlustrechnung (§ 242 Absatz 3 HGB). Hierbei sei die Gesellschaft an Recht und Gesetz gebunden. Würde die finanzielle Lage der Gesellschaft, insbesondere der Verbrauch des Eigenkapitals, im Jahresabschluss nicht in zutreffender Höhe ausgewiesen, so komme eine Strafbarkeit der beteiligten Personen wegen Bilanzfälschung in Betracht (§ 331 HGB).

b) Anders als von den Beschwerdeführern vorgebracht, könne ein Gesellschafter (im Hinblick auf das der Gesellschaft bereits zugeführte Kapital) also nicht einseitig „entscheiden, ob das zur Verlustdeckung erforderliche Kapital zur Verfügung gestellt wird oder nicht“ ([19]). Diese Entscheidung sei den Anteilseignern entzogen, denn die Eigenkapitalreduzierung im Wege einer Verrechnung mit dem Kapitalanteil des Kommanditisten basiere auf § 161 Absatz 2 in Verbindung mit § 120 HGB (alte Fassung). Dort heiße es:

— (Absatz 1) „Am Schlusse jedes Geschäftsjahrs wird auf Grund der Bilanz der Gewinn oder der Verlust des Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Anteil daran berechnet.“

— (Absatz 2) „Der einem Gesellschafter zukommende Gewinn wird dem Kapitalanteil des Gesellschafters zugeschrieben; der auf einen Gesellschafter entfallende Verlust sowie das während des Geschäftsjahrs auf den Kapitalanteil entnommene Geld wird davon abgeschrieben.“

c) Trete ein Eigenkapitalverbrauch ein, so bedeute dies nicht, dass der Kommanditist neue Mittel einbringe (oder eine Entscheidung über die Verwendung bereits eingebrachter Mittel treffe). Es bedeute lediglich, dass sich wegen der Verluste und des Eigenkapitalverbrauchs der Wert seiner Beteiligung reduziert habe. In der Konzern-Gewinn- und Verlustrechnung sei daher in zutreffender Weise von einer „Belastung des Jahresfehlbetrags … auf dem Kapitalkonto der NRW.BANK (Kommanditistin)“ die Rede. Hierbei handele es sich jedoch nur um einen buchungstechnischen Vorgang, also die Belastung einer Position in der Bilanz (des Kapitalkontos). Es handele sich nicht um ein „Belastungsverfahren zur Übertragung von Mitteln aus einem Kapitalkonto der NRW.BANK auf die West-Spiel“ ([20]), sondern es werde hierin — im Einklang mit den bilanzrechtlichen Vorschriften — zum Ausdruck gebracht, dass sich das in früheren Jahren gewährte Eigenkapital der Gesellschaft reduziert habe.

d) Diese Regelung, die sich grundsätzlich bei allen Handelsgesellschaften in der Union finde und in weiten Teilen durch Sekundärrecht der Union harmonisiert und konkretisiert worden sei, diene dem Gläubigerschutz. Entstehende Verluste würden also zwingend durch das Eigenkapital aufgefangen.

e) Ein Gesellschafter könne sich diesem Mechanismus nicht entziehen. Die Gesellschafter könnten also nicht frei darüber entscheiden, ob das Eigenkapital verbraucht werde. Vor diesem Hintergrund sei das zum Ausdruck kommende Rechtsverständnis der Beschwerdeführer ([21]) fragwürdig, und den Verbrauch des Gesellschaftskapitals im Jahresabschluss nicht darzustellen, wäre eine Straftat.

(66) In Bezug auf den Zeitraum vor der stillen Beteiligung (d. h. von 2009 bis 2014) erklärt Deutschland, dass der Gesellschaftsvertrag der WestSpiel von 2007 keine Klausel enthalten habe, die zu einem anderen Mechanismus als dem in Erwägungsgrund 63 des Einleitungsbeschlusses beschriebenen automatischen Verbrauch von Gesellschaftskapital geführt hätte. Bei dem Gesellschaftsvertrag von 2007 habe es sich um eine reine Klarstellung gehandelt, in der die anwendbaren deutschen Rechtsvorschriften wiedergegeben worden seien ([22]).

([19]) Siehe Erwägungsgrund 62 des Einleitungsbeschlusses.
([20]) Siehe Erwägungsgrund 63 des Einleitungsbeschlusses.
([21]) Siehe Erwägungsgrund 62 des Einleitungsbeschlusses.
([22]) Der Gesellschaftsvertrag der WestSpiel (von 2007) ist seitdem mit Wirkung zum 26. Januar 2016 neu gefasst worden. Deutschland untermauert anhand weiterer Elemente, dass es weder in den Jahren vor der Änderung des Gesellschaftsvertrags im Jahr 2016 noch danach bei der Zuweisung von Verlustanteilen zu einer Übertragung von finanziellen Ressourcen oder Liquidität seitens der Kommanditistin gekommen sei. Bei den Schritten, die für die Verteilung der jährlichen Verluste erforderlich sind bzw. waren, habe es daher auch keinen Unterschied zwischen dem Gesellschaftsvertrag von 2007 und dem von 2016 gegeben. Die Verluste seien im Verhältnis zum Kapitalanteil (des Landes NRW — über die stille Einlage — und der NRW.BANK) aufgeteilt worden. Außerdem sei in dem Gesellschaftsvertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft festgelegt worden, dass dieser nicht einseitig durch eine der Vertragsparteien aufgelöst werden konnte. In jedem Fall kommt die Kommission, wie in Erwägungsgrund 66 des Einleitungsbeschlusses erläutert, zu dem Schluss, dass dieselben Erwägungen auch für Verluste gelten, die in den Folgejahren (d. h. nach 2015, gemäß dem Gesellschaftsvertrag von 2016) entstanden sind und (vermutlich) auf den Kapitalkonten von NRW.BANK und NRW (in seiner Rolle als Treugeber hinter der stillen Beteiligung der NRW.BANK an der WestSpiel) erfasst wurden.

(67) Deutschland erklärt ferner, dass die NRW.BANK und NRW vertraglich keine zusätzlichen Verpflichtungen zugunsten der WestSpiel eingegangen seien (Garantien, Commitments o. Ä.).

(68) In Erwägungsgrund 64 des Einleitungsbeschlusses äußerte die Kommission auch deshalb Bedenken bezüglich der Maßnahme, weil nicht auszuschließen war, dass der WestSpiel ein Vorteil gewährt wurde, indem die NRW.BANK ihre Beteiligung an der WestSpiel trotz deren anhaltender Verluste beibehielt, „da nicht davon auszugehen war, dass ein privater Kapitalgeber unter vergleichbaren Umständen ebenso gehandelt hätte". Deutschland ist der Auffassung, dass diese Bedenken nicht gerechtfertigt seien. Um darzulegen, dass ein privater Kapitalgeber eben doch in derselben Weise gehandelt hätte, beschreibt Deutschland zwei verschiedene Szenarien für ein Handeln der NRW.BANK (Liquidation und Verkauf der WestSpiel).

– *Erstes Szenario: Liquidation der WestSpiel*

(69) Deutschland zufolge hätte die NRW.BANK im fraglichen Zeitraum (2009 bis 2015) den Wert der ursprünglichen Kapitaleinlage in Höhe von 35,5 Mio. EUR durch eine Auflösung der WestSpiel nicht erhalten können. Aus Gründen des Gläubigerschutzes unterlägen die Auflösung der WestSpiel bzw. das Ausscheiden eines Gesellschafters nach dem deutschen Gesellschaftsrecht engen Grenzen. Zwar räumt Deutschland ein, eine Auflösung durch Beschluss der Gesellschafter sei möglich (§ 131 HGB (alte Fassung) ([23])), doch beginne mit der Auflösung die Abwicklung oder Liquidation als Auseinandersetzung nach den §§ 145 ff. HGB (alte Fassung) ([24]) und §§ 730 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs (im Folgenden „BGB"). Deutschland erläutert, dies sei ein aufwendiger und langwieriger Prozess, in dessen Rahmen die Liquidatoren die laufenden Geschäfte der Gesellschaft beendigen, die Forderungen einziehen, das übrige Vermögen in Geld umsetzen und die Gläubiger befriedigen müssten (§ 149 Satz 1 HGB (alte Fassung) ([25])). Das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft sei dann von den Liquidatoren nach dem Verhältnis der Kapitalanteile unter die Gesellschafter zu verteilen (§ 155 Absatz 1 HGB (alte Fassung) ([26])).

(70) Ferner argumentiert Deutschland, die NRW.BANK hätte im Falle einer Liquidation der WestSpiel, wie in Erwägungsgrund (69) beschrieben, eine Vielzahl von Verbindlichkeiten gegenüber Dritten bedienen müssen, darunter auch die signifikanten Pensionsverbindlichkeiten. Daneben wären Vertragsbeendigungskosten (z. B. Arbeits- und Mietverträge) zu berücksichtigen gewesen, und bei der Liquidation von Gegenständen des Anlage- oder Umlaufvermögens wäre es zu signifikanten liquidationsbedingten Abschlägen an den handelsrechtlichen Buchwerten gekommen. Dadurch wäre zwingend auch die Einlage der NRW.BANK als der alleinigen Kommanditistin der WestSpiel in dem Sinne beeinträchtigt worden, als lediglich im Fall eines positiven Saldos noch ein Wertbeitrag für die Einlage der NRW.BANK verblieben wäre (vgl. § 171 Absatz 1 in Verbindung mit §§ 167 Absatz 3 ([27]), 149 Satz 1, 161 Absatz 2 HGB). Bereits nach überschlägigen Berechnungen wäre der Liquidationswert der WestSpiel daher deutlich negativ gewesen.

(71) Daher gelangt Deutschland zu dem Schluss, dass ein Liquidationsverfahren nicht dazu geführt hätte, dass die NRW.BANK im fraglichen Zeitraum den Wert der ursprünglichen Kapitaleinlage durch eine Auflösung der WestSpiel hätte erhalten können. Deutschland argumentiert in diesem Zusammenhang auch, dass hier zu berücksichtigen sei, dass die NRW.BANK zu jenem Zeitpunkt bereits in erheblichem Maße Kapital in die WestSpiel investiert habe (ursprüngliche Einlage in Höhe von 35,5 Mio. EUR). Deutschland zufolge würde ein privater Kapitalgeber, der bereits in ein Unternehmen investiert hat, seine Risikoabwägung für eine weitere Investition anders treffen als ein Investor ohne bestehende Beteiligung. In diesem Zusammenhang sei anerkannt, dass bei einer Mehrheitsbeteiligung langfristige strategische Erwägungen eine niedrigere als die marktdurchschnittliche Rendite rechtfertigen können (sogenannter „Eigentümereffekt").

– *Zweites Szenario: Verkauf der WestSpiel*

(72) Da das erste Szenario ausgeschlossen werden könne, hätte die NRW.BANK — so das Argument Deutschlands — die Belastungen durch die Verluste der WestSpiel nur durch einen Verkauf vermeiden können. Wirtschaftlich sei die WestSpiel im fraglichen Zeitraum (von 2009 bis 2015) in einer für einen Käufer eher unattraktiven Verfassung gewesen, sodass mit einiger Sicherheit kein zufriedenstellender Kaufpreis hätte erzielt werden können.

([23]) § 131 HGB ist seit der Änderung vom 1. Januar 2024 inzwischen § 140 HGB.
([24]) § 145 HGB ist seit der Änderung vom 1. Januar 2024 inzwischen § 143 HGB.
([25]) § 149 Satz 1 HGB ist seit der Änderung vom 1. Januar 2024 § 148 Absatz 2 und Absatz 5, Satz 1 HGB.
([26]) § 155 Absatz 1 HGB ist seit der Änderung vom 1. Januar 2024 § 148 Absatz 8 HGB.
([27]) § 167 Absatz 3 HGB ist seit der Änderung vom 1. Januar 2024 auf § 167 HGB begrenzt.

(73) Nach Angaben Deutschlands hat NRW das [IBR]-Gutachten (2015) in Auftrag gegeben, das eine Vielzahl von Indikatoren einbezog und daher umfassender sei als ein gewöhnlicher Privat-Investor-Test.

(74) Deutschland erwähnt insbesondere S. 101 des Gutachtens, aus der hervorgehe, dass der Zahlungssaldo der WestSpiel selbst mit der damals geplanten Kapitalzuführung in Form der stillen Beteiligung erst in den Jahren 2021 bis 2023 positiv werden würde. Dies gehe auch aus der vorletzten Zeile des nachstehenden Schaubilds hervor, das aus dem [IBR]-Gutachten stammt.

[…]

4.2. **Mutmaßliche Kapitalzuführung im Jahr 2015**

(75) In Erwägungsgrund 77 des Einleitungsbeschlusses beschrieb die Kommission zwei Argumentationslinien Deutschlands in Bezug auf die Kapitalzuführung von 2015. Erstens habe die Kapitalzuführung lediglich eine (Teil-)Rückführung des von der WestSpiel abgeschöpften Gewinns dargestellt. Zweitens habe die Kapitalzuführung in jedem Fall mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Einklang gestanden, da das Land NRW mit der Zuführung durch die stille Einlage wie ein privater Kapitalgeber unter vergleichbaren Umständen gehandelt habe. Deutschland geht in seiner Stellungnahme zum Einleitungsbeschluss auf beide Argumentationslinien ein und führt eine Reihe alternativer Argumente an.

(76) Was erstens die Argumentation zur (Teil-)Rückführung anbelangt, macht Deutschland im Wesentlichen geltend, dass die beiden Vorgänge (Gewinnabschöpfung und Kapitalzuführung) als einheitlicher Akt anzusehen seien (Gesamtkonzept, das Deutschland als „eine Maßnahme“ bzw. eine „komplexe Maßnahme“ bezeichnet) und nicht getrennt betrachtet werden könnten.

(77) Deutschland zufolge kann die (Teil-)Rückführung nicht losgelöst vom Verkauf der beiden Kunstwerke und insbesondere nicht losgelöst von der Gewinnabschöpfung zugunsten von NRW gesehen werden, da a) die beiden Maßnahmen in enger zeitlicher Abfolge ergangen seien und b) der Verkauf der Kunstwerke nur erfolgt sei, weil die beteiligten Behörden zugesichert hatten, die abgeschöpften Gewinne aus dem Verkauf durch die Kapitalzuführung (teilweise) zurückzuzahlen. Die (Teil-)Rückführung der Mittel sei Teil eines bereits vor dem Kunstverkauf beschlossenen Gesamtkonzepts gewesen. Dies sei aus internen und öffentlichen Dokumenten ersichtlich ([28]). Daher sei die Kapitalzuführung im Rahmen dieser „Gesamtbetrachtung“ nicht isoliert zu bewerten, sondern als Teil einer Gesamtmaßnahme, die aus der Anwendung des abgabenrechtlichen Rahmens auf die WestSpiel bestehe (insbesondere von § 14 SpielbG NRW (alte Fassung), d. h. der Abschöpfung in Bezug auf den Gewinn aus dem Kunstverkauf) ([29]).

(78) Was zweitens den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers anbelangt, so vertritt Deutschland, wie in den Erwägungsgründen 85 bis 89 des Einleitungsbeschlusses erläutert, die Auffassung, dass die von NRW im Jahr 2015 vorgenommene Kapitalzuführung unter vergleichbaren Umständen auch von einem privaten Kapitalgeber so vorgenommen worden wäre. Deutschland stützt sich hier auf eine „kurzfristige“ und eine „langfristige“ Sichtweise. Aus kurzfristiger Sicht sei die Kapitalzuführung in Höhe von 64,8 Mio. EUR für die WestSpiel im Jahr 2015 als eigenständige Maßnahme marktkonform gewesen ([30]). Aus langfristiger Sicht führt Deutschland — gestützt auf die Rechtssache EDF ([31]) — an, zukünftige höhere Steuereinnahmen könnten in die Bewertung einbezogen werden. Ferner sei die Kapitalzuführung erforderlich gewesen, um die Rentabilität der WestSpiel wiederherzustellen und damit den Wert des bereits in das Unternehmen investierten Kapitals zu

([28]) So sei beispielsweise in der Gewährträgerversammlung der NRW.BANK vom 13. März 2014 ein ausdrücklicher Vorbehalt dahin gehend formuliert worden, dass der Veräußerung der Kunstwerke nur zugestimmt wird, wenn die erforderlichen Mittel durch die WestSpiel genutzt werden können, ihr also dauerhaft zur Verfügung stehen.

([29]) Aber im größeren Zusammenhang potenziell auch §§ 12 und 13 SpielbG NRW (alte Fassung), d. h. die Abgaben auf die Bruttospielerträge der WestSpiel (unter Berücksichtigung des allgemeinen steuerlichen Rahmens).

([30]) Deutschland erklärt, dass Kapitalzuführung und Gewinnabschöpfung insgesamt betrachtet zu einem Nettoabschöpfungsbetrag in Höhe von 17,2 Mio. EUR geführt hätten, was über dem Wert von 0 EUR im kontrafaktischen Szenario (ohne Kapitalzuführung) liege. Anders ausgedrückt habe der Staat, indem er 2014 (gemäß § 14 SpielbG NRW (alte Fassung)) 82 Mio. EUR bei der WestSpiel abschöpfte und ihr 2015 lediglich 64,8 Mio. EUR zuführte, insgesamt 17,2 Mio. EUR und damit mehr als die 0 EUR im kontrafaktischen Szenario erhalten. Deutschland zufolge stehen die Ausführungen der Kommission in den Erwägungsgründen 78 ff. und 88 ff. des Einleitungsbeschlusses, wonach eine solche „Nettorechnung“ nicht zulässig wäre, weil die Gewinnabschöpfung nach § 14 SpielbG NRW (alte Fassung) „fester Bestandteil der besonderen steuerlichen und regulatorischen Regelung des SpielbG NRW …, die der Staat ausschließlich auf die WestSpiel anwendet“ sei, nicht im Einklang mit der Rechtsprechung. Allein die Tatsache, dass eine Zahlungspflicht ein „Bestandteil einer besonderen steuerlichen und regulatorischen Regelung ist“, könne nicht dazu führen, dass diese Zahlungspflicht isoliert vom wirtschaftlichen Gesamtkomplex „Kunstveräußerung, Gewinnabschöpfung und Rückführung“ zu betrachten sei. Diese Auffassung werde durch das Urteil des Gerichts vom 26. Februar 2019 in der Rechtssache T-865/16 (ECLI:EU:T:2019:113) bestätigt.

([31]) Urteil des Gerichtshofs vom 5. Juni 2012, Kommission/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

erhalten. Deutschland erklärt insbesondere, das Modell aus Kunstveräußerung/Gewinnabschöpfung/Kapitalzuführung sei alternativlos gewesen. Die einzige andere Option sei gewesen, dieses nicht umzusetzen und damit den vollständigen Wert der Beteiligung an der WestSpiel sowie die Aussicht auf künftige Abgaben zu verlieren. Insbesondere eine Auflösung bzw. Liquidation des Unternehmens sei „keine ökonomisch denkbare Option" gewesen. Als Begründung dieser Auffassung wiederholt Deutschland dieselben Argumente wie im Rahmen der Stellungnahme zu den kontrafaktischen Szenarien zum jährlichen Verlustausgleich, nämlich dass es sich bei der Auflösung bzw. Liquidation um einen aufwendigen, kostspieligen und langwierigen Prozess handele und eine Vielzahl von Verbindlichkeiten zu einem negativen Liquidationswert der WestSpiel geführt hätten (siehe Erwägungsgründe (69) bis (71)).

(79) Deutschland erklärt drittens, dass die Kapitalzuführung der WestSpiel angesichts ihres strukturellen Nachteils (insbesondere aufgrund der Gewinnabschöpfung, die auf den Gewinn aus dem Kunstverkauf angewandt wurde) keinen Vorteil verschafft habe. Der strukturelle Nachteil für die WestSpiel habe darin gelegen, dass sie nach den §§ 12 bis 14 SpielbG NRW (alte Fassung) eine deutlich höhere Abgabenbelastung zu tragen gehabt habe. Nach der Rechtsprechung liege kein Vorteil im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV vor, wenn lediglich ein struktureller Nachteil ausgeglichen werde ([32]). Deutschland fügt hinzu, die Rechtsprechung sei dahin gehend konkretisiert worden, dass ein Ausgleich zusätzlicher Belastungen, die sich aus einer Ausnahmeregelung ergeben, die für Konkurrenzunternehmen nicht gilt, dann keine staatliche Beihilfe sei, wenn ein untrennbarer Zusammenhang besteht zwischen der fraglichen Ausgleichsmaßnahme und dem ihr zugeschriebenen Zweck, die Mehrkosten wegen der besonderen strukturellen Probleme auszugleichen ([33]). Dies sei eine Konsequenz des Grundsatzes, wonach staatliche Zuwendungen nur dann einen wirtschaftlichen Vorteil im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstellen, wenn das Unternehmen von solchen Kosten entlastet wird, die von Unternehmen „normalerweise" zu tragen sind ([34]). Denn nur eine Entlastung von solchen Kosten könne dazu führen, dass das Empfängerunternehmen gegenüber den mit ihm in Konkurrenz stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelange. Im Fall der WestSpiel habe die staatliche Maßnahme dazu gedient, dass die Kosten der WestSpiel auf dem Niveau der Wettbewerber gehalten werden. Der einzige Zweck der Kapitalzuführung durch die stille Beteiligung habe daher (wie in Erwägungsgrund (47) erläutert) darin bestanden, den strukturellen Nachteil der WestSpiel auszugleichen.

(80) Deutschland macht viertens geltend, dass das gleiche Ergebnis, das mit der Kapitalzuführung erzielt worden sei, auch einfach durch eine Gesetzesänderung, d. h. eine Änderung der anwendbaren Steuervorschriften, hätte herbeigeführt werden können. Im vorliegenden Fall hätte es dem Gesetzgeber freigestanden, eine Klarstellung in § 14 SpielbG NRW aufzunehmen, wonach diese Vorschrift nur für Gewinne gelten würde, die aus dem regulären Spielbetrieb des Spielbankunternehmens, also der WestSpiel, stammen, nicht jedoch für sonstige außergewöhnliche Erträge. Hierfür hätte es z. B. ausgereicht, einen neuen Absatz 4 aufzunehmen, der sinngemäß besagt: „Eine Gewinnabschöpfung nach dieser Vorschrift findet nur statt, soweit die ausgewiesenen Jahresüberschüsse auf den eigentlichen Spielbankbetrieb zurückgehen. Sonstige Gewinne unterliegen der Regelbesteuerung." In diesem Fall wäre keine (Teil-)Rückführung erforderlich gewesen, da der Gewinnabschöpfungsmechanismus nicht auf die Erträge aus der Veräußerung der Kunstgegenstände anwendbar gewesen wäre.

([32]) Urteil des Gerichts vom 14. Juli 2016, Deutschland/Kommission, T-143/12, ECLI:EU:T:2016:406, Rn. 143 ff., Urteil des Gerichts vom 16. März 2004, Danske Busvognmænd/Kommission, T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, Rn. 57, Urteil des Gerichtshofs vom 23. März 2006, Enirisorse/Sotacarbo, C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197, Rn. 42-48.

([33]) Urteil des Gerichtshofs vom 8. Dezember 2011, France Télécom SA/Kommission, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, Rn. 42 ff., Urteil des Gerichts vom 30. November 2009, France Télécom SA u. a./Kommission, T-427/04 und T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, Rn. 207 ff., Urteil des Gerichts vom 28. November 2008, Hotel Cipriani u. a./Kommission, T-254/00, T-270/00 und T-277/00, ECLI:EU:T:2008:537, Rn. 185, 187 und 189, Urteil des Gerichtshofs vom 9. Juni 2011, Hotel Cipriani u. a./Kommission, C-71/09 P, C-73/09 P und C-76/09 P, ECLI:EU:C:2011:368, Rn. 89, 97 und 100.

([34]) Urteil des Gerichtshofs vom 23. Februar 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde, 30/59, ECLI:EU:C:1961:2, Rn. 3 und 43, Urteil des Gerichtshofs vom 15. März 1994, Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, Rn. 12 und 13, Urteil des Gerichtshofs vom 1. Dezember 1998, Ecotrade/Altiforni e Ferriere di Servóla SpA (AFS), C-200/97, ECLI:EU:C:1998:579, Rn. 34, Urteil des Gerichtshofs vom 8. November 2001, Adria-Wien Pipeline/Finanzlandesdirektion für Kärnten, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, Rn. 3, Urteil des Gerichtshofs vom 3. März 2005, Wolfgang Heiser/Finanzamt Innsbruck, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, Rn. 36, Urteil des Gerichtshofs vom 30. Juni 2016, Belgien/Kommission, C-270/15, ECLI:EU:C:2016:489, Rn. 34-36.

(81) Deutschland führt fünftens an, dass NRW und später die Gewährträgerversammlung der NRW.BANK am 8. Mai 2018 beschlossen habe, alle von der NRW.BANK gehaltenen Gesellschaftsanteile (100 %) an der WestSpiel zu veräußern. Nach der Veräußerung musste die stille Beteiligung der NRW.BANK, die diese treuhänderisch für NRW hielt, zurückgeführt und damit beendet werden, d. h., nach der Veräußerung war der Buchwert der von NRW stammenden Einlage an NRW zurückzuzahlen. ([35]) Deutschland war der Auffassung, dass die Rückführung der stillen Beteiligung durch die WestSpiel einer weitgehenden Rückzahlung der (angeblichen) staatlichen Beihilfe gleichgekommen sei. In diesem Sinne habe der Verkauf der WestSpiel gezeigt, dass die Kapitalzuführung im Jahr 2015 dem Verhalten eines privaten Kapitalgebers entsprach und (auch deshalb) keine Beihilfe enthielt. Die Entscheidung für die Kapitalzuführung im Jahr 2015 sei wirtschaftlich sinnvoll gewesen, denn NRW habe nicht nur damit gerechnet, den Buchwert seiner stillen Beteiligung mit der Privatisierung zurück zu erhalten, sondern auch einen Gewinn bei der Veräußerung der Gesellschaftsanteile durch die NRW.BANK zu erzielen. In diesem Zusammenhang teilte Deutschland der Kommission mit Schreiben vom 8. September 2021 mit, dass die zweite und letzte Rate der stillen Beteiligung in Höhe von 11 516 909 EUR (zur ersten Rate siehe Erwägungsgrund (90)) am 26. Juli 2021 von der WestSpiel (aus eigenen liquiden Mitteln) zurückgezahlt worden sei. ([36])

(82) Was den Beihilfecharakter betrifft, so macht Deutschland geltend, dass die Kapitalzuführung keine staatlichen Mittel beinhalte, da das Kapital aus dem Verkauf der Kunstwerke, die im Eigentum der WestSpiel standen, stammte. Deutschland erklärt, dass kein wirtschaftlich handelndes Unternehmen einen solchen Verkauf jemals vorgenommen hätte, wenn es nicht davon hätte ausgehen können und dürfen, dass die Verkaufserlöse oder jedenfalls ein Großteil davon ihm wieder zufließen würden. Vor diesem Hintergrund erscheine eine rein formelle Betrachtung, nach der die Mittel aus dem Kunstverkauf staatlich sein sollen, nur weil sie für eine „juristische Sekunde“ dem Staat zugeflossen sind, künstlich und nicht sachgerecht. Deutschland bringt vielmehr vor, dass die Mittel für die (Teil-)Rückführung des Kapitals in Form einer stillen Einlage aus dem Erlös aus dem Verkauf zweier Kunstwerke, die der WestSpiel gehörten, stammten und nicht verfügbar gewesen wären, wenn die WestSpiel nicht beschlossen hätte, die beiden Kunstwerke zu veräußern. Zudem habe sich die WestSpiel nur zu dem Verkauf entschieden, weil die beteiligten Behörden zugesichert hätten, dass die abgeschöpften Gewinne aus dem Verkauf (zum Teil) wieder in die WestSpiel investiert würden.

4.3. **Weitere Argumente**

(83) Sowohl hinsichtlich des jährlichen Verlustausgleichs als auch bezüglich der Kapitalzuführung ist Deutschland der Auffassung, dass die in Rede stehenden Maßnahmen angesichts der Monopolstellung der WestSpiel in NRW keine Wettbewerbsverfälschung oder Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten bewirkt haben könnten. Insbesondere sei der Spielbankmarkt im relevanten Zeitraum (von 2009 bis 2015) nach den §§ 1 und 3 SpielbG

([35]) Wie in Erwägungsgrund (30) erläutert, wurde WestSpiel in der Zwischenzeit (im September 2021) verkauft.

([36]) Deutschland erläuterte in seiner Antwort vom 4. April 2022, wie die Höhe dieser beiden Raten ermittelt wurde:
- Die stille Beteiligung sei durch Unterzeichnung des Auflösungsvertrags am 4. Januar 2021 mit Wirkung zum 8. Januar 2021 aufgelöst worden.
- Gemäß den Ziffern 12.1-12.3 des Gesellschaftsvertrags über eine stille Gesellschaft habe der stille Gesellschafter bei einvernehmlicher Auflösung der stillen Gesellschaft bzw. in jedem Fall, wenn der stille Gesellschafter die Gesellschaft beende, Anspruch auf eine Abfindung.
- Gemäß Ziffer 12.2 Sätze 1 und 2 sowie Ziffer 12.3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags über eine stille Gesellschaft entspreche der Gesamtbetrag der Abfindung dem Buchwert der stillen Beteiligung zum 31. Dezember 2020. Im Einklang mit dem Auflösungsvertrag wurde der Buchwert zum 31. Dezember 2020 aus dem Saldo des Einlage-, Darlehens- und Verlustkontos der stillen Gesellschaft berechnet, wie sie in den geprüften und bestätigten Jahresabschlüssen der Gesellschaft zum 31. Dezember 2020 ausgewiesen wurden. Dementsprechend wurde die stille Beteiligung am Jahresergebnis 2020 noch beteiligt.
- Da der geprüfte Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2020 zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Auflösungsvertrags im Januar 2021 noch nicht verfügbar war und der Abfindungsbetrag daher noch nicht sicher und endgültig verbindlich festgesetzt werden konnte, einigten sich beide Parteien im Auflösungsvertrag auf die Rückzahlung in zwei Raten.
- Die erste Rate wurde auf 35 Mio. EUR festgesetzt, wodurch — auf Grundlage der vorläufigen Schätzung des Jahresergebnisses für das Geschäftsjahr 2020, das nach Auffassung Deutschlands noch mit Unsicherheit behaftet war — eine zu hohe Zahlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden werden konnte.
- Die zweite und letzte Rate wurde festgesetzt als Differenz zwischen dem im Jahresabschluss zum 31. Dezember 2020, der Gegenstand einer Abschlussprüfung am 20. April 2021 war, ausgewiesenen Buchwert der stillen Beteiligung und der ersten Rate in Höhe von 35 Mio. EUR. Da der Buchwert der stillen Beteiligung im geprüften Abschluss zum 31. Dezember 2020 schließlich 46 516 909 EUR betrug, belief sich die zweite Rate auf 11 516 909 EUR.

NRW (alte Fassung) dem Wettbewerb entzogen gewesen. Nach Auffassung Deutschlands kann trotz der Aussagen im Geschäftsbericht 2014 der WestSpiel (Erwägungsgrund 57 des Einleitungsbeschlusses) ([37]) nicht argumentiert werden, dass die WestSpiel auf demselben Markt im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts tätig sei wie die in Deutschland bislang illegal tätigen Anbieter von Online-Spielen. Aus verfahrensrechtlicher Sicht könne jedenfalls der Aspekt, ob die Maßnahmen staatliche Beihilfen umfassen oder nicht, auf der Grundlage der Beschlusspraxis der Kommission ([38]) offengelassen werden.

(84) Eine erste mögliche Grundlage für die Vereinbarkeit stelle im Hinblick auf die Liberalisierung des Glücksspielmarktes Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV dar. Deutschland erklärt, dass die Kommission Privatisierungen als Ziel von gemeinsamem Interesse eingestuft ([39]) und Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV als eingehalten betrachtet habe, wenn die Maßnahmen für die Privatisierung des staatseigenen Unternehmens erforderlich waren und lediglich den Wettbewerbsnachteil des staatseigenen Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern abdeckten ([40]). Nach Auffassung Deutschlands seien die Anforderungen, die sich aus der Beschlusspraxis der Kommission ergeben, im vorliegenden Fall erfüllt. So bestehe a) das Ziel von gemeinsamem Interesse in der Marktöffnung des Sektors ([41]), b) seien die Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ([42]) und c) seien die Maßnahmen ferner angemessen ([43]).

(85) Hilfsweise vertritt Deutschland die Auffassung, dass die Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien eine relevante Grundlage für die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt darstellen könnten. So macht Deutschland geltend, dass die WestSpiel zwar zum Zeitpunkt der Gewährung der mutmaßlichen Maßnahmen kein Unternehmen in Schwierigkeiten gewesen sei, dazu aber werden würde, wenn die Kommission die Rückforderung der Beihilfemaßnahme(n) anordnen sollte, und für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen in Betracht käme ([44]).

5. STELLUNGNAHMEN DER WESTSPIEL UND DER BESCHWERDEFÜHRER

(86) Nach Ablauf der Frist für Stellungnahmen zum Einleitungsbeschluss sind bei der Kommission sowohl von der WestSpiel als auch von den Beschwerdeführern Stellungnahmen eingegangen. Der Vollständigkeit halber werden sie nachstehend zusammengefasst.

([37]) „… Wie die Beschwerdeführer betonten, geht aus den Angaben im Jahresabschluss der WestSpiel für 2014 hervor, dass die WestSpiel selbst den Wettbewerb mit gewerblichen Spielhallenbetreibern und dem Online-Glücksspiel als eine der Hauptursachen für die in diesem Jahr aufgelaufenen Verluste betrachtet".

([38]) Siehe z. B. die Erwägungsgründe 487 und 583 sowie Artikel 2 Absatz 2 des Beschlusses C(2014) 6849 final der Kommission vom 1. Oktober 2014 in der Sache SA.14093 — Maßnahmen Belgiens zugunsten des Flughafens Brussels South Charleroi und der Fluggesellschaft Ryanair (ABl. L 325 vom 30.11.2016, S. 63), Erwägungsgründe 190, 191 und 257 sowie Artikel 2 Absatz 2 des Beschlusses C(2014) 5084 final der Kommission vom 23. Juli 2014 in den Sachen SA.19880 und SA.32576 — Flughafen Weeze/Niederrhein und Flughafen Niederrhein GmbH (ABl. L 269 vom 15.10.2015, S. 1), Erwägungsgrund 120 der Entscheidung 2009/613/EG der Kommission vom 8. April 2009 über die Maßnahmen des Vereinigte Königreichs zugunsten von Royal Mail (ABl. L 210 vom 14.8.2009, S. 16), Erwägungsgrund 139 und Artikel 1 des Beschlusses C(2019) 6836 final der Kommission vom 20. September 2019 in der Sache SA.34402 über die Maßnahme Deutschlands zugunsten der Hochschul-Informations-System GmbH (ABl. L 74 vom 11.3.2020, S. 22) sowie — speziell zu Privatisierungen — Erwägungsgrund 102 der Entscheidung 2008/722/EG der Kommission vom 10. Mai 2007 über die staatliche Beihilfe, die Griechenland im Rahmen der freiwilligen Vorruhestandsregelung zugunsten der OTE zu gewähren beabsichtigt (ABl. L 243 vom 11.9.2008, S. 7).

([39]) Siehe Erwägungsgrund 307 der Entscheidung 2008/765/EG der Kommission vom 11. Dezember 2007 über die Beihilfe C 7/06 (ex NN 83/05), gewährt von Finnland zugunsten von Tieliikelaitos/Destia (ABl. L 270 vom 10.10.2008, S. 1).

([40]) Siehe Erwägungsgrund 157 des Beschlusses C(2012) 1834 final der Kommission vom 21. März 2012 über die Maßnahme SA.31479 (2011/C) (ex 2011/N), die das Vereinigte Königreich zugunsten der Royal Mail Group durchführen will (ABl. L 279 vom 12.10.2012, S. 40).

([41]) Die Maßnahmen tragen Deutschland zufolge zur Verwirklichung eines Ziels von gemeinsamem Interesse bei, nämlich der Privatisierung und damit der Marktöffnung des Spielbankensektors in NRW.

([42]) Die im vorliegenden Fall unternommenen Schritte, d. h. die Kapitalzuführung zum Ausgleich des strukturellen Nachteils, seien wichtige Etappen zur Anpassung des Unternehmens an die schrittweise Liberalisierung des Spielbankensektors in Nordrhein-Westfalen. Aufgrund der Maßnahmen würden private Kapitalgeber sich für den Erwerb der WestSpiel interessieren, was zu einer Privatisierung führen werde. Die Maßnahmen seien folglich für die Privatisierung der WestSpiel und für die Marktöffnung im Spielbankensektor erforderlich.

([43]) Die Maßnahmen zielten ausschließlich darauf ab, den Wettbewerbsnachteil des staatseigenen Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern auszugleichen. Deutschland erklärte, dass sich die Abgabenbelastung der WestSpiel erheblich von der privater Unternehmen im Glücksspielsektor allgemein unterscheide und die in Rede stehenden Maßnahmen nicht zu einer „Überkompensation" geführt hätten. Ein Vergleich der Abgabenbelastung zeige, dass sie bei der WestSpiel im relevanten Zeitraum seit 2006 in 13 von 14 Jahren deutlich höher ausgefallen sei, als dies nach der normalen Unternehmensbesteuerung der Fall gewesen wäre. Allein im Zeitraum 2009 bis 2013 habe NRW durch die Abgaben nach den §§ 12 bis 14 SpielbG NRW (alte Fassung) insgesamt 253,2 Mio. EUR einnehmen können. Das Unternehmen sei ohne staatliches Eingreifen nicht in der Lage, aus eigener Kraft im Wettbewerb zu bestehen.

([44]) Deutschland erläutert, dass die Kommission Beihilfen in ähnlichen Fällen genehmigt habe, so z. B. mit Entscheidung 2005/345/EG der Kommission vom 24. Februar 2004 über die Umstrukturierungsbeihilfe Deutschlands zugunsten der Bankgesellschaft Berlin AG (ABl. L 116 vom 4.5.2005, S. 1).

5.1. **Stellungnahme der WestSpiel**

5.1.1. *Mutmaßlicher jährlicher Verlustausgleich*

(87) In Bezug auf den mutmaßlichen jährlichen Ausgleich der Verluste der WestSpiel durch die NRW.BANK führt die WestSpiel aus, dass dieser Ausgleich nicht höher ausgefallen sei als der normale Verlustanteil, den ein Kommanditist einer Verluste schreibenden Kommanditgesellschaft zu tragen habe. Insbesondere sei damit keine Zuführung von neuem Kapital verbunden. Auch liege keine dem Staat zurechenbare Maßnahme vor, da der Kapitalverbrauch bei Verlusten der Kommanditgesellschaft automatisch, d. h. unabhängig von irgendeiner Entscheidung des Kommanditisten erfolge.

5.1.2. *Mutmaßliche Kapitalzuführung im Jahr 2015*

(88) In Bezug auf die Kapitalzuführung im Jahr 2015 bringt die WestSpiel vor, dass sie von ihrem Gesellschafter kein neues Kapital erhalten habe. Vielmehr habe sie in Abstimmung mit ihrem Gesellschafter eigene Vermögenswerte (d. h. zwei Andy-Warhol-Gemälde) verkauft, um über ausreichende liquide Mittel für die erforderliche Umstrukturierung zu verfügen.

(89) Die WestSpiel macht geltend, dass obwohl angesichts der Gewinnabschöpfung von 75 % nach § 14 Absatz 1 SpielbG NRW (alte Fassung) der Erlös aus dem Verkauf der beiden Gemälde zunächst an NRW abgeführt werden musste, dies keine eigenständige Maßnahme gewesen sei. Vielmehr sei diese Übertragung lediglich ein Zwischenschritt in einer mehrstufigen Transaktion gewesen, die von vornherein darauf angelegt gewesen sei und zum Ziel gehabt habe, den Verkaufserlös wieder an die WestSpiel zurückzuführen. Diese Mittel seien für die Umstrukturierung der WestSpiel über eine stille Einlage der NRW.BANK in das Gesellschaftskapital der WestSpiel benötigt worden. Ohne die Gewissheit, dass der Verkaufserlös (teilweise) an die WestSpiel zurückgeführt werden würde, hätte die Geschäftsführung der WestSpiel dem Verkauf der Gemälde niemals zugestimmt, da er sich für die Gesellschaft als äußerst nachteilig dargestellt hätte.

(90) Die WestSpiel erklärt ferner, dass die stille Beteiligung an der WestSpiel im Rahmen der gruppeninternen Umstrukturierung vom 13. Januar 2021 (siehe Erwägungsgrund (29)) aufgelöst worden sei. Am 19. Januar 2021 habe die WestSpiel (aus eigenen liquiden Mitteln) eine erste Rate in Höhe von 35 Mio. EUR zurückgezahlt. Der verbleibende Betrag sei nach Bestätigung des Jahresabschlusses der WestSpiel im zweiten Quartal 2021 in Form einer zweiten und letzten Rate zurückgezahlt worden (siehe Erwägungsgrund (81), sechster Satz).

5.2. **Stellungnahme der Beschwerdeführer**

5.2.1. *Mutmaßlicher jährlicher Verlustausgleich*

(91) Die Beschwerdeführer haben sich zu dem mutmaßlichen jährlichen Verlustausgleich nicht geäußert, sondern lediglich gefordert, Deutschland solle verpflichtet werden, dafür zu sorgen, dass die WestSpiel NRW den Betrag des mutmaßlich seit 2009 erfolgten jährlichen Verlustausgleichs erstattet.

5.2.2. *Mutmaßliche Kapitalzuführung im Jahr 2015*

(92) In Bezug auf die mutmaßliche Kapitalzuführung im Jahr 2015 halten die Beschwerdeführer an ihrer — auch in den Sachen SA.44944 und SA.53552 vertretenen — Auffassung fest (und führen diese näher aus), dass die Gewinnabschöpfung nach § 14 SpielbG NRW (alte Fassung) eigentlich keine Steuer, sondern eine Gewinnausschüttung an NRW in seiner Rolle als Treugeber hinter der stillen Einlage der NRW.BANK in der WestSpiel sei.

(93) Die Beschwerdeführer erklären, dass entgegen den Schlussfolgerungen der Kommission in den Erwägungsgründen 83 und 84 des Einleitungsbeschlusses für die Qualifizierung einer Abgabe als Steuer im Rahmen der Anwendung des Beihilferechts der Union stets das einschlägige mitgliedstaatliche Recht ausschlaggebend sei. Mit anderen Worten handele es sich bei einer Maßnahme, die nach dem Beihilferecht der Union geprüft wird, nur dann um eine Steuer, wenn das nationale Recht sie als solche einstuft. Die Beschwerdeführer fügen hinzu, es sei jedoch keineswegs erforderlich, den Gewinnabschöpfungsmechanismus nach § 14 SpielbG NRW (alte Fassung) als Steuer einzustufen, um zu dem Schluss zu gelangen, dass die beschwerdegegenständliche Kapitalzuführung eine unzulässige staatliche Beihilfe darstelle. Denn selbst wenn die Gewinnabschöpfung nicht als Steuer, sondern als Gewinnausschüttung an den (mittelbaren) Gesellschafter angesehen werde, begründe sich die Beihilfeneigenschaft der Kapitalzuführung aus den von der Kommission in den Erwägungsgründen 90 bis 93 des Einleitungsbeschlusses dargelegten Gründen mit der Nichtvereinbarkeit mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers.

6. WÜRDIGUNG DER MAßNAHMEN

6.1. Vorliegen einer Beihilfe

(94) 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.

(95) Eine Maßnahme gilt als staatliche Beihilfe, wenn alle nachstehenden Voraussetzungen erfüllt sind: a) Die Maßnahme ist dem Mitgliedstaat zuzurechnen und wird aus staatlichen Mitteln gewährt, b) sie verschafft bestimmten Unternehmen oder bestimmten Produktionszweigen einen selektiven wirtschaftlichen Vorteil, c) der Vorteil verfälscht den Wettbewerb oder droht, ihn zu verfälschen, und d) die Maßnahme beeinträchtigt den Handel innerhalb der EU.

(96) In den folgenden Abschnitten wird die Kommission für jede der beiden beanstandeten Maßnahmen die Kriterien für das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV beurteilen.

6.1.1. *Mutmaßlicher jährlicher Verlustausgleich im Zeitraum von 2009 bis 2015*

(97) In Bezug auf die Verlustausgleichsmaßnahme ist die zentrale Frage, ob der jährliche Verlustausgleich der WestSpiel einen Vorteil verschafft hat. Die Kommission vertritt die Auffassung, dass der jährliche Verlustausgleich der WestSpiel keinen Vorteil verschafft hat, und dass daher wegen der kumulativen Natur der Beihilfekriterien nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV das Vorliegen einer Beihilfe ausgeschlossen werden kann, ohne dass eine Prüfung der weiteren Kriterien erforderlich ist.

(98) Ein Vorteil im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV ist ein wirtschaftlicher Nutzen jeglicher Art, den ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen — also ohne Eingreifen des Staates — nicht erhalten hätte ([45]). Von Belang sind weder der Grund noch das Ziel des staatlichen Eingreifens, sondern allein die Auswirkungen der Maßnahme auf das Unternehmen ([46]). Wenn sich die finanzielle Lage eines Unternehmens verbessert, weil der Staat zu Konditionen eingreift, die von den normalen Marktbedingungen abweichen, liegt ein Vorteil vor ([47]). Um dies zu beurteilen, sollte die finanzielle Lage des Unternehmens nach Durchführung der Maßnahme mit der finanziellen Lage verglichen werden, in der es sich befände, wenn die Maßnahme nicht durchgeführt worden wäre ([48]). Da es nur auf die Auswirkungen der Maßnahme auf das Unternehmen ankommt, ist unerheblich, ob der Vorteil für das Unternehmen verpflichtenden Charakter in dem Sinne hat, dass es nicht auf ihn verzichten oder ihn nicht ablehnen könnte ([49]).

(99) Die Kommission ist der Auffassung, dass der jährliche Verlustausgleich der WestSpiel aus zweierlei Gründen keinen Vorteil verschafft hat: Die WestSpiel verbrauchte bei der Erfüllung ihrer Verpflichtung nach dem deutschen Gesellschaftsrecht lediglich Eigenkapital (siehe Abschnitt 6.1.1.1), und ein vergleichbarer privater Kapitalgeber hätte in gleicher Weise gehandelt, weshalb die Maßnahme unter normalen Marktbedingungen gewährt wurde (siehe Abschnitt 6.1.1.2).

6.1.1.1. Automatischer Kapitalverbrauch

(100) In Erwägungsgrund 62 des Einleitungsbeschlusses gelangte die Kommission zu keiner abschließenden Feststellung in der Frage, ob die NRW.BANK und NRW tatsächlich (einen Teil der) Verluste der WestSpiel getragen oder darüber entschieden haben, ob das zur Verlustdeckung erforderliche Kapital zur Verfügung gestellt würde oder nicht. Die Kommission war beim damaligen Stand (siehe Erwägungsgründe 63 bis 65 des Einleitungsbeschlusses) der Auffassung, das Kapitalkonto der NRW.BANK sei mit den Verlusten der WestSpiel belastet worden, sodass Mittel aus einem Kapitalkonto der NRW.BANK auf die WestSpiel übertragen worden seien und die Maßnahme prima facie einen Vorteil im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV dargestellt habe. Sie forderte Deutschland jedoch auf, weitere Erläuterungen zu übermitteln, um die beihilferechtlichen Auswirkungen der Maßnahme bewerten zu können.

([45]) Urteil des Gerichtshofs vom 11. Juli 1996, SFEI u. a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, Rn. 60; Urteil des Gerichtshofs vom 29. April 1999, Spanien/Kommission, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, Rn. 41.

([46]) Urteil des Gerichtshofs vom 2. Juli 1974, Italien/Kommission, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, Rn. 13.

([47]) Unter den Begriff „staatliches Eingreifen" fallen nicht nur positive Maßnahmen des Staates, sondern unter bestimmten Umständen auch der Verzicht der Behörden auf bestimmte Maßnahmen, z. B. zur Einziehung von Schulden. Siehe z. B. Urteil des Gerichtshofs vom 12. Oktober 2000, Spanien/Kommission, C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559, Rn. 19 und 20.

([48]) Urteil des Gerichtshofs vom 2. Juli 1974, Italien/Kommission, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, Rn. 13.

([49]) Siehe Erwägungsgrund 69 der Entscheidung 2004/339/EG der Kommission vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von RAI SpA durchgeführt hat (ABl. L 119 vom 23.4.2004, S. 1); Schlussanträge des Generalanwalts Fennelly vom 26. November 1998, Frankreich/Kommission, C-251/97, ECLI:EU:C:1998:572, Rn. 26.

(101) Wie in den Erwägungsgründen (63) bis (67) beschrieben, führt Deutschland in seiner Stellungnahme zum Einleitungsbeschluss an, dass die WestSpiel von der NRW.BANK, ihrer alleinigen Kommanditistin, nie einen direkten Ausgleich für ihre Verluste erhalten habe, sondern lediglich das (in den Jahren 1978 und 2002 eingebrachte) Eigenkapital zum Ausgleich der angesammelten Verluste verwendet habe, d. h., dass es also nie zu direkten Zahlungen von der NRW.BANK gekommen sei. Deutschland verweist stattdessen auf den Verlustausgleichsmechanismus nach dem deutschen Gesellschaftsrecht, durch den Verluste automatisch vom Kapitalkonto der Kommanditgesellschaft abgeschrieben werden.

(102) In Anbetracht dieser Ausführungen ist die Kommission der Auffassung, dass der WestSpiel durch den jährlichen Verlustausgleich kein Vorteil entstanden ist, da er keine Übertragung von Mitteln von außerhalb des Unternehmens umfasste und auf einem rein rechtlichen Automatismus beruhte, nämlich dem Ausgleich der Verluste der WestSpiel durch Eigenkapitalverbrauch gemäß einer Verpflichtung nach dem deutschen Gesellschaftsrecht.

(103) Der jährliche Verlustausgleich beruhte in der Tat lediglich auf der Verpflichtung nach § 161 Absatz 2 in Verbindung mit § 120 HGB (alte Fassung), im Falle von Verlusten in der Bilanz einer Kommanditgesellschaft die auf den jeweiligen Gesellschafter entfallenden Verluste von seinem Kapitalanteil abzuschreiben. Daher wurde der Verlustanteil der NRW.BANK als alleiniger Kommanditistin der WestSpiel vom vorhandenen Eigenkapital der Gesellschaft abgeschrieben und erforderte keine Zuführung neuen Kapitals von außen. Aufgrund dieses rein rechtlichen Automatismus war der Staat auch nicht an dem Vorgang beteiligt und es wurde keine aktive Entscheidung über den jährlichen Verlustausgleich getroffen.

(104) Daher fand entgegen den Feststellungen der Kommission in Erwägungsgrund 63 des Einleitungsbeschlusses keine Übertragung von Mitteln von einem Kapitalkonto der NRW.BANK auf die WestSpiel statt; gemäß dem im HGB vorgesehenen Ausgleichsmechanismus wurden die Verluste der WestSpiel am Ende jedes Jahres nämlich umgehend durch Eigenkapital der Gesellschaft (das ursprünglich von der NRW.BANK als alleiniger Kommanditistin der WestSpiel eingebracht worden war) ausgeglichen, sodass der Vorgang ausschließlich intern auf den eigenen Kapitalkonten der WestSpiel ablief. Die WestSpiel erhielt somit keine Zahlungen von außerhalb der Gesellschaft, und ihre wirtschaftliche Lage wurde durch den Verlustausgleichsmechanismus daher nicht verbessert.

6.1.1.2. Verhalten eines vergleichbaren privaten Kapitalgebers

(105) Zweitens revidiert die Kommission ihren in Erwägungsgrund 64 des Einleitungsbeschlusses dargelegten Standpunkt, wonach allein die Tatsache, dass die NRW.BANK trotz der wiederholten Verluste der WestSpiel in den vorangegangenen Jahren weitere Verluste akzeptierte, ohne vorab zu prüfen, ob sie ihre Beteiligung an der WestSpiel beibehalten oder auflösen sollte, um den Wert des noch verbleibenden Kapitals zu erhalten, an sich bereits einen ungerechtfertigten Vorteil dargestellt haben könnte, da nicht davon auszugehen sei, dass ein privater Kapitalgeber unter vergleichbaren Umständen ebenso gehandelt hätte. Wie in Erwägungsgrund (68) erläutert, ist Deutschland der Auffassung, dass diese Zweifel nicht gerechtfertigt seien. Um darzulegen, dass ein privater Kapitalgeber eben doch in derselben Weise gehandelt hätte, beschreibt Deutschland zwei verschiedene Szenarien für ein Handeln der NRW.BANK (Liquidation und Verkauf der WestSpiel).

(106) Auf der Grundlage der von Deutschland übermittelten zusätzlichen Informationen und angesichts der nachstehenden Beurteilung vertritt die Kommission die Auffassung, dass ein privater Kapitalgeber unter vergleichbaren Umständen nicht eines der alternativen Szenarien, d. h. die Liquidation oder den Verkauf der WestSpiel (kontrafaktische Szenarien), statt des jährlichen Verlustausgleichs (faktisches Szenario) gewählt hätte, da der Verlustausgleich das vernünftigste Szenario darstellt. Der WestSpiel wäre der gleiche wirtschaftliche Nutzen auch unter normalen Marktbedingungen zuteil geworden, und — neben den in Abschnitt 6.1.1.1 dargelegten Gründen — hat die WestSpiel durch den jährlichen Verlustausgleich keinen Vorteil erlangt.

– *Beurteilung der kontrafaktischen Szenarien (Auflösung und Verkauf)*

– *Szenario 1: Liquidation der WestSpiel*

(107) Deutschland erklärt in seiner Stellungnahme zum Einleitungsbeschluss, dass die NRW.BANK im fraglichen Zeitraum von 2009 bis 2015 den Wert ihrer ursprünglichen Kapitaleinlage in die WestSpiel durch eine Auflösung und Liquidation der Gesellschaft nicht hätte erhalten können (siehe Erwägungsgründe (69) bis (71)), da der Liquidationswert der WestSpiel nach der Auflösung und Liquidation gemäß den §§ 143 ff. HGB und §§ 730 ff. BGB deutlich negativ gewesen wäre.

(108) Die Kommission stimmt Deutschland insofern zu, als eine Auflösung und Liquidation der WestSpiel keine wirtschaftlich sinnvolle Alternative zum jährlichen Verlustausgleich gewesen wäre, da nachstehende Erwägungen in der Tat zeigen, dass der Liquidationswert der WestSpiel negativ gewesen wäre.

– *Liquidationswert laut der Beschreibung des Verfahrens durch Deutschland*

(109) Im Wege der Beschreibung des theoretischen Systems und des Verfahrens der Auflösung und Liquidation der WestSpiel erläutert Deutschland ausführlich und verständlich, warum das zur Befriedigung der Gläubiger nach § 148 Absatz 5 Satz 1 HGB erforderliche Kapital das verfügbare Kapital der WestSpiel überschritten hätte. Die Kommission entnimmt dieser Beschreibung, dass die Bedienung der Verbindlichkeiten gegenüber Dritten, darunter auch von signifikanten Pensionsverbindlichkeiten, Vertragsbeendigungskosten (z. B. von Arbeits- und Mietverhältnissen) und die Liquidation von Gegenständen des Anlage- oder Umlaufvermögens hätten berücksichtigt werden müssen und zu signifikanten Abschlägen an den Buchwerten der WestSpiel geführt hätten.

(110) Die Kommission bestätigt das von Deutschland vorgebrachte Argument, dass auch die Einlage der NRW.BANK zwingend betroffen gewesen wäre, weil lediglich im Fall eines positiven Saldos noch ein Wertbeitrag für die NRW.BANK verblieben wäre (siehe § 171 Absatz 1 in Verbindung mit §§ 167 Absatz 3, 149 Satz 1, 161 Absatz 2 HGB) (siehe Erwägungsgrund (70)). Die Kommission stellt klar, dass der Kommanditist nach § 171 Absatz 1 HGB in Verbindung mit § 167 Absatz 3 (alte Fassung) den Gläubigern der Gesellschaft unmittelbar haftet, diese Haftung jedoch auf den Betrag seines Kapitalanteils bzw. seiner noch rückständigen Einlage (Haftsumme) beschränkt ist. Diese beschränkte Haftung gilt auch für das Liquidationsverfahren. Nach § 148 Absatz 5 Satz 1 HGB sind aus dem Vermögen der Gesellschaft zunächst die Gläubiger der Gesellschaft zu befriedigen. Der verbleibende Teil der Kapitaleinlage der Kommanditistin, d. h. der NRW.BANK, in Höhe von 35,5 Mio. EUR (siehe Erwägungsgrund (28)) wäre Teil dieses Kapitals, das zur Bedienung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft verwendet werden würde. Daher wäre die verbleibende Kapitaleinlage der NRW.BANK im Falle eines Negativsaldos im Sinne des § 149 Satz 1 HGB, d. h., wenn die Verbindlichkeiten das Kapital der Gesellschaft übersteigen, zu dem Zeitpunkt, zu dem die Auflösung und Liquidation der WestSpiel veranlasst worden wäre, für die Bedienung der Verbindlichkeiten vollständig aufgebraucht worden. Grund für die Haftung der Kommanditistin selbst im Falle einer Auflösung und Liquidation der Gesellschaft ist der Grundsatz des Gläubigerschutzes, der im deutschen Gesellschaftsrecht grundsätzlich Vorrang hat.

(111) Die Kommission stellt fest, dass Deutschland eine ausführliche Analyse des Auflösungs- und Liquidationsszenarios für die WestSpiel vorgelegt hat, ohne jedoch stichhaltige Beweise für die Behauptung vorzulegen, dass der Liquidationswert negativ gewesen wäre, wie z. B. Belege für die einzelnen Verbindlichkeiten der WestSpiel gegenüber Dritten mit konkreten Zahlen. Deutschland erwähnt lediglich „überschlägige Berechnungen“, die der Kommission nicht vorgelegt wurden.

– *Liquidationswert laut Jahresabschluss der WestSpiel*

(112) Das von Deutschland für die Zurückweisung des Auflösungsszenarios vorgebrachte Argument („der Liquidationswert der WestSpiel wäre negativ gewesen“) wird in jedem Fall durch den Jahresabschluss und die von [einer anderen renommierten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft] erstellten Prüfungsberichte (Konzernabschlüsse und Konzernlageberichte der WestSpiel) (im Folgenden „[XY]-Berichte“) bestätigt.

(113) Insbesondere hätte das in diesen Unterlagen dargestellte Verhältnis zwischen Verbindlichkeiten und Kapital im Zeitraum von 2009 bis 2015 zu einem negativen Liquidationswert der WestSpiel geführt: Laut dem Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2009 belief sich der Gesamtbetrag der Verbindlichkeiten der WestSpiel auf 25,3 Mio. EUR und das Gesellschaftskapital auf 27,9 Mio. EUR. Ab dem Geschäftsjahr 2010 überstiegen die Verbindlichkeiten (22,7 Mio. EUR) das Kapital der WestSpiel (22,1 Mio. EUR), was auch in den Folgejahren bis 2015 so blieb. Daher hätte die WestSpiel zu diesem Zeitpunkt nach Befriedigung ihrer Gläubiger gemäß § 148 Absatz 5 Satz 1 HGB durch die Bedienung von Verbindlichkeiten aus Kapital tatsächlich einen negativen Liquidationswert erzielt, wie von Deutschland vorgebracht.

(114) Angesichts der vorstehenden Beurteilung und der von Deutschland beschriebenen Situation (siehe Erwägungsgründe (69) bis (71)) vertritt die Kommission die Auffassung, dass eine Auflösung und Liquidation der WestSpiel zum Zeitpunkt des jährlichen Verlustausgleichs keine wirtschaftlich vertretbare Alternative dazu gewesen wäre.

– *Szenario 2: Verkauf der WestSpiel*

(115) Deutschland erläutert in seiner Stellungnahme zum Einleitungsbeschluss, dass die NRW.BANK die Belastungen durch die Verluste der WestSpiel nur durch einen Verkauf hätte vermeiden können (siehe Erwägungsgründe (72) bis (74)). Deutschland zufolge hätte ein Verkauf vor 2015 dazu geführt, dass Deutschland keinen zufriedenstellenden Preis erzielt hätte und somit höhere Verluste entstanden wären. Deutschland liefert als Nachweis einen Verweis auf Seite 101 des [IBR]-Gutachtens, in dem es heißt, dass der Zahlungssaldo der WestSpiel selbst mit der damals geplanten Kapitalzuführung in Form der stillen Einlage erst in den Jahren 2021 bis 2023 positiv ausfallen dürfte. Wie in Erwägungsgrund (30) erläutert, wurde die WestSpiel schließlich im September 2021 zu einem Preis von 141,8 Mio. EUR an die Gauselmann-Gruppe verkauft.

(116) Aus den nachstehenden Gründen vertritt die Kommission die Auffassung, dass ein Verkauf der WestSpiel in dem Zeitraum, in dem die NRW.BANK entschied, die Verluste der WestSpiel weiter auszugleichen, auch von einem vergleichbaren privaten Kapitalgeber nicht in Betracht gezogen worden wäre.

– *Beurteilung der allgemeinen finanziellen Lage der WestSpiel im Zeitraum von 2009 bis 2015*

(117) Wie auch beim ersten Szenario (siehe Erwägungsgründe (112) bis (114)) hat die Kommission die von Deutschland vorgelegten Nachweise, die auf den Jahresabschlüssen der WestSpiel und den [XY]-Berichten für die Jahre 2009 bis 2015 basieren, geprüft und stellt fest, dass die Geschäftszahlen darin bestätigen, dass ein Verkauf der WestSpiel in dem genannten Zeitraum nicht vernünftig gewesen wäre.

(118) Beim ersten Szenario (Liquidation) beschränkte die Kommission ihre Prüfung der Jahresabschlüsse und der [XY]-Berichte auf das Verhältnis zwischen dem Kapital der WestSpiel und ihren eingetragenen Verbindlichkeiten gegenüber Dritten. Beim zweiten Szenario (Verkauf) hält es die Kommission für erforderlich, zusätzlich die allgemeine wirtschaftliche Lage der WestSpiel in den einzelnen Jahren sowie die Einschätzung der E&Y-Berater zur künftigen Entwicklung der Rentabilität der WestSpiel zu betrachten, um beurteilen zu können, ob ein Verkauf vernünftig gewesen wäre.

(119) In Bezug auf die Lage der WestSpiel im Zeitraum von 2009 bis 2015 entnimmt die Kommission den verfügbaren Jahresabschlüssen und den [XY]-Berichten Folgendes:

— Den [XY]-Berichten zufolge verzeichnete die WestSpiel bereits im Jahr 2009 einen Rückgang der Bruttospielerträge, der auf Änderungen der nationalen Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit der seit 2007 geltenden Nichtraucherpolitik in NRW und strengere Einlasskontrollen für Spielbanken sowie auf die Entwicklung des Gewerblichen Spiels bzw. der illegalen Glücksspielangebote im Internet und das neue Abgabenmodell für Spielbanken in NRW seit dem 1. Januar 2008 zurückzuführen sei. Für das Jahr 2009 hat die WestSpiel einen Jahresfehlbetrag in Höhe von 7,9 Mio. EUR verzeichnet. Zu dem Zeitpunkt unterlagen die Bruttospielerträge der Spielbanken der WestSpiel noch einer Spielbankabgabe in Höhe von 50 % ([50]). Aus dem [XY]-Bericht geht hervor, dass sich die Geschäftsführung der WestSpiel und damit auch die NRW.BANK als alleinige Kommanditistin dieser Situation und der Risiken für die Fortführung des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft bewusst waren. Daher habe die Geschäftsführung der WestSpiel mehrere vorbeugende Maßnahmen ergriffen, u. a. die Einleitung eines Umstrukturierungsprozesses und die Beantragung einer Ermäßigung der Spielbankabgabe für bestimmte Spielbankstandorte.

— Im Jahr 2010 entwickelte sich die Situation ähnlich wie im Jahr 2009, und es wurden zusätzliche Maßnahmen zur Kostensenkung getroffen wie eine Anpassung der Produkte und Angebote. Für das Jahr 2012 wurde ein Jahresfehlbetrag in Höhe von 12 Mio. EUR prognostiziert (ein Betrag, der fast doppelt so hoch war wie der Jahresfehlbetrag von 5,8 Mio. EUR im Jahr 2010).

([50]) Siehe § 12 SpielbG NRW, eingeführt durch das Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 30. Oktober 2007; GV. NRW. Ausgabe 2007 Nr. 24 vom 14.11.2007 Seite 441 bis 460 | RECHT.NRW.DE.

— Für das Jahr 2011 wird im [XY]-Bericht eine leichte Verbesserung der Situation der WestSpiel mit einem geringeren Jahresfehlbetrag in Höhe von 3,5 Mio. EUR festgestellt.

— Der Jahresfehlbetrag stieg im Jahr 2012 auf 10,3 Mio. EUR an, während die Bruttospielerträge der WestSpiel kontinuierlich zurückgingen. Dennoch wird im [XY]-Bericht dank der positiven Ergebnisse der Spielbank in Duisburg ein nahezu ausgeglichener Jahresabschluss für das Jahr festgestellt. Dennoch rechnete die Geschäftsführung für 2013 mit einer massiven Belastung der Liquidität der WestSpiel.

— Ab dem Jahr 2012 galt das neue Abgabenmodell mit einer niedrigeren Spielbankabgabe von 30 % auf die Bruttospielerträge, wie in den Erwägungsgründen (31) und (33) dargelegt ([51]). Die WestSpiel verzeichnete im Jahr 2013 noch einen Jahresfehlbetrag in Höhe von 8,96 Mio. EUR, was die Geschäftsführung zur Planung einer weiteren Umstrukturierung veranlasste, um Liquidität bis 2022 zu gewährleisten; dies umfasste den Kunstverkauf und die Kapitalzuführung nach der Gewinnabschöpfung, wie in den Erwägungsgründen (46) und (47) beschrieben. Im [XY]-Bericht wird als Folge der Umstrukturierung ein Nettogewinn von 4,4 Mio. EUR für das Jahr 2014 prognostiziert.

— Dem [XY]-Bericht 2014 zufolge erzielte die WestSpiel infolge der Durchführung der Umstrukturierungsmaßnahmen ein positives Ergebnis in Form eines Nettogewinns von 3,3 Mio. EUR, auf den im Jahr 2015 ein Jahresfehlbetrag von weniger als 1 Mio. EUR folgte.

(120) Daher bestätigen die der Kommission vorliegenden Unterlagen das Vorbringen Deutschlands, dass die WestSpiel angesichts ihrer anhaltenden Jahresfehlbeträge und der anhaltenden rechtlichen Herausforderungen auf nationaler Ebene zu keinem Zeitpunkt im Zeitraum von 2009 bis 2015 eine attraktive Investition für einen theoretischen Käufer dargestellt hätte.

(121) Was den Verweis Deutschlands auf die Liquiditätsprognose der WestSpiel auf Seite 101 des [IBR]-Gutachtens (beruhend auf den Jahresabschlüssen bzw. den [XY]-Berichten von 2013 und 2014) angeht, stellt die Kommission fest, dass die Analyse entgegen den Ausführungen Deutschlands die Situation, in der die Kapitalzuführung Teil der Umstrukturierung ist, nicht umfasst, sondern stattdessen die Entwicklung der Liquidität der WestSpiel ohne die geplante Kapitalzuführung (nach Kunstverkauf und Gewinnabschöpfung) widerspiegelt. Diese inkorrekte Interpretation des [IBR]-Gutachtens durch Deutschland ändert jedoch nichts an der Auffassung der Kommission, sondern bestätigt sie zusätzlich, denn das Schaubild in Erwägungsgrund (74) zeigt, dass der Zahlungssaldo der WestSpiel ohne die Kapitalzuführung bis 2021 negativ geblieben wäre. Daher ist es nach Auffassung der Kommission nicht als realistisch anzusehen, dass die NRW.BANK die in Bezug auf das in die WestSpiel eingebrachte Kapital entstandenen Verluste zu diesem Zeitpunkt mit dem durch einen Verkauf erhaltenen Erlös hätte ausgleichen können.

(122) Darüber hinaus erfolgt die Veräußerung eines Unternehmens, ähnlich wie dessen Auflösung und Liquidation, in einem komplexen und langwierigen rechtlichen Verfahren. Neben den allgemeinen handels- und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften gibt es auch arbeitsrechtliche Vorschriften, z. B. in Bezug auf den Personalübergang nach § 613a BGB und die Gestaltung von Sozialplänen im Sinne des § 112 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG), sowie steuerrechtliche Vorschriften (wie die Verpflichtung zur Zahlung von Einkommens-, Gewerbe- und Körperschafts- sowie Mehrwertsteuer) und wettbewerbsrechtliche Vorschriften (in Bezug auf einen etwaigen Zusammenschluss von Unternehmen, der den europäischen Regularien über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen unterliegt).

(123) Aus den vorstehenden Gründen kommt die Kommission zu der Auffassung, dass der Verkauf der WestSpiel zum Zeitpunkt des jährlichen Verlustausgleichs keine vernünftige Option für Deutschland gewesen wäre.

– *Beurteilung des faktischen Szenarios (jährlicher Verlustausgleich)*

([51]) Siehe § 12 SpielbG NRW in der Fassung des § 3 des Gesetzes zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag — Erster GlüÄndStV); GV. NRW. Ausgabe 2012 Nr. 29 vom 22.11.2012 Seite 523 bis 546 | RECHT.NRW.DE.

(124) Die Kommission ist der Auffassung, dass das von der NRW.BANK gewählte faktische Szenario für einen Gesellschafter den vernünftigsten Ansatz darstellt.

(125) Der jährliche Verlustausgleich durch die Anteilseigner ist in Unternehmen allgemein gängige Praxis, häufig auf der Grundlage von Ergebnisabführungsverträgen, die zwischen der Muttergesellschaft und den Tochtergesellschaften geschlossen werden ([52]). Darüber hinaus kann der jährliche Verlustausgleich eher als passives Verhalten eines Kapitalgebers angesehen werden, da die Gesellschafter, wie in den Erwägungsgründen (103) und (104) erläutert, nach dem deutschen Gesellschaftsrecht dazu verpflichtet sind, die im Jahresabschluss der Gesellschaft verzeichneten Verluste über ihren Kapitalanteil auszugleichen; daher erweist sich der jährliche Verlustausgleich als rein automatischer Mechanismus, der keine gesonderte Entscheidung eines Gesellschafters erfordert.

(126) Die Kommission gelangt folglich zu der Auffassung, dass ein privater Kapitalgeber auch ohne Sachverständigengutachten oder andere Belege von den drei Szenarien (unmittelbarer Verkauf/Liquidation/„keine Handlung“) das dritte gewählt hätte.

(127) In diesem Sinne kann weder der Verkauf eines Unternehmens unmittelbar nachdem es beginnt, Verluste zu schreiben, noch die Investition von neuem Kapital zum Weiterbetrieb eines (defizitären) Unternehmens als in jedem Fall mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vereinbar angesehen werden. Vielmehr ist jede Entscheidung (sei es für den Verkauf, die Beibehaltung des Status quo oder die Zuführung von neuem Kapital) anhand ihrer Vorzüge im jeweiligen Einzelfall und unter Berücksichtigung der Frage zu beurteilen, wie sich ein umsichtiger marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber verhalten hätte.

– *Schlussfolgerung in Bezug auf den Vorteil*

(128) In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen kommt die Kommission daher zu dem Schluss, dass der WestSpiel durch den mutmaßlichen jährlichen Verlustausgleich kein wirtschaftlicher Vorteil entstanden ist, da dadurch lediglich das Eigenkapital der WestSpiel verbraucht wurde (siehe Erwägungsgründe (100) bis (104)); zudem hat sich die NRW.BANK mit der Entscheidung, den Wert ihrer Kapitaleinlage in die WestSpiel zu erhalten, insofern vernünftig verhalten, als es aus wirtschaftlicher Sicht sinnvoll war, nicht mit Verlust zu verkaufen, sondern auf bessere Zeiten zu warten, in denen der Kapitalverbrauch durch einen gewinnbringenden Verkauf der WestSpiel ausglichen werden könnte (auch wenn dies bedeutete, — möglicherweise — weiter Verluste zu erwirtschaften, d. h. einen weiteren Verbrauch des Kapitals der WestSpiel in Kauf zu nehmen).

6.1.2. *Mutmaßliche Kapitalzuführung im Jahr 2015*

6.1.2.1. Beziehung zwischen dem Gewinnabschöpfungsmechanismus und der Kapitalzuführung

(129) Um zu entscheiden, ob die mutmaßliche Kapitalzuführung als staatliche Beihilfe einzustufen ist, muss die Kommission zunächst prüfen, ob die Gewinnabschöpfung im Jahr 2014 ([53]) und die Kapitalzuführung in Höhe von 64,8 Mio. EUR durch NRW in die WestSpiel im Jahr 2015 als zwei verschiedene Maßnahmen oder als eine einzige Maßnahme zu betrachten sind.

(130) Aus den von Deutschland vorgelegten Informationen zur Vorgehensweise bei der Kapitalzuführung (siehe Erwägungsgründe (48) und (49)) ergibt sich, dass die Verpflichtung der NRW.BANK zur Einbringung von zusätzlichem Gesellschaftskapital in die WestSpiel gemäß dem Treuhandvertrag am 1. Dezember 2015 rechtswirksam wurde, d. h. zu dem Zeitpunkt, zu dem die aufschiebende Bedingung für die Zahlung („jedoch nicht vor Zeichnung des Gesellschaftsvertrags über eine stille Gesellschaft“ (siehe Erwägungsgrund (26)) erfüllt

([52]) Siehe zum Beispiel Beschluss der Kommission C(2011) 632 final vom 23. Februar 2011 über die staatliche Beihilfe SA.20255 (C 58/06) (ex NN 98/05) Deutschlands für Bahnen der Stadt Monheim (BSM) und Rheinische Bahngesellschaft (RBG) im Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (ABl. L 210 vom 17.8.2011, S. 1); Beschluss der Kommission C(2011) 3899 vom 15. Juni 2011 in der Beihilfesache SA.31296 (N 322/2010) — Deutschland — Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH (ABl. C 1 vom 4.1.2013, S. 2); Beschluss der Kommission C(2024) 2781 final vom 13. Juni 2024 in der Beihilfesache SA.55744 (2024/C) (ex 2019/FC) — Mutmaßliche Beihilfe für WestVerkehr (ABl. C, C/2024/4762, 30.7.2024, S. 1); Beschluss der Kommission C(2022) 639 final vom 31. Januar 2022 in der Beihilfesache SA.50952 (2022/C) (ex 2018/FC) — Mutmaßliche staatliche Beihilfen für DB Cargo (ABl. C 316 vom 18.8.2022, S. 20). Diese Praxis wird auch von § 302 Absatz 1 des Aktiengesetzes (AktG) unterstützt, welcher die Möglichkeit eines jährlichen Verlustausgleichs durch den anderen Vertragsteil eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags ausdrücklich vorsieht.

([53]) Auf der Grundlage von § 14 SpielbG NRW (alte Fassung) (siehe Erwägungsgrund (32)), wonach die WestSpiel nach dem Verkauf zweier Kunstwerke 75 % ihrer ausgewiesenen Jahresüberschüsse, d. h. einen Betrag von rund 82 Mio. EUR, an NRW abführen musste.

war. Daher ist die Kommission der Auffassung, dass der tatsächliche Tag der Gewährung der Maßnahme der 1. Dezember 2015 war. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die eingebrachten Mittel erst am 10. Dezember 2015 von NRW an die NRW.BANK als Treuhänderin überwiesen wurden und die endgültige Übertragung dieser Mittel von der NRW.BANK an die WestSpiel erst am 15. Dezember 2015 erfolgte, da dies lediglich den Vorgang zum Abschluss brachte.

(131) Deutschland ist der Auffassung, dass der Gewinnabschöpfungsmechanismus und die Kapitalzuführung als eine einzige Maßnahme zu betrachten sind und NRW auch den § 14 SpielbG NRW (alte Fassung) hätte ändern können, anstatt der WestSpiel Kapital zuzuführen.

(132) Nach Ansicht Deutschlands hat die Abschöpfung von Gewinnen in Höhe von rund 82 Mio. EUR im Jahr 2014 in Verbindung mit der „Rückführung" von 64,8 Mio. EUR an die WestSpiel im Jahr 2015 insgesamt betrachtet zu einem Nettozufluss von rund 17,2 Mio. EUR von der WestSpiel an den Staat geführt. Nach dieser Betrachtungsweise benachteilige die Maßnahme die WestSpiel eher, als ihr einen Vorteil zu verschaffen. Die Kommission stimmt dieser Argumentation jedoch nicht zu. Tatsächlich handelt es sich bei der Gewinnabschöpfung und der Kapitalzuführung nicht um Teilmaßnahmen einer komplexen Maßnahme. Vielmehr handelt es sich um zwei verschiedene Maßnahmen mit jeweils eigener Logik. Im vorliegenden Fall kann die Kapitalzuführung nicht als Teilmaßnahme einer Gesamtmaßnahme angesehen werden. Der von der WestSpiel im ersten Schritt im Rahmen des Gewinnabschöpfungsmechanismus nach § 14 SpielbG NRW (alte Fassung) gezahlte Betrag war als Abgabe fällig und wurde vom Staat in seiner Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt eingezogen.

(133) Die Kapitalzuführung ist eine separate Maßnahme, was sich aus ihrer Natur und ihrem Gegenstand, dem Kontext, dem verfolgten Ziel und den geltenden Vorschriften eindeutig ableiten lässt: Im Gegensatz zum Gewinnabschöpfungsmechanismus stellt die Kapitalzuführung keine steuerliche Maßnahme dar, da sie nicht vom Staat in seiner Eigenschaft als Steuerbehörde durchgeführt wird, sondern auf einer Entscheidung des Staates in seiner Rolle als Gesellschafter und damit als Kapitalgeber beruht. Darüber hinaus wurden die Maßnahmen weder nach denselben Rechtsvorschriften noch mit denselben Umsetzungsmodalitäten beschlossen. Wie in Erwägungsgrund (130) erläutert, wurde die Gewinnabschöpfungsregelung bereits 2008 eingeführt, die Kapitalzuführung hingegen am 1. Dezember 2015 gewährt. Das von Deutschland angeführte Modell in zwei Schritten (d. h. die Gewinnabschöpfung im Jahr 2014 und die Kapitalzuführung im Jahr 2015) folgte diesen chronologischen Schritten ausschließlich wegen der Abgabenregelung, die sieben Jahre zuvor eingeführt worden war und nach der Kapitalzuführung beibehalten wurde. Es kann auch nicht behauptet werden, dass diese Kapitalzuführung zum Zeitpunkt der Einführung der Gewinnabschöpfungsregelung vorhersehbar gewesen wäre.

(134) Darüber hinaus zeigt die Tatsache, dass NRW das SpielbG NRW nicht geändert hat, um den durch den Gewinnabschöpfungsmechanismus entstandenen „strukturellen Nachteil" auszugleichen, dass NRW den Gewinnabschöpfungsmechanismus als externen Faktor und nicht als Teil seiner Gesellschaftervereinbarungen mit der WestSpiel betrachtete. Daher sind der Gewinnabschöpfungsmechanismus und die Kapitalzuführung nicht als eine einzige Maßnahme, sondern als zwei verschiedene Maßnahmen anzusehen.

– *Schlussfolgerung zur Beziehung zwischen dem Gewinnabschöpfungsmechanismus und der Kapitalzuführung*

(135) Auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Argumentation Deutschlands in Bezug auf das Vorliegen einer einzigen Maßnahme nicht herangezogen werden kann, um Vorliegen eines Vorteils auszuschließen, da die Gewinnabschöpfung und die Kapitalzuführung als zwei eigenständige Maßnahmen anzusehen sind.

6.1.2.2. Beihilferechtliche Würdigung der Kapitalzuführung

(136) Da es sich bei der Gewinnabschöpfung und der Kapitalzuführung um eigenständige Maßnahmen handelt (siehe Abschnitt 6.1.2.1), müssen sie getrennt voneinander geprüft werden. Der Gewinnabschöpfungsmechanismus im Sinne des § 14 SpielbG NRW (alte Fassung) ist nicht als staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV anzusehen. Es folgt bereits aus der Natur des Gewinnabschöpfungsmechanismus, dass hier keine Übertragung staatlicher Mittel stattfindet, die die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens verbessern könnte, da die Mittel vom Unternehmen an den Staat fließen und nicht umgekehrt. Die folgende beihilferechtliche Würdigung konzentriert sich somit allein auf die Kapitalzuführung.

6.1.2.2.1. Unternehmen

(137) Die Beihilfevorschriften finden nur dann Anwendung, wenn es sich bei dem Begünstigten einer Maßnahme um ein „Unternehmen“ handelt. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs umfasst der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung ([54]). Die Einstufung einer bestimmten Einheit als Unternehmen hängt somit einzig und allein von der Art ihrer Tätigkeiten ab ([55]).

(138) Die WestSpiel als öffentliche Spielbank bietet Dienstleistungen (insbesondere Glücksspieldienstleistungen, aber auch Verpflegungsdienstleistungen) gegen Entgelt (Eintrittsgebühren, Anteil an den Einsätzen, Preise für andere Dienstleistungen) auf einem Markt an. Daher übt die WestSpiel aus beihilferechtlicher Sicht wirtschaftliche Tätigkeiten aus und ist als Unternehmen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV einzustufen.

6.1.2.2.2. Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit zum Staat

(139) Als Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV werden nur Vorteile angesehen, die direkt oder indirekt aus staatlichen Mitteln gewährt werden ([56]). Staatliche Mittel umfassen sämtliche Mittel des öffentlichen Sektors ([57]) einschließlich der Mittel innerstaatlicher (dezentralisierter, föderaler, regionaler oder sonstiger) Stellen ([58]) und unter bestimmten Umständen Mittel privater Einheiten. Dabei ist unerheblich, ob eine Einrichtung des öffentlichen Sektors unabhängig ist ([59]).

(140) Mittel öffentlicher Unternehmen sind ebenfalls als staatliche Mittel im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV anzusehen, da der Staat in der Lage ist, die Verwendung dieser Mittel zu steuern ([60]). Im Sinne des Beihilferechts können auch Übertragungen innerhalb einer Gruppe öffentlicher Unternehmen staatliche Beihilfen darstellen, z. B. wenn Mittel von der Muttergesellschaft an ihre Tochtergesellschaft übertragen werden (auch wenn sie aus wirtschaftlicher Sicht ein einziges Unternehmen darstellen) ([61]). Entscheidend für die Einstufung finanzieller Mittel als staatliche Mittel ist nicht, dass tatsächlich eine Übertragung der Mittel stattfindet, sondern der Umstand, dass die Mittel unter staatlicher Kontrolle stehen und die staatlichen Behörden somit über diese Mittel verfügen ([62]).

(141) In Fällen, in denen eine Behörde einem Begünstigten einen Vorteil gewährt, ist die Maßnahme definitionsgemäß dem Staat zuzurechnen. Die Zurechenbarkeit zum Staat ist jedoch weniger eindeutig, wenn der Vorteil über öffentliche Unternehmen gewährt wird. In solchen Fällen muss geprüft werden, ob davon auszugehen ist, dass die Behörden in irgendeiner Weise am Erlass der Maßnahme beteiligt waren ([63]). Eine Maßnahme ist nicht allein deshalb dem Staat zuzurechnen, weil sie von einem öffentlichen Unternehmen ergriffen wird ([64]). Die Zurechenbarkeit einer Maßnahme eines öffentlichen Unternehmens zum Staat kann vielmehr aus einem Komplex von Indizien abgeleitet werden, die sich aus den Umständen des konkreten Falls und aus dem Kontext ergeben, in dem die Maßnahme ergangen ist ([65]).

([54]) Urteil des Gerichtshofs vom 12. September 2000, Pavlov u. a., C-180/98 bis C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 74; Urteil des Gerichtshofs vom 10. Januar 2006, Cassa di Risparmio di Firenze u. a., C-222/04, ECLI:EU: C:2006:8, Rn. 107.

([55]) Siehe die Randnummern 6 und 7 der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. C 262 vom 19.7.2016, S. 1).

([56]) Urteil des Gerichtshofs vom 24. Januar 1978, Van Tiggele, C-82/77, ECLI:EU:C:1978:10, Rn. 25 und 26; Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 1996, Air France/Kommission, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, Rn. 63.

([57]) Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 1996, Air France/Kommission, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, Rn. 56.

([58]) Urteil des Gerichtshofs vom 14. Oktober 1987, Deutschland/Kommission, C-248/84, ECLI:EU:C:1987:437, Rn. 17; Urteil des Gerichts vom 6. März 2002, Territorio Histórico de Álava u. a./Kommission, T-92/00 und T-103/00, ECLI:EU:T:2002:61, Rn. 57.

([59]) Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 1996, Air France/Kommission, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, Rn. 58 bis 62.

([60]) Urteil des Gerichtshofs vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission („Stardust“), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, Rn. 38; Urteil des Gerichtshofs vom 29. April 2004, Griechenland/Kommission, C-278/00, ECLI:EU:C:2004:239, Rn. 53 und 54; Urteil des Gerichtshofs vom 8. Mai 2003, Italien und SIM 2 Multimedia/Kommission, C-328/99 und C-399/00, ECLI:EU:C:2003:252, Rn. 33 und 34.

([61]) Urteil des Gerichtshofs vom 11. Juli 1996, SFEI u. a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, Rn. 62.

([62]) Urteil des Gerichtshofs vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission („Stardust“), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, Rn. 36 und 37.

([63]) Urteil des Gerichtshofs vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission („Stardust“), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, Rn. 52.

([64]) Urteil des Gerichtshofs vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission („Stardust“), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294; Urteil des Gerichts vom 26. Juni 2008, SIC/Kommission, T-442/03, ECLI:EU:T:2008:228, Rn. 93 bis 100.

([65]) Urteil des Gerichtshofs vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission („Stardust“), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, Rn. 55.

(142) In Bezug auf die Schlussfolgerung der Kommission in Erwägungsgrund 94 des Einleitungsbeschlusses, dass die Kapitalzuführung aus staatlichen Mitteln gewährt wurde, argumentiert Deutschland (siehe Erwägungsgrund (82)), dass es sich bei dem zugeführten Kapital nicht um staatliche Mittel gehandelt habe, da es eigentlich aus dem Verkaufserlös von zwei Kunstwerken der WestSpiel, d. h. dem vom Käufer gezahlten Preis in Höhe von 114,4 Mio. EUR, stammte.

(143) Hinsichtlich des Kriteriums der staatlichen Mittel schließt sich die Kommission dieser Argumentation nicht an, da die Gewinnabschöpfung in Höhe von rund 82 Mio. EUR einen Zwischenschritt zwischen dem Kunstverkauf und der Kapitalzuführung darstellte. Durch die Gewinnabschöpfung wurde der genannte Betrag von der WestSpiel auf den Staat übertragen, und ab diesem Zeitpunkt können die Mittel daher nicht mehr als private Mittel angesehen werden, da sie unter staatlicher Kontrolle standen.

(144) In Bezug auf die Zurechenbarkeit der Maßnahme zum Staat stellt die Kommission fest, dass die Entscheidung über die Kapitalzuführung von NRW getroffen wurde (siehe Erwägungsgründe (47) bis (49)) und dass die Feststellungen für den Verlustausgleich in Erwägungsgrund 70 des Einleitungsbeschlusses entsprechend gelten (siehe Erwägungsgrund 95 des Einleitungsbeschlusses). Wie dort dargelegt, stellt die Kommission Folgendes fest: i) Die NRW.BANK ist die Förderbank für NRW und hat den Auftrag, das Land als ihren Eigentümer bei seinen struktur- und wirtschaftspolitischen Aufgaben zu unterstützen, ii) NRW ist Gewährträger der NRW.BANK, und iii) die Organe der NRW.BANK, insbesondere die Gewährträgerversammlung und das Aufsichtsorgan, sind mehrheitlich durch öffentliche Amtsträger besetzt.

(145) Zudem erklärte die Kommission in Erwägungsgrund 70 des Einleitungsbeschlusses, dass diese Feststellungen Gegenstand weiterer Klarstellungen besonders zur Struktur der NRW.BANK, ihren Entscheidungsprozessen und der Einbindung des Staats in (etwaige) Entscheidungen über den Ausgleich der in Rede stehenden Verluste sein würden. In diesem Zusammenhang stellt die Kommission fest:

— Nach dem Bericht zur Public Corporate Governance im Rahmen des Finanzberichts der NRW.BANK aus dem Jahr 2015 ([66]) ist NRW Gewährträger und alleiniger Eigentümer der NRW.BANK. In diesem Zusammenhang hat NRW die NRW.BANK dauerhaft mit den Haftungsinstrumenten Anstaltslast und Gewährträgerhaftung ausgestattet und eine explizite Refinanzierungsgarantie ausgesprochen.

— Die NRW.BANK verfügt über eine Gewährträgerversammlung, in der NRW seine Rechte im Rahmen seiner gesetzlichen Befugnisse sowie als Eigentümer der NRW.BANK wahrnimmt und sein Stimmrecht durch zwei von NRW entsandte Mitglieder ausübt. Andere Mitglieder der Gewährträgerversammlung sind der Minister für Wirtschaft des Landes NRW, der Minister für Finanzen des Landes NRW und der Minister für das Wohnungswesen des Landes NRW sowie die Mitglieder kraft Amtes.

— In Bezug auf den Verwaltungsrat der NRW.BANK ist dem Bericht zur Public Corporate Governance zu entnehmen, dass der Verwaltungsrat als Aufsichtsorgan die Geschäftsführung des Vorstands der NRW.BANK überwacht und die Mitglieder des Vorstands bestellt und abberuft. Der Verwaltungsrat bestand im Jahr 2015 aus insgesamt 15 Mitgliedern, von denen sieben Mitglieder, und damit die Mehrheit, von NRW als Gewährträger der NRW.BANK entsandt worden waren.

— Zudem wird die NRW.BANK zusätzlich vom Staat beaufsichtigt, genauer durch das für das Innere zuständige Ministerium des Landes NRW und, im Bereich der sozialen Wohnraumförderung, im Einvernehmen mit dem für das Wohnungswesen zuständigen Ministerium.

(146) Angesichts der oben dargestellten Indizien nimmt die Kommission zur Kenntnis, dass NRW und damit der Staat durch seine Rolle als alleiniger Gewährträger der NRW.BANK sowie durch die Ausübung von Stimmrechten durch seine Minister in der Gewährträgerversammlung und die Entsendung der Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsorgans, das die Tätigkeit des Vorstands der NRW.BANK kontrolliert, zu dem Zeitpunkt, als im Jahr 2015 die Kapitalzuführung in die WestSpiel getätigt wurde, maßgeblichen Einfluss auf die NRW.BANK und die in ihren Unternehmensorganen getroffenen Entscheidungen ausgeübt hat. Damit stellt die Kommission fest, dass die Kapitalzuführung als dem Staat zurechenbar angesehen werden kann.

(147) Daher gelangt die Kommission zu der Auffassung, dass die Maßnahmen der NRW.BANK in Bezug auf die Kapitalzuführung von 2015 eine Übertragung staatlicher Mittel zur Folge haben und dem Staat zuzurechnen sind.

([66]) Siehe Finanzbericht der NRW.BANK 2015, S. 7-23.

6.1.2.2.3. Vorteil

(148) Wie bereits dargelegt, ist ein Vorteil im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV ein wirtschaftlicher Nutzen jeglicher Art, den ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen — also ohne Eingreifen des Staates — nicht hätte erhalten können. Nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte sollte zur Feststellung, ob ein Vorteil gegeben ist, die finanzielle Lage des Unternehmens nach Durchführung der Maßnahme mit der finanziellen Lage verglichen werden, in der es sich befände, wenn die Maßnahme nicht durchgeführt worden wäre ([67]).

(149) Die Kommission vertrat in Erwägungsgrund 76 des Einleitungsbeschlusses die Auffassung, dass die Zuführung von neuem Kapital in Höhe von 64,8 Mio. EUR durch NRW im Jahr 2015 für sich allein betrachtet der WestSpiel einen Vorteil verschafft hat. Sie stellte in diesem Zusammenhang fest, dass die Gewinnabschöpfung, wie Deutschland eingeräumt hat, eine Steuer im Sinne der deutschen Abgabenordnung darstelle, die Kapitalzuführung von 2015 jedoch anderer Art sei.

(150) Deutschland vertritt in seinen Stellungnahmen zum Einleitungsbeschluss die Auffassung, dass die Kapitalzuführung in der vorliegenden Sache der WestSpiel aus den nachstehenden fünf Gründen keinen Vorteil verschafft habe: Erstens habe die Kapitalzuführung lediglich eine Teilrückführung des bei der WestSpiel abgeschöpften Gewinns dargestellt. Zweitens stehe die Kapitalzuführung mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Einklang, da das Land NRW mit der Zuführung wie ein privater Kapitalgeber unter vergleichbaren Umständen gehandelt habe. Drittens stelle die Kapitalzuführung keine staatliche Beihilfe dar, da die WestSpiel damit lediglich einen Ausgleich für ihren strukturellen Nachteil (d. h. die hohe Abgabenbelastung) erhalten habe. Viertens hätte dasselbe wirtschaftliche Ergebnis in jedem Fall auch durch eine Gesetzesänderung (zur Senkung der Abgabenbelastung der WestSpiel) erreicht werden können. Fünftens sei jegliche theoretische Beihilfe weitgehend zurückgezahlt worden, indem ein höherer Verkaufspreis für die WestSpiel erzielt worden sei (siehe Abschnitt 4.2).

6.1.2.2.3.1. Beurteilung des Arguments Deutschlands, die Kapitalzuführung stehe mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Einklang

(151) Wie in Erwägungsgrund (78) erläutert, ist Deutschland der Auffassung, dass die im Jahr 2015 von der NRW.BANK durchgeführte Kapitalzuführung dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers unter vergleichbaren Umständen entsprochen habe und deshalb mit diesem Grundsatz im Einklang stehe. Die Kapitalzuführung sei erforderlich gewesen, um die Rentabilität der WestSpiel wiederherzustellen und damit das bereits in das Unternehmen investierte Kapital zu erhalten. Deutschland stützt sich bei seiner den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers betreffenden Argumentation auf eine „kurzfristige“ ([68]) und eine „langfristige“ ([69]) Sichtweise.

– *Anwendbarkeit des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers*

(152) Die Kommission weist darauf hin, dass der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers anwendbar sein muss, damit er herangezogen werden kann. Das heißt, es muss möglich sein, das Verhalten des Staates mit dem eines privaten Kapitalgebers zu vergleichen, der in seiner Beziehung zu einem Unternehmen nicht über die Vorrechte und Einnahmen einer Steuerbehörde verfügt. Um sich auf den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers stützen zu können, muss ein Mitgliedstaat eindeutig und anhand objektiver und nachprüfbarer Nachweise belegen, dass er die durchgeführte Maßnahme in seiner Eigenschaft als Kapitalgeber getroffen hat. Aus diesen Nachweisen muss klar hervorgehen, dass der betreffende Mitgliedstaat seine Entscheidung vor oder gleichzeitig mit der Gewährung des wirtschaftlichen Vorteils und auf der Grundlage wirtschaftlicher Bewertungen getroffen hat, die mit jenen vergleichbar sind, die ein rationaler privater Kapitalgeber unter diesen Umständen hätte durchführen lassen, bevor er eine solche Investition tätigt, um deren künftige Rentabilität zu bestimmen.

(153) Die Kommission ist der Auffassung, dass Deutschland keine Nachweise, die diese Kriterien erfüllen, vorgelegt hat und dass daher der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers, wie nachstehend erläutert, nicht auf die Kapitalzuführung anwendbar ist.

([67]) Urteil des Gerichtshofs vom 2. Juli 1974, Italien/Kommission, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, Rn. 13.

([68]) Deutschland bringt vor, die Kapitalzuführung stehe als eigenständige Maßnahme mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Einklang.

([69]) Deutschland macht auf der Grundlage der EDF-Rechtsprechung geltend, dass es künftige höhere Steuereinnahmen in die Bewertung einbeziehen könne. Ferner sei die Kapitalzuführung erforderlich gewesen, um die Rentabilität der WestSpiel wiederherzustellen und damit den Wert des bereits in das Unternehmen investierten Kapitals zu erhalten.

(154) Deutschland macht geltend, dass mit dem [IBR]-Bericht eine Ex-ante-Bewertung durchgeführt worden sei. Weder der [IBR]-Bericht noch andere von Deutschland vorgelegte Unterlagen erfüllen jedoch die in Erwägungsgrund (152) beschriebenen Kriterien. Deutschland hat im Gegensatz zu dem, was ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber getan hätte, keinerlei Ex-ante-Bewertung der Rentabilität der Kapitalzuführung durchgeführt. Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers ist nicht anwendbar, wenn lediglich ein Teil einer Steuerzahlung einem Unternehmen ohne eine vorausgehende Analyse der Rentabilität wieder zugeführt wird (siehe entsprechend Urteil des Gerichts in der Rechtssache T-747/15, EDF/Kommission, und Beschluss des Gerichtshofs in der Rechtssache C-221/18 P, EDF/Kommission). Insbesondere wird im [IBR]-Bericht weder bewertet, ob es sich bei der Kapitalzuführung von 2015 um eine vernünftige Investition handelte, noch werden die kontrafaktischen Szenarien (Liquidation, Verkauf oder „keine Handlung“ anstelle einer Kapitalzuführung) beurteilt.

(155) Wie in Erwägungsgrund 91 des Einleitungsbeschlusses dargelegt, vertritt die Kommission die Auffassung, dass Deutschland keine Belege dafür hatte, dass dem Land NRW durch die Kapitalzuführung — aus Ex-ante-Sicht — eine zusätzliche Kapitalrendite entstanden wäre, die ohne die Kapitalzuführung nicht erwirtschaftet worden wäre.

(156) Der [IBR]-Bericht enthält keine solche Analyse der kontrafaktischen Szenarien, d. h. der Situation der WestSpiel ohne die Kapitalzuführung, im Vergleich zum tatsächlichen Szenario, d. h. der Situation der WestSpiel mit der Kapitalzuführung. Was den Verweis Deutschlands auf S. 101 des [IBR]-Berichts angeht (siehe Erwägungsgrund (74)), so beschreibt diese Prognose der Liquidität der WestSpiel für die Jahre 2015 bis 2023, wie in Erwägungsgrund (121) erläutert, nur die Entwicklung des Unternehmens ohne die geplante Kapitalzuführung (nach dem Verkauf der Kunstwerke und der Gewinnabschöpfung), geht aber nicht auf die Situation mit der Kapitalzuführung ein.

(157) Auf S. 106 des [IBR]-Berichts wird die Liquiditätsentwicklung in den Jahren 2014 bis 2023 für das Szenario mit der Kapitalzuführung prognostiziert. Die Analyse dieses Szenarios beschränkt sich jedoch auf die Aussagen, dass die WestSpiel KG durch die Kapitalzuführung während des gesamten Planungszeitraums über positive Finanzmittel verfügt und dass die Liquidität nicht unter die Mindestliquidität von 5 Mio. EUR sinken und die Mindestliquidität im Q2 2020 leicht überschreiten werde. Abgesehen von diesen Schätzungen gibt es keine andere Analyse und insbesondere keine Erklärung dazu, wie die Kapitalzuführung konkret die künftige finanzielle Entwicklung der WestSpiel (positiv) beeinflussen würde ([70]).

(158) Auch in Bezug auf eine mögliche Auflösung und Liquidation oder einen Verkauf der WestSpiel als kontrafaktische Szenarien zur Kapitalzuführung enthält der [IBR]-Bericht weder eine Beschreibung noch eine Analyse der hypothetischen Umsetzung eines dieser Szenarien.

(159) Damit hat Deutschland weder einen detaillierten Geschäftsplan noch eine andere Analyse vorgelegt, in dem bzw. der die allgemeine Situation ohne die Kapitalzuführung, insbesondere die spezifischen kontrafaktischen Szenarien („keine Handlung“, Liquidation oder Verkauf), anhand genauer und vollständiger Einschätzungen der künftigen Rentabilität sowie detaillierter Kosten-Nutzen-Analysen mit dem faktischen Szenario der Kapitalzuführung verglichen wird.

– *Schlussfolgerung zur Anwendbarkeit des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers*

(160) Aus diesen Gründen ist die Kommission der Auffassung, dass der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht auf die Kapitalzuführung anwendbar ist.

– *Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers*

(161) Ungeachtet der obigen Beurteilung, in der die Kommission zu dem Schluss kommt, dass der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht anwendbar ist, vertritt die Kommission hilfsweise die Auffassung, dass selbst wenn er anwendbar wäre, die Kriterien für eine Vereinbarkeit mit diesem Grundsatz nicht erfüllt wären.

(162) Wie in Erwägungsgrund (78) erläutert, wird sich die Kommission im Folgenden mit den beiden von Deutschland vorgebrachten Argumenten („kurzfristige Sichtweise“ und „langfristige Sichtweise“) befassen.

– *Die „kurzfristige Sichtweise“ Deutschlands*

([70]) Insbesondere wird nicht auf die Entwicklung der jährlichen Bruttospielerträge eingegangen.

(163) Erstens stimmt die Kommission der in Erwägungsgrund (78) dargelegten „kurzfristigen Sichtweise“ Deutschlands hinsichtlich der Vereinbarkeit der Kapitalzuführung von 2015 als eigenständiger Maßnahme (d. h. ohne Berücksichtigung der aus der Gewinnabschöpfung resultierenden Steuereinnahmen) mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht zu, der zufolge es für einen privaten Kapitalgeber keine Alternative zu der Vorgehensweise in drei Schritten (Verkauf der Kunstwerke/Gewinnabschöpfung/Kapitalzuführung) gegeben hätte und die einzige mögliche Alternative darin bestanden hätte, die Maßnahmen nicht durchzuführen und somit den vollen Wert des Anteils der NRW.BANK an der WestSpiel sowie die Aussicht auf künftige Einnahmen zu verlieren.

(164) Anders als bei den kontrafaktischen Szenarien zum jährlichen Verlustausgleich vertritt die Kommission in Bezug auf die Kapitalzuführung durch die NRW.BANK im Jahr 2015 die Auffassung, dass die Auflösung und Liquidation oder der Verkauf der WestSpiel wirtschaftlich vernünftiger gewesen wären. Eine solche Kapitalzuführung, durch die der Fortbestand des Unternehmens gesichert werden sollte, erfüllt den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nur dann, wenn (auf der Grundlage von Ex-ante-Erwägungen) erwartet werden kann, dass sie zu einem Ergebnis führt, das besser ist als die beiden anderen Optionen. In jedem Fall muss dies ex ante bewertet werden.

(165) Die Kommission hat die kontrafaktischen Szenarien (Liquidation oder Verkauf der WestSpiel oder „keine Handlung“) im Vergleich zu dem von der NRW.BANK gewählten faktischen Szenario (Kapitalzuführung) geprüft, um festzustellen, ob ein privater Kapitalgeber unter vergleichbaren Umständen ebenso gehandelt hätte.

(166) Dabei stützt sie sich in erster Linie auf die Jahresabschlüsse der WestSpiel und die [XY]-Berichte für die Jahre 2013 und 2014, da diese Unterlagen über den Zeitraum kurz vor der im Dezember 2015 getroffenen Entscheidung der NRW.BANK für die Kapitalzuführung Auskunft geben und daher am besten geeignet sind, die Situation der WestSpiel zum Zeitpunkt der Kapitalzuführung aufzuzeigen ([71]). Die Kommission hat auch die im [IBR]-Bericht enthaltenen Prognosen und Planungen der Gewinne und Verluste, des Saldos und des Cashflows der WestSpiel für die Jahre 2015 bis 2023 geprüft.

– *Beurteilung der kontrafaktischen Szenarien: Liquidation und Verkauf*

(167) Den Jahresabschlüssen der WestSpiel und den [XY]-Berichten zufolge überstiegen die Verbindlichkeiten, wie in Erwägungsgrund (113) dargelegt, in den Jahren 2010 bis 2015 und somit auch in den Jahren 2013 und 2014 das Kapital der WestSpiel. Genauer gesagt sind in den Jahresabschlüssen der WestSpiel Verbindlichkeiten in Höhe von 17,5 Mio. EUR und ein Kapital von 9,6 Mio. EUR im Jahr 2013 bzw. Verbindlichkeiten in Höhe von 17,6 Mio. EUR und ein Kapital von rund 14 Mio. EUR im Jahr 2014 ausgewiesen. Daher ist die Kommission der Auffassung, dass eine Liquidation der WestSpiel im Zeitraum vor der Kapitalzuführung vom Dezember 2015 nur zu einem negativen Liquidationswert möglich gewesen wäre, d. h., wenn die Verbindlichkeiten das Kapital der WestSpiel überstiegen hätten (siehe Erwägungsgrund (109)). Auch für einen möglichen Verkauf wäre das Unternehmen zu diesem Zeitpunkt nicht sehr attraktiv gewesen.

(168) Trotz der hohen Wahrscheinlichkeit, dass die NRW.BANK ihre Beteiligung an der WestSpiel bei einer Auflösung und Liquidation oder einem Verkauf im Jahr 2013 oder 2014 nicht hätte beibehalten können, wären die Auflösung und Liquidation oder der Verkauf des Unternehmens oder die Möglichkeit, überhaupt nicht zu handeln, dennoch der Kapitalzuführung vorzuziehen gewesen. Insbesondere sind die Jahresabschlüsse der WestSpiel hinsichtlich der Kapitalzuführung und des jährlichen Verlustausgleichs aus unterschiedlichen Blickwinkeln zu betrachten, da die Situationen nicht vergleichbar sind:

— Erstens hätte ein rationaler privater Kapitalgeber kein zusätzliches Kapital zur Stärkung eines Unternehmens bereitgestellt, wenn schon frühere erhebliche Investitionen (der jährliche Verlustausgleich seit 2009) keine positiven Auswirkungen auf die finanzielle Lage des Unternehmens gezeigt hätten. Wie in Erwägungsgrund (119) dargelegt, hat sich die Lage der WestSpiel aufgrund des jährlichen Verlustausgleichs nicht verbessert. Das Gegenteil war der Fall: Die jährlichen Bruttospielerträge gingen weiter zurück, und die Jahresfehlbeträge blieben bis zum Verkauf der Kunstwerke im Jahr 2014 kontinuierlich hoch. Im Jahr 2014 erzielte die WestSpiel einen niedrigen Nettogewinn. Als 2014 die Entscheidung über die Kapitalzuführung getroffen wurde, wäre ein privater Kapitalgeber in der Lage gewesen, die Auswirkungen des in den letzten fünf Jahren vorgenommenen jährlichen Ausgleichs der Verluste der WestSpiel zu beurteilen und daraus zu schließen, dass sich die Lage des Unternehmens weiter verschlechterte. Ein rationaler Kapitalgeber hätte deshalb kein zusätzliches Kapital zugeführt, wodurch er noch höhere finanzielle Verluste in Kauf genommen hätte, sondern hätte stattdessen sofort die Auflösung und Liquidation oder den Verkauf des Unternehmens eingeleitet.

([71]) Der [IBR]-Bericht basiert auch auf den Geschäftsinformationen der WestSpiel für die Jahre 2013 und 2014 (siehe Seite 114 des [IBR]-Berichts).

— Zweitens stellte der jährliche Verlustausgleich ein rein passives Verhalten eines Gesellschafters dar, das weder eine konkrete Handlung noch eine aktive Entscheidung erforderte, da der Verlustausgleich aus dem Eigenkapital der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf eine Verpflichtung nach deutschem Gesellschaftsrecht zurückgeht (siehe Erwägungsgründe (103) und (104)). Die Entscheidung, neues Kapital zuzuführen, ist hingegen eine aktive Entscheidung und nicht auf einen rein rechtlichen Automatismus zurückzuführen. Daher ist die Schwelle für einen Kapitalgeber, sich für die Gewährung einer Kapitalzuführung zu entscheiden, erheblich höher, weshalb diese Maßnahme strenger geprüft werden muss als der jährliche Verlustausgleich, d. h. das Szenario keiner Handlung.

— Drittens hält es die Kommission zwar in Bezug auf den Verlustausgleich für nachvollziehbar, wenn ein Gesellschafter, der eine erhebliche Investition (die ursprüngliche Kapitaleinlage) in ein Unternehmen getätigt und über einen langen Zeitraum Verluste hingenommen hat, das Unternehmen nicht auflöst und liquidiert oder verkauft (siehe Erwägungsgründe (107) bis (125)) — dies gilt aber nicht für die Kapitalzuführung. Nach Auffassung der Kommission lässt sich dieses Argument nicht für einen unbegrenzten Zeitraum und nicht für unbegrenzte Verluste eines Unternehmens vertreten, da dies dazu führen würde, dass ein Kapitalgeber eine Erstinvestition in ein Unternehmen tätigen und dann Verluste hinnehmen oder zusätzliche Zahlungen leisten könnte, ohne erneut prüfen zu müssen, ob die kontinuierliche Investition rentabel und vernünftig ist.

— Viertens nimmt die Kommission die recht positive Prognose für die finanzielle Lage der WestSpiel im Zeitraum von 2021 bis 2023 zur Kenntnis, in der ein Übergang von einem negativen zu einem positiven Zahlungssaldo erwartet wurde (siehe Erwägungsgründe (74) und (121)). Dennoch wäre es für einen vergleichbaren privaten Kapitalgeber nicht hinnehmbar gewesen, im Jahr 2015 (als die Kapitalzuführung erfolgte) von einer Auflösung und Liquidation oder einem Verkauf abzusehen und die prognostizierte Verbesserung der finanziellen Lage des Unternehmens abzuwarten. Die Zeitspanne zwischen 2015 und 2021 ist sehr lang, und es wäre nicht sinnvoll, einen Gesellschafter aufzufordern, eine dringende und notwendige Entscheidung um weitere sechs Jahre aufzuschieben. Insbesondere müssen die zusätzlichen Verluste, die der Gesellschafter in diesen Jahren wahrscheinlich erlitten hätte, sowie die wirtschaftliche und finanzielle Unsicherheit berücksichtigt werden, da in der Prognose noch immer von einem negativer Zahlungssaldo der WestSpiel bis zum endgültigen Wendepunkt im Jahr 2021 ausgegangen wird. Jedenfalls hätte für einen Gesellschafter aus den oben dargelegten Gründen die vernünftige Alternative zu einem Verkauf oder einer Auflösung und Liquidation im Jahr 2015 nicht in der Kapitalzuführung bestanden, sondern allein in der Möglichkeit, überhaupt nicht zu handeln und einen zusätzlichen jährlichen Verlustausgleich auf der Grundlage des im HGB vorgesehenen Automatismus zu akzeptieren, wie er bereits in den Vorjahren praktiziert wurde.

– *Schlussfolgerung zur Beurteilung der kontrafaktischen Szenarien*

(169) Auf der Grundlage der im Rahmen der Beurteilung der spezifischen kontrafaktischen Szenarien vorgebrachten Argumente kommt die Kommission daher zu dem Schluss, dass ein vergleichbarer privater Kapitalgeber sich dafür entschieden hätte, das Unternehmen aufzulösen und zu liquidieren oder zu verkaufen oder überhaupt nicht zu handeln, anstatt eine weitere Investition zu tätigen und damit noch mehr Kapital für ein insgesamt defizitäres Unternehmen bereitzustellen, wodurch er Gefahr liefe, neben dem auf dem Spiel stehenden, bereits investierten Kapital auch noch die neu zugeführten Beträge zu verlieren.

– *Die „langfristige Sichtweise" Deutschlands*

(170) Was die in Erwägungsgrund (78) dargelegte „langfristige Sichtweise" Deutschlands anbelangt, vertritt die Kommission die Auffassung, dass angesichts der Rechtsprechung in der Sache EDF ([72]) Maßnahmen des Staates in seiner Eigenschaft als Kapitalgeber (in der er die Kapitalzuführung durchführte) von seinen Maßnahmen in seiner Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt (in der er die Gewinne abschöpfte) unterschieden werden müssen.

([72]) Urteil des Gerichtshof vom 5. Juni 2012, Kommission/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

(171) Zur Beurteilung der Frage, ob dieselbe Maßnahme unter normalen Marktbedingungen von einem privaten Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer möglichst ähnlichen Lage befindet wie der Staat, getroffen worden wäre, sind dem Gerichtshof zufolge nur die Vorteile und Verpflichtungen zu berücksichtigen, die mit der Eigenschaft des Staates als privater Wirtschaftsteilnehmer zusammenhängen, nicht aber jene, die an seine Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt anknüpfen ([73]).

(172) In Bezug auf das Argument Deutschlands, dass die weiteren Abgaben ([74]) der WestSpiel bei der Beurteilung der Vereinbarkeit der Kapitalzuführung mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers bei den Einnahmen berücksichtigt werden sollten, stellt die Kommission fest, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber dies nicht berücksichtigen würde.

(173) Nach der Rechtsprechung darf nicht der Schluss gezogen werden, dass ein Vorteil in Form einer Investition in ein Unternehmen durch die Zahlung von Steuern auf die Unternehmensgewinne aufgehoben werden kann. Selbst wenn die Kapitalzuführung erforderlich war, um den Fortbestand des Unternehmens zu sichern und ein Insolvenzverfahren zu vermeiden (siehe Erwägungsgründe (152) bis (159)), gab es aus Ex-ante-Perspektive keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass durch die Investition voraussichtlich Gewinne erzielt oder zusätzliche Verluste vermieden werden würden (im Vergleich zu den kontrafaktischen Szenarien, d. h. der Liquidation oder dem Verkauf der WestSpiel).

– *Schlussfolgerung zur Anwendbarkeit des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers*

(174) Angesichts der Beurteilung der kontrafaktischen Szenarien auf der Grundlage der Informationen, die der Kommission zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Kapitalzuführung von 2015 über die finanzielle Lage der WestSpiel vorlagen (siehe Erwägungsgrund (167)), und der Schlussfolgerung der Kommission, dass die Zahlung von Steuern einen Vorteil nicht aufheben kann (siehe Erwägungsgrund (173)), ist die Kommission der Auffassung, dass die Maßnahme nicht mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vereinbar ist.

(175) Die Kommission geht davon aus, dass ein rationaler privater Kapitalgeber der WestSpiel angesichts ihrer Verluste kein weiteres Kapital bereitstellen würde, ohne zuvor eine zumindest überschlägige Bewertung vorgenommen zu haben, der sich die hinreichende Wahrscheinlichkeit künftiger Gewinne entnehmen lässt, und ohne gegebenenfalls den Verkauf oder die etwaige Auflösung und Liquidation des Unternehmens geprüft zu haben ([75]).

6.1.2.2.3.2. Mutmaßlicher Ausgleich für einen strukturellen Nachteil

(176) Deutschland argumentiert (siehe Erwägungsgrund (79)), dass die Kapitalzuführung von 2015 der WestSpiel keinen Vorteil verschafft habe und daher keine staatliche Beihilfe darstelle, da der WestSpiel damit (im Einklang mit der Combus-Rechtsprechung ([76])) ein Ausgleich für ihren strukturellen Nachteil gewährt worden sei, der darin bestanden habe, dass sie eine höhere Abgabenbelastung zu tragen hatte als ihre privatwirtschaftlichen Konkurrenzunternehmen. Insbesondere § 14 SpielbG NRW (alte Fassung) hätte die WestSpiel daran gehindert, die Erlöse aus den von ihr veräußerten Vermögenswerten (d. h. ihre außerordentlichen Erträge aus dem Verkauf der Kunstwerke) zu nutzen.

(177) Die Kommission teilt die Auffassung Deutschlands allerdings nicht. Im vor einigen Jahren ergangenen Urteil in der Rechtssache Orange ([77]) stellte der Gerichtshof klar, dass ein Ausgleich für einen strukturellen Nachteil zwar mit dem Binnenmarkt vereinbar sein kann, unter bestimmten Umständen aber dennoch eine staatliche Beihilfe darstellt. Unter Randnummer 44 des Urteils präzisierte der Gerichtshof, dass ein aus staatlichen Mitteln gewährter wirtschaftlicher Vorteil bei Erfüllung aller anderen Beihilfekriterien als staatliche Beihilfe anzusehen ist, außer wenn es sich um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt, die die Altmark-Kriterien ([78]) erfüllt.

([73]) Urteil des Gerichtshofs vom 6. März 2018, Kommission/FIH Holding und FIH Erhvervsbank, C-579/16 P, ECLI:EU:C:2018:159, Rn. 55; Urteil des Gerichtshofs vom 5. Juni 2012, Kommission/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 79 und die darin zitierte Rechtsprechung; Urteil des Gerichtshofs vom 24. Oktober 2013, Land Burgenland u. a./Kommission, C-214/12 P, C-215/12 P und C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, Rn. 52.

([74]) Durch die Kapitalzuführung aus Haushaltsmitteln des Landes NRW generierte Abgaben.

([75]) Urteil des Gerichts vom 25. Juni 2015, SACE und SACE BT/Kommission, T-305/13, ECLI:EU:T:2015:435, Rn. 178 bis 180.

([76]) Urteil des Gerichts vom 16. März 2004, Danske Busvognmænd/Kommission, T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, Rn. 57.

([77]) Urteil des Gerichtshofs vom 26. Oktober 2016, Orange/Kommission, C-211/15 P, ECLI:EU:C:2016:798, Rn. 22-34.

([78]) Urteil des Gerichtshofs vom 24. Juli 2003, Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

(178) Die Kommission stellt ferner fest, dass es in beiden Rechtssachen, Combus und Orange, um einen Ausgleich zur Deckung von Kosten ging, die im Vergleich zu den Kosten privater Wettbewerber ungewöhnlich hoch waren. Im vorliegenden Fall wird mit der Maßnahme jedoch kein „struktureller" Nachteil beseitigt, sondern es handelt sich vielmehr um eine einmalige Veräußerung von Vermögenswerten, die es dem Unternehmen ermöglicht, seine Tätigkeit weiterzuführen, obwohl sein Geschäftsmodell nicht rentabel ist.

(179) In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Kapitalzuführung von 2015 nicht mit der Begründung, dass sie einen Ausgleich für den strukturellen Nachteil der WestSpiel darstellen würde, als beihilfefrei angesehen werden kann.

6.1.2.2.3.3. Mutmaßliches Fehlen eines Vorteils, da dasselbe wirtschaftliche Ergebnis durch Gesetzesänderungen hätte erreicht werden können

(180) Deutschland erklärt ferner (siehe Erwägungsgrund (80)), dass das mit der Kapitalzuführung erzielte wirtschaftliche Ergebnis auch durch Gesetzesänderungen, d. h. durch eine Änderung der für die WestSpiel geltenden Abgabenregelung, hätte erreicht werden können.

(181) Nach Auffassung der Kommission ist dieses Argument für die Beantwortung der Frage, ob die Kapitalzuführung durch die NRW.BANK im Jahr 2015 der WestSpiel einen Vorteil verschafft hat, nicht relevant. Die Kommission stellt fest, dass es sich dabei lediglich um ein hypothetisches Argument handelt, da de facto keine Änderung stattgefunden hat. Auch wenn diese theoretische Möglichkeit bestand, hat der Staat davon keinen Gebrauch gemacht, sondern stattdessen entschieden, die für die WestSpiel geltende Abgabenregelung beizubehalten und eine Kapitalzuführung vorzunehmen. Die Kommission kann schon allein aus dem Grund, dass die Gesetzesänderung de facto nicht erfolgt ist, nicht weiter prüfen, ob sich (in dem theoretischen Fall, dass sie vorgenommen worden wäre) ein Vorteil für die WestSpiel ergeben hätte.

6.1.2.2.3.4. Mutmaßliche Rückführung des Buchwerts der stillen Beteiligung von NRW käme einer weitgehenden Rückzahlung der (mutmaßlichen) Beihilfe gleich

(182) Deutschland bringt außerdem vor, dass die Rückführung des Buchwerts der stillen Beteiligung von NRW einer Rückzahlung der (angeblichen) Beihilfe gleichkäme, sofern es sich um eine Beihilfe handele (siehe Erwägungsgrund (81)). Der (höhere) Preis, den der erfolgreiche Bieter im (zum damaligen Zeitpunkt) laufenden Vergabeverfahren zahlen würde, würde den aufgrund der Beihilfe höheren Wert des Unternehmens bereits widerspiegeln.

(183) Die Kommission stellt fest, dass die (vor dem Verkauf der WestSpiel im September 2021 erwogene) theoretische Möglichkeit, im Rahmen eines Vergabeverfahrens einen höheren Preis zu erzielen, nicht ausreicht, um das Vorliegen eines Vorteils aus der Kapitalzuführung von 2015 auszuschließen oder zu verhindern, dass der Begünstigte den daraus resultierenden Vorteil weiterhin tatsächlich nutzt. ([79]) Der Vorteil muss nämlich zum Zeitpunkt der Gewährung der Beihilfe beurteilt werden, sodass die theoretische Hypothese eines künftigen höheren Werts des Unternehmens relevant sein könnte, nicht aber die Tatsache, dass die stille Beteiligung später zurückgezahlt wurde.

(184) In jedem Fall kommt die Kommission zu dem Schluss, dass sich dieses Argument nicht auf das Vorliegen einer Beihilfe an sich bezieht, sondern auf den verbleibenden Beihilfebetrag, der nach dem Verkauf der WestSpiel und nach Zahlung des Verkaufspreises zurückgefordert werden muss.

– *Schlussfolgerung in Bezug auf den Vorteil*

(185) Daher kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Kapitalzuführung der WestSpiel einen Vorteil im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV verschafft hat.

([79]) Urteil des Gerichtshofs vom 1. Oktober 2015, Electrabel und Dunamenti Erőmű/Kommission, C-357/14 P, ECLI:EU:C:2015:642, Rn. 116.

6.1.2.2.4. Selektivität

(186) In Bezug auf das Kriterium der Selektivität besteht die Vermutung, dass die geprüften Maßnahmen selektiv sind, da der einzige Begünstigte die WestSpiel war. Da es im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte gibt, die diese Vermutung widerlegen könnten, kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die geprüften Maßnahmen selektiv sind. Auch dies wird von Deutschland nicht bestritten.

6.1.2.2.5. Verfälschung des Wettbewerbs und Auswirkungen auf den Handel

(187) Was die Verfälschung des Wettbewerbs betrifft, so hält die Kommission fest, dass dann davon ausgegangen wird, dass eine vom Staat gewährte Maßnahme den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht, wenn sie geeignet ist, die Wettbewerbsposition des Begünstigten im Vergleich zu konkurrierenden Unternehmen zu verbessern. In der Praxis wird daher allgemein eine Wettbewerbsverfälschung im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV festgestellt, wenn der Staat einem Unternehmen in einem liberalisierten Wirtschaftszweig, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte, einen finanziellen Vorteil gewährt ([80]). Was die Beeinträchtigung des Handels innerhalb der Union anbelangt, ist unstreitig, dass nicht festgestellt werden muss, dass sich die Beihilfe tatsächlich auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirkt, sondern lediglich, ob sie geeignet ist, Auswirkungen auf diesen Handel zu haben. So muss den Unionsgerichten zufolge, „wenn eine von einem Mitgliedstaat gewährte Finanzhilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen [= unionsinternen] Handel verstärkt, dieser als von der Beihilfe beeinflusst erachtet werden“ ([81]).

(188) Wie in Erwägungsgrund 57 des Einleitungsbeschlusses erläutert, teilt die Kommission nicht die Auffassung Deutschlands, der zufolge die geprüften Maßnahmen angesichts der angeblichen Monopolstellung der WestSpiel in NRW keine Wettbewerbsverfälschung oder Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten bewirkt haben können. Deutschland bringt zwar vor, dass der Spielbankmarkt im relevanten Zeitraum (von 2009 bis 2015) nach den §§ 1 und 3 SpielbG NRW (alte Fassung) dem Wettbewerb entzogen gewesen sei, doch die WestSpiel stand offenbar mit privat betriebenen Spielhallen (insbesondere den Mitgliedern der FSH), vor allem im Bereich des automatenbasierten Spiels, im Wettbewerb. Darüber hinaus liegen keine Hinweise darauf vor, dass in NRW ein gesetzliches Monopol bestand, das Wettbewerb auf dem und um den Markt ausgeschlossen hätte. Schließlich unterlagen die nicht mit dem Spielbetrieb zusammenhängenden Tätigkeiten der WestSpiel (wie beispielsweise der Betrieb von Bars und Gaststätten in den Spielbanken) — trotz der Bemerkung Deutschlands zur angeblichen illegalen Tätigkeit von Online-Anbietern und wie ebenfalls in Erwägungsgrund 57 des Einleitungsbeschlusses dargelegt — jedenfalls nicht einem potenziellen gesetzlichen Monopol und wurden im Wettbewerb mit anderen Anbietern ausgeübt.

(189) Daher kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Kapitalzuführung von 2015 geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht.

– *Schlussfolgerung zur Kapitalzuführung*

(190) Hinsichtlich der Kapitalzuführung für die WestSpiel zieht die Kommission daher aus der vorstehenden Beurteilung den Schluss, dass die kumulativen Kriterien für das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV erfüllt sind und dass die Maßnahme eine staatliche Beihilfe darstellt.

([80]) Urteil des Gerichtshofs vom 15. Juni 2000, Alzetta u. a./Kommission, T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 bis T-607/97, T-1/98, T-3/98 bis T-6/98 und T-23/98, ECLI:EU:T:2000:151, Rn. 141 bis 147; Urteil des Gerichtshofs vom 24. Juli 2003, Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

([81]) Urteil des Gerichtshofs vom 14. Januar 2015, Eventech, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 66; Urteil des Gerichtshofs vom 8. Mai 2013, Libert u. a., C-197/11 und C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 77; Urteil des Gerichts vom 4. April 2001, Regione autonoma Friuli Venezia Giulia/Kommission, T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, Rn. 41.

6.1.3. *Schlussfolgerung zum Vorliegen einer Beihilfe*

(191) Hinsichtlich des jährlichen Verlustausgleichs kommt die Kommission zu dem Schluss, dass es sich nicht um eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV handelt, da die kumulativen Kriterien des genannten Artikels bereits aus den in Abschnitt 6.1.1 dargelegten Gründen nicht erfüllt sind (kein Vorteil, keine staatlichen Mittel und keine Zurechenbarkeit), sodass sich eine Prüfung der übrigen Kriterien des Artikels 107 Absatz 1 AEUV erübrigt.

(192) Hinsichtlich der mutmaßlichen Kapitalzuführung von 2015 gelangt die Kommission dagegen zu dem Schluss, dass es sich um eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV handelt, da die kumulativen Kriterien des genannten Artikels aus den in Abschnitt 6.1.2 dargelegten Gründen erfüllt sind.

6.2. **Rechtmäßigkeit der Beihilfe**

(193) Die Kapitalzuführung von 2015 stellt eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV dar, die rechtswidrig ist, da sie unter Verstoß gegen Artikel 108 Absatz 3 AEUV ausgezahlt wurde.

6.3. **Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt**

(194) Da es sich bei der Kapitalzuführung von 2015 um eine staatliche Beihilfe handelt, muss geprüft werden, ob diese Beihilfemaßnahme als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden könnte. Staatliche Beihilfen können auf der Grundlage der in Artikel 107 Absätze 2 und 3 AEUV aufgeführten Ausnahmen als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden.

(195) Deutschland hat zwei mögliche Vereinbarkeitsgrundlagen angeführt: a) Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV — Beihilfen zur Liberalisierung des Marktes (siehe Erwägungsgrund (84)) und b) die Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen (siehe Erwägungsgrund (85)).

(196) Die Argumentation Deutschlands in Bezug auf Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV, es handele sich um einen Ausgleich im Zusammenhang mit einer Marktliberalisierung, kann von der Kommission nicht akzeptiert werden. Erstens liegen der Kommission keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die (angebliche) Liberalisierung des Marktes der Grund für die Kapitalzuführung war. Zweitens kommt die Kommission zu dem Schluss, dass der Markt auf jeden Fall nicht liberalisiert wurde, denn die rechtliche Struktur mit einem (zuvor öffentlich-rechtlichen, nach dem Kauf der WestSpiel privaten) Spielbankbetreiber, der über eine Monopollizenz verfügt, auf der einen Seite und privaten Spielautomatenbetreibern auf der anderen Seite ist unverändert.

(197) Was die Vereinbarkeit mit den Vorschriften für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen anbelangt, so hat Deutschland zwar vorgebracht, dass die WestSpiel bei einer etwaigen Rückforderung der Beihilfe zu einem Unternehmen in Schwierigkeiten würde, jedoch keine Informationen darüber vorgelegt, dass das Unternehmen zum Zeitpunkt der Gewährung der Maßnahmen als Unternehmen in Schwierigkeiten anzusehen gewesen wäre und die Anforderungen der Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen erfüllt gewesen wären. Die Bedenken der Kommission hinsichtlich der Erfüllung dieser Anforderungen (siehe Erwägungsgrund 104 des Einleitungsbeschlusses) wurden nicht ausgeräumt. Tatsächlich hat die Kommission keine Informationen darüber erhalten, dass die Kapitalzuführung vorübergehender Natur gewesen und auf der Grundlage eines vorab genehmigten Umstrukturierungsplans gewährt worden wäre und dass der Beihilfeempfänger aus eigenen Mitteln einen angemessenen Eigenbeitrag zu den Umstrukturierungskosten geleistet hätte.

(198) In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die rechtswidrige Beihilfe, die Deutschland in Form der Kapitalzuführung von 2015 gewährt hat, nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

7. RÜCKFORDERUNG

(199) Nach dem AEUV und der ständigen Rechtsprechung der Unionsgerichte ist die Kommission befugt zu entscheiden, ob der betreffende Mitgliedstaat eine Beihilfe, deren Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt festgestellt wurde, umzugestalten oder aufzuheben hat ([82]). Ebenfalls nach ständiger Rechtsprechung der Unionsgerichte dient die einem Mitgliedstaat durch einen Beschluss der Kommission auferlegte Verpflichtung zur Aufhebung einer mit dem Binnenmarkt unvereinbaren Beihilfe zur Wiederherstellung der früheren Lage ([83]).

(200) Die Unionsgerichte stellten in diesem Zusammenhang fest, dass dieses Ziel erreicht ist, wenn der Empfänger den als rechtswidrige Beihilfe gewährten Betrag zurückgezahlt und dadurch den Vorteil, den er auf dem Binnenmarkt gegenüber seinen Mitbewerbern besaß, verloren hat und die Lage von vor der Zahlung der Beihilfe wiederhergestellt ist ([84]).

(201) Im Einklang mit der Rechtsprechung sieht Artikel 16 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates ([85]) Folgendes vor: „In Negativbeschlüssen hinsichtlich rechtswidriger Beihilfen entscheidet die Kommission, dass der betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreift, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern."

(202) Da die in Rede stehenden Kapitalzuführung von 2015 unter Verstoß gegen Artikel 108 Absatz 3 AEUV durchgeführt wurde und als rechtswidrige und mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe zu betrachten ist, muss diese Beihilfe zurückgefordert werden, um die Lage wiederherzustellen, die vor ihrer Gewährung auf dem Binnenmarkt bestanden hat.

(203) Der nominale Rückforderungsbetrag entspricht dem Betrag der Kapitalzuführung (d. h. 64,8 Mio. EUR). Die Beträge, die die WestSpiel nach der am 8. Januar 2021 erfolgten Auflösung des Gesellschaftsvertrags über eine stille Gesellschaft bereits in zwei Raten zurückgezahlt hat (siehe Fußnote 36), können entgegen dem Vorbringen Deutschlands (siehe Erwägungsgrund (83)) nicht als Teilrückzahlung eingestuft werden; dies gilt für a) die erste Rate in Höhe von 35 Mio. EUR (Rückzahlung am 19. Januar 2021, siehe Erwägungsgrund (90)) und b) die zweite Rate von 11 516 909 EUR (Rückzahlung am 26. Juli 2021, siehe Erwägungsgrund (81)), d. h. für einen Gesamtbetrag von insgesamt 46 516 909 EUR. Denn selbst durch die Rückzahlung dieses Betrags hat die WestSpiel den durch die Kapitalzuführung tatsächlich gegenüber ihren Wettbewerbern erlangten Vorteil nicht verloren.

(204) Die Kommission stellt fest, dass die Auflösung der stillen Gesellschaft im vorliegenden Fall nicht als Rückzahlung eingestuft werden kann und sich nicht auf die Höhe des Rückforderungsbetrags auswirkt, da dieser Betrag grundsätzlich nicht von Ereignissen abhängt, die nach der Gewährung der Beihilfe eingetreten sind.

(205) Der Vorteil ergibt sich aus einer Kapitalzuführung, die unter normalen Marktbedingungen nicht erfolgt wäre. Der Gesamtbetrag der Kapitalzuführung spiegelt die Höhe des Vorteils wider. Sollte sich später herausstellen, dass die Investition dank weiterer Entwicklungen letztendlich rentabel war, ändert dies weder etwas am Vorliegen des Vorteils noch an dem ihm entsprechenden Betrag. Wenn beispielsweise ein Mitgliedstaat eine Investition tätigt, indem er Anteile an einem Unternehmens kauft (die ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber nicht kaufen würde) und diese Anteile später verkauft (selbst wenn ihr Preis in der Zwischenzeit gestiegen ist), stellt dieser Verkauf keine Rückzahlung der Beihilfe dar. Auch die Ausschüttung von Dividenden stellt keine Rückzahlung dar. Gleiches gilt für den Verkauf einer Beteiligung.

(206) Mit anderen Worten sind die konkreten weiteren Entwicklungen im Zusammenhang mit dem Eigenkapital oder der „Beteiligung" unabhängig voneinander zu betrachten und haben keinen Einfluss auf die Rückforderung der rechtswidrig gewährten Beihilfe. Die Kommission kommt daher zu dem Schluss, dass die Rückzahlung die Situation, die auf dem Binnenmarkt vor der Auszahlung der Beihilfe bestand, nicht (auch nicht teilweise) wiederhergestellt hat.

([82]) Urteil des Gerichtshofs vom 12. Juli 1973, Kommission/Deutschland, 70/72, ECLI:EU:C:1973:87, Rn. 13.
([83]) Urteil des Gerichtshofs vom 21. März 1990, Belgien/Kommission, C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, Rn. 66.
([84]) Urteil des Gerichtshofs vom 17. Juni 1999, Belgien/Kommission, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, Rn. 64 und 65.
([85]) Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. L 248 vom 24.9.2015, S. 9, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2015/1589/oj).

(207) Wie in Erwägungsgrund (29) erwähnt, erfolgte im Rahmen der Umstrukturierung der WestSpiel-Gruppe ein Zusammenschluss der WestSpiel mit der WestSpiel GmbH. Nach dem Verkauf an die Gauselmann-Gruppe wurde die WestSpiel umbenannt und wird nun unter der Firma „Merkur Spielbanken GmbH“ (siehe Erwägungsgrund (30)) betrieben. Im Falle eines Zusammenschlusses oder einer anderen Art von Unternehmensumstrukturierung muss der rechtliche Nachfolger des ursprünglichen Beihilfeempfängers identifiziert werden und der Mitgliedstaat muss die Beihilfe von der verbleibenden Einheit zurückfordern. ([86]) Die WestSpiel GmbH ist die rechtliche Nachfolgerin der WestSpiel, die nun unter der Firma „Merkur Spielbanken GmbH“ betrieben wird. Der Begriff „WestSpiel“ bezieht sich auf diese zusammengeschlossene und dann verkaufte Einheit (siehe Fußnote 7), von der die Beihilfe zurückgefordert werden muss.

(208) Die Rückforderung muss den Zeitraum ab dem Tag, an dem die Beihilfe dem Empfänger zur Verfügung gestellt wurde (15. Dezember 2015, siehe Erwägungsgrund (130)), bis zur tatsächlichen Rückzahlung abdecken. Auf die Rückforderungsbeträge sind bis zu ihrer vollständigen Rückzahlung Rückforderungszinsen zu erheben.

8. NACHGELAGERTER KAUFPREISABSCHLAG NACH § 7 DES UNTERNEHMENSKAUFVERTRAGS

(209) Die Kommission hält fest, dass der Unternehmenskaufvertrag für die WestSpiel Bestimmungen enthält, die eine auf 30 Mio. EUR begrenzte Erstattung im Falle einer Beihilferückforderung vorsehen (siehe Abschnitt D der Präambel, die Paragrafen 7, 17.2, 19, 24, 28.3 bis 28.5 und 29 des Unternehmenskaufvertrags für die WestSpiel). Die Kommission weist jedoch darauf hin, dass solche Klauseln über einen nachgelagerten Kaufpreisabschlag (im Folgenden „Erstattungsklauseln“) nach ständiger Rechtsprechung für sich genommen als gesonderte Beihilfemaßnahmen eingestuft werden können und dass die Geltendmachung solcher Erstattungsklauseln als Umgehung der Rückzahlung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer Beihilfen angesehen werden kann. Die Kommission betont, dass der Begünstigte der Klausel auch der Empfänger der Beihilfe ist.

(210) Der Gerichtshof hat wiederholt festgestellt, dass die Verpflichtung des betreffenden Staates, eine von der Kommission als mit dem Binnenmarkt unvereinbar angesehene Beihilfe aufzuheben, zur Wiederherstellung der früheren Lage dient. Dieses Ziel ist erreicht, wenn die fragliche Beihilfe, gegebenenfalls zuzüglich Verzugszinsen, vom Empfänger zurückgezahlt wird. Durch diese Rückzahlung verliert dieser den Vorteil, den er auf dem Markt gegenüber seinen Mitbewerbern besaß, wodurch die Lage vor der Zahlung der Beihilfe wiederhergestellt wird. Die von der Kommission erlassenen Beschlüsse würden offensichtlich ihrer Wirkung beraubt, wenn man zuließe, dass ein Mitgliedstaat eine Beihilfe in Höhe der rechtswidrigen Beihilfe gewährt, um die Auswirkungen der Rückzahlungen zu neutralisieren, zu denen die Empfänger nach dem betreffenden Beschluss verpflichtet sind ([87]).

(211) Die Erstattungsklausel hätte im Falle ihrer Anwendung das Ergebnis, dass die WestSpiel für die ihr gewährte rechtswidrige und mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe einen Ausgleich erhält. Konkret würde die WestSpiel aufgrund des vorliegenden Beschlusses verpflichtet sein, die mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe an den Staat zurückzuzahlen. Nach Erlass des vorliegenden Beschlusses würde die Erstattungsklausel greifen, sodass der Staat verpflichtet wäre, denselben Betrag, den er zurückgefordert hat, bis zu einem Höchstbetrag von 30 Mio. EUR an die WestSpiel zu zahlen. Durch die Umsetzung einer solchen Klausel würde die Rückforderung der mit dem vorliegenden Beschluss für rechtswidrig und mit dem Binnenmarkt unvereinbar befundenen staatlichen Beihilfe umgangen, da es nicht zu einer wirksamen Rückforderung, also der Wiederherstellung der vor der Gewährung der Beihilfe auf dem Markt bestehenden Situation, käme, was dem Zweck der Rückforderung widerspricht ([88]).

9. SCHLUSSFOLGERUNG

(212) Die Kommission stellt fest, dass Deutschland die Beihilfe unter Verstoß gegen Artikel 108 Absatz 3 AEUV rechtswidrig durchgeführt hat.

(213) Die Kommission kommt zu dem Schluss, dass die Beihilfe mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist und von der WestSpiel zuzüglich der Rückforderungszinsen zurückzufordern ist —

([86]) Siehe dahin gehend Urteil des Gerichtshofs vom 7. März 2018, SNCF Mobilités/Kommission, C-127/16 P, ECLI:EU:C:2018:165.

([87]) Urteil des Gerichtshofs vom 29. Juni 2004, Kommission/Rat, C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395, Rn. 42 und 43 sowie die darin zitierte Rechtsprechung.

([88]) Urteil des Gerichtshofs vom 11. Dezember 2012, Kommission/Spanien, C-610/10, ECLI:EU:C:2012:781, Rn. 105.

HAT FOLGENDEN BESCHLUSS ERLASSEN:

Artikel 1

Die von Deutschland durchgeführte mutmaßliche Maßnahme des jährlichen Verlustausgleichs stellt keine Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV dar.

Artikel 2

Die von Deutschland unter Verstoß gegen Artikel 108 Absatz 3 AEUV rechtswidrig durchgeführte Kapitalzuführung von 2015 in Höhe von 64,8 Mio. EUR ist mit dem Binnenmarkt unvereinbar.

Artikel 3

(1) Deutschland fordert die in Artikel 2 genannte, mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe von der Westspiel, die sich mit der WestSpiel GmbH zusammengeschlossen hat und nun unter „Merkur Spielbanken NRW GmbH“ firmiert, zurück.

(2) Der Rückforderungsbetrag umfasst Zinsen, die von dem Tag, an dem die Beihilfe der WestSpiel zur Verfügung gestellt wurde, bis zur tatsächlichen Rückzahlung berechnet werden.

(3) Deutschland stellt sicher, dass die WestSpiel keinen Ausgleich für die Beträge erhält, die Gegenstand dieses Beschlusses sind. Insbesondere darf die WestSpiel von Deutschland weder unmittelbar noch mittelbar Beträge erhalten, die auf die Anwendung der Erstattungsklausel des Unternehmenskaufvertrags für die WestSpiel zurückzuführen sind.

(4) Die Zinsen werden gemäß Kapitel V der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission ([89]) nach der Zinseszinsformel berechnet.

Artikel 4

(1) Die in Artikel 2 genannte Beihilfe wird sofort und wirksam zurückgefordert.

(2) Deutschland stellt sicher, dass dieser Beschluss innerhalb von vier Monaten nach seiner Bekanntgabe umgesetzt wird.

Artikel 5

(1) Deutschland übermittelt der Kommission binnen zwei Monaten nach Bekanntgabe dieses Beschlusses die folgenden Informationen:

a) den Gesamtbetrag (Nennbetrag und Zinsen), der von der WestSpiel zurückzufordern ist;

b) eine ausführliche Beschreibung der Maßnahmen, die ergriffen wurden bzw. beabsichtigt sind, um diesem Beschluss nachzukommen;

c) Unterlagen, aus denen hervorgeht, dass eine Rückzahlungsanordnung für die in Artikel 2 genannte Beihilfe an WestSpiel ergangen ist.

(2) Deutschland unterrichtet die Kommission über den Fortgang seiner Maßnahmen zur Umsetzung dieses Beschlusses, bis die Rückzahlung der in Artikel 2 genannten Beihilfe abgeschlossen ist. Auf Anfrage der Kommission legt Deutschland unverzüglich Informationen über die Maßnahmen vor, die ergriffen wurden bzw. beabsichtigt sind, um diesem Beschluss nachzukommen. Ferner übermittelt Deutschland ausführliche Angaben über die von der WestSpiel bereits zurückgezahlten Beihilfebeträge und Rückforderungszinsen. Deutschland erstattet der Kommission auch Bericht darüber, ob und wie die in Erwägungsgrund (209) genannte Erstattungsklausel angewandt wurde.

([89]) Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. L 140 vom 30.4.2004, S. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2004/794/oj).

Artikel 6

Dieser Beschluss ist an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet.

Brüssel, den 22. November 2024

Für die Kommission
Margrethe VESTAGER
Exekutiv-Vizepräsidentin