

Amtsblatt

der Europäischen Union

L 307

Ausgabe
in deutscher Sprache

Rechtsvorschriften

49. Jahrgang
7. November 2006

Inhalt

I Veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte

.....

II Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte

Kommission

2006/736/EG:

- ★ **Entscheidung der Kommission vom 20. Oktober 2004 über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Landesbank Berlin — Girozentrale** (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3924) ⁽¹⁾ 1

2006/737/EG:

- ★ **Entscheidung der Kommission vom 20. Oktober 2004 über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Westdeutschen Landesbank — Girozentrale, jetzt WestLB AG** (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3925) ⁽¹⁾ 22

2006/738/EG:

- ★ **Entscheidung der Kommission vom 20. Oktober 2004 über eine staatliche Beihilfe Deutschlands zugunsten der Norddeutschen Landesbank — Girozentrale** (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3926) ⁽¹⁾ 58

2006/739/EG:

- ★ **Entscheidung der Kommission vom 20. Oktober 2004 über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Bayerischen Landesbank — Girozentrale** (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3927) ⁽¹⁾ 81

2006/740/EG:

- ★ **Entscheidung der Kommission vom 20. Oktober 2004 über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Hamburgischen Landesbank — Girozentrale, jetzt HSH Nordbank AG** (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3928) ⁽¹⁾ 110

2006/741/EG:

- ★ **Entscheidung der Kommission vom 20. Oktober 2004 über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Landesbank Schleswig-Holstein — Girozentrale, jetzt HSH Nordbank AG** (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3930) ⁽¹⁾ 134

Preis: 38 EUR

⁽¹⁾ Text von Bedeutung für den EWR

(Fortsetzung umseitig)

DE

Bei Rechtsakten, deren Titel in magerer Schrift gedruckt sind, handelt es sich um Rechtsakte der laufenden Verwaltung im Bereich der Agrarpolitik, die normalerweise nur eine begrenzte Geltungsdauer haben.

Rechtsakte, deren Titel in fetter Schrift gedruckt sind und denen ein Sternchen vorangestellt ist, sind sonstige Rechtsakte.

2006/742/EG:	
★ Entscheidung der Kommission vom 20. Oktober 2004 über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Landesbank Hessen-Thüringen — Girozentrale (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3931) ⁽¹⁾	159
2006/743/EG:	
★ Entscheidung der Kommission vom 25. Januar 2006 über die staatliche Beihilfe der Niederlande zugunsten von AZ und AZ Vastgoed BV (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 80) ⁽¹⁾	194
2006/744/EG:	
★ Entscheidung der Kommission vom 8. März 2006 über die staatliche Beihilfe Deutschlands an Magog Schiefergruben GmbH & Co. KG (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 641) ⁽¹⁾	196
2006/745/EG:	
★ Entscheidung der Kommission vom 8. März 2006 über die staatliche Beihilfe — Frankreich — Beihilfe zur Rettung und Umstrukturierung des Unternehmens Air Lib (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 649) ⁽¹⁾	205
2006/746/EG:	
★ Entscheidung der Kommission vom 4. April 2006 über die Beihilfe, die die Niederlande im Rahmen des Projekts Marktpassageplan in Haaksbergen zu gewähren beabsichtigen Staatliche Beihilfe Nr. C 33/2005 (ex N 277/2004) (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 1184) ⁽¹⁾	207
2006/747/EG:	
★ Entscheidung der Kommission vom 26. April 2006 über die von Frankreich geplante staatliche Beihilfe zugunsten von Euromoteurs (C 1/2005 (ex N 426/2004)) (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 1540) ⁽¹⁾	213
2006/748/EG:	
★ Entscheidung der Kommission vom 4. Juli 2006 über die von Portugal angewendete staatliche Beihilfe Nr. C 30/2004 (ex N 34/2004), mit der Veräußerungsgewinne aus bestimmten Vorgängen/ Transaktionen öffentlicher Unternehmen von der Körperschaftssteuer befreit werden (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 2950) ⁽¹⁾	219



⁽¹⁾ Text von Bedeutung für den EWR

II

(Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte)

KOMMISSION

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 20. Oktober 2004

über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Landesbank Berlin — Girozentrale

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3924)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2006/736/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,

nachdem der Mitgliedstaat und andere Beteiligte auf der Grundlage der vorerwähnten Bestimmungen zur Stellungnahme aufgefordert worden sind ⁽¹⁾ und gestützt auf ihre Bemerkungen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. VERFAHREN

- (1) Gegenstand des Verfahrens ist die Übertragung Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin einschließlich ihres Vermögens auf die Landesbank Berlin — Girozentrale durch das Land Berlin. Das Verfahren steht im Zusammenhang mit sechs weiteren Verfahren gegen Deutschland wegen Vermögensübertragungen auf Landesbanken, insbesondere der Westdeutschen Landesbank Girozentrale („WestLB“).
- (2) Die Kommission übermittelte Deutschland am 12. Januar 1993 ein Auskunftersuchen bezüglich der Umstände und Gründe einer Kapitalerhöhung bei der WestLB durch die Integration der Wohnungsbauförderanstalt („WfA“) sowie ähnlicher Erhöhungen von Eigenmitteln der Landesbanken anderer Bundesländer. Deutschland übermittelte Antwortschreiben im März und September 1993, in der die Übertragung der Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin auf die Landesbank Berlin — Girozentrale beschrieben wurde.

Weitere Informationen wurden von der Kommission im November und Dezember 1993 angefordert und von Deutschland im März 1994 übermittelt. Im erstgenannten dieser beiden Auskunftersuchen der Kommission wurde Berlin explizit erwähnt.

- (3) 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 mit Ablauf des 31. Dezember 1992 die Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin („WBK“) einschließlich ihres Vermögens auf die Landesbank Berlin — Girozentrale überführt wurde, wobei gleichzeitig die Aufgaben der WBK auf die zuvor gegründete und als Abteilung der Landesbank Berlin geführte Investitionsbank Berlin („IBB“) übergingen. Der BdB sah in der damit verbundenen Erhöhung der Eigenmittel der Landesbank Berlin 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. Die Beschwerde bezog sich des Weiteren auf ähnliche Vermögensübertragungen zugunsten der Westdeutschen Landesbank, der Norddeutschen Landesbank, der Landesbank Schleswig-Holstein, der Hamburger Landesbank bzw. der Bayerischen Landesbank. Im Februar und März 1995 und Dezember 1996 traten mehrere einzelne Banken der Beschwerde ihres Verbandes bei.

⁽¹⁾ ABl. C 239 vom 4.10.2002, S. 12.

- (4) Die Kommission untersuchte zunächst die Vermögensübertragung auf die WestLB. Mit der Entscheidung 2000/392/EG⁽²⁾ erklärte sie schließlich im Jahr 1999, die Differenz zwischen der gezahlten Vergütung und der marktüblichen Rendite für eine mit dem gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfemaßnahme und ordnete die Rückforderung der Beihilfe an. Diese Entscheidung wurde vom Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften mit Urteil vom 6. März 2003⁽³⁾ wegen unzureichender Begründung von zwei Elementen bei der Bemessung der Höhe der Vergütung aufgehoben, ansonsten aber vollumfänglich bestätigt. Zeitgleich mit dieser Entscheidung erlässt die Kommission in Kenntnis einer Verständigung zwischen dem Beschwerdeführer und allen sieben von entsprechenden Verfahren betroffenen Landesbanken eine neue Entscheidung, die den Kritikpunkten des Gerichts Rechnung trägt.
- (5) Am 1. September 1999 übermittelte die Kommission Deutschland ein Auskunftersuchen, das die Übertragungen auf die anderen Landesbanken, darunter auch die Landesbank Berlin („LBB“), betraf.
- (6) Deutschland übersandte daraufhin mit Schreiben vom 8. Dezember 1999 Informationen zur Übertragung der WBK auf die Landesbank Berlin, die mit Schreiben vom 22. Januar 2001 ergänzt wurden. Ferner wurde die Übertragungsproblematik und mögliche Rückforderung etwaiger Beihilfen im Zusammenhang mit der Prüfung der Umstrukturierungsbeihilfen für die Bankgesellschaft Berlin AG („BGB“), zu der die Landesbank Berlin seit 1994 gehört, zwischen Vertretern Deutschlands und der Kommission erörtert.
- (7) Mit Schreiben vom 2. Juli 2002 teilte die Kommission Deutschland ihren Beschluss mit, wegen der Beihilfe das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu eröffnen.
- (8) Nach einer beantragten und genehmigten Fristverlängerung legte Deutschland mit Schreiben vom 9. September 2002 seine Bemerkungen und zusätzliche Informationen vor. Weitere Fragen wurden auf Zusammenkünften mit Vertretern Deutschlands am 27. September 2002 erörtert.
- (9) Der Beschluss der Kommission über die Eröffnung des Verfahrens wurde am 4. Oktober 2002 im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*⁽⁴⁾ veröffentlicht. Die Kommission forderte die sonstigen Beteiligten zur Stellungnahme auf. Sie erhielt daraufhin Bemerkungen eines Wettbewerbers sowie des BdB; beide wurden im November 2002 zur Stellungnahme an Deutschland weitergeleitet. Die Antwort Deutschlands ging mit Schreiben vom 16. Dezember 2002 ein.
- (10) Auf Aufforderung übermittelte Deutschland weitere Angaben zur potenziellen Beihilfe mit Schreiben vom 22. und 27. Januar 2003, 28. Februar 2003 und 19. August 2003.
- (11) Mit Entscheidung vom 18. Februar 2004 genehmigte die Kommission die Umstrukturierungsbeihilfen zugunsten der Bankgesellschaft Berlin AG, zu der die LBB gehört. Diese Entscheidung deckte auch eine am 23. Dezember 2002 zwischen dem Land Berlin und der BGB geschlossene Vereinbarung über die Behandlung eventueller Rückzahlungsansprüche des Landes Berlin aus dem hier vorliegenden Beihilfeprüfverfahren ab, die als Umstrukturierungsbeihilfe gewertet wurde⁽⁵⁾.
- (12) Die Kommission erbat von Deutschland weitere Information zu allen Landesbanken-Verfahren mit Schreiben vom 7. April 2004 und erhielt darauf Antworten mit Schreiben vom 1. bzw. 2. Juni 2004 sowie am 28. Juni 2004.
- (13) Mit Ablauf des 31. August 2004 wurde die Investitionsbank Berlin (vormals WBK) aus dem Vermögen der LBB abgespalten. Die diesbezügliche detaillierte Dokumentation der gesetzlichen und anderen Regelungen übermittelte Deutschland der Kommission am 25. August 2004.
- (14) Deutschland übermittelte am 27. September 2004 den Entwurf einer Verständigung zwischen dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Berlin und der Landesbank Berlin, die die Kommission in unterschriebener Fassung am 8. Oktober 2004 erreichte. Die Verständigung betrifft die angemessene Vergütung für die zum 1. Januar 1993 übertragenen Anteile auf die LBB. Daneben wurden auch in weiteren fünf Fällen wegen Vermögensübertragungen auf Landesbanken entsprechende Verständigungen abgeschlossen, die der Kommission übermittelt wurden.

II. AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER MASSNAHMEN

1. LANDESBANK BERLIN — GIROZENTRALE („LBB“)

- (15) Die LBB wurde 1990 errichtet und gleichzeitig die damalige Sparkasse der Stadt Berlin West im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf sie überführt. Kurze Zeit später wurde ebenfalls die Sparkasse der Stadt Berlin aus dem Ostteil der Stadt auf die LBB überführt. Seitdem wird das Sparkassengeschäft im Berliner Stadtgebiet als gesonderte, rechtlich unselbständige Abteilung der LBB mit dem Namen „Berliner Sparkasse“ geführt.
- (16) Die LBB ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts mit dem Land Berlin als Anstalts- und Gewährträger. Zum Zeitpunkt der Übertragung der WBK mit Ablauf des Jahres 1992 befand sich die LBB zu 100 % im Eigentum des Landes Berlin, und die LBB hatte eine Bilanzsumme von rund 85 Mrd. DEM sowie knapp 7 000 Mitarbeiter. Die LBB ist eine Universalbank mit den Geschäftsfeldern Privat- und Firmenkundengeschäft (Retailbanking), Immobilienfinanzierung und öffentliche Kunden. Sie ist ebenfalls im Auslandsgeschäft tätig. Im Jahre 1992 bildete das durch die Berliner Sparkasse geführte Retailgeschäft den Schwerpunktbereich der LBB.

⁽²⁾ ABl. L 150 vom 23.6.2000, S. 1.

⁽³⁾ Slg. 2003, S. II-435.

⁽⁴⁾ ABl. C 239 vom 4.10.2002, S. 12

⁽⁵⁾ Randnummer 32 ff sowie 141 der Entscheidung der Kommission über eine Umstrukturierungsbeihilfe zugunsten der Bankgesellschaft Berlin AG (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

- (17) Seit 1994 gehört die LBB zum BGB-Konzern, einer so genannten „Institutsgruppe“, die im selben Jahr durch Zusammenführung mehrerer, ehemals vom Land Berlin kontrollierter Kreditinstitute gegründet wurde. Als Holding ist die BGB mittels einer atypisch stillen Beteiligung von rund 75 % seit 1994 am Vermögen und am Ergebnis der LBB — mit Ausnahme des zentralen Landes-Förderinstituts IBB — beteiligt. Durch Abtretung von Gewinnansprüchen des Landes als Träger der Landesbank an die BGB in 1998 wurde die BGB wirtschaftlich 100 %ige Eigentümerin. Der BGB-Konzern hatte im Jahre 2001 eine Bilanzsumme von knapp 190 Mrd. EUR, im Jahr 2002 von rund 175 Mrd. EUR und im Jahr 2003 von rund 153 Mrd. EUR. Die Bilanzsumme der LBB betrug rund 87 Mrd. EUR im Jahr 2001, rund 85 Mrd. EUR im Jahr 2002 und rund 93 Mrd. EUR im Jahr 2003. Das Land Berlin hält derzeit etwa 81 % der Anteile an der BGB. Andere Anteilseigner sind die Norddeutsche Landesbank mit rund 11 % und die Gothaer Finanzholding AG (Parion Versicherungsgruppe) mit rund 2 %. Etwa 6 % der Anteile sind im Streubesitz.
- (18) Die BGB geriet im Laufe des Jahres 2001, hauptsächlich aufgrund vergangener riskanter Immobiliengeschäfte, in eine akute Krise und war wegen unzureichender Eigenmittel- bzw. Kernkapitalkoeffizienten von aufsichtsrechtlichen Maßnahmen durch das Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen (BAKred, heute BAFin) ⁽⁶⁾ bedroht. Daraufhin erhielt die BGB im August 2001 eine Kapitalzuführung von 2 Mrd. EUR, davon rund 1,8 Mrd. EUR vom Land Berlin, was von der Kommission zunächst als kurzfristige Rettungsbeihilfe genehmigt wurde. Nach der Aufdeckung neuer Risiken erhielt die BGB vom Land Berlin weitere Hilfen, die zusammen mit der Kapitaleinlage als Umstrukturierungsmaßnahmen bei der Kommission angemeldet und von dieser einer eingehenden Prüfung unterzogen wurden ⁽⁷⁾.
- (19) Am 18. Februar 2004 schloss die Kommission das Prüfverfahren ab und genehmigte die Beihilfen mit einem gesamten wirtschaftlichen Wert von etwa 9,7 Mrd. EUR. Diese Entscheidung deckte neben der Kapitalzuführung und der in einer so genannten Risikoabschirmung zusammengefassten weitreichenden Garantien auch eine am 23. Dezember 2002 zwischen dem Land Berlin und der BGB geschlossene Vereinbarung über die Behandlung eventueller Rückzahlungsansprüche des Landes Berlin aus dem hier vorliegenden Beihilfeprüfverfahren („Rückzahlungsvereinbarung“) ab ⁽⁸⁾.
- (20) Diese Vereinbarung regelt für den Fall einer Rückforderungsentscheidung der Kommission in dem hier vorliegenden Verfahren die Verpflichtung des Landes Berlin, als Einlage in die LBB einen Sanierungszuschuss in derjenigen Höhe zu leisten, die erforderlich ist, um eine

Unterschreitung der in der Vereinbarung genannten Kapitalquoten bei der LBB und/oder dem BGB-Konzern durch die drohende Rückzahlungsverpflichtung zu vermeiden ⁽⁹⁾. Diese weitere Maßnahme war im Laufe des Jahres 2002 wegen des erheblichen Risikos einer möglichen Rückforderung für die Wiederherstellung der Rentabilität des BGB-Konzerns für notwendig erachtet worden. Der genaue wirtschaftliche Wert dieser Maßnahme konnte im Rahmen der BGB-Entscheidung nicht bestimmt werden, da das hier vorliegende Prüfverfahren noch nicht abgeschlossen war. Für den Zweck der wettbewerblichen Würdigung der Umstrukturierungsbeihilfen, insbesondere für die Beurteilung der Angemessenheit der von Deutschland angebotenen Gegenleistungen zur Reduzierung der Marktpräsenz, wurde die theoretische Obergrenze dieser Maßnahme mit 1,8 Mrd. EUR kalkuliert.

- (21) Zusammenfassend ist anzumerken, dass die Rückzahlungsvereinbarung bei der Höhe der Gegenleistungen Deutschlands als weitere Beihilfe zugunsten des BGB-Konzerns berücksichtigt wurde, obwohl die Anwendung dieser Vereinbarung auf den Fall einer Rückforderungsentscheidung der Kommission und auf eine dadurch gegebenenfalls bewirkte Unterschreitung der in der Vereinbarung angegebenen Kapitalquoten beschränkt ist.

2. DIE ÜBERTRAGUNG DER WBK AUF DIE LBB

- (22) Im Zuge der Neustrukturierung der Bankbeteiligungen Berlins, die schließlich in die Gründung der BGB-Gruppe 1994 mündete, wurde 1990 zunächst die LBB errichtet, auf die dann die Sparkassen — erst des West-, dann des Ostteils Berlins — übertragen wurden. In einem weiteren Schritt wurde 1992 u. a. vom Land Berlin beschlossen, die IBB als eine organisatorisch und wirtschaftlich selbständige, nicht rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts der LBB und zentrales Förderinstitut des Landes zu errichten. Die WBK war bis dahin eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit dem Land Berlin als Anstalts- und Gewährträger. Ihr oblag die gemeinnützige Aufgabe, Wohnraum zu schaffen und zu erhalten. Die WBK sollte nun mit ihren Aufgaben auf die IBB übergehen, die erweiterte Förderaufgaben, z. B. in den Bereichen Infrastruktur und Umweltschutz erhielt. Die Transaktion erfolgte mit Ablauf des 31. Dezember 1992, wobei die WBK mit ihrem gesamten Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die LBB überführt wurde.
- (23) Bei der Übertragung wurde das Grundkapital der LBB um das ehemalige Grundkapital der WBK in Höhe von 187,5 Mio. DEM erhöht. Dieser Betrag wird seitdem nicht mehr dem Vermögen der IBB zugerechnet. Die Gewinnrücklagen der WBK beliefen sich zum 31. Dezember 1992 auf 1,9058 Mrd. DEM. Diese Gewinnrücklage der WBK wurde und wird als Zweckerücklage der IBB ausgewiesen.
- (24) Das BAKred legte das haftende Eigenkapital der LBB per 31. Dezember 1992 mit 3,127714 Mrd. DEM fest, was einer Erhöhung von 1,902714 Mrd. DEM entsprach. Dabei berücksichtigte das BAKred die Erhöhung des Grundkapitals um 187,5 Mio. DEM und Gewinnrücklagen der

⁽⁶⁾ Seit dem 1. Mai 2002, nach Zusammenfassung von Banken-, Versicherungs- und Börsenaufsicht: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFin).

⁽⁷⁾ Abl. C 141 vom 14.6.2002, S. 2.

⁽⁸⁾ Randnummern 32 ff sowie 141 der Entscheidung der Kommission über eine Umstrukturierungsbeihilfe zugunsten der Bankgesellschaft Berlin AG (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

⁽⁹⁾ Randnummern 32 ff sowie 141 der Entscheidung der Kommission über eine Umstrukturierungsbeihilfe zugunsten der Bankgesellschaft Berlin AG (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

WBK ohne Jahresüberschuss 1992. In den Folgejahren stieg das als Zweckrücklage geführte, haftende Eigenkapital der IBB stetig.

3. KAPITALANFORDERUNGEN NACH DER EIGENMITTEL- UND DER SOLVABILITÄTSRICHTLINIE

- (25) Nach der Richtlinie 89/647/EWG des Rates vom 18. Dezember 1989 über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute⁽¹⁰⁾ (im folgenden „Solvabilitätsrichtlinie“) und der Richtlinie 89/299/EWG des Rates vom 17. April 1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten⁽¹¹⁾ (im folgenden „Eigenmittelrichtlinie“), gemäß denen das Kreditwesengesetz („KWG“) mit der vierten KWG-Novelle, 1993, geändert 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. Da Ergänzungskapital („Klasse-2“-Kapital) nur in Höhe des vorhandenen Kernkapitals zur Unterlegung risikotragender Geschäfte einer Bank anerkannt wird, ist das Kernkapital von entscheidender Bedeutung. Im Rahmen der vierten KWG-Novelle hatten die deutschen Banken seinerzeit bis zum 30.6.1993 ihre Ausstattung mit haftendem Kapital an die neuen Anforderungen anzupassen.

4. AUSWIRKUNGEN DER ÜBERTRAGUNG AUF DIE EIGENKAPITALAUSSTATTUNG DER LBB

- (26) Laut Deutschland waren die neuen Regeln für den Transfer der WBK auf die LBB nicht ausschlaggebend, da die LBB auch ohne die Gewinnrücklage der WBK die neuen Eigenkapitalanforderungen klar erfüllte. Allerdings wurde zu Beginn der 90er Jahre, vor allem in Berlin, von einem Wachstumsschub durch die Vereinigung ausgegangen, der auch im Finanzsektor die Perspektiven einer Geschäftsausdehnung eröffnete. Wollten Banken jedoch ihr Geschäftsvolumen signifikant erweitern, bedurfte es, insbesondere unter Berücksichtigung der neuen Solvabilitätsregeln, einer größeren Kapitalbasis. Durch den Transfer der WBK hat die LBB eine erheblich verstärkte Kapitalbasis für ihr kommerzielles, wettbewerbsorientiertes Kreditgeschäft erhalten, die es ihr möglich machte, das Geschäft deutlich auszuweiten.

- (27) Die LBB zahlte bzw. zahlt durchschnittlich 0,25 %⁽¹²⁾ für die Inanspruchnahme der Zweckrücklage der IBB, allerdings nur auf den jeweils in Anspruch genommenen Betrag. Die Zahlung erfolgt nicht an das Land Berlin, sondern an die IBB. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der als haftbare Eigenmittelbasis nutzbare Teil der Zweckrücklage der IBB deutlich höher war als der jeweils in Anspruch genommene Betrag. Eine Inanspruchnahme erfolgte erst ab 1995.

III. GRÜNDE FÜR DIE ERÖFFNUNG DES VERFAHRENS

- (28) Ausgangspunkt der Prüfung war der Grundsatz des marktwirtschaftlichen Kapitalgebers. Danach stellt der Umstand, dass sich Unternehmen im Eigentum der öffentlichen Hand befinden und ihnen durch diese Mittel zugeführt werden, als solches keine staatliche Beihilfe dar. Lediglich wenn diesem Unternehmen durch einen öffentlichen Kapitalgeber Eigenmittel zu Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte, liegt eine Begünstigung durch die Zufuhr staatlicher Mittel vor.
- (29) Die Kommission war der Auffassung, dass daher im vorliegenden Fall zu prüfen sei, ob die in Frage stehenden Mittel vom Land Berlin unter Bedingungen bereitgestellt wurden, zu denen auch ein privater Kapitalgeber — der so genannte marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber — bereit gewesen wäre, einem privaten Unternehmen Mittel zu überlassen. Eine Mittelbereitstellung sei für einen marktwirtschaftlich handelnden Anteilseigner insbesondere dann nicht als annehmbar zu betrachten, wenn innerhalb einer angemessenen Zeitspanne keine für eine solche Investition marktübliche Verzinsung zu erwarten ist.
- (30) In einem durchschnittlichen Satz von 0,25 % auf die jeweils in Anspruch genommenen Beträge, so führte die Kommission aus, könne kaum eine angemessene Vergütung für das Land gesehen werden, wenn schon der langfristige risikofreie Satz (Bundesanleihen mit 10 Jahren Laufzeit) 1992 bei gut 7 % gelegen habe. Ferner merkte die Kommission an, dass die Vergütung nicht an das Land direkt erfolgte, sondern an die IBB, die eine Abteilung der LBB ist, wenn sie auch als nicht rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts und zentrales Förderinstitut des Landes innerhalb der LBB organisatorisch und wirtschaftlich selbständig geführt wird. Des Weiteren lagen die jeweils in Anspruch genommenen Beträge, soweit bekannt, deutlich unter den Beträgen und Teilen der Zweckrücklage, die für die LBB als haftbare Eigenkapitalbasis nutzbar waren. Die erhöhte Eigenkapitalbasis ermöglichte der LBB jedoch gerade, die Kreditvergabe Kapazität zu erhöhen und damit ihr Geschäft auszuweiten.
- (31) Die Kommission stellte im Rahmen der vorläufigen Würdigung fest, dass die Angaben über die jeweilige Höhe des als Haftung nutzbaren Kapitals der IBB, der Inanspruchnahme sowie der Vergütung Lücken aufwiesen bzw.

⁽¹⁰⁾ ABl. L 386 vom 30.12.1989, S. 14; ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (AbL L 126 vom 26.5.2000, S. 1).

⁽¹¹⁾ ABl. L 124 vom 5.5.1989, S. 16; ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG.

⁽¹²⁾ Offensichtlich 0,25 % vor Steuern und 0,11 % nach Steuern gemäß einer Anmerkung in der entsprechenden Tabelle, die für die Periode 1995-1998 übermittelt wurde; allerdings ohne Erklärung, um welche Steuern es sich handeln soll.

gar nicht vorlagen und ging zunächst von einer vorläufigen Größe für die übertragenen und nutzbaren Mittel von „rund 2 Mrd. DEM“ aus.

- (32) Allerdings erkannte die Kommission an, dass die Zweckrücklage der LBB keine Liquidität verschaffte, weil die als Zweckrücklage der IBB ausgewiesene Gewinnrücklage der WBK laut Gesetz über die Errichtung der IBB vom 25. November 1992 unbeschadet ihrer Funktion als haftendes Eigenkapital im Sinne des KWG vorrangig für die Finanzierung der Förderaufgaben der IBB zu verwenden ist und die LBB die übertragenen Mittel nicht direkt für ihr Kreditgeschäft nutzen kann. Um die Geschäftsausweitung tatsächlich vornehmen zu können, musste die LBB daher das zusätzliche Kreditvolumen auf dem Kapitalmarkt in voller Höhe refinanzieren, sodass das Land nicht die gleiche Rendite wie ein Geber von liquidem Kapital erwarten kann.
- (33) Im Hinblick auf die Berechnung einer Vergütung auf der Grundlage des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers kündigte die Kommission an, dass sie in diesem Stadium beabsichtige, unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des vorliegenden Falles, die Methodik anzuwenden, die in der Entscheidung 2000/392/EG erläutert wurde.
- (34) Entsprechend dieser Methodik wird die angemessene Vergütung für das Kapital, das zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts benutzt werden kann, ausgehend von der marktmäßigen Vergütung für liquide, gewöhnliche Stammkapitalinvestitionen berechnet. Ausgehend davon erfolgt ein Aufschlag oder Abzug, um die besonderen Eigenarten der in Frage stehenden Maßnahme zu berücksichtigen (vor Investorensteuern). Um den Liquiditätsnachteil aus der betreffenden nicht-liquiden Stammkapitalinvestition zu berücksichtigen, werden überdies die Netto-Refinanzierungskosten (Brutto-Refinanzierungskosten abzüglich anwendbarer Steuern, insbesondere Körperschaftsteuer) hiervon in Abzug gebracht.
- (35) Deutschland hatte erklärt, dass die LBB in den Jahren vor wie nach der Übertragung ein renditestarkes Unternehmen war und dass die Eigenkapitalrendite angeblich 5,37 % in 1991 und 13,5 % im Jahre 1992 sowie 30,83 % im Jahre 1993 betrug. Diesbezüglich bemerkte die Kommission, dass die Grundlagen der Berechnung nicht erklärt waren. Ohne weitere Angaben war die Prüfung dieses Arguments für den laut Deutschland fehlenden Beihilfecharakter der Maßnahme nicht möglich. Die deutschen Behörden hatten auch vorgetragen, das Land Berlin habe durch den Verkauf der stillen Beteiligung 1994 bzw. der Gewinnansprüche 1998 — jeweils ohne IBB — an die BGB die aufsichtsrechtliche Haftungsfunktion des IBB-Kapitals ordnungsgemäß vergütet bekommen. Diesbezüglich fehlten allerdings ebenfalls weitere Angaben und Informationen.
- (36) Zusammenfassend stellte die Kommission fest, dass wichtige Angaben für die angemessene und hinreichend detaillierte Beurteilung der Mittelzuführung und ihrer Vergütung fehlen. Sie bat Deutschland daher in dem Beschluss zur Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens um Erteilung dieser Informationen, beispielsweise die vollständige Übersicht über sämtliche übertragene Mittel, des davon haftenden Eigenkapitals der LBB, der Inanspruchnahme sowie der Vergütungen, die Begründung der Vergütung, die Berechnungsgrundlagen zur Eigenkapitalrendite der LBB sowie aktualisierte Zahlen und die Angabe sämtlicher Faktoren, die nach Auffassung Deutschlands eine marktübliche Rendite gewährleisten haben.
- (37) Auf der Grundlage der verfügbaren Tatsachen äußerte die Kommission jedoch ernsthafte Bedenken, dass das Land Berlin für die Übertragung von rund 2 Mrd. DEM, die der LBB offenbar fast vollständig als haftende Kapitalbasis zur Verfügung standen und sie gegenüber Wettbewerbern in eine vorteilhafte Position gebracht habe, eine marktübliche Vergütung/Verzinsung erhalten habe. Die Kommission kam zu dem vorläufigen Ergebnis einer wahrscheinlich gegebenen oder drohenden Wettbewerbsverfälschung und — wegen der zunehmenden Integration der Märkte für Finanzdienstleistungen — Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Damit war die Maßnahme wahrscheinlich als Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag anzusehen. Angesichts der Tatsache, dass keine der Ausnahmebestimmungen des Artikels 87 Absatz 2 und 3 EG-Vertrag in der vorliegenden Situation anwendbar ist, ging die Kommission davon aus, dass, sofern eine Beihilfe gegeben sein sollte, diese Anlass zu Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt gab.
- (38) Da weder Deutschland noch andere juristische oder natürliche Personen vorgetragen haben, dass die LBB Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag erbringt, konnte die Kommission nicht zu dem Schluss gelangen, dass Beihilfen aufgrund von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag genehmigt werden könnten. Die Kommission ging davon aus, dass dieser Punkt für die Beurteilung der in Frage stehenden Maßnahme in einer abschließenden Entscheidung nicht relevant ist, sofern sich an dieser Faktenlage nichts ändert.
- (39) Ferner erklärte die Kommission, dass sie im Rahmen ihrer vorläufigen Beurteilung und in Übereinstimmung mit Artikel 1 Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags⁽¹³⁾ davon ausgeht, dass es sich bei der Maßnahme, sofern sie eine Beihilfe ist, um eine neue und nicht um eine bestehende Beihilfe handelt. In diesem Zusammenhang wies die Kommission auf Artikel 15 Absatz 2 der genannten Verordnung hin und macht darauf aufmerksam, dass die Verjährungsfrist durch die in dem Eröffnungsbeschluss beschriebenen Maßnahmen, wie die Schreiben der Kommission vom 12. Januar 1993, 10. November 1993, 13. Dezember 1993 und 1. September 1999, die den hier in Rede stehenden Eröffnungsbeschluss selbst sowie den Eröffnungsbeschluss und abschließende Entscheidung 2000/392/EG im Fall „WestLB“ unterbrochen wurde. Da die potenzielle Beihilfe nicht angemeldet wurde und seit ihrer Umsetzung wirksam ist, stellte die Kommission ebenfalls fest, dass der Eröffnungsbeschluss der aufschiebenden Wirkung von Artikel 88 Absatz 3 Satz 3 EG-Vertrag im Hinblick auf Deutschlands Verpflichtung, die Maßnahme bis zum Erlassen einer abschließenden Entscheidung durch die Kommission nicht durchzuführen, nichts hinzufügte.

⁽¹³⁾ ABl. L 83 vom 27. 3. 1999, geändert durch die Beitrittsakte 2003.

IV. STELLUNGNAHME DEUTSCHLANDS

- (40) Deutschland führte in seiner Stellungnahme zunächst die Gründe für die Übertragung der damaligen WBK (dann IBB) aus und erklärte, dass die Zielvorstellungen des Landes seinerzeit auf die Schaffung eines „schlagkräftigen Bankkonzerns“ gerichtet waren, was sowohl den zusammengeführten Kreditinstituten als auch dem Eigentümer Land Berlin und seinem Bankenplatz vorteilhaft erschien. Dabei betonte Deutschland wiederum, dass die Gewährleistung der Kapitalquoten gemäß neuer Solvabilitätsregeln der LBB — anders als beim Fall WestLB — für die Übertragung keinerlei Rolle gespielt habe, was sich auch in der Nicht-Inanspruchnahme des haftenden Eigenkapitals der IBB (vormals WBK) durch die LBB bis Ende 1995 zeigte.
- (41) Deutschland bestätigte, dass von dem bankenaufsichtsrechtlich per 31. Dezember 1992 festgelegten haftenden Eigenkapital der LBB 1,902714 Mrd. DEM der Erhöhung durch die übertragenen Mittel entsprachen. Davon entfielen 187,5 Mio. DEM auf die Erhöhung des Grundkapitals der LBB⁽¹⁴⁾ und 1,715214 Mrd. DEM auf die Gewinnrücklage der WBK, wobei der Jahresüberschuss von 190,586 Mio. DEM unberücksichtigt blieb. Mit Ablauf des 31. Dezember 1992, also zum 1. Januar 1993, gingen alle Zuständigkeiten der WBK auf die IBB über und diese wurde auf die LBB übertragen. Das übertragene Kapital und die Zweckrücklage standen der LBB mit Ablauf des 31. Dezember 1992 bzw. zum 1. Januar 1993 als haftendes Kernkapital zur Verfügung.
- (42) In den Folgejahren stieg die IBB-Zweckrücklage laut Deutschland kontinuierlich an. Allerdings habe die IBB-Zweckrücklage der LBB nicht in vollem Umfang zur Verfügung gestanden, da jeweils ein Teil davon pro Jahr für die Haftungsunterlegung des IBB-Fördergeschäfts benötigt worden sei. Deutschland übermittelte die genauen Daten für die einzelnen Jahre von 1993 bis 2003, die in der Tabelle in Randnummer 149 enthalten sind.
- (43) Mit der Ausgliederung der IBB aus der LBB wurde zum 1. September 2004 die Zweckrücklage an das Land Berlin zurück überführt, wobei etwa 1,1 Mrd. EUR dieser Zweckrücklage in zwei stille Einlagen des Landes an der LBB eingebracht wurden.
- (44) Das seinerzeit aufgenommene Grundkapital der IBB in Höhe von 187,5 Mio. DEM verblieb im Grundkapital der LBB. Die LBB wiederum sei 1994 (75,01 % der Anteile) und 1998 (24,99 % der Anteile) an die BGB verkauft worden.
- (45) Deutschland vervollständigte ebenfalls die anderen Daten. So erklärte es wiederum, dass nur jeweils ein Teil der Zweckrücklage tatsächlich zur Haftungsunterlegung in Anspruch genommen worden sei. Demnach variierte der Betrag der im Dezember 1995 begonnen teilweisen Inanspruchnahme der Haftungsfunktion zwischen etwa 212 Mio. DEM in 1995 und gut [...] (*) Mrd. DEM in den letzten Jahren. Die nur auf die Inanspruchnahme ab Dezember 1995 gezahlten Vergütungen an die IBB (zwischen gut 1 Mio. DEM für 1995/1996 und [...] Mio. DEM für 2001) wurden monatlich auf der Basis eines Zinssatzes berechnet, der im fraglichen Zeitraum zwischen 0,2 % (1998) und 0,35 % (1996) variierte. Die von Deutschland angegebenen genauen Beträge sind der Tabelle in Randnummer 147 zu entnehmen.
- (46) Als Begründung für die Festlegung der Vergütung einer etwaigen Inanspruchnahme der IBB-Zweckrücklage übermittelte Deutschland einen Vorstandsbeschluss vom Juni 1993. Dort heißt es, dass „... der Investitionsbank Berlin diese Eigenkapitalbelastung (Inanspruchnahme) in Höhe des Aufwandes zu vergüten (sei), der erforderlich wäre, um nachrangig haftendes Kapital aufzunehmen“. 1995 wurde dieser Beschluss dahingehend konkretisiert, dass die Vergütung mit einem Nachrangaufschlag gleichgesetzt wurde. Als Begründung wurde ausgeführt, dass die LBB alternativ Nachrangmittel am Markt hätte aufnehmen können, die nicht nur in ihrer Haftungsfunktion, sondern auch in ihrer Ertragsfunktion voll der LBB zur Verfügung gestanden hätten.
- (47) Da die IBB-Zweckrücklage jedoch nur die Haftungsfunktion erfüllte, sei die Differenz zwischen dem Zinssatz für normales Fremdkapital, das diese Haftungsfunktion nicht erfüllt, und Kapital, dem auch diese Haftungsfunktion zukommt, als „Preis“ für die eingekaufte Nutzungsfunktion festgelegt worden. Berechnet wurde dieser Aufschlag in Basispunkten gegenüber dem LIBOR (London Interbank Offered Rate) auf der Basis eigener Konditionen bzw. externer Marktdaten für Nachrangdarlehen. Berechnungsgrundlagen und Statistiken wurden beigefügt.
- (48) Die Entscheidung, nur den in Anspruch genommenen Teil der IBB-Zweckrücklage zu vergüten, begründet Deutschland unter anderem damit, dass die Zweckrücklage vorrangig der IBB zur Verfügung stehe und dass, falls diese nicht ausreiche, vorrangig die LBB verpflichtet sei, ihre Risikoaktiva abzubauen bzw. Nachrangmittel am Markt aufzunehmen. Das Land Berlin habe als Eigentümer der IBB jederzeit das Recht, Teile der Zweckrücklage zu entnehmen.
- (49) In diesem Zusammenhang führte Deutschland des Weiteren aus, dass die Liquidität der IBB-Zweckrücklage in den bestehenden Geschäften der IBB insgesamt gebunden sei und in seinem Finanzierungscharakter der LBB nicht Verfügung stehe. Die IBB müsse die von ihr vergebenen Kredite selbst mit Eigenmitteln unterlegen und dabei auf die Zweckrücklage zurückgreifen. Deutschland erklärte, dass das WBK-Vermögen wegen dieser Besonderheiten nicht mit einer frei disponiblen Finanzanlage zu vergleichen sei und dass damit lediglich die Haftungs- und damit Geschäftsausweitungsfunktion in Rede stehe.
- (50) Ob die Vergütung an das Land oder die IBB gezahlt werde, sei hier ohne Belang, da das Land als Anstaltsträger sowohl der IBB als auch der LBB in jedem Fall profitieren würde — entweder durch Wertzuwachs und Gewinnausschüttungen der LBB oder durch Zuflüsse in die dem Land zustehende Zweckrücklage der IBB.

⁽¹⁴⁾ Dieser Betrag wird seitdem nicht mehr dem Vermögenskreis zugerechnet.

(*) Vertrauliche Information; im Folgenden [...].

- (51) Abgesehen von diesen Ausführungen zur direkten Vergütung, vertrat Deutschland jedoch ganz grundsätzlich die Auffassung, dass es bei einer Investitionsentscheidung darauf nicht bzw. nicht allein ankomme und dass „in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung ...der Anleger, der am betreffenden Unternehmen keine nennenswerte Beteiligung hält und sie auch nicht anstrebt, sondern an zügig erreichbarer Verzinsung seiner Investition interessiert ist, von den langfristig orientierten Investoren, z. B. Holdings, zu unterscheiden (ist)“. Letztere seien von langfristigeren Rentabilitätserwartungen gelenkt und würden auch strategische Erwägungen berücksichtigen.
- (52) Das Land als alleiniger Eigentümer der LBB sei zum Zeitpunkt der Investition davon ausgegangen, vollständig und unmittelbar vom durch die WBK-Einbringung bewirkten Wertzuwachs der LBB zu profitieren. Lege man den Prüfungsmaßstab der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG⁽¹⁵⁾ zugrunde, so sei „eine finanzielle Maßnahme als für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber unannehmbar zu betrachten, wenn die Finanzlage des Unternehmens dergestalt ist, dass eine normale Rendite (in Form von Dividenden oder Wertzuwachs) in einer angemessenen Frist nicht zu erwarten ist.“ Dabei komme es auf Renditeerwartungen zum Zeitpunkt der Investitionsentscheidung an.
- (53) Die LBB habe, wie Deutschland zunächst erklärte, 1992 eine Eigenkapitalrendite von 13,5 % und 1993 von 30,83 % erwirtschaftet. Diese bereits 1999 übermittelten Zahlen seien auf das Verhältnis „Ergebnis vor (Ertrags-) Steuern/bilanzielles Eigenkapital am Beginn desselben Jahres“ zu beziehen. Allerdings hatte Deutschland bei der Übermittlung dieser Zahlen die IBB-Zweckrücklage ab 1993 nicht in das Eigenkapital der LBB mit einbezogen. Auf Anfrage der Kommission wurde dies bei der Übermittlung von Zahlenreihen, die einen größeren Zeitraum abdecken, korrigiert. Für den Zeitraum 1985 bis 1992 ergab sich nach diesen Zahlen eine durchschnittliche Eigenkapitalrendite von etwa 13 %.
- (54) Deutschland erklärte, dass sich diese Kennzahlen in der Spannweite der Werte bewegen würden, welche die privaten deutschen Banken im fraglichen Zeitraum erwirtschaftet hätten. Von der Methodik her vergleichbare Daten anderer Banken fehlten jedoch zunächst. Später reichte Deutschland eigene Berechnungen auf der Basis öffentlich zugänglicher Gewinn- und Verlustrechnungen von 35 deutschen Banken⁽¹⁶⁾ nach. Demnach ergab sich auf der Basis „Ergebnis vor Steuern/bilanzielles Eigenkapital am Anfang desselben Jahres“ für 1992 für diese Banken eine durchschnittliche Eigenkapitalrendite von rund 11 % und für den Zeitraum 1988 bis 1992 ein Mittel von knapp 13 %.
- (55) Deutschland erklärte ferner, dass für eine Investitionsentscheidung aus betriebswirtschaftlicher Sicht die Ertragskraft maßgeblich sei und diese sich bei einer Bank am ehesten auf der Basis des Ergebnisses der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit bzw. Betriebsergebnisses im Verhältnis zum bilanziellen Eigenkapital ableiten lasse, da dann außerordentliche Erträge und Aufwendungen unberücksichtigt bleiben. So habe es für die LBB in den Jahren 1990-1992 außerordentliche Einflüsse gegeben, vor allem durch die Integration der „Sparkasse Ost“ und den damit u. a. verbundenen Aufbau einer eigenen Altersversorgung bei gleichzeitiger Leistung einer Ablösesumme für den Austritt aus der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder sowie die Risikovorsorge für allgemeine Bankrisiken der ehemaligen „Sparkasse Ost“.
- (56) Was die Beschaffung von in der Methodik vergleichbaren Eigenkapitalrenditen anderer Banken im selben Zeitraum anbelangt, erklärte Deutschland, dass erst ab 1993 verlangt worden sei, ein außerordentliches Ergebnis sowie das Ergebnis der normalen Geschäftstätigkeit in der Gewinn- und Verlustrechnung gesondert auszuweisen, was mit der Methodik vor 1993 nicht vergleichbar sei, weil bis dahin außerordentliche Erträge und Aufwendungen — neben anderen Posten — in der Position „sonstige Erträge/Aufwendungen“ zusammengefasst und damit nicht genau identifizierbar seien. Was den Zeitraum davor betrifft, reichte Deutschland eigene Berechnungen ein. Ebenso wurden im weiteren Verlauf des Verfahrens von Deutschland Korrekturen bzw. Ergänzungen in der Berechnungsmethode der LBB-Eigenkapitalrenditen vorgenommen, um die LBB-Zahlen mit den offiziellen Erhebungen der Bundesbank für deutsche Banken insgesamt vergleichbar zu machen. Laut Deutschland änderte dies nichts an der grundsätzlichen Einschätzung, dass sich die LBB-Eigenkapitalrenditen im Branchenschnitt bewegten.
- (57) Nach Auffassung Deutschlands belegen sämtliche Zahlen, dass die LBB zum Zeitpunkt der Mittelzuführung ein ertragskräftiges Unternehmen war. Das Land Berlin sei der alleinige Kapitaleigner, dem allein der geschäftliche Erfolg der Bank zufalle, sei es in Form von Gewinnausschüttungen oder Wertsteigerung. Insofern habe das Land die zu erwartende Renditestärkung nicht mit anderen Anteilseignern teilen müssen und die quasi „konzerninterne“ Verlagerung sei ein aus Sicht eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vernünftiges Verhalten. Die Frage, ob und in welcher Höhe eine Vergütung für die Mittelzufuhr von der LBB gezahlt wurde, sei damit für die Frage der marktwirtschaftlichen Natur der Übertragung irrelevant.
- (58) Die Kommission habe diesen Beurteilungsmaßstab ausdrücklich in ihrer Entscheidung 2000/392/EG zu Grunde gelegt: „Ein Mittel zur Gewährleistung einer angemessenen Rendite aus dem bereitgestellten Kapital wäre daher gewesen, die Beteiligung des Landes an der WestLB entsprechend zu erhöhen, sofern die Gesamtrentabilität der Bank der normalen Rendite entspricht, die ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber aus seiner Anlage

⁽¹⁵⁾ Siehe Fn 2, Tz. 162.

⁽¹⁶⁾ Gewinn- und Verlustrechnungen veröffentlicht in der Unternehmensdatei Hoppenstedt; unter den 35 ausgewählten Banken befinden sich die 4 privaten Großbanken, 5 weitere private Banken, 17 öffentlich-rechtliche Institute, 2 Genossenschaftsbanken und 7 Hypothekendarlehenbanken.

erwartet. Dadurch wäre die Erörterung der Frage überflüssig geworden, ob das Entgelt von 0,6 % angemessen ist, doch hat sich das Land nicht für diese Vorgehensweise entschieden“⁽¹⁷⁾.

- (59) Deutschland erklärte in diesem Zusammenhang ferner, dass die Steigerung des Wertes der LBB durch das WBK-Vermögen nach Einbringung der LBB in die BGB dem Land zugeflossen sei. Die 1994 und 1998 in drei Etappen vollzogene Übertragung von 100 % des wirtschaftlichen Eigentums an der LBB auf die BGB sei auf der Grundlage von Gutachten diverser Wirtschaftsprüfer und einer Investment Bank umgesetzt worden, die die Werthaltigkeit der eingebrachten Beteiligung des Landes an der LBB und die Marktgerechtigkeit der Gegenleistungen — übertragene BGB-Aktien, auch im Verhältnis zu anderen Aktionären — betrafen. Deutschland übermittelte entsprechende Auszüge dieser Gutachten und diesbezügliche Korrespondenz mit den Wirtschaftsprüfern. Demnach wurde der Wert der LBB 1993 auf rund 3,5 Mrd. DEM (ohne IBB selbst, aber unter Berücksichtigung der durch die Zweckrücklage erhöhten Kernkapitalquote der LBB) geschätzt und zum 31. Dezember 1997 von einem weiteren Gutachter auf knapp 6 Mrd. DEM geschätzt.
- (60) Im Übrigen vertrat Deutschland — hilfsweise — die Auffassung, dass die bei der Entscheidung 2000/392/EG angewandte Methodik fehlerhaft sei, weil sie von einer Vergleichbarkeit mit liquiden, gewöhnlichen Stammkapitalinvestitionen ausgehe. Dieser Ansatz werde den Besonderheiten der in Rede stehenden Transaktion nicht gerecht. Sachgerecht sei es, schon für den Ausgangswert auf vergleichbare Eigenkapitalinstrumente abzustellen. Das möge zwar, wie die Kommission schon im Fall WestLB ausführe, schwierig sein; diese Schwierigkeiten ließen sich jedoch nicht dadurch beheben, dass man auf ein gänzlich ungeeignetes Eigenkapitalinstrument, quasi als „Umweg“ abstelle.
- (61) Ferner sei das Abstellen auf eine Durchschnittsrendite als Maßstab fehlerhaft. Erst eine Rendite unterhalb der Bandbreite, die als Beurteilungsspielraum Investoren zur Verfügung stehe, sei auch für einen privaten Kapitalgeber nicht mehr akzeptabel. Schließlich sei ein Abzug lediglich der Nettorefinanzierungskosten statt der vollen Refinanzierungskosten falsch. Etwaige Steuerersparnisse des Unternehmens seien für den Blickwinkel des Investors unerheblich. Auch zeige schon eine andere Kontrollüberlegung, dass dieser Ansatz unakzeptabel sei, denn bei einer nicht liquiden Überlassung von Kapital stünde dem Kapitalgeber die Ertragsfunktion des Kapitals weiterhin zur Verfügung, so dass er dies wiederum anlegen könne und mindestens den risikofreien Zins erhalten, also „doppelte“ Erträge erhalten würde.
- (62) Ferner vertrat Deutschland die Auffassung, dass der Kommission wegen Fristablaufs (Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999) keine Befugnisse zustünden, eventuelle Beihilfen zurückzufordern. Der Grundsatzbeschluss bezüglich der WBK-Übertragung sei bereits am 16. Juni 1992 gefasst worden, also mehr als zehn Jahre vor der Verfahrenseröffnung, die am 4. Juli 2002 zugestellt

worden sei. Dabei sei es um die grundsätzliche Absicht gegangen, die Bankenbeteiligungen des Landes und die WBK unter einer Holding (spätere BGB) zusammenzuführen, sofern die Fortführung des Fördergeschäfts der WBK, die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben und die Steuerfreiheit gewährleistet sein würde. Der Beschluss sei der Öffentlichkeit seitdem bekannt gewesen, die Kommission sei 1999 über das Beschlusdatum informiert worden.

- (63) Die Kommission habe in mehreren Entscheidungen schon die Absichtserklärung der zuständigen Körperschaft — selbst unter Bedingungen — als Zeitpunkt der Durchführung der Beihilfe gewertet. Dies sei beispielsweise auch bei der Entscheidung zur Rettungsbeihilfe für die BGB⁽¹⁸⁾ so von der Kommission gewertet worden, obwohl für den in Frage stehenden Beschluss vom 22. Mai 2002 noch Zustimmungen des Abgeordnetenhauses und der Kommission ausstehend gewesen wären.
- (64) Ferner habe es nach der Auffassung Deutschlands keine Unterbrechung der Frist gemäß Artikel 15 Absatz 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 gegeben. Demzufolge könne die Frist nur durch Maßnahmen der Kommission unterbrochen werden. Dies sei erst durch das Schreiben betreffend die Verfahrenseröffnung vom 4. Juli 2002 geschehen, nicht durch bloße Auskunftersuchen, die keine Maßnahme der Kommission oder des zuständigen Mitglieds der Kommission seien. Dabei sei ferner zu berücksichtigen, dass die Verjährungsfrist der Rechtssicherheit diene, und zwar nicht nur der Rechtssicherheit im Verhältnis Kommission-Mitgliedstaaten, sondern auch der Rechtssicherheit des Beihilfeempfängers. Da Deutschland erstmals in der Verfahrenseröffnung aufgefordert worden sei, eine Kopie des Schreibens an den Beihilfeempfänger weiterzuleiten, was am 9. Juli 2002 geschehen sei, habe die Wirkung, die Verjährung zu unterbrechen erst an diesem Tage eintreten können. Da die fragliche Maßnahme, die der Beihilfekontrolle unterzogen werden solle, der Beschluss vom 16. Juni 1992 sei, wäre sie, wenn überhaupt, nach Artikel 15 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 eine bestehende Beihilfe.

V. STELLUNGNAHMEN ANDERER BETEILIGTER

- (65) Nach der Veröffentlichung der Verfahrenseröffnung im Amtsblatt⁽¹⁹⁾ erhielt die Kommission im Oktober bzw. November eine Stellungnahme der Berliner Volksbank („BV“) sowie eine Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken („BdB“).
- (66) Die BV vertrat die Auffassung, dass die Übertragung der WBK eine Beihilfe darstelle, weil Kapitalmittel zu Bedingungen zur Verfügung gestellt worden seien, zu denen ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber nicht bereit gewesen wäre. Die Zahlungen seien von der LBB an die IBB erfolgt, die selbst als Abteilung der LBB geführt werde; zudem liege der vereinbarte Zinssatz von 0,25 % weit unter den marktüblichen Sätzen, wie beispielsweise die Entscheidungen 2000/392/EG (WestLB) sowie 95/547/EG⁽²⁰⁾ und 98/490/EG⁽²¹⁾ (Crédit Lyonnais) zeigen würden, in denen eine erwartete Eigenkapitalrendite von mindestens 12 % zu Grunde gelegt worden sei. Diese Beihilfe führe zu

⁽¹⁸⁾ NN 53/2001; Entscheidung der Kommission vom 25. Juli 2001.

⁽¹⁹⁾ Siehe Fn 1.

⁽²⁰⁾ ABl. L 308 vom 21.12.1995, S. 92.

⁽²¹⁾ ABl. L 221 vom 8.8.1998, S. 28.

⁽¹⁷⁾ Siehe Fn 3, Tz. 182.

einer gravierenden Verfälschung des gemeinschaftsweiten Wettbewerbs, insbesondere jedoch zu außergewöhnlich starken Auswirkungen auf den Wettbewerb in Berlin, wo die BGB einschließlich LBB im Privat- und Firmenkundengeschäft (einschließlich Berliner Bank und Berliner Sparkasse) Marktführer sei. Demgegenüber sei die BV ein kleiner Wettbewerber mit entsprechenden Marktanteilen von 5-7 % und daher besonders von den negativen Auswirkungen der Beihilfe betroffen. Die Stellungnahme schließt mit der Bitte an die Kommission, die Rückforderung der Beihilfen anzuordnen.

- (67) Der BdB erklärte zunächst, dass das in Rede stehende Verfahren als Teil eines Komplexes von Ermittlungen der Kommission bilde, nämlich der Übertragung von Wohnungsbauförderungsanstalten der Länder auf die im Wettbewerbsgeschäft tätigen Landesbanken. Dabei seien auch im Falle der LBB, entgegen der Behauptung Deutschlands, die verschärften Eigenkapitalanforderungen der Solvabilitätsrichtlinie ausschlaggebend gewesen. Diese Motivation zeige schon der Zeitpunkt der Übertragung wie auch Aussagen des damals zuständigen Senators, der die seinerzeit zu erwartenden schärferen europäischen Eigenkapitalvorschriften auch erwähnt habe. Insoweit bestehe kein beihilferechtlich relevanter Unterschied zwischen der hier zu beurteilenden Übertragung der WBK auf die LBB und der Übertragung der WfA auf die WestLB, so dass die von der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG angewandte Methodik übertragbar sei.
- (68) Der BdB merkte ferner an, dass es hier nicht nur um die Zweckrücklage gehe, sondern auch um die Übertragung des Kapitals der WBK von 187,5 Mio. DEM, die dem gezeichneten Kapital der LBB zugeführt worden sei, was ein geldwerter Vorteil sei, da es das Rating beeinflusse und sich auf die Bedingungen der Fremdkapitalaufnahme auswirke. Von erheblich größerer Bedeutung sei aber die insgesamt mit der Übertragung verbundene aufsichtsrechtlich anerkannte Erhöhung des Kernkapitals gewesen. Da dies trotz der vorrangigen Nutzung der Zweckrücklage für Förderaufgaben voll als haftendes Kapital zur Verfügung gestanden habe, komme es auf die Zweckbindung nicht an. Maßgeblich sei der wirtschaftliche Vorteil der Geschäftsausweitungsfunktion, zumal gerade das Kernkapital eine gewaltige Hebelwirkung habe (eine 12,5-fache Kreditvergabemöglichkeit bei 100 % risikogewichteten Aktiva wie beispielsweise Kredite an Unternehmen; eine 25-fache bei 50 % risikogewichteten Aktiva wie beispielsweise Kredite an öffentliche Stellen). Bei einer Aufnahme von Ergänzungskapital könnten mit Kernkapital in Höhe von (hypothetisch) 1 Mrd. EUR und einer Risikogewichtung von 50 % sogar Kredite in Höhe von 50 Mrd. EUR vergeben werden.
- (69) Zur Berechnung dessen, was eine marktgerechte Vergütung sei, verwies der BdB auf in der Entscheidung 2000/392/EG angewandte bewährte Methodik der Kommission und die dort verwendete Benchmark einer marktüblichen Rendite von 12 % sowie den dann in einem zweiten Schritt

vorgenommenen Zu- und Abschlägen für die besonderen Eigenarten der Transaktion. Jedenfalls könne eine marktgerechte Vergütung weder in den gezahlten 0,25 % an die IBB gesehen werden, noch im Verkauf der stillen Beteiligung und der Gewinnabtretungsansprüche an die BGB 1994 bzw. 1998.

- (70) Zum einen sei eine Zahlung nur auf die Inanspruchnahme nicht sachgerecht, zum anderen gehöre die IBB zur LBB, so dass die LBB quasi an sich selbst und nicht das Land gezahlt habe. Des weiteren sei das Argument Deutschlands, dass die Haftungsfunktion der Zweckrücklage im Zuge der Begründung einer atypisch stillen Beteiligung der BGB an der LBB 1994 ordnungsgemäß vergütet worden sei nicht überzeugend, da wichtige Sachangaben zu Werten nicht vorhanden seien und ganz grundsätzlich die Verengung auf die Sichtweise des Beihilfegebers fehl gehe. Beihilferechtlich relevant sei die Übertragung der WBK auf die LBB zum Ablauf des 31. Dezember 1992, die damit verbundenen Vorteile der LBB und daraus resultierenden Wettbewerbsverzerrungen und nicht darum, ob nachträglich die Beihilfesschuld erfüllt worden sei. Ferner handele es sich bei der Einbringung der LBB in die BGB lediglich um einen konzerninternen Vorgang, da auch die BGB mehrheitlich vom Land kontrolliert sei. Ähnliches gelte für die Abtretung der Gewinnansprüche an die BGB im verbleibenden Umfang von 24,99 % im Jahr 1998. Auf jeden Fall aber sei bis 1998 überhaupt keine vollständige Beseitigung des Beihilfeelements erfolgt.
- (71) Zu einem späteren Zeitpunkt weit außerhalb der laut Verordnung (EG) Nr. 659/1999 gewährten Frist zur Stellungnahme Dritter ergänzte der BdB diesen Punkt und führte insbesondere an, dass der zum Zweck der BGB-Gründung ermittelte Verkaufswert der LBB bzw. der stillen Beteiligung an der LBB nicht die IBB umfasst habe, so dass nach Auffassung des BdB ausgeschlossen zu sein scheine, dass im Verkaufswert der stillen Beteiligung an der LBB die Haftungsfunktion der IBB-Zweckrücklage enthalten gewesen sei.
- (72) Zur Rückforderungsfrist von 10 Jahren laut Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 erklärte der BdB, dass sie erst mit dem Gesetz über die Errichtung der IBB mit dem Ablauf des 31. Dezember 1992 begonnen habe und somit frühestens am 31. Dezember 2002 enden könne. Darüber hinaus aber sei diese Frist laut Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 durch Maßnahmen der Kommission unterbrochen worden. Diese Regelung sei weit gefasst und schließe jede im Rahmen der Ermittlungen vorgenommene Handlung der Kommission ein, wie beispielsweise Auskunftsverlangen. Einen Anhaltspunkt für die weitere Auslegung dieser Regelung gebe die Verordnung (EWG) Nr. 2988/74 des Rates vom 26. November 1974 über die Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung im Verkehrs- und Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft⁽²²⁾, nach der die Unterbrechung an eine „auf Ermittlung oder Verfolgung der

(22) ABl. L 319 vom 29.11.1974, S. 1 geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Abl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1)

Zu widerhandlung gerichtete Handlung“ anknüpfe. Im Übrigen hätten Deutschland selbst die Kommission gebeten, erst die Klärung der Streitfragen im Fall WestLB abzuwarten und könnten sich allein deshalb schon nicht auf Verjährung berufen.

VI. REAKTION DEUTSCHLANDS AUF DIE STELLUNGNAHME ANDERER BETEILIGTER

- (73) Deutschland verwies in seiner Äußerung vom 16. Dezember 2002 grundsätzlich auf die eigene Stellungnahme zum Eröffnungsbeschluss und seinen Vortrag, dass im vorliegenden Fall keine Beihilfe gegeben sei. Darüber hinaus beschränkte es sich auf eine zusammenfassende Äußerung zu einzelnen Punkten beider Stellungnahmen.
- (74) Im Hinblick auf die von BV und BdB vorgenommene Wertung des WBK-Transfers als Beihilfe, erklärte Deutschland, dass eine reine Betrachtung der monatlichen Vergütung für eine Analyse zu kurz greife. Es komme vielmehr auf Bezugsgrößen wie beispielsweise — je nach Kapitalzuwendung — Verzinsung (eines Darlehens) einschließlich Sicherheitsleistung, Dividende oder Kapitalzuwachs an. Bei der LBB habe es sich aber zum relevanten Zeitpunkt 1992/1993 um ein Institut mit guter Ertragskraft gehandelt, so dass die Einbringung des WBK-Vermögens in das haftende Eigenkapital der LBB wirtschaftlich sinnvoll gewesen sei. Daher seien WestLB und LBB — anders als BdB und BV behaupten würden — keineswegs miteinander vergleichbar. Abgesehen davon sei es angesichts des (seinerzeit) anhängigen Gerichtsverfahrens zur WestLB verfehlt, von der dort angewandten Methodik als einer bewährten Methode zu sprechen, wie dies der BdB tue.
- (75) Anders als der BdB behaupte, sei unstreitig und in dem Beschluss über die Verfahrenseröffnung auch ausgeführt, dass durch die Übertragung der WBK neben der Inanspruchnahme der Haftungsfunktion der Zweckerücklage durch die LBB auch das bilanzielle Eigenkapital der LBB um 187,5 Mio. DEM erhöht worden sei und dies auch aufsichtsrechtlich als haftendes Eigenkapital anerkannt worden sei. Das Problem, inwieweit bilanzielles Eigenkapital als geldwerter Vorteil zu verstehen sei, stelle sich hier, anders als im Fall WestLB, nicht, da nicht zwischen aufsichtsrechtlich anerkannten und nicht anerkannten Teilen des Kapitals zu unterscheiden sei. Eine Beihilfe sei im Hinblick auf die Erhöhung des bilanziellen Eigenkapitals wie auch der übertragenen Rücklagen nicht gegeben (siehe Randnummern 40 bis 64).
- (76) Im Übrigen sei es abwegig, davon auszugehen, dass bei einem Kernkapital von hypothetisch 1 Mrd. EUR Kredite in Höhe von 50 Mrd. EUR vergeben werden könnten. Zwar sei unbestritten, dass die IBB-Zweckerücklage wegen ihrer aufsichtsrechtlichen Anerkennung Haftungsfunktion und Geschäftsausweitungsfunktion habe, dennoch beschränke sich der Vorteil auf die tatsächliche Inanspruchnahme durch die LBB. Auch grundsätzlich entbehre die konstruierte Hebelwirkung von 1:50 jeglicher Grundlage.
- (77) Bei der Anwendung des Prinzips des marktwirtschaftlich handelnden Investors müsse auf einen solchen Investor abgestellt werden, der sich in einer vergleichbaren Situation befindet. Im vorliegenden Fall habe sich das Land als Investor dafür entschieden, die Liquidität der Zweckerücklage in den Geschäften der IBB zu binden und dieses Kapital in seinem Finanzierungscharakter nicht der LBB zur Verfügung zu stellen. Das Land erziele mit diesem Kapital eigene Rentabilitäten (siehe Randnummern 40 bis 64). Ferner stehe das Sondervermögen-IBB weiterhin ausschließlich dem Land zu, auch nach Einbringung der LBB in die BGB. Deshalb sei es auch falsch zu behaupten, die LBB habe die der IBB entrichtete Vergütungen an sich selbst gezahlt. Es sei ferner für einen marktwirtschaftlich handelnden Investor üblich, Vergütungsansprüche an Dritte abzutreten, insbesondere dann, wenn es sich bei dem Dritten um ein Unternehmen oder eine Vermögensmasse handelt, die im Alleineigentum des Investors stehe.
- (78) Schließlich wurde in Bezug auf die Stellungnahme der BV und dem von dieser vorgenommenem Marktanteilsvergleich zwischen BV und BGB ausgeführt, dass die BV eine stärkere Marktstellung in Berlin habe als von ihr dargestellt. Sie sei zweitgrößtes Kreditinstitut und habe Marktanteile, die sich auf 60-70 % der entsprechenden Werte der BGB belaufen dürften und selbst im Bereich der Einlagen von Privatkunden noch auf ca. 1/3 des Marktanteils der BGB.

VII. VERSTÄNDIGUNG ZWISCHEN DEM BDB, DEM LAND BERLIN UND DER LBB

- (79) Am 7. Oktober 2004 unterrichtete Deutschland die Kommission über die Ergebnisse einer Verständigung zwischen dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Berlin und der LBB. Unbeschadet der weiterhin bestehenden grundsätzlichen Rechtsauffassungen haben sich die Parteien darauf geeinigt, was sie als geeignete Parameter für die Bestimmung einer angemessenen Vergütung für das WBK-Vermögen ansehen. Die Parteien bitten die Kommission, die Ergebnisse der Verständigung bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.
- (80) Die Parteien bestimmen auf der Grundlage, die in der Entscheidung 2000/392/EG bereits im Einzelnen beschrieben ist, zunächst als eine angemessene Mindestvergütung für die WBK-Zweckerücklage einen Satz von 10,19 %. Wegen der Alleineigentümerschaft des Landes Berlin wurde kein weiterer Aufschlag, wie etwa für fehlende Stimmrechte, vereinbart. Abschließend wurde ein Abschlag wegen der fehlenden Liquidität des Kapitals von 3,62 % bestimmt (auf der Basis des risikolosen Zinssatzes als Brutto-Refinanzierungskosten, von denen rund 50 % Körperschaftssteuer plus Solidaritätszuschlag zur Bestimmung der Netto-Refinanzierungskosten). Als Ergebnis errechnet sich eine angemessene Vergütung in Höhe von 6,57 %.
- (81) Zur Vergütung für den Teil des WBK-Vermögens, der nicht für das Wettbewerbsgeschäft der LBB nutzbar ist, äußert sich der Vergleich nicht.
- (82) Für das in das Grundkapital der LBB eingebrachte Grundkapital der IBB in Höhe von 187,5 Mio. DEM wurde kein Abschlag aufgrund von Refinanzierungskosten vorgenommen, da es sich hierbei um liquide Mittel handelte. Da das

Grundkapital in zwei Schritten 1994 und 1998 in die BGB überführt wurde, einigten sich die Parteien darauf, dass das Grundkapital nur bis zu diesen beiden Zeitpunkten — jeweils anteilig — zu vergüten sei.

- (83) Streitig blieb zwischen den Parteien, ob ein eventueller Wertzuwachs infolge der Einbringung der LBB anzurechnen ist. Nach Auffassung der Landesbank ist durch die Veräußerung der LBB 1994 und 1998 ein Wertzuwachs realisiert worden.

VIII. WÜRDIGUNG DER MASSNAHMEN

1. ZUR GRUNDSATZFRAGE DER VERJÄHRUNG

- (84) Im Hinblick auf die mögliche Verjährung eines Rückforderungsanspruchs hat Deutschland einen Beschluss des Berliner Senats zur Gründung einer Berliner Bankenholding vom 16. Juni 1992 als maßgeblichen Zeitpunkt erklärt. In diesem Beschluss, der der Kommission vorliegt, wird jedoch lediglich beschlossen, „die Bankenbeteiligungen Berlins neu zu strukturieren“. Dabei wird „die Gründung der Berliner Banken-Holding AG vorgesehen, unter deren Dach die Landesbank Berlin — Girozentrale —, die Berliner Bank AG und die ... Berliner Pfandbrief-Bank zusammengeführt werden“. Eine Übertragung des Vermögens wird durch diesen Beschluss nicht bewirkt.
- (85) Die in Frage stehende Maßnahme, d. h. die Übertragung des WBK Vermögens auf die LBB erfolgte erst mit Ablauf des 31. Dezember 1992. Der wirtschaftliche Effekt dieser Maßnahme, d. h. die Erhöhung des Eigenkapitals der LBB und die daraus resultierende vergrößerte Möglichkeit, Kredite zu vergeben, trat daher erst am 1. Januar 1993 ein. Vor diesem Datum kann im vorliegenden Fall keine staatliche Beihilfe gewährt worden sein.
- (86) Selbst wenn jedoch der Zeitpunkt der Gewährung der Maßnahme Monate vor dem Übertragungsdatum, d. h. am 16. Juni 1992, anzusetzen wäre, ist nicht, wie von Deutschland vorgetragen, von einer Verjährung der Befugnisse der Kommission zur Rückforderung gemäß Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 auszugehen. Deutschland vertritt die Auffassung, dass erst der Eröffnungsbeschluss vom 4. Juli 2002 eine die Verjährungsfrist unterbrechende Maßnahme der Kommission darstelle, u. a. auch deshalb, weil Deutschland erst in diesem Beschluss aufgefördert worden sei, eine Kopie dieses Schreibens an den Beihilfeempfänger weiterzuleiten.
- (87) Dieser Auffassung ist zu widersprechen. Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 658/1999 bezieht sich auf „jede Maßnahme“ der Kommission, nicht auf eine formelle Verfahrenseröffnung. Im vorliegenden Fall waren die diversen Maßnahmen der Kommission, insbesondere die verschiedenen Auskunftersuchen, die die LBB betreffen und in jedem Falle das Auskunftersuchen vom September 1999, ausreichend, die Verjährung zu unterbrechen. Dabei ist nicht erforderlich, dass der LBB die Maßnahmen der Kommission bekannt waren. In seinem Urteil vom 10. April 2003 in der Rechtssache T-366/00 (*Département du Loiret/Kommission*)⁽²³⁾ hat das Gericht Erster Instanz festgestellt,

dass die Tatsache, dass der Beihilfeempfänger nichts von an den Mitgliedstaat gerichteten Auskunftersuchen der Kommission wusste, ihnen nicht die Rechtswirkung gegenüber dem Beihilfeempfänger nehme. Die Kommission sei nicht verpflichtet, die potenziell Beteiligten einschließlich des Beihilfeempfängers von den Maßnahmen zu unterrichten, die sie in Bezug auf eine rechtswidrige Beihilfe vor Eröffnung des Verwaltungsverfahrens ergreift. Das Gericht kam daher zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem in Rede stehenden Auskunftersuchen um eine Maßnahme gemäß Artikel 15 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 handele, die die Verjährungsfrist vor ihrem Ablauf unterbrach, selbst wenn der Beihilfeempfänger seinerzeit nicht von dem Schriftwechsel wusste⁽²⁴⁾. Daneben erscheint es unwahrscheinlich, dass der LBB die Auskunftersuchen der Kommission nicht bekannt gewesen sein sollten, als Deutschland im Dezember 1999 auf die Auskunftersuchen geantwortet hat.

- (88) Abschließend bleibt festzustellen, dass die Kommission im vorliegenden Fall die Befugnis zur Rückforderung der Beihilfe hat.

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

- (89) 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.

2.a. STAATLICHE MITTEL

- (90) Mit der Übertragung entschied sich das Land Berlin für eine Kapitalerhöhung bei der LBB durch Einbringung der mit gemeinnützigen Aufgaben betrauten WBK/IBB, deren Träger und Eigentümer das Land Berlin war. Durch diese Einbringung wurde das mit Schreiben vom 24. Februar 1993 aufsichtrechtlich anerkannte haftende Eigenkapital der LBB um rund 1,9 Mrd. DEM erhöht. Davon entfielen 187,5 Mio. DEM auf die Erhöhung des Grundkapitals der LBB durch das Grundkapital der ehemaligen WBK⁽²⁵⁾ und rund 1,715 Mrd. DEM auf die Gewinnrücklage der WBK (ohne den Jahresüberschuss 1992 von knapp 200 Mio. DEM), die seitdem als Zweckerücklage der IBB ausgewiesen wird und kontinuierlich stieg.
- (91) Durch die Übertragung der rund 1,9 Mrd. DEM und die aufsichtsrechtliche Anerkennung als Kernkapital, hat sich die Kreditvergabekapazität der LBB und damit ihre Möglichkeit zur Ausdehnung des Wettbewerbsgeschäfts signifikant erhöht. Bei einer Risikogewichtung von 100 % für sämtliche Forderungen (z. B. aus Krediten an Nichtbanken) und ohne weitere Aufnahme von Ergänzungsmitteln liegt dieses Potential zur Geschäftsausweitung theoretisch beim 12,5-fachen des zusätzlichen haftenden Eigenkapitals (hier also knapp 24 Mrd. DEM). Wie hoch dieses Potential im Einzelfall

⁽²⁴⁾ Ebenda, Rz. 60.

⁽²⁵⁾ Dieser Betrag wird seitdem nicht mehr dem Vermögenskreis der IBB zugerechnet.

⁽²³⁾ Slg. 2003, S.II-1789.

tatsächlich ist, lässt sich nicht exakt bestimmen, da dies mit der Kundenstruktur, der strategischen Planung und nicht vorhersehbaren äußeren Einflüssen zusammenhängt. Auf die Frage, ob und wie genau ein Kreditinstitut neue Eigenmittel einsetzt, kommt es bei der Prüfung des Vorgangs jedoch auch nicht an.

- (92) Ungeachtet dessen, dass IBB weiterhin einen Teil der Mittel zur Unterlegung des Fördergeschäfts benötigte, wurde die übertragenen Mittel aufsichtsrechtlich anerkannt und konnten somit zu Haftungszwecken der im Wettbewerb mit anderen Kreditinstituten stehenden LBB eingesetzt werden. Es steht außer Zweifel, dass der LBB damit staatliche Mittel übertragen wurden, die geeignet waren, der LBB einen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber ihren Wettbewerbern zu verschaffen, sofern sie diese Mittel nicht zu marktwirtschaftlichen Bedingungen erhalten hat.

2.b. BEGÜNSTIGUNG EINES BESTIMMTEN UNTERNEHMENS

- (93) 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 Gericht erster Instanz in einer Reihe von Rechtssachen akzeptiert und weiterentwickelt, zuletzt in seinem Urteil vom 6. März 2003, eine ähnliche Übertragung auf die WestLB⁽²⁶⁾ betreffend.

(1) *Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers*

- (94) Dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers 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“⁽²⁷⁾. 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.

(2) *Artikel 295 EG-Vertrag*

- (95) Gemäß Artikel 295 EG-Vertrag bleibt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt. Dies rechtfertigt jedoch keine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags.
- (96) Deutschland bringt vor, dass wegen der Zweckbindung des WBK-Vermögens diese Mittel nicht anders profitabel verwendet werden könnten als durch ihre Einbringung in

eine ähnliche öffentliche Einrichtung. Daher stelle die Übertragung die kommerziell sinnvollste Verwendung dieses Vermögens dar. Daher sei jedes Entgelt für die Einbringung, d. h. jede zusätzliche Rendite aus dem WBK-Kapital, ausreichend, um die Übertragung im Hinblick auf den „Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ zu rechtfertigen.

- (97) Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es mag zutreffen, dass die Einbringung der WBK in die LBB und die sich daraus ergebende Möglichkeit für die LBB, einen Teil des WBK-Kapitals zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts zu verwenden, die wirtschaftlich sinnvollste Nutzung war. Sobald allerdings öffentliche Gelder und andere Aktiva für kommerzielle, wettbewerbsorientierte Aktivitäten eingesetzt werden, sind die marktüblichen Regeln anzuwenden. Das bedeutet, dass der Staat, sobald er beschließt, für öffentliche Zwecke bestimmtes Vermögen (auch) kommerziell zu nutzen, dafür ein Entgelt verlangen muss, dass der marktüblichen Vergütung entspricht.

(3) *Eigentümerstruktur*

- (98) Kernfrage dieser Prüfung ist, ob ein unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe wie die Verwaltungseinrichtungen des öffentlichen Sektors unter den entsprechenden Umständen zur Vornahme der fraglichen Kapitalzufuhr hätte bewegt werden können, wie das Gericht Erster Instanz im WestLB-Urteil unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung ausgeführt hat⁽²⁸⁾. Schließlich ist, wie das Gericht weiterhin unter Verweis auf andere Urteile erklärt hat, „das Verhalten eines öffentlichen Kapitalgebers mit dem eines privaten im Hinblick darauf zu vergleichen, wie sich ein privater Kapitalgeber bei dem fraglichen Vorgang angesichts der zum entsprechenden Zeitpunkt verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen verhalten hätte“⁽²⁹⁾. Damit ist verdeutlicht, dass es bei der Prüfung auf den Zeitpunkt der Investition und auf die zu diesem Zeitpunkt vernünftigerweise, d. h. auf verfügbaren Informationen beruhenden, gegebenen Erwartungen eines Kapitalgebers ankommt. Diese beziehen sich im Wesentlichen auf die wahrscheinliche Rendite.

- (99) Das Land Berlin war alleiniger Eigentümer der LBB (und der WBK). Selbst wenn dieser Umstand es ermöglichen sollte von einer alleinigen Betrachtung der fest vereinbarten Vergütung abzusehen — durchschnittlich 0,25 % auf den von der LBB in Anspruch genommenen Teil der Zweckrücklage ab Dezember 1995 — kann die Eigentümerschaft des Landes Berlin im vorliegenden Fall nicht herangezogen werden, um die geringe direkte Vergütung zu rechtfertigen

- (100) Die Berufung auf die Eigentümerschaft des Landes würde voraussetzen, dass ein hinreichender Geschäftsplan, ein Wertgutachten oder eine Bewertung über die zu erwartende Rendite der in Frage stehenden Investition vorhanden war. Zum damaligen Zeitpunkt sind diese nicht erstellt worden. Die Kommission verfügt daher über keine Hinweise, um die Ausführungen des Landes zu überprüfen.

⁽²⁶⁾ Siehe Fn 3.

⁽²⁷⁾ 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.

⁽²⁸⁾ Siehe Fn 3, Rn. 245.

⁽²⁹⁾ Siehe Fn 3, Rn. 246.

(101) Die Kommission ist daher der Ansicht, dass im vorliegenden Fall die angemessene Vergütung auf der Basis der direkten, marktgerechten Vergütung bestimmt werden muss.

(4) Vergütung und Vergütungselemente

Die Kapital-Basis für die Berechnung der Vergütung

(102) Wie in der Entscheidung 2000/392/EG angewandt und vom Gericht erster Instanz bestätigt, ist grundsätzlich der gesamte Wert des übertragenen Vermögens zu vergüten. Da das BAKred die Mittel in voller Höhe umgehend als Kernkapital anerkannt hat, standen sie der LBB vom 1. Januar 1993 an, bis auf die jährlich für das Fördergeschäft selbst benötigten Beträge, als Haftungsunterlegung zur Verfügung. Von den ab da jährlich steigenden Beträgen ist jedoch noch jeweils das für die Haftungsunterlegung des Fördergeschäfts benötigte Kapital abzuziehen, das die LBB nicht nutzen konnte.

(103) Das WBK/IBB-Zweckvermögen und das für das Fördergeschäft der IBB jeweils benötigte Kapital beliefen sich ab Anfang 1993 auf die variierenden Werte bzw. kontinuierlich steigenden Werte. Die Werte sind in der Tabelle in Randnummer 142 enthalten.

(104) Das in das Grundkapital der LBB eingebrachte Grundkapital der WBK/IBB in Höhe von 187,5 Mio. DEM war liquides Kapital. 1994 wurden 75,01 % der LBB an die BGB veräußert, 1998 die restlichen 24,99 % Anteile an die BGB zu einem Preis von 1,5 Mrd. DEM verkauft. Damit war das Grundkapital ab 1998 der BGB zuzurechnen.

(105) Insoweit gibt es drei Basen für die Berechnung einer angemessenen Vergütung: Erstens das liquide Kapital in Höhe von 187,5 Mio. DEM für das Jahr 1993 und für die Jahre 1994 bis 1997 mit einem Ansatz in Höhe von 46,9 Mio. DEM (entsprechend 24,99 % der Anteile); zweitens die Zweckrücklage und drittens die für das Fördergeschäft benötigten Mittel. Da für die ersten beiden Instrumente die gleiche Mindestrendite anzusetzen ist, können sie im Folgenden zunächst zusammen betrachtet werden.

Angemessene Vergütung für das Grundkapital und die Zweckrücklage

(106) Finanzanlagen von unterschiedlicher wirtschaftlicher Qualität erfordern unterschiedliche Renditen. Bei der Untersuchung, ob eine Anlage für einen unter normalen Marktbedingungen handelnden Kapitalgeber akzeptabel ist, muss daher vom besonderen wirtschaftlichen Charakter der fraglichen Kapitalmaßnahme und dem Wert des zur Verfügung gestellten Kapitals für die LBB ausgegangen werden.

Vergleich mit anderen Eigenkapitalinstrumenten

(107) Bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung spielt eine wichtige Rolle, mit welchen anderen Eigenkapitalinstrumenten die Einbringung der WBK-Mittel vergleichbar ist, da die Vergütung für die verschiedenen Instrumente im Markt

unterschiedlich ist. Für die Zwecke der Verständigung gehen der BdB, das Land und die LBB von einer Vergleichbarkeit mit einer Stammkapitalinvestition aus.

(108) Auch die Kommission ist der Ansicht, dass die Einbringung der WBK am ehesten einer Stammkapitalinvestition gleicht. Dies kann zum einen für das Grundkapital zweifelsfrei vorausgesetzt werden und braucht hier nicht näher behandelt zu werden. Zum anderen gilt dies aber auch für die Zweckrücklage, die ebenfalls vom BAKred als Kernkapital anerkannt wurde.

(109) In diesem Zusammenhang ist zunächst hervorzuheben, dass das relativ breit gefächerte Instrumentarium an innovativen Eigenkapitalinstrumenten, das den Kreditinstituten in mehreren Ländern nunmehr zur Verfügung steht, in Deutschland noch nicht existierte, als 1993 die Übertragung der WBK auf die LBB beschlossen wurde. Einige dieser Instrumente wurden erst seither entwickelt, andere gab es bereits, sie waren in Deutschland aber nicht anerkannt. Somit wäre ein Vergleich der Zweckrücklage mit derartigen innovativen Instrumenten, die zumeist erst später entwickelt wurden und teils nur in anderen Ländern verfügbar sind, nicht überzeugend.

(110) Die Kommission ist ebenfalls der Auffassung, dass ein Vergleich mit stillen Einlagen nicht für die Bestimmung der angemessenen Vergütung für die als Kernkapital anerkannte Zweckrücklage geeignet ist. Ein wichtiger Gesichtspunkt ist dabei für die Kommission, dass die Einbringung gerade nicht in Form einer stillen Einlage, sondern als Zweckrücklage erfolgte. Auch das BAKred hat die Einbringung als Rücklage und nicht als stille Einlage gemäß § 10 KWG anerkannt. Die Behandlung durch die deutsche Aufsichtsbehörde als Rücklage spricht dafür, dass das zur Verfügung gestellte Kapital eher Stammkapital als stillen Einlagen vergleichbar ist.

(111) Zudem bleibt auch das Risiko, das eingebrachte Kapital im Falle einer Insolvenz bzw. Liquidation zumindest teilweise zu verlieren, nicht hinter dem Risiko einer Stammkapitalinvestition zurück, denn das WBK Vermögen macht einen erheblichen Teil des Eigenkapitals der LBB aus und die LBB hat das zur Verfügung gestellte Vermögen auch über viele Jahre in erheblichem Umfang mit Risikoaktiva belegt.

Liquiditätsnachteile bei der Zweckrücklage

(112) Eine „normale“ Kapitalzuführung an eine Bank verschafft dieser sowohl Liquidität als auch eine Eigenmittelbasis, 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 (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⁽³⁰⁾.

⁽³⁰⁾ 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.

- (113) Abgesehen von dem Grundkapital in Höhe von 187,5 Mio. DEM hat die Übertragung des WBK-Vermögens der LBB zunächst keine Liquidität verschafft. Die LBB hat daher zusätzliche Finanzierungskosten in Höhe des Kapitalbetrags, wenn sie die erforderlichen Mittel auf den Finanzmärkten aufnimmt, um die Geschäftsmöglichkeiten voll auszuschöpfen, die sich ihr durch das zusätzliche Eigenkapital eröffnen, d. h. um die risikogewichteten Vermögenswerte um das 12,5 fache des Kapitalbetrages auszuweisen (bzw. existierende Vermögenswerte in dieser Höhe zu erhalten) ⁽³¹⁾.
- (114) Wegen dieser Zusatzkosten, die bei in sonstiger 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.
- (115) Die Kommission ist dabei der Auffassung, dass nicht der gesamte Refinanzierungszinssatz in Rechnung zu stellen ist. Refinanzierungskosten sind Betriebsaufwendungen und verringern damit das steuerbare Einkommen. Das Nettoergebnis der Bank verringert sich also nicht um den Betrag der zusätzlich gezahlten Zinsen. Ein Teil dieser Aufwendungen wird nämlich durch eine geringere Körperschaftsteuer ausgeglichen. Nur die Nettoaufwendungen sind als zusätzliche Belastungen der LBB infolge des besonderen Charakters des übertragenen Kapitals zu berücksichtigen. Insgesamt erkennt die Kommission also an, dass der LBB zusätzliche „Liquiditätskosten“ in der Höhe von „Refinanzierungskosten abzüglich Unternehmenssteuern“ entstehen.
- (116) In den Verhandlungen über die Verständigung haben die Parteien, wie auch in der Verständigung zur Hamburgischen Landsbank, bei der die Übertragung zum gleichen Zeitpunkt stattfand, einen den langfristigen risikofreien Satz von 7,23 % zugrunde gelegt. Darüber hinaus haben sich die Parteien darauf geeinigt, einen pauschalen Steuersatz von 50 % anzunehmen ⁽³²⁾. Dementsprechend gelangt man zu einem Nettofinanzierungssatz von 3,62 % und damit zu einem entsprechenden Liquiditätsabschlag. Dieser Abschlag gilt nur für die Zweckerücklage.

Ermittlung einer zu erwartenden Mindestvergütung für die Zweckerücklage und das Grundkapital

- (117) Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber gründet seine Renditeerwartungen auf die historischen Durchschnittsrenditen, die im Allgemeinen einen Anhaltspunkt auch für die zukünftige Leistungsfähigkeit des Unternehmens darstellen, sowie auf die Schlussfolgerungen, die er insbesondere aus der Analyse des für den Investitionszeitraum geltenden Geschäftsmodells des Unternehmens, der Strategie und Qualität der Unternehmensführung und der relativen Aussichten des betreffenden Wirtschaftszweigs zieht. Das Unternehmen muss bei Kapitalbedarf einen möglichen Kapitalgeber davon überzeugen, dass es in der

Lage sein wird, langfristig zumindest die Rendite zu erwirtschaften, die für vom Risiko und Wirtschaftszweig her vergleichbare Unternehmen am Markt durchschnittlich erwartet wird. Falls ein Unternehmen nicht diesen Erwartungen nach einer zumindest durchschnittlichen Rendite entsprechen kann, wird der Kapitalgeber diese Investition unterlassen und erwägen, in ein anderes Unternehmen zu investieren, das bei gleichem Risiko bessere Aussichten aufweist.

- (118) Verschiedene Methoden bestehen, um die angemessene Mindestvergütung zu ermitteln. Dies reicht von verschiedenen Varianten des Finanzierungsansatzes bis hin zur Methode nach dem Capital Asset Pricing Model (CAPM). Zum Zwecke der Darstellung der verschiedenen Ansätze ist es sinnvoll, zwischen zwei Komponenten zu unterscheiden, einer risikofreien Rendite und einer projektspezifische Risikoprämie: angemessene Mindestrendite einer risikobehafteten Investition = risikofreier Basissatz + Risikoprämie der risikobehafteten Investition. Die angemessene Mindestrendite einer risikobehafteten Investition kann folglich als die Summe des risikofreien Renditesatzes und der zusätzlichen Risikoprämie für die Übernahme des investitionspezifischen Risikos beschrieben werden.
- (119) Entsprechend ist das Fundament einer jeden Renditebestimmung die Existenz einer ausfallrisikolosen Anlageform mit einer annahmegemäß risikolosen Rendite. Üblicherweise wird die erwartete Rendite festverzinslicher Wertpapiere staatlicher Emittenten zur Bestimmung des risikofreien Basissatzes herangezogen (beziehungsweise ein auf solchen Wertpapieren beruhender Index), stellen sie doch Anlageformen mit vergleichbar geringem Risiko dar. Unterschiede zwischen den verschiedenen Methoden bestehen jedoch bezüglich der Ermittlung der Risikoprämie:
- *Finanzierungsansatz*: Die erwartete Eigenkapitalrendite eines Investors stellt aus der Sicht der kapitalnutzenden Bank zukünftige Finanzierungskosten dar. Bei diesem Ansatz werden zunächst die historischen Eigenkapitalkosten ermittelt, die bei Banken angefallen sind, die mit der in Frage stehenden vergleichbar sind. Der arithmetische Durchschnitt der historischen Kapitalkosten wird dann gleichgesetzt mit den zukünftig erwarteten Eigenkapitalkosten und damit mit der erwarteten Renditeforderung des Investors.
 - *Finanzierungsansatz mit Compound Annual Growth Rate*: Im Mittelpunkt dieses Ansatzes steht die Verwendung des geometrischen anstatt des arithmetischen Mittelwertes.

- *CAPM*: Das CAPM ist das bekannteste und am häufigsten getestete Modell der modernen Finanzwirtschaft, mit dem die von einem Investor erwartete Rendite mit folgender Formel ermittelt werden kann: Erwartete Rendite = risikofreier Zinssatz + Markt-Risikoprämie x Beta. Mit dem Betafaktor wird das Risiko eines Unternehmens relativ zum Gesamtrisiko aller Unternehmen quantifiziert. Die Risikoprämie für die spezifische Investition ergibt sich durch die Multiplikation der Risikoprämie des Marktes mit dem Betafaktor.

⁽³¹⁾ 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).

⁽³²⁾ Nach Unterlagen, die von Deutschland vorgelegt wurden, betrug die Körperschaftsteuer 1992 46 %, zu der noch der Solidaritätszuschlag in Höhe von 3,75 % hinzukam (also insgesamt 49,75 %). Der Gesamtbesteuerungssatz ging 1993 auf 46 % zurück und betrug von 1994 bis 2000 49,5 %. Ab 2001 betrug der Gesamtbesteuerungssatz 30 %.

- (120) Das CAPM ist die vorherrschende Methode zur Berechnung von Investitionsrenditen bei börsennotierten großen Unternehmen. Da die LBB kein börsennotiertes Unternehmen ist, ist jedoch eine direkte Ableitung ihres Betawertes nicht möglich. Eine Anwendung des CAPM ist deshalb nur auf der Basis einer Schätzung des Betafaktors möglich.
- (121) Deutschland steht einer Anwendung des CAPM generell kritisch gegenüber. Schließlich haben die Parteien in ihrer Verständigung das CAPM dennoch zugrunde gelegt und sind zu einem angemessenen Vergütungssatz für die Einbringung des Grundkapitals und der Zweckrücklage in die LBB in Höhe von 10,19 % gelangt.
- (122) Die Parteien haben ihren Berechnungen das CAPM zugrunde gelegt und als risikolosen Basiszinssatz für die LBB 7,23 % zum 31. Dezember 1992 verwendet. Die Ermittlung dieser Zinssätze erfolgte unter der Annahme, dass das WBK-Vermögen der LBB dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte. Die Parteien haben daher von der Verwendung einer stichtagsbezogenen am Markt zum Einbringungszeitpunkt beobachtbaren risikolosen Rendite für einen festen Investitionszeitraum (z. B. 10-jährige Renditen für Staatsanleihen) abgesehen, da eine solche Betrachtung das Reinvestitionsrisiko, d. h. das Risiko, nach Ablauf des Investitionszeitraumes nicht wieder in Höhe des risikolosen Zinssatzes zu investieren, außer Acht lassen würde. Nach Auffassung der Parteien wird dem Investitionsrisiko am Besten Rechnung getragen, wenn man einen „Total Return Index“ zugrunde legt. Deshalb haben die Parteien den von der Deutschen Börse AG erstellten REX10 Performance Index herangezogen, der die Performance einer Investition in Anleihen der Bundesrepublik Deutschland mit zehn Jahren Laufzeit abbildet. Die vorliegend verwendete Indexreihe beinhaltet die jeweiligen Jahresendstände des REX10 Performance Index ab 1970. Die Parteien haben sodann die Rendite per annum ermittelt, die den Trend wie er in dem zugrunde gelegten REX10 Performance Index in dem Zeitraum 1970 bis 1992 abgebildet ist, widerspiegelt und sind so zu dem genannten risikolosen Basiszinssatz von 7,23 % (31. Dezember 1992) gelangt.
- (123) Da die Einlage der LBB in der Tat dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte, erscheint die Vorgehensweise zur Ermittlung des risikolosen Basiszinssatzes in diesem speziellen Fall angemessen. Auch stellt der herangezogene REX10 Performance Index eine allgemein anerkannte Datenquelle dar. Die ermittelten risikolosen Basiszinssätze erscheinen hier somit sachgerecht.
- (124) Die Schätzung des Betafaktors von 0,74 erfolgte auf der Basis eines Gutachtens der KPMG zu so genannten „Adjusted Betafaktoren“ von sämtlichen in Deutschland börsennotierten Kreditinstituten, das der Kommission vorliegt. Auf der Basis dieses Gutachtens und angesichts der Geschäftsausrichtung der LBB ist dieser Betafaktor als angemessen anzusehen.
- (125) Auch die Markt-Risikoprämie von 4,0 % erscheint aus Sicht der Kommission vertretbar. Bereits in dem Verfahren, das zur Entscheidung 2000/392/EG führte, wurde die so genannte allgemeine langfristige Markt-Risikoprämie, also die Differenz zwischen der langfristigen Durchschnittsrendite auf ein übliches Aktienportfolio und der auf Staatsanleihen, mehrfach behandelt. In den entsprechenden

Gutachten zum Verfahren wurden je nach Methodik, Zeitrumbetrachtung und Datenbasis Spannen von etwa 3 % bis 5 % angesetzt. So rechnete ein Gutachten, das für den BdB erstellt wurde, alternativ mit 3,16 % und 5 %, ein anderes, für die WestLB im selben Verfahren erstelltes Gutachten rechnete alternativ mit 4,5 % und 5 % und Lehman Brothers, auch für WestLB tätig, rechnete mit einem Satz von 4 %. Vor diesem Hintergrund hat die Kommission in dem vorliegenden Fall keinen Anlass, von der in der Verständigung verwendeten Markt-Risikoprämie abzuweichen. Ausgehend vom CAPM bestehen nach Auffassung der Kommission keine Zweifel, dass die von den Parteien ermittelte Mindestvergütung als angemessen angesehen werden kann.

- (126) Die Kommission legt deshalb als angemessene Mindestvergütung einen Wert von 10,19 % jährlich. (jeweils nach Unternehmenssteuer und vor Investorensteuer) fest.

Wegfall des Renditeaufschlags wegen der 100 % Eigentümerschaft

- (127) Es ist zu prüfen, ob Gründe für eine Anpassung der ermittelten Mindestvergütung vorliegen. Gemäß der Vorgehensweise in den anderen Landesbanken-Verfahren können dabei die folgenden drei Charakteristika einen solchen Aufschlag als Besonderheiten der Transaktion rechtfertigen: erstens die unterbliebene Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile und der damit verbundenen Stimmrechte, zweitens das außerordentliche Volumen der Vermögensübertragung und drittens die fehlende Fungibilität der Anlage.
- (128) Wie auch in den anderen Verfahren hält die Kommission Aufschläge bezüglich der beiden letztgenannten Aspekte für nicht gerechtfertigt. Im Hinblick auf die mit der unterbliebenen Ausgabe neuer Gesellschafteranteile nicht gegebenen Stimmrechte ist ebenfalls kein Aufschlag möglich, weil das Land Berlin bereits 100 % der Stimmanteile besaß.

Keine Verringerung des Entgeltes wegen der Vereinbarung einer Pauschalvergütung

- (129) Bei Aktien hängt die Vergütung direkt von den Ergebnissen des Unternehmens ab und äußert sich hauptsächlich in Form von Dividenden und einer Beteiligung an dem Wertzuwachs des Unternehmens (z. B. ausgedrückt durch Aktienkurssteigerungen). Das Land erhält eine Pauschalvergütung, in deren Höhe diese beiden Aspekte des Entgelts für eine „normale“ Kapitalzufuhr zum Ausdruck kommen sollten. Es ließe sich argumentieren, dass die feste Vergütung, die das Land anstelle eines direkt mit den Ergebnissen der LBB verknüpften Entgelts erhält, einen Vorteil darstellt, der eine Reduzierung des Entgeltsatzes rechtfertigt. Ob eine solche feste Vergütung tatsächlich günstiger ist als eine variable, gewinnbezogene, hängt von den Ergebnissen des Unternehmens in der Zukunft ab. Verschlechtern sich diese, ist der Pauschalsatz für den Kapitalgeber von Vorteil, verbessern sich diese jedoch, ist er von Nachteil. Die tatsächliche Entwicklung kann jedoch nicht nachträglich zur Beurteilung der Anlageentscheidung herangezogen werden. In Anbetracht all dessen ist die Kommission der Ansicht, dass der Entgeltsatz aus diesem Grunde nicht zu reduzieren ist.

Gesamtvergütung für das Grundkapital und die Zweckrücklage

(130) Aufgrund all dieser Überlegungen gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass die marktübliche Mindestrendite für das Kapital und die Zweckrücklage 10,19 % p.a. (nach Unternehmenssteuern) betragen haben würde. Bezüglich der nicht liquiden Zweckrücklage sind hiervon 3,62 % wegen des Nettofinanzierungsaufwandes in Abzug zu bringen.

Angemessene Vergütung für die für das Fördergeschäft benötigten Beträge

(131) Auch die für das Fördergeschäft benötigten Beträge sind für die LBB von materiellem Wert und seine ökonomische Funktion ließe sich mit der einer Bürgschaft oder Haftung vergleichen. Um sich einem derartigen Risiko auszusetzen, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine angemessene Vergütung verlangen. Die Verständigung zwischen dem BdB, dem Land und der LBB äußert sich zu dieser Frage nicht.

(132) Deutschland erachtete im Fall WestLB⁽³³⁾ als Ausgangssatz eine Vergütung von 0,3 % jährlich vor Steuern angemessen. Aufgrund der grundsätzlichen Vergleichbarkeit zwischen WestLB und LBB sowie mangels anderer Anhaltspunkte geht die Kommission davon aus, dass dieser Satz der Vergütung entspricht, die die LBB auch Anfang der 1990er Jahre für die Übernahme einer Avalbürgschaft zu ihren Gunsten am Markt hätte zahlen müssen.

(133) Die Gründe, die in der Entscheidung 2000/392/EG jedoch für eine Erhöhung des Ausgangssatzes zugrunde gelegt wurden, treffen hier hingegen nicht zu. In der Entscheidung 2000/392/EG wurde ein Aufschlag auf den genannten Satz von 0,3 % jährlich. (vor Steuern) um weitere 0,3 % jährlich. vorgenommen, weil einerseits Avalbürgschaften üblicherweise mit bestimmten Transaktionen verknüpft und befristet sind (was bei der WestLB nicht der Fall war) und andererseits der der WestLB zur Verfügung gestellte Betrag von über 3,4 Mrd. DEM über dem liegt, was normalerweise durch derartige Bankbürgschaften abgedeckt wird

(134) Eine Erhöhung der Vergütung von 0,3 % wegen eines besonders hohen Umfangs der „Bürgschaft“ scheint bei ca. 170 bis 350 Mio. DEM jährlich nicht angebracht. Eine Erhöhung dieses Satzes wegen des Umstands, dass das WBK-Vermögens der LBB prinzipiell unbegrenzt zur Verfügung steht, ist daneben aus den gleichen Gründen zweifelhaft, aus denen auch kein Aufschlag bei der Vergütung für das Kapital, das für das Wettbewerbsgeschäft zur Verfügung steht, vorgenommen wurde, denn das Land hatte die Möglichkeit, der LBB das Vermögen tatsächlich wieder zu entziehen und hat dies zum Ende des Monats August 2004 auch getan.

(135) Die Garantieprämie stellt eine Betriebsausgabe für die LBB dar und schmälert daher den steuerbaren Gewinn. Die Vergütung für das WBK-Vermögen wird aus den Gewinnen nach Steuern gezahlt. Daher ist der Satz von 0,3 % grundsätzlich durch den Steuersatz anzupassen. Ebenso wie bei den Refinanzierungskosten geht die Kommission — in diesem Fall zugunsten der LBB — von einem einheitlichen Gesamtsteuersatz von 50 % aus. Die Kommission legt deshalb den Satz von 0,15 % p.a. nach Steuern fest.

(5) Das Beihilfeelement

(136) Nach diesen Berechnungen hält die Kommission eine Vergütung von 10,19 % p.a. nach Steuern für das Grundkapital, von 6,57 % p.a. nach Steuern für den Teil der Zweckrücklage, der von der LBB zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit verwendet werden konnte und von 0,15 % p.a. nach Steuern für die für das Fördergeschäft benötigten, aber als Eigenkapital in der Bilanz ausgewiesenen Beträge für marktkonform.

(137) Aus den genannten Bemessungsgrundlagen und Vergütungen für die verschiedenen Arten des übertragenen Kapitals ergeben sich die in der Tabelle in Randnummer 142 zusammengefassten Beträge, die für die einzelnen Elemente und Jahre als angemessene Vergütung zu zahlen gewesen wären.

(138) Dagegen sind die Beträge zu setzen, die zum Zeitpunkt der Investition bereits als Vergütungselemente fest vereinbart wurden. Dabei handelt es sich nach Auffassung der Kommission nur um die fest vereinbarte Vergütung in variierender Höhe (siehe Tabelle in Randnummer 142) auf die Inanspruchnahme der Zweckrücklage. Weitere Bestandteile, wie die von Deutschland angeführten realisierten Wertsteigerungen und die Ausschüttung in Höhe von DEM 238 Mio. im Jahr 1993 können nicht dagegen gerechnet werden.

(139) Deutschland hat vorgetragen, dass die anlässlich der beiden Verkaufsvorgänge in den Jahren 1994 und 1998 realisierten Wertsteigerungen sowie die Ausschüttung von 238 Mio. DEM von der zu zahlenden Vergütung in Abzug zu bringen seien. Auf nach der Investition geleistete Zahlungen und realisierte Wertsteigerungen kann es nach dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers, der aufgrund der ihm zum Investitionszeitpunkt zur Verfügung stehenden Informationen entweder eine angemessene Rendite erwarten kann oder eine direkte Vergütung vereinbart, nicht ankommen. So können nicht von vornherein kalkulierbare Ausschüttungen oder Wertsteigerungen nicht ausschlaggebend sein. Auch die Frage, ob eine Wertsteigerung durch Verkauf zu Erlösen führt oder nicht, ist nicht entscheidend. Schließlich ist nicht ersichtlich, warum die Ausschüttung von 238 Mio. DEM aufgrund der eingebrachten Zweckrücklage gemacht worden sein sollte; zudem käme allenfalls eine anteilige Berücksichtigung der Zahlung in Betracht, und zwar in dem Verhältnis, in dem die Zweckrücklage zum sonstigen Eigenkapital der LBB stand.

(140) Daneben behauptete Deutschland, dass ein Grund für die Übertragung potenzielle Synergien waren und nicht die Erhöhung des Eigenkapitals der LBB. Da sich durch diese Synergien weder die Verwendbarkeit des übertragenen Kapitals für die LBB vermindert, noch die aus der Übertragung resultierenden Kosten für die LBB erhöhen, dürften die Synergien auch keinen Einfluss auf die Höhe des Entgelts haben, das von einem nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnden Kapitalgeber für das bereitgestellte Eigenkapital von der Bank verlangt werden könnte. Auch im Falle eines tatsächlichen Vorteils für das Land infolge von Synergien wäre jeder Wettbewerber aufgrund der Konkurrenz gezwungen gewesen, dem Land für das

⁽³³⁾ Siehe Fn 2, Rz. 221.

Finanzinstrument zuzüglich zu einem angemessenen Entgelt für das bereitgestellte Eigenkapital eine „Vergütung“ in Form solcher Vorteile zu „zahlen“. Die Kommission vertritt also die Auffassung, dass es sich bei etwaigen Synergieeffekten nicht um eine von der LBB für die Übertragung der WBK gezahlte Vergütung handelt.

(141) Die Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung von ca. 0,25 % p.a und der angemessenen Vergütung von 6,57 % p.

a. (für den Teil der IBB-Zweckrücklage der für das Wettbewerbsgeschäft genutzt werden kann) bzw. 10,19 % p.a. für das WBK Grundkapital sowie 0,15 % p.a. (auf den Teil des Vermögens der einer Bankbürgschaft gleicht) stellt somit eine Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag dar.

(142) Das Beihilfelement setzt sich demnach wie folgt zusammen:

Werte (Mio. DM zum Jahresende)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004 ⁽¹⁾	Summe	Summe €
1. IBB-Zweckrücklage	1 715,2	2 005,8	2 105,8	2 206,0	2 306,0	2 356,0	2 406,0	2 456,5	2 600,0	2 623,8	2 625,4	2 625,4		
Inanspruchnahme für Fördergeschäft	168,7	180,1	273,2	323,8	346,4	233,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
Verbleibender Teil der Zweckrücklage	1 546,5	1 825,7	1 832,6	1 882,2	1 959,6	2 122,4	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
Zinssatz	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %		
Zu leistende Vergütung	101,6	119,9	120,4	123,7	128,7	139,4	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2. WBK-Grundkapital	187,5	46,9	46,9	46,9	46,9									
Zinssatz	10,19 %	10,19 %	10,19 %	10,19 %	10,19 %									
Zu leistende Vergütung	19,1	4,8	4,8	4,8	4,8								38,2	19,5
Avalprovision	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %		
Zu leistende Vergütung	0,253	0,270	0,410	0,486	0,520	0,350	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
3. Bereits geleistete Vergütung	0,0	0,0	0,0	1,2	3,4	3,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
4. Noch zu leistende Vergütung	121,0	125,0	125,6	127,7	130,6	136,2	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	1 584,5	810,14

⁽¹⁾ 1.1.-31.8.2004. Anschließend Umwandlung von € 1,1 Mrd. der IBB-Zweckrücklage in stille Einlagen des Landes in der LBB bei marktgerechter Vergütung
Seit dem 1.1 1999 wird DM zum Kurs von 1,95583 in Euro umgerechnet. Die Angaben in DM sind dem entsprechend in Euro umzurechnen.

(143) Mit der Ausgliederung der IBB aus der LBB wurde zum 1. September 2004 die Zweckerücklage an das Land Berlin zurück überführt, wobei etwa 1,1 Mrd. EUR dieser Zweckerücklage in zwei stille Einlagen des Landes an der LBB eingebracht wurden. Mit dieser Ausgliederung wurde die hier zu untersuchende Begünstigung zum 1. September 2004 beendet.

2.c. VERFÄLSCHUNG DES WETTBEWERBS UND BEEINTRÄCHTIGUNG DES HANDELS ZWISCHEN DEN MITGLIEDSSTAATEN

(144) 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.

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

(146) Damit zeigt sich eindeutig, dass die LBB Bankdienstleistungen im Wettbewerb mit anderen europäischen Banken außerhalb Deutschlands und — da Banken aus anderen europäischen Ländern in Deutschland tätig sind — innerhalb Deutschlands erbringt.

(147) Auch ist darauf hinzuweisen, dass ein sehr enger Zusammenhang zwischen dem Eigenkapital eines Kreditinstituts und seinen Bankaktivitäten besteht. Nur mit ausreichendem anerkanntem Eigenkapital kann eine Bank arbeiten und ihre kommerziellen Tätigkeiten ausweiten. Da die LBB durch die staatliche Maßnahme mit solchem Eigenkapital für Solvabilitätszwecke ausgestattet wurde, wurden die Geschäftsmöglichkeiten der Bank unmittelbar beeinflusst.

(148) Es steht deshalb fest, dass Beihilfen an die LBB den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

3. VEREINBARKEIT DER MASSNAHME MIT DEM EG-VERTRAG

(149) Auf Basis all dieser Ausführungen lässt sich feststellen, dass sämtliche Kriterien des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt sind und die Übertragung des WBK Vermögens folglich eine staatliche Beihilfe im Sinne des betreffenden Artikels beinhaltet. Hiervon ausgehend muss untersucht werden, ob die Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann. Allerdings ist zu bemerken, dass Deutschland im Hinblick auf etwaige Beihilfelemente im Rahmen der Übertragung der Vermögen keine Ausnahmebestimmungen geltend gemacht hat.

(150) 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.

(151) 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 europäischem Interesse gefördert. Die Förderung der Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes sind ebenso wenig Ziel der Beihilfe.

(152) Da der wirtschaftliche Fortbestand der LBB nicht auf dem Spiele stand, als die Maßnahme durchgeführt wurde, stellt sich nicht die Frage, ob der Zusammenbruch eines einzigen großen Kreditinstituts wie der LBB 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.

(153) 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 LBB wird nicht als ein Unternehmen in Schwierigkeiten bezeichnet, dessen Wiedererlangung der Rentabilität durch staatliche Beihilfen unterstützt werden sollte.

(154) Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag, der unter bestimmten Umständen Ausnahmen von den Vertragsvorschriften 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⁽³⁴⁾.

(155) Deutschland hat nicht vorgetragen, bei einer eventuellen Begünstigung der LBB durch die Übertragung des WBK-Vermögens habe es sich nur um eine Kompensation für die der LBB durch die Wahrnehmung ihres öffentlichen Auftrags entstehenden Kosten gehandelt. Nach Ansicht der Kommission ist klar, dass die Übertragung durchgeführt wurde, um die LBB in die Lage zu versetzen, den neuen Eigenkapitalanforderungen gerecht zu werden, nicht als Kompensation für einen öffentlichen Auftrag.

(156) 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.

⁽³⁴⁾ 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.

4. KEINE BESTEHENDE BEIHILFE

- (157) Die Übertragung des WBK-Vermögen kann auch nicht als von der bestehenden Beihilfenregelung Anstaltslast und Gewährträgerhaftung abgedeckt angesehen werden.
- (158) Zum einen ist der Tatbestand der Gewährträgerhaftung als einer Ausfallhaftung gegenüber Gläubigern für den Fall, dass das Vermögen der Bank zu deren Befriedigung nicht ausreicht, von vornherein nicht erfüllt. Die Kapitalzufuhr richtet sich weder auf die Befriedigung der Gläubiger der LBB noch war das Vermögen der LBB erschöpft.
- (159) Zum anderen greift auch der Tatbestand der Anstaltslast nicht ein. Die Anstaltslast verpflichtet den Anstaltsträger, die LBB mit den Mitteln auszustatten, die für den ordnungsgemäßen Betrieb der Landesbank erforderlich sind, sofern er sich für deren Fortführung entscheidet. Die LBB war zum Zeitpunkt der Kapitalzufuhr aber keineswegs in einer Lage, in der ein ordnungsgemäßer Betrieb nicht mehr möglich war. Die Kapitalzufuhr war also zur Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Betriebs der LBB nicht erforderlich. Die LBB 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 ist die „Notvorschrift“ der Anstaltslast nicht anwendbar. Mangels einer anderen anwendbaren bestehenden Beihilfenregelung gemäß Artikel 87 Absatz 1 und Artikel 88 Absatz 1 EG-Vertrag ist die Kapitalzufuhr daher als neue Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 und Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag einzuordnen.

5. SCHLUSSFOLGERUNG

- (160) Die aus der Einbringung der WBK/IBB zum 1.1.1993 resultierende Beihilfe kann weder aufgrund von Artikel 87 Absatz 2 bzw. Absatz 3 EG-Vertrag noch aufgrund einer anderen Vertragsbestimmung als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden. Demnach wird die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt, muss abgeschafft werden. Das Beihilfeelement ist von Deutschland zurückzufordern -

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Die staatliche Beihilfe in Höhe von 810,14 Mio. EUR, die Deutschland in dem Zeitraum vom 1. Januar 1993 bis 31. August 2004 zugunsten der Landesbank Berlin — Girozentrale gewährt hat, ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar.

Artikel 2

Deutschland ergreift alle notwendigen Maßnahmen, um die in Artikel 1 genannte, rechtswidrig zur Verfügung gestellte Beihilfe von der Empfängerin zurückzufordern.

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.

Die Zinsen werden gemäß den Bestimmungen des Kapitels V der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission ⁽³⁵⁾ 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.

Geschehen zu Brüssel, den 20. Oktober 2004

Für die Kommission

Mario MONTI

Mitglied der Kommission

⁽³⁵⁾ ABl. L 140 vom 30.4.2004, S. 1.

ANHANG

INFORMATIONEN HINSICHTLICH DER DURCHFÜHRUNG DER ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

1. **Kalkulation des Betrags, der zurückgefordert werden soll**

- 1.1. Liefern Sie bitte die folgenden Einzelheiten über die Höhe des Betrages der rechtswidrigen Beihilfen, die dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden sind:

Datum der Zahlung (*)	Höhe der Beihilfe (*)	Wäh- rung	Identität des Begünstigten

(*) Datum, an dem die Beihilfe oder einzelne Raten der Beihilfe dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden ist (insofern eine Maßnahme aus mehreren Raten und Vergütungen besteht, getrennte Reihen verwenden)

(*) Höhe der Beihilfe, die dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden ist (in Brutto-Beihilfenäquivalenten)

Anmerkungen:

- 1.2. Erklären Sie bitte ausführlich, wie die Zinsen, die auf die zurückzufordernde Beihilfe gezahlt werden müssen, berechnet werden.

2. **Schon ergriffene oder geplante Maßnahmen, um die Beihilfe zurückzufordern**

- 2.1. Beschreiben Sie bitte im Einzelnen, welche Maßnahmen schon ergriffen worden sind, und welche Maßnahmen geplant werden, um eine unmittelbare und effektive Rückforderung der Beihilfe durchzuführen. Bitte erklären Sie ebenfalls, welche alternativen Maßnahmen im nationalen Recht bestehen, um die Rückforderung durchzuführen. Teilen Sie bitte, soweit vorhanden, die Rechtsgrundlage für die ergriffenen/geplanten Maßnahmen mit.
- 2.2. Bis zu welchem Datum wird die Rückforderung der Beihilfe abgeschlossen sein?

3. **Schon bewirkte Rückforderung**

- 3.1. Liefern Sie bitte die folgenden Einzelheiten über die Beihilfen, die vom Begünstigten bereits zurückgefordert worden sind:

Datum (*)	Zurückgestatteter Betrag	Wäh- rung	Identität des Begünstigten

(*) Datum, an dem die Beihilfe zurückerstattet worden ist

- 3.2. Belegen Sie bitte die Rückerstattung der Beihilfebeträge, die in der oberen Tabelle unter Punkt 3.1 spezifiziert worden sind.

