

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 20. Oktober 2004

über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Landesbank Hessen-Thüringen — Girozentrale

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3931)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2006/742/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN -

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 88 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 Äußerung gemäß den vorerwähnten Bestimmungen zur Stellungnahme⁽¹⁾ und unter Berücksichtigung dieser Stellungnahmen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. VERFAHREN

(1) Mit Schreiben vom 31. Mai 1994 und 21. Dezember 1994 teilte der Bundesverband deutscher Banken e.V. („BdB“), der Privatbanken mit Sitz in Deutschland repräsentiert, der Kommission unter anderem mit, dass Wohnungsbauförderdarlehen in das haftende Eigenkapital der Landesbanken in Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Bayern, Hamburg und Berlin, d. h. zugunsten der Westdeutschen Landesbank, der Norddeutschen Landesbank, der Landesbank Schleswig-Holstein, der Hamburger Landesbank und der Landesbank Berlin, eingebracht worden seien bzw. würden. Der BdB sah in der damit verbundenen Erhöhung der Eigenmittel der betroffenen Landesbanken eine Wettbewerbsverfälschung zu deren Gunsten, da eine mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Einklang stehende Vergütung hierfür nicht vereinbart worden sei. Mit dem zweiten genannten Schreiben legte der BdB daher formell Beschwerde ein und forderte die Kommission auf, gegen Deutschland ein Verfahren nach Artikel 93 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 88 Absatz 2) einzuleiten. Im Februar und März 1995 und Dezember 1996 traten mehrere einzelne Banken der Beschwerde ihres Verbandes bei.

(2) Der BdB informierte die Kommission über zwei weitere Vermögensübertragungen mit Schreiben vom 6. August 1997 in Schleswig-Holstein zugunsten der Landesbank Schleswig-Holstein und mit Schreiben vom 30. Juli 1998 in Hessen zugunsten der Landesbank Hessen-Thüringen. Hinsichtlich des zuletzt genannten Vorgangs erbat die Kommission von Deutschland Informationen mit Schreiben vom 31. Juli 1998. Deutschland antwortete mit Schreiben vom 2. Oktober 1998, dass es diesbezüglich zu diesem Zeitpunkt nur einen Referentenentwurf und weder jetzt noch zu einem späteren Zeitpunkt Veranlassung zu begründeten Bedenken der Kommission gebe.

(3) Die Kommission untersuchte zunächst die Vermögensübertragung auf die Westdeutsche Landesbank („WestLB“), erklärte aber, dass sie die Übertragungen auf die anderen Banken im Lichte der Ergebnisse in der Sache WestLB⁽²⁾ prüfen werde. In dieser Sache erließ sie schließlich im Jahr 1999 die Entscheidung 2000/392 vom 8. Juli 1999 über eine von Deutschland zugunsten der Westdeutschen Landesbank Girozentrale durchgeführte Maßnahme⁽³⁾, mit der die Beihilfemaßnahme (die Differenz zwischen der gezahlten Vergütung und der marktüblichen Vergütung) für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt und die Rückforderung der Beihilfe angeordnet wurde. Diese Entscheidung wurde vom Gericht erster Instanz am 6. März 2003 wegen unzureichender Begründung von zwei Elementen bei der Bemessung der Höhe der Vergütung aufgehoben⁽⁴⁾. Am 20. Oktober 2004 erließ die Kommission eine neue Entscheidung, die den Kritikpunkten des Gerichts Rechnung trug.

(4) Am 1. September 1999 übermittelte die Kommission Deutschland ein Auskunftersuchen, das die Übertragungen auf die anderen Landesbanken, darunter auch die Helaba betraf. Deutschland übersandte daraufhin mit Schreiben

⁽²⁾ ABl. C 140 vom 5.5.1998, S. 9 (Eröffnungsentscheidung).

⁽³⁾ ABl. L 150 vom 23.6.2000, S. 1. Gegen diese Entscheidung wurden Klagen erhoben durch Deutschland (EuGH; C-376/99), durch Nordrhein-Westfalen (EuGEI; T-233/99) und durch die WestLB (EuGEI; T-228/99); durch die Kommission wurde ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet (EuGH; C-209/00).

⁽⁴⁾ Urteil vom 6. März 2003 in den verbundenen Rechtssachen T-228/99 und T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen, Slg. 2003, II-435.

⁽¹⁾ ABl. C 72 vom 26.3.2003, S. 3.

vom 8. Dezember 1999 Informationen zur Übertragung des Sondervermögens des Landes auf die Helaba, die nach einem weiteren Auskunftersuchen der Kommission vom 31. Oktober 2000 mit Schreiben der Bundesregierung vom 21. Januar 2001 ergänzt wurden.

- (5) Mit Schreiben vom 13. November 2002 unterrichtete die Kommission Deutschland von ihrem Beschluss, hinsichtlich der Einbringung des Sondervermögens des Landes Hessen als Stille Einlage in die Helaba das förmliche Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 des EG-Vertrages zu eröffnen. Zeitgleich hat die Kommission auch Verfahren wegen ähnlicher Vermögensübertragungen auf die Norddeutsche Landesbank — Girozentrale („NordLB“), die Landesbank Schleswig-Holstein — Girozentrale („LSH“), die Hamburgische Landesbank — Girozentrale („HLB“) und die Bayerische Landesbank — Girozentrale („BayernLB“) eröffnet. Zuvor hatte die Kommission bereits im Juli 2002 das Verfahren wegen der einer weiteren ähnlichen Übertragung von Fördervermögen durch das Land Berlin auf die Landesbank Berlin eröffnet.
- (6) Die Entscheidungen zur Eröffnung der Verfahren wurden im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht ⁽⁵⁾. Die Kommission forderte die sonstigen Beteiligten zur Stellungnahme auf.
- (7) Mit Schreiben vom 9. April 2003 nahm Deutschland zu der Verfahrenseröffnung in Sachen Helaba Stellung.
- (8) Mit Schreiben vom 29. Juli 2003 nahm der BdB zu allen Eröffnungsentscheidungen vom 13. November 2002 gemeinsam Stellung, die Deutschland mit Schreiben vom 28. Juli 2003 mit der Bitte um Stellungnahme übermittelt wurden.
- (9) Mit Schreiben vom 10. Oktober und 4. Dezember 2003 nahm Deutschland in Sachen Helaba Stellung zu den Ausführungen des BdB. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2003 übermittelte Deutschland überdies Ausführungen der Landesregierung Nordrhein-Westfalen und der WestLB zur Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken.
- (10) Die Kommission erbat von Deutschland weitere Informationen zu allen Landesbanken-Verfahren mit Schreiben vom 7. April 2004 und speziell zur Helaba mit Schreiben vom 19. Mai 2004 und 3. August 2004. Deutschland übermittelte darauf Antworten mit Schreiben vom 1. Juni 2004, 23. Juni 2004 und 23. August 2004.
- (11) Im September und Oktober 2004 fanden Gespräche zwischen dem BdB, dem Land Hessen und der Helaba zur Frage einer angemessenen Vergütung für das zur Verfügung gestellte Kapital statt. Eine Verständigung erfolgte nicht. Mit

Schreiben vom 28. September 2004 nahm der BdB erneut zum Verfahren Stellung. Die Kommission bat darauf hin Deutschland um eine weitere Stellungnahme, die mit Schreiben vom 1. Oktober 2004 und 6. Oktober 2004 übermittelt wurde.

II. AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER MASSNAHMEN

1. DIE HELABA

- (12) Die Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (Helaba) mit Sitz in Frankfurt am Main und Erfurt ist mit einer Konzernbilanzsumme von ca. 140 Mrd. EUR (Stichtag 31. Dezember 2003) eine der großen Banken Deutschlands. Die Bilanzsumme der Bank beträgt ca. 130 Mrd. EUR und damit gut 90 % der des Konzerns. Die Bank ist ein öffentlich-rechtliches Kreditinstitut und hat die Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Eigentümer und Gewährträger der Bank sind seit 1. Januar 2001 der Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen zu 85 %, der zum Einbringungszeitpunkt Ende 1998 alleiniger Eigentümer und Gewährträger war, sowie das Land Hessen zu 10 % und das Land Thüringen zu 5 %. Für das Jahr 2003 wurden im Geschäftsbericht für den Konzern eigene Mittel von ca. 4,1 Mrd. EUR ausgewiesen. Zum 31. Dezember 2003 betragen für den Konzern die Kernkapitalquote 7,8 % und die Eigenmittelquote 11,3 %.
- (13) Aufgrund ihrer Eigentümerstruktur fungiert die Helaba als Hausbank des Landes Hessen und des Freistaats Thüringen sowie als Zentralinstitut der hessischen und thüringischen Sparkassen. Darüber hinaus agiert die Helaba als Kunden- und marktorientierte Geschäftsbank, die vor allem das Großkundengeschäft betreibt, sowie als Partner für öffentliche Kunden, die Länder und Kommunen bei der Finanzierung und Realisierung von Investitionsvorhaben unterstützt. Über ihre Beteiligung an den Landesförderinstituten unterstützt die Helaba wirtschafts- und strukturpolitische Zielsetzungen in Hessen und Thüringen.
- (14) Der Helaba-Konzern beschäftigte zum 31. Dezember 2003 rund 3 500 Mitarbeiter. Die Helaba ist an wichtigen Finanzzentren der Welt präsent. Neben ihren zwei Hauptsitzen, Frankfurt am Main und Erfurt, ist sie unter anderem international in London, New York, Zürich, Dublin, Madrid, Paris und Luxemburg vertreten.

2. DIE EINBRINGUNG DES SONDERVERMÖGENS „WOHNUNGSWESEN UND ZUKUNFTSINVESTITION“ ALS STILLE EINLAGE IN DIE HELABA

- (15) Durch Gesetz vom 17. Dezember 1998 hat das Land Hessen ein Sondervermögen mit dem Namen „Wohnungswesen

⁽⁵⁾ NordLB: ABl. C 81 vom 4.4.2003, S. 2; BayernLB: ABl. C 81 vom 4.4.2003, S. 13; HLB: ABl. C 81 vom 4.4.2003, S. 24; Helaba: ABl. C 73 vom 26.3.2003, S. 3 und LBKiel: ABl. C 76 vom 28.3.2003, S. 2.

und Zukunftsinvestition“ geschaffen. Das Hessische Ministerium der Finanzen wurde darin ermächtigt, dieses ganz oder teilweise als Stille Einlage oder in einer anderen aufsichtsrechtlich anerkannten Form als Kapitalbeteiligung gegen eine marktgerechte, dem Sondervermögen verbleibende Vergütung in ein Kreditinstitut einzubringen.

- (16) Das Sondervermögen umfasst die Forderungen des Landes aus den zwischen 1948 und 1998 gewährten Krediten zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus. Per 31. Dezember 1998 belief sich der Darlehensbestand auf 7,829 Mrd. DEM (Landesanteil 6,026 Mrd. DEM). Deren Barwert wurde von zwei unabhängigen Gutachtern mit 2,473 Mrd. DEM (1,264 Mrd. EUR) ermittelt. Dieses Sondervermögen wurde durch Vertrag vom Dezember 1998 zwischen dem Land Hessen und der Helaba mit Wirkung zum 31. Dezember 1998 als Stille Einlage in die Helaba eingebracht.
- (17) Eine vertraglich vereinbarte gutachterliche Neubewertung zum 31. Dezember 2003 hat einen Wert des Fördervermögens von [...] (*) Mio. EUR ergeben. Die Erhöhung des Werts ergibt sich aus einem Überhang der Zuflüsse über die Abflüsse aus dem Fördervermögen seit dem Jahr 1999. Bis zur abschließenden Abstimmung mit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen („BaFin“), früher Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen („BAKred“), über das Ergebnis der gutachterlichen Bewertung zum 31. Dezember 2003 stand der Helaba aber nach wie vor nur der bisherige Referenzbetrag zur Verfügung.
- (18) Eine Liquiditätszuführung oder ein Ertragszufluss für die Bank ist mit der Einbringung des Sondervermögens als Stille Einlage nicht verbunden. Die Rückflüsse (Zinsen und Tilgungen) aus den Wohnungsbaudarlehen kommen nicht der Bank zugute, sondern stehen dem Sondervermögen zu und sind weiterhin revolvingierend für Förderzwecke einzusetzen.
- (19) Die Einbringung des Sondervermögens in die Helaba ist im Zusammenhang mit dem Bestreben des Landes zu sehen, sein förder- und strukturpolitisches Instrumentarium insgesamt zu straffen und effizienter zu gestalten.
- (20) Nach Angaben Deutschlands hatte das Land zunächst erwogen, den Wohnungsbauforderungsbestand auszuschreiben und meistbietend zum Barwert und in mehrere Tranchen zerlegt an Private zu veräußern. Zwar hätte die Zerlegung des Sondervermögens in Tranchen den Vorteil gehabt, dass sich der Kreis möglicher Bankpartner für das Land vergrößert hätte, da der Kreis potenzieller Interessenten für einen Vermögenswert von rund 2,5 Mrd. DEM von vornherein eng limitiert ist. Dagegen sprach jedoch, dass sich das Sondervermögen als revolvingierender Fonds aus den Rückflüssen der ausgereichten Darlehen refinanziert und insofern eine Einheit darstellt. Die periodische
- Wertermittlung von auf einzelne Institute entfallenden Tranchen hätte Deutschland zufolge einen beträchtlichen Aufwand verursacht. Das Land hätte zudem bei Schwerpunktverlagerungen innerhalb der verschiedenen Förderzwecke an Flexibilität eingebüßt.
- (21) Das Land hat sich daher dafür entschieden, das Wohnungsvermögen ungeteilt zu erhalten, die Rückflüsse weiterhin zu Förderzwecken im Bereich des Wohnungsbaus und der Wirtschaftsförderung zu verwenden, die Verwaltung des Vermögens so effektiv und kostengünstig wie möglich zu organisieren und durch sonstige Nutzbarmachung des Forderungsbestandes zusätzliche Einnahmen zu generieren.
- (22) Im Rahmen dieser ordnungspolitischen Gestaltungsvorgaben hat sich die Helaba bereit erklärt, den gesamten Forderungsbestand mit einem Gesamtvolumen von DEM 2,473 Mrd. (1,264 Mrd. EUR) als Einlage aufzunehmen und zu verwalten. Für eine Übertragung auf die Helaba sprach auch, dass diese bereits seit 1953 als rechtlich unselbstständigen Geschäftsbereich die Landestreuhandstellen (LTH) verwaltete und Förderprogramme treuhänderisch abwickelte. Die Helaba ist nach dem Staatsvertrag und ihrer Satzung gehalten, bei ihrer Geschäftspolitik allgemeinerwirtschaftliche Grundsätze zu beachten. Diese drei Faktoren haben dem Land die Überzeugung vermittelt, dass die Helaba am besten als Bankpartnerin des Landes für die Verwirklichung der Zielsetzungen des Sondervermögensgesetzes geeignet ist.
- (23) Gemäß [...] nach § 10 Absatz 4 KWG vom 30. Dezember 1998 übertrug das Land das Sondervermögen in Form einer Innengesellschaft als „Stille Vermögenseinlage“ auf die Bank. Dies bedeutet, dass das Land mit der Helaba eine stille Gesellschaft gemäß § § 230 ff. des Handelsgesetzbuches begründet hat, also eine Personengesellschaft, bei der sich der stille Gesellschafter am Handelsgewerbe eines anderen kapitalmäßig in der Weise beteiligt, dass die Einlage in das Vermögen des tätigen Gesellschafter übergeht.
- (24) Gemäß [...] ist die Einlage zu dem Zweck erbracht worden, „bei der Bank permanent als haftendes Eigenkapital, und zwar in der Form des Kernkapitals, im Sinne des § 10 Absätze 2 und 2a Satz 1 sowie Absatz 4 KWG, ferner unter Berücksichtigung der vom Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (Bank für Internationalen Zahlungsausgleich) am 27. Oktober 1998 formulierten Anforderungen zu dienen“.
- (25) Für die Zurechnung einer Stillen Einlage zum haftenden Eigenkapital von Kreditinstituten nach § 10 Absatz 4 KWG ist insbesondere erforderlich, dass diese bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt und im Falle des Konkurses oder der Liquidation des Instituts erst nach Befriedigung aller Gläubiger zurückzuzahlen ist. Mit der vereinbarten

(*) Vertrauliche Information, auch im Folgenden durch [...] gekennzeichnet.

Unkündbarkeit der Stillen Einlage durch das Land Hessen fällt diese nach Angaben Deutschlands nicht in die vom Basler Ausschuss festgelegte 15 %-Grenze für innovative Finanzinstrumente, sondern ist vollumfänglich vom BAKred als haftendes Eigenkapital der Klasse 1 (Kernkapital) anerkannt.

- (26) Die Alternative, das Wohnungsbauvermögen nicht als Stille Einlage, sondern als Stammkapital einzubringen, hat das Land nach Angaben Deutschlands nicht verfolgt, weil es sich zum damaligen Zeitpunkt nicht als unmittelbarer Anteilseigner und Gewährträger engagieren wollte und dies auch vom damals alleinigen Anteilseigner, dem Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, nicht gewünscht wurde.
- (27) Die im Jahre 1998 erfolgte Vermögensübertragung auf die Helaba durch das Land Hessen steht mit den früheren Übertragungen von Fördervermögen auf Landesbanken in Deutschland, die ebenfalls Gegenstand der Beschwerde des BdB sowie von Prüfverfahren durch die Kommission sind, zeitlich nicht in Zusammenhang. Allerdings dienten diese Deutschland zufolge dem Land Hessen in gewissem Maße als Vorbild, auch wenn bei der Vermögensübertragung auf die Helaba die inzwischen weiter fortgeschrittene Entwicklung des Kapitalmarkts und des bankaufsichtlichen Regelwerks in Richtung einer verstärkten Verwendung und Anerkennung hybrider bzw. innovativer Eigenkapitalinstrumente, die in der ersten Hälfte der 90er Jahre in Deutschland noch nicht in dieser Form oder diesem Ausmaß zur Verfügung standen bzw. aufsichtsrechtlich berücksichtigungsfähig waren, Berücksichtigung fand.

3. KAPITALANFORDERUNGEN NACH DER EIGENMITTELRICHTLINIE UND DER SOLVABILITÄTSRICHTLINIE

- (28) Nach der Richtlinie 89/647/EWG des Rates ⁽⁶⁾ (im Folgenden „Solvabilitätsrichtlinie“) und der Richtlinie 89/299/EWG des Rates ⁽⁷⁾ (im Folgenden „Eigenmittelrichtlinie“), gemäß denen das Kreditwesengesetz („KWG“) novelliert wurde, haben die Banken über haftendes Kapital in Höhe von 8 % ihrer risikogewichteten Aktiva zu verfügen.

Mindestens 4 Prozentpunkte hiervon müssen sogenanntes Kernkapital („Klasse-1“-Kapital) darstellen, welches Kapitalbestandteile umfasst, die dem Kreditinstitut unbeschränkt und unmittelbar zur Verfügung stehen, um Risiken oder Verluste zu decken, sobald sich diese ergeben. Das Kernkapital ist für die Gesamtausstattung einer Bank mit Eigenmitteln im aufsichtsrechtlichen Sinne von entscheidender Bedeutung, weil Ergänzungskapital („Klasse-2“-Kapital) nur in Höhe des vorhandenen Kernkapitals zur Unterlegung risikotragender Geschäfte einer Bank anerkannt wird.

4. AUSWIRKUNGEN DER EINBRINGUNG AUF DIE EIGENKAPITALAUSSTATTUNG DER HELABA

- (29) Der Umfang der Geschäfte eines Kreditinstituts ist stark von der Eigenkapitalbasis abhängig. Diese erhöhte sich durch die Übertragung des Sondervermögens auf die Helaba in nicht zu vernachlässigendem Ausmaß.
- (30) Vom gutachterlich festgestellten, in die Bilanz der Helaba eingestellten und aufsichtsrechtlich als Kernkapital anerkannten Wert der Stillen Einlage von DEM 2,473 Mrd. (1,264 Mrd. EUR) steht der Helaba daraus ein potenziell zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts verwendbarer, jährlich schwankender Betrag von rund 2,3 Mrd. DEM (etwa 1,2 Mrd. EUR) zur Verfügung. Der Rest der Einlage ist nach Angaben Deutschlands durch die Eigenkapitalunterlegung der Forderungen des Sondervermögens selbst gebunden. Allerdings vereinbarten das Land Hessen und die Helaba in dem genannten Vertrag eine Stufenregelung, wonach die Helaba in den Jahren 1999 bis 2002 nur einen jährlich ansteigenden Teilbetrag des belegbaren Kernkapitals tatsächlich mit Wettbewerbsgeschäft belegen und entsprechend nur dieses vergüten sollte. Erst ab dem Jahr 2003 sollte danach der vom BaFin anerkannte Betrag, soweit nicht durch das Fördergeschäft gebunden, voll zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts eingesetzt werden können. Die genauen, der Helaba als Kernkapital zur Verfügung stehenden und durch Wettbewerbsgeschäft zu belegenden bzw. tatsächlich belegten Beträge ergeben sich aus der nachfolgenden Tabelle:

⁽⁶⁾ ABl. L 386 vom 30.12.1989, aufgehoben und ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG, Abl. Nr. L 126 vom 26.5.2000.

⁽⁷⁾ ABl. L 124 vom 5.5.1989, aufgehoben und ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG.

Schaubild

Umfang, aufsichtsrechtliche Anerkennung und jeweilige Belegung bzw. Belegbarkeit der Stillen Einlage (in Mio. EUR; Jahresendwerte = Jahresdurchschnittswerte) ⁽⁸⁾

	1999	2000	2001	2002	2003
Nennwert in der Bilanz	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
Aufsichtsrechtlich zur Unterlegung von Risiko-Aktiva anerkanntes Kernkapital	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
Durch Fördergeschäft belegtes Kernkapital	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Durch Wettbewerbsgeschäft belegbares, aber nach dem sog. Stufenmodell vereinbarungsgemäß nicht zu belegendes Kernkapital	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Nach dem sog. Stufenmodell durch Wettbewerbsgeschäfts zu belegendes bzw. tatsächlich belegtes Kernkapital	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (31) Bis zur abschließenden Abstimmung mit der BAFin über das Ergebnis der gutachterlichen Bewertung des Fördervermögens zum 31. Dezember 2003 standen der Helaba als (durch Wettbewerbsgeschäft nutzbarer) Referenzbetrag nach wie vor [...] Mio. EUR zur Verfügung.
- (32) Im Zuge der Kapitalübertragung erhöhte sich gemäß den Angaben Deutschlands die an das BAKred, die heutige BAFin, gemeldete Kernkapitalquote nach der Baseler Eigenkapital-Übereinkunft von 5,4 % (31. Dezember 1997) auf 9,3 % (31. Dezember 1998) und die Eigenmittelquote von 9,6 % (31. Dezember 97) auf 13,1 % (31. Dezember 1998). Die gemeldeten Kernkapital- bzw. Eigenmittelquoten erhöhten sich damit um rund 72 % bzw. 36 %.
- (33) Durch Zufuhr der Mittel erhöhte sich die Möglichkeit der Geschäftsausdehnung mit zu 100 % zu gewichtenden Risiko-Aktiva bei Annahme eines Multiplikationsfaktors von 12,5, der einer Eigenmittelquote von 8 % entspricht, um ca. 28 Mrd. DEM (14 Mrd. EUR). In Wirklichkeit kann durch eine Erhöhung der Eigenmittel um 2,3 Mrd. DEM das zulässige Kreditvolumen aber weitaus stärker ausgeweitet werden, da die Aktiva einer Bank normalerweise nicht mit durchschnittlich 100 % Risiko behaftet sind.
- (34) Da die Erhöhung des Kernkapitals der Helaba die Möglichkeit verschaffte, weiteres Ergänzungskapital aufzunehmen, vergrößerte sich ihre tatsächliche Kreditvergabekapazität indirekt noch stärker.

⁽⁸⁾ Stellungnahme Deutschlands vom 23. Juni 2004, S. 2-7.

- (35) Tabellarisch zusammengefasst stellt sich die absolute und relative Entwicklung des Kernkapitals der Helaba, einschließlich der Stillen Vermögenseinlage des Landes Hessen sowie weiterer Stiller Vermögenseinlagen seit 1997 wie in der soeben aufgeführten Abbildung dar, wobei nach der Situation gemäß aufsichtsrechtlicher Anerkennung und gemäß dem vertraglich vereinbarten Stufenmodell differenziert wird.

Abbildung: Jeweils Werte zum Jahresende		1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
		Mio. €						
Gemäß Aufsichts-recht	Stille Vermögens- ein- lage Land Hessen	—	1 023	1 264	1 264	1 264	1 264	1 264
	weitere Stille Vermö- genseinlagen	153	153	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Kernkapital	1 449	2 579	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Anteil Stille Einlage Land Hessen in %	—	40 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Anteil weitere Stille Einlagen in %	11 %	6 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gemäß vertrag- lichem Stufenplan	Stille Vermögens- ein- lage Land Hessen	—	—	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	weitere Stille Vermö- genseinlagen	153	153	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Kernkapital	1 449	1 556	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Anteil Stille Einlage Land Hessen in %	—	—	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Anteil weitere Stille Einlagen in %	11 %	10 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

5. VERGÜTUNG FÜR DIE ÜBERTRAGENEN EIGENMITTEL

- (36) Für die Stille Einlage bezahlt die Helaba an das Land nach Angaben Deutschlands eine Vergütung (sog. Haftungsprovision) von 1,4 % p.a., die sich zusammensetzt aus einer Vergütung für die Haftungsfunktion von 1,2 % p.a. und einem Aufschlag von 0,2 % für die Permanenz der Einlage und das einseitige Kündigungsrecht der Bank, zuzüglich der damit verbundenen Gewerbesteuer auf den durch die Bank nutzbaren Teil des Sondervermögens, insgesamt also 1,66 %. Dabei ist nach dem sog. Stufenmodell vereinbart, dass die Vergütung in den ersten vier Jahren (1998 bis 2002) nicht auf den vollen Vermögenswert, sondern auf die vereinbarten, in jährlichen Schritten ansteigenden Tranchen (Referenzbeträge), die nach den Vereinbarungen des Einbringungsvertrages zur Belegung des Wettbewerbsgeschäfts eingesetzt werden sollten, entrichtet wird. Nach Angaben

Deutschlands besteht die Zahlungspflicht auf Basis des Stufenmodells unabhängig davon, ob die Stille Einlage zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts oder von Geschäft im Rahmen des öffentlichen Auftrags benutzt wird oder ob das zugeführte Kapital überhaupt für Solvabilitätszwecke eingesetzt wird.

6. GRÜNDE FÜR DIE ERÖFFNUNG DES VERFAHRENS

- (37) In ihrer Eröffnungsentscheidung vom 13. November 2002 kam die Kommission zu der vorläufigen Einschätzung, dass es sich bei der Einbringung der Wohnungsbauförderdarlehen des Landes Hessen in die Helaba wahrscheinlich um eine neue staatliche Beihilfe im Sinne Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag handele, die mangels Vorliegens der in

Artikel 87 Absatz 2 und 3 EG-Vertrag sowie in Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag genannten Ausnahmebestimmungen nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erschien.

- (38) Ausgangspunkt ihrer Prüfung war der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalsgebers. Danach liegt eine Begünstigung durch die Zufuhr staatlicher Mittel vor, wenn einem Unternehmen staatliche Mittel zu Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.
- (39) Angesichts des langfristigen risikofreien Satzes (Bundesanleihen mit 10 Jahren Laufzeit) von ca. 4 % Ende 1998 erschien es der Kommission zweifelhaft, ob die vereinbarte Vergütung als angemessen angesehen werden konnte, insbesondere unter Berücksichtigung eines sachgerechten Risikoaufschlages. Auf der anderen Seite räumte die Kommission ein, dass bei der Festlegung der marktüblichen Vergütung die mangelnde Liquidität des vorliegend zugeführten Kapitals nicht unberücksichtigt bleiben dürfe. Die als Stille Einlage eingebrachten Förderdarlehen müssten in gleicher Weise wie vor der Einbringung für öffentliche Förderzwecke eingesetzt werden. Damit könne die Helaba die übertragenen Mittel nicht unmittelbar für ihr Geschäft nutzen. Allerdings würde durch die Verbreiterung der Eigenkapitalbasis die Kreditvergabekapazität der Helaba verbreitert (Geschäftsausweitungsfunktion des Eigenkapitals). Die Bank könne den vollen möglichen Umfang der Erhöhung des Geschäftsvolumens aber nur dann erzielen, wenn sie das zusätzliche Kreditvolumen in vollem Umfang auf dem Kapitalmarkt refinanzieren. Nach Auffassung der Kommission könne das Land daher nicht genau die gleiche Rendite erwarten wie ein Geber von liquidem Kapital und sei daher ein entsprechender Abschlag sachgerecht. Ob dies aber den Abzug der gesamten Bruttorefinanzierungskosten von der marktüblichen Vergütung für eine liquide Stille Einlage rechtfertigen könne, sei angesichts der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Refinanzierungskosten zweifelhaft.
- (40) Die Kommission bezweifelte, dass die für die Stille Einlage vereinbarte Grund-Vergütung von 1,2 % p.a. innerhalb des Marktkorridors für vergleichbare Transaktionen liege, insbesondere weil das absolute Volumen über dem sonst am Markt Üblichen zu liegen schien. Sie bezweifelte ferner, ob der Zuschlag von 0,2 % p.a. für die Dauerhaftigkeit der Einlage marktüblich sei, sowie die von der Helaba gegenüber der Situation bei Hereinnahme einer Stillen Einlage von gewerblichen Investoren hier zusätzlich zu zahlende Gewerbesteuer von 0,26 % p.a. als weiterer Bestandteil der Vergütung bzw. als relevant für den Marktvergleich angesehen werden könne.
- (41) Darüber hinaus bezweifelte die Kommission, ob sich ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber in einer vergleichbaren Situation darauf eingelassen hätte, die Vergütung in den ersten Jahren auf Teilbeträge zu beschränken. Zu prüfen sei in diesem Zusammenhang im Übrigen, ob sich für die Helaba aus dem nicht vergüteten Teil der Stillen Einlage weitere zu vergütende Vorteile ergäben, insbesondere eine Verbesserung der Bonität, da die Stille Einlage von Anfang an in voller Höhe in der Bilanz verbucht wurde und daher für Haftungszwecke zur Verfügung stand.

III. STELLUNGNAHME DEUTSCHLANDS

- (42) Deutschland führte aus, dass das Land Hessen in den Jahren 1997/98 nach Möglichkeiten gesucht habe, aus seinem Wohnungsbauvermögen unter Erhaltung seiner Zweckbindung zusätzliche Einnahmen durch dessen Einbringung in ein Kreditinstitut zu erzielen. Das Vermögen sollte dabei ungeteilt erhalten bleiben. Hierzu sei nur die Helaba bereit gewesen. Die Anteilseigner der Helaba hätten einer Stammkapitalinvestition des Landes nicht zugestimmt. Somit sei unter den Kernkapitalinstrumenten nur eine Stille Einlage in Betracht gekommen.
- (43) Auf die Helaba habe laut Deutschland nichts von dem zugetroffen, was die Kommission hinsichtlich der anderen Landesbanken ausgeführt habe, insbesondere sei sie profitabel und nicht verhältnismäßig schwach mit haftendem Kapital ausgestattet und weder zur Beibehaltung ihres bestehenden Geschäftsvolumens noch zur Unterlegung ihres Wachstums auf eine Übertragung von Fördervermögen angewiesen gewesen. Die Helaba habe ihren Kapitalbedarf sowohl bei ihrem Anteilseigner, dem Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, wie auch auf dem Kapitalmarkt decken können.
- (44) Nachdem der Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht am 21. Oktober 1998 in der so genannten „Erklärung von Sydney“ für international tätige Kreditinstitute neue Leitlinien für die aufsichtsrechtliche Anerkennung von Kernkapitalinstrumenten formuliert hatte, hätten Land und Bank eine unbefristete gegenüber einer befristeten Mittelaufnahme befürwortet, um den neuen Bestimmungen im Hinblick auf eine über die 15 %-Grenze hinaus gehenden Anerkennung als Kernkapital zu genügen. Allerdings hätte das Land einen Vergütungsaufschlag von 0,20 % p.a. für die Permanenz der Einlage und das einseitige Kündigungsrecht der Bank verlangt.
- (45) Laut Deutschland habe sich im Umfeld der erwähnten Erklärung von Sydney des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht ein fungibler Markt für Stille Einlagen entwickelt, der sich auf der Anlegerseite durch eine breite Diversifizierung auszeichne und bei dem die Palette der Investoren von Privatanlegern bis zu institutionellen Großanlegern reiche.
- (46) Eine Stille Beteiligung unterscheide sich dabei grundlegend von einer Beteiligung am Stamm- oder Grundkapital. Der stille Gesellschafter sei an dem Unternehmen nicht beteiligt und habe nur rudimentäre Kontrollrechte. Während gezeichnetes Kapital durch Dividenden nach Steuern zu vergüten sei, sei die Vergütung für eine Stille Einlage eine steuerlich abziehbare Betriebsausgabe. Nach deutschem Bankaufsichtsrecht seien Stille Einlagen schon vor 1998 als Kernkapital ohne betragsmäßige Begrenzung anerkannt gewesen, und auch nach internationalem Bankaufsichtsrecht seien permanente Stille Einlagen seit der „Erklärung von Sydney“ im Oktober 1998 als Kernkapital anerkannt worden. In den Jahren 1998/99 hätten Kreditinstitute von Stillen Einlagen in zunehmendem Umfang Gebrauch gemacht. Die Größenordnungen hätten bei bis zu 1 Mrd. USD bzw. 1,2 Mrd. DEM (ca. 0,6 Mrd. EUR) gelegen. Während sie Anfang der neunziger Jahre noch

nicht sehr verbreitet gewesen seien, seien Stille Einlagen 1998/99 keinesfalls mehr ein marginales Finanzierungsinstrument gewesen.

(47) Bei der rechtlichen Ausgestaltung und der Vereinbarung der Vergütung habe sich das Land an vergleichbare Transaktionen privater Kreditinstitute angelehnt. So hätten nach Angaben Deutschlands 1998 beispielsweise die SGZ-Bank ein Haftungsentgelt von 1,2 % p.a. und die HypoVereinsbank Luxemburg ein solches von 1,6 % p.a. sowie 1999 die Dresdner Capital LLC ein solches von 1,65 %, die HypoVereinsbank Luxemburg ein solches von 1,25 % p.a. und für ein sog. Perpetual die Deutsche Bank ein solches von 1,15 % p.a. über dem jeweiligen Referenzzinssatz vereinbart. Die Vergütungsaufschläge für die von privaten Instituten aufgenommenen Mittel lägen grundsätzlich in einem Korridor zwischen 0,80 % über 12-Monats-Libor⁽⁹⁾ und 2,15 % über US-Staatsanleihen⁽¹⁰⁾. Darüber hinaus hätten die Sparkassen in Hessen und Thüringen der Helaba mit Wirkung vom 5. Dezember 1997 eine Stille Einlage gewährt, wobei deren Vergütung bei 1,2 % p.a. über dem Referenzzinssatz liege.

(48) Deutschland führt ferner aus, dass sich bei variabler Verzinsung die Referenzzinssätze auf Geldmarktinstrumente (Libor und Euribor), bei fester Verzinsung auf Rentenmarktinstrumente (festverzinsliche Staatsanleihen wie US-Treasuries und deutsche Bundesanleihen) oder die Zinssätze am Swapmarkt bezögen. Am Euro-Geldmarkt vollzögen sich die Ausleihungen im Interbankenmarkt üblicherweise ohne weitere Aufschläge auf der Basis Libor bzw. Euribor. Sofern für Stille Einlagen diese Referenzzinssätze gewählt würden, seien die Aufschläge identisch mit der Haftungsvergütung für Stille Einlagen. Am Rentenmarkt würden üblicherweise die Renditen von Staatsanleihen als Referenzzinssätze und seit Ende der 1990er Jahre zunehmend der Referenzzinssatz „Mid-Swaps“ (= Mittelsatz von Geld- und Briefspanne am Swapmarkt) verwendet. Selbst für erstrangige Bankschuldverschreibungen hätten Banken gegenüber laufzeitgleichen Staatsanleihen aus Bonitäts- und/oder Liquiditätsgründen einen unterschiedlichen, je nach aktueller Marktverfassung schwankenden Aufschlag zu zahlen. Dieser Aufschlag werde als Refinanzierungsaufschlag bezeichnet. Zur Beurteilung der festverzinslichen Stillen Vermögenseinlagen von Kreditinstituten seien deshalb von den Vergütungsaufschlägen diese Refinanzierungsaufschläge abzuziehen.

(49) Diese Refinanzierungsaufschläge für Euro-Banken (Senior Bonds, JP Morgan-Index) gegenüber Bundesanleihen hätten sich nach Angaben Deutschlands im Zweijahreszeitraum 1998 und 1999 im Bereich von knapp 20 bis gut 40 Basispunkten bewegt. Gegen Ende des Jahres 1998 hätten diese knapp 40 Basispunkte betragen⁽¹¹⁾. Sofern der Swapsatz („Mid-Swaps“) als Referenzgröße gewählt werde,

entspreche der Zinsaufschlag einer Stillen Einlage hingegen weitgehend der spezifischen Haftungsvergütung der Stillen Einlage, da der Zinsaufschlag von Swapsatz zu Bundesanleihen marktmäßig annähernd dem Zinsaufschlag von „gedeckten“ Bankschuldverschreibungen gegenüber Bundesanleihen entspreche und sich daher auch in Zinsaufschlägen gegenüber Euribor transformieren lasse.

(50) Die Verhandlungen über die Einlage und Vergütung seien zwischen Land und Bank als zwei voneinander unabhängigen Partnern geführt worden. Sie hätten sich mit der schließlich vereinbarten Vergütung von 1,4 % p.a. (1,2 % plus Aufschlag von 0,2 % für die Permanenz der Einlage und das einseitige Kündigungsrecht der Bank) an dem genannten Korridor mit einer ganzen Reihe von Daten aus dem Markt, wie er sich damals darstellte, orientiert.

(51) Hinsichtlich des Aufschlags für die Permanenz der Einlage führt Deutschland im Einzelnen aus, dass bei den Vergleichstransaktionen Laufzeiten von 10 oder 12 Jahren wie auch 32 Jahren und mit unbefristeter Dauer vorkämen. Der Aufschlag von 0,2 % p.a. für die Permanenz der Einlage sei marktüblich im Hinblick auf das Bonitätsrating der Helaba von AAA/Aaa zum maßgeblichen Zeitpunkt, welches keines der Vergleichsinstitute erreichte. Die zum Vergleich herangezogenen Transaktionen am Kapitalmarkt ließen im übrigen keine Abhängigkeit der Höhe der Vergütung von dem Betrag der jeweils aufgenommenen Mittel erkennen, und zwar weder aus der Sicht der Institute (Gesamtbetrag der jeweiligen Emission) noch aus der Sicht der Anleger (Betrag der jeweils gezeichneten Tranche).

(52) Auf die Vergütung von 1,4 % habe die Helaba zusätzlich Gewerbesteuer, der das Land Hessen nicht unterliege, zu entrichten, so dass sich eine Gesamtbelastung von 1,66 % (vor Steuern) ergebe. Laut Deutschland ist beim Vergleich der Vergütungen somit der Gewerbesteuererfolg von — bezogen auf die Stille Einlage der Helaba — 0,26 % p.a. zu berücksichtigen. In Deutschland tätige gewerbliche Investoren zahlen auf Gewinnanteile aus Stillen Beteiligungen Gewerbesteuer. Das Land Hessen unterliege jedoch nicht der Gewerbesteuer. Stattdessen müsse die Helaba die auf die Vergütung der Stillen Einlage entfallende Gewerbesteuer zahlen. Ein marktwirtschaftlich handelnder institutioneller Anleger hätte daher eine höhere Vergütung verlangt als das Land, um seine Belastung mit der Gewerbesteuer auszugleichen. Umgekehrt wäre die Helaba ohne weiteres zur Zahlung des Vergütungsaufschlags an einen solchen Investor bereit gewesen, da es für sie keinen Unterschied mache, ob sie den Aufschlag als Vergütung an den Investor oder als Gewerbesteuer an das Finanzamt zahle. Einschließlich des Gewerbesteuererfolgs von 0,26 % p.a. betrage die Belastung der Helaba aus der Vergütungspflicht von 1,40 %

⁽⁹⁾ Siehe Stellungnahme Deutschlands vom 9. April 2003, S. 25: variabel verzinsliche Tranche der von der Deutschen Bank im Januar 1998 aufgenommenen stillen Einlage über 700 Mio. USD mit einer Laufzeit von 10 Jahren.

⁽¹⁰⁾ Siehe Stellungnahme Deutschlands vom 9. April 2003, S. 25: Tranche der von der Dresdner Bank im Mai 1999 aufgenommenen stillen Einlage über 1 000 Mio. USD mit einer Laufzeit von 32 Jahren.

⁽¹¹⁾ Siehe Graphik in Anlage 15 der Stellungnahme Deutschlands vom 9. April 2003.

p.a. für die Stille Einlage insgesamt 1,66 % p.a., die eindeutig im Marktkorridor liege und das Ergebnis der Verhandlungen zwischen der Helaba und dem Land Hessen darstellt.

- (53) Für die Helaba ist nach Angaben Deutschlands die gezahlte Vergütung als Betriebsausgabe steuerlich abzugsfähig. Stille Einlagen stellten nur in der bankaufsichtlichen Solvabilitätsrechnung Eigenkapital dar, während sie gesellschafts- und steuerrechtlich als Fremdkapital behandelt würden.
- (54) Ferner habe die Bank für ihr geplantes jährliches Wachstum lediglich [...] Mio. DEM Eigenkapital benötigt, während der Wert des Fördervermögens als haftendes Eigenkapital im bankaufsichtsrechtlichen Sinne über [...] Mrd. DEM betragen habe. Die Helaba hätte nach Angaben Deutschlands keine Stille Einlage im Volumen von etwa 2,5 Mrd. DEM in einem Schritt aufgenommen, da dieser Betrag ihren Eigenmittelbedarf mehrerer Jahre decke; vielmehr hätte sie den Kapitalmarkt wiederholt in Anspruch genommen. Trotz dieser die Helaba belastenden Effekte sei kein Abschlag auf den Vergütungssatz von 1,4 % vereinbart worden. Das Land und die Helaba hätten sich stattdessen als Übergangslösung auf eine stufenweise Inanspruchnahme und Vergütung der Stillen Einlage (sog. Stufenmodell) verständigt. Die Bank habe dabei eine Regelung angestrebt, bei der sie die Einlage nur im Einklang mit dem mit ihrem Eigentümer vereinbarten Wachstumszielen in Höhe ihrer tatsächlichen Belegung durch Risiko-Aktiva vergüten würde. Dies sei jedoch für das Land Hessen zu ungünstig und daher nicht akzeptabel gewesen. Nach Verhandlungen zum Ausgleich der gegenläufigen Interessen sei eine Regelung mit jährlich ansteigenden, zu vergütenden Tranchen (1999: [...] Mio. DEM, 2000: [...] Mrd. DEM, 2001: [...] Mrd. DEM, 2002: [...] Mrd. DEM, 2003: [...] Mrd. DEM bzw. Obergrenze nutzbares Kernkapital) vereinbart worden. Dieses sog. Stufenmodell habe für die ersten Jahre einen deutlich schnelleren Anstieg vorgesehen, als für das geplante Wachstum der Bank erforderlich gewesen sei. Der Vorstand habe daraufhin beim Verwaltungsrat die Genehmigung eines zusätzlichen Sonderkontingents von [...] Mio. DEM für die Belegung haftender Eigenmittel beantragt, aus dessen Erträgen die Vergütung der Differenz im Interesse einer ergebnisneutralen Bedienung der Einlage finanziert werden sollte. Dies zeigt nach Auffassung Deutschlands, dass die „Überdotierung“ der Bank nicht nur keinen zusätzlichen Vorteil verschafft habe, sondern ohne das Sonderkontingent vielmehr die Ertragslage der Bank belastet hätte, weil der Vergütung für die nicht durch zusätzliches Geschäft belegten Teile der stufenweise ansteigenden Bemessungsgrundlage keinerlei Einnahmen gegenüber gestanden hätten.
- (55) Somit hätten sich jährlich ansteigende Zahlungsverpflichtungen bis zu einer Höhe von ca. 33 Mio. DEM ab 2003 ergeben. Zusätzlich zur Vergütung der Stillen Einlage habe die Bank die Refinanzierungskosten der Kreditvergabe zu tragen.
- (56) Deutschland machte ferner Ausführungen zum Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers. Aus der Rechtsprechung folge, dass die Marktüblichkeit von Leistung und Gegenleistung aus der Sicht des Investors zu beurteilen sei. Es stoße daher auf Bedenken, wenn die Kommission, wie im Eröffnungsbeschluss ausgeführt, vornehmlich aus der Sichtweise des Empfängers prüfen wolle, ob die Helaba eine wirtschaftliche Vergünstigung erhalten habe, die unter normalen Marktbedingungen nicht erhältlich gewesen sei.
- (57) So könne es nicht richtig sein, wenn die Kommission unabhängig davon, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine stufenweise ansteigende Bemessungsgrundlage für die Vergütung akzeptiert hätte, prüfen will, ob sich für die Helaba aus dem nicht vergüteten Teil der Stillen Einlage weitere Vorteile ergäben (Verbesserung der allgemeinen Bonität). Allein auf das von der Anlage begünstigte Unternehmen dürfe nach Randnummer 327 des WestLB-Urteils nicht abgestellt werden. Ein zusätzlicher Vorteil des Empfängers sei ohne Bedeutung, wenn ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber sich diesen Vorteil — aus welchen Gründen auch immer — nicht zusätzlich vergüten lassen würde. Kein Institut wäre zur sofortigen Vergütung des Gesamtvolumens bereit gewesen, wenn es nur langsam ansteigende Teilbeträge zur Geschäftsausweitung in Anspruch nehmen konnte und auch für die überschießenden Beträge keinerlei Verwendung hatte. Das Land Hessen wollte aber sein Wohnungsbausondervermögen trotz dessen Umfangs ungeteilt bei einem einzigen Kreditinstitut anlegen. Ein privater Investor hätte in einem solchen Falle nicht auf einer sofortigen Vergütung der gesamten Einlage bestanden, sondern nur dann, wenn er ein Kreditinstitut gefunden hätte, das entweder aufgrund einer explosionsartigen Ausweitung seiner Geschäftstätigkeit oder aber zum Ausgleich aufgetretener massiver Verluste auf eine Kapitalzufuhr in der fraglichen Höhe angewiesen gewesen wäre. Das sei aber nicht der Fall gewesen. Die Helaba habe aus jenen Teilen der Stillen Einlage, die sie in den ersten Jahren aufsichtsrechtlich gar nicht in Anspruch nehmen konnte und nach dem Willen ihrer Eigentümer auch nicht in Anspruch nehmen sollte, keinerlei Vorteil gehabt.
- (58) Aufgrund des mit dem Land Hessen vereinbarten Stufenmodells habe die Helaba für die Geschäftsausweitung nur Tranchen von ca. [...] Mio. DEM p.a. zuzüglich des erwähnten Sonderkontingents von ca. [...] Mio. DEM in Anspruch genommen. Wirtschaftlich habe das Stufenmodell der zeitlich gestaffelten Aufnahme mehrerer Stiller Einlagen entsprochen. Die von den privaten Instituten aufgenommenen Beträge seien daher allenfalls mit den Beträgen der einzelnen Tranchen zu vergleichen. Schon deshalb könne von einer marktüblichen Größenordnung gesprochen werden. Das Land habe für die Aufnahme des ungeteilten Sondervermögens, zu der überhaupt nur die Helaba bereit gewesen sei, nicht etwa einen Vergütungsaufschlag verlangen können, sondern habe als Ergebnis der Verhandlungen vielmehr akzeptieren müssen, dass nur stufenweise ansteigende Teilbeträge dieser Anlage vergütet wurden.

- (59) Die Einlage sei zu Recht nicht wegen ihrer zusätzlichen Haftungsfunktion durch eine Avalprovision vergütet worden, insoweit sie von der Bank aufsichtsrechtlich nicht bereits zur Geschäftsausweitung in Anspruch genommen worden sei. Denn es wäre wirtschaftlich nicht vernünftig, dass ein Kreditinstitut, das bei allen Rating-Agenturen bereits über die höchstmögliche Bonitätsstufe verfüge, für die Haftungsfunktion zusätzlich aufgenommener Mittel etwas bezahle. Die Bedingungen, zu denen das Institut Fremdkapital aufnehmen könne, hätten sich nicht weiter verbessert, so dass kein geldwerter Vorteil bestanden habe. Der Kapitalgeber, in dessen Interesse das gesamte Kapital ungeteilt in die Bank eingebracht worden sei, hätte daher eine Vergütung für die Haftungsfunktion nicht durchsetzen können.
- (60) Die im Eröffnungsbeschluss genannten Zweifel der Kommission im Hinblick auf die fehlende Liquidität des Kapitals beruhten zum Teil auf der Methodik der WestLB-Entscheidung, die aber aufgrund der großen Unterschiede im Sachverhalt auf den vorliegenden Fall nicht angewandt werden könne. Laut Deutschland seien in dem vorliegenden Fall die Brutto- und nicht nur die Nettofinanzierungskosten von der Vergütung sonst vergleichbarer, aber liquiden Stiller Einlagen abzuziehen. Denn auch bei privaten Kreditinstituten sei die Vergütung für die Liquiditätsfunktion der von ihnen aufgenommenen Stillen Einlagen steuerlich abzugsfähig. Wenn bei der Helaba von der fiktiven Vergütung für eine liquide Stille Einlage nur die Netto-Refinanzierungskosten abgezogen würden, müsse bei den privaten Kreditinstituten mit der von ihnen für liquide Stille Einlagen tatsächlich gezahlten Vergütung ebenso verfahren werden. Andernfalls würde der Vergleich verfälscht.

IV. STELLUNGNAHME VON BETEILIGTEN

1. STELLUNGNAHME DES BESCHWERDEFÜHRERS BDB

- (61) Nach Auffassung des BdB hat die Helaba keine angemessene Vergütung für das zugeführte Kernkapital gezahlt und damit eine staatliche Beihilfe erhalten.
- (62) In seiner Stellungnahme vom 29. Juli 2003 zu den am 13. November 2002 eröffneten Landesbanken-Verfahren führt der BdB aus, dass sich die Frage, welche Vergütung angemessen sei, anhand der Methodik bestimme, die die Kommission in ihrer WestLB Entscheidung zugrunde gelegt habe.
- (63) Somit sei in einem ersten Schritt ein Vergleich des zur Verfügung gestellten Kapitals mit anderen Eigenkapitalinstrumenten vorzunehmen. In einem zweiten Schritt sei die Mindestvergütung zu ermitteln, die ein Investor für die konkrete Eigenkapitalinvestition in die Landesbank erwarten würde. Zuletzt seien eventuelle Zu- und Abschläge wegen der Besonderheiten der Übertragung zu berechnen.

1.1. VERGLEICH MIT ANDEREN EIGENKAPITALINSTRUMENTEN

- (64) Nahezu alle Landesbanken hätten nach Angaben des BdB ab dem Jahr 1992 neues Kernkapital benötigt, um den strengeren Anforderungen aufgrund der neuen Solvabilitätsrichtlinie gerecht zu werden. Ohne die Kapitalerhöhungen hätten die Landesbanken ihr Geschäft reduzieren müssen. Daraus sei zu schließen, so der BdB, dass das zugeführte Kapital nur mit solchen Eigenkapitalinstrumenten verglichen werden dürfe, die in Deutschland im Jahr der Einbringung als Kernkapital („Klasse-1“-Kapital) anerkannt und verfügbar gewesen seien. Aus diesem Grund schieden bei einem Vergleich von vornherein Vorzugsaktien, die kein Stimmrecht haben, Genussrechte und sog. Perpetual Preferred Shares aus. Diese drei Eigenkapitalinstrumente seien in Deutschland kein anerkanntes Kernkapital, sondern nur Ergänzungskapital („Klasse-2“- Kapital).
- (65) Als Kernkapital anerkannt seien in den jeweiligen Einbringungszeiträumen in Deutschland lediglich Stammkapital und Stille Beteiligungen gewesen. Nach Auffassung des BdB stand der Helaba dabei richtigerweise für die konkrete Investition allein die Rechtsform des Grund- bzw. Stammkapitals zur Verfügung. Der BdB bestreitet dabei nicht die tatsächlich erfolgte Anerkennung durch die genannten Behörden. Er bringt vielmehr vor, dass eine solche Anerkennung nicht hätte erfolgen dürfen, da die konkret vereinbarte Stille Einlage des Landes Hessen wirtschaftlich und rechtlich nicht mit „normalen“ Stillen Einlagen vergleichbar sei, sondern vielmehr alleine mit Grund-/Stammkapital. Wenn nun eine solche Anerkennung tatsächlich erfolgt sei, müsse sich daher zumindest die Vergütung der Stillen Einlage des Landes Hessen an der von Grund-/Stammkapital orientieren, da ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber aufgrund von deren Stammkapitalähnlichkeit und konkreten Risikostruktur eine solche Vergütung gefordert hätte.
- (66) Der BdB analysiert dabei anhand eines Katalogs von Kriterien, weshalb seiner Auffassung nach die Stille Einlage des Landes Hessen wirtschaftlich und rechtlich mit Stammkapital und nicht mit am Markt beobachtbaren Stillen Einlagen zu vergleichen ist.
- (67) Der BdB stützt sich dabei maßgeblich darauf, dass „normale“ Stille Einlagen nur eine befristete Laufzeit hätten bzw. gekündigt werden könnten und gemäß den Grundsätzen des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht für über 15 % des Kernkapitals hinausgehende Volumina nicht einsetzbar seien, während die Stille Einlage des Landes Hessen wie Stammkapital eine unbefristete Laufzeit habe und die Überschreitung der 15 %-Grenze erlaube. Ferner dürfe aus einer Vereinbarung der Nachrangigkeit kein reduziertes Risiko des Investors abgeleitet werden, da das zugeführte Kapital einen bedeutenden Teil des gesamten Kernkapitals, teilweise von mehr als 50 %, ausmache. Damit

bestehe eine wesentlich höhere Wahrscheinlichkeit, dass das zugeführte Kapital im Verlustfalle herangezogen werde, wofür deshalb auch eine höhere Risikoprämie zu zahlen sei. Darüber hinaus macht der BdB geltend, dass Stille Einlagen bankaufsichtlich lediglich als sog. Lower-Tier-1 Kapital anzuerkennen sei und daher mit der „Erklärung von Sydney“ des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht von 1998 nur noch 15 % der erforderlichen Kernkapitalquote ausmachen dürfe. Somit seien Stille Beteiligungen für große Volumina, die über diese Grenze hinausgingen, nicht einsetzbar. Schließlich könnten die von Deutschland genannten *perpetuals* der Deutschen Bank nicht als Maßstab für eine angemessene Vergütung herangezogen werden, da sie alle der 15 %-Grenze unterlägen und damit für die Helaba Ende 1998 keine Alternativen gewesen wären.

(68) Hierzu komme noch, dass das Land seine Einlage der Helaba ohne eigene Kündigungsmöglichkeit, also unbefristet zur Verfügung stelle. Zwar könne auch ein Aktionär sein Aktienkapital nicht „kündigen“, er sei jedoch in seiner

Entscheidung frei, seine Aktien zu verkaufen und anderweitig zu investieren. Unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung im Einzelnen fehle es vorliegend schon deshalb an einer derartigen Übertragbarkeit, da in jedem Fall ein Markt für eine Kapitalanlage von diesem Umfang und mit unbeschränkter Laufzeit praktisch nicht existiere. Private Kapitalgeber hielten sich dagegen in aller Regel die Möglichkeit offen, ihr Kapital bei anhaltend schlechten Ergebnissen wieder abziehen, um es rentabler anlegen zu können. Eine permanente Bindung von Risikokapital würde ein privater Investor — wenn überhaupt — nur gegen eine entsprechend hohe Rendite eingehen.

(69) Die hier gewählte Form der Kapitalzuführung sei deshalb eine normale Stammkapitalinvestition, für die ein marktwirtschaftlich handelnder Investor eine entsprechende Rendite erwarten würde. Insbesondere reiche es nicht aus, die unbefristete Laufzeit lediglich über einen Aufschlag auf die durch einen solchen Vergleich ermittelte Grundrendite für eine (befristete) Stille Einlage zu berücksichtigen.

(70) Die folgenden beiden Tabellen zeigten die wesentlichen Unterschiede zwischen der „Stillen Einlage“ der Helaba und anderen, zum Investitionszeitpunkt zur Verfügung stehenden Eigenkapitalformen:

	„Stille Einlage“ Helaba	Stamm-kapital	Stille Betei- gung	Vorzugs-aktien	Genuss-rechte	Preferred Shares
Verfügbarkeit am deutschen Markt 1998	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
Bankaufsicht- liche Qualität	Kern-kapital	Kern-kapital	Kernkapital nur unter bestimmten Bedingungen und 15 %- Grenze	Ergän-zungs- kapital	Ergänzungs- kapital unter besonderen Bedin-gun- gen	Ergänzungs- kapital oder Kernkapital mit 15 %- Grenze

	Stammkapital	„Stille Einlage“ Helaba	Stille Beteiligung
Einsetzbarkeit für große Volu- mina	ja	Ja	Nein
Unbefristete Laufzeit	ja	Ja	Nein
Kapitalgeber hat kein Kündi- gungsrecht	ja	Ja	Ja
Teilnahme am laufenden Verlust	ja	Ja	Ja
Rückzahlung in Insolvenz nach Gläubigern	ja	Ja Keine interne „Nachran- gigkeit“ gegenüber Stammkapital	Ja Rückzahlung vor Stamm- kapital

	Stammkapital	„Stille Einlage“ Helaba	Stille Beteiligung
Gewinnanteilige Vergütung	ja	Ja	Ja
Keine Nachzahlung bei Ausfall der Vergütung	ja	Ja	Nein Kumulative Nachzahlung möglich

1.2. STEUERLICHE ABZUGSFÄHIGKEIT

(71) Der BdB bezweifelt die steuerliche Abzugsfähigkeit des Gewinnanteils des Landes Hessen als Betriebsausgabe. Es sei zu vermuten, dass das Land Hessen ein erhebliches unternehmerisches Risiko mit der Stillen Einlage übernehme. Dafür spräche neben dem hohen Kapitaleinsatz die Unkündbarkeit der Beteiligung. Dieses unternehmerische Risiko rechtfertige das Bestehen einer Mitunternehmerschaft (sog. atypische stille Gesellschaft), die steuerliche Qualifikation der Stillen Einlage als Eigenkapital der Mitunternehmerschaft und die Nichtabzugsfähigkeit des Gewinnanteils des stillen Gesellschafters als Betriebsausgabe bei der Helaba.

1.3. MINDESTVERGÜTUNG FÜR EINE STAMMKAPITALINVESTITION IN EINE LANDESBANK

(72) Der BdB führt aus, dass sämtliche Methoden zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung (Rendite) für zur Verfügung gestelltes Eigenkapital von einer risikolosen Rendite ausgingen und eine Risikoprämie addierten. Sie ließen sich auf das folgende Grundprinzip zurückführen:

Erwartete Rendite einer risikobehafteten Investition

= Risikolose Rendite + Risikoprämie der risikobehafteten Investition

(73) Zur Ermittlung der risikolosen Rendite zieht der BdB die Renditen für langfristige Staatsanleihen heran, da es sich bei festverzinslichen Wertpapieren staatlicher Emittenten um die Anlageform mit dem geringsten oder keinem Risiko handele⁽¹²⁾.

(74) Zur Ableitung der Risikoprämie ermittelt der BdB zunächst die sog. Marktrisikoprämie, also die Differenz zwischen der langfristigen Durchschnittsrendite auf Aktien und der auf Staatsanleihen. Für den deutschen Aktienmarkt geht der BdB auf der Grundlage einer Studie von Stehle-Hartmond

⁽¹²⁾ Um Inflationseffekte zu beseitigen, sei dabei für jeden Einbringungszeitraum der Renditesatz für eine langfristige Staatsanleihe zunächst ohne Berücksichtigung der Inflationserwartung zu bestimmen. Zur Schätzung des langfristigen risikolosen Basiszinssatzes sei dann zum „realen Basiszinssatz“ am Betrachtungszeitpunkt die Schätzung der langfristigen durchschnittlichen Inflationserwartung in Höhe von 3,60 % addiert.

(1991) von einer langfristigen Markt-Risikoprämie von einheitlich 4,6 % aus.

(75) In einem zweiten Schritt bestimmt der BdB den Betawert der Landesbanken, d. h. die individuelle Risikoprämie der Banken, mit der die allgemeine Markt-Risiko-Prämie anzupassen sei. Die Betawerte ermittelt der BdB dabei nach eigenen Angaben statistisch, was bedeute, dass die Betawerte auf der Grundlage einer historischen Datenstichprobe geschätzt werden. Der BdB gelangt zu dem Ergebnis, dass sämtliche Betawerte für sämtliche Landesbanken und betrachteten Zeiträume größer als eins sind⁽¹³⁾.

(76) Die zu erwartende Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in die Helaba zum Zeitpunkt der Einbringung des Fördervermögens zum 31. Dezember 1998 beträgt nach den Berechnungen des BdB 11,66 % p.a.

1.4. ZU- UND ABSCHLÄGE WEGEN DER BESONDERHEITEN DER TRANSAKTIONEN

(77) Der BdB führt aus, dass der von der Kommission in der WestLB Entscheidung von der Mindestvergütung von 12 % abgezogene Satz von 4,2 % wegen der fehlenden Liquidität des Wfa-Vermögens vom Gericht erster Instanz bestätigt worden sei. Es bestehe somit kein Anlass, in den vorliegenden Fällen von dieser Methode abzuweichen; auch hier sei ein Liquiditätsabschlag vorzunehmen. Die Höhe des Abzugs für die fehlende Liquidität bestimme sich entsprechend der WestLB Methodik nach den Nettofinanzierungskosten (Bruttofinanzierungskosten abzüglich der anwendbaren Unternehmensteuer).

(78) Der Liquiditätsabzug errechne sich für die Helaba auf der Basis eines Bruttofinanzierungssatzes von 6,57 % p.a. (entsprechend dem langfristigen risikolosen Basiszinssatz zum Einbringungszeitpunkt 1998), auf den der jeweils geltende Gesamtsteuersatz anzuwenden sei, um den Nettofinanzierungssatz zu erhalten.

⁽¹³⁾ Der BdB fügt zum Vergleich auch die theoretischen Betawerte nach dem Capital Asset Pricing Model (CAPM) auf, die sich, wie er feststellt, kaum von den empirisch bestimmten unterscheiden.

(79) Nach Auffassung des BdB wirkten sich drei Aspekte bei den Übertragungsvorgängen gegenüber einer „normalen Stammkapitalinvestition“ als risikoerhöhend aus: das zum Teil außerordentlich hohe Volumen der Vermögensübertragung, die unterbliebene Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile und der damit verbundene Verzicht auf zusätzliche Stimmrechte sowie die fehlende Fungibilität der Anlage, d. h. die fehlende Möglichkeit, das investierte Kapital jederzeit auch wieder aus dem Unternehmen abzuziehen. Der BdB hält dabei entsprechend der WestLB Methodik einen Aufschlag von mindestens 1,5 % p.a. für gerechtfertigt.

1.5. KAPITALBASIS UND VERGÜTUNGSBESTANDTEILE

(80) Zunächst hebt der BdB hervor, dass bei der Berechnung der angemessenen Vergütung im Fall der Helaba der gesamte Betrag, der als Kernkapital zur Unterlegung von Wettbewerbsgeschäft anerkannt wurde, zu Grunde zu legen sei und nicht lediglich der tatsächlich belegte bzw. zu belegende Teil. Er begründet dies damit, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Investor eine Begrenzung seiner Vergütung auf den tatsächlich belegten Teil nicht akzeptieren würde. Für den privaten Investor, der das Risiko des Verlusts seiner Einlage trage, sei es unerheblich, ob das Kreditinstitut das zugeführte Kapital tatsächlich zur Geschäftsausweitung nutze. Entscheidend sei für ihn vielmehr, dass er mit dem zugeführten Betrag selbst nicht mehr wirtschaften können und damit keine entsprechenden Renditen erzielen könne.

(81) Die Berechnung der Vergütung in den Jahren 1998 bis 2002 auf der Basis von in jährlichen Schritten ansteigenden Tranchen sei nicht als Abschlag wegen der unterbliebenen „Zerlegung“ des zugeführten Kapitals bzw. dadurch gerechtfertigt gewesen, dass die Zufuhr „en bloc“ bei der Helaba einen belastenden Effekt gehabt hätte. Auch wenn die Kapitalzufuhr möglicherweise nicht zur Erfüllung der Solvabilitätskriterien erforderlich gewesen sei, habe sie doch die Eigenkapitalbasis der Helaba erheblich vergrößert und eine starke Ausdehnung ihrer Wettbewerbstätigkeit ermöglicht. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber hätte sich daher von der Anerkennung als haftendes Eigenkapital an den gesamten Betrag uneingeschränkt vergüten lassen.

(82) Die von der Kommission in der WestLB-Entscheidung zugrunde gelegte Haftungsprovision von 0,3 % p.a., die sie durch einen Vergleich des Kapitalbetrags mit einer Bürgschaft ermittelt hat, sei für den Teil des eingebrachten Kernkapitals zu erheben, der nicht zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts genutzt werden könne.

(83) Als Vergütungsbestandteile könnten nur die sog. „Haftungsprovision“ sowie der „Permanenzzuschlag“ berücksichtigt werden. Die Gewerbesteuer, die zum überwiegenden Teil auch gar nicht an das Land, sondern an die Gemeinde abzuführen sei, sei kein Vergütungsbestandteil. Sie sei eine gesetzlich auferlegte Belastung, die unabhängig von den Intentionen der Parteien an einen steuerlichen Tatbestand anknüpfe.

(84) Schließlich werde die Rendite nicht an das Land Hessen gezahlt, sondern — nach Abzug der Kapitalertragsteuer — „als Nettobetrag dem Sondervermögen zugeführt“. Da die Helaba (alleinige) Eigentümerin des Sondervermögens sei, zahle sie im Ergebnis an sich selbst. Dies hätte ein privater Kapitalgeber als Ausgleich für seine Investition aber nicht akzeptiert.

2. BEMERKUNGEN DES LANDES NORDRHEIN-WESTFALEN UND DER WESTLB

(85) In einer am 30. Oktober 2003 durch Deutschland übermittelten Stellungnahme zum Eröffnungsbeschluss der Kommission vom 13. November 2002 bestreiten das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB, dass die Einbringungen von Vermögen in die Landesbanken mit Stammkapital verglichen werden könne. Vielmehr seien Stille Einlagen und sog. Perpetuals in Deutschland bereits seit 1991 als Kernkapital anerkannt gewesen. Zudem richte sich die Vergütung nicht nach der bankaufsichtsrechtlichen Einordnung, sondern nach dem Risikoprofil einer Investition. Da die Vermögen nachrangig hafteten, sei die Risikostruktur stärker mit Stillen Einlagen oder sog. Perpetuals als mit Stammkapitalinvestitionen vergleichbar.

(86) Hinsichtlich der Berechnung der Mindestvergütung bei einer Stammkapitalinvestition ist gegen die CAPM-Methode aus Sicht der WestLB methodisch nichts einzuwenden. Allerdings seien die vom BdB ermittelten Beta-Werte von deutlich größer als 1 nicht angemessen. Ein Betafaktor von größer als 1 besage, dass die Unternehmensaktie ein höheres Risiko als der Gesamtmarkt darstelle. Aufgrund der damals unstrittig bestehenden Anstaltslast und Gewährträgerhaftung habe das Investitionsrisiko in eine Landesbank jedoch deutlich unter dem Gesamtmarktrisiko gelegen.

(87) Daneben bedeute es im speziellen Fall der Landesbanken einen Fehler, auf die zu erwartende Rendite zum Zeitpunkt der Einbringung der Vermögen in die Landesbanken abzustellen. Dieser Ansatz im Rahmen des Privatinvestortests sei zwar grundsätzlich sinnvoll. Hier würde dies bedeuten, dass die 1991 zu erwartende Rendite zugrunde zu legen sei. Es widerspreche jedoch jeglicher ökonomischen Realität, dass ein Investor im Jahre 2003 die erwartete Rendite des Jahres 1991 erhalte, die weit über den tatsächlich erzielten Renditen liege. In der schematisch dauerhaften Anwendung eines Renditesatzes von ca. 12 % liege eine nicht begründbare Benachteiligung der Landesbanken gegenüber privaten Wettbewerbern.

(88) In Bezug auf den Abschlag wegen der fehlenden Liquidität der Vermögensübertragungen sind die WestLB und das Land Nordrhein-Westfalen der Ansicht, dass der Satz für risikolose Staatsanleihen vollständig von der Grundrendite in Abzug zu bringen ist. Durch die Vermögensübertragungen hätten die Landesbanken keine Liquidität erhalten. Es sei ökonomisch nicht haltbar, diesen Satz um die Steuerersparnis zu reduzieren, da das Pricing für Kapitalmarktinstrumente unabhängig von der steuerlichen Situation sei.

Ansonsten müssten sich je nach steuerlicher Situation unterschiedliche Preise für ein Kapitalmarktinstrument ergeben.

- (89) Schließlich sei Risiko- und damit Entgelt mindernd zu berücksichtigen, dass aufgrund der fehlenden Liquidität der Vermögen die Liquidität auch nicht im Risiko stehe. Dies müsse mit einem entsprechenden Abschlag berücksichtigt werden. Ebenso sei wegen des sog. Eigentümereffekts ein Abschlag vorzunehmen, denn ein Investor, der bereits an einem Unternehmen beteiligt sei, bewerte eine zusätzliche Investition anders als ein Neuinvestor.

V. REAKTION DEUTSCHLANDS AUF DIE STELLUNGNAHME DES BDB

- (90) Nach Auffassung Deutschlands gelingt es dem BdB weder die Stille Einlage in eine Stammkapitalinvestition umzudeuten noch Zweifel an der Angemessenheit der vereinbarten und an das Land Hessen gezahlten Vergütung zu wecken. Eine Beihilfe liege daher nicht vor.
- (91) Es sei nicht gerechtfertigt, zur Bemessung der Vergütung einen Umweg über die Vergütung einer fiktiven Stammkapitalinvestition zu machen. Das Land Hessen habe sein Wohnungsbaufördervermögen von vornherein als Stille Einlage in die Bank eingebracht. Dabei handele es sich um ein gesellschafts-, steuer- und bankaufsichtsrechtlich definiertes Finanzierungsinstrument, das sich grundlegend von einer Stammkapitalinvestition unterscheide, an der das Land nicht interessiert gewesen sei und die die Eigentümer der Bank überhaupt gewollt hätten.
- (92) Der BdB vernachlässige einerseits wichtige Unterscheidungsmerkmale zwischen Stammkapital und Stillen Einlagen und berufe sich andererseits auf Unterschiede zwischen „normalen“ Stillen Einlagen und der Stillen Einlage des Landes Hessen, die es nicht gebe.
- (93) Der BdB argumentiere im Wesentlichen, dass Stille Beteiligungen nur eine befristete Laufzeit hätten bzw. gekündigt werden könnten und daher nach den Grundsätzen des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht nur bis zu 15 % des gesamten Kernkapitals eines Kreditinstituts als Kernkapital anerkannt würden. Da die Stille Einlage des Landes Hessen der Helaba unbefristet zur Verfügung gestellt worden sei und nicht unter die 15 %-Grenze falle und daher keine „normale“ Stille Einlage, sondern funktional Stammkapital darstelle, sei für die Bemessung der Vergütung nicht auf andere Stille Einlagen oder sonstige innovative Kapitalinstrumente, sondern auf Stammkapitalinvestitionen abzustellen.
- (94) Dieses Kernargument des BdB gehe aus mehreren Gründen fehl. So sei die befristete Laufzeit oder Kündbarkeit weder gesellschaftsrechtlich noch bankaufsichtsrechtlich ein zwingendes und unverzichtbares Wesensmerkmal der Stillen Beteiligungen. Ebenso wenig sei umgekehrt Stammkapital notwendigerweise unbefristet und unkündbar. Nach dem deutschen Gesellschaftsrecht könnten vielmehr alle Gesellschaften unabhängig von ihrer Rechtsform auf Zeit gegründet oder die Kündbarkeit einer Einlage vereinbart werden, was der Anerkennung als Kernkapital nach deutschem Bankaufsichtsrecht nicht entgegenstehe.
- (95) Der BdB unterschlage ferner, dass die 15 %-Grenze einer Anerkennung als Kernkapital nach internationalem Bankaufsichtsrecht nach der „Erklärung von Sydney“ des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht und der daraus resultierenden Praxis der deutschen Aufsichtsbehörde nicht für permanente Kapitalinstrumente gelte, die lediglich auf Initiative des Emittenten (aber nicht vom Investor) gekündigt werden könnten. Im Übrigen gehe die Praxis der deutschen Bankenaufsicht mittlerweile davon aus, dass eine Einlage auch bei einer Laufzeit von mindestens 30 Jahren und einem ausdrücklichen Kündigungsausschluss für den Investor „permanent“ zur Verfügung gestellt werde und folglich nicht unter die 15 %-Grenze falle. Auch dies zeige, dass der Unterschied zwischen befristeten und unbefristeten Einlagen keineswegs so einschneidend sei, wie es der BdB darstelle. Keineswegs sei dadurch — was die angemessene Vergütung betreffe — eine Umdeutung Stillen Einlagen in Stammkapital veranlasst oder gerechtfertigt.
- (96) Nur wenige Monate nach der Helaba habe die Deutsche Bank in Form sog. „Perpetuals“ eine „ewige“ Einlage aufgenommen, und zwar am Kapitalmarkt. Im Gegensatz zur Behauptung des BdB gelte für diese nach einem einschlägigen, vorgelegten Zeitungsbericht die 15 %-Grenze nicht, da keine Aufstockung des Zinssatzes für den Fall vereinbart worden sei, dass die Bank ein ihr eingeräumtes Kündigungsrecht nicht ausübe (keine „step-up“-Klausel). Die Perpetuals der Deutschen Bank hätten auch keineswegs Ausnahmecharakter, da in der Folgezeit zahlreiche weitere Kreditinstitute „ewige“ Einlagen am Markt aufgenommen hätten, für die Deutschland Beispiele vorlegte. Keine einzige Emission, deren Volumen bei starker Nachfrage von 150 Mio. EUR bis über 2 Mrd. EUR. reiche, rentierten auch nur annähernd wie Stammkapital; die Vergütung bewege sich vielmehr zwischen 110 und 290 Basispunkten über Mid-Swaps. Auch schon 1999 habe der Markt weder der Unterscheidung zwischen befristeten und unbefristeten Kapitalinstrumenten noch der Frage, ob der Emissionserlös unter die 15 %-Grenze falle oder nicht, hinsichtlich der Vergütung ausschlaggebende Bedeutung beigegeben.
- (97) Auch die vom BdB selektiv herangezogenen Kriterien, die einerseits Gemeinsamkeiten zwischen Stammkapital und der Stillen Einlage des Landes Hessen und andererseits Unterschiede zwischen dieser Stillen Einlage und der

„normalen“ Stillen Einlage belegen sollten, seien nicht stichhaltig. Der BdB vernachlässige zum einen den Umfang, in dem die Ausgestaltung Stillen Einlagen der Parteivereinbarung zugänglich sei, und zum anderen Merkmale, die für die Unterscheidung zwischen Stammkapital und Stillen Beteiligung wesentlich und unverzichtbar seien.

- (98) Stammkapital werde nicht „verzinst“, sondern gewähre einen Anspruch auf Zahlung einer Dividende, die nicht nur gewinnabhängig, sondern vor allem gewinnanteilig sei. Die Vergütung einer Stillen Einlage sei hingegen nur gewinnabhängig. Ob bei einer Stillen Einlage Nachzahlungen vorgesehen seien oder nicht, sei Vereinbarungssache zwischen den Parteien und gehöre jedenfalls nicht zu den konstitutiven Merkmalen einer „normalen“ Stillen Beteiligung. Ohnehin sei aber gemäß [...] nach § 10 Absatz 4 KWG ausdrücklich die für Stille Einlagen typische nachrangige Nachzahlungspflicht im Verlustfalle vorgesehen. Vorrangig sei aus zukünftigen Gewinnen die Einlage wieder auf den ursprünglichen Betrag aufzufüllen⁽¹⁴⁾.
- (99) Die Behauptung, für absolut große Volumina seien nur Stammkapital und nicht „normale“ Stille Beteiligungen einsetzbar, werde durch die Größenordnung der Stillen

Einlagen widerlegt, die private Kreditinstitute am Kapitalmarkt sowohl in den Jahren 1998/99 aufgenommen hätten als auch aktuell aufnahmen. Diese reichten bis in den Bereich von etwa 1 Mrd. EUR. In relativer Hinsicht werde jede Stille Einlage auch über die 15 %-Grenze hinaus als Kernkapital anerkannt, wenn sie nur die Vorgaben des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht und die daraus folgende Praxis der deutschen Aufsichtsbehörden einhalte.

- (100) Einen aktuellen Beleg für die Möglichkeit der Überschreitung der 15 %-Grenze liefere ein Mitgliedsinstitut des BdB, die Deutsche Bank, mit einer Kapitalmaßnahme vom 2. Dezember 2003. Es handele sich dabei um die Aufnahme von Stillen Vermögenseinlagen bei Privatanlegern im Gesamtbetrag von 300 Mio. EUR mit einer unbegrenzten Laufzeit (sog. „perpetual“)⁽¹⁵⁾. Dies bezeuge ein weiteres Mal, wie liquide und transparent der Markt für Stille Vermögenseinlagen von deutschen Banken auch mit großen Volumina sei. Mit einem vereinbarten Haftungszuschlag von 0,99 % sei die Maßnahme außerdem ein weiterer Beleg für die Markt bezogene und Markt adäquate Bemessung der Haftungsvergütung, welche für die Stille Einlage des Landes Hessen bei der Helaba vereinbart worden sei.
- (101) Auf Nachfrage der Kommission legte Deutschland eine tabellarische Übersicht über die Entwicklung Stillen Vermögenseinlagen und sonstigen hybriden Kernkapitals bei ausgewählten privaten Großbanken 1998 bis 2003 vor. Nach Auffassung Deutschland wird daraus deutlich, dass bzw. in welchem Umfang die aufgeführten Institute auch hybrides Kernkapital außerhalb der aufsichtsrechtlichen 15 %-Grenze aufgenommen hätten, da dessen Anteil am gesamten Kernkapital 15 % übersteige (*):

	[Bank A]			[Bank B]			[Bank C]		
	Hybride Kernkapital- Instrumente (davon stille Einl.) (Mio. €)	Kern-kapital (Mio. €)	Anteil hybriden Kern-kapitals (%)	Hybride Kernkapital- instrumente (Mio. €)	Kern-kapital (Mio. €)	Anteil hybriden Kern-kapitals (%)	Hybride Kernkapital- instrumente (Mio. €)	Kern-kapital (Mrd. €)	Anteil hybriden Kern-kapitals (%) (*)
1998	612 (612)	15 978	4 %	—	10 623	—	614	13,0	5 %
1999	3 096 (713)	17 338	18 %	1 495	12 908	12 %	1 937	14,6	13 %
2000	3 275 (768)	21 575	15 %	1 574	12 046	13 %	2 014	21,3	9 %

⁽¹⁴⁾ [...] lautet: „[...]“

⁽¹⁵⁾ Siehe *Börsenzeitung* vom 7. November 2003 und *International Financial Review* vom 22. November 2003.

(*) Die Namen der aufgeführten privaten Großbanken sind vertrauliche Information und werden in der Tabelle mit Bank A, Bank B und Bank C bezeichnet.

	[Bank A]			[Bank B]			[Bank C]		
	Hybride Kernkapital- Instrumente (davon stille Einl.) (Mio. €)	Kern-kapital (Mio. €)	Anteil hybriden Kern-kapitals (%)	Hybride Kernkapital- instrumente (Mio. €)	Kern-kapital (Mio. €)	Anteil hybriden Kern-kapitals (%)	Hybride Kernkapital- instrumente (Mio. €)	Kern-kapital (Mrd. €)	Anteil hybriden Kern-kapitals (%) (*)
2001	3 404 (811)	24 803	14 %	1 923	11 542	17 %	3 650	21,7	17 %
2002	2 973 (686)	22 742	13 %	1 732	8 572	20 %	4 164	19,1	22 %
2003	3 859 (**) (572)	21 618	18 %	1 561	7 339	21 %	4 076	14,4	28 %

(*) ausgehend von einer vollen Anrechnung zum Kernkapital

(**) inkl. kumulativer Vorzugsaktien nach Entkonsolidierung der Treuhandgesellschaften

(102) Entgegen dem BdB würden sowohl die Stille Einlage des Landes Hessen als auch am Kapitalmarkt aufgenommene Stille Einlagen in der Insolvenz vor dem Stammkapital, d. h. diesem gegenüber vorrangig, zurückgezahlt. Entgegen dem BdB erhielten das Land Hessen wie auch der Investor einer sonstigen Stillen Einlage in der Insolvenz des Unternehmens die Konkursquote, während der Eigentümer leer ausgehe, so dass ein gegenüber Stammkapital reduziertes Risiko resultiere.

(103) Die stille Gesellschaft unterscheide sich wesentlich vom Stammkapital dadurch, dass der stille Gesellschafter nicht am Vermögen des Unternehmens beteiligt sei und auch kein Stimmrecht habe. Dies unterschlage der BdB in seiner Abgrenzung und verlange vielmehr hierfür einen Aufschlag. Der Markt folge dieser Logik nicht.

(104) Die Zweifel des BdB an der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Vergütung seien unbegründet. Das Land Hessen habe weder das für die Annahme einer Mitunternehmerschaft erforderliche Unternehmerrisiko noch die erforderliche Unternehmerinitiative übernommen. So sei das Land Hessen lediglich — wie jeder typische stille Gesellschafter — nach Maßgabe des Vertrags über die Errichtung der stillen Gesellschaft am laufenden Gewinn und Verlust der Helaba beteiligt, nicht jedoch an ihren stillen Reserven, ebenso wenig am Geschäftswert und an Wertsteigerungen des Betriebsvermögens. Bei Beendigung der stillen Gesellschaft erhalte es lediglich seine Einlage zurück. Das Land Hessen habe keine Möglichkeit zur Ausübung von Gesellschaftsrechten erhalten, die den Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechten eines Kommanditisten oder den Kontrollrechten eines BGB-Gesellschafters nach § 716 Absatz 1 BGB entsprächen. Im Übrigen hätte der

Staatsvertrag zwischen den Ländern Hessen und Thüringen über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation der Bank die Aufnahme eines atypischen stillen Gesellschafters nicht erlaubt. Mangels Mitunternehmerschaft hätten somit auch die Finanzbehörden die steuerliche Abzugsfähigkeit der an das Land Hessen gezahlten Vergütung anerkannt.

(105) Auch die bilanzielle Behandlung sei unterschiedlich. Das Stammkapital werde aus dem Bilanzgewinn (Überschuss der Aktivposten über die Passivposten) durch Entscheidung der Hauptversammlung bedient. Bei der Stillen Einlage des Landes Hessen mindere die Vergütung hingegen das operative Ergebnis der Bank durch Belastung des Zinsüberschusses (die Vergütung sei Bestandteil des Zinsaufwandes) und stelle keine Gewinnverwendung dar, erfordere also keinen Gesellschafterbeschluss. Diese zwingend vorgegebene bilanzielle Behandlung der Stillen Einlage belaste die Cost-Income-Ratio und die bilanzielle Eigenkapitalrentabilität.

(106) Entgegen dem BdB hätte ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine Begrenzung der Bemessungsgrundlage für die Berechnung seiner Vergütung auf den tatsächlich zur Geschäftsausweitung beanspruchten Teil akzeptiert und für den überschießenden Teil keine Vergütung von 0,3 % im Anschluss an die WestLB-Entscheidung der Kommission verlangt. Aufgrund des von vornherein mitgeteilten, begrenzten Bedarfs der Helaba hätte auch ein anderer Kapitalgeber kein besseres Verhandlungsergebnis erzielt als das Land Hessen.

(107) Zur Höhe der angemessenen Vergütung sei die Argumentation des BdB schon im Ansatz verfehlt. Maßstab könnten

nur die Vergütungen sein, die im fraglichen Zeitraum am Markt für vergleichbare Stille Einlagen in Kreditinstitute vereinbart worden seien. Unterschiede in der Ausgestaltung der verschiedenen Stillen Einlagen, aber auch in der Qualität der aufnehmenden Kreditinstitute seien beim Vergleich der Vergütungen durch Zu- oder Abschläge von diesen Vergütungen und nicht von der Vergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition vorzunehmen.

- (108) Unabhängig davon sei auch die Ermittlung der Rendite von Stammkapitalinvestitionen durch den BdB fehlerhaft. Bei der Ermittlung des Betawertes seien die Landesbanken nicht mit sog. Kreditbanken mit einem überdurchschnittlichen systematischen Risiko gleichzusetzen. Richtigerweise sei vielmehr auf die klar definierte Gruppe der börsennotierten Banken, den sog. CDAX-Banken, abzustellen. Die Helaba habe einen hohen Bilanzsummenanteil von risikoarmen Kommunal-, Interbanken- und Hypothekenforderungen. Im Rahmen einer objektivierten Unternehmensbewertung habe ein Gutachter zum 1. Januar 1999 für sieben Kreditinstitute mit einer auf Basis von Geschäftsrisiko, Geschäftstätigkeit, Kundenstruktur und Unternehmensgröße vergleichbaren Risikostruktur einen durchschnittlichen Beta-Faktor von [...] und damit deutlich unter Eins ermittelt. Der Gutachter sei von einer langfristigen Marktrendite von 5,0 % und einem langfristigen risikofreien Zinssatz von 6,0 % ausgegangen. Dies ergebe zum 1. Januar 1999 einen Eigenkapitalkostenansatz von [...] %. Die Behauptung des BdB zur Eigenkapitalrendite von 11,66 % zum 31. Dezember 1998 für die Helaba beruhe auf einem völlig überhöhten Beta-Faktor und im Übrigen auf nicht mehr aktuellen, historischen Daten. Das Zinsniveau habe sich während der letzten Jahrzehnte wesentlich verändert, und die Ausführungen des BdB zur Inflation und Inflationserwartung seien in diesem Zusammenhang nicht verständlich.
- (109) Ferner könne die vereinbarte Vergütung über die Laufzeit der Stillen Einlage nur mit der sich verändernden jeweiligen Stammkapital-Rendite verglichen werden und nicht etwa mit der Stammkapital-Rendite des Unternehmens im Zeitpunkt der Investition. Einem Eigentümer der Bank hätte niemand eine Eigenkapitalrendite auf dem Stand von Ende 1998 garantiert und damit das Risiko von Rendite-Schwankungen abgenommen.
- (110) Die Ausführungen des BdB zur Höhe des Abzugs der Refinanzierungskosten seien nicht nachvollziehbar. Auf die Netto-Refinanzierungskosten dürfe ferner nur dann abgestellt werden, wenn auch von den zum Vergleich herangezogenen Vergütungen, die private Kreditinstitute für von ihnen am Kapitalmarkt aufgenommene vergleichbare Stille Einlagen zahlen, die theoretische bzw. die effektive Steuerquote dieser Institute abgezogen werde. Für die am Kapitalmarkt aufgenommenen Einlagen werde allerdings regelmäßig nicht die Gesamtvergütung, sondern nur der Vergütungsaufschlag angegeben, der bei variabel verzinslichen Instrumenten und bei Sacheinlagen identisch sei mit der Haftungsvergütung. Der Vergleich zwischen der Vergütung der Stillen Einlage des Landes Hessen und den am Markt gezahlten Vergütungen könne daher direkt
- vorgenommen werden. Der Umweg über eine fiktive Gesamtvergütung für eine fiktive Bareinlage, von der dann die Refinanzierungskosten abgezogen werden müssten, sei überflüssig und erhöhe im Übrigen die Unsicherheit der quantitativen Bewertung um ein Vielfaches, da dann über mehrere Stufen Schätzgrößen eingeführt werden müssten.
- (111) Entgegen dem BdB seien keine Vergütungsaufschläge gerechtfertigt. Es sei empirisch nicht belegt, dass für eine besonders große Einlage am Markt ein Zuschlag gezahlt werde. Die vergleichbaren Kapitalaufnahmen privater Kreditinstitute ließen einen Zusammenhang zwischen Betrag und Vergütung nicht erkennen. Vielmehr habe sich das Land auf das vereinbarte Stufenmodell einlassen müssen, weil die Helaba für das ungeteilte Sondervermögen zunächst keine Verwendung gehabt habe. Am Markt wäre es keinem Kapitalgeber gelungen, nicht nur eine Vergütung sofort für den Gesamtbetrag, sondern zusätzlich auch noch einen Aufschlag zu erhalten.
- (112) Ferner lasse sich der Gedanke, dass bei Stammkapitalinvestitionen ein Stimmrechtsverzicht durch eine zusätzliche Vergütung kompensiert werden müsse, auf die stille Gesellschaft nicht übertragen. Der stille Gesellschafter habe von Gesetzes wegen kein Stimmrecht, und der Markt honoriere den „Verzicht“ des stillen Gesellschafters auf Einflussmöglichkeiten nicht.
- (113) Es sei zwar grundsätzlich richtig, dass sich am Markt ein Investor das Fehlen der Fungibilität seiner Anlage gegen eine höhere Rendite abkaufen ließe. So sei denn auch die mangelnde Fungibilität der Stillen Einlage des Landes im Vergleich zum Genussrechtskapital bei den Überlegungen im Vorfeld der Transaktion berücksichtigt worden. Ebenso hätten die Parteien der Permanenz der Einlage durch den Vergütungsaufschlag von 0,20 % p.a. Rechnung getragen. Ein privater Investor hätte aber berücksichtigt, dass vorliegend eine Anlage nicht für Bargeld, sondern für ein umfangreiches, nicht zu teilendes Sondervermögen mit Zweckbindung gesucht wurde, das nur als Sacheinlage eingebracht werden konnte. Wenn der BdB geltend macht, dass ein Markt für eine derartige Investition praktisch nicht existiere, so gelte dies nicht nur für die Wiederanlage (Fungibilität), sondern auch bereits für die Erstanlage. Es sei nicht plausibel, dass ein privater Anleger angesichts dessen einen noch höheren Aufschlag verlangt bzw. erhalten hätte als die für die Permanenz vereinbarten 0,20 % p.a. Dies werde vom BdB auch nicht näher ausgeführt oder begründet.
- (114) Beim Marktvergleich müsse schließlich entgegen dem BdB der Gewerbesteuererfolg berücksichtigt werden. Stille Einlagen in Kreditinstitute leisteten in der Regel institutionelle Anleger, die die Gewerbesteuer auf die vereinnahmte Vergütung selbst abzuführen hätten. Das Land sei hingegen von der Gewerbesteuer befreit und würde sich daher mit einer entsprechend niedrigeren Vergütung zufrieden geben. Zum Ausgleich habe die Befreiung des Landes auf der anderen Seite die Zahlungspflicht der Bank zur Folge, die

die Gewerbesteuer ihrerseits abführen müsse. Ob dies an das Land oder die Gemeinde erfolge, spiele keine Rolle, ebenso wenig wie die Tatsache, dass sich die Gewerbesteuer nach dem zu versteuernden Einkommen — im Regelfall des Empfängers der Vergütung, hier aber der Bank — bemesse, solange die Bank überhaupt Einkommen erziele. Erwirtschaftete sie hingegen Verluste, falle nicht nur die Zahlung von Gewerbesteuer aus, sondern auch die Zahlung der Vergütung für die Einlage.

- (115) Entgegen dem BdB zahle die Helaba die Vergütung auch nicht an sich selbst. Nach der Entscheidung des Landes Hessen solle der nach Steuern verbleibende Ertrag aus der Anlage des Sondervermögens nicht in den allgemeinen Haushalt fließen, sondern ebenfalls der Zweckbindung unterliegen und zur Verstärkung des Fördergeschäfts eingesetzt werden. Dies sei eine Frage der Verwendung der von der Helaba an das Land gezahlten Mittel.

VI. WÜRDIGUNG DER MASSNAHME

1. STAATLICHE BEIHILFE IM SINNE DES ARTIKEL 87 ABSATZ 1 EG-VERTRAG

- (116) Gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag sind, soweit im EG-Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

1.1. STAATLICHE MITTEL

- (117) Mit der Einbringung einer Stillen Einlage entschied sich das Land Hessen für eine Methode der Mittelzuführung, deren Grundkonzept darin bestand, öffentliches Fördervermögen auf die Helaba zur Stärkung von deren Eigenkapitalbasis, aber auch zur Erzielung zusätzlicher Einnahmen des Landes Hessen zu übertragen. Ungeachtet dessen, dass die Rückflüsse aus diesen Forderungen weiterhin dem Fördervermögen zur Verfügung standen und damit gemeinnützigen Zwecken dienten, war das Vermögen aufsichtsrechtlich anerkannt und konnte somit zu Haftungszwecken der im Wettbewerb mit anderen Kreditinstituten stehenden Helaba eingesetzt werden. Der Helaba wurden damit staatliche Mittel übertragen.

1.2. BEGÜNSTIGUNG EINES BESTIMMTEN UNTERNEHMENS

- (118) Bei der Prüfung, ob die Übertragung staatlicher Mittel auf ein Unternehmen der öffentlichen Hand dieses Unternehmen begünstigt und somit eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen kann, wendet die Kommission den Grundsatz des „marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ an. Dieser Grundsatz wurde vom Gerichtshof und vom Gericht erster Instanz in einer Reihe von Rechtssachen akzeptiert und weiterentwickelt, insbesondere in einem für den vorliegenden Fall relevanten Zusammenhang durch das Urteil WestLB⁽¹⁶⁾.

a) **Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers**

- (119) Diesem Grundsatz zufolge ist es nicht als Begünstigung eines Unternehmens zu bewerten, wenn Kapitalmittel zu Bedingungen bereitgestellt werden, „zu denen ein privater Kapitalgeber, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelt, bereit wäre, Mittel einem privaten Unternehmen zu überlassen“⁽¹⁷⁾. Eine Begünstigung im Sinne des Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag liegt demgegenüber vor, wenn die vorgesehene Vergütungsregelung und/oder die Finanzlage des Unternehmens dergestalt sind, dass eine normale Rendite in einer angemessenen Frist nicht zu erwarten ist.

- (120) Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers ist gleichermaßen auf alle öffentlichen Unternehmen anwendbar, und zwar unabhängig davon, ob sie gewinn- oder verlustbringend arbeiten. Diese Haltung der Kommission ist durch das Gericht erster Instanz im Urteil WestLB bestätigt worden⁽¹⁸⁾.

- (121) Demnach lautet die Kernfrage für die vorliegende Prüfung, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Investor Kapital, das dieselben Merkmale aufweist wie das Fördervermögen des Landes Hessen, unter denselben Bedingungen in die Helaba eingebracht hätte, insbesondere im Hinblick auf die vorgesehene Rendite aus der Investition.

b) **Rechtliche und wirtschaftliche Einordnung des eingebrachten Kapitals**

- (122) Das Land Hessen brachte zum 31. Dezember 1998 Fördervermögen mit einem nominalen Darlehensbestand des Landesanteils von 6,026 Mrd. DEM (3,081 Mrd. EUR) und einem gutachterlich bewerteten Barwert von 2,473 Mrd. DEM (1,264 Mrd. EUR) als Stille Einlage in die Helaba ein. Das BAKred erkannte diese, wie oben dargestellt, in vollem Umfang aufsichtsrechtlich als Basiseigenmittel an. Nur in einem geringen Umfang wurde diese mit einem jährlich sich verändernden Betrag zur Unterlegung des Fördergeschäfts benötigt. Dieser Teil der bilanzierten Stillen Einlage hatte lediglich Haftungsfunktion für die Helaba. Der überwiegende Rest stand der Helaba für die Unterlegung bzw. Ausweitung ihres Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung.

- (123) Entsprechend ihrer Vorgehensweise im Fall WestLB ermittelt die Kommission die angemessene Vergütung für das übertragene Fördervermögen anhand seiner kommerziellen Nutzbarkeit für die Helaba. Wie erläutert, ist der Anknüp-

⁽¹⁷⁾ Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten: Anwendung der Artikel 92 und 93 EG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. C 307 vom 13.11.1993, S. 3, siehe Ziffer 11. Zwar geht es in dieser Mitteilung ausdrücklich um die verarbeitende Industrie, doch gilt der Grundsatz zweifelsohne gleichermaßen für alle anderen Wirtschaftszweige. Was die Finanzdienstleistungen betrifft, so wurde dies durch eine Reihe von Kommissionsentscheidungen, z. B. in den Fällen *Crédit Lyonnais* (ABl. L 221 vom 8.8.1998, S. 28) und *GAN* (ABl. L 78 vom 16.3.1998, S. 1) bekräftigt.

⁽¹⁸⁾ Urteil WestLB Randnummern 206 ff.

⁽¹⁶⁾ Urteil in den verbundenen Rechtssachen T-228/99 und T-233/99.

- fungspunkt für die marktübliche Vergütung vorliegend diejenige Vergütung, die ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber, der einer Bank Eigenkapital dieser Form zur Verfügung stellt, verlangen würde.
- (124) Der Beschwerdeführer macht dabei geltend, bei dem der Helaba zur Verfügung gestellten Kapital handele es sich ebenso wie bei der Übertragung des WfA-Vermögens auf die WestLB um eine stammkapitalähnliche Investition. Deutschland bestreitet hingegen dessen Stammkapitalähnlichkeit. Das Kapital sei vielmehr eine Stille Einlage, was sich auf die Höhe der Vergütung auswirke.
- (125) Deutschland, die Helaba und der Beschwerdeführer stimmen darin überein, dass das in der Stillen Einlage des Landes Hessen zusammengefasste Fördervermögen Kernkapital darstelle. Die Zweckrücklage sei vom BAKred als Kernkapital („Klasse-1 Kapital“) anerkannt worden und könne deshalb auch nur mit solchen Eigenkapitalinstrumenten verglichen werden, die in Deutschland im Jahr der Einbringung als Kernkapital anerkannt waren und der Helaba zum Einbringungszeitpunkt konkret für eine Investition dieser Größenordnung, die deutlich mehr als 15 % des Kernkapitals ausmache, zur Verfügung standen.
- (126) Die Kommission folgt insoweit der Auffassung der Verfahrensbeteiligten. Schon in ihrer Entscheidung zum WestLB-Fall aus dem Jahre 1999 hat sie deutlich gemacht, dass ein Vergleich des ebenfalls als Kernkapital anerkannten WfA-Vermögens mit Kapitalinstrumenten, die lediglich als Ergänzungskapital genutzt werden konnten, wie etwa Genussscheine und Vorzugsaktien ohne Stimmrechte, nicht als Grundlage für die Bestimmung der angemessenen Vergütung für das übertragene Kapital dienen kann (Entscheidung 2000/392/EG, Rn. 199). Kernkapital ist für das Unternehmen von größerem Nutzen, da dieses sich damit ergänzende Eigenmittel (z. B. Genussscheine) bis zu gleicher Höhe beschaffen kann, um so die Eigenmittelbasis zu erweitern. Voraussetzung für die Anerkennung als Basiseigenmittel ist eine erhöhte Risikoexposition des zur Verfügung gestellten Kapitals, die sich grundsätzlich auch in einer erhöhten marktüblichen Vergütung dieser Instrumente niederschlägt. Eine Vergleichbarkeit mit sog. Ergänzungsmitteln, die nur in begrenztem Umfang zur Geschäftsausweitung herangezogen werden können, kann daher von vornherein ausgeschlossen werden.
- (127) Nach Auffassung des BdB stand der Helaba allerdings richtigerweise für die konkrete Investition allein die Rechtsform des Grund- bzw. Stammkapitals zur Verfügung. Nach Auffassung Deutschlands stand daneben auch die Rechtsform einer Stillen Einlage mit unbeschränkter Laufzeit (*perpetual*) zur Verfügung, die den Anforderungen des § 10 Absatz 4 KWG sowie zugleich den Kriterien der sog. „Erklärung von Sydney“ des Ausschusses für Bankenaufsicht der Internationalen Bank für Zahlungsausgleich in Basel, die wiederum die Entscheidungspraxis der deutschen Bankenaufsichtsbehörde BAKred bestimmten, genügte. Gegenstand der Vereinbarung zwischen dem Land Hessen und der Helaba war deshalb die Rechtsform einer Stillen Einlage mit unbeschränkter Laufzeit, die sowohl von der zuständigen Bankenaufsichtsbehörde BAKred wie auch der zuständigen Steuerbehörde als solche anerkannt wurde.
- (128) Nach Auffassung der Kommission hat Deutschland hinreichend nachgewiesen, dass das Vorbringen des BdB nicht stichhaltig ist. Der BdB argumentiert, dass die Stille Einlage des Landes Hessen einen Formenmissbrauch einer „normalen“ Stillen Einlage darstelle. Wirtschaftlich gesehen weise die Stille Einlage derartig viele Gemeinsamkeiten mit Stammkapital auf, dass ein Investor auf einer der Vergütung von Stammkapital entsprechenden Verzinsung bestanden hätte.
- (129) Die Kommission nimmt zunächst zur Kenntnis, dass die Stille Einlage ausdrücklich als solche zwischen dem Land Hessen und der Helaba vereinbart sowie als solche von den zuständigen deutschen Behörden anerkannt wurde. Um einen Formenmissbrauch annehmen zu können, müsste zweifelsfrei feststehen, dass die zuständigen deutschen Behörden die Stille Einlage des Landes Hessen zu Unrecht als solche anerkannt haben. Dafür gibt es jedoch keine Anhaltspunkte. Die Kommission schließt sich insoweit der Auffassung Deutschlands an, wonach die befristete Laufzeit oder Kündbarkeit einer Stillen Einlage weder gesellschaftsrechtlich noch bankaufsichtsrechtlich ein zwingendes Wesensmerkmal für die Anerkennung einer Stillen Einlage als Kernkapital im Sinne des § 10 Absatz 4 KWG sei. Ferner interpretiert die Kommission die „Erklärung von Sydney“ des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht vom Oktober 1998 dahin gehend, dass diese nur eine 15 %-Grenze für die Anerkennung bestimmter, insbesondere zeitlich begrenzter innovativer Kapitalinstrumente als Kernkapital auferlegt. Aus ihr folgt aber im Umkehrschluss nicht etwa, dass permanente innovative Kapitalinstrumente überhaupt nicht als Kernkapital anerkannt werden können oder auch unter diese Grenze fallen. Für die Nutzbarkeit von permanenten innovativen Kapitalinstrumenten als Kernkapital über die 15 %-Grenze hinaus spricht im Übrigen die Praxis auch privater Banken in den letzten Jahren, wie von Deutschland umfassend nachgewiesen wurde.
- (130) Auch die vom BdB herangezogenen selektiven Kriterien sieht die Kommission nicht als hinreichend stichhaltig an. Von der Risikoanalyse her ist die Stille Einlage des Landes Hessen typologisch eher mit einer „normalen“ Stillen Einlage zu vergleichen als mit Stammkapital. Die Kommission schließt sich auch insofern den Ausführungen Deutschlands an.
- (131) Für die Kommission ist in diesem Zusammenhang wesentlich, dass sowohl die Stille Einlage des Landes Hessen wie auch sonstige am Kapitalmarkt aufgenommene „normale“, d. h. befristete Stille Einlagen in der Insolvenz vor dem Stammkapital zurückzuzahlen ist und der Investor somit die Konkursquote bekommt, während er bei einer Stammkapitalinvestition leer ausgeht. Deutschland hat unter Vorlage eines Rechtsgutachtens dargelegt, dass entsprechend der vertraglichen Regelungen die Stille Einlage des Landes Hessen während ihrer Laufzeit im Fall einer Insolvenz oder Liquidation, soweit sie nicht durch Verluste vermindert oder aufgezehrt worden sei, aus einem etwaigen Restguthaben vorrangig vor dem Stammkapital befriedigt werde.
- (132) Außerdem bekommt — solange das Unternehmen keinen Verlust macht — sowohl das Land Hessen als auch der

Investor einer befristeten Stillen Einlage die gesamte vereinbarte Vergütung, während der Investor in Stammkapital nur Anspruch auf Zahlung einer gewinnanteiligen Dividende hat. Auch insoweit ist die Stille Einlage des Landes Hessen eine typische Stille Einlage im Sinne des § 10 Absatz 4 KWG.

- (133) Ferner überzeugt der Einwand des BdB nicht, dass die Stille Einlage schon deshalb mit Stammkapital gleichzusetzen sei, weil diese langfristig zu einer Erhöhung des Kernkapitals der Helaba um fast 50 % geführt habe. Hier ist zunächst einmal auf die Stufenregelung hinzuweisen, die das Land Hessen und die Helaba vereinbart hatten und wonach die Helaba in den Jahren 1999 bis 2002 entsprechend des tatsächlichen Kapitalbedarfs nur einen jährlich ansteigenden Teilbetrag des belegbaren Kernkapitals tatsächlich mit Kerngeschäft belegen konnte. Außerdem weist die Kommission in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass auch im Fall WestLB das hohe Volumen der Kapitalzufuhr ein Indiz, nicht aber allein entscheidend für die Annahme der Stammkapitalähnlichkeit ist. In der WestLB-Entscheidung 2000/392/EG sowie in der erneuten Entscheidung vom 20. Oktober 2004 ist die Kommission auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Ähnlichkeit der zu beurteilenden Transaktion mit einer Stammkapitalinvestition überwiegt. Ein wesentlicher Gesichtspunkt ist dort beispielsweise der Umstand gewesen, dass das WfA-Vermögen wie Stammkapital dem vollen Verlustrisiko in der Insolvenz bzw. Liquidation ausgesetzt war. Darüber hinaus hat die Kommission im Fall WestLB auch berücksichtigt, dass zum Zeitpunkt der Einbringung des WfA-Vermögens im Jahre 1991 — anders als zum Zeitpunkt der Platzierung der Stillen Einlage des Landes Hessen in der Helaba im Jahre 1998 — der Markt für hybride Kernkapitalinstrumente in Deutschland noch nicht entwickelt war und ein Kreditinstitut wie die WestLB ein vergleichbares Kernkapitalvolumen am Markt nur in Form von Stammkapital hätte aufnehmen können. Vorliegend hätte die Helaba ohne Probleme ihren geschätzten Kapitalbedarf in den Jahren 1998 bis 2002 auch durch die zeitlich gestaffelte Aufnahme mehrerer volumenmäßig kleinerer Stillen Einlagen verschiedener institutioneller Investoren am Markt decken können.
- (134) Der BdB weist ferner darauf hin, dass mit der Stillen Einlage des Landes Hessen der Stammkapital-Puffer der Helaba nur noch bei 50 % lag, während bei privaten Kreditinstituten der Anteil der hybriden Instrumente am Kernkapital unter 20 % und somit der Stammkapital-Puffer mehr als 80 % beträgt. Ein institutioneller Investor hätte sich, so der BdB, vor dem Hintergrund des hohen Anteils am gesamten Kernkapital der Helaba nicht zu einer vergleichbaren Einlage bereit gefunden. Deutschland hat bestätigt, dass sich der Anteil der Stillen Einlagen am Kernkapital im Jahre 2003, also nach Erreichen der letzten Stufe im Rahmen des Stufenmodells, [...] % ausmachte und der Anteil aller Stillen Einlagen (d. h. nicht nur der Stillen Einlage des Landes Hessen) im Jahre 2003 auf [...] % belief. Dennoch lässt sich nach Auffassung der Kommission daraus nicht zwingend ableiten, dass ein institutioneller Investor wegen des hohen Anteils am gesamten Eigenkapital eine vergleichbare Stille Einlage nicht platziert hätte. Deutschland konnte darlegen, dass Landesbanken generell in höherem Maße Stille Einlagen außerhalb der 15 %-Grenze als Instrument der Kernkapitalbeschaffung nutzen, und zwar überwiegend aus dem Gewährträgerkreis aber auch von Drittinvestoren. So betrug der Anteil der Stillen Einlagen nach Angaben Deutschlands bei der [...] ⁽ⁱ⁾ im Jahre 2003 72 %, bei der [...] ⁽ⁱⁱ⁾ i 39 %, bei der [...] ⁽ⁱⁱⁱ⁾ ii 33 %, bei der [...] ^(iv) v 39 % und bei der [...] ^(v) 42 % ⁽¹⁹⁾. Die Gründe für diesen hohen Anteil hybrider Instrumente liegen darin, dass es den Landesbanken aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Struktur verwehrt ist, Kapital an den Aktienmärkten aufzunehmen. Ferner scheint es, dass Investoren bei Landesbanken eher bereit sind, einen geringeren Stammkapital-Puffer in Kauf zu nehmen, da das Kapital aufgrund einer anderen Geschäftsausrichtung und damit einhergehend einer geringeren Risikostruktur der Institute, einem insgesamt geringeren Risiko ausgesetzt ist. Zumindest für die Helaba, die selbst innerhalb der Gruppe der genannten Landesbanken als vergleichsweise risikoarmes Kreditinstitut zu betrachten ist, kann die Kommission somit nicht ausschließen, dass trotz eines Stammkapital-Puffers von (nur) rund 50 % ein institutioneller Investor eine vergleichbare Investition in Form einer Stillen Einlage in die Helaba getätigt hätte.
- (135) Die Kommission hat ferner eingehend untersucht, inwieweit sich die Permanenz der Einlage, also der Umstand, dass sie unbefristet und für das Land Hessen nicht kündbar ist, auf die hier vorzunehmende Risikoanalyse auswirkt.
- (136) Der BdB trägt dazu vor, am Kapitalmarkt existierten keine unbefristeten hybriden Instrumente. Institutionelle Investoren seien grundsätzlich nur bereit, hybride Eigenkapitalinstrumente mit fester Laufzeit oder solche Instrumente zu erwerben, bei denen von einer Rückzahlung auszugehen sei, weil sich der Ausschüttungssatz erhöhe (sog. Step-up) oder das Instrument zu einem bestimmten Zeitpunkt in eine andere Anlageform umgewandelt werde. Step-up-Klauseln würden dabei für den Schuldner (Emittenten) einen starken wirtschaftlichen Anreiz bilden, die Stille Beteiligung zurückzuzahlen. De facto mache damit eine Step-up-Klausel ein Perpetual faktisch zu einem Instrument mit einer festen Endlaufzeit. Im Übrigen würden innovative Kernkapitalinstrumente typischerweise nur von Privatanlegern platziert.
- (137) Deutschland und die Helaba halten dem entgegen, dass die Investoren auch bei Perpetuals mit „Step-up“ damit rechnen müssten, dass es entgegen möglicher Erwartungen zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Step-up Klauseln nicht

⁽ⁱ⁾ Vertrauliche Information, hier bezeichnet als Bank I

⁽ⁱⁱ⁾ Vertrauliche Information, hier bezeichnet als Bank II

⁽ⁱⁱⁱ⁾ Vertrauliche Information, hier bezeichnet als Bank III

^(iv) Vertrauliche Information, hier bezeichnet als Bank IV

^(v) Vertrauliche Information, hier bezeichnet als Bank V

⁽¹⁹⁾ Mitteilung der Bundesregierung vom 1. Oktober 2004, S. 16.

zu einer „termingerechten“ Rückzahlung komme und somit das Permanenzrisiko bestehe. Dieses folge erstens daraus, dass das „Kündigungsrecht“ ausschließlich beim Schuldner (Emittenten) liege, zweitens sei entscheidend für die termingerechte Rückzahlung die wirtschaftliche Situation des Emittenten zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Step-up Klausel und drittens müsse die Aufsichtsbehörde der Kündigung zustimmen, wobei sie die Zustimmung nur erteile, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der Kündigung über eine komfortable aufsichtsrechtliche Eigenkapitalausstattung verfüge bzw. Ersatztransaktion im Markt platziere. Ferner zeigten Beispiele, dass auch institutionelle Anleger hybride Instrumente mit unbegrenzter Laufzeit und ohne Step-up platzierten, wobei Deutschland eine nachrangige und unbefristete Anleihe der Air Canada aus dem Jahre 1987 anführte, die wie sich die Kommission überzeugt hat, tatsächlich nicht über eine Step-up-Regelung verfügt. Deutschland hat ferner dargelegt, dass die Existenz von Kündigungsrechten zwar bei den Preisen berücksichtigt werde, der Vergütungskorridor allerdings nicht weit auseinander gezogen sei.

(138) Für die Kommission ist in dem hier zu beurteilenden Zusammenhang vor allem entscheidend, dass die Permanenz der Einlage vorliegend in erster Linie das Risiko des Investors betrifft, Zinssteigerungen am Markt nicht „mitnehmen“ zu können, da er auf der einen Seite keine Kündigungsmöglichkeit hat und auf der anderen Seite nicht auf einen „Step-up“ vertrauen kann. Nicht hingegen betrifft die Permanenz das Verlustrisiko in der Insolvenz oder Liquidation. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der von Deutschland vorgenommenen Marktbeschreibung ist die Kommission deshalb zu der Auffassung gelangt, dass auch die Unbefristetheit der Einlage vorliegend nicht den Wechsel des Referenzprodukts „Stille Einlage“ zu „Stammkapital“ rechtfertigt. Allerdings wird die Kommission später näher untersuchen, ob wegen der Permanenz ein Aufschlag auf die marktübliche Vergütung für Stille Einlagen zu leisten ist.

(139) Im Ergebnis ist festzuhalten, dass im Fall der Helaba die Einbringung zweifelsohne in der rechtlichen Form einer Stillen Einlage getätigt wurde, die mit anderen Stillen Einlagen weit mehr Gemeinsamkeiten aufweist als mit Stammkapital. Für einen Missbrauch der rechtlichen Form einer Stillen Einlage für eine Zufuhr von Kapital, das in Wahrheit wirtschaftlich Stammkapital darstellte, gibt es daher nach Auffassung der Kommission keine hinreichenden Anhaltspunkte. Ausgangspunkt für die Vergütung des in Frage stehenden Kapitalinstruments sind daher „normale“, d. h. befristete Stille Einlagen von typischerweise am Markt beobachtbarer Größe, auf deren Vergütung gegebenenfalls ein Zuschlag zu erheben ist. Auf die Ausführungen des BdB zur angemessenen Vergütung von Stammkapital kommt es daher nicht mehr an.

c) *Bestimmung der für die Vergütung maßgeblichen Kapitalbasis*

Maßgeblichkeit der Kapitalbasis

(140) Die Kommission unterscheidet für die Bestimmung der zu vergütenden Kapitalbasis zunächst zwischen der sog. Geschäftsausweitungsfunktion und der (bloßen) sog. Haftungsfunktion des als Eigenkapital zur Verfügung gestellten Fördervermögens für die Geschäftstätigkeit des Kreditinstituts.

(141) Unter der sog. Geschäftsausweitungsfunktion des Kapitals ist die Erweiterung des Geschäftspotentials durch Risikoaktiva in Folge der aufsichtsrechtlichen Anerkennung von zusätzlichem Eigenkapital einer Bank zu verstehen. Anknüpfungspunkt für die marktübliche Vergütung ist insoweit die Vergütung, die ein privater Kapitalgeber, der einer Bank Eigenkapital zur Verfügung stellt, in der konkreten Situation verlangen würde. Soweit zur Verfügung gestelltes Kapital zwar in der Bilanz als Eigenkapital ausgewiesen ist, ihm jedoch die aufsichtsrechtliche Anerkennung als Eigenkapital versagt wird oder es zur Unterlegung von Fördertätigkeiten bestimmt ist oder aus anderen Gründen nicht zur Unterlegung von Wettbewerbsgeschäft nutzbar ist, steht es zwar nicht zur Geschäftsausweitung zur Verfügung. Jedoch ist Kapital nicht nur aufsichtsrechtlich von Bedeutung. Da es den Gläubigern des Kreditinstituts zumindest zu Haftungszwecken zur Verfügung steht (sog. Haftungsfunktion), kann seine ökonomische Funktion immerhin noch mit der einer Bürgschaft oder einer Garantie verglichen werden. Denn die Höhe des in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapitals gibt den Geldgebern der Bank Aufschluss über deren Bonität und kann sich somit auf die Bedingungen auswirken, zu denen die Bank Fremdkapital aufnehmen kann. Die marktübliche Vergütung der sog. Haftungsfunktion des Kapitals bemisst sich nach der Vergütung, die ein privater Garantiegeber von einem Kreditinstitut von vergleichbarer Größe und Risikoausrichtung wie der Helaba in der konkreten Situation verlangt hätte.

(142) Damit ist konkret für die Bemessung der Vergütung die in voller Höhe als Kernkapital anerkannte Stille Einlage in zwei unterschiedliche Kapitalbasen aufzuteilen. Die Kapitalbasis, die zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts der Helaba zur Verfügung stand, ist so zu vergüten, wie dies ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber für eine Stille Einlage mit denselben Eigenschaften in der konkreten Situation vernünftigerweise gefordert hätte. Die Kapitalbasis, die nicht für das Wettbewerbsgeschäft der Helaba zur Verfügung stand, ist so zu vergüten, wie dies ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber in der konkreten Situation vernünftigerweise gefordert hätte.

Kapitalbasis, die zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts der Helaba zur Verfügung stand

(143) Die Kommission ist grundsätzlich der Auffassung, dass es bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung nicht darauf ankommen kann, in welcher Höhe das zur Verfügung gestellte Kapital tatsächlich belegt wurde. Allein maßgeblich ist die *Möglichkeit* der Nutzung des Kapitals zur Geschäftsausweitung. Auch ein privater Kapitalgeber würde sich nicht mit einer belegungsabhängigen Vergütung zufrieden geben. Die Kommission folgt insoweit grundsätzlich der Auffassung des BdB, der darauf hingewiesen hat, dass es für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber, der das Risiko des Verlusts seiner Einlage trage, unerheblich sei, ob das Kreditinstitut das zugeführte Kapital tatsächlich zur Geschäftsausweitung nutze. Der BdB weist im Prinzip zu Recht darauf hin, dass für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber allein entscheidend sei, dass er mit dem zugeführten Betrag selbst nicht mehr wirtschaften und damit keine entsprechenden Renditen erzielen kann. Zur Veranschaulichung kann man

das Beispiel der Vermietung einer Wohnung nennen: Ein Vermieter wird auf der Zahlung des Mietzinses auch dann bestehen, wenn der Mieter aus welchen Gründen auch immer in der Wohnung nicht wohnt, da er sich mit der Vermietung der Möglichkeit begibt, diese anderweitig zu vermieten und der konkrete Aufenthaltsort des Mieters im übrigen nicht in seiner Kontrolle steht. Gegenstand des Mietvertrags ist daher die Nutzbarkeit der Wohnung.

- (144) Die Kommission nimmt zunächst zur Kenntnis, dass die vereinbarungsgemäß zu vergütende Kapitalbasis, die der Helaba zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung stand, unabhängig von der tatsächlichen Belegung ist, sondern allein auf die Nutzbarkeit zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts abstellt. Insofern entspricht die Regelung den gerade dargelegten Kriterien der Kommission.
- (145) Allerdings vereinbarten das Land Hessen und die Helaba das oben beschriebene sog. Stufenmodell. Danach wurde zwar der Barwert des gesamten Fördervermögens bereits zum 31. Dezember 1998 in die Bilanz eingestellt, um das Fördervermögen nicht aufteilen zu müssen. Dieses war damit von Anfang an zum überwiegenden Teil, d. h. mit Ausnahme des zur Unterlegung des Fördergeschäfts benötigten Teils, de facto zu Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts nutzbar. Allerdings machte die Helaba von Anfang an gegenüber dem Land klar, dass sie entsprechend ihrem Geschäftsplan dieses nur sukzessive, d. h. gemäß den letztlich vereinbarten Stufen, zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts benötigte. Innerhalb der Stufen wurde dagegen auf die Nutzbarkeit des Kapitals abgestellt, d. h. die Vergütung war unabhängig von der tatsächlichen Belegung. Aufgrund dieses eindeutigen Belegungsplans war die zu vergütende Kapitalbasis für das Land Hessen von vornherein klar vorhersehbar. Das Land Hessen stellte die Belegung daher gerade nicht in das geschäftliche Ermessen der Bank, sondern ließ sich aufgrund des nachvollziehbaren Wunsches der Helaba auf eine derartige Regelung ein.
- (146) Die Kommission hält dieses Vorgehen für mit dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vereinbar, der in der Situation des Landes Hessen ein schnelleres Ansteigen der zu vergütenden Kapitalbasis realistischerweise auch nicht hätte durchsetzen können, da sich die Helaba angesichts ihres Geschäftsplans darauf nicht eingelassen hätte. Damit sind nach Auffassung der Kommission von 1999 bis 2002 nur die vorgesehenen Stufen und erst ab dem Jahr 2003 der volle zur Unterlegung von Wettbewerbsgeschäften nutzbare Betrag der Stillen Einlage so zu vergüten, wie dies ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber für eine Stille Einlage mit denselben Eigenschaften in der konkreten Situation gefordert hätte.

Kapitalbasis, die in der Bilanz verbucht war, aber nicht für das Wettbewerbsgeschäft der Helaba zur Verfügung stand

- (147) Wie oben bereits dargelegt, wurde auch der Betrag der Stillen Einlage, der nicht zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts genutzt werden konnte, zum 31. Dezember 1998

in die Bilanz der Helaba eingebucht. Er war in voller Höhe Bestandteil des haftenden Eigenkapitals und stand daher von Anfang an Gläubigern der Bank als Sicherheit zur Verfügung. Zumindest potenziell stellt dies einen Vorteil für die Bank dar, denn die Höhe des in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapitals gibt den Geldgebern der Bank Aufschluss über deren Bonität und kann sich somit auf die Bedingungen auswirken, zu denen die Bank Fremdkapital aufnehmen kann.

- (148) Deutschland wendet ein, dass sich aus der Tatsache, dass die Helaba die Stille Vermögenseinlage in ihrer Gesamthöhe von 1 264,4 Mio. EUR unmittelbar nach Aufnahme in der Bilanz buchte, keine bonitätsverbessernden Wirkungen ableiten ließen. Die Helaba sei seit Mitte der 1980er Jahre im für Gläubiger der Bank maßgeblichen langfristigen Bonitätsrating in der höchsten Kategorie AAA/Aaa eingestuft gewesen, wobei primär auf die bestehenden Haftungsregelungen wie Anstaltslast und Gewährträgerhaftung und damit auf die Bonität der Gewährträger abgestellt worden sei. Der Ausweis der Stillen Einlage habe diese überragende Bonität der höchsten Stufe nicht weiter verbessern können ⁽²⁰⁾.
- (149) Deutschland bringt überdies auf weitere Nachfrage der Kommission vor, dass selbst bei Betrachtung des sog. Finanzkraft-Ratings von Moody's Investors' Service und des sog. Individual Ratings von Fitch für die Helaba im relevanten Zeitraum kein Einfluss der Stillen Einlage auf die Einstufung der Finanzkraft der Helaba beobachtet werden konnte. Die beiden genannten Ratings stellten ungeachtet der bestehenden staatlichen Haftungen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung und Eigentümerstrukturen ausschließlich und unmittelbar auf die Ertragskraft des jeweiligen Instituts, die Qualität seines Managements, die Marktstellung und auch die Eigenkapitalausstattung ab ⁽²¹⁾. Die beiden genannten Ratings seien von 1997 bis 2000 und damit trotz der Einbringung der Stillen Einlage Ende 1998 unverändert (Moody's Finanzkraft-Rating von C+ und Fitch Individual-Rating von B/C) geblieben und hätten sich ab 2001 (Moody's Finanzkraft-Rating von C+ (neg.) bzw. C(neg.) und Fitch Individual-Rating von C) verschlechtert. Dies belege nach Auffassung Deutschlands, dass die Stille Einlage keinen Einfluss auf Bonität der Helaba auch ungeachtet der bestehenden staatlichen Haftungen gehabt habe ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Antwort Deutschlands vom 23. Juni 2004, S. 12.

⁽²¹⁾ Antwort Deutschlands vom 23. Juni 2004, S. 12, Anlage 29/2004, Fitch Ratings: Bank Rating Methodology: May 2004, S. 12: „Principal considerations are profitability, balance sheet integrity (including capitalisation), franchise, management, operating environment, consistency, as well as size (in terms of a bank's equity capital)“.

⁽²²⁾ Der Grund liege, wie bereits ausgeführt, in der deutlichen Übererfüllung der aufsichtsrechtlichen Mindestnormen für Kapitalquoten (Kernkapitalquote von 4,0 %, Gesamtkennziffer bzw. Eigenmittelquote von 8,0 %) im relevanten Zeitraum, worin wohl ein bedeutsamer Unterschied zur Situation der WestLB bestehe. So habe 1997, d. h. vor der Einbringung, gemäß Grundsatz I zu § 10a KWG die Kernkapitalkennziffer für den Helaba-Konzern bei 4,8 % und für das Helaba-Einzelinstitut bei 5,0 % gelegen. Gemäß der Grundsätze der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich habe die Kernkapitalquote (Tier I) 1997 bei 5,4 % gelegen. Die Gesamtkennziffer bzw. Eigenmittelquote habe 1997 bei 8,9 % bzw. 9,6 % für den Konzern und 9,2 % für das Einzelinstitut gelegen. Auch vor dem Hintergrund des für die folgenden Geschäftsjahre seitens der Helaba beabsichtigten geschäftlichen Wachstums habe keine unmittelbare Notwendigkeit für die Aufnahme von Kernkapital im Betrag von 1 264,4 Mio. EUR bestanden.

- (150) Die Kommission kann sich dem Vorbringen Deutschlands im Ergebnis nicht anschließen. Die Ausführungen Deutschlands zum Finanzkraft- bzw. Individual Strength-Rating zeigen vielmehr, dass die Ausstattung eines Finanzinstituts mit Eigenkapital gerade ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Güte eines Ratings und damit auch für die Bonität ist. Aus der ex-ante-Perspektive, d. h. im Zeitpunkt der Vereinbarung der Stillen Einlage zwischen Land Hessen und Helaba, mussten beide Vertragsparteien davon ausgehen, dass die Einbuchung von Kernkapital in Höhe von ca. 1,2 Mrd. EUR geeignet war, die Bonität der Bank weiter zu verbessern. Die von Deutschland angegebenen Finanzkraft-Ratings von Moody's und Fitch zeigen gerade, dass eine weitere Verbesserung durchaus möglich war, denn die höchste Stufe war hier bei Weitem nicht erreicht. Die Tatsache, dass ex-post keine Veränderung des Finanzkraft-Ratings beobachtbar war, bedeutet nicht ohne Weiteres, dass kein positiver Einfluss auf das Finanzkraft-Rating bestand. Denn der positive Einfluss der deutlichen Vergrößerung der Kernkapitalbasis könnte gerade verhindert haben, dass das Finanzkraft-Rating aus anderen Gründen unter Umständen gesunken oder schneller als in der Realität eingetreten, d. h. erst ab 2001, gesunken wäre.
- (151) Die Kommission misst bei der Beurteilung des potenziellen, ex-ante zu beurteilenden Einflusses einer Maßnahme auf die Bonität einer Bank und/oder auf die künftigen Finanzierungsbedingungen dem Finanzkraft-Rating einer Landesbank eine eigenständige Bedeutung neben dem langfristigen Rating auf Basis der bestehenden staatlichen Haftungen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei.
- (152) Was die aus Sicht des Jahres 1998 künftige Aufnahme von Fremdkapital betrifft, so kam die Helaba zwar 1998 und in den folgenden Jahren in den Genuss des bestmöglichen Ratings AAA/Aaa aufgrund von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. Nach Kenntnis der Kommission und wie Deutschland selbst vorträgt, variieren bzw. schwanken die konkreten Refinanzierungskosten einer Bank und im Vergleich mit gleich gerateten anderen Banken innerhalb eines Korridors bei einer gegebenen Ratingkategorie. Mit anderen Worten, lassen sich aus einem bestimmten langfristigen Rating, hier AAA/Aaa, nicht punktgenau und unverändert für alle gleichgerateten Banken und über die Zeit bestimmte Refinanzierungskosten ableiten. Aus dieser empirischen Beobachtung folgt, dass auch andere Einflussfaktoren wie die Finanzkraft der Helaba im Verhältnis zu anderen Landesbanken mit dem gleichen langfristigen Rating auf Basis von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung eine Rolle spielen. Je besser sich die Finanzkraft der Helaba darstellt, desto besser sind ihre Aussichten, innerhalb der Ratingkategorie AAA/Aaa bei konkreten Verhandlungen über Refinanzierungsbedingungen an dem für sie günstigen Rand des Korridors der am Markt für AAA/Aaa beobachtbaren Refinanzierungsbedingungen zu liegen. Darüber hinaus verringert sich ihre Abhängigkeit vom Rating der Gewährträger, d. h. bei einer eventuell, ex-ante nicht auszuschließenden Verschlechterung von deren Rating könnte die Helaba ihre individuelle Finanzkraft als Argument zur Verteidigung ihrer günstigen Refinanzierungsbedingungen verwenden.
- (153) Was die aus Sicht des Jahres 1998 künftige Aufnahme von weiteren Eigenmitteln betrifft, die in der Tat im Jahre 2001 in Form weiterer Stiller Einlagen auch erfolgt ist, so reduziert ein hoher, in der Bilanz verbuchter Kapitalpuffer die Ausfallwahrscheinlichkeit dieses neuen Kapitals im Konkursfalle unter der Voraussetzung, dass altes und neues Kapital *pari passu* haften. Deutschland hat ausgeführt, dass eine solche Haftung *pari passu* bei Stillen Einlagen die Regel ist. Aus Sicht des Jahres 1998 war damit nicht auszuschließen, dass neue Kapitalgeber unter Umständen darauf bestehen würden.
- (154) Deutschland führte ferner auf Nachfrage der Kommission aus, dass Stille Einlagen im Sinne von § 10 Absatz 4 KWG nicht unter den Schutzbereich von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung fallen. Dies sei unmittelbare Folge der vertraglich geregelten Verlustteilnahme als Voraussetzung für die Anerkennung als haftende Eigenmittel. Somit sei der Investor nicht als Gläubiger der Bank anzusehen und sei nicht von der Gewährträgerhaftung umfasst. Gleichermaßen profitiere er auch nicht von der Anstaltslast, da daraus nur die Pflicht bestehe, dem Institut die wirtschaftliche Basis zu sichern und die zur Aufrechterhaltung eines normalen Geschäftsbetriebes erforderlichen Einlagen zur Verfügung zu stellen. Diese schließe eine Beteiligung Dritter am Verlust keinesfalls aus. Verluste seien prinzipiell bis zum Verzehr der haftenden Eigenmittel möglich. Damit wird der Stille Einleger gerade nicht durch das Einspringen des Trägers aufgrund der Anstaltslast in seinem Vermögensinteressen geschützt. Angesichts der Tatsache, dass Kapitalgeber von Eigenmitteln nicht in den Schutzbereich von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung fallen, hat die gestärkte bzw. konstant gehaltene individuelle Finanzkraft der Helaba aus der Sicht des Jahres 1998 nach Auffassung der Kommission einen positiven Einfluss auf die zukünftigen Konditionen, zu denen die Helaba weitere Eigenmittel wie Stille Einlagen aufnehmen konnte.
- (155) Die Kommission schlussfolgert, dass die erhebliche Verbesserung der aufsichtsrechtlichen Kernkapitalquote, die durch die sofortige Einbuchung der Stillen Einlage 1998 realisiert wurde, einen zumindest aus ex-ante Sicht potenziell entscheidenden Faktor für die Beurteilung der individuellen Finanzkraft und der künftigen Finanzierungsbedingungen und damit einen Vorteil für die Helaba darstellte, unabhängig von der Frage, ob dieser Betrag zur Unterlegung von Wettbewerbsgeschäft benutzt wurde. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber, der durch die sofortige Einbuchung des gesamten einzubringenden Kapitals in die Bilanz dieses in voller Höhe einem Verlustrisiko im Konkursfalle aussetzte, hätte eine dieses Verlustrisiko widerspiegelnde angemessene Vergütung verlangt. Auf der anderen Seite hätte sich die Helaba aufgrund des für sie zumindest potenziell bestehenden Vorteils, dessen tatsächliche Verwirklichung von im Jahre 1998 noch nicht vollständig vorhersehbaren zukünftigen Entwicklungen abhing, auf eine Vergütung eingelassen. Die Kommission schließt sich also in diesem Punkt vom Grundsatz her und im Ergebnis den Ausführungen des Beschwerdeführers BdB an.

d) **Angemessene Vergütung des eingebrachten Kapitals und Vergleich mit tatsächlich geleisteter Vergütung**

(1) *Beurteilung der Marktüblichkeit der Vergütung, die für das zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts zu verwendende Kapital vereinbart wurde*

(aa) Vorbemerkung

(156) Wie erläutert, erachtet die Kommission die zwischen dem Land Hessen und der Helaba vereinbarte Kapitalmaßnahme als Stille Einlage. Damit ist es für die Überprüfung der Marktangemessenheit der konkret vereinbarten Vergütung maßgeblich, ob diese als im Korridor von am Markt vereinbarten Vergütungen bei wirtschaftlich und rechtlich vergleichbaren Transaktionen über Stille Einlagen liegend angesehen werden kann.

(157) Nach Angaben Deutschlands ist beim Marktvergleich der Stillen Einlage des Landes Hessen jedoch der Gewerbesteuererfolg von — bezogen auf die Stille Einlage der Helaba — 0,26 % p.a. zu berücksichtigen. Auf die Vergütung von 1,4 % habe die Helaba zusätzlich Gewerbesteuer, der das Land Hessen nicht unterliege, zu entrichten, so dass sich eine Gesamtbelastung von 1,66 % p.a. (vor Steuern) ergebe. In Deutschland tätige gewerbliche Investoren zahlen auf Gewinnanteile aus Stillen Beteiligungen Gewerbesteuer. Das Land Hessen unterliege jedoch nicht der Gewerbesteuer. Stattdessen müsse die Helaba die auf die Vergütung der Stillen Einlage entfallende Gewerbesteuer zahlen. Ein marktwirtschaftlich handelnder institutioneller Anleger hätte daher eine höhere Vergütung verlangt als das Land, um seine Belastung mit der Gewerbesteuer auszugleichen. Umgekehrt wäre die Helaba ohne weiteres zur Zahlung des Vergütungsaufschlags an einen solchen Investor bereit gewesen, da es für sie keinen Unterschied mache, ob sie den Aufschlag als Vergütung an den Investor oder als Gewerbesteuer an das Finanzamt zahle.

(158) Wenn der BdB vorbringt, dass die Gewerbesteuer, die zum überwiegenden Teil auch gar nicht an das Land, sondern an die Gemeinde abzuführen sei, kein Vergütungsbestandteil, sondern eine gesetzlich auferlegte Belastung sei, die unabhängig von den Intentionen der Parteien an einen steuerlichen Tatbestand anknüpfe, so ist dies für sich gesehen nach Auffassung der Kommission richtig. Allerdings verkennt der BdB, dass es beim Marktvergleich letztlich nicht darum geht, ob die Gewerbesteuer einen Vergütungsbestandteil oder nicht darstellt. Es geht vielmehr darum, die Sondersituation der Helaba bei Aufnahme der Stillen Einlage des Landes Hessen beim Marktvergleich zu berücksichtigen und dabei insbesondere die hier gegebene besondere Belastung, die bei Aufnahme von Stillen Einlagen von gewerblichen Investoren nicht angefallen wäre, bei dem vorliegend vorzunehmenden Marktvergleich zu berücksichtigen.

(159) Im Ergebnis schließt sich die Kommission daher der Auffassung Deutschlands an, dass beim Marktvergleich

die von der Helaba zu zahlende Gewerbesteuer von 0,26 % p.a. der Vergütung von 1,40 % p.a. hinzuzurechnen ist, was eine Gesamtbelastung von 1,66 % p.a. ergibt. Die Gewerbesteuer lässt sich dabei nach Angaben Deutschlands verhältnismäßig auf die beiden Vergütungskomponenten aufteilen mit 0,23 % p.a. auf die vereinbarte Ausgangsvergütung von 1,2 % p.a. und mit 0,03 % auf den vereinbarten Permanenzzuschlag von 0,2 %. Zum Zwecke des Marktvergleichs ist daher für die Ausgangsvergütung der Satz von 1,43 % p.a. und für den Permanenzzuschlag der Satz von 0,23 % p.a. heranzuziehen.

(bb) Marktüblichkeit der vereinbarten Ausgangsvergütung von 1,2 % p.a. (für Marktvergleich relevanter Satz von 1,43 % p.a. unter Berücksichtigung der Gewerbesteuer)

(160) Die Ausgangsvergütung der in Frage stehenden Stillen Einlage ist, ausgehend von der vom Land Hessen und der Helaba verwendeten Methodik, auf Basis von befristeten, ansonsten aber vergleichbaren, Stillen Einlagen zu bestimmen. Die Frage der angemessenen Vergütung für die Unbefristetheit der Stillen Einlage des Landes Hessen ist im Hinblick auf einen Aufschlag auf diese Ausgangsvergütung separat unter Punkt bb) zu prüfen.

(161) Deutschland hat umfassende Daten über Vergütungen von befristeten Stillen Einlagen um den Einbringungszeitpunkt Ende 1998 herum und danach vorgelegt.

(162) Nach Angaben Deutschlands ist dabei beim Vergleich von Aufschlägen für Stille Einlagen nach dem Referenzzinssatz zu differenzieren. Bezieht sich bei variabler Gesamtvergütung der Vergütungsaufschlag auf den (variablen) Geldmarktzins auf dem Interbankenmarkt (Libor oder Euribor), d. h. dem Refinanzierungssatz für erstklassige Bankadressen, entspricht dieser der Haftungsvergütung für die Stille Einlage ohne Notwendigkeit einer weiteren Anpassung. Bezieht sich hingegen bei fester Gesamtvergütung der Vergütungsaufschlag auf den (festen) Rentenmarktzins (in der Regel die Rendite öffentlicher Anleihen mit zehnjähriger Restlaufzeit), setzt sich der Vergütungsaufschlag aus dem (allgemeinen) Refinanzierungsaufschlag der Bank gegenüber dem Staat zur Beschaffung von Liquidität und der spezifischen Haftungsvergütung für die Stille Einlage zusammen. Zum Vergleich der Haftungsvergütung mit Geldmarkt bezogenen Haftungsvergütungen ist daher in diesem Fall vom Vergütungsaufschlag der Refinanzierungsaufschlag abzuziehen. Bei Sacheinlagen, wie im Falle der Stillen Einlage des Landes Hessen, ist der Vergütungsaufschlag wie bei variabel verzinslichen, Geldmarkt bezogenen Instrumenten hingegen üblicherweise identisch mit der Haftungsvergütung.

(163) Daraus folgt, dass die Vergütung für die Stille Einlage des Landes Hessen als Sacheinlage direkt mit Geldmarkt

bezogenen Vergütungsaufschlägen (d. h. insgesamt variablen Gesamtvergütungen) verglichen werden kann, da diese den Haftungsvergütungen entsprechen. Beim Vergleich mit Rentenmarkt bezogenen Gesamtvergütungen ist hingegen von diesen der Refinanzierungsaufschlag (von

grundsätzlich ca. 20 bis 40 Basispunkten, abgesehen von kurzzeitigen Abweichungen weiter nach unten oder oben, im relevanten Zeitraum nach Angaben Deutschlands⁽²³⁾ abzuziehen, um die spezifische Haftungsvergütung für die Stille Einlage zu ermitteln.

- (164) Auf Basis der von Deutschland mitgeteilten Informationen führt die Kommission den Marktvergleich anhand der in der folgenden Übersicht aufgeführten Vergleichstransaktionen durch, die dem Land Hessen und der Helaba entweder zum Transaktionszeitpunkt Ende 1998 bekannt waren oder, falls sie einige Monate später stattfanden, durch die unmittelbare zeitliche Nähe einen Rückschluss auf die zum Transaktionszeitpunkt Ende 1998 vorherrschenden Marktbedingungen erlauben:

Maßgebliche Vergleichstransaktionen ⁽²⁴⁾						
Beschreibung der Transaktion	Volu-men	Laufzeit	Bonitäts-/Produkt-ratings	Vergü-tungs-auf-schlag p.a. (in bp)	Referenzzinssatz und ggf. Korrektur ⁽²⁵⁾ des Vergütungsaufschlags durch Abzug des Refinanzierungs-auf-schlags	Für Vergleich maß-gebliche Haftungs-vergütung
Stille Einlage der Sparkassen in Hessen und Thüringen in die Helaba vom Dezember 1997	300 Mio. DEM	10 Jahre	BR: Aaa/AAA (wg. staatl Haf-tungen) PR: ?	1,2 %	10-jährige Bundes-anleihe (Korrektur durch Abzug von 20-40 bp)	80-100 bp
Festverzinsliche USD-Tranche der Stillen Einlage in die Deutsche Bank vom Januar 1998	1. Tranche aus 700 Mio. USD	10 Jahre	BR: AAA/Aa1 PR: AA-	80 bp	12-Monats-Libor (keine Korrektur)	80 bp
Variabel verzinsliche USD-Tranche der Stillen Einlage in die Deutschen Bank vom Januar 1998	2. Tranche aus 700 Mio. USD	10 Jahre	BR: AAA/Aa1 PR: AA-	140 bp	10-jährige US-Treasuries (Korrektur durch Abzug von 65 bp ⁽²⁶⁾)	75 bp
Variabel verzinsliche Stille Einlage in die SGZ-Bank vom Oktober 1998	50 Mio. DEM	10 Jahre	BR: A1/A+ PR: ?	120 bp	12-Monats-Libor (keine Korrektur)	120 bp

⁽²³⁾ Siehe Stellungnahme Deutschlands vom 9. April 2003, Anlage 15-16. Die Angaben beziehen sich auf den Refinanzierungsaufschlag für Euro-Banken gegenüber Bundesanleihen sowie den Refinanzierungsaufschlag von Bankschuldverschreibungen (10-jährige Pfandbriefe) gegenüber Bundesanleihen. Mangels Angaben bezüglich des entsprechenden Refinanzierungsaufschlags gegenüber US-Treasuries und aufgrund der grundsätzlichen wirtschaftlichen Vergleichbarkeit verwendet die Kommission den genannten Korridor für Refinanzierungsaufschläge auch für US-Treasuries, da es nicht auf genaue Zahlen, sondern auf die Größenordnung zur Ermittlung des Korridors für die maßgebliche Haftungsvergütung ankommt.

Maßgebliche Vergleichstransaktionen ⁽²⁴⁾

Beschreibung der Transaktion	Volu-men	Laufzeit	Bonitäts-/Produkt-ratings	Vergü-tungs-auf-schlag p.a. (in bp)	Referenzzinssatz und ggf. Korrektur ⁽²⁵⁾ des Vergütungsaufschlags durch Abzug des Refinanzierungs-auf-schlags	Für Vergleich maß-gebliche Haftungs-vergütung
Stille Einlage in die Hypo-Vereinsbank vom Dezember 1998	1. Tranche aus 1,2 Mrd. DEM ⁽²⁷⁾	10 Jahre	BR: Aa2, Aa3/ AA- PR: A2	160 bp	DEM-Libor (keine Korrektur)	160 bp
Euro-Tranche der Stillen Einlage in die Dresdner Bank vom Mai 1999	500 Mio. EUR	12 Jahre	BR: Aa1/AA PR: Aa2; A+	165 bp	10-jährige deutsche Bundesanleihe (Korrektur durch Abzug von 20-40 bp)	125-145 bp
USD-Tranche der Stillen Einlage in die Dresdner Bank vom Mai 1999	1 Mrd. USD	32 Jahre	BR: Aa1/AA PR: Aa2; A+	215 bp	30-jährige US-Treasuries (Korrektur durch Abzug von 65 bp ⁽²⁸⁾)	150 bp
Stille Einlage in die Hypo-Vereinsbank vom Mai 1999	500 Mio. EUR	12 Jahre	BR: Aa2, Aa3/ AA- PR: ?	125 bp	12-Monats-Euribor (keine Korrektur)	125 bp
Euro-Tranche des Perpetuals in die Deutsche Bank vom Juli 1999	500 Mio. EUR	unbegrenzt	BR: Aa3/AA PR: A1	Gesamt 6,6 % (entspricht 115 bp)	Entspricht 30-jähriger Bundesanleihe (Korrektur durch Abzug von 20-40 bp)	75-95 bp
USD-Tranche des Perpetuals in die Deutsche Bank vom Juli 1999	200 Mio. USD	unbegrenzt	BR: Aa3/AA PR: A1	Gesamt 7,75 % (entspricht 160 bp)	Entspricht 30-jährigen US-Treasuries (Korrektur durch Abzug von 65 bp)	95 bp

⁽²⁴⁾ Siehe v.a. Stellungnahme Deutschlands vom 9. April 2003, Anlagen 2-4, 8-12, 17-18.

⁽²⁵⁾ Korrektur mittels Abschlags vorgenommen durch Kommission auf Basis der von Deutschland zur Verfügung gestellten Daten.

⁽²⁶⁾ Refinanzierungsaufschlag gegenüber laufzeitgleichen US-Treasuries, siehe Stellungnahme Deutschlands vom 9. April 2003, S. 27.

⁽²⁷⁾ 2. Tranche festverzinslich, aber äquivalente Konditionen.

⁽²⁸⁾ Refinanzierungsaufschlag gegenüber laufzeitgleichen US-Treasuries, siehe Stellungnahme Deutschlands vom 9. April 2003, S. 27.

- (165) Aus der Tabelle über maßgebliche Vergleichstransaktionen ergibt sich ein Korridor für den Marktvergleich maßgeblicher Haftungsvergütungen von 0,75 % bis 1,6 % p.a. Zur Unterstützung dieser Aussage hat Deutschland überdies eine Übersicht der Investmentbank [...] vorgelegt, die die Entwicklung der Haftungsvergütungen von in Euro notierten, kernkapitalfähigen hybriden Kapitalinstrumenten vom Dezember 2001 bis Juli 2004 zeigen⁽²⁹⁾. Die auf alle Ratingklassen bezogene durchschnittliche Haftungsvergütung (als Aufschlag über Libor) bewegt sich danach in diesem Zeitraum in einem Korridor zwischen 2,25 % p.a. (kurzzeitig um den Jahreswechsel 2002/2003 herum) als oberer Begrenzungswert bis etwa 0,8 % p.a. (im Jahre 2004) als unterer Begrenzungswert, wobei ein Satz von knapp 1,5 % p.a. als zeitlicher Durchschnittswert für diese Periode angesehen werden kann. Der jeweilige Wert für mit A oder besser geratete Kreditinstitute liegt nach dieser Übersicht um ca. 10 bis 20 Basispunkte darunter und derjenige für mit BAA-geratete Kreditinstitute um ca. 10 bis in der (kurzzeitigen) Spitze im Frühjahr 2003 ca. 250 Basispunkte darüber.
- (166) Die Kommission ist sich bewusst, dass die in der Tabelle enthaltenen Marktvergütungen methodisch nur einen sehr groben Anhaltspunkt geben können. So unterscheiden sich die Transaktionen in mehrerlei Hinsicht, insbesondere bezüglich des Ratings der begebenden Finanzinstitute, des Volumens und des zugrunde liegenden Referenzzinssatzes. Diese Faktoren üben jeweils einen maßgeblichen Einfluss auf die Preisbildung aus und müssten an sich mittels einer weitergehenden Marktuntersuchung methodisch sauber in ihrem jeweiligen Einfluss auf die Preisbildung quantifiziert werden.
- (167) Für die Zwecke der beihilferechtlichen Beurteilung der Marktmaßigkeit der Stillen Einlage des Landes Hessen kann auf eine solche weitergehende Marktuntersuchung nach Auffassung der Kommission jedoch verzichtet werden. Es genügt, wenn sich die Kommission aufgrund von Tendenzaussagen dessen versichert, dass die vereinbarte Vergütung noch im Marktkorridor liegt.
- (168) So lässt sich festhalten, dass die angegebenen Vergleichstransaktionen vom Volumen her in einem Bereich von unter 50 Mio. DEM (ca. 25 Mio. EUR) bis ca. 1 Mrd. USD (je nach Wechselkurs ca. 1 Mrd. EUR) liegen. Zwar liegt das Volumen der Stillen Einlage des Landes Hessen mit ca. 1,2 Mrd. EUR etwas über diesem Bereich. Die Kommission schließt sich jedoch der Auffassung Deutschlands an, dass die Stille Einlage des Landes Hessen aufgrund des oben dargestellten Stufenmodells mit einer Abfolge von vier kleineren Stillen Einlagen im Umfang von jeweils ca. 150 Mio. EUR und 300 Mio. EUR verglichen werden kann. Die Helaba war nicht auf die sofortige Zufuhr eines derartig
- großen Betrags angewiesen, sondern hätte die Möglichkeit gehabt, gemäß ihrem Geschäftsplan Stille Einlagen dieses Umfangs sukzessive am Markt aufzunehmen. Die Kommission nimmt zur Kenntnis, dass es primär im Interesse Deutschlands lag, dass die Stille Einlage ungeteilt von Anfang an in die Helaba eingelegt werden konnte, um das Fördervermögen nicht aufteilen zu müssen.
- (169) Auf der anderen Seite ist durch die Stille Einlage des Landes Hessen, auch wenn diese als Abfolge mehrerer Stiller Einlagen verstanden wird, der Anteil Stiller Einlagen am Kernkapital der Helaba auf etwa [...] % erhöht worden. Dies ist nach Angabe Deutschlands deutlich höher, als dies gewöhnlich hinsichtlich hybrider Kernkapitalinstrumenten bei privaten Banken beobachtet werden kann⁽³⁰⁾. Die Kommission geht davon aus, dass ein privater Kapitalgeber tendenziell eine umso höhere Vergütung verlangen würde, je höher der Anteil hybriden Kernkapitals gegenüber dem Stammkapital bereits ist, da dann auch die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme von Stillen Einlagen gegenüber dem Stammkapital ansteigt, wenn die betreffende Bank in Schwierigkeiten geraten sollte. Deutschland bestreitet dies, indem es ausführt, dass Stille Einlagen untereinander in der Regel gleichrangig haften und nicht vorrangig die später aufgenommenen Stillen Einlagen. Die Kommission sieht aber unabhängig vom Haftungsverhältnis der Stillen Einlagen untereinander ein erhöhtes Risiko auch darin, dass bei einem höheren Anteil Stiller Einlagen am Kernkapital notwendigerweise die Risikoaktiva der Bank verstärkt durch Stille Einlagen unterlegt werden und damit die Pufferwirkung des Stammkapitals abnimmt, so dass die Wahrscheinlichkeit ihrer Inanspruchnahme im Verlustfalle größer bzw. die Geschwindigkeit ihrer Wiederauffüllung bei verbesserter Ertragskraft verringert wird. Deutschland bringt des Weiteren vor, dass aus Marktdaten nicht ableitbar sei, dass Investoren Stiller Einlagen in Unternehmen mit einem bereits erhöhten Anteil an Stillen Einlagen auch eine höhere Haftungsvergütung verlangen. Die Kommission nimmt dies zur Kenntnis und hält eine methodisch saubere Quantifizierung eines solchen Aufschlags für die Zwecke dieser Entscheidung für nicht darstellbar. Die Kommission sieht dies aber dennoch als Anhaltspunkt dafür, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber zumindest eine Vergütung im unteren Bereich des Marktkorridors nicht akzeptiert hätte.
- (170) Die Kommission hält im Gegensatz zu Deutschland das aufgrund der bestehenden staatlichen Haftungen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bestmögliche Rating der Helaba Ende 1998 von AAA/Aaa für nicht maßgeblich für die Überprüfung der Vergütung der Stillen Einlage. Wie oben näher erläutert, wird der Stille Einleger gerade nicht durch das Einspringen des Trägers aufgrund der Anstaltslast in seinem Vermögensinteressen geschützt.

⁽²⁹⁾ Antwort Deutschlands vom 23. August 2004, Anlage 6.

⁽²⁹⁾ Antwort Deutschlands vom 23. August 2004, Anlage 6.

⁽³⁰⁾ Antwort Deutschlands vom 23. August 2004, S. 11-12. Bei den dort angegebenen [...] privaten Banken Deutschlands, [...], [...] und [...], erhöhte sich dieser Anteil von ca. 5 % im Jahre 1998 bis auf ca. 20-30 % im Jahre 2003. Allerdings liegt der Anteil der Helaba nach Angabe Deutschlands innerhalb der bei Landesbanken beobachtbaren Bandbreite von 33 % bis 72 %.

- (171) Die Kommission schlussfolgert auch hier daraus, dass das auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung basierende Rating nicht als Indiz dafür genommen werden kann, welches Risiko der Investor eingeht. Maßgeblich hierfür ist nach Auffassung der Kommission vielmehr das langfristige Rating ohne staatliche Haftungen. Deutschland legt in diesem Zusammenhang dar, dass ein solches Rating für den Zeitpunkt Ende 1998 nicht ermittelbar gewesen sei, da eine entsprechende Rating-Methodik für Landesbanken insgesamt erst nach den Vereinbarungen über die Abschaffung der staatlichen Haftungen, d. h. nach 2001 bzw. 2002, entwickelt worden sei. Für die Zwecke dieser Entscheidung geht Kommission daher davon aus, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber bei der Helaba von etwa einem ähnlichen Verlustrisiko ausgegangen wäre wie bei einer Investition in eine der für den Marktvergleich aufgeführten privaten Großbanken, deren Rating durchwegs im A-Bereich lag, und nicht von einem reduzierten Risiko entsprechend dem bestmöglichen Rating AAA. Damit erscheint eine Verringerung des angemessenen Vergütungsaufschlags gegenüber den Marktvergleichsdaten nicht angezeigt; letztere können vielmehr direkt herangezogen werden.
- (172) Aus den oben dargestellten Gründen würde die Kommission eine Vergütung der Stillen Einlage des Landes Hessen im unteren Bereich des Marktkorridors für nicht mehr marktkonform halten. Angesichts des ermittelten Marktkorridors für die Haftungsvergütung für Stille Einlagen von 0,75 % bis 1,6 % liegt die maßgebliche Vergleichsgröße für die Stille Einlage des Landes Hessen mit 1,43 % (unter Berücksichtigung des Gewerbesteuerereffekts) jedoch im mittleren bis oberen Bereich. Angesichts dessen sieht die Kommission deshalb hinsichtlich der Ausgangsvergütung keine Anhaltspunkte für eine Begünstigung der Helaba und daher für eine staatliche Beihilfe.
- (cc) Marktüblichkeit des vereinbarten Permanenzzuschlages von 0,2 % p.a. (für Marktvergleich relevanter Satz von 0,23 % p.a. unter Berücksichtigung der Gewerbesteuer)
- (173) Die Stille Einlage des Landes Hessen ist unbefristet und stellt nach internationalem Sprachgebrauch einen *perpetual* dar. Dadurch unterscheidet sie sich von den meisten anderen, von Deutschland zum Vergleich angegebenen, bereits während der 1990er Jahre typischen Transaktionen, die in der Regel eine Laufzeit von 10 oder 12 Jahren aufweisen.
- (174) Durch die Unbefristetheit steigen für einen Kapitalgeber in der abstrakten Betrachtung des Marktes das Ausfallrisiko und das Zinsschwankungsrisiko, welche ein Zuschlag ausgleichen soll, wobei allerdings das Zinsschwankungsrisiko mangels Bereitstellung von Liquidität vorliegend keine Rolle spielt. Ferner hat das Land seine Dispositionsmöglichkeiten bezüglich der Stillen Einlage stärker eingeschränkt, als dies normalerweise bei einer Befristung der Fall gewesen wäre⁽³¹⁾. Die Unbefristung der Stillen Einlage bringt auf der anderen Seite für die Helaba den gesteigerten wirtschaftlichen Wert, dass diese über die oben erwähnte 15 %-Grenze hinaus als Kernkapital anerkannt werden kann und im konkreten Fall auch worden ist. Dies ist durch die oben erwähnte sog. „Erklärung von Sydney“ des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht vom Oktober 1998 klargestellt worden.
- (175) Aus diesen Gründen haben das Land Hessen und die Helaba einen weiteren Aufschlag auf die Ausgangsvergütung, den sog. Permanenzzuschlag, von 0,2 % p.a. vereinbart. Unter Berücksichtigung des oben erläuterten Gewerbesteuerereffekts erhöht sich der für den Marktvergleich maßgebliche Satz auf 0,23 % p.a.
- (176) Bei der Beurteilung, ob dieser Satz von 0,23 % p.a. mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vereinbar ist, kann sich die Kommission nicht bzw. nur sehr eingeschränkt auf Marktdaten aus der Zeit der Transaktion stützen. Nach Angaben Deutschlands waren die Helaba und das Land Hessen bei der Ausgestaltung der Transaktion in gewisser Hinsicht als Marktpioniere tätig, um in Abstimmung mit den zuständigen Bankaufsichts- und Finanzbehörden die Anerkennung als Kernkapital in vollem Umfang über die 15 %-Grenze zu erreichen. Die Transaktion stellte dabei nach Angaben Deutschlands offenbar die erste dieser Art dar. Vergleichsdaten zur Marktüblichkeit des Permanenzzuschlages lagen den Vertragspartnern Ende 1998 noch nicht vor, da sich in dem Zeitraum zwischen der „Erklärung von Sydney“ vom 28. Oktober 1998 und dem 1. Dezember 1998 noch kein transparenter Markt für permanente Stille Einlagen bilden konnte.
- (177) Die Kommission bemerkt zunächst, dass einem öffentlichen Kapitalgeber bzw. einer öffentlichen Bank nicht verwehrt sein kann, sich als Marktpionier zu betätigen. Einem Marktpionier ist im Gegenteil sogar ein höherer Ermessensspielraum bei der Festlegung der Konditionen einzuräumen, als dies bei am Markt bereits etablierten Benchmarks der Fall ist, die den maßgeblichen Marktkorridor bestimmen, anhand dessen der Markttest vorzunehmen ist. Die Kommission kann daher allenfalls prüfen, ob die Festlegung des Permanenzzuschlages wirtschaftlich eindeutig ermessensfehlerhaft war, also etwa auf falschen Erwägungsgründen beruhte.
- (178) Für diese Prüfung sind daher hilfsweise Marktdaten aus späterer Zeit heranzuziehen. Nach Auffassung der Kommission besteht kein Anhaltspunkt, davon auszugehen, dass ein Zuschlag für die Permanenz einer Stillen Einlage sich stark
- ⁽³¹⁾ Dies bedeutet nicht automatisch, dass sich das Land gegenüber der Helaba „auf ewig“ gebunden hat bzw. über die in der stillen Einlage zusammengefassten Mittel nie mehr verfügen kann. Vielmehr kann das Land seine Rechte aus der stillen Einlage — zumindest mit Zustimmung der Helaba — gegen Entgelt auf einen Dritten abtreten. Die Fungibilität der stillen Einlage ist daher nicht notwendigerweise auf Null reduziert.

über die Zeit verändert. Allerdings lassen sich am Markt keine speziellen Daten zur Höhe des Permanenzzuschlages ablesen. Vielmehr hat sich das Instrument des *perpetuals*,

worunter auch die unbefristete Stille Einlage fällt, seit der Erklärung von Sydney vom Oktober 1998, insbesondere jedoch seit 1999, am Markt etabliert.

- (179) Deutschland hat deshalb zur Durchführung des (hilfsweise nachträglichen) Marktvergleichs nicht separate Daten zur Höhe des angemessenen Permanenzzuschlages vorgelegt, sondern vielmehr zur am Markt beobachtbaren Gesamt-Bepreisung von *perpetuals* bzw. unbefristeten Stillen Einlagen seit 1999 (als unbefristet gelten am Markt auch Einlagen mit einer Laufzeit von 30 Jahren oder mehr). Diese Daten sind in der folgenden Tabelle zusammengefasst, wobei die bereits in der obigen Tabelle aufgeführten *perpetuals* aus dem Jahr 1999 der Vollständigkeit halber noch einmal aufgeführt werden:

Maßgebliche Vergleichstransaktionen ⁽³²⁾						
Beschreibung der Transaktion	Volu-men	Laufzeit	Bonitäts-/Pro- dukt-ratings	Vergü-tungs- auf-schlag p.a. (in bp)	Referenzzinssatz und ggf. Korrek- tur ⁽³³⁾ des Ver- gütungs-auf- schlags durch Abzug des Refi- nanzierungs-auf- schlags	Für Vergleich maßgeb-liche Haftungsvergü- tung
USD-Tranche der Stillen Einlage in die Dresdner Bank vom Mai 1999	1 Mrd. USD	32 Jahre	BR: Aa1/AA PR: Aa2; A+	215 bp	30-jährige US-Treasuries (Korrektur durch Abzug von 65 bp ⁽³⁴⁾)	150 bp
Euro-Tranche des Perpetuals in die Deutsche Bank vom Juli 1999	500 Mio. EUR	unbegrenzt	BR: Aa3/AA PR: A1	Fest 6,6 % (entspricht 115 bp)	Entspricht 30-jähriger Bundesanleihe (Korrektur durch Abzug von 20-40 bp)	75-95 bp
USD-Tranche des Perpetuals in die Deutsche Bank vom Juli 1999	200 Mio. USD	unbegrenzt	BR: Aa3/AA PR: A1	Fest 7,75 % (entspricht 160 bp)	Entspricht 30-jährigen US-Treasuries (Korrektur durch Abzug von 65 bp)	95 bp
Deutsche Bank vom Dezember 2003	300 Mio. EUR	unbegrenzt	PR: A2/A	Fest 6,15 % (entspricht 99 bp über Mid-Swaps)	Entspricht Mid-Swaps (keine Korrektur)	99 bp

⁽³²⁾ Siehe v.a. Stellungnahme Deutschlands vom 9. April 2003, Anlagen 2-4, 8-12, 17-18.

⁽³³⁾ Korrektur mittels Abschlags vorgenommen durch Kommission auf Basis der von Deutschland zur Verfügung gestellten Daten.

⁽³⁴⁾ Refinanzierungsaufschlag gegenüber laufzeitgleichen US-Treasuries, siehe Stellungnahme Deutschlands vom 9. April 2003, S. 27.

(180) Die wenigen genannten Vergleichsdaten bei *perpetuals* führen hier zu keiner Veränderung des Marktvergleichskorridors gegenüber befristeten Stillen Einlagen. Aus der ökonomischen Theorie heraus allerdings verlangt ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber selbstverständlich einen Aufschlag für die Permanenz gegenüber einer ansonsten gleichen befristeten Stillen Einlage, um insbesondere das durch die verstärkte bzw. längere Bindung zusätzliche Ausfallrisiko auszugleichen. Aus den vorgelegten Daten folgt aber jedenfalls, dass am Markt für *perpetuals* nicht notwendigerweise eine erheblich höhere Haftungsvergütung als für befristete Stille Einlagen gefordert wird. Dieser Befund, der allerdings statistisch mangels einer hinreichenden Anzahl von Vergleichstransaktionen sicherlich nicht als robust bezeichnet werden kann, spricht darüber hinaus der Argumentation Deutschlands weitere Plausibilität zu, dass die Permanenz nicht die Stille Einlage in ein Kapitalinstrument anderer Art umwandelt, wie es etwa der BdB behauptet hat.

(181) Deutschland hat eine Vergleichsberechnung des Permanenzaufschlags bei der unbefristeten Euro-Transaktion (*perpetual*) der Deutschen Bank vom Juli 1999 gegenüber der befristeten Transaktion der Dresdner Bank vom Mai 1999 vorgelegt⁽³⁵⁾. Der *perpetual* der Deutschen Bank vom Juli 1999 weise eine Gesamtvergütung von 6,6 % p.a. auf (siehe obige Tabelle). Am 1. Juli 1999 habe die Umlaufrendite für 10-jährige Bundesanleihen 4,66 % p.a. betragen, so dass sich der auf diese bezogene Vergütungsaufschlag auf 1,94 % p.a. belaufe⁽³⁶⁾. Die Euro-Tranche 12-jährigen Stillen Einlage der Dresdner Bank vom Mai 1999 werde hingegen mit 1,65 über 10-jährigen Bundesanleihen vergütet. Daraus ergebe sich eine Differenz von 0,29 % p.a. Diese liege nur unwesentlich über dem hier vereinbarten Zuschlag von 0,20 % p.a. (0,23 % p.a. mit Gewerbesteuer-effekt). Die Differenz sei auch deshalb etwas höher, weil die *perpetuals* der Deutschen Bank von Moody's mit A1 schlechter geratet worden seien als die von der Dresdner Bank aufgenommene Stille Einlage mit Aa2 und folglich höher zu vergüten waren.

(182) Die Kommission hält diese Vergleichsrechnung unter Berücksichtigung der eingeschränkten Datenlage im Zeitraum 1998/1999, die dem Land Hessen und der Helaba nicht entgegen gehalten werden können, für plausibel. Der sich aus der Vergleichsrechnung ergebende Wert von 0,29 % liegt nur unwesentlich über dem zwischen dem Land Hessen und der Helaba vereinbarten Permanenzzuschlag mit einem maßgeblichen Satz von 0,23 %. Darüber hinaus wird zumindest ein Teil des erhöhten Differenzbetrags durch Unterschiede beim Produktrating erklärt, die bei

der alternativen Betrachtung einer befristeten versus einer unbefristeten Stillen Einlage der Helaba angesichts der Identität des Emittenten geringer ausfallen dürften.

(183) Aus diesen Gründen hat die Kommission keinen Anhaltspunkt dafür, dass der für den Permanenzzuschlag maßgebliche Vergleichssatz von 0,23 % p.a. unterhalb des Marktkorridors liegt und daher insofern eine Begünstigung für die Helaba, d. h. eine staatliche Beihilfe vorliegen würde.

(dd) Angemessene Berücksichtigung der Liquiditätsnachteile

(184) Den insoweit übereinstimmenden Argumenten Deutschlands, der Helaba und des BdB zu den Liquiditätsnachteilen kann gefolgt werden, als eine „normale“ Kapitalzufuhr an eine Bank dieser sowohl Liquidität als auch eine Eigenmittelbasis verschafft, die aus aufsichtsrechtlichen Gründen zur Ausweitung ihrer Geschäftstätigkeit erforderlich ist. Um das Kapital voll zu nutzen, d. h. um ihre 100 % risikogewichteten Aktiva um den Faktor 12,5 zu erweitern (d. h. 100 dividiert durch den Solvabilitätskoeffizienten von 8 %), muss sich die Bank 11,5-mal auf den Finanzmärkten refinanzieren. Vereinfacht gesagt ergibt die Differenz aus 12,5-mal erhaltenen und 11,5-mal gezahlten Zinsen auf dieses Kapital abzüglich sonstiger Kosten der Bank (z. B. Verwaltungsaufwendungen) den Gewinn auf das Eigenkapital⁽³⁷⁾. Da die Stille Einlage des Landes Hessen der Helaba zunächst keine Liquidität verschafft — weil das übertragene Vermögen und sämtliche Erträge des Fördervermögens gesetzlich der Wohnungsbauförderung vorbehalten sind —, hatte die Helaba zusätzliche Finanzierungskosten in Höhe des Kapitalbetrags, wenn sie die erforderlichen Mittel auf den Finanzmärkten aufnahm, um die Geschäftsmöglichkeiten voll auszuschöpfen, die sich ihr durch das zusätzliche Eigenkapital eröffneten, d. h. um die risikogewichteten Vermögenswerte um das 12,5 fache des Kapitalbetrages auszuweiten (bzw. existierende Vermögenswerte in dieser Höhe zu erhalten)⁽³⁸⁾. Wegen dieser Zusatzkosten, die bei in liquider Form zugeführtem Eigenkapital nicht entstehen, muss zur Ermittlung des angemessenen Entgelts ein entsprechender Abschlag vorgenommen werden. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber kann nicht erwarten, dasselbe Entgelt zu erhalten wie bei der Zuführung von Barkapital.

(185) Anders als der BdB, aber wie Deutschland und die Helaba ist die Kommission jedoch der Auffassung, dass der Bruttorefinanzierungszinssatz abzugsfähig ist. Refinanzierungskosten sind Betriebsaufwendungen und verringern damit das steuerbare Einkommen. Das gleiche gilt aber für

⁽³⁷⁾ In der Realität ist die Situation natürlich weitaus komplizierter, z. B. wegen außerbilanzmäßiger Posten, unterschiedlicher Risikogewichte für Aktiva und Posten mit Null-Risiko. Der Kern der Überlegung indes bleibt davon unberührt.

⁽³⁸⁾ Die Situation bleibt die gleiche, wenn man die Möglichkeit in Betracht zieht, ergänzende Eigenmittel bis zur Höhe der Basiseigenmittel aufzubringen (Faktor 25 statt 12,5 für die Basiseigenmittel).

⁽³⁵⁾ Stellungnahme Deutschlands vom 9. April 2004, S. 28.

⁽³⁶⁾ Der Vergütungsaufschlag des *perpetuals* der Deutschen Bank (vereinbarte Festvergütung von 6,60 %) wird hier mit 1,94 % p.a. auf die 10-jährige Bundesanleihe bezogen, um ihn mit dem der auf 12 Jahre befristeten stillen Einlage der Dresdner Bank (1,65 % über 10-jährigen Bundesanleihen) besser vergleichbar zu machen und daher eine Vorstellung von der Höhe des Permanenzaufschlags zu bekommen. In der obigen Tabelle wird der Vergütungsaufschlag desselben *perpetuals* dagegen mit 1,15 % p.a. auf 30-jährige Bundesanleihen bezogen, da diese den relevanten Betrachtungszeitraum darstellen (30 Jahre gelten am Markt als „quasi-permanent“). Der auf 30-jährige Bundesanleihen bezogene Vergütungsaufschlag ist niedriger, da bei normaler Zinskurve, so wie vorliegend, längerfristige (30-jährige) Anleihen höher rentieren als kürzerfristige (10-jährige) und damit einen höheren Abzugsposten von der vereinbarten Festvergütung von 6,60 % p.a. darstellen.

die Vergütung für eine von Anfang an in liquider Form eingebrachte Stille Einlage. Im Vergleich zu dieser, die, wie oben dargelegt, den angemessenen Markttest liefert, tritt somit kein weiterer Steuervorteil ein. Das Nettoergebnis der Bank verringert sich also in beiden Fällen um den Betrag der für die Liquidität gezahlten Zinsen. Damit sind die gesamten Refinanzierungskosten abzugsfähig.

(186) Diese Sachlage unterscheidet die Helaba maßgeblich von der WestLB und den anderen Landesbanken, die ebenfalls Gegenstand von Prüfverfahren waren, da bei Letzteren die Fördervermögen jeweils als Rücklagen in der Bilanz verbucht sind und die gesamte Vergütung als Gewinnverwendung, nicht jedoch als Betriebsausgabe, anzusehen ist und deshalb aus dem versteuerten Gewinn zu begleichen ist. Bei den anderen tritt daher ein Steuervorteil ein, wenn die Kosten für die ein Mal mehr zu beschaffende Liquidität als Betriebsausgabe von der Steuer absetzbar sind, während dies bei einer von Anfang an baren, ansonsten aber identischen Investition, die den relevanten Vergleichsmaßstab darstellt, nicht der Fall wäre.

(187) Mangels (weiteren) Steuervorteils ist folglich von der Helaba nur die Vergütung für das Risiko zu bezahlen, dem das Land Hessen sein Fördervermögen in Form der Stillen Einlage aussetzt, d. h. die in Basispunkten ausgedrückte Haftungsvergütung über dem maßgeblichen Referenzzinssatz.

(2) *Ermittlung einer Mindestvergütung für das zur Unterlegung des Fördergeschäfts benötigte Kapital sowie für das aufgrund des sog. Stufenmodells zunächst nicht zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts verwendete Kapital*

(188) In der WestLB-Entscheidung von 1999 hat die Kommission für den in der Bilanz gebuchten Betrag, der aber nicht zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts genutzt werden konnte, eine Avalprovision von 0,5-0,6 % vor Steuern bzw. 0,3 % nach Steuern auferlegt. Diese Avalprovision richtet sich nach dem Satz von 0,3 % vor Steuern, den Deutschland als angemessene Avalprovision für eine Bank wie die WestLB Ende 1991 genannt hatte. Die Kommission erhöhte diesen Satz auf 0,5 bis 0,6 % vor Steuern (entspricht 0,3 % nach Steuern) aus zwei Gründen. Zum einen sei der bei der WestLB in Frage stehende Betrag von 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR) über dem gelegen, was normalerweise durch derartige Bankbürgschaften abgedeckt werde. Zum anderen seien Bankbürgschaften üblicherweise mit bestimmten Transaktionen verknüpft und befristet.

(189) Im vorliegenden Prüfverfahren zur Helaba ersuchte die Kommission Deutschland ebenfalls, eine Avalprovision zu nennen, die für eine Bank wie die Helaba als marktüblich erachtet werden kann. Deutschland kam diesem Ersuchen nicht nach, sondern machte geltend, dass Avale immer nur für bestimmte Transaktionen ausgestellt würden und es daher auch keinen Markt gebe, dem die Vergütung für derartige Avale entnommen werden könnte. Sollte die Kommission aber trotz der genannten Einwände eine Vergütung verlangen, könne die Höhe dieser Vergütung nach Auffassung Deutschlands nur individuell unter Berücksichtigung des spezifischen Risikos bemessen werden, welches das Land bei dieser Betrachtungsweise in Ansehung der Differenzbeträge eingegangen sei. Da das geplante Wachstum der Risikoaktiva mit lediglich [...] Mio. DEM pro Jahr eine im Vergleich zur WestLB zurückhaltende

Wachstumspolitik darstelle, müsse die sehr geringe Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme des sich jährlich verringenden Differenzbetrags durch Gläubiger der Bank in jedem Fall zum Ansatz einer sehr geringen Haftungsvergütung führen. Ferner habe die Helaba die voll zu vergütenden Stufenbeträge nur teilweise belegt und im Gegensatz zur WestLB die aufsichtsrechtlichen Mindestquoten für das Kernkapital deutlich übererfüllt, so dass die Geschäftsrisiken der Helaba bereits dadurch mehr als ausreichend abgedeckt waren. Diese Sicherheitsmarge schließe eine Übertragung sowohl des Grundvergütungssatzes von 0,3 % p.a. vor Steuern als auch einen Aufschlag auf diesen Satz von 0,2 bis 0,3 % p.a. vor Steuern aus der WestLB-Entscheidung (dort insgesamt 0,3 % p.a. nach Steuern) auf den Fall der Helaba aus.

(190) Aus diesem Grunde sieht sich die Kommission veranlasst, selbst eine angemessene Avalprovision für eine Bank wie die Helaba festzulegen. Aufgrund der grundsätzlichen Vergleichbarkeit von WestLB und Helaba sowie mangels anderer Anhaltspunkte geht die Kommission vorliegend davon aus, dass wie im Fall WestLB ein Basissatz von 0,3 % p.a. vor Steuern als angemessen angesehen werden kann. Aufschläge auf diesen Satz sind nach Auffassung der Kommission jedoch nicht angezeigt. Zum einen ist der Betrag der Stillen Einlage im Bereich von 50 bis 100 Mio. EUR, der auf Dauer zur Unterlegung des Fördergeschäfts vorgesehen ist, wesentlich geringer als der entsprechende Betrag von ca. 1,7 Mrd. EUR im Falle WestLB. Zum anderen war der Betrag, der gemäß dem Stufenmodell nicht zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts benutzt werden konnten, als Folge des Stufenmodells zeitlich beschränkt und nahm entsprechend bis 2003 auf Null ab. Dieser Sachverhalt zeigt deutlich, dass das Risiko des Landes Hessen nicht höher war als im Falle einer marktüblichen Bürgschaft zugunsten einer Bank wie der Helaba und somit eine Erhöhung des Basissatzes von 0,3 % p.a. vor Steuern nicht rechtfertigt. Da die Vergütung für die gesamte Stille Einlage als Betriebsausgabe von der Steuer absetzbar und sich auch in diesem Punkt von der steuerlichen Behandlung der Vergütung in der WestLB-Entscheidung unterscheidet, legt die Kommission die Avalprovision in dieser Entscheidung als Vor-Steuer-Satz fest, der in voller Höhe als Betriebsausgabe geltend gemacht werden kann.

e) **Das Beihilfenelement**

(191) Wie oben dargelegt, hält die Kommission ein Entgelt von 0,3 % p.a. vor Steuern für den Teil des Kapitals, der von der Helaba nicht zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts verwendet werden konnte, aber mit Wirkung zum 31. Dezember 1998 in der Bilanz der Helaba verbucht wurde, für angemessen.

(192) Die Helaba zahlt ein Entgelt von 1,4 % p.a. allein auf den Betrag, der gemäß dem sog. Stufenmodell mit Risikoaktiva belegbar ist, nicht jedoch auf den in der Bilanz verbuchten, aber nicht zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts verwendeten Teil der Stillen Einlage.

- (193) Das Beihilfeelement kann daher als das Produkt aus der von der Kommission als marktüblich angesehenen Avalprovision von 0,3 % p.a. vor Steuern und dem in der Bilanz verbuchten, aber nicht zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts verwendeten Teil der Stillen Einlage ermittelt werden, gemäß dem folgenden Schaubild:

Jahresendwerte in Mio. EUR	1999	2000	2001	2002	2003
1) Nennwert in der Bilanz	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
2) Nach dem sog. Stufenmodell durch Wettbewerbsgeschäfts tatsächlich belegbares Kernkapital	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
3) Durch Fördergeschäft belegtes Kernkapital	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
4) Durch Wettbewerbsgeschäft belegbares, aber nach dem sog. Stufenmodell vereinbarungsgemäß nicht zu belegendes Kernkapital	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
5) Differenz von 1) und 2), entspricht Summe von 3) und 4)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
6) Sicherheitsabschlag aufgrund niedrigerer vorläufiger Festsetzung in Bilanz zum 31.12.1998 (*)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
7) mit Avalprovision von 0,3 % p.a. (vor Steuern) zu vergütende Kapitalbasis	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
8) als Betriebsausgabe abzugsfähige zu zahlende Vergütung, entspricht Beihilfeelement	1,92	1,95	1,34	0,73	0,15

(*) Zu 6) Sicherheitsabschlag aufgrund niedrigerer vorläufiger Festsetzung in Bilanz zum 31. Dezember 1998: Nach Angaben Deutschlands⁽³⁹⁾ sei der Anerkennungsprozess durch die Bankenaufsicht zum 31.12.1998 noch nicht abgeschlossen gewesen, so dass zunächst ein Wert von 1 023 Mio. EUR (2 000 Mio. DEM) in die Bilanz eingestellt worden sei. Der aus dem Bewertungsprozess hervorgehende Wert von 1 264 Mio. EUR sei unmittelbar nach Bewertung eingebucht worden und habe demnach Eingang in den Jahresabschluss für das Jahr 1999 gefunden. Die Kommission hält es angesichts dieses Vorgangs für angezeigt, zugunsten der Helaba einen Sicherheitsabschlag von der zu vergütenden Kapitalbasis für das Jahr 1999 vorzunehmen. Gläubiger der Helaba legten der Bonitätsbeurteilung während des Jahres 1999 die Zahlen des Jahresabschluss 1998 zugrunde mit dem vorläufig eingestellten, niedrigeren Betrag der Stillen Einlage von 1 023 Mio. EUR. Folglich ist im Jahre 1999 nur die Differenz zwischen diesem Betrag und dem nach dem Stufenmodell zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts nutzbaren Kernkapital mit der Avalprovision von 0,3 % p.a. (vor Steuern), also [...] Mio. EUR, zu vergüten. Für die folgenden Jahre entspricht der Wert in der Vorjahresbilanz dem in der Jahresbilanz genannten Wert der Stillen Einlage.

⁽³⁹⁾ Siehe Antwort Deutschlands vom 23. August 2004, S. 6-7.

f) **Zwischenergebnis**

(194) Die Kommission gelangt somit zu dem Ergebnis, dass die Helaba nur insoweit begünstigt ist, als sie für den Teil des in Form einer Stillen Einlage des Landes Hessen zur Verfügung gestellten Kapitals, der zur Unterlegung des Fördergeschäfts benötigt wurde, sowie für den Teil, der aufgrund des Stufenmodells zunächst nicht zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts verwendet wurde, keine angemessene Haftungsvergütung gezahlt hat. Nach Auffassung der Kommission wäre hier eine Haftungsvergütung von 0,3 % p.a. (vor Steuer) angemessen gewesen. Soweit das Kapital zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts genutzt werden konnte, wurde dieses hingegen mit der diesbezüglich vereinbarten Vergütung von 1,43 % p.a. (unter Berücksichtigung der Gewerbesteuer) für die Stille Einlage angemessenen vergütet. Eine Begünstigung liegt insoweit nicht vor.

1.3. VERFÄLSCHUNG DES WETTBEWERBS UND BEEINTRÄCHTIGUNG DES HANDELS ZWISCHEN DEN MITGLIEDSTAATEN

(195) Durch die Liberalisierung der Finanzdienstleistungen und die Integration der Finanzmärkte ist das Bankgewerbe in der Gemeinschaft zunehmend gegen Wettbewerbsverfälschungen empfindlich. Diese Entwicklung verschärft sich derzeit noch im Zuge der Wirtschafts- und Währungsunion, durch die die verbleibenden Wettbewerbshemmnisse auf den Märkten für Finanzdienstleistungen abgebaut werden.

(196) Die begünstigte Helaba ist sowohl regional wie auch international im Bankgewerbe tätig. Die Helaba versteht sich als universelle Geschäftsbank, Sparkassenzentralbank und als Staats- und Kommunalbank. Trotz ihres Namens, ihrer Tradition und ihrer gesetzlich geregelten Aufgaben ist die Helaba keineswegs nur eine Lokal- oder Regionalbank.

(197) Damit zeigt sich eindeutig, dass die Helaba Bankdienstleistungen im Wettbewerb mit anderen europäischen Banken außerhalb Deutschlands und — da Banken aus anderen europäischen Ländern in Deutschland tätig sind — innerhalb Deutschlands erbringt. Es steht deshalb fest, dass Beihilfen an die Helaba den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

1.4. ERGEBNIS

(198) Soweit die Helaba für den Teil des zur Verfügung gestellten Kapitals, der zur Unterlegung des Fördergeschäfts benötigt wurde sowie aufgrund des Stufenmodells zunächst nicht zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts verwendet wurde, keine angemessene Haftungsvergütung gezahlt hat, liegen alle Voraussetzungen einer staatliche Beihilfe im Sinne des Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag vor. Im Hinblick auf den Teil des Kapitals, der zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts verwendet wurde, ist die allein auf diesen Betrag zu leistende Vergütung von 1,43 % p.a. (unter Berücksichtigung der Gewerbesteuer) als noch marktüblich

anzusehen. Insoweit liegt keine Begünstigung und damit auch keine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag zugunsten der Helaba vor.

2. VEREINBARKEIT MIT DEM GEMEINSAMEN MARKT

(199) Soweit die Einbringung der Stillen Einlage staatliche Beihilfen im Sinne des betreffenden Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag beinhaltet, ist zu untersuchen, ob die Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann.

(200) Keine der Ausnahmebestimmungen des Artikels 87 Absatz 2 EG-Vertrags ist anwendbar. Die Beihilfe hat weder sozialen Charakter noch wird sie einzelnen Verbrauchern gewährt. Ebenso wenig werden durch sie Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind, beseitigt oder durch die Teilung Deutschlands verursachte wirtschaftliche Nachteile ausgeglichen.

(201) Da die Beihilfe keine regionale Zielsetzung hat — sie ist weder zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten mit einer außergewöhnlich niedrigen Lebenshaltung oder einer erheblichen Unterbeschäftigung noch für die Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftsgebiete bestimmt — gelten weder Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe a noch die regionalen Aspekte von Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag. Mit der Beihilfe wird auch kein wichtiges Vorhaben von gemeinsamem Europäischen Interesse gefördert. Die Förderung der Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes sind ebenso wenig Ziel der Beihilfe.

(202) Da der wirtschaftliche Fortbestand der Helaba nicht auf dem Spiele stand, als die Maßnahme durchgeführt wurde, stellt sich nicht die Frage, ob der Zusammenbruch eines einzigen großen Kreditinstituts wie der Helaba in Deutschland zu einer generellen Krise des Bankensektors führen könnte, was aufgrund von Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b EG-Vertrag eine Beihilfe zur Behebung einer beträchtlichen Störung im deutschen Wirtschaftsleben rechtfertigen könnte.

(203) Gemäß Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag können Beihilfen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden, wenn sie die Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige fördern. Dies könnte grundsätzlich auch für Umstrukturierungsbeihilfen im Bankensektor gelten. Im vorliegenden Fall aber sind die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Ausnahmebestimmung nicht gegeben. Die Helaba war kein Unternehmen in Schwierigkeiten, dessen Wiedererlangung der Rentabilität durch staatliche Beihilfen unterstützt werden sollte.

(204) Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag, der unter bestimmten Umständen Ausnahmen von den Bestimmungen des EG-

Vertrags über staatliche Beihilfen zulässt, gilt grundsätzlich auch für den Sektor der Finanzdienstleistungen. Die Kommission hat dies in ihrem Bericht über „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Bankensektor“ bestätigt⁽⁴⁰⁾. Die formalen Voraussetzungen hierfür sind vorliegend nicht erfüllt: Weder wurden die Aufgaben, die die Helaba für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse leistet, noch die Kosten, die aus dieser Tätigkeit entstehen genau angegeben. Daher ist klar, dass die Übertragung ohne Bezug zu irgendwelchen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durchgeführt. Deswegen ist im vorliegenden Falle auch diese Ausnahmebestimmung nicht anwendbar.

- (205) Da keine der Ausnahmen von dem grundsätzlichen Verbot staatlicher Beihilfen nach Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag greift, kann die vorliegende Beihilfe nicht als mit dem Vertrag vereinbar angesehen werden.

3. KEINE BESTEHENDE BEIHILFE

- (206) Entgegen dem Vorbringen Deutschland in anderen Landesbanken-Verfahren kann die Kapitalzufuhr auch nicht als von der bestehenden Beihilferegulation Anstaltslast und Gewährträgerhaftung abgedeckt angesehen werden, sondern ist vielmehr als neue Beihilfe anzusehen.
- (207) Zum einen ist der Tatbestand der Gewährträgerhaftung als einer Ausfallhaftung gegenüber Gläubigern für den Fall, dass das Vermögen der Bank zu deren Befriedigung nicht mehr ausreicht, von vornherein nicht erfüllt. Die Kapitalzufuhr richtet sich weder auf die Befriedigung der Gläubiger der Landesbank noch war das Vermögen der Landesbank erschöpft.
- (208) Zum anderen greift auch der Tatbestand der Anstaltslast nicht ein. Die Anstaltslast verpflichtet den Anstaltsträger, den Sparkassenverband Hessen-Thüringen, die Helaba mit den Mitteln auszustatten, die für den ordnungsgemäßen Betrieb der Helaba erforderlich sind, sofern er sich für deren Fortführung entscheidet. Die Helaba war zum Zeitpunkt der Kapitalzuführung aber keineswegs in einer Lage, in der ein ordnungsgemäßer Betrieb etwa mangels ausreichender eigener Mittel nicht mehr möglich war. Die Kapitalzuführung war also zur Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Betriebs der Landesbank nicht erforderlich. Die Landesbank konnte daher im Sinne eines bewussten wirtschaftlichen Kalküls des Landes als (Mit-)Eigentümer auch künftig Marktchancen im Wettbewerb wahrnehmen. Auf eine solche normale wirtschaftliche Entscheidung des Landes als (Mit-)Eigentümer ist die „Notvorschrift“ der Anstaltslast allerdings nicht anwendbar. Mangels einer anderen anwendbaren bestehenden Beihilferegulation gemäß Artikel 87 Absatz 1, Artikel 88 Absatz 1 EG-Vertrag ist die

Kapitalzufuhr daher als neue Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1, Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag einzuordnen und entsprechend zu untersuchen.

VII. SCHLUSSFOLGERUNG

- (209) Die genannte Beihilfe kann weder gemäß Artikel 87 Absatz 2 bzw. Absatz 3 noch gemäß einer anderen Bestimmung des EG-Vertrags als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden. Demnach sollte die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt und das Beihilfeelement der rechtswidrigen Maßnahme von Deutschland zurückgefordert werden –

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

1. Der Verzicht auf eine angemessene Vergütung in Höhe von 0,3 % p.a. (vor Unternehmenssteuern) für den Teil des vom Land Hessen auf die Landesbank Hessen-Thüringen — Girozentrale übertragenen Kapitals, den diese ab dem 31. Dezember 1998 als Garantie nutzen kann, ist eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe.

2. Die in Absatz 1 genannte Beihilfe beläuft sich für den Zeitraum vom 31. Dezember 1998 bis zum 31. Dezember 2003 auf 6,09 Mio. EUR.

Artikel 2

1. Deutschland schafft die in Artikel 1 Absatz 1 genannte Beihilfe bis spätestens 31. Dezember 2004 ab.

2. Deutschland ergreift alle notwendigen Maßnahmen, um die in Artikel 1 Absatz 1 genannte, rechtswidrig zur Verfügung gestellte Beihilfe von der Empfängerin zurückzufordern. Der zurückzufordernde Betrag umfasst Folgendes:

- für den Berechnungszeitraum 31. Dezember 1998 bis 31. Dezember 2003 den in Artikel 1 Absatz 2 genannten Betrag;
- für den Berechnungszeitraum vom 1. Januar 2004 bis zum Zeitpunkt der Abschaffung der Beihilfe, einen Betrag, der nach Maßgabe der in Artikel 1 Absatz 1 genannten Berechnungsmethode ermittelt wird.

Artikel 3

Die Rückforderung erfolgt unverzüglich und nach dem nationalen Verfahren, sofern hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung dieser Entscheidung ermöglicht wird.

Der zurückzufordernde Betrag umfasst Zinsen, die von dem Zeitpunkt, ab dem die rechtswidrige Beihilfe der Empfängerin zur Verfügung stand, bis zu ihrer tatsächlichen Rückzahlung zahlbar sind.

⁽⁴⁰⁾ Dieser Bericht wurde dem Rat Wirtschaft und Finanzen am 23. November 1998 vorgelegt, allerdings nicht veröffentlicht. Er ist bei der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission erhältlich, ebenso wie auf der Internet-Webseite der Kommission.

Die Zinsen werden gemäß den Bestimmungen des Kapitels V der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission ⁽⁴¹⁾ berechnet.

Artikel 4

Deutschland teilt der Kommission innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung unter Benutzung des im Anhang aufgeführten Fragebogens die zu deren Durchführung ergriffenen Maßnahmen mit.

Artikel 5

Diese Entscheidung ist an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet.

Brüssel, den 20. Oktober 2004.

Für die Kommission
Neelie KROES
Mitglied der Kommission

⁽⁴¹⁾ ABl. L 140 vom 30.4.2004, S. 1.