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 20. Oktober 2004

über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Westdeutschen Landesbank — Girozentrale, jetzt WestLB AG

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3925)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2006/737/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 Stellungnahme nach Maßgabe der vorerwähnten Vorschriften⁽¹⁾ und unter Berücksichtigung ihrer Stellungnahmen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. DAS VERFAHREN

1. VERWALTUNGSVERFAHREN

- (1) Mit Beschwerde vom 23. März 1993 forderte der *Bundesverband deutscher Banken e.V.* („BdB“), der etwa 300 Privatbanken in Deutschland repräsentiert, die Kommission auf, ein Verfahren nach Artikel 226 EG-Vertrag gegen Deutschland zu eröffnen. Der Verband machte geltend, das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen („BAKred“) habe gegen Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 89/299/EWG indem es das Vermögen der *Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen* („Wfa“), die mit der *Westdeutschen Landesbank Girozentrale* („WestLB“) fusioniert worden war, als Eigenmittel der WestLB anerkannte.
- (2) Mit Schreiben vom 31. Mai 1994 unterrichtete der BdB die für Wettbewerb zuständige Generaldirektion IV von der Vermögensübertragung und sprach in diesem Zusammenhang von einer Wettbewerbsverfälschung zugunsten der WestLB. Am 21. Dezember 1994 legte der BdB förmlich Beschwerde ein und forderte die Kommission auf, gegen Deutschland ein Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag einzuleiten. Im Februar und März 1995 sowie im Dezember 1996 traten zehn Banken der Beschwerde ihres Verbandes bei.

- (3) Um beurteilen zu können, ob die Vermögensübertragung eine staatliche Beihilfe darstellt, ersuchte die Kommission die deutschen Behörden mit Schreiben vom 12. Januar, 9. Februar, 10. November und 13. Dezember 1993 sowie vom 16. Januar 1996 um zusätzliche Auskünfte. Diese wurden ihr mit Schreiben vom 9. Februar und 16. März 1993, 8. März 1994, 12. April und 26. April 1996 sowie 14. Januar 1997 mitgeteilt. Seitens der verschiedenen Beteiligten gingen weitere Schreiben und Unterlagen ein. Vertreter der Kommission trafen mit Vertretern der deutschen Behörden, der WestLB und der anderen Landesbanken sowie des Beschwerdeführers mehrmals in den Jahren 1994 bis 1997 zusammen.

- (4) Nach diesem Informationsaustausch hielt es die Kommission für notwendig, das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu eröffnen. Sie nahm diesen Beschluss am 1. Oktober 1997 an. Darin gelangte sie zu dem Schluss, dass die fragliche Maßnahme wahrscheinlich eine Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstelle und dass sie zur Prüfung des Vorgangs zusätzliche Auskünfte benötige. Dabei ging es ihr vor allem um Angaben zu den Maßnahmen, durch die das Land Nordrhein-Westfalen (im folgenden: Land) sicherstellt, dass es in angemessener Weise an den zusätzlichen Gewinnen partizipiert, die die WestLB aufgrund der Kapitalerhöhung erzielen kann, Angaben zu den Auswirkungen des fehlenden Liquiditätscharakters des übertragenen Kapitals, den Auswirkungen des Umstandes, dass der Einfluss des Landes auf die WestLB nicht gestiegen ist, und den Auswirkungen des Vorzugscharakters des festen Entgelts sowie etwaiger anderer Faktoren bei der Festlegung eines angemessenen Entgelts, Angaben zur Höhe des Wfa-Kapitals zur Unterlegung der Geschäftstätigkeit der WestLB, zu dem darüberliegenden und in der Bilanz der WestLB ausgewiesenen Betrag, zu den Steuerbefreiungen, zur Befreiung von Verbindlichkeiten, zur Rentabilität der WestLB und den angeblichen Synergien.

- (5) Der Beschluss der Kommission über die Eröffnung des Verfahrens wurde im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*⁽²⁾ veröffentlicht. Bei dieser Gelegenheit forderte sie die Beteiligten zur Stellungnahme auf. Die Kommission hat Stellungnahmen der WestLB (19. Mai 1998), der *Association Française des Banques* (26. Mai 1998), der *British Bankers' Association* (2. Juni 1998) und des BdB (4. Juni 1998) erhalten. Diese wurden Deutschland mit Schreiben vom

⁽¹⁾ ABl. C 140 vom 5.5.1998, S. 9.

⁽²⁾ Vgl. Fußnote 1.

15. Juni 1998 zur Äußerung zugeleitet. Diese ging nach Fristverlängerung mit Schreiben vom 11. August 1998 ein.

- (6) Am 15. Januar und 16. September 1998 fanden Treffen mit Vertretern des BdB und am 9. September 1998 mit Vertretern der WestLB statt. Mit Schreiben vom 22. September 1998 luden die Kommissionsdienststellen die deutschen Behörden, die WestLB und den BdB zu einer gemeinsamen Sitzung über verschiedene Aspekte in der vorliegenden Sache ein. Der BdB reichte mit Schreiben vom 30. Oktober 1998 Informationsmaterial ein. Die Sitzung mit den drei Beteiligten fand am 10. November 1998 statt. Danach ersuchten die Kommissionsdienststellen die deutschen Behörden und den BdB mit Schreiben vom 16. November 1998 um zusätzliche Auskünfte und Unterlagen.
- (7) Der BdB legte nach einer Fristverlängerung die gewünschten Informationen mit Schreiben vom 14. Januar 1999 vor. Die deutschen Behörden übermittelten nach Fristverlängerung einige Informationen mit Schreiben vom 15. Januar 1999 und vom 7. April 1999.
- (8) Da die deutschen Behörden der Kommission bestimmte Daten nicht übermitteln wollten, ordnete die Kommission mit einer Deutschland mit Schreiben vom 24. März zugestellten Entscheidung vom 3. März 1999 die Erteilung dieser Auskünfte an. Die deutsche Regierung kam dieser Anordnung nach einer Fristverlängerung mit Schreiben vom 22. April 1999 nach.
- (9) Die Kommission gab eine unabhängige Studie über das angemessene Entgelt, das das Land Nordrhein-Westfalen für die Übertragung der Wfa auf die WestLB verlangen müsste, in Auftrag. Das hiermit beauftragte Beratungsunternehmen nahm ebenfalls an der Sitzung mit den drei Beteiligten am 10. November 1998 teil und reichte die Studie am 18. Juni 1999 bei der Kommission ein. Am 8. Juli 1999 erließ die Kommission die Entscheidung 2000/392/EG über die in Frage stehende, von Deutschland zugunsten der Westdeutschen Landesbank Girozentrale durchgeführte Maßnahme (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) ⁽¹⁾. Die Entscheidung wurde Deutschland am 4. August 1999 bekannt gegeben, die sie mit Schreiben vom 6. August 1999 an das Land weiterleitete. Das Land unterrichtete die WestLB mit Schreiben vom 9. August 1999, das am selben Tag bei dieser einging. In Artikel 1, 2 und 3 dieser Entscheidung heißt es:

„Artikel 1

Die staatliche Beihilfe, die Deutschland zugunsten der Westdeutschen Landesbank Girozentrale in Höhe von insgesamt 1 579 700 000 DEM (807 700 000 Euro) in den Jahren 1992 bis 1998 gewährt hat, ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar.

Artikel 2

(1) Deutschland ergreift alle notwendigen Maßnahmen, um die in Artikel 1 genannte, rechtswidrig zur Verfügung gestellte Beihilfe abzuschaffen und vom Empfänger zurückzufordern.

(2) Die Beitreibung der Beihilfe erfolgt nach den nationalen Verfahren. Der beizutreibende Beihilfebetrag erhöht sich um die Zinsen, die ab dem Tag der Auszahlung der Beihilfe an den Empfänger bis zu ihrer tatsächlichen Rückzahlung auf der Grundlage des für die Berechnung des Subventionsäquivalents der Regionalbeihilfen verwendeten Bezugsatzes berechnet werden.

Artikel 3

Deutschland teilt der Kommission innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung die Maßnahmen mit, die ergriffen wurden, um der Entscheidung nachzukommen.“

2. GERICHTSVERFAHREN

- (10) Am 12. Oktober 1999 erhoben die WestLB und das Land Nordrhein-Westfalen Klagen gegen diese Entscheidung beim Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften. Die WestLB, das Land und Deutschland als Streithelferin beantragten, die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären und der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Darüber hinaus beantragte das Land, dem BdB seine eigenen Kosten aufzuerlegen. Die Kommission und der BdB als Streithelfer beantragten, die beiden Klagen als unbegründet abzuweisen und den Klägern die Kosten des Verfahrens (der BdB schloss dabei seine eigenen Kosten ein) aufzuerlegen.
- (11) Zudem erhob Deutschland am 8. Oktober 1999 Klage gegen diese Entscheidung vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ebenfalls mit dem Antrag, diese für nichtig zu erklären und der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Dieses Verfahren wurde jedoch ausgesetzt im Hinblick auf das inhaltsgleiche Verfahren vor dem Gericht erster Instanz.
- (12) Mit Beschluss des Gerichts vom 22. August 2000 wurden Deutschland als Streithelferin zur Unterstützung der Kläger und der BdB als Streithelfer zur Unterstützung der Kommission als Beklagte zugelassen. Mit Beschluss des Gerichts vom 11. Juli 2001 wurden die beiden Rechtsachen zu gemeinsamer mündlicher Verhandlung und zu gemeinsamer Entscheidung verbunden. Die mündliche Verhandlung fand am 5. und 6. Juni 2002 statt.
- (13) Am 6. März 2003 erließ das Gericht erster Instanz das Urteil ⁽²⁾, in dem es die angefochtene Entscheidung der Kommission für nichtig erklärte und der Kommission die Kosten der Kläger sowie ihre eigenen Kosten und Deutschland ihre und dem BdB seine eigenen Kosten auferlegte.
- (14) Das Gericht erklärte die Entscheidung der Kommission wegen unzureichender Begründung in den folgenden zwei Punkten bezüglich der Bemessung der Höhe der marktgerechten Vergütung für nichtig. Zum einen erfolgte die Nichtigerklärung der Entscheidung hinsichtlich der Begründung der Höhe der Vergütung für liquides Stammkapital als

⁽¹⁾ ABL L 150 vom 23.6.2000, S. 1

⁽²⁾ Urteil vom 6. März 2003 in den verbundenen Rechtssachen T-228/99 und T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission, Slg. 2003, II-435.

Ausgangspunkt der Berechnung, wofür die Kommission einen Satz von 12 % p.a. (nach Unternehmenssteuern und vor Investorensteuern) festgesetzt hatte. Zum anderen erfolgte die Nichtigkeitsklärung hinsichtlich der Begründung der Höhe des Aufschlags auf diese Vergütung, für den die Kommission einen Satz von 1,5 % p.a. (nach Unternehmenssteuern und vor Investorensteuern) festgelegt hatte. Ansonsten bestätigte das Gericht die Entscheidung der Kommission vollumfänglich.

3. ERNEUTES VERWALTUNGSVERFAHREN

- (15) Mit Schreiben vom 20. und 29. Januar, 6. Februar sowie 28. Mai 2004 ersuchte die Kommission die deutschen Behörden um eine Aktualisierung der für die Entscheidung erheblichen Daten, die nach Fristverlängerung am 10. März und 14. Juni 2004 übermittelt und am 28. Juli 2004 mündlich erörtert wurden. Eine weitere Stellungnahme des Landes Nordrhein-Westfalen ging hierzu am 26. August 2004 ein. Mit Schreiben vom 6. Oktober 2004 übermittelte Deutschland weitere erbetene Informationen.
- (16) Im Juli 2004 erreichten der Beschwerdeführer BdB, das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB AG eine vorläufige, der Kommission am 19. Juli 2004 übermittelte Verständigung über die angemessene Vergütung, die ihrer Ansicht nach in den beiden vom Gericht beanstandeten Punkten von der Kommission zugrunde gelegt werden sollte. Die endgültige Fassung dieser Verständigung wurde der Kommission am 13. Oktober 2004 zugeleitet.
- (17) In der vorliegenden neuen Entscheidung hat die Kommission entsprechend den Vorgaben des Gerichts die beiden von diesem als unzureichend kritisierten Punkte (Begründung der Grundvergütung und eines möglichen Aufschlags) nachgebessert. Ansonsten hält die Kommission an der grundsätzlichen Würdigung fest, die sie in ihrer ursprünglichen Entscheidung vorgenommen hat. In diese sind allerdings die Ergebnisse der Gespräche zwischen dem Beschwerdeführer BdB und dem Land Nordrhein-Westfalen bzw. der WestLB AG hinsichtlich der Höhe der angemessenen Vergütung eingeflossen. Die Kommission hat in der vorliegenden Entscheidung im übrigen die durch den Zeitablauf seit der ersten Entscheidung notwendig gewordenen Aktualisierungen hinsichtlich des Verfahrens, der Darstellung des Unternehmens sowie der Berechnung des Beihilfeelements, einschließlich der Festlegung des Beendigungstatbestands der Beihilfe, mit den neuen, von Deutschland für die Jahre seit Erlass der alten Entscheidung vorgelegten Zahlen vorgenommen bzw. einige für die neue Entscheidung nicht mehr erforderliche Passagen gekürzt.

II. AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER MASSNAHME

1. WESTDEUTSCHE LANDESBANK GIROZENTRALE (WESTLB)

- (18) In dem für diese Entscheidung relevanten Zeitraum von der Einbringung der Wfa am 31. Dezember 1991 bis zur Aufspaltung der WestLB am 1. August 2002, mit der der Beihilfetatbestand beendet wurde, war die WestLB eine Kreditanstalt des öffentlichen Rechts nach den Rechtsvorschriften des Landes Nordrhein-Westfalen. Am 31. Dezember 1991 belief sich ihr anerkanntes Eigenkapital auf 5,1 Milliarden DEM. Durch Gesetz waren ihr drei Aufgaben übertragen: Sie

war Zentralbank für die örtlichen Sparkassen dieses Landes und seit dem 17. Juli 1992 auch für die Sparkassen des Landes Brandenburg. Sie erfüllte die Aufgaben einer Staats- und Kommunalbank, indem sie im Auftrag ihrer Anteilseigner Finanzgeschäfte abwickelte. Schließlich übte sie allgemeine Banktätigkeiten aus. Unbeschadet landesrechtlicher Sondervorschriften unterlag die WestLB dem deutschen Kreditwesengesetz und der dementsprechenden Bankenaufsicht.

- (19) Die WestLB befand sich zu 100 % in öffentlichem Eigentum. Den größten Anteil am Nominalkapital hielt das Land (43,2 %). Die anderen Anteilseigner waren die Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe (jeweils 11,7 %) sowie der Rheinische und der Westfälisch-Lippische Sparkassen- und Giroverband (jeweils 16,7 %). Diese Anteilsverhältnisse sind während des gesamten relevanten Zeitraums vom 31. Dezember 1991 bis zum 1. August 2002 unverändert geblieben.
- (20) Die öffentlichen Eigentümer hafteten für die WestLB als öffentlich-rechtliche Einrichtung im Rahmen der Anstaltslast und im Rahmen der Gewährträgerhaftung. Anstaltslast bedeutet, dass die Eigentümer der WestLB zur Sicherung der wirtschaftlichen Basis und Funktionsfähigkeit der Anstalt während ihrer gesamten Existenz verpflichtet sind. Diese Garantie begründete keine Haftung der Eigentümer gegenüber den Gläubigern der Bank, sondern regelte lediglich die Beziehungen zwischen den Behörden und der Bank. Im Rahmen der Gewährträgerhaftung hafteten die Eigentümer für sämtliche Verbindlichkeiten der Bank, soweit diese nicht aus dem Vermögen der Bank beglichen werden konnten. Der Gewährträger haftete gegenüber den Gläubigern der Bank. Beide Garantien waren weder zeitlich noch wertmäßig begrenzt.
- (21) Ursprünglich war die WestLB eine regionale Einrichtung, die sich darauf konzentrierte, die Tätigkeit der lokalen Sparkassen zu ergänzen, welche ursprünglich wiederum eine vorwiegend soziale Funktion ausübten, indem sie Finanzdienstleistungen in Bereichen anboten, in denen der Markt nicht hinreichend funktionierte. Doch hatten sich die Sparkassen seit langem zu universell tätigen Kreditinstituten entwickelt. Dasselbe galt für die WestLB, die sich in den letzten Jahrzehnten immer stärker zu einer unabhängigen Geschäftsbank entwickelt hatte und auf den deutschen und europäischen Bankmärkten im entscheidungserheblichen Zeitraum ein starker Wettbewerber war.
- (22) Gemessen an seiner Bilanzsumme gehörte der WestLB-Konzern entscheidungserheblichen Zeitraum zu den fünf größten deutschen Kreditinstituten. Der WestLB-Konzern bot Finanzdienstleistungen für Unternehmen und öffentliche Einrichtungen an und war auch auf den internationalen Kapitalmärkten sowohl für eigene Rechnung als auch für andere Schulditelemittenten tätig. Wie viele andere deutsche Universalbanken besaß die WestLB Beteiligungen an Finanzinstituten und anderen Unternehmen. Im Übrigen wickelte sie einen bedeutenden Teil ihrer Geschäftstätigkeit außerhalb Deutschlands ab.
- (23) Aufgrund besonderer Rechtsvorschriften war die WestLB bis zur Aufspaltung im August 2002 — anders als Privatbanken, aber in derselben Weise wie andere öffentliche Kreditinstitute — außerdem in der Lage, Hypothekarkreditgeschäfte und Sparkassengeschäfte unter demselben organisatorischem Dach

wie ihre anderen Geschäfte zu betreiben. Aus diesem Grunde konnte die WestLB im entscheidungserheblichen Zeitraum bis zur Aufspaltung zu den universellsten Banken in Deutschland gerechnet werden.

- (24) Andererseits unterhielt die WestLB kein dichtes Zweigstellen-netz für das Privatkundengeschäft. In diesem Marktsegment waren die lokalen Sparkassen tätig, für die die WestLB als Zentralinstitut fungierte.
- (25) Die Rentabilität der WestLB, gemessen am Gewinn vor Steuern im prozentualen Verhältnis zu den Eigenmitteln auf Konzern-ebene, lag im Durchschnitt der acht Jahre vor Eingliederung der Wfa (1984 — 1991) bei höchstens 6,6 %, ohne klare Aufwärtstendenz. Gegenüber dem deutschen und auch dem europäischen Durchschnittsniveau konnte dieses Ergebnis als äußerst niedrig bezeichnet werden.
- (26) Der WestLB-Konzern hatte seine Bilanzsumme von 1991, also vor der Übertragung, bis Ende 2001, dem Zeitpunkt des letzten Jahresabschlusses vor seiner Aufspaltung, von gut 270 Mio. DEM auf gut 840 Mio. DEM gesteigert und damit mehr als verdreifacht.
- (27) Durch Gesetz vom 2. Juli 2002 spaltete das Land Nordrhein-Westfalen die WestLB zum 1. August 2002 (mit bilanzrechtlicher Rückwirkung zum 1. Januar 2002) in eine öffentlich-rechtliche Muttergesellschaft, die Landesbank Nordrhein-Westfalen, und eine privatrechtliche Tochtergesellschaft, die WestLB AG, auf. In der WestLB AG wurde das Wettbewerbsgeschäft der ehemaligen WestLB und in der Landesbank Nordrhein-Westfalen deren öffentliches Geschäft zusammengefasst. Die WestLB AG ist nach Angabe Deutschlands mit der WestLB rechtsidentisch und als Schuldnerin der gesamten Beihilferückforderung anzusehen⁽¹⁾. Die Wfa wurde bei der Aufspaltung in die Landesbank Nordrhein-Westfalen eingegliedert und dadurch dem in der WestLB AG zusammengefassten Wettbewerbsgeschäft entzogen. Durch die Satzung der Landesbank Nordrhein-Westfalen wurde überdies bestimmt, dass das Wfa-Kapital nicht zur Unterlegung des in dieser verbliebenen Pfandbriefgeschäfts genutzt werden darf und hierfür künftig eine Vergütung von 0,6 % p.a. für eine etwaige Haftungsfunktion an das Land zu zahlen ist.

2. WOHNUNGSBAUFÖRDERUNGSANSTALT (WFA)

- (28) Die Wfa wurde 1957 gegründet und war bis 31. Dezember 1991 als eine Anstalt des öffentlichen Rechts tätig. Als solche war sie eine Einrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit mit einem Grundkapital von 100 Mio. DEM (50 Mio. EUR), und das Land alleiniger Anteilseigner. Aufgrund von § 6 Absatz 1 des früheren nordrhein-westfälischen Wohnungsbauförderungsgesetzes⁽²⁾ kam der

Wfa ausschließlich die Aufgabe zu, den Wohnungsbau über die Vergabe zinsverbilligter oder zinsloser Darlehen zu fördern. Wegen ihrer Gemeinnützigkeit war die Anstalt von Körperschaftssteuer, Vermögenssteuer und Gewerbesteuer befreit.

- (29) Als Anstalt des öffentlichen Rechts galten für die Wfa die Anstaltslast und die Gewährträgerhaftung des Landes Nordrhein-Westfalen für sämtliche Verbindlichkeiten der Anstalt. Diese Garantien sind aufgrund der Übertragung bestehen geblieben.
- (30) Hauptfinanzierungsquelle für die Wohnungsbauförderung war und ist das „Landeswohnungsbauvermögen“, das durch Zinseinnahmen aus von der Wfa vergebenen Wohnungsbaudarlehen und durch jährliche Zuführungen von Mitteln aus dem Landeshaushalt entstanden ist. Dieses nach § 16 des ehemaligen Wohnungsbauförderungsgesetzes ausschließlich zur Finanzierung von Wohnungsbaudarlehen bestimmte Vermögen trug zu 75 % zur Refinanzierung der Wfa bei, d. h. 24,7 Mrd. DEM (12,6 Mrd. EUR) per 31. Dezember 1991.
- (31) Vor ihrer Übertragung wurden die vom Land Nordrhein-Westfalen für die Wohnungsbauförderung eingegangenen Verbindlichkeiten von der Wfa garantiert. Jedes Jahr wurde in Höhe der durch das Land beglichenen Verbindlichkeiten die Wfa-Garantie in Erstattungsformungen des Landes gegenüber der Wfa verwandelt, wodurch sich der Wert des Landeswohnungsbauvermögens entsprechend reduzierte. Diese Verbindlichkeiten der Wfa wären erst fällig geworden, wenn die Wfa zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben nicht mehr auf Zinseinnahmen und Darlehensrückzahlungen angewiesen gewesen wäre. Sie beliefen sich Ende 1991 auf rund 7,4 Mrd. DEM (3,78 Mrd. EUR) und wurden in der Bilanz nicht direkt, sondern nur „unter dem Strich“ ausgewiesen.

3. EIGENKAPITALANFORDERUNGEN AUFGRUND DER EIGENMITTELRICHTLINIE UND DER SOLVABILITÄTSRICHTLINIE

- (32) Nach der Richtlinie 89/647/EWG des Rates⁽³⁾ und der Eigenmittelrichtlinie haben die Banken über Eigenmittel in Höhe von mindestens 8 %⁽⁴⁾ ihrer risikogewichteten Aktiva

⁽¹⁾ Stellungnahme Deutschlands vom 10. März 2004, S. 2.

⁽²⁾ Wohnungsbauförderungsgesetz in der am 30. September 1979 veröffentlichten Fassung (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen, S. 630).

⁽³⁾ ABl. L 386 vom 30.12.1989 S. 14, aufgehoben und ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG ABl. Nr. L 126 vom 26.5.2000.

⁽⁴⁾ Die Eigenkapitalanforderungen müssen von den Kreditinstituten auf konsolidierter, teilkonsolidierter und nicht konsolidierter Basis erfüllt werden.

und risikotragenden außerbilanzmäßigen Transaktionen ⁽¹⁾ zu verfügen. Diese Richtlinien bedingten Änderungen am Kreditwesengesetz, die am 1. Januar 1992 vorgenommen wurden. Die neuen Anforderungen traten am 30. Juni 1993 in Kraft ⁽²⁾. Bis dahin mussten die deutschen Kreditinstitute über Eigenmittel von 5,6 % ihrer risikogewichteten Aktiva verfügen ⁽³⁾.

- (33) Was die neue Schwelle von mindestens 8 % an betrifft, so muss mindestens die Hälfte davon in „Basiseigenmitteln“ bestehen, welches Kapitalbestandteile umfasst, die dem Kreditinstitut unbeschränkt und unmittelbar zur Verfügung stehen, um Verluste zu decken, sobald diese entstehen. Basiseigenmittel sind für die Gesamtausstattung der Bank mit Eigenmitteln im aufsichtsrechtlichen Sinne deswegen von entscheidender Bedeutung, weil „ergänzende Eigenmittel“, nämlich weitere Eigenmittel von geringerer Qualität, nur in Höhe der vorhandenen Basiseigenmittel zur Unterlegung risikotragender Geschäfte einer Bank anerkannt werden.
- (34) Außerdem wird die Vergabe von Großkrediten durch eine Bank durch den Umfang ihrer Eigenmittel begrenzt. Zum Zeitpunkt der Wfa-Übertragung durften nach dem Kreditwesengesetz (§ 13) ein einzelner Kredit 50 % der Eigenmittel eines Kreditinstituts und die Gesamtheit der Kredite, die über 15 % der Eigenmittel ausmachten, das Achtfache der Eigenmittel des Kreditinstituts nicht übersteigen. Nach einer Änderung des Kreditwesengesetzes im Jahre 1994 zwecks Anpassung an die Richtlinie 92/121/EWG des Rates ⁽⁴⁾ wurde der höchstmögliche Kredit auf 25 % der Eigenmittel einer Bank begrenzt und dürfen alle Großkredite zusammen, die 10 % der Eigenmittel einer Bank übersteigen, das Achtfache der gesamten Eigenmittel nicht übersteigen ⁽⁵⁾.
- (35) Ferner beschränkt Artikel 12 der Zweiten Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG ⁽⁶⁾ den Umfang der Beteiligungen an anderen Kredit- und Bankinstituten. Nach einer speziellen Bestimmung im Kreditwesengesetz (§ 12), die nicht auf Gemeinschaftsrecht beruht, aber auch in anderen Mitgliedstaaten vorzufinden ist, wird zudem der Gesamtbetrag der langfristigen Anlagen — darunter auch Beteiligungen an Unternehmen außerhalb des Finanzsektors — auf den Gesamtbetrag der Eigenmittel der Bank begrenzt.
- (36) Zum 30. Juni 1993 mussten sich die deutschen Banken an die neuen Eigenkapitalanforderungen anpassen. Bereits vor der Umsetzung der Solvabilitätsrichtlinie in deutsches Recht waren viele Landesbanken, darunter auch die WestLB, verhältnismäßig schwach mit Eigenmitteln ausgestattet. Nach Proberechnungen, die die Deutsche Bundesbank im

Dezember 1991 unter Anwendung der Bestimmungen der Richtlinie anstellte, wiesen die Landesbanken einen durchschnittlichen Solvabilitätskoeffizienten von 6,3 % auf, während der Wert ab 30. Juni 1993 8 % betragen musste ⁽⁷⁾. Für diese Kreditinstitute war es daher absolut notwendig, die Eigenkapitalbasis zu erhöhen, um eine Beschränkung ihrer Unternehmensexpansion zu verhindern und um ihr derzeitiges Geschäftsvolumen überhaupt beibehalten zu können. Kann eine Bank die notwendige Eigenkapitalbasis nicht nachweisen, so wird ihr von der Aufsichtsbehörde aufgegeben, unverzüglich Maßnahmen zu ergreifen, um den Solvabilitätsvorschriften nachzukommen, sei es durch Aufnahme von ergänzenden Eigenmitteln oder durch Herabsetzung der risikogewichteten Aktiva.

- (37) Während Privatbanken ihren Zusatzbedarf an Eigenmitteln am Kapitalmarkt befriedigen mussten, konnten die öffentlichen Banken diesen Weg nicht einschlagen, da ihre öffentlichen Anteilseigner beschlossen, sie weder ganz noch teilweise zu privatisieren. Wegen der generell angespannten Haushaltslage konnten die öffentlichen Anteilseigner jedoch auch keine Kapitalzufuhr vornehmen ⁽⁸⁾. Stattdessen wurden andere Lösungen zur Beschaffung von zusätzlichem Eigenkapital gefunden. Im Falle der WestLB beschloss das Land Nordrhein-Westfalen, die Wfa in die WestLB einzubringen und so deren Eigenmittelbasis zu erweitern. Ähnliche Transaktionen wurden in einigen anderen Bundesländern zugunsten der jeweiligen Landesbanken durchgeführt.

4. DIE ÜBERTRAGUNG UND IHRE AUSWIRKUNGEN

a) DIE ÜBERTRAGUNG

- (38) Der nordrhein-westfälische Landtag verabschiedete am 18. Dezember 1991 das Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung ⁽⁹⁾. Artikel 1 dieses Gesetzes ordnete die Übertragung der Wfa auf die WestLB an. Diese Übertragung wurde am 1. Januar 1992 wirksam.
- (39) Begründet wird die Übertragung in der Gesetzesbegründung zunächst mit der Erhöhung der Eigenmittel der WestLB, um das Kreditinstitut in die Lage zu versetzen, den ab 30. Juni 1993 geltenden strengeren Eigenkapitalanforderungen nachzukommen. Aufgrund der Übertragung war dies ohne finanzielle Belastung für den Landeshaushalts möglich. Als Nebeneffekt der Zusammenlegung der Wohnungsbauförderungstätigkeiten der Wfa mit denen der WestLB wurde eine größere Effizienz angeführt.
- (40) Im Rahmen der Übertragung hob das Land die Garantie der Wfa von rund 7,4 Mrd. DEM (3,78 Mrd. EUR) für Verbindlichkeiten des Landes aufgrund von Kapitalaufnahmen für die Wohnungsbauförderung (siehe Abschnitt II Nummer 2.) auf.

⁽¹⁾ Im Folgenden umfasst der Begriff „risikogewichtete Aktiva“ alle risikotragenden und risikogewichteten Posten.

⁽²⁾ Tatsächlich hätten die neuen Eigenkapitalanforderungen bereits am 1. Januar 1993 in Kraft treten müssen; sie sind in Deutschland verspätet in Kraft getreten.

⁽³⁾ Diese Zahl beruhte allerdings auf einer engeren Eigenmitteldefinition als die in die Eigenmittelrichtlinie aufgenommene Definition.

⁽⁴⁾ ABL L 29 vom 5.2.1993, S. 1.

⁽⁵⁾ Jedoch ist festzustellen, dass nicht nur die Schwellen, sondern auch die Definitionen der Begriffe „Eigenmittel“ und „risikogewichtete Aktiva“ geändert wurden.

⁽⁶⁾ ABL L 386 vom 30.12.1989, S. 1.

⁽⁷⁾ Monatsbericht der Deutschen Bundesbank, Mai 1993, S. 49.

⁽⁸⁾ Siehe u. a. Drucksache 11/2329 des nordrhein-westfälischen Landtages.

⁽⁹⁾ Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung vom 18. Dezember 1991 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen, Nr. 61, vom 30. Dezember 1991, S. 561).

- (41) Die WestLB wurde die Gesamtrechtsnachfolgerin der Wfa (mit Ausnahme der vor der Übertragung aufgehobenen Haftung der Wfa gegenüber dem Land für Schulden des Landes aus Gründen der Wohnungsbauförderung). Aus der Wfa wurde organisatorisch und wirtschaftlich eine unabhängige öffentlich-rechtliche Anstalt ohne Rechtsfähigkeit innerhalb der WestLB. Das Grundkapital und die Rücklagen der Wfa müssen in der Bilanz der WestLB als Sonderrücklage ausgewiesen werden. Das Land haftet aufgrund der Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung weiterhin für die Verbindlichkeiten der Wfa.
- (42) Die übertragenen Vermögenswerte, also das Grundkapital, die Rücklagen, das Landeswohnungsbauvermögen und sonstige Forderungen der Wfa sowie künftige Rückflüsse aus Baudarlehen blieben auch nach ihrer Übertragung auf die WestLB aufgrund von Artikel 2 § 16 Absatz 2 des besagten Gesetzes für die Wohnungsbauförderung bestimmt. Dieselbe Vorschrift sah vor, dass die übertragenen Vermögenswerte gleichzeitig als Eigenkapital im Sinne des Kreditwesengesetzes (und folglich der Eigenmittelrichtlinie), auf dessen Grundlage der Solvabilitätskoeffizient einer Bank berechnet wird, dienen. Demnach unterlegen sie auch das Wettbewerbsgeschäft der WestLB.
- (43) Anlässlich der Übertragung änderten die Eigentümer der WestLB den Mantelvertrag und vereinbarten, dass die für die Wohnungsbauförderung bestimmten Vermögenswerte stets erhalten bleiben, selbst wenn die WestLB Verluste erleiden sollte, durch die das ursprüngliche Kapital aufgezehrt wird. Das Wfa-Kapital sollte intern nur nach den übrigen Eigenmitteln der WestLB haften. Im Mantelvertrag wurde präzisiert, dass sich die Anstaltslast der WestLB-Eigentümer auch auf die Sonderrücklage der Wfa erstreckt. Im Falle der Auflösung der WestLB hätte das Land einen Prioritätsanspruch auf das Wfa-Kapital. Außerdem wurde erklärt, dass die Erhöhung der Eigenkapitalbasis der WestLB durch die Einbringung der Wfa eine geldwerte Leistung des Landes darstellt und die Eigentümer die Höhe des jährlichen Entgelts hierfür vereinbaren sollen, sobald die ersten Ergebnisse der Geschäftsjahre ab 1992 vorliegen⁽¹⁾. Dies war anschließend Gegenstand einer Protokollnotiz zum Mantelvertrag vom 11. November 1993. Trotz dieser internen Vereinbarung zur Sicherung der Vermögenswerte der Wfa und der internen Nachrangigkeit des Wfa-Kapitals wird im Außenverhältnis der WestLB zwischen der Funktion der Wfa als Wohnungsbauförderungseinrichtung auf der einen Seite und der Funktion ihrer Eigenmittel als haftendes Eigenkapital der WestLB auf der anderen nicht unterschieden. Die übertragenen Vermögenswerte stehen der WestLB in ihrer Gesamtheit und unmittelbar für Verluste oder im Konkursfalle für Forderungen der Gläubiger zur Verfügung.
- (44) In dem zwischen dem Land und der WestLB geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag zum Wohnungsbauförderungsgesetz ist vorgesehen, dass die WestLB die Sonderrücklage zur Unterlegung der eigenen Geschäftstätigkeit nur insoweit verwenden wird, als die Erfüllung der gesetzlich vorgesehenen Aufgaben der Wfa gewährleistet ist.
- (45) Obwohl die Wfa ihre rechtliche Unabhängigkeit verlor, indem sie zu einer Wohnungsbauförderungsabteilung der WestLB wurde, und in die Rechnungslegung der WestLB integriert ist, wurde sie operationell nicht in die WestLB eingebunden. Die Wfa blieb als eine getrennte Einheit innerhalb der WestLB unter dem Namen *Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen — Anstalt der Westdeutschen Landesbank Girozentrale* bestehen. Diese neue Wohnungsbauförderungsabteilung der WestLB wird zwar in der Rechnungslegung der WestLB berücksichtigt, hat aber auch ihre eigene Rechnungslegung. Die vormalige Wohnungsbauförderungsabteilung der WestLB wurde mit der Wfa zusammengelegt.
- (46) Das übertragene Wfa-Vermögen an Grundkapital, Rücklagen, sonstigen Vermögenswerten und künftigen Gewinnen bleibt der Wohnungsbauförderung vorbehalten, muss also getrennt von der sonstigen Geschäftstätigkeit der WestLB verwaltet werden. Gleichzeitig bildet diese Trennung eine Voraussetzung dafür, dass die Wohnungsbauförderungstätigkeit nach deutschem Steuerrecht weiter als gemeinnützig anerkannt werden kann. Da die deutschen Behörden davon ausgingen, dass die Wfa nach der Eingliederung tatsächlich eine gemeinnützige Einrichtung bleibt, wurden die in Abschnitt II Nummer 2 erwähnten Steuerbefreiungen nicht aufgehoben.
- (47) Die Konkurrenten der WestLB widersetzten sich der Fusion zwischen der monopolartigen Wfa und der WestLB auch deshalb, weil sie befürchteten, dass die WestLB die im Bereich Wohnungsbauförderung anfallenden Informationen dazu nutzen werde, neue Kunden für ihre kommerziellen Geschäftsbereiche zu gewinnen. Die zuständigen Behörden haben sich verpflichtet, sicherzustellen, dass keine Wettbewerbsverzerrungen durch diese Nähe eintreten, in dem sie insbesondere die Wohnungsbauförderung von den kommerziellen Abteilungen der WestLB personalmäßig, informationsmäßig usw. getrennt haben⁽²⁾.
- (48) Mit der Aufspaltung der WestLB zum 1. August 2002 (bilanzrechtliche Rückwirkung zum 1. Januar 2002) durch Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 2. Juli wurde die Wfa der Landesbank Nordrhein-Westfalen zugeschlagen und dadurch dem in der WestLB AG zusammengefassten Wettbewerbsgeschäft wieder entzogen.
- b) WERT DER WFA
- (49) Der Nominalwert des zum 31. Dezember 1991 auf die WestLB übergegangenen Wfa-Vermögens betrug rund 24,9 Mrd. DEM (12,73 Mrd. EUR), wovon fast 24,7 Mrd. DEM (12,68 Mrd. EUR) auf das Landeswohnungsbauvermögen entfielen. Da diese Finanzmittel zur Finanzierung von Wohnungsbaudarlehen dienten, die entweder zinsverbilligt oder zinslos und oft mit langen tilgungsfreien Zeiten versehen sind, musste das Nominalkapital stark abgezinst werden, um den tatsächlichen Wert zu ermitteln.

⁽¹⁾ Nach Angaben Deutschlands ist der dort verwendete Ausdruck „geldwerte Leistung“ ungenau und wurde später präzisiert.

⁽²⁾ Nach § 13 des Übertragungsgesetzes hat die Wohnungsbauförderungsanstalt ihre Aufgaben wettbewerbsneutral durchzuführen. Wie dies im Einzelnen gewährleistet wird, ist zwischen der WestLB und dem Land vertraglich geregelt.

- (50) Die WestLB holte zum 1. Januar 1992 eine gutachterliche Stellungnahme zur Ermittlung des Vermögens der Wfa ein. Diese Stellungnahme wurde am 30. April 1992 abgegeben. Zu bemerken ist, dass diese Wertermittlung erst durchgeführt wurde, nachdem das Land die Übertragung der Wfa beschlossen hatte.
- (51) Zur Bewertungsmethode erklärten die Wirtschaftsprüfer, dass die Wfa wegen der anhaltenden Verpflichtung, alle künftigen Einnahmen in zinsverbilligte oder zinslose Wohnungsbaudarlehen zu reinvestieren, in Wirklichkeit keinen kapitalisierten Ertragswert habe. Diese Verpflichtung höre aber im Falle der Verwertung der Wfa auf. Der Vorteil der Wfa für die WestLB bestehe erstens in der Erhöhung der Eigenmittel und der hieraus resultierenden Möglichkeit zur Geschäftsausdehnung und zweitens in der Verbesserung der Bonität infolge der erheblichen Erhöhung des Eigenkapitals. Da der WestLB aus der normalen Tätigkeit der Wfa kein Vorteil erwachse, müsse der Wert der Wfa auf der Grundlage des möglichen Erlöses aus ihrem Verkauf ermittelt werden, und zwar ohne die lediglich im Innenverhältnis bestehende Reinvestitionsverpflichtung. Das Vermögen müsse folglich im Hinblick auf eine normale Rendite bewertet werden, müsse also auf einen Wert abgezinst werden, auf dessen Grundlage die nominalen Rückflüsse als normale Marktrendite angesehen werden könnten.
- (52) Die Wirtschaftsprüfer korrigierten den Wert verschiedener Posten des Vermögens und der Verbindlichkeiten der Wfa — die Wohnungsbaudarlehen wurden von einem Nominalwert von 30,7 Mrd. DEM (15,7 Mrd. EUR) auf 13,5 Mrd. DEM (6,9 Mrd. EUR) reduziert, was einer Korrektur von 56 % entspricht — und errechneten ein Nettovermögen der Wfa von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR). Dies entspricht einer Gesamtdiskontierung von 76 % im Vergleich zum damaligen nominalen Nettovermögen der Wfa von 24,9 Mrd. DEM (12,7 Mrd. EUR). Nach dieser Wertberichtigung wurde der Betrag von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) als „Sonderrücklage Wohnungsbauförderungsanstalt“ in die Rechnungslegung der WestLB aufgenommen.
- (53) Nachdem die WestLB beim Bundsaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred) beantragt hatte, den Betrag von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) als Basiseigenmittel der WestLB anzuerkennen, beauftragte dieses eine andere Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit einer Wertermittlung. Diese wurde am 30. September 1992 erstellt. In der für das BAKred durchgeführten Prüfung wurde die für die WestLB vorgenommene Wertermittlung auf ihre Glaubwürdigkeit untersucht und der methodische Ansatz der Bewertung akzeptiert. Doch wurde insbesondere wegen der Wahl eines anderen Abzinsungssatzes und einer unterschiedlichen Behandlung der Vorfälligkeitsstilgungen ein Nettovermögen der Wfa von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) bis 5,4 Mrd. DEM (2,76 Mrd. EUR) ermittelt.
- (54) Auf der Grundlage dieser Bewertung erkannte schließlich das BAKred am 30. Dezember 1992 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) als Basiseigenmittel der WestLB im Sinne des Kreditwesengesetzes an. Der in der Bilanz der WestLB

als Eigenkapital ausgewiesene Betrag - 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) — ebenso wie der als Basiseigenmittel anerkannte Betrag wurden seither nicht geändert.

- (55) Beide Bewertungen des übertragenen Vermögens gingen von der Situation aus, die nach der Aufhebung der aufgrund der Bewertungen auf rund 7,3 Mrd. DEM (3,73 Mrd. EUR) geschätzten Haftungsverpflichtung gegenüber dem Land bestand.
- c) AUSWIRKUNGEN DER WFA-ÜBERTRAGUNG AUF DIE WESTLB
- (56) Am 31. Dezember 1991 verfügte die WestLB über anerkannte Eigenmittel in Höhe von 5,1 Mrd. DEM (2,6 Mrd. EUR), von denen 500 Mio. DEM (260 Mio. EUR) Genussrechten zuzuschreiben waren. Der Solvabilitätskoeffizient nach dem Kreditwesengesetz vor dessen Novellierung zur Umsetzung der Bankrichtlinien der Gemeinschaft betrug etwa 6,1 % und lag damit um 0,5 %-Punkte über der damals gesetzlich vorgeschriebenen Mindestquote.
- (57) Da das BAKred das Wfa-Kapital als Eigenmittel der WestLB anerkannte, erhöhten sich die Eigenmittel der WestLB auf insgesamt 9,1 Mrd. DEM (4,65 Mrd. EUR), also um 79 %. Unter Berücksichtigung einer Einstellung von 100 Mio. DEM (50 Mio. EUR) aus dem Gewinn in die Rücklagen erhöhten sich die Eigenmittel der WestLB auf 9,2 Mrd. DEM (4,7 Mrd. EUR) per 31. Dezember 1992. Dies entsprach unter Berücksichtigung des Kapitals und der risikogewichteten Aktiva der Wfa einem Solvabilitätskoeffizienten von 8,7 %.
- (58) Tabelle 1: Kapitalbedarf und Eigenmittel der WestLB und der Wfa (nach Daten der deutschen Behörden)

	(in Mio. DEM)	
(am 31. Dezember)	1991	1992
Risikogewichtete Aktiva WestLB (ohne Wfa)	83 000	91 209
Risikogewichtete Aktiva Wfa	13 497	14 398
Risikogewichtete Aktiva WestLB (mit Wfa) (*)		105 607
Geforderte Eigenmittel WestLB (**) (= a)	4 611	5 867
Geforderte Eigenmittel WestLB ohne Wfa (**) (= b)		5 067
Eigenmittel WestLB (= c)	5 090	9 190
Eigenmittel WestLB ohne Wfa (= d)		5 190
Auslastung der Eigenmittel WestLB (= a/c)	91 %	64 %
Auslastung der Eigenmittel WestLB ohne Wfa (b/d)		98 %

(*) Die Übertragung der Wfa erfolgte am 1. Januar 1992.

(**) Aufgrund der seinerzeit geltenden Anforderung von 5,6 %.

- (59) Dieser Solvabilitätskoeffizient von 8,7 % trägt einer nicht mit der Wohnungsbauförderung zusammenhängenden

Erhöhung der risikogewichteten Aktiva der WestLB von 8,2 Mrd. DEM (4,19 Mrd. EUR) bzw. 9,9 % im Jahre 1992 Rechnung. Wäre diese Erhöhung ohne die Übertragung der Wfa erfolgt, so wäre der Solvabilitätskoeffizient der WestLB per 31. Dezember 1992 auf 5,7 %, also fast auf die Mindestanforderung von 5,6 % gefallen.

Risikoaktiva erhöht, wie er es tat, wäre der Solvabilitätskoeffizient des Konzerns auf 5,3 % zurückgegangen und hätte somit um 0,3 %-Punkte unter dem zu diesem Zeitpunkt geltenden Mindestwert gelegen.

- (60) Während das gesamte Wfa-Kapital für die Wohnungsbauförderungstätigkeiten zweckgebunden ist, wird nur ein Teil der Wfa-Eigenmittel im Sinne der Solvabilitätsvorschriften zur Unterlegung der risikogewichteten Aktiva benötigt. Nach Auskünften der deutschen Behörden wurden zu diesem Zweck zum Zeitpunkt, als die neuen Eigenkapitalanforderungen in Kraft traten, 1,5 Mrd. DEM (770 Mio. EUR) benötigt. Die restlichen 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) konnten also von der WestLB zu diesem Zeitpunkt als Eigenmittel zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts verwendet werden.
- (61) Beim WestLB-Konzern lag der Solvabilitätskoeffizient am 31. Dezember 1991 mit 5,8 % um 0,2 %-Punkte über der damaligen Mindestquote. Ein Jahr später, nachdem das BAKred das Wfa-Kapital anerkannt hatte, lag die Quote unter Berücksichtigung der risikogewichteten Aktiva der Wfa bei rund 8,1 %. Hätte die Vermögensübertragung nicht stattgefunden und hätte der Konzern dennoch die nicht mit der Wohnungsbauförderung in Zusammenhang stehenden
- (62) Am 30. Juni 1993, als für die deutschen Kreditinstitute die neuen Eigenkapitalanforderungen nach der Eigenmittel- und der Solvabilitätsrichtlinie galten, lag der Solvabilitätskoeffizient des Konzerns (einschließlich der Eigenkapitalanforderungen an die Wfa) unter Zugrundelegung der neuen Vorschriften bei 9 %, also um 1 %-Punkt über dem Mindestwert (dabei entfielen auf die Basiseigenmittel 6,3 %-Punkte und auf die ergänzenden Eigenmittel 2,7 %-Punkte). Ohne die Eigenkapitalzufuhr durch die Eingliederung der Wfa und ohne die Risikoaktiva hätte der Konzern am 30. Juni 1993 einen Solvabilitätskoeffizienten von rund 7,2 % erreicht. Die 9 %-Quote wurde durch die Aufnahme von weiteren ergänzenden Eigenmitteln in Form nachrangiger Darlehen in Höhe von rund 2,9 Mrd. DEM (1,48 Mrd. EUR) Anfang 1993 erzielt. Die WestLB nahm im Laufe des Jahres 1993 insgesamt 3,1 Mrd. DEM (1,59 Mrd. EUR) ergänzende Eigenmittel auf, wodurch sich die Eigenmittel des Konzerns im Sinne des Kreditwesengesetzes bis Ende desselben Jahres auf 12,9 Mrd. DEM (6,6 Mrd. EUR) erhöhten. Die Solvabilitätskoeffizienten lagen im Vergleich zum 30. Juni Ende 1993 etwas niedriger.
- (63) Tabelle 2: Kapitalbedarf und Eigenmittel des WestLB-Konzerns (nach Daten der deutschen Behörden)

(in Mio. DEM)

(Durchschnittswerte)	1992 (*)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002 (#)
Bilanzsumme	271 707	332 616	378 573	428 622	470 789	603 798	693 026	750 558	782 410	844 743	519 470
Risikogewichtete Aktiva	126 071	120 658	151 482	156 470	173 858	204 157	259 237	[...] (*)	[...]	[...]	[...]
Vorgeschriebene Basiseigenmittel (= a)	4 758	4 827	6 060	6 259	6 954	8 167	10 370	[...]	[...]	[...]	[...]
Vorgeschriebene Eigenmittel insgesamt (= b)	9 351	9 653	12 119	12 517	13 908	16 333	20 739	[...]	[...]	[...]	[...]
Basiseigenmittel (= c)	5 117	8 818	9 502	9 769	9 805	10 358	11 378	[...]	[...]	[...]	[...]
Ergänzende Eigenmittel	500	2 495	4 513	4 946	5 270	7 094	10 170	[...]	[...]	[...]	[...]
Eigenmittel insgesamt (= d)	5 617	11 313	14 015	14 715	15 075	17 452	21 548	[...]	[...]	[...]	[...]
Auslastung der Basiseigenmittel (= a/c)	93 %	55 %	64 %	64 %	71 %	79 %	91 %	[...]	[...]	[...]	[...]
Auslastung der Eigenmittel insgesamt (= b/d)	166 %	85 %	86 %	85 %	92 %	94 %	96 %	[...]	[...]	[...]	[...]

(*) Anomalien dieses Jahres sind darauf zurückzuführen, dass die Wfa-Aktiva in der Bilanz anders ausgewiesen wurden, die Eigenkapitaldefinition und die Solvabilitätskoeffizienten sich änderten und auf den Zeitpunkt der Anerkennung des Wfa-Kapitals durch das BAKred.

(#) Zahlen bezogen auf die WestLB AG, in der im Jahre 2002 das Wettbewerbsgeschäft der ehemaligen Westdeutschen Landesbank Girozentrale zusammengefasst wurde.

- (64) In absoluten Zahlen erhöhte sich durch die Basiseigenmittel von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) theoretisch die Möglichkeit, das Geschäftsvolumen mit 100 % risikogewichteten Aktiva nach dem Kreditwesengesetz in seiner alten Fassung (Mindestsolvabilitätskoeffizient 5,6 %) um 72 Mrd. DEM (36,8 Mrd. EUR) auszuweiten. Auf der Grundlage des seit dem 30. Juni 1993 anwendbaren Mindestsolvabilitätskoeffizienten von 8 % würde der entsprechende Wert 50 Mrd. DEM (25,6 Mrd. EUR) betragen. Geht man davon aus, dass dem Wettbewerbsgeschäft des WestLB-Konzerns 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) des Wfa-Kapitals zur Verfügung standen, so erhöhte sich seine Kapazität zur Vergabe von 100 % risikogewichteten Krediten um 31,3 Mrd. DEM (16 Mrd. EUR).
- (65) Tatsächlich aber wurde das zulässige Kreditvolumen stärker ausgeweitet, da die Aktiva einer Bank normalerweise nicht mit 100 % Risiko behaftet sind. Ende 1993 beliefen sich die risikogewichteten Aktiva des WestLB-Konzerns (einschließlich des Wfa-Geschäfts) auf 148,6 Mrd. DEM (76 Mrd. EUR). Die Bilanzsumme belief sich auf 332,6 Mrd. DEM (170,1 Mrd. EUR). Hieraus ergibt sich eine durchschnittliche Risikogewichtung von 45 %⁽¹⁾. Bei konstanter Risikostruktur war mit verfügbaren Basiseigenmittel von 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) auf der Grundlage des nach den Bankrichtlinien vorausgesetzten Eigenmittelanteil von 8 % ein Gesamtwachstum (bzw. eine Unterlegung der bestehenden Geschäftstätigkeit) von rund 69,4 Mrd. DEM (35,5 Mrd. EUR) möglich. Da die Basiseigenmittelerhöhung der WestLB die Möglichkeit gab, sich noch weitere ergänzende Eigenmittel zu beschaffen (bis zur Höhe der Basiseigenmittel), nahm ihre tatsächliche Kreditvergabe Kapazität indirekt noch stärker zu.
- (66) Mehrere Schlussfolgerungen können gezogen werden. Erstens wäre es für die WestLB ohne eine Kapitalerhöhung schwierig gewesen, über dem Mindestsolvabilitätskoeffizienten aufgrund des Kreditwesengesetzes in der Fassung vor seiner Anpassung an die Bankrichtlinien der Gemeinschaft zu bleiben. Zweitens hätte der WestLB-Konzern ohne die Wfa-Übertragung den Mindestsolvabilitätskoeffizienten aufgrund der Solvabilitätsrichtlinie nur durch Reduzierung seiner risikogewichteten Aktiva oder durch Mobilisierung anderer Eigenmittelquellen (z. B. Auflösung Stiller Reserven) erreichen können. Die Aufnahme von ergänzenden Eigenmitteln hätte nur vorübergehend Abhilfe geschaffen, da die Höhe dieses Kapitals durch die Höhe der verfügbaren Basiseigenmittel begrenzt ist. Drittens ging die Kapitalerhöhung in Verbindung mit den 1993 aufgenommenen neuen ergänzenden Eigenmitteln über den vom Konzern benötigten Betrag hinaus, um den strengeren Eigenkapitalanforderungen des novellierten Kreditwesengesetzes gerecht zu werden.
- (67) Was die aufsichtsrechtliche Beschränkung von Großkrediten angeht, so entsprach die 50 %-Schwelle des Kreditwesengesetzes in seiner alten Fassung rund 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR), bevor das Wfa-Kapital anerkannt wurde. Nach der Anerkennung des Wfa-Kapitals und einer Einstellung von 100 Mio. DEM (50 Mio. EUR) in die Rücklagen aus Gewinnen stieg die Schwelle auf fast 4,6 Mrd. DEM (2,35 Mrd. EUR). Die 15 %-Schwelle für Großkredite, die insgesamt das Achtfache des Eigenkapitals der Bank nicht überschreiten dürfen, entsprach 760 Mio. DEM (390 Mio. EUR) per 31. März 1992. Ein Jahr später, also nach der Anerkennung des Wfa-Kapitals, stieg die Schwelle auf nahezu 1,4 Mrd. DEM (720 Mio. EUR). Die Kapazität der WestLB zur Vergabe von Großkrediten erhöhte sich infolge der Wfa-Übertragung um 32 Mrd. DEM (16,4 Mrd. EUR) (also um das Achtfache der Eigenmittelerhöhung)⁽²⁾.
- d) ENTGELT FÜR DIE WFA-ÜBERTRAGUNG
- (68) Die Wfa-Übertragung führte zu keiner Änderung der Anteilsverhältnisse bei der WestLB. Aus diesem Grunde erhält das Land Nordrhein-Westfalen für das bereitgestellte Kapital weder durch einen höheren Anteil an den ausgeschütteten Dividenden noch durch einen höheren Anteil an den Kapitalerträgen aus Beteiligungen an der WestLB eine Vergütung.
- (69) Anlässlich der Wfa-Übertragung wurde der Mantelvertrag zwischen den Eigentümern der WestLB geändert. Nach § 5 Absatz 2 des Vertrages stellt die Erweiterung der Eigenkapitalbasis der WestLB durch das Land nach Ansicht der Eigentümer einen finanziellen Vorteil für sie dar. Die Höhe des Entgelts für das bereitgestellte Kapital sollte nach Bekanntgabe der ersten Ergebnisse der WestLB für das Geschäftsjahr 1992, also kurze Zeit nach der Übertragung, festgelegt werden. Eine ähnliche Formulierung betreffend den Wert der Übertragung und des Entgelts findet sich in der Begründung zum Übertragungsgesetz.
- (70) Schließlich wurde die Vergütung für das bereitgestellte Kapital auf 0,6 % jährlich festgesetzt. Sie muss von der WestLB aus Gewinnen nach Steuern gezahlt werden, was für die WestLB eine Vorsteuerlast von rund 1,1 % bedeutet⁽³⁾. Zahlbar ist die Vergütung nur dann, wenn Gewinne erwirtschaftet werden.
- (71) Die Grundlage der Vergütung ist das vom BAKred als Basiseigenmittel anerkannte Wfa-Kapital, also 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR). Sie wird nur für den Teil dieses Kapitals gezahlt, der von der Wfa zur Unterlegung ihrer Wohnungsbau förderungstätigkeit nicht benötigt wird. Dieser Teil, der der WestLB zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit zur Verfügung steht, belief sich auf 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) nach Inkrafttreten der neuen Eigenkapitalanforderungen und ist seitdem erhöht worden⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Es ist daran zu erinnern, dass sich mit den neuen Vorschriften nicht nur die Koeffizienten, sondern auch die Definitionen der Begriffe „Eigenmittel“ und „risikogewichtete Aktiva“ geändert haben.

⁽³⁾ Nach einer von Deutschland vorgelegten Untersuchung über das von der WestLB gezahlte Entgelt betrug die Körperschaftsteuer bis 1993 46 % und danach 42 %. Hinzu kam ein Solidaritätszuschlag von 3,75 % im Jahre 1992, 0 % im Jahre 1993 und 7,5 % danach.

⁽⁴⁾ Ist im folgenden von dem Betrag, für den das Entgelt zu zahlen ist, die Rede, so wird unabhängig davon, dass sich die Unterscheidung zwischen dem zweckgebundenen Kapital für die Wfa-Tätigkeit und dem der WestLB zur Verfügung stehenden Betrag im Laufe der Zeit ändert, aus Gründen der Klarheit stets auf die Situation Ende 1993 Bezug genommen, also auf den Unterschied zwischen 1,5 Mrd. DEM (770 Mio. EUR) und 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR).

⁽¹⁾ Bei dieser Berechnung bleiben die risikotragenden außerbilanzmäßigen Transaktionen unberücksichtigt.

(72) Tabelle 3: Sonderrücklage für die Wohnungsbauförderung und Eigenmittelbedarf der Wfa (nach Daten der deutschen Behörden)

	(in Mio. DEM)										
(31. Dezember)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Sonderrücklage für die Wohnungsbauförderung	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900
davon anerkannte Basiseigenmittel	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000
für Baudarlehen der Wfa	1 668	1 490	1 181	952	892	888	887	[...]	[...]	[...]	[...]
für WestLB	13 (*)	2 510	2 819	3 048	3 108	3 112	3 113	[...]	[...]	[...]	[...] (#)

(*) Da das BAKred das Wfa-Kapital erst am 30. Dezember 1992 akzeptierte, stand der Kapitalanteil von 2,332 Mrd. DEM (1,2 Mrd. EUR) der WestLB 1992 nur 2 Tage lang zur Verfügung. Daraus ergibt sich für die WestLB in diesem Jahr ein verfügbares Kapital in Höhe von durchschnittlich 13 Mio. DEM (7 Mio. EUR).

(#) Da das Wfa-Kapital dem Wettbewerbsgeschäft aufgrund der Aufspaltung der WestLB nur bis zum 1. August 2002 zur Verfügung stand, ist die Differenz von [...] zwischen dem Gesamtbetrag der anerkannten Basiseigenmittel von [...] und dem durch die Wfa gebundenen Betrag von 632 Mio. DEM mit dem Faktor 7/12 zu multiplizieren. Daraus ergibt sich für das Wettbewerbsgeschäft der WestLB in diesem Jahr ein durchschnittlich verfügbares Kapital in Höhe von [...].

III. STELLUNGNAHMEN VON BETEILIGTEN

1. BESCHWERDE UND BEMERKUNGEN DES BDB

(73) Nach Auffassung des BdB ist die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht auf verlustbringende oder sanierungsbedürftige Unternehmen beschränkt. Ein solcher Investor lasse sich bei seiner Anlageentscheidung nicht von der Frage leiten, ob das betreffende Unternehmen überhaupt rentabel wirtschaftete, sondern er prüfe, ob die Rendite dem marktüblichen Satz entspreche. Würden Kapitalzuführungen der öffentlichen Hand nur dann beihilferechtlich geprüft, wenn es sich um verlustbringende Unternehmen handele, so führe dies zu einer nicht mit Artikel 86 Absatz 1 EG-Vertrag zu vereinbarenden Schlechterstellung privater Unternehmen.

(74) Auch lasse sich Artikel 295 EG-Vertrag nicht dazu einsetzen, die Übertragung des Wfa-Vermögens vom Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts auszunehmen. Aus dem Artikel lasse sich allenfalls die Freiheit des Landes ableiten, ein solches Sondervermögen zu bilden; sobald dieses aber auf ein kommerziell arbeitendes Unternehmen übergehe, hätten die Wettbewerbsregeln Anwendung zu finden.

a) ANGEMESSENE VERGÜTUNG FÜR DAS KAPITAL

(75) Der BdB brachte vor, die anerkannten Basiseigenmittel in Höhe von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) ließen sich wie alle anderen Basiseigenmittel zur Unterlegung der Geschäftstätigkeit einsetzen und ermöglichten gleichzeitig ebenso wie alle anderen Basiseigenmittel die Aufbringung von ergänzenden Eigenmitteln aus Solvabilitätsgründen. Damit habe das Land die mit einer äußerst knappen Eigenkapitalbasis operierende WestLB mit Hilfe der Vermögensübertragung in die Lage versetzt, nicht nur keine Einschränkung der Geschäftstätigkeit vornehmen zu müssen, sondern ihr risikobehaftetes Geschäft sogar auszuweiten. Der Betrag, um den die Eigenmittel über den tatsächlichen

Eigenkapitalbedarf hinausgehen, beeinflusse außerdem die Finanzierungskosten auf den Kapitalmärkten. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber würde nach Auffassung des BdB seinem Unternehmen kein Kapital zuführen, wenn dessen finanzielle Ergebnisse seit Jahren nachhaltig schwach sind und nichts auf eine erhebliche Verbesserung hindeutet, d. h. keine Anzeichen für eine in der Zukunft zu erwartende höhere Rendite vorliegen.

i. Die Höhe der Vergütung

(76) Der BdB hob hervor, dass die WestLB dringend Basiseigenmittel benötigte und sich ihre Basiseigenmittel durch die Wfa-Übertragung von 4,7 Mrd. DEM (2,4 Mrd. EUR) auf 8,7 Mrd. DEM (4,45 Mrd. EUR) nahezu verdoppelten. Angesichts der zu jener Zeit schwachen Ertragslage der WestLB hätte kein privater Kapitalgeber der WestLB einen so beträchtlichen Eigenkapitalbetrag zugeführt. Um unter den gegebenen Bedingungen Kapital bereitzustellen, hätte ein privater Kapitalgeber mindestens einen Aufschlag von 0,5 Prozentpunkten auf die übliche Eigenkapitalrendite verlangt. Nach Auskunft des BdB lag die Rentabilität der WestLB in den zehn Jahren vor der Übertragung durchschnittlich bei 5,6 % vor Steuern. Bei den privaten deutschen Großbanken lägen die entsprechenden Zahlen zwischen 12,4 % und 18,6 %, bei einem Durchschnittswert von 16,8 % (vor Steuern) in dem betreffenden Zeitraum. Andere Landesbanken hätten eine Rendite von 9 % bis 11 % erwirtschaftet. Der BdB legte eine Berechnung der Eigenkapitalrendite deutscher Banken vor, die von einer externen Beratungsfirma für den BdB vorgenommen worden war.

(77) Was die geeignete Berechnungsmethode für die Rendite-Vergleichszahl betrifft, so vertrat der BdB die Auffassung, die historische Rendite sei als arithmetischer Durchschnitt zu ermitteln und nicht als geometrischer Durchschnitt („Compound annual growth rate“). Letztere Methode setze voraus, dass der Anleger Dividenden reinvestiere, und beziehe die zusätzlichen Erträge hieraus in die Berechnung mit ein. Wie Dividenden neu angelegt werden, könne

- jedoch die ursprüngliche Anlageentscheidung nicht beeinflussen, sondern sei als neue, hiervon getrennte Anlageentscheidung zu sehen. Daher müsse eine Methode mit einem arithmetischen Mittelwert benutzt werden.
- (78) Werde hingegen die Methode der „Compound annual growth rate“ benutzt, so belaufe sich die Durchschnittsrendite einiger privater deutscher Großbanken für den Zeitraum 1982 bis 1992 nach Steuern auf 12,54 %. Bei der Berechnung dieses Wertes hat der BdB nach eigenen Angaben alle möglichen Haltezeiten für Anlagen und Verkäufe zwischen 1982 und 1992 berücksichtigt, um Verzerrungen auszuschließen, die sich daraus ergeben könnten, dass lediglich ein Jahr als Basisjahr genommen werde und dieses Jahr außerordentlich hohe oder niedrige Aktienkurse aufweise; der gleichzeitige Einsatz vieler Haltezeiten diene dazu, die Aktienmarktschwankungen zu glätten. Der BdB behauptete, die entsprechenden Zahlen der WestLB seien zu niedrig, da Einkommen aus der Veräußerung von Bezugsrechten nicht berücksichtigt sind.
- (79) Zu dem „Capital Asset Pricing Model“, das in dem zentralen Gutachten der WestLB zur Rechtfertigung der Kapitalvergütung von 0,6 % herangezogen wurde, legte der BdB ein eigenes externes Gutachten vor. Diese Untersuchung gelangt zu einer Eigenkapitalrendite von 12,21 % (unter Verwendung des im Zeitraum 1982-1991 auf dem deutschen Markt üblichen Risikoaufschlages) bzw. von 14,51 % (unter Zugrundelegung einer höheren erwarteten Risikoprämie), was über dem von der WestLB genannten Wert liegt. Der Unterschied lässt sich auf zwei Faktoren zurückführen. Erstens benutzte der BdB einen höheren Risikoaufschlag für Eigenkapital (3,16 % bzw. 5 %). Zweitens benutzte der BdB einen höheren Beta-Faktor für Kreditinstitute (1,25 %). Der risikofreie Basiszinssatz ist der gleiche wie in der Berechnung der WestLB. In Anbetracht der verschiedenen Methoden zur Berechnung der Eigenkapitalrendite nannte der BdB zunächst einen Wert von 14 % bis 16 % als normalerweise zu erwartende Eigenkapitalrendite.
- (80) Des Weiteren führte der BdB aus, ein privater Minderheitsaktionär würde kein zusätzliches Kapital zuführen, ohne eine Erhöhung seines Anteils am Unternehmen zu fordern. Nur damit könne er entsprechend am Gewinn des Unternehmens teilhaben und größeren Einfluss auf das Unternehmen ausüben.
- (81) Der BdB hob hervor, dass die Vereinbarung zwischen den Anteilseignern der WestLB, der zufolge das Wfa-Kapital nur nachrangig nach dem sonstigen haftenden Eigenkapital der WestLB haften solle, in Wirklichkeit keine Wirkung habe, da das Land bereits aufgrund der Anstaltslast verpflichtet sei, der WestLB im Falle von Schwierigkeiten Kapital zuzuführen. Damit garantiere das Land als Eigentümer der WestLB nicht nur sämtliche Passiva der WestLB, sondern darüber hinaus auch das selbst eingebrachte Wfa-Eigenkapital, ohne hierfür irgendeine Gegenleistung zu erhalten. Das heißt, eine Verringerung des Risikos des übertragenen Kapitals könne lediglich das Ergebnis eines höheren Risikos für das Land als Anteilseigner der WestLB sein. Das Risikoprofil des Wfa-Vermögens unterscheide sich also nicht von dem von normalem Eigenkapital.
- (82) Zu dem Vergleich mit Eigenkapitalinstrumenten des Finanzmarktes, mit dem die Deutschland und die WestLB argumentieren, führte der BdB aus, Genussrechte und „Cumulative perpetual stock“ seien nicht mit dem Wfa-Vermögen vergleichbar. Erstens sei sie nicht als Basiseigenmittel anerkannt („Cumulative perpetual stock“ seien in Deutschland noch nicht einmal als ergänzende Eigenmittel anerkannt). Wegen seiner Qualität als Basiseigenmittel ermögliche das Wfa-Vermögen der WestLB, ihre Eigenmittel durch das Beschaffen von ergänzenden Eigenmitteln weiter zu erhöhen. Zweitens seien die genannten Instrumente befristet, und Genussrechte büßten ihre Qualität als ergänzende Eigenmittel zwei Jahre vor Fälligkeit ein. Das Wfa-Vermögen stehe der WestLB hingegen unbefristet zur Verfügung. Drittens stellten derartige Instrumente normalerweise nur einen begrenzten Teil der Eigenmittel einer Bank dar und setzten einen erheblichen Anteil an Basiseigenmitteln voraus. Viertens könnten Kapitalmarktinstrumente auf den Märkten gehandelt werden, so dass Anleger ihre Investition beenden könnten, wann immer sie wollten. Dem Land stehe diese Möglichkeit nicht offen; als Ausgleich dafür, dass ihm derartige Geschäftschancen entgingen, würde ein privater Anleger einen Aufschlag von mindestens 0,5 Prozentpunkten auf die normale Rendite fordern.
- (83) Der BdB legte der Kommission auch Daten über die Zusammensetzung des Eigenkapitals einiger privater deutscher Großbanken und ihre Solvabilitätskoeffizienten vor, und zwar für die Jahre ab 1990. Diesen Daten ist zu entnehmen, dass die deutschen Banken zu Beginn der neunziger Jahre in ihren Basiseigenmitteln über keine hybriden Kapitalinstrumente verfügten (oder diese zumindest nicht einsetzten). Des Weiteren geht aus diesen Angaben hervor, dass die Kreditinstitute im allgemeinen mit ihrem Solvabilitätskoeffizienten deutlich über dem geforderten Mindestwert von 4 % für die Basiseigenmittel und 8 % für die gesamten Eigenmittel lagen.
- (84) Der BdB ging auch auf den Mantelvertrag zwischen den WestLB-Anteilseignern ein, dem zufolge das Wfa-Vermögen nur nachrangig nach dem sonstigen haftenden Eigenkapital haftet. Da der Ausdruck „sonstiges haftendes Eigenkapital“ sich auch auf ergänzende Eigenmittelinstrumente wie Genussrechte und nachrangige Darlehen beziehe und damit deren Stellung beeinträchtige, sei die Vereinbarung ein „Vertrag zu Lasten Dritter“ und damit nichtig. Das Risiko der Wfa-Sonderrücklage sei daher höher als das von Genussrechten und nachrangigen Darlehen.
- (85) Aus all diesen Gründen ging der BdB davon aus, dass die von der WestLB gezahlte Vergütung von 0,6 % keine marktübliche Verzinsung darstellt. In Anbetracht des Umstandes, dass die WestLB liquide Mittel aufbringen musste, um das Wfa-Vermögen vollständig zu nutzen, und dass keine Beteiligung am Zuwachs der Rücklagen erfolgte, weil sich der Anteil des Landes an der WestLB nicht erhöht hatte, nahm der BdB zunächst einen Satz im Bereich von 14 bis 17 % als korrekte Vergütung an. Diese Rendite sollte auf den gesamten anerkannten Betrag von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) gezahlt werden.

ii. *Liquiditätsnachteile*

- (86) In seiner Beschwerdeschrift akzeptierte der BdB das Vorliegen von „Liquiditätsnachteilen“, so dass bei der Berechnung der angemessenen Kapitalrendite ein Abzug von rund 7 Prozentpunkten vorzunehmen sei. Da das Eigenkapital jedoch auch zur Unterlegung bilanzunwirksamer Geschäfte diene, die keiner liquiden Mittel bedürften, sollte dieser Abschlag von 7 % allerdings reduziert werden.
- (87) In seinen Bemerkungen zum Beschluss der Kommission, das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu eröffnen, bringt der BdB vor, „Liquiditätsnachteile“ sollten bei der Ermittlung der angemessenen Rendite auf das Wfa-Vermögen nicht berücksichtigt werden. Der behauptete Liquiditätsnachteil sei bereits durch Abdiskontierung des Wfa-Vermögens auf einen Barwert von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) ausgeglichen worden. Verschiedene Bankgeschäfte wie z. B. Bürgschaften setzten außerdem keinerlei Liquidität voraus. Sollten also überhaupt irgendwelche Nachteile in Rechnung gestellt werden, dann nur ein kleiner Abschlag von 2,7 Prozentpunkten, um auszugleichen, dass das Wfa-Vermögen in nicht profitablen Geschäftsbereichen gebunden ist. Hierzu legte der BdB die Stellungnahme eines externen Sachverständigen vor.
- (88) Der BdB führt ferner aus, die Refinanzierungskosten seien von der WestLB mit 7,5 % auf jeden Fall zu hoch angesetzt. Aufgrund einer Untersuchung der durchschnittlichen Marktzinsen in den einzelnen Jahren für die verschiedenen Refinanzierungsinstrumente und entsprechend der Bilanzstruktur der WestLB sei der tatsächliche Refinanzierungssatz der WestLB auf den Märkten für die Jahre 1992 bis 1996 auf einen Durchschnittswert zwischen 6,07 und 6,54 % anzusetzen. Der BdB übermittelte der Kommission auch Daten über die Refinanzierungskosten einiger privater deutscher Großbanken für die Zeit der Wfa-Übertragung; die Werte lagen erheblich unter den 7,5 %, die von der WestLB in einem früheren Stadium des Verfahrens als angemessene Refinanzierungskosten angegeben worden waren. Hierbei ist nach Auffassung des BdB zwischen den Werten vor und nach Steuern zu unterscheiden. Refinanzierungskosten verringerten den steuerbaren Gewinn. Seien Refinanzierungskosten zu berücksichtigen, so sollten die entsprechenden Refinanzierungssätze nur nach Steuern ermittelt werden.

iii. *Kapitalbasis für die Berechnung der Vergütung*

- (89) Wie bereits erwähnt, regte der BdB an, dass die angemessene Vergütung auf den gesamten als Basiseigenmittel anerkannten Betrag von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) gezahlt werden sollte. Jedoch machte der BdB in seinen Bemerkungen auch geltend, nicht nur dieser vom BAKred als Basiseigenmittel anerkannte Betrag sei für die WestLB von Nutzen, sondern auch der Überschussbetrag von 1,9 Mrd. DEM (970 Mio. EUR). Mit letzterem Betrag ließen sich zwar keine Geschäfte unterlegen, aber er werde doch als Eigenkapital in der Bilanz ausgewiesen. Rating-Agenturen und Anleger schauten nicht auf die anerkannten Basiseigenmittel, sondern auf das gesamte in der Bilanz

ausgewiesene Eigenkapital, da dieses die Grundlage für branchenübliche Schätzungen der zur Deckung von Verlusten zur Verfügung stehenden Mittel darstelle. Das heißt, der Betrag erhöhe die Bonität der WestLB, so dass hierauf eine mit einer Garantieprämie vergleichbare Vergütung zu zahlen sei.

iv. *Synergieeffekte*

- (90) Dem BdB zufolge stellten die behaupteten Synergieeffekte nicht den wirklichen Grund für die Vermögensübertragung dar. Dies gehe auch klar daraus hervor, dass im Übertragungsgesetz die Maßnahme mit der Notwendigkeit begründet werde, die Wettbewerbsstellung der WestLB zu stärken, und dass vereinbart worden sei, für den Vorgang eine geldwerte Vergütung zu zahlen.
- (91) Darüber hinaus stellt der BdB die Frage, wie sich Synergieeffekte erzielen lassen sollen, wenn die kommerzielle Geschäftstätigkeit von Wfa und WestLB, wie in den einschlägigen Rechtsvorschriften vorgesehen, wirtschaftlich, organisatorisch und personell voneinander getrennt bleiben. Sollte es bei der Tätigkeit der Wfa zu Synergien kommen, so würde dies die Kosten der Wohnungsbauförderung reduzieren, sich aber nicht als Vergütung betrachten lassen, die das Land von der WestLB erhält.

b) *STEUERLICHE ASPEKTE*

- (92) Der BdB führt aus, dass das Wfa-Vermögen auch nach der Übertragung von der Körperschafts-, Vermögens- und Gewerbesteuer befreit ist. Steuerbefreiungen für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute seien jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn diese Institute ausschließlich Fördergeschäfte betrieben und insoweit nicht im Wettbewerb mit privaten, steuerpflichtigen Instituten stünden.
- (93) Der BdB legt dar, eine normale Bank, die ihr Kapital erhöhe, habe auf das zusätzliche Kapital jährlich 0,6 % Vermögenssteuer und 0,8 % Gewerbesteuer zu zahlen. Gegenüber anderen Banken sei die WestLB daher besser gestellt. Die Befreiung von der Körperschaftsteuer begünstige die WestLB indirekt. Der Verzicht auf Steuereinnahmen sei eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag.

c) *ERLASS VON VERBINDLICHKEITEN*

- (94) Vor der Übertragung sei die Wfa von Verbindlichkeiten in Höhe von 7,3 Mrd. DEM (3,77 Mrd. EUR) gegenüber dem Land befreit worden. Das Land habe auf eine Haftungsverpflichtung der Wfa verzichtet, ohne hierfür von der Wfa oder der WestLB eine Vergütung zu verlangen. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber würde für einen solchen Verzicht eine Vergütung verlangen. Der Verzicht auf die Haftungsverpflichtung sei für die Anerkennung der 4 Mrd. DEM (2,5 Mrd. EUR) als Basiseigenmittel durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred) eine entscheidende Voraussetzung gewesen. Damit komme dieser Erlass von Verbindlichkeiten der WestLB direkt zugute.

2. STELLUNGNAHMEN ANDERER BETEILIGTER

(95) Neben der WestLB und dem BdB äußerten sich zwei andere Beteiligte zu dem Beschluss der Kommission, das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu eröffnen.

a) ASSOCIATION FRANÇAISE DES BANQUES

(96) Der französische Bankenverband Association Française des Banques führt aus, die Einbringung von Eigenmitteln in die WestLB, für die lediglich eine unbedeutende Vergütung verlangt werde, sowie die bestehende Bürgschaft des Landes für die Bank führten zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten französischer Kreditinstitute. Da die Anteilseigner der WestLB eine Eigenkapitalrendite verlangten, die deutlich unter dem üblichen Niveau liege, könne die WestLB ihre Dienstleistungen zu einem unter den Kosten liegenden Preis anbieten („Dumping“). Wegen der Gewährträgerhaftung habe die WestLB eine „Triple-A“-Einstufung, aufgrund deren sie sich auf den Märkten zu sehr günstigen Bedingungen refinanzieren könne.

(97) Diese Vorteile der WestLB benachteiligten französische Banken, die in Deutschland tätig seien. Gleichzeitig könne die WestLB aufgrund dieser besonderen Umstände ihre Geschäftstätigkeit in Frankreich ausbauen, vor allem im Bereich der Kommunalfinanzierung. Der Wettbewerb im Bankensektor sei in Deutschland, Frankreich und anderen Mitgliedstaaten verfälscht.

b) BRITISH BANKERS' ASSOCIATION

(98) Der britische Bankenverband (British Bankers' Association) führt aus, die WestLB sei ein aktiver Konkurrent nicht-deutscher Banken innerhalb Deutschlands und auf dem gesamten europäischen Markt. Beihilfen zugunsten der WestLB verfälschten daher den Handel innerhalb der Gemeinschaft. Die Kommission sei aufgerufen, den Grundsätzen des Binnenmarktes Geltung zu verschaffen und im öffentlichen Besitz befindliche Banken nicht von den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des Vertrages auszunehmen.

3. BEMERKUNGEN DER WESTLB

(99) Nach der Veröffentlichung des Beschlusses der Kommission, das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu eröffnen, übermittelte die WestLB als Stellungnahme eine Abschrift der Bemerkungen Deutschlands zum selbigen Anlaß und erklärte ihre vollständige Übereinstimmung mit dieser Mitteilung. Die Argumente Deutschlands stellen daher im Allgemeinen auch die Position der WestLB dar, so dass diese nur kurz referiert wird.

a) ALLGEMEINE BEMERKUNGEN ZUR VERMÖGENSÜBERTRAGUNG

(100) Nach Auffassung der WestLB ist das Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht auf wirtschaftlich gesunde und profitabel arbeitende Unternehmen anwendbar. Dies sei durch den Gerichtshof bestätigt worden, der den Grundsatz stets nur dann angewandt habe, wenn das fragliche Unternehmen zum Zeitpunkt der Anlageentscheidung bereits seit geraumer Zeit erhebliche Verluste erlitten habe und in einem Sektor mit struktureller Überkapazität tätig sei. In der Rechtsprechung finde sich keine Grundlage für die Anwendung des Grundsatzes auf gesunde und rentable Unternehmen.

(101) Wegen der besonderen Aufgabe der Wfa sei deren Vermögen nicht mit normalen Eigenmitteln vergleichbar. Die Einbringung des anderweitig nicht einsetzbaren Wfa-Vermögens in die WestLB sei die wirtschaftlich sinnvollste Verwendung dieser Vermögensmasse gewesen. Mit der Vermögensübertragung habe das Land die Verwendung der für die Wohnungsbauförderung zweckgebundenen Vermögensmasse optimiert. Ein privater Eigentümer hätte genauso gehandelt.

(102) Eine Erhöhung der Beteiligung des Landes im Anschluss an die Vermögensübertragung wäre nach Auffassung der WestLB nicht nur unnötig, sondern mit dem besonderen Risikoprofil des Wfa-Vermögens auch nicht vereinbar gewesen. Da sie keine Liquidität verschaffe, sei die Wfa-Einbringung nicht mit anderen Kapitalzuführungen vergleichbar. Auch andere Eigenkapitalinstrumente auf dem Markt seien nicht mit Stimmrechten versehen.

(103) Da die Vergütung, die das Land erhalte, angemessen hoch sei, müsse keine Steigerung der Rentabilität der WestLB gefordert werden. Auch sei nicht einsichtig, warum ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine bestimmte Gewinnhöhe verlangen würde, wenn er in ein rentables Unternehmen investiert. Da die WestLB bisher Gewinne erwirtschaftet habe, bestehe auch kein Bedarf an einem Umstrukturierungsplan. Einen solchen Plan verlange der Gerichtshof nur bei Umstrukturierungsbeihilfen für Verluste machende Unternehmen.

b) ANGEMESSENE VERGÜTUNG FÜR DAS KAPITAL

(104) Nach Auffassung der WestLB ist die Höhe des für das Wfa-Kapital gezahlten Entgelts angemessen. Zur Stützung ihrer Auffassung legte die WestLB Gutachten einer Investmentbank vor, die sie mit der Bewertung der Vergütung beauftragt hatte. In dem Sachverständigengutachten wird das Risikoprofil des Wfa-Vermögens mit dem anderer Eigenkapitalinstrumente auf den Kapitalmärkten verglichen; es ergebe sich hieraus, dass die Wfa-Sonderrücklage mit einer Marge von 0,9 % bis 1,4 % angemessen abgegolten sei. Dem entspreche, dass der WestLB für die Verwendung des Wfa-Vermögens Aufwendungen in Höhe von 1,1 % (vor Steuern) entstünden. Die WestLB hebt hervor, zur vollen Nutzung des Wfa-Vermögens falle noch zusätzlicher Refinanzierungsaufwand an; er wird in den verschiedenen Dokumenten mit 7,5 % bis 9,3 % beziffert.

(105) Die WestLB behauptet auch, die vom BdB vorgelegten Zahlen über die Eigenkapitalrendite deutscher Banken seien aus verschiedenen Gründen nicht zutreffend. Die vom BdB für die Berechnung benutzte Investitionsperiode führe wegen besonderer Börsenkursentwicklungen zu besonders hohen Renditewerten. Der vom BdB herangezogene arithmetische Durchschnitt liefere inkorrekte Ergebnisse; vielmehr habe man auf den geometrischen Durchschnitt („Compound annual growth rate“) abzustellen. Der BdB beziehe sich bei seiner Berechnung auf Investitionsperioden, die für eine Anlageentscheidung im Jahre 1992 irrelevant seien, und zähle wegen der Berücksichtigung aller möglicher Halteperioden einzelne Jahre mehrfach. Die vom BdB zur Berechnung einer Durchschnittseigenkapitalrendite für deutsche Großbanken herangezogenen Kredit-

institute seien wegen des unterschiedlichen Kerngeschäftes nicht mit der WestLB zu vergleichen. Bereinige man die vom BdB genannte Durchschnittsrendite von 16,6 % um all diese Faktoren, so ergebe sich ein Wert von 5,8 %.

c) SYNERGIEEFFEKTE

- (106) Der WestLB zufolge brachte die Eingliederung der Wfa in die WestLB erhebliche Kosteneinsparungen für die Wfa mit sich. In den ersten beiden Jahren habe das Wfa-Personal (zuvor 588 Personen: die Belegschaft der „Wfa-Alt“ sowie die Mitarbeiter der Wohnungsbauabteilung der WestLB, deren Kosten vor dem Transfer von der Wfa zu tragen waren) um 53 Personen verringert werden können. In den ersten Jahren hatte die Eingliederung der Wfa jährlich Synergieeffekte in Höhe von 13 Mio. DEM (7 Mio. EUR) erbracht. Der Personalabbau werde sich fortsetzen, so dass sich die Einsparungen von 1997 an auf rund 25 Mio. DEM (13 Mio. EUR) jährlich erhöhen dürften. Diese Beträge kämen ausschließlich der Wohnungsbauförderung des Landes zugute. In einem anderen Dokument wird von einer Synergiewirkung in Höhe von mindestens 35 Mio. DEM (18 Mio. EUR) jährlich gesprochen.
- (107) Im Zuge der Eingliederung habe die WestLB Aufwendungen in Höhe von 33 Mio. DEM (17 Mio. EUR) zur Änderung des Pensionssystems für die Wfa-Mitarbeiter übernommen und hierzu eine entsprechende Zahlung an die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder geleistet. Diese Zahlung werde spätere Aufwendungen der Wfa verringern.

d) STEUERBEFREIUNGEN

- (108) Der WestLB zufolge entspricht die Befreiung der Wfa von bestimmten Steuern der deutschen Steuerrechtssystematik, nach der die fraglichen Steuern nicht für Einrichtungen gelten, die öffentlichen Zwecken dienen und nicht in Wettbewerb mit Steuern zahlenden Einrichtungen stehen. Die WestLB selbst unterliege uneingeschränkt all diesen Steuern, und ihr entstehe aus den für die Wfa geltenden Befreiungen kein Vorteil. Vermögenssteuer sei seit dem 1. Januar 1997 nicht erhoben worden, Gewerbesteuer nicht mehr seit dem 1. Januar 1998.

e) ERLASS VON VERBINDLICHKEITEN

- (109) Der Erlass der fraglichen Verbindlichkeiten sei vor der Übertragung und der sich daran anschließenden Bewertung des Wfa-Vermögens erfolgt. Der Betrag von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) stelle somit die Situation ohne die Verbindlichkeiten dar. Da sich das Entgelt auf diesen Betrag beziehe, komme der WestLB aus dem Erlass kein Vorteil zu.

IV. BEMERKUNGEN DEUTSCHLANDS

- (110) Nach Auffassung Deutschlands umfasste der Vorgang im Sinne des EG-Vertrags keine Elemente einer staatlichen Beihilfe zugunsten der WestLB. Das Land Nordrhein-Westfalen erhielt ein angemessenes, marktgerechtes Entgelt. Für die anderen Anteilseigner der WestLB stelle der Vorgang ebenfalls keine staatliche Beihilfe dar, da die Beibehaltung der Eigentumsstruktur nach der Wfa-Eingliederung durch die von der WestLB gezahlte angemessene Vergütung gerechtfertigt sei. Auch enthielten die Steuerbefreiungen, die für die Wfa gälten, keine Elemente einer staatlichen

Beihilfe zugunsten der WestLB, da sie die kommerzielle Geschäftstätigkeit der Bank nicht berührten.

- (111) Nach Auffassung Deutschlands darf die Kommission den Fall nur auf der Grundlage der zum Zeitpunkt der Investitionsentscheidung, d. h. Ende 1991, gegebenen Umstände prüfen. Nur diese Umstände hätten der Anlageentscheidung des Landes zugrunde liegen können. Spätere Fragen und Entwicklungen wie die Anerkennung von haftendem Kapital durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen und die jährliche Bewertung und Aufnahme der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten der Wfa in die WestLB-Bilanz seien nicht Gegenstand der Prüfung der Kommission.
- (112) Deutschland zufolge reichen die Überlegungen zur Eingliederung der Wfa in die WestLB in die 70er und 80er Jahre zurück. Ihnen habe das Motiv zugrunde gelegen, die Wohnungsbauförderung effizienter zu gestalten. Vor der Eingliederung sei das Verfahren zur Erlangung eines Wohnungsbaudarlehens recht kompliziert gewesen, da neben den zuständigen öffentlichen Stellen sowohl die Wfa als auch die WestLB beteiligt gewesen seien. Innerhalb des WestLB habe eine eigene Abteilung „Wohnungsbauförderung“ bestanden, deren Kosten von der Wfa getragen worden seien. Diese Struktur sei mit Doppelbesetzungen, doppelter Aktenführung und weiteren Effizienzeinbußen einhergegangen. Seit der Eingliederung hätten sich die Fördernehmer nur noch an einen einzigen Ansprechpartner anstatt an zwei zu wenden.
- (113) Die neuen Solvabilitätskriterien hätten, so führt Deutschland weiter aus, die WestLB auch durch Aufbringung von ergänzenden Eigenmitteln erfüllen können. Zur Gewährleistung der langfristigen Funktionsfähigkeit der Bank sei es jedoch sinnvoll gewesen, die Baseigenmittel zu erhöhen. All dies zeige, dass das primäre Motiv für die Einbringung nicht die Erhöhung des Eigenkapitals der WestLB, sondern mögliche Synergieeffekte und eine Verbesserung der Wohnungsbauförderungsverfahren gewesen sei. Die Änderung der Solvabilitätsanforderungen sei lediglich der Auslöser gewesen.
- (114) In der entsprechenden Gesetzesinitiative sei bereits niedergelegt, dass die Zweckbindung des Landeswohnungsvermögens erhalten, seine Substanz gesichert und das Instrumentarium der Wohnungsbaupolitik erhalten werden müssten. Dementsprechend habe die WestLB die Wfa als organisatorisch und wirtschaftlich selbständige Anstalt zu führen, die einen eigenen Jahresabschluss erstelle. Bei einer Auflösung der WestLB stehe dem Land ein bevorzugter Anspruch auf das Reinvermögen der Wfa zu. Alle Einkünfte der Wfa seien stets für die Wohnungsbauförderung zu verwenden. Nur derjenige Teil der Wfa-Eigenmittel, die die Wfa nicht selbst zur Unterlegung ihrer Vermögenswerte brauche, könne von der WestLB zu bankaufsichtsrechtlichen Zwecken eingesetzt werden. Das Land bewahre sich durch besondere Aufsichts-, Informations- und Kooperationsrechte einen besonderen Einfluss auf die Wfa.
- (115) Im Außenverhältnis hafte die Sonderrücklage uneingeschränkt. Im Falle des Konkurses oder der Liquidation der WestLB hätten die Gläubiger direkten Zugriff auf die Wfa-

Sonderrücklage. Auch im Falle von Verlusten sei deren volle Verrechnung mit der Sonderrücklage möglich. Im Innenverhältnis dagegen hätten die Eigentümer der WestLB die Rangfolge der Inanspruchnahme des Wfa-Haftkapitals anders geregelt. Hier hafte das Wfa-Vermögen nur nachrangig nach dem sonstigen Eigenkapital der WestLB. Da diese interne Abrede die gesetzliche Haftung im Außenverhältnis nicht berühre, habe das BAKred am 30. Dezember 1992 die Sonderrücklage in Höhe von 4,0 Mrd. DEM (2,05 Mrd. DEM) als Basiseigenmittel anerkannt.

1. DER GRUNDSATZ DES MARKTWIRTSCHAFTLICH
HANDELNDEN KAPITALGEBERS

- (116) Deutschland merkt an, das Land sei keinesfalls verpflichtet gewesen, als Alternative zur Einbringung der Wfa auch eine Privatisierung ins Auge zu fassen, um auf diesem Wege der WestLB zu ermöglichen, die Kapitalmärkte in Anspruch zu nehmen und sich dort das erforderliche Eigenkapital zu verschaffen. Das Land sei nicht verpflichtet gewesen, die WestLB privatem Kapital zu öffnen. Eine solche Argumentation wäre mit Artikel 295 EG-Vertrag nicht vereinbar.
- (117) Eine Erhöhung der Gesamrentabilität der WestLB sei nicht erforderlich gewesen, da Maßnahmen zur Steigerung der Rendite nur dann notwendig seien, wenn der Staat verlustbringenden Unternehmen Kapital zuführe. Der Gerichtshof habe den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers stets nur auf staatliche Interventionen in verlustbringenden Unternehmen und Wirtschaftszweigen mit struktureller Überkapazität angewandt. Aus der Rechtsprechung lasse sich nicht ableiten, dass die Kommission Investitionen des Staates in gesunde und profitable Unternehmen daraufhin überprüfen dürfe, ob sie zumindest eine Durchschnittsrendite erwirtschaften. Der Staat könne auch langfristige strategische Erwägungen berücksichtigen, er besitze eine gewisse unternehmerische Gestaltungsfreiheit, und innerhalb dieses Spielraums sei die Kommission nicht berechtigt, die unternehmerischen Entscheidungen zu überprüfen. Die Kommission dürfe daher nicht eine bestimmte Mindestrendite fordern, solange davon auszugehen ist, dass die fraglichen Unternehmen langfristig keine Verluste machen. Auch implizierten Durchschnittsrenditewerte zwangsläufig, dass viele Unternehmen mit ihrer Rentabilität unter dem Branchendurchschnitt liegen. Unklar sei des Weiteren, welche Unternehmen und Zeitabschnitte zur Berechnung von Durchschnittsrenditen herangezogen werden sollten. Der Staat sei nicht verpflichtet, sich bei unternehmerischen Entscheidungen allein an Rentabilitätsbewertungen auszurichten. Auch ein privater Investor könne durchaus andere Aspekte berücksichtigen. Es gehört zur unternehmerischen Freiheit, Unternehmen mit unterdurchschnittlicher Rentabilität weiter zu betreiben und ihnen zusätzliches Kapital zuzuführen. Die Grenze sei für den Staat erst dann erreicht, wenn sich das Verhalten im Vergleich mit dem möglichen Verhalten eines privaten Investors in keiner Weise mehr wirtschaftlich rechtfertigen lasse.
- (118) Die durchgeführte Transaktion lasse sich jedoch auch gemäß des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers als eine Maßnahme rechtfertigen, die auch ein privater Eigentümer getroffen hätte. Das zugeführte Vermögen sei wegen seiner Zweckbindung nicht mit einer „normalen“ Zuführung von Eigenkapital vergleichbar;

die Einbringung der Wfa stelle die kommerziell vernünftigste und effizienteste Verwendung des Wfa-Vermögens dar. Das Land habe das Wfa-Vermögen durch die Einbringung in die WestLB so gewinnbringend wie möglich eingesetzt. Vergleiche man die Wfa mit einem privaten, gemeinnützig gebundenen Vermögen (z. B. einer Stiftung), so hätte sich ein privater Eigentümer dieses Vermögens genauso verhalten, um die anderweitig nicht einsetzbare zweckgebundene Vermögensmasse einer wirtschaftlichen Verwendung zuzuführen.

- (119) Nach Ansicht Deutschlands stellt der öffentliche Zweck des Wfa-Vermögens eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse dar, die aufgrund von Artikel 295 EG-Vertrag nicht von der Kommission überwacht werden kann. Den Mitgliedstaaten stehe es frei, derartige zweckgebundene Vermögensmassen zu schaffen.
- (120) Nach Auffassung Deutschlands ist die Art und Weise, wie ein angemessenes Entgelt gezahlt wird, beihilferechtlich irrelevant. Da das Land ein angemessenes Entgelt erhalte, sei eine Erhöhung seines Anteils an der WestLB weder notwendig noch gerechtfertigt gewesen, sondern hätte dem Land einen zusätzlichen wirtschaftlichen Vorteil ohne zusätzliche Gegenleistung verschafft. Eine solche Aufstockung der Anteile wäre auch angesichts des besonderen Charakters des Wfa-Vermögens (mangelnde Liquidität, nachrangige Haftung im Innenverhältnis) nicht angebracht. Außerdem seien auch bestimmte Kapitalmarktinstrumente, die sich mit dem Wfa-Vermögen vergleichen ließen, ebenfalls nicht mit Stimmrechten verbunden. Da die vereinbarte Vergütung angemessen sei, kämen den anderen Anteilseignern keine zusätzlichen Einkünfte zu, die ihnen unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen nicht zustehen würden, und die Attraktivität der WestLB für andere Kapitalgeber vergrößere sich dadurch auch nicht. Da die Anteilseigner der WestLB feststünden und keine neuen (privaten) Anteilseigner hinzukommen könnten, wäre darüber hinaus auch eine hypothetische zu niedrige Vergütung ohne Einfluss auf mögliche private Investoren. Selbst wenn die anderen Anteilseigner tatsächlich einen Vorteil erhielten, wäre die Wirkung auf die Sparkassen doch viel zu gering, um spürbar zu sein.
- (121) Da das Land eine feste, angemessene Vergütung erhalte und die WestLB stets ein profitabel arbeitendes Unternehmen gewesen sei und weiterhin sei, welches die vereinbarte Vergütung ohne jeden Zweifel zahlen könne, sei die tatsächliche Höhe der Eigenkapitalrendite der WestLB bedeutungslos, so dass es kein Erfordernis für das Land gegeben hat, eine höhere Rentabilität der Bank zu fordern.

2. ANGEMESSENE VERGÜTUNG FÜR DAS KAPITAL

- (122) Nach Auffassung Deutschlands zahlte die WestLB eine angemessene Vergütung für die übertragene Vermögensmasse. Dass die WestLB für das zur Verfügung gestellte Kapital ein Entgelt zu zahlen haben würde, sei vom Land stets als Voraussetzung für die Übertragung angesehen worden. Höhe und Bemessungsgrundlage des Entgeltes seien zwischen den Beteiligten eingehend diskutiert worden. Da 1991 jedoch noch nicht bekannt gewesen sei, welchen Betrag das BAKred als Basiseigenmittel anerkennen würde, sei eine Vergütung nur im Grundsatz festgesetzt

worden, nicht aber konkret zum Zeitpunkt der Vermögensübertragung. Der tatsächliche Satz von 0,6 % sei dann 1993 nach Verhandlungen mit den anderen Anteilseignern der WestLB festgesetzt worden ⁽¹⁾. Deutschland übermittelte der Kommission keinerlei Unterlagen mit Erläuterungen dazu, wie dieser Wert bestimmt wurde; vielmehr macht sie geltend, nicht die Erwägungen, die dem Entgeltsatz zugrunde lägen, seien beihilferechtlich ausschlaggebend, sondern allein das Ergebnis, und dieses sei angemessen. Die feste Vergütung sei aus dem

verteilungsfähigen Gewinn zu zahlen, also vor Ausschüttung von Dividenden. Wird das Entgelt in einem Jahr wegen fehlender Gewinne nicht gezahlt, so besteht kein Recht auf Kompensationszahlungen in folgenden Jahren ⁽²⁾. Der Wert von 0,6 % entspricht Aufwendungen vor Steuern für die WestLB in Höhe von rund 1,1 %.

(123) In der folgenden Tabelle werden die Zahlungen der WestLB an das Land zur Vergütung des übertragenen Vermögens aufgeführt:

(124) Tabelle 4: Von der WestLB gezahlte Vergütung für die Übertragung des Wfa-Vermögens (Beträge in Mio. DEM; Angaben Deutschlands)

	in Mio. DEM										
	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Entgelt (vor Steuern)	0,0	27,9	30,8	33,4	33,9	34,0	34,0	[...]	[...]	[...]	[...]
Ablösezahlung für Pensionsansprüche der Wfa-Mitarbeiter	33,1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	[...]	[...]	[...]	[...]
An das Land gezahlte Vergütung insgesamt	33,1	27,9	30,8	33,4	33,9	34,0	34,0	[...]	[...]	[...]	[...]

(125) Deutschland legte Gutachten einer externen Beratungsfirma vor, die von der WestLB beauftragt worden war, zu ermitteln, wie hoch 1991 eine angemessene Vergütung für Kapitalanlagen mit demselben Risikoprofil wie das Wfa-Vermögen gewesen wäre. In diesen Sachverständigengutachten werden das Risikoprofil sowohl im Außen- als auch im Innenverhältnis sowie die Bedingungen für die Entgeltzahlungen untersucht. Diese Merkmale werden mit verschiedenen, auf den internationalen Kapitalmärkten existierenden Kapitalinstrumenten verglichen, um so die angemessene Vergütung zu ermitteln. Der Vergleich wird im folgenden Abschnitt erläutert. Die Gutachten gelangen zu einem Entgeltsatz von 0,9 bis 1,4 % als angemessene Vergütung. Da sich die Vergütung von 0,6 % für die WestLB auf Aufwendungen vor Steuern in Höhe von 1,1 % beläuft, wird die Vergütung als angemessen betrachtet. Zusätzlich zu dieser direkten Vergütung seien auch die Synergieeffekte der Vermögensübertragung in Rechnung zu stellen.

Modalitäten der laufenden Zinszahlungen, die Stellung des Kapitalgebers bei einem laufenden Verlust und die Stellung des Kapitalgebers im Konkurs- bzw. Liquidationsfall. In den Gutachten werden verschiedene Merkmale ⁽³⁾ mehrerer auf den Finanzmärkten existierender Kapitalinstrumente (Stammaktien, Stille Beteiligungen, Genussscheine, „Perpetual preferred share“, „Trust preferred securities“ und Nachrangdarlehen) beschrieben und mit dem Wfa-Vermögen verglichen. Den Gutachten zufolge läßt sich das Wfa-Vermögen am besten mit Genussscheinen, „Perpetual preferred shares“ und Stillen Beteiligungen vergleichen ⁽⁴⁾. Von den genannten Kapitalinstrumenten sind die „Trust preferred shares“ und „Perpetual preferred shares“ in Deutschland nicht anerkannt. Den Gutachten zufolge standen Ende 1991 folgende Kapitalinstrumente mit Basiseigenmittelqualität in Deutschland zur Verfügung: Stammaktien, Vorzugsaktien und Stille Beteiligungen.

a) VERGLEICH MIT ANDEREN KAPITALINSTRUMENTEN

(126) Die Gutachten gehen von der Feststellung aus, dass die Rendite eines Kapitalinstruments von seinem Risikoprofil abhängig sei, je höher das Risiko, desto höher der Risikoaufschlag, d. h. die Zinsdifferenz, die gegenüber sicheren Staatsanleihen zu zahlen ist. Bei der Analyse des Risikoprofils eines Kapitalinstruments seien daher insbesondere folgende drei Faktoren von Bedeutung: die

(127) In den Gutachten wird hervorgehoben, dass das Wfa-Vermögen im Falle eines WestLB-Konkurses den Gläubigern zur Verfügung stehen würde (Haftungsfunktion). Gleichzeitig könne die WestLB Verluste mit der Wfa-Sonderrücklage in unbeschränkter Höhe ausgleichen (Verlustausgleichsfunktion). Die internen Abreden und die Zweckbindung des Wfa-Vermögens seien in diesem

⁽¹⁾ Die Vergütung in Höhe von 0,6 % p. a. wurde in einer vom 11. November 1993 datierten Protokollnotiz zum Mantelvertrag festgelegt.

⁽²⁾ Deutschland führt aus, zwischen den Anteilseignern bestehe eine Vereinbarung, der zufolge derartige Ausgleichszahlungen stattfinden sollten, aber die WestLB sei hierzu nicht rechtlich verpflichtet.

⁽³⁾ Folgende Merkmale werden beschrieben: Land der Emission und des Emittenten, bankenaufsichtsrechtliche Einordnung, typische Laufzeit, Behandlung im Konkurs- oder Liquidationsfall oder zur Verlustteilnahme, Möglichkeit der vorzeitigen Kündigung, Möglichkeit der Zinsaussetzung oder des Zinsaufschubs, Möglichkeit der kumulativen Aussetzung.

⁽⁴⁾ In der einen Fassung wird das Wfa-Vermögen nur mit Genussscheinen und „Perpetual preferred stock“ verglichen, in der anderen mit allen drei Instrumenten.

Zusammenhang ohne Bedeutung. Im Innenverhältnis hafte die Sonderrücklage jedoch nachrangig nach dem anderen Eigenkapital der WestLB, und dies sei für die Entscheidung eines Kapitalgebers entscheidend.

- (128) In Bezug auf die Verlustausgleichsfunktion lasse sich die Wfa-Sonderrücklage mit „Perpetual preferred shares“ vergleichen. Da die Wfa-Sonderrücklage jedoch erst dann — und parallel zu den Genussscheinen (die ergänzende Eigenmittel sind) — eingesetzt würde, wenn die sonstigen Basiseigenmittel der WestLB aufgezehrt seien, und auch die Genussscheine bereits teilweise zusammen mit diesen sonstigen Basiseigenmitteln eingesetzt worden seien, trage sie ein geringeres Risiko als die Genussscheine. Das gleiche gelte für Stille Beteiligungen.
- (129) Hinsichtlich der Haftungsfunktion würde die Sonderrücklage nach den sonstigen Basiseigenmitteln, aber noch vor Stillen Beteiligungen, Genussscheinen und sonstigen ergänzenden Eigenmitteln herangezogen. Somit trage die Wfa-Sonderrücklage ein höheres Risiko als Genussscheine und Stille Beteiligungen. Auch hinsichtlich der Haftungsfunktion lasse sich die Wfa-Sonderrücklage in bezug auf ihr Risiko mit „Perpetual preferred shares“ vergleichen. Wegen der äußerst geringen Wahrscheinlichkeit eines WestLB-Konkurses könne dieses Risiko jedoch praktisch außer acht gelassen werden, und die entsprechenden Risikokosten würden von einem Kapitalgeber sehr niedrig angesetzt werden.
- (130) Zinszahlungen für das Wfa-Vermögen würden aus dem verteilungsfähigen Gewinn gezahlt und hätten Vorrang vor der Ausschüttung von Dividenden. Reiche der Gewinn nicht aus, so werde keine Vergütung gezahlt. Diese Regelung entspreche prinzipiell der bei „Perpetual preferred shares“. Genussscheine seien risikoärmer, da entgangene Zinszahlungen aufgeschoben und in späteren Jahren kumulativ nachgezahlt würden. Auch bei Stillen Beteiligungen seien kumulative Nachzahlungen möglich. Im Falle der Wfa-Sonderrücklage erstrecke sich das Zahlungsausfallrisiko lediglich auf den Risikoaufschlag (wegen der „Liquiditätsnachteile“, siehe unten), während es bei den anderen beiden Instrumenten den gesamten Kupon betreffe (risikofreie Rendite plus Risikomarge). In Bezug auf Zinszahlungen liege daher das Risiko der Wfa-Sonderrücklage leicht unter dem der drei anderen Instrumente.
- (131) Die Gutachten gelangen zu dem Schluss, dass der Risikoaufschlag für die Wfa-Sonderrücklage sowohl unter dem für Genussscheine und Stille Beteiligungen als auch unter dem für „Perpetual preferred shares“ liegen müsse. Für Genussscheine wird eine „historische Marge“ vor Steuern von 1,0 bis 1,2 % genannt, für Stille Beteiligungen von 1,1 bis 1,5 % und für „perpetual preferred shares“ von 1,5 bis 2,0 % ⁽¹⁾. Für die Wfa-Sonderrücklage wird für die

Jahre 1993 bis 1996 eine Vergütung von 1,1 % errechnet ⁽²⁾. Für das Jahr 1992 wird ein Wert von 255 % genannt ⁽³⁾. Auch seien Synergieeffekte in Rechnung zu stellen. Die Gutachten gelangen zu dem Schluss, dass die von der WestLB gezahlte Vergütung 1992 zu hoch und in den Jahren 1993 bis 1996 angemessen gewesen sei.

b) LIQUIDITÄTSNACHTEILE

- (132) Nach Auffassung Deutschlands bedeutet eine Barkapitalzuführung eine Erhöhung der Eigenmittel und verschaffe Liquidität. Die liquiden Mittel könnten neu angelegt werden und Zinsen erbringen, wofür der Kapitalgeber eine Vergütung verlange. Die Wfa-Eingliederung erhöhe die Eigenmittel der WestLB, bringe aber keine Liquidität. Das Kapital der Wfa sei an den Zweck der Wohnungsbauförderung gebunden. Anders als bei der Zuführung von Barkapital könne die WestLB keine liquiden Mittel neu investieren, sondern müsse sich, um zu demselben Ergebnis zu gelangen, Liquidität auf dem Kapitalmarkt verschaffen. Dies bringe zusätzliche Zinsaufwendungen mit sich. Wegen dieser fehlenden Liquidität kann das Land, so wird in den Sachverständigengutachten ausgeführt, nur eine Vergütung in Höhe des Risikoaufschlages verlangen, d. h. die Differenz zwischen der Gesamtrendite einer Investition und der Rendite einer entsprechenden Bundesanleihe.
- (133) Des Weiteren wird angegeben, praktisch alle risikobehafteten Aktivgeschäfte eines Kreditinstitutes erforderten Liquidität, so zum Beispiel auch Swap-, Forward- und Derivatgeschäfte. Nur die Herauslage von Bürgschaften und Garantien lasse sich ohne den Einsatz von Liquidität betreiben, doch würden die entsprechenden Geschäfte auch nicht in der Bankbilanz aufgeführt.
- (134) Für die zu berücksichtigenden Refinanzierungskosten sei die Rendite einer risikofreien langfristigen deutschen Bundesanleihe (Laufzeit 10 Jahre) anzusetzen. Ende 1991 habe die entsprechende Umlaufrendite 8,26 % betragen. Die tatsächlichen durchschnittlichen Refinanzierungskosten der WestLB hätten im November 1991 bei 9,28 % gelegen.

c) KAPITALBASIS FÜR DIE BERECHNUNG DER VERGÜTUNG

- (135) Nach Auffassung Deutschlands sei gemäß einer Protokollnotiz zum Mantelvertrag die Vergütung bezogen auf die im Jahresdurchschnitt durch WestLB-Eigengeschäft belegte Wfa-Sonderrücklage zu zahlen, und zwar erstmalig 1993. Tatsächlich aber bezahle die WestLB die Vergütung nicht auf den benutzten, sondern auf den benutzbaren Teil, d. h. den nicht durch das Wfa-Eigengeschäft belegten Teil der Sonderrücklage.

⁽²⁾ Dieser Wert beruht auf dem Entgeltsatz von 0,6 %, einem Einkommensteuersatz von 46 % bis 1993 und 42 % danach sowie dem Solidaritätszuschlag von 3,75 % 1992, 0 % 1993 und 7,5 % danach.

⁽³⁾ Dies beruht erstens darauf, dass die Sonderrücklage vom BAKred erst am 30. Dezember 1992 anerkannt wurde, so dass bei der Berechnung von einem von der WestLB tatsächlich belegten Anteil in Höhe von lediglich 2 Mio. DEM (1 Mio. EUR) ausgegangen wird, und zweitens darauf, dass die WestLB 1992 eine Zahlung in Höhe von 33 Mio. DEM (17 Mio. EUR) für künftige Pensionsansprüche von Wfa-Mitarbeitern zahlte und dieser Betrag als Vergütung behandelt wird, die dem Land von der WestLB in jenem Jahr gezahlt wurde.

⁽¹⁾ Da „perpetual preferred shares“ in Deutschland nicht zur Verfügung stehen, wurden entsprechende Daten von den US-amerikanischen und britischen Märkten verwendet.

(136) Der „überschießende Kapitalbetrag“, d.h. der Anteil der Sonderrücklage, der durch das Wfa-Eigengeschäft belegt sei, sowie die 1,9 Mrd. DEM (970 Mio. EUR), die als Eigenkapital in der WestLB-Bilanz aufscheine, jedoch nicht vom BAKred als Basiseigenmittel anerkannt werde, sei für die WestLB ohne wirtschaftlichen Nutzen, da sie hiermit keine zusätzlichen risikotragenden Aktivgeschäfte unterlegen könne. Die bilanziell ausgewiesenen 1,9 Mrd. DEM (970 Mio. EUR) seien nur als Differenzbetrag im Zuge der Bewertung zustande gekommen. Da Rating-Agenturen und markterfahrene Investoren sich nur an dem anerkannten Betrag orientierten, seien die 1,9 Mrd. DEM (970 Mio. EUR) für die WestLB wirtschaftlich bedeutungslos. Kein privater Kapitalgeber könne hierfür am Markt ein Entgelt fordern, da der Bank stets andere Möglichkeiten offen stehen würden, sich Eigenkapital auf dem Markt (z. B. als normale Barkapitalzuführung) zu verschaffen, das als Basiseigenmittel anerkannt werde.

(137) Aktiva und Passiva der Wfa würden, so führt Deutschland aus, alljährlich neu abgezinst, um zum Barwert in der WestLB-Bilanz ausgewiesen zu werden. Da Tilgungs- und Zinszahlungen wieder langfristig zu niedrigen Zinsen als Wohnungsbaudarlehen ausgeliehen würden, sei es möglich, dass der Nennbetrag des Wfa-Vermögens zunehme, während der abgezinst sowie der risikogewichtete Wert abnähmen.

d) SYNERGIEEFFEKTE

(138) Nach Auskunft Deutschlands erwartete das Land von der Wfa-Eingliederung Synergieeffekte, die längerfristig auf mehr als 30 Mio. DEM (15 Mio. EUR) pro Jahr veranschlagt worden seien. Sie entstünden aus einer Vereinfachung des Förderverfahrens unter anderem durch Wegfall früherer Doppelarbeiten, Vereinfachung und Beschleunigung der Kommunikation und geringeren Koordinierungsbedarf. Die Wfa brauche seit der Eingliederung weniger Personal und habe keine Ausgleichszahlungen mehr zu leisten für die Arbeiten, die zuvor von der Wohnungsbeförderungsabteilung der WestLB für die Wfa durchgeführt worden seien. Die Erwartungen des Landes hätten sich tatsächlich erfüllt und die Einbringung der Wfa in die WestLB sei betriebswirtschaftlich der einzige Weg gewesen, um diese Synergieeffekte zu erzielen. Darüber hinaus falle die Art und Weise, wie Synergien erzielt würden, unter die unternehmerische Gestaltungsfreiheit des Landes, die durch Artikel 295 EG-Vertrag geschützt sei.

(139) Deutschland verweist darauf, dass die WestLB 1992 33 Mio. DEM (17 Mio. EUR) für bestehende und künftige Pensionsansprüche von Wfa-Mitarbeitern gezahlt habe, was die künftigen Aufwendungen für die Wfa verringere. Diese Zahlungen würden in den Büchern der WestLB während 15 Jahren mit einem Betrag von 1,6 Mio. DEM (0,8 Mio. EUR) jährlich abgeschrieben.

3. STEUERBEFREIUNGEN

(140) Die Befreiung der Wfa von Vermögenssteuer, Gewerbesteuer und Körperschaftsteuer ergebe sich aus dem deutschen Steuersystem. Die Wfa und andere öffentlich-rechtliche Unternehmen seien steuerbefreit, weil sie nicht mit steuerpflichtigen Finanzinstituten im Wettbewerb stünden, sondern vom Staat zu bestimmten Förderzwecken eingesetzt würden. Aufgrund der durch die

Steuerentlastung eingesparten Beträge brauche der Staat weniger Fördermittel für die Wfa-Tätigkeit bereitzustellen. Die WestLB zahle für ihr gesamtes Einkommen (also auch für das, was in den durch das Wfa-Eigenkapital unterlegten wettbewerbsorientierten Geschäftsbereichen erzielt werde) Steuern in voller Höhe und erhalte durch die Steuerbefreiungen der Wfa keinen finanziellen Vorteil, da sich der als Basiseigenmittel anerkannte Betrag damit nicht erhöhe. Selbst wenn die Steuerbefreiung zu einer Erhöhung des anerkannten Kapitals führen würde, wäre die WestLB dadurch nicht begünstigt, da sie dann eine angemessene Vergütung für den Differenzbetrag zu zahlen hätte.

(141) Was die Vermögens- und Gewerbesteuer anbetreffe, so könne ein Vermögenswert nur einmal der Besteuerung unterliegen und sei dort zu besteuern, wo das Vermögen unmittelbar eingesetzt werde. Da auf dieser Stufe des unmittelbaren Einsatzes, also bei der Wohnungsbauförderung, die Vermögensmasse der Wfa steuerbefreit sei, könne sie nicht zur Besteuerung herangezogen werden, wenn sie einem weiteren, sekundären Einsatz zugeführt werde. Dies stünde mit der Systematik des deutschen Steuerrechts im Widerspruch. Das gleiche gelte für die Eingliederung einer privaten steuerbefreiten Einrichtung in eine private Bank. Da diese Steuerbefreiungen der WestLB keinen unentgeltlichen Vermögensvorteil verschafften, stellten sie auch keine staatliche Beihilfe dar. Darüber hinaus seien Gewerbesteuer- und Vermögenssteuer seit 1997 bzw. 1998 nicht mehr erhoben worden, da sie vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt worden seien.

4. ERLASS VON VERBINDLICHKEITEN

(142) Deutschland gibt an, durch die Befreiung von der Haftungsverpflichtung werde verhindert, dass sich das Landeswohnungsbauförderungsvermögen wegen der jährlich entstehenden Verbindlichkeiten kontinuierlich verringere. Der Verzicht mindere das Vermögen des Landes nicht, da ihm im Falle einer Liquidation der Wfa ein entsprechend größeres Wohnungsbauförderungsvermögen zufließen würde. Da die Verbindlichkeiten der Wfa, die aufgehoben wurden, nur in einem solchen Liquidationsfalle fällig geworden wären, ändere sich durch die Befreiung von der Haftungsverpflichtung die wirtschaftliche Gesamtposition des Landes nicht. Im Ergebnis habe das Land lediglich auf einen Anspruch gegen sich selbst verzichtet.

(143) Der Erlass der Verbindlichkeiten sei bei der Bewertung des Haftkapitals der Wfa durch das BAKred berücksichtigt worden, und auf dieser Grundlage zahle die WestLB eine angemessene Vergütung. Der WestLB sei daher durch die Aufhebung der Haftungsverpflichtung keinerlei finanzieller Vorteil zugeflossen.

5. BEMERKUNGEN ZU DEN STELLUNGNAHMEN DER BETEILIGTEN

(144) Zu den Stellungnahmen der beiden Bankenvereinigungen führt Deutschland aus, die pauschalen Vorwürfe seien nicht durch Tatsachen oder konkrete Beschwerden von Kreditinstituten über die Tätigkeit der WestLB auf den Märkten belegt. Die in einer dieser Stellungnahmen aufgeworfene Frage der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung sei mit dem vorliegenden Fall nicht verbunden und müsse getrennt betrachtet werden.

- (145) Was die Stellungnahme des BdB betrifft, so hebt Deutschland hervor, die Einbringung der Wfa sei keine Ad-hoc-Lösung gewesen, sondern habe auf langfristigen strategischen Überlegungen beruht, insbesondere im Hinblick auf die Steigerung der Effizienz der Wfa. In der Entscheidungspraxis des Gerichtshofes gebe es keinen Fall, in dem eine Investition des Staates in ein gesundes, profitabel arbeitendes Unternehmen als staatliche Beihilfe angesehen worden wäre. Der Fall, auf den vom BdB hingewiesen werde, betreffe Unternehmen, die mit Verlusten gearbeitet hätten. Da die WestLB seit ihrer Gründung stets Gewinne erwirtschaftet habe, sei hier das Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht anwendbar. Dies werde durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes gestützt, der das Prinzip nie auf gesunde und profitable Unternehmen angewandt habe. Auch gehe ein privater Kapitalgeber nicht allein von der zu erwartenden Rendite aus, sondern ziehe andere strategische Erwägungen in Betracht. Bei Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen seien andere Erwägungen anzustellen, als bei der Erhöhung des Kapitals eines profitablen Unternehmens. Investitionen des Staates ließen sich nicht einfach danach beurteilen, ob eine branchenbezogene Durchschnittsrentabilität erreicht sei. Ansonsten wäre jede Investition des Staates in eine Bank mit unterdurchschnittlicher Rentabilität eine staatliche Beihilfe, während gleichzeitig private Kapitalgeber in dasselbe Unternehmen investierten. Kapitalgeber orientierten sich nicht am Branchendurchschnitt, sondern an Zukunftsaussichten.
- (146) Die Vorschriften über staatliche Beihilfen ermöglichten lediglich eine Überprüfung der Bedingungen der Einbringung des Wfa-Vermögens, nicht aber der Besonderheiten des Wfa-Vermögens, die durch Artikel 295 EG-Vertrag geschützt seien. Da der Sondercharakter des Wfa-Vermögens unter dem Schutz dieses Artikels stehe, dürfe das eingebrachte Wfa-Kapital nicht mit einer normalen Zuführung von liquidem Eigenkapital verglichen werden. Auch eine privatrechtliche Stiftung könne genauso wie die Wfa eingesetzt werden, ohne dass dies die zweckgebundene Verwendung der Erträge berühre.
- (147) In Bezug auf das Risikoprofil des Wfa-Kapitals müsse unterschieden werden zwischen dem Land als Eigentümer der WestLB und als Investor der Wfa-Sonderrücklage. Als Wfa-Investor trage das Land ein niedrigeres Risiko, da zwischen den Anteilseignern der WestLB vereinbart worden sei, dass die Sonderrücklage im Innenverhältnis nur nachrangig hafte. Das Risiko des Landes als Investor der Wfa sei auf die übertragene Vermögensmasse beschränkt und nicht höher, wie von dem BdB behauptet.
- (148) Deutschland macht geltend, die vom BdB vorgelegten (und aus dem Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen entnommenen) Renditeberechnungen seien fehlerhaft und stützt diese Auffassung durch ein Gegengutachten, das im Auftrage der WestLB erstellt wurde. Nach letzterem Gutachten seien die Hauptfehler eine inkorrekte Berechnungsmethode (arithmetischer Durchschnitt statt des geometrischen Durchschnitts, der „Compound annual growth rate“) und die Bezugnahme auf irrelevante Investitionsperioden. Um diese Fehler bereinigt, reduziere sich die Rentabilität privater deutscher Großbanken von 16,86 % vor Steuern auf 7,0 %. Auch ließen sich die zur Ermittlung des Vergleichswertes herangezogenen fünf deutschen Privatbanken wegen ihrer anderen Geschäftsschwerpunkte nicht mit der WestLB vergleichen. Bei einer unter Bezugnahme auf vergleichbare Banken durchgeführten Berechnung sinke die Eigenkapitalrendite auf 5,8 %. Außerdem verwende das BdB-Gutachten einen nicht repräsentativen Beobachtungszeitraum von 1982 bis 1992, der zwei Börsenhäusen umfasse. Bei einem kürzeren Beobachtungszeitraum würden die Renditeziffern weiter sinken.
- (149) Deutschland weist die Argumentation des BdB zurück, es entstünden keine Refinanzierungskosten wegen fehlender Liquidität, da bei der Abdiskontierung des Nominalwertes des Wfa-Vermögens dieser Liquiditätsnachteil bereits berücksichtigt worden sei. Nach Auffassung Deutschlands hat diese Abzinsung nichts mit dem Liquiditätsaspekt zu tun, sondern nur mit dem Umstand, dass sich das Wfa-Vermögen im Wesentlichen aus unverzinslichen und niedrigverzinslichen langfristigen Aktiva und Passiva zusammensetze. Auch das Argument, selbst unter der Annahme von Refinanzierungskosten sei lediglich ein geringer Renditeabschlag von 2,7 % vor Steuern gerechtfertigt, wird von Deutschland zurückgewiesen. Die hierzu vom BdB vorgelegte Stellungnahme eines Sachverständigen gehe fehl, da hierbei die Erträge der Bank aus Bankgeschäften mit den Erträgen eines externen Kapitalgebers in unzulässiger Weise vermengt würden. Auch gehe das BdB-Gutachten von Bruttoerträgen aus, während richtigerweise Nettoerträge verglichen werden müssten. Hierzu legte die deutsche Regierung ein eigenes, von einer externen Beratungsfirma erstelltes Gutachten vor.
- (150) Synergien entstünden lediglich bei der Wfa und nicht innerhalb der WestLB, da Doppelarbeit und parallele Verwaltungseinheiten beseitigt würden (Verlagerung der früheren Wohnungsbauabteilung der WestLB). Zu Synergieeffekten komme es daher völlig unabhängig von der wirtschaftlichen, organisatorischen und personellen Trennung von Wfa und WestLB. Sie führten dazu, dass geringere Kapitalzuschüsse des Landes an die Wfa erforderlich seien, und stellten eine direkte Folge der Übertragung der Wfa auf die WestLB dar.
- (151) Der Unterschied zwischen dem bilanziellen Ausweis der Wfa-Sonderrücklage und dem vom BAKred aufsichtsrechtlich anerkannten Betrag sei gegenüber Dritten klar kommuniziert worden. Aus Sicht eines Gläubigers komme dem nicht aufsichtsrechtlich anerkannten Kapital keine Haftungsqualität zu. Da nur der Teil, der von der WestLB zur Unterlegung ihres Bankgeschäfts benutzt werden könne, für die Bank von wirtschaftlichem Nutzen sei, könne das Land für den überschießenden Betrag keine Vergütung verlangen.
- (152) Die Befreiung von Verbindlichkeiten der Wfa sei bei der Bewertung des Wfa-Vermögens durch das BAKred berücksichtigt worden, und auf dieser Grundlage zahle die WestLB die Vergütung. Durch die Befreiung der Wfa von der Haftungsverpflichtung sei die wirtschaftliche Gesamtposition des Landes nicht beeinflusst worden. Auch die Steuerbefreiung wirke sich nicht als ein Vorteil für die WestLB aus.

V. VERSTÄNDIGUNG ZWISCHEN DEM BDB, DEM LAND NORDRHEIN-WESTFALEN UND DER WESTLB

- (153) Am 13. Oktober 2004 übermittelten der Beschwerdeführer BdB, das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB AG der Kommission eine Verständigung zu dem Beihilfeverfahren in Sachen WestLB. Unbeschadet der weiterhin bestehenden grundsätzlichen Rechtsauffassungen der Parteien der Verständigung haben sich die Parteien darauf geeinigt, was sie als geeignete Parameter für die Bestimmung einer angemessenen Vergütung als angemessene Vergütung selbst ansehen. Die Parteien bitten die Kommission, die Ergebnisse der Verständigung bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.
- (154) Die Parteien haben zunächst auf der Basis des Capital Asset Pricing Modell (CAPM) die erwartete Mindestvergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition in die WestLB zum relevanten Einbringungszeitpunkt ermittelt. Demnach soll die angemessene Mindestvergütung für den Teil des Wfa-Kapitals, der vom BAKred als Kernkapital anerkannt worden ist und von der Wfa zur Unterlegung ihrer eigenen Wohnungsbaufördertätigkeiten nicht genutzt wird, 10,19 % p.a. betragen.
- (155) Dabei wurden bei der Berechnung dieser Mindestvergütung die von den Landesbanken unter Verwendung des REX10 Performance Index der Deutschen Börse AG ermittelten langfristigen risikolosen Zinssätze und die auf der Grundlage eines von den Landesbanken in Auftrag gegebenes KPMG-Gutachten vom 26. Mai 2004 geschätzten Betafaktoren verwendet. Konkret ergab sich für die WestLB zum relevanten Einbringungszeitpunkt ein risikofreier Basiszinssatz von 7,15 %. Als Betafaktor wurde auf der Grundlage der Stellungnahme der KPMG zum relevanten Einbringungszeitpunkt ein Wert von 0,76 angesetzt. Die Markt-risikoprämie wurde einheitlich auf 4 % angesetzt.
- (156) Der Ausgangszinssatz von 10,16 % (1. Januar 1991) errechnete sich somit wie folgt: Risikofreier Zinssatz 7,15 % + (allgemeine Marktrisikoprämie 4,0 % x Betafaktor 0,76)
- (157) Danach wurde ein Abschlag wegen der fehlenden Liquidität des Zweckvermögens bestimmt. Dabei wurde der genannte risikofreie Zinssatz von 7,15 % als Bruttorefinanzierungskosten pauschal zugrunde gelegt. Zur Ermittlung der maßgeblichen Nettorefinanzierungskosten wurde die maßgebliche Steuerlast der WestLB bezogen auf den Einbringungszeitpunkt mit 50 % pauschaliert, so dass sich ein Abzug von 3,57 % ergibt.
- (158) Schließlich erfolgt ein Zuschlag in Höhe von 0,3 % wegen der fehlenden Ausgabe von Stimmrechten.
- (159) Insgesamt ergibt sich daraus eine angemessene Vergütung für das Zweckvermögen von 6,92 % (nach Steuern) für den Teil des Wfa-Kapitals, der vom BAKred als Kernkapital anerkannt worden ist und von der Wfa zur Unterlegung ihrer eigenen Wohnungsbaufördertätigkeiten nicht genutzt wurde.

- (160) Zwischen den Parteien besteht Einvernehmen, dass mit der Umsetzung des Mutter-Tochter-Modells zum 1. Januar 2002 der Beihilfetatbestand aus der Wfa-Einbringung abgeschafft worden sei.

VI. BEURTEILUNG DER MASSNAHME

- (161) Zur Beurteilung der Maßnahme nach Bestimmungen des EG-Vertrages über staatliche Beihilfen ist zunächst zu prüfen, ob die Maßnahme eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt.

1. STAATLICHE MITTEL UND BEGÜNSTIGUNG EINES BESTIMMTEN UNTERNEHMENS

- (162) Die Wfa war eine Anstalt öffentlichen Rechts mit dem Land Nordrhein-Westfalen als alleinigem Anteilseigner und mit der Aufgabe der Wohnungsbauförderung durch die Vergabe niedrig verzinster und unverzinslicher Darlehen. Das Land garantierte ihre gesamten Verbindlichkeiten im Rahmen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. Die Hauptfinanzierungsquelle der Wfa, das Landeswohnungsbauvermögen, wurde durch eine jährliche Zuführung von Mitteln aus dem Landeshaushalt und durch Zinseinnahmen aus den Wohnungsbaudarlehen gebildet.
- (163) Wird derartiges staatliches Vermögen mit kommerziellem Wert ohne ausreichende Vergütung auf ein Unternehmen übertragen, liegt es auf der Hand, dass es sich um staatliche Mittel im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag handelt.
- (164) 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 in einer Reihe von Entscheidungen akzeptiert (und weiterentwickelt). Die Beurteilung nach diesem Grundsatz wird in Nummer 3 vorgenommen. Liegt eine staatliche Beihilfe vor, wird die WestLB, d.h. ein Unternehmen im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag, eindeutig begünstigt.

2. VERFÄLSCHUNG DES WETTBEWERBS UND BEEINTRÄCHTIGUNG DES HANDELS ZWISCHEN MITGLIEDSTAATEN

- (165) 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.
- (166) Ihrem Geschäftsbericht 1997 zufolge versteht sich die WestLB als universell und international tätige Geschäfts-

bank, Zentralbank für die Sparkassen und Staats- und Kommunalbank. Sie bezeichnet sich selbst als eine europäische Bankengruppe im Großkundengeschäft mit Aktivitäten an den wichtigsten Finanz- und Wirtschaftsplätzen der Welt. Schwerpunkt ihrer Präsenz im Ausland ist Europa, wo sie Tochtergesellschaften, Niederlassungen und Repräsentanzen in allen wichtigen Ländern unterhält. Weltweit ist der WestLB-Konzern mit eigenen Stützpunkten in mehr als 35 Ländern vertreten.

- (167) Trotz ihres Namens, ihrer Tradition und ihrer gesetzlich geregelten Aufgaben ist die WestLB keineswegs eine Lokal- oder Regionalbank. Ihre Präsenz in Europa und auf den internationalen Märkten wurde bereits in Abschnitt II Nummer 1 beschrieben. Aus dem Auslandsgeschäft stammten 1997 48 % der unkonsolidierten Erträge. Wie es im Geschäftsbericht 1997 heißt, ist das Wachstum der Bank in diesem Jahr vor allem auf die Ausweitung des Auslandsgeschäfts zurückzuführen.
- (168) Damit zeigt sich eindeutig, dass die WestLB Bankdienstleistungen im Wettbewerb mit anderen europäischen Banken außerhalb Deutschlands und — da Banken aus anderen europäischen Ländern in Deutschland tätig sind — innerhalb Deutschlands erbringt. Dies wurde durch die Stellungnahmen der Bankenvereinigungen zweier Mitgliedstaaten bekräftigt. Es steht deshalb fest, dass Beihilfen an die WestLB den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.
- (169) Auch ist darauf hinzuweisen, dass ein sehr enger Zusammenhang zwischen dem Eigenkapital eines Kreditinstituts und seinen Bankaktivitäten besteht. Nur mit ausreichendem anerkanntem Eigenkapital kann eine Bank arbeiten und ihre kommerziellen Tätigkeiten ausweiten. Da die WestLB durch die staatliche Maßnahme mit solchem Eigenkapital für Solvabilitätsw Zwecke ausgestattet wurde, wurden die Geschäftsmöglichkeiten der Bank unmittelbar beeinflusst.

3. DER GRUNDSATZ DES MARKTWIRTSCHAFTLICH HANDELNDEN KAPITALGEBERS

- (170) Um zu beurteilen, ob eine von einem öffentlichen Anteilseigner eines Unternehmens ergriffene Kapitalmaßnahme Elemente einer staatlichen Beihilfe umfasst, wendet die Kommission den Grundsatz des „marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ an. Dieser Grundsatz wurde von der Kommission in vielen Fällen herangezogen und vom Gerichtshof in mehreren Entscheidungen akzeptiert und weiterentwickelt⁽¹⁾. Er erlaubt der Kommission die besonderen Umstände eines jeden Falls einzubeziehen, beispielsweise bestimmte Strategien einer Holdinggesellschaft oder einer Unternehmensgruppe zu berücksichtigen oder zwischen den kurz- und langfristigen Interessen eines Kapitalgebers zu unterscheiden. Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers wird auch im vorliegenden Fall angewandt.
- (171) Diesem Grundsatz zufolge ist es nicht als eine staatliche Beihilfe 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“⁽²⁾. Insbesondere ist eine finanzielle Maßnahme als für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber unannehmbar zu betrachten, wenn die Finanzlage des Unternehmens dergestalt ist, dass eine normale Rendite (in Form von Dividenden oder Wertzuwachs) in einer angemessenen Frist nicht zu erwarten ist⁽³⁾.

- (172) Natürlich muss die Kommission die Beurteilung eines Falls auf die Angaben stützen, die für den Kapitalgeber zum Zeitpunkt seiner Entscheidung über die fragliche finanzielle Maßnahme verfügbar waren. Die Übertragung der Wfa wurde 1991 von den zuständigen öffentlichen Stellen beschlossen. So hat die Kommission die Transaktion auf der Grundlage der damals verfügbaren Daten und der damaligen wirtschaftlichen und marktbezogenen Umstände zu beurteilen. Die Angaben in dieser Entscheidung, die sich auf spätere Jahre beziehen, werden nur verwendet, um die Folgen der Übertragung auf die Lage der WestLB aufzuzeigen und nicht um die Transaktion im Nachhinein zu rechtfertigen oder in Frage zu stellen.
- (173) Deutschland erinnerte die Kommission daran, den Fall nur nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt der Übertragungsentscheidung, d. h. Ende 1991, zu prüfen und spätere Entwicklungen außer Acht zu lassen. Dies könnte bedeuten, dass weder der Umstand, dass nur 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) als Baseigenmittel anstelle der geforderten 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) vom BAKred anerkannt wurden, noch die Tatsache, dass 1993 eine 0,6 %ige Vergütung vereinbart wurde, von der Kommission berücksichtigt werden können. Zum Zeitpunkt der Übertragung wurde, trotzdem sich Land und WestLB über den Wert der Wfa in der Höhe von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) einig waren, keine Entgelthöhe festgesetzt. Die Kommission hält es daher für angebracht, bei der Beurteilung der Transaktion auch die Verhältnisse zu dem Zeitpunkt zu berücksichtigen, zu dem schließlich die Vergütung festgesetzt wurde.
- (174) Die Kommission teilt nicht die Ansicht Deutschland und der WestLB, dass der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht auf ein gesundes und profitabel arbeitendes Unternehmen anwendbar sei, und dass dies aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervorgehe. Die Tatsache, dass der Grundsatz bisher hauptsächlich auf Unternehmen in Schwierigkeiten Anwendung fand, beschränkt seine Anwendung nicht auf diese Kategorie von Unternehmen.
- (175) Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen können nur gewährt werden, wenn ein Umstrukturierungsplan zur Wiederherstellung der Lebensfähigkeit des Unternehmens, d. h. zu einer „normalen“ Rendite, führt, mit der das geförderte Unternehmen aus eigener Kraft weiter bestehen

⁽²⁾ 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.

⁽³⁾ Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen — Standpunkt der Kommission, Bull. EG 9-1984, S. 93f.

⁽¹⁾ Siehe zum Beispiel Urteile in der Rechtssache C-303/88, *Italien/Kommission*, Slg. 1991, I-1433 und C-305/89, *Italien/Kommission*, Slg. 1991, I-1603.

kann, weil diese „marktübliche“ Rendite für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber annehmbar ist. In den Fällen, in denen der Gerichtshof mit derartigen Entscheidungen befasst wurde, stellte er nie in Frage, dass die Kommission nicht nur eine Kostendeckung oder eine symbolische Rendite, sondern eine vollständige „marktübliche“ Rendite forderte.

- (176) Es besteht keine Regel, der zufolge der Umstand, dass ein Unternehmen Gewinne erwirtschaftet, von vornherein die Möglichkeit ausschließt, dass die Kapitalzuführung Elemente einer staatlichen Beihilfe enthält. Selbst wenn ein Unternehmen profitabel arbeitet, könnte ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber von einer (weiteren) Kapitalzuführung absehen, wenn er keine angemessene Rendite (in Form von Dividenden oder Wertzuwachs) aus dem investierten Kapital erwarten kann. Sollte das Unternehmen zum Zeitpunkt der Investition nicht die erwartete angemessene Rendite abwerfen, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber Maßnahmen zur Steigerung der Rendite fordern. Daher ist der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers gleichermaßen auf alle öffentlichen Unternehmen anwendbar, und zwar unabhängig davon, ob sie gewinn- oder verlustbringend arbeiten.
- (177) Die Angemessenheit der wahrscheinlichen Kapitalrendite hängt wiederum davon ab, was ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber von vergleichbaren Investitionen bei vergleichbarem Risiko erwarten kann. Es liegt auf der Hand, dass ein Unternehmen mit anhaltend schlechten Ergebnissen und ohne Anzeichen einer Verbesserung langfristig nicht lebensfähig ist. Neuinvestoren würden die Forderung des Unternehmens nach weiterem Kapital ablehnen und vorhandene Kapitalgeber würden sich letzten Endes zurückziehen — und notfalls auch Verluste hinnehmen —, um ihr Kapital rentabler anzulegen. So hat die Kommission in einer Mitteilung an die Mitgliedstaaten über die Anwendung der Regelungen für staatliche Beihilfen auf öffentliche Unternehmen darauf hingewiesen, dass sie die Finanzlage des Unternehmens zu dem Zeitpunkt ermitteln wird, zu dem die Zuführung zusätzlichen Kapitals vorgesehen ist, wenn sie das staatliche Verhalten mit dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vergleicht, „insbesondere in Fällen, in denen das Unternehmen keine Verluste macht“⁽¹⁾.
- (178) Außerdem wäre zu bedenken, dass „gesunde und profitable Unternehmen“ nicht mit Unternehmen, die keine Verluste machen, gleichzusetzen sind. Ein nur geringe Gewinne oder weder Gewinne noch Verluste ausweisendes Unternehmen kann faktisch nicht als gesund und profitabel angesehen werden. Gewiss ist es schwierig, „durchschnittliche Rentabilität“ zu bestimmen, weil dies von einer Reihe von Faktoren abhängt, z. B. dem Risiko in dem Wirtschaftszweig, in dem das Unternehmen tätig ist. Jedoch würden Unternehmen, die über einen gewissen Zeitraum einen Gewinn erwirtschaften, der unter dem von Unternehmen mit vergleichbarer Risikostruktur liegt, wie bereits gesagt, langfristig aus dem Markt gedrängt werden. Die Position, die Deutschland und die WestLB vertreten, würde zu einer Situation führen, in der der Staat ohne Rücksicht auf die im EG-Vertrag vorgesehenen Regeln für staatliche Beihilfen in Unternehmen investieren könnte, die einen Jahresgewinn von 1 EUR erwirtschaften.

- (179) Sicherlich ist es nicht Aufgabe der Kommission, systematisch sofort Verfahren einzuleiten, wenn ein öffentliches Unternehmen eine unterdurchschnittliche Rentabilität aufweist. Auch private Unternehmen liegen bisweilen unter der durchschnittlichen Rentabilität (es ist logisch, dass es von einem Mittelwert Abweichungen in beide Richtungen gibt). Ein normales Unternehmen am Markt würde jedoch in einem derartigen Fall versuchen, seine Rentabilität zu steigern und Umstrukturierungs- und andere Maßnahmen durchzuführen, damit diese Lage nicht dauerhaft wird. Investoren am Markt erwarten, dass in dieser Hinsicht angemessene Maßnahmen ergriffen werden.
- (180) Auch sollte, wie bereits angeführt, zwischen bestehenden und neuen Investitionen unterschieden werden, weil die Ausgangspunkte — aber nicht die Grundprinzipien — für die Investitionsentscheidungen unterschiedlich sind. Bei einer bestehenden Investition könnte der Kapitalgeber eher bereit sein, kurzfristig eine niedrigere (oder auch eine negative) Rendite hinzunehmen, wenn er mit einer Verbesserung der Lage rechnet. Sicherlich könnte auch ein Kapitalgeber seine Investition in ein Unternehmen mit geringer Rentabilität erhöhen, doch würde er dies unterlassen, wenn er langfristig nicht eine Verbesserung der Lage und eine angemessene Rendite erwarten würde. Erwartet er auf der anderen Seite, dass die Kombination von Risiko und Rendite schlechter ausfällt als in vergleichbaren Unternehmen, wird er eine Desinvestition in Aussicht nehmen. Im Falle einer Neuinvestition wird der Kapitalgeber möglicherweise von Anfang an weniger bereit sein, eine niedrige Rentabilität hinzunehmen⁽²⁾. Doch wie bereits gesagt, sind die Grundsätze in allen Entscheidungssituationen die gleichen: Die langfristig erwartete Rendite aus der Investition (unter Berücksichtigung des Risikos und anderer Faktoren) muss wenigstens genauso hoch wie die Rendite vergleichbarer Investitionen sein. Ist dies nicht der Fall, wird das Unternehmen nicht die notwendigen Mittel aufbringen können und daher langfristig nicht lebensfähig sein.
- (181) Nach Ansicht der WestLB kann die Frage, ob die Bank in den Jahren vor der Übertragung durchschnittliche Gewinne erwirtschaftet hat, im Prinzip unbeantwortet bleiben, wenn eine angemessene feste Vergütung vereinbart wird und wenn die Rentabilität zur Erhaltung der Vergütung langfristig ausreichend erscheint. Dieser Auffassung ist prinzipiell beizupflichten. Doch sollte auch bedacht werden, dass die langfristige Lebensfähigkeit davon abhängt, dass das Unternehmen aus seinem Eigenkapital eine durchschnittliche Rendite erzielt.

- (182) Im Hinblick auf das wahrscheinliche Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers ist es unerheblich, dass auch andere Banken als Folge der strengeren Vorschriften der Solvabilitätsrichtlinie zusätzliches Kapital aufzunehmen hatten. Die Richtlinie verpflichtet die Banken nicht zur Aufnahme zusätzlichen Kapitals. Sie setzt nur eine Mindestquote von Kapital zu risikogewichteten Aktiva fest, sie stellt also eine rechtliche Vermutung darüber auf, was für die Lebensfähigkeit einer Bank notwendig ist. Das

⁽¹⁾ ABl. C 307 vom 13.11.1993, S. 3, siehe Randnummer 37.

⁽²⁾ Es kann nicht gesagt werden, dass auf dem Markt nur Investitionen in profitable Unternehmen getätigt werden. Investitionen mit hohem Risiko, z. B. in innovative oder neue Technologien anwendende Unternehmen, sind durchaus die Regel. Doch auch in diesen Fällen legt der Investor sein Kapital je nach seinen Erwartungen an, das heißt, ob er die Anfangsverluste und die vorhandenen Risiken später durch hohe Gewinne ausgleichen kann. Auch bei derartigen Investitionen ist der Bezugspunkt die erwartete langfristige Rendite.

bedeutet, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber seine Bank möglicherweise veranlasst hätte, ihre Risiken umzustrukturieren, um die neuen Solvabilitätsvorschriften einhalten zu können, anstatt das Kapital der Bank zu erhöhen. Dadurch würde das Geschäftsvolumen der Bank unmittelbar vermindert und somit ihre Präsenz auf den Märkten zurückgehen.

- (183) Beschließt ein öffentlicher Anteilseigner, dass eine Kapitalzuführung für die Bank angemessen ist, um den Eigenkapitalanforderungen zu entsprechen, stellt sich die Frage, ob die besonderen Umstände, unter denen das Kapital bereitgestellt wird, für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber annehmbar wären. Ist eine Kapitalmaßnahme notwendig, um die Solvabilitätsanforderungen zu erfüllen, könnte ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber zu dieser Maßnahme bereit sein, um den Wert der bereits getätigten Investitionen zu erhalten. Aber er würde auf einer angemessenen Rendite aus der neuen Kapitalzuführung bestehen. Wahrscheinlich würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine höhere Rendite aus einer Kapitalinvestition in eine Bank, deren Kapitalreserven aufgezehrt sind und die dringend neues Kapital benötigt, erwarten, weil ihn dieser Umstand einem größeren Risiko aussetzt.
- (184) Im Lichte des „Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ ist die Kernfrage, ob ein derartiger Kapitalgeber der WestLB ein Kapital, das die besonderen Merkmale des Wfa-Vermögens aufweist, unter denselben Bedingungen bereitgestellt hätte, insbesondere im Hinblick auf die wahrscheinliche Rendite aus der Investition. Diese Frage soll im Folgenden geprüft werden.
- a) ARTIKEL 295 EG-VERTRAG
- (185) Nach Ansicht Deutschlands musste das Land Nordrhein-Westfalen keine Privatisierung der WestLB in Aussicht nehmen, um deren Eigenkapitalbasis zu stärken, stand es dem Land grundsätzlich frei, die Wfa auf die WestLB zwecks Erzielung von Synergieeffekten zu übertragen, und war das Land nach Gemeinschaftsrecht nicht verpflichtet, eine Übertragung der Wfa auf ein privates Kreditinstitut ins Auge zu fassen. Diesem Standpunkt kann beigespflichtet werden. Deutschland führt ferner aus, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag der Wfa eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darstelle und dass die Wfa daher aufgrund von Artikel 295 nicht der Überwachung durch die Kommission unterworfen sei.
- (186) Solange öffentliche Anstalten ausschließlich öffentliche Aufgaben wahrnehmen und nicht mit kommerziellen Unternehmen konkurrieren, finden die Wettbewerbsregeln auf sie keine Anwendung. Anders verhält es sich, wenn Auswirkungen auf den Wettbewerb gegeben sind. Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag dient dazu, mit Situationen umzugehen, in denen es notwendig sein könnte, von den Wettbewerbsregeln abzuweichen, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sicherzustellen. Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag wird in Abschnitt V Nummer 6 behandelt. Andererseits lässt der Vertrag gemäß Artikel 295 die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt, was jedoch keine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags rechtfertigt.
- (187) Die deutschen Behörden und die WestLB bringen vor, dass wegen der im Wohnungsbauförderungsgesetz vorgesehenen Zweckbindung des Wfa-Vermögens diese Mittel nicht

anders profitabel verwendet werden könnten als durch ihre Einbringung in eine ähnliche öffentlich-rechtliche Anstalt. Daher stellte die Übertragung die kommerziell sinnvollste Verwendung dieses Vermögens dar. So wäre jedes Entgelt für die Einbringung, d. h. jede zusätzliche Rendite aus dem Wfa-Kapital, ausreichend, um die Übertragung im Hinblick auf den „Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ zu rechtfertigen. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es mag zutreffen, dass die Einbringung der Wfa in die WestLB und die sich daraus ergebende Möglichkeit für die WestLB, einen Teil des Wfa-Kapitals für Solvabilitätszwecke zu verwenden, die wirtschaftlich sinnvollste Nutzung war. Den Mitgliedstaaten ist es unbenommen, öffentliche Gelder für öffentliche, hoheitliche Zwecke zu verwenden und in diesem Zusammenhang keinen oder einen geringeren Gewinn zu verlangen. Die Kommission stellt nicht das Recht der Mitgliedstaaten in Frage, Sonderfonds zur Erfüllung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegender Aufgaben einzurichten. Sobald jedoch öffentliche Gelder und andere Aktiva für kommerzielle, wettbewerbsorientierte Aktivitäten eingesetzt werden, sind die marktüblichen Regeln anzuwenden. Das bedeutet, dass der Staat, sobald er beschließt, für öffentliche Zwecke bestimmtes Vermögen (auch) kommerziell zu nutzen, dafür ein Entgelt verlangen sollte, dass der marktüblichen Vergütung entspricht.

b) BESONDERHEIT DER MASSNAHME

- (188) Mit der beschriebenen Übertragung als Antwort auf den Bedarf an zusätzlichen Basiseigenmitteln der WestLB entschieden sich die Landesbehörden für eine Methode der Kapitalaufstockung mit sehr spezifischen Eigenheiten. Das Grundkonzept bestand darin, ein gemeinnütziges Kreditinstitut, das eine besondere Aufgabe verfolgt (Wfa), mit einer normalen Geschäftsbank zu verschmelzen, die unter Wettbewerbsbedingungen tätig ist, um das (aus der Sicht der Solvabilitätsregeln) überschüssige Kapital innerhalb des gemeinnützigen Instituts für die Zwecke des wettbewerbsorientierten Instituts zu verwenden. Gleichzeitig blieben die übertragenen Vermögenswerte ihrem ursprünglichen Zweck gewidmet. Folglich wurde die Lösung einer „Anstalt innerhalb einer Anstalt“ gewählt, wobei das Wfa-Vermögen einen unabhängigen und „geschlossenen“ Kreislauf bildet, in dem die von der Wfa erzielten Überschüsse auch nur ihr zugerechnet werden und in ihr verbleiben.
- (189) Die Kommission kennt keine Präzedenzfälle für eine Kapitalerhöhung im Wege einer derartigen „unvollständigen Verschmelzung“, soweit dies in beihilferechtlicher Hinsicht von Belang sein könnte. Nach Auffassung der Kommission muss jedoch, wenn sich ein Mitgliedstaat für eine Konstruktion wie die vorliegende entscheidet, eingehend untersucht werden, wie sich diese in finanzieller und wirtschaftlicher Hinsicht auf den im Wettbewerb stehenden Teil der Institution auswirkt. Nur so kann verhindert werden, dass auf nicht transparente Konstruktionen zurückgegriffen wird, um die Regeln des EG-Vertrags über staatliche Beihilfen zu umgehen. Es muss beurteilt werden, in welchem Maße die Einbringung trotz Schaffung getrennter Kreisläufe für den wettbewerbsorientierten Unternehmensteil wirtschaftlich von Vorteil ist.
- (190) Hier ist zu bemerken, dass die Komplexität des Falls und das Fehlen unmittelbar vergleichbarer Transaktionen auf dem freien Markt diese Beurteilung ziemlich schwierig machen. Deshalb hat die Kommission erhebliche Zeit auf

das Sammeln von Informationen und die Analyse des Falls verwandt. Außerdem hat sie einen externen Sachverständigen mit einer Stellungnahme zu der Transaktion und dem Entgelt, das als marktüblich betrachtet werden kann, beauftragt. Nur auf der Grundlage aller verfügbaren Informationen und nach sorgfältiger Prüfung hat die Kommission schließlich ihre Schlussfolgerungen gezogen und ist zur vorliegenden Entscheidung gelangt.

c) KEINE ÄNDERUNG DER EIGENTÜMERSTRUKTUR

(191) Führt ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber einer Bank Eigenkapital zu, verlangt er eine angemessene Beteiligung an den Gewinnen der Bank. Ein Weg, um dies sicherzustellen, ist eine entsprechende Änderung der Beteiligungsverhältnisse. Dadurch kann er angemessen an den Dividenden der Bank und an einem möglichen offenen und verdeckten Wertanstieg als Ergebnis der größeren Ertragsmöglichkeiten partizipieren. Ein Mittel zur Gewährleistung einer angemessenen Rendite aus dem bereitgestellten Kapital wäre daher gewesen, die Beteiligung des Landes an der WestLB entsprechend zu erhöhen, sofern die Gesamrentabilität der Bank der normalen Rendite entspricht, die ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber aus seiner Anlage erwartet. Dadurch wäre die Erörterung der Frage überflüssig geworden, ob das Entgelt von 0,6 % angemessen ist, doch hat sich das Land nicht für diese Vorgehensweise entschieden.

(192) Den deutschen Behörden zufolge war eine Neuverteilung der WestLB-Anteile in Anbetracht des besonderen Charakters der Transaktion nicht möglich, vor allem wegen des Konzepts des geschlossenen Kreislaufs und des (nur intern gültigen) bevorrechteten Zugriffsrechts des Landes auf das Wfa-Nettvermögen im Falle einer Liquidation der WestLB, das die WestLB-Eigentümer vereinbart haben.

(193) In diesem Falle aber hätte das Land entsprechend dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers für die Kapitaleinbringung ein angemessenes Entgelt in einer anderen Form verlangen müssen. Verzichtet dagegen das Land auf eine marktübliche Vergütung, verhält es sich nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber und gewährt der WestLB eine Vergünstigung, die eine staatliche Beihilfe darstellt.

d) DIE KAPITAL-BASIS FÜR DIE BERECHNUNG DER VERGÜTUNG

(194) Nach Auffassung Deutschland und der WestLB hat nur der Teil der anerkannten Basiseigenmittel, der von der WestLB zur Unterlegung ihrer kommerziellen Aktivitäten verwendet werden kann, für die Bank einen wirtschaftlichen Wert und daher kann das Land nur für diesen Teil eine Vergütung fordern. Der BdB behauptet, dass der gesamte Betrag von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) risikobehaftet sei und deshalb auf diesen Betrag eine Vergütung zu zahlen sei. Die Höhe dieses Entgelts sollte für die anerkannten Basiseigenmittel in Höhe von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) und den Restbetrag von 1,9 Mrd. DEM (970 Mio. EUR) unterschiedlich sein.

(195) Die Berater der Kommission stützten ihre Beurteilung auf die Annahme, dass der Wert der Wfa zum Zeitpunkt der Vermögensübertragung vom Land und der WestLB mit 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) angesetzt wurde und dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber deshalb

grundsätzlich eine Vergütung für diesen Wert verlangen würde, unabhängig von späteren Entwicklungen wie der Anerkennung des Kapitals (oder nur eines Teils davon) als Basiseigenmittel durch das BAKred. Entscheidend für die Festsetzung einer Vergütung für eine Kapitalinvestition sind nur die Umstände zur Zeit der Investitionsentscheidung, aber keine später eintretenden Ereignisse. Doch räumen die Berater der Kommission auch ein, dass die Transaktion einen anderen Verlauf genommen hätte, wenn sie unter marktüblichen Bedingungen erfolgt wäre.

(196) Nach Ansicht der Kommission könnte die Abfolge der Schritte der Übertragung tatsächlich auf eine gleich hohe Vergütung für das gesamte in der WestLB-Bilanz ausgewiesene Kapital hindeuten. Die Übertragung wurde zunächst beschlossen und durchgeführt, dann wurde das BAKred gebeten, die Wfa-Sonderrücklage als Basiseigenmittel anzuerkennen und das Entgelt wurde erst fast zwei Jahre nach der Übertragungsentscheidung festgesetzt. Unter marktüblichen Bedingungen hätte jedoch keine Bank akzeptiert, die Wfa mit 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) in ihre Bücher aufzunehmen und auf diesen Betrag eine einheitliche Vergütung zu zahlen, ohne zunächst abzuklären, ob er von der Aufsichtsbehörde als Basiseigenmittel anerkannt würde. Wie auch von den externen Sachverständigen der Kommission hervorgehoben, würde sich ein vernünftig handelnder Kapitalgeber gewiss nicht auf diese Weise verhalten, d. h. einer substantiellen Kapitalzufuhr zustimmen, ohne zuvor eine angemessene Methode zur Ermittlung der Vergütung zu vereinbaren. Nach Auffassung der Kommission lässt sich jedoch die Abfolge der Ereignisse durch die besonderen Umstände des Falles erklären. Das Land hatte langfristige finanzielle Beziehungen zur Bank und war ihr Haupteigentümer. Es gab nur eine geringe Anzahl von (sämtlich öffentlichen) Anteilseignern, was in der Praxis bedeutet, dass weniger Transparenz und Öffentlichkeit notwendig sind, als im Falle eines Unternehmens mit einer großen Anzahl („außenstehender“) Anteilseignern oder mit einer Börsennotierung. Aufgrund dieser besonderen Umstände war es möglich, die Vermögensübertragung zu beschließen und die endgültige Vergütung erst festzusetzen, als die tatsächliche Verwendbarkeit des Wfa-Kapitals für wettbewerbsorientierte Bankgeschäfte feststand.

(197) Zur Festsetzung eines angemessenen Entgelts sollte zwischen den Teilen der Wfa-Sonderrücklage entsprechend ihres Nutzens für die WestLB unterschieden werden. 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) wurden als Eigenkapital in die WestLB-Bilanz eingestellt. 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) wurden vom BAKred als Basiseigenmittel anerkannt. Nur 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) dieser Mittel erlauben es der WestLB, ihre Aktivitäten auszuweiten, und sollten als primäre Basis für eine Vergütung für das Land herangezogen werden. Die restlichen anerkannten Basiseigenmittel in Höhe von 1,5 Mrd. DEM (770 Mio. EUR) werden in der Bilanz ausgewiesen, werden aber zur Unterlegung des Wohnungsbauförderungsgeschäfts der Wfa benötigt. 1,9 Mrd. DEM (970 Mio. EUR) erscheinen in der Bilanz, sind aber nicht als Eigenmittel für Solvabilitätszwecke anerkannt. Somit beläuft sich der in der WestLB-Bilanz ausgewiesene Betrag, der aber nicht zur Ausweitung der wettbewerbsorientierten Geschäftsbereiche der WestLB verwendet werden kann, auf 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR).

(198) Doch ist Eigenkapital nicht nur aufsichtsrechtlich von Bedeutung. Die Höhe des in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapitals gibt den Geldgebern der Bank auch Aufschluss über deren Solidität und wirkt sich somit auf die Bedingungen aus, zu denen die Bank Fremdkapital aufnehmen kann. Entgegen den Argumenten Deutschlands und der WestLB berücksichtigen Gläubiger und Rating-Agenturen nicht nur die anerkannten Eigenmittel, sondern die wirtschaftliche und finanzielle Gesamtlage der Bank. Die anerkannten Eigenmittel bilden nur einen Teil einer derartigen Analyse, mit der die Bonität der Bank bewertet wird. Der Betrag von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) wurde vom Land und von der WestLB als wahrscheinlicher Wert festgesetzt, der im Falle eines Verkaufs der Wfa an einen Dritten erzielt werden könnte. Wenn dieser Ansatz nicht angemessen gewesen wäre, hätten die Wirtschaftsprüfer der WestLB nicht akzeptiert, ihn in der Bilanz beizubehalten. Der vom BAKred anerkannte Betrag in Höhe von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) ergibt sich aus der sehr vorsichtigen Bewertung der Aufsichtsbehörde. Es sei darauf hingewiesen, dass auch die für das BAKred vorgenommene Bewertung eine Spanne von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) bis 5,4 Mrd. DEM (2,76 Mrd. EUR) angibt. Daher wird der Gesamtbetrag von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) von einem potentiellen Gläubiger als Sicherheit für sein Geld angesehen werden und verbessert die Kreditwürdigkeit der WestLB. Diese positive Wirkung der Vermögensübertragung auf die Bonität der Bank wurde auch in der Bewertung der Wfa festgestellt, die 1992 für die WestLB erstellt wurde. Da der Betrag von 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR) nicht zur Erweiterung der Geschäftstätigkeit verwendet werden kann, sondern das Ansehen der Bank in den Augen der Gläubiger verbessert, kann seine ökonomische Funktion — selbst wenn er in der Bilanz als Eigenkapital ausgewiesen wird — in dieser Hinsicht zumindest mit einer Garantie verglichen werden.

(199) Da somit auch der Betrag von 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR) für die WestLB von ökonomischem Nutzen ist, hätte ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine Vergütung dafür gefordert. Die Höhe dieses Entgelts wird sicherlich unter dem für den Teil in Höhe von 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) liegen, der für die WestLB von größerem Nutzen ist, weil er nach den Solvabilitätsregeln auch als Eigenmittelbasis zur Ausweitung ihres wettbewerbsorientierten Geschäfts genutzt werden kann.

e) ANGEMESSENE VERGÜTUNG FÜR DAS KAPITAL

(200) Finanzanlagen von unterschiedlicher wirtschaftlicher Qualität erfordern unterschiedliche Renditen. Bei der Untersuchung, ob eine Anlage für einen unter normalen Marktbedingungen handelnden Kapitalgeber akzeptabel ist, muss daher vom besonderen wirtschaftlichen Charakter der fraglichen Kapitalmaßnahme und dem Wert des zur Verfügung gestellten Kapitals für die WestLB ausgegangen werden.

(201) Der Beschwerdeführer machte ursprünglich geltend, die fragliche Transaktion stelle eine staatliche Bürgschaft des Landes Nordrhein-Westfalen für Verbindlichkeiten der WestLB dar. Die WestLB weist das übertragene Kapital jedoch als Eigenkapital in ihrer Bilanz aus, und das BAKred erkannte einen Betrag von 4,0 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) als Basiseigenmittel im Sinne der Eigenmittelrichtlinie an, wovon 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) von der WestLB zur

Unterlegung ihres wettbewerbsorientierten Geschäfts genutzt werden können. Eine kohärente Beurteilung der Kapitalmaßnahme nach Maßgabe von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag setzt daher voraus, dass sie grundsätzlich als Kapitalzufuhr klassifiziert wird und dass eine entsprechende Vergütung gefordert wird. Ein und dieselbe Kapitalmaßnahme lässt sich nicht nach bankaufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten als Kapitalerhöhung und nach den Vorschriften des EG-Vertrags über staatliche Beihilfen als Bürgschaft ansehen. Diese prinzipielle Klassifizierung schließt jedoch nicht aus, dass die Kommission einen Teil dieses Kapitalbetrages, der von der WestLB nicht in gleicher Weise wie „normales“ Eigenkapital eingesetzt werden kann, wegen seines besonderen Charakters und zum Zwecke der Berechnung einer angemessenen Vergütung mit einer Bürgschaft vergleicht.

i) Vergleich mit anderen Eigenkapitalinstrumenten

(202) Deutschland macht geltend, da ein direkter Vergleich mit anderen Transaktionen nicht möglich sei, sollte die angemessene Vergütung für das zur Verfügung gestellte Kapital dadurch ermittelt werden, dass die Vermögensübertragung mit verschiedenen marktüblichen Eigenkapitalinstrumenten verglichen wird. Hierzu legte Deutschland externe Gutachten vor, deren Ergebnisse bereits oben dargestellt wurden und die zu dem Schluss gelangen, das Wfa-Kapital sei am besten mit Genussscheinen, „Perpetual preferred stock“ und Stillen Beteiligungen zu vergleichen.

(203) Nach Auffassung der Kommission ist es allerdings schwierig, die Einbringung der Wfa in die WestLB wegen des besonderen Charakters der Transaktion mit irgendeinem damals auf dem Markt so existierenden Instrument zu vergleichen. Mag die Transaktion auch in einigen Aspekten bestimmten Instrumenten ähneln, so bestehen doch zu jedem Instrument so viele Unterschiede, dass jeder Vergleich nur eingeschränkt gültig ist. Die von Deutschland vorgelegten Gutachten sind außerdem auch nicht wirklich vollständig, da auf einige einschlägige Instrumente, z. B. stimmrechtslose Aktien, nicht eingegangen wird.

(204) Zu beachten ist, dass die Instrumente, die Deutschland zu Vergleichszwecken heranzieht, einer Bank in der Regel nur einen sehr begrenzten Teil ihrer Eigenmittel verschaffen. Sie sind ergänzende Instrumente, die das „Kern-Eigenkapital“ ergänzen, das sich hauptsächlich aus Grundkapital und offenen Rücklagen zusammensetzt. Durch die Übertragung des Wfa-Vermögens hingegen wurden die Eigenmittel der WestLB für Solvabilitätsberechnungen von 5,09 Mrd. DEM (2,6 Mrd. EUR) auf 9,09 Mrd. DEM (4,65 Mrd. EUR) aufgestockt, d. h. um 80 %. Zieht man lediglich die Erhöhung um 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) in Betracht, die die WestLB zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit benutzen kann, so bedeutet dies immer noch eine Aufstockung der Eigenmittel um 50 %. Hybride Instrumente wurden damals gewöhnlich bis zu einem Anteil von höchstens 20 % herangezogen. Mit einem der Vergleichsinstrumente wäre es nicht möglich gewesen, das WestLB-Kapital auf die gleiche Weise — und auf dauerhafter Basis — aufzustocken⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Dieser Aspekt wird auch von den externen Sachverständigen der Kommission hervorgehoben, die an den Gutachten der deutschen Regierung kritisieren, dass diese sich jeglichen Hinweises auf die Größe der Transaktion enthalten und sie mit (volumenmäßig) marginalen Instrumenten vergleichen; das Wfa-Kapital sei eher mit Basiseigenmittelinstrumenten wie stimmrechtslosen Aktien zu vergleichen.

- (205) Es ist auch darauf hinzuweisen, dass auch von den Rating-Agenturen Druck ausgeübt wurde, eine Art „freiwillige Selbstbeschränkung“ in Bezug auf den Eigenmittelanteil dieser Instrumente zu üben, indem diese Agenturen diesen Anteil sorgsam beobachteten.
- (206) In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass das relativ breit gefächerte Instrumentarium an hybriden Eigenkapitalinstrumenten von Basiseigenmitteln und ergänzenden Eigenmitteln, das den Kreditinstituten in mehreren Ländern nunmehr zur Verfügung steht, in Deutschland noch nicht existierte, als 1991 die Übertragung der Wfa auf die WestLB beschlossen wurde und 1993 die WestLB den zu diesem Zeitpunkt in Kraft tretenden strengeren Kapitalanforderungen nachkommen musste. Einige dieser Instrumente wurden erst seither entwickelt, andere gab es bereits, sie waren in Deutschland aber nicht anerkannt. Die Instrumente, die in der Praxis hauptsächlich zur Verfügung standen und genutzt wurden, waren Genussscheine und nachrangige Verbindlichkeiten (beides ergänzende Eigenmittel, das zweite Instrument erst ab 1993 anerkannt). Somit ist der Vergleich des Wfa-Kapitals mit derartigen hybriden Instrumenten, die zumeist erst später entwickelt wurden und teils nur in anderen Ländern verfügbar sind, nicht überzeugend. Auch Deutschland selbst lehnt einen solchen Vergleich (indirekt) ab, indem sie geltend macht, die Kommission müsse den Fall auf der Grundlage des zum Zeitpunkt des Beschlusses Ende 1991 gegebenen Sachverhalts beurteilen.
- (207) In den Gutachten Deutschlands wird vorgebracht, bei der WestLB sei ein Konkurs so unwahrscheinlich, dass dieses Risiko praktisch außer Betracht bleiben könne. Geht man streng nach dieser Argumentation vor, so würde dies bedeuten, dass ein Kapitalgeber für eine Anlage in einem Unternehmen, das als sicher gilt, keinerlei Risikoaufschlag auf die Rendite risikofreier Staatsanleihen fordern dürfte. Dies entspricht gewiss nicht den Gegebenheiten des Marktes. Auch wenn das Konkursrisiko bei einer bestimmten Finanzanlage sehr niedrig sein kann, so wird dieses doch von einem marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber berücksichtigt. Er wird für derartige Anlagen in Banken, wie im Fall von anderen „sicheren“ Beteiligungen, einen deutlichen Aufschlag verlangen.
- (208) In Bezug auf die beiden Eigenkapitalinstrumente, die bei dem von Deutschland unternommenen Vergleich als nächste Referenzgrößen eine zentrale Rolle spielen, nämlich „Perpetual preferred shares“ und Genussscheine, sind einige spezifische Punkte hervorzuheben. „Perpetual preferred shares“ zählen in einigen Ländern zu den Basiseigenmitteln (Kernkapital), sind aber in Deutschland nach wie vor nicht als solches anerkannt. Genussscheine zählen lediglich zu den ergänzenden Eigenmitteln, während das Wfa-Kapital die Qualität von Basiseigenmitteln hat. Daher ist das Wfa-Kapital für die WestLB von weitaus größerem Nutzen, da diese sich damit ergänzende Eigenmittel (wie z. B. Genussscheine) bis zu gleicher Höhe verschaffen kann, um so die Eigenmittelbasis zu erweitern. Auch würden, sollten sich an Verlustjahre wieder gewinnbringende Jahre anschließen, zunächst die Genussscheine und dann erst das Wfa-Kapital wieder auf den Nennwert aufgefüllt. Darüber hinaus steht das Wfa-Kapital der WestLB ohne jegliche zeitliche Begrenzung zur Verfügung, während Genussscheine üblicherweise für zehn Jahre begeben werden. Des Weiteren muss erneut darauf hingewiesen, dass der enorme Umfang der Kapitalzufuhr atypisch ist und die Rangfolge im Falle von Verlusten muss hiermit in Zusammenhang gesehen werden. Da der Anteil des Wfa-Vermögens relativ groß ist, wird es beim Auftreten größerer Verluste relativ rasch angegriffen.
- (209) Aus all diesen Gründen ist die Kommission der Auffassung, dass der von Deutschland vorgenommene Vergleich mit hybriden Eigenkapitalinstrumenten wegen der Besonderheiten des Wfa-Kapitals nicht geeignet ist, als Grundlage für die Bestimmung der angemessenen Vergütung für das Wfa-Kapital zu dienen ⁽¹⁾.
- (210) Im Hinblick auf die Beziehung zwischen dem Wfa-Kapital und den anderen Eigenkapitalinstrumenten macht der BdB geltend, die Nachrangigkeitsabrede im Mantelvertrag zwischen den Anteilseignern der WestLB sei nichtig, da sie zu Lasten Dritter gehe, indem vereinbart wird, dass die Wfa-Sonderrücklage — bei Verlusten der WestLB — erst nachrangig nach dem sonstigen Eigenkapital der WestLB eingesetzt werden darf. Jedoch kann der Argumentation der deutschen Regierung und der WestLB gefolgt werden, die Abrede beziehe sich ausschließlich auf die Beziehung zwischen der Wfa-Sonderrücklage und den sonstigen von den Anteilseignern zur Verfügung gestellten Basiseigenmitteln, d. h. konkret Grundkapital und Rücklagen, aber es sei nicht beabsichtigt, das Wfa-Kapital gegenüber ergänzenden Eigenmitteln wie Genussscheinen und nachrangigen Verbindlichkeiten nachrangig zu machen.
- ii) **Liquiditätsnachteile**
- (211) Den Argumenten Deutschlands und der WestLB zu den Liquiditätsnachteilen kann im Prinzip gefolgt werden. Eine „normale“ Kapitalzuführung an eine Bank verschafft dieser sowohl Liquidität als auch eine Eigenmittelbasis, 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. Verwaltungsaufwendun-

⁽¹⁾ Das für die Kommission erstellte externe Gutachten bestätigt diese Sicht; es wird darin auch auf verschiedene einzelne Bewertungen eingegangen, die in dem Gutachten Deutschlands enthalten sind. So wird z. B. der „Kuponeffekt“ in ein anderes Licht gerückt, indem festgestellt wird, dass bei laufenden Verlusten oder einer Liquidation durchaus das gesamte Kapital und nicht nur ein Teil hiervon verloren ginge. Das Gutachten weist des Weiteren auf zwei subjektive Aspekte der Gutachten Deutschlands hin: Zum einen werden, so lautet die Schlussfolgerung, Marktdaten selektiv eingesetzt, und zum anderen werden die Marktdaten teilweise durch Daten ersetzt, die die Autoren aus ihren eigenen Erfahrungen beziehen, ohne dies ausdrücklich anzugeben.

gen) den Gewinn auf das Eigenkapital⁽¹⁾. Da das Wfa-Kapital der WestLB zunächst keine Liquidität verschafft — weil das übertragene Vermögen und sämtliche Erträge der Wfa gesetzlich der Wohnungsbauförderung vorbehalten sind —, hat die WestLB zusätzliche Finanzierungskosten in Höhe des Kapitalbetrags, wenn sie die erforderlichen Mittel auf den Finanzmärkten aufnimmt, um die Geschäftsmöglichkeiten voll auszuschöpfen, die sich ihr durch das zusätzliche Eigenkapital eröffnen, d. h. um die risikogewichteten Vermögenswerte um das 12,5 fache des Kapitalbetrages zu auszuweiten (bzw. existierende Vermögenswerte in dieser Höhe zu erhalten)⁽²⁾. Wegen dieser Zusatzkosten, die bei normalem 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.

- (212) Anders als die WestLB und Deutschlands ist die Kommission jedoch der Auffassung, dass nicht der gesamte Refinanzierungszinssatz in Rechnung zu stellen ist. Refinanzierungskosten sind Betriebsaufwendungen und verringern damit das steuerbare Einkommen. Das Nettoergebnis der Bank verringert sich also nicht um den Betrag der zusätzlich gezahlten Zinsen. Ein Teil dieser Aufwendungen wird nämlich durch eine geringere Körperschaftsteuer ausgeglichen. Nur die Nettoaufwendungen sind als zusätzliche Belastungen der WestLB infolge des besonderen Charakters des übertragenen Kapitals zu berücksichtigen. Insgesamt erkennt die Kommission also an, dass der WestLB zusätzliche „Liquiditätskosten“ in der Höhe von „Refinanzierungskosten abzüglich Steuern“ entstehen.

iii) **Angemessene Vergütung für den Betrag von 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR)**

- (213) Die angemessene Vergütung für den Betrag von 2,5 Mrd. DEM lässt sich zweifellos auf verschiedene Weise ermitteln. Wie gleich auszuführen sein wird, folgen jedoch alle Berechnungsweisen zur Ermittlung der Vergütung für zur Verfügung gestelltes Stammkapital den gleichen Grundprinzipien. Auf der Basis dieser Grundprinzipien nimmt die Kommission die Berechnung vorliegend in zwei Schritten vor: Zunächst wird die Mindestvergütung ermittelt, die ein Investor für eine (hypothetische) Stammkapitalinvestition in die WestLB erwarten würde. Anschließend wird geprüft, ob am Markt aufgrund der Besonderheiten der in Frage stehenden Transaktion ein Auf- oder Abschlag vereinbart worden wäre und gegebenenfalls eine methodisch hinreichend belastbare Quantifizierung durch die Kommission vorgenommen werden kann.

Ermittlung einer zu erwartenden Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in die WestLB

- (214) Die erwartete Rendite einer Investition und das Investitionsrisiko sind wesentliche Determinanten der Investitionsentscheidung eines marktwirtschaftlich handelnden

Kapitalgebers. Um die Höhe dieser beiden Elemente zu bestimmen zieht der Investor alle verfügbaren Firmen- und Marktinformationen in sein Kalkül mit ein. Dabei stützt er sich auf historischen Durchschnittsrenditen, die im Allgemeinen einen Anhaltspunkt auch für die zukünftige Leistungsfähigkeit des Unternehmens darstellen, sowie unter anderem auf die Analyse des für den Investitionszeitraum geltenden Geschäftsmodells des Unternehmens, der Strategie und Qualität der Unternehmensführung oder den relativen Aussichten des betreffenden Wirtschaftszweigs.

- (215) Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber wird nur dann eine Investition tätigen, wenn sie im Vergleich zur nächst besten Alternativeverwendung des Kapitals eine höhere Rendite, bzw. ein geringeres Risiko ermöglicht. Entsprechend wird ein Investor keine Investitionen in ein Unternehmen tätigen dessen Renditeerwartungen geringer sind als die durchschnittliche Renditeerwartungen anderer Unternehmen mit einem vergleichbaren Risikoprofil. In diesem Fall kann angenommen werden, dass hinreichende Alternativen zum angenommenen Investitionsvorhaben bestehen, die eine höhere Renditeerwartung bei gleichem Risiko versprechen.
- (216) Verschiedene Methoden bestehen, um die angemessene Mindestvergütung zu ermitteln. Dies reicht von verschiedenen Varianten des Finanzierungsansatzes bis hin zur CAPM-Methode. Zum Zwecke der Darstellung der verschiedenen Ansätze ist es sinnvoll, zwischen zwei Komponenten zu unterscheiden, einer risikofreien Rendite und einer projektspezifische Risikoprämie:

$$\begin{aligned} &\text{angemessene Mindestrendite einer risikobehafteten Investition} \\ &= \\ &\text{risikofreier Basissatz} + \text{Risikoprämie der risikobehafteten Investition.} \end{aligned}$$

Die angemessene Mindestrendite einer risikobehafteten Investition kann folglich als die Summe des risikofreien Renditesatzes und der zusätzlichen Risikoprämie für die Übernahme des investitionsspezifischen Risikos beschrieben werden.

- (217) Entsprechend ist das Fundament einer jeden Renditebestimmung die Existenz einer ausfallrisikolosen Anlageform mit einer annahmegemäß risikolosen Rendite. Üblicherweise wird die erwartete Rendite festverzinsliche Wertpapiere staatlicher Emittenten zur Bestimmung des risikofreien Basissatzes herangezogen (beziehungsweise ein auf solche Wertpapiere beruhender Index), stellen sie doch Anlageformen mit vergleichbar geringem Risiko dar. Unterschiede zwischen den verschiedenen Methoden bestehen jedoch bezüglich der Ermittlung der Risikoprämie:

— *Finanzierungsansatz:* Die erwartete Eigenkapitalrendite eines Investors stellt aus der Sicht der kapitalnutzenden Bank zukünftige Finanzierungskosten dar. Bei diesem Ansatz werden zunächst die historischen

⁽¹⁾ 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.

⁽²⁾ Die Situation bleibt die gleiche, wenn man die Möglichkeit in Betracht zieht, ergänzende Eigenmittel bis zur Höhe der Basis eigenmittel aufzubringen (Faktor 25 statt 12,5 für die Basis eigenmittel).

Eigenkapitalkosten ermittelt, die bei Banken angefallen sind, die mit der in Frage stehenden Bank vergleichbar sind. Der arithmetische Durchschnitt der historischen Kapitalkosten wird dann gleichgesetzt mit den zukünftig erwarteten Eigenkapitalkosten und damit mit der erwarteten Renditeforderung des Investors.

- *Finanzierungsansatz mit Compound Annual Growth Rate:* Im Mittelpunkt dieses Ansatzes steht die Verwendung des geometrischen anstatt des arithmetischen Mittelwertes (Compound Annual Growth Rate).
- *Capital Asset Pricing Model (CAPM):* Das CAPM ist das bekannteste und am häufigsten getestete Modell der modernen Finanzwirtschaft, mit dem die von einem Investor erwartete Rendite mit folgender Formel ermittelt werden kann:

$$\begin{aligned} & \text{Mindestrendite} \\ & = \\ & \text{risikofreier Basissatz} + (\text{Markt-Risikoprämie} \times \text{Beta}) \end{aligned}$$

Die Risikoprämie für die Eigenkapitalinvestition ergibt sich durch die Multiplikation der Risikoprämie des Marktes mit dem Betafaktor (Markt-Risikoprämie x Beta). Mit dem Betafaktor wird das Risiko eines Unternehmens relativ zum Gesamtrisiko aller Unternehmen quantifiziert.

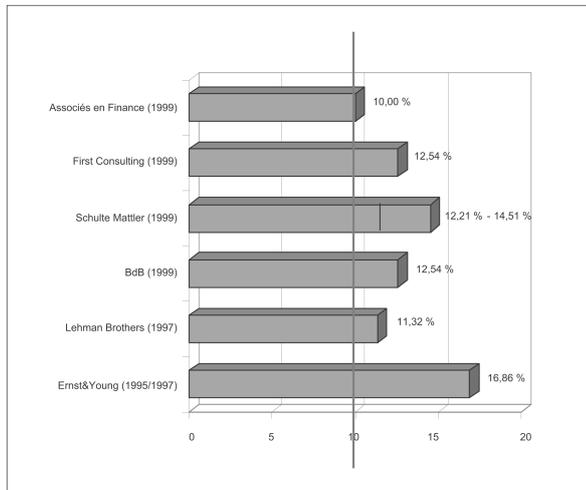
- (218) Das CAPM ist die vorherrschende Methode zur Berechnung von Investitionsrenditen bei börsennotierten großen Unternehmen. Da die WestLB kein börsennotiertes Unternehmen ist, ist jedoch eine direkte Ableitung ihres Betawertes nicht möglich. Eine Anwendung des CAPM ist deshalb nur auf der Basis einer Schätzung des Betafaktors möglich.
- (219) Der Kommission liegen sechs Gutachten vor, in denen die Risikoprämie bzw. die Gesamrendite der Investition nach verschiedenen Ansätzen berechnet wurde, wobei alle Gutachten die Risikoprämie für die Einbringung der Wfa in die WestLB nicht direkt, sondern unter Zugrundelegung einer (hypothetischen) Stammkapitalinvestition in die WestLB ermittelt haben.
- *Stellungnahmen von Ernst&Young vom 11. September 1995/28. August 1997:* Bei Ernst&Young (1995), die dem Finanzierungsansatz folgen, werden für den Zeitraum 1982 bis 1992 die tatsächlichen Kapitalkosten aus den Preisveränderungen von Ultimokursen (Kursgewinne und -verluste) und den ausgezahlten Dividenden (Dividendenrendite) ermittelt. Der arithmetische Durchschnitt der historischen Kapitalkosten wird dann gleichgesetzt mit der erwarteten Renditeforderung des Investors.
 - *Stellungnahme von Associés en Finance (Oktober 1999)* ermittelte im Auftrag der WestLB und auf der Basis des so genannten Securities Market Line Modells eine Mindestvergütung von 10 bis 11 % für eine stammkapitalähnliche Investition in die WestLB zum relevanten Einbringungszeitpunkt.

- *Stellungnahme des BdB vom 14. Januar 1999:* Der BdB ermittelte entsprechend dem Finanzierungsansatz mit Compound Annual Growth Rate mit dem Datenpool von Ernst&Young für alle denkbaren Investitionsperioden zwischen 1982 und 1992 die geometrischen Mittelwerte der Eigenkapitalkosten für die vier großen deutschen Geschäftsbanken Deutsche Bank, Dresdner Bank, Commerzbank und Bayerische Vereinsbank. Die durchschnittlichen Eigenkapitalkosten dieser Vergleichsbanken von 12,54 % entsprechen der erwarteten Rendite des Investors.

- *Gutachten von Lehman Brothers vom 8. Juli 1997 im Auftrag der WestLB, Stellungnahme von Professor Schulte-Mattler vom 14. Januar 1999 im Auftrag des BdB, Stellungnahme von First Consulting vom 18. Juni 1999 im Auftrag der Kommission:* Diese Gutachter, die alle das CAPM anwenden, haben zunächst eine allgemeine Markt-Risikoprämie für den deutschen Aktienmarkt für den Zeitpunkt Ende 1991 ermittelt. Sie kommen im Durchschnitt zu einer Prämie von 4-5 % (Lehman Brothers 4 %, Professor Schulte-Mattler 5 % und First Consulting 4-5 %). In ihrer am 13. Oktober 2004 der Kommission übermittelten Verständigung haben auch das Land Nordrhein-Westfalen, die WestLB und der Beschwerdeführer BdB eine Markt-Risikoprämie von 4 % zugrunde gelegt. Anschließend haben die Gutachter den Betawert der WestLB geschätzt, d. h. die individuelle Risikoprämie der WestLB ermittelt. Mit diesem Wert ist die allgemeine Markt-Risikoprämie auf die WestLB angepasst worden. Da die WestLB Ende des Jahres 1991 keine börsennotierte Aktiengesellschaft war, konnte ihr Betawert nicht statistisch geschätzt werden. Aus diesem Grund haben die Gutachter angenommen, der Betawert der WestLB ist genauso groß wie der Betawert vergleichbarer an Börsen gehandelter Banken. Professor Schulte-Mattler hat unter Verwendung von Daten der Deutschen Bundesbank einen Betafaktor für die Kreditbanken in Deutschland Ende 1991 in Höhe von 1,25 (auf der Basis jährlicher Daten) und von 1,1 (auf der Basis monatlicher Daten) bestimmt. Demgegenüber hat der Gutachter der WestLB, Lehman Brothers, nicht die Betas sämtlicher deutscher Kreditinstitute, sondern der IKB Deutsche Industriebank und der BHF-Bank von 0,765 zugrunde gelegt. Lehman Brothers ist damit zu einer insgesamt niedrigeren Risikoprämie für die WestLB gekommen. Auch der Beschwerdeführer BdB hat in der der am 13. Oktober 2004 übermittelten Verständigung einen Betafaktor von 0,76 als noch sachgerecht akzeptiert und gelangte somit abweichend zu seiner Stellungnahme vom 14. Januar 1999 zu einer Mindestvergütung von 10,19 %.

- (220) In der folgenden Graphik sind die Ergebnisse dieser Gutachten zusammengefasst. Bei Anwendung der genannten Methoden zur Ermittlung der erwarteten Rendite einer

risikobehafteten Investition ergeben sich somit folgende Mindestrenditewerte für eine Stammkapitalinvestition in die WestLB:



- (221) Die vorliegenden Gutachten und Stellungnahmen lassen den Schluss zu, dass eine Mindestrendite für eine (hypothetische) Stammkapitalinvestition in die WestLB zum relevanten Einbringungszeitraum zwischen 10 % und 13 % liegt ⁽¹⁾. Lediglich zwei Gutachten gehen von einer deutlich höheren Mindestrendite aus. In den Gesprächen zwischen dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Nordrhein-Westfalen und der WestLB AG im Juli 2004 wurde ein Satz von 10,19 % als die angemessene Vergütung angesehen. Dieser Wert liegt im eben ermittelten Marktkorridor. Die Kommission hat sich deshalb abweichend von ihrer ersten WestLB-Entscheidung aus dem Jahre 1999, in der sie eine Mindestvergütung von 12 % p.a. zugrunde gelegt hat, für den von den Parteien ermittelten Wert von 10,19 % p.a. als marktübliche Vergütung für eine stammkapitalähnliche Investition in die WestLB zum 31. Dezember 1991 entschieden. Die Kommission legt im Ergebnis als angemessene Mindestvergütung für die Übertragung des Wfa-Vermögens einen Wert von 10,19 % p.a. (nach Unternehmenssteuer und vor Investorensteuer) fest.

Renditeabschlag wegen fehlender Liquidität

- (222) Die WestLB gab im Verfahren zunächst an, ihre Refinanzierungskosten hätten zum Zeitpunkt der Vermögensübertragung aufgrund ihrer Finanzstruktur bei 9,2 % gelegen. Im Zuge des Verfahrens wurden in mehreren Schriftsätzen und Gesprächen seitens der WestLB und Deutschlands Refinanzierungssätze von 7,0 % und 7,5 % genannt ⁽²⁾. In der Verständigung haben die Parteien entsprechend des von ihnen ermittelten langfristigen risikolosen Basiszinssatzes für den Zeitpunkt 31. Dezember 1991 einen Satz von 7,15 % zugrunde gelegt. Darüber hinaus haben sich die Parteien darauf geeinigt, einen pauschalen Steuersatz von 50 % anzunehmen. Dementsprechend kommen die Parteien zu einem Nettorefinanzierungssatz von 3,57 % für

das zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung stehende Wfa-Kapital und damit zu einem entsprechenden Liquiditätsabzug.

- (223) Aufgrund der Tatsache, dass die genannten Beträge in den von Deutschland bereits vorher genannten Rahmen fallen, hat die Kommission keinen Anlass, diese als nicht sachgerecht anzusehen und legt diese Beträge der Ermittlung des Beihilfenelements zugrunde. Die Kommission hatte zwar in ihrer ersten WestLB-Entscheidung den langfristigen risikolosen Satz für deutsche Bundesanleihen mit zehnjähriger Laufzeit, der Ende 1991 8,26 % betrug, als Mindest-Bruttorefinanzierungskosten akzeptiert. Bei diesem Zinssatz handelt es sich jedoch um eine stichtagsbezogene Betrachtungsweise, die nicht berücksichtigt, dass das Wfa-Vermögen der WestLB dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte. Im Rahmen ihrer Diskussionen über den langfristigen risikolosen Basiszinssatz haben die Parteien deshalb von der Verwendung einer stichtagsbezogenen am Markt zum Einbringungszeitpunkt beobachtbaren risikolosen Rendite für einen festen Investitionszeitraum abgesehen, da eine solche Betrachtung das Reinvestitionsrisiko, d. h. das Risiko, nach Ablauf des Investitionszeitraumes nicht wieder in Höhe des risikolosen Zinssatzes zu investieren, außer Acht lassen würde. Nach Auffassung der Parteien wird dem Investitionsrisiko am Besten Rechnung getragen, wenn man einen „Total Return Index“ zugrunde legt. Deshalb haben die Parteien den von der Deutschen Börse AG erstellten REX10 Performance Index herangezogen, der die Performance einer Investition in Anleihen der Bundesrepublik Deutschland mit exakt zehn Jahren Laufzeit abbildet. Die vorliegend verwendete Indexreihe beinhaltet die jeweiligen Jahresendstände des REX10 Performance Index ab 1970. Die Parteien haben sodann die Rendite per annum ermittelt, die den Trend wie er in dem zugrunde gelegten REX10 Performance Index in der Periode 1970 bis 1991 abgebildet ist, widerspiegelt und sind so zu dem oben genannten risikolosen Basiszinssatz von 7,15 % (31. Dezember 1991) gelangt.

- (224) Vor dem Hintergrund, dass die Einlage der WestLB dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte, erscheint die Vorgehensweise zur Ermittlung der risikolosen Basiszinssätze in diesem speziellen Fall angemessen. Auch stellt der herangezogene REX10 Performance Index eine allgemein anerkannte Datenquelle dar. Die ermittelten risikolosen Basiszinssätze erscheinen somit vorliegend sachgerecht.

- (225) Auch deshalb hat sich die Kommission vorliegend entschlossen, den von den Parteien ermittelten langfristigen risikolosen Zinssatz von 7,15 % zum 31. Dezember 1991 als Mindest-Bruttorefinanzierungskosten zugrunde zulegen. Bei einem pauschalen Steuersatz von 50 % ⁽³⁾ zum damaligen Einbringungszeitpunkt, gelangt somit auch die Kommission zu einem Nettorefinanzierungssatz und damit einem Liquiditätsabzug von 3,75 % p.a. für das zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung stehende Wfa-Kapital.

Renditeaufschlag wegen der Besonderheiten der Wfa-Übertragung

- (226) In der Praxis werden bei der Festlegung einer Vergütung atypische Umstände, die ein Abweichen vom Normalfall

⁽¹⁾ Dieses wird auch gestützt durch Aussagen und Studien von Investmentbanken und Beratungsfirmen über tatsächliche und erwartete Renditen für Eigenkapital. Salomon Brothers schätzen die Eigenkapitalrenditen für die meisten europäischen Banken auf 10 bis 14 %, Merrill Lynch für verschiedene deutsche Banken auf rund 11,8 % WestLB Panmure auf rund 11,8 bis 12,3 %.

⁽²⁾ In dem Beschluss zur Eröffnung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag führte die Kommission aufgrund der zu diesem Zeitpunkt von der WestLB vorgelegten Informationen einen vorläufigen Satz von 7 % an.

⁽³⁾ Nach Unterlagen, die von der deutschen Regierung vorgelegt wurden, betrug die Körperschaftssteuer 1995 und 1996 42 %, zu der noch der Solidaritätszuschlag in Höhe von 7,5 % hinzukam (also insgesamt 49,5 %). Der Gesamtbesteuerungssatz ging 1998 auf 47,5 % zurück. Erst seit 2001 betrug der Gesamtbesteuerungssatz nur noch 30,5 %.

einer Stammkapitalinvestition in das betreffende Unternehmen darstellen, im Allgemeinen durch entsprechende Zu- bzw. Abschläge berücksichtigt. Es ist daher zu prüfen, ob entsprechend den Besonderheiten, insbesondere dem konkreten Risikoprofil der Wfa-Übertragung, Gründe für eine Anpassung der soeben ermittelten Mindestvergütung von 10,19 %, die ein Privatinvestor für eine (hypothetische) Stammkapitalinvestition in die WestLB erwarten würde, vorliegen und zudem eine methodisch hinreichend belastbare Quantifizierung durch die Kommission vorgenommen werden kann. In diesem Zusammenhang erscheint die Überprüfung von drei Aspekten angezeigt: erstens die unterbliebene Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile und der damit verbundenen Stimmrechte, zweitens das außerordentliche Volumen der Vermögensübertragung und drittens die fehlende Fungibilität der Anlage.

(227) Das Land erhielt durch die Einbringung keine zusätzlichen Stimmrechte. Mit einem Stimmrechtsverzicht lässt sich der Kapitalgeber die Möglichkeit entgehen, die Geschäftsleitung der Bank in ihren Entscheidungen zu beeinflussen. Wenn die Stimmrechte des Landes aufgestockt worden wären, hätte das Land mehr als 70 % der Stimmrechte besessen. D.h., das Land wäre vom Minderheitsseigner (mit 42 % Eigentumsanteil) zum Mehrheitseigner geworden. Zum Ausgleich dafür, dass ein höheres Verlustrisiko hingenommen wird, ohne dass dem ein entsprechend größerer Einfluss auf das Unternehmen gegenübersteht, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber (selbst bei Abmilderung des Risikos durch interne Abreden mit den anderen Anteilseignern) eine höhere Vergütung verlangen. Dies zeigt sich deutlich bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien. Für den Verzicht auf das Stimmrecht wird eine höhere Verzinsung geboten sowie Vorrang bei der Bedienung. Ausgehend von der erhöhten Vergütung für Vorzugsaktien gegenüber Stammaktien und in Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Nordrhein-Westfalen und der WestLB AG, die als Ergebnis ihrer Gespräche vom Juli 2004 hierfür einen Satz von 0,3 % p.a. (nach Steuern) als angemessen ansehen, hält die Kommission hierfür einen Aufschlag von mindestens 0,3 % p.a. (nach Unternehmensteuern) für sachgerecht.

(228) Das Volumen des übertragenen Vermögens und der Einfluss, den dies aus dem Blickwinkel der Solvabilitätsrichtlinie für die WestLB spielte, ist bereits oben erwähnt worden. Mit der Einbringung der Wfa verdoppelte sich das Kernkapital der WestLB, und zwar ohne Akquisitions- und Verwaltungskosten. Im vorliegenden Fall wurde jedoch das große Volumen des Wfa-Vermögens als ein — wenngleich nicht allein maßgebliches — Indiz für die Stammkapitalähnlichkeit der Transaktion gewertet. Insoweit würde eine erneute Berücksichtigung des Volumens der Wfa-Übertragung im Rahmen eines Aufschlags diesen Gesichtspunkt unzulässigerweise „doppelt“ würdigen. Die Kommission sieht deshalb in dem vorliegenden Fall — abweichend von ihrer ersten WestLB-Entscheidung — von einem Aufschlag unter dem Gesichtspunkt des Volumens ab.

(229) Schließlich ist auf die fehlende Fungibilität der Anlage hinzuweisen, d. h. die fehlende Möglichkeit, das investierte Kapital jederzeit auch wieder aus dem Unternehmen abzuziehen. Normalerweise kann ein Kapitalgeber ein Eigenkapitalinstrument auf dem Markt an Dritte verkaufen und damit seine Investition beenden. Eine normale Zuführung von Stammkapital läuft bei genauer Betrachtung folgendermaßen ab: Der Investor bringt auf der Aktivseite der Bilanz Vermögen ein (sei es als Bar- oder als Sacheinlage). Dem entspricht auf der Passivseite im Regelfall ein handelbarer Anteil zugunsten des Investors, z. B. bei einer Aktiengesellschaft sind dies Aktien. Diese Aktien kann er an Dritte veräußern. Damit kann er zwar nicht seinen ursprünglich eingebrachten Vermögenswert wieder abziehen. Denn dieser zählt nun zum haftenden Eigenkapital der Gesellschaft und ist seiner Disposition entzogen. Er kann aber durch die Veräußerung der Aktie den wirtschaftlichen Gegenwert realisieren. Seine Kapitalanlage ist damit fungibel. Wegen der besonderen Umstände der Übertragung des Wfa-Vermögens steht dem Land diese Möglichkeit nicht offen. Dennoch sieht die Kommission abweichend von ihrer ersten WestLB-Entscheidung in diesem Fall keinen Anlass für einen weiteren Aufschlag. Denn zwar hatte das Land nicht die Möglichkeit, durch die freie Handelbarkeit der Anlage den wirtschaftlichen Gegenwert zu realisieren, allerdings bestand zumindest grundsätzlich die Möglichkeit, das Wfa-Vermögen per Gesetz wieder aus der WestLB herauszulösen, und damit gegebenenfalls durch erneute Investition in andere Institute höhere Renditen zu erzielen.

(230) Die Kommission hält insgesamt einen Renditeaufschlag von mindestens 0,3 % p.a. (nach Steuern) für den Verzicht auf zusätzliche Stimmrechte für sachgerecht⁽¹⁾.

Keine Verringerung des Entgeltes wegen der Vereinbarung einer Pauschalvergütung

(231) Bei Aktien hängt die Vergütung direkt von den Ergebnissen des Unternehmens ab und äußert sich hauptsächlich in Form von Dividenden und einer Beteiligung an dem Wertzuwachs des Unternehmens (z. B. ausgedrückt durch Aktienkurssteigerungen). Das Land erhält eine Pauschalvergütung, in deren Höhe diese beiden Aspekte des Entgelts für eine „normale“ Kapitalzufuhr zum Ausdruck kommen sollten. Es ließe sich argumentieren, dass die feste Vergütung, die das Land anstelle eines direkt mit den Ergebnissen der WestLB verknüpften Entgelts erhält, einen Vorteil darstellt, der eine Reduzierung des Entgeltsatzes rechtfertigt. Ob eine solche feste Vergütung tatsächlich günstiger ist als eine variable, gewinnbezogene, hängt von den Ergebnissen des Unternehmens in der Zukunft ab. Verschlechtern sich diese, ist der Pauschalsatz für den Kapitalgeber von Vorteil, verbessern sich diese jedoch, ist er von Nachteil. Die tatsächliche Entwicklung kann jedoch nicht nachträglich zur Beurteilung der Anlageentscheidung

⁽¹⁾ Das in der ersten WestLB-Entscheidung in Fußnote 49 zitierte Gutachten von First Consulting sah zwar einen pauschalen Aufschlag von 1-2 % für die einzelnen genannten Gesichtspunkte vor, hat jedoch im Hinblick auf das Volumen, nicht gewürdigt, dass dieses bereits bei der Ermittlung der Stammkapitalähnlichkeit heranzuziehen ist. Soweit der Gesichtspunkt der Fungibilität betroffen ist, hat First Consulting aus Sicht der Kommission nicht gewürdigt, dass zwar die Anlage nicht veräußerbar ist, jedoch per Gesetz aus der WestLB herausgelöst werden und somit prinzipiell reinvestiert werden konnte.

herangezogen werden. Zu bedenken ist in dem vorliegenden Falle auch, dass bei Verlusten keinerlei Vergütung gezahlt wird und die Entscheidung über kumulative Nachzahlungen bei der WestLB liegt. Der Pauschalcharakter der Vergütung kommt daher dem Kapitalgeber nicht in einer Weise zugute, dass dieser deshalb mit einer Verringerung der Vergütung einverstanden gewesen wäre. In Anbetracht all dessen ist die Kommission der Ansicht, dass der Entgeltsatz aus diesem Grunde nicht zu reduzieren ist.

(232) Zu erwähnen ist auch, dass die für das zugeführte Kapital zu zahlende Vergütung normalerweise zwischen Unternehmen und Kapitalgeber vereinbart wird. Im vorliegenden Falle jedoch wurde die Höhe des von der WestLB zu zahlenden Entgelts offensichtlich zwischen den Anteilseignern der WestLB vereinbart, was unüblich erscheint. Die Höhe der Vergütung sollte nicht davon abhängen, was die anderen Anteilseigner zu akzeptieren bereit sind, sondern vom Risiko für das Land und der Nutzbarkeit für die WestLB. Auch legte Deutschland keine Unterlagen zu den Verhandlungen über die Vergütung und zu der Berechnung ihrer Höhe vor. Deutschland ist gewiss beizupflichten, wenn sie darauf hinweist, für die beihilferechtliche Würdigung durch die Kommission sei allein das Ergebnis, d. h. die Höhe des Entgelts, ausschlaggebend und nicht die Art und Weise seines Zustandekommens. Aus der Sicht der Kommission können aber die Art und Weise, wie die Vergütung festgelegt wurde, und die dabei eine Rolle spielenden Überlegungen durchaus Hinweise darauf geben, inwieweit sich das Land wie ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber verhalten hat.

(233) Des Weiteren wurde zwischen den Anteilseignern der WestLB vereinbart, dass die Vergütung erst dann festgelegt werden sollte, wenn die finanziellen Ergebnisse der WestLB für die Jahre ab 1992 vorlägen. Nach Auffassung der Kommission sollten die finanziellen Ergebnisse der Bank für die Bestimmung der Höhe der Pauschalvergütung allerdings ohne Bedeutung sein. Eine solche Vergütung sollte eben nicht von den tatsächlich von der WestLB erwirtschafteten Gewinnen abhängen, sondern von dem Risiko für das Land und dem potentiellen Nutzen der Vermögensübertragung für die Bank. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber wäre nicht bereit, wegen schlechter Ergebnisse des betreffenden Unternehmens eine niedrigere Pauschalvergütung zu akzeptieren. Diese Vereinbarung deutet somit nicht auf ein Verhalten hin, das dem eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers entspricht.

(234) In der Vorphase der Ermittlungen der Kommission fanden zwischen Beschwerdeführer und WestLB Verhandlungen mit dem Ziel statt, ohne Durchführung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu einer Lösung zu gelangen, d. h. auf einer gemeinsamen Grundlage eine als marktgerecht angesehene Vergütung zu finden. Zu einem Ergebnis führten diese Gespräche nicht. Im Zuge dieser Verhandlungen schlug die WestLB aber vor, dem Land zusätzlich zu der bereits bestehenden Pauschalvergütung von 0,6 % das Recht zu gewähren, bei einer Liquidation der WestLB eine angemessene Entschädigung für den Wertzuwachs zu erhalten, den die WestLB durch die Ausweitung der Geschäftstätigkeit infolge der Übertragung des Wfa-Vermögens erfahren hatte; d. h. dem Land würde ein zusätzlicher Anteil an den offenen Rücklagen und Stillen Reserven der WestLB eingeräumt. Dieser Sachverhalt deutet darauf hin, dass der Wert des eingebrachten Kapitals für die WestLB in der Tat größer war, als es der vereinbarten

Vergütung entspricht. Ein derartiger Anteil am Liquidationswert wurde jedoch nicht vereinbart. Auch würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine solche hypothetische „Vergütung“ nicht akzeptieren, da er bei einem auf Dauer angelegten Unternehmen wie der WestLB niemals in der Lage wäre, sie zu lukrieren; sie wäre daher für ihn ohne Wert.

Gesamtvergütung

(235) Aufgrund all dieser Überlegungen und in Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Nordrhein-Westfalen und der WestLB AG gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass eine angemessene Vergütung für das fragliche Kapital 6,92 % (nach Unternehmenssteuern) betragen würde, nämlich 10,19 % (nach Unternehmenssteuern) normale Rendite für das fragliche Investment zuzüglich dem Aufschlag von 0,3 Prozentpunkten (nach Unternehmenssteuern) für die Besonderheiten der Transaktion abzüglich 3,75 % (nach Unternehmenssteuern) wegen des Finanzierungsaufwandes, welcher der WestLB wegen der fehlenden Liquidität des übertragenen Vermögens entsteht.

iv) *Angemessene Vergütung für den Betrag von 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR)*

(236) Wie bereits dargelegt, ist auch der Eigenkapitalanteil in Höhe von 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR) für die WestLB von materiellem Wert und seine ökonomische Funktion ließe sich mit der einer Bürgschaft oder Haftung vergleichen. Um sich einem derartigen Risiko auszusetzen, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine angemessene Vergütung verlangen.

(237) In dem Beschluss zur Eröffnung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag führte die Kommission einen Satz von 0,3 % an, den Deutschland als angemessene Avalprovision für eine Bank wie der WestLB genannt hatte. Diesbezüglich sind aber insbesondere zwei Faktoren zu berücksichtigen. Erstens liegt der Betrag von 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR) über dem, was normalerweise durch derartige Bankbürgschaften gedeckt wird. Zweitens sind Bankbürgschaften üblicherweise mit bestimmten Transaktionen verknüpft und befristet. Die Wfa-Sonderrücklage steht der WestLB dagegen zeitlich unbegrenzt zur Verfügung. Beide Faktoren verlangen eine Erhöhung der Vergütung auf rund 0,5 bis 0,6 %. Da Garantieprämien normalerweise Betriebsausgaben darstellen und daher den steuerbaren Gewinn schmälern, die Vergütung, die dem Land für das Wfa-Kapital gezahlt wird, aber aus den Gewinnen nach Steuern gezahlt wird, ist dieser Satz entsprechend anzupassen. In Erwägung all dessen ist die Kommission der Auffassung, dass ein Entgeltsatz in Höhe von 0,3 % nach Steuern für diese Art von Kapital eine korrekte Vergütung darstellt.

v) *Synergieeffekte*

(238) Die deutschen Behörden tragen vor, dass der eigentliche Grund für die Übertragung potentielle Synergien waren und nicht die Erhöhung des Eigenkapitals der WestLB. Dass Erörterungen über die Effizienz der Wohnungsbauförderung bereits in den 70er Jahren begannen, ist durchaus möglich. Trotz dieser langwierigen Diskussion aber fand die Übertragung nicht vor 1991 statt, als der Kapitalbedarf der WestLB die öffentlichen Eigentümer zwang, diesbezüglich tätig zu werden. Aus den Unterlagen — insbesondere

den einschlägigen Unterlagen zum Übertragungsgesetz wie der Gesetzesbegründung oder den Protokollen über die Landtagsdebatten — geht eindeutig hervor, dass der eigentliche Zweck der Übertragung darin bestand, der WestLB eine mit den neuen Solvabilitätsvorschriften vereinbare Eigenkapitalbasis zu geben. Synergien wurden als ein positiver (Neben-) Effekt angesehen, waren aber zu diesem Zeitpunkt sicherlich nicht der Hauptgrund für die Transaktion.

- (239) Die deutschen Behörden und die WestLB machen geltend, dass das Land nicht nur ein Entgelt von 0,6 % für den Betrag von 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) erhalten hatte, sondern darüber hinaus von Synergieeffekten von rund 30 Mio. DEM (15 Mio. EUR) jährlich infolge der Übertragung und Eingliederung der Wfa und der Übernahme von Pensionsverpflichtungen der Wfa durch die WestLB in Höhe von 33 Mio. DEM (17 Mio. EUR) profitierte. Die durch Synergien bedingten Einsparungen seien auf die Zusammenlegung der Wfa mit der früheren Wohnungsbauförderungsabteilung der WestLB zurückzuführen, durch die es möglich geworden sei, die Wohnungsbauförderung des Landes organisatorisch zu straffen und Personal einzusparen.
- (240) Synergien sind normale Folgen eines Zusammenschlusses. Allerdings ist nicht klar, wie derartige Synergieeffekte mit dem vom Land geltend gemachten Konzept des geschlossenen Kreislaufs und der Wettbewerbsneutralität der Wfa zu vereinbaren sind. Insofern als die Synergien nach der Übertragung möglich waren, obwohl beide Einheiten klar voneinander getrennt blieben, und aus der Zusammenlegung der Wfa mit der Wohnungsbauförderungsabteilung der WestLB resultierten, die bereits früher ausschließlich für die Wfa arbeitete, ist nicht einzusehen, warum derartige Synergien nicht auch ohne die Übertragung möglich gewesen sein sollten.
- (241) Falls im Übrigen für die Wfa derartige Synergien und Einsparungen entstehen, kommt dies der Wohnungsbauförderung durch Reduzierung der Kosten (und somit dem Land) zugute, kann aber nicht als Gegenleistung der WestLB für die Bereitstellung von Basiseigenmitteln angesehen werden. Da sich durch diese Synergien weder die Verwendbarkeit des übertragenen Kapitals für die WestLB vermindert, noch die aus der Übertragung resultierenden Kosten für die WestLB erhöhen, dürften die Synergien auch keinen Einfluss auf die Höhe des Entgelts haben, das von einem nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnden Kapitalgeber für das bereitgestellte Eigenkapital von der Bank verlangt werden könnte. Auch im Falle eines tatsächlichen Vorteils für das Land infolge von Synergien wäre jeder Wettbewerber aufgrund der Konkurrenz gezwungen gewesen, dem Land für das Finanzinstrument (Wfa) zuzüglich zu einem angemessenen Entgelt für das bereitgestellte Eigenkapital eine „Vergütung“ in Form solcher Vorteile zu „zahlen“.
- (242) Im Übrigen entstehen Synergien infolge eines Zusammenschlusses normalerweise in den beiden am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Es ist schwer zu verstehen, warum die WestLB von diesen Vorteilen überhaupt nicht profitieren sollte.
- (243) Sollte die WestLB Zahlungen für Pensionsverpflichtungen der Wfa geleistet haben, durch die sich die jährlichen

Aufwendungen der Wfa reduzieren, so können derartige Zahlungen nicht als Synergien infolge des Zusammenschlusses angesehen werden. Sie können aber als indirekte Vergütung der WestLB für das Land angesehen werden. Die Vorteile sollten im Rahmen der Wohnungsbauförderung entstehen und folglich die dort verfügbaren Mittel erhöhen.

- (244) Die Kommission vertritt also die Auffassung, dass es sich bei den geltend gemachten Synergieeffekten nicht um eine von der WestLB für die Übertragung der Wfa gezahlte Vergütung handelt, ist aber bereit, den von der WestLB 1992 für Pensionsaufwendungen der Wfa gezahlten Betrag von 33 Mio. DEM (17 Mio. EUR) als Teil der von der WestLB für die Übertragung gezahlten Vergütung anzusehen.

f) EINBEZIEHUNG DES GESCHÄFTSJAHRES 2002

- (245) Die Kommission ist im Übrigen entgegen der Auffassung der Parteien der Verständigung zu dem Schluss gelangt, dass auch das Jahr 2002 bei der Ermittlung des Beihilfenelements mit zugrunde zulegen ist und zwar anteilig bis zum 1. August 2002. Zwar hat Deutschland wiederholt vorgetragen, dass aufgrund der bilanz- und GuV-rechtlichen Rückwirkung der per Gesetz angeordneten Zuschlagung der Wfa zu der Landesbank Nordrhein-Westfalen zum 1. Januar 2002 der Beihilfetatbestand als zum 1. Januar 2002 als abgeschafft anzusehen sei. Ungeachtet der bilanzrechtlichen Wirkungen stand jedoch der WestLB das Kapital der Wfa tatsächlich bis zum 1. August 2002 zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung. Für die hier zu beurteilende Frage ist dieses der entscheidende Gesichtspunkt.

- (246) Insbesondere überzeugt der Einwand nicht, dass nicht nur die Erträge der Wfa und der Förderbereiche, sondern auch des gesamten Öffentlichen Pfandbriefgeschäfts mit der Neuordnung bereits per 1. Januar 2002 auf die Landesbank übergegangen seien und somit diese Ertragsverluste für die WestLB, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Wfa-Zukunftslösung zu sehen seien, bereits deutlich höher gewesen seien als das angemessene Entgelt für das Wfa-Kapital, was als angemessene Kompensation anerkannt werden müsse. Die Kommission ist zu dem Schluss gelangt, dass der Nachteil aus der Abspaltung des Fördergeschäfts sowie des Öffentlichen Pfandbriefgeschäfts keine Vergütung für die Nutzung des Wfa-Kapitals, die bis zum 1. August 2002 erfolgte, darstellt. Es wurde gerade nicht nur das Fördergeschäft sowie das Öffentliche Pfandbriefgeschäft mit dem Wfa-Kapital unterlegt, sondern das gesamte Wettbewerbsgeschäft der WestLB. Die WestLB muss somit eine Vergütung von 6,92 % anteilig bis zum 1. August 2002 leisten.

g) DAS BEIHILFEELEMENT

- (247) Nach obigen Berechnungen hält die Kommission ein Entgelt von 6,92 % p.a. nach Steuern für den Teil des Kapitals, der von der WestLB zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit verwendet werden konnte, nämlich 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) per Ende 1993, und von 0,3 % nach Steuern für den Unterschied zwischen diesem Teil und dem in der WestLB-Bilanz als Eigenkapital in der Bilanz ausgewiesenen Betrag von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR), also 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR) per Ende 1993, für marktkonform.

(248) Die WestLB zahlte ein Entgelt von 0,6 % allein auf den Betrag, den sie zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit verwenden konnte. Dieses Entgelt wurde zum ersten Mal für das Jahr 1993 gezahlt. Wie die Kommission oben dargelegt hat, akzeptiert sie die Zahlungen der WestLB im

Jahre 1992 für Pensionsforderungen der Wfa als zusätzliches Entgelt für das Land.

(249) Das Beihilfeelement kann als die Differenz zwischen den tatsächlichen Zahlungen und den Zahlungen berechnet werden, die den Marktbedingungen entsprechen würden.

(250) Tabelle 5: Berechnung des Beihilfelements

(in Mio. DEM)

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
1. Anteil der der WestLB zur Verfügung stehenden Sonderrücklage	13	2 510	2 819	3 048	3 108	3 112	3 113	[...]	[...]	[...]	[...]
2. Restbetrag (Unterschied zu 5.900 Mio. DEM, 2002 anteilig zu 7/12)	5 887	3 390	3 081	2 852	2 792	2 788	2 787	[...]	[...]	[...]	[...]
Entgelt von 6,92 % (nach Steuern) für 1.	0,9	173,7	195,1	210,9	215,1	215,4	215,4	[...]	[...]	[...]	[...]
Entgelt von 0,3 % (nach Steuern) für 2.	17,7	10,2	9,2	8,6	8,4	8,4	8,4	[...]	[...]	[...]	[...]
Marktkonformes Entgelt insgesamt	18,6	183,9	204,3	219,5	223,5	223,8	223,8	[...]	[...]	[...]	[...]
Tatsächliches Entgelt (nach Steuern)	33,1	15,1	16,9	18,3	18,6	18,7	18,7	[...]	[...]	[...]	[...] ⁽¹⁾
Beihilfeelement	- 14,5	168,8	187,4	201,2	204,9	205,1	205,1	208,6	209,3	209,3	128,6

(Summe: 1 913,80 Mio. DEM = 978,51 Mio. EUR)

(¹) Nach Angaben Deutschlands hat die WestLB für das gesamte Jahr 2002 [...] DEM gezahlt. Bezogen auf den hier zu beurteilenden Zeitraum vom 1. Januar bis 1. August 2002 [...] multipliziert mit dem Faktor 7/12) ist somit ein Betrag von [...] als Vergütung geleistet worden.

4. STEUERBEFREIUNGEN

(251) Wie die Kommission in ihrem Beschluss über die Eröffnung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag erklärt hat, können staatliche Beihilfen vorliegen, wenn ein bestimmtes Unternehmen von der normalen Besteuerung befreit ist, die seine Wettbewerber trifft. Wenn die Konstruktion einer „Anstalt innerhalb der Anstalt“ eine gemeinnützige, steuerbefreite Unternehmenseinheit einschließt, müssen Maßnahmen ergriffen werden, um zu gewährleisten, dass sich die wirtschaftlichen Auswirkungen der Steuervergünstigungen allein auf die gemeinnützige Anstalt beschränken und das wettbewerbsorientierte Unternehmen nicht beeinflussen.

(252) Die WestLB hatte auf die übertragenen Vermögenswerte weder Vermögenssteuer noch Gewerbesteuer zu entrichten. Außerdem war die Geschäftstätigkeit der Wfa auch nach der Übertragung nicht der Körperschaftsteuer unterworfen. Nach Auffassung Deutschlands soll die WestLB durch diese Steuerregelung nicht gegenüber

anderen Steuersubjekten begünstigt werden und wurde es auch nicht.

(253) Gewinne, die im Wettbewerbsgeschäft der WestLB infolge der Verwendung von Wfa-Kapital für Solvabilitätsberechnungen anfallen, werden normal versteuert. Nur die Gewinne in der Wohnungsbauförderung sind von der Steuer befreit. Die Befreiungen von der Vermögenssteuer und der Gewerbesteuer beschränkten sich ebenfalls auf das Wohnungsbauförderungsgeschäft. Die Kommission hat nicht darüber zu entscheiden, ob ein Verstoß gegen die deutschen Vorschriften über Steuerbefreiungen zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen vorliegt, sondern die Maßnahme lediglich vor dem Hintergrund der Bestimmungen des EG-Vertrags über staatliche Beihilfen zu bewerten.

(254) Durch die Befreiung der Wfa innerhalb der WestLB von der Vermögens-, Gewerbesteuer- und Körperschaftsteuer erhöhten sich die Gewinne (bzw. vermindern sich die Verluste) der Wfa, reduzierte sich die potentielle Not-

wendigkeit für das Land, zusätzliches Kapital für die Wohnungsbauförderung zuzuführen, und konnte sich das Nettovermögen der Wfa erhöhen. Da die Wfa nur einen bestimmten Teil dieser (erweiterten) Eigenkapitalbasis als Basiseigenmittel für das eigene Geschäft benötigte, konnte der der WestLB zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit zur Verfügung stehende Teil im Laufe der Zeit ebenfalls wachsen. Sofern dieser Anteil aber gewachsen wäre, hätte sich auch die Grundlage für die an das Land zu zahlende Vergütung erweitert. Wird die Vergütung in einer angemessenen Höhe festgesetzt, so hätten die Steuerbefreiungen für die Wohnungsbauförderung zu keiner Wettbewerbsverzerrung zugunsten der WestLB geführt. Nach den obigen Berechnungen beläuft sich ein angemessenes Entgelt auf 6,92 % p.a. bzw. 0,3 % p.a. nach Unternehmensteuern.

5. ERLASS VON VERBINDLICHKEITEN

(255) Deutschland macht geltend, dass der Erlass der Haftungsverpflichtung die finanzielle Lage des Landes nicht beeinträchtigte und keinen Wettbewerbsvorteil für die Wfa oder die WestLB darstellte. Da sich das Wfa-Vermögen (das Landeswohnungsbauvermögen) nach der Übertragung nicht mehr jährlich durch die betreffende Verbindlichkeit verminderte, wären im Falle einer Auflösung der Wfa höhere Erlöse möglich gewesen, wobei diese höheren Erlöse dem Land zugeflossen wären. Außerdem erklären die deutschen Behörden, dass ohne diesen Erlass das BAKred nicht 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) als Basiseigenmittel der Wfa akzeptiert hätte.

(256) Durch den Haftungsverzicht ist der Wert der Wfa sicherlich gestiegen. Da aber das von der WestLB zu zahlende Entgelt auf der Bewertung der Wfa nach diesem Verzicht beruhte, diesem Wertzuwachs also Rechnung getragen wurde, stellte der Verzicht keinen Vorteil für die WestLB dar, sofern das Entgelt mit den Marktbedingungen in Einklang steht.

6. VEREINBARKEIT DER MASSNAHME MIT DEM EG-VERTRAG

(257) Auf Basis all dieser Ausführungen lässt sich feststellen, dass sämtliche Kriterien des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt sind und die Wfa-Übertragung folglich staatliche Beihilfen im Sinne des betreffenden Artikels beinhaltet. Hiervon ausgehend muss untersucht werden, ob die Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann. Allerdings ist zu bemerken, dass die deutsche Regierung im Hinblick auf etwaige Beihilfeelemente im Rahmen der Wfa-Übertragung keine Ausnahmebestimmung des Vertrages geltend gemacht hat.

(258) 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.

(259) 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 Wirtschaftszweige 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.

(260) Da der wirtschaftliche Fortbestand der WestLB nicht auf dem Spiele stand, als die Maßnahme durchgeführt wurde, stellt sich nicht die Frage, ob der Zusammenbruch eines einzigen großen Kreditinstituts wie der WestLB 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.

(261) 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 WestLB wird nicht als ein Unternehmen in Schwierigkeiten bezeichnet, dessen Wiedererlangung der Rentabilität durch staatliche Beihilfen unterstützt werden sollte.

(262) Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag, der unter bestimmten Umständen Ausnahmen von den Vertragsvorschriften 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⁽¹⁾. Allerdings ist klar, dass die Übertragung durchgeführt wurde, um die WestLB in die Lage zu versetzen, den neuen Eigenkapitalanforderungen gerecht zu werden, und ohne Bezug zu irgendwelchen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Deutschland hat im Übrigen nicht geltend gemacht, dass die WestLB durch die Übertragung der Wfa für die Erbringung bestimmter Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse entschädigt werden sollte. Deswegen ist im vorliegenden Falle auch diese Ausnahmebestimmung nicht anwendbar.

(263) 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.

VII. SCHLUSSFOLGERUNG

(264) Die Kommission stellt fest, dass Deutschland die Beihilfemaßnahme unter Verstoß gegen Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag in rechtswidriger Weise gewährt hat. Demnach ist die Beihilfe rechtswidrig.

(265) Die Beihilfe kann weder gemäß Artikel 87 Absatz 2 bzw. Absatz 3 noch gemäß einer anderen Bestimmung des EG-

⁽¹⁾ Dieser Bericht wurde dem Rat Wirtschaft und Finanzen am 23. November 1998 vorgelegt, allerdings nicht veröffentlicht. Er ist bei der Generaldirektion IV — Wettbewerb der Kommission erhältlich, ebenso wie auf der Internet-Webseite der Kommission.

Vertrages als vereinbar angesehen werden. Demnach wird die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt, muss abgeschafft werden und muss das Beihilfelement der rechtswidrigen Maßnahme von der deutschen Regierung zurückgefordert werden -

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN -

Artikel 1

Die staatliche Beihilfe in Höhe von 978,51 Mio. EUR, die Deutschland in dem Zeitraum vom 1. Januar 1992 bis 1. August 2002 zugunsten der Westdeutschen Landesbank — Girozentrale, jetzt WestLB AG, gewährt hat, ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar.

Artikel 2

Deutschland ergreift alle notwendigen Maßnahmen, um die in Artikel 1 genannte, rechtswidrig zur Verfügung gestellte Beihilfe von der Empfängerin zurückzufordern.

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.

Die Zinsen werden gemäß den Bestimmungen des Kapitels V der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission ⁽¹⁾ 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

Mario MONTI

Mitglied der Kommission

⁽¹⁾ ABl. L 140 vom 30.4.2004, S. 1.

ANHANG

INFORMATIONEN HINSICHTLICH DER DURCHFÜHRUNG DER ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

1. **Kalkulation des Betrags, der zurückgefordert werden soll**

- 1.1. Liefern Sie bitte die folgenden Einzelheiten über die Höhe des Betrages der rechtswidrigen Beihilfen, die dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden sind:

Datum der Zahlung ^(°)	Höhe der Beihilfe ^(*)	Wäh- rung	Identität des Begünstigten

^(°) Datum, an dem die Beihilfe oder einzelne Raten der Beihilfe dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden ist (insofern eine Maßnahme aus mehreren Raten und Vergütungen besteht, getrennte Reihen verwenden)

^(*) Höhe der Beihilfe, die dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden ist (in Brutto-Beihilfenäquivalenten)

Anmerkungen:

- 1.2. Erklären Sie bitte ausführlich, wie die Zinsen, die auf die zurückzufordernde Beihilfe gezahlt werden müssen, berechnet werden?

2. **Schon ergriffene oder geplante Maßnahmen, um die Beihilfe zurückzufordern**

- 2.1. Beschreiben Sie bitte im Einzelnen, welche Maßnahmen schon ergriffen worden sind, und welche Maßnahmen geplant werden, um eine unmittelbare und effektive Rückforderung der Beihilfe durchzuführen. Bitte erklären Sie ebenfalls, welche alternativen Maßnahmen im nationalen Recht bestehen, um die Rückforderung durchzuführen. Teilen Sie bitte, soweit vorhanden, die Rechtsgrundlage für die ergriffenen/geplanten Maßnahmen mit.
- 2.2. Bis zu welchem Datum wird die Rückforderung der Beihilfe abgeschlossen sein?

3. **Schon bewirkte Rückforderung**

- 3.1. Liefern Sie bitte die folgenden Einzelheiten über die Beihilfen, die vom Begünstigten bereits zurückgefordert worden sind:

Datum ^(°)	Zurückerstatteter Betrag	Wäh- rung	Identität des Begünstigten

^(°) Datum, an dem die Beihilfe zurückerstattet worden ist

- 3.2. Belegen Sie bitte die Rückerstattung der Beihilfebeträge, die in der oberen Tabelle unter Punkt 3.1 spezifiziert worden sind.

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 20. Oktober 2004

über eine staatliche Beihilfe Deutschlands zugunsten der Norddeutschen Landesbank — Girozentrale

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3926)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2006/738/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),

nachdem der Mitgliedstaat und andere Beteiligte auf der Grundlage der vorerwähnten Bestimmungen zur Stellungnahme aufgefordert worden sind ⁽¹⁾ und gestützt auf ihre Bemerkungen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. VERFAHREN

- (1) Gegenstand des Verfahrens ist die Übertragung von drei Landestreuhandstellen („LTS“) durch das Land Niedersachsen auf die Norddeutsche Landesbank — Girozentrale („NordLB“). Das Verfahren steht im Zusammenhang mit sechs weiteren Verfahren gegen Deutschland wegen Vermögensübertragungen auf Landesbanken, insbesondere der Westdeutschen Landesbank Girozentrale („WestLB“).
- (2) Die Kommission übermittelte Deutschland am 12. Januar 1993 ein Auskunftersuchen bezüglich einer Kapitalerhöhung bei der WestLB durch die Integration der Wohnungsbauförderanstalt („WfA“) sowie ähnlicher Erhöhungen von Eigenmitteln der Landesbanken anderer Bundesländer. In dem Schreiben wurde auch gefragt, bei welchen Landesbanken es zur Überführung öffentlicher Fördervermögen gekommen ist, sowie um Informationen zu den diese Transaktionen rechtfertigenden Gründen gebeten.
- (3) Deutschland übermittelte Antwortschreiben mit Datum vom 16. März 1993 und 17. September 1993. Weitere Informationen wurden von der Kommission mit Schreiben vom 10. November 1993 und 13. Dezember 1993 angefordert und von Deutschland mit Schreiben vom 8. März 1994 übermittelt.
- (4) 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 durch Gesetz vom 17. Dezember 1991 die Anteile des Landes Niedersachsen an den Vermögen zur Förderung des Wohnungswesens, der Landwirtschaft und der gewerblichen Wirtschaft mit Wirkung vom 31. Dezember 1991 auf die NordLB übertragen wurden. Der BdB sah in der damit verbundenen Erhöhung der Eigenmittel der NordLB 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 EG-Vertrag) einzuleiten. Im Februar und März 1995 und Dezember 1996 traten mehrere einzelne Banken der Beschwerde ihres Verbandes bei.

- (5) Die Kommission untersuchte zunächst die Vermögensübertragung auf die WestLB, erklärte aber, dass sie die Übertragungen auf die anderen Landesbanken, insbesondere der NordLB, im Lichte der Ergebnisse in der Sache WestLB ⁽²⁾ prüfen werde. Mit der Entscheidung 2000/392/EG ⁽³⁾ in dieser Sache erklärte sie schließlich im Jahr 1999, die Beihilfemaßnahme (die Differenz zwischen der gezahlten Vergütung und der marktüblichen Vergütung) für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und ordnete die Rückforderung der Beihilfe an. Diese Entscheidung wurde vom Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften mit Urteil vom 6. März 2003 wegen unzureichender Begründung von zwei Elementen bei der Bemessung der Höhe der Vergütung aufgehoben, ansonsten aber vollumfänglich bestätigt. Am 20. Oktober 2004 erließ die Kommission in Kenntnis einer Verständigung zwischen dem Beschwerdeführer, der WestLB und dem Land Nordrhein-Westfalen eine neue Entscheidung, die den Kritikpunkten des Gerichts Rechnung trug.
- (6) Im Anschluss an die Entscheidung 2000/392/EG übermittelte die Kommission am 1. September 1999 Deutschland ein Auskunftersuchen, das die Übertragungen auf die anderen Landesbanken betraf. Deutschland übersandte

⁽²⁾ ABl. C 140, vom 5.5.1998, S. 9.

⁽³⁾ ABl. L 150 vom 23.6.2000, S. 1; es wurden Rechtsmittel eingelegt durch Deutschland (Rs. C 376/99), durch Nordrhein-Westfalen (Rs. T-233/99) und durch die WestLB (Rs. T 228/99); durch die Kommission wurde ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet (Rs. C 209/00).

⁽¹⁾ ABl. C 81, vom 4.4.2003 S. 2.

daraufhin mit Schreiben vom 8. Dezember 1999 Informationen zur Übertragung der Landestreuhandstellen des Landes auf die NordLB, die nach weiteren Informationssuchen der Kommission mit Schreiben vom 22. Januar 2001 ergänzt wurden.

- (7) Mit Auskunftersuchen vom 1. März 2001 bat die Kommission um weitere Angaben, insbesondere zu den Kapitalübertragungen durch den Niedersächsischen Sparkassen und Giroverband („NSGV“), die mit Schreiben Deutschlands vom 15. Mai 2001 beantwortet wurden.
- (8) Mit Schreiben vom 13. November 2002 unterrichtete die Kommission Deutschland von ihrem Beschluss, hinsichtlich der Übertragung der Fördervermögen des Landes Niedersachsen auf die NordLB das förmliche Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 des EG-Vertrages zu eröffnen. Zeitgleich hat die Kommission auch Verfahren wegen ähnlicher Vermögensübertragungen auf die Bayerische Landesbank — Girozentrale, die Landesbank Schleswig-Holstein — Girozentrale, die Hamburgische Landesbank — Girozentrale und die Landesbank Hessen-Thüringen eröffnet. Zuvor hatte die Kommission bereits im Juli 2002 das Verfahren bezüglich einer Vermögensübertragung auf die Landesbank Berlin eröffnet.
- (9) Die Beschlüsse zur Eröffnung der Verfahren wurden im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht⁽¹⁾. Die Kommission forderte die sonstigen Beteiligten zur Stellungnahme auf.
- (10) Mit Schreiben vom 11. April 2003 nahm Deutschland zu der Verfahrenseröffnung in Sachen NordLB Stellung.
- (11) Mit Schreiben vom 29. Juli 2003 nahm der BdB zu allen Eröffnungsbeschlüssen vom 13. November 2002 gemeinsam Stellung. Zur Stellungnahme des BdB übersendete Deutschland mit Mitteilung vom 30. Oktober 2003 eine Entgegnung der Landesregierung Nordrhein-Westfalens und der WestLB AG, die sich auch auf das Verfahren wegen der Übertragung der LTS auf die NordLB bezieht.
- (12) Auf ein weiteres Auskunftersuchen der Kommission vom 1. September 2003 übermittelte Deutschland mit Schreiben vom 28. Oktober 2003 weitere Informationen und ging auf die Stellungnahme des BdB zur NordLB ein.
- (13) Am 7. April 2004 und 3. Mai 2004 richtete die Kommission weitere Auskunftersuchen an Deutschland, die mit Schreiben vom 27. Mai 2004 und 28. Juni 2004 beantwortet wurden. Am 16. August und 9. September 2004 übersandte Deutschland ergänzende Stellungnahmen zu seinem bisherigen Vortrag.
- (14) Am 19. Juli 2004 übermittelten der Beschwerdeführer BdB, das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB AG eine vorläufige Verständigung über die angemessene Vergütung für das übertragene Vermögen. Diese Vergütung sollte nach ihrer Ansicht der Entscheidung der Kommission zugrunde gelegt werden. Ebenso übermittelten der BdB, das Land Niedersachsen und die NordLB einen Vorschlag für eine

Verständigung über die angemessene Vergütung für das übertragene LTS-Vermögen. In der Folgezeit gingen mehrere Schreiben dieser Beteiligten sowie Deutschlands bei der Kommission ein. Die endgültige Fassung der Verständigung bezüglich der Übertragung des LTS-Vermögens auf die NordLB erreichte die Kommission am 7. Oktober 2004.

II. AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER MASSNAHMEN

1. DIE NORDDEUTSCHE LANDESBANK — GIROZENTRALE

- (15) Die NordLB, in die die LTS eingebracht wurden, ist ein öffentlich rechtliches Kreditinstitut in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts mit Sitz in Hannover, Braunschweig, Magdeburg und Schwerin. Mit einer Konzernbilanzsumme von ca. 193 Mrd. Euro (Stichtag 31. Dezember 2003) ist sie eine der größten Banken Deutschlands. Die NordLB beschäftigt derzeit etwa 9 500 Mitarbeiter.
- (16) Die NordLB entstand 1970 durch eine Vereinigung von vier öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten (Niedersächsische Landesbank, Braunschweigische Staatsbank einschließlich Braunschweigische Landessparkasse, Hannoversche Landeskreditanstalt und Niedersächsische Wohnungskreditanstalt-Stadtschaft).
- (17) Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der vorliegend untersuchten Kapitalübertragung waren Eigentümer der NordLB das Land Niedersachsen zu 60 % und der Niedersächsische Sparkassen- und Giroverband („NSGV“), eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, zu 40 %.
- (18) In zwei Staatsverträgen von 1991 bzw. 1992 kamen die Länder Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern überein, die NordLB als gemeinsame Anstalt der Länder zu betreiben. Mit Wirkung vom 12. Januar 1993 änderte sich die Beteiligungs- und Gewährträgerstruktur wie folgt: Land Niedersachsen 40 %, NSGV 26,66 %, Land Sachsen-Anhalt 10 %, Land Mecklenburg-Vorpommern 10 %, Sparkassenbeteiligungsverband Sachsen-Anhalt („SBV“) 6,66 %, Sparkassenbeteiligungszweckverband Mecklenburg-Vorpommern („SZV“) 6,66 %.
- (19) Nach ihrer Satzung obliegen der NordLB die Aufgaben einer Landesbank, einer Sparkassenzentralbank und einer Geschäftsbank. Sie kann ferner sonstige Geschäfte aller Art betreiben, die den Zwecken der Bank, ihrer Träger sowie den kommunalen Körperschaften in den Ländern dienen. Im Gebiet Braunschweig ist die NordLB als Sparkasse tätig. Die NordLB bietet Finanzdienstleistungen für Privatkunden, Firmenkunden, institutionelle Kunden und die öffentliche Hand an und ist auf den internationalen Kapitalmärkten sowohl für eigene Rechnung als auch für andere Emittenten von Schuldtiteln ein bedeutender Akteur. Wie viele andere deutsche Universalbanken besitzt auch die NordLB eine Reihe von Beteiligungen an Finanzinstituten und anderen Unternehmen.

⁽¹⁾ ABl C 81, vom 4.4.2003 S. 2.

(20) Die NordLB ist an den bedeutenden Finanz- und Handelsplätzen der Welt präsent. Die Bank unterhält ein Börsenbüro in Frankfurt, Niederlassungen in London, New York, Singapur, Stockholm, Helsinki und Shanghai, Repräsentanten in Oslo, Tallinn und Beijing sowie Tochtergesellschaften in London, Zürich, Luxemburg, Riga, Vilnius und Warschau.

(21) Im Jahr 2003 betrug die Eigenmittelquote der NordLB auf Institutsebene 11,5 % und auf Konzernebene 10,1 %; die Kernkapitalquote auf Institutsebene belief sich auf 7,1 % und auf 6,3 % auf Konzernebene. Die Eigenkapitalrentabilität lag im Jahre 2003 bei [...] (*) %.

2. DIE LANDESTREUHANDSTELLEN (LTS)

(22) Im Jahre 1948 errichtete das Land Niedersachsen eine „Treuhandstelle“, deren Aufgabe in der Förderung des sozialen Wohnungsbaus bestand. Auf der Grundlage eines so genannten Treuhandvertrages zwischen dem Land und der NordLB übernahm die NordLB die Verwaltung des Fördervermögens und die von der Treuhandstelle wahrgenommenen Aufgaben. Auf der Grundlage dieses und zweier weiterer Treuhandverträge derselben Art wurde die NordLB zum rechtlichen — aber nicht wirtschaftlichen — Inhaber und treuhändischen Verwalter der Fördervermögen für Wohnungsbau, Agrar- und Wirtschaftsförderung für das Land. Förderdarlehen wurden im eigenen Namen, aber wirtschaftlich für Rechnung des Landes vergeben.

(23) Die insgesamt drei Landestreuhandstellen sind rechtlich unselbständig, werden jedoch als eigenständige, betriebswirtschaftlich, personell und organisatorisch getrennte Geschäftsbereiche der NordLB geführt. Die drei LTS sind von der Körperschafts-, Gewerbe- und Vermögensteuer befreit.

(24) Die *LTS-Wohnungswesen* verwaltet das Wohnungsbauzweckvermögen sowie die Landesbürgschaften zur Förderung des Wohnungsbaus. Sie fördert insbesondere den Neubau und die Modernisierung von Wohneigentum und Mietwohnungen sowie den Kauf und den Erwerb von Wohneigentum.

(25) Die *LTS-Agrar* verwaltet öffentliche Darlehen und Zuschüsse zur Förderung der Landwirtschaft, insbesondere für Agrarinvestitionen und forstwirtschaftliche Maßnahmen.

(26) Die *LTS-Wirtschaft* bewilligt und verwaltet Darlehen und Zuschüsse im Bereich der Wirtschaftsförderung, schwerpunktmäßig für Investitionen kleiner und mittlerer

Unternehmen sowie für Existenzgründungen. Sie betreut die EU-Gemeinschaftsinitiative INTERREG und ist als Finanzmittler im Rahmen des „Joint European Venture“ (JEV) anerkannt.

3. KAPITALANFORDERUNGEN NACH DER EIGENMITTELRICHTLINIE

(27) Nach der Richtlinie 89/647/EWG des Rates vom 18. Dezember 1989 über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute ⁽¹⁾ (im folgenden „Solvabilitätsrichtlinie“) und der Richtlinie 89/299/EWG des Rates vom 17. April 1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten ⁽²⁾ (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 vier 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.

(28) Zum 30. Juni 1993 hatten die deutschen Banken ihre Ausstattung mit haftendem Kapital an die neuen Anforderungen gemäß der Solvabilitätsrichtlinie und der Eigenmittelrichtlinie anzupassen ⁽³⁾.

(29) Vor der Umsetzung der Solvabilitätsrichtlinie in deutsches Recht waren viele Landesbanken verhältnismäßig schwach mit haftendem Kapital ausgestattet. Für die betroffenen Kreditinstitute war es daher dringend notwendig, die Eigenkapitalbasis zu stärken, um eine Beschränkung ihrer Unternehmensexpansion zu verhindern oder wenigstens ihr bestehendes Geschäftsvolumen beibehalten zu können.

(30) Wegen der angespannten Haushaltslage konnten die öffentlichen Anteilseigner jedoch kein frisches Kapital zuführen, wollten andererseits aber auch nicht privatisieren und zusätzliches Kapital über die Kapitalmärkte finanzieren. So beschloss man, Vermögens- bzw. Kapitalübertragungen vorzunehmen, z. B. im Falle der WestLB das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen („WfA“), im Fall der NordLB die genannten Fördervermögen der drei LTS.

⁽¹⁾ ABl. Nr. L 386 vom 30.12.1989, aufgehoben und ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG, ABl. Nr. L 126 vom 26.5. 2000.

⁽²⁾ ABl. Nr. L 124 vom 5.5.1989, aufgehoben und ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG, ABl. Nr. L 126 vom 26.5. 2000.

⁽³⁾ Nach der Solvabilitätsrichtlinie haben Kreditinstitute Eigenmittel in Höhe von mindestens 8 % ihrer risikogewichteten Aktiva zu besitzen, während nach der alten deutschen Regelung eine Quote von 5,6 % verlangt war; allerdings beruhte diese Quote auf einer Eigenmittelformel, die enger war als die seit Inkrafttreten der Eigenmittelrichtlinie geltende.

4. DIE ÜBERTRAGUNG DER LTS UND IHRE
AUSWIRKUNGEN

a. DIE ÜBERTRAGUNG

- (31) Durch das Gesetz über die Einbringung von Fördervermögen des Landes Niedersachsen in das haftende Eigenkapital der Norddeutschen Landesbank — Girozentrale ⁽¹⁾, das am 17. Dezember 1991 vom niedersächsischen Landtag angenommen wurde, wurde das Finanzministerium des Landes ermächtigt, die Anteile des Landes an dem Fördervermögen der drei LTS auf die NordLB als Eigenkapital zum Verkehrswert zu übertragen. Daneben verpflichtete sich das Land, die übertragenen Fördervermögen in ihrer Summe auf einem Verkehrswert von mindestens 1,5 Mrd. DEM zu halten.
- (32) Auf der Grundlage des Gesetzes schlossen das Land Niedersachsen und die NordLB am 20. Dezember 1991 einen Einbringungsvertrag, mit dem das Land seine Anteile an den jeweiligen Fördervermögen vollständig auf die NordLB als haftendes Eigenkapital übertrug. Zweck der Übertragung der Fördervermögen war, das bankaufsichtsrechtlich anerkannte Eigenkapital der NordLB um 1,5 Mrd. DEM zu erhöhen.

b. DER WERT DER LTS

- (33) Die NordLB beauftragte am 21. Februar 1992 die Prüfsellschaft Treuarbeit AG mit der Ermittlung des Werts des eingebrachten Vermögens zum 31. Dezember 1991. Diese kam zu dem Ergebnis, dass das übertragene Vermögen insgesamt einen Wert von 1,7544 Mrd. DEM aufweise und bestätigte, dass die im Zusammenhang mit der Einbringung gebildete und in der Bilanz der NordLB zum 31. Dezember 1991 als Eigenkapital ausgewiesene Zweckerücklage in Höhe von 1,5 Mrd. DEM als werthaltig anzusehen sei.
- (34) Der Wert des vom Land Niedersachsen in die NordLB eingebrachten Vermögens wird laufend ermittelt. Die folgende Tabelle zeigt die ermittelten Werte bis zum Jahresende 2003:

Stichtag	Wert in Mio. DEM
31.12.1991	1 754,4
31.12.1992	[...]
31.12.1993	[...]
31.12.1994	[...]
31.12.1995	[...]
31.12.1996	[...]
31.12.1997	[...]
31.12.1998	[...]
31.12.1999	[...]
31.12.2000	[...]
31.12.2001	[...]
31.12.2002	[...]
31.12.2003	[...]

- (35) Auf der Grundlage des Gutachtens der Treuarbeit AG beantragte die NordLB am 26. Februar 1992 beim

Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred) die bankaufsichtsrechtliche Anerkennung der Zweckerücklage in Höhe von 1,5 Mrd. DEM als haftende Eigenmittel gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 KWG.

- (36) Am 26. Juli 1993 erkannte das BAKred die 1,5 Mrd. DEM vorläufig als haftendes Kernkapital an. Nachdem noch eine vom BAKred gewünschte Klarstellung des Landes Niedersachsen bezüglich seiner Verpflichtung zur Erhaltung des Werts der Fördervermögen auf mindestens 1,5 Mrd. DEM erfolgt war, erkannte das Aufsichtsamt schließlich am 22. November 1993 endgültig an, dass es die anfänglichen Bedenken hinsichtlich der Werthaltigkeit der Zweckerücklage nicht mehr aufrechterhalte. Vor der förmlichen Anerkennung des LTS Fördervermögen als Kernkapital durch das BAKred duldete das BAKred die tatsächliche Nutzung der Fördervermögen zur Haftungsunterlegung soweit dies notwendig war, um den jeweils geltenden Solvabilitätsvorschriften zu genügen.
- (37) Der Betrag von 1,5 Mrd. DEM wurde seit dem Einbringungszeitpunkt als zusammengefasste Zweckerücklage unter dem Eigenkapital der NordLB ausgewiesen, während der jeweilige Differenzbetrag zum Wert des Vermögens als Rückstellung für die Verpflichtungen aus dem Einbringungsvertrag verbucht wurde.
- (38) Deutschland hat angegeben, dass von dem eingebrachten Vermögen ca. 100 Mio. DEM jährlich zur Unterlegung des Fördergeschäfts selbst benötigt wurden. Der gesamte Rest des Vermögens stand der NordLB ab der Anerkennung durch das BAKred zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts zu Verfügung. Vor der Anerkennung durch das BAKred hat nur der Teil der Fördervermögen für das Wettbewerbsgeschäft zur Verfügung gestanden, der tatsächlich erforderlich war, um die Solvabilitätsvorschriften zu erfüllen.
- (39) Im einzelnen standen die folgenden Beträge für das Wettbewerbsgeschäft zur Verfügung:

Jahr 1992	Wert, der nach Angaben Deutschlands für das Wettbewerbsgeschäft zur Verfügung stand, in Mio. DEM
Januar	120
Februar	101
März	145
April	109
Mai	71
Juni	0
Juli	0
August	0
September	0
Oktober	19
November	63
Dezember	162

⁽¹⁾ Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt, Nr. 47/1991, S. 358.

Jahr 1993	Wert, der nach Angaben Deutschlands für das Wettbewerbsgeschäft zur Verfügung stand, in Mio. DEM
Januar	133
Februar	133
März	207
April	147
Mai	174
Juni	1 143
Juli	1 222
August	1 071
September	1 176
Oktober	1 204
November	1 149
Dezember	1 197

Unabhängig von der aufsichtsrechtlichen Nutzbarkeit der Vermögen, ist die NordLB vertraglich gegenüber dem Land verpflichtet, vor Beginn eines jeden Geschäftsjahres die Höhe der vorgesehenen Ausnutzung des LTS-Fördervermögens mitzuteilen (so genanntes Belegen des Kapitals). Für das Jahr 1992 hat die NordLB 180 Mio. DEM angemeldet. Für das Jahr 1993 wurden 1,4 Mrd. DEM belegt. Ab dem Jahr 1994 deckt sich das gegenüber dem Land angemeldete Kapital mit dem maximalen Wert, der für das Wettbewerbsgeschäft zur Verfügung stand (die Differenzbeträge zu 1,5 Mrd. DEM wurden für das Fördergeschäft benötigt).

Stichtag	Belegtes Kapital in Mio. DEM
31.12.1991	—
31.12.1992	180
31.12.1993	1 400
31.12.1994	1 400
31.12.1995	1 390
31.12.1996	1 390
31.12.1997	1 390
31.12.1998	1 390
31.12.1999	[...]
31.12.2000	[...]
31.12.2001	[...]
31.12.2002	[...]
31.12.2003	[...]

c. AUSWIRKUNGEN DER ÜBERTRAGUNG DER FÖRDERVERMÖGEN DER LTS AUF DIE NORDLB

- (40) Nach den Angaben Deutschlands hatte die NordLB zum 31. Dezember 1991 ein Kernkapital von 2,043 Mrd. DEM und ein Ergänzungskapital von 543 Mio. DEM. Im Verhältnis zur damaligen Eigenkapitalbasis von somit

insgesamt 2,586 Mrd. DEM steigerte das Fördervermögen von 1,5 Mrd. DEM die Eigenkapitalbasis somit um 58 %.

- (41) Die Möglichkeit der Geschäftsausdehnung mit zu 100 % gewichteten Risiko-Aktiva erhöhte sich mit einem Faktor von 12,5, d. h. um ca. 17,5 Mrd. DEM. In Wirklichkeit kann durch eine Erhöhung der Eigenmittel um ca. 1,4 Mrd. DEM das zulässige Kreditvolumen aber weitaus stärker ausgeweitet werden, da die Risikoaktiva einer Bank normalerweise nicht mit 100 % Risiko zu gewichten sind. Da die Erhöhung des Kernkapitals der NordLB die Möglichkeit verschaffte, weiteres Ergänzungskapital aufzunehmen, vergrößerte sich ihre tatsächliche Kreditvergabe Kapazität indirekt noch stärker.

d. DIE VERGÜTUNG FÜR DIE ÜBERTRAGUNG DER LTS

- (42) In § 7 Absatz 1 des Einbringungsvertrags vom 20. Dezember 1991 wurde eine Vergütung von 0,5 % p.a. nach Steuern für die Übertragung der Fördervermögen aller drei LTS vereinbart. Die Vergütung ist jährlich nachträglich zu zahlen. Dabei hat die NordLB bis zum 31. Januar des jeweils folgenden Geschäftsjahres die Höhe der Vergütung zu ermitteln. Der Vergütungssatz bezieht sich nach der vertraglichen Bestimmung auf die angemeldete Ausnutzung der nach dem Einbringungsvertrag gebildeten Rücklagen, d. h. nur auf das „belegte“ Kapital. Dementsprechend sind die folgenden Beträge gezahlt worden:

Stichtag	Belegtes Kapital in Mio. DEM	Zinssatz	Gezahlte Vergütung in Mio. DEM
31.12.1992	180	0,5 %	0,9
31.12.1993	1 400	0,5 %	7
31.12.1994	1 400	0,5 %	7
31.12.1995	1 390	0,5 %	6,95
31.12.1996	1 390	0,5 %	6,95
31.12.1997	1 390	0,5 %	6,95
31.12.1998	1 390	0,5 %	6,95
31.12.1999	[...] (*)	0,5 %	[...]
31.12.2000	[...]	0,5 %	[...]
31.12.2001	[...]	0,5 %	[...]
31.12.2002	[...]	0,5 %	[...]
31.12.2003	[...]	0,5 %	[...]

- (43) Nach dem Einbringungsvertrag hat das Land Niedersachsen zudem das Recht, Zinsen und Tilgungen, die in die Fördervermögen zurückfließen, zu entnehmen, soweit der Verkehrswert der Fördervermögen 1,5 Mrd. DEM übersteigt. In der Zeit bis März 2003 sind nach Angaben Deutschlands insgesamt 473,88 Mio. DEM (242,29 Mio. EUR) entnommen worden. Dies entspricht nach seiner

(*) Vertrauliche Information.

Auffassung einem Zinsaufschlag zu den vereinbarten 0,5 % p.a. von ca. 2,79-2,85 % pro Jahr.

e. DIE KAPITALEINBRINGUNGEN DURCH DEN ANDEREN ANTEILSEIGNER, DEN NSGV

- (44) In Vorgesprächen zur Übertragung des Fördervermögens der LTS auf die NordLB hatte das Land Niedersachsen gegenüber dem damals einzigen anderen Gewährträger NSGV deutlich gemacht, dass es von einer gemeinsamen Finanzierungsverantwortung beider Gewährträger ausgehe und dass der NSGV einen eigenen Beitrag entsprechend seinem Kapitalanteil von 40 % zu leisten hätte. Falls dies Schwierigkeiten bereiten würde, sei über eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse zu diskutieren.
- (45) Ein Entwurf einer zwischen den beiden Gewährträgern zu schließenden Vereinbarung wurde dem Gesetzesentwurf vom 15. Oktober 1991 beigelegt. Der sofortigen Unterzeichnung dieser „Gewährträgervereinbarung“ stand nach Angaben Deutschlands nur der Umstand entgegen, dass die Mitunterzeichnung des Landes Sachsen-Anhalt und des SBV vorgesehen war, der SBV zum damaligen Zeitpunkt jedoch noch nicht gegründet worden war. Beim Abschluss des Einbringungsvertrags am 20. Dezember 1991 beschloss die Gewährträgerversammlung, die zu diesem Zeitpunkt aus dem Land Niedersachsen und dem NSGV bestand, eine solche Gewährträgervereinbarung zu treffen. Die Vereinbarung wurde nach Inkrafttreten des Staatsvertrags unter Mitwirkung des Landes Sachsen-Anhalt und des SBV am 5. März 1992 geschlossen.
- (46) Der NSGV erfüllte nach Angaben Deutschlands im Folgenden seine Verpflichtungen aus der Gewährträgervereinbarung vom 5. März 1992 und erhöhte im Juli und Oktober 1994 die bankaufsichtsrechtlich anerkannten Eigenmittel der NordLB durch zwei im folgenden näher beschriebenen Maßnahmen seinerseits um insgesamt 1 Mrd. DEM (entsprechend seinem damaligen Kapitalanteil an der NordLB von 40 %).
- (i) **LBS-Sonderrücklage von 450 Mio. DEM**
- (47) Die bisher in die NordLB integrierte Landesbausparkasse (LBS) wurde nach Verhandlungen Ende 1993 zwischen Land, NSGV und NordLB durch Gesetz vom 6. Juni 1994 mit Wirkung zum 1. Juli 1994 aus der NordLB ausgegliedert und als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts verselbstständigt.
- (48) Bisher waren im internen Verhältnis der Gewährträger das Land Niedersachsen zu 60 % und der NSGV zu 40 % Eigentümer der LBS. Der Wert der LBS wurde mit 900 Mio. DEM beziffert. Es wurde vereinbart, dass die NordLB aus der LBS vor der Ausgliederung 450 Mio. DEM entnehmen und der NSGV den gleichen Betrag der LBS wieder zuführen sollte. Diese Maßnahme wurde dem NSGV in Höhe von 450 Mio. DEM angerechnet auf seine Verpflichtung aus der Gewährträgervereinbarung, der NordLB 1 Mrd. DEM zuzuführen, unter der Bedingung, dass der NSGV eine weitere Vermögenseinlage von 550 Mio. DEM erbringen würde.
- (49) Der entnommene Betrag von 450 Mio. DEM wurde von der NordLB in den Gewinnrücklagen in Form einer Sonderrücklage als zusätzlich haftendes Eigenkapital im Sinne der

bankaufsichtsrechtlichen Vorschriften verbucht. Die Sonderrücklage wird mit 7,5 % p.a. vor Steuern thesaurierend verzinst und steht im internen Verhältnis der Gewährträger untereinander dem Land mit 60 % und dem NSGV mit 40 % zu.

(ii) **Stille Einlage von 550 Mio. DEM**

- (50) Der NSGV und die NordLB schlossen nach Angaben Deutschlands am 10. Oktober 1994 einen Vertrag über eine Vermögenseinlage nach § 10 Absatz 4 KWG. Danach verpflichtete sich der NSGV, mit Wirkung zum 10. Oktober 1994 eine Vermögenseinlage in Form einer Stillen Beteiligung in Höhe von 550 Mio. DEM bei der NordLB zu leisten gegen Zahlung einer gewinnabhängigen Vergütung, deren Höhe sich aus einem näher spezifizierten Zinssatz für 10jährige Inhaberschuldverschreibungen in Höhe von 7,91 % zuzüglich einer Marge von 1,2 % p.a. ergibt. Hieraus errechnet sich nach Angaben der deutschen Behörden eine Gesamtverzinsung von 9,11 %, die der marktüblichen Vergütung für Stille Beteiligungen und zugleich der an das Land Niedersachsen für die Einbringung des Fördervermögens in das haftende Eigenkapital zu zahlenden Vergütung entspreche. Die Einlage ist nach Angaben der deutschen Behörden vertragsmäßig erbracht und als haftendes Eigenkapital der NordLB im bankaufsichtsrechtlichen Sinne anerkannt worden.

III. **STELLUNGNAHME VON BETEILIGTEN**

1. **BESCHWERDE UND BEMERKUNGEN DES BESCHWERDEFÜHRERS**

- (51) Der BdB sieht in der Übertragung der LTS-Fördervermögen und der damit verbundenen Erhöhung der Eigenmittel der NordLB eine Wettbewerbsverfälschung zugunsten der NordLB, da die NordLB keine mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers in Einklang stehende Vergütung leiste.
- (52) Nach Auffassung des BdB ist die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht auf verlustbringende oder sanierungsbedürftige Unternehmen beschränkt. Ein Investor lasse sich bei seiner Anlageentscheidung nicht von der Frage leiten, ob das betreffende Unternehmen überhaupt rentabel wirtschaftete, sondern er prüfe, ob die Rendite dem marktüblichen Satz entspreche. Würden Kapitalzuführungen der öffentlichen Hand nur dann beihilferechtlich geprüft, wenn es sich um verlustbringende Unternehmen handele, so führe dies zu einer nicht mit Artikel 86 Absatz 1 EG-Vertrag zu vereinbarenden Schlechterstellung privater Unternehmen.
- (53) Auch lasse sich Artikel 295 EG-Vertrag nicht dazu einsetzen, die Übertragung der LTS vom Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts auszunehmen. Aus dem Artikel lasse sich allenfalls die Freiheit des Staates ableiten, ein solches Sondervermögen zu bilden; sobald dieses aber auf ein kommerziell arbeitendes Unternehmen übergehe, müssten die Wettbewerbsregeln Anwendung finden.
- (54) Der BdB stellte in seiner Beschwerde fest, dass die Frage, welche Vergütung für die Einbringung der Fördervermögen angemessen sei, insbesondere im Fall der NordLB anhand der Methodik zu beantworten sei, die die Kommission in

ihrer WestLB Entscheidung vom 8. Juli 1999 zugrunde gelegt habe. 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.

Vergleich mit anderen Eigenkapitalinstrumenten

- (55) Der BdB gelangte zu dem Ergebnis, dass die Einbringung der LTS-Fördervermögen in die NordLB — ebenso wie bei allen anderen Verfahren wegen Kapitaleinbringungen in Landesbanken — mit einer Stammkapitalzufuhr vergleichbar sei.
- (56) Die Einbringung der Fördervermögen sei nicht mit Genuss-scheinkapital zu vergleichen, weil Genussrechte nur Ergänzungskapital darstellten. In Deutschland seien als Kernkapital bei den jeweiligen Einbringungszeitpunkten, also insbesondere Ende 1991, lediglich Stammkapital (und Rücklagen im Sinne von § 10 Absatz 2 KWG) sowie Stille Einlagen gewesen. Ein Vergleich mit Stillen Beteiligungen scheidet dabei in allen Fällen aus. Erstens stelle ein Investor Stille Einlagen nur zeitlich befristet zur Verfügung. Ein Investor könne daher nicht erwarten, für eine Stille Einlage dieselbe Rendite zu erhalten, wie für bankaufsichtsrechtlich unbefristet anerkannte Eigenkapitalinstrumente, wie insbesondere eine Stammkapitalzufuhr.
- (57) Soweit zweitens geltend gemacht werde, dass das zugeführte Kapital aufgrund von Vereinbarungen zwischen den Eigentümern der Landesbank nachrangig nach dem Stammkapital hafte, dürfe daraus kein reduziertes Risiko für den Investor abgeleitet werden. Das zugeführte Kapital mache einen bedeutenden Teil des gesamten Kernkapitals aus. Damit bestehe eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass das eingebrachte Kapital bei Verlusten zumindest teilweise herangezogen werde⁽¹⁾.
- (58) Die unterschiedliche Qualität der Stillen Einlagen im Vergleich zu dem Kapital, das durch die Einbringung der Fördervermögen den Landesbanken zugeführt würde, sei drittens auch vom Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht in Bezug auf die bankaufsichtsrechtliche Kernkapitaldefinition bestätigt worden. Danach seien Stille Einlagen bankaufsichtsrechtlich lediglich als sogenanntes Lower-Tier-1 Kapital anzuerkennen. Dieses Kapital dürfe nur noch 15 % der erforderlichen Kernkapitalquote ausmachen, d. h. bei einer Kernkapitalquote von 4 % müssten 3,4 % durch Grundkapital und offene Rücklagen (z. B. die eingebrachten Zweckrücklagen in die Landesbanken) dargestellt werden. Darüber hinaus würden nachrangige Eigenkapitalinstrumente, z. B. Vorzugsaktien oder Genussrechte, von Banken immer nur in geringem Umfang aufgenommen. Auf Druck

der Rating Agenturen erreichten sie — ganz anders als in den hier zu beurteilenden Fällen — fast nie mehr als 10 % des gesamten Kernkapitals der Bank. Vor diesem Hintergrund seien Stille Beteiligungen für große Volumina, die ein Investor allein investiere, nicht einsetzbar.

Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in eine Landesbank

- (59) Der BdB führt aus, dass sämtliche Methoden zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung (Rendite) für zur Verfügung gestelltes Stammkapital von einer risikolosen Rendite ausgehen und eine Risikoprämie addieren. Die Methoden ließen sich auf das folgende Grundprinzip zurückführen:

Erwartete Rendite einer risikobehafteten Investition

=

Risikolose Rendite + Risikoprämie der risikobehafteten Investition

- (60) 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. 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 3,6 % zu addieren.
- (61) Die *Markt-Risikoprämie* ermittelt sich nach Auffassung des BdB in einem ersten Schritt aus der Differenz zwischen der langfristigen Durchschnittsrendite auf Aktien und der auf Staatsanleihen.
- (62) 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.

Zu- und Abschläge wegen der Besonderheiten der Transaktionen

- (63) Der BdB stellte fest, dass der von der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG von der Mindestvergütung abgezogene Satz wegen der *fehlenden Liquidität* des Wfa-Vermögens vom Gericht erster Instanz bestätigt wurde. Es bestehe somit kein Anlass, in den vorliegenden Fällen von dieser Methode abzuweichen und sei auch hier ein Liquiditätsabschlag vorzunehmen. Die Höhe des Abzugs für die fehlende Liquidität bestimme sich entsprechend der WestLB-Methodik nach den Nettofinanzierungskosten

⁽¹⁾ Im Übrigen werde eine Risiko- bzw. Haftungsprämie in erster Linie wegen des Verlustrisikos in der Insolvenz gezahlt. In diesem Fall sei das Kapital unwiederbringlich verloren. Bei einem laufenden (Teil-)Verlust, also außerhalb der Insolvenz, bestehe immer die Chance, dass das Eigenkapital durch Gewinne wieder aufgefüllt werde.

(Bruttorefinanzierungskosten abzüglich der anwendbaren Unternehmenssteuern).

- (64) Der von der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG vorgenommene Aufschlag sei ebenfalls vom Gericht erster Instanz bestätigt worden. Liegen auch in den anderen Landesbanken-Fällen die sich gegenüber eine „normalen Stammkapitalinvestition“ risikohöhernd auswirkenden Umstände vor, wie 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, so ist nach Auffassung des BdB auch hier ein Aufschlag gerechtfertigt.

2. BEMERKUNGEN DES LANDES NORDRHEIN-WESTFALEN UND DER WESTLB

- (65) In einer am 30. Oktober 2003 durch Deutschland übermittelten Stellungnahme zum Eröffnungsbeschluss der Kommission bestreiten das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB, dass die Einbringungen von Vermögen in die Landesbanken, insbesondere im Fall der NordLB, mit Stammkapital verglichen werden kann. Vielmehr seien Stille Einlagen und sogenannte 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 haften, sei die Risikostruktur stärker mit Stillen Einlagen oder so genannten Perpetuals als mit Stammkapitalinvestitionen vergleichbar.
- (66) Hinsichtlich der Berechnung der Mindestvergütung bei einer Stammkapitalinvestition ist gegen die Methodes des Capital Asset Pricing Model (CAPM) 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 unstreitig bestehenden Anstaltslast und Gewährträgerhaftung habe das Investitionsrisiko in eine Landesbank jedoch deutlich unter dem Gesamtmarktrisiko gelegen.
- (67) 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 liege eine nicht begründbare Benachteiligung der Landesbanken gegenüber privaten Wettbewerbern.
- (68) 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 die Vergütung für Kapitalmarktinstrumente unabhängig von der steuerlichen Situation sei. Ansonsten müssten sich je nach steuerlicher Situation unterschiedliche Preise für ein Kapitalmarktinstrument ergeben.

- (69) Schließlich sei risiko- und damit entgeltmindernd 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 sogenannten Eigentümereffekts ein Abschlag vorzunehmen, denn ein Investor, der bereits an einem Unternehmen beteiligt sei, bewerte eine zusätzliche Investition anders als ein Neuinvestor.

3. BEMERKUNGEN DER NORDLB UND DES LANDES NIEDERSACHSEN

- (70) Die Ausführungen der NordLB und des Land Niedersachsen werden auch von der Bundesregierung vorgetragen. Diese werden daher zusammen mit den Bemerkungen Deutschlands dargestellt.

4. BEMERKUNGEN DEUTSCHLANDS

- (71) Nach Auffassung Deutschlands bestehen auch nach der Entscheidung des Gerichts erster Instanz grundsätzliche Zweifel daran, ob Investitionen der öffentlichen Hand in rentable Unternehmen am Maßstab des Privatinvestortests gemessen werden können. Zudem ist Deutschland überzeugt, dass die Überlassung der Fördervermögen durch das Land Niedersachsen an die NordLB auch nach den von der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG angewandten Grundsätzen keine Beihilfe ist.
- (72) Im Fall der NordLB habe sich der zum Zeitpunkt der Überlassung der Fördervermögen neben dem Land einzige andere Gesellschafter, der NSGV, verpflichtet, nach Maßgabe seiner Beteiligung eine Einlage in entsprechendem Umfang und zu vergleichbaren Konditionen zu erbringen wie das Land und diese Einlage dann auch erbracht. Bereits insoweit habe sich das Land bei der Überlassung der Fördervermögen an die NordLB wie ein Privatinvestor verhalten.
- (73) Darüber hinaus habe die NordLB auch eine angemessene Vergütung gezahlt. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die gezahlte Vergütung von 0,5 % nach Steuern (1,2 % vor Steuern) unter Berücksichtigung der für das Land als Investor ersparten Refinanzierung in Höhe von ca. 8,3 % einem indikativen Zins von $(1,2\% + 8,3\%) =$ ca. 9,5 % vor Steuern entspreche. Hinzu komme, dass das Land Niedersachsen zusätzlich zu der Vergütung von 0,5 % nach Steuern laufend Rückflüsse aus dem Fördervermögen entnommen habe, die sich insgesamt auf 242,29 Mio. EUR (473,88 Mio. DEM) beliefen.

- (74) Die Berechnungsweise der Mindestvergütung des BdB und der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG sei fehlerhaft. Die CAPM-Methode sei zur Ermittlung einer Marktrendite aus mehreren Gründen nicht geeignet. Zum einen sei das auf die NordLB übertragene Vermögen nicht frei verfügbar gewesen. Damit würden die im Rahmen des CAPM vorausgesetzten Investitionsalternativen praktisch nicht existieren. Zudem habe das vom CAPM vorausgesetzte Risiko für Marktschwankungen nicht bestanden, weil die Landesbanken nicht börsennotiert waren, da die Einlage mit einem Festzins vergütet wurde und die Landesbanken zum damaligen Zeitpunkt noch von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung begünstigt waren. Dementsprechend gebe es auch keine historische Datenreihe für Beta-Faktoren.
- (75) Bei den besonderen Umständen der Überlassung der Fördervermögen sei zu berücksichtigen, dass die Haftung der Fördervermögen im Innenverhältnis entsprechend dem Anteil des Landes Niedersachsen am Stammkapital der NordLB beschränkt sei und das Land einen Ausgleichsanspruch gegenüber den anderen Gewährträgern der NordLB habe. Ein Investor habe bei seiner Investitionsentscheidung maßgeblich berücksichtigt, dass die Fördervermögen zwar im Außenverhältnis unbeschränkt am Verlust teilnehmen, die Haftung im Innenverhältnis aber in einem dem Anteil des Landes Niedersachsen am Stammkapital der NordLB entsprechenden Umfang beschränkt sei. Das Land Niedersachsen habe daher einen Ausgleichsanspruch gegen die anderen Gewährträger der NordLB — sämtlich Körperschaften des öffentlichen Rechts — bei denen kein Insolvenzrisiko bestanden habe.
- (76) Hinsichtlich eines Aufschlags wegen des außerordentlich hohen Volumens der Transaktion sei nicht nachvollziehbar, wie dieses zu definieren sei und warum dies einen Aufschlag rechtfertige. Das Verhältnis des eingebrachten Vermögens zum gesamten aufsichtsrechtlichen Eigenkapital des NordLB-Konzerns habe im Jahr 1992 nur 34,89 % betragen. Dieser Anteil sei bis zum Jahr 2001 auf nur noch 9,62 % gesunken. Diese Berechnungen erfolgen auf der Grundlage, dass das Eigenkapital der NordLB im Jahr 1992 4,298 Mrd. DEM und im Jahr 2001 15,596 Mrd. DEM betragen hat. Dabei beinhalten die Eigenkapitalangaben bereits das LTS-Vermögen.
- (77) Auch wegen der unterbliebenen Ausgabe neuer Geschäftsanteile an das Land Niedersachsen sei kein Aufschlag gerechtfertigt. Der NSGV habe sich zum Zeitpunkt der Überlassung der Fördervermögen verpflichtet, seinem Anteil an der NordLB entsprechend Kapital zuzuführen, was dann auch später geschehen sei. Es habe daher kein Anlass bestanden, die Anteile des Landes zu erhöhen.
- (78) Schließlich sei wegen der fehlenden Fungibilität des Fördervermögens kein Aufschlag gerechtfertigt. Die Einbringung des Fördervermögens werde vom BdB und der Kommission für die Berechnung der Mindestrendite mit einer Stammkapitalinvestition verglichen. Stammkapitalinvestitionen seien aber ebenso wenig fungibel wie die Fördervermögen der LTS.
- (79) Für den Fall, dass die NordLB durch die Überlassung der Fördervermögen dennoch begünstigt worden wäre, habe es sich bei dieser Begünstigung nur um eine Kompensation der der NordLB durch die Wahrnehmung ihres öffentlichen Auftrags entstehenden Kosten gehandelt. Die NordLB sei nicht nur Landesbank, sondern im Raum Braunschweig auch Sparkasse. Sie erfülle daher nicht nur den klassischen öffentlichen Auftrag von Landesbanken mit den damit verbundenen Kosten, sondern auch eine Sparkassenfunktion.
- (80) Sollte gleichwohl eine Beihilfe vorliegen, so handele es sich jedenfalls um eine bestehende Beihilfe, da die Überlassung der Fördervermögen aufgrund der durch den Brüsseler Kompromiss vom 17. Juli 2001 abschließend geregelten Anstaltslast erfolgte.
5. VERSTÄNDIGUNG ZWISCHEN DEM BDB, DEM LAND NIEDERSACHSEN UND DER NORDLB
- (81) Am 7. Oktober 2004 erreichten die Kommission die Ergebnisse einer Verständigung zwischen dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Niedersachsen und der NordLB. Unbeschadet der weiterhin bestehenden grundsätzlichen Rechtsauffassungen haben sich die Parteien der Verständigung darauf geeinigt, was sie als geeignete Parameter für die Bestimmung einer angemessenen Vergütung und als angemessene Vergütung selbst ansehen. Die Parteien bitten die Kommission, die Ergebnisse der Verständigung bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.
- (82) Die Parteien bestimmen zunächst anhand des Capital Asset Pricing Modell („CAPM“) eine Mindestvergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition in die NordLB. Demnach soll die angemessene Mindestvergütung für das LTS-Fördervermögen bei 10,03 % liegen. Dabei wurden die risikolosen Zinssätze des REX10 Performance Index der Deutschen Börse AG zugrunde gelegt, sowie für die Beta-Faktoren ein von den Landesbanken in Auftrag gegebenes KPMG Gutachten vom 26. Mai 2004 (das der Kommission vorliegt). Konkret ergab sich für die NordLB zum Einbringungszeitpunkt 31. Dezember 1991 ein risikoloser Basiszinssatz von 7,15 %. Als Beta-Faktor wurde auf der Grundlage der KPMG Studie ein Wert von 0,72 angesetzt. Die Marktrisikoprämie wurde mit 4 % (für alle Landesbanken einheitlich) festgestellt.
- (83) Danach wird ein Abschlag wegen der fehlenden Liquidität des Kapitals bestimmt. Dabei wurde wiederum der risikofreie Zinssatz von 7,15 % als Bruttofinanzierungskosten zugrunde gelegt. Zur Ermittlung der Nettofinanzierungskosten wurde die maßgebliche Steuerlast der NordLB bezogen auf den Einbringungszeitpunkt mit 50 % pauschaliert, so dass sich ein Liquiditätsabzug von 3,57 % ergibt.
- (84) Schließlich erfolgt ein Zuschlag in Höhe von 0,3 % wegen der fehlenden Ausgabe von Stimmrechten.
- (85) Insgesamt ergibt sich daraus eine angemessene Vergütung für das LTS-Fördervermögen von 6,76 % p.a. nach Steuern für den Teil des LTS-Fördervermögens, der für das

Wettbewerbsgeschäft der NordLB nutzbar ist. Diese Vergütung soll ab Ende des Monats der Anerkennung als Kernkapital (30. November 1993) zahlbar sein.

- (86) Zur Vergütung für den Teil des LTS-Fördervermögens, der nicht für das Wettbewerbsgeschäft der NordLB nutzbar ist (Avalprovision), äußert sich die Verständigung nicht.

IV. BEURTEILUNG DER MASSNAHME

- (87) Zur Beurteilung der Maßnahme nach den Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen ist zunächst zu prüfen, ob die Maßnahme eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt.

1. STAATLICHE MITTEL UND BEGÜNSTIGUNG EINES BESTIMMTEN UNTERNEHMENS

- (88) Wie zuvor dargestellt, wurden die Anteile des Landes Niedersachsen an dem Fördervermögen der drei LTS auf die NordLB als Eigenkapital übertragen. Wird derartiges staatliches Vermögen mit kommerziellem Wert auf ein Unternehmen übertragen, handelt es sich um staatliche Mittel im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag.
- (89) 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 in einer Reihe von Rechtssachen akzeptiert und weiterentwickelt. Die Beurteilung nach diesem Grundsatz wird in den Randnummern 93 ff. vorgenommen.

2. VERFÄLSCHUNG DES WETTBEWERBS UND BEEINTRÄCHTIGUNG DES HANDELS ZWISCHEN MITGLIEDSTAATEN

- (90) Durch die Liberalisierung der Finanzdienstleistungen und die Integration der Finanzmärkte ist das Bankgewerbe in der Gemeinschaft zunehmend gegen Wettbewerbsverfälschungen empfindlich, zumal verbleibende Wettbewerbshemmnisse auf den Märkten für Finanzdienstleistungen sukzessive abgebaut werden.
- (91) Die NordLB ist eine Universalbank und auf den internationalen Kapitalmärkten ein bedeutender Akteur. Die NordLB erbringt Bankdienstleistungen im Wettbewerb mit anderen europäischen Banken innerhalb und außerhalb Deutschlands. Beihilfen an die NordLB verfälschen daher den Wettbewerb und beeinträchtigen den Handel zwischen Mitgliedstaaten.
- (92) Auch ist darauf hinzuweisen, dass ein enger Zusammenhang zwischen dem Eigenkapital eines Kreditinstituts und seinen Bankaktivitäten besteht. Nur mit ausreichendem anerkanntem Eigenkapital kann eine Bank arbeiten und ihre kommerziellen Tätigkeiten ausweiten. Da die NordLB durch

die staatliche Maßnahme mit solchem Eigenkapital für Solvabilitätszwecke ausgestattet wurde, wurden die Geschäftsmöglichkeiten der Bank unmittelbar beeinflusst.

3. DER GRUNDSATZ DES MARKTWIRTSCHAFTLICH HANDELNDEN KAPITALGEBERS

- (93) Um zu beurteilen, ob eine von einem öffentlichen Anteilseigner eines Unternehmens ergriffene Kapitalmaßnahme eine Begünstigung im Sinne des Art. 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt, wendet die Kommission den Grundsatz des „marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ an. Dieser Grundsatz wurde von der Kommission in vielen Fällen herangezogen und vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in mehreren Entscheidungen akzeptiert und weiterentwickelt ⁽¹⁾. Er erlaubt der Kommission, die besonderen Umstände eines jeden Falls einzubeziehen, beispielsweise bestimmte Strategien einer Holdinggesellschaft oder einer Unternehmensgruppe oder zwischen den kurz- und langfristigen Interessen eines Kapitalgebers zu berücksichtigen. Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers wird auch im vorliegenden Fall angewandt.
- (94) Diesem Grundsatz zufolge ist es nicht als eine staatliche Beihilfe 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“ ⁽²⁾. Insbesondere ist eine finanzielle Maßnahme als für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber dann unannehmbar, wenn die vorgesehene Vergütungsregelung hinter den am Markt für vergleichbare Investitionen gezahlten Vergütungen zurückbleibt.
- (95) Im Lichte des „Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ lautet somit die Kernfrage, ob ein derartiger Kapitalgeber der NordLB ein Kapital, das die besonderen Merkmale des LTS-Fördervermögens aufweist, unter denselben Bedingungen bereitgestellt hätte, insbesondere im Hinblick auf die wahrscheinliche Rendite aus der Investition. Diese Frage soll nachstehend geprüft werden.
- a) ARTIKEL 295 EG-VERTRAG
- (96) Gemäß Artikel 295 EG-Vertrag bleibt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt. Dies rechtfertigt jedoch keine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags.
- (97) Deutschland bringt vor, dass wegen der Zweckbindung des LTS-Vermögens diese Mittel nicht anders profitabel verwendet werden könnten als durch ihre Einbringung in eine ähnliche öffentliche Einrichtung. Daher stelle die Übertragung die kommerziell sinnvollste Verwendung dieses

⁽¹⁾ Siehe zum Beispiel Urteile in der Rechtssachen C-303/88, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1433 und C-305/89, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1603.

⁽²⁾ 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.

Vermögens dar. Daher sei jedes Entgelt für die Einbringung, d. h. jede zusätzliche Rendite aus dem LTS-Kapital, ausreichend, um die Übertragung im Hinblick auf den „Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ zu rechtfertigen.

(98) Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es mag zutreffen, dass die Einbringung der drei LTS in die NordLB und die sich daraus ergebende Möglichkeit für die NordLB, einen Teil des LTS-Kapitals zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts zu verwenden, die wirtschaftlich sinnvollste Nutzung war. Allerdings würde eine Beschränkung auf die Sichtweise eines öffentlichen Investors die fundamentale Frage der Begünstigung des Empfängers außer Acht lassen. Ob eine Begünstigung vorliegt, kann nur dadurch bestimmt werden, indem überprüft wird, ob der Preis, den der Empfänger der Maßnahme gezahlt hat, dem Marktpreis entspricht: Sobald öffentliche Gelder und andere Aktiva für kommerzielle, wettbewerbsorientierte Aktivitäten eingesetzt werden, sind die marktüblichen Regeln anzuwenden.

b) KEINE ÄNDERUNG DER EIGENTÜMERSTRUKTUR

(99) Ein Mittel zur Gewährleistung einer angemessenen Rendite aus dem bereitgestellten Kapital wäre gewesen, die Beteiligung des Landes an der NordLB entsprechend zu erhöhen, sofern die Gesamtrentabilität der Bank der normalen Rendite entspricht, die ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber aus seiner Anlage erwartet. Das Land Niedersachsen hat sich jedoch nicht für diese Vorgehensweise entschieden.

(100) Die fehlende Erhöhung der Geschäftsanteile an der NordLB wird von Seiten Deutschlands auch damit begründet, dass sich der NSGV zum Zeitpunkt der Überlassung der Fördervermögen verpflichtet habe, seinem Anteil an der NordLB entsprechend ebenfalls Kapital zuzuführen, was dann auch durch die Schaffung der LBS-Sonderrücklage in Höhe von 450 Mio. DEM und die Stille Einlage von 550 Mio. DEM geschehen sei. Deutschland vertritt überdies die Ansicht, der Gerichtshof habe in der Sache Alitalia ⁽¹⁾ entschieden, dass eine Kapitalzufuhr aus öffentlichen Mitteln dem Grundsatz des privaten Kapitalgebers immer genüge, wenn auch ein anderer Anteilseigner investiere und in einem solchen Fall keine staatliche Beihilfe vorliegen könne.

(101) Im Hinblick auf die Entscheidung des Gerichtshofs in der Sache Alitalia ist darauf hinzuweisen, dass sich die Entscheidung auf Investitionen Privater bezieht. Bei dem NSGV handelt es sich jedoch nicht um einen Privaten, sondern um eine öffentlich-rechtliche Organisation. Darüber hinaus sind die Kapitaleinbringungen des NSGV weder zeitlich noch inhaltlich mit der Übertragung der LTS-Fördervermögen vergleichbar.

(102) Während die LTS-Vermögen mit Wirkung zum 31. Dezember 1991 auf die NordLB übertragen wurden, wurde die LBS erst mit Wirkung zum 1. Juli 1994 aus der NordLB ausgegliedert und die LBS Sonderrücklage in Höhe von 450 Mio. DEM gebildet. Die Stille Einlage in Höhe von 550

Mio. DEM wurde erst mit Wirkung vom 10. Oktober 1994 geleistet. Bereits diese große zeitliche Distanz zwischen den Transaktionen führt aus Sicht der Kommission dazu, dass keine vergleichbaren Bedingungen vorliegen.

(103) Es kommt hinzu, dass es sich jedenfalls bei der Stillen Einlage um eine andere Anlageform handelt. Zur damaligen Zeit handelte es sich bei allen Stillen Einlagen um so genanntes „lower tier 1“- Kapital, also Ergänzungskapital, das nicht in gleichem Maße wie Stammkapital zur Erfüllung der Solvabilitätsvorschriften herangezogen werden konnte. Zudem partizipieren die Geber Stillen Einlagen im Gegensatz zu Stammkapitalgebern nicht an den Wertzuwachsen des Unternehmens, sondern die Vergütung erfolgt vollständig über direkt gezahlte Vergütungen, die normalerweise unter denen von Stammkapitalinvestitionen liegen.

(104) Selbst wenn man davon ausgeht, dass die — liquide — Stille Einlage von 550 Mio. DEM höher vergütet werden musste als das — illiquide — LTS-Fördervermögen, sind die Vermögensübertragung des Landes und die Vermögensübertragungen des NSGV wegen der unterschiedlichen Vergütung nicht vergleichbar. Für die LBS-Sonderrücklage werden 7,5 % jährlich (vor Steuern) leistet, die Stille Einlage ist nach Angaben der Bundesregierung mit ca. 9,11 % (vor Steuern) verzinst. Das LTS-Fördervermögen wird dagegen mit 0,5 % nach Steuern (ca. 1,2 % vor Steuern) verzinst. Damit ist die Vergütung für das LTS-Fördervermögen deutlich niedriger als die Vergütung für die Maßnahmen des NSGV.

(105) Da sich die Transaktionen des Landes und des NSGV somit erheblich unterscheiden, kann letztlich offen bleiben, ob zum Zeitpunkt der Einbringung des LTS-Fördervermögens in die NordLB tatsächlich eine bindende Verpflichtung für den NSGV bestanden hat, Kapital im Umfang seiner Beteiligung in die NordLB einzubringen oder ob dies erst später verbindlich festgelegt wurde.

(106) Im Ergebnis hat daher keine proportionale, vergleichbare, Kapitalzufuhr eines privaten Investors stattgefunden, so dass auch die Voraussetzungen, die dem Fall Alitalia zugrunde liegen, hier nicht erfüllt sind. Die Investition wurde durch einen anderen öffentlichen Anteilseigner, den NSGV, getätigt und die Bedingungen der Kapitaleinbringung sind nicht vergleichbar, da sie nicht in zeitlichem Zusammenhang stehen und auch die Konditionen der Einbringung unterschiedlich sind.

c) EIGENTÜMEREFFEKT

(107) Deutschland vertritt die Ansicht, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber den Wertzuwachs der eigenen Beteiligung an der NordLB bei der Vergütung berücksichtigt hätte. Das Land Niedersachsen sei bei der Einbringung der LTS-Vermögen mit 60 % an der NordLB beteiligt gewesen. Der Wert dieser 60 % sei durch die Einbringung gestiegen. Zudem habe das Land sichergestellt, dass auch der NSGV entsprechend seiner Beteiligung Kapital zuführt, so dass der NSGV nicht an einer Wertsteigerung teilhabe, die allein das Land veranlasst habe.

⁽¹⁾ Urteil des EuGH vom 12.12. 2000, T-296/97.

- (108) Aus den unter Randnummer 102 ff. dargelegten Gründen kann dem Umstand, dass das Land Anteile an der NordLB besaß, keine Bedeutung beigemessen werden, und die Kapitalzuführung des NSGV ist nicht als vergleichbare Investition anzusehen. Damit partizipiert der NSGV an der Wertsteigerung, ohne selbst einen entsprechenden Beitrag geleistet zu haben. Kein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber würde es akzeptieren, als Miteigentümer die gesamte Last einer Investition zu tragen und nur teilweise den daraus entstehenden Nutzen zu realisieren. Dies wurde aus ausdrücklich vom Gericht erster Instanz in seinem Urteil zur WestLB⁽¹⁾ bestätigt.
- d) DIE KAPITAL-BASIS FÜR DIE BERECHNUNG DER VERGÜTUNG
- (109) Nach Auffassung Deutschlands hat nur der Teil der anerkannten Basiseigenmittel, der von der NordLB zur Unterlegung ihrer kommerziellen Aktivitäten verwendet werden kann, für die Bank einen wirtschaftlichen Wert und daher kann das Land nur für diesen Teil eine Vergütung fordern. Der BdB behauptet, dass der gesamte Betrag von 1,7544 Mrd. DEM risikobehaftet sei und deshalb auf diesen Betrag eine Vergütung gezahlt werden müsse.
- (110) Wie in der Entscheidung 2000/392/EG angewandt und vom Gericht erster Instanz bestätigt, ist grundsätzlich der gesamte Wert des übertragenen Vermögens zu vergüten. Die Vergütung kann dabei für Teile des übertragenen Vermögens unterschiedlich sein.
- (111) Zur Festsetzung eines angemessenen Entgelts sollte zwischen den Teilen des LTS-Vermögens entsprechend ihrem Nutzen für die NordLB unterschieden werden.
- (112) Der Wert des Vermögens belief sich Ende 1991 auf 1,7544 Mrd. DEM. Der Wert des Vermögens wird jährlich ermittelt. Allerdings wurden nur 1,5 Mrd. DEM wurden als Eigenkapital in die NordLB-Bilanz eingestellt. Die Differenz zum Wert der LTS-Fördervermögen wurde als Rückstellung für die Verpflichtung aus dem Einbringungsvertrag verbucht. Rückstellungen werden für drohende Verbindlichkeiten gebildet und stellen kein Eigenkapital dar. Sie verbessern die Bonität eines Unternehmens daher grundsätzlich nicht. Das Land Niedersachsen ist zudem berechtigt, Zinsen und Tilgungen, die in die Fördervermögen zurückfließen, zu entnehmen, soweit der Verkehrswert der Fördervermögen 1,5 Mrd. DM übersteigt. Da das Kapital, das über den Wert von 1,5 Mrd. DM hinausgeht von der NordLB daher weder zur Geschäftsausweitung noch zur Haftungsunterlegung zur Verfügung steht, geht die Kommission davon aus, dass ein Investor für diesen Teil des Fördervermögens keine Vergütung verlangen konnte.
- (113) Der Wert von 1,5 Mrd. DEM wird seit dem Einbringungszeitpunkt in der Bilanz der NordLB als Eigenkapital ausgewiesen. Allerdings war das LTS-Fördervermögen vor der Anerkennung durch das BAKred nicht in vollem Umfang als Eigenkapital nutzbar. Bis zur vorläufigen Anerkennung als Eigenkapital am 26. Juli 1993 war die Nutzung der Fördervermögen durch das BAKred nur insoweit geduldet, als dies zur Erfüllung der jeweils geltenden Solvabilitätsvorschriften erforderlich war. Erst ab der vorläufigen Anerkennung am 26. Juli 1993 konnten die 1,5 Mrd. DEM in vollem Umfang genutzt werden. Von den 1,5 Mrd. DEM können allerdings nur ca. 1,4 Mrd. DEM — der Wert schwankt jährlich — von der NordLB dazu genutzt werden, ihre Aktivitäten im Bereich des Wettbewerbsgeschäfts auszuweiten, da der Rest für das Fördergeschäft selbst benötigt wird. Für das Jahr 1992 und bis August 1993 sollen daher das tatsächlich genutzten Kapital und ab August 1993 das jeweils belegte Kapital, d. h. ca. 1,4 Mrd. DEM jährlich, als primäre Basis für eine Vergütung für das Land herangezogen werden.
- (114) Die restlichen Basiseigenmittel (ab August 1993 in Höhe von ca. 100 Mio. DEM jährlich, zuvor höher) können zwar nicht zur Ausweitung des Wettbewerbsgeschäfts genutzt werden, sind aber dennoch für die NordLB von Nutzen, denn die Höhe des in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapitals gibt den Geldgebern der Bank auch Aufschluss über deren Solidität und wirkt sich somit auf die Bedingungen aus, zu denen die Bank Fremdkapital aufnehmen kann. Gläubiger und Rating-Agenturen berücksichtigen die wirtschaftliche und finanzielle Gesamtlage der Bank. Da der Betrag von ca. 100 Mio. DEM jährlich nicht zur Erweiterung der Geschäftstätigkeit verwendet werden kann, sondern das Ansehen der Bank in den Augen der Gläubiger verbessert, kann seine ökonomische Funktion in dieser Hinsicht zumindest mit einer Garantie verglichen werden.
- (115) Da somit auch der Betrag von ca. 100 Mio. DEM jährlich für die NordLB von ökonomischem Nutzen ist, hätte ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine Vergütung dafür gefordert. Die Höhe dieses Entgelts liegt sicherlich unter dem für den Teil in Höhe von 1,4 Mrd. DEM, der für die NordLB von größerem Nutzen ist, weil er nach den Solvabilitätsregeln auch als Eigenmittelbasis zur Ausweitung ihres wettbewerbsorientierten Geschäfts genutzt werden kann.
- (116) Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der Text der Verständigung zwischen dem Land Niedersachsen, der NordLB und dem BdB vorsieht, dass eine Vergütung für das übertragene Vermögen erst ab Ende des Monats der endgültigen Anerkennung als Kernkapital durch das BAKred, d. h. erst ab 30. November 1993 erfolgen soll. Die Kommission kann der Verständigung in dieser Hinsicht jedoch nicht zustimmen. Das übertragene LTS-Vermögen stand der NordLB seit der Einbringung am 31. Dezember 1991 zumindest in dem Umfang zur Verfügung, als die Nutzung durch das BAKred geduldet wurde und die NordLB hat das Vermögen auch tatsächlich bereits vor der endgültigen Anerkennung durch das BAKred in erheblichem Umfang genutzt.

(1) ABL L 150, vom 23.6. 2000, S. 1, Rz. 316.

e) ANGEMESSENE VERGÜTUNG FÜR DAS KAPITAL

- (117) Finanzanlagen von unterschiedlicher wirtschaftlicher Qualität erfordern unterschiedliche Renditen. Bei der Untersuchung, ob eine Anlage für einen unter normalen Marktbedingungen handelnden Kapitalgeber akzeptabel ist, muss daher vom besonderen wirtschaftlichen Charakter der fraglichen Kapitalmaßnahme und dem Wert des zur Verfügung gestellten Kapitals für die NordLB ausgegangen werden.
- (i) **Vergleich mit anderen Eigenkapitalinstrumenten**
- (118) Deutschland vertritt die Ansicht, dass die Vergütung für Stammkapital nicht der richtige Vergleichsmaßstab für die Berechnung einer angemessenen Vergütung für das LTS-Fördervermögen sei. Es sei zwar zutreffend, dass Stammkapital aufsichtsrechtlich zum Kernkapital zähle. Aber nicht alles, was als Kernkapital definiert sei, sei zugleich auch Stammkapital einer Bank. Insbesondere habe Stammkapital, das voll zur Disposition der Bank stehe und von ihr angelegt werden könne, eine ganz andere Qualität als die eingebrachten LTS-Fördervermögen, die weiterhin zweckgebunden für die Förderzwecke des Landes zur Verfügung stünden und für die NordLB selbst daher nicht rentierlich seien.
- (119) Zum Zeitpunkt der Überlassung der LTS-Fördervermögen sei dieses am ehesten mit Genussscheinkapital zu vergleichen gewesen. Die NordLB und das Land Niedersachsen hätten seinerzeit die Vergütung für das Fördervermögen mit der Vergütung von Genussscheinen verglichen. Bei Genussscheinkapital handle es sich um Ergänzungskapital, das grundsätzlich nur begrenzt bis zur Höhe des Kernkapitals berücksichtigt werden könne. Die NordLB habe zum 31. Dezember 1991 jedoch ein Kernkapital von 2,043 Mrd. DEM und ein Ergänzungskapital von 543 Mio. DEM gehabt. Daher sei es möglich gewesen, anstelle der als Kernkapital anerkannten Fördervermögen Genussscheine in Höhe von 1,5 Mrd. DEM zu begeben, um den Eigenkapitalbedarf zu decken.
- (120) Das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB bestreiten in ihrer Stellungnahme ebenfalls, dass die diversen Einbringungen der Vermögen in Landesbanken, insbesondere im Fall der NordLB, mit Stammkapital verglichen werden können. Vielmehr seien die Einbringungen mit Stillen Einlagen oder so genannten Perpetuals vergleichbar. Stille Einlagen und Perpetuals seien in Deutschland bereits 1991 als Kernkapital anerkannt gewesen. Darüber hinaus richte sich die Vergütung nicht nach der bankaufsichtsrechtlichen Einordnung, sondern nach dem Risikoprofil. Da die Vermögen der LTS nachrangig hafteten, sei die Risikostruktur stärker mit Stillen Einlagen oder Perpetuals als mit Stammkapital zu vergleichen.
- (121) Die Kommission ist mit dem BdB der Auffassung, dass die Übertragung der LTS-Fördervermögen, die als vom BAKred als Kernkapital anerkannt wurden, am ehesten einer Stammkapitalinvestition gleicht.
- (122) In diesem Zusammenhang ist zunächst hervorzuheben, dass das relativ breit gefächerte Instrumentarium an innovativen Eigenkapitalinstrumenten, das den Kreditinstituten in mehreren Ländern nunmehr zur Verfügung steht, in Deutschland noch nicht existierte, als 1991 die Übertragung der LTS auf die NordLB beschlossen wurde und die NordLB 1993 den zu diesem Zeitpunkt in Kraft tretenden strengeren Kapitalanforderungen nachkommen musste. Einige dieser Instrumente wurden erst seither entwickelt, andere gab es bereits, sie waren in Deutschland aber nicht anerkannt. Die Instrumente, die in der Praxis damals hauptsächlich zur Verfügung standen und genutzt wurden, waren Genussscheine und nachrangige Verbindlichkeiten (beides lediglich ergänzende Eigenmittel, das zweite Instrument erst ab 1993 anerkannt).
- (123) Somit ist der Vergleich des LTS-Kapitals mit derartigen innovativen Instrumenten, die zumeist erst später entwickelt wurden und teils nur in anderen Ländern verfügbar sind, nicht überzeugend. Auch Deutschland selbst lehnt einen solchen Vergleich (indirekt) ab, indem sie geltend macht, die Kommission müsse den Fall auf der Grundlage des zum Zeitpunkt des Beschlusses Ende 1991 gegebenen Sachverhalts beurteilen.
- (124) In Bezug auf die „Perpetual preferred shares“ und Genussscheine, sind einige spezifische Punkte hervorzuheben. „Perpetual preferred shares“ zählen in einigen Ländern zum Kernkapital, sind aber in Deutschland nach wie vor nicht als solches anerkannt. Genussscheine zählen lediglich zu den ergänzenden Eigenmitteln, während das LTS-Kapital die Qualität von Kernkapital hat. Daher ist das LTS-Kapital für die NordLB von weitaus größerem Nutzen, da diese sich damit ergänzende Eigenmittel (wie z. B. Genussscheine) bis zu gleicher Höhe verschaffen kann, um so die Eigenmittelbasis zu erweitern. Auch würden, sollten sich an Verlustjahre wieder gewinnbringende Jahre anschließen, zunächst die Genussscheine und dann erst das LTS-Kapital wieder auf den Nennwert aufgefüllt. Darüber hinaus steht das LTS-Kapital der NordLB ohne jegliche zeitliche Begrenzung zur Verfügung, während Genussscheine üblicherweise für zehn Jahre begeben werden. Des Weiteren wäre der enorme Umfang der Kapitalzufuhr für Genussscheine atypisch, und die Rangfolge im Falle von Verlusten muss hiermit in Zusammenhang gesehen werden. Da der Anteil des LTS-Vermögens relativ groß ist, wird es beim Auftreten größerer Verluste relativ rasch angegriffen.
- (125) Die Kommission ist der Auffassung, dass auch ein Vergleich mit Stillen Einlagen nicht für die Bestimmung der angemessenen Vergütung für die als Kernkapital anerkannte Zweckerücklage geeignet ist. Ein wichtiger Gesichtspunkt ist dabei für die Kommission, dass die Einbringung der LTS-Fördervermögen gerade nicht in Form einer Stillen Einlage erfolgte, sondern als Zweckerücklage. Auch das BAKred hat die Einbringung als Rücklage und nicht als Stille Einlage gemäß § 10 KWG anerkannt. Die Behandlung durch die deutsche Aufsichtsbehörde als Rücklage spricht dafür, dass das zur Verfügung gestellte Kapital eher Stammkapital als Stillen Einlagen vergleichbar ist.

(126) Zudem bleibt auch das Risiko, das eingebrachte Kapital im Falle einer Insolvenz bzw. Liquidation zumindest teilweise zu verlieren, nicht hinter dem Risiko einer Stammkapitalinvestition zurück, denn das LTS Vermögen macht einen erheblichen Teil des Eigenkapitals der NordLB aus und die NordLB hat das zur Verfügung gestellte LTS Vermögen auch über viele Jahre in erheblichem Umfang mit Risikoaktiva belegt.

(127) Aus all diesen Gründen ist die Kommission der Auffassung, dass ein Vergleich mit Perpetuals, Genussscheinen und Stillen Einlagen wegen der Besonderheiten des LTS-Kapitals nicht geeignet ist, als Grundlage für die Bestimmung der angemessenen Vergütung für das LTS-Kapital zu dienen. Die Übertragung der LTS-Vermögen weist vielmehr die meisten Gemeinsamkeiten mit einer Stammkapitalinvestition auf.

(ii) **Ausgleichsanspruch und geringes Haftungsrisiko**

(128) Die Haftung der Fördervermögen ist im Innenverhältnis entsprechend dem Anteil des Landes Niedersachsen am Stammkapital der NordLB beschränkt, und das Land hat einen Ausgleichsanspruch gegenüber allen anderen Gewährträgern der NordLB. Deutschland vertritt die Ansicht, ein Investor hätte dies bei seiner Investitionsentscheidung und der geforderten Vergütung maßgeblich berücksichtigt.

(129) Die Beschränkung der Haftung im Innenverhältnis kann jedoch zu keiner Verringerung der Vergütung führen, denn aus der Perspektive der NordLB bleibt es dabei, dass der Vorteil durch die Kapitalübertragung angemessen vergütet werden muss, um Auswirkungen auf den Wettbewerb zu vermeiden. Bei dem Ausgleichsanspruch des Landes gegen die übrigen Gewährträger handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen den Gewährträgern und nicht um ein Zugeständnis der NordLB, das eine niedrigere Vergütung rechtfertigen könnte. Hätten beispielsweise die anderen Gewährträger zugestimmt, intern die volle Haftung für das Fördervermögen zu übernehmen, könnte das nicht dazu führen, dass die NordLB überhaupt keine Vergütung mehr leisten müsste.

(130) Darüber hinaus spielt es aus Sicht der Kommission keine Rolle, ob das LTS-Fördervermögen nach der Anerkennung durch das BAKred ständig und in vollem Umfang gebraucht wurde, um die Solvabilitätskriterien zu erfüllen. Selbst wenn dies nicht der Fall war, hätte ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber auf der vollen Vergütung bestanden, weil die Bank das gesamte Kapital nach ihrem freien wirtschaftlichen Ermessen im Wettbewerb einsetzen konnte.

(iii) **Angemessene Vergütung für den Betrag von ca. 1,4 Mrd. DEM**

(131) Die angemessene Vergütung für den Betrag von ca. 1,4 Mrd. DEM, der jährlich für das Wettbewerbsgeschäft der NordLB zur Verfügung steht, lässt sich zweifellos auf verschiedene Weise ermitteln. Wie gleich auszuführen sein wird, folgen jedoch alle Berechnungsweisen zur Ermittlung der Vergütung für zur Verfügung gestelltes Stammkapital den

gleichen Grundprinzipien. Auf der Basis dieser Grundprinzipien nimmt die Kommission die Berechnung vorliegend in zwei Schritten vor: Zunächst wird die Mindestvergütung ermittelt, die ein Investor für eine (hypothetische) Stammkapitalinvestition in die NordLB erwarten würde. Anschließend wird geprüft, ob am Markt aufgrund der Besonderheiten der in Frage stehenden Transaktion ein Auf- oder Abschlag vereinbart worden wäre und gegebenenfalls eine methodisch hinreichend belastbare Quantifizierung durch die Kommission vorgenommen werden kann.

Ermittlung einer zu erwartenden Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in die NordLB

(132) Die erwartete Rendite einer Investition und das Investitionsrisiko sind wesentliche Determinanten der Investitionsentscheidung eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers. Um die Höhe dieser beiden Elemente zu bestimmen zieht der Investor alle verfügbaren Firmen- und Marktinformationen in sein Kalkül mit ein. Dabei stützt er sich auf historischen Durchschnittsrenditen, die im Allgemeinen einen Anhaltspunkt auch für die zukünftige Leistungsfähigkeit des Unternehmens darstellen, sowie unter anderem auf die Analyse des für den Investitionszeitraum geltenden Geschäftsmodells des Unternehmens, der Strategie und Qualität der Unternehmensführung oder die relativen Aussichten des betreffenden Wirtschaftszweigs.

(133) Ein marktwirtschaftlicher Kapitalgeber wird nur dann eine Investition tätigen, wenn sie im Vergleich zur nächst besten Alternativeverwendung des Kapitals eine höhere Rendite, bzw. ein geringeres Risiko ermöglicht. Entsprechend wird ein Investor keine Investitionen in ein Unternehmen tätigen dessen Renditeerwartungen geringer sind als die durchschnittliche Renditeerwartungen anderer Unternehmen mit einem vergleichbaren Risikoprofil. In diesem Fall kann angenommen werden, dass hinreichende Alternativen zum angenommenen Investitionsvorhaben bestehen, die eine höhere Renditeerwartung bei gleichem Risiko versprechen.

(134) Verschiedene Methoden bestehen, um die angemessene Mindestvergütung zu ermitteln. Dies reicht von verschiedenen Varianten des Finanzierungsansatzes bis hin zur CAPM-Methode. Zum Zwecke der Darstellung der verschiedenen Ansätze ist es sinnvoll, zwischen zwei Komponenten zu unterscheiden, einer risikofreien Rendite und einer projektspezifische Risikoprämie:

$$\begin{aligned} &\text{angemessene Mindestrendite einer risikobehafteten Investition} \\ &= \\ &\text{risikofreier Basissatz} + \text{Risikoprämie der risikobehafteten Investition.} \end{aligned}$$

Die angemessene Mindestrendite einer risikobehafteten Investition kann folglich als die Summe des risikofreien Renditesatzes und der zusätzlichen Risikoprämie für die Übernahme des investitionsspezifischen Risikos beschrieben werden.

(135) Entsprechend ist das Fundament jeder Renditebestimmung die Existenz einer ausfallrisikolosen Anlageform mit einer annahmegemäß risikolosen Rendite. Üblicherweise wird die erwartete Rendite festverzinsliche Wertpapiere staatlicher Emittenten zur Bestimmung des risikofreien Basissatzes herangezogen (beziehungsweise ein auf solche Wertpapiere beruhender Index), stellen sie doch Anlageformen mit vergleichbar geringem Risiko dar. Unterschiede zwischen den verschiedenen Methoden bestehen jedoch bezüglich der Ermittlung der Risikoprämie:

- *Finanzierungsansatz*: Die erwartete Eigenkapitalrendite eines Investors stellt aus der Sicht der kapitalnutzenden Bank zukünftige Finanzierungskosten dar. Bei diesem Ansatz werden zunächst die historischen Eigenkapitalkosten ermittelt, die bei Banken angefallen sind, die mit der in Frage stehenden Bank vergleichbar sind. Der arithmetische Durchschnitt der historischen Kapitalkosten wird dann gleichgesetzt mit den zukünftig erwarteten Eigenkapitalkosten und damit mit der erwarteten Renditeforderung des Investors.
- *Finanzierungsansatz mit Compound Annual Growth Rate*: Im Mittelpunkt dieses Ansatzes steht die Verwendung des geometrischen anstatt des arithmetischen Mittelwertes (Compound Annual Growth Rate).
- *Capital Asset Pricing Model (CAPM)*: Das CAPM ist das bekannteste und am häufigsten getestete Modell der modernen Finanzwirtschaft, mit dem die von einem Investor erwartete Rendite mit folgender Formel ermittelt werden kann:

$$\begin{aligned} & \text{Mindestrendite} \\ & = \\ & \text{risikofreie Basissatz} + (\text{Markt-Risikoprämie} \times \text{Beta}) \end{aligned}$$

Die Risikoprämie für die Eigenkapitalinvestition ergibt sich durch die Multiplikation der Risikoprämie des Marktes mit dem Betafaktor (Markt-Risikoprämie x Beta). Mit dem Betafaktor wird das Risiko eines Unternehmens relativ zum Gesamtrisiko aller Unternehmen quantifiziert.

- (136) Das CAPM ist die vorherrschende Methode zur Berechnung von Investitionsrenditen bei börsennotierten großen Unternehmen. Da die NordLB kein börsennotiertes Unternehmen ist, ist jedoch eine direkte Ableitung ihres Betawertes nicht möglich. Eine Anwendung des CAPM ist deshalb nur auf der Basis einer Schätzung des Betafaktors möglich.
- (137) In seiner Stellungnahme vom 29. Juli 2003 gelangte der BdB bei Anwendung des CAPM zu einer zu erwartenden Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in die NordLB zum Zeitpunkt der Übertragung des LTS_Vermögens zum 31. Dezember 1991 von 13,34 % p.a. Deutschland äußerte grundsätzliche Bedenken gegen die Anwendung des CAPM. Darüber hinaus sei der BdB von einem zu hohen Betafaktor ausgegangen und habe zudem den risikolosen Basiszinssatz fehlerhaft ermittelt. Auch die Markttrisikoprämie von 4,6 % sei zu hoch angesetzt.

Richtigerweise hätte der BdB auf der Grundlage des CAPM zu einer deutlich niedrigeren Mindestvergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition in die NordLB gelangen müssen.

- (138) In Rahmen ihrer Verständigung über die marktangemessene Vergütung gelangen das Land Niedersachsen, die NordLB und der BdB zu dem Ergebnis, dass eine Mindestvergütung von 10,03 % angemessen sei.
- (139) Die Parteien haben ihren Berechnungen das CAPM zugrunde gelegt und als risikolosen Basiszinssatz für die NordLB 7,15 % zum 31. Dezember 1991 verwendet. Die Ermittlung dieser Zinssätze erfolgte unter der Annahme, dass das LTS-Vermögen der NordLB dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte. Die Parteien haben daher von der Verwendung einer stichtagsbezogenen am Markt zum Einbringungszeitpunkt beobachtbaren risikolosen Rendite für einen festen Investitionszeitraum (z. B. 10-jährige Renditen für Staatsanleihen) abgesehen, da eine solche Betrachtung das Reinvestitionsrisiko, d. h. das Risiko, nach Ablauf des Investitionszeitraumes nicht wieder in Höhe des risikolosen Zinssatzes zu investieren, außer Acht lassen würde. Nach Auffassung der Parteien wird dem Investitionsrisiko am Besten Rechnung getragen, wenn man einen „Total Return Index“ zugrunde legt. Deshalb haben die Parteien den von der Deutschen Börse AG erstellten REX10 Performance Index herangezogen, der die Performance einer Investition in Anleihen der Bundesrepublik Deutschland mit zehn Jahren Laufzeit abbildet. Die vorliegend verwendete Indexreihe beinhaltet die jeweiligen Jahresendstände des REX10 Performance Index ab 1970. Die Parteien haben sodann die Rendite per annum ermittelt, die den Trend, wie er in dem zugrunde gelegten REX10 Performance Index in der Periode 1970 bis 1991 abgebildet ist, widerspiegelt und sind so zu dem genannten risikolosen Basiszinssatz von 7,15 % (31. Dezember 1991) gelangt.

- (140) Da die Einlage der NordLB in der Tat dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte, erscheint die Vorgehensweise zur Ermittlung des risikolosen Basiszinssatzes in diesem speziellen Fall angemessen. Auch stellt der herangezogene REX10 Performance Index eine allgemein anerkannte Datenquelle dar. Die ermittelten risikolosen Basiszinssätze erscheinen hier somit sachgerecht.
- (141) Die Schätzung des Betafaktors von 0,72 erfolgte auf der Basis eines Gutachtens der KPMG zu so genannten Adjusted Betafaktoren von sämtlichen in Deutschland börsennotierten Kreditinstituten, das der Kommission vorliegt. Auf der Basis dieser Studie und angesichts der Geschäftsausrichtung der NordLB ist dieser Betafaktor als angemessen anzusehen.

- (142) Auch die Markttrisikoprämie von 4,0 % erscheint aus Sicht der Kommission vertretbar. Bereits in der Entscheidung 2000/392/EG wurde die so genannte allgemeine langfristige Markttrisikoprämie, also die Differenz zwischen der langfristigen Durchschnittsrendite auf ein übliches Aktienportfolio und der auf Staatsanleihen, mehrfach behandelt. In den entsprechenden Gutachten zum Verfahren wurden je

nach Methodik, Zeitraumbetrachtung und Datenbasis Spannen von etwa 3 % bis 5 % angesetzt. So rechnete ein Gutachten, das für den BdB erstellt wurde, alternativ mit 3,16 % und 5 %, ein anderes, für die WestLB im selben Verfahren erstelltes Gutachten rechnete alternativ mit 4,5 % und 5 % und Lehman Brothers, auch für WestLB tätig, rechnete mit einem Satz von 4 %. Vor diesem Hintergrund hat die Kommission in dem vorliegenden Fall keinen Anlass, von der im Verständigung verwendeten Marktrisikoprämie abzuweichen. Ausgehend vom CAPM bestehen nach Auffassung der Kommission keine Zweifel, dass die von den Parteien ermittelte Mindestvergütung als angemessen angesehen werden kann.

- (143) Die Kommission hat keine Anhaltspunkte dafür, dass die von den Parteien ermittelte Mindestvergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition einem Markttest nicht standhalten kann. Die Kommission legt deshalb bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt als angemessene Mindestvergütung für einen Wert von 10,03 % p.a (jeweils nach Unternehmenssteuer und vor Investorensteuer) fest.

(iv) **Renditeabschlag wegen fehlender Liquidität**

- (144) Deutschland ist der Ansicht, die NordLB habe eine angemessene Vergütung gezahlt, denn ein privater Investor hätte die für ihn ersparten Refinanzierungskosten von der Vergütung abgezogen. Da der Investor die Refinanzierung des Kapitals erspart habe, gelangt Deutschland zu einer Verzinsung des LTS-Fördervermögens in Höhe von ca. 9,5 %.

- (145) Die Kommission ist jedoch der Ansicht, dass es nicht darum geht, wie viel das Land als Investor erspart hat. Das Land hat die LTS-Fördervermögen als nicht-liquides Kapital in die NordLB eingebracht. Es besteht keine Ersparnis des Landes, denn das Land war nicht verpflichtet, für die Liquidität des Vermögens zu sorgen.

- (146) Allerdings verschafft eine „normale“ Kapitalzuführung an eine Bank dieser sowohl Liquidität als auch eine Eigenmittelbasis, 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 (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⁽¹⁾.

- (147) Da das LTS-Kapital der NordLB zunächst keine Liquidität verschafft, hat die NordLB zusätzliche Finanzierungskosten in Höhe des Kapitalbetrags, wenn sie die erforderlichen Mittel auf den Finanzmärkten aufnimmt, um die Geschäftsmöglichkeiten voll auszuschöpfen, die sich ihr durch das zusätzliche Eigenkapital eröffnen, d. h. um die risikogewichteten Vermögenswerte um das 12,5 fache des

Kapitalbetrages auszuweiten (bzw. existierende Vermögenswerte in dieser Höhe zu erhalten)⁽²⁾. Wegen dieser Zusatzkosten, die bei in sonstiger 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.

- (148) Die Kommission ist dabei der Auffassung, dass nicht der gesamte Refinanzierungszinssatz in Rechnung zu stellen ist. Refinanzierungskosten sind Betriebsaufwendungen und verringern damit das steuerbare Einkommen. Das Nettoergebnis der Bank verringert sich also nicht um den Betrag der zusätzlich gezahlten Zinsen. Ein Teil dieser Aufwendungen wird nämlich durch eine geringere Körperschaftssteuer ausgeglichen. Nur die Nettoaufwendungen sind als zusätzliche Belastungen der NordLB infolge des besonderen Charakters des übertragenen Kapitals zu berücksichtigen. Insgesamt erkennt die Kommission also an, dass der NordLB zusätzliche „Liquiditätskosten“ in der Höhe von „Refinanzierungskosten abzüglich Unternehmenssteuern“ entstehen.

- (149) Auf der Grundlage des REX 10 Performance Index der Deutschen Börse AG betrug der risikolose Zinssatz Ende 1991 7,15 %. Zwei 30 Jahre lang laufende Bundesanleihen, die 1986 aufgelegt worden waren, erbrachten zu dem Zeitpunkt eine Umlaufrendite von 7,8 % und 7,6 %. Deutschland hat vorgetragen, dass sich der individuelle Refinanzierungssatz der NordLB per 31. Dezember 1991 auf [...] % belief. In der Verständigung haben die Parteien einen den langfristigen risikofreien Satz von 7,15 % zugrunde gelegt. Darüber hinaus haben sich die Parteien darauf geeinigt, einen pauschalen Steuersatz von 50 % anzunehmen⁽³⁾. Dementsprechend kommen die Parteien zu einem Netto refinanzierungssatz von 3,57 % und damit zu einem entsprechenden Liquiditätsabzug.

- (150) Aufgrund dieser Verständigung und der Tatsache, dass die genannten Beträge noch in den von Deutschland bereits vorher genannten Rahmen fallen, hat die Kommission keinen Anlass, 3,57 % nicht als sachgerecht anzusehen und legt diesen Wert daher bei der Ermittlung des Beihilfeelements zugrunde.

(v) **Renditeaufschlag wegen der Besonderheiten der Übertragung**

- (151) In der Praxis werden bei der Festlegung einer Vergütung atypische Umstände, die in Abweichung vom Normalfall einer Stammkapitalinvestition in das betreffende Unternehmen erfolgen, im Allgemeinen durch entsprechende Zuz- bzw. Abschläge berücksichtigt. Es ist daher zu prüfen, ob entsprechend den Besonderheiten, insbesondere dem konkreten Risikoprofil der LTS-Übertragung, Gründe für eine Anpassung der ermittelten Mindestvergütung von 10,03 % die ein Privatinvestor für eine (hypothetische) Stammkapitalinvestition in die NordLB erwarten würde, vorliegen

⁽¹⁾ 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.

⁽²⁾ 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).

⁽³⁾ Nach Unterlagen, die von Deutschland vorgelegt wurden, betrug die Körperschaftssteuer 1992 46 %, zu der noch der Solidaritätszuschlag in Höhe von 3,75 % hinzukam (also insgesamt 49,75 %). Der Gesamtbesteuerungssatz ging 1993 auf 46 % zurück und betrug von 1994 bis 2000 49,5 %. Ab 2001 betrug der Gesamtbesteuerungssatz 30 %.

und zudem eine methodisch hinreichend belastbare Quantifizierung vorgenommen werden kann. In diesem Zusammenhang erscheint die Überprüfung von drei Aspekten angezeigt: erstens die unterbliebene Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile und der damit verbundenen Stimmrechte, zweitens das außerordentliche Volumen der Vermögensübertragung und drittens die fehlende Fungibilität der Anlage.

- (152) Das Land erhielt durch die Einbringung keine zusätzlichen Stimmrechte und dies wurde auch nicht durch eine vergleichbare Investition des anderen Anteilseigners ausgeglichen. Mit einem Stimmrechtsverzicht lässt sich der Kapitalgeber die Möglichkeit entgehen, die Geschäftsleitung der Bank in ihren Entscheidungen zu beeinflussen. Zum Ausgleich dafür, dass ein höheres Verlustrisiko hingenommen wird, ohne dass dem ein entsprechend größerer Einfluss auf das Unternehmen gegenübersteht, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber (selbst bei Abmilderung des Risikos durch interne Abreden mit den anderen Anteilseignern) eine höhere Vergütung verlangen. Ausgehend von der erhöhten Vergütung für Vorzugsaktien gegenüber Stammaktien hält die Kommission hierfür einen Aufschlag von mindestens 0,3 % p.a. (nach Unternehmenssteuern) für sachgerecht. Auch die Parteien der Verständigung halten einen Aufschlag von 0,3 % wegen der fehlenden Ausgabe neuer Stimmrechte für sachgerecht.
- (153) Das Volumen des übertragenen Vermögens und der Einfluss, den dies aus dem Blickwinkel der Solvabilitätsrichtlinie für die NordLB spielte, ist bereits oben (Randnummern 40f.) erwähnt worden. Mit der Einbringung der LTS erhöhte sich das Kernkapital der NordLB erheblich, und zwar ohne Akquisitions- und Verwaltungskosten. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber hätte bei Zufuhr von Kapital mit dem relativ und absolut großen Betrag der LTS-Vermögensmasse wahrscheinlich einen Aufschlag verlangt. Auf der anderen Seite ist eine Stammkapitalzufuhr von etwa 1,5 Mrd. DEM in eine der größten deutschen Universalbanken gerade im Hinblick auf den außerordentlichen Kapitalbedarf europäischer Kreditinstitute wegen der Solvabilitätsrichtlinie nicht als außerhalb jeglicher normalen geschäftlichen Dimension anzusehen. Es kommt hinzu, dass ein großes Volumen als Indiz für die Stammkapitalähnlichkeit einer Vermögenseinlage herangezogen werden kann, denn zum Einbringungszeitpunkt Ende 1991 waren großvolumige Stille Einlagen am Markt untypisch. Es würde daher eine unzulässige doppelte Berücksichtigung des Volumens bedeuten, wenn bei einer stammkapitalähnlichen Investition das Volumen des übertragenen Vermögens herangezogen würde, um einen weiteren Aufschlag zu rechtfertigen. Die Kommission sieht somit zugunsten der NordLB davon ab, einen Aufschlag unter dem Gesichtspunkt des Volumens der Vermögensübertragung zu erheben. Ebenso geht die Verständigung davon aus, dass wegen des Volumens des übertragenen Vermögens kein Aufschlag erfolgen soll.
- (154) Schließlich ist auf die fehlende Fungibilität der Anlage hinzuweisen, d. h. die fehlende Möglichkeit, das investierte Kapital jederzeit auch wieder aus dem Unternehmen abzuziehen. Normalerweise kann ein Kapitalgeber ein Eigenkapitalinstrument auf dem Markt an Dritte verkaufen

und damit seine Investition beenden. Eine normale Zuführung von Stammkapital läuft bei genauer Betrachtung folgendermaßen ab: Der Investor bringt auf der Aktivseite der Bilanz Vermögen ein (sei es als Bar- oder als Sacheinlage). Dem entspricht auf der Passivseite im Regelfall ein handelbarer Anteil zugunsten des Investors, z. B. bei einer Aktiengesellschaft sind dies Aktien. Diese Aktien kann er an Dritte veräußern. Damit kann er zwar nicht seinen ursprünglich eingebrachten Vermögenswert wieder abziehen. Denn dieser zählt nun zum haftenden Eigenkapital der Gesellschaft und ist seiner Disposition entzogen. Er kann aber durch die Veräußerung der Aktie — je nach Börsenkurs — den wirtschaftlichen Gegenwert realisieren. Seine Kapitalanlage ist damit fungibel. Wegen der besonderen Umstände der Übertragung des LTS-Vermögens steht dem Land diese Möglichkeit nicht offen. Dennoch sieht die Kommission keinen Anlass für einen weiteren Aufschlag. Zwar hatte das Land nicht die Möglichkeit, durch die freie Handelbarkeit der Anlage den wirtschaftlichen Gegenwert zu realisieren, allerdings bestand und besteht jederzeit die Möglichkeit, das Zweckvermögen per Gesetz wieder aus der NordLB herauszulösen und gegebenenfalls durch erneute Einbringung in andere Institute höhere Renditen zu erzielen. Auch hier geht die Verständigung zwischen dem BdB, dem Land und der NordLB davon aus, dass wegen mangelnder Fungibilität des Vermögens kein Aufschlag erfolgen sollte.

- (155) Die Kommission hält daher insgesamt einen Renditeaufschlag von 0,3 % p.a. (nach Unternehmenssteuern) für den Verzicht auf zusätzliche Stimmrechte für sachgerecht.
- (vi) **Keine Verringerung des Entgeltes wegen der Vereinbarung einer Pauschalvergütung**
- (156) Bei Aktien hängt die Vergütung direkt von den Ergebnissen des Unternehmens ab und äußert sich hauptsächlich in Form von Dividenden und einer Beteiligung an dem Wertzuwachs des Unternehmens (z. B. ausgedrückt durch Aktienkurssteigerungen). Das Land erhält eine Pauschalvergütung, in deren Höhe diese beiden Aspekte des Entgelts für eine „normale“ Kapitalzufuhr zum Ausdruck kommen sollten. Es ließe sich argumentieren, dass die feste Vergütung, die das Land anstelle eines direkt mit den Ergebnissen der NordLB verknüpften Entgelts erhält, einen Vorteil darstellt, der eine Reduzierung des Entgeltsatzes rechtfertigt. Ob eine solche feste Vergütung tatsächlich günstiger ist als eine variable, gewinnbezogene, hängt von den Ergebnissen des Unternehmens in der Zukunft ab. Verschlechtern sich diese, ist der Pauschalsatz für den Kapitalgeber von Vorteil, verbessern sich diese jedoch, ist er von Nachteil. Die tatsächliche Entwicklung kann jedoch nicht nachträglich zur Beurteilung der Anlageentscheidung herangezogen werden. In Anbetracht all dessen ist die Kommission der Ansicht, dass der Entgeltsatz aus diesem Grunde nicht zu reduzieren ist.
- (vii) **Gesamtvergütung**

- (157) Aufgrund all dieser Überlegungen gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass eine angemessene Vergütung für das fragliche Kapital 6,76 % p.a. (nach Unternehmenssteuern) betragen würde, nämlich 10,03 % normale Rendite für das

fragliche Investment, zuzüglich 0,3 % wegen der Besonderheiten der Transaktion, abzüglich 3,57 % wegen des Finanzierungsaufwandes, welcher der NordLB wegen der fehlenden Liquidität des übertragenen Vermögens entsteht.

Land das Recht besitzt, Zinsen und Tilgungen, die in die LTS-Fördervermögen zurückfließen, zu entnehmen, soweit der Verkehrswert der Fördervermögen 1,5 Mrd. DEM übersteigt.

(viii) **Angemessene Vergütung für den Betrag von ca. 100 Mio. DEM**

- (158) Wie bereits dargelegt, ist auch der Eigenkapitalanteil in Höhe von ca. 100 Mio. DEM jährlich für die NordLB von materiellem Wert und seine ökonomische Funktion ließe sich mit der einer Bürgschaft oder Haftung vergleichen. Um sich einem derartigen Risiko auszusetzen, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine angemessene Vergütung verlangen. Die Verständigung zwischen dem BdB, dem Land und der NordLB äußert sich zu dieser Frage nicht.
- (159) In dem Beschluss zur Eröffnung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag führte die Kommission einen Satz von 0,3 % p.a. (nach Steuern) an, den Deutschland als angemessene Avalprovision für eine Bank wie der NordLB genannt hatte. Eine Erhöhung dieser Vergütung wegen eines besonders hohen Umfangs der „Bürgschaft“ scheint bei ca. 100 Mio. DEM nicht angebracht. Auch für die beiden Jahre, in denen deutlich mehr als 100 Mio. DEM zur Verfügung stand, den Jahren 1992 und 1993, scheint der Kommission ein Aufschlag nicht gerechtfertigt. Eine Erhöhung dieses Satzes wegen des Umstands, dass das LTS-Fördervermögen der NordLB prinzipiell unbegrenzt zur Verfügung steht, ist daneben aus den gleichen Gründen zweifelhaft, aus denen auch kein Aufschlag bei der Vergütung für das Kapital, das für das Wettbewerbsgeschäft zur Verfügung steht, vorgenommen wurde.
- (160) Die Garantieprämie stellt eine Betriebsausgabe für die NordLB dar und schmälert daher den steuerbaren Gewinn. Die Vergütung, die dem Land Niedersachsen für das LTS-Vermögen zu zahlen ist, wird aus den Gewinnen nach Steuern gezahlt. Daher ist der Satz von 0,3 % grundsätzlich durch den Steuersatz anzupassen. Ebenso wie bei den Refinanzierungskosten geht die Kommission — in diesem Fall zugunsten der NordLB — von einem einheitlichen Gesamtsteuersatz von 50 % aus. Die Kommission legt deshalb den Satz von 0,15 % p.a. nach Steuern fest.
- f) DAS BEIHILFEELEMENT
- (161) Nach obigen Berechnungen hält die Kommission ein Entgelt von 6,76 % p.a. nach Steuern für den Teil des Kapitals, der von der NordLB zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit verwendet werden kann, nämlich ca. 1,4 Mrd. DEM, und von 0,15 % p.a. nach Steuern für den Unterschied zwischen diesem Teil und dem in der NordLB-Bilanz als Eigenkapital in der Bilanz ausgewiesenen Betrag von 1,5 Mrd. DEM, also ca. 100 Mio. DEM, für marktkonform.
- (162) Die NordLB zahlt gegenwärtig ein Entgelt von 0,5 % p.a. nach Steuern auf den Betrag, der tatsächlich zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts genutzt wird. Dieses Entgelt wurde zum ersten Mal für das Jahr 1992 gezahlt.
- (163) Neben dem Entgelt von 0,5 % p.a. nach Steuern betrachtet es Deutschland als weiteren Vergütungsbestandteil, dass das Land das Recht besitzt, Zinsen und Tilgungen, die in die LTS-Fördervermögen zurückfließen, zu entnehmen, soweit der Verkehrswert der Fördervermögen 1,5 Mrd. DEM übersteigt.
- (164) Die Kommission ist der Ansicht, dass sich ein Marktinvestor nicht darauf eingelassen hätte, eine Vergütung aus Einkünften zu erhalten, die vom Verhalten der Bank, die die Fördervermögen verwaltet, abhängig sind. Darüber hinaus hat die NordLB wirtschaftlich von dem 1,5 Mrd. DEM übersteigenden Teil des Vermögens nicht profitiert (dem entsprechend ist insofern auch keine Vergütung zu leisten). Entnahmen aus diesem Teil des LTS-Fördervermögens können somit auch nicht als weitere Vergütung gesehen werden, weil sie wirtschaftlich nicht von der NordLB getragen werden, sondern von vornherein dem Land zustehen.
- (165) Daneben behauptet Deutschland, dass ein Grund für die Übertragung potentielle Synergien waren und nicht die Erhöhung des Eigenkapitals der NordLB. Die Übertragung der Fördervermögen hatte jedoch zumindest auch den Zweck, den Anforderungen aus der Solvabilitätsrichtlinie zu genügen. Falls für die LTS Synergien und Einsparungen entstehen, kommt dies der LTS durch Reduzierung der Kosten zugute, kann aber nicht als Gegenleistung der NordLB für die Bereitstellung von Basiseigenmittel angesehen werden. Da sich durch diese Synergien weder die Verwendbarkeit des übertragenen Kapitals für die NordLB vermindert, noch die aus der Übertragung resultierenden Kosten für die NordLB erhöhen, dürften die Synergien auch keinen Einfluss auf die Höhe des Entgelts haben, das von einem nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnden Kapitalgeber für das bereitgestellte Eigenkapital von der Bank verlangt werden könnte. Auch im Falle eines tatsächlichen Vorteils für das Land infolge von Synergien wäre jeder Wettbewerber aufgrund der Konkurrenz gezwungen gewesen, dem Land für das Finanzinstrument (LTS) zuzüglich zu einem angemessenen Entgelt für das bereitgestellte Eigenkapital eine „Vergütung“ in Form solcher Vorteile zu „zahlen“. Im Übrigen entstehen Synergien infolge eines Zusammenschlusses normalerweise in den beiden am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Es ist schwer zu verstehen, warum die NordLB von diesen Vorteilen überhaupt nicht profitieren sollte. Die Kommission vertritt also die Auffassung, dass es sich bei etwaigen Synergieeffekten nicht um eine von der NordLB für die Übertragung der LTS gezahlte Vergütung handelt.
- (166) Schließlich führt auch der so genannte Eigentümereffekt nicht dazu, von einer höheren Vergütung als 0,5 % p.a. auszugehen. Wie oben bereits dargelegt wurde, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber, der bereits Anteile in einem Unternehmen besitzt, nicht auf eine volle direkte Vergütung verzichten, wenn ein oder mehrere Anteilseigner von der Kapitaleinbringung profitieren, ohne selbst einen entsprechenden Beitrag zu leisten. Da der NSGV keinen dem Land entsprechenden Kapitalbeitrag

Jahr	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
1. Für das Wettbewerbsgeschäft zur Verfügung stehender Anteil	1 400	1 390	1 390	1 390	1 390	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2. Restbetrag (Unterschied zu 1 500 Mio. DM)	100	110	110	110	110	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Entgelt von 6,76 % p.a. (nach Steuern) für 1.	94,64	93,96	93,96	93,96	93,96	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Entgelt von 0,15 % p.a. (nach Steuern) für 2.	0,15	0,16	0,16	0,16	0,16	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Marktkonformes Entgelt insgesamt	94,79	94,12	94,12	94,12	94,12	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tatsächliches Entgelt (nach Steuern) (0,5 %)	7	6,95	6,95	6,95	6,95	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Beihilfeelement	87,79	87,17	87,17	87,17	87,17	87,17	85,88	85,88	85,88	85,88

Seit dem 1. Januar 1999 wird die DEM zum Kurs von 1,95583 in Euro umgerechnet. Die Angaben in DEM sind dem entsprechend in Euro umzurechnen.

(169) Die Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung von 0,5 % p.a. und der angemessenen Vergütung von 6,76 % p.a. (für den Teil des LTS-Fördervermögens der für das Wettbewerbsgeschäft der NordLB genutzt werden kann) sowie den 0,15 % p.a. (auf den Teil des Vermögens der einer Bankbürgschaft gleicht) stellt somit eine Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag dar.

(170) Das Beihilfelement für die Zeit seit der Gewährung der Beihilfe bis Ende 2003 beträgt in Deutschen Mark ausgedrückt 923,82 Mio. DEM. Dieser Betrag ist in Euro umzurechnen und beläuft sich auf 472,34 Mio. Euro. Das LTS-Vermögen steht der NordLB weiterhin zur Verfügung. Das Beihilfelement erhöht sich daher fortlaufend.

4. VEREINBARKEIT DER MASSNAHME MIT DEM EG-VERTRAG

(171) Es lässt sich daher feststellen, dass sämtliche Kriterien des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt sind und die Übertragung der LTS Fördervermögen folglich eine staatliche Beihilfe im Sinne des betreffenden Artikels beinhaltet. Hiervon ausgehend muss untersucht werden, ob die Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann. Allerdings ist zu bemerken, dass Deutschland im Hinblick auf etwaige Beihilfelemente im Rahmen der Übertragung der Fördervermögen nur die Ausnahmebestimmung des Artikels 86 Absatz 2 EG-Vertrag geltend gemacht hat.

(172) Keine der Ausnahmebestimmungen des Artikels 87 Absatz 2 EG-Vertrag 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.

(173) 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 europäischem Interesse gefördert. Die Förderung der Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes sind ebenso wenig Ziel der Beihilfe.

(174) Da der wirtschaftliche Fortbestand der NordLB nicht auf dem Spiele stand, als die Maßnahme durchgeführt wurde, stellt sich nicht die Frage, ob der Zusammenbruch eines einzigen großen Kreditinstituts wie der NordLB 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.

(175) 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 NordLB wird nicht als ein Unternehmen in Schwierigkeiten bezeichnet, dessen Wiedererlangung der Rentabilität durch staatliche Beihilfen unterstützt werden sollte.

(176) Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag, der unter bestimmten Umständen Ausnahmen von den Vertragsvorschriften 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⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Dieser Bericht wurde dem Rat Wirtschaft und Finanzen am 23. November 1998 vorgelegt, allerdings nicht veröffentlicht. Er ist bei der Generaldirektion IV — Wettbewerb der Kommission erhältlich, ebenso wie auf der Internet-Webseite der Kommission.

(177) Deutschland trägt vor, bei einer eventuellen Begünstigung der NordLB durch die Übertragung der LTS-Fördervermögen habe es sich nur um eine Kompensation für die der NordLB durch die Wahrnehmung ihres öffentlichen Auftrags entstehenden Kosten gehandelt. Die NordLB sei nicht nur Landesbank, sondern im Raum Braunschweig auch Sparkasse. Sie erfülle daher nicht nur den klassischen öffentlichen Auftrag von Landesbanken mit den damit verbundenen Kosten, sondern auch eine Sparkassenfunktion.

(178) Deutschland hat die Kosten für die angegebenen öffentlichen Aufgaben der NordLB allerdings nicht quantifiziert. Die Kommission kann schon deshalb keine Ausnahme von der Anwendung des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag aufgrund von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag anerkennen. Zudem ist klar, dass die Übertragung durchgeführt wurde, um die NordLB in die Lage zu versetzen, den neuen Eigenkapitalanforderungen gerecht zu werden. Nicht als Kompensation für einen öffentlichen Auftrag der NordLB.

(179) 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 Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden.

5. KEINE BESTEHENDE BEIHILFE

(180) Entgegen dem Vorbringen Deutschlands kann die Übertragung der LTS-Fördervermögen auch nicht als von der bestehenden Beihilfenregelung Anstaltslast und Gewährträgerhaftung abgedeckt angesehen werden.

(181) Zum einen ist der Tatbestand der Gewährträgerhaftung als einer Ausfallhaftung gegenüber Gläubigern für den Fall, dass das Vermögen der Bank zu deren Befriedigung nicht ausreicht, von vornherein nicht erfüllt. Die Kapitalzufuhr richtet sich weder auf die Befriedigung der Gläubiger der NordLB noch war das Vermögen der NordLB erschöpft.

(182) Zum anderen greift auch der Tatbestand der Anstaltslast nicht ein. Die Anstaltslast verpflichtet den Anstaltsträger (Land Niedersachsen, NSGV), die NordLB mit den Mitteln auszustatten, die für den ordnungsgemäßen Betrieb der Landesbank erforderlich sind, sofern er sich für deren Fortführung entscheidet. Die NordLB war zum Zeitpunkt der Kapitalzufuhr aber keineswegs in einer Lage, in der ein ordnungsgemäßer Betrieb nicht mehr möglich war. Die Kapitalzuführung war also zur Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Betriebs der NordLB nicht erforderlich. Vielmehr erfolgte die Kapitalzuführung angesichts der neuen Eigenkapitalanforderungen der Solvabilitätsrichtlinie um eine ansonsten erforderliche geordnete Reduzierung des Geschäftsvolumens der Landesbank zu vermeiden bzw. der Landesbank eine Ausweitung zu ermöglichen. Die NordLB konnte daher im Sinne eines bewussten wirtschaftlichen Kalküls des Landes als Miteigentümer auch künftig Marktchancen im Wettbewerb wahrnehmen. Auf eine solche

normale wirtschaftliche Entscheidung des Landes ist die „Notvorschrift“ der Anstaltslast nicht anwendbar. Mangels einer anderen anwendbaren bestehenden Beihilferegelung gemäß Art. 87 Absatz 1, 88 Absatz 1 EG-Vertrag ist die Kapitalzufuhr daher als neue Beihilfe im Sinne von Art. 87 Absatz 1, 88 Absatz 3 EG-Vertrag einzuordnen.

VI. SCHLUSSFOLGERUNG

(183) Die Kommission stellt fest, dass Deutschland die neue Beihilfemaßnahme unter Verstoß gegen Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag in rechtswidriger Weise gewährt hat.

(184) Die Beihilfe kann weder aufgrund von Artikel 87 Absatz 2 bzw. Absatz 3 EG-Vertrag noch aufgrund einer anderen Vertragsbestimmung als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden. Demnach wird die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt, muss abgeschafft werden und muss das Beihilfeelement der rechtswidrigen Maßnahme von Deutschland zurückgefordert werden.

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

1. Die Differenz zwischen der angemessenen Vergütung in Höhe von 6,76 % p.a. (nach Unternehmenssteuern und vor Investorensteuern) und der zwischen der Norddeutschen Landesbank — Girozentrale und dem Land Niedersachsen vereinbarten Vergütung in Höhe von 0,5 % p.a. (nach Unternehmenssteuern, vor Investorensteuern) für den Teil des übertragenen Kapitals, den die Norddeutsche Landesbank- Girozentrale ab dem 1. Januar 1992 zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts nutzen konnte, ist eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe.

2. Der Verzicht auf eine angemessene Vergütung in Höhe von 0,15 % p.a. (nach Unternehmenssteuern und vor Investorensteuern) für den Teil des auf die Norddeutsche Landesbank — Girozentrale übertragenen Kapitals, den diese ab dem 1. Januar 1992 als Garantie nutzen konnte, ist eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe.

3. Der Betrag der in den Absätzen 1 und 2 genannten Beihilfen beläuft sich für den Berechnungszeitraum vom 1. Januar 1992 bis zum 31. Dezember 2003 auf 472,34 Mio. EUR.

Artikel 2

1. Deutschland schafft die in Artikel 1 Absätze 1 und 2 genannten Beihilfen bis spätestens 31. Dezember 2004 ab.

2. Deutschland ergreift alle notwendigen Maßnahmen, um die in Artikel 1 Absätze 1 und 2 genannten, rechtswidrig zur Verfügung gestellten Beihilfen von der Empfängerin zurückzufordern.

Die gemäß Artikel 1 Absätze 1 und 2 zurückzufordernden Beihilfen umfassen Folgendes:

a) für den Berechnungszeitraum vom 1. Januar 1992 bis 31. Dezember 2003 den in Artikel 1 Absatz 3 genannten Betrag;

- b) für den Berechnungszeitraum vom 1. Januar 2004 bis zum Zeitpunkt der Abschaffung der Beihilfen, einen Betrag, der nach Maßgabe der in Artikel 1 Absätze 1 und 2 genannten Berechnungsmethoden 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.

Die Zinsen werden gemäß den Bestimmungen des Kapitels V der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission ⁽¹⁾ 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

Mario MONTI

Mitglied der Kommission

⁽¹⁾ ABl. L 140 vom 30.4.2004, S. 1.

ANHANG

INFORMATIONEN HINSICHTLICH DER DURCHFÜHRUNG DER ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

1. **Kalkulation des Betrags, der zurückgefordert werden soll**

- 1.1. Liefern Sie bitte die folgenden Einzelheiten über die Höhe des Betrages der rechtswidrigen Beihilfen, die dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden sind:

Datum der Zahlung (°)	Höhe der Beihilfe (*)	Währung	Identität des Begünstigten

(°) Datum, an dem die Beihilfe oder einzelne Raten der Beihilfe dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden ist (insofern eine Maßnahme aus mehreren Raten und Vergütungen besteht, getrennte Reihen verwenden)

(*) Höhe der Beihilfe, die dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden ist (in Brutto-Beihilfenäquivalenten)

Anmerkungen:

- 1.2. Erklären Sie bitte ausführlich, wie die Zinsen, die auf die zurückzufordernde Beihilfe gezahlt werden müssen, berechnet werden.

2. **Schon ergriffene oder geplante Maßnahmen, um die Beihilfe zurückzufordern**

- 2.1. Beschreiben Sie bitte im Einzelnen, welche Maßnahmen schon ergriffen worden sind, und welche Maßnahmen geplant werden, um eine unmittelbare und effektive Rückforderung der Beihilfe durchzuführen. Bitte erklären Sie ebenfalls, welche alternativen Maßnahmen im nationalen Recht bestehen, um die Rückforderung durchzuführen. Teilen Sie bitte, soweit vorhanden, die Rechtsgrundlage für die ergriffenen/geplanten Maßnahmen mit.
- 2.2. Bis zu welchem Datum wird die Rückforderung der Beihilfe abgeschlossen sein?

3. **Schon bewirkte Rückforderung**

- 3.1. Liefern Sie bitte die folgenden Einzelheiten über die Beihilfen, die vom Begünstigten bereits zurückgefordert worden sind:

Datum (°)	Zurückgestatteter Betrag	Währung	Identität des Begünstigten

(°) Datum, an dem die Beihilfe zurückerstattet worden ist

- 3.2. Belegen Sie bitte die Rückerstattung der Beihilfebeträge, die in der oberen Tabelle unter Punkt 3.1 spezifiziert worden sind.

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 20. Oktober 2004

über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Bayerischen Landesbank — Girozentrale

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3927)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(200/739/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) Gegenstand des Verfahrens ist die Übertragung von Wohnungsbauförderdarlehen durch den Freistaat Bayern auf die Bayerische Landesbank — Girozentrale („BayernLB“). Das Verfahren steht im Zusammenhang mit sechs weiteren Verfahren gegen Deutschland wegen Vermögensübertragungen auf Landesbanken, insbesondere der Westdeutschen Landesbank Girozentrale („WestLB“).

(2) Die Kommission übermittelte Deutschland am 12. Januar 1993 ein Auskunftsersuchen bezüglich einer Kapitalerhöhung von 4 Mrd. DEM bei der WestLB durch die Integration der Wohnungsbauförderanstalt („Wfa“) sowie ähnlicher Erhöhungen von Eigenmitteln der Landesbanken anderer Bundesländer. Deutschland wurde gebeten anzugeben, bei welchen Landesbanken es zur Übertragung von Fördervermögen gekommen ist und welche Gründe die Transaktionen rechtfertigen könnten.

(3) Die deutschen Behörden übermittelten Antwortschreiben mit Datum vom 16. März 1993 und 17. September 1993. Weitere Informationen wurden von der Kommission mit Schreiben vom 10. November 1993 und 13. Dezember 1993 angefordert und von Deutschland mit Schreiben vom 8. März 1994 übermittelt.

(4) 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 durch Gesetz vom 23. Juli 1994 Wohnungsbauförderdarlehen in das haftende Eigenkapital der BayernLB eingebracht würden. Der BdB sah in der damit verbundenen Erhöhung der Eigenmittel der BayernLB 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.

(5) Die Beschwerde bezog sich des Weiteren auf ähnliche Vermögensübertragungen zugunsten der Westdeutschen Landesbank, der Norddeutschen Landesbank, der Landesbank Schleswig-Holstein, der Hamburger Landesbank bzw. der Landesbank Berlin. Im Februar und März 1995 und Dezember 1996 traten mehrere einzelne Banken der Beschwerde ihres Verbandes bei.

(6) Mit Schreiben vom 6. August 1997 und vom 30. Juli 1998 informierte der BdB die Kommission über zwei weitere Vermögensübertragungen in Schleswig-Holstein und Hessen zugunsten der Landesbank Schleswig-Holstein und der Landesbank Hessen-Thüringen.

(7) 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 entschied sie schließlich im Jahr 1999, die Beihilfemaßnahme (die Differenz zwischen der gezahlten Vergütung und der marktüblichen Vergütung)

⁽¹⁾ ABL C 81 vom 4.4.2003, S. 13

⁽²⁾ ABL C 140, 5.5.1998, S. 9 (Eröffnungsentscheidung).

für mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären und die Rückforderung der Beihilfe anzuordnen⁽³⁾. 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 in Kenntnis einer Verständigung zwischen dem Beschwerdeführer und allen betroffenen Landesbanken (mit Ausnahme der Helaba) sowie den jeweiligen Ländern eine neue Entscheidung, die den Kritikpunkten des Gerichts Rechnung trug.

- (8) Am 1. September 1999 übermittelte die Kommission Deutschland ein Auskunftersuchen, das die Übertragungen auf die anderen Landesbanken betraf. Die Bundesregierung übersandte daraufhin mit Schreiben vom 8. Dezember 1999 Informationen zur Übertragung der Wohnungsbauförderdarlehen des Landes auf die BayernLB, die nach weiteren Informationsgesuchen der Kommission mit Schreiben der Bundesregierung vom 22. Januar 2001 und vom 3. Juli 2001 ergänzt wurden.
- (9) Mit Schreiben vom 13. November 2002 unterrichtete die Kommission Deutschland von ihrem Beschluss, hinsichtlich der Übertragung der Wohnungsbauförderdarlehen des Freistaates Bayern auf die BayernLB 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, die Landesbank Schleswig-Holstein — Girozentrale, die Hamburgische Landesbank — Girozentrale und die Landesbank Hessen-Thüringen eröffnet. Zuvor hatte die Kommission bereits im Juli 2002 das Verfahren wegen einer weiteren ähnlichen Übertragung von Fördervermögen durch das Land Berlin auf die Landesbank Berlin eröffnet.
- (10) Die Entscheidungen zur Eröffnung der Verfahren wurden im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Die Kommission forderte die sonstigen Beteiligten zur Stellungnahme auf.
- (11) Mit Schreiben vom 15. April 2003 nahm Deutschland zu der Verfahrenseröffnung in Sachen BayernLB Stellung.
- (12) Mit Schreiben vom 29. Juli 2003 nahm der BdB zu allen Eröffnungsentscheidungen vom 13. November 2002 gemeinsam Stellung.
- (13) Auf ein weiteres Auskunftersuchen der Kommission, datiert auf den 5. September 2003, übermittelte Deutschland mit Schreiben vom 24. Oktober weitere Informationen und ging auf die Stellungnahme des BdB zur BayernLB ein. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2003 übermittelte Deutschland Ausführungen der Landesregierung

Nordrhein-Westfalen und der WestLB zur Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken, die sich auch auf das Verfahren wegen der Übertragung der Wohnungsbauförderdarlehen auf die BayernLB bezieht.

- (14) Mit Schreiben Deutschlands vom 15. März 2004 wurde die Kommission über eine Änderung der Satzung der BayernLB zum 5. März 2004 unterrichtet, wonach das übertragene Zweckvermögen unbeschadet seiner Funktion als haftendes Eigenkapital nicht mehr zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts der BayernLB zur Verfügung steht. Weitere Auskunftersuchen der Kommission vom 7. April 2004, 27. April 2004 sowie vom 23. Juni 2004 beantwortete Deutschland mit Schreiben vom 1. Juni 2004 und 6. Juli 2004. Das letzte Auskunftersuchen der Kommission vom 27. Juli 2004 beantwortete Deutschland mit Schreiben vom 18. August 2004.
- (15) Am 19. Juli 2004 übermittelten der Beschwerdeführer BdB, das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB AG eine vorläufige Verständigung über die angemessene Vergütung für das übertragene Vermögen. Diese Vergütung sollte nach ihrer Ansicht der Entscheidung der Kommission zugrunde gelegt werden. Die endgültige Fassung dieser Verständigung erreichte die Kommission am 13. Oktober 2004. Ebenso übermittelten der BdB, der Freistaat Bayern und die BayernLB am 10. September 2004 eine vorläufige Verständigung über die angemessene Vergütung für das übertragene Zweckvermögen. In der Folgezeit gingen mehrere Schreiben dieser Beteiligten sowie Deutschlands bei der Kommission ein. Die endgültige Fassung der Verständigung bezüglich der Übertragung des Zweckvermögens auf die BayernLB erreichte die Kommission ebenfalls am 24. September 2004. Daneben erfolgten mit Ausnahme im Fall Helaba auch in den anderen Fällen wegen Vermögensübertragungen auf Landesbanken entsprechende Verständigungen, die der Kommission übermittelt wurden.

II. AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER MASSNAHMEN

1. DIE BAYERISCHE LANDESBANK — GIROZENTRALE

- (16) Die Bayerische Landesbank Girozentrale (BayernLB) mit Sitz in München ist mit einer Konzernbilanzsumme von 313 Mrd. Euro (Stichtag 31. Dezember 2003) eine der größten Banken Deutschlands. Sie entstand 1972 aus der Fusion von Landesbodenkreditanstalt („LABO“) und Bayerischer Gemeindebank (Girozentrale)⁽⁵⁾. Die Bank ist ein öffentlich-rechtliches Kreditinstitut und führt die Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Eigentümer der BayernLB sind — indirekt — zu je 50 Prozent der Freistaat Bayern und der Bayerische Sparkassen- und Giroverband (Sparkassenverband Bayern). Die Anteilseigner verständigten sich im Jahre 2002 darauf, ihre Anteile an der BayernLB gegen die Gewährung von Aktien auf die BayernLB Holding AG zu übertragen, an der der Freistaat Bayern und der Sparkassenverband ebenfalls zu 50 % beteiligt sind. Die BayernLB Holding AG ist mit der alleinigen Trägerschaft für die Bayerische Landesbank beliehen und ist selbst kein Kreditinstitut.

⁽⁵⁾ Artikel 1 des Gesetzes über die Errichtung der Bayerischen Landesbank — Girozentrale.

⁽³⁾ ABl. L 150, 23.6.2000, S. 1; es wurden Rechtsmittel eingelegt 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 in den verbundenen Rechtssachen T-228/99 und T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission, Slg. 2003, II-435.
Norddeutsche Landesbank: ABl. C 81 vom 4.4.2003, S. 2; Bayerische Landesbank: ABl. C 81 vom 4.4.2003, S. 13; Hamburgische Landesbank: ABl. C 81 vom 4.4.2003, S. 24; Landesbank Hessen-Thüringen: ABl. C 73 vom 26.3.2003, S. 3 und Landesbank Schleswig-Holstein: ABl. C 76 vom 28.3.2003, S. 2.

- (17) Für das Jahr 2003 wurden im Geschäftsbericht eine Kernkapitalquote von 7,8 % und eine Eigenmittelquote von 11,3 % ausgewiesen. Die Eigenkapitalrentabilität lag im Jahre 2002 bei 4,3 % und im Jahre 2003 bei 4,9 %, was einen starken Rückgang im Vergleich zu den Vorjahren bedeutet, in denen die Eigenkapitalrentabilität noch 15,5 % (2000) und 18,7 % (1999) betrug.
- (18) Aufgrund ihrer Eigentümerstruktur fungiert die BayernLB als Hausbank des Freistaats Bayern und als Zentralinstitut der Bayerischen Sparkassen. In enger Kooperation mit Verbundpartnern trägt sie nach eigenen Angaben zur nachhaltigen Sicherung und Stärkung des Wirtschaftsstandortes Bayern bei. Darüber hinaus agiert die BayernLB als eine internationale Wholesale-Bank, die im Investment- und Commercial Banking-Geschäft aktiv ist. Ferner ist sie nach eigenen Angaben eines der größten deutschen Emissionshäuser. Ihre Zielkunden sind Staats- und Kommunalkunden, Sparkassen, multinationale Konzernkunden, inländische Firmenkunden, private und gewerbliche Immobilienkunden sowie institutionelle Kunden und Finanzinstitutionen. Als rechtlich unselbständige Anstalten unterhält die BayernLB die Bayerische Landesbodenkreditanstalt (LABO) als Organ der staatlichen Wohnungspolitik und die Landesbausparkasse Bayern (LBS).
- (19) Mit ihren über 9.000 Mitarbeitern ist der BayernLB Konzern an den wichtigen Finanzzentren der Welt präsent. In den europäischen Kernmärkten einschließlich Mittel- und Osteuropa, in Nordamerika und in Asien bietet die BayernLB über eigene Niederlassungen, Repräsentanzen und Beteiligungen ihren Kunden eine umfassende Palette des Bankgeschäfts an. Nach einer Redimensionierung des Stützpunktenetzes im Jahre 2003 verfügt die BayernLB heute neben zwei Stützpunkten in Bayern und 15 Vertriebsdirektionen der LBS-Bayern in Europa über vier und weltweit über neun Stützpunkte.
- (20) Die 84 bayerischen Sparkassen (31. Dezember 2003), die Versicherungskammer Bayern, die Landesbausparkasse (LBS) und die Bayerische Landesbank bilden die Sparkassen-Finanzgruppe Bayern. Im Rahmen dieses Verbunds werden entsprechend dem „Allfinanzkonzept“ alle Dienstleistungen des Finanzsektors angeboten.

2. DIE ÜBERTRAGUNG DER WOHNUNGSBAUFÖRDERDARLEHEN AUF DIE BAYERNLB

- (21) Im Zuge der Stärkung der nationalen und internationalen Wettbewerbsfähigkeit der BayernLB hat der Landtag des Freistaates Bayern am 23. Juli 1994 das „Gesetz über die Bildung eines Zweckvermögens durch Übertragung von Treuhandforderungen des Freistaates Bayern in das haftende

Eigenkapital der Bayerischen Landesbank Girozentrale (Zweckvermögensgesetz)“ beschlossen ⁽⁶⁾. Gemäß Artikel 1 Absatz 1 des Zweckvermögensgesetzes wird die Landesregierung ermächtigt, die seitens der LABO verwalteten Landesmittel der Jahre 1957 bis 1990 an die BayernLB zur Bildung einer Sonderrücklage zu übertragen. Das übertragene Zweckvermögen solle weiterhin den Belangen des sozialen Wohnungsbaus dienen.

- (22) Laut der Gesetzesbegründung war eine Eigenkapitalaufstockung erforderlich, um die Fortsetzung der erfolgreichen Geschäftstätigkeit der BayernLB zu gewährleisten ⁽⁷⁾. Ein Unterlassen der Stärkung der Eigenkapitalbasis komme nicht in Frage, weil damit die Konkurrenzfähigkeit der BayernLB dauerhaft beeinträchtigt wäre. Laut Gesetzesbegründung solle durch die Übertragung bisheriger staatlicher Baudarlehenforderungen auf die BayernLB deren Eigenkapitalbasis gestärkt werden ⁽⁸⁾.
- (23) Die erste Tranche von offenen Forderungen aus Förderdarlehen in Höhe von rund 3 811 Mio. DEM wurde mit Wirkung zum 31. Dezember 1994 per Einbringungsvertrag vom 15. Dezember 1994 auf die BayernLB übertragen ⁽⁹⁾. Eine zweite Tranche von offenen Forderungen aus Förderdarlehen in Höhe von 1 216 Mio. DEM wurde mit Wirkung zum 31. Dezember 1995 per Einbringungsvertrag vom 28. Dezember 1995 auf die BayernLB übertragen. Damit wurde insgesamt Fördervermögen in Höhe von 5 027 Mio. DEM auf die BayernLB übertragen.

3. KAPITALANFORDERUNGEN NACH DER EIGENMITTELRICHTLINIE UND DER SOLVABILITÄTSRICHTLINIE

- (24) Nach der Richtlinie 89/647/EWG des Rates über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute ⁽¹⁰⁾ (im folgenden „Solvabilitätsrichtlinie“) und der Richtlinie 89/299/EWG des Rates über die Eigenmittel von Kreditinstituten ⁽¹¹⁾ (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.

⁽⁶⁾ Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 18/1994, S. 602.

⁽⁷⁾ Bayerischer Landtag, 12. Wahlperiode Drucksache 12/15851 vom 7. Juni 1994.

⁽⁸⁾ Bayerischer Landtag, 12. Wahlperiode Drucksache 12/15851 vom 7. Juni 1994.

⁽⁹⁾ Einbringungsvertrag zwischen dem Freistaat Bayern und der Bayerischen Landesbank Girozentrale vom 15. Dezember 1994.

Einbringungsvertrag für die 2. Tranche zwischen dem Freistaat Bayern und der Bayerischen Landesbank Girozentrale vom 28. Dezember 1995, der vollumfänglich auf die Regelungen des Einbringungsvertrages vom 15. Dezember 1994 verweist.

⁽¹⁰⁾ ABl. L 386 vom 30.12.1989, aufgehoben und ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG, Abl. Nr. L 126 vom 26.5.2000.

⁽¹¹⁾ ABl. L 124 vom 5.5.1989, aufgehoben und ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG, Abl. Nr. L 126 vom 26.5.2000.

- (25) Zum 30. Juni 1993 hatten die deutschen Banken ihre Ausstattung mit haftendem Kapital an die neuen Anforderungen gemäß der Solvabilitätsrichtlinie und der Eigenmittelrichtlinie anzupassen⁽¹²⁾. Bereits vor der Umsetzung der Solvabilitätsrichtlinie in deutsches Recht waren viele Landesbanken verhältnismäßig schwach mit haftendem Kapital ausgestattet. Für die betroffenen Kreditinstitute war es daher dringend notwendig, die Eigenkapitalbasis zu stärken, um eine Beschränkung ihrer Unternehmensexpansion zu verhindern oder wenigstens ihr bestehendes Geschäftsvolumen beibehalten zu können.
- (26) Wegen der angespannten Haushaltslage konnten die öffentlichen Anteilseigner jedoch kein frisches Kapital zuführen, wollten andererseits aber auch nicht privatisieren und zusätzliches Kapital über die Kapitalmärkte finanzieren. So beschloss man, Vermögens- bzw. Kapitalübertragungen vorzunehmen, z. B. im Falle der WestLB das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen („Wfa“). Im Falle der BayernLB wurden die genannten Wohnungsbauförderdarlehen allerdings erst nach diesem Datum eingebracht, dienten also unabhängig von diesem konkreten Anlass der Stärkung der Kapitalbasis zur Aufrechterhaltung bzw. Ausweitung der allgemeinen Geschäftsmöglichkeiten.

4. AUSWIRKUNGEN DER ÜBERTRAGUNG AUF DIE EIGENKAPITALAUSSTATTUNG DER BAYERNLB

- (27) Der Umfang der Geschäfte eines Kreditinstituts ist stark von der Eigenkapitalhöhe abhängig. Diese erhöhte sich durch die Übertragung der Wohnungsbauförderdarlehen von der LABO auf die BayernLB in nicht zu vernachlässigendem Ausmaß.
- (28) Vor Übertragung an die BayernLB wurden die einzubringenden Wohnungsbauförderdarlehen durch zwei Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft [...] (*) vom 5. Oktober 1994 und vom 30. April 1996 bewertet und der daraus abgeleitete Barwert der Darlehensforderungen wurde in Form einer Kapitalrücklage als Eigenkapital der BayernLB zugeführt. Der Barwert der ersten Tranche zum 31. Dezember 1994 bezifferte sich auf 655 Mio. DM, der Barwert der zweiten Tranche zum 31. Dezember 1995 bezifferte sich auf 542 Mio. DM. Insgesamt wurde damit eine Zweckrücklage von 1,197 Mrd. DEM gebildet.
- (29) Mit Schreiben vom 8. Mai 1996 teilte das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen⁽¹³⁾ („BAKred“) mit, die seitens der BayernLB gebildete Zweckrücklage in Höhe von 655 Mio.

DEM in dieser Höhe als haftendes Eigenkapital im Sinne des § 10 KWG anzuerkennen. Unter Einbeziehung der gesamten Zweckerücklage in Höhe von 1,197 Mrd. DEM als haftendes Kernkapital setzte das BAKred mit Schreiben vom 20. Dezember 1996 das haftende Eigenkapital der BayernLB, einschließlich des Ergänzungskapitals zum 23. Dezember 1996 auf den Betrag von 14,6 Mrd. DEM fest⁽¹⁴⁾. Der Anteil des Kernkapitals am haftenden Eigenkapital betrug damit insgesamt 8,8 Mrd. DM.

- (30) Die Kapitalzuführung mittels Zweckerücklage betrug daher, gemessen an Eigenmitteln in Höhe von 14,6 Mrd. DEM zum 31. Dezember 1995, rd. 8 % der zum 31. Dezember 1995 bereits bestehenden haftenden Eigenmittel und rd. 13 % des anerkannten Kernkapitals in Höhe von rund 8,8 Mrd. DEM.
- (31) Tatsächlich als Haftungsunterlegung nutzbar waren die Mittel nach den vorliegenden Informationen ab Zugang der Festsetzungen durch das BAKred, d. h. in Höhe von 655 Mio. DEM ab dem 20. Mai 1996 und in Höhe von 1,197 Mrd. DEM ab dem 23. Dezember 1996.
- (32) Tatsächlich hat die BayernLB nach Angaben Deutschlands die Zweckerücklage nur ein einziges Mal im Jahre 1998 und nur für die Dauer eines Monats mit einem Betrag in Höhe von 14 Mio. DEM belegt.
- (33) Deutschland führte ferner aus, dass der vom BAKred als Eigenmittel anerkannte Barwert der Zweckerücklage von 1,197 Mrd. DEM der BayernLB lediglich als Obergrenze für die Belegung mit Risikoaktiva zu verstehen sei und nicht dauerhaft und unverändert in dieser Höhe zur Kreditunterlegung zur Verfügung gestanden habe. Vielmehr habe der Barwert Schwankungen unterlegen, die vor allem auf die laufende Verwendung liquider Mittel zur Neuausreichung als Darlehen zurückzuführen gewesen seien, worüber gemäß § 1 Absatz 3 des Einbringungsvertrages allein der Freistaat zu entscheiden hatte⁽¹⁵⁾, aber auch auf gewährte Nachlässe auf die Darlehensschuld, die auf bestimmten Fördergesichtspunkten beruhten. So unterschritt der Barwert des Zweckvermögens im Jahre 1998 den aufsichtsrechtlich anerkannten Betrag von 1,197 Mrd. DEM in Höhe von [...] DEM und im Jahre 1999 um [...] EUR und musste durch die Heranziehung anderer Kapitalbestandteile ausgeglichen werden. Das Kapital stand damit nach Angaben Deutschlands nicht durchgängig in dem vom BAKred anerkannten Umfang zur Belegung mit Risikoaktiva zur Verfügung.

⁽¹⁴⁾ Schreiben des BAKred vom 20. Dezember 1996.

⁽¹⁵⁾ Dieses konnte, wie Deutschland dargelegt hat, bei einer längeren durchschnittlichen Laufzeit als ursprünglich vorgesehen zu einem niedrigeren Barwert und bei einer durchschnittlichen kürzeren Laufzeit zu einem höheren Barwert führen. Soweit der tatsächliche Barwert den vom BAKred anerkannten und bilanzierten Betrag von 1,197 Mrd. DEM überschritten hatte, wurde der Differenzbetrag als Rückstellung zum Ausgleich von Risiken aus der Veränderung des Barwertes verbucht werden.

⁽¹²⁾ Nach der Solvabilitätsrichtlinie haben Kreditinstitute Eigenmittel in Höhe von mindestens 8 % ihrer risikogewichteten Aktiva zu besitzen, während nach der alten deutschen Regelung eine Quote von 5,6 % verlangt war; allerdings beruhte diese Quote auf einer Eigenmitteldefinition, die enger war als die seit Inkrafttreten der Eigenmittelrichtlinie geltende.

(*) Vertrauliche Information

⁽¹³⁾ Jetzt Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („BaFin“)

(34) Die tatsächlichen Schwankungen hat Deutschland in folgendem Schaubild dargelegt (Schaubild 1):

	1994 TDM	1995 TDM	1996 TDM	1997 TDM	1998 TDM ->	1998 TEUR	1999 TEUR	2000 TEUR	2001 TEUR	2002 TEUR	2003 TEUR
Barwert Zweckvermögen	655 728	1 233 164	1 229 258	1 255 390	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Veränderung Barwert Zweckvermögen		577 436	- 3 906	26 132	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitalausweis Zweckrücklage	655 000	1 197 000	1 197 000	1 197 000	1 197 000	612 016	612 016	612 016	612 016	612 016	612 016
Differenz Barwert/ Kapitalausweis	728	36 164	32 258	58 390	[...] ⁽¹⁾	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(1) Dass durch die Verminderung um [...] DEM der aufsichtsrechtlich als Obergrenze anerkannte Betrag von 1,197 Mrd. DEM nur um [...] DEM unterschritten worden sei, gehe allein auf den (zufälligen) Umstand zurück, dass der Barwert im Jahre 1997 diese Obergrenze überschritten hatte.

5. VERGÜTUNG FÜR DIE ÜBERTRAGENEN EIGENMITTEL

(35) Gemäß § 4 Absatz 1 des Einbringungsvertrages zwischen dem Freistaat Bayern und der BayernLB vom 15. Dezember 1994 wurde für die durch die Übertragung zur Verfügung stehenden Mittel ein Entgelt, allerdings nur auf den jeweils in Anspruch genommenen Betrag, vereinbart. Laut Einbringungsvertrag betrug diese Zahlung 0,6 % zu Lasten des Betriebsergebnisses des Bankbereiches auf den tatsächlich zur Unterlegung von Wettbewerbsgeschäft in Anspruch genommenen Teil der eingebrachten Mittel, wobei die Vergütung mit der Feststellung der Bilanz für das jeweilige Geschäftsjahr fällig wurde ⁽¹⁶⁾. Bei der Festlegung dieses Vergütungssatzes wurde nach vorliegenden Angaben und Informationen Deutschlands berücksichtigt, dass die Zweckrücklage ohne Liquidität zur Verfügung gestellt wurde, so dass eine tatsächliche Geschäftsausweitung vollständig durch Aufnahme liquider Mittel refinanziert werden musste.

(36) Ferner wurde nach Angaben Deutschlands die Vergütung für das Zweckvermögen steuerlich als Gewinnverwendung eingeordnet, konnte also nicht als Betriebsausgabe abgezogen werden, und war somit die Vergütung daher nach Steuern zu entrichten.

(37) In Bezug auf die Bemessungsgrundlage für die zu bezahlende Vergütung wurde seitens Deutschlands im Verfahren angegeben, dass bei vollständiger Belegung der Zweckrücklage die vereinbarte Vergütung von 0,6 % p.a ⁽¹⁷⁾. etwa 7,2 Mio. DEM betragen hätte. Wie bereits erläutert, hat die BayernLB nach Angaben Deutschlands die Zweckrücklage nur ein einziges Mal im Jahre 1998 und nur für die Dauer eines Monats mit einem Betrag in Höhe von 14 Mio. DEM belegt, wofür eine Vergütung von 7 000 DEM geleistet wurde.

(38) Darüber hinaus hat die BayernLB gemäß § 6 Absatz 2 des Einbringungsvertrages vom 15. Dezember 1994 in

Verbindung mit § 2 des Einbringungsvertrages vom 28. Dezember 1995 an den Freistaat eine Gebühr in Höhe von 0,05 % für die Übernahme einer Ausfallbürgschaft für die Darlehen des Zweckvermögens gezahlt. Die gezahlten Beträge hat Deutschland im Einzelnen beziffert.

III. GRÜNDE FÜR DIE ERÖFFNUNG DES VERFAHRENS

(39) In ihrer Eröffnungsentscheidung vom 13. November 2002 kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Übertragung der Wohnungsbauförderdarlehen des Freistaates Bayern auf die BayernLB wahrscheinlich um eine staatliche Beihilfe im Sinne Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag handele.

(40) Ausgangspunkt ihrer Prüfung war der Grundsatz des marktwirtschaftlichen Kapitalgebers. Danach stellt der Umstand, dass sich Unternehmen im Eigentum der öffentlichen Hand befinden und ihnen durch diese Mittel zugeführt werden, keine staatliche Beihilfe dar. Lediglich wenn diesem öffentlichen Unternehmen Mittel zu Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte, liegt eine Begünstigung durch die Zufuhr staatlicher Mittel vor.

(41) Im vorliegenden Fall sah die Kommission den wirtschaftlichen Vorteil für die BayernLB, der sich aus der Zufuhr von Eigenmitteln ergab, insbesondere in der Erhöhung der Kreditvergabe Kapazität für das kommerzielle, wettbewerbsorientierte Kreditgeschäft der BayernLB (Geschäftsausweitungsfunktion des Eigenkapitals). Unter normalen Marktbedingungen werde die Einbringung von Kapital entsprechend dessen Wert unter Berücksichtigung seiner Funktion und des eingegangenen Risikos vergütet. Einen Anhaltspunkt für die marktübliche Vergütung des eingebrachten Kapitals sei demzufolge im langfristigen risikofreien Zinssatz (Bundesanleihen mit 10 Jahren Laufzeit) zu sehen, der mit einem das erhöhte Risiko von Eigenmitteln

⁽¹⁶⁾ § 4 Absatz 3 des Einbringungsvertrages vom 15. Dezember 1994.

⁽¹⁷⁾ § 4 Absatz 1 des Einbringungsvertrages vom 15. Dezember 1994.

abbildenden Risikoaufschlag zu versehen sei. Da bereits der Vergütungssatz für eine langfristige risikofreie Vermögensanlage zum Zeitpunkt der Vermögensübertragung, Ende 1994, von Deutschland mit 7,9 % p.a. angegeben wurde, hatte die Kommission erhebliche Zweifel, dass eine Vergütung von 0,6 % p.a. für die tatsächlich in Anspruch genommenen Eigenmittel, selbst ohne Berücksichtigung des notwendigen Risikoaufschlags, als marktüblich angesehen werden konnte.

- (42) Die Kommission bezweifelte ferner, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber die Begrenzung seiner Vergütung auf den Teil der tatsächlichen Inanspruchnahme akzeptiert hätte. Auch erschien zweifelhaft, dass es sich bei den weiteren von Deutschland angeführten Vergütungskomponenten, wie unter anderem die an den Freistaat für die Übernahme einer Ausfallbürgschaft für die Darlehensforderungen geleisteten Gebühr in Höhe von 0,05 % p.a. der verbürgten übertragenen Forderungen zugunsten des Freistaates Bayern, die Zinszahlungen der Darlehensnehmer, die weiterhin an den Freistaat fließen oder die Verzinsung von Zwischenanlagen ⁽¹⁸⁾ tatsächlich um eine Vergütung für die Geschäftsausweitungsfunktion von haftenden Eigenkapital handelt.
- (43) Jedoch räumte die Kommission ein, dass bei der marktüblichen Vergütung die mangelnde Liquidität des vorliegend zugeführten Kapitals Berücksichtigung finden müsse. Laut Artikel 1 des Zweckvermögensgesetzes müssten die als Zweckrücklage ausgewiesenen Wohnungsbaudarlehen in gleicher Weise wie vor der Einbringung für Zwecke des sozialen Wohnungsbaus eingesetzt werden. Mit der Übertragung der Forderungsvermögen wurde der BayernLB somit keine Liquidität verschafft. Obgleich die nicht liquiden Mittel der Bank eine Ausweitung des Volumens erlaubten, sei zu berücksichtigen, dass die Bank den vollen möglichen Umfang der Erhöhung des Geschäftsvolumens nur dann erzielen könne, wenn sie das zusätzliche Kreditvolumen in vollem Umfang auf dem Kapitalmarkt refinanzieren. Damit könne das Land nicht genau die gleiche Rendite erwarten wie ein Geber von liquidem Kapital und sei daher ein entsprechender Abschlag sachgerecht.
- (44) Die Kommission konnte nicht erkennen, dass der Freistaat bei der Einbringung der Wohnungsbauförderdarlehen darauf geachtet hätte, dass er an den ausgeschütteten Gewinnen der Bank und dem Wertanstieg der Bank angemessen teilnimmt. Insbesondere habe der Freistaat nicht auf eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse zu seinen Gunsten gedrungen, was aber erforderlich gewesen wäre, um sicherzustellen, dass die Dividendenzahlungen und Wertsteigerungen der Höhe des eingebrachten Kapitalbeitrags entsprechen.
- (45) Da keine der in Artikel 87 Absatz 2 und 3 EG-Vertrag sowie in Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag genannten Ausnahmeregelungen in der vorliegenden Situation anwendbar waren, erschien die staatliche Beihilfe als nicht mit dem gemeinsamen Markt vereinbar.

IV. STELLUNGNAHME DEUTSCHLANDS

- (46) Deutschland stellte sich in seiner Stellungnahme zur Eröffnungsentscheidung auf den Standpunkt, dass die Übertragung des Zweckvermögens auf die BayernLB anders als im WestLB-Fall vorliegend nicht mit einer Stammkapitalzufuhr, sondern mit stillen Einlagen im Sinne des § 10 Absatz 4 KWG zu vergleichen sei, was die Kommission verkannt habe.
- (47) Ein entscheidendes Argument war für Deutschland, dass bis Ende 1996, dem Zeitpunkt der bankaufsichtsrechtlichen Anerkennung des Zweckvermögens, die bayerischen Sparkassen, aber auch private Investoren bereits Kernkapital von insgesamt knapp 1,3 Mrd. DEM — davon rund 900 Mio. DEM durch die bayerischen Sparkassen — in Form stiller Einlagen der BayernLB zur Verfügung gestellt hätten. Diese Einlagen seien vom BAKred als Kernkapital im Sinne des § 10 Absatz 4 KWG anerkannt worden. Stille Einlagen stellten also im Einbringungszeitpunkt bereits ein übliches Instrument der Kernkapitalbeschaffung der BayernLB dar.
- (48) Darüber hinaus sei das Zweckvermögen auch inhaltlich mit den stillen Einlagen der BayernLB vergleichbar. Hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Funktion, der Möglichkeit der Geschäftsausweitung, seien beide Kapitalformen identisch gewesen, da beide als Kernkapital anerkannt worden waren. Beide hätten auch nicht unmittelbar an den Wertsteigerungen der Bank teilgenommen und keine zusätzlichen Stimmrechte gewährt. Was das Risiko des Verlusts angehe, so hätten ebenfalls keine Unterschiede bestanden, da beide zum Verlustausgleich heranzuziehen gewesen seien. Der einzige Unterschied sei darin zu sehen, dass das Zweckvermögen unbefristet zur Verfügung gestellt werde, während Stille Einlagen typischerweise in ihrer Laufzeit beschränkt seien. Die Zweckrücklage sei jedoch nicht zwingend als unbefristet zu betrachten, sondern sei jederzeit einvernehmlich auflösbar. Auch gäbe es nicht nur befristete Stille Einlagen, sondern auch unbefristete. Eine vergleichende Betrachtung zeige, dass am Markt kein nennenswerter Preisunterschied zwischen befristeten und unbefristeten stillen Einlagen festzustellen sei.
- (49) Auch führte Deutschland an, dass das Zweckvermögen nicht in gleicher Weise dem Risiko des Verlusts ausgesetzt sei wie Stammkapital. Im Gegensatz zur Situation bei der WestLB, wo nach Übertragung des Wfa Vermögens dieses fast 50 % der Eigenmittel der Bank ausmache, habe der entsprechende Anteil der zugeführten Wohnungsbauforderungen zum Zeitpunkt der Einbringung nur rd. 8 % an den Eigenmitteln der BayernLB ausgemacht. Außerdem sei die BayernLB anders als die WestLB nicht auf das in dem Wohnungsbauvermögen verkörperte Kernkapital angewiesen gewesen. Die Bank sei stets profitabel gewesen und habe bereits vor diesem Zeitpunkt über erhebliche Eigenmittel verfügt. Diese beruhten nicht zuletzt auf den bereits ab dem Jahr 1991 sowohl von den bayerischen Sparkassen als auch von privaten Unternehmen getätigten stillen Einlagen. Ferner habe zwischen dem Freistaat und der

⁽¹⁸⁾ § 2 Absatz 1 des Einbringungsvertrages vom 15. Dezember 1994.

BayernLB Einvernehmen darüber bestanden, dass das Zweckvermögen erst nach Belegung aller anderen Kapitalbestandteile mit Risikoaktiva belegt werden durfte.

- (50) Dass der Freistaat mit der Übertragung des Zweckvermögens ein geringeres Risiko eingegangen sei als ein Stammkapitalinvestor, sei auch darin begründet gewesen, dass der Sparkassenverband Bayern als zweiter Anteilseigner gemäß § 2 des Vertrages zwischen dem Freistaat Bayern und dem Bayerischen Sparkassenverband vom 15. Dezember 1994 dazu verpflichtet war, einen Verlust der BayernLB hälftig zu tragen, soweit die Zweckerücklage dadurch entweder aufgezehrt oder von Gläubigern der BayernLB zur Abdeckung von Verlusten in Anspruch genommen wird.

1. ANGEMESSENE VERGÜTUNG DES ZWECKVERMÖGENS

- (51) Ausgehend davon, dass das zur Verfügung gestellte Kapital mit dem Kernkapitalinstrument der stillen Einlagen zu vergleichen sei, und nicht mit Stammkapital, kam Deutschland zu dem Ergebnis, dass das Zweckvermögen angemessen vergütet worden sei und somit keine Begünstigung der BayernLB und damit keine staatliche Beihilfe vorliege.
- (52) Die vereinbarte Vergütung bestand dabei Deutschland zufolge in der belegungsabhängigen Haftungsprovision in Höhe von 0,6 % p.a. zu Lasten des Betriebsergebnisses des Bankbereichs des als Kernkapital aufsichtsrechtlich anerkannten Wertes der Zweckerücklage.
- (53) Daneben sei auch die Bürgschaftsgebühr von 0,05 % p.a. für die vom Freistaat Bayern zu verbürgende Summe der Darlehensforderungen als Gegenleistung für die Übertragung des Zweckvermögens berücksichtigungsfähig. Dieses folgt für Deutschland daraus, dass die Übernahme der Bürgschaft in unmittelbarem Zusammenhang mit der Absicht gestanden habe, das Eigenkapital der Landesbank zu stärken. Gemäß Gesetzesbegründung sei die Bürgschaft erforderlich gewesen, um die durch das Gesetz beabsichtigte Stärkung des Eigenkapitals der Landesbank zu sichern, indem eine Bestandsminderung des Zweckvermögens infolge von Ausfällen verhindert werde⁽¹⁹⁾. Auch weist Deutschland unter Bezugnahme auf die Gutachten der [...] vom 5. Oktober 1994 und vom 30. April 1996 darauf hin, dass der sog. Kapitalisierungszinsfuß zur Berechnung des Barwertes der Forderungen ohne die Übernahme der Ausfallbürgschaft durch den Freistaat Bayern, der mit 7,5 % veranschlagt wurde, um einen zusätzlichen Risikoaufschlag hätte erhöht werden müssen. Konsequenterweise hätte sich aus diesem Grunde ein niedrigerer Barwert

⁽¹⁹⁾ Siehe Begründung zu dem die Ausfallbürgschaft regelnden Artikel 3 des „Gesetzes über die Bildung eines Zweckvermögens durch Übertragung von Treuhandforderungen des Freistaates Bayern in das haftende Eigenkapital der Bayerischen Landesbank — Girozentrale“ vom 23. Juli 1994 (Bayerischer Landtag Drucksache 12/15851).

ergeben und hätte somit auch nur ein niedrigerer Betrag vom BAKred anerkannt werden können⁽²⁰⁾.

- (54) Von seinem früher vertretenen Standpunkt, dass auch die Zinsen aus Zwischenanlagen sowie die Zinsrückflüsse aus den Darlehen, die auch weiterhin dem Freistaat zugeflossen waren, als Vergütungselemente anzusehen waren, rückte Deutschland im Verlauf des Verfahrens ausdrücklich ab.
- (55) Zur Marktüblichkeit der geleisteten Vergütung führte Deutschland aus, dass aufgrund der Vergleichbarkeit mit den stillen Einlagen der BayernLB der Ausgangspunkt der Satz sein müsse, den die BayernLB im beihilferlevanten Zeitraum ihren stillen Gesellschaftern gezahlt habe, im Ergebnis ca. 7-8 % p.a. ihres jeweiligen Nennwertes.
- (56) Allein das Fehlen der Liquidität müsse dabei bereits zu einem erheblichen Abschlag von diesem Ausgangssatz führen. Dabei seien vorliegend nicht nur die Nettofinanzierungskosten wie im Fall WestLB, sondern die Bruttofinanzierungskosten abzuziehen. Ein privater Investor hätte schon vor dem Hintergrund, dass der der BayernLB zugeführte Kapitalbetrag nur 8 % der Eigenmittel ausmache und nicht wie im WestLB-Fall 50 %, einen Abzug lediglich der Nettofinanzierungskosten nicht durchsetzen können.

2. UNTERBLIEBENE VERÄNDERUNG DER EIGENTÜMERSTRUKTUR UND EIGENTÜMEREFFEKT

- (57) Ferner wies Deutschland in seiner Stellungnahme auf die Eröffnungsentscheidung der Kommission darauf hin, dass ausgehend von der Annahme, dass es sich auch bei dem Zweckvermögen lediglich um mit stillen Einlagen vergleichbares Kapital handele, eine Änderung der Anteilsverhältnisse an der BayernLB zugunsten des Freistaates nicht notwendig gewesen seien. Dessen ungeachtet hätte der Sparkassenverband einer Veränderung der Anteilsverhältnisse zu seinen Ungunsten auch gar nicht zugestimmt, da zum Zeitpunkt der Einbringung gar kein Bedarf an zusätzlichem Kapital bestand und er selbst zuvor rd. 900 Mio. DEM in Form stiller Einlagen in die Bank eingebracht habe⁽²¹⁾, ohne das dem eine vergleichbare Position des Freistaates Bayern gegenüber gestanden hätte.

⁽²⁰⁾ Weiterhin führt Deutschland an, ohne die Bürgschaft hätte das Vermögen gemäß KWG-Grundsatz 1 mit 100 % gewichtet und grundsätzlich mit 8 % Eigenkapital unterlegt werden müssen. Die Darlehensforderungen erfüllten nämlich nicht die besonderen privilegierenden Voraussetzungen einer Gewichtung als Realkredite im Sinne des KWG. Demnach hätte das übertragene Darlehensvolumen mit rund 400 Mio. DEM Eigenmittel unterlegt werden müssen und wäre somit der anerkannte Betrag um rund 400 Mio. DEM zu reduzieren gewesen.

⁽²¹⁾ Ende 1995 — zum Zeitpunkt der Einbringung der zweiten Tranche — waren es nach den der Kommission vorliegenden Informationen bereits 1,1 Mrd. DEM.

(58) Weiterhin führte Deutschland an, dass der Freistaat als hälftiger Anteilseigner davon ausgehen durfte, an im Vergleich zu anderen Kreditinstituten sehr vorteilhaften Eigenkapitalrenditen zu profitieren. Der Freistaat habe sich also nicht mit einer begrenzten oder gar fehlenden Rendite begnügt. Dieses sei bei der Beurteilung der Investition durch die Kommission zu berücksichtigen.

V. STELLUNGNAHME DES BESCHWERDEFÜHRERS BDB

(59) Nach Auffassung des BdB hat die BayernLB keine angemessene Vergütung für das zugeführte Kernkapital gezahlt und damit eine staatliche Beihilfe erhalten.

(60) In seiner Stellungnahme vom 29. Juli 2003 zu den am 13. November 2002 eröffneten Landesbanken Verfahren führte der BdB aus, dass sich die Frage, welche Vergütung angemessen sei, anhand der Methodik bestimme, die die Kommission in ihrer WestLB Entscheidung vom 8. Juli 1999 zugrunde gelegt habe.

(61) 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. VERGLEICH MIT ANDEREN EIGENKAPITALINSTRUMENTEN

(62) Der BdB gelangte in der genannten Stellungnahme zu dem Ergebnis, dass die Einbringung der Wohnungsbau- und Fördervermögen im Fall der BayernLB sowie in den anderen genannten Landesbankenverfahren mit einer Stammkapitalzufuhr zu vergleichen sei.

(63) Nahezu alle Landesbanken hätten 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). Perpetual Preferred Shares habe es zudem Anfang der neunziger Jahre in Deutschland noch nicht gegeben.

(64) Als Kernkapital anerkannt seien in den jeweiligen Einbringungszeiträumen in Deutschland lediglich Stammkapital und stille Beteiligungen gewesen. Ein Vergleich mit stillen Beteiligungen scheidet dabei in allen Fällen aus. Erstens hätten stille Beteiligungen gegenüber zur Verfügung gestelltem Stammkapital nur eine befristete Laufzeit bzw. könnten gekündigt werden und seien nach Ablauf der Laufzeit an den Investor zurückzuzahlen. Ein Investor könne deshalb nicht erwarten, für eine Stille Einlage dieselbe Vergütung zu erhalten, wie für bankaufsichtsrechtlich unbefristet anerkannte Eigenkapitalinstrumente.

(65) Soweit zweitens in einigen Fällen geltend gemacht werde, dass das zugeführte Kapital aufgrund von Vereinbarungen zwischen den Eigentümern der Landesbank nachrangig nach dem Stammkapital hafte, dürfe daraus kein reduziertes Risiko für den Investor abgeleitet werden. In allen Übertragungsfällen mache das zugeführte Kapital einen bedeutenden Teil des gesamten Kernkapitals, teilweise sogar mehr als 50 %, aus. Damit bestehe eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass das eingebrachte Kapital bei Verlusten zumindest teilweise hätte herangezogen werden können⁽²²⁾.

(66) Die unterschiedliche Qualität stiller Einlagen im Vergleich zu Stammkapital sei drittens auch vom Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht in Bezug auf die bankaufsichtliche Kernkapitaldefinition bestätigt worden. Danach seien stille Einlagen bankaufsichtlich lediglich als sog. Lower-Tier-1 Kapital anzuerkennen. Dieses Kapital dürfe nur noch 15 % der erforderlichen Kernkapitalquote ausmachen, d. h. bei einer Kernkapitalquote von 4 % müssten 3,4 % durch Grundkapital und offene Rücklagen (z. B. die eingebrachten Zweckerücklagen in die Landesbanken) dargestellt werden. Darüber hinaus würden nachrangige Eigenkapitalinstrumente, z. B. Vorzugsaktien oder Genussrechte, von Banken immer nur in geringem Umfang aufgenommen. Auf Druck der Rating-Agenturen erreichten sie — ganz anders als in den hier zu beurteilenden Fällen — fast nie mehr als 10 % des gesamten Kernkapitals der Bank. Vor diesem Hintergrund seien stille Beteiligungen für große Volumina, die ein Investor allein investiere, nicht einsetzbar.

2. MINDESTVERGÜTUNG FÜR EINE STAMMKAPITALINVESTITION IN DIE BAYERNLB

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

$$\begin{aligned} &\text{Erwartete Rendite einer risikobehafteten Investition} \\ &= \text{Risikolose Rendite} + \text{Risikoprämie der risikobehafteten} \\ &\quad \text{Investition} \end{aligned}$$

⁽²²⁾ Im Übrigen werde eine Risiko- bzw. Haftungsprämie in erster Linie wegen des Verlustrisikos in der Insolvenz bezahlt. In diesem Fall sei das Kapital unwiederbringlich verloren. Bei einem laufenden (Teil-)Verlust, also außerhalb der Insolvenz, bestehe immer die Chance, dass das Eigenkapital durch Gewinne wieder aufgefüllt werde.

- (68) 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⁽²³⁾.
- (69) Zur Ableitung der Risikoprämie ermittelt der BdB zunächst die sog. Markt-Risikoprämie, also die Differenz zwischen der langfristigen Durchschnittsrendite auf Aktien und der auf Staatsanleihen. In seiner Stellungnahme vom 29. Juli 2003 legte er zunächst unter Bezugnahme auf eine Studie von Stehle/Hartmond aus dem Jahre 1991 eine langfristige Markt-Risikoprämie von einheitlich 4,6 % zugrunde.
- (70) In einem zweiten Schritt bestimmte der BdB den Betawert der Landesbanken, d. h. die individuelle Risikoprämie der Banken, mit der die allgemeine Markt-Risikoprämie anzupassen sei. Die Betawerte ermittelte der BdB dabei in der genannten Stellungnahme nach eigenen Angaben statistisch, was bedeute, dass die Betawerte auf der Grundlage einer historischen Datenstichprobe geschätzt werden. Der BdB gelangte dabei zunächst zu dem Ergebnis, dass sämtliche Betawerte für sämtliche Landesbanken und betrachteten Zeiträume größer als eins seien⁽²⁴⁾.
- (71) Unter Zugrundelegung eines risikolosen Basiszinssatzes von 8,37 % (für die erste Tranche) und 6,57 % (für die zweite Tranche) und einem Betafaktor für die BayernLB von 1,0803 (Zeitpunkt Einbringung erste Tranche) sowie 1,0739 (Zeitpunkt Einbringung zweite Tranche) gelangte der BdB zu einer zu erwartenden Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in die BayernLB zum Zeitpunkt der Übertragung der Baudarlehensforderungen zum 31. Dezember 1994 von 13,34 % p.a. und für den Zeitpunkt 31. Dezember 1995 von 12,87 % p.a.

3. ZU- UND ABSCHLÄGE WEGEN DER BESONDERHEITEN DER TRANSAKTIONEN

- (72) Der BdB stellte ferner fest, dass der von der Kommission in der WestLB Entscheidung von der Mindestvergütung abgezogene Satz wegen der fehlenden Liquidität des Wfa-Vermögens vom Gericht erster Instanz bestätigt wurde. Nach seiner Auffassung besteht kein Anlass, in den vorliegenden Fällen von dieser Methode abzuweichen und ist auch hier ein Liquiditätsabschlag vorzunehmen. Die Höhe des Abzugs für die fehlende Liquidität bestimme sich entsprechend der WestLB-Methodik nach den Nettorefinanzierungskosten (Bruttorefinanzierungskosten abzüglich der anwendbaren Unternehmenssteuer).

⁽²³⁾ 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.

⁽²⁴⁾ 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.

4. KAPITALBASIS UND VERGÜTUNGSELEMENTE

- (73) Nach Auffassung des BdB ist der von der Kommission im Fall WestLB vorgenommene Aufschlag (dort 1,5 %), der als solches vom Gericht erster Instanz bestätigt worden sei, auch bei der BayernLB vorzunehmen. Auch hier wirkten sich die drei Aspekte in der WestLB-Entscheidung genannten Gründe gegenüber einer „normalen Stammkapitalinvestition“ risikoe erhöhend 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 abziehen zu können.
- (74) Zuletzt hob der BdB hervor, dass bei der Berechnung der angemessenen Vergütung im Fall der BayernLB der gesamte Betrag, der als Kernkapital anerkannt wurde, zu Grunde zu legen sei und nicht lediglich der tatsächlich beanspruchte Teil. Er begründete 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 könne und damit keine entsprechenden Renditen erzielen könne.
- (75) Auch dürfe die von Deutschland angeführte Bürgschaftsgebühr nach Auffassung des BdB nicht als Vergütungsbestandteil berücksichtigt werden. Dieses ergebe sich insbesondere daraus, dass die Einbringung des Fördervermögens von vornherein zum Barwert (1,197 Mrd. DM) und nicht zum Nominalwert (5,027 Mrd. DM) erfolgte. Mit der Anrechnung auf den Barwert seien bereits die mit der Uneinbringlichkeit der Darlehensforderungen verbundenen (Ausfall-)Risiken berücksichtigt und eine zusätzliche Vergütung für die Übernahme der Ausfallbürgschaft nicht mehr gerechtfertigt.

- (76) Entsprechend der WestLB-Methodik sei zudem für den Zeitraum zwischen der Einbringung des Kapitals sowie der Anerkennung als Kernkapital eine Haftungsprovision von 0,3 % p.a. zu leisten. Denn auch bis zu diesem Zeitpunkt hatte das zugeführte Kapital zumindest Haftungsfunktion. Dies gelte bis zum 8. Mai 1996 für den Gesamtbetrag von DEM 1,197 Mrd. und zwischen dem 8. Mai und dem 23. Dezember 1996 für den Betrag von DEM 542 Mio.

**VI. REAKTION DEUTSCHLANDS AUF DIE
STELLUNGNAHME DES BDB**

- (77) In seiner Stellungnahme zu den oben genannten Ausführungen des BdB wies Deutschland darauf hin, dass bei einer Investition in Stammkapital einer Aktiengesellschaft weder eine Dividende noch eine Kurs- bzw. Wertsteigerung garantiert sei und der Investor naturgemäß das Risiko trage, ob sich seine Renditeerwartung auch tatsächlich erfülle. Bei Vereinbarung einer Festvergütung, wie im Fall der BayernLB, entfalle das Prognoserisiko und sei die Rendite somit regelmäßig geringer. Das zeige, dass es gerade nicht marktüblich gewesen wäre, wenn die BayernLB dem Freistaat Bayern zum Zeitpunkt der Zuführung des Zweckvermögens eine lediglich zu erwartende Rendite vertraglich garantiert und so den Zweckvermögeninvestor besser gestellt hätte als den Aktieninvestor. Auch sei die Vorgehensweise des BdB schon deshalb problematisch, weil im Falle einer Aktieninvestition der Investor die Wertsteigerung nur durch Verkauf seiner Beteiligung realisieren könne, ohne das damit die Gesellschaft belastet würde. Ein privater Investor hätte niemals durchsetzen können, dass das Unternehmen, in das er investiert, aus seiner Substanz heraus ein Äquivalent für Wertsteigerungen zahle, die der Investor im Falle einer Stammkapitalinvestition nur durch Verkauf an Dritte hätte realisieren können.
- (78) Auch sei die CAPM-Methode zur Ermittlung einer Marktrendite nicht geeignet. Insbesondere habe das vom CAPM vorausgesetzte Risiko für Marktschwankungen nicht bestanden, weil die Landesbanken nicht börsennotiert waren. Dementsprechend gebe es auch keine historische Datenreihe für Beta-Faktoren.
- (79) Ungeachtet dessen war Deutschland der Auffassung, dass dem BdB auch bei der Ermittlung der einzelnen Komponenten des CAPM Fehler unterlaufen seien. Nicht richtig sei es, bei der Bestimmung des risikolosen Basiszinssatzes die langfristige Inflationserwartung zu berücksichtigen. Es komme allein darauf an, welche Zinsen tatsächlich am Markt zu erzielen waren. Diese waren in Deutschland zu den Zeitpunkten der Übertragung des Zweckvermögens auf die BayernLB nur 7,50 % bzw. 6,10 % p.a. Die aktuellen Inflationserwartungen seien darin bereits eingepreist gewesen.
- (80) Die vom BdB zugrunde gelegte Marktrisikoprämie von 4,6 % sei unangemessen hoch. Deutschland trug dazu unter anderem vor, dass die Untersuchung von Stehle/Hartmond aus dem Jahre 1991 zur Renditeentwicklung am deutschen Aktienmarkt, auf die sich der BdB bezog, keine Aussage zur Marktrisikoprämie am deutschen Kapitalmarkt treffe. Außerdem gebe es unterschiedliche Methoden zur Ermittlung der Marktrisikoprämie, die zu stark unterschiedlichen Ergebnissen führten. Anhand eigener Berechnungen legte Deutschland dar, dass eine Marktrisikoprämie von 4,6 % in den vergangenen 30 Jahren nicht annäherungsweise erreicht wurde.

- (81) Bei der Bestimmung des Betawertes seien die Landesbanken außerdem nicht mit sog. Kreditbanken gleichzusetzen, die vom BdB zudem nicht klar definiert seien. Allenfalls sei auf die klar definierte Gruppe der börsennotierten Banken, den sog. CDAX-Banken, abzustellen. Für diese Gruppe ergebe sich bezogen auf einen Zeitraum von fünf Jahren auf monatlicher Basis ein Betawert von 0,85 zum 31. Dezember 1994 und von 0,80 zum 31. Dezember 1995, wie den beigefügten Berechnungen der Datenbasis „Datastream“ zu entnehmen sei, in der im Übrigen zutreffend lediglich ein Fünfjahreszeitraum für die Ermittlung des Betafaktors zugrunde gelegt werde. Der vom BdB betrachtete Zeitraum ab 1974 für die Ermittlung des Betafaktors sei zu lang, da sich sowohl das Kapitalmarktumfeld als auch der Bankensektor Anfang der Neunziger Jahre gravierend verändert habe.
- (82) Somit seien alle für das CAPM benötigten Faktoren falsch geschätzt und die marktüblichen Mindestrenditen für die in Frage stehenden Transaktionen überschätzt worden.

**VII. BEMERKUNGEN DES LANDES NORDRHEIN-
WESTFALEN UND DER WESTLB**

- (83) In einer am 30. Oktober 2003 durch die Bundesregierung 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 kann. 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 haften, sei die Risikostruktur stärker mit stillen Einlagen oder sog. Perpetuals als mit Stammkapitalinvestitionen vergleichbar.
- (84) 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.
- (85) 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 ökonomi-

schen 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.

- (86) 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.
- (87) Schließlich sei risiko- und damit entgeltmindernd 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.

VIII. VERSTÄNDIGUNG ZWISCHEN DEM BDB, DEM FREISTAAT BAYERN UND DER BAYERNLB

- (88) Am 24. September 2004 übermittelten der Beschwerdeführer BdB, der Freistaat Bayern und die BayernLB der Kommission eine Verständigung zu dem Beihilfeverfahren in Sachen BayernLB. Unbeschadet der weiterhin bestehenden grundsätzlichen Rechtsauffassungen der Parteien der Verständigung haben sich die Parteien darauf geeinigt, was sie als geeignete Parameter für die Bestimmung einer angemessenen Vergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition in die BayernLB als angemessene Vergütung selbst ansehen. Die Parteien bitten die Kommission, die Ergebnisse der Verständigung bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.
- (89) Die Parteien haben zunächst auf der Basis des CAPM die erwartete Mindestvergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition in die BayernLB ermittelt. Demnach soll die angemessene Mindestvergütung für die erste Tranche des Zweckvermögens bei 9,87 % p.a. und für die zweite Tranche bei 8,0 % p.a. liegen.
- (90) Dabei wurden bei der Berechnung dieser Mindestvergütung die von den Landesbanken unter Verwendung des REX10 Performance Index der Deutschen Börse AG ermittelten langfristigen risikolosen Zinssätze und die auf der Grundlage eines von den Landesbanken in Auftrag gegebenes [...] Gutachten vom 26. Mai 2004 geschätzten Betafaktoren verwendet. Konkret ergab sich für die BayernLB zum Einbringungszeitpunkt 31. Dezember 1994 ein risikoloser Basiszinssatz von 7,5 % und zum Zeitpunkt 31. Dezember

1995 ein risikoloser Basiszinssatz von 6,1 %. Als Betafaktoren wurden auf der Grundlage der Stellungnahme der [...] Werte von 0,593 (31. Dezember 1994) und 0,475 (31. Dezember 1995) angesetzt. Die Marktrisikoprämie wurde einheitlich für alle Landesbanken auf 4 % angesetzt.

- (91) Der Ausgangszinssatz von 9,87 % (31. Dezember 1994) errechnete sich somit wie folgt: Risikofreier Zinssatz 7,5 % + (allgemeine Marktrisikoprämie 4,0 % x Betafaktor 0,593)
- (92) Der Ausgangszinssatz von 8,00 % (31. Dezember 1995) errechnete sich somit wie folgt: Risikofreier Zinssatz 6,1 % + (allgemeine Marktrisikoprämie 4,0 % x Betafaktor 0,475)
- (93) Danach wurde ein Abschlag wegen der fehlenden Liquidität des Zweckvermögens bestimmt. Dabei wurden die genannten risikofreien Zinssätze von 7,5 % und 6,1 % als Bruttofinanzierungskosten pauschal zugrunde gelegt. Zur Ermittlung der maßgeblichen Nettofinanzierungskosten wurde die maßgebliche Steuerlast der BayernLB bezogen auf beide Einbringungszeitpunkte mit 50 % pauschaliert, so dass sich Abzüge von 3,75 % (31. Dezember 1994) und 3,05 % (31. Dezember 1995) ergeben.
- (94) Schließlich erfolgt ein Zuschlag in Höhe von 0,3 % wegen der fehlenden Ausgabe von Stimmrechten.
- (95) Insgesamt ergibt sich daraus eine angemessene Vergütung für das Zweckvermögen von 6,42 % (erste Tranche) bzw. 5,25 % (zweite Tranche) nach Steuern, die auf den gesamten vom BAKred anerkannten Betrag zu leisten sei, und zwar jeweils ab Ende des Monats der Anerkennung als Kernkapital durch das BAKred (für den Betrag von 655 Mio. DEM ab dem 31. Mai 1996 und für den Gesamtbetrag von 1,197 Mrd. DEM ab dem 31. Dezember 1996). Für die Jahre 1998 und 1999, in denen der Barwert den vom BAKred anerkannten Betrag aufgrund von Schwankungen tatsächlich unterschritten hat, soll jedoch lediglich der verminderte Barwert als Bemessungsgrundlage herangezogen werden.
- (96) Gemäß der Verständigung besteht das Beihilfeelement damit in der Differenz zwischen dem von der BayernLB tatsächlich gezahlten Entgelt von 0,6 % p.a. auf den mit Risikoaktiva belegten Teil des Zweckvermögens einerseits und dem sich entsprechend der ermittelten angemessenen Vergütung von 6,42 % (erste Tranche) und 5,25 % (zweite Tranche), das die BayernLB zurückzahlen muss.
- (97) Zwischen den Parteien konnte keine Einigung darüber erzielt werden, ob die von der BayernLB gezahlte Provision von 0,05 % für eine vom Freistaat Bayern übernommene Bürgschaft auf den Nominalwert des Zweckvermögens als weiteres bereits geleistetes Vergütungselement in Abzug zu bringen ist.
- (98) Die Verständigung selbst enthält zwar keine Stellungnahme über eine zu zahlende Haftungsprovision für den Zeitraum zwischen Einbringung des Kapitals in die Bank und Anerkennung durch das BAKred. Jedoch haben die Parteien

in einer der Verständigung beigefügten Tabelle, in der das Beihilfenelement berechnet wurde, für beide Tranchen eine Haftungsprovision von 0,15 % p.a. nach Steuern für diesen Zeitraum zugrunde gelegt.

IX. WÜRDIGUNG DER MASSNAHMEN

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

(99) 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

(100) Mit oben beschriebener Vermögensübertragung entschied sich der Freistaat Bayern für eine Methode der Kapitalerhöhung, deren Grundkonzept darin bestand, öffentliche Baudarlehenforderungen auf die BayernLB zur Stärkung von deren Eigenkapitalbasis zuzuführen⁽²⁵⁾. Ungeachtet dessen, dass die Rückflüsse aus diesen Forderungen weiterhin dem Wohnungsbau 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 BayernLB eingesetzt werden. Ferner wurde der Freistaat durch ein vom Landtag verabschiedetes Gesetz ermächtigt, die zur Förderung des Wohnungsbaus eingesetzten öffentlichen Baudarlehen durch Vertrag an die BayernLB zu übertragen. Damit wurden der BayernLB staatliche Mittel übertragen.

1.2. BEGÜNSTIGUNG EINES BESTIMMTEN UNTERNEHMENS

(101) 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 Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz vom 6. März 2003 in Sachen WestLB⁽²⁶⁾.

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

(102) 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“⁽²⁷⁾. 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⁽²⁸⁾.

(103) 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 Europäische Gericht erster Instanz im Urteil bezüglich der WestLB bestätigt worden⁽²⁹⁾.

(104) Weiterhin ist klar, dass die Kommission die Beurteilung eines Falls auf die Angaben stützen muss, die für den Kapitalgeber zum Zeitpunkt seiner Entscheidung über die fragliche finanzielle Maßnahme verfügbar waren. Die Übertragung des Zweckvermögens wurde in den Jahren 1994 und 1995 von den zuständigen öffentlichen Stellen beschlossen. So hat die Kommission die Transaktion auf der Grundlage der damals verfügbaren Daten und der damaligen wirtschaftlichen und marktbezogenen Umstände zu beurteilen. Die Angaben in dieser Entscheidung, die sich auf spätere Jahre beziehen, werden nur verwendet, um die Folgen der Übertragung auf die Lage der BayernLB aufzuzeigen und nicht um die Transaktion im Nachhinein zu rechtfertigen oder in Frage zu stellen.

(105) Der Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlichen Kapitalgebers, wonach wie erläutert zu prüfen ist, ob die erwartete oder vereinbarte Rendite für die eingebrachten Mittel hinter den am Markt für vergleichbare Investitionen gezahlten Vergütungen zurückbleibt, steht auch nicht entgegen, dass der Freistaat bereits hälftiger Anteilseigner des Kreditinstituts war. Deutschland trägt in diesem Zusammenhang vor, dass vorliegend die Investition des Freistaates nicht mit der eines beliebigen Dritten zu vergleichen sei, dem es lediglich auf die Realisierung einer möglichst günstigen Verzinsung des von ihm eingesetzten Kapitals ankam. Als hälftigem Anteilseigner sei es ihm insbesondere darauf angekommen, die langfristige Wettbewerbsfähigkeit seiner Haus- und Staatsbank zu erhalten und durch die Zuführung neuer, zusätzlicher Mittel sicherzustellen, dass „seine“ Bank ihre bisherigen Kunden auch in Zukunft bedienen kann. Letztlich sei die Investition auch durch Imagegesichtspunkte geleitet gewesen. Auch ein privater Anteilseigner, etwa eine private Holding oder Unternehmensgruppe, hätte in der damaligen Situation der

⁽²⁷⁾ 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.

⁽²⁸⁾ Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen — Standpunkt der Kommission, Bull. EG 9-1984, S. 93f.

⁽²⁹⁾ Urteil vom 6. März 2003 in den verbundenen Rechtssachen T-228/99 und T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission*, Slg. 2003, II-435, Rz. 206 ff.

⁽²⁵⁾ Bayerischer Landtag, 12. Wahlperiode Drucksache 12/15851 vom 7. Juni 1994.

⁽²⁶⁾ Urteil in den verbundenen Rechtssachen T-228/99 und T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission*, Slg. 2003, II-435.

Bank Kapital zugeführt, ohne dass allein der Gesichtspunkt der Renditeoptimierung im Vordergrund gestanden hätte.

- (106) Dem Vorbringen Deutschlands kann die Kommission jedoch nicht folgen. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber wird auch in dem Fall, in dem er bereits Anteile an einem Unternehmen hält, sonstige Investitionsmöglichkeiten außerhalb des Unternehmens prüfen. Er wird sich in der Regel nur dann für die Investition weiterer Mittel in das öffentliche Unternehmen entscheiden, wenn er für die zusätzlichen Mittel eine angemessene Rendite erwarten kann. Langfristige Rentabilitätsaussichten des Anteilseigners oder auch schlicht das Bemühen um Imagepflege sind demzufolge bei der Frage, ob eine Kapitalzufuhr eine staatliche Beihilfe darstellt, grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Stattdessen ist auch die Kapitalzufuhr eines Anteilseigners — ganz gleich aus welchen Motiven sie erfolgt — daran zu messen, ob der Investor für die zusätzlichen Mittel mit einer normalen Rendite innerhalb eines angemessenen Zeitraumes rechnen kann.
- (107) Diese Auslegung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Investors, der die Kommission bereits in ihrer WestLB Entscheidung aus dem Jahre 1999 gefolgt ist (Rn.161ff.), wurde durch das Europäische Gericht nicht beanstandet. Es hat sich dabei ebenfalls von der Überlegung leiten lassen, dass sich auch ein privater Kapitalgeber, der bereits am Stammkapital eines Unternehmens beteiligt ist, normalerweise nicht damit begnügt, dass ihm eine Anlage keine Verluste bereite oder nur begrenzte Gewinne einbringe. Vielmehr werde er stets eine angemessene Rendite für seine Anlage nach Maßgabe der vorliegenden Umstände und seiner kurz-, mittel- oder langfristigen Interessen anstreben⁽³⁰⁾.
- (108) Im Lichte des „Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ ist somit die Kernfrage für die vorliegende Prüfung, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Investor Kapital, das dieselben Merkmale aufweist wie das Fördervermögen des Freistaates Bayern, unter denselben Bedingungen übertragen hätte, insbesondere im Hinblick auf die vorgesehene Rendite aus der Investition.

b) **Artikel 295 EG-Vertrag**

- (109) Gemäß Artikel 295 bleibt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt. Dies rechtfertigt jedoch keine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags.
- (110) Deutschland hat in Zusammenhang mit den Landesbankverfahren vorgetragen, dass die übertragenen Mittel nicht anders profitabel hätten verwendet werden können als durch ihre Einbringung in eine ähnliche öffentliche Einrichtung. Daher stellte die Übertragung die kommerziell sinnvollste Verwendung dieses Vermögens dar. So wäre jedes Entgelt für die Einbringung, d. h. jede zusätzliche Rendite aus dem übertragenen Vermögen, ausreichend, um die Übertragung im Hinblick auf den „Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ zu rechtfertigen.

- (111) Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es mag zutreffen, dass die Einbringung der Fördervermögen in die BayernLB und die sich daraus ergebende Möglichkeit für die Bank, das Kapital für Solvabilitätszwecke zu verwenden, die wirtschaftlich sinnvollste Nutzung war. Sobald allerdings öffentliche Gelder und andere Aktiva für kommerzielle, wettbewerbsorientierte Aktivitäten eingesetzt werden, sind die marktüblichen Regeln anzuwenden. Das bedeutet, dass der Staat, sobald er beschließt, für öffentliche Zwecke bestimmtes Vermögen (auch) kommerziell zu nutzen, dafür ein Entgelt verlangen muss, dass der marktüblichen Vergütung entspricht.

c) **Keine Änderung der Eigentümerstruktur**

- (112) Ein Mittel zur Gewährleistung einer angemessenen Rendite aus dem bereitgestellten Kapital wäre gewesen, die Beteiligung des Landes an der BayernLB entsprechend zu erhöhen, sofern die Gesamrentabilität der Bank einer normalen Rendite entspricht, die ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber aus seiner Anlage erwartet. Der Freistaat hat sich jedoch nicht für diese Vorgehensweise entschieden.
- (113) Deutschland wendet insoweit ein, dass auch ein privater Investor in der vorliegenden Situation keine Änderung der Beteiligungsverhältnisse hätte durchsetzen können. Der Sparkassenverband als weiterer hälftiger Anteilseigner hätte einer Änderung der Beteiligungsverhältnisse nicht zugestimmt, da seitens der BayernLB zum Zeitpunkt der Einbringung des Zweckvermögens keinerlei Bedarf an zusätzlichem Kernkapital bestanden habe, um das Kreditvolumen aufrechtzuerhalten und der Sparkassenverband nach § 2 des Einbringungsvertrages einen Verzehr des Zweckvermögens hälftig zu tragen hatte. Darüber hinaus hätten die Bayerischen Sparkassen im Zeitpunkt der Einbringung der ersten Tranche bereits zusammen rund 900 Mio. DEM in Form stiller Einlagen in die Bank eingebracht — bei Einbringung der zweiten Tranche waren es bereits rund 1,1 Mrd. DEM —, ohne das dem eine vergleichbare Position des Freistaates Bayern gegenüber gestanden hätte.
- (114) Ist jedoch eine Neuverteilung der Anteile nicht durchsetzbar, so hätte sich nach Auffassung der Kommission ein marktwirtschaftlich handelnder Investor nur dann auf die Investition eingelassen, wenn zumindest eine angemessene Direktvergütung vereinbart wird. Ein privater Investor begnügt sich normalerweise nicht damit, Verluste zu vermeiden oder eine begrenzte Rendite für seine Anlage zu erzielen, sondern versucht, den Ertrag seines Vermögens nach Maßgabe der vorliegenden Umstände und seiner Interessen zu maximieren⁽³¹⁾. Üblicherweise wird deshalb auch der private Kapitalgeber, der bereits Anteile an dem begünstigten Unternehmen hält, entweder auf eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse oder auf eine angemessene fixe Vergütung bestehen. Anderenfalls würde er auf einen Teil der durch die Kapitaleinbringung zusätzlich erwirtschafteten Rendite verzichten, da auch die anderen Anteilseigner an den höheren Dividenden sowie der Wertsteigerung des Unternehmens profitieren, ohne selbst einen entsprechenden Beitrag geleistet zu haben.

⁽³⁰⁾ Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz vom 6. März 2003 in den verbundenen Rechtssachen T-228/99 und T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission, Slg. 2003, II-435, Rz. 241, 314.

⁽³¹⁾ Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz vom 6. März 2003 in den verbundenen Rechtssachen T-228/99 und T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission, Slg. 2003, II-435, Rz. 320, 335.

- (115) Eine andere Beurteilung ist vorliegend auch nicht deshalb geboten, weil im Zeitpunkt der zweiten Einbringung im Jahre 1995 auch die Bayerischen Sparkassen der BayernLB bereits Kapital von insgesamt rund 1,1 Mrd. DEM in Form von stillen Einlagen zugeführt hatten. Die Frage, ob ein privater Investor auf eine Anteilsverschiebung zu seinen Gunsten bzw. auf eine direkte Vergütung verzichten würde, wenn zum gleichen Zeitpunkt und in direktem Zusammenhang mit seiner Kapitalzufuhr auch die anderen Anteilseigner eine den Anteilsverhältnissen entsprechenden Kapitalzufuhr gleicher Art vornehmen und diese in gleicher Weise geeignet ist, Renditezuwächse zu erzeugen, kann hier offen bleiben. Denn nach Auffassung der Kommission mangelt es vorliegend an dem erforderlichen direkten Zusammenhang der stillen Einlagen mit der Übertragung der Fördervermögen. Die stillen Einlagen, die nur teilweise unbefristet waren, waren zum Zeitpunkt der Einbringung des Zweckvermögens bereits erbracht. Sie wurden sukzessive in kleineren Tranchen in den Jahren 1991 bis Ende 1995 in die BayernLB eingebracht. Sie standen somit weder zeitlich noch sachlich in einem Zusammenhang mit der Übertragung der Fördervermögen. Ein solcher Zusammenhang wurde soweit ersichtlich auch nicht später bei der Einbringung der Fördervermögen hergestellt. So wurde beispielsweise keine Verpflichtung vereinbart, das Gesamteinlagevolumen der Sparkassen dauerhaft konstant zu halten⁽³²⁾. Auch sonst ist nicht ersichtlich, dass der Freistaat bei der Festlegung der Vergütung für seine Kapitalzufuhr den Beitrag der Sparkassen mit ins Kalkül gezogen hätte.
- (116) Überdies fehlt es auch an der sachlichen Vergleichbarkeit der Einlagen, weil die stillen Einlagen nach Angaben Deutschlands ausschließlich über eine marktübliche Festvergütung abgegolten wurden, während die Kapitalzuführung des Freistaats Bayern teilweise durch eine Festvergütung, teilweise nach Vorbringen Deutschlands aber durch erwartete Wertsteigerungen vergütet wurde. Damit besteht bei den beiden miteinander zu vergleichenden Kapitalbeiträgen keine Symmetrie hinsichtlich der Vergütungsbestandteile, die einerseits über eine direkte Vergütung und andererseits über eine mögliche Wertsteigerung realisiert werden sollten. Die in Frage stehende Kapitalzuführung durch den Freistaat Bayern war somit fundamental anderer Art als die der stillen Einlagen der Sparkassen.
- (117) Im Hinblick auf die von Deutschland in diesem Zusammenhang ebenfalls zitierte Entscheidung des Gerichts erster Instanz in der Sache *Alitalia*⁽³³⁾ ist darauf hinzuweisen, dass sich die Entscheidung auf Investitionen Privater bezieht. Bei dem Sparkassenverband bzw. den Sparkassen handelt es sich jedoch nicht um Private, sondern um öffentlich-rechtliche Organisationen. Darüber hinaus sind, wie gezeigt, die Kapitaleinbringungen des Sparkassenverbandes bzw. der Sparkassen weder zeitlich noch inhaltlich mit der Übertragung des Zweckvermögens vergleichbar.
- (118) Im Ergebnis ist nicht erkennbar, dass ein privater Investor in einer mit der Übertragung der Förderdarlehen auf die

BayernLB vergleichbaren Situation auf eine angemessene Direktvergütung verzichtet hätte.

Eigentümereffekt

- (119) Deutschland führt ferner aus, dass zumindest im Zeitpunkt der Übertragung der Fördervermögen auf die BayernLB der Freistaat als hälftiger Anteilseigner davon ausgehen durfte, an im Vergleich zu anderen Kreditinstituten sehr vorteilhaften Eigenkapitalrenditen zu profitieren, was durch die zum damaligen Zeitpunkt erwirtschafteten Eigenkapitalrenditen eindeutig belegt werde. Der Freistaat Bayern habe sich also nicht mit einer begrenzten oder gar fehlenden Rendite begnügt, sondern hatte vielmehr bei seiner Investition ein überdurchschnittlich rentables Unternehmen im Blick. Der sog. Eigentümereffekt, also der Umstand, dass der Kapitalgeber bereits an dem Unternehmen beteiligt sei, in das er investiert, sei zumindest dann zu berücksichtigen, wenn das Unternehmen überdurchschnittlich rentabel sei. Dieses habe auch das Gericht erster Instanz in seinem *WestLB-Urteil* anerkannt.
- (120) Dem Vorbringen Deutschlands kann die Kommission nicht folgen. Der Freistaat Bayern war zum Zeitpunkt der Investition nur hälftiger Anteilseigner. Daraus folgt, dass nur die Hälfte der aufgrund der Investition möglicherweise erwarteten künftigen Steigerung von Unternehmenswert und Gewinnausschüttungen dem Freistaat Bayern zugute kommt, obwohl dieser die in Frage stehende Investition allein vorgenommen hat. Kein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber würde es akzeptieren, als Miteigentümer die gesamte Last einer Investition zu tragen und nur teilweise den daraus entstehenden Nutzen zu realisieren. Dies wurde entgegen der Auffassung Deutschlands auch ausdrücklich vom Europäischen Gericht erster Instanz in seinem Urteil zur *WestLB* bestätigt⁽³⁴⁾. Danach stehe es nicht mit dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers in Einklang, wenn die Kapitalerhöhung auch zu Gewinnen für die anderen Anteilseigner des Unternehmens führt, ohne dass diese dazu etwas beigetragen haben.
- (121) Es kommt daher selbst bei einem — wie von Deutschland für die BayernLB behauptet — überdurchschnittlich profitablen Unternehmen nicht darauf an, um wie viel dessen Profitabilität über dem Durchschnitt liegt und ob der Investor damit gegebenenfalls trotzdem noch insgesamt im Investitionszeitpunkt eine zufrieden stellende Rendite erzielt. Selbst bei einem weit überdurchschnittlich profitablen Unternehmen würde der private Investor darauf achten, den gesamten durch seine Investition ermöglichten Zusatznutzen zu realisieren. Im Falle der Investition durch nur einen Miteigentümer ist dies bei Fehlen einer proportionalen Anteilserhöhung zu Lasten der anderen (untätigen) Miteigentümer bzw. bei Fehlen einer entsprechenden proportionalen parallelen Mitwirkung der anderen Miteigentümer nur dann sichergestellt, wenn eine Vorabvergütung zu Lasten aller Miteigentümer gewählt wird, die vor der regulären Gewinnausschüttung an die Miteigen-

⁽³²⁾ Diese lässt sich auch nicht aus Gesetz und Satzung ableiten. Dort ist nur zu entnehmen, dass das „Grundkapital“ anteilig durch die beiden Anteilseigner bzw. — auf Seiten des Sparkassenverbandes — auch durch die Sparkassen selbst aufzubringen ist.

⁽³³⁾ Urteil vom 12. Dezember 2000, T-296/97.

⁽³⁴⁾ Urteil vom 6. März 2003 in den verbundenen Rechtssachen T-228/99 und T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission, Slg. 2003, II-435, Rz. 316.

tümer direkt an den Investor unabhängig von dessen Eigentümerstellung fließt und damit nur diesem zugute kommt.

d) **Kapitalbasis für die Vergütung und Vergütungselemente**

i) **Kapitalbasis**

(122) Entsprechend ihrer Vorgehensweise im Fall WestLB ermittelt die Kommission die angemessene Vergütung für das übertragene Fördervermögen anhand seiner kommerziellen Nutzbarkeit für die BayernLB. Die Kommission unterscheidet auch vorliegend nach der sog. Geschäftsausweitungsfunktion und der (bloßen) sog. Haftungsfunktion des als Eigenkapital zur Verfügung gestellten Fördervermögens für die Geschäftstätigkeit des Kreditinstituts.

(123) 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, 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, 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 wirkt sich somit auf die Bedingungen aus, zu denen die Bank Fremdkapital aufnehmen kann. Die marktübliche Vergütung der sog. Haftungsfunktion des Kapitals bemisst sich nach der Vergütung, die ein privater Garantgeber von einem Kreditinstitut von vergleichbarer Größe und Risikoausrichtung wie die BayernLB verlangt hätte.

(124) Der Freistaat Bayern hatte zum 31. Dezember 1994 un- und niederverzinsliche Darlehen mit einer Restvaluta von rund 3 798 Mio. DEM und zum 31. Dezember 1995 mit einer Restvaluta von rund 1 219 Mio. DEM auf die BayernLB übertragen. Der Barwert dieses Fördervermögens wurde gutachterlich für die erste Tranche mit 655,7 Mio. DEM und für die zweite Tranche mit 542,1 Mio. DEM ermittelt. Insgesamt wurde damit eine Zweckerücklage in Höhe von 1,197 Mrd. DEM gebildet, die in der Bilanz der BayernLB als Eigenmittel ausgewiesen wurde.

(125) Das BAKred hatte den zum jeweiligen Übertragungszeitpunkt der beiden Tranchen ermittelten und in der Bilanz als Eigenmittel ausgewiesenen Barwert von insgesamt 1,197 Mrd. DEM in vollem Umfang aufsichtsrechtlich als

Basiseigenmittel anerkannt⁽³⁵⁾. Nach Angaben Deutschlands stand das in der Zweckerücklage zusammengefasste Fördervermögen der BayernLB darüber hinaus auch vollständig zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung⁽³⁶⁾. Anders als im WestLB Fall war nicht vorgesehen, die Zweckerücklage teilweise auch zur Unterlegung des Fördergeschäfts des Kreditinstituts einzusetzen. Somit stellt sich vorliegend die Frage nicht, ob hier eventuell ein Teil der als Eigenmittel bilanzierten Zweckerücklage lediglich Haftungsfunktion für die BayernLB hatte. Der aufsichtsrechtlich anerkannte Wert der Zweckerücklage bildet damit die Grundlage für die Ermittlung der angemessenen Vergütung für die Geschäftsausweitungsfunktion des zur Verfügung gestellten Kapitals.

(126) Die Kommission erkennt dabei an, dass der Barwert der Zweckerücklage in den Jahren 1998 und 1999 unter den vom BAKred anerkannten Betrag von 1,197 Mrd. DEM gesunken ist und insoweit die Zweckerücklage in diesen Jahren nicht in vollem vom BAKred anerkannten Umfang zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung stand. Zwar war durch die Ausfallgarantie des Freistaates für die Darlehen des Zweckvermögens zumindest der Rückfluss der im Zweckvermögen zusammengefassten Darlehensforderungen sichergestellt. Unterschreitungen des Barwerts konnten jedoch unter anderem eintreten, wenn die zurückgeflossenen Mittel neu zur Förderung des Wohnungsbaus ausgereicht wurden, worüber gemäß Einbringungsvertrag allein der Freistaat zu entscheiden hatte. Es wurde keine Vereinbarung dahingehend getroffen, dass der Freistaat sicherstellt, dass die zugeführten Vermögenswerte einen bestimmten Barwert nicht unterschreiten. In den Jahren 1998 und 1999, in denen der Barwert den vom BAKred anerkannten Betrag aufgrund von Schwankungen tatsächlich unterschritten hat, ist damit lediglich der verminderte Barwert als Bemessungsgrundlage heranzuziehen. Darauf haben sich auch die Parteien der am 24. September 2004 übermittelten Verständigung geeinigt⁽³⁷⁾.

(127) Die Kommission stellt dabei nochmals klar, 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 Geschäfts-

⁽³⁵⁾ Der vorliegende Fall unterscheidet sich somit von dem Sachverhalt im WestLB Verfahren, in dem nur ein Teil des ermittelten und in der Bilanz als Eigenmittel ausgewiesenen Barwertes des Wohnungsbaufördervermögens aufsichtsrechtlich als Eigenkapital anerkannt wurde.

⁽³⁶⁾ Soweit darüber hinaus der Barwert der Zweckerücklage den aufsichtsrechtlich anerkannten Wert überstieg, wurde der Differenzbetrag als Rückstellung passiviert und hat somit das Eigenkapital der BayernLB weder handelsrechtlich noch aufsichtsrechtlich vergrößert.

⁽³⁷⁾ Deutschland hat darüber hinaus im Laufe des Verfahrens den Standpunkt vertreten, dass ein pauschaler Sicherheitsabschlag von 25 % auf den vom BAKred anerkannten Barwert vorzunehmen sei. Neben den genannten Gründen, die Schwankungen des Barwertes herbeiführen könnten, hätte auch durch eine Umstellung der Förderpolitik seitens des Landes von der Darlehensförderung auf etwa Zuschussprogramme zu einer Verringerung des Barwertes führen können. Damit hätte die Bank aus Sicherheitsgründen den Betrag nie voll mit Wettbewerbsgeschäft belegen können. Die Kommission hat sich mit diesem Vortrag auseinandergesetzt und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass eine drastische Absinkung des Barwertes aufgrund des engen Kooperationsverhältnisses zwischen der Bank und dem Freistaat nicht wahrscheinlich war. Es erscheint damit auch vor diesem Hintergrund gerechtfertigt, allein die tatsächlichen Barwertunterschreitungen zu berücksichtigen.

ausweitung. Auch ein privater Kapitalgeber würde sich nicht mit einer belegungsabhängigen Vergütung zufrieden geben. Die Kommission folgt insoweit 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 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. Demzufolge spielt es für die hier zu erörternde Frage der maßgeblichen Kapitalbasis auch hier keine Rolle, dass die BayernLB als zur Verfügung gestellte Kapital lediglich ein einziges Mal im Jahre 1996 und auch nur geringfügig mit Risikoaktiva belegt hatte, wie auch die Parteien selbst in ihrer am 24. September 2004 der Kommission übermittelten Verständigung zugrunde gelegt haben.

(128) Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Ermittlung der Vergütung für die Geschäftsausweitungsfunktion des Kapitals derjenige der aufsichtsrechtlichen Anerkennung der Zweckerücklage als Kernkapital durch das BAKred ist. Nach Angaben Deutschlands, der BayernLB und des Beschwerdeführers konnte das Kapital erst von diesem Zeitpunkt an mit Risikoaktiva belegt werden.

(129) Soweit das Kapital schon vorher als Eigenmittel in der Bilanz ausgewiesen war, kam ihm jedoch zumindest Haftungsfunktion zu, wie oben näher erläutert. Dieses wird bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung zu berücksichtigen sein⁽³⁸⁾.

ii) **Tatsächlich geleistete Vergütung (Vergütungselemente)**

(130) Neben der geleisteten Vergütung von 0,6 % p.a. für tatsächlich mit Risikoaktiva belegtes Kapital erkennt die Kommission entgegen ihrer in der Eröffnungsentscheidung geäußerten vorläufigen Auffassung auch die Bürgschaftsgebühr von 0,05 % p.a., die die BayernLB für die Übernahme der Ausfallbürgschaft des Freistaates zahlen musste, als geleistete Vergütung an.

(131) Deutschland konnte unter Bezugnahme auf die der Kommission vorliegenden Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft [...] vom 5. Oktober 1994 und vom 30. April 1996 nachweisen, dass ohne die Ausfallbürgschaft der Barwert der übertragenen Darlehensforderungen niedriger anzusetzen gewesen wäre, da der angesetzte Kapitalisierungszinsfuß von 7,5 % mit einem Risikoaufschlag zu versehen gewesen wäre. Dieses wurde auch in einer der Kommission von Deutschland übermittelten Stellungnahme des BAFin vom 2. September 2004 bestätigt. Für die Kommission gilt damit als erwiesen, dass somit auch die Bürgschaftsgebühr in unmittelbarem Zusammenhang mit der zu vergütenden Geschäftsausweitungsfunktion des

haftenden Eigenkapitals steht und somit als Vergütungsbestandteil anzuerkennen ist.

(132) Hinsichtlich der weiteren in der Eröffnungsentscheidung genannten Elemente, wie (1) die Zinszahlungen der Darlehensnehmer, die weiterhin an den Freistaat fließen und (2) die Verzinsung von Zwischenanlagen sowie (3) anteilige Verwaltungskostenbeiträge hat Deutschland inzwischen eingeräumt, dass diese nicht als Vergütungsbestandteile anzusehen sind. Die Kommission sieht somit keinen Anlass, von ihrer in der Eröffnungsentscheidung geäußerten Auffassung abzurücken:

(133) *Zinszahlungen der Darlehensnehmer:* Die Regelung des § 2 Absatz 1 des Einbringungsvertrages, wonach zukünftige und gegenwärtige Zinsen auf Forderungen des übertragenen Zweckvermögens dem Staat zufließen, ist ein Ausfluss der Tatsache, dass das Zweckvermögen vom sonstigen Vermögen der Bank getrennt zu halten ist, vgl. § 2 Absatz 3 des Einbringungsvertrages. Damit können zukünftige und gegenwärtige Zinsen auf Forderungen des übertragenen Zweckvermögens nicht als Vergütung für die Geschäftsausweitungsfunktion des Zweckvermögens als Eigenkapital angesehen werden. Die Regelung des § 2 Absatz 1 des Einbringungsvertrages ist vielmehr Ausfluss der in Artikel 1 Absatz 2 des Zweckvermögensgesetzes niedergelegten sozialen Zweckbindung des übertragenen Fördervermögens. Nach Artikel 1 Absatz 2 des Zweckvermögensgesetzes ist zu gewährleisten, dass das übertragene Fördervermögen in gleicher Weise wie bisher für Zwecke des sozialen Wohnungsbaus eingesetzt wird. Danach sind die zukünftigen und gegenwärtigen Zinsen auf Forderungen dieses Zweckvermögens aufgrund der Zweckbindung ausschließlich für Maßnahmen des sozialen Wohnungsbaus zu verwenden. Die Tatsache, dass diese Zinsen dem Staat zufließen, ist somit ausschließlich Ausprägung der sozialen Zweckbindung des Fördervermögens und kann nicht nachträglich in eine Vergütung seitens der BayernLB umgedeutet werden.

(134) *Verzinsung von Zwischenanlagen:* Auch die in § 2 Absatz 1 Sätze 4 und 5 des Einbringungsvertrages vorgesehene Verzinsung von Zwischenanlagen kann nicht als Vergütung für die Geschäftsausweitungsfunktion des haftenden Eigenkapitals angesehen werden. Denn die Rückflüsse, die aufgrund der fortbestehenden sozialen Zweckbindung ohnehin dem Zweckvermögen zufließen, werden revolvierend als zinsgünstige Darlehen nach den Richtlinien und Anforderungen des Freistaates Bayern zweckgerichtet für den sozialen Wohnungsbau vergeben⁽³⁹⁾. Nach Angaben Deutschlands steht der BayernLB ohnehin nur der Stamm der Darlehensrechte (die Sicherungsfunktion des Eigenkapitals) zu, die Nutzungs- oder Ertragsfunktion des Eigenkapitals soll in Erfüllung der sozialen Zweckbindung vertragsgemäß in vollem Umfang gerade beim Freistaat Bayern verbleiben⁽⁴⁰⁾. Da es im vorliegenden Verfahren gerade um die angemessene Vergütung für die Sicherungsfunktion des Eigenkapitals geht, kann eine eventuell für die Nutzung zu bezahlende Vergütung nicht auf die Vergütung für die Sicherungsfunktion angerechnet werden.

⁽³⁸⁾ Dabei kommt es im Hinblick auf die Haftungsfunktion nicht auf den Zeitpunkt der Feststellung der Bilanz zum 31. Dezember des jeweiligen Geschäftsjahres an. Maßgeblich ist vielmehr die tatsächliche Einbringung. Es ist davon auszugehen, dass eine Bank ihre Gläubiger zumindest im Zuge größerer Transaktion über die Kapitalzufuhr informiert hätte. Nach Auffassung der Kommission löst somit bereits die tatsächliche Bilanzwirksamkeit die Haftungsfunktion aus.

⁽³⁹⁾ Schreiben Deutschlands vom 3. Juli 2001, S. 9.

⁽⁴⁰⁾ Schreiben Deutschlands vom 3. Juli 2001, S. 10.

(135) *Anteilige Verwaltungskostenbeiträge*: Auch die Ausnahme der dem Freistaat zustehenden Verwaltungskostenbeiträge von der Einbringung in das Zweckvermögen ist nichts anderes als eine weitere Ausprägung des in § 2 Absatz 3 des Einbringungsvertrages niedergelegten Grundsatzes der Trennung der eingebrachten Mittel vom sonstigen Vermögen der Bank. Die Tatsache, dass dem Staat ein Teil der von den Darlehensnehmern geleisteten Verwaltungskostenbeiträge weiterhin zufließt, ist somit Ausdruck der fortbestehenden Zweckbindung und damit einhergehender vermögensmäßiger Trennung der eingebrachten Mittel. Auch dies kann nicht nachträglich in eine seitens der BayLB zu bezahlende Vergütung umgedeutet werden.

e) **Vergleich mit anderen Eigenkapitalinstrumenten**

(136) Wie erläutert, ist der Anknüpfungspunkt für die marktübliche Vergütung vorliegend diejenige Vergütung, die ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber, der einer Bank Eigenkapital zur Verfügung stellt, verlangen würde.

(137) Unstreitig ist vorliegend, dass ein direkter Vergleich des auf die BayernLB übertragenen Fördervermögens mit anderen Transaktionen nicht möglich ist. Mag die Transaktion auch in einigen Aspekten bestimmten Instrumenten ähneln, so bestehen doch zu jedem Instrument so viele Unterschiede, dass jeder Vergleich nur eingeschränkt gültig ist. Deshalb kann entsprechend der Vorgehensweise im Fall WestLB die angemessene Vergütung auch hier nur dadurch ermittelt werden, dass die Vermögensübertragung mit verschiedenen marktüblichen Eigenkapitalinstrumenten verglichen wird, um im Rahmen eines Ähnlichkeitsvergleichs das Instrument zu bestimmen, dem diese am nächsten kommt und welches daher den Maßstab für die Bestimmung der Vergütung darstellt.

(138) Deutschland, die BayernLB und der Beschwerdeführer stimmen darin überein, dass das in der Zweckrücklage zusammengefasste Fördervermögen allein entweder mit Stammkapital oder mit stillen Einlagen verglichen werden kann. 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. Dies waren nach Angaben Deutschlands in den Jahren 1994 und 1995 lediglich das Grund- bzw. Stammkapital einer Bank und die Rücklagen sowie stille Einlagen, die den besonderen Anforderungen des § 10 Abs. 4 KWG entsprachen.

(139) Die Kommission folgt insoweit der Auffassung der Verfahrensbeteiligten. Schon in ihrer Entscheidung 2000/392/EG zum WestLB-Fall aus dem Jahre 1999 (Rz. 199) hat sie deutlich gemacht, dass ein Vergleich des ebenfalls als Kernkapital anerkannten Wfa-Vermögens mit hybriden Kapitalinstrumenten, die lediglich als Ergänzungskapital anerkannt wurden, wie etwa Genussscheine und Vorzugsaktien ohne Stimmrechte, nicht als Grundlage für die Bestimmung der angemessenen Vergütung für das übertragene Kapital dienen kann. 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 Basisinstrument 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.

(140) Die Kommission ist weiterhin der Auffassung, dass der von Deutschland und der BayernLB vorgenommene Vergleich mit stillen Einlagen im Sinne des § 10 Absatz 4 KWG beziehungsweise der stillen Einlagen der Bayerischen Sparkassen und anderer institutioneller Anleger, die das Kreditinstitut seit Anfang 1991 getätigt hat, nicht geeignet ist, als Grundlage für die Bestimmung der angemessenen Vergütung für die Zweckrücklage zu dienen. Die Übertragung des Zweckvermögens ist vielmehr mit einer Stammkapitalinvestition in die BayernLB zu vergleichen.

(141) Ein wesentlicher Gesichtspunkt ist dabei für die Kommission, dass obwohl die BayernLB zum Zeitpunkt der Einbringung der beiden Tranchen bereits stille Einlagen in erheblichen Volumina aufgenommen hatte und mit diesem Instrumentarium der Eigenkapitalaufstockung bereits vertraut war, die Einbringung der Fördervermögen gerade nicht in der Rechtsform einer stillen Einlage, sondern durch Bildung einer Rücklage erfolgte. Auch das BAKred hat die Zweckrücklage ausweislich der der Kommission vorliegenden Bescheide seinerseits nicht als stille Einlagen im Sinne des § 10 Absatz 4 KWG, sondern als Rücklage gemäß § 10 Absatz 2 Satz 1 Nr. 5 und Absatz 3 Satz 2 KWG anerkannt. Beides deutet bereits darauf hin, dass das zur Verfügung gestellte Kapital eher Stammkapital als stillen Einlagen glich.

(142) Weiterhin trifft es zwar zu, dass das Zweckvermögen der BayernLB einige Merkmale aufweist, die typischerweise eher bei stillen Einlagen vorzufinden sind⁽⁴¹⁾. Dennoch ist die Kommission der Auffassung, dass das Risiko, dass das eingebrachte Kapital im Fall der Insolvenz bzw. Liquidation zumindest teilweise zur Deckung herangezogen wurde, insgesamt nicht hinter einer Stammkapitalinvestition zurückblieb.

(143) Dem Vorbringen Deutschlands, dass das Verlustrisiko gegenüber einer Stammkapitalinvestition geringer war, weil die BayernLB bereits vor der Einbringung des Zweckvermögens über erhebliche Eigenmittel verfügte und somit auf das Kapital gar nicht angewiesen war, kann die Kommission nicht folgen. Zwar wurde die Zweckrücklage in der Tat nur ein einziges Mal und nur für eine sehr kurze Zeit tatsächlich mit Risikoaktiva belegt. Dass die Bank das Kapital nicht belegen würde, war jedoch aus der hier gebotenen ex-ante Sicht nicht erkennbar. Im Gegenteil, in der Begründung des Entwurfs des Zweckvermögensgesetzes, wie er schließlich vom Bayerischen Landtag verabschiedet wurde, wurde ausdrücklich als Grund für die Kapitalzufuhr angeführt, dass eine Stärkung der nationalen und internationalen

⁽⁴¹⁾ Z.B. Vereinbarung eines sog. Nachzahlungsanspruchs für den Fall, dass die Haftungsprovision in einem Geschäftsjahr entfallen sollte, weil durch sie ein Bilanzverlust entstanden wäre (siehe § 3 Einbringungsvertrag).

Wettbewerbsfähigkeit der Bayerischen Landesbank durch eine Eigenkapitalaufstockung erforderlich sei, um die Fortsetzung ihrer erfolgreichen Geschäftstätigkeit zu gewährleisten. Auch in Vorentwürfen und internen Vermerken des Bayerischen Staatsministeriums war die Ermöglichung der Geschäftsausweitung die erklärte Zielsetzung der Transaktion. Deutschland hat darüber hinaus selbst angegeben, dass bei Übertragung der ersten und der zweiten Tranche in den Jahren 1994 und 1995 durchaus die Absicht bestanden habe, die übertragene Zweckerücklage mit Risikoaktiva zu belegen⁽⁴²⁾. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber, der unter diesen Umständen Kapital zur Verfügung gestellt hätte, hätte somit auf der vollen Vergütung bestanden, weil er erstens das gesamte Verlustrisiko trug und zweitens die Bank das gesamte Kapital, wie auch sonstiges Kapital, nach ihrem freien wirtschaftlichen Kalkül und Ermessen im Wettbewerb einsetzen konnte.

- (144) Soweit Deutschland und die BayernLB anführen, es habe Einvernehmen bestanden, dass die BayernLB den Kapitalbedarf zur Ausweitung ihrer kommerziellen Geschäftstätigkeit weitgehend über die Hereinnahme stiller Einlagen institutioneller Investoren deckt, ist festzustellen, dass eine entsprechende Verankerung dieser Absicht weder in entsprechenden Vertragsklauseln der Einbringungsverträge noch im Einbringungsgesetz zum Ausdruck gebracht wurde. Ein privater Investor hätte deshalb nicht darauf vertraut, dass sein Kapital nicht belegt würde. Dass darüber hinaus Einvernehmen bestand, dass die BayernLB die Zweckerücklage erst nach Ausnutzung des übrigen vorhandenen Eigenkapitals zur Belegung mit Risikoaktiva heranzieht, steht der vorliegenden Risikoanalyse ebenfalls nicht entgegen, geht man davon aus, dass in jedem Fall die Absicht bestanden hatte, das Kapital mit Risikoaktiva zu belegen. Ein qualitativ geringeres Verlustrisiko in der Insolvenz/Liquidation als bei Stammkapital lässt sich nach Auffassung der Kommission auch unter diesen beiden Gesichtspunkten nicht begründen.
- (145) Dass der Sparkassenverband Bayern als zweiter Anteilseigner gemäß § 2 des Vertrages zwischen dem Freistaat Bayern und dem Bayerischen Sparkassenverband vom 15. Dezember 1994 dazu verpflichtet war, einen Verlust der BayernLB hälftig zu tragen, soweit die Zweckerücklage dadurch entweder aufgezehrt oder von Gläubigern der BayernLB zur Abdeckung von Verlusten in Anspruch genommen wird, beseitigte ebenfalls nicht das Risiko, dass die Zweckerücklage im Falle der Insolvenz oder der Liquidation zumindest teilweise verloren ging, denn danach ist die Zweckerücklage nur anteilig aufzufüllen. Darüber hinaus wird durch diese Abrede zwischen den Anteilseignern der Nutzen der BayernLB aus dem Kapital nicht verringert, so dass dieser Umstand die von der BayernLB insgesamt zu tragende Vergütung nicht mindern kann. So könnte es nicht angehen, dass die BayernLB überhaupt nichts mehr gezahlt hätte, wenn sich der Sparkassenverband Bayern etwa gegenüber dem Freistaat Bayern zur Tragung des gesamten Verlustes verpflichtet hätte. Diese Abrede könnte allenfalls im Innenverhältnis zu einer Abgeltung des Sparkassenverbands Bayern durch den Freistaat Bayern für die Übernahme dieses zusätzlichen Risikos führen, was aber nicht vereinbart wurde und für dieses Verfahren keine Rolle spielt.

- (146) Zuletzt überzeugt auch der Einwand nicht, dass vorliegend der Anteil der Zweckerücklage am Gesamtkapital zum Zeitpunkt der Einbringung mit etwa 8 % und damit das Verlustrisiko erheblich geringer war als im Fall WestLB, wo das Wfa-Vermögen fast 50 % des Eigenkapitals der Bank ausgemacht hat. Im Fall WestLB war das hohe Volumen der Kapitalzufuhr ein Indiz, nicht aber allein entscheidend für die Annahme der Stammkapitalähnlichkeit. Auch in der WestLB-Entscheidung ist die Kommission auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Ähnlichkeit der zu beurteilenden Transaktion mit einer Stammkapitalinvestition überwog.
- (147) Aufgrund der genannten Gesichtspunkte, insbesondere einer Analyse des Risikos, das ein Investor mit der vorliegend zu beurteilenden Transaktion eingegangen ist, schlussfolgert die Kommission, dass der Ausgangspunkt für die Bestimmung der angemessenen Vergütung für das Zweckvermögen die Vergütung für der BayernLB zur Verfügung gestelltes Stammkapital ist. Auch die Parteien der am 24. September 2004 der Kommission übermittelten Verständigung sind in ihrem Vergütungsvorschlag von einer Stammkapitalbetrachtung ausgegangen.

f) **Liquiditätsnachteile**

- (148) Den Argumenten Deutschlands und der BayernLB zu den Liquiditätsnachteilen kann im Prinzip gefolgt werden. Eine „normale“ Kapitalzufuhr an eine Bank verschafft dieser sowohl Liquidität als auch eine Eigenmittelbasis, 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⁽⁴³⁾. Da das Fördervermögen der BayernLB zunächst keine Liquidität verschafft — weil das übertragene Vermögen und sämtliche Erträge des Fördervermögens gesetzlich der Wohnungsbauförderung vorbehalten sind —, hatte die BayernLB 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)⁽⁴⁴⁾. 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.

⁽⁴³⁾ 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.

⁽⁴⁴⁾ 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).

⁽⁴²⁾ Schreiben Deutschlands vom 3. Juli 2001, S. 11.

(149) Die Kommission ist dabei jedoch der Auffassung, dass nicht der gesamte Refinanzierungszinssatz in Rechnung zu stellen ist. Refinanzierungskosten sind Betriebsaufwendungen und verringern damit das steuerbare Einkommen. Das Nettoergebnis der Bank verringert sich also nicht um den Betrag der zusätzlich gezahlten Zinsen. Ein Teil dieser Aufwendungen wird nämlich durch eine geringere Körperschaftsteuer ausgeglichen. Nur die Nettoaufwendungen sind als zusätzliche Belastungen der BayernLB infolge des besonderen Charakters des übertragenen Kapitals zu berücksichtigen. Insgesamt erkennt die Kommission also an, dass der BayernLB zusätzliche „Liquiditätskosten“ in der Höhe von „Refinanzierungskosten abzüglich Unternehmenssteuern“ entstehen⁽⁴⁵⁾.

(150) Die Kommission kann Deutschland auch nicht darin folgen, dass ein privater Investor aufgrund der Tatsache, dass der BayernLB zugeführte Kapitalbetrag nur 8 % der Eigenmittel ausmache und nicht wie im Fall WestLB fast 50 % einen Abzug lediglich der Nettofinanzierungskosten nicht hätte durchsetzen können. Dieses Argument überzeugt nicht. Entscheidend ist allein, dass die BayernLB die Refinanzierungskosten als Betriebsaufwendungen steuerlich hätte absetzen können und damit einen Vorteil erlangt, der unabhängig vom Volumen des zur Verfügung gestellten Kapitals aus Sicht des Europäischen Beihilfenrechts zu berücksichtigen ist.

g) **Angemessene Vergütung für den Betrag von 1,197 Mrd. DEM**

(151) Die angemessene Vergütung für den Betrag von 1,197 Mrd. DEM lässt sich zweifellos auf verschiedene Weise ermitteln. Wie gleich auszuführen sein wird, folgen jedoch alle Berechnungsweisen zur Ermittlung der Vergütung für zur Verfügung gestelltes Stammkapital den gleichen Grundprinzipien. Auf der Basis dieser Grundprinzipien nimmt die Kommission die Berechnung vorliegend in zwei Schritten vor: Zunächst wird die Mindestvergütung ermittelt, die ein Investor für eine (hypothetische) Stammkapitalinvestition in die BayernLB erwarten würde. Anschließend wird geprüft, ob am Markt aufgrund der Besonderheiten der in Frage stehenden Transaktion ein Auf- oder Abschlag vereinbart worden wäre und gegebenenfalls eine hinreichend belastbare Quantifizierung durch die Kommission vorgenommen werden kann.

i) **Ermittlung einer zu erwartenden Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in die BayernLB**

(152) Die erwartete Rendite einer Investition und das Investitionsrisiko sind wesentliche Determinanten der Investitionsentscheidung eines marktwirtschaftlich handelnden

Kapitalgebers. Um die Höhe dieser beiden Elemente zu bestimmen zieht der Investor alle verfügbaren Firmen- und Marktinformationen in sein Kalkül mit ein. Dabei stützt er sich auf historische Durchschnittsrenditen, die im Allgemeinen einen Anhaltspunkt auch für die zukünftige Leistungsfähigkeit des Unternehmens darstellen, sowie unter anderem auf die Analyse des für den Investitionszeitraum geltenden Geschäftsmodells des Unternehmens, die Strategie und Qualität der Unternehmensführung oder die relativen Aussichten des betreffenden Wirtschaftszweigs.

(153) Ein marktwirtschaftlicher Kapitalgeber wird nur dann eine Investition tätigen, wenn sie im Vergleich zur nächst besten Alternativeverwendung des Kapitals eine höhere Rendite, bzw. ein geringeres Risiko ermöglicht. Entsprechend wird ein Investor keine Investitionen in ein Unternehmen tätigen, dessen Renditeerwartungen geringer sind als die durchschnittlichen Renditeerwartungen anderer Unternehmen mit einem vergleichbaren Risikoprofil. In diesem Fall kann angenommen werden, dass hinreichende Alternativen zum angenommenen Investitionsvorhaben bestehen, die eine höhere Renditeerwartung bei gleichem Risiko versprechen.

(154) Verschiedene Methoden bestehen, um die angemessene Mindestvergütung zu ermitteln. Dies reicht von verschiedenen Varianten des Finanzierungsansatzes bis hin zur CAPM-Methode. Zum Zwecke der Darstellung der verschiedenen Ansätze ist es sinnvoll, zwischen zwei Komponenten zu unterscheiden, einer risikofreien Rendite und einer projektspezifische Risikoprämie:

$$\begin{aligned} &\text{angemessene Mindestrendite einer risikobehafteten Investition} \\ &= \\ &\text{risikofreier Basissatz} + \text{Risikoprämie der risikobehafteten Investition.} \end{aligned}$$

Die angemessene Mindestrendite einer risikobehafteten Investition kann folglich als die Summe des risikofreien Renditesatzes und der zusätzlichen Risikoprämie für die Übernahme des investitionsspezifischen Risikos beschrieben werden.

(155) Entsprechend ist das Fundament einer jeden Renditebestimmung die Existenz einer ausfallrisikolosen Anlageform mit einer annahmegemäß risikolosen Rendite. Üblicherweise wird die erwartete Rendite festverzinsliche Wertpapiere staatlicher Emittenten zur Bestimmung des risikofreien Basissatzes herangezogen (beziehungsweise ein auf solchen Wertpapieren beruhender Index), stellen sie doch Anlageformen mit vergleichbar geringem Risiko dar. Unterschiede zwischen den verschiedenen Methoden bestehen jedoch bezüglich der Ermittlung der Risikoprämie:

⁽⁴⁵⁾ Bestätigt durch Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz vom 6. März 2003 in den verbundenen Rechtssachen T-228/99 und T-233/99, Rz. 321 bis 331.

- *Finanzierungsansatz*: Die erwartete Eigenkapitalrendite eines Investors stellt aus der Sicht der kapitalnutzenden Bank zukünftige Finanzierungskosten dar. Bei diesem Ansatz werden zunächst die historischen Eigenkapitalkosten ermittelt, die bei Banken angefallen sind, die mit der in Frage stehenden Bank vergleichbar sind. Der arithmetische Durchschnitt der historischen Kapitalkosten wird dann gleichgesetzt mit den zukünftig erwarteten Eigenkapitalkosten und damit mit der erwarteten Renditeforderung des Investors.
- *Finanzierungsansatz mit Compound Annual Growth Rate*: Im Mittelpunkt dieses Ansatzes steht die Verwendung des geometrischen anstatt des arithmetischen Mittelwertes (Compound Annual Growth Rate).
- *Capital Asset Pricing Model (CAPM)*: Das CAPM ist das bekannteste und am häufigsten getestete Modell der modernen Finanzwirtschaft, mit dem die von einem Investor erwartete Rendite mit folgender Formel ermittelt werden kann:

$$\begin{aligned} & \text{Mindestrendite} \\ & = \\ & \text{risikofreie Basissatz} + (\text{Markt-Risikoprämie} \times \text{Beta}) \end{aligned}$$

Die Risikoprämie für die Eigenkapitalinvestition ergibt sich durch die Multiplikation der Risikoprämie des Marktes mit dem Betafaktor (Markt-Risikoprämie x Beta). Mit dem Betafaktor wird das Risiko eines Unternehmens relativ zum Gesamtrisiko aller Unternehmen quantifiziert.

- (156) Das CAPM ist die vorherrschende Methode zur Berechnung von Investitionsrenditen bei börsennotierten großen Unternehmen. Da die BayernLB kein börsennotiertes Unternehmen ist, ist jedoch eine direkte Ableitung ihres Betawertes nicht möglich. Eine Anwendung des CAPM ist deshalb nur auf der Basis einer Schätzung des Betafaktors möglich.
- (157) In seiner Stellungnahme vom 29. Juli 2003 gelangte der BdB bei Anwendung des CAPM zu einer zu erwartenden Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in die BayernLB zum Zeitpunkt der Übertragung der Baudarlehensforderungen zum 31. Dezember 1994 von 13,34 % p. a. und für den Zeitpunkt 31. Dezember 1995 12,87 % p. a. Deutschland äußerte grundsätzliche Bedenken gegen die Anwendung des CAPM. Darüber hinaus sei der BdB von einem zu hohen Betafaktor ausgegangen und habe zudem den risikolosen Basiszinssatz fehlerhaft ermittelt. Auch die Markttrisikoprämie von 4,6 % sei zu hoch angesetzt. Richtigerweise hätte der BdB auf der Grundlage des CAPM zu einer deutlich niedrigeren Mindestvergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition in die BayernLB gelangen müssen. In Rahmen ihrer Verständigung über die marktangemessene Vergütung gelangten der Freistaat Bayern, die BayernLB und der BdB zu dem Ergebnis, dass eine Mindestvergütung von 9,87 % für die erste Tranche und 8,00 % für die zweite Tranche angemessen sei.
- (158) Die Parteien haben ihren Berechnungen das CAPM zugrunde gelegt. Dabei haben sie als risikolose Basiszinssätze 7,50 % (31. Dezember 1994) und 6,10 %

(31. Dezember 1995) zugrunde gelegt. Die Ermittlung dieser Zinssätze erfolgte unter der Annahme, dass das Zweckvermögen der BayernLB dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte. Die Parteien haben daher von der Verwendung einer stichtagsbezogenen am Markt zum Einbringungszeitpunkt beobachtbaren risikolosen Rendite für einen festen Investitionszeitraum (z. B. 10-jährige Renditen für Staatsanleihen) abgesehen, da eine solche Betrachtung das Reinvestitionsrisiko, d. h. das Risiko, nach Ablauf des Investitionszeitraumes nicht wieder in Höhe des risikolosen Zinssatzes zu investieren, außer Acht lassen würde. Nach Auffassung der Parteien wird dem Investitionsrisiko am Besten Rechnung getragen, wenn man einen „Total Return Index“ zugrunde legt. Deshalb haben die Parteien den von der Deutschen Börse AG erstellten REX10 Performance Index herangezogen, der die Performance einer Investition in Anleihen der Bundesrepublik Deutschland mit exakt zehn Jahren Laufzeit abbildet. Die vorliegend verwendete Indexreihe beinhaltet die jeweiligen Jahresendstände des REX10 Performance Index ab 1970. Die Parteien haben sodann die Rendite per annum ermittelt, die den Trend wie er in dem zugrunde gelegten REX10 Performance Index in der Periode 1970 bis 1994 bzw. 1970 bis 1995 abgebildet ist, widerspiegelt und sind so zu den oben genannten risikolosen Basiszinssätzen von 7,50 % (31. Dezember 1994) und 6,10 % (31. Dezember 1995) gelangt.

- (159) Da die Einlage der BayernLB in der Tat dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte, erscheint die Vorgehensweise zur Ermittlung der risikolosen Basiszinssätze in diesem speziellen Fall angemessen. Auch stellt der herangezogene REX10 Performance Index eine allgemein anerkannte Datenquelle dar. Die ermittelten risikolosen Basiszinssätze erscheinen somit hier sachgerecht.
- (160) Die Schätzung der Betafaktoren — 0,593 (31. Dezember 1994) und 0,475 (31. Dezember 1995) erfolgte auf der Basis eines Gutachtens der [...] zu sog. adjusted Betafaktoren von sämtlichen in Deutschland börsennotierten Kreditinstituten, das der Kommission vorliegt. Auf der Basis dieser Studie und angesichts der Geschäftsausrichtung der BayernLB sind diese Betafaktoren als angemessen anzusehen.
- (161) Ferner erscheint aus Sicht der Kommission auch die Markttrisikoprämie von 4,0 % vertretbar. Bereits im WestLB-Verfahren wurde die so genannte allgemeine langfristige Markt-Risikoprämie, also die Differenz zwischen der langfristigen Durchschnittsrendite auf ein übliches Aktienportfolio und der auf Staatsanleihen, mehrfach behandelt. In den entsprechenden Gutachten zum Verfahren wurden je nach Methodik, Zeitraumbetrachtung und Datenbasis Spannen von etwa 3 % bis 5 % angesetzt. So rechnete ein Gutachten, das für den BdB erstellt wurde, alternativ mit 3,16 % und 5 %, ein anderes, für die WestLB im selben Verfahren erstelltes Gutachten rechnete alternativ mit 4,5 % und 5 % und Lehman Brothers, auch für WestLB tätig, rechnete mit einem Satz von 4 %. Vor diesem Hintergrund hat die Kommission in dem vorliegenden Fall keinen Anlass, von der in der Verständigung verwendeten Markttrisikoprämie abzuweichen. Ausgehend vom CAPM beste-

hen nach Auffassung der Kommission keine Zweifel, dass die von den Parteien ermittelte Mindestvergütung vorliegend als angemessen angesehen werden kann.

(162) Die Kommission hat keine Anhaltspunkte dafür, dass die von den Parteien ermittelte Mindestvergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition in dem vorliegenden Fall einem Markttest nicht standhalten kann. Die Kommission legt deshalb als angemessene Mindestvergütung für die erste Tranche des Zweckvermögens einen Wert von 9,87 % p.a. und für die zweite Tranche einen Wert von 8,00 % p.a. (jeweils nach Unternehmenssteuer und vor Investorensteuer) fest.

ii) Renditeabschlag wegen fehlender Liquidität

(163) Deutschland gab an, dass die tatsächlichen Refinanzierungskosten der BayernLB im zweiten Halbjahr 1994 und damit bei Einbringung der ersten Tranche bei durchschnittlich 7,71 % und im 2. Halbjahr 1995 und damit bei Einbringung der zweiten Tranche bei 6,78 % gelegen hätten. In der Verständigung haben die Parteien den von ihnen ermittelten langfristigen risikofreien Basiszinssatz von 7,50 % für den Zeitpunkt 31. Dezember 1994 (erste Tranche) und 6,10 % für den Zeitpunkt 31. Dezember 1995 (zweite Tranche) als Mindest-Bruttorefinanzierungskosten zugrunde gelegt. Darüber hinaus haben sich die Parteien darauf geeinigt, einen pauschalen Steuersatz von 50 % anzunehmen⁽⁴⁶⁾. Dementsprechend kommen die Parteien zu einem Nettofinanzierungssatz von 3,75 % für die erste Tranche und 3,05 % für die zweite Tranche und damit zu einem entsprechenden Liquiditätsabzug.

(164) Aufgrund dieser Verständigung und der Tatsache, dass die genannten Beträge in den von Deutschland bereits vorher genannten Rahmen fallen, hat die Kommission keinen Anlass, diese als nicht sachgerecht anzusehen und legt damit auch diese Beträge der Ermittlung des Beihilfenelements zugrunde.

iii) Renditeaufschlag wegen der Besonderheiten der Übertragung

(165) In der Praxis werden bei der Festlegung einer Vergütung atypische Umstände, die in Abweichung vom Normalfall einer Stammkapitalinvestition in das betreffende Unternehmen erfolgen, im Allgemeinen durch entsprechende Zuzuw. Abschläge berücksichtigt. Es ist daher zu prüfen, ob entsprechend den Besonderheiten, insbesondere dem konkreten Risikoprofil der Übertragung des Zweckvermögens, Gründe für eine Anpassung der soeben ermittelten Mindestvergütung von 9,87 % (erste Tranche) und 8 % (zweite Tranche) die ein Privatinvestor für eine (hypothetische) Stammkapitalinvestition in die BayernLB erwarten würde, vorliegen und zudem eine methodisch hinreichend belastbare Quantifizierung durch die Kommission vorgenommen werden kann. In diesem Zusammenhang erscheint die Überprüfung von drei Aspekten angezeigt: erstens die unterbliebene Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile und der damit verbundenen Stimmrechte, zweitens das außerordentliche Volumen der

Vermögensübertragung und drittens die fehlende Fungibilität der Anlage.

(166) Das Land erhielt durch die Einbringung keine zusätzlichen Stimmrechte und dies wurde auch nicht durch eine vergleichbare Investition des anderen Anteilseigners ausgeglichen. Mit einem Stimmrechtsverzicht lässt sich der Kapitalgeber die Möglichkeit entgehen, die Geschäftsleitung der Bank in ihren Entscheidungen zu beeinflussen. Zum Ausgleich dafür, dass ein höheres Verlustrisiko hingenommen wird, ohne dass dem ein entsprechend größerer Einfluss auf das Unternehmen gegenübersteht, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber (selbst bei Abmilderung des Risikos durch interne Abreden mit den anderen Anteilseignern) eine höhere Vergütung verlangen. Ausgehend von der erhöhten Vergütung für Vorzugsaktien gegenüber Stammaktien hält die Kommission hierfür einen Aufschlag von mindestens 0,3 % p.a. (nach Unternehmenssteuern) für sachgerecht. Auch die Parteien der Verständigung halten einen Aufschlag von 0,3 % p.a. wegen der fehlenden Ausgabe neuer Stimmrechte für sachgerecht.

(167) Unter dem Gesichtspunkt des Volumens des übertragenen Vermögens und der Einfluss, den dies aus dem Blickwinkel der Solvabilitätsrichtlinie für die BayernLB spielte, ist vorliegend nach Auffassung der Kommission kein Aufschlag zu erheben. Mit der Einbringung des Zweckvermögens erhöhte sich das Kernkapital der BayernLB anders als in den anderen genannten Landesbanken-Fällen, wo teilweise eine Verdoppelung des Kernkapitals erfolgte, lediglich um 8 %. Auch ist eine Stammkapitalzufuhr von etwa 1,197 Mrd. DEM in eine der größten deutschen Universalbanken gerade im Hinblick auf den außerordentlichen Kapitalbedarf europäischer Kreditinstitute im Hinblick auf die Solvabilitätsrichtlinie nicht als außerhalb jeglicher normalen geschäftlichen Dimension anzusehen. Die Kommission hält es daher für nicht wahrscheinlich, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber für die gegebene absolute und relative Größe des zugeführten Kapitals einen besonderen Aufschlag verlangt hätte. Die Kommission sieht somit zugunsten der BayernLB davon ab, einen Aufschlag unter dem Gesichtspunkt des Volumens der Vermögensübertragung zu erheben. Ebenso geht die Verständigung davon aus, dass wegen des Volumens des übertragenen Vermögens kein Aufschlag erfolgen soll.

(168) Schließlich ist auf die fehlende Fungibilität der Anlage hinzuweisen, d. h. die fehlende Möglichkeit, das investierte Kapital jederzeit auch wieder aus dem Unternehmen abzuziehen. Normalerweise kann ein Kapitalgeber ein Eigenkapitalinstrument auf dem Markt an Dritte verkaufen und damit seine Investition beenden. Eine normale Zuführung von Stammkapital läuft bei genauer Betrachtung folgendermaßen ab: Der Investor bringt auf der Aktivseite der Bilanz Vermögen ein (sei es als Bar- oder als Sacheinlage). Dem entspricht auf der Passivseite im Regelfall ein handelbarer Anteil zugunsten des Investors, z. B. bei einer Aktiengesellschaft sind dies Aktien. Diese Aktien kann er an Dritte veräußern. Damit kann er zwar nicht seinen ursprünglich eingebrachten Vermögenswert wieder

⁽⁴⁶⁾ Nach Unterlagen, die von der deutschen Regierung vorgelegt wurden, betrug die Körperschaftsteuer 1995 und 1996 42 %, zu der noch der Solidaritätszuschlag in Höhe von 7,5 % hinzukam (also insgesamt 49,5 %). Der Gesamtbesteuerungssatz ging 1998 auf 47,5 % zurück. Erst seit 2001 betrug der Gesamtbesteuerungssatz nur noch 30,5 %.

abziehen. Denn dieser zählt nun zum haftenden Eigenkapital der Gesellschaft und ist seiner Disposition entzogen. Er kann aber durch die Veräußerung der Aktie — je nach Börsenkurs — den wirtschaftlichen Gegenwert realisieren. Seine Kapitalanlage ist damit fungibel. Wegen der besonderen Umstände der Übertragung des Zweckvermögens steht dem Land diese Möglichkeit nicht offen. Dennoch sieht die Kommission keinen Anlass für einen weiteren Aufschlag. Zwar hatte das Land nicht die Möglichkeit, durch die freie Handelbarkeit der Anlage den wirtschaftlichen Gegenwert zu realisieren, allerdings bestand und besteht grundsätzlich die Möglichkeit, das Zweckvermögen per Gesetz wieder aus der BayernLB herauszulösen und gegebenenfalls durch erneute Einbringung in andere Institute höhere Renditen zu erzielen. Auch hier geht die Verständigung zwischen dem BdB, dem Freistaat Bayern und der BayernLB davon aus, dass wegen mangelnder Fungibilität des Vermögens kein Aufschlag erfolgen sollte.

- (169) Die Kommission hält daher insgesamt einen Renditeaufschlag von 0,3 % p.a. (nach Unternehmenssteuern und vor Investorensteuer) für den Verzicht auf zusätzliche Stimmrechte für sachgerecht.

iv) **Keine Verringerung des Entgeltes wegen der Vereinbarung einer Pauschalvergütung**

- (170) Bei Aktien hängt die Vergütung direkt von den Ergebnissen des Unternehmens ab und äußert sich hauptsächlich in Form von Dividenden und einer Beteiligung an dem Wertzuwachs des Unternehmens (z. B. ausgedrückt durch Aktienkurssteigerungen). Das Land erhält eine Pauschalvergütung, in deren Höhe diese beiden Aspekte des Entgelts für eine „normale“ Kapitalzufuhr zum Ausdruck kommen sollten. Es ließe sich argumentieren, dass die feste Vergütung, die das Land anstelle eines direkt mit den Ergebnissen der BayernLB verknüpften Entgelts erhält, einen Vorteil darstellt, der eine Reduzierung des Entgeltsatzes rechtfertigt. Ob eine solche feste Vergütung tatsächlich günstiger ist als eine variable, gewinnbezogene, hängt von den Ergebnissen des Unternehmens in der Zukunft ab. Verschlechtern sich diese, ist der Pauschalsatz für den Kapitalgeber von Vorteil, verbessern sich diese jedoch, ist er von Nachteil. Die tatsächliche Entwicklung kann jedoch nicht nachträglich zur Beurteilung der Anlageentscheidung herangezogen werden. Der Pauschalcharakter der Vergütung kommt daher dem Kapitalgeber nicht in einer Weise zugute, dass dieser deshalb mit einer Verringerung der Vergütung einverstanden gewesen wäre. In Anbetracht dessen ist die Kommission der Ansicht, dass der Entgeltsatz aus diesem Grunde nicht zu reduzieren ist.

v) **Gesamtvergütung**

- (171) Aufgrund all dieser Überlegungen und in Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer BdB, dem Freistaat Bayern und der BayernLB gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass eine angemessene Vergütung für die erste Tranche des fraglichen Kapitals eine angemessene Vergütung von 6,42 % p.a. (nach Unternehmenssteuer und vor Investorensteuer) betragen würde, nämlich 9,87 % normale Rendite

für das fragliche Investment zuzüglich 0,3 % wegen der Besonderheiten der Transaktion abzüglich 3,75 % wegen des Finanzierungsaufwandes, welcher der BayernLB wegen der fehlenden Liquidität des übertragenen Vermögens entsteht. Für die zweite Tranche gelangt die Kommission zu dem Ergebnis, dass eine Vergütung von 5,25 % p.a. (nach Unternehmenssteuer und vor Investorensteuer), nämlich 8 % normale Rendite zuzüglich 0,3 % Aufschlag abzüglich 3,05 % für die fehlende Liquidität des zur Verfügung gestellten Kapitals.

vi) **Ermittlung einer Mindestvergütung für das Kapital in Höhe von 1,197 Mrd. DEM bis zum Zeitpunkt der Anerkennung durch das BAKred**

- (172) Wie bereits dargelegt, war die Zweckerücklage in Höhe 1,197 Mrd. DEM für die BayernLB bereits von materiellem Wert, bevor es vom BAKred als Kernkapital im Sinne des KWG anerkannt wurde, da die beiden Tranchen bereits vom Zeitpunkt ihrer Einbringung an als Eigenkapital bilanziert war. Seine ökonomische Funktion lässt sich dabei mit der einer Bürgschaft oder Haftung vergleichen. Um sich einem derartigen Risiko auszusetzen, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine angemessene Vergütung verlangen.

- (173) Deutschland erachtet ebenso wie im Fall WestLB von der Kommission anerkannt⁽⁴⁷⁾ als Ausgangssatz eine Vergütung von 0,3 % p.a. vor Steuern für die Haftungsfunktion zugunsten der BayernLB für angemessen. Die Gründe, die in der Entscheidung für eine Erhöhung des Ausgangssatzes zugrunde gelegt wurden, treffen nach Auffassung Deutschland hingegen nicht zu. Im Fall WestLB wurde ein Aufschlag auf den genannten Satz von 0,3 % p.a. (vor Steuern) um weitere 0,3 % p.a. vorgenommen, weil a) Avalbürgschaften üblicherweise mit bestimmten Transaktionen verknüpft und befristet sind (was bei der WestLB nicht der Fall war und b) der der WestLB zur Verfügung gestellte Betrag von über 3,4 Mrd. DEM über dem liegt, was normalerweise durch derartige Bankbürgschaften abgedeckt wird.

- (174) Aufgrund der grundsätzlichen Vergleichbarkeit von WestLB und BayernLB sowie mangels anderer Anhaltspunkte geht die Kommission davon aus, dass dieser Satz der Vergütung entspricht, die die BayernLB auch Mitte der 1990er Jahre für die Übernahme einer Avalbürgschaft zu ihren Gunsten am Markt hätte zahlen müssen. Die Kommission stimmt darüber hinaus Deutschland zunächst zu, dass der Betrag des übertragenen Vermögens bei der BayernLB wesentlich geringer ist als bei der WestLB und daher der zweite in der WestLB-Entscheidung genannte Grund nicht zutrifft. Zwar war auch bei der BayernLB die Haftungsfunktion nicht befristet oder mit einer bestimmten Transaktion verknüpft. Jedoch erfolgte die Befristung de facto daraus, dass mit der Anerkennung durch das BAKred als Kernkapital der gesamte Betrag zur Geschäftsausweitung verwendet werden konnte. Damit war eine separate Avalprovision nicht mehr zu zahlen. Die Vergütung der Haftungsfunktion war in der

⁽⁴⁷⁾ Entscheidung 2000/392/EG.

Vergütung der Geschäftsausweitungsfunktion enthalten. Der Tatbestand der alleinigen Haftungsfunktion war daher von Anfang an beschränkt, was den Fall der BayernLB von dem der WestLB unterscheidet.

Die Kommission hält daher einen Aufschlag bei der BayernLB anders als bei der WestLB für nicht gerechtfertigt und legt damit einen Satz von 0,3 % p.a. (vor Steuern) als angemessene Vergütung für die Haftungsfunktion des Kapitals vom Zeitpunkt der bilanziellen Einbringung des Kapitals zum 31. Dezember 1994 bzw. 31. Dezember 1995 bis zur Anerkennung durch das BAKred zugrunde⁽⁴⁸⁾. Eine Nachsteuerbetrachtung ergibt damit bei Zugrundelegung eines Unternehmenssteuersatzes von rund 50 % zum damaligen Zeitpunkt⁽⁴⁹⁾ einen Satz von 0,15 % p.a. Der Satz von 0,15 % p.a. nach Steuern wurde auch von den Parteien in einer der Verständigung beigefügten Tabelle zur Kalkulation des Beihilfenelements zugrunde gelegt.

h) Satzungsänderung zum 5. März 2004

(175) Deutschland hat dargelegt, dass mit Wirkung zum 5. März 2004 eine Änderung der Satzung der Bayerischen Landesbank herbeigeführt wurde, wonach gemäß dem neu eingefügten § 2 a das zum 31. Dezember 1994 bzw. zum 31. Dezember 1995 auf die Bayerische Landesbank übertragene Zweckvermögen unbeschadet seiner Funktion als haftendes Eigenkapital der Bank nicht mehr der Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts dient.

(176) Damit ist es der Bank ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bestimmung verwehrt, Risikoaktiva aus dem Wettbewerbsgeschäft der BayernLB mit dem Zweckvermögen zu unterlegen. Die Geschäftsausweitungsfunktion des Zweckvermögens ist folglich ausgeschlossen. Es verbleibt nur noch die Haftungsfunktion des Kapitals.

(177) Die Haftungsfunktion wird nach Angaben Deutschlands und gemäß dem der Kommission vorliegenden Vertrag zwischen dem Freistaat und der BayernLB durch eine Haftungsprovision in Höhe von 0,3 % p.a. nach Steuern vergütet. Deutschland führt unter Anführung der Vergütungsregelung für eine vergleichbare Transaktion aus, dass es sich dabei um eine marktübliche Vergütung handle, die die BayernLB heute für die Übernahme einer Avalbürgschaft zu ihren Gunsten am Markt hätte zahlen müssen. Deutschland hat dargelegt, dass im Falle der BayernLB die Vergütung für das Zweckvermögen steuerlich als Gewinnverwendung eingeordnet wird, also nicht als Betriebsausgabe abgezogen werden kann, und die Vergütung daher nach Steuern zu entrichten ist.

(178) Die Kommission folgt Deutschland darin, dass eine Provision von 0,3 % p.a. nach Steuern als angemessener

Satz akzeptiert werden kann. Die Kommission geht auch vorliegend von einem Ausgangssatz von 0,3 % p.a. vor Steuern für die zu beurteilende Transaktion aus. Sie sieht keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Ausgangssatz von 0,3 % p.a. vor Steuern, wie in der WestLB-Entscheidung 2000/392/EG und auch vorliegend für die angemessene Vergütung für das zur Verfügung gestellte Kapital bis zur Anerkennung durch das BAKred als Kernkapital zugrunde gelegt, im Laufe der vergangenen Jahre verändert hat. Auch hat Deutschland diesbezüglich nichts Gegenteiliges vorgebracht. Darüber hinaus ist zumindest⁽⁵⁰⁾ aufgrund des Umstandes, dass der BayernLB das Kapital dauerhaft und unbefristet zu Haftungszwecken zur Verfügung steht, entsprechend der Methodik in der WestLB-Entscheidung ein Aufschlag von mindestens 0,15 % p.a. vor Steuern gerechtfertigt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Unternehmenssteuersätze im Jahre 2004 erheblich niedriger sind als noch in den neunziger Jahren⁽⁵¹⁾. Eine Nachsteuerbetrachtung führt demzufolge zu dem Ergebnis, dass die gewählte Vergütungsregelung von 0,3 % nach Steuern von der Kommission als angemessen akzeptiert werden kann.

(179) Für die Kommission gilt damit als erwiesen, dass mit der Neuregelung zum Verbleib des Zweckvermögens in der Bank, der hier zu untersuchende Beihilfentatbestand zum 5. März 2004, dem Tag des Inkrafttretens der Satzung, beendet wurde, und die von der Kommission als angemessen erachtete Vergütung von 6,42 % p.a. nach Steuern (erste Tranche) und 5,25 % p.a. nach Steuern (zweite Tranche) daher nur bis zu diesem Tag zu entrichten ist.

i) Das Beihilfenelement

(180) Nach obigen Berechnungen gelangt die Kommission zu dem Ergebnis, dass die von der BayernLB zu zahlende Vergütung für das Zweckvermögen, das vom BAKred in Höhe des Barwerts als Kernkapital anerkannt worden ist, 6,42 % p.a. für die erste Tranche (31. Dezember 1994) und 5,25 % p.a. für die zweite Tranche (31. Dezember 1995), jeweils ab Ende des Monats der Anerkennung als Kernkapital durch das BAKred, beträgt (für den Betrag von 655 Mio. DEM ab dem 31. Mai 1996 und für den Gesamtbetrag von 1,197 Mrd. DEM ab dem 31. Dezember 1996). Bemessungsgrundlage der Vergütung ist der gesamte, vom BAKred als Kernkapital anerkannte Barwert des Zweckvermögens (Zweckrücklage). Für die Jahre 1998 und 1999, in denen der Barwert den vom BAKred anerkannten Betrag aufgrund von Schwankungen tatsächlich unterschritten hat, ist jedoch lediglich der verminderte Barwert als Bemessungsgrundlage heranzuziehen.

⁽⁵⁰⁾ Die Kommission ist sich bewusst, dass die Höhe des zu Haftungszwecken zur Verfügung stehenden Betrags, die in der WestLB-Entscheidung 2000/392/EG als weiterer Grund für eine Erhöhung genannt wurde, im Falle der BayernLB niedriger ist und daher hier von geringerem Gewicht ist.

⁽⁵¹⁾ Nach Unterlagen, die von der deutschen Regierung vorgelegt wurden, betrug die Körperschaftssteuer 1995 und 1996 42 %, zu der noch der Solidaritätszuschlag in Höhe von 7,5 % hinzukam (also insgesamt 49,5 %). Der Gesamtbesteuerungssatz ging 1998 auf 47,5 % zurück. Seit 2001 betrug der Gesamtbesteuerungssatz jedoch nur noch 30,5 %.

⁽⁴⁸⁾ Wie oben bereits erläutert, kommt es im Hinblick auf die Haftungsfunktion nicht auf den Zeitpunkt der Feststellung der Bilanz zum 31. Dezember des jeweiligen Geschäftsjahres an. Maßgeblich ist vielmehr die tatsächliche Einbringung (siehe Fn. 41).

⁽⁴⁹⁾ Siehe oben Fn. 49.

- (181) Dieses Entgelt hätte vom Zeitpunkt der Anerkennung durch das BAKred an bis zur Beendigung des Beihilfentatbestandes am 5. März 2004 geleistet werden müssen.
- (182) Darüber hinaus erachtet die Kommission ein Entgelt von 0,15 % p.a. nach Steuern für den Betrag der Zweckrücklage, der bereits in der Bilanz als Eigenkapital ausgewiesen war, aber noch nicht vom BAKred als Basiseigenmittel anerkannt war, nämlich bis zur Anerkennung der ersten Tranche über 655 Mio. DEM am 8. Mai 1996 und zur Anerkennung der zweiten Tranche über 542 Mio. DEM am 20. Dezember 1996, als marktkonform.
- (183) Die BayernLB zahlt gegenwärtig ein Entgelt von 0,6 % p.a. (nach Steuern) allein auf den Betrag, den sie tatsächlich mit Risikoaktiva belegt hat. Dieses Entgelt wurde ein einziges Mal in Höhe von 7 000 DEM im Jahre 1996 gezahlt. Die Kommission akzeptiert darüber hinaus die von der BayernLB geleistete Bürgschaftsgebühr als zusätzliches Entgelt für das Land (siehe oben Rz.131).
- (184) Das Beihilfeelement kann als die Differenz zwischen den tatsächlichen Zahlungen und den Zahlungen berechnet werden, die den Marktbedingungen entsprechen würden. Das Beihilfeelement stand dabei dem Beihilfempfänger mit dem Tag der Fälligkeit der zu leistenden Vergütung zur Verfügung. Dieses ist entsprechend der Einbringungsverträge das Datum der Feststellung der Bilanz des jeweiligen relevanten Geschäftsjahres.

(185) Schaubild 2: Berechnung des Beihilfelements:

		1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Tranche 1											
1	für Haftungszwecke zur Verfügung stehend (von-bis):	01.01.-31.12.	01.01.-31.05.								
2	für Haftungszwecke zur Verfügung stehend (DEM):	655 000 000	655 000 000								
3	für Geschäftsausweitungszwecke zur Verfügung stehend (von-bis):		01.06.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-05.03.
4	für Geschäftsausweitungszwecke zur Verfügung stehend (DEM):		655 000 000	655 000 000	[...]	[...]	655 000 000	655 000 000	655 000 000	655 000 000	655 000 000
Tranche 2											
5	für Haftungszwecke zur Verfügung stehend (von-bis):		01.01.-31.12.								
6	für Haftungszwecke zur Verfügung stehend (DEM):		542 000 000								
7	für Geschäftsausweitungszwecke zur Verfügung stehend (von-bis):			01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-05.03.
8	für Geschäftsausweitungszwecke zur Verfügung stehend (DEM):			542 000 000	[...]	[...]	542 000 000	542 000 000	542 000 000	542 000 000	542 000 000
Ermittlung des Beihilfelements											
9	Entgelt von 0,15 % nach Steuern für 2. (DEM)	982 500	408 033								
10	Entgelt von 6,42 % nach Steuern für 4. (DEM)		24 587 197	42 051 000	[...]	[...]	42 051 000	42 051 000	42 051 000	42 051 000	7 468 074
	<i>Zwischensumme: Entgelte für Tranche 1 (DEM)</i>	982 500	24 995 230	42 051 000	[...]	[...]	42 051 000	42 051 000	42 051 000	42 051 000	7 468 074
11	Entgelt von 0,15 % nach Steuern für 6. (DEM)		813 000								

		1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
12	Entgelt von 5,25 % nach Steuern für 8. (DEM)			28 455 000	[...]	[...]	28 455 000	28 455 000	28 455 000	28 455 000	5 053 484
	<i>Zwischensumme: Entgelte für Tranche 2 (DEM)</i>	0	813 000	28 455 000	[...]	[...]	28 455 000	28 455 000	28 455 000	28 455 000	5 053 484
13	Summe der Entgelte (DEM)	982 500	25 808 230	70 506 000	[...]	[...]	70 506 000	70 506 000	70 506 000	70 506 000	12 521 557
14	bereits gezahltes Entgelt (DEM)	1 722 080	2 249 846	2 217 376	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	
	davon: Bürgschaftgebühr *) (nach Steuern) in DEM	1 722 080	2 242 846	2 217 376	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	
	davon: Haftungsprovision (nach Steuern) in DEM		7 000								
15	Beihilfeelement (13 — 14) — DEM	- 739 580	23 558 383	68 288 624	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
16	Summe der Beihilfeelemente — DEM										509 453 993
	Summe der Beihilfeelemente — Euro-Gegenwert										260 479 690

Seit dem 1. Januar 1999 wird die DEM zum Kurs von 1,95583 in Euro umgerechnet. Die Angaben sind dementsprechend in Euro umzurechnen.

Die Barwertminderungen der Jahre 1998 und 1999 wurden den beiden Tranchen pauschalierend im Verhältnis der Barwerte Tranchen pauschalierend im Verhältnis der Barwerte zugeordnet.

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

- (186) 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.
- (187) Die begünstigte BayernLB ist sowohl regional wie auch international im Bankgewerbe tätig. Die BayernLB versteht sich als universelle Geschäftsbank, Sparkassenzentralbank und als Staats- und Kommunalbank. Trotz ihres Namens, ihrer Tradition und ihrer gesetzlich geregelten Aufgaben ist die BayernLB keineswegs nur eine Lokal- oder Regionalbank.
- (188) Damit zeigt sich eindeutig, dass die BayernLB Bankdienstleistungen im Wettbewerb mit anderen europäischen Banken außerhalb Deutschlands und — da Banken aus anderen europäischen Ländern in Deutschland tätig sind — innerhalb Deutschlands erbringt.
- (189) Auch ist darauf hinzuweisen, dass ein sehr enger Zusammenhang zwischen dem Eigenkapital eines Kreditinstituts und seinen Bankaktivitäten besteht. Nur mit ausreichendem anerkanntem Eigenkapital kann eine Bank arbeiten und ihre kommerziellen Tätigkeiten ausweiten. Da die BayernLB durch die staatliche Maßnahme mit solchem Eigenkapital für Solvabilitätszwecke ausgestattet wurde, wurden die Geschäftsmöglichkeiten der Bank unmittelbar beeinflusst.
- (190) Es steht deshalb fest, dass Beihilfen an die BayernLB den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

1.4. ERGEBNIS

- (191) Auf Basis all dieser Überlegungen lässt sich feststellen, dass sämtliche Kriterien des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt sind. Die Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung vom 0,6 % p.a. sowie der zu leistenden Bürgschaftsgebühr von 0,05 % p.a. und der angemessenen Vergütung von 6,42 % p.a. (erste Tranche) sowie 5,25 % p.a. (zweite Tranche) (beides nach Unternehmenssteuer und vor Investorensteuer) für das übertragene Kapital, das die BayernLB bis zum 5. März 2004 zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts nutzen konnte sowie den 0,15 % p.a. (nach Unternehmenssteuer und vor Investorensteuer) auf den Teil des Vermögens der einer Bürgschaft gleicht, stellen somit eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 des EG Vertrags dar.

2. VEREINBARKEIT MIT DEM GEMEINSAMEN MARKT

- (192) Weiterhin ist zu untersuchen, ob die Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann. 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.

- (193) 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.
- (194) Da der wirtschaftliche Fortbestand der BayernLB nicht auf dem Spiele stand, als die Maßnahme durchgeführt wurde, stellt sich nicht die Frage, ob der Zusammenbruch eines einzigen großen Kreditinstituts wie der BayernLB 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.
- (195) 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 BayernLB war kein Unternehmen in Schwierigkeiten, dessen Wiedererlangung der Rentabilität durch staatliche Beihilfen unterstützt werden sollte.
- (196) Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag, der unter bestimmten Umständen Ausnahmen von den Vertragsvorschriften 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⁽⁵²⁾. Die formalen Voraussetzungen hierfür sind vorliegend nicht erfüllt: Weder wurden die Aufgaben, die die BayernLB 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 durchgeführt wurde, um die BayernLB in die Lage zu versetzen, den neuen Eigenkapitalanforderungen gerecht zu werden, und ohne Bezug zu irgendwelchen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Deswegen ist im vorliegenden Falle auch diese Ausnahmebestimmung nicht anwendbar.
- (197) 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.

⁽⁵²⁾ 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.

3. KEINE BESTEHENDE BEIHILFE

- (198) Entgegen dem Vorbringen Deutschland kann die Kapitalzufuhr auch nicht als von der bestehenden Beihilferegulierung Anstaltslast und Gewährträgerhaftung abgedeckt angesehen werden, sondern ist vielmehr als neue Beihilfe anzusehen.
- (199) 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.
- (200) Zum anderen greift auch der Tatbestand der Anstaltslast nicht ein. Die Anstaltslast verpflichtet den Anstaltsträger, den Freistaat Bayern, die BayernLB mit den Mitteln auszustatten, die für den ordnungsgemäßen Betrieb der BayernLB erforderlich sind, sofern er sich für deren Fortführung entscheidet. Die BayernLB 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. Vielmehr erfolgte die Kapitalzuführung entsprechend der Gesetzesmaterialien, um vor dem Hintergrund der zum 30. Juni 1993 erfolgten Verschärfung der Vorschriften zu den Kernkapital-/Eigenmittelquoten der Landesbank „die Fortsetzung ihrer erfolgreichen Geschäftstätigkeit“ zu ermöglichen. 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 Beihilferegulierung 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.

X. SCHLUSSFOLGERUNG

- (201) Die Kommission stellt fest, dass Deutschland die Beihilfemaßnahme unter Verstoß gegen Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag in rechtswidriger Weise gewährt hat.
- (202) Die Beihilfe kann weder aufgrund von Artikel 87 Absatz 2 bzw. Absatz 3 noch aufgrund einer anderen Vertragsvorschrift als 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

Die staatliche Beihilfe in Höhe von 260 479 690 EUR, die Deutschland in dem Zeitraum vom 31. Dezember 1994 bis zum 5. März 2004 zugunsten der Bayerischen Landesbank — Girozentrale gewährt hat, ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar.

Artikel 2

Deutschland ergreift alle notwendigen Maßnahmen, um die in Artikel 1 genannte, rechtswidrig zur Verfügung gestellte Beihilfe von der Empfängerin zurückzufordern.

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.

Die Zinsen werden gemäß den Bestimmungen des Kapitels V der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission ⁽⁵³⁾ 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

Mario MONTI

Mitglied der Kommission

⁽⁵³⁾ ABl. L 140 vom 30.4.2004, S. 1.

ANHANG

INFORMATIONEN HINSICHTLICH DER DURCHFÜHRUNG DER ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

1. **Kalkulation des Betrags, der zurückgefordert werden soll**

- 1.1. Liefern Sie bitte die folgenden Einzelheiten über die Höhe des Betrages der rechtswidrigen Beihilfen, die dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden sind:

Datum der Zahlung ^(°)	Höhe der Beihilfe ^(*)	Wäh- rung	Identität des Begünstigten

^(°) Datum, an dem die Beihilfe oder einzelne Raten der Beihilfe dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden ist (insofern eine Maßnahme aus mehreren Raten und Vergütungen besteht, getrennte Reihen verwenden)

^(*) Höhe der Beihilfe, die dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden ist (in Brutto-Beihilfenäquivalenten)

Anmerkungen:

- 1.2. Erklären Sie bitte ausführlich, wie die Zinsen, die auf die zurückzufordernde Beihilfe gezahlt werden müssen, berechnet werden?

2. **Schon ergriffene oder geplante Maßnahmen, um die Beihilfe zurückzufordern**

- 2.1. Beschreiben Sie bitte im Einzelnen, welche Maßnahmen schon ergriffen worden sind, und welche Maßnahmen geplant werden, um eine unmittelbare und effektive Rückforderung der Beihilfe durchzuführen. Bitte erklären Sie ebenfalls, welche alternativen Maßnahmen im nationalen Recht bestehen, um die Rückforderung durchzuführen. Teilen Sie bitte, soweit vorhanden, die Rechtsgrundlage für die ergriffenen/geplanten Maßnahmen mit.
- 2.2. Bis zu welchem Datum wird die Rückforderung der Beihilfe abgeschlossen sein?

3. **Schon bewirkte Rückforderung**

- 3.1. Liefern Sie bitte die folgenden Einzelheiten über die Beihilfen, die vom Begünstigten bereits zurückgefordert worden sind:

Datum ^(°)	Zurückerstatteter Betrag	Währung	Identität des Begünstigten

^(°) Datum, an dem die Beihilfe zurückerstattet worden ist

- 3.2. Belegen Sie bitte die Rückerstattung der Beihilfebeträge, die in der oberen Tabelle unter Punkt 3.1 spezifiziert worden sind.

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 20. Oktober 2004

über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Hamburgischen Landesbank — Girozentrale, jetzt HSH Nordbank AG

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3928)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2006/740/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,

nachdem der Mitgliedstaat und andere Beteiligte auf der Grundlage der vorerwähnten Bestimmungen zur Stellungnahme aufgefordert worden sind ⁽¹⁾ und gestützt auf ihre Bemerkungen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. VERFAHREN

- (1) Gegenstand des Verfahrens ist die Übertragung von Anteilen an der Hamburgischen Wohnungsbaukreditanstalt („WK“) auf die Hamburgische Landesbank — Girozentrale („HLB“) durch die Freie und Hansestadt Hamburg („FHH“). Das Verfahren steht im Zusammenhang mit sechs weiteren Verfahren gegen Deutschland wegen Vermögensübertragungen auf Landesbanken, insbesondere der Westdeutschen Landesbank Girozentrale („WestLB“).
- (2) Die Kommission übermittelte Deutschland am 12. Januar 1993 ein Auskunftersuchen bezüglich der Umstände und Gründe einer Kapitalerhöhung bei der WestLB durch die Integration der Wohnungsbauförderanstalt („WfA“) sowie etwaiger ähnlicher Erhöhungen von Eigenmitteln der Landesbanken anderer Bundesländer. Deutschland übermittelte Antwortschreiben im März und September 1993 sowie — auf weitere Anfragen der Kommission am 10. November und 13. Dezember 1993 — zusätzliche Informationen im März 1994. In den Antwortschreiben Deutschlands wurden, neben Angaben zur WfA-Übertragung auf die WestLB, ähnliche Übertragungen in Niedersachsen, Berlin und Schleswig-Holstein erwähnt.
- (3) 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 die FHH mit Wirkung zum 1. Januar 1986 sowie mit Wirkung zum 1. Januar 1993 Anteile an der WK auf die HLB direkt oder indirekt

übertragen hatte. Der BdB sah in der damit verbundenen Erhöhung der Eigenmittel der HLB eine Wettbewerbsverfälschung zu deren Gunsten, da eine mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Einklang stehende Vergütung hierfür nicht vereinbart worden sei.

- (4) 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. Die Beschwerde bezog sich des Weiteren auf ähnliche Vermögensübertragungen in Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Berlin und Bayern zugunsten der Westdeutschen Landesbank, der Norddeutschen Landesbank, der Landesbank Schleswig-Holstein („LSH“), der Landesbank Berlin bzw. der Bayerischen Landesbank. Im Februar und März 1995 und Dezember 1996 traten mehrere einzelne Banken der Beschwerde ihres Verbandes bei.
- (5) Die Kommission untersuchte zunächst die Vermögensübertragung auf die WestLB. Mit der Entscheidung 2000/392/EG ⁽²⁾ erklärte sie schließlich im Jahr 1999, die Differenz zwischen der gezahlten Vergütung und der marktüblichen Rendite für eine mit dem Gemeinsamen Markt vereinbare Beihilfemaßnahme und ordnete die Rückforderung der Beihilfe an. Diese Entscheidung wurde vom Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften mit Urteil vom 6. März 2003 ⁽³⁾, wegen unzureichender Begründung von zwei Elementen bei der Bemessung der Höhe der Vergütung aufgehoben, ansonsten aber vollumfänglich bestätigt. Zeitgleich mit der hier vorliegenden Entscheidung erlässt die Kommission eine neue Entscheidung zu WestLB, die den Kritikpunkten des Gerichts Rechnung trägt.
- (6) Am 1. September 1999 übermittelte die Kommission Deutschland ein Auskunftersuchen, das konkret die einzelnen Übertragungen auf die anderen Landesbanken, darunter auch die HLB, betraf. Deutschland übersandte daraufhin mit Schreiben vom 8. Dezember 1999 Informationen zur Übertragung der WK auf die HLB, die mit Schreiben vom 22. Januar 2001 ergänzt wurden.

⁽²⁾ ABl. L 150 vom 23.6.2000, S. 1.

⁽³⁾ Slg. 2003, S. II-435.

⁽¹⁾ ABl. C 81 vom 4.4.2003, S. 24.

- (7) Mit Schreiben vom 13. November 2002 teilte die Kommission Deutschland ihren Beschluss mit, wegen der Beihilfe das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu eröffnen.
- (8) Nach beantragten und genehmigten Fristverlängerungen legte Deutschland mit Schreiben vom 14. April 2003 und 15. Mai 2003 seine Bemerkungen und zusätzliche Informationen vor. Weitere Fragen wurden auf Zusammenkünften mit Vertretern der deutschen Behörden am 26. Juni 2003 erörtert. Nach einem erneuten Auskunftsersuchen der Kommission übermittelte Deutschland zusätzliche Informationen am 29. August 2003.
- (9) Der Beschluss der Kommission über die Eröffnung des Verfahrens wurde am 4. April 2003 im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht⁽⁴⁾, um sonstigen Beteiligten die Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Kommission erhielt daraufhin Bemerkungen des BdB, die sie an Deutschland zur Stellungnahme weiterleitete. Am 30. Oktober 2003 übermittelte Deutschland Bemerkungen zu den Ausführungen des BdB.
- (10) Die Kommission erbat von Deutschland weitere Information zu allen Landesbanken-Verfahren mit Schreiben vom 7. April 2004 und erhielt darauf Antworten mit Schreiben vom 1. bzw. 2. Juni 2004 sowie vom 28. Juni 2004. Am 1. Oktober 2004 übermittelte Deutschland Aktualisierungen von Daten sowie ergänzende Informationen.
- (11) Im Zuge der am 2. Juni 2003 vollzogenen Fusion der HLB mit der LSH zur HSH Nordbank wurde der von der HLB gehaltene WK-Anteil auf die FHH zurück übertragen.
- (12) Am 19. Juli 2004 übermittelten der Beschwerdeführer BdB, das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB eine vorläufige Verständigung über die angemessene Vergütung für das übertragene Vermögen. Diese Vergütung sollte nach ihrer Ansicht der Entscheidung der Kommission zugrunde gelegt werden. Die endgültige Fassung dieser Verständigung erreichte die Kommission am 13. Oktober 2004. Ebenso übermittelten der BdB, die FHH und die aus der HLB und Landesbank Schleswig-Holstein 2003 hervorgegangenen HSH Nordbank am 29. September 2004 eine vorläufige Verständigung über die angemessene Vergütung für das übertragene Zweckvermögen. In der Folgezeit gingen mehrere Schreiben dieser Beteiligten sowie Deutschlands bei der Kommission ein. Die endgültige Fassung der Verständigung bezüglich der Übertragung des Zweckvermögens auf die HLB erreichte die Kommission am 14. Oktober 2004.
- (14) Am 2. Juni 2003 (steuerlich und bilanziell zum 1. Januar 2003 entstand aus der Verschmelzung der HLB und der LSH die HSH Nordbank AG. Eigentümer sind die FHH mit gut 35 %, das Land Schleswig-Holstein mit knapp 20 %, die WestLB mit knapp 27 % und der Sparkassen- und Giroverband Schleswig-Holstein mit gut 18 %. Mit einer Bilanzsumme von rund 180 Mrd. EUR und insgesamt ca. 4 500 Mitarbeitern gehört die fusionierte Bank heute zu den größeren Kreditinstituten in Deutschland.
- (15) Zu den beiden Übertragungszeitpunkten hatte die HLB jeweils eine Bilanzsumme von 36,5 Mrd. DEM (1986) bzw. knapp 60 Mrd. DEM (1992). 2002, dem letzten Jahr vor der Fusion zur HSH Nordbank, hatte die HLB eine Konzernbilanzsumme von knapp 93 Mrd. EUR (Konzern) sowie eine Eigenmittelquote von 11 %. Im selben Jahr wurden 2 700 Mitarbeiter auf Konzernebene beschäftigt.
- (16) Als Staatsbank besorgte die HLB die bankmäßigen Geschäfte der FHH und ihrer juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts. Als Geschäftsbank war die HLB vor allem in den Bereichen der Schiffs- und Immobilienfinanzierungen, des Firmenkunden- und Privatkundengeschäfts sowie des internationalen Kapitalmarktgeschäfts tätig. Auf dem Gebiet der Schiffsfinanzierungen ist die HSH Nordbank laut eigener Darstellung der heute weltweit führende Anbieter.

DIE ÜBERTRAGUNG VON ANTEILEN DER WK AUF DIE HLB

II. AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER MASSNAHMEN

HAMBURGISCHE LANDESBANK — GIROZENTRALE („HLB“)

- (13) Zum Zeitpunkt der Übertragung war die HLB eine Anstalt des öffentlichen Rechts, die 1938 per Erlass errichtet
- (14) Durch Artikel 1 des „Gesetzes zur Änderung der Trägerschaft der Hamburgischen Wohnungsbaukreditanstalt“ vom 1. Juli 1986 übertrug die FHH mit Wirkung zum 1. Januar 1986 24 % des Grund- und Sonderkapitals der WK auf die HLB. Laut dem zwischen der FHH und HLB geschlossenen Einbringungsvertrag vom 10. Juli 1986 erfolgte diese Einbringung als Kapitalerhöhungsmaßnahme.
- (15) Mit dem „Gesetz zur Verstärkung des Kapitals der Hamburgischen Landesbank — Girozentrale“ vom 22. Dezember 1992 übertrug die FHH mit Wirkung vom

⁽⁴⁾ Siehe Fn. 1.

⁽⁵⁾ Die LSH ist eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts mit einer Bilanzsumme von rund 100 Mrd. EUR und ca. 2000 Mitarbeitern im Jahr 1998. Eigentümer der LSH sind seit 1994 die WestLB (39,9 %), das Land Schleswig-Holstein (25,05 %), der Sparkassen- und Giroverband für Schleswig-Holstein (25,05 %), sowie die Landesbank Baden-Württemberg (10 %).

1.1.1993 weitere 38 % der Anteile an der WK auf die HGV sowie die verbleibenden Anteile, weitere 38 %, direkt auf die HLB. Die FHH- Holding HGV wiederum beteiligte sich sodann in der Form einer typischen Stillen Einlage mit 19,86 % der ihr übertragenen Anteile an der HLB. Damit hatte die FHH laut den von Deutschland übermittelten Informationen insgesamt 81,86 % ihrer Anteile an der WK zum Teil unmittelbar, zum Teil mittelbar in die HLB eingebracht.

- (19) Ferner sah der Einbringungsvertrag vom 22. Dezember 1992 eine Call-Option vor. Demnach konnte die FHH von der Landesbank jederzeit die Übertragung der unmittelbar eingebrachten WK-Anteile auf sich oder einen von ihr benannten Dritten verlangen. Dies schloss auch das Recht auf die Rückübertragung der 1986 eingebrachten Anteile ein, was in einem so genannten „Sideletter“ vom 22. Dezember 1992 geregelt wurde. Bei einer Rückübertragung ist der Gegenwert der WK-Anteile auf der Grundlage eines Bewertungsgutachtens des der Rückübertragung vorausgehenden Geschäftsjahres zu bezahlen. In einem am 21. April 1997 geschlossenen Nachtrag zum Vertrag vom 22. Dezember 1992 wurde festgelegt, dass ein durch die Umstellung des WK-Fördersystems bewirkter Zuwachs an Stillen Reserven bei einer Rückübertragung nicht bei der HLB, sondern der FHH eintritt.

KAPITALANFORDERUNGEN NACH DER EIGENMITTEL- UND DER SOLVABILITÄTSRICHTLINIE

- (20) Nach der Richtlinie 89/647/EWG des Rates vom 18. Dezember 1989 über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute ⁽⁶⁾ (im folgenden „Solvabilitätsrichtlinie“) und der Richtlinie 89/299/EWG des Rates vom 17. April 1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten ⁽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 so genanntes 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.
- (21) Zum 30. Juni 1993 hatten die deutschen Banken ihre Ausstattung mit haftendem Kapital an die neuen Anforderungen gemäß der Solvabilitätsrichtlinie und der

Eigenmittelrichtlinie anzupassen ⁽⁸⁾. Bereits vor der Umsetzung der Solvabilitätsrichtlinie in deutsches Recht waren viele Landesbanken verhältnismäßig schwach mit haftendem Kapital ausgestattet. Für die betroffenen Kreditinstitute war es daher dringend notwendig, die Eigenkapitalbasis zu stärken, um eine Beschränkung ihrer Unternehmensexpansion zu verhindern oder wenigstens ihr bestehendes Geschäftsvolumen beibehalten zu können. Wegen der angespannten Haushaltslage konnten die öffentlichen Anteilseigner jedoch kein frisches Kapital zuführen, wollten andererseits aber auch nicht privatisieren und zusätzliches Kapital über die Kapitalmärkte finanzieren. So beschlossen die öffentlichen Banken Vermögens- bzw. Kapitalübertragungen vorzunehmen, im Falle der WestLB das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen („WfA“), im Falle der HLB die genannten WK-Anteile, die in die Kapitalrücklagen bzw. Stille Einlage der HLB eingestellt wurden.

AUSWIRKUNGEN DER ÜBERTRAGUNG AUF DIE EIGENKAPITALAUSSTATTUNG DER HLB

- (22) Die Übertragungen wurden mit dem Kapitalbedarf bzw. einer Verbesserung der Kapitalausstattung zum Zwecke der Geschäftserweiterung der HLB begründet. Die Übertragung der Anteile an der WK hatte den Vorteil, dies zu ermöglichen, ohne dass zusätzlicher Kapitaleinsatz aus dem Haushalt der FHH erforderlich gewesen wäre.
- (23) Schon in den 80er Jahren hatte die Geschäftsausweitung einen ständig steigenden Kapitalbedarf zur Folge. Nach den vorliegenden Informationen hat die Bank daher zum einen regelmäßig einen Teil des Bilanzgewinns dem verzinslichen Stammkapital zugeführt. Da dies jedoch offensichtlich nicht ausreichte, entschied sich die FHH bereits 1986 für die Einbringung von 24 % der WK-Anteile (212,160 Mio. DEM) in die HLB. Anfang der 90er Jahre war dann angesichts der 4. Novelle des Kreditwesengesetzes („KWG“) eine weitere Erhöhung des Eigenkapitals der HLB zwingend notwendig, da die HLB sonst außerhalb der neuen Kapitalquoten gelegen hätte.
- (24) Da auch der FHH zu diesem Zeitpunkt keine ausreichenden liquiden Haushaltsmittel zur Verfügung standen, hatte sie sich für den Weg der Sachkapitaleinlage entschieden und zum 1. Januar 1993 die 57,68 % der WK-Anteile (959,362 Mio. DEM) direkt und über die HGV in die HLB eingebracht.
- (25) Der Gesamtwert der Übertragungen wurde mit 1 171,522 Mio. DEM angegeben. Davon entfielen 212,160 Mio. DEM auf die Einstellung in die offenen Rücklagen im Jahr 1986 (24 % der WK-Anteile), 659,362 Mio. DEM auf die Einstellung in die offenen Rücklagen im Jahr 1993 (38 % der WK-Anteile) und 300 Mio. DEM auf die Stille Einlage der HGV im selben Jahr (19,86 % der WK). Die Berechnung basierte auf Gutachten zweier Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zur Wertermittlung der WK in den Jahren 1986 und 1993. Der Gesamtbetrag von 1 171,522 Mio. DEM wurde für 1993 und die folgenden Geschäftsjahre in die Bilanz aufgenommen.

⁽⁶⁾ ABl. L 386 vom 30.12.1989, S. 14; ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (AbL. L 126 vom 26.5.2000, S. 1).

⁽⁷⁾ ABl. Nr. L 124 vom 5.5.1989, S. 16. ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG.

⁽⁸⁾ Nach der Solvabilitätsrichtlinie haben Kreditinstitute Eigenmittel in Höhe von mindestens 8 % ihrer risikogewichteten Aktiva zu besitzen, während nach der alten deutschen Regelung eine Quote von 5,6 % verlangt war; allerdings beruhte diese Quote auf einer Eigenmittelformulierung, die enger war als die seit Inkrafttreten der Eigenmittelrichtlinie geltende.

- (26) Das Bundesaufsichtsamt für des Kreditwesens („BAKred“) erkannte den Kapitalansatz von 212,160 Mio. DEM für 1986 an. Im Hinblick auf die gesamte Kapitalfestsetzung nach den weiteren Übertragungen im Jahre 1993 entsprach das BAKred dem entsprechenden Antrag der HLB zunächst nicht, weil es — um die WK als werthaltige Beteiligung anzuerkennen — der Meinung war, dass die HLB hätte berechtigt sein müssen, die WK zu liquidieren. Nach einer Änderung des WK-Gesetzes im Jahre 1997, das einen Auflösungsbeschluss der Anteilseigner auf Verlangen eines Anteilseigners (auch der HLB) vorsah, wurde dieses Problem beigelegt und der volle Wert als haftendes Eigenkapital der HLB anerkannt.
- (27) Laut Darlegungen Deutschlands hat die HLB nach den beiden Übertragungszeitpunkten ihr Geschäft signifikant ausgedehnt: im Zeitraum 1986 bis 1999 stieg die Bilanzsumme von 36,5 Mrd. DEM im Jahre 1986 auf gut 145 Mrd. DEM im Jahre 1999.

VERGÜTUNG FÜR DIE ÜBERTRAGENEN EIGENMITTEL

- (28) Den übermittelten Informationen zufolge hat die FHH für die zum 1. Januar 1986 eingebrachten Anteile (24 % entsprechend 212,160 Mio. DEM) keine Vergütung erhalten. Für die zum 1. Januar 1993 unmittelbar auf die HLB übertragenen Anteile (38 % entsprechend 659,362 Mio. DEM) wurde ebenfalls keine Vergütung vereinbart; allerdings hat die HGV für die Einlage [...] (*) Mio. DEM von der HLB erhalten.
- (29) Es wurde vereinbart, der HGV für ihre Einlage eine Gewinnbeteiligung von [...] erhält, maximal jedoch 10 % pro Jahr. Laut den übermittelten Informationen wurden seit dieser Vereinbarung vom 23. Dezember 1992 zum 1. Januar 1993 [...] Mio. DEM von der HLB gezahlt.
- (30) Weitere Vergütungen wurden nicht vereinbart. Allerdings hat Deutschland erklärt, dass die FHH als alleinige Anteilseignerin der HLB bis 1997 die in der Satzung festgelegte jährliche Höchstdividende von 6 % erhalten hat⁽⁹⁾. Darüber hinaus hat die HLB regelmäßig selbst erwirtschaftete Rücklagen in verzinsliches Stammkapital umgewandelt (laut Deutschland vergleichbar mit der Ausgabe von Gratisaktien), was den übermittelten Angaben zufolge zu einer Effektivverzinsung von gut [...] % nach Steuern (und einem entsprechenden Zufluss) auf das tatsächlich von dem Gesellschafter eingezahlte Kapital führte, womit die HLB die Landesbank mit der höchsten Effektivverzinsung ist.

III. GRÜNDE FÜR DIE ERÖFFNUNG DES VERFAHRENS

- (31) In ihrer Verfahrenseröffnung vom 13. November 2002 erklärte die Kommission, dass die Mittelbereitstellung der FHH zugunsten der HLB nach dem Grundsatz des marktwirtschaftlichen Kapitalgebers zu prüfen sei. Dieser

(*) Vertrauliche Information; im Folgenden [...] oder mit Angabe einer Bandbreite in den [].

⁽⁹⁾ Das seit 1997 geltende, neu gefasste Gesetz über die HLB sieht keine Höchstdividende mehr vor; den übermittelten Angaben zufolge hat sich die Ausschüttung seitdem mehr als verdoppelt und betrug 1999 rund 21 %.

Grundsatz besagt, dass auch bei Mittelzuführungen eines staatlichen Kapitalgebers keine Beihilfeelemente vorhanden sind, wenn solche Mittel unter Bedingungen bereitgestellt werden, zu denen auch ein privater Kapitalgeber, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelt, bereit wäre, einem privaten Unternehmen Mittel zu überlassen⁽¹⁰⁾ („marktübliche Bedingungen“).

- (32) Für ein Kreditinstitut liegt der wirtschaftliche Nutzen einer breiteren Eigenmittelbasis, die durch die in Frage stehenden Übertragungen der WK-Anteile geschaffen wurde, in der damit einhergehenden größeren Kreditvergabekapazität und Möglichkeit zur Geschäftsausdehnung. Wird diese breitere Eigenmittelbasis zu vorteilhafteren als den marktüblichen Bedingungen vom öffentlichen Kapitalgeber bereitgestellt, liegt eine Begünstigung durch staatliche Mittel vor.
- (33) Daher unterzog die Kommission die Frage, ob die FHH die in Rede stehenden Mittel zu marktüblichen Bedingungen bereitgestellt hat, einer vorläufigen Prüfung. Unter normalen Marktbedingungen wird für die Einbringung von Kapital eine dessen Wert, Funktion und dem eingegangenen Risiko entsprechende Vergütung erwartet.
- (34) Auf der Grundlage der ihr seinerzeit zur Verfügung stehenden Informationen bezweifelte die Kommission die Marktüblichkeit der von der FHH bzw. ihrer Holding-Gesellschaft HGV erhaltenen Vergütung. Die gezahlte Vergütung in Höhe von [...] Mio. DEM [...] haben, wenn man sie auf die Gesamtheit der übertragenen Mittel beziehe, etwa [unter 3 %] entsprochen. Da zu den beiden Übertragungszeitpunkten selbst die Umlaufrenditen für 10 jährige Bundespapiere, also risikolose Anlagen, zwischen über 6 % und 7 % gelegen hätten, sei bei der Kapitalbereitstellung kaum von normalen Marktbedingungen auszugehen. Selbst wenn man die Besonderheiten der Transaktion, wie den mangelnden Liquiditätscharakter der übertragenen Mittel, berücksichtige, könne die von der FHH bzw. der HGV erhaltene Vergütung kaum als eine marktübliche Verzinsung angesehen werden.
- (35) Zwar habe Deutschland erklärt, dass die HLB zum Übertragungszeitpunkt ein wirtschaftlich gesundes Unternehmen gewesen sei, dessen Unternehmenswert von Jahr zu Jahr gesteigert worden sei. So seien Erträge teils als Dividenden an die FHH ausgeschüttet worden, teils als Gewinnrücklagen in die Kapitalausstattung der HLB geflossen, was deren Wert erhöht habe und der damaligen alleinigen Gesellschafterin FHH zugute gekommen sei. Aufgrund eines Gutachtens anlässlich des Verkaufs von Anteilen (49 %) an die LSH sei ein Ertragswert der HLB von [...] Mio. DEM zum Stichtag [...] ermittelt worden, der nach internen Berechnungen per 31. Dezember 1985 noch bei [...] Mio. DEM und per 31. Dezember 1992 bei [...] Mio.

⁽¹⁰⁾ ABl. C 307 vom 13.11.1993, S. 3; Ziff. 11.

DEM gelegen habe, so dass sich ein jährlicher durchschnittlicher Wertzuwachs von [...] % zwischen 1986 bis 1992 und von [...] % zwischen 1993 und 1996 ergebe, den die FHH, die bis 1997 alleinige Anteilseignerin war, voll zu ihren Gunsten verzeichnen und bei dem Verkauf an die LSH auch anteilig habe realisieren können. Da jedoch weitere Angaben und Berechnungen, beispielsweise zu den auf die Einbringung der WK-Anteile zurückzuführenden Dividenden- und Wertsteigerungen fehlten, war es der Kommission nicht möglich, eine diesbezügliche Beurteilung vorzunehmen.

- (36) Auf der Grundlage der verfügbaren Information hatte die Kommission somit an der Marktüblichkeit der Bedingungen, zu denen die FHH die Mittel, die der HLB offenbar vollständig als haftende Kapitalbasis zur Verfügung standen, übertragen hatte, ernsthafte Bedenken. Sie kam daher zu dem Schluss, dass die HLB wahrscheinlich durch staatliche Mittel begünstigt wurde.
- (37) Im Hinblick auf die Berechnung einer Vergütung führte die Kommission aus, dass sie in diesem Stadium und unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des vorliegenden Falles beabsichtige, die in der WestLB-Entscheidung vom 8. Juli 1999 zugrunde gelegte Methodik zu verwenden.
- (38) Da die HLB auf regionaler, nationaler und internationaler Ebene tätig ist und da durch die zunehmende Integration des Finanzdienstleistungssektors in der Gemeinschaft starker Wettbewerb zwischen Finanzinstituten verschiedener Mitgliedstaaten herrscht, war von einer Verfälschung dieses Wettbewerbs und der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bei Vorliegen einer staatlichen Begünstigung auszugehen. Die Kommission kam daher zu dem vorläufigen Schluss, dass die in Frage stehenden Maßnahmen wahrscheinlich Beihilfen im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag sind, die Anlass zu Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt geben, da keine der in Artikel 87 Absatz 2 und 3 EG-Vertrag sowie in Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag genannten Ausnahmebestimmungen in der vorliegenden Situation anwendbar erschienen.
- (39) Die Kommission ging im Rahmen ihrer vorläufigen Beurteilung und in Übereinstimmung mit Artikel 1 Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrages⁽¹¹⁾ ebenfalls davon aus, dass es sich bei der Maßnahme gegebenenfalls um eine neue und nicht um eine bestehende Beihilfe handelt, wobei sie auch auf Artikel 15 Absatz 2 der genannten Verordnung hinwies. Sie sah die Verfahrenseröffnung als eine weitere Maßnahme der Kommission, die im Sinne Artikel 15 Absatz 2 die Verjährungsfrist unterbreche und als solche vorangegangene Maßnahmen bestätige, einschließlich der Auskunftsschreiben der Kommission vom 12. Januar 1993, 10. November 1993, 13. Dezember 1993 und 1. September 1999 sowie des Eröffnungsbeschlusses im Fall WestLB⁽¹²⁾ und des der HLB zugestellten Eröffnungsbeschlusses im Fall Landesbank Berlin⁽¹³⁾.

IV. STELLUNGNAHME DEUTSCHLANDS

- (40) Deutschland wiederholte in seiner Stellungnahme zunächst seine Auffassung, dass die zum 1. Januar 1986 erfolgte Übertragung von 24 % des Kapitals der WK (eingestellter Wert in die Rücklagen: 212,160 Mio. DEM) auf die HLB gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 nicht als rechtswidrige Beihilfe zurückgefordert werden könne, da die Zehnjahresfrist hinsichtlich dieser Einbringung am 1. Januar 1996 abgelaufen sei.
- (41) Diese Einbringung („1986er Übertragung“) sei ein rechtlich und wirtschaftlich selbständiger Vorgang der von den 1993er Übertragungen zu trennen sei. Sofern Deutschland zuvor von einem „einheitlichen Investitionswillen“ gesprochen habe, wie die Kommission in ihrer Verfahrenseröffnung angemerkt habe, sei dies allein auf die 1993er Vorgänge bezogen gewesen. Auch der von Deutschland im Schreiben vom Dezember 1999 erwähnte „Sideletter“ vom 22. Dezember 1992 nehme an sich, und nur darauf komme es an, lediglich insoweit Bezug auf den 1986er Vorgang, als auf das 1986 wie 1993 gegebene Rückübertragungsrecht der FHH bezüglich der Anteile hingewiesen werde. Ferner habe die Darlegung Deutschlands, dass die direkt gezahlte Vergütung in Höhe von [...] Mio. DEM jährlich etwa [unter 3 %] entspreche, wenn man diesen Betrag auf die Summe der gesamten Übertragungen beziehe, reinen Illustrationszwecken gedient. Dies ändere jedoch nichts an der Tatsache, dass die 1986er Übertragung rechtlich und sachlich ein völlig getrennter Vorgang sei.
- (42) Wenn die 1986er Übertragung jedoch von den Einbringungen 1993 zu trennen sei, könne nur eine Maßnahme der Kommission im Sinne Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 vor dem 1. Januar 1996 die Verjährungsfrist unterbrechen. Die Auskunftsschreiben der Kommission vor demjenigen vom 1. September 1999 seien jedoch allgemeiner Natur gewesen, hätten die HLB nicht einmal erwähnt und genügten daher nicht den Anforderungen, die hinsichtlich Konkretheit an unterbrechende Maßnahmen im Sinne des Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 zu stellen seien. Deutschland erwähnte in diesem Zusammenhang auch das Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 10. April 2003 in der Rechtssache T-369/00, *Département du Loiret/Kommission*⁽¹⁴⁾ (im Folgenden „Scott“). Das Gericht habe in diesem Urteil festgestellt, dass ein Schreiben der Kommission, mit dem sie um Auskünfte über einen möglichen Beihilfetatbestand ersuche, eine die Verjährungsfrist unterbrechende Maßnahme im Sinne des Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 sein könne. Allerdings habe es sich bei dem streitigen Schreiben um ein Auskunftersuchen gehandelt, das sich ausdrücklich und konkret auf ein Grundstück, das dem Unternehmen Scott S.A. zu Vorzugsbedingungen verkauft worden sei, bezog. Die Kommission habe mit diesem Schreiben ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Rechtmäßigkeit dieser fraglichen Beihilfe geprüft werde und die Beihilfe gegebenenfalls zurückzuzahlen sei. Laut Auffassung Deutschlands habe das Gericht damit die Mindestanforderungen festgelegt, die ein Auskunftersuchen erfüllen müsse, um als eine die Verjährungsfrist unterbrechende Maßnahme angesehen werden zu können.

⁽¹¹⁾ ABl. L 83 vom 27.3.1999, S. 1, geändert durch die Beitrittsakte 2003.

⁽¹²⁾ ABl. C 140 vom 5.5.1998, S. 9.

⁽¹³⁾ ABl. C 239 vom 4.10.2002, S. 12.

⁽¹⁴⁾ Slg. 2003, S. II-1789.

- (43) Die Kommission sei im vorliegenden Fall mit den von ihr in der Verfahrenseröffnung erwähnten, an Deutschland gerichteten Auskunftersuchen vom 12. Januar 1993, 10. November 1993 und 13. Dezember 1993 weit von diesen Anforderungen entfernt. Diese Schreiben hätten sich lediglich auf die Westdeutsche Landesbank und eine generelle Anfrage zu möglichen ähnlichen Übertragungen auf andere Landesbanken bezogen. Die HLB oder die FHH sei in keinem dieser Schreiben erwähnt worden. Laut Deutschland stehe die Einrede der Verjährung der weiteren Prüfung des 1986er Vorgangs entgegen.
- (44) Was die wirtschaftliche Beurteilung der Kapitaleinbringung anbelangt, bestätigte Deutschland zunächst, dass der gesamte Wert der 1986 und 1993 eingebrachten WK-Anteile in Höhe von 1 171,522 Mio. DEM der HLB als Eigenkapital unverändert zur Verfügung gestanden habe. Das eingebrachte Kapital habe zu keinem Zeitpunkt einer Zweckbindung oder sonstigen Nutzungseinschränkung unterlegen.
- (45) In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das 1986 übertragene Kapital von da an durch das BAKred als haftendes Eigenkapital anerkannt wurde. Die Gesamtsumme, also einschließlich der 1993er Übertragung von rund 959 Mio. DEM (38 % direkt übertragene WK-Anteile, die mit 659,362 Mio. DEM in die offenen Rücklagen der HLB eingestellt wurden, und 19,86 % indirekt über die HGV eingebrachte WK-Anteile, die als Stille Einlage in Höhe von 300 Mio. DEM in die HLB eingebracht wurden), wurde jedoch erst 1997 vom BAKred als haftendes Eigenkapital anerkannt. Dies lag daran, dass erst am 25. Juni 1997 das WK-Gesetz geändert und der HLB als Anteilseignerin das Recht zur Auflösung bzw. Liquidation der WK eingeräumt wurde.
- (46) Deutschland erklärte, dass der HLB daher erst rückwirkend ab 1. Januar 1997 die übertragenen Mittel voll als Haftungsunterlegung zur Verfügung gestanden hätten. Gleichwohl habe die HLB, wie Deutschland später verdeutlichte, auch schon vor diesem Datum einen Teil der Kapitalrücklage zur Haftungsunterlegung genutzt, und zwar von — gerundet — 183 Mio. DEM 1993, über 436 Mio. DEM (1994) und 255 Mio. DEM (1995) bis 208 Mio. DEM im Jahre 1996 (siehe auch Tabelle in Randnummer 183). Die restlichen Mittel der Kapitalrücklage seien nicht belegt und nicht als haftendes Kernkapital anerkannt worden. Erst ab dem 1. Januar 1997 habe durchgehend bis zur Ausgliederung der WK anlässlich der Fusion mit der LSH zur HSH Nordbank am 2. Juni 2003 der Betrag von 659,4 Mio. DEM zur Verfügung gestanden. Ebenso habe die Stille Einlage in Höhe von 300 Mio. DEM von 1997 bis zu diesem Datum voll als haftendes Kernkapital zur Verfügung gestanden. Vor 1997 seien diese Mittel nicht belegt und nicht als Kernkapital anerkannt gewesen.
- (47) Was die Vergütung anbelangt, so wurde auf die Stille Einlage durchgehend der als Maximum festgelegte Betrag von [...] Mio. DEM [...] gezahlt, entsprechend [maximal 10 %]. Auf die Kapitalrücklage von rund 659 Mio. DEM wurde keine Vergütung gezahlt.
- (48) Allerdings erklärte Deutschland erneut, dass nicht nur die vereinbarte, direkte Verzinsung für die Stille Einlage als Vergütungsbestandteil zu berücksichtigen sei. Zum einen müssten die Dividendenzahlungen an die alleinige Anteilseignerin FHH zum Ansatz gebracht werden, da die von der HLB erwirtschafteten Gewinne zwangsläufig auch auf die von der FHH übertragenen Mittel zurückzuführen seien. So habe die FHH als alleinige Anteilseignerin bis 1997 die in der Satzung festgelegte Höchstdividende von 6 % erhalten, und ab 1997 variierende, aber steigende Dividenden auf ihren Anteil am Stammkapital erhalten. Von [...] Mio. EUR im Jahre 1985 seien diese Ausschüttungen bis zum Jahr 1996, als die FHH noch alleinige Eigentümerin gewesen sei, auf [...] Mio. EUR im Jahre 1996 gestiegen. Im Jahr 1997 entfielen auf die nun noch 50,5 % der Anteile der FHH [...] Mio. EUR Dividenden, die bis 2001 auf [...] Mio. EUR gestiegen seien.
- (49) Darüber hinaus seien die von der HLB selbst erwirtschafteten Rücklagen zum einen regelmäßig in Grundkapital umgewandelt worden. Das Grundkapital sei von 228,3 Mio. EUR im Jahre 1985 auf 250,9 Mio. EUR im Jahre 1997 gestiegen und seitdem unverändert. Zum anderen hätten sich seit 1985 die Gewinnrücklagen kontinuierlich selbst erhöht, und zwar von 93,1 Mio. EUR im Jahre 1985 auf 321,8 Mio. EUR im Jahre 2001. All dies weise auf eine erhebliche Ertragssteigerung hin.
- (50) Ferner müsse man die Wertsteigerungen berücksichtigen, die durch das eingebrachte Kapital erzielt worden und der FHH allein zuzurechnen seien. Dabei handle es sich um einen Wertzuwachs von rund [...] % bzw. [...] %, der allein auf die Einbringung der WK-Anteile zurückzuführen sei. Genauere Berechnungen, die auf der Ertragswertmethode beruhten, reichte Deutschland mit seiner Stellungnahme ein. So habe sich der Wert der HLB zwischen 1985 und 1992 um [...] Mio. DEM bzw. jährlich knapp [...] Mio. DEM gesteigert, was bezogen auf den 1986 eingebrachten WK-Anteil [...] % Rendite bedeute. Zwischen 1992 und 1995 habe sich der Unternehmenswert um [...] Mio. DEM jährlich gesteigert, was bezogen auf die zum 1. Januar 1993 eingebrachten WK-Anteile einer Rendite von [...] % jährlich entspreche. Dies belege wiederum, dass unter Einbeziehung aller Faktoren die FHH angemessene Renditen erzielt habe.
- (51) Schließlich habe die FHH angemessene Renditen bereits zu den beiden Investitionszeitpunkten erwarten können. Es habe es sich bei der HLB Ende 1985 bzw. Ende 1992 um ein wirtschaftliches Unternehmen gehandelt mit hier beispielhaft wiedergegebenen Eigenkapitalrenditen (vor Steuern) von gut 19 % im Jahre 1985 über gut 8-9 % in den Jahren 1989/90 bis gut 12 % im Jahre 1992. Zum Vergleich reichte Deutschland selbst ermittelte Eigenkapitalrenditen von fünf deutschen Privatbanken, die nach seiner Auffassung zeigten, dass die HLB in den jeweiligen Jahren von 1980 bis 1992 nicht oder wenn dann in einzelnen Jahren etwa 1-6 % (vor Steuern) bzw. 1-4 % (nach Steuern) unter dem jeweiligen Jahresschnitt der fünf anderen Institute gelegen hätte. Damit könne gesagt werden, dass die HLB den anderen privaten Banken „nicht nachsteht“.

(52) Im Übrigen vertrat Deutschland die Auffassung, dass die Übertragungen wegen der mangelnden Liquidität der Mittel mit einer Sacheinlage zu vergleichen seien. Bei einer Renditeberechnung käme es somit auf den Unterschied zwischen Sach- und Bareinlage an, der in den Refinanzierungskosten für die geschäftsausweitende Kreditvergabe begründet sei bzw. im Nachteil, den Bar-Gegenwert der Einlage nicht direkt anlegen zu können. Laut den übermittelten Berechnungen betrage der zinsliche Unterschied zu einer Bareinlage für das 1986 eingebrachte Sachkapital etwa 7,6 % bei Kreditvergabe und etwa 6,8 % bei ertragbringender, risikoloser Anlage. Für die Einbringung zum 1.1.1993 betrage der Unterschied rund 8,3 % bei Kreditvergabe und 7,36 % bei risikoloser Anlage. Bezogen auf die Bruttorendite bedeute dies für hypothetisch bar eingelegtes und das tatsächlich eingebrachte nicht liquide Kapital einen Unterschied von etwa 6 % (1986) bzw. 6,6 % (1993). Diesen Nachteil müsse auch ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber bei der Angemessenheit seiner Vergütung berücksichtigen.

V. STELLUNGNAHME DES BDB

(53) Der BdB hält die tatsächlich geleistete Vergütung für unzureichend. Für die zum 1. Januar 1986 eingebrachten WK-Anteile sei gar keine Vergütung vereinbart worden, für die 1993 übertragenen Anteile lediglich die Verzinsung der Stillen Einlage. Bezogen auf das insgesamt eingebrachte Kapital entspreche dies unter 3 % jährlich und sei damit keineswegs als marktüblich anzusehen. Der Anspruch der FHH auf eine angemessene Vergütung entfalle nicht etwa deshalb, weil diese alleinige Eigentümerin der HLB gewesen sei. Es komme auf die Erwartung mindestens einer Durchschnittsrendite an, die auch Privatbanken mit einer Ausstattung ihrer Tochtergesellschaften mit Eigenkapital regelmäßig verbinden.

(54) Es sei zwar richtig, dass diese Renditeerwartung keinen Ausdruck in der Vereinbarung eines festen Zinses finde, da der Rückfluss der Rendite an das Mutterunternehmen sowohl über die Dividendenzahlungen als auch über die Ertrags- und damit einhergehende Wertsteigerung des Tochterunternehmens erfolgen kann. Dennoch stehe die marktübliche Renditeerwartung der Vereinbarung einer festen Verzinsung gleich.

(55) Die FHH hätte als marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber von der HLB also eine marktübliche Rendite erwarten müssen. Davon habe die FHH jedoch keinesfalls ausgehen können.

(56) Offenbar sei schon bei der Einbringung zum 1. Januar 1986 laut Senatsmitteilung an die Bürgerschaft vom 17. Dezember 1985 mit einer unterdurchschnittlichen Rendite von 0,3 bis 0,5 Mio. DEM (nach BdB entsprechend 0,1 bis 0,2 %) gerechnet worden. Da Dividendenzahlungen erst nach einer tatsächlichen Geschäftsausweitung erfolgen sollten, habe es offensichtlich in den Anfangsjahren gar keine Vergütung für die FHH gegeben. Auch die an die FHH dann tatsächlich ausgeschütteten Dividenden seien nicht zu berücksichtigen, da ein privater Kapitalgeber unter den hier vorliegenden

Umständen eine jährliche fixe Vergütung verlangt hätte. Ebenso könnten nicht die in Stammkapital umgewandelten Rücklagen und Gewinne berücksichtigt werden.

(57) Mit der Realisierung von ansonsten unter Umständen erwarteten Wertsteigerungen habe hier auch nicht gerechnet werden können, weil die Anteile an der HLB nicht handelbar gewesen seien. Darüber hinaus hätten die Anteile somit keiner kontinuierlichen Wertbestimmung unterlegen. Eine Beseitigung des Beihilfeelements sei nicht durch die 1997 erfolgte Veräußerung von 49,5 % der Anteile an die LSH gegeben. Der Verkauf habe nach dem Investitionszeitpunkt gelegen und sei daher für die Vergütungserwartung gänzlich unerheblich gewesen. Bei der beihilferechtlichen Beurteilung käme es darauf an, ob ein Vorgang unter normalen wirtschaftlichen Bedingungen abgelaufen sei.

(58) Aus all dem folge, dass ein privater Kapitalgeber unter diesen Umständen nur dann die Investition vorgenommen hätte, wenn zeitnahe Erlöse oder Cashflows hätten erzielt werden können, entweder in Form von festen Dividenden oder auch von variablen Cashflows als Ersatz. Vermutlich würde ein privater Kapitalgeber in einer solchen Situation jedoch fest vereinbarte Zinsen vorziehen. Dafür spreche auch der Umstand, dass der FHH nicht die Rückübertragung der WK ohne Gegenleistung — Ausgleichszahlung zum Buchwert — zugestanden worden sei.

(59) Bei der Berechnung einer marktüblichen Vergütung ging der BdB zunächst davon aus, dass die übertragenen Mittel wie Stammkapital zu vergüten seien, weil sie bankenaufsichtsrechtlich anerkanntes Kernkapital seien. Der BdB führt aus, dass zur Ermittlung einer angemessenen Rendite für zur Verfügung gestelltes Kapital immer von einem risikolosen Renditeanteil und einer Risikoprämie ausgegangen werde, d. h. nach dem Grundprinzip „Erwartete Rendite einer risikobehafteten Investition = Risikolose Rendite + Risikoprämie der risikobehafteten Investition“ vorgegangen werde.

(60) Die Berechnung der Mindestvergütung nahm der BdB dann konkret auf der Basis des so genannten Capital Asset Pricing Models („CAPM“) vor, das die erwartete individuelle Risikoprämie mit Hilfe des so genannten Betawertes (statistisch gemessene Abweichung der individuellen Risikoprämie von der allgemeinen langfristigen Markt-Risikoprämie) ermittelt.

(61) Zur Ermittlung der risikolosen Rendite zog 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 handle⁽¹⁵⁾.

(62) Zur Ableitung der Risikoprämie ermittelt der BdB zunächst die so genannte allgemeine Markt-Risikoprämie, also die Differenz zwischen der langfristigen Durchschnittsrendite auf das marktübliche Aktienportfolio und der risikolosen

⁽¹⁵⁾ 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.

Rendite (Staatsanleihen). In seiner Stellungnahme vom 25. Juni 2003 legte er zunächst eine langfristige Markt-Risikoprämie von einheitlich 4,6 % zugrunde.

- (63) Die Betawerte schätzte der BdB dabei nach eigenen Angaben auf der Grundlage einer historischen Datenstichprobe vergleichbarer Banken. Der BdB gelangte dabei zunächst zu dem Ergebnis, dass sämtliche Betawerte für sämtliche Landesbanken und betrachteten Zeiträume größer als eins seien, was bedeutet, dass der BdB die Risikoprämie für Investitionen in Landesbanken im statistischen Schnitt für größer als die Markt-Risikoprämie hielt.
- (64) Unter Zugrundelegung eines risikolosen Basiszinssatzes von 8,05 % (Dezember 1985 für die 1986er Übertragung) und 5,90 % (Dezember 1992 für die 1993er Übertragung) und einem Betafaktor für die HLB von 1,1660 (erster Zeitpunkt) sowie 1,0836 (zweiter Zeitpunkt) gelangte der BdB zu einer erwarteten Mindestvergütung für die zum 1. Januar 1986 eingebrachten Anteile von 13,41 % und für die zum 1. Januar 1993 eingebrachten Anteile von 10,88 %.
- (65) Der BdB stellte ferner fest, dass der von der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG von der Mindestvergütung abgezogene Satz wegen der fehlenden Liquidität des Wfa-Vermögens vom Gericht erster Instanz bestätigt worden sei. Es bestünde somit kein Anlass, im vorliegenden Fall von dieser Methode abzuweichen und wäre auch hier ein Liquiditätsabschlag vorzunehmen. Die Höhe des Abzugs für die fehlende Liquidität bestimme sich entsprechend der „WestLB Methodik“ nach den Nettofinanzierungskosten (Bruttofinanzierungskosten abzüglich der anwendbaren Unternehmenssteuer).
- (66) Überdies vertrat der BdB den Standpunkt, dass der von der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG vorgenommene Aufschlag (dort 1,5 %), der als solches vom Gericht erster Instanz bestätigt worden sei, ebenfalls bei der HLB vorzunehmen sei. Lagen auch in den anderen Landesbanken-Fällen die sich gegenüber einer „normalen Stammkapitalinvestition“ risikohöher auswirkenden Umstände vor, wie 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, so ist nach Auffassung des BdB auch hier ein Aufschlag gerechtfertigt.
- (67) Statt einer so berechneten marktüblichen Rendite habe die FHH für die 1986er Übertragung überhaupt keine Vergütung vereinbart bzw. erhalten und für die 1993er Übertragung eine zu geringe. Für die letzte Einbringung, die erst 1997 aufsichtsrechtlich als Kernkapital anerkannt worden sei, habe die HLB seit 1993 eine jährliche Gewinnbeteiligung gezahlt, die sich aus einem garantierten Entgelt von 7 % sowie einem variablen Bestandteil (fester Zinssatz von 0,5 % auf die Ausschüttung aus dem

Bilanzgewinn) zusammensetzte. Dabei sei die tatsächliche Höhe dem BdB nicht bekannt. Die Vergütung erscheine aber angesichts der Vergleichbarkeit mit Stammkapital zu gering. Die Vergütung sei ferner an die HGV gezahlt worden, die zwar eine Holdinggesellschaft der FHH, aber wirtschaftlich eine selbständige Einheit sei, während an die FHH direkt nichts geflossen sei. Für die Einbringung der anderen Anteile in die Kapitalrücklage sei gar keine Vergütung vereinbart worden.

- (68) Die Verjährungsfrist im Hinblick auf die Übertragung der Anteile zum 1. Januar 1993 sei von der Kommission durch das Auskunftsverlangen 1. September 1999 und auch der Eröffnungsbeschluss vom 13. November 2002 unterbrochen worden. Bezüglich der Einbringung zum 1. Januar 1986 lehnt sich der BdB bei der Verneinung der Verjährung auf die Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung an. Diese finde auch ihre Entsprechung in der Rechtsprechung im klassischen Wettbewerbsrecht. Die Voraussetzungen des Handlungszusammenhangs lägen hier vor, weil sämtliche Übertragungen im Zusammenhang mit einem einheitlichen Konzept der Kapitalstärkung und Geschäftsausweitung gestanden hätten und demselben Muster gefolgt seien. Die Übertragung zum 1. Januar 1993 könne auch nicht wegen der neuen Solvabilitätsregeln getrennt betrachtet werden. Die Übertragungen 1986 und 1993 seien daher als eine einheitliche Kapitalmaßnahme zu sehen, und die Beihilfe erst am 1. Januar 1993 vollständig gewährt.
- (69) Daher sei es auch unerheblich, ob die Auskunftsschreiben der Kommission aus dem Jahre 1993 die Verjährungsfrist unterbrochen haben könnten. Der BdB stellt hierbei allerdings fest, dass diese Frist zugunsten der der HLB gewährten Beihilfe nur hätte unterbrochen werden können, wenn diese Schreiben auch gerade diese Beihilfe betroffen hätten. Da der BdB den genauen Inhalt dieser Schreiben nicht kenne, könne er hierzu nicht abschließend Stellung nehmen.

VI. REAKTION DEUTSCHLANDS AUF DIE STELLUNGNAHME DES BDB

- (70) Deutschland führte zunächst aus, dass der BdB das Urteil des Gerichts erster Instanz zur WestLB vom 6. März 2003 (im Folgenden „WestLB-Urteil“) falsch interpretiert habe. Der BdB meine offenbar, dass das Urteil klargestellt habe, dass die Wertsteigerung durch Kapitalzuführung keine marktübliche Rendite darstelle. Hierzu habe sich das Gericht jedoch nicht entscheidungserheblich geäußert. Die Aussage des Gerichts, dass sich ein privater Kapitalgeber normalerweise nicht mit einer Verlustminimierung oder begrenzten Rendite begnüge, auch dann, wenn er schon am Stammkapital des Anlage-Unternehmens beteiligt sei, besage nichts über die beihilferechtliche Beurteilung einer Rendite, die nicht in einer festen Verzinsung bestehe, sondern beispielsweise in einer Steigerung des Unternehmenswertes.

- (71) Der BdB räume dies ersichtlich selbst ein, wenn er auf Kapitaleinbringungen von Privatbanken in Tochtergesellschaften eingehe und aussage, dass sich dabei die Renditeerwartung nicht in der Vereinbarung eines festen Zinses ausdrücke, sondern in Dividenden und Ertrags- sowie damit einhergehenden Wertsteigerungen. In diesem Zusammenhang sei auch zu bemerken, dass der BdB hinsichtlich der von ihm angezweifelte Realisierbarkeit eines Wertzuwachses der HLB die Tatsachen verkenne, denn 49,5 % der Anteile seien entgegen der Darstellung des BdB, nicht handelbar gewesen, da sie 1997 an die LSH veräußert wurden.
- (72) Die vom BdB auf der Basis des so genannten CAPM errechneten Mindestrenditen von 13,41 % (1986er Übertragung) bzw. 10,88 % (gesamte 1993er Übertragung) seien unzutreffend. Zum einen begegneten der Verwendung des CAPM grundsätzliche und der Anwendung durch den BdB besondere Bedenken. So habe der BdB unter anderem das Marktportfolio auf die im CDAX enthaltenen deutschen Aktien begrenzt, die Parameter allein auf der Basis von zum Teil Vergangenheitsdaten geschätzt, ohne die Gültigkeit für den für die Investition relevanten Zeitpunkt zu überprüfen, die Markt-Risikoprämie aus einer Studie zur alleinigen Durchschnittsrendite deutscher Aktien von 1954 bis 1988 abgeleitet und für die Berechnung der Betafaktoren die CDAX Banken als mit dem gleichen Geschäfts- und Risikoprofil behaftete Unternehmen herangezogen. Somit seien fast alle für das CAPM benötigten Faktoren falsch geschätzt und die marktüblichen Mindestrenditen für die in Frage stehenden Transaktionen überschätzt worden.
- (73) Darüber hinaus habe der BdB den Aufschlag für die Besonderheiten der Transaktionen durch einfache Übernahme der in der Entscheidung 2000/392/EG genannten Kriterien begründet, ohne allerdings eine Quantifizierung, wie die im WestLB-Urteil kritisierte, vorzunehmen. Ferner sei wegen der mangelnden Liquidität der volle Refinanzierungssatz als Abschlag vorzunehmen, da es überhaupt nicht zulässig sei, den vom BdB vorgebrachten Steuerentlastungseffekt als Liquiditätsabschlag mit der angemessenen Rendite zu verrechnen. Dies beruhe auf einem grundsätzlichen Denkfehler. Erwartete Renditen auf der Investorenebene hätten nichts mit bilanziellen Steuereffekten auf Unternehmensebene zu tun.
- (74) Deutschland errechnete unter Wahrung seiner Rechtsauffassung eine zur BdB-Kalkulation alternative marktübliche Rendite. Dabei ging Deutschland nur auf die 1993er Transaktion ein, da die 1986er Übertragung verjährt sei.
- (75) Deutschland vertrat die Auffassung, dass zunächst eine Risikoprofilanalyse der eingebrachten beiden Sacheinlagen vorzunehmen sei. Demnach sei zunächst die Stille Einlage mit solchen ähnlich langer Laufzeit (16 Jahre) zu vergleichen. Hinsichtlich der Kapitalrücklage sei angesichts des Risikoprofils wie zum Beispiel der durch die Anstaltslast kaum vorhandenen Haftung bei Insolvenz, der Irrelevanz von Stimmrechten wegen 100 %-Eigentümerschaft der FHH, der Verlustteilnahme, der Rangigkeit des Ausschüttungsanspruchs und der Laufzeit am ehesten von der Vergleichbarkeit mit einer unbefristeten Stillen Einlage auszugehen. Auf dieser Grundlage fasste Deutschland die beiden Instrumente für den Zweck der Berechnung der Vergütung in der Entgegnung der BdB-Stellungnahme zusammen, gewichtete jedoch deren Anteile am Gesamtpaket der Einbringung nach befristeter und unbefristeter Einlage. Unter vollem Abzug der Refinanzierungskosten kam Deutschland dabei für die gesamte Einbringung auf eine angemessene Vergütung von 1,48 %.
- (76) Unter Wahrung seiner Rechtsposition berechnete Deutschland in seiner Entgegnung jedoch die Rendite für die Kapitalrücklage alternativ auch nach dem CAPM. Unter Zugrundelegung einer Markt-Risikoprämie von 3 % und eines Betawertes für die HLB von 0,7861 ergebe sich für die Aufstockung der Kapitalrücklage eine hypothetische Mindestrendite für Bareinlagen von 9,74 %, von der jedoch wegen der fehlenden Liquidität noch die vollen Refinanzierungskosten in Abzug zu bringen seien, so dass sich die tatsächliche marktübliche Mindestrendite auf 2,36 % beliefe. Für die Stille Einlage verwendete Deutschland mangels eines Handels dieser Instrumente am Sekundärmarkt nicht das CAPM, sondern den Vergleich mit ähnlichen Finanzierungsinstrumenten. Danach ergab sich wiederum unter Abzug der vollen Refinanzierungskosten ein Aufschlag von 1,29 % für mit der HLB-Einlage vergleichbare unbefristete Stille Einlagen. Zusammengefasst und gewichtet ergebe sich eine gesamte Vergütung von 2,08 %.
- (77) In Bezug auf die laut BdB wegen der Verbindung beider Transaktionen nicht gegebene Verjährung wiederholte Deutschland die zuvor in seiner Stellungnahme dargelegten Einwände und stellte nochmals fest, dass der 1986er Vorgang eine rechtlich und tatsächlich von der 1993er Übertragung getrennte Transaktion gewesen sei, wie auch die ursprünglich übermittelten und später nachgereichten Dokumente belegten. Im Übrigen sei das Rechtsinstitut der fortgesetzten Handlung, das der BdB anführe, mittlerweile auch bei Strafrichtern des BGH umstritten. Die Konstruktion des Fortsetzungszusammenhangs im Europäischen Kartellrecht, die explizit in einer Verordnung über Verfolgung- und Vollstreckungsverjährung geregelt sei, könne nicht auf das andere Sachverhalte betreffende Beihilferecht übertragen werden, zumal die Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des die Konstruktion eines Fortsetzungszusammenhangs nicht kenne.

VII. **VERSTÄNDIGUNG ZWISCHEN DEM BDB, DER FHH UND DER HSH NORDBANK**

- (78) Am 8. Oktober 2004 erreichten die Kommission die Ergebnisse einer Verständigung zwischen dem Beschwerdeführer BdB, der FHH und der aus der LSH und HLB 2003 hervorgegangenen HSH Nordbank. Unbeschadet der weiterhin bestehenden grundsätzlichen Rechtsauffassungen der Parteien der Verständigung haben sich die Parteien auf die grundsätzliche Methodik, eine Rendite als vergleichende

direkte, feste Vergütung zu berechnen, geeinigt. Dabei wurde sich im Hinblick auf die 1993er Übertragung von 38 % der WK-Anteile in die Kapitalrücklage im Wert von rund 959,4 Mio. DEM auf einen Betrag einer angemessenen Vergütung geeinigt. Hinsichtlich der ebenfalls zum 1. Januar 1993 erfolgten indirekten Einbringung von 19,86 % der WK-Anteile in eine Stille Einlage in Höhe von 300 Mio. DEM konnte sich zwar auf den grundsätzlichen Ansatz eines fixen Vergütungsmaßstabs geeinigt werden, jedoch nicht auf die genaue Berechnung, vor allem im Hinblick auf den Abschlag wegen der mangelnden Liquidität (siehe Randnummern 81 bis 203). Die Parteien bitten die Kommission, die Ergebnisse der Verständigung bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen. Die Verständigung behandelt die 1986er Übertragung nicht; die Parteien erklärten, dass sie einer abschließenden Entscheidung der Kommission zur Verjährungsfrage dieser Übertragung nicht widersprechen würden.

- (79) Die Parteien bestimmten anhand des CAPM zunächst eine marktübliche Mindestvergütung für die Einbringung in die Kapitalrücklage (rund 959 Mio. DEM). Unter Zugrundelegung eines risikolosen Zinssatzes von 7,23 %, einer allgemeinen Markt-Risikoprämie von 4 % und eines Betawertes von 0,74 soll die angemessene Mindestvergütung für die in die Kapitalrücklage eingebrachten Anteile laut dieser Verständigung 10,19 % betragen. Wegen der Alleineigentümerschaft der FHH wurde kein weiterer Aufschlag, wie etwa für fehlende Stimmrechte vereinbart. Abschließend wurde wegen der fehlenden Liquidität des Kapitals ein Abschlag von 3,62 % bestimmt (auf der Basis des risikolosen Zinssatzes als Brutto-Refinanzierungskosten, von denen rund 50 % Körperschaftssteuern plus Solidaritätszuschlag zur Bestimmung der Netto-Refinanzierungskosten). Als Ergebnis errechnet sich eine angemessene Vergütung in Höhe von 6,57 %.
- (80) Für die Einbringung von 300 Mio. DEM in die Stille Einlage errechneten die HSH Nordbank und die FHH eine Vergütungsmarge von 129 Basispunkten, da die Brutto-refinanzierungskosten in Abzug zu bringen seien. Der BdB bevorzugte eine Berechnung ebenfalls nach dem CAPM und sah unter Verwendung eines niedrigeren Betafaktors (0,32) für diese spezielle Transaktion, die zum gleichen Zeitpunkt erfolgte, und des Liquiditätsabschlags nach Steuern von 3,62 % (Nettorefinanzierungskosten) eine angemessene Vergütung von 4,89 %.

VIII WÜRDIGUNG DER MASSNAHMEN

1. ZUR GRUNDSATZFRAGE DER VERJÄHRUNG

- (81) Deutschland hat die Auffassung vertreten, dass für die zum 1. Januar 1986 erfolgte Übertragung von 24 % der Kapitalanteile, die das Kapital der HLB um 212,160 Mio. DEM erhöhten, sofern es sich um eine Beihilfe handele, die zehnjährige Verjährungsfrist des Artikels 15 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 abgelaufen sei. Die Auskunftsersuchen der Kommission vom 12. Januar 1993, 10. November 1993 und 13. Dezember 1993, also diejenigen vor dem 1. Januar 1996, seien allgemeiner Natur gewesen und daher keine Maßnahmen gemäß Artikel 15

Absatz 2 der genannten Verordnung, die die Verjährungsfrist hätten unterbrechen können.

- (82) Nach einer genauen Prüfung des Sachverhalts schließt sich die Kommission dieser Auffassung an und wird die Übertragung zum 1. Januar 1986 nicht einer weiteren beihilferechtlichen Prüfung unterziehen.
- (83) Es ist festzustellen, dass Artikel 15 Absatz 1 der am 16. April 1999 in Kraft getretenen Verordnung (EG) Nr. 659/1999, der eine Frist für die Rückforderung von rechtswidrigen Beihilfen festsetzt, für jede nach Inkrafttreten der Verordnung erlassene Maßnahme gilt, mit der eine Beihilfe endgültig zurückgefordert wird, auch dann, wenn die Beihilfe vor Inkrafttreten gewährt worden ist⁽¹⁶⁾. Als Beginn der Zehnjahresfrist, innerhalb derer die Kommission rechtswidrige Beihilfen zurückfordern kann, ist der Tag anzusetzen, an dem die Beihilfe gewährt wurde, selbst wenn die Verordnung zu diesem Zeitpunkt nicht galt⁽¹⁷⁾.
- (84) Die Übertragung zum 1. Januar 1986 war eine einmalige, keine wiederkehrende staatliche Maßnahme. Sie unterscheidet sich damit von staatlichen Regelungen, die sich wiederholende Maßnahmen, wie beispielsweise jährliche Zuschüsse oder fiskalische Entlastungen, vorsehen. Die 1986er Einbringung steht darüber hinaus in keinem rechtlichen oder tatsächlichen Zusammenhang mit der 1993er Übertragung. Auch spricht der von Deutschland in einem Schreiben vom Dezember 1999 erwähnte und später nachgereichte „Sideletter“ vom 22. Dezember 1992 nicht, wie ursprünglich vorgetragen, von einem einheitlichen Investitionswillen beider Übertragungen. Dieser Sideletter bezieht sich lediglich auf die 1993er Übertragung und übernimmt für diesen Zweck eine bestimmte Regelung der 1986er Übertragung auch für die zum 1. Januar 1993 zu erfolgende Einbringung weiterer Anteile, nämlich das Recht der FHH, die Übertragung der WK-Anteile zu verlangen.
- (85) Die Übertragung der FHH zum 1. Januar 1986 ist als Zeitpunkt der Gewährung der rechtswidrigen Beihilfe, sofern es eine ist, anzusetzen. Mit der rechtswirksamen Einbringung der Mittel unter den oben geschilderten Bedingungen wuchs der HLB der hier in Frage stehende mögliche wirtschaftliche Vorteil zu. Die Mittel standen der HLB vom 1. Januar 1986 an zur Verfügung; sie wurden vom BAKred für 1986 anerkannt. Demnach endet die die Zehnjahresfrist am 1. Januar 1996.
- (86) Diese Zehnjahresfrist wird gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 durch jede Maßnahme, die die Kommission oder ein Mitgliedstaat auf Antrag der Kommission bezüglich der rechtswidrigen Beihilfe ergreift, unterbrochen. Im Urteil „Scott“ stellte das Gericht erster Instanz fest, dass ein vor dem Inkrafttreten der genannten Verordnung erfolgtes Ersuchen der Kommission um Auskünfte bezüglich einer genau definierten möglichen Beihilfemaßnahme zwar zu diesem Zeitpunkt nicht die Zehnjahresfrist unterbrechen konnte, ihm aber eine solche Wirkung beizumessen ist, wenn die Kommission nach Inkrafttreten der Verordnung ihre Befugnisse zur Rückforderung der fragliche Beihilfe ausübt⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Urteil in der Rechtssache T-369/00 („Scott“); siehe Fn. 16.

⁽¹⁷⁾ Ebda.

⁽¹⁸⁾ Ebda., Rz 57.

- (87) Im vorliegenden Fall genügen die Auskunftersuchen der Kommission vor dem 1. Januar 1996 den an eine die Zehnjahresfrist unterbrechende Maßnahme zu stellenden Anforderungen nicht, denn sie sind keine Maßnahmen bezüglich der rechtswidrigen Beihilfe, wie schon Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 bestimmt.
- (88) Bis zum Auskunftersuchen vom 1. September 1999 hat die Kommission in keinem Schreiben an Deutschland nach den Übertragungsvorgängen in Hamburg gefragt und weder die FHH noch die HLB erwähnt. Die drei Schreiben aus dem Jahre 1993 beziehen sich ausschließlich auf die Übertragung der WfA auf die WestLB; darüber hinaus enthalten diese Schreiben lediglich allgemeine Anfragen nach möglichen anderen Übertragungen auf Landesbanken in anderen Bundesländern. Das Auskunftersuchen vom 10. November 1993 erwähnt über Fragen zur WestLB hinaus, lediglich noch die Länder Berlin, Schleswig-Holstein und Niedersachsen. Zwar hat der BdB in seinen beiden Schreiben des Jahres 1994 sowie im Schreiben vom 3. Januar 1995 auch auf die Übertragungen der FHH an die HLB aufmerksam gemacht. Darauf hat die Kommission allerdings erstmalig mit ihrem Schreiben vom 1. September 1999 reagiert und Auskünfte über die Vorgänge in Hamburg erbeten.
- (89) Vor dem Ende der zehnjährigen Rückforderungsfrist am 1. Januar 1996 war damit keine Untersuchung der Übertragungen auf die HLB seitens der Kommission ersichtlich. Die Korrespondenz bezüglich der WestLB sowie die allgemeinen Anfragen nach möglichen Vorgängen in anderen Bundesländern können Auskunftersuchen bezüglich einer konkret benannten möglichen Beihilfe nicht ersetzen. Andernfalls würden bereits allgemeine, im Zehnjahrestakt versandte Rundschreiben der Kommission die Frist unterbrechen und den Sinn einer jeglichen Verzögerungsfrist aushöhlen.
- (90) Nach Ansicht der Kommission können sich Deutschland und die HLB unter den besonderen Umständen der 1986er Übertragung auf Rechtssicherheit und Vertrauensschutz berufen, auch wenn die Einbringung nicht gemäß Artikel 88 EG-Vertrag angemeldet wurde. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Entwicklung des Beihilferechts und der -kontrollpraxis zu diesem Zeitpunkt noch nicht in allen Einzelheiten so voran geschritten war, wie dies seit den 1990er Jahren der Fall. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Kapitalzuführung öffentlicher Unternehmenseigner und beispielsweise das erst nach der ersten Übertragung auf die HLB entwickelte und in der Praxis untersuchte Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers. Insofern konnten zu diesem Zeitpunkt die deutschen Behörden und die HLB, die 1986 zwischen zwei, ihr zu 100 % gehörenden Unternehmen Anteilsübertragungen vornahm, nicht von

dem Vorliegen einer möglichen staatlichen Beihilfe und daher von der Notwendigkeit einer Anmeldung ausgehen.

- (91) Damit betrachtet die Kommission die Zehnjahresfrist gemäß Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 als abgelaufen. Die mit der Einbringung von 24 % der WK-Anteile in die HLB zum 1. Januar 1986 möglicherweise verbundene Beihilfe ist gegebenenfalls als eine bestehende Beihilfe im Sinne des Artikels 15 Absatz 3 der genannten Verordnung anzusehen. Das Folgende bezieht sich ausschließlich auf die Übertragungen zum 1. Januar 1993.

2) STAATLICHE BEIHILFE IM SINNE DES ARTIKEL 87
ABSATZ 1 EG-VETRAG

- (92) 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 verfälschen.

2.1. *Staatliche Mittel und Begünstigung eines bestimmten Unternehmens*

- (93) Wie zuvor dargestellt, wurden zum 1. Januar 1993 insgesamt knapp 58 % der Anteile, die die FHH an der WK hielt, direkt und indirekt (Stille Einlage über die HGV) auf die HLB übertragen. Damit handelt es sich um staatliche Mittel im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag.
- (94) Der wirtschaftliche Nutzen einer breiteren Eigenkapitalbasis liegt in einer größeren Kreditvergabekapazität und der damit einhergehenden Möglichkeit zur Geschäftsausdehnung. Wird zusätzliches Eigenkapital zu für das Unternehmen besseren als den marktüblichen Bedingungen bereitgestellt, liegt eine Begünstigung im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag vor. Zur Prüfung dieser Frage 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 Urteil des Gerichts erster Instanz vom 6. März 2003 ⁽¹⁹⁾.
- a) **Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers**
- (95) Dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers zufolge ist es nicht als eine staatliche Beihilfe zu bewerten, wenn Kapitalmittel zu Bedingungen bereitgestellt werden, „zu denen ein privater Kapitalgeber, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelt,

⁽¹⁹⁾ Siehe Fn. 3.

bereit wäre, Mittel einem privaten Unternehmen zu überlassen“⁽²⁰⁾. Eine finanzielle Maßnahme gilt als für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber hingegen dann unannehmbar, wenn, wie zu prüfen ist, die erwartete bzw. vereinbarte Vergütung für die eingebrachten Mittel hinter den am Markt für vergleichbare Investitionen gezahlten Vergütungen zurückbleibt.

- (96) 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 bezüglich der WestLB bestätigt worden⁽²¹⁾.
- (97) Die Kommission muss die Beurteilung eines Falls auf die Angaben stützen, die für den Kapitalgeber zum Zeitpunkt seiner Entscheidung über die fragliche finanzielle Maßnahme verfügbar waren. Die hier zu beurteilende Übertragung wurde Ende 1992 von den zuständigen öffentlichen Stellen beschlossen und zum 1. Januar 1993 wirksam. So hat die Kommission die Transaktion auf der Grundlage der damals verfügbaren Daten und der damaligen wirtschaftlichen und marktbezogenen Umstände zu beurteilen. Angaben in dieser Entscheidung, die sich auf spätere Jahre beziehen, werden nur zu Illustrationszwecken verwendet.
- (98) Beschließt ein öffentlicher Anteilseigner, dass eine Kapitalzuführung für die Bank angemessen ist, um den Eigenkapitalanforderungen zu entsprechen, stellt sich die Frage, ob die besonderen Umstände, unter denen das Kapital bereitgestellt wird, für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber annehmbar wären. Ist eine Kapitalmaßnahme notwendig, um die Solvabilitätsanforderungen zu erfüllen, könnte ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber zu dieser Maßnahme bereit sein, um den Wert der bereits getätigten Investitionen zu erhalten. Aber er würde auf einer angemessenen Rendite aus der neuen Kapitalzuführung unter Berücksichtigung des Risikoprofils bestehen.
- (99) Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber wird auch in dem Fall, in dem er bereits Anteile an einem Unternehmen hält, sonstige Investitionsmöglichkeiten außerhalb des Unternehmens prüfen. Er wird sich in der Regel nur dann für die Investition weiterer Mittel in das öffentliche Unternehmen entscheiden, wenn er für die zusätzlichen Mittel eine angemessene Rendite erwarten kann. Die reine Verlustvermeidung oder eine bessere als die vorherige Nutzung der in Frage stehenden Mittel sind bei der Frage, ob eine Kapitalzufuhr eine staatliche Beihilfe darstellt, grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Stattdessen ist auch die Kapitalzufuhr eines Anteilseigners — ganz gleich aus welchen Motiven sie erfolgt — daran zu messen, ob der Investor für die zusätzlichen Mittel mit einer normalen Rendite innerhalb eines angemessenen Zeitraumes rechnen kann.

⁽²⁰⁾ 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* (AbI. L 221 vom 8.8.1998, S. 28) und *GAN* (AbI. L 78 vom 16.3.1998, S. 1) bekräftigt.

⁽²¹⁾ Siehe Fn. 3, Rz. 206 ff.

(100) Diese Auslegung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Investors, der die Kommission bereits in ihrer Entscheidung 2000/392/EG gefolgt ist⁽²²⁾, wurde durch das Gericht nicht beanstandet. Es hat sich dabei gleichermaßen von der Überlegung leiten lassen, dass sich auch ein privater Kapitalgeber, der bereits am Stammkapital eines Unternehmens beteiligt ist, normalerweise nicht damit begnügt, dass ihm eine Anlage keine Verluste bereite oder nur begrenzte Gewinne einbringe. Vielmehr werde er stets eine angemessene Rendite für seine Anlage nach Maßgabe der vorliegenden Umstände und seiner kurz-, mittel- oder langfristigen Interessen anstreben⁽²³⁾.

(101) Nach dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers ist somit die Kernfrage für die vorliegende Prüfung, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Investor Kapital, das dieselben Merkmale aufweist wie das Fördervermögen der FHH, unter denselben Bedingungen übertragen hätte, insbesondere im Hinblick auf die vorgesehene Rendite aus der Investition.

b) Artikel 295 EG-Vertrag

(102) Gemäß Artikel 295 EG-Vertrag bleibt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt. Dies rechtfertigt jedoch keine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags.

(103) Deutschland hat vorgetragen, dass die übertragenen Mittel nicht anders profitabel hätten verwendet werden können als durch ihre Einbringung in eine ähnliche öffentliche Einrichtung. Daher stellte die Übertragung die kommerziell sinnvollste Verwendung dieses Vermögens dar. So wäre jedes Entgelt für die Einbringung, d. h. jede zusätzliche Rendite aus dem übertragenen Vermögen, ausreichend, um die Übertragung im Hinblick auf den „Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ zu rechtfertigen.

(104) Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es mag zutreffen, dass die Einbringung der Anteile in die HLB und die sich daraus ergebende Möglichkeit für die Bank, das Kapital für Solvabilitätszwecke zu verwenden, die wirtschaftlich sinnvollste Nutzung war. Sobald allerdings öffentliche Gelder und andere Aktiva für kommerzielle, wettbewerbsorientierte Aktivitäten eingesetzt werden, sind die marktüblichen Regeln anzuwenden. Das bedeutet, dass der Staat, sobald er beschließt, für öffentliche Zwecke bestimmtes Vermögen (auch) kommerziell zu nutzen, dafür ein Entgelt verlangen muss, dass der marktüblichen Vergütung entspricht.

c) Eigentümerstruktur

(105) Kernfrage dieser Prüfung ist, ob ein unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe wie die Verwaltungseinrichtungen des öffentlichen Sektors unter den entsprechenden Umständen zur Vornahme der fraglichen Kapitalzufuhr hätte bewegt werden können, wie das Gericht erster Instanz im WestLB-Urteil unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung ausgeführt hat⁽²⁴⁾. Schließlich ist, wie das Gericht weiterhin unter Verweis auf andere Urteile erklärt hat, „das Verhalten eines öffentlichen Kapitalgebers mit dem eines privaten im Hinblick darauf zu vergleichen, wie sich ein privater Kapitalgeber bei dem

⁽²²⁾ Siehe Fn 2, Rn. 161ff

⁽²³⁾ Siehe Fn 3, Rn. 241, 314.

⁽²⁴⁾ WestLB-Urteil, Rn. 245.

fraglichen Vorgang angesichts der zum entsprechenden Zeitpunkt verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen verhalten hätte“⁽²⁵⁾. Damit ist verdeutlicht, dass es bei der Prüfung auf den Zeitpunkt der Investition und auf die zu diesem Zeitpunkt vernünftigerweise, d. h. auf verfügbaren Informationen beruhenden, gegebenen Erwartungen eines Kapitalgebers ankommt. Diese beziehen sich im Wesentlichen auf die wahrscheinliche Rendite.

- (106) Die FHH war alleinige Eigentümerin der HLB. Selbst wenn dieser Umstand es ermöglichen sollte von einer alleinigen Betrachtung der fest vereinbarten Vergütung abzusehen — hier [...] Mio. DEM [...] entsprechend [maximal 10 %] auf die Stille Einlage — kann die Eigentümerschaft der FHH im vorliegenden Fall nicht herangezogen werden, um die geringe direkte Vergütung zu rechtfertigen.
- (107) Die Berufung auf die Eigentümerschaft der FHH würde voraussetzen, dass ein hinreichender Geschäftsplan, ein Wertgutachten oder eine Bewertung über die zu erwartende Rendite der in Frage stehenden Investition vorhanden war.
- (108) Dies ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Es wurde zum Investitionszeitpunkt weder ein Businessplan, ein Wertgutachten noch eine sonstige Expertise über die zu erwartende Rendite der in Frage stehenden Investition erstellt. Daher hat die Kommission außer der vereinbarten, direkten Vergütung keinen belastbaren und quantifizierbaren Nachweis für die seinerzeit von der FHH erwartete Rendite.
- (109) Deutschland hat erklärt, dass sowohl die von der HLB selbst erwirtschafteten und regelmäßig in Grundkapital umgewandelten Rücklagen als auch die Dividendenzahlungen an die FHH als alleinige Eigentümerin zum Ansatz gebracht werden müssten, da die von der HLB erwirtschafteten Gewinne zwangsläufig auch auf die von der FHH übertragenen Mittel zurückzuführen seien. Ferner müsse man die Wertsteigerungen berücksichtigen, die durch das eingebrachte Kapital erzielt und mit dem Verkauf der Anteile an die LSH 1997 auch realisiert worden seien.
- (110) Auf *nach* der Investition geleistete Dividendenzahlungen und realisierte Wertsteigerungen kann es nach dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers, der aufgrund der ihm zum Investitionszeitpunkt zur Verfügung stehenden Informationen entweder eine angemessene Rendite erwarten kann oder diese fest vereinbart, jedoch nicht ankommen. So können nicht von vorneherein kalkulierbare Dividendenzahlungen oder Wertsteigerungen nicht ausschlaggebend sein. Auch die Frage, ob eine Wertsteigerung durch Verkauf zu Erlösen führt oder nicht, ist nicht entscheidend. Dividenden werden darüber hinaus auf Grundkapital, nicht auf Rücklagen gezahlt, selbst wenn diese zur Gewinnsteigerung pro Anteil beitragen.
- (111) Die Kommission ist daher der Ansicht, dass im vorliegenden Fall die angemessene Rendite auf der Basis einer direkten Vergütung festzustellen ist, die ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber gefordert hätte.

d) **Vergütung und Vergütungselemente für die Einbringung von 659,4 Mio. DEM in die Kapitalrücklage der HLB**

Die Kapital-Basis für die Berechnung der Vergütung

- (112) Wie im Fall der WestLB angewandt und vom Gericht erster Instanz bestätigt, ist grundsätzlich der gesamte Wert des übertragenen Vermögens zu vergüten. Die Vergütung kann dabei für Teile des übertragenen Vermögens unterschiedlich sein. Zur Festsetzung eines angemessenen Entgelts sollte zwischen den Teilen der Kapitalrücklage entsprechend ihrem Nutzen für die HLB unterschieden werden.
- (113) Der Wert der übertragenen, in die Bilanz eingestellten Anteile belief sich ab 1. Januar 1993 konstant auf 659,4 Mio. DEM. Allerdings war der Betrag vor der Anerkennung durch das BAKred nicht in vollem Umfang als Eigenkapital nutzbar. Bis zur Anerkennung als Eigenkapital zum 1. Januar 1997 war die Nutzung durch das BAKred nur insoweit geduldet, als dies zur Erfüllung der jeweils geltenden Solvabilitätsvorschriften erforderlich war. So belegte die HLB von 1993 bis einschließlich 1996 Teile der Rücklage, d. h. von 182,5 Mio. DEM (1993), über 435,6 Mio. DEM (1994) und 255,1 Mio. DEM (1995) bis 451,1 (1996). Ab 1997 konnten wegen der aufsichtsrechtlichen geforderten Belegung der Rücklage mit Eigenkapital in Höhe von konstant [...] Mio. DEM wiederum nur [...] Mio. DEM bis einschließlich Mai 2003 in vollem Umfang genutzt werden. Über die für die angemessene Rendite von haftendem Eigenkapital relevante Bemessungsgrundlage gibt die in Randnummer 183 aufgeführte Tabelle Auskunft.
- (114) Die bis 1997 nicht belegten bzw. ab da nicht belegbaren Teile der Rücklage (siehe Tabelle in Randnummer 183) wurden bzw. konnten zwar nicht zur Ausweitung des Wettbewerbsgeschäfts genutzt werden, waren aber dennoch für die HLB von Nutzen, denn die Höhe des in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapitals gibt den Geldgebern der Bank auch Aufschluss über deren Solidität und wirkt sich somit auf die Bedingungen aus, zu denen die Bank Fremdkapital aufnehmen kann. Gläubiger und Rating-Agenturen berücksichtigen die wirtschaftliche und finanzielle Gesamtlage der Bank. Da diese Beträge zwar jährlich nicht zur Erweiterung der Geschäftstätigkeit verwendet werden konnten, jedoch das Ansehen der Bank in den Augen der Gläubiger verbessert hat, kann die ökonomische Funktion des Kapitals in dieser Hinsicht zumindest mit einer Garantie verglichen werden.
- (115) Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber hätte wegen des wirtschaftlichen Nutzens auch eine Vergütung für diese Mittel gefordert.

Angemessene Vergütung für das haftende Kapital

- (116) Finanzanlagen von unterschiedlicher wirtschaftlicher Qualität erfordern unterschiedliche Renditen. Bei der Untersuchung, ob eine Anlage für einen unter normalen Marktbedingungen handelnden Kapitalgeber akzeptabel ist, muss daher vom besonderen wirtschaftlichen Charakter der fraglichen Kapitalmaßnahme und dem Wert des zur Verfügung gestellten Kapitals für die HLB ausgegangen werden.

⁽²⁵⁾ WestLB-Urteil, Rn. 246.

Stammkapitalähnlichkeit der Investition

- (117) Die Kommission ist der Auffassung, dass die Einbringung in die Kapitalrücklage, die, wenigstens ab 1997, vom BAKred als Kernkapital anerkannt wurde, abgesehen von der mangelnden Liquidität, am ehesten einer Stammkapitalinvestition gleicht.
- (118) Diese Meinung teilt auch der Beschwerdeführer. Deutschland hatte die Kapitalrücklage wegen des Risikoprofils mit einer Stillen Einlage verglichen. In ihrer Verständigung haben die Parteien für die Zwecke der Berechnung einer angemessenen Vergütung Stammkapitalähnlichkeit als Ausgangspunkt zugrunde gelegt.
- (119) Da die Zweckerücklage vom BAKred als Kernkapital („Klasse-1“ Kapital) anerkannt worden ist, kann sie deshalb auch nur mit solchen Eigenkapitalinstrumenten verglichen werden, die in Deutschland im Jahr der Einbringung als Kernkapital anerkannt waren. Dies waren nach den Informationen der Kommission im Jahre 1992 lediglich das Grund- bzw. Stammkapital einer Bank und die Rücklagen sowie Stille Einlagen, die den besonderen Anforderungen des § 10 Absatz 4 KWG entsprachen.
- (120) Schon in ihrer Entscheidung 2000/392/EG hat die Kommission deutlich gemacht, dass ein Vergleich des ebenfalls als Kernkapital anerkannten WfA-Vermögens mit hybriden Kapitalinstrumenten, die lediglich als Ergänzungskapital anerkannt wurden, wie etwa Genussscheine und Vorzugsaktien ohne Stimmrechte, nicht als Grundlage für die Bestimmung der angemessenen Vergütung für das übertragene Kapital dienen kann⁽²⁶⁾. 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 so genannten Ergänzungsmitteln, die nur in begrenztem Umfang zur Geschäftsausweitung herangezogen werden können, kann daher von vornherein ausgeschlossen werden.
- (121) Die Kommission ist der Auffassung, dass der von Deutschland und der HLB vorgenommene Vergleich mit Stillen Einlagen nicht geeignet ist, als Grundlage für die Bestimmung der angemessenen Vergütung für die Kapitalrücklage zu dienen. Die Übertragung der Anteile ist vielmehr mit einer Stammkapitalinvestition in die HLB zu vergleichen.
- (122) Ein wesentlicher Gesichtspunkt ist dabei für die Kommission, dass die Einbringung der Fördervermögen gerade nicht in der Rechtsform einer Stillen Einlage, sondern durch Bildung einer Rücklage erfolgte. Weiterhin trifft es zwar zu, dass die Kapitalrücklage einige Merkmale aufweist, die typischerweise eher bei Stillen Einlagen vorzufinden sind.

Dennoch ist die Kommission der Auffassung, dass auch das Risiko, dass das eingebrachte Kapital im Fall der Insolvenz bzw. Liquidation zumindest teilweise zur Deckung herangezogen wurde, insgesamt nicht hinter einer Stammkapitalinvestition zurückbleibt.

- (123) Aufgrund der genannten Gesichtspunkte, insbesondere einer Analyse des Risikos, das ein Investor mit der vorliegend zu beurteilenden Transaktion eingegangen ist, kommt die Kommission zu dem Schluss, dass der Ausgangspunkt für die Bestimmung der angemessenen Vergütung für die Einbringung in die Kapitalrücklage der HLB zur Verfügung gestelltes Stammkapital ist.

Liquiditätsnachteile

- (124) Deutschland ist der Ansicht, die Einbringung der WK-Anteile wegen der mangelnden Liquidität und der somit gegebenen Refinanzierungskosten am ehesten mit einer Sachkapitaleinlage zu vergleichen. Wie Deutschland in seiner ursprünglichen Stellungnahme darlegte, bedeute dies bezogen auf die Bruttorendite im Vergleich zu bar eingelegtem Kapital einen Unterschied von etwa 6,6 %. Diesen Nachteil müsse auch ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber bei der Angemessenheit seiner Vergütung berücksichtigen.
- (125) Die Kommission ist ebenfalls der Ansicht, dass die mangelnde Liquidität zu berücksichtigen sei. Eine „normale“ Kapitalzuführung verschafft einer Bank sowohl Liquidität als auch eine Eigenmittelbasis, 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 (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⁽²⁷⁾.
- (126) Da das Kapital der HLB zunächst keine Liquidität verschaffte, hatte die HLB zusätzliche Finanzierungskosten in Höhe des Kapitalbetrags, wenn sie die erforderlichen Mittel auf den Finanzmärkten aufnimmt, um die Geschäftsmöglichkeiten voll auszuschöpfen, die sich ihr durch das zusätzliche Eigenkapital eröffnen, d. h. um die risikogewichteten Vermögenswerte um das 12,5 fache des Kapitalbetrages auszuweiten (bzw. existierende Vermögenswerte in dieser Höhe zu erhalten)⁽²⁸⁾. 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.

⁽²⁷⁾ 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.

⁽²⁸⁾ 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).

⁽²⁶⁾ Siehe Fn. 2, Rz. 199

(127) Die Kommission ist dabei der Auffassung, dass nicht der gesamte Refinanzierungszinssatz in Rechnung zu stellen ist. Refinanzierungskosten sind Betriebsaufwendungen und verringern damit das steuerbare Einkommen. Das Nettoergebnis der Bank verringert sich also nicht um den Betrag der zusätzlich gezahlten Zinsen. Ein Teil dieser Aufwendungen wird nämlich durch eine geringere Körperschaftsteuer ausgeglichen. Nur die Nettoaufwendungen sind als zusätzliche Belastungen der HLB infolge des besonderen Charakters des übertragenen Kapitals zu berücksichtigen. Insgesamt erkennt die Kommission also an, dass der HLB zusätzliche „Liquiditätskosten“ in der Höhe von „Refinanzierungskosten abzüglich Unternehmenssteuern“ entstehen.

(128) In ihrer Verständigung legen die Parteien ebenfalls die Nettofinanzierungskosten ihrer Berechnung zugrunde. Sie haben dabei für die vollen Refinanzierungskosten einen langfristigen risikolosen Zins von 7,23 % festgelegt⁽²⁹⁾. Darüber hinaus haben sich die Parteien darauf geeinigt, einen pauschalen Steuersatz von 50 % anzunehmen⁽³⁰⁾.

Ermittlung einer zu erwartenden Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in die HLB

(129) Die erwartete Rendite einer Investition und das Investitionsrisiko sind wesentliche Determinanten der Investitionsentscheidung eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers. Um die Höhe dieser beiden Elemente zu bestimmen zieht der Investor alle verfügbaren Firmen- und Marktinformationen in sein Kalkül mit ein. Dabei stützt er sich auf historische Durchschnittsrenditen, die im Allgemeinen einen Anhaltspunkt auch für die zukünftige Leistungsfähigkeit des Unternehmens darstellen, sowie unter anderem auf die Analyse des für den Investitionszeitraum geltenden Geschäftsmodells des Unternehmens, der Strategie und Qualität der Unternehmensführung oder den relativen Aussichten des betreffenden Wirtschaftszweigs.

(130) Ein marktwirtschaftlicher Kapitalgeber wird nur dann eine Investition tätigen, wenn sie im Vergleich zur nächst besten Alternativverwendung des Kapitals eine höhere Rendite, bzw. ein geringeres Risiko ermöglicht. Entsprechend wird ein Investor keine Investitionen in ein Unternehmen tätigen dessen Renditeerwartungen geringer sind als die durchschnittliche Renditeerwartungen anderer Unternehmen mit einem vergleichbaren Risikoprofil. In diesem Fall kann angenommen werden, dass hinreichende Alternativen zum angenommenen Investitionsvorhaben bestehen, die eine höhere Renditeerwartung bei gleichem Risiko versprechen.

(131) Verschiedene Methoden bestehen, um die angemessene Mindestvergütung zu ermitteln. Dies reicht von verschiedenen Varianten des Finanzierungsansatzes bis hin zur CAPM-Methode. Zum Zwecke der Darstellung der verschiedenen Ansätze ist es sinnvoll, zwischen zwei Komponenten zu unterscheiden, einer risikofreien Rendite und einer projektspezifische Risikoprämie: angemessene

Mindestrendite einer risikobehafteten Investition = risikofreier Basissatz + Risikoprämie der risikobehafteten Investition. Die angemessene Mindestrendite einer risikobehafteten Investition kann folglich als die Summe des risikofreien Renditesatzes und der zusätzlichen Risikoprämie für die Übernahme des investitionsspezifischen Risikos beschrieben werden.

(132) Entsprechend ist das Fundament einer jeden Renditebestimmung die Existenz einer ausfallrisikolosen Anlageform mit einer annahmegemäß risikolosen Rendite. Üblicherweise wird die erwartete Rendite festverzinslicher Wertpapiere staatlicher Emittenten zur Bestimmung des risikofreien Basissatzes herangezogen (beziehungsweise ein auf solche Wertpapiere beruhender Index), stellen sie doch Anlageformen mit vergleichbar geringem Risiko dar. Unterschiede zwischen den verschiedenen Methoden bestehen jedoch bezüglich der Ermittlung der Risikoprämie:

— *Finanzierungsansatz*: Die erwartete Eigenkapitalrendite eines Investors stellt aus der Sicht der kapitalnutzenden Bank zukünftige Finanzierungskosten dar. Bei diesem Ansatz werden zunächst die historischen Eigenkapitalkosten ermittelt, die bei Banken angefallen sind, die mit der in Frage stehenden vergleichbar sind. Der arithmetische Durchschnitt der historischen Kapitalkosten wird dann gleichgesetzt mit den zukünftig erwarteten Eigenkapitalkosten und damit mit der erwarteten Renditeforderung des Investors.

— *Finanzierungsansatz mit Compound Annual Growth Rate*: Im Mittelpunkt dieses Ansatzes steht die Verwendung des geometrischen statt des arithmetischen Mittelwertes.

— *CAPM*: Das CAPM ist das bekannteste und am häufigsten getestete Modell der modernen Finanzwirtschaft, mit dem die von einem Investor erwartete Rendite mit folgender Formel ermittelt werden kann: Erwartete Rendite = risikofreier Zinssatz + Markt-Risikoprämie x Beta. Mit dem Betafaktor wird das Risiko eines Unternehmens relativ zum Gesamtrisiko aller Unternehmen quantifiziert. Die Risikoprämie für die spezifische Investition ergibt sich durch die Multiplikation der Risikoprämie des Marktes mit dem Betafaktor.

(133) Das CAPM ist die vorherrschende Methode zur Berechnung von Investitionsrenditen bei börsennotierten großen Unternehmen. Da die HLB kein börsennotiertes Unternehmen ist, ist jedoch eine direkte Ableitung ihres Betawertes nicht möglich. Eine Anwendung des CAPM ist deshalb nur auf der Basis einer Schätzung des Betafaktors möglich. Deutschland steht, wie bereits ausgeführt, der Anwendung des CAPM unter anderem deshalb für die Einbringung in eine Landesbank kritisch gegenüber.

(134) Die Parteien haben ihren Berechnungen das CAPM zugrunde gelegt. Dabei haben sie als risikolosen Basiszinssatz 7,23 % zugrunde gelegt. Die Ermittlung dieses Zinssatzes erfolgte unter der Annahme, dass das Zweckvermögen der HLB dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte. Die Parteien haben daher von der Ver-

⁽²⁹⁾ Bei der Ermittlung des risikolosen Basiszinssatzes wurde mit der Verwendung des REX10 Performance Index der Deutschen Börse AG eine allgemein anerkannte Quelle herangezogen.

⁽³⁰⁾ Nach Unterlagen, die von der deutschen Regierung vorgelegt wurden, betrug die Körperschaftsteuer 1992 46 %, zu der noch der Solidaritätszuschlag in Höhe von 3,75 % hinzukam (also insgesamt 49,75 %). Der Gesamtbesteuerungssatz ging 1993 auf 46 % zurück und betrug von 1994 bis 2000 49,5 %. Ab 2001 betrug der Gesamtbesteuerungssatz 30 %.

wendung einer stichtagsbezogenen am Markt zum Einbringungszeitpunkt beobachtbaren risikolosen Rendite für einen festen Investitionszeitraum (z. B. 10-jährige Renditen für Staatsanleihen) abgesehen, da eine solche Betrachtung das Reinvestitionsrisiko, d. h. das Risiko, nach Ablauf des Investitionszeitraumes nicht wieder in Höhe des risikolosen Zinssatzes zu investieren, außer Acht lassen würde. Nach Auffassung der Parteien wird dem Investitionsrisiko am Besten Rechnung getragen, wenn man einen „Total Return Index“ zugrunde legt. Deshalb haben die Parteien den von der Deutschen Börse AG erstellten REX10 Performance Index herangezogen, der die Performance einer Investition in Anleihen der Bundesrepublik Deutschland mit exakt zehn Jahren Laufzeit abbildet. Die vorliegend verwendete Indexreihe beinhaltet die jeweiligen Jahresendstände des REX10 Performance Index ab 1970. Die Parteien haben sodann die Rendite per annum ermittelt, die den Trend wie er in dem zugrunde gelegten REX10 Performance Index in dem Zeitraum 1970 bis 1992 abgebildet ist, widerspiegelt und sind so zu dem genannten risikolosen Basiszinssatz von 7,23 % gelangt.

(135) Da die Einlage der HLB in der Tat dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte, erscheint die Vorgehensweise zur Ermittlung des risikolosen Basiszinssatzes in diesem speziellen Fall angemessen. Auch stellt der herangezogene REX10 Performance Index eine allgemein anerkannte Datenquelle dar. Der ermittelte risikolose Basiszinssatz erscheint somit vorliegend sachgerecht.

(136) Die Schätzung des Betafaktors von 0,74 erfolgte auf der Basis eines Gutachtens der KPMG zu so genannten Adjusted Betafaktoren von sämtlichen in Deutschland börsennotierten Kreditinstituten, das der Kommission vorliegt. Auf der Basis dieses Gutachtens und angesichts der Geschäftsausrichtung der HLB ist dieser Betafaktor als angemessen anzusehen.

(137) Ferner erscheint aus Sicht der Kommission auch die Markt-Risikoprämie von 4,0 % vertretbar. Bereits in dem Verfahren, das zur Entscheidung 2000/392/EG führte, wurde die so genannte allgemeine langfristige Markt-Risikoprämie, also die Differenz zwischen der langfristigen Durchschnittsrendite auf ein übliches Aktienportfolio und der auf Staatsanleihen, mehrfach behandelt. In den entsprechenden Gutachten zum Verfahren wurden je nach Methodik, Zeitraumbeurteilung und Datenbasis Spannen von etwa 3 % bis 5 % angesetzt. So rechnete ein Gutachten, das für den BdB erstellt wurde, alternativ mit 3,16 % und 5 %, ein anderes, für die WestLB im selben Verfahren erstelltes Gutachten rechnete alternativ mit 4,5 % und 5 % und Lehman Brothers, auch für WestLB tätig, rechnete mit einem Satz von 4 %. Vor diesem Hintergrund hat die Kommission in dem vorliegenden Fall keinen Anlass, von der in der Verständigung verwendeten Markt-Risikoprämie abzuweichen. Ausgehend vom CAPM bestehen nach Auffassung der Kommission keine Zweifel, dass die von den Parteien ermittelte Mindestvergütung vorliegend als angemessen angesehen werden kann.

(138) Die Kommission hat keine Anhaltspunkte dafür, dass die von den Parteien ermittelte Mindestvergütung für eine

hypothetische Stammkapitalinvestition einem Markttest nicht standhalten kann. Die Kommission legt deshalb als angemessene Mindestvergütung einen Wert von 10,19 % jährlich (jeweils nach Unternehmenssteuer und vor Investorensteuer) fest.

Wegfall des Renditeaufschlags wegen der 100 % Eigentümerschaft

(139) Es ist zu prüfen, ob Gründe für eine Anpassung der Mindestvergütung vorliegen. Gemäß der Vorgehensweise in den anderen Landesbanken-Verfahren können dabei die folgenden drei Charakteristika einen solchen Aufschlag als Besonderheiten der Transaktion rechtfertigen: erstens die unterbliebene Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile und der damit verbundenen Stimmrechte, zweitens das außerordentliche Volumen der Vermögensübertragung und drittens die fehlende Fungibilität der Anlage.

(140) Wie auch in den anderen Verfahren hält die Kommission Aufschläge bezüglich der beiden letztgenannten Aspekte für nicht gerechtfertigt. Im Hinblick auf die mit der unterbliebenen Ausgabe neuer Gesellschafteranteile nicht gegebenen Stimmrechte ist ebenfalls kein Aufschlag möglich, weil die FHH bereits 100 % der Stimmanteile besaß.

Keine Verringerung des Entgeltes wegen der Vereinbarung einer Pauschalvergütung

(141) Bei Aktien hängt die Vergütung direkt von den Ergebnissen des Unternehmens ab und äußert sich hauptsächlich in Form von Dividenden und einer Beteiligung an dem Wertzuwachs des Unternehmens (z. B. ausgedrückt durch Aktienkurssteigerungen). Die FHH erhält eine Pauschalvergütung, in deren Höhe diese beiden Aspekte des Entgelts für eine „normale“ Kapitalzufuhr zum Ausdruck kommen sollten. Es ließe sich argumentieren, dass die feste Vergütung, die die FHH anstelle eines direkt mit den Ergebnissen der HLB verknüpften Entgelts erhält, einen Vorteil darstellt, der eine Reduzierung des Entgeltsatzes rechtfertigt. Ob eine solche feste Vergütung tatsächlich günstiger ist als eine variable, gewinnbezogene, hängt von den Ergebnissen des Unternehmens in der Zukunft ab. Verschlechtern sich diese, ist der Pauschalsatz für den Kapitalgeber von Vorteil, verbessern sich diese jedoch, ist er von Nachteil. Die tatsächliche Entwicklung kann jedoch nicht nachträglich zur Beurteilung der Anlageentscheidung herangezogen werden. In Anbetracht all dessen ist die Kommission der Ansicht, dass der Entgeltsatz aus diesem Grunde nicht zu reduzieren ist.

Gesamtvergütung

(142) Aufgrund all dieser Überlegungen und in Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer BdB, der FHH und der HLB gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass eine angemessene Vergütung für die in die Kapitalrücklage und zur Haftungsunterlegung bis 1997 benutzten bzw. danach benutzbaren Beträge 6,57 % (nach Unternehmenssteuern) betragen würde, nämlich 10,19 % normale Rendite für das Investment abzüglich 3,62 % wegen des Finanzierungsaufwandes, welcher der HLB wegen der fehlenden Liquidität des übertragenen Vermögens entstand.

Angemessene Vergütung für den nicht belegten bzw. nicht belegbaren Teil der Kapitalrücklage

- (143) Wie bereits dargelegt, ist auch der Eigenkapitalanteil, der bis 1997 nicht benutzt bzw. danach nicht belegbar war, für die HLB von materiellem Wert und seine ökonomische Funktion ließe sich mit der einer Bürgschaft oder Haftung vergleichen. Um sich einem derartigen Risiko auszusetzen, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine angemessene Vergütung verlangen. Die Verständigung zwischen dem BdB, der FHH und der HSH Nordbank äußert sich zu dieser Frage nicht.
- (144) Deutschland erachtete in der Entscheidung 2000/392/EG ⁽³¹⁾ als Ausgangssatz eine Vergütung von 0,3 % jährlich vor Steuern für angemessen. Die Gründe, die in der genannten Entscheidung für eine Erhöhung des Ausgangssatzes zugrunde gelegt wurden, treffen hingegen hier nicht zu. In der Entscheidung wurde ein Aufschlag auf den genannten Satz von 0,3 % jährlich (vor Steuern) um weitere 0,3 % jährlich vorgenommen, weil einerseits Avalbürgschaften üblicherweise mit bestimmten Transaktionen verknüpft und befristet sind (was bei der WestLB nicht der Fall war) und andererseits der der WestLB zur Verfügung gestellte Betrag von über 3,4 Mrd. DEM über dem liegt, was normalerweise durch derartige Bankbürgschaften abgedeckt wird.
- (145) Aufgrund der grundsätzlichen Vergleichbarkeit zwischen WestLB und HLB sowie mangels anderer Anhaltspunkte geht die Kommission davon aus, dass ein Satz von 0,3 % der Vergütung entspricht, die die HLB auch Anfang der 1990er Jahre für die Übernahme einer Avalbürgschaft zu ihren Gunsten am Markt hätte zahlen müssen. Die Kommission stellt darüber hinaus fest, dass der Betrag des in Frage stehenden Kapitals bei der HLB wesentlich geringer ist als bei der WestLB und daher der zweite in der WestLB-Entscheidung genannte Grund nicht zutrifft. Allerdings war auch bei der HLB die Haftungsfunktion nicht befristet oder mit einer bestimmten Transaktion verknüpft. Auf der anderen Seite erfolgte die Befristung de facto daraus, dass mit der Anerkennung durch das BAKred als Kernkapital der gesamte Betrag zur Geschäftsausweitung verwendet werden konnte. Damit war eine separate Avalprovision nicht mehr zu zahlen. Die Vergütung für die Haftungsfunktion war in der Vergütung der Geschäftsausweitungsfunktion enthalten. Der Tatbestand der alleinigen Haftungsfunktion war daher von Anfang an beschränkt, was den Fall der HLB von dem der WestLB unterscheidet
- (146) Die Kommission hält daher einen Aufschlag bei der HLB, anders als bei der WestLB für nicht gerechtfertigt, und legt damit einen Satz von 0,3 % jährlich (vor Steuern) als angemessene Vergütung für die Haftungsfunktion des Kapitals vom Zeitpunkt der bilanziellen Einbringung des Kapitals zum 1. Januar 1993 bis zur Anerkennung durch das BAKred zugrunde. Eine Nachsteuerbetrachtung ergibt damit bei Zugrundelegung eines Unternehmenssteuersatzes von rund 50 % zum damaligen Zeitpunkt einen Satz von 0,15 % p.a.. Der Satz von 0,15 % p.a. nach Steuern wurde von den Parteien bei der Verständigung beigefügten Tabelle zur Kalkulation des Beihilfenelements zugrunde gelegt.

- (147) Eine Garantieprämie stellt eine Betriebsausgabe für die HLB dar und schmälert daher den steuerbaren Gewinn. Die Vergütung, die der FHH zu zahlen ist, wird aus den Gewinnen nach Steuern gezahlt. Daher ist der Satz von 0,3 % grundsätzlich durch den Steuersatz anzupassen. Ebenso wie bei den Refinanzierungskosten geht die Kommission von einem einheitlichen Gesamtsteuersatz von 50 % aus. Die Kommission legt deshalb den Satz von 0,15 % jährlich nach Steuern fest.

e) **Vergütung für die für die Stille Einlage**

- (148) Für die Stille Einlage wurde durchgehend eine Vergütung von [...] Mio. DEM entsprechend [maximal 10 %] auf den Betrag von 300 Mio. DEM p. a. gezahlt. Nach Ansicht der Kommission kommt es bei der Beurteilung nicht auf die Tatsache an, dass diese an die HGV gezahlt wurden, da diese eine 100 %ige Holding der FHH war und der indirekte Weg nur aus steuerrechtlichen Gründen gewählt wurde. Ob ein Investor eine Holding zum Empfang der Vergütung einsetzt oder diese direkt verbucht, kann für die beihilferechtliche Prüfung im vorliegenden Fall nicht von Belang sein.
- (149) Die Stille Einlage hatte eine 16jährige Laufzeit, d. h. vorher war die Kündigung ausgeschlossen. Sie ist damit, trotz dieser langen Laufzeit, als befristete Stille Einlage anzusehen.
- (150) Deutschland hat ausgeführt, dass eine Vergütung von 1,29 % aufgrund des Vergleichs mit ähnlichen Instrumenten und wegen der mangelnden Liquidität für die Stille Einlage angemessen gewesen wäre. Der BdB meinte, dass gegenüber Kapitalrücklage zwar ein Abschlag vorzunehmen sei, dass aber grundsätzlich von einer Stammkapitalähnlichkeit und daher, wie bereits weiter oben dargelegt, von einer höheren Vergütung auszugehen sei.

Kapitalbasis

- (151) Der Wert der Stillen Einlage belief sich ab 1. Januar 1993 konstant auf 300 Mio. DEM. Allerdings wurde, wie bereits weiter oben dargestellt, der Betrag vor der Anerkennung durch das BAKred nicht als haftendes Eigenkapital genutzt. Ab 1. Januar 1997 konnten die 300 Mio. DEM bis einschließlich Mai 2003 in vollem Umfang genutzt werden. Über die für die angemessene Rendite von haftendem Eigenkapital relevante Bemessungsgrundlage gibt in Randnummer 183 aufgeführte Tabelle Auskunft.
- (152) Die bis 1997 nicht belegte Stille Einlage wurde bzw. konnte zwar nicht zur Ausweitung des Wettbewerbsgeschäfts genutzt werden, war aber dennoch für die HLB von Nutzen, denn die Höhe des in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapitals gibt den Geldgebern der Bank auch Aufschluss über deren Solidität und wirkt sich somit auf die Bedingungen aus, zu denen die Bank Fremdkapital aufnehmen kann. Gläubiger und Rating-Agenturen berücksichtigen die wirtschaftliche und finanzielle Gesamtlage der Bank. Da dieser Betrag jährlich nicht zur Erweiterung der Geschäftstätigkeit verwendet werden kann, sondern das Ansehen der Bank in den Augen der Gläubiger verbessert, kann seine ökonomische Funktion in dieser Hinsicht zumindest mit einer Garantie verglichen werden.

⁽³¹⁾ Siehe Fn. 2, Rz. 221.

(153) Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber hätte wegen des wirtschaftlichen Nutzens auch eine Vergütung für diese Mittel gefordert. Die Höhe dieses Entgelts liegt allerdings genau wie bei der Kapitalrücklage unter dem für den von der HLB für das Wettbewerbsgeschäft nutzbaren Teil des Eigenkapitals.

Rechtliche und wirtschaftliche Einordnung des eingebrachten Kapitals

(154) Entsprechend ihrer Vorgehensweise in der Entscheidung 200/392/EG ermittelt die Kommission die angemessene Vergütung für das übertragene Fördervermögen anhand seiner kommerziellen Nutzbarkeit für die HLB. Wie erläutert, ist der Anknüpfungspunkt für die marktübliche Vergütung vorliegend diejenige Vergütung, die ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber, der einer Bank Eigenkapital dieser Form zur Verfügung stellt, verlangen würde.

(155) Der BdB vertritt dabei die Ansicht, dass es sich um eine stammkapitalähnliche Investition handle. Zwar spreche gegen die Vergleichbarkeit mit Stammkapital die Kündigung, wenn auch nur nach dieser langen Zeit. Dennoch hafte die Stille Einlage im Falle von Verlusten gleichrangig neben dem Stammkapital. Letztendlich wirke sich die Kündigungsmöglichkeit risikoreduzierend aus, so dass die Stille Einlage mit einem geringen Abschlag gegenüber Stammkapital zu verzinsen sei. Deutschland bestreitet hingegen dessen Stammkapitalähnlichkeit. Das Kapital sei vielmehr eine Stille Einlage, was sich auf die Höhe der Vergütung auswirke.

(156) Deutschland, der BdB und die Kommission sind sich in dem Punkt einig, dass es sich bei der Stillen Einlage um Kernkapital handelt. Die Stille Einlage wurde vom BAKred, jedenfalls ab 1997, als Kernkapital („Klasse-1“ Kapital) anerkannt und kann deshalb auch nur mit solchen Eigenkapitalinstrumenten verglichen werden, die in Deutschland im Jahr der Einbringung als Kernkapital anerkannt waren.

(157) Die Kommission folgt insoweit der Auffassung der Verfahrensbeteiligten. Schon in ihrer Entscheidung 2000/392/EG 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⁽³²⁾. 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.

(158) Nach Auffassung der Kommission ist die Stille Einlage von der Risikoanalyse her typologisch eine „normale“ Stille Einlage, kein Stammkapital. Die Kommission schließt sich insofern den Ausführungen Deutschlands an. Sowohl die in Rede stehende Stille Einlage wie auch sonstige am Kapitalmarkt aufgenommene befristete Stille Einlagen würden in der Insolvenz vor dem Stammkapital zurückgezahlt, und der Investor bekäme die Konkursquote, während er bei einer Stammkapitalinvestition leer ausginge. Solange das Unternehmen keinen Verlust macht, bekommt die FHH die gesamte vereinbarte Vergütung, während der Investor in Stammkapital nur Anspruch auf Zahlung einer gewinnanteiligen, d. h. erheblich reduzierten Dividende hat.

Ermittlung einer angemessenen Vergütung für die befristete Stille Einlage in die HLB

(159) Wie erläutert, erachtet die Kommission die in Rede stehende Kapitalmaßnahme als Stille Einlage. Damit ist es für die Überprüfung der Marktangemessenheit der konkret vereinbarten Vergütung maßgeblich, ob diese als üblich im Vergleich zu am Markt vereinbarten Vergütungen bei wirtschaftlich und rechtlich vergleichbaren Transaktionen über Stille Einlagen angesehen werden kann. Die Vergütung der in Frage stehenden Stillen Einlage ist, ausgehend von der von der FHH und der HLB verwendeten Methodik, auf Basis von befristeten und ansonsten vergleichbaren, Stillen Einlagen zu bestimmen.

(160) Deutschland hat ausgeführt, dass Stille Einlagen im Laufe der 90er Jahre von den Landesbanken zunehmend zur Erweiterung ihrer Eigenkapitalbasis genutzt worden seien. Die im Zuge der WK-Einlage in die HLB entstandene Stille Einlage dürfte demnach eine der ersten solcher Transaktionen mit nennenswertem Volumen im deutschen Bankensektor gewesen sein.

(161) Wie eine Risikoprofilbetrachtung verschiedener Eigenkapital-Instrumente zeige, wiesen Stille Einlagen — bei vergleichbarer Haftungsteilnahme — durch ihre Ausgestaltbarkeit als befristete Einlage mit Festvergütung eine starke Nähe zu Genussscheinen auf. Für die hereinnehmende Bank bestünden zudem steuerliche Vorteile, da die zu leistenden Zinszahlungen keine Gewinnverwendung sind, sondern üblicherweise, wie auch hier, eine (steuermindernde) Betriebsausgabe darstellten.

(162) Die Stille Einlage der HLB per 1. Januar 1993 sei die erste und für fast fünf Jahre auch die einzige Transaktion dieser Art für die Bank gewesen und der HLB sei von zeitnahen Referenztransaktionen anderer Landesbanken nichts bekannt. Eine direkte Bestimmung der angemessenen Risikoprämie für die Stille Einlage aus anderen kontrahierten Stillen Einlagen sei damit nicht möglich. Die ver-

⁽³²⁾ Siehe Fn. 2, Rz. 199.

fügbaren Daten zu den mit Dritten kontrahierten befristeten und unbefristeten Stillen Einlagen aus den Jahren 1997 und 1998 ermögliche jedoch eine indirekte Ableitung, wenn quantifizierbar ist, wie sich die angemessene Risikoprämie für Eigenkapitalähnliche Instrumente der HLB zwischen Ende 1992 und Ende 1997 verändert habe. Als Gradmesser hierfür könne die Entwicklung der Risikoprämie für langlaufende HLB-Genussscheine dienen. Wie eine übermittelte Übersicht zeige, habe sich der von den Investoren geforderte Risikoaufschlag von HLB-Genussscheinen während dieses Zeitraums per saldo merklich vergrößert⁽³³⁾. Wenn man also die Marktverhältnisse per Ende 1997 auf den 31. Dezember 1992 übertrüge, wird die per Ende 1992 angemessene Risikoprämie zumindest nicht unterschätzt⁽³⁴⁾. Entsprechend kann die für Ende 1992 angemessene Risikoprämie der Stillen Einlage mit Laufzeit *i* anhand folgender Formel bestimmt werden: *Risikoprämie Stille Einlagen, i,1992 = Swaps Spread Bundesanleihen, i,1992 + Swaps Spread Stille Einlagen, i,1997*.

- (163) Aus den per Dezember 1997 und Februar 1998 erhobenen Marktdaten und den Zinssätzen der kontrahierten Stillen Einlagen ergäbe sich für 16-jährige befristete Stille Einlagen ein Aufschlag von etwa 1,25 % über Swaps. Übertragen auf die Marktdaten per 31. Dezember 1992 (Swaps Spread von Bundesanleihen i.H.v. 0,04 %) errechne sich damit eine angemessene Risikoprämie für 16-jährige Stille Einlagen in Höhe von 0,04 % + 1,25 % = 1,29 %.
- (164) Alternativ könne die faire Risikoprämie auch auf Basis der Konditionen anderer Finanzinstrumente mit ähnlichem Risikoprofil abgeleitet werden, was als Verfahren übliche Praxis sei. Befristete Stille Einlagen seien hinsichtlich ihres Risikoprofils zwischen Genussscheinen und unbefristeten Stillen Einlagen einzuordnen. Ihre Risikoprämie müsse daher grundsätzlich über der von Genussscheinen aber unter der von unbefristeten Stillen Einlagen liegen. Während Referenzwerte für unbefristete Stille Einlagen erst per Oktober 1999 vorlägen, seien Marktdaten für Genussscheine schon ab Anfang der 90er Jahre verfügbar, da diese Instrumente bereits seit geraumer Zeit emittiert und börsentäglich gehandelt werden würden. Daneben seien auch im für die WestLB erstellten Gutachten von Lehman Brothers Risikoprämien für Genussscheine deutscher Banken per Mitte Dezember 1991 angegeben⁽³⁵⁾.
- (165) Um von den HLB-Genussscheinkonditionen per Ende 1992 auf die angemessene Risikoprämie für befristete Stille Einlagen in der HLB schließen zu können, bedürfe es einer

Schätzung des fairen Renditeaufschlags zwischen beiden Instrumenten. Auch hier könne man sich infolge der unvollständigen Datenlage nur an den Marktverhältnissen per Ende 1997/Anfang 1998 orientieren und die darin zum Ausdruck kommende Risikoeinschätzung der Anleger für die HLB als für Ende 1992 adäquat unterstellen. Die per Ende 1992 angemessene Risikoprämie der Stillen Einlage könne dann anhand folgender Formel bestimmt werden: *Risikoprämie Stille Einlagen, i,1992 = Risikoprämie Genussscheine i,1992 + Spread Stille Einlagen/Genussscheine, i,1997*.

- (166) Aus den per Dezember 1997 und Februar 1998 erhobenen Marktdaten ergebe sich für 16-jährige befristete Stille Einlagen per Ende 1997 ein Aufschlag von 0,35 % bis 0,40 % über 10-jährigen HLB-Genussscheinen. Übertragen auf die Marktdaten per 31. Dezember 1992 (Risikoprämie 8-jährige HLB-Genussscheine 0,91 %) errechne sich damit eine angemessene Risikoprämie für 16-jährige Stille Einlagen in Höhe von 1,26 % bis 1,31 %. Verwende man die im Lehman Brothers-Gutachten für Ende 1991 angesetzte Risikoprämie für 10-jährige Genussscheine i.H.v. 0,90 %⁽³⁶⁾ gelange man zu nahezu identischen Werten.
- (167) Auf Basis der von Deutschland mitgeteilten Informationen ergibt sich — nach beiden Methoden — eine Marge von etwa 1,26 % bis 1,31 %. Das zugrunde liegende Datenmaterial über Genussscheinemissionen und platzierte Einlagen wurde der Kommission übermittelt. Auch liegen der Kommission Übersichten für die in den entsprechenden Jahren gültigen risikofreien Zinssätze für Bundesanleihen sowie die für Stille Einlagen gültigen Bund-Swaps Spreads und relevanten Spreads vor. Demnach kommt die Kommission zu dem Ergebnis, dass die von Deutschland übermittelte Marge von 1,29 % durchaus vertretbar erscheint.
- (168) Für die Zwecke der beihilferechtlichen Beurteilung der Marktmaßigkeit der fraglichen Stillen Einlage kann auf eine weitergehende Marktuntersuchung nach Auffassung der Kommission verzichtet werden. Es genügt, wenn sich die Kommission aufgrund von Tendenzaussagen dessen versichert, dass die vereinbarte Vergütung im Bereich des marktüblichen liegt.

Liquiditätsnachteile

- ⁽³³⁾ Maßgeblich ist hierbei jeweils nicht der Renditeaufschlag zu Bundesanleihen, sondern zu Swaps, denn der Spread von Swaps zu Bundesanleihen („Swaps Spread“) ist wesentlich von Angebot und Nachfrage am Swapmarkt und nicht durch Bonitätsüberlegungen bedingt.
- ⁽³⁴⁾ Bedingt durch mehrere Turbulenzen an den Finanzmärkten — zu nennen ist hier z. B. die Emerging Markets-Krise Mitte 1997 — sowie die Implikationen aus dem Beihilfungsverfahren der Kommission gegen die West LB dürfte die Risikoprämie, die ein Investor für eine befristete Stille Einlage in die HLB Ende 1992 gefordert hätte, tatsächlich niedriger gewesen sein, als das in den Marktverhältnissen per Ende 1997 zum Ausdruck kommt.
- ⁽³⁵⁾ Vgl. Lehman Brothers, Analyse der Kapitalzuführung aus der Einbringung der Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen vom 8.7.1997, S. 4 sowie Anhang II, S. 27. Dort sind allerdings wesentlich die Emissionen der großen deutschen privaten Geschäftsbanken (Deutsche Bank, Dresdner Bank etc.) aufgeführt, die im Vergleich zur Hamburgischen Landesbank damals ein höheres Geschäftsrisiko aufwiesen.

- (169) Den insoweit übereinstimmenden Argumenten Deutschlands und des BdB zu den Liquiditätsnachteilen kann gefolgt werden, wenn eine „normale“ Kapitalzufuhr an eine Bank dieser sowohl Liquidität als auch eine Eigenmittelbasis verschafft, die aus aufsichtsrechtlichen Gründen zur Ausweitung ihrer Geschäftstätigkeit erforderlich ist. Wie bereits dargelegt, muss sich eine Bank, 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 %), 11,5-mal auf den

⁽³⁶⁾ Vgl. Lehman Brothers, Analyse der Kapitalzuführung aus der Einbringung der Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen vom 8.7.1997, S. 4

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 fragliche Stille Einlage der HLB zunächst keine Liquidität verschafft, hatte die HLB zusätzliche Finanzierungskosten in Höhe des Kapitalbetrags, wenn sie die erforderlichen Mittel auf den Finanzmärkten aufnahm, um die Geschäftsmöglichkeiten voll auszuschöpfen. Wegen dieser Zusatzkosten 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.

(170) Anders als der BdB ist die Kommission jedoch der Auffassung, dass die Bruttofinanzierungszinsen abzugsfähig sind. Refinanzierungskosten sind Betriebsaufwendungen und verringern damit das steuerbare Einkommen. Das gleiche gilt aber auch für die Vergütung für eine von Anfang an in liquider Form eingebrachte Stille Einlage. Im Vergleich zu dieser, die, wie bereits 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.

(171) Diese Sachlage ist derjenigen im Fall Landesbank Hessen-Thüringen ähnlich, unterscheidet sich aber von den anderen Landesbanken, die ebenfalls Gegenstand von Prüfverfahren waren einschließlich der WestLB, 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 diesen 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.

(172) Mangels (weiteren) Steuervorteils ist folglich von der HLB nur die Vergütung für das Risiko zu bezahlen, dem die FHH ihr Fördervermögen in Form der Stillen Einlage aussetzt, d. h. die in Basispunkten ausgedrückte Haftungsvergütung über dem maßgeblichen Referenzzinssatz.

Angemessene Vergütung für den nicht belegten Teil der Stillen Einlage

(173) Wie bereits dargelegt, war die Stille Einlage in den Jahren 1993 bis einschließlich 1996 aufsichtsrechtlich nicht als haftendes Kernkapital anerkannt.

(174) In der Entscheidung 2000/392/EG hat die Kommission für den in der Bilanz gebuchten Betrag, der aber nicht zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts genutzt werden konnte, einen Ausgangssatz von 0,3 % vor Steuern angenommen. Darauf wurde ein Aufschlag um weitere 0,3 %

vorgenommen, wegen der Höhe des in Frage stehenden Betrags und der nicht vorhandenen Befristung (siehe Rz 144).

(175) Die Kommission hält auch für den Betrag der Stillen Einlage wegen des erheblich geringeren Betrags einen Aufschlag bei der HLB, anders als bei der WestLB, für nicht gerechtfertigt. Wegen der jedoch ansonsten gegebenen Vergleichbarkeit legt sie auch hier einen Satz von 0,3 % jährlich (vor Steuern) als angemessene Vergütung für die Haftungsfunktion des Kapitals vom Zeitpunkt der bilanziellen Einbringung des Kapitals zum 1. Januar 1993 bis zur Anerkennung durch das BAKred zugrunde (siehe auch Rz. 145). 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 Entscheidung 2000/392/EG unterscheidet, ist dieser Aufschlag als Vor-Steuer-Satz zu verstehen, der in voller Höhe als Betriebsausgabe geltend gemacht werden kann.

(176) Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Stille Einlage mit [...] Mio. DEM [...] entsprechend [maximal 10 %] stark überzahlt war.

f) **Beendigung der Begünstigung**

(177) Deutschland hat dargelegt, dass im Zuge der am 2. Juni 2003 vollzogenen Fusion der HLB mit der LSH zur HSH Nordbank der von der HLB gehaltene WK-Anteil auf die FHH zurück übertragen wurde.

(178) Damit ist es der Bank ab dem 2. Juni 2003 nicht mehr möglich Risikoaktiva aus dem Wettbewerbsgeschäft der HLB mit Zweckvermögen zu unterlegen oder es als Haftungsfunktion zu verwenden.

(179) Für die Kommission gilt damit als erwiesen, dass mit der Ausgliederung des Zweckvermögens die hier zu untersuchende Begünstigung zum 2. Juni 2003 beendet wurde.

g) **Das Beihilfeelement**

(180) Aus den dargelegten Bemessungsgrundlagen, Vergütungselementen und Vergütungen für die verschiedenen Arten des übertragenen Kapitals ergeben sich die in der Tabelle in Randnummer 183 zusammengefassten Beträge, die für die einzelnen Elemente und Jahre als angemessene Vergütung zu zahlen gewesen wären.

(181) Davon sind die Beträge abzuziehen, die zum Zeitpunkt der Investition bereits als Vergütungselemente fest vereinbart wurden. Dabei handelt es sich nach Auffassung der Kommission nur um die Vergütung der Stillen Einlage in Höhe von [...] Mio. DEM [...]. Weitere Bestandteile wie die von Deutschland angesetzten gezahlten Dividenden können nicht dagegen gerechnet werden. Wie bereits dargelegt (siehe Rz 110) kann es auf *nach* der Investition geleistete Dividendenzahlungen und/oder realisierte Wertsteigerungen nach dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht ankommen.

⁽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.

(182) Allerdings vertritt die Kommission die Auffassung, dass es trotz der Verschiedenheit der beiden Kapitalinstrumente angesichts der Gestaltung der 1993er Übertragung durch die FHH als Gesamtpaket, zulässig ist, die vereinbarte, überhöhte Vergütung für die Stille Einlage als geleistete

Vergütung für dieses gesamte Investitionsvorhaben anzurechnen. Somit kann die Überzahlung als Entgelt auf die Kapitalrücklage angerechnet werden. Dabei muss sie allerdings in einen Nachsteuerwert umgewandelt werden, was die Parteien in ihrer Verständigung offen gelassen haben.

(183) Das Beihilfeelement setzt sich demnach wie folgt zusammen ⁽³⁸⁾:

Tabelle 1

Berechnung des Beihilfelements — HLB (in Mio. DM)

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
											(5 Monate) 2003
Anteil der der HLB zur Verfügung stehenden Stillen Einlage	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0
zu zahlendes Entgelt (1,29 %)					3,9	3,9	3,9	3,9	3,9	3,9	1,6
zu zahlende Avalprovision (0,3 %)	0,9	0,9	0,9	0,9							
gezahlt	30,0	30,0	30,0	30,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Überzahlung (=anrechenbar für Kap.RL)	29,1	29,1	29,1	29,1	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
EE-Steuersatz	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %
abzgl. Steuern	- 14,6	- 14,6	- 14,6	- 14,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
anrechenbare Überzahlung nach Steuern	14,6	14,6	14,6	14,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Anteil der der HLB zur Verfügung stehenden Kapitalrücklage aus WK1993	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4
vom BAKred endgültig anerkannt	0,0	0,0	0,0	0,0	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4
davon nicht belegbar wg. GS I-Anrechnung	0,0	0,0	0,0	0,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
davon belegt/belegbar (ab 1997)	182,9	435,6	255,1	208,3	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
davon nicht belegt/nicht belegbar (ab 1997)	476,5	223,7	404,2	451,1	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
zu zahlendes Entgelt (6,57 %)	12,0	28,6	16,8	13,7	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
zu zahlende Avalprovision (0,15 %)	0,7	0,3	0,6	0,7	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
zu zahlendes Entgelt gesamt	12,7	29,0	17,4	14,4	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
anrechenbare Überzahlung aus Stillen Einlage	14,6	14,6	14,6	14,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Beihilfeelement											
	- 1,9	14,4	2,8	- 0,2	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁽³⁸⁾ Seit dem 1.1.1999 wird DM zum Kurs von 1,95583 in Euro umgerechnet. Die in der Tabelle pro Jahr enthaltenen Angaben zum Beihilfelement sind für die Kalkulation des gesamten zurückzufordernden Beihilfebetrages entsprechend umzurechnen.

(184) Aus der Differenz zwischen den tatsächlichen Zahlungen und den Zahlungen, die den Marktbedingungen entsprechen würden, ergibt sich als Beihilfeelement ein Betrag von 177,5 Mio. DEM (90,75 Mio. EUR).

2.2. *Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten*

(185) 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.

(186) Die begünstigte HLB war sowohl regional wie auch international im Bankgewerbe tätig. Die HLB verstand sich als universelle Geschäftsbank, die international vor allem bei Schiffsfinanzierungen tätig war und als HSH Nordbank jetzt ist. Trotz ihres Namens, ihrer Tradition und ihrer gesetzlich geregelten Aufgaben war die HLB bis 2003 keineswegs nur eine Lokal- oder Regionalbank.

(187) Damit zeigt sich eindeutig, dass die HLB Bankdienstleistungen im Wettbewerb mit anderen europäischen Banken außerhalb Deutschlands und — da Banken aus anderen europäischen Ländern in Deutschland tätig sind — innerhalb Deutschlands erbrachte.

(188) Auch ist darauf hinzuweisen, dass ein sehr enger Zusammenhang zwischen dem Eigenkapital eines Kreditinstituts und seinen Bankaktivitäten besteht. Nur mit ausreichendem anerkannten Eigenkapital kann eine Bank arbeiten und ihre kommerziellen Tätigkeiten ausweiten. Da die HLB durch die staatliche Maßnahme mit solchem Eigenkapital für Solvabilitätswertung ausgestattet wurde, wurden die Geschäftsmöglichkeiten der Bank unmittelbar beeinflusst.

(189) Es steht deshalb fest, dass Beihilfen an die HLB den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

2.3. *Ergebnis*

(190) Auf Basis all dieser Überlegungen lässt sich feststellen, dass sämtliche Kriterien des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt sind und die Übertragung des Zweckvermögens folglich staatliche Beihilfen im Sinne des betreffenden Artikels beinhalten.

3. VEREINBARKEIT MIT DEM GEMEINSAMEN MARKT

(191) Weiterhin ist zu untersuchen, ob die Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann. Keine der Ausnahmeregelungen des Artikels 87 Absatz 2 EG-Vertrag 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.

(192) 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.

(193) Da der wirtschaftliche Fortbestand der HLB nicht auf dem Spiele stand, als die Maßnahme durchgeführt wurde, stellt sich nicht die Frage, ob der Zusammenbruch eines einzigen großen Kreditinstituts wie der HLB 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.

(194) 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 Ausnahmeregelung nicht gegeben. Die HLB war kein Unternehmen in Schwierigkeiten, dessen Wiedererlangung der Rentabilität durch staatliche Beihilfen unterstützt werden sollte.

(195) Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag, der unter bestimmten Umständen Ausnahmen von den Vertragsbestimmungen 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⁽³⁹⁾. Die formalen Voraussetzungen hierfür sind vorliegend nicht erfüllt und wurden auch nicht von Deutschland vorgebracht.

(196) 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. Die Einbringung von WK-Anteilen zum 1. Januar 1993 in die HLB ist keine bestehende Beihilfe.

(197) Die Übertragung zum 1. Januar 1993 kann auch nicht als von der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung abgedeckt angesehen werden.

(198) Zum einen ist der Tatbestand der Gewährträgerhaftung als einer Ausfallhaftung gegenüber Gläubigern für den Fall, dass das Vermögen der Bank zu deren Befriedigung nicht ausreicht, von vornherein nicht erfüllt. Die Kapitalzufuhr richtete sich weder auf die Befriedigung der Gläubiger der HLB noch war das Vermögen der HLB erschöpft.

⁽³⁹⁾ 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.

(199) Zum anderen greift auch der Tatbestand der Anstaltslast nicht ein. Die Anstaltslast verpflichtet den Anstaltsträger, die HLB mit den Mitteln auszustatten, die für den ordnungsgemäßen Betrieb der Landesbank erforderlich sind, sofern er sich für deren Fortführung entscheidet. Die HLB war zum Zeitpunkt der Kapitalzufuhr aber keineswegs in einer Lage, in der ein ordnungsgemäßer Betrieb nicht mehr möglich war. Die Kapitalzuführung war also zur Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Betriebs der HLB nicht erforderlich. Die HLB 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 ist die „Notvorschrift“ der Anstaltslast nicht anwendbar. Mangels einer anderen anwendbaren bestehenden Beihilferegelung gemäß Artikel 87 Absatz 1 und Artikel 88 Absatz 1 EG-Vertrag ist die Kapitalzufuhr daher als neue Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 und Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag einzuordnen.

IX. SCHLUSSFOLGERUNG

- (200) Die aus der Einbringung von WK-Anteilen zum 1. Januar 1986 möglicherweise resultierende Beihilfe kann aufgrund des Ablaufs der in Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 genannten Frist nicht mehr zurückgefordert werden und ist gemäß Artikel 15 Absatz 3 der genannten Verordnung als bestehende Beihilfe anzusehen.
- (201) Die aus der Einbringung von WK-Anteilen zum 1. Januar 1993 resultierende Beihilfe kann weder aufgrund von Artikel 87 Absatz 2 bzw. Absatz 3 EG-Vertrag noch aufgrund einer anderen Vertragsbestimmung als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden. Demnach wird die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt, muss abgeschafft werden und muss das Beihilfeelement der rechtswidrigen Maßnahme von Deutschland zurückgefordert werden -

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN :

Artikel 1

Die staatliche Beihilfe in Höhe von 90,75 Mio. EUR, die Deutschland in dem Zeitraum vom 1. Januar 1993 bis 1. Juni

2003 zugunsten der Hamburgischen Landesbank — Girozentrale, jetzt HSH Nordbank AG, gewährt hat, ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar.

Artikel 2

Deutschland ergreift alle notwendigen Maßnahmen, um die in Artikel 1 genannte, rechtswidrig zur Verfügung gestellte Beihilfe von der Empfängerin zurückzufordern.

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.

Die Zinsen werden gemäß den Bestimmungen des Kapitels V der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission ⁽⁴⁰⁾ 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

Mario MONTI

Mitglied der Kommission

⁽⁴⁰⁾ ABl. L 140 vom 30.4.2004, S. 1.

ANHANG

INFORMATIONEN HINSICHTLICH DER DURCHFÜHRUNG DER ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

1. **Kalkulation des Betrags, der zurückgefordert werden soll**

- 1.1 Liefern Sie bitte die folgenden Einzelheiten über die Höhe des Betrages der rechtswidrigen Beihilfen, die dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden sind:

Datum der Zahlung (*)	Höhe der Beihilfe (*)	Währung	Identität des Begünstigten

(*) Datum, an dem die Beihilfe oder einzelne Raten der Beihilfe dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden ist (insofern eine Maßnahme aus mehreren Raten und Vergütungen besteht, getrennte Reihen verwenden)

(*) Höhe der Beihilfe, die dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden ist (in Brutto-Beihilfenäquivalenten)

Anmerkungen:

- 1.2 Erklären Sie bitte ausführlich, wie die Zinsen, die auf die zurückzufordernde Beihilfe gezahlt werden müssen, berechnet werden.

2. **Schon ergriffene oder geplante Maßnahmen, um die Beihilfe zurückzufordern**

- 2.1 Beschreiben Sie bitte im Einzelnen, welche Maßnahmen schon ergriffen worden sind, und welche Maßnahmen geplant werden, um eine unmittelbare und effektive Rückforderung der Beihilfe durchzuführen. Bitte erklären Sie ebenfalls, welche alternativen Maßnahmen im nationalen Recht bestehen, um die Rückforderung durchzuführen. Teilen Sie bitte, soweit vorhanden, die Rechtsgrundlage für die ergriffenen/geplanten Maßnahmen mit.

- 2.2 Bis zu welchem Datum wird die Rückforderung der Beihilfe abgeschlossen sein?

3. **Schon bewirkte Rückforderung**

- 3.1 Liefern Sie bitte die folgenden Einzelheiten über die Beihilfen, die vom Begünstigten bereits zurückgefordert worden sind:

Datum (*)	Zurückerstatteter Betrag	Währung	Identität des Begünstigten

(*) Datum, an dem die Beihilfe zurückerstattet worden ist

- 3.2 Belegen Sie bitte die Rückerstattung der Beihilfebeträge, die in der oberen Tabelle unter Punkt 3.1 spezifiziert worden sind.

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 20. Oktober 2004

über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Landesbank Schleswig-Holstein — Girozentrale, jetzt HSH Nordbank AG

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3930)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2006/741/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,

nachdem der Mitgliedstaat und andere Beteiligte auf der Grundlage der vorerwähnten Bestimmungen zur Stellungnahme aufgefordert worden sind ⁽¹⁾ und gestützt auf ihre Bemerkungen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. VERFAHREN

- (1) Gegenstand des Verfahrens ist die Übertragung der Wohnungsbaukreditanstalt des Landes Schleswig-Holstein („WKA“), der Wirtschaftsaufbaukasse Schleswig-Holstein AG („WAK“) und der Zweckrücklage Liegenschaften durch das Land Schleswig-Holstein auf die Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale („LSH“). Das Verfahren steht im Zusammenhang mit sechs weiteren Verfahren gegen Deutschland wegen Vermögensübertragungen auf Landesbanken, insbesondere der Westdeutschen Landesbank Girozentrale („WestLB“).
- (2) Die Kommission übermittelte Deutschland am 12. Januar 1993 ein Auskunftersuchen bezüglich einer Kapitalerhöhung von 4 Mrd. DEM bei der WestLB durch die Integration der Wohnungsbauförderanstalt („WfA“) sowie ähnlicher Erhöhungen von Eigenmitteln der Landesbanken anderer Bundesländer. Im Auskunftersuchen wurde gefragt, bei welchen Landesbanken es zur Überführung öffentlich-rechtlicher Unternehmen gekommen sei, sowie um Informationen zu den diese Transaktionen rechtfertigenden Gründen gebeten.
- (3) Deutschland übermittelte Antwortschreiben mit Datum vom 16. März 1993 und 17. September 1993. Weitere Informationen wurden von der Kommission mit Schreiben vom 10. November 1993 und 13. Dezember 1993 angefordert und von Deutschland mit Schreiben vom 8. März 1994 übermittelt.
- (4) 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 mit Wirkung zum 1. Januar 1991 die WKA und die WAK einschließlich ihrer Vermögen als Ganzes auf die LSH überführt worden seien. Gleichzeitig seien die Aufgaben der WKA und der WAK auf die zuvor gegründete Investitionsbank Schleswig-Holstein („IB“) übergegangen. Die IB werde als besondere Abteilung der LSH geführt. Der BdB sah in der damit verbundenen Erhöhung der Eigenmittel der LSH 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.

- (5) Die Beschwerde bezog sich des Weiteren auf ähnliche Vermögensübertragungen zugunsten der Landesbank Berlin, der Westdeutschen Landesbank, der Norddeutschen Landesbank, der Hamburger Landesbank bzw. der Bayerischen Landesbank. Im Februar und März 1995 und Dezember 1996 traten mehrere einzelne Banken der Beschwerde ihres Verbandes bei.
- (6) Mit Schreiben vom 6. August 1997 und vom 30. Juli 1998 informierte der BdB die Kommission über zwei weitere Vermögensübertragungen in Schleswig-Holstein und Hessen zugunsten der LSH und der Landesbank Hessen-Thüringen. Nach Angaben des BdB beabsichtigte das Land Schleswig-Holstein, die bebauten Liegenschaften dieses Bundeslandes auf die IB zu übertragen und dieses Liegenschaftsvermögen als Zweckrücklage im Eigenkapital der LSH auszuweisen. Der BdB verwies in diesem Zusammenhang auf § 20 des Referentenentwurfes eines Gesetzes zur Änderung des Investitionsbankgesetzes des Landes Schleswig-Holstein (Stand 26. Juni 1997), wonach das Liegenschaftsvermögen nach Abzug der Verbindlichkeiten als Zweckrücklage im Eigenkapital der LSH auszuweisen sei. Der BdB verwies auf die Gesetzesbegründung zu § 20 des Referentenentwurfes, wonach die Zweckrücklage Liegenschaften haftendes Eigenkapital der Landesbank nach den Grundsätzen des Kreditwesengesetz sei. Das in der Gesetzesbegründung angeführte Ziel der „Mobilisierung des Landesvermögens zur Liquiditätsschöpfung ohne Verlust

⁽¹⁾ ABl. C 76 vom 28.3.2003, S. 2.

- der Dispositions- und Entscheidungsbefugnis des Landes“ werde nicht erreicht, sollte die LSH für die übertragenen Immobilien tatsächlich den Marktpreis als Kaufpreis bezahlen.
- (7) Die Kommission untersuchte zunächst die Vermögensübertragung auf die WestLB, erklärte aber, dass sie die Übertragungen auf die anderen Banken im Lichte der Ergebnisse in der Sache WestLB⁽²⁾ prüfen werde. Mit der Entscheidung 2000/392/EG⁽³⁾ erklärte sie schließlich im Jahr 1999, die Beihilfemaßnahme (die Differenz zwischen der gezahlten Vergütung und der marktüblichen Vergütung) für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und ordnete die Rückforderung der Beihilfe an. Diese Entscheidung wurde vom Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften mit Urteil vom 6. März 2003⁽⁴⁾ wegen unzureichender Begründung von zwei Elementen bei der Bemessung der Höhe der Vergütung aufgehoben, ansonsten aber vollumfänglich bestätigt.
- (8) Am 1. September 1999 übermittelte die Kommission Deutschland ein Auskunftersuchen, das die Übertragungen auf die anderen Landesbanken betraf. Deutschland übersandte daraufhin mit Schreiben vom 8. Dezember 1999 Informationen zur Übertragung der WKA und WAK auf die LSH, die mit Schreiben vom 22. Januar 2001 ergänzt wurden. Ein weiteres Auskunftersuchen vom 22. Februar 2001 wurde durch Schreiben Deutschlands vom 3. Mai 2001 beantwortet.
- (9) Mit Schreiben vom 13. November 2002 unterrichtete die Kommission Deutschland von ihrem Beschluss, hinsichtlich der Übertragung der WKA, der WAK und der Zweckrücklage Liegenschaften des Landes Schleswig-Holstein auf die LSH das förmliche Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu eröffnen. Zeitgleich hat die Kommission auch Verfahren wegen ähnlicher Vermögensübertragungen auf die Norddeutsche Landesbank Girozentrale, die Bayerische Landesbank Girozentrale, die Hamburgische Landesbank Girozentrale und die Landesbank Hessen-Thüringen eröffnet. Zuvor hatte die Kommission bereits im Juli 2002 das Verfahren wegen der Übertragung der Wohnungsbaukreditanstalt auf die Landesbank Berlin eröffnet.
- (10) Die Beschlüsse zur Eröffnung der Verfahren wurden im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht⁽⁵⁾. Die Kommission forderte die sonstigen Beteiligten zur Stellungnahme auf.
- (11) Mit Schreiben vom 11. April 2003 nahm die LSH zu der Verfahrenseröffnung in Sachen LSH Stellung.
- (12) Mit Schreiben vom 14. April 2003 nahm Deutschland zu der Verfahrenseröffnung Stellung.
- (13) Mit Schreiben vom 29. Juli 2003 nahm der BdB zu allen Eröffnungsbeschlüssen vom 13. November 2002 gemeinsam Stellung.
- (14) Auf ein weiteres Auskunftersuchen der Kommission, datiert auf den 11. September 2003, übermittelte Deutschland mit Schreiben vom 29. Oktober und 6. November 2003 weitere Informationen und ging auf die Stellungnahme des BdB zur LSH ein. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2003 übermittelte Deutschland überdies Ausführungen des Landes Nordrhein-Westfalen und der WestLB zur Stellungnahme des BdB zu den fünf im November 2002 eröffneten Landesbanken-Verfahren.
- (15) Weitere Auskunftersuchen der Kommission vom 7. April 2004, 30. April 2004, 19. Mai 2004 sowie vom 12. August 2004 beantwortete Deutschland mit Schreiben vom 1. und 28. Juni 2004, 27. Mai 2004, 23. Juni 2004, 27. August 2004 und 30. September 2004.
- (16) Am 19. Juli 2004 übermittelten der Beschwerdeführer BdB, das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB AG eine vorläufige Verständigung über die angemessene Vergütung für das übertragene Vermögen. Diese Vergütung sollte nach ihrer Ansicht der Entscheidung der Kommission zugrunde gelegt werden. Die endgültige Fassung dieser Verständigung erreichte die Kommission am 13. Oktober 2004. Ebenso übermittelten der BdB, das Land Schleswig-Holstein und die aus der LSH und Hamburgischen Landesbank 2003 hervorgegangenen HSH Nordbank am 29. September 2004 eine vorläufige Verständigung über die angemessene Vergütung für das übertragene Zweckvermögen. In der Folgezeit gingen mehrere Schreiben dieser Beteiligten sowie Deutschlands bei der Kommission ein. Die endgültige Fassung der Verständigung bezüglich der Übertragung des Zweckvermögens auf die LSH erreichte die Kommission am 14. Oktober 2004. Daneben erfolgten mit Ausnahme im Fall Landesbank Hessen-Thüringen auch in den anderen Fällen wegen Vermögensübertragungen auf Landesbanken entsprechende Verständigungen, die der Kommission übermittelt wurden.

II. AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER MASSNAHMEN

1. LANDESBANK SCHLESWIG-HOLSTEIN GIROZENTRALE

⁽²⁾ ABl. C 140 vom 5.5.1998, S. 9.

⁽³⁾ ABl. L 150 vom 23.6.2000, S. 1; es wurden Rechtsmittel eingelegt durch Deutschland (Rs; C 376/99), durch Nordrhein-Westfalen (Rs. T 233/99) und durch die WestLB (Rs. T 228/99); durch die Kommission wurde ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet (Rs. C 209/00).

⁽⁴⁾ Slg. 2003, S. II-435.

⁽⁵⁾ Norddeutsche Landesbank: ABl. C 81 vom 4.4.2003, S. 2; Bayerische Landesbank: ABl. C 81 vom 4.4.2003, S. 13; Hamburgische Landesbank: ABl. C 81 vom 4.4.2003, S. 24; Landesbank Hessen-Thüringen: ABl. C 73 vom 26.3.2003, S. 3.

- (17) Die Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale (Kurzform LB Kiel) mit Hauptsitz in Kiel war mit einer Konzernbilanzsumme von 145,5 Mrd. EUR (Stichtag 31. Dezember 2002) eine der 15 größten Banken Deutschlands. Sie wurde 1917 gegründet als Landesbank der Provinz Schleswig-Holstein. Die Bank war ein öffentlich-rechtliches Kreditinstitut und führte die Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts.

- (18) Eigentümer der LSH waren seit 1994 der WestLB-Konzern (39,9 %), das Land Schleswig-Holstein (25,05 %), der Sparkassen- und Giroverband für Schleswig-Holstein (25,05 %), sowie die Landesbank Baden-Württemberg

(10 %). Grundlage dieser Eigentümerstruktur war die zum 1. Januar 1994 erfolgte Übertragung von Stammanteilen seitens des Landes Schleswig-Holstein und des Sparkassen- und Giroverbands für Schleswig-Holstein auf die WestLB und die Landesbank Baden-Württemberg. Vor der Übertragung hielten das Land und der Sparkassen- und Giroverband jeweils 50 % der Stammanteile.

- (19) Am 2. Juni 2003 ist aus der Verschmelzung der LSH und der Hamburgischen Landesbank die HSH Nordbank AG in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft entstanden. Steuerlich und bilanziell ist die Fusion rückwirkend zum 1. Januar 2003 erfolgt.
- (20) Für das Jahr 2002 wurden im Geschäftsbericht der LSH für den Konzern eine Kernkapitalquote von 6,5 % und ein Solvabilitätskoeffizient von 10,3 % ausgewiesen. Die Eigenkapitalrentabilität lag im Jahre 2002 bei 10,4 %.
- (21) Der LSH oblagen gemäß § 42 des Sparkassengesetzes für das Land Schleswig-Holstein die Aufgaben einer Staatsbank, einer Sparkassenzentralbank sowie einer Geschäftsbank. Sie hatte die Bankgeschäfte des Landes zu besorgen, die Sparkassen in ihrer Aufgabenerfüllung zu unterstützen und Kommunalkredite zu vergeben. Als Staatsbank vergab sie Kredite an öffentliche Haushalte, beteiligte sich — teilweise als Mitglied eines Konsortiums mit privaten Banken — an der Platzierung von Landesanleihen und Schuldscheindarlehen. Daneben fungierte die LSH als universelle Geschäftsbank.
- (22) Mit ihren über 2 500 Mitarbeitern war die LSH regional verankert und international ausgerichtet und betrachtete als Bank des Nordens Norddeutschland und den Ostseeraum als ihre Kernregion. Sie verfügte über eigene Niederlassungen, Repräsentanzen und Beteiligungen und war internationaler Produkt- und Sektorspezialist in den Geschäftsfeldern Transport-, Schiffs- und Immobilienfinanzierung, Bankenfinanzierung sowie zunehmend im Syndizierungsgeschäft und Akteur auf den internationalen Kapitalmärkten.

2. DIE ÜBERTRAGUNG DER WKA- UND WAK-VERMÖGEN UND DER ZWECKRÜCKLAGE LIEGENSCHAFTEN AUF DIE LSH

2.1. DIE ERRICHTUNG UND ENTWICKLUNG DER INVESTITIONSBANK SCHLESWIG-HOLSTEIN

- (23) Durch das Gesetz über die Investitionsbank Schleswig-Holstein (Investitionsbankgesetz, bzw. „IBG“) vom 11. Dezember 1990 ist die IB als organisatorisch und wirtschaftlich selbstständige, nicht rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts der LSH zum 1. Januar 1991 gegründet worden. Die Refinanzierung der IB erfolgt damit im Namen und unter Einschaltung der LSH.
- (24) Die IB ist das zentrale Förderinstitut zur Unterstützung der Wirtschafts- und Strukturpolitik in Schleswig-Holstein. Das Produktangebot der IB umfasst die Wirtschafts- und Wohnbauförderung, die Förderung von Umwelt- und Energieprojekten, die Kommunal- und Agrarförderung

sowie das Projektmanagement für Land und Kommunen ⁽⁶⁾. Daneben nimmt die IB Aufgaben der Infrastrukturförderung im Ostseeraum wahr.

- (25) Die IB wurde durch Gesetz vom 7. Mai 2003, welches am 1. Juni 2003 in Kraft getreten ist, mit rechtlicher Wirkung zum 1. Juni 2003 und bilanzieller Rückwirkungsfiction auf den 1. Januar 2003 aus dem Vermögen der LSH abgespalten und als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts unter dem Namen „Investitionsbank Schleswig-Holstein“ mit Sitz in Kiel errichtet. Das der abgespaltenen Investitionsbank Schleswig-Holstein zugeordnete Vermögen mit allen Gegenständen des Aktiv- und Passivvermögens ist im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Investitionsbank Schleswig-Holstein übergegangen. Trotz der bilanzrechtlichen Rückwirkung zum 1. Januar 2003 konnte die LSH bis zum 1. Juni 2003 ihr Wettbewerbsgeschäft in derselben Weise wie zuvor mit dem IB-Kapital unterlegen.
- (26) Mit rechtlicher Wirkung zum 1. Juni 2003 und bilanzieller Rückwirkungsfiction auf den 1. Januar 2003 ist ebenfalls die Liegenschaftsverwaltung Schleswig-Holstein (LVSH) als eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts unter dem Namen „Liegenschaftsverwaltung Schleswig-Holstein“ mit Sitz in Kiel errichtet worden. Das Zweckvermögen Liegenschaften wurde somit am 1. Juni 2003 auf die Liegenschaftsverwaltung Schleswig-Holstein abgespalten. Dabei ist das Vermögen mit allen Gegenständen des Aktiv- und Passivvermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Liegenschaftsverwaltung Schleswig-Holstein übergegangen. Trotz der bilanzrechtlichen Rückwirkung zum 1. Januar 2003 konnte die LSH bis zum 1. Juni 2003 ihr Wettbewerbsgeschäft in derselben Weise wie zuvor mit dem Zweckvermögen Liegenschaften unterlegen.

2.2. DIE ÜBERTRAGUNG DER WKA AUF DIE LSH

- (27) Die WKA wurde durch Gesetz vom 31. März 1950 unter der Bezeichnung Landestreuhandstelle für Wohnungs- und Kleinsiedlungswesen in Schleswig-Holstein als Körperschaft des öffentlichen Rechts errichtet. Sie hatte die Aufgabe, das Land, vor allem durch Förderung des öffentlichen und steuerbegünstigten Wohnungsbaus, bei der Versorgung der Bevölkerung mit angemessenen Wohnungen zu unterstützen. Das Vermögen der WKA bestand aus so genanntem Sonder- und Eigenvermögen. Das Sondervermögen unterlag als gesetzliches Sondervermögen einer Zweckbindung, wonach es laufend zur Förderung von Maßnahmen zugunsten des sozialen Wohnungsbaus zu verwenden war. Das Eigenvermögen der WKA unterlag dieser Zweckbindung nicht. Die WKA gewährte aufgrund des Eigenvermögens insbesondere zinsgünstige Baudarlehen ⁽⁷⁾.
- (28) Gemäß § 2 Absatz 1 IBG wurde die WKA mit ihrem Vermögen als Ganzes unter Ausschluss der Abwicklung mit Wirkung zum 1. Januar 1991 auf die LSH übertragen. Damit ordnete § 2 Absatz 1 IBG die Verschmelzung der WKA mit der LSH an. Gemäß § 14 Absatz 1 IBG gingen alle in der Anlage 1 IBG aufgeführten Aufgaben und Zuständigkeiten der WKA am 1. Januar auf die IB über.

⁽⁶⁾ Vgl. Investitionsbankbericht 1998, S. 1.

⁽⁷⁾ Mitteilung Deutschlands vom 8. Dezember 1999, S. 84.

2.3. DIE ÜBERTRAGUNG DER WAK AUF DIE LSH

- (29) Die WAK war ein vom Land als Aktiengesellschaft gegründetes Spezialkreditinstitut, das die Aufgabe hatte, Vorhaben gewerblicher Unternehmen sowie sonstige Maßnahmen zur Stärkung der Wirtschafts- und Verkehrsstruktur finanziell zu fördern.
- (30) § 3 IBG ermächtigt die Finanzministerin oder den Finanzminister zur Übernahme des Vermögens einschließlich aller Rechte und Pflichten der WAK als Ganzes. Diese Ermächtigung war notwendig, da die WAK als Aktiengesellschaft nicht — analog zur WKA — mit der LSH verschmolzen werden konnte. Das Vermögen der WAK wurde deshalb durch Gesamtrechtsnachfolge nach § 359 Aktiengesetz zunächst auf das Land übertragen, um danach die Vermögensgegenstände auf die LSH überführen zu können. Dies entspricht wirtschaftlich der Einbringung der WAK in die LSH.
- (31) Von dieser Ermächtigung hat das Finanzministerium Gebrauch gemacht und das Angebot des Vorstandes der WAK vom 19. November 1990 zur Vermögensübertragung am 2. Januar 1991 angenommen. Durch einen „Einbringungsvertrag“ zwischen dem Land und der LSH vom 2. Januar 1991 ist die Übertragung des Vermögens der WAK einschließlich aller Rechte und Pflichten zum 1. Januar 1991 geregelt worden ⁽⁸⁾.
- (32) Gemäß § 14 Absatz 1 IBG führte die IB sämtliche Aufgaben der WAK, die in der Anlage 2 zum IBG aufgezählt sind, fort.

2.4. DIE ÜBERTRAGUNG DER ZWECKRÜCKLAGE LIEGENSCHAFTEN AUF DIE LSH

- (33) Gemäß § 17 Absatz 2 IBG wurde das Ministerium für Finanzen und Energie des Landes Schleswig-Holstein ermächtigt, Liegenschaften auf die IB zu übertragen. Mit dem Verkauf wurde die IB rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der übertragenen Liegenschaften. Nach Angaben Deutschlands konnte die IB jedoch nicht beliebig über die übertragenen Immobilien verfügen. Vielmehr unterlag das gesamte Immobilienvermögen einschließlich eventueller Überschüsse einer Zweckbindung.
- (34) Gemäß § 20 Absatz 1 IBG wurde das übertragene Liegenschaftsvermögen dementsprechend als Zweckrücklage Liegenschaften ausgewiesen. Gemäß § 20 Absatz 2 waren die Erträge des Liegenschaftsvermögens zugunsten der Erhaltung, des Erwerbs und des Neubaus von Liegenschaften zu verwenden. Sie konnten allerdings auch — nach Maßgabe der Entscheidung der Landesregierung — für Aufgaben der Investitionsbank verwendet oder an das Land ausgekehrt werden.
- (35) Das Land Schleswig-Holstein hat in mehreren Tranchen insgesamt [...] ^(*) landeseigene Liegenschaften an die IB

verkauft. Als Kaufpreis für die jeweiligen Objekte wurden die Verkehrswerte zugrunde gelegt, die in individuellen Wertgutachten zuvor ermittelt worden waren.

- (36) Von den erzielten Kaufpreisen hat das Land Schleswig-Holstein jeweils Teile in die LSH im Wege der so genannten „Zweckrücklage Liegenschaften“ eingebracht. Diese Einbringung der Landesliegenschaften wirkte sich auf die bilanziellen Eigenmittel der LSH wie folgt aus: Der Erwerb der ersten Tranche durch die IB hatte zum Bilanzstichtag 31. Dezember 1999 zu einer Erhöhung des bilanziellen Eigenkapitals der LSH um [...] Mio. DEM geführt. Mit dem Erwerb der zweiten Tranche war die Zweckrücklage Liegenschaften zum Bilanzstichtag 31. Dezember 2000 auf insgesamt [...] Mio. DEM angewachsen. Sie erreichte nach Abwicklung der dritten Tranche zum Bilanzstichtag 31. Dezember 2001 insgesamt [...] Mio. DEM und blieb zum 31. Dezember 2002 konstant ⁽⁹⁾.
- (37) Nach Angaben Deutschlands erfüllte die Zweckrücklage Liegenschaften für die LSH weder Finanzierungs- noch Geschäftsausweitungsfunktion. Da sie vom Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen ⁽¹⁰⁾ („BAKred“) nicht als bankaufsichtliches Kernkapital anerkannt wurde, konnte sie nicht mit Geschäft belegt werden.

3. KAPITALANFORDERUNGEN NACH DER EIGENMITTELRICHTLINIE UND DER SOLVABILITÄTSRICHTLINIE

- (38) Nach der Richtlinie 89/647/EWG des Rates vom 18. Dezember 1989 über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute ⁽¹¹⁾ (im folgenden „Solvabilitätsrichtlinie“) und der Richtlinie 89/299/EWG des Rates vom 17. April 1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten ⁽¹²⁾ (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 so genanntes 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.
- (39) Zum 30. Juni 1993 ⁽¹³⁾ hatten die deutschen Banken ihre Ausstattung mit haftendem Kapital an die neuen Anforderungen gemäß der Solvabilitätsrichtlinie und der Eigenmittelrichtlinie anzupassen ⁽¹⁴⁾. Bereits vor der Umsetzung

⁽⁹⁾ Mitteilung Deutschlands vom 30. September 2004.

⁽¹⁰⁾ Jetzt Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („BaFin“).

⁽¹¹⁾ ABl. L 386 vom 30.12.1989, S. 14; ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (AbL. L 126 vom 26.5.2000, S. 1).

⁽¹²⁾ ABl. L 124 vom 5.5.1989, S. 16 ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG.

⁽¹³⁾ Tatsächlich hätten die neuen Eigenkapitalanforderungen bereits am 1. Januar 1993 in Kraft treten müssen; sie sind in Deutschland verspätet in Kraft getreten.

⁽¹⁴⁾ Nach der Solvabilitätsrichtlinie haben Kreditinstitute Eigenmittel in Höhe von mindestens 8 % ihrer risikogewichteten Aktiva zu besitzen, während nach der alten deutschen Regelung eine Quote von 5,6 % verlangt war; allerdings beruhte diese Quote auf einer Eigenmitteldefinition, die enger war als die seit Inkrafttreten der Eigenmittelrichtlinie geltende.

⁽⁸⁾ Mitteilung Deutschlands vom 8. Dezember 1999, S. 89.

^(*) Vertrauliche Information.

der Solvabilitätsrichtlinie in deutsches Recht waren viele Landesbanken verhältnismäßig schwach mit haftendem Kapital ausgestattet. Für die betroffenen Kreditinstitute war es daher dringend notwendig, die Eigenkapitalbasis zu stärken, um eine Beschränkung ihrer Unternehmensexpansion zu verhindern oder wenigstens ihr bestehendes Geschäftsvolumen beibehalten zu können. Wegen der angespannten Haushaltslage konnten die öffentlichen Anteilseigner jedoch kein frisches Kapital zuführen, wollten andererseits aber auch nicht privatisieren und zusätzliches Kapital über die Kapitalmärkte finanzieren. So beschloss man, Vermögens- bzw. Kapitalübertragungen vorzunehmen, z. B. im Falle der WestLB das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen („WfA“), im Falle der LSH die genannten Vermögen der WKA und WAK und später auch die Liegenschaften.

4. AUSWIRKUNGEN DER ÜBERTRAGUNGEN AUF DIE LSH

4.1. DIE ÜBERTRAGUNG DER WKA- UND WAK-VERMÖGEN AUF DIE LSH

(40) Laut Angaben Deutschlands wurde das Eigenvermögen der WKA und das Vermögen der WAK in die Zweckrücklage IB

(42) Die übertragenen Mittel standen der LSH wegen der besonderen Zweckbindung der Zweckrücklage für Förderaufgaben — unbeschadet der Haftung als Eigenkapital — allerdings nicht uneingeschränkt zur Verfügung. Von der Zweckrücklage IB in Höhe von 1 306 Mio. DEM waren im Jahre 1991 288 Mio. DEM durch die Förderaufgaben der IB selbst belegt. Für den Zeitraum 1991 bis 2003 standen der LSH nach Angaben Deutschlands die folgenden durch Wettbewerbsgeschäft belegbaren Beträge zur Verfügung bzw. wurden die folgenden Beträge als Haftungsgrundlage tatsächlich von der LSH in Anspruch genommen:

Schaubild 1:

Eingebrachtes IB-Kapital, sowie die durch Wettbewerbsgeschäft belegbaren und tatsächlich belegten Kapitalbeträge (Jahresdurchschnittswerte)

In Mio. DEM

	1991 (4 Mo.)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003 (5 Mo.)
IB-Kapital gesamt	1 306,0	1 312,2	1 337,9	1 387,0	1 472,0	1 563,0	1 665,9	1 763,0	1 814,0	1 817,0	1 849,2	1 923,9	1 967,6
Aufsichtsrechtlich anerkannt	1 306,0	1 312,2	1 337,9	1 387,0	1 472,0	1 563,0	1 665,9	1 763,0	1 814,0	1 817,0	1 849,2	1 923,9	1 967,6
Belegung durch IB	288,0	299,0	383,9	363,0	380,0	391,0	401,9	417,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Für LSH belegbarer Betrag	1 018,0	1 013,1	954,0	1 024,0	1 092,0	1 172,0	1 264,0	1 346,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tatsächlich durch LSH belegt	0	0	347,0	326,0	161,0	508,0	815,0	1 104,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(43) Nach den Angaben Deutschlands hatte die LSH zum 31. Dezember 1990 ein Kernkapital von 581 Mio. DEM und ein Ergänzungskapital von 100 Mio. DEM. Im Verhältnis zur damaligen Eigenkapitalbasis von somit 681 Mio. DEM steigerte das Fördervermögen von 1 306 Mio. DEM die Eigenkapitalbasis somit um ca. 190 %.

Zugrundelegung des damals einschlägigen Solvabilitätskoeffizienten nach dem damals gültigen Kreditwesengesetz von 5,6 % um gut 18 000 Mio. DEM.

(44) Geht man davon aus, dass dem wettbewerbsorientierten Geschäftsbereich der LSH im Jahre 1992 1 013 Mio. DEM zur Verfügung standen, so erhöhte sich ihre Kapazität zur Vergabe von 100 %-risikogewichteten Krediten bei

(45) Geht man davon aus, dass dem wettbewerbsorientierten Geschäftsbereich der LSH seit Anwendbarkeit des gemeinschaftlichen Solvabilitätskoeffizienten von 8 % zwischen 1 024 Mio. DEM (1994) und [...] Mio. DEM (2002) zur Verfügung standen, so erhöhte sich ihre Kapazität zur Vergabe von 100 %-risikogewichteten Krediten um

(¹⁵) Mitteilung Deutschlands vom 8. Dezember 1999, S. 90.

(¹⁶) Mitteilung Deutschlands vom 8. Dezember 1999, S. 91.

(¹⁷) Mitteilung Deutschlands vom 8. Dezember 1999, S. 94.

12 800 Mio. DEM (1994) bzw. über [...] Mio. DEM (2002). 1999 standen sogar [...] Mio. DEM zur Verfügung, wodurch sich die Kapazität um gut [...] Mio. DEM erhöhte.

- (46) In Wirklichkeit konnte das zulässige Kreditvolumen jedoch stärker ausgeweitet werden, da die Risiko-Aktiva einer Bank normalerweise nicht mit 100 % Risiko zu gewichten sind⁽¹⁸⁾. Dies trifft auch für die LSH zu, die u. a. im Refinanzierungsgeschäft mit Sparkassen und im Kreditgeschäft mit Kommunen tätig ist. Unter Zugrundelegung einer realistischen Risikogewichtung, die im Falle der LSH wahrscheinlich bei unter 50 % liegen dürfte, ergibt sich die Möglichkeit einer Verdoppelung der eingangs erwähnten Geschäftsausweitung auf über 30 Mrd. DEM.

4.2. DIE ÜBERTRAGUNG DER LANDESEIGENEN LIEGENSCHAFTEN AUF DIE LSH

- (47) Laut Angaben Deutschlands hat das BAKred mit Schreiben vom 25. Mai 1999 eine Anerkennung der Zweckrücklage Liegenschaften als bankaufsichtliches Kernkapital abgelehnt. In seinem Schreiben vom 25. Mai 1999 bewertete das BAKred die Zweckrücklage Liegenschaften zwar als Kapitalrücklage, nicht aber als bankaufsichtliches Eigenkapital. Nach Ansicht des BAKred seien die eingebrachten Liegenschaften und damit unmittelbar auch die bei
- (50) Die LSH hat folgende Vergütungen gezahlt⁽²²⁾:

dessen Erwerb zugunsten der LSH eingerichtete Zweckrücklage jederzeit „abziehbar“⁽¹⁹⁾.

- (48) Nach dieser Ablehnung sei die LSH — auch im Hinblick auf das vorliegende Verfahren wegen der Höhe der Vergütung — nicht erneut an das BAKred wegen der Anerkennung dieser Zweckrücklage als Kernkapital herangetreten. Dies hat nach Ansicht Deutschlands zur Folge, dass die Zweckrücklage Liegenschaften weder von der LSH mit Wettbewerbsgeschäft noch von der IB mit eigenem Geschäft belegt werden kann⁽²⁰⁾.

5. VERGÜTUNG FÜR DIE ÜBERTRAGENEN EIGENMITTEL

5.1. VERGÜTUNG FÜR DIE WKA- UND WAK-VERMÖGEN

- (49) Die LSH zahlte für das übertragene IB-Kapital ein Entgelt, allerdings nur auf den jeweils in Anspruch genommenen Haftbetrag. Laut vorliegenden Informationen wurde für das Jahr 1993 ein Pauschalentgelt von 900 000 DEM vereinbart. Für die Jahre 1994 bis 1996 wurde ein so genannter „Gewinnvorab“ von 0,5 % bezogen auf die jeweils durch Wettbewerbsgeschäft in Anspruch genommenen Teile der Zweckrücklage nebst einer Pauschalvergütung von 750 000 DEM (1994) und 200 000 DEM (1995) geleistet. Für die Jahre 1997 bis 2002 betrug der Gewinnvorab [...] % bezogen auf die jeweils durch das Wettbewerbsgeschäft in Anspruch genommenen Teile des IB-Kapitals⁽²¹⁾. Für die Jahre 1991 und 1992 wurde keine Vergütung bezahlt.

Schaubild 2:

Gezahlte Vergütung auf eingebrachtes IB-Kapital nach Steuern

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Gezahlte Vergütung nach Steuern	0	0	0,9	2,4	1,0	2,5	5,0	6,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

In Mio. DEM

- (51) Für die LSH war laut den Darlegungen Deutschlands die neue Solvabilitätsrichtlinie allerdings nicht allein ausschlaggebend für die Übertragung der WKA- und WAK-Vermögen. Durch die Einbringung des zweckgebundenen Wohnungsbauvermögens, das als liquides Kapital nicht eingesetzt werden konnte, sollten die Vermögensmassen so effizient wie möglich eingesetzt werden, zum einen, um die Kapitalbasis für weitere Förderaktivitäten zu verbreitern, zum anderen, um diese Vermögen einer wirtschaftlichen Verwendung zuzuführen. Eine Fusion der WKA und der WAK auf die LSH habe sich für das Land als die

wirtschaftlichste Lösung, auch im Vergleich zu einem rechtlich selbständigen Förderinstitut, erwiesen⁽²³⁾. Auch könne die Einbringung der WKA- und WAK-Vermögen die Kapitalkraft der LSH bei einer eventuellen Veräußerung von Anteilen an der LSH stärken. Gleichzeitig würde durch die Fusion aber auch die Eigenkapitalbasis der LSH im Hinblick auf die verschärften Gemeinschaftsvorschriften langfristig gesichert⁽²⁴⁾. Die Erhöhung des haftenden Eigenkapitals spielte damit auch nach eigenen Angaben Deutschlands eine entscheidende Rolle bei der Einbringung der WKA- und WAK-Vermögen in die LSH.

⁽¹⁸⁾ Siehe Fn. 3, Rn. 64.

⁽²²⁾ Mitteilung Deutschlands vom 14. April 2003, Anlage 1, und vom 30. September 2004.

⁽¹⁹⁾ Schreiben des BAKred vom 25. Mai 1999.

⁽²⁰⁾ Mitteilung Deutschlands vom 3. Mai 2001, S. 2.

⁽²¹⁾ Mitteilungen Deutschlands vom 8. Dezember 1999, S. 96 und vom 29. Oktober 2003, S. 18.

⁽²³⁾ Mitteilung Deutschlands vom 8. Dezember 1999, S. 86.

⁽²⁴⁾ Mitteilung Deutschlands vom 8. Dezember 1999, S. 88.

5.2. VERGÜTUNG FÜR DIE LIEGENSCHAFTEN

- (52) Laut Angaben Deutschlands wurde für die als Zweckerücklage Liegenschaften eingebrachten Vermögenswerte keine Vergütung von der LSH an das Land Schleswig-Holstein geleistet⁽²⁵⁾.

III. GRÜNDE FÜR DIE ERÖFFNUNG DES VERFAHRENS

- (53) In ihrem Eröffnungsbeschluss vom 13. November 2002 kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Übertragung der WKA und WAK sowie der Einbringung von [...] Mio. EUR in eine Zweckerücklage Liegenschaften des Landes Schleswig-Holstein wahrscheinlich um eine staatliche Beihilfe im Sinne Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag zugunsten der LSH handele.
- (54) Ausgangspunkt ihrer Prüfung war der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers. Danach stellt der Umstand, dass sich Unternehmen im Eigentum der öffentlichen Hand befinden und ihnen durch diese Mittel zugeführt werden, keine staatliche Beihilfe dar. Lediglich wenn diesem öffentlichen Unternehmen Mittel zu Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte, liegt eine Begünstigung durch die Zufuhr staatlicher Mittel vor.
- (55) Im vorliegenden Fall sah die Kommission den wirtschaftlichen Vorteil für die LSH, der sich aus der Zufuhr von Eigenmitteln ergab, insbesondere in der Erhöhung der Kreditvergabekapazität für das kommerzielle, wettbewerbsorientierte Kreditgeschäft der LSH (Geschäftsausweitungsfunktion des Eigenkapitals). Unter normalen Marktbedingungen werde die Einbringung von Kapital entsprechend dessen Wert unter Berücksichtigung seiner Funktion und des eingegangenen Risikos vergütet. Ein Anhaltspunkt für die marktübliche Vergütung des eingebrachten Kapitals sei demzufolge im langfristigen risikofreien Zinssatz (Bundesanleihen mit 10 Jahren Laufzeit) zu sehen, der mit einem das erhöhte Risiko von Eigenmitteln abbildenden Risikoaufschlag zu versehen sei. Da bereits der Vergütungssatz für eine langfristige risikofreie Vermögensanlage zum Zeitpunkt der Vermögensübertragung, Ende 1990, bei rund 9 %⁽²⁶⁾ lag, hatte die Kommission erhebliche Zweifel, dass das gezahlte Pauschalentgelt und/oder eine Vergütung von 0,5 % bzw. [...] % p.a. für die tatsächlich in Anspruch genommenen Eigenmittel, selbst ohne Berücksichtigung des notwendigen Risikoaufschlags, als marktüblich angesehen werden konnte.
- (56) Die Kommission bezweifelte ferner, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber die Begrenzung seiner Vergütung auf den Teil der tatsächlichen Inanspruchnahme akzeptiert hätte.
- (57) Jedoch räumte die Kommission bereits in ihrem Eröffnungsbeschluss ein, dass bei der marktüblichen Vergütung die mangelnde Liquidität des vorliegend zugeführten Kapitals nicht unberücksichtigt bleiben dürfe. Obgleich die nicht liquiden Eigenmittel der Bank eine Ausweitung des

Kreditvolumens erlaubten, sei zu berücksichtigen, dass im Falle der Einbringung nicht liquider Kapitaleinlagen die LSH den vollen möglichen Umfang der Erhöhung des Geschäftsvolumens nur dann erzielen könne, wenn sie das zusätzliche Kreditvolumen in vollem Umfang auf dem Kapitalmarkt refinanzieren. Damit könne das Land nicht die gleiche Rendite erwarten wie ein Geber von liquidem Kapital und sei daher ein entsprechender Abschlag sachgerecht.

- (58) Die Kommission konnte nicht erkennen, dass das Land Schleswig-Holstein bei der Einbringung der WKA- und WAK-Vermögen darauf geachtet hätte, dass es an den ausgeschütteten Gewinnen der Bank und dem Wertanstieg der Bank angemessen teilnimmt. Insbesondere habe das Land Schleswig-Holstein nicht auf eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse zu seinen Gunsten gedrungen, was aber erforderlich gewesen wäre, um sicherzustellen, dass die Dividendenzahlungen und Wertsteigerungen der Höhe des eingebrachten Kapitalbeitrags entsprächen. Des Weiteren habe das Land seit dem 1. Januar 1994 seinen Anteil an dieser Wertsteigerung nicht erhöht, sondern sogar verringert.
- (59) Infolgedessen schlussfolgerte die Kommission in ihrem Eröffnungsbeschluss, dass es sich bei den genannten Maßnahmen zugunsten der in ihren wichtigsten Sparten regional, aber auch national und international tätigen LSH wahrscheinlich um eine staatliche Beihilfe gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag handelt. Da keine der in Artikel 87 Absatz 2 und 3 EG-Vertrag sowie in Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag genannten Ausnahmebestimmungen in der vorliegenden Situation anwendbar waren, erschien die staatliche Beihilfe als nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar.

IV. STELLUNGNAHMEN DEUTSCHLANDS UND DER LSH

- (60) Es wurde vorgetragen, dass das IB-Kapital nur eingeschränkt für die LSH nutzbar gewesen sei, da es im Gegensatz zu normalem Kernkapital drei wesentliche Funktionen nicht oder nur eingeschränkt erfülle: (a) die Finanzierungsfunktion, da diese der LSH nur im Falle einer Volleinbringung von WAK und WKA zur Verfügung gestanden hätte (b) die Haftungsfunktion sei stark reduziert, da das IB-Kapital nur nachrangig nach dem sonstigen Eigenkapital der LSH hafte. Darüber hinaus sei durch eine Auffüllungsverpflichtung sichergestellt worden, dass auch im Falle der Zahlungsunfähigkeit der LSH das IB-Kapital nicht in Anspruch genommen werden würde und (c) auch sei das IB-Kapital nur eingeschränkt zur Geschäftsgenerierung nutzbar, da zum einen von ihm derjenige Kapitalanteil abzuziehen sei, der zur Unterlegung der auf die IB übertragenen Landesliegenschaften verwendet werden muss und zum zweiten sich aufgrund der eigenen Geschäftsausweitung der IB der durch die LSH belegbare Teil des IB-Kapitals in den letzten Jahren reduziert habe.

- (61) Daraus wurde gefolgert, dass das eingebrachte IB-Kapital nicht wie eine normale Stammkapitaleinlage zu betrachten sei und dass die Besonderheiten die Vergütung, die das Land für das IB-Kapital als angemessen erwarten durfte, mindern würden.

⁽²⁵⁾ Mitteilung Deutschlands vom 29. Oktober 2003, S. 2.

⁽²⁶⁾ Im Geschäftsbericht der LSH für 1990 werden auf S. 28 Werte zwischen 8,8 % und über 9 % genannt. Im Geschäftsbericht für das Jahr 1991 werden auf S. 27 Werte für dieses Jahr zwischen 8,4 % und 9,17 % genannt. Da die Übertragung der WAK- und WKA-Vermögen zum 1. Januar 1991 erfolgte, hätte sich die Vereinbarung einer marktüblichen Vergütung an den damals bekannten Renditen des Jahres 1990 orientiert.

(62) Ferner wurde vorgetragen, dass keine Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag vorläge. Erstens sei zum Zeitpunkt der Einbringung des IB-Kapitals das Verhältnis zwischen der Landesbank und ihren Anstaltsträgern noch maßgeblich durch die besonderen Haftungsinstitute zu Gunsten der öffentlichen Banken in Deutschland (Anstaltslast und Gewährträgerhaftung) bestimmt worden. Unter „Anstaltslast“ sei die Verpflichtung der Anstaltsträger zu verstehen, die Anstalt mit den zur Aufgabenerfüllung nötigen finanziellen Mitteln auszustatten und so für die Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu halten. Die Einbringung des IB-Kapitals habe genau diesen Zweck verfolgt. Die Anstaltslast auf die bloße Verpflichtung des Anstaltsträgers zu reduzieren, seine Anstalt vor dem Konkurs zu bewahren, würde dem historischen Verständnis dieses Haftungsinstituts nicht gerecht. Zweitens bringt die LSH vor, dass sie Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringe. Drittens stehe die Forderung nach einer Durchschnittsrendite im Widerspruch zu Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag in Verbindung mit Artikel 295 EG-Vertrag, da durch diese besondere Anforderung an den öffentlichen Investor der sich aus Artikel 295 EG-Vertrag ergebende Grundsatz der Gleichbehandlung privater und öffentlicher Unternehmen verletzt würde.

Angemessenheit der Vergütung nach dem Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers

- (63) Es wurde auf drei verschiedene ökonomische Ansätze eingegangen, mit denen die marktübliche Vergütung für eine Kapitalzuführung berechnet werden könne: der Versicherungsprämienansatz, die Risikoprofilbetrachtung und die Stammkapitalbetrachtung.
- (64) Beim Versicherungsprämienansatz ist der Ausgangspunkt, dass WAK und WKA nur beschränkt in die LSH eingebracht wurden und dass die Liquidität wegen der Zweckbindung voll beim Land verblieb. Zu vergüten sei folglich nur das Risiko des Landes, im Falle der Insolvenz der Landesbank mit dem IB-Kapital in Anspruch genommen zu werden.
- (65) Die Risikoprofilbetrachtung stelle zur Ermittlung der marktgerechten Vergütung auf das Investitionsrisiko ab, dem das investierte Kapital bei der Investition in haftendes Eigenkapital einer Bank unterliege. Dabei werde die Einbringung von Kapital mit der Beschaffenheit des IB-Kapitals mit solchen Kapitalmarktinstrumenten verglichen, die aufgrund ihres wirtschaftlichen Profils mit der Investition des Landes vergleichbar seien. Hieraus werde dann die marktübliche Vergütung abgeleitet.
- (66) Obwohl die Stammkapitalbetrachtung wesentlich komplizierter und fehleranfälliger sei, führe auch sie richtig angewendet zu demselben Ergebnis wie die beiden anderen Ansätze. Zum Ausgangszinssatz sowie zu den einzelnen Zu- und Abschlägen wurde wie folgt Stellung genommen:
- (67) Mindestrendite nach Steuern: Der Ansatz von 12 % sei angesichts der Ertragslage im Bankensektor, vor allem im Bereich öffentlicher Banken, zu hoch gegriffen. Es dürfe allenfalls ein Ausgangssatz von 11 % angesetzt werden.

Dazu wird auf die verschiedenen Gutachten, die im WestLB-Verfahren vorgelegt wurden, verwiesen.

- (68) Risikoaufschlag: Der Risikoaufschlag von 1,5 % in der Entscheidung 2000/392/EG sei nicht gerechtfertigt und sollte gänzlich fallen gelassen werden. Bei der LSH handele es sich nicht um eine Kapitalzuführung von insgesamt 5,9 Mrd. DEM (umfangreiche Finanzanlage) wie in der WestLB, sondern um eine Zuführung von insgesamt 1,6 Mrd. DEM. Außerdem käme es aus Investorensicht ohnehin nicht auf die Größe der Investition an, sondern auf ihre Risikostruktur. Auch die fehlende Erhöhung der Stimmrechte sei im Fall LSH nicht zutreffend, da eine Verbesserung des Einflusses durch eine Stimmrechtserhöhung nicht erreicht gewesen wäre. Auch der dritte genannte Grund, die fehlende Fungibilität des IB-Kapitals, sei unzutreffend, da das IB-Kapital zwar unbefristet in die LSH eingebracht wurde, aber nicht unwiderruflich.
- (69) Abschlag für fehlende Liquidität: Der Liquiditätsnachteil liege darin, dass die LSH aufgrund der beschränkten Einbringung des IB-Kapital nur als nachrangiges Kapital erhalte, sich jedoch entsprechende Liquidität auf dem Kapitalmarkt besorgen müsse, da die Liquidität des IB-Kapitals beim Land verblieben sei. Daher müssen die zusätzlichen Fremdkapitalzinsen in Höhe des risikolosen Zinssatzes vollständig von der Renditeforderung des Investors Land abgezogen werden. Der um etwa die Hälfte geringeren Abzug, den die Kommission im WestLB-Verfahren mit der Verringerung des steuerpflichtigen Einkommens der Bank und der daraus folgenden niedrigeren Körperschaftssteuerbelastung begründete, sei fehlerhaft. Die Körperschaftssteuer einer Standardinvestition sei materiell eine Vorauszahlung auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuer des Investors. Sie sei deshalb nach der Systematik des deutschen Körperschaftsteuerrechts auch keine Belastung des Unternehmens.
- (70) Körperschaftssteuerliches Anrechnungsverfahren: Die LSH ist der Auffassung, dass wenn die Kommission bei ihrer Stammkapitalbetrachtung bleiben will, sie entweder das Anrechnungsguthaben aus der Rendite des privaten Vergleichs-Investors herausrechnen oder ein entsprechendes fiktives Anrechnungsguthaben der Rendite des Landes hinzurechnen müsse.
- (71) Eigentümereffekt, Kuponeffekt, Abschlag für Festvergütung: Die LSH weist auf weitere ökonomische Effekte hin, die zu einer Reduzierung der als „angemessen“ zu bezeichnenden Vergütung für das IB-Kapital führen.
- (72) Ferner sei es beihilferechtlich irrelevant, in welcher Weise sich das Land Schleswig-Holstein von der LSH für die Einbringung des IB-Kapitals eine Vergütung einräumen ließe. Bei der Bewertung der dem Land zugeflossenen Vergütung seien auch die durch die Einbringung erzielten Synergievorteile zu betrachten. Durch die Einbringung des IB-Kapitals in die LSH sei es dem Land Schleswig-Holstein möglich gewesen, für die Beteiligung der WestLB und der Landesbank Baden-Württemberg an der LSH einen höheren Kaufpreis zu erzielen als dies ohne diese Einbringung möglich gewesen wäre.

(73) Zur Zweckerücklage Liegenschaften wurde vorgetragen, dass diese für die LSH weder Finanzierungs- noch Geschäftsgenerierungsfunktion erfülle, da sie vom BAKred nicht als bankaufsichtliches Kernkapital anerkannt wurde. Eine Vergütung für die als Zweckerücklage Liegenschaften in die LSH eingebrachten Vermögenswerte sei nicht zu leisten gewesen, da in dieser Einbringung kein wirtschaftlicher Vorteil für die LSH läge, für den ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine Vergütung verlangt hätte.

(74) Zusammenfassend stelle die Einbringung des Wohnungsbaufördervermögens des Landes Schleswig-Holstein in die LSH keine staatliche Beihilfe dar. Eine vergleichbare Einbringung hätte ein hypothetischer Privatinvestor ebenfalls vorgenommen. Das Land habe für diese Einbringung von der LSH ein angemessenes, marktübliches Entgelt erhalten.

V. STELLUNGNAHME DES BDB

(75) Nach Auffassung des BdB hat die LSH keine angemessene Vergütung für das zugeführte Kernkapital gezahlt und damit eine staatliche Beihilfe erhalten.

(76) 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 der Entscheidung 2000/392/EG zugrunde gelegt habe.

(77) 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.

Vergleich mit anderen Eigenkapitalinstrumenten

(78) Der BdB gelangte in seiner Stellungnahme zu dem Ergebnis, dass die Einbringung der Wohnungsbau- und Fördervermögen in allen genannten fünf Landesbanken-Verfahren und damit auch im Fall der LSH mit einer Stammkapitalzufuhr zu vergleichen sei.

(79) Nahezu alle Landesbanken hätten ab dem Jahr 1992 neues Kernkapital benötigt, um den strengeren Anforderungen aufgrund der 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 so genannte Perpetual Preferred Shares aus. Diese drei Eigenkapitalinstrumente seien in Deutschland kein anerkanntes Kernkapital, sondern nur Ergänzungskapital („Klasse-2“-Kapital). Perpetual Preferred Shares habe es zudem Anfang der neunziger Jahre in Deutschland noch nicht gegeben.

(80) Als Kernkapital anerkannt seien in den jeweiligen Einbringungszeiträumen in Deutschland lediglich Stammkapital und Stille Beteiligungen gewesen. Ein Vergleich mit Stillen Beteiligungen scheidet dabei in allen Fällen aus. Erstens hätten Stille Beteiligungen gegenüber zur Verfügung gestelltem Stammkapital nur eine befristete Laufzeit bzw. könnten gekündigt werden und seien nach Ablauf der Laufzeit an den Investor zurückzuzahlen. Ein Investor könne deshalb nicht erwarten, für eine Stille Einlage dieselbe Vergütung zu erhalten, wie für bankaufsichtsrechtlich unbefristet anerkannte Eigenkapitalinstrumente.

(81) Soweit zweitens in einigen Fällen geltend gemacht werde, dass das zugeführte Kapital aufgrund von Vereinbarungen zwischen den Eigentümern der Landesbank nachrangig nach dem Stammkapital hafte, dürfe daraus kein reduziertes Risiko für den Investor abgeleitet werden. In allen Übertragungsfällen mache das zugeführte Kapital einen bedeutenden Teil des gesamten Kernkapitals, teilweise sogar mehr als 50 %, aus. Damit bestehe eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass das eingebrachte Kapital bei Verlusten zumindest teilweise hätte herangezogen werden können⁽²⁷⁾.

(82) Die unterschiedliche Qualität Stiller Einlagen im Vergleich zu Stammkapital sei drittens auch vom Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht in Bezug auf die bankaufsichtliche Kernkapitaldefinition bestätigt worden. Danach seien Stille Einlagen bankaufsichtlich lediglich als so genanntes „Lower-Tier-1“ Kapital anzuerkennen. Dieses Kapital dürfe nur noch 15 % der erforderlichen Kernkapitalquote ausmachen, d. h. bei einer Kernkapitalquote von 4 % müssten 3,4 % durch Grundkapital und offene Rücklagen (z. B. die eingebrachten Zweckerücklagen in die Landesbanken) dargestellt werden. Darüber hinaus würden nachrangige Eigenkapitalinstrumente, z. B. Vorzugsaktien oder Genussrechte, von Banken immer nur in geringem Umfang aufgenommen. Auf Druck der Rating-Agenturen erreichten sie — ganz anders als in den hier zu beurteilenden Fällen — fast nie mehr als 10 % des gesamten Kernkapitals der Bank. Vor diesem Hintergrund seien Stille Beteiligungen für große Volumina, die ein Investor allein investiere, nicht einsetzbar.

⁽²⁷⁾ Im Übrigen werde eine Risiko- bzw. Haftungsprämie in erster Linie wegen des Verlustrisikos in der Insolvenz bezahlt. In diesem Fall sei das Kapital unwiederbringlich verloren. Bei einem laufenden (Teil-)Verlust, also außerhalb der Insolvenz, bestehe immer die Chance, dass das Eigenkapital durch Gewinne wieder aufgefüllt werde.

Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in eine Landesbank

- (83) Der BdB führt aus, dass sämtliche Methoden zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung (Rendite) für zur Verfügung gestelltes Stammkapital von einer risikolosen Rendite ausgehen und eine Risikoprämie addieren.

Sie ließen sich auf das folgende Grundprinzip zurückführen:

$$\begin{aligned} & \text{Erwartete Rendite einer risikobehafteten Investition} \\ & = \text{Risikolose Rendite} + \text{Risikoprämie der risikobehafteten} \\ & \quad \text{Investition} \end{aligned}$$

- (84) 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⁽²⁸⁾.
- (85) Zur Ableitung der Risikoprämie ermittelt der BdB zunächst die so genannte Markt-Risikoprämie, also die Differenz zwischen der langfristigen Durchschnittsrendite auf Aktien und der auf Staatsanleihen. In seiner Stellungnahme vom 29. Juli 2003 legte er zunächst eine langfristige Markt-Risikoprämie von einheitlich 4,6 % zugrunde.
- (86) In einem zweiten Schritt bestimmte der BdB den Betawert der Landesbanken, d. h. die individuelle Risikoprämie der Banken, mit der die allgemeine Markt-Risikoprämie anzupassen sei. Die Betawerte ermittelte der BdB dabei nach eigenen Angaben statistisch, was bedeute, dass die Betawerte auf der Grundlage einer historischen Datenstichprobe geschätzt werden. Der BdB gelangte dabei zunächst zu dem Ergebnis, dass sämtliche Betawerte für sämtliche Landesbanken und betrachteten Zeiträume größer als eins seien⁽²⁹⁾.
- (87) Unter Zugrundelegung eines risikolosen Basiszinssatzes von 9,74 % und einem Betafaktor für die LSH von 1,1105 gelangte der BdB zu einer zu erwartenden Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in die LSH zum Zeitpunkt der Übertragung des IB-Kapitals zum 31. Dezember 1990 von 14,85 % p.a.

Zu- und Abschläge wegen der Besonderheiten der Transaktionen

- (88) Der BdB stellte ferner fest, dass der von der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG von der Mindestvergütung abgezogene Satz wegen der fehlenden Liquidität des Wfa-Vermögens vom Gericht erster Instanz bestätigt worden sei. Es bestünde somit kein Anlass, in den vorliegenden Fällen von dieser Methode abzuweichen und es wäre auch hier ein Liquiditätsabschlag vorzunehmen. Die Höhe des Abzugs für

die fehlende Liquidität bestimme sich entsprechend der WestLB-Methodik nach den Nettorefinanzierungskosten (Bruttorefinanzierungskosten abzüglich der anwendbaren Unternehmenssteuer).

- (89) Nach Auffassung des BdB wirkten sich drei Aspekte bei den Übertragungsvorgängen gegenüber einer „normalen Stammkapitalinvestition“ als risikoe erhöhend 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.

Kapitalbasis und Vergütungselemente

- (90) Zuletzt hob der BdB hervor, dass bei der Berechnung der angemessenen Vergütung im Fall der LSH der gesamte Betrag, der als Kernkapital anerkannt wurde, zu Grunde zu legen sei und nicht lediglich der tatsächlich beanspruchte 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 und damit keine entsprechenden Renditen erzielen könne.
- (91) Auch für die Zweckrücklage Liegenschaften, die bislang nicht vom BAKred als bankaufsichtliches Eigenkapital anerkannt worden sei, sei nach Auffassung des BdB eine Vergütung von 0,3 % zu zahlen. Obgleich nicht als Kernkapital anerkannt, stehe dieser Betrag den Gläubigern der Landesbank ebenfalls zur Deckung von Verlusten zur Verfügung und orientierten sich Anleger und Rating-Agenturen nicht nur am Kernkapital einer Bank, sondern an dem in der Bilanz ausgewiesenen wirtschaftlichen Eigenkapital. 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 habe, sei auch vorliegend sachgerecht.

⁽²⁸⁾ 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.

⁽²⁹⁾ 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.

VI. REAKTION DEUTSCHLANDS AUF DIE STELLUNGNAHME DES BDB UND ERNEUTE STELLUNGNAHME DEUTSCHLANDS

- (92) Deutschland wendete sich in seiner Stellungnahme vom 29. Oktober 2003 zu den Anmerkungen des BdB gegen den Einwand, dass auch das nicht belegte, aufsichtsrechtlich

anerkannte IB-Kapital zu vergüten sei. Die LSH habe durch diesen Teil des IB-Kapitals keinen wirtschaftlichen Vorteil erhalten und sei insofern nicht vergütungspflichtig gewesen. Für eine Bank stelle nicht jedes zusätzliche bankaufsichtsrechtlich anerkannte Haftkapital automatisch einen ökonomischen Nutzen oder Vorteil dar. Ferner sei in die LSH kein liquides Stammkapital, sondern eine illiquide Vermögensmasse eingebracht worden, die — allenfalls — eingeschränkte Haftungsfunktionen wahrnahm und die es der LSH gerade nicht ermöglichte, das Kapital zu Anlage- oder Ausleihzwecken zu nutzen.

- (93) Ferner wendete sich Deutschland auch gegen den Einwand, dass eine Vergütung für den aufsichtsrechtlich nicht anerkannten Teil des eingebrachten Kapitals (im Fall der LSH Zweckerücklage Liegenschaften) zu zahlen sei. Dieser habe sich wegen seiner dauerhaften Zweckbindung in einem finanztechnischen Kreislauf befunden und habe der LSH keinen Vorteil durch die Erhöhung ihrer Solvabilität verschafft. Auch stellten die Rating-Agenturen ausschließlich auf das aufsichtsrechtlich als haftendes Kernkapital anerkannte Kapital ab. Für Deutschland war es daher nicht ersichtlich, warum die Zweckerücklage Liegenschaften aus Sicht der Bankenaufsicht und der Gläubiger eine nachhaltige Wertreserve darstellen sollte.
- (94) Deutschland wies darauf hin, dass das IB-Kapital die größte Nähe zu Perpetual Preferred Shares, Genussrechten und Stillen Beteiligungen aufweise.
- (95) Deutschland argumentierte, dass die Gewährträger der LSH 1994 eine anteilige Auffüllungsverpflichtung vereinbart haben, durch die sichergestellt worden sei, dass auch im — unwahrscheinlichen — Falle einer Zahlungsunfähigkeit der LSH das IB-Kapital nicht in Anspruch genommen werden würde. Insofern bestünde für den Investor in eine Landesbank ein zu vergütendes Risiko allenfalls darin, dass das eingebrachte Kapital durch laufende Verluste der Bank verloren ginge. Dagegen biete aber die bestehende Nachrangabrede wirksamen Schutz.
- (96) Die vom BdB angestellten Berechnungen der Mindestvergütung seien aus mehreren Gründen fehlerhaft. Dies läge an der Verwendung von unzutreffend bestimmten Berechnungsfaktoren im CAPM, der unrealistischen Annahme der garantierten Festvergütung und der nicht nachvollziehbaren Zu- und Abschläge.
- (97) Ferner setzte sich Deutschland kritisch mit dem vom BdB herangezogenen CAPM zur Ermittlung der Mindestrendite für Stammkapitalinvestitionen in die Landesbanken auseinander. Neben der Geeignetheit des CAPM zur Bestimmung der Renditeerwartung für ein Investment, das eine Festvergütung abwerfen soll, werden auch die herangezogenen Faktoren (risikoloser Zinssatz, Markt-Risikoprämie und Beta-Wert) kritisiert.
- (98) Bei der Bestimmung des risikolosen Zinssatzes sei die vom BdB verwendete Methode, einen stichtagsbezogenen

Realzins zu verwenden, bedenklich. Vielmehr solle ein möglichst langer Durchschnittswert genommen werden. Deutschland setzte ein arithmetisches Mittel der jährlichen „total returns“ des REX10 Performance Index der Deutschen Börse AG zwischen Februar 1970 und Dezember 1990 an und kam zum Ergebnis von 6,91 %.

- (99) Bei der Markt-Risikoprämie sprach sich Deutschland gegen den vom BdB verwendeten Wert von 4,6 % aus und war der Auffassung, dass von einem Wert von 3,0 % auszugehen sei.
- (100) Bei der Ermittlung des Betawertes für die LSH seien die vom BdB verwendeten, im CDAX geführten Banken mit Verzerrungen verbunden, da erstens die fünf größten Kreditbanken insgesamt ein sehr hohes Gewicht im CDAX Banken hätten (76 %) und zweitens Unterschiede im Geschäftsprofil auswiesen. Zur richtigen Bestimmung des Betawertes für die LSH solle vielmehr eine vergleichbare Gruppe herangezogen werden, nämlich die IKB, die BHF-Bank und die Vereins- und Westbank, die zu einem Betawert von 0,7894 führten.
- (101) Im Ergebnis ging damit Deutschland von einer Mindestvergütung für eine stammkapitalähnliche Investition in die LSH (unter Berücksichtigung des Betafaktors von 0,7894, der Markt-Risikoprämie von 3 % und des genannten Basiszinssatzes von 6,91 %) von 9,28 % zum 31. Dezember 1990 aus.

VII. STELLUNGSNAHME DES LANDES NORDRHEIN-WESTFALEN UND DER WESTLB

- (102) In einer am 30. Oktober 2003 durch Deutschland übermittelten Stellungnahme zum Eröffnungsbeschluss bestreiten das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB, dass die Einbringungen von Vermögen in die Landesbanken, insbesondere im Fall der LSH, mit Stammkapital verglichen werden kann. Vielmehr seien Stille Einlagen und so genannte 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 haften, sei die Risikostruktur stärker mit Stillen Einlagen oder so genannten Perpetuals als mit Stammkapitalinvestitionen vergleichbar.
- (103) 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 darstelle als der Gesamtmarkt. Aufgrund der damals unstrittig bestehenden Anstaltslast und Gewährträgerhaftung habe das Investitionsrisiko in eine Landesbank jedoch deutlich unter dem Gesamtmarktrisiko gelegen.

- (104) 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.
- (105) 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.
- (106) Schließlich sei risiko- und damit entgeltmindernd 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 so genannten Eigentümereffekts ein Abschlag vorzunehmen, denn ein Investor, der bereits an einem Unternehmen beteiligt sei, bewerte eine zusätzliche Investition anders als ein Neuinvestor.
- VIII. VERSTÄNDIGUNG ZWISCHEN DEM BDB, DEM LAND SCHLESWIG-HOLSTEIN UND DER HSH NORDBANK**
- (107) Am 8. Oktober 2004 erreichten die Kommission die Ergebnisse einer Verständigung zwischen dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Schleswig-Holstein und der aus der LSH und Hamburgischen Landesbank 2003 hervorgegangenen HSH Nordbank. Unbeschadet der weiterhin bestehenden grundsätzlichen Rechtsauffassungen haben sich die Parteien der Verständigung darauf geeinigt, was sie als geeignete Parameter für die Bestimmung einer angemessenen Vergütung selbst ansehen. Die Parteien bitten die Kommission, die Ergebnisse der Verständigung bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.
- (108) Die Parteien bestimmen zunächst auf der Basis des CAPM eine Mindestvergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition in die LSH. Demnach soll die angemessene Mindestvergütung für das Zweckvermögen bei 9,29 % p.a. liegen. Dabei wurden bei der Berechnung dieser Mindestvergütung der von der Landesbank unter Verwendung des REX10 Performance Index der Deutschen Börse AG ermittelte langfristige risikolose Zinssatz und der auf der Grundlage eines von der Landesbank in Auftrag gegebenen KPMG-Gutachtens vom 26. Mai 2004 geschätzte Betafaktor verwendet. Konkret ergab sich für die LSH zum Einbringungszeitpunkt 31. Dezember 1990 ein risikoloser Basiszinssatz von 6,61 %. Als Betafaktor wurde auf der Grundlage der KPMG Studie ein Wert von 0,670 angesetzt. Die Markt-Risikoprämie wurde mit 4 % (für alle Landesbanken einheitlich) festgestellt.
- (109) Danach wird ein Abschlag wegen der fehlenden Liquidität des Kapitals bestimmt. Dabei wurde wiederum der risikofreie Zinssatz von 6,61 % als Bruttorefinanzierungskosten zugrunde gelegt. Zur Ermittlung der Nettofinanzierungskosten wurde die maßgebliche Steuerlast der LSH bezogen auf den Einbringungszeitpunkt mit 50 % pauschaliert, so dass sich ein Liquiditätsabzug von 3,31 % ergibt.
- (110) Schließlich erfolgt ein Zuschlag in Höhe von 0,3 % wegen der fehlenden Ausgabe von Stimmrechten.
- (111) Insgesamt ergibt sich daraus eine angemessene Vergütung für das Zweckvermögen von 6,28 % p.a. nach Steuern für den Teil des Fördervermögens, der für das Wettbewerbsgeschäft der LSH nutzbar gewesen ist. Diese Vergütung soll ab Ende des Monats der Anerkennung als Kernkapital (31.8.1991) zahlbar sein.
- (112) Gemäß der Verständigung besteht das Beihilfeelement damit in der Differenz zwischen dem von der LSH tatsächlich gezahlten Entgelt und dem sich entsprechend der ermittelten angemessenen Vergütung von 6,28 %, das die HSH Nordbank zurückzahlen muss.
- (113) Die Parteien haben sich ebenfalls auf eine Avalprovision von 0,3 % geeinigt, die sowohl auf das haftende Kapital, welches von der IB selbst belegt wurde, als auch auf die Zweckrücklage Liegenschaften zu zahlen ist. Ferner wurde von der HSH Nordbank nicht beanstandet, dass für den Zeitraum der Einbringung bis zum Ende des Monats der Anerkennung als Kernkapital durch das BAKred (1. Januar 1991 — 30. August 1991) ebenfalls eine Avalprovision von 0,3 % auf den in der Bilanz ausgewiesenen Betrag von 1 306,05 Mio. DEM zu zahlen ist.
- (114) Erstmals im Rahmen der Verhandlungen zur Verständigung ist vorgebracht worden, dass neben der bereits vortragenen Vergütung für das IB-Kapital als weiteres Vergütungselement der Jahresüberschuss der IB an das Land Schleswig-Holstein ausgeschüttet wurde. Rechtsgrundlage für diese Ausschüttung sei § 17 Absatz 2 IBG (Fassung 1990) bzw. § 19 Absatz 2 IBG (Fassung 1998). Gemäß dieser gesetzlichen Regelung sei der Jahresüberschuss der Zweckrücklage IB (jeweils auf der Grundlage eines entsprechenden Ausschüttungsbeschlusses der LB-Gremien) an das Land ausgeschüttet worden. Durch Regelung im jeweiligen Haushaltsgesetz des Landes Schleswig-Holstein seien diese Ausschüttungen für Zwecke der IB, also für Förderaufgaben des Landes, vorgesehen und entsprechend wieder der IB zugeführt worden. Mit diesem Verfahren sei der Budgethoheit des Landtages entsprochen worden, da nicht die Exekutive über diese Mittel entscheiden sollte, sondern das Parlament. Bei dem Verfahren habe es sich wirtschaftlich

um ein Schütt-Aus-Hol-Zurück-Verfahren gehandelt und stünde einer Anerkennung als anrechenbare Ausschüttung nicht entgegen.

(115) Dieser Kreislauf sei zudem durch (einzel-)gesetzliche Aufhebung der Zweckbindung in mehreren Haushaltsbegleitgesetzen jeweils für den Überschuss eines Jahres durchbrochen worden. In diesen Fällen sei keine Wiedereinlage der ausgeschütteten Mittel in die IB erfolgt. Aufgrund der Aufhebung der Zweckbindung habe in diesen

(116) Die folgende Tabelle gibt die IB-Dividendenausschüttungen an das Land wieder:

Schaubild 3:

IB-Ausschüttungen an das Land Schleswig-Holstein (in Mio. DEM)

In Mio. DEM

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
IB-Dividenden-ausschüttungen an das Land	0,0	0,0	1,1	2,6	1,5	2,5	3,5	47,5	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(117) Entsprechend seien diese Ausschüttungen des Jahresüberschusses bei der Berechnung des Beihilfelements zu berücksichtigen und wurden von den Parteien der Verständigung in den Berechnungen berücksichtigt.

IX. WÜRDIGUNG DER MASSNAHMEN

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

(118) 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 verfälschen.

1.1. STAATLICHE MITTEL

(119) Mit oben beschriebener Vermögensübertragung entschied sich das Land Schleswig-Holstein für eine Methode der Kapitalerhöhung, deren Grundkonzept darin bestand, die WKA- und WAK-Vermögen und Liegenschaften auf die LSH zur Stärkung von deren Eigenkapitalbasis zuzuführen. Ungeachtet dessen, dass die übertragenen Mittel der LSH wegen der besonderen Zweckbindung der Zweckrücklage für Förderaufgaben nicht uneingeschränkt zur Verfügung standen, war das Vermögen aufsichtsrechtlich anerkannt und konnte somit zu Haftungszwecken der im Wettbewerb mit anderen Kreditinstituten stehenden LSH eingesetzt werden. Dass der LSH staatliche Mittel übertragen wurden, steht damit außer Zweifel.

1.2. BEGÜNSTIGUNG EINES BESTIMMTEN UNTERNEHMENS

(120) Bei der Prüfung, ob die Übertragung staatlicher Mittel auf ein Unternehmen der öffentlichen Hand dieses

Jahren der ausgeschüttete Überschuss vollständig dem Land Schleswig-Holstein zur Finanzierung von Ausgaben im Landeshaushalt zur Verfügung gestanden. Dabei sei zu beachten, dass die Ausschüttungsbeträge, die aus diesem Grunde nicht wieder der IB zugeführt worden seien, sondern vollständig dem Land Schleswig-Holstein verblieben, den weitaus größten Teil der hier thematisierten Ausschüttungsbeträge ausmachten.

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 der Europäischen Gemeinschaften und vom Gericht erster Instanz in einer Reihe von Rechtssachen akzeptiert und weiterentwickelt, insbesondere in dem für den vorliegenden Fall relevanten Zusammenhang durch Urteil des Gerichts erster Instanz vom 6. März 2003 in Sachen WestLB⁽³⁰⁾.

a) Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers

(121) Dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers 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“⁽³¹⁾. 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.

(122) Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers findet ungeachtet der Tatsache Anwendung, dass es sich bei der LSH im Zeitpunkt der Übertragung der Fördervermögen um ein rentables Unternehmen gehandelt

⁽³⁰⁾ Siehe Fn. 4.

⁽³¹⁾ 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.

hat. Die Tatsache, dass der Grundsatz bisher hauptsächlich auf Unternehmen in Schwierigkeiten Anwendung fand, beschränkt seine Anwendung nicht auf diese Kategorie von Unternehmen.

- (123) Es besteht keine Regel, wonach der Umstand, dass ein Unternehmen Gewinne erwirtschaftet, von vornherein die Möglichkeit ausschließt, dass die Kapitalzuführung Elemente einer staatlichen Beihilfe enthält. Selbst wenn ein Unternehmen profitabel arbeitet, könnte ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber von einer (weiteren) Kapitalzuführung absehen, wenn er keine angemessene Rendite (in Form von Dividenden oder Wertzuwachs) aus dem investierten Kapital erwarten kann. Sollte das Unternehmen zum Zeitpunkt der Investition nicht die erwartete angemessene Rendite abwerfen, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber Maßnahmen zur Steigerung der Rendite fordern. Daher ist der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers gleichermaßen auf alle öffentlichen Unternehmen anwendbar, und zwar unabhängig davon, ob sie gewinn- oder verlustbringend arbeiten. Diese Haltung der Kommission ist durch das Europäische Gericht erster Instanz im Urteil bezüglich der WestLB bestätigt worden ⁽³²⁾.
- (124) Demnach lautet die Kernfrage für die vorliegende Prüfung, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber ein Kapital, das dieselben Merkmale aufweist wie die Fördervermögen und Liegenschaften des Landes Schleswig-Holstein, unter denselben Bedingungen übertragen hätte, insbesondere im Hinblick auf die vorgesehene Rendite aus der Investition.
- (125) Von zentraler Bedeutung war es, laut Angabe Deutschlands, die gesamten Förderaktivitäten des Landes zu bündeln und sie wirtschaftlicher und effizienter fortzuführen, Förderberatung und -abwicklung zu optimieren sowie die Voraussetzungen für einen flexiblen Mitteleinsatz zu schaffen. Mit dieser Reorganisation war eine Erhöhung der Eigenkapitalausstattung der LSH verbunden, die im Hinblick auf die absehbare Veränderung der Solvabilitätsanforderungen zu einer langfristigen Sicherung der Expansionsfähigkeit der LSH beitrug. Ferner beabsichtigte das Land eine grundlegende Neuorientierung bei der Bewirtschaftung der landeigenen und von den verschiedenen Dienststellen und Einrichtungen des Landes genutzten Immobilien mit dem Ziel Ineffizienzen zu reduzieren.
- (126) Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber wird auch in dem Fall, in dem er bereits Anteile an einem Unternehmen hält, sonstige Investitionsmöglichkeiten außerhalb des Unternehmens prüfen. Er wird sich in der Regel nur dann für die Investition weiterer Mittel in das öffentliche Unternehmen entscheiden, wenn er für die zusätzlichen Mittel eine angemessene Rendite erwarten kann. Langfristige Rentabilitätsaussichten des Anteilseigners oder auch Effizienz- und Synergieaspekte sind demzufolge bei der Frage, ob eine Kapitalzufuhr eine staatliche Beihilfe darstellt, grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Stattdessen ist auch die Kapitalzufuhr eines Anteilseigners — ganz gleich aus welchen Motiven sie erfolgt — daran zu messen, ob der Investor für die zusätzlichen Mittel mit einer normalen Rendite innerhalb eines angemessenen Zeitraumes rechnen kann.
- (127) Diese Auslegung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Investors, der die Kommission bereits in ihrer Entscheidung 2000/392/EG ⁽³³⁾ gefolgt ist wurde durch das Gericht erster Instanz nicht beanstandet. Es hat sich dabei gleichermaßen von der Überlegung leiten lassen, dass sich auch ein privater Kapitalgeber, der bereits am Stammkapital eines Unternehmens beteiligt ist, normalerweise nicht damit begnügt, dass ihm eine Anlage keine Verluste bereite oder nur begrenzte Gewinne einbringe. Vielmehr werde er stets eine angemessene Rendite für seine Anlage nach Maßgabe der vorliegenden Umstände und seiner kurz-, mittel- oder langfristigen Interessen anstreben ⁽³⁴⁾.
- (128) Im Lichte des „Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ ist somit die Kernfrage für die vorliegende Prüfung, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Investor Kapital, das dieselben Merkmale aufweist wie das Fördervermögen des Landes Schleswig-Holstein, unter denselben Bedingungen übertragen hätte, insbesondere im Hinblick auf die vorgesehene Rendite aus der Investition.
- b) **Artikel 295 EG-Vertrag**
- (129) Gemäß Artikel 295 EG-Vertrag bleibt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt. Dies rechtfertigt jedoch keine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags.
- (130) Deutschland hat in Zusammenhang mit dem Landesbankenverfahren vorgetragen, dass die übertragenen Mittel nicht anders profitabel hätten verwendet werden können als durch ihre Einbringung in eine ähnliche öffentliche Einrichtung. Daher stellte die Übertragung die kommerziell sinnvollste Verwendung dieses Vermögens dar. So wäre jedes Entgelt für die Einbringung, d. h. jede zusätzliche Rendite aus dem übertragenen Vermögen, ausreichend, um die Übertragung im Hinblick auf den „Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ zu rechtfertigen.
- (131) Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es mag zutreffen, dass die Einbringung der Fördervermögen in die LSH und die sich daraus ergebende Möglichkeit für die Bank, das Kapital für Solvabilitätszwecke zu verwenden, die wirtschaftlich sinnvollste Nutzung war. Sobald allerdings öffentliche Gelder und andere Aktiva für kommerzielle, wettbewerbsorientierte Aktivitäten eingesetzt werden, sind die marktüblichen Regeln anzuwenden. Das bedeutet, dass der Staat, sobald er beschließt, für öffentliche Zwecke bestimmtes Vermögen (auch) kommerziell zu nutzen, dafür ein Entgelt verlangen muss, dass der marktüblichen Vergütung entspricht.
- c) **Keine Änderung der Eigentümerstruktur**
- (132) Ein Weg, sich als marktwirtschaftlicher Kapitalgeber einer Bank eine marktübliche Vergütung zu sichern, besteht darin, sich angemessen an den Gewinnen sowie den Wertsteigerungen der Bank beteiligen zu lassen. Dies kann durch eine der Kapitalzuführung entsprechende Änderung der Beteiligungsverhältnisse erreicht werden. Dadurch kann der Kapitalgeber angemessen an den Dividenden und an einem möglichen Wertanstieg als Ergebnis der größeren

⁽³²⁾ Siehe Fn. 4 Rn. 206 ff.

⁽³³⁾ Siehe Fn. 3 Rn. 161ff.

⁽³⁴⁾ Siehe Fn. 4, Rn. 241, 314.

Ertragsmöglichkeiten partizipieren. Ein Mittel zur Gewährleistung einer angemessenen Rendite aus dem bereitgestellten Kapital wäre daher gewesen, die Beteiligung des Landes an der LSH entsprechend zu erhöhen, sofern die Gesamrentabilität der Bank einer normalen Rendite entspricht, die ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber aus seiner Anlage erwartet. Dadurch wäre die Erörterung der Frage überflüssig geworden, ob das vereinbarte Entgelt auf den tatsächlich zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts in Anspruch genommenen Teil angemessen ist. Das Land Schleswig-Holstein hat sich jedoch nicht für diese Vorgehensweise entschieden.

- (133) Deutschland wendet insoweit ein, dass es beihilferechtlich irrelevant sei, in welcher Weise sich das Land Schleswig-Holstein von der LSH für die Einbringung des IB-Kapitals eine Vergütung habe einräumen lassen, da die Zuführung von Kapital nicht notwendig mit dem Erwerb von Gewinn- und Stimmrechtsanteilen verbunden sei. Ferner sei auch zu berücksichtigen, dass durch die Einbringung des IB-Kapitals in die LSH es dem Land Schleswig-Holstein möglich gewesen sei, für die Beteiligung der WestLB und der Landesbank Baden-Württemberg an der LSH einen höheren Kaufpreis zu erzielen als dies ohne diese Einbringung möglich gewesen wäre.
- (134) Ist jedoch eine Neuverteilung der Anteile nicht durchsetzbar, so hätte sich nach Auffassung der Kommission ein marktwirtschaftlich handelnder Investor nur dann auf die Investition eingelassen, wenn zumindest eine angemessene Direktvergütung vereinbart wird. Ein marktwirtschaftlich handelnder Investor begnügt sich normalerweise nicht damit, Verluste zu vermeiden oder eine begrenzte Rendite für seine Anlage zu erzielen, sondern versucht, den Ertrag seines Vermögens nach Maßgabe der vorliegenden Umstände und seiner Interessen zu maximieren⁽³⁵⁾. Üblicherweise wird deshalb auch der private Kapitalgeber, der bereits Anteile an dem begünstigten Unternehmen hält, entweder auf eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse oder auf eine angemessene fixe Vergütung bestehen. Anderenfalls würde er auf einen Teil der durch die Kapitaleinbringung zusätzlich erwirtschafteten Rendite verzichten, da auch die anderen Anteilseigner an den höheren Dividenden sowie der Wertsteigerung des Unternehmens profitieren, ohne selbst einen entsprechenden Beitrag geleistet zu haben.
- (135) Somit ist nicht erkennbar, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Investor in einer mit der Übertragung der Fördervermögen auf die LSH vergleichbaren Situation, in der weder eine Anteilsverschiebung durchzusetzen war noch der andere hälftige Anteilseigner einen mit der Kapitalzufuhr in direkten Zusammenhang stehenden entsprechenden Kapitalbeitrag geleistet hat, auf eine angemessene Direktvergütung verzichtet hätte.

d) **Kapitalbasis für die Vergütung**

- (136) Entsprechend ihrer Vorgehensweise im Fall WestLB ermittelt die Kommission die angemessene Vergütung für das übertragene Fördervermögen und die Zweckrücklage Liegenschaften anhand ihrer kommerziellen Nutzbarkeit für die LSH. Die Kommission unterscheidet auch vorliegend nach der so genannten Geschäftsausweitungsfunktion und der (bloßen) so genannten Haftungsfunktion des als Eigenkapital zur Verfügung gestellten Fördervermögens für die Geschäftstätigkeit des Kreditinstituts.

- (137) Unter der so genannten 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 Kernkapital zur Verfügung stellt, verlangen würde. Soweit zur Verfügung gestelltes Kapital zwar in der Bilanz als Eigenkapital ausgewiesen ist, ihm jedoch die aufsichtsrechtliche Anerkennung als Kernkapital versagt wird oder es zur Unterlegung von Fördertätigkeiten bestimmt 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 (so genannte 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 wirkt sich somit auf die Bedingungen aus, zu denen die Bank Fremdkapital aufnehmen kann. Die marktübliche Vergütung der so genannten Haftungsfunktion des Kapitals bemisst sich nach der Vergütung, die ein privater Garantiegeber von einem Kreditinstitut von vergleichbarer Größe und Risikoausrichtung wie die LSH verlangt hätte.

- (138) Das Land Schleswig-Holstein hatte zum 1. Januar 1991 das IB-Kapital, das sich nach endgültiger Prüfung auf 1 306 Mio. DEM behob, auf die LSH übertragen. Das eingebrachte IB-Kapital erhöhte sich Jahr für Jahr und erreichte 2003 einen Wert von 1 967,6 Mio. DEM.
- (139) Zum Bilanzstichtag 31. Dezember 1999 übertrug das Land zudem die Zweckrücklage Liegenschaften auf die LSH, was zu einer Erhöhung des bilanziellen Eigenkapitals um [...] Mio. DEM führte. Nach zwei weiteren Übertragungen betrug diese Zweckrücklage zum 31. Dezember 2002 insgesamt [...] Mio. DEM.
- (140) Das übertragene IB-Kapital wurde vom BAKred jedes Jahr in vollem Umfang als zusätzliches Kernkapital anerkannt⁽³⁶⁾. Es stand der LSH jedoch nicht vollständig zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung. Wie im WestLB-Fall wurde die Zweckrücklage teilweise auch durch Förderaufgaben der IB selbst belegt. Somit stand dieser Teil der Zweckrücklage zwar nicht für die Ausweitung der wettbewerbsorientierten Geschäftsbereiche der Bank zur Verfügung, hatte wohl jedoch Haftungsfunktion für die LSH. Das gleiche gilt für die Zweckrücklage Liegenschaften, die vom BAKred nicht als Kernkapital anerkannt wurde, wohl aber eine Haftungsfunktion für die Bank hatte.

- (141) Die Kommission ist 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

⁽³⁶⁾ Der vorliegende Fall unterscheidet sich somit von dem Sachverhalt im WestLB Verfahren, in dem nur ein Teil des ermittelten und in der Bilanz als Eigenmittel ausgewiesenen Barwertes des Wohnungsbaufördervermögens aufsichtsrechtlich als Eigenkapital anerkannt wurde.

⁽³⁵⁾ Siehe Fn. 4, Rn. 320, 335.

nicht mit einer belegungsabhängigen Vergütung zufrieden gegeben. Die Kommission folgt insoweit 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 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. Demzufolge spielt es für die hier zu erörternde Frage der maßgeblichen Kapitalbasis auch keine Rolle, dass die LSH das zur Verfügung gestellte Kapital lediglich in den Jahren 1999 bis 2003 voll belegt hatte.

(142) Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Ermittlung der Vergütung für die Geschäftsausweitungsfunktion des Kapitals derjenige der aufsichtsrechtlichen Anerkennung der Zweckrücklage als Kernkapital durch das BAKred ist. Nach Angaben Deutschlands konnte das Kapital erst von diesem Zeitpunkt an mit Risikoaktiva belegt werden.

(143) Soweit das Kapital schon vorher als Eigenmittel in der Bilanz ausgewiesen war, kam ihm jedoch zumindest Haftungsfunktion zu, wie oben näher erläutert. Das gleiche gilt für den Betrag, der durch die IB selbst belegt wurde und für die Zweckrücklage Liegenschaften. Dies wird bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung zu berücksichtigen sein.

e) **Vergleich mit anderen Eigenkapitalinstrumenten**

(144) Wie erläutert, ist der Anknüpfungspunkt für die marktübliche Vergütung vorliegend diejenige Vergütung, die ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber, der einer Bank Eigenkapital zur Verfügung stellt, verlangen würde.

(145) Unstreitig ist, dass ein direkter Vergleich der auf die LSH übertragenen Fördervermögen mit anderen Transaktionen nicht möglich ist. Mag die Transaktion auch in einigen Aspekten bestimmten Instrumenten ähneln, so bestehen doch zu jedem Instrument so viele Unterschiede, dass jeder Vergleich nur eingeschränkt gültig ist. Deshalb kann entsprechend der Vorgehensweise im Fall WestLB⁽³⁷⁾ die angemessene Vergütung auch hier nur dadurch ermittelt werden, dass die Vermögensübertragung mit verschiedenen marktüblichen Eigenkapitalinstrumenten verglichen wird, um im Rahmen eines Ähnlichkeitsvergleichs das Instrument zu bestimmen, dem diese am nächsten kommt und welches daher den Maßstab für die Bestimmung der Vergütung darstellt.

(146) Für den Beschwerdeführer kann das in der Zweckrücklage zusammengefasste Fördervermögen allein mit Stammkapital verglichen werden. Die Zweckrücklage sei vom Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen 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. Für Deutschland hingegen dient der Vergleich der verschiedenen Eigenkapitalinstrumente lediglich der Bestimmung, welchem Risikoprofil (und damit welchem Vergütungsspektrum) die Investition aus Investorensicht am nächsten kommt. Demnach weise das IB-Kapital die größte Nähe zu Perpetual Preferred Shares, Genussrechten und Stillen Beteiligungen auf.

(147) Zu beachten ist, dass die Instrumente, die Deutschland zu Vergleichszwecken heranzieht, einer Bank in der Regel nur einen sehr begrenzten Teil ihrer Eigenmittel verschaffen. Sie sind ergänzende Instrumente, die das „Kern-Eigenkapital“ ergänzen, das sich hauptsächlich aus Grundkapital und offenen Rücklagen zusammensetzt. Durch die Übertragung der Fördervermögen hingegen wurden die Eigenmittel der LSH für Solvabilitätsberechnungen fast verdreifacht. Zieht man lediglich die Erhöhung des Betrags in Betracht, den die LSH zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit benutzen konnte, so bedeutet dies immer noch eine Aufstockung der Eigenmittel um über 50 %. Die genannten anderen Instrumente wurden gewöhnlich wie der BdB ausführt nur zu einem wesentlich geringeren Anteil herangezogen. Mit einem der Vergleichsinstrumente wäre es nicht möglich gewesen, das LSH-Kapital auf die gleiche Weise — und auf dauerhafter Basis — aufzustoßen.

(148) In diesem Zusammenhang ist auch hervorzuheben, dass das relativ breit gefächerte Instrumentarium an innovativen Eigenkapitalinstrumenten von Basiseigenmitteln und ergänzenden Eigenmitteln, das den Kreditinstituten in mehreren Ländern nunmehr zur Verfügung steht, in Deutschland noch nicht existierte, als 1991 die Übertragung des IB-Kapitals auf die LSH stattfand und 1993 die LSH den zu diesem Zeitpunkt in Kraft tretenden strengeren Kapitalanforderungen nachkommen musste. Einige dieser Instrumente wurden erst seither entwickelt, andere gab es bereits, sie waren in Deutschland aber nicht anerkannt. Die Instrumente, die in der Praxis hauptsächlich zur Verfügung standen und genutzt wurden, waren Genussscheine und nachrangige Verbindlichkeiten (beides ergänzende Eigenmittel, das zweite Instrument erst ab 1993 anerkannt). Somit ist der Vergleich des IB-Kapitals mit derartigen innovativen Instrumenten, die zumeist erst später entwickelt wurden und teils nur in anderen Ländern verfügbar waren, nicht überzeugend.

(149) In Bezug auf die beiden Eigenkapitalinstrumente, die bei dem von Deutschland unternommenen Vergleich als nächste Referenzgrößen eine zentrale Rolle spielen, nämlich Perpetual Preferred Shares und Genussscheine, sind einige spezifische Punkte hervorzuheben. Perpetual Preferred Shares zählen in einigen Ländern zu den Basiseigenmitteln (Kernkapital), sind aber in Deutschland nach wie vor nicht als solches anerkannt. Genussscheine zählen lediglich zu den ergänzenden Eigenmitteln, während das IB-Kapital die Qualität von Basiseigenmitteln hat. Daher ist das IB-Kapital für die LSH von weitaus größerem Nutzen, da diese sich damit ergänzende Eigenmittel (wie z. B. Genussscheine) bis zu gleicher Höhe verschaffen kann, um so die Eigen-

⁽³⁷⁾ Siehe Fn. 3 Rn. 19.

mittelbasis zu erweitern. Auch würden, sollten sich an Verlustjahre wieder gewinnbringende Jahre anschließen, zunächst die Genussscheine und dann erst das IB-Kapital wieder auf den Nennwert aufgefüllt. Darüber hinaus steht das IB-Kapital der LSH ohne jegliche zeitliche Begrenzung zur Verfügung, während Genussscheine üblicherweise für zehn Jahre begeben werden. Des Weiteren muss erneut darauf hingewiesen werden, dass der enorme Umfang der Kapitalzufuhr atypisch ist und die Rangfolge im Falle von Verlusten muss hiermit in Zusammenhang gesehen werden. Da der Anteil des IB-Vermögens relativ groß ist, wird es beim Auftreten größerer Verluste relativ rasch angegriffen.

(150) Aus all diesen Gründen ist die Kommission der Auffassung, dass der von Deutschland vorgenommene Vergleich mit innovativen Eigenkapitalinstrumenten wegen der Besonderheiten des IB-Kapitals nicht geeignet ist, als Grundlage für die Bestimmung der angemessenen Vergütung für das IB-Kapital zu dienen. Vorliegend sind die Parteien auch in der Verständigung vom 8. Oktober 2004 von der Stammkapitalähnlichkeit der vorliegenden Transaktion ausgegangen.

(151) Ferner folgt die Kommission der Auffassung des BdB, dass die Nachrangigkeitsabrede im Mantelvertrag zwischen den Anteilseignern der LSH, durch die das IB-Kapital erst nachrangig nach dem sonstigen Eigenkapital der LSH eingesetzt wird, kein reduziertes Risiko für den Investor darstellt. Das zugeführte Kapital stellte einen bedeutenden Teil des gesamten Kernkapitals dar und damit besteht eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass das Kapital bei Verlusten zumindest teilweise herangezogen wird.

f) **Liquiditätsnachteile**

(152) Dem Argument der LSH zu den Liquiditätsnachteilen kann im Prinzip gefolgt werden. Eine „normale“ Kapitalzufuhr an eine Bank verschafft dieser sowohl Liquidität als auch eine Eigenmittelbasis, 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⁽³⁸⁾. Da das Fördervermögen der LSH zunächst keine Liquidität verschafft — weil das übertragene Vermögen und sämtliche Erträge des Fördervermögens gesetzlich der Wirtschafts- und Wohnungsbauförderung vorbehalten sind —, hatte die LSH 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)⁽³⁹⁾. 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.

(153) Die Kommission ist dabei jedoch der Auffassung, dass nicht der gesamte Refinanzierungszinssatz in Rechnung zu stellen ist. Refinanzierungskosten sind Betriebsaufwendungen und verringern damit das steuerbare Einkommen. Das Nettoergebnis der Bank verringert sich also nicht um den Betrag der zusätzlich gezahlten Zinsen. Ein Teil dieser Aufwendungen wird nämlich durch eine geringere Körperschaftsteuer ausgeglichen. Nur die Nettoaufwendungen sind als zusätzliche Belastungen der LSH infolge des besonderen Charakters des übertragenen Kapitals zu berücksichtigen. Insgesamt erkennt die Kommission also an, dass der LSH zusätzliche „Liquiditätskosten“ in der Höhe von „Refinanzierungskosten abzüglich Unternehmensteuern“ entstehen⁽⁴⁰⁾.

g) **Angemessene Vergütung**

Angemessene Vergütung für den mit Wettbewerbsgeschäft belegbaren Betrag

(154) Die angemessene Vergütung für den mit Wettbewerbsgeschäft belegbaren Betrag lässt sich zweifellos auf verschiedene Weise ermitteln. Alle Berechnungsweisen zur Ermittlung der Vergütung für zur Verfügung gestelltes Stammkapital folgen jedoch den gleichen Grundprinzipien. Auf der Basis dieser Grundprinzipien nimmt die Kommission die Berechnung vorliegend in zwei Schritten vor: Zunächst wird die Mindestvergütung ermittelt, die ein Investor für eine (hypothetische) Stammkapitalinvestition in die LSH erwarten würde. Anschließend wird geprüft, ob am Markt aufgrund der Besonderheiten der in Frage stehenden Transaktion ein Auf- oder Abschlag vereinbart worden wäre und gegebenenfalls eine hinreichend belastbare Quantifizierung durch die Kommission vorgenommen werden kann.

Ermittlung einer zu erwartenden Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in die LSH

(155) Die erwartete Rendite einer Investition und das Investitionsrisiko sind wesentliche Determinanten der Investitionsentscheidung eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers. Um die Höhe dieser beiden Elemente zu bestimmen zieht der Investor alle verfügbaren Firmen- und Marktinformationen in sein Kalkül mit ein. Dabei stützt er sich auf historische Durchschnittsrenditen, die im Allgemeinen einen Anhaltspunkt auch für die zukünftige Leistungsfähigkeit des Unternehmens darstellen, sowie unter anderem auf die Analyse des für den Investitions-

⁽³⁸⁾ 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.

⁽³⁹⁾ 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).

⁽⁴⁰⁾ Bestätigt durch Urteil des Gerichts erster Instanz siehe Fn. 4, Rn. 321 bis 331.

zeitraum geltenden Geschäftsmodells des Unternehmens, der Strategie und Qualität der Unternehmensführung oder den relativen Aussichten des betreffenden Wirtschaftszweigs.

(156) Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber wird nur dann eine Investition tätigen, wenn sie im Vergleich zur nächst besten Alternativverwendung des Kapitals eine höhere Rendite, bzw. ein geringeres Risiko ermöglicht. Entsprechend wird ein Investor keine Investitionen in ein Unternehmen tätigen, dessen Renditeerwartungen geringer sind als die durchschnittliche Renditeerwartungen anderer Unternehmen mit einem vergleichbaren Risikoprofil. In diesem Fall kann angenommen werden, dass hinreichende Alternativen zum angenommenen Investitionsvorhaben bestehen, die eine höhere Renditeerwartung bei gleichem Risiko versprechen.

(157) Verschiedene Methoden bestehen, um die angemessene Mindestvergütung zu ermitteln. Dies reicht von verschiedenen Varianten des Finanzierungsansatzes bis hin zur CAPM-Methode. Zum Zwecke der Darstellung der verschiedenen Ansätze ist es sinnvoll, zwischen zwei Komponenten zu unterscheiden, einer risikofreien Rendite und einer projektspezifische Risikoprämie:

$$\begin{array}{l} \text{Angemessene Mindestrendite einer risikobehafteten Investition} \\ = \\ \text{risikofreier Basissatz} + \text{Risikoprämie der risikobehafteten Investition.} \end{array}$$

Die angemessene Mindestrendite einer risikobehafteten Investition kann folglich als die Summe des risikofreien Renditesatzes und der zusätzlichen Risikoprämie für die Übernahme des investitionsspezifischen Risikos beschrieben werden.

(158) Entsprechend ist das Fundament einer jeden Renditebestimmung die Existenz einer ausfallrisikolosen Anlageform mit einer annahmegemäß risikolosen Rendite. Üblicherweise wird die erwartete Rendite festverzinsliche Wertpapiere staatlicher Emittenten zur Bestimmung des risikofreien Basissatzes herangezogen (beziehungsweise ein auf solche Wertpapiere beruhender Index), stellen sie doch Anlageformen mit vergleichbar geringem Risiko dar. Unterschiede zwischen den verschiedenen Methoden bestehen jedoch bezüglich der Ermittlung der Risikoprämie:

— *Finanzierungsansatz:* Die erwartete Eigenkapitalrendite eines Investors stellt aus der Sicht der kapitalnutzenden Bank zukünftige Finanzierungskosten dar. Bei diesem Ansatz werden zunächst die historischen Eigenkapitalkosten ermittelt, die bei Banken angefallen sind, die mit der in Frage kommenden Landesbank vergleichbar sind. Der arithmetische Durchschnitt der historischen Kapitalkosten wird dann gleichgesetzt mit den zukünftig erwarteten Eigenkapitalkosten und damit mit der erwarteten Renditeforderung des Investors.

— *Finanzierungsansatz mit Compound Annual Growth Rate:* Im Mittelpunkt dieses Ansatzes steht die Verwendung

des geometrischen anstatt des arithmetischen Mittelwertes.

— CAPM: Das CAPM ist das bekannteste und am häufigsten getestete Modell der modernen Finanzwirtschaft, mit dem die von einem Investor erwartete Rendite mit folgender Formel ermittelt werden kann:

$$\begin{array}{l} \text{Mindestrendite} = \\ \text{risikofreier Basissatz} + (\text{Markt-Risikoprämie} \times \text{Beta}) \end{array}$$

Die Risikoprämie für die Eigenkapitalinvestition ergibt sich durch die Multiplikation der Risikoprämie des Marktes mit dem Betafaktor (Markt-Risikoprämie x Beta). Mit dem Betafaktor wird das Risiko eines Unternehmens relativ zum Gesamtrisiko aller Unternehmen quantifiziert.

Das CAPM ist die vorherrschende Methode zur Berechnung von Investitionsrenditen bei börsennotierten großen Unternehmen. Da die LSH kein börsennotiertes Unternehmen ist, ist jedoch eine direkte Ableitung ihres Betawertes nicht möglich. Eine Anwendung des CAPM ist deshalb nur auf der Basis einer Schätzung des Betafaktors möglich.

(159) In seiner Stellungnahme vom 29. Juli 2003 gelangte der BdB bei Anwendung des CAPM zu einer zu erwartenden Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in die LSH zum Zeitpunkt der Übertragung am 31. Dezember 1990 von 14,85 % p.a. Deutschland äußerte grundsätzliche Bedenken gegen die Anwendung des CAPM. Darüber hinaus sei der BdB von einem zu hohen Betafaktor ausgegangen und habe zudem den risikolosen Basiszinssatz fehlerhaft ermittelt. Auch die Markt-Risikoprämie von 4,6 % sei zu hoch angesetzt. Richtigerweise hätte der BdB auf der Grundlage des CAPM zu einer deutlich niedrigeren Mindestvergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition in die LSH gelangen müssen. In Rahmen ihrer Verständigung über die marktangemessene Vergütung gelangten das Land Schleswig-Holstein, die HSH Nordbank und der BdB zu dem Ergebnis, dass eine Mindestvergütung von 9,29 % angemessen sei.

(160) Die Parteien haben ihren Berechnungen das CAPM zugrunde gelegt. Dabei haben sie als risikolosen Basiszinssatz 6,61 % zugrunde gelegt. Die Ermittlung dieses Zinssatzes erfolgte unter der Annahme, dass das Zweckvermögen der LSH dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte. Die Parteien haben daher von der Verwendung einer stichtagsbezogenen am Markt zum Einbringungszeitpunkt beobachtbaren risikolosen Rendite für einen festen Investitionszeitraum (z. B. 10-jährige Renditen für Staatsanleihen) abgesehen, da eine solche Betrachtung das Reinvestitionsrisiko, d. h. das Risiko, nach Ablauf des Investitionszeitraumes nicht wieder in Höhe des risikolosen Zinssatzes zu investieren, außer Acht lassen würde. Nach Auffassung der Parteien wird dem Investitionsrisiko am Besten Rechnung getragen, wenn man einen „Total Return Index“ zugrunde legt. Deshalb haben die Parteien den REX10 Performance Index der Deutschen Börse AG herangezogen, der die Performance einer Investition in Anleihen der Bundesrepublik Deutschland mit exakt zehn Jahren Laufzeit abbildet. Die vorliegend verwendete Indexreihe beinhaltet die jeweiligen Jahresendstände des REX10 Performance Index ab 1970. Die Parteien haben

sodann die Rendite per annum ermittelt, die den Trend wie er in dem zugrunde gelegten REX10 Performance Index in dem Zeitraum 1970 bis 1990 abgebildet ist, widerspiegelt und sind so zu dem risikolosen Basiszinssatz von 6,61 % gelangt.

- (161) Da die Einlage der LSH in der Tat dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte, erscheint die Vorgehensweise zur Ermittlung des risikolosen Basiszinssatzes in diesem speziellen Fall angemessen. Auch stellt der herangezogene REX10 Performance Index eine allgemein anerkannte Datenquelle dar. Der ermittelte risikolose Basiszinssatz erscheint somit hier sachgerecht.
- (162) Die Schätzung des Betafaktors von 0,670 erfolgte auf der Basis eines Gutachtens der KPMG zu so genannten „adjusted“ Betafaktoren von sämtlichen in Deutschland börsennotierten Kreditinstituten, das der Kommission vorliegt. Auf der Basis dieses Gutachtens und angesichts der Geschäftsausrichtung der LSH ist dieser Betafaktor als angemessen anzusehen.
- (163) Ferner erscheint aus Sicht der Kommission auch die Markt-Risikoprämie von 4,0 % vertretbar. Bereits im WestLB-Verfahren, das zur Entscheidung 2000/392/EG führte, wurde die so genannte allgemeine langfristige Markt-Risikoprämie, also die Differenz zwischen der langfristigen Durchschnittsrendite auf ein übliches Aktienportfolio und der auf Staatsanleihen, mehrfach behandelt. In den entsprechenden Gutachten zum Verfahren wurden je nach Methodik, Zeitraumbetrachtung und Datenbasis Spannen von etwa 3 % bis 5 % angesetzt. So rechnete ein Gutachten, das für den BdB erstellt wurde, alternativ mit 3,16 % und 5 %, ein anderes, für die WestLB im selben Verfahren erstelltes Gutachten rechnete alternativ mit 4,5 % und 5 % und Lehman Brothers, auch für WestLB tätig, rechnete mit einem Satz von 4 %. Vor diesem Hintergrund hat die Kommission in dem vorliegenden Fall keinen Anlass, von der in der Verständigung verwendeten Markt-Risikoprämie abzuweichen. Ausgehend vom CAPM bestehen nach Auffassung der Kommission keine Zweifel, dass die von den Parteien ermittelte Mindestvergütung vorliegend als angemessen angesehen werden kann.
- (164) Die Kommission hat keine Anhaltspunkte dafür, dass die von den Parteien ermittelte Mindestvergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition einem Markttest in dem vorliegend zu beurteilenden Fall nicht standhalten kann. Die Kommission legt deshalb als angemessene Mindestvergütung für das Zweckvermögen einen Wert von 9,29 % p.a. (nach Unternehmenssteuer und vor Investorensteuer) fest.

Renditeabschlag wegen fehlender Liquidität

- (165) Der langfristige risikofreie Satz (deutsche Bundesanleihen mit zehn Jahren Laufzeit) betrug Ende 1990 8,98 %. Die LSH gab an, ihre Refinanzierungskosten hätten zum Zeitpunkt der Vermögensübertragung aufgrund ihrer Finanzstruktur bei 9,2 % gelegen. In der Verständigung haben die Parteien einen langfristigen risikofreien Satz von 6,61 % zugrunde gelegt⁽⁴¹⁾. Darüber hinaus haben sich die Parteien darauf geeinigt, einen pauschalen Steuersatz von 50 % anzunehmen. Dementsprechend kommen die Parteien zu einem Nettofinanzierungssatz von 3,31 % und damit zu einem entsprechenden Liquiditätsabzug.

- (166) Aufgrund dieser Verständigung und der Tatsache, dass der Betrag unter den von Deutschland bereits vorher genannten Rahmen fällt, hat die Kommission keinen Anlass, diesen als nicht sachgerecht anzusehen und legt diesen Betrag damit der Ermittlung des Beihilfenelements zugrunde.

Renditeaufschlag wegen der Besonderheiten der Übertragung

- (167) In der Praxis werden bei der Festlegung einer Vergütung atypische Umstände, die ein Abweichen vom Normalfall einer Stammkapitalinvestition in das betreffende Unternehmen darstellen, im Allgemeinen durch entsprechende Zu- bzw. Abschläge berücksichtigt. Es ist daher zu prüfen, ob entsprechend den Besonderheiten, insbesondere dem konkreten Risikoprofil der IB-Kapital-Übertragung, Gründe für eine Anpassung der ermittelten Mindestvergütung von 9,29 %, die ein Privatinvestor für eine (hypothetische) Stammkapitalinvestition in die LSH erwarten würde, vorliegen und zudem eine methodisch hinreichend belastbare Quantifizierung durch die Kommission vorgenommen werden kann. In diesem Zusammenhang erscheint die Überprüfung von drei Aspekten angezeigt: erstens die unterbliebene Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile und der damit verbundenen Stimmrechte, zweitens das außerordentliche Volumen der Vermögensübertragung und drittens die fehlende Fungibilität der Anlage.
- (168) Das Land erhielt durch die Einbringung keine zusätzlichen Stimmrechte. Mit einem Stimmrechtsverzicht lässt sich der Kapitalgeber die Möglichkeit entgehen, die Geschäftsleitung der Bank in ihren Entscheidungen zu beeinflussen. Wenn die Stimmrechte des Landes aufgestockt worden wären, hätte das Land mehr als 50 % der Stimmrechte besessen, d. h. das Land wäre zum Mehrheitseigner geworden. Zum Ausgleich dafür, dass ein höheres Verlustrisiko hingenommen wird, ohne dass dem ein entsprechend größerer Einfluss auf das Unternehmen gegenübersteht, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber (selbst bei Abmilderung des Risikos durch interne Abreden mit den anderen Anteilseignern) eine höhere Vergütung verlangen. Ausgehend von der erhöhten Vergütung für Vorzugsaktien gegenüber Stammaktien und in Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Schleswig-Holstein und der LSH, die als Ergebnis ihrer Gespräche vom August/September 2004 hierfür einen Satz von 0,3 % p.a. (nach Steuern) als angemessen ansehen, hält die Kommission hierfür einen Aufschlag von mindestens 0,3 % p.a. (nach Unternehmensteuern) für sachgerecht. Auch die Parteien der Verständigung halten einen Aufschlag von 0,3 % wegen der fehlenden Ausgabe neuer Stimmrechte für sachgerecht.

- (169) Das Volumen des übertragenen Vermögens und der Einfluss, den dies aus dem Blickwinkel der Solvabilitätsrichtlinie für die LSH spielte, ist bereits erwähnt worden. Mit der Einbringung des IB-Kapitals erhöhte sich das Kernkapital der LSH erheblich, und zwar ohne Akquisitions- und Verwaltungskosten. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber hätte bei Zufuhr von Kapital mit dem relativ und absolut großen Betrag der IB-Vermögensmasse wahrscheinlich einen Aufschlag verlangt. Auf der anderen Seite ist eine Stammkapitalzufuhr von etwa 1,3

⁽⁴¹⁾ Die Parteien legen dabei die nach dem REX10 Performance Index der Deutschen Börse AG ermittelten risikolosen Zinssätze zugrunde.

Mrd. DEM in eine der größten deutschen Universalbanken gerade im Hinblick auf den außerordentlichen Kapitalbedarf europäischer Kreditinstitute wegen der Solvabilitätsrichtlinie nicht als außerhalb jeglicher normalen geschäftlichen Dimension anzusehen. Es kommt hinzu, dass ein großes Volumen als Indiz für die Stammkapitalähnlichkeit einer Vermögenseinlage herangezogen werden kann, denn zum Einbringungszeitpunkt Ende 1990 waren großvolumige Stille Einlagen am Markt untypisch. Es würde daher eine unzulässige doppelte Berücksichtigung des Volumens bedeuten, wenn bei einer stammkapitalähnlichen Investition das Volumen des übertragenen Vermögens herangezogen würde, um einen weiteren Aufschlag zu rechtfertigen. Die Kommission hält es daher für nicht mit hinreichender Sicherheit nachweisbar, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber für die gegebene absolute und relative Größe des zugeführten Kapitals einen besonderen Aufschlag verlangt hätte. Die Kommission sieht somit zugunsten der LSH davon ab, einen Aufschlag unter dem Gesichtspunkt des Volumens der Vermögensübertragung zu erheben. Ebenso geht die Verständigung davon aus, dass wegen des Volumens des übertragenen Vermögens kein Aufschlag erfolgen soll.

(170) Schließlich ist auf die fehlende Fungibilität der Anlage hinzuweisen, d. h. die fehlende Möglichkeit, das investierte Kapital jederzeit auch wieder aus dem Unternehmen abzuziehen. Normalerweise kann ein Kapitalgeber ein Eigenkapitalinstrument auf dem Markt an Dritte verkaufen und damit seine Investition beenden. Eine normale Zuführung von Stammkapital läuft bei genauer Betrachtung folgendermaßen ab: Der Investor bringt auf der Aktivseite der Bilanz Vermögen ein (sei es als Bar- oder als Sacheinlage). Dem entspricht auf der Passivseite im Regelfall ein handelbarer Anteil zugunsten des Investors, z. B. bei einer Aktiengesellschaft sind dies Aktien. Diese Aktien kann er an Dritte veräußern. Damit kann er zwar nicht seinen ursprünglich eingebrachten Vermögenswert wieder abziehen. Denn dieser zählt nun zum haftenden Eigenkapital der Gesellschaft und ist seiner Disposition entzogen. Er kann aber durch die Veräußerung der Aktie den wirtschaftlichen Gegenwert realisieren. Seine Kapitalanlage ist damit fungibel. Wegen der besonderen Umstände der Übertragung des IB-Kapitals stand dem Land diese Möglichkeit nicht offen. Dennoch sieht die Kommission keinen Anlass für einen weiteren Aufschlag. Zwar hatte das Land nicht die Möglichkeit, durch die freie Handelbarkeit der Anlage den wirtschaftlichen Gegenwert zu realisieren, allerdings bestand jederzeit die Möglichkeit, das Zweckvermögen per Gesetz wieder aus der LSH herauszulösen und gegebenenfalls durch erneute Einbringung in andere Institute höhere Renditen zu erzielen. Auch hier geht die Verständigung zwischen dem BdB, dem Land Schleswig-Holstein und der HSH Nordbank davon aus, dass wegen mangelnder Fungibilität des Vermögens kein Aufschlag erfolgen sollte.

(171) Die Kommission hält daher insgesamt einen Renditeaufschlag von 0,3 % p.a. (nach Unternehmenssteuern und vor Investorensteuer) für den Verzicht auf zusätzliche Stimmrechte für sachgerecht.

Gesamtvergütung

(172) Aufgrund all dieser Überlegungen und in Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Schleswig-

Holstein und der LSH gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass eine angemessene Vergütung 6,28 % p.a. (nach Unternehmenssteuern) betragen würde, nämlich 9,29 % normale Rendite für das fragliche Investment zuzüglich 0,3 % wegen der Besonderheiten der Transaktion abzüglich 3,31 % wegen des Finanzierungsaufwandes, welcher der LSH wegen der fehlenden Liquidität des übertragenen Vermögens entsteht.

Angemessene Vergütung für das IB-Kapital bis zum Zeitpunkt der Anerkennung durch das BAKred, für den von der IB belegten Betrag und für die Zweckerücklage Liegenschaften

(173) Wie bereits dargelegt, war das IB-Kapital für die LSH bereits von materiellem Wert, bevor es vom BAKred als Kernkapital im Sinne des KWG anerkannt wurde, da es bereits vom Zeitpunkt seiner Einbringung an als Eigenkapital bilanziert war. Das gleiche gilt für den von der IB belegten Betrag und für die Zweckerücklage Liegenschaften. Seine ökonomische Funktion lässt sich dabei mit der einer Bürgschaft oder Haftung vergleichen. Um sich einem derartigen Risiko auszusetzen, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine angemessene Vergütung verlangen. Deutschland hat zunächst den von der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG anerkannten⁽⁴²⁾ Ausgangssatz von 0,3 % p.a. für die Haftungsfunktion zugunsten der LSH für nicht angemessen gehalten. In der Entscheidung 2000/392/EG wurde ein Aufschlag auf den genannten Satz von 0,3 % p.a. um weitere 0,3 % p.a. vorgenommen, weil einerseits Avalbürgschaften üblicherweise mit bestimmten Transaktionen verknüpft und befristet sind (was bei der WestLB nicht der Fall war) und andererseits der der WestLB zur Verfügung gestellte Betrag von über 3,4 Mrd. DEM über dem liegt, was normalerweise durch derartige Bankbürgschaften abgedeckt wird.

(174) Aufgrund der grundsätzlichen Vergleichbarkeit zwischen WestLB und LSH sowie mangels anderer Anhaltspunkte geht die Kommission davon aus, dass dieser Satz der Vergütung entspricht, die die LSH auch für die Übernahme einer Avalbürgschaft zu ihren Gunsten am Markt hätte zahlen müssen.

(175) Auch hier geht die Verständigung zwischen dem BdB, dem Land Schleswig-Holstein und der LSH davon aus, dass ein Aufschlag von 0,3 % p.a. gerechtfertigt erscheint. Die Kommission hält daher einen Aufschlag bei der LSH für gerechtfertigt und legt damit einen Satz von 0,3 % p.a. als angemessene Vergütung für die Haftungsfunktion des Kapitals vom Zeitpunkt der bilanziellen Einbringung des Kapitals am 1. Januar 1991 bis zur Anerkennung durch das BAKred zugrunde. Der Satz von 0,3 % p.a. nach Steuern wurde von den Parteien bei der der Verständigung beigefügten Tabelle zur Kalkulation des Beihilfenelements zugrunde gelegt.

Keine Berücksichtigung der IB-Dividendenausschüttungen

(176) Deutschland hat vorgetragen, dass die in den Jahren 1993 bis 2002 an das Land ausgeschütteten IB-Dividenden in Höhe von 99,9 Mio. DEM von der zu zahlenden Vergütung in Abzug zu bringen seien. Auf nach der

⁽⁴²⁾ Siehe Fn. 3 Rn. 221.

Investition geleistete Zahlungen und realisierte Wertsteigerungen kann es nach dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers, der aufgrund der ihm zum Investitionszeitpunkt zur Verfügung stehenden Informationen entweder eine angemessene Rendite erwarten kann oder eine direkte Vergütung vereinbart, nicht ankommen. So können nicht von vornherein kalkulierbare Ausschüttungen oder Wertsteigerungen nicht ausschlaggebend sein.

(177) Die Kommission ist daher der Ansicht, dass im vorliegenden Fall die IB-Dividendenausschüttungen nicht von der zu zahlenden Vergütung in Abzug zu bringen sind.

h) Synergieeffekte

(178) Die LSH ist der Auffassung, dass bei der Bewertung der dem Land zugeflossenen Vergütung auch die durch die Einbringung erzielten Synergievorteile zu betrachten seien. Es ist jedoch klar ersichtlich, dass der eigentliche Zweck der Übertragung darin bestand, der LSH eine mit den neuen Solvabilitätsvorschriften vereinbare Eigenkapitalbasis zu geben. Synergien wurden als ein positiver (Neben-) Effekt angesehen, waren aber zu diesem Zeitpunkt sicherlich nicht der Hauptgrund für die Transaktion.

(179) Falls im Übrigen für die IB derartige Synergien und Einsparungen entstehen, kommt dies der WKA und WAK durch Reduzierung der Kosten (und somit dem Land) zugute, kann aber nicht als Gegenleistung der LSH für die Bereitstellung von Basiseigenmittel angesehen werden. Da sich durch diese Synergien weder die Verwendbarkeit des übertragenen Kapitals für die LSH vermindert, noch die aus der Übertragung resultierenden Kosten für die LSH erhöhen, dürften die Synergien auch keinen Einfluss auf die Höhe des Entgelts haben, das von einem nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnden Kapitalgeber für das bereitgestellte Eigenkapital von der Bank verlangt werden könnte. Auch im Falle eines tatsächlichen Vorteils für das Land infolge von Synergien wäre jeder Wettbewerber aufgrund der Konkurrenz gezwungen gewesen, dem Land für das Finanzinstrument (IB-Kapital) zuzüglich zu einem angemessenen Entgelt für das bereitgestellte Eigenkapital eine „Vergütung“ in Form solcher Vorteile zu „zahlen“.

(188) Die folgende Tabelle gibt die Berechnung des Beihilfelements wieder:

Schaubild 4:

Berechnung des Beihilfelements (in Mio. DEM)

In Mio. DEM

	1991 (*)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003 (5 Mo.)
IB-Kapital gesamt	1 306,0	1 312,2	1 337,9	1 387,0	1 472,0	1 563,0	1 665,9	1 763,0	1 814,0	1 817,0	1 849,2	1 923,9	1 967,6
1. Für LSH belegbarer Betrag	1 018,0	1 013,1	954,0	1 024,0	1 092,0	1 172,0	1 264,0	1 346,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2. Durch IB belegter Betrag	288,0	299,0	383,9	363,0	380,0	391,0	401,9	417,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
3. Betrag zwischen 1.1.1991 und 30.8.1991	870,7	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
4. Zweckrücklage Liegenschaften	—	—	—	—	—	—	—	—	—	[...]	[...]	[...]	[...]

(180) Im Übrigen entstehen Synergien infolge eines Zusammenschlusses normalerweise in den beiden am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Es ist schwer zu verstehen, warum die LSH von diesen Vorteilen überhaupt nicht profitieren sollte.

i) Gesetzesänderung zum 1. Juni 2003

(181) Deutschland hat dargelegt, dass mit rechtlicher Wirkung zum 1. Juni 2003 die IB aus dem Vermögen der LSH abgespalten wurde. Das Zweckvermögen Liegenschaften wurde mit rechtlicher Wirkung zum 1. Juni 2003 von der LSH abgespalten.

(182) Damit ist es der LSH ab dem 1. Juni 2003 nicht mehr möglich Risikoaktiva aus dem Wettbewerbsgeschäft der LSH mit Zweckvermögen zu unterlegen oder es als Haftungsfunktion zu verwenden.

(183) Für die Kommission gilt damit als erwiesen, dass mit der Ausgliederung des Zweckvermögens die hier zu untersuchende Begünstigung zum 1. Juni 2003 beendet wurde.

j) Das Beihilfelement

(184) Nach obigen Berechnungen gelangt die Kommission zu dem Ergebnis, dass die von der LSH zu zahlende Vergütung für das Zweckvermögen, das vom BAKred als Kernkapital anerkannt worden ist, 6,28 % p.a. nach Steuern und 0,3 % nach Steuern für den Unterschied zwischen diesem Teil und dem in der Bilanz der LSH als Eigenkapital ausgewiesenen Betrag als auch für die Zweckrücklage Liegenschaften beträgt.

(185) Dieses Entgelt hätte vom 1. Januar 1991 an bis zur Beendigung der Begünstigung am 31. Mai 2003 geleistet werden müssen.

(186) Die LSH zahlte ein Entgelt allein auf den Betrag, den sie zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit verwenden konnte.

(187) Das Beihilfelement kann als die Differenz zwischen den tatsächlichen Zahlungen und den Zahlungen berechnet werden, die den Marktbedingungen entsprechen würden.

In Mio. DEM

	1991 (*)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003 (5 Mo.)
Entgelt von 6,28 % (nach Steuern) für 1.	21,3	63,6	59,9	64,3	68,6	73,6	79,4	84,5	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Entgelt von 0,3 % (nach Steuern) für 2.	0,3	0,9	1,2	1,1	1,1	1,2	1,2	1,3	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Entgelt von 0,3 % (nach Steuern) für 3.	2,6	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Entgelt von 0,3 % (nach Steuern) für 4.	—	—	—	—	—	—	—	—	—	[...]	[...]	[...]	[...]
Marktkonformes Entgelt insgesamt	24,2	64,5	61,1	65,4	69,7	74,8	80,6	85,8	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tatsächliches Entgelt (nach Steuern)	0	0	0,9	2,4	1,0	2,5	5,0	6,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Beihilfeelement	24,2	64,5	60,2	63,0	68,7	72,3	75,6	79,2	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(*) Das IB-Kapital wurde bilanziell zum 1.1.1991 eingebracht und stand der LSH die ersten 8 Monate des Jahres 1991 für die Haftungsfunktion zur Verfügung. Nach Anerkennung des BAKred, d. h. für die letzten 4 Monate des Jahres 1991, konnte es auch durch Wettbewerbsgeschäft belegt werden.

Seit dem 1. Januar 1999 wird die DEM zum Kurs von 1,95583 in Euro umgerechnet. Die Angaben in DEM sind dem entsprechend in Euro umzurechnen.

(189) Das Beihilfeelement für die Zeit seit der Gewährung der Beihilfe bis einschließlich 31. Mai 2003 beträgt demnach in Deutsche Mark ausgedrückt 845,6 Mio. DEM. Dieser Betrag ist in Euro umzurechnen und beläuft sich auf 432,3 Mio. Euro.

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

(190) 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.

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

(192) Damit zeigt sich eindeutig, dass die LSH Bankdienstleistungen im Wettbewerb mit anderen europäischen Banken außerhalb Deutschlands und — da Banken aus anderen europäischen Ländern in Deutschland tätig sind — innerhalb Deutschlands erbrachte.

(193) Auch ist darauf hinzuweisen, dass ein sehr enger Zusammenhang zwischen dem Eigenkapital eines Kreditinstituts und seinen Bankaktivitäten besteht. Nur mit ausreichendem anerkannten Eigenkapital kann eine Bank arbeiten und ihre kommerziellen Tätigkeiten ausweiten. Da die LSH durch die staatliche Maßnahme mit solchem Eigenkapital für Solvabilitätswertung ausgestattet wurde, wurden die Geschäftsmöglichkeiten der Bank unmittelbar beeinflusst.

(194) Es steht deshalb fest, dass Beihilfen an die LSH den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

1.4. ERGEBNIS

(195) Auf Basis all dieser Überlegungen lässt sich feststellen, dass sämtliche Kriterien des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt sind und die Übertragung des Zweckvermögens folglich staatliche Beihilfen im Sinne des betreffenden Artikels beinhalten.

2. VEREINBARKEIT MIT DEM GEMEINSAMEN MARKT

(196) Weiterhin ist zu untersuchen, ob die Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann. Dabei ist zu bemerken, dass die LSH im Hinblick auf etwaige Beihilfeelemente im Rahmen der IB-Kapital- und Liegenschafts-Übertragung lediglich die Ausnahmebestimmung des Artikels 86 Absatz 2 EG-Vertrag geltend gemacht hat.

(197) Keine der Ausnahmebestimmungen des Artikels 87 Absatz 2 EG-Vertrag 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.

(198) 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.

- (199) Da der wirtschaftliche Fortbestand der LSH nicht auf dem Spiele stand, als die Maßnahme durchgeführt wurde, stellt sich nicht die Frage, ob der Zusammenbruch eines einzigen großen Kreditinstituts wie der LSH 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.
- (200) 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 LSH wird nicht als ein Unternehmen in Schwierigkeiten bezeichnet, dessen Wiedererlangung der Rentabilität durch staatliche Beihilfen unterstützt werden sollte.
- (201) Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag, der unter bestimmten Umständen Ausnahmen von den Vertragsbestimmungen 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 ⁽⁴³⁾. Die LSH hat vorgebracht, dass sie Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringe und dass in dem Maße, in dem etwaige Zuwendungen des Landes Schleswig-Holstein zu Zwecken verwendet werden, die im Bereich des öffentlichen Auftrages bzw. der Daseinsvorsorge liegen, es sich dabei nicht um rechtswidrige staatliche Beihilfen handele. Allerdings erfüllt die LSH die formalen Voraussetzungen hierfür nicht: weder wurden die konkreten Aufgaben, die die LSH für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse leistet, noch insbesondere die damit konkret verbundenen Kosten, die aus dieser Tätigkeit entstehen, genau angegeben. Daher ist klar, dass die Übertragung durchgeführt wurde, um die LSH in die Lage zu versetzen, den neuen Eigenkapitalanforderungen gerecht zu werden, und ohne Bezug zu irgendwelchen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Deswegen ist im vorliegenden Falle auch diese Ausnahmebestimmung nicht anwendbar.
- (202) 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

- (203) Entgegen dem Vorbringen Deutschlands bzw. der LSH kann die Kapitalzufuhr auch nicht als von der bestehenden Beihilferegelung Anstaltslast und Gewährträgerhaftung abgedeckt angesehen werden.

- (204) 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.
- (205) Zum anderen greift auch der Tatbestand der Anstaltslast nicht ein. Die Anstaltslast verpflichtet den Anstaltsträger (Land Schleswig-Holstein), die LSH mit den Mitteln auszustatten, die für den ordnungsgemäßen Betrieb der Landesbank erforderlich sind, sofern er sich für deren Fortführung entscheidet. Die LSH war zum Zeitpunkt der Kapitalzufuhr aber keineswegs in einer Lage, in der ein ordnungsgemäßer Betrieb etwa mangels ausreichender eigener Mittel nicht mehr möglich war. Die Kapitalzufuhr war also zur Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Betriebs der Landesbank nicht erforderlich. Vielmehr erfolgte die Kapitalzufuhr, um die Landesbank in die Lage zu versetzen, durch die Ausweitung ihrer Kapitalausstattung angesichts der zum 30. Juni 1993 erfolgenden Verschärfung der Vorschriften zu den Kernkapital-/Eigenmittelquoten eine ansonsten erforderliche geordnete Reduzierung des Geschäftsvolumens/der Risikoaktiva der Landesbank zu vermeiden bzw. (darüber hinaus) der Landesbank deren künftige Ausweitung zu ermöglichen. Die LSH konnte daher im Sinne eines bewussten wirtschaftlichen Kalküls des Landes als Miteigentümer auch künftig Marktchancen im Wettbewerb wahrnehmen. Auf eine solche normale wirtschaftliche Entscheidung des Landes als Miteigentümer ist die „Notvorschrift“ der Anstaltslast allerdings nicht anwendbar. Mangels einer anderen bestehenden Beihilferegelung gemäß Artikel 87 Absatz 1 und Artikel 88 Absatz 1 EG-Vertrag ist die Kapitalzufuhr daher als neue Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 und Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag einzuordnen und entsprechend zu untersuchen.

X. SCHLUSSFOLGERUNG

- (206) Die Kommission stellt fest, dass Deutschland die Beihilfemaßnahme unter Verstoß gegen Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag in rechtswidriger Weise gewährt hat. Demnach ist die Beihilfe rechtswidrig.
- (207) Die Beihilfe kann weder aufgrund von Artikel 87 Absatz 2 bzw. Absatz 3 EG-Vertrag noch aufgrund einer anderen Vertragsbestimmung als vereinbar angesehen werden. Demnach wird die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt, muss abgeschafft werden und muss das Beihilfeelement der rechtswidrigen Maßnahme von der deutschen Regierung zurückgefordert werden-

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Die staatliche Beihilfe in Höhe von 432,3 Mio. EUR, die Deutschland in dem Zeitraum vom 1. Januar 1999 bis 31. Mai 2003 zugunsten der Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale, jetzt HSH Nordbank AG, gewährt hat, ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar.

Artikel 2

Deutschland ergreift alle notwendigen Maßnahmen, um die in Artikel 1 genannte, rechtswidrig zur Verfügung gestellte Beihilfe von der Empfängerin zurückzufordern.

⁽⁴³⁾ 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.

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.

Die Zinsen werden gemäß den Bestimmungen des Kapitels V der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission ⁽⁴⁴⁾ 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

Mario MONTI

Mitglied der Kommission

⁽⁴⁴⁾ ABl. L 140 vom 30.4.2004, S. 1.

ANHANG

INFORMATIONEN HINSICHTLICH DER DURCHFÜHRUNG DER ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

1. **Kalkulation des Betrags, der zurückgefordert werden soll**

- 1.1. Liefern Sie bitte die folgenden Einzelheiten über die Höhe des Betrages der rechtswidrigen Beihilfen, die dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden sind:

Datum der Zahlung ^(°)	Höhe der Beihilfe ^(*)	Währung	Identität des Begünstigten

^(°) Datum, an dem die Beihilfe oder einzelne Raten der Beihilfe dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden ist (insofern eine Maßnahme aus mehreren Raten und Vergütungen besteht, getrennte Reihen verwenden)

^(*) Höhe der Beihilfe, die dem Begünstigten zur Verfügung gestellt worden ist (in Brutto-Beihilfenäquivalenten)

Anmerkungen:

- 1.2. Erklären Sie bitte ausführlich, wie die Zinsen, die auf die zurückzufordernde Beihilfe gezahlt werden müssen, berechnet werden.

2. **Schon ergriffene oder geplante Maßnahmen, um die Beihilfe zurückzufordern**

- 2.1. Beschreiben Sie bitte im Einzelnen, welche Maßnahmen schon ergriffen worden sind, und welche Maßnahmen geplant werden, um eine unmittelbare und effektive Rückforderung der Beihilfe durchzuführen. Bitte erklären Sie ebenfalls, welche alternativen Maßnahmen im nationalen Recht bestehen, um die Rückforderung durchzuführen. Teilen Sie bitte, soweit vorhanden, die Rechtsgrundlage für die ergriffenen/geplanten Maßnahmen mit.

- 2.2. Bis zu welchem Datum wird die Rückforderung der Beihilfe abgeschlossen sein?

3. **Schon bewirkte Rückforderung**

- 3.1. Liefern Sie bitte die folgenden Einzelheiten über die Beihilfen, die vom Begünstigten bereits zurückgefordert worden sind:

Datum ^(°)	Zurückerstatteter Betrag	Währung	Identität des Begünstigten

^(°) Datum, an dem die Beihilfe zurückerstattet worden ist

- 3.2. Belegen Sie bitte die Rückerstattung der Beihilfebeträge, die in der oberen Tabelle unter Punkt 3.1 spezifiziert worden sind.

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 Auskunftsersuchen, 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 Gesellschafters 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 Beteili- 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 Stiller Einlagen der Parteivereinbarung zugänglich sei, und zum anderen Merkmale, die für die Unterscheidung zwischen Stammkapital und Stiller 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 Stiller 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 buchete, 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 derartigen
- 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 Korrek-tur)	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 Produkt rating 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 Markt korridors 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 Beihilferegulierung 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 Beihilferegulierung 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.

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION**vom 25. Januar 2006****über die staatliche Beihilfe der Niederlande zugunsten von AZ und AZ Vastgoed BV***(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 80)***(Nur der niederländische Text ist verbindlich)****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2006/743/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN -

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere Artikel 88 Absatz 2 erster Unterabsatz,

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

nach Aufforderung an alle Interessierten, ihre Bemerkungen gemäß den vorstehenden Bestimmungen vorzutragen⁽¹⁾ und unter Berücksichtigung dieser Bemerkungen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. VERFAHREN

- (1) Mit den am 26. Juni 2002 und 6. Februar 2003 eingetragenen Schreiben gingen bei der Kommission Beschwerden betreffend die Durchführung einer staatlichen Beihilfe der Niederlande zugunsten des Fußballvereins AZ Alkmaar ein. Im Laufe der ersten Untersuchung dieser Beschwerden wurden der Kommission zusätzliche Informationen sowohl von den Beschwerdeführern als auch den niederländischen Behörden vorgelegt.
- (2) Mit Schreiben vom 23. Juli 2003 teilte die Kommission den niederländischen Behörden mit, dass sie beschlossen hat, ein Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EGV in Bezug auf diese Beihilfe einzuleiten. Dieser Beschluss wurde im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht⁽²⁾. Darin wurden alle Interessierten aufgefordert, ihre Bemerkungen abzugeben.
- (3) Den niederländischen Behörden wurde auf Antrag eine Verlängerung der Frist zur Vorlage ihrer Bemerkungen eingeräumt. Diese erwiderten auf den Beschluss zur Einleitung des Verfahrens mit den am 29. Oktober und 5. November 2003 eingetragenen Schreiben.
- (4) Im Dezember 2003 gingen bei der Kommission mehrere Schreiben mit Bemerkungen von interessierten Dritten ein. Diese legten zusätzliche Bemerkungen mit den am 9. Februar, 6. April und 6. Oktober 2004 eingetragenen Schreiben vor.
- (5) Im Frühjahr 2004 erhielt die Kommission Informationen darüber, dass die Stadt Alkmaar die Absicht hatte, die

Vereinbarung mit AZ und AZ Vastgoed neu auszuhandeln. Die Kommission ersuchte die niederländischen Behörden um zusätzliche Informationen mit Schreiben vom 3. Juni 2004, das mit Schreiben vom 5. Juli 2004 beantwortet wurde. Darin wurde bestätigt, dass die Stadt Alkmaar, AZ und AZ Vastgoed beabsichtigten, eine neue Vereinbarung einzugehen. Aufgrund einer vom Gerichtshof Amsterdam angeordneten Aussetzung konnte die ursprüngliche Vereinbarung nicht durchgeführt werden⁽³⁾. Mit dem am 5. November 2004 eingetragenen Schreiben erteilten die niederländischen Behörden zusätzliche Auskünfte und bestätigten, dass zwischen den Parteien eine neue Vereinbarung geschlossen und die vorangehende Vereinbarung gelöst worden war.

II. DER VORGANG

- (6) Am 7. Dezember 2001 schloss die Stadt Alkmaar einen Vertrag mit der Stichting AZ und AZ Vastgoed BV (nachstehend AZ bzw. AZ Vastgoed) über einen neuen Standort für ein Fußballstadion. Der Vertrag zwischen der Stadt und AZ sowie AZ Vastgoed umfasste vier Transaktionen betreffend den Verkauf verschiedener Grundstücke.
- (7) Gemäß den niederländischen Behörden wurden zwei Grundstücke an AZ und AZ Vastgoed für den Bau eines neuen Stadions, von Bürogebäuden und eines Parkhauses verkauft. Die Stadt verkaufte an AZ das Grundstück, auf dem das gegenwärtige Stadion steht. AZ und AZ Vastgoed sollten das alte Stadion abreißen, das Gelände erschließen und 150 Wohnungen bauen. Außerdem wurde ein Grundstück an AZ für den Bau von Trainingsanlagen verkauft. Der Kaufvertrag erlegte den Grundstückserwerbern Verpflichtungen auf, wonach bestimmte Infrastrukturen von AZ und AZ Vastgoed zu entwickeln und instandzuhalten waren.
- (8) Im Juli 2003 beschloss die Kommission, ein Verfahren einzuleiten, weil sie Zweifel hatte, dass die möglicherweise AZ und AZ Vastgoed gewährten Beihilfen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EGV mit dem EG-Vertrag zu vereinbaren waren.
- (9) Nach der Aussetzung der Durchführung des Vertrages im April 2004 durch den Gerichtshof Amsterdam wurden die Grundstücke nach dem Vertrag vom 7. Dezember 2001 nicht übertragen.

⁽¹⁾ ABl. C 266, vom 5.11.2003, S. 8.

⁽²⁾ ABl. C 266, vom 5.11.2003, S. 8.

⁽³⁾ Gerichtshof Amsterdam vom 1.4.2004, LJN: AO6912, 206/03 KG (www.rechtspraak.nl).

- (10) Im November 2004 teilten die niederländischen Behörden der Kommission mit, dass der am 7. Dezember 2001 zwischen der Stadt Alkmaar und AZ sowie AZ Vastgoed geschlossene Vertrag aufgelöst worden ist.
- (11) Laut niederländischen Behörden wurden neue Verhandlungen geführt, und die Grundstücke von unabhängigen Gutachtern gemäß der Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Grundstücken oder Bauten durch die öffentliche Hand bewertet ⁽¹⁾. Nach der Bewertung wurde zwischen der Stadt Alkmaar und Egedi BV (dem Rechtsnachfolger von AZ Vastgoed) ein neuer Vertrag geschlossen.
- (12) Damit wurde der Vertrag, der Gegenstand der Untersuchung war, gelöst. Das förmliche Untersuchungsverfahren wurde gegenstandslos und ist deshalb einzustellen.

III. SCHLUSSFOLGERUNG

- (13) Nachdem der Vertrag, der Gegenstand des förmlichen Untersuchungsverfahrens war, gelöst wurde, ist die Untersuchung gegenstandslos geworden.

- (14) Das förmliche Untersuchungsverfahren gemäß Artikel 88 Absatz 2 EGV betreffend den erwähnten Vertrag zwischen der Stadt Alkmaar einerseits und AZ sowie AZ Vastgoed, andererseits ist einzustellen -

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Das förmliche Untersuchungsverfahren gemäß Artikel 88 Absatz 2 EGV, das am 23. Juli 2003 gegen AZ und AZ Vastgoed BV eröffnet wurde, wird eingestellt.

Artikel 2

Diese Entscheidung ist an die Niederlande gerichtet.

Brüssel, den 25. Januar 2006.

Für die Kommission
Neelie KROES
Mitglied der Kommission

⁽¹⁾ ABL C 209 vom 10.7.1997, S. 3.

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION**vom 8. März 2006****über die staatliche Beihilfe Deutschlands an Magog Schiefergruben GmbH & Co. KG***(Bekanntgegeben unter Aktenzeichen K(2006) 641)***(Nur der deutsche Text ist verbindlich)****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2006/744/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 gemäß diesen Artikeln zur Äußerung ⁽¹⁾ und unter Berücksichtigung ihrer Stellungnahmen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. VERFAHREN

- (1) Am 12. November 2003 ging bei der Kommission eine Beschwerde eines deutschen Wettbewerbers von Magog wegen vermuteter staatlicher Beihilfen zugunsten der Schiefergruben Magog GmbH & Co. KG („Magog“) ein. Die Kommission forderte am 25. November 2003 von Deutschland diesbezügliche Informationen an, die von Deutschland mit Schreiben vom 4. März 2004, das am selben Tag eingetragen wurde, übermittelt wurden.
- (2) Am 6. Oktober 2004 leitete die Kommission wegen der betreffenden Beihilfe das förmliche Prüfverfahren ein. Der Beschluss der Kommission zur Einleitung des Verfahrens wurde im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht ⁽²⁾. Die Kommission forderte alle Beteiligten auf, zu der vermuteten Beihilfe Stellung zu nehmen. Sie erhielt daraufhin mit Schreiben vom 14. Dezember 2004, das am 16. Dezember 2004 eingetragen wurde, Kommentare von Rathscheck Schiefer und Dach-Systeme KG, I.B. Rathscheck Söhne KG Moselschiefer-Bergwerke und Theis-Böger GmbH („Rathscheck und Theis-Böger“) und mit Schreiben vom 7. Dezember 2004, das am 13. Dezember 2004 eingetragen wurde, eine Stellungnahme von einem Dritten, der ungenannt bleiben möchte.
- (3) Die Stellungnahmen wurden Deutschland mit Schreiben vom 3. Januar 2005 und 7. Juli 2005 übermittelt. Deutschland antwortete hierauf mit Schreiben vom 11. März 2005, das am selben Tag eingetragen wurde, und vom 31. August 2005, das am 1. September 2005 eingetragen wurde.

- (4) Deutschland antwortete auf die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens mit Schreiben vom 6. Dezember 2004, das am 13. Dezember 2004 eingetragen wurde. Die Kommission erbat am 5. Oktober 2005 weitere Auskünfte, die Deutschland mit Schreiben vom 15. November 2005, das am 16. November 2005 eingetragen wurde, erteilte. Die Anhänge wurden mit Schreiben vom 18. November 2005, das am 24. November 2005 eingetragen wurde, übermittelt. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2005, das am gleichen Tag eingetragen wurde, erteilte Deutschland weitere Auskünfte.

II. BESCHREIBUNG DER BEIHILFE**2.1. Das begünstigte Unternehmen**

- (5) Das begünstigte Unternehmen Magog mit Sitz in Bad Fredeburg, Nordrhein-Westfalen, betätigt sich in der Schieferproduktion. 2002 beschäftigte das Unternehmen 43 Mitarbeiter und hatte eine Bilanzsumme von weniger als 5 Mio. EUR. Da auch das Unabhängigkeitskriterium erfüllt ist, ist das Unternehmen als kleines Unternehmen im Sinne der Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen ⁽³⁾ einzustufen.

2.2. Das Vorhaben

- (6) Auf Antrag des Westfälischen Schieferverbandes e.V. förderte das Land Nordrhein-Westfalen (NRW) in den Jahren 2002 und 2003 die Entwicklung eines neuartigen Verfahrens für das Zuschneiden von Dachschiefer (Projekt „Entwicklung und Erprobung einer nc-gesteuerten, roboterunterstützten Produktion im Dachschieferbergbau“). Das Projekt wurde von Magog, das Mitglied im Westfälischen Schieferverband ist, in Zusammenarbeit mit einer Hochschule für Wirtschaft und Technik durchgeführt.
- (7) Nach Angaben Deutschlands bestand das Ziel des Vorhabens darin, eine innovative Technik für die Dachschieferaufbereitung zu entwickeln, um die gesundheitlichen Belastungen der Mitarbeiter zu reduzieren. Die bis dahin weitgehend manuelle Zurichtung für Dachschiefersteine ging mit einer körperlichen Belastung für die Beschäftigten einher. Aus deutscher Sicht leistete das Projekt einen wesentlichen Beitrag zur Erhöhung der Arbeitssicherheit und hat Modellcharakter für den gesamten Dachschieferbergbau.

⁽¹⁾ ABl. C 282 vom 19.11.2004, S. 3.

⁽²⁾ Siehe Fußnote 1.

⁽³⁾ ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 36.

- (8) Laut Antrag bestand das Gesamtprojekt „Entwicklung und Erprobung einer nc-gesteuerten, roboterunterstützten Produktion im Dachschieferbergbau aus drei Stufen: Als erstes sollte ein Prototyp entwickelt werden. Die zweite Stufe sah einen Hallenbau vor und in einer dritten Stufe sollte die neue Technik umgesetzt werden.
- (9) Nur die erste Stufe wurde vom Land NRW gefördert. Die Kosten der ersten Stufe waren ursprünglich mit 1 293 110 EUR angesetzt, wovon das Land NRW 60 % übernehmen sollte, d. h. 775 866 EUR. Letztlich beliefen sich die Kosten der ersten Stufe auf 1 223 945 EUR, wovon 702 093 EUR (57 %) vom Land NRW finanziert wurden.
- (10) Die endgültigen Kosten der ersten Stufe lassen sich wie folgt aufschlüsseln

Tabelle 1:

	EUR
Machbarkeitsstudie	25 565
Entwicklung eines Prototyps (Anlage 1)	464 410
Entwicklung und Errichtung von zwei Produktionsanlagen (Anlagen 2 und 3)	733 970
INSGESAMT	1 223 945

- (11) Magog gab eine Machbarkeitsstudie zur Entwicklung einer nc-gesteuerten, roboterunterstützten Anlage für die Dachschieferproduktion in Auftrag, die im März 2002 fertig gestellt wurde. Die Kosten der Studie beliefen sich auf 25 565 EUR.
- (12) Nach der Machbarkeitsstudie wurde ein nicht für die gewerbliche Produktion, sondern nur für Testzwecke ausgelegter Prototyp auf dem Gelände von Magog entwickelt und errichtet (Anlage 1). Die Erprobung fand im November und Dezember 2002 statt, und der Prototyp wurde im Januar 2003 in seine Bestandteile zerlegt. Die Kosten des Prototyps beliefen sich auf 464 410 EUR.
- (13) Auf der Grundlage der durch die Erprobung des Prototyps gewonnenen Erfahrungen errichtete das Unternehmen eine Anlage für die gewerbliche Produktion. Die Erprobung des Prototyps hatte gezeigt, dass wegen der unterschiedlichen Größe des Dachschiefers mindestens zwei Anlagen für die gewerbliche Produktion notwendig sein würden. Die erste für die gewerbliche Produktion nutzbare Anlage wurde im Januar 2003 errichtet (Anlage 2), die zweite im April 2003 (Anlage 3). Im Verlauf des Jahres 2003 wurden die Anlagen 2 und 3 weiter getestet, um ihren Betrieb weiter zu verbessern. Seit Anfang 2004 läuft die Produktion der Anlagen 2 und 3 reibungslos. Die Kosten der Anlagen 2 und 3 belaufen sich auf 733 970 EUR.

- (14) Die in Randnummern 8 bis 13 beschriebene Stufe 1 war Teil eines Gesamtkonzepts zur Modernisierung des Produktionsprozesses von Magog, das weitere Stufen umfasste. Die Stufen 2 und 3 begannen 2003 und wurden 2005 abgeschlossen. Außerdem wurden seit 2002 Investitionen in den Schieferabbau (Streckenvortrieb) getätigt. Nach Angaben Deutschlands umfassten die Stufen 2 und 3 und der Streckenvortrieb folgende Investitionen, die Teil des allgemeinen Modernisierungskonzepts waren

Tabelle 2:

		EUR
1	Halle 2002	16 576
2	Halle 2005	213 175
3	Säge	267 774
4	Wasseraufbereitung	35 740
5	Office-Anbindung	2 570
6	Abreißgerät	105 840
7	Patentkosten	65 128
8	Streckenvortrieb 2002 — 2005	557 378
9	Streckenvortrieb 2006 — 2007	176 800
10	Personalkosten Projektleiter/Ingenieur 2004/2005	84 247
11	Abbruch Betriebsgebäude	8 245
12	Architektenhonorar	5 733
	INSGESAMT	1 539 205⁽¹⁾

(¹) Aufgrund von Rundung addieren sich die Zahlen nicht genau.

- (15) Die für „Halle 2002“ angegebenen Kosten von 16 576 EUR betreffen die Reparatur und Renovierung einer vorhandenen Sägehalle im Jahre 2002 (Punkt 1 in Tabelle 2).
- (16) Die Investitionen in „Halle 2005“ betreffen eine ehemalige Lagerhalle, die 2004 und 2005 erheblich umgebaut wurde und jetzt für die Produktion verwendet wird (Punkt 2). Der Umbau der Halle wurde nötig, um den neuen, auf die neu entwickelten Roboter gestützten Produktionsprozess unterzubringen. Der Umbau der Halle umfasst auch die Errichtung einer neuen Säge (Punkt 3), die für den Einbau der neuen Roboter erforderlich wurde.
- (17) Für den neuen Produktionsprozess war auch die Errichtung neuer Wasseraufbereitungsanlagen zur Kühlung der neuen Säge (Punkt 4) erforderlich. Die neue Säge ist größer als die alte Säge und hat daher einen größeren Wasserbedarf. Die Kosten der Office-Anbindung (Punkt 5) hängen auch mit den Investitionen in die Halle 2005 und die Säge zusammen.

- (18) Das Abreißgerät (Punkt 6) ist ein Beraubefahrzeug, das beim Abbau des Schiefers im Bergwerk verwendet wird und 2004 von Magog erworben wurde.
- (19) Bei den Patentkosten unter Punkt 7 handelt es sich um die Anwaltsgebühren für die Anmeldung der mit dem Projekt verbundenen Patente.
- (20) Bei den Kosten im Bereich des Schieferabbaus in den Jahren 2002 bis 2005 handelt es sich um Investitionen für den Streckenvortrieb (Punkt 8). Für 2006 und 2007 sind die geschätzten Kosten des Unternehmens für den Streckenvortrieb in diesen beiden Jahren (Punkt 9) ausgewiesen. Die Kosten für Projektleiter und Ingenieur 2004/2005 (Punkt 10) hängen mit den unter Punkt 8 und 9 genannten Bergbautätigkeiten zusammen.
- (21) Die Kosten für den Abriss eines Gebäudes (Punkt 11) entstanden im Juli 2005 und betrafen den Abriss eines nicht näher bezeichneten Betriebsgebäudes.
- (22) Das Architektenhonorar (Punkt 12) lässt sich weiter aufschlüsseln in 3 600 EUR für den Bau der „Halle 2005“ und 2 133 EUR für andere Posten.

2.3. Die finanzielle Maßnahme

- (23) Das Land NRW gewährte einen Zuschuss von 702 093 EUR auf der Grundlage des „Technologieprogramms Bergbau“. Ziel dieses Programms war es, Projekte zu fördern, die zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der im Bergbau Beschäftigten sowie zur Verbesserung des Umweltschutzes im Bergbau beitragen. Potenziell Begünstigte des Programms waren technisch-wissenschaftliche Gemeinschaftseinrichtungen. Das Programm wurde zum Ende des Jahres 2003 eingestellt.
- (24) Der Zuwendungsbescheid erfolgte am 19. Dezember 2001. Der Zuschuss wurde zwischen August 2002 und Dezember 2003 entsprechend dem Projektfortschritt in mehreren Raten ausgezahlt.
- (25) Magog verfügt über sämtliche Eigentumsrechte an den Projektergebnissen und Nutzungsrechte. Es muss Teile der Erlöse, die ihm gegebenenfalls aus der Verwertung der Ergebnisse erwachsen, an das Land NRW abführen. Die Bewilligung des Zuschusses wurde an die Bedingung einer weiten Verbreitung der Projektergebnisse geknüpft. Magog muss die Ergebnisse in mindestens einer anerkannten deutschen Fachzeitschrift veröffentlichen. Nach deutschen Angaben hat Magog einem Wettbewerber Lizenzen erteilt. Ein Artikel über die Ergebnisse wurde in der Zeitschrift des Bergbauverbands „Bergbau“ veröffentlicht.

III. GRÜNDE FÜR DIE ERÖFFNUNG DES FÖRMlichen PRÜFVERFAHRENS

- (26) Die Kommission eröffnete das förmliche Prüfverfahren, da sie bezweifelte, dass die finanzielle Maßnahme, wie von

Deutschland behauptet, keine staatliche Beihilfe darstellte. Nach Ansicht der Kommission gewährte die finanzielle Maßnahme Magog einen selektiven Vorteil, da die Einführung der neuen Technologie die Produktivität des Unternehmens steigerte und seine Wettbewerbsfähigkeit verbesserte, ohne dass das Unternehmen alle Kosten tragen musste. Die Kommission war außerdem der Auffassung, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt wurde.

- (27) Zu den möglichen Ausnahmen nach Artikel 87 Absatz 3 EG-Vertrag stellte die Kommission zunächst fest, dass Magog seinen Standort nicht in einem Fördergebiet gemäß Artikel 87 Absatz 3 Buchstaben a oder c EG-Vertrag hat.
- (28) Nach Ansicht der Kommission könnte das Projekt möglicherweise als Investitionsvorhaben im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen⁽⁴⁾ gewertet werden, doch bezweifelte sie, dass die zulässigen Obergrenzen von 7,5 % Bruttobeihilfeintensität der förderfähigen Investitionskosten für mittlere Unternehmen und von 15 % Bruttobeihilfeintensität für kleine Unternehmen eingehalten wurden.
- (29) Die Kommission zog auch in Betracht, dass ein Teil des Projekts als vorwettbewerbliche Entwicklungstätigkeit im Sinne des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen⁽⁵⁾ (FuE-Gemeinschaftsrahmen) eingestuft werden könnte, wonach staatliche Beihilfen für Grundlagenforschung, industrielle Forschung und vorwettbewerbliche Entwicklung zulässig sind. Dabei bezweifelte sie jedoch, ob die zulässige Beihilfehöchstintensität von 35 % für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) eingehalten wurde.
- (30) Die Kommission führte ferner aus, dass sie die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem gemeinsamen Interesse im Allgemeinen und insbesondere mit dem Ziel des Schutzes der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer im Sinne von Artikel 137 EG-Vertrag untersuchen würde.

IV. BEMERKUNGEN BETEILIGTER

- (31) Die Kommission erhielt Bemerkungen von Rathscheck und Theis-Böger sowie von einem Wettbewerber, der nicht genannt werden wollte.

4.1. Rathscheck und Theis-Böger

- (32) In ihrer Stellungnahme zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens erläutern Rathscheck und Theis-Böger, dass der Dachschiefermarkt ein einheitlicher Markt sei und dass es keinen gesonderten Markt für „Altdeutsche Deckung“ gebe. Selbst wenn „Altdeutsche Deckung“ ein getrennter Markt wäre, würde die Förderung dennoch zu Wettbewerbsverfälschungen führen, da der neue Roboter auch

⁽⁴⁾ ABl. L 10 vom 13.1.2001, S. 33.

⁽⁵⁾ ABl. C 45 vom 17.2.1996, S. 5.

zur Herstellung von gängigem Dachschiefer verwendet werden könnte und spanische Schieferhersteller nicht nur auf dem Markt für das Endprodukt, sondern auch auf dem für das Zwischenprodukt tätig seien. Rathscheck und Theis-Böger weisen darauf hin, dass sie „Altdeutsche Deckung“ zunehmend aus spanischem Rohschiefer herstellten.

- (33) Zur möglichen Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt erklären Rathscheck und Theis-Böger, dass die Beihilfe nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sei, da sie Magog die Möglichkeit gebe, seine Produkte auf dem Markt zu niedrigeren Preisen als seine Wettbewerber und selbst als spanische Unternehmen anzubieten.
- (34) Rathscheck und Theis-Böger weisen Deutschlands Behauptung zurück, dass der Zuschuss Magog keinen Vorteil verschaffe. Magog selbst streite nicht ab, dass die Förderung zu einer deutlichen Steigerung seiner Rentabilität beigetragen habe.
- (35) Rathscheck und Theis-Böger legen auch Hintergrundinformationen zum Dachschiefermarkt vor. Sie weisen darauf hin, dass die Gesamtproduktion von Dachschiefer in der Gemeinschaft seit 2001 rückläufig ist. Auf Spanien, das das einzige Land mit einem erheblichen Exportüberschuss sei, entfalle 95 % der Gemeinschaftsproduktion. Alle Dachschieferhersteller in der Gemeinschaft seien kleine und mittlere Unternehmen.
- (36) Rathscheck und Theis-Böger bestreiten, dass die Entwicklung einer nc-gesteuerten, roboterunterstützten Dachschieferproduktion eine echte Innovation darstelle. Gängiger Dachschiefer werde in Spanien bereits seit mehreren Jahren mit Hilfe hochmoderner Zurichtmaschinen hergestellt. Zur Einstufung eines Teils des Projekts als vorwettbewerbliche Entwicklung verweisen Rathscheck und Theis-Böger darauf, dass die zulässigen Beihilfeintensitäten in jedem Fall nicht eingehalten worden seien.
- (37) Rathscheck und Theis-Böger weisen Deutschlands Vorbringen zurück, dass die Beihilfe zu einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer geführt habe. Die Beihilfe könne nicht deswegen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden, weil sie dem Ziel des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit der Arbeitnehmer im Sinne von Artikel 137 EG-Vertrag diene.

4.2. Wettbewerber, der nicht genannt werden wollte

- (38) In seinen Bemerkungen zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens verweist ein Wettbewerber, der nicht genannt werden wollte darauf, dass das deutsche Baugewerbe und der Bedachungsmarkt in den letzten Jahren rückläufig sei. Ein Zuschuss für einen deutschen Hersteller wäre daher besonders schädlich. Er selbst stelle Rohschiefer her, der zur Herstellung von „Altdeutschem Schiefer“ in Deutschland verwendet würde.

V. BEMERKUNGEN DEUTSCHLANDS

- (39) In seiner Stellungnahmen auf die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens argumentiert Deutschland, dass es sich bei dem Zuschuss nicht um eine staatliche Beihilfe handele, da der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht betroffen sei. Der Schiefer, den Magog in der neuentwickelten Anlage herstelle, sei besonders hochwertiger Dachschiefer, sog. Altdeutsche Decksteine. Der Markt für diesen Schiefer sei ein regionaler Markt und beschränke sich auf bestimmte Gebiete in Deutschland. Der Handel zwischen Mitgliedstaaten werde daher nicht beeinträchtigt.
- (40) Für den Fall, dass die Kommission der Ansicht sein sollte, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werde, könne der Zuschuss Deutschland zufolge gemäß Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden. Die Maßnahme erfülle die Voraussetzungen einer Vorstudie zur Durchführbarkeit vorwettbewerblicher Entwicklungstätigkeiten im Sinne von Ziffer 5.4 des FuE-Gemeinschaftsrahmens und einer vorwettbewerblichen Entwicklungstätigkeit eines kleinen Unternehmens. Außerdem könne die Förderung unmittelbar auf der Grundlage von Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden. Die Maßnahme trage zur Erreichung eines wichtigen Gemeinschaftsziels nach Artikel 137 EG-Vertrag bei und betreffe eine Wirtschaftstätigkeit, für die es, sofern sie den Wettbewerb überhaupt beeinträchtige, auf Gemeinschaftsebene keinen intensiven Wettbewerb gebe. Deutschland legt außerdem eine ausführliche Projektbeschreibung sowie eine Kostenaufstellung und Angaben zum KMU-Status des Unternehmens vor.
- (41) In seiner Antwort auf die Bemerkungen von Rathscheck und Theis-Böger bekräftigt Deutschland, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt werde. Deutschland weist darauf hin, dass es auf dem regionalen Markt intensiven Wettbewerb gebe. Nach Ansicht Deutschlands führt die Durchführung des Projekts nicht zu einer Senkung der Produktionskosten von Magog. Das Projekt sei außerdem auch nach dem FuE-Gemeinschaftsrahmen beihilfefähig, weshalb die Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar eingestuft werden könne. Deutschland bezweifle die Richtigkeit der Aussage von Rathscheck und Theis-Böger, wonach sie „Altdeutsche Deckung“ aus spanischem Rohschiefer herstellten.
- (42) Zur Stellungnahme des Wettbewerbers, der nicht genannt werden wollte, merke Deutschland an, dass der geförderte Roboter nicht zur Herstellung des in Spanien vorherrschenden gängigen Schiefers verwendet werde. Es gebe daher keine Wettbewerbsverfälschung in Bezug auf spanischen Schiefer. Die Erklärung des Wettbewerbers, der nicht genannt werden wollte, dass er Schiefer herstelle, der in Deutschland zur Herstellung von „Altdeutschem Schiefer“ verwendet werde, sei falsch.

VI. WÜRDIGUNG

6.1. Vorliegen einer Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag

- (43) Gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder den Wettbewerb zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist die Voraussetzung der Handelsbeeinträchtigung erfüllt, wenn das begünstigte Unternehmen einer Wirtschaftstätigkeit nachgeht, die Gegenstand eines Handels zwischen den Mitgliedstaaten ist.
- (44) Nach Ansicht der Kommission verschaffen das Projekt und der Zuschuss des Landes NRW Magog einen Vorteil. Der Zuschuss hat das Unternehmen bei der Modernisierung seines Produktionsprozesses durch die Errichtung neuer Anlagen unterstützt. Das wird auch durch die unternehmenseigene Website bestätigt, wonach das Projekt zur Automatisierung des Zuschneideverfahrens durchgeführt wurde, damit das Unternehmen preisgünstiger qualitativ hochwertigen Schiefer produzieren und so seine Wettbewerbsfähigkeit steigern kann. Der Zuschuss begünstigt Magog, da das Unternehmen den Zuschuss auf dem Markt nicht erhalten hätte, und droht daher, den Wettbewerb zu verfälschen.
- (45) Was die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten betrifft, stellt die Kommission fest, dass der spezielle qualitativ hochwertige Dachschiefer, den Magog herstellt, keinen gesonderten Markt bildet, sondern als Teil des Gesamtmarktes für Dachschiefer zu betrachten ist. Deutschland argumentiert, dass sich Herstellung und Vertrieb der „Altdeutschen Deckung“ auf bestimmte Regionen beschränken würden und die „Altdeutsche Deckung“ auf der Nachfrageseite aufgrund ihres Preises und ihres Verwendungszwecks nicht durch handelsüblichen Dachschiefer ersetzbar sei. Die Kommission ist dennoch der Ansicht, dass die Tatsache, dass „Altdeutsche Deckung“ teurer ist als handelsüblicher Dachschiefer und nur von bestimmten Verbrauchern mit besonderem historischem Interesse nachgefragt wird, nicht rechtfertigt, „Altdeutsche Deckung“ als gesonderten Markt zu betrachten.
- (46) Laut Beschwerdeführer beläuft sich die Gesamtproduktion von Dachschiefer in der Gemeinschaft auf 743 000 Tonnen. Spanien ist bei weitem der größte Hersteller von Dachschiefer und exportiert einen erheblichen Teil seiner Produktion. Deutschland stellt etwa 9 000 bis 10 000 Tonnen Dachschiefer her. Nach Angaben Deutschlands wurden 2002 mehr als 100 000 Tonnen spanischen Dachschiefers nach Deutschland eingeführt. Die Kommission kommt daher zu dem Schluss, dass auf dem Markt für Dachschiefer ein Handel zwischen Mitgliedstaaten besteht und dass Magog mit Herstellern aus anderen Mitgliedstaaten im Wettbewerb steht.
- (47) Die Maßnahme wird vom Land Nordrhein-Westfalen durchgeführt. Sie wird somit aus staatlichen Mitteln finanziert und ist dem Staat zuzurechnen.

- (48) Deshalb kommt die Kommission zu dem Schluss, dass der Zuschuss als staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag anzusehen und daher seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu untersuchen ist.

6.2. Ausnahmen nach Artikel 87 Absätze 2 und 3 EG-Vertrag

- (49) Artikel 87 Absätze 2 und 3 EG-Vertrag sehen Ausnahmen vom generellen Beihilfeverbot in Absatz 1 vor.
- (50) Die Ausnahmen in Artikel 87 Absatz 2 EG-Vertrag greifen im vorliegenden Fall nicht, da die Beihilfe weder sozialer Art ist noch an einzelne Verbraucher gewährt wird oder Schäden beseitigen soll, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind; ebenso wenig wird die Beihilfe für die Wirtschaft bestimmter, durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland gewährt.
- (51) Zu den möglichen Ausnahmen nach Artikel 87 Absatz 3 EG-Vertrag ist zunächst festzustellen, dass das Projekt nicht in einem Fördergebiet gemäß Artikel 87 Absatz 3 Buchstaben a oder c EG-Vertrag durchgeführt wird und daher nicht für eine Regionalförderung in Betracht kommt.

Forschung und Entwicklung

- (52) Die Verordnung (EG) Nr. 70/2001 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 364/2004⁽⁶⁾, die den Anwendungsbereich auf Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen ausdehnt, gestattet staatliche Beihilfen an KMU für die Grundlagenforschung, die industrielle Forschung und die vorwettbewerbliche Entwicklung. Obwohl die vorliegende Maßnahme vor dem Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 364/2004 gewährt wurde, ist die Verordnung (EG) Nr. 70/2001 in ihrer geänderten Fassung anwendbar, da ihrem Artikel 9a zufolge Einzelbeihilfen, die vor Inkrafttreten der -Verordnung (EG) Nr. 364/2004 ohne Genehmigung der Kommission unter Verstoß gegen Artikel 88 Absatz 3 gewährt wurden, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind, wenn sie die Voraussetzungen der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 in ihrer geänderten Fassung erfüllen.
- (53) In Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 wird Grundlagenforschung definiert als eine Erweiterung der wissenschaftlichen und technischen Kenntnisse, die nicht auf industrielle und kommerzielle Ziele ausgerichtet sind. Industrielle Forschung wird definiert als planmäßiges Forschen oder kritische Forschung zur Gewinnung neuer Kenntnisse mit dem Ziel, diese Kenntnisse zur Entwicklung neuer Produkte, Verfahren oder Dienstleistungen oder zur Verwirklichung erheblicher Verbesserungen bei bestehenden Produkten, Verfahren oder Dienstleistungen nutzen zu können. Da es bei dem anstehenden Projekt um die Entwicklung von einem Prototyp und zwei Anlagen geht, die in der Produktion eingesetzt werden sollen, handelt es sich eindeutig nicht um Grundlagenforschung oder industrielle Forschung.

⁽⁶⁾ ABl. L 63 vom 28.2.2004, S. 22.

- (54) In dem selben Artikel wird vorwettbewerbliche Entwicklung definiert als die Umsetzung von Erkenntnissen der industriellen Forschung in einen Plan, ein Schema oder einen Entwurf für neue, geänderte oder verbesserte Produkte, Verfahren oder Dienstleistungen, unabhängig davon, ob sie zum Verkauf oder zur Verwendung bestimmt sind, einschließlich der Schaffung eines ersten, nicht zur kommerziellen Verwendung geeigneten Prototyps. Außerdem kann sie die konzeptuelle Planung oder den Entwurf von alternativen Produkten, Verfahren oder Dienstleistungen wie auch erste Demonstrations- oder Pilotprojekte umfassen, sofern diese Projekte nicht für industrielle Anwendungen oder eine kommerzielle Nutzung umgewandelt oder verwendet werden können.
- (55) Die Kommission stellt fest, dass die erste Stufe des Projektes in der Entwicklung von einem Prototyp und zwei Anlagen bestand, die anschließend in den Produktionsprozess eingegliedert wurden. Die Errichtung der zwei letztgenannten Anlagen kann nicht der vorwettbewerblichen Entwicklung zugeordnet werden, da diese Anlagen in der Produktion verwendet werden. Dennoch kann die Entwicklung des Prototyps nach Ansicht der Kommission als vorwettbewerbliche Entwicklung betrachtet werden. Der Prototyp ist Teil eines Projekts eines verbesserten Produktionsprozesses. Er wird nicht zur Produktion verwendet werden, da er 2003 abgebaut wurde. Was den innovativen Charakter betrifft, so nimmt die Kommission zur Kenntnis, dass sich Deutschland zufolge der entwickelte Prototyp deutlich von für die Produktion von gängigem Schiefer in Spanien eingesetzten Zurechtmaschinen, die nicht für die Herstellung von „Altdeutscher Deckung“ geeignet wären, unterscheidet. Darüber hinaus wurden Magog im Anschluss an die Umsetzung des Projekts auch Patente erteilt.
- (56) Gemäß Artikel 5a Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 beträgt die zulässige Beihilfehöchstintensität für vorwettbewerbliche Entwicklung kleiner und mittlerer Unternehmen 35 % brutto der beihilfefähigen Projektkosten. Artikel 5a Absatz 4 gestattet einen Aufschlag von bis zu 10 Prozentpunkten, wenn die Ergebnisse des Projekts auf Fachkongressen oder wissenschaftlichen Konferenzen auf breiter Basis zugänglich gemacht werden oder in wissenschaftlichen und technischen Fachzeitschriften veröffentlicht werden.
- (57) Ein Teil der Ergebnisse wurde einem anderen Unternehmen als Lizenz zugänglich gemacht. Außerdem sind die Ergebnisse des Projekts in einer Fachzeitschrift zu veröffentlichen. Die Kommission kommt daher zu dem Schluss, dass zu der Beihilfeintensität von 35 % ein weiterer Aufschlag von 10 Prozentpunkten hinzugerechnet werden kann, so dass sich eine zulässige Beihilfehöchstintensität von 45 % ergibt. Da die Kosten des Prototyps 464 410 EUR betragen, beträgt die zulässige Beihilfe 208 985 EUR.
- (58) Darüber hinaus kann die Machbarkeitsstudie im Rahmen von Stufe 1 als Vorstudie zur Prüfung der technischen Machbarkeit im Vorfeld einer vorwettbewerblichen Entwicklung im Sinne von Artikel 5b der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 angesehen werden, für die eine Beihilfeintensität von bis zu 75 % zulässig ist. Die Kosten der Machbarkeitsstudie betragen 25 565 EUR, so dass sich ein zulässiger Beihilfebetrug von 19 174 EUR ergibt.
- Insgesamt beläuft sich die zulässige Beihilfe nach der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 daher auf 228 158 EUR.
- Investitionen in Sachanlagen und immaterielle Anlagewerte*
- (59) Wie in Randnummer 55 bereits ausgeführt, ist die Errichtung der Anlagen 2 und 3, die für die gewerbliche Produktion verwendet werden, nicht als vorwettbewerbliche Entwicklung anzusehen und kommt daher nicht für FuE-Beihilfen in Betracht. Gleichwohl kann die Errichtung dieser Anlagen als Investition in Sachanlagen und immaterielle Anlagewerte im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 angesehen werden, da durch sie eine grundlegende Änderung des Produktionsprozesses von Magog durch die Rationalisierung und Modernisierung des vorhandenen Produktionsprozesses erreicht wird.
- (60) Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 gestattet Beihilfen für Investitionen in Sachanlagen und immaterielle Anlagewerte bis zu 15 % Bruttobeihilfeintensität für kleine Unternehmen. Artikel 2 zufolge sind Investitionen in Sachanlagen als Anlageinvestitionen im Zusammenhang mit der Gründung eines neuen oder der Erweiterung eines bestehenden Betriebes oder im Zusammenhang mit einem Produktwechsel oder der Änderung des Produktionsverfahrens in einem bestehenden Betrieb (u. a. Rationalisierung, Diversifizierung oder Modernisierung) definiert. Investitionen in immaterielle Anlagewerte bezeichnen Investitionen in Technologietransfer durch Erwerb von Patentrechten, Lizenzen oder Know-how oder nicht patentiertem technischen Wissen.
- (61) Die Kosten der Anlagen 2 und 3 belaufen sich auf 733 970 EUR. Deutschland ist der Auffassung, dass auch die Kosten für Stufe 2 und 3 und für den Streckenvortrieb als Investitionen in Sachanlagen und immaterielle Anlagewerte im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 eingestuft werden und auf dieser Basis beihilfefähig sein sollten.
- (62) Nach Ansicht der Kommission stellen die Kosten für die Errichtung einer Halle für den neuen Produktionsprozess (Punkt 2 in Tabelle 2), den Erwerb einer Säge für den neuen Produktionsprozess (Punkt 3) und die Investitionen in die Wasseraufbereitung (Punkt 4) und in die Office-Anbindung (Punkt 5) Investitionen in Sachanlagen im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 dar. Diese Investitionen sind Teil des Projekts zur Rationalisierung und Modernisierung des Produktionsprozesses von Magog und somit nach der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 förderfähig. Außerdem ist nach Auffassung der Kommission auch das Architektenhonorar für die Errichtung der „Halle 2005“ (3 600 EUR) förderfähig, da es Teil der Kosten der „Halle 2005“ ist. Die Kosten dieser Maßnahmen belaufen sich zusammen auf 522 859 EUR.
- (63) Anders als Deutschland kommt die Kommission hingegen zu dem Schluss, dass die übrigen Kosten von Stufe 2 und 3 sowie der Streckenvortrieb nicht förderfähig sind. Die Investitionen für die „Halle 2002“ (Punkt 1 in Tabelle 2) betreffen die Reparatur und Renovierung einer vorhandenen Sägehalle im Jahre 2002 und sind als solche reine Ersatzinvestitionen, die nach der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 nicht förderfähig sind.

- (64) Das Abreißgerät ist eine Maschine, die beim Abbau des Schiefers im Bergwerk verwendet wird (Punkt 6). Nach Ansicht der Kommission stellt der Erwerb dieser Maschine keine Investition in Sachanlagen im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 dar, vielmehr handelt es sich bei den Kosten für den Erwerb dieser Maschine um reine Betriebskosten. Der Erwerb des Abreißgeräts ist nicht Teil des Investitionsprojekts zur Rationalisierung und Modernisierung des Produktionsprozesses von Magog.
- (65) Die Kosten für die Patente in Form des Anwaltshonorars für die Anmeldung der Patente (Punkt 7) sind zwar mit dem Rationalisierungs- und Modernisierungsprojekt verbunden, aber sie stellen keine förderfähigen Kosten im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 dar, da es sich dabei nicht um eine Investition in immaterielle Anlagewerte handelt.
- (66) Die Kosten für den Streckenvortrieb in den Jahren 2002 bis 2005 (Punkt 8) und die voraussichtlichen Kosten für den Streckenvortrieb in den Jahren 2006 bis 2007 (Punkt 9) sind nach Ansicht der Kommission normale Betriebskosten und nicht als Investitionen in Sachanlagen im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 anzusehen. Das gleiche gilt für die Kosten für Projektleiter und Ingenieur 2004/2005, die mit dem Streckenvortrieb (Punkt 10) verbunden sind.
- (67) Außerdem sind nach Auffassung der Kommission die 2005 entstandenen Kosten für den Abriss des Gebäudes (Punkt 11) nicht förderfähig, da dieser Abriss nicht Teil des Investitionsprojekts zur Modernisierung und Rationalisierung des Produktionsprozesses ist. Er ist vielmehr Teil der normalen Geschäftstätigkeit von Magog und entspricht daher nicht der Definition einer Investition in Sachanlagen und immaterielle Anlagewerte der Verordnung (EG) Nr. 70/2001. Der verbleibende Teil des Architektenhonorars (Punkt 12), der nicht mit der „Halle 2005“ verbunden ist, ist nach Ansicht der Kommission auch nicht Teil des Investitionsprojekts, da dieses Honorar nicht mit Investitionen verbunden ist, die Teil des Modernisierungs- und Rationalisierungsprojekts sind.
- (68) Die Kommission kommt folglich zu dem Schluss, dass sich die nach der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 die förderfähigen Kosten für Investitionen in Sachanlagen und immaterielle Anlagewerte auf 733 970 EUR für Stufe 1 und 522 859 EUR für Stufe 2 und 3, d. h. also auf insgesamt 1 256.829 EUR belaufen. Da die zulässige Beihilfeintensität für kleine Unternehmen 15 % beträgt, ergibt sich ein zulässiger Beihilfebetrags für Investitionen in Sachanlagen und immaterielle Anlagewerte von 188 524 EUR.
- (69) Die Kommission ist der Auffassung, dass keine der übrigen Gemeinschaftsleitlinien oder -verordnungen, die u. a. Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, Umweltschutz-, Ausbildungs-, Beschäftigungsbeihilfen oder Risikokapital betreffen, in diesem Fall anwendbar ist.
- (70) Die Kommission hat auch untersucht, ob die Beihilfe mit dem gemeinsamen Interesse und speziell dem Ziel des

Schutzes der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer im Sinne von Artikel 137 EG-Vertrag vereinbar ist. Gemäß Artikel 137 EG-Vertrag unterstützt und ergänzt die Gemeinschaft die Tätigkeit der Mitgliedstaaten unter anderem auf den Gebieten Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer, und Arbeitsbedingungen. Die Kommission kommt zu dem Schluss, dass die Beihilfe nicht auf dieser Grundlage als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann, da sie primär nicht der Verbesserung der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer dient, sondern der Rationalisierung und Modernisierung des Produktionsprozesses von Magog. Die Tatsache, dass das Projekt (als Nebeneffekt) auch zu einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer beigetragen und manuelle Arbeiten und Lärmbelastigung am Arbeitsplatz verringert hat, widerlegt diese Schlussfolgerung nicht.

VII. SCHLUSSFOLGERUNG

- (71) Die Kommission stellt fest, dass Deutschland Magog unter Verstoß gegen Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag rechtswidrig Beihilfen in Höhe von 702 093 EUR gewährt hat. Nach Ansicht der Kommission kann ein Betrag von 416 683 EUR (228 158 EUR für FuE und 188 524 EUR für Investitionen in Sachanlagen und immaterielle Anlagewerte⁽⁷⁾) nach der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden. Der Restbetrag von 285 410 EUR ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und muss zurückgefordert werden -

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Die staatliche Beihilfe in Höhe von 416 683 EUR, die Deutschland zugunsten von Schiefergruben Magog GmbH & Co. KG gewährt hat, ist gemäß Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar.

Artikel 2

Die staatliche Beihilfe in Höhe von 285 410 EUR, die Deutschland zugunsten von Schiefergruben Magog GmbH & Co. KG gewährt hat, ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar.

Artikel 3

1. Deutschland ergreift alle notwendigen Maßnahmen, um die in Artikel 2 genannte, rechtswidrig gewährte Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern.
2. Die Rückforderung erfolgt unverzüglich entsprechend den Verfahren des nationalen Rechts, sofern diese sofortige Vollstreckung der Entscheidung ermöglichen. Die zurückzufordernde Beihilfe umfasst Zinsen von dem Zeitpunkt an, ab dem die rechtswidrige Beihilfe dem (den) Empfänger(n) zur Verfügung stand, bis zu ihrer tatsächlichen Rückzahlung.

⁽⁷⁾ Aufgrund von Rundung addieren sich die Zahlen nicht genau.

3. Die unter Absatz 2 zurückzufordernden Zinsen sind entsprechend den Artikeln 9 und 11 der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission ⁽⁸⁾ zu berechnen.

4. Deutschland wird den in Artikel 2 genannten Beihilfeempfänger innerhalb von zwei Monaten nach der Bekanntgabe dieser Entscheidung förmlich auffordern, die rechtswidrige und unvereinbare Beihilfe und die fälligen Zinsen zurückzuzahlen.

Artikel 4

Deutschland teilt der Kommission innerhalb von zwei Monaten nach der Bekanntgabe dieser Entscheidung mit, welche Maßnahmen ergriffen wurden, um dieser Entscheidung

nachzukommen, und bedient sich zu diesem Zweck des Formblatts im Anhang dieser Entscheidung.

Artikel 5

Diese Entscheidung ist an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet.

Brüssel, den 8. März 2006.

Für die Kommission

Neelie KROES

Mitglied der Kommission

⁽⁸⁾ ABL L 140 vom 30.11.2004, S. 1.

ANHANG

INFORMATION ZUR UMSETZUNG DER ENTSCHEIDUNG C(2006)641 DER KOMMISSION

1. **Berechnung des zurückzufordernden Betrags**

- 1.1 Bitte machen Sie folgende Angaben zum Betrag der unrechtmäßigen staatlichen Beihilfe, der dem Empfänger zur Verfügung gestellt wurde:

Datum(en) der Auszahlung ^(°)	Betrag der Beihilfe ^(*)	Währung	Name des Begünstigten

^(°) Datum(en), an dem die (einzelnen Tranchen der) Beihilfe dem Empfänger zur Verfügung gestellt wurden (Falls eine Maßnahme in mehreren Tranchen gezahlt und zurückgezahlt wird, verwenden Sie getrennte Zeilen)

^(*) Betrag, der dem Empfänger zur Verfügung gestellt wurde (in Bruttosubventionsäquivalenten)

Bemerkungen:

- 1.2 Bitte erläutern Sie im Einzelnen, wie die Zinsen, die auf den zurückzufordernden Beihilfebetrags zu zahlen sind, berechnet werden?

2. **Geplante und bereits ergriffene Maßnahmen zur Rückforderung der Beihilfe**

- 2.1 Bitte erläutern Sie im Einzelnen, welche Maßnahmen geplant sind und welche Maßnahmen bereits ergriffen wurden, um eine unverzügliche und wirksame Rückforderung der Beihilfe zu erwirken. Bitte erklären Sie ebenfalls, welche alternativen Maßnahmen im nationalen Recht bestehen, um die Rückforderung durchzuführen. Bitte geben Sie gegebenenfalls auch die Rechtsgrundlage für die ergriffenen/geplanten Maßnahmen an.
- 2.2 Bis wann wird die Rückforderung der Beihilfe abgeschlossen sein?

3. **Bereits erfolgte Rückzahlung**

- 3.1 Bitte machen Sie folgende Angaben zu den vom Empfänger bereits zurückgezahlten Beihilfebeträgen:

Datum(en) ^(°)	Zurückge-zahlter Beihilfebe-trag	Wäh-rung	Name des Begünstigten

^(°) Datum(en), an dem die Beihilfe zurückgezahlt wurde

- 3.2 Bitte fügen Sie Nachweise für die Rückzahlung der in der Tabelle unter Ziffer 3.1 angegebenen Beihilfebeträge bei.

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION**vom 8. März 2006****über die staatliche Beihilfe — Frankreich — Beihilfe zur Rettung und Umstrukturierung des Unternehmens Air Lib**

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 649)

(Nur der französische Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2006/745/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN -

(6)

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 88 Absatz 2 erster Unterabsatz,

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

nach Aufforderung der Beteiligten zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß den vorgenannten Artikeln ⁽¹⁾,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. DAS VERFAHREN

- (1) Mit Schreiben vom 22. Januar 2002 notifizierte Frankreich der Europäischen Kommission eine Beihilfe zur Rettung des Luftfahrtunternehmens Société d'exploitation AOM Air Liberté (nachfolgend „Air Lib“ oder „das Unternehmen“ genannt).
- (2) Diese Maßnahme wurde wegen rechtswidriger Gewährung vor ihrer Genehmigung durch die Kommission unter der Nummer NN 42/2002 als nicht notifizierte Beihilfe registriert.
- (3) Mit Schreiben vom 24. Januar 2003 (SG(2003) D/228222) setzte die Kommission Frankreich von ihrem Beschluss in Kenntnis, wegen dieser Beihilferegulierung das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag einzuleiten.
- (4) Der Beschluss der Kommission zur Einleitung des Verfahrens wurde im *Amtsblatt der Europäischen Union* ⁽²⁾ veröffentlicht. Die Kommission forderte alle Beteiligten auf, sich innerhalb eines Monats nach der Veröffentlichung, das heißt bis zum 11. Mai 2003, zu der fraglichen Beihilferegulierung zu äußern.
- (5) Mit Eingangsdatum vom 9. und 12. Mai 2003 erhielt die Kommission von einer beteiligten dritten Partei Anmerkungen zu diesem Thema. Auf Ersuchen der Kommission vom 21. Mai stimmte jene zu, dass ihre Anmerkungen nicht mehr vertraulich zu behandeln waren. Mit Schreiben vom 23. Juni 2003 wurde Frankreich von diesen Anmerkungen in Kenntnis gesetzt und für Kommentare eine Frist von einem Monat gesetzt. Frankreich übermittelte seine Antwort auf die Verfahrenseinleitung mit Schreiben vom 19. Mai 2003.

⁽¹⁾ Beschluss vom 21. Januar 2003, veröffentlicht im ABl. C 88 vom 11. April 2003, S. 11.

⁽²⁾ Siehe Fußnote 1.

II. AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER BEIHILFE**Kontext**

- (7) Aufgrund des Beschlusses ihrer ehemaligen Aktionäre und insbesondere der Swissair, ihre Investitionsstrategie nicht länger fortzusetzen, und in Ermangelung neuer Kapitalgeber eröffnete das Handelsgericht Créteil am 19. Juni 2001 ein gerichtliches Sanierungsverfahren gegen die Unternehmen Air Liberté AOM (ehemals AOM Minerve), Air Liberté und fünf ihrer Tochtergesellschaften. Am 27. Juli 2001 übertrug das Gericht die Übernahme der sanierungsbedürftigen Unternehmen gegen einen symbolischen Franc der Firma Holco und anschließend jeder von dieser kontrollierten Tochtergesellschaft. Hierzu wurde am 24. August 2001 die Air Lib (Geschäftsbezeichnung der Société d'exploitation AOM Air Liberté SA), eine Tochtergesellschaft von Holco SAS, an der wiederum Herr Corbet zu beinahe 100 % beteiligt ist, gegründet.
- (8) Am 1. August 2001 erkannte das Gericht ferner das von den ehemaligen Aktionären vorgeschlagene Prinzip der Transaktion an, in deren Rahmen sich die Swissair zur Zahlung von 1,5 Mrd. FRF (228,7 Mio. EUR) verpflichtete. Von Seiten der Swissair erfolgten Anfang September 2001, vor dem Konkurs, jedoch nur Zahlungen in Höhe von 1,05 Mrd. FRF (160 Mio. EUR). Infolge dieses Kapitalmangels und der durch die Ereignisse des 11. September 2001 bedingten zusätzlichen Schwierigkeiten rechnete das Unternehmen für 2001 und 2002 mit Verlusten. Daher bewilligte Frankreich eine Beihilfe zur Rettung des Unternehmens. 16,5 Mio. EUR der Beihilfe von maximal 30,5 Mio. EUR (200 Mio. FRF) mit einer Höchstlaufzeit von sechs Monaten (verlängerbar) wurden bereits am 9. Januar 2002, der Restbetrag von 14 Mio. EUR am 28. Februar 2002 gezahlt. Diese Beihilfe hätte nur einen Teil des kurzfristigen Bedarfs des Unternehmens gedeckt. In Ermangelung jedweder Notifizierung eines Umstrukturierungsplans des Unternehmens oder des Nachweises der Darlehensrückerstattung teilte die Kommission Frankreich am 9. Juli 2002 mit, dass sie die Untersuchung des Vorgangs hinsichtlich der unrechtmäßig gewährten Beihilfe zur Umstrukturierung fortsetzen werde.

(9) Pressemeldungen und Informationen seiner eigenen Internetseite zufolge scheint das Unternehmen zahlreiche Strecken eröffnet zu haben, zunächst ab dem Winter 2001 nach Nordafrika; ab April 2002 wurden zunächst Billigflüge in Frankreich unter der Bezeichnung Air Lib Express angeboten; ab Ende Oktober 2002 schließlich führte die Air Lib Billigflüge von Paris nach Italien ein. Zwischenzeitlich stellte sich auch heraus, dass offenbar Geschäftsschulden nicht beglichen oder spezielle Vergünstigungen bewilligt wurden: Aussetzung von Sozialversicherungsbeiträgen, von der Air France geleistete Vorschüsse, Befreiung von der Mehrwertsteuer usw. So habe die Air Lib laut Presseberichten am 1. November 2002 Gesamtschulden von annähernd 90 Mio. EUR bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften zu verzeichnet gehabt. Die Übernahme der Air Lib durch einen Gemeinschaftsaktionär — den niederländischen Konzern IMCA — war ebenfalls in Erwägung gezogen worden.

III. STELLUNGNAHME DER BETEILIGTEN

- (10) In der Stellungnahme gegenüber der Kommission übermittelte die beteiligte dritte Partei, die französische Luftfahrtgesellschaft SA Corse Air International („Corsair“), hauptsächlich juristische Unterlagen zur Belegung seiner Klage vor französischen Gerichten. In der Tat hatte die Corsair Anfang 2003 die Air Lib in einem Eilverfahren vor dem Handelsgericht Créteil verklagt, um die unrechtmäßigen Beihilfen, die letztere erhalten haben soll, feststellen, die Rückerstattung veranlassen und die oben dargestellten unternehmerischen Tätigkeiten, ihres Erachtens unlautere Praktiken aufgrund der genannten unrechtmäßigen Beihilfen, einstellen zu lassen.
- (11) Mit Beschluss vom 12. Februar 2003 und unter anderem angesichts der Verfahrenseröffnung durch die Kommission erklärte sich das Gericht für nicht zuständig. Mit der Informationsübermittlung wollte die Corsair eine Stellungnahme der Kommission erlangen, da ihres Erachtens der Gerichtsbeschluss ihrer eigenen Entscheidungspraxis und der Gemeinschaftsrechtsprechung entgegensteht.
- (12) Die Corsair hatte des Weiteren Argumente vorgebracht, die die von der Kommission hinsichtlich der ursprünglichen staatlichen Beihilfe, der Geschäftsentwicklung des Unternehmens und weiterer in Anspruch genommener steuerlicher und sozialversicherungsrechtlicher Hilfsmaßnahmen angesprochenen Kritikpunkte stützen sollten.

IV. BEMERKUNGEN FRANKREICHS

- (13) Am 19. Mai 2003 teilten die französischen Behörden der Kommission mit, die Übernahmeprojekte von Air Lib durch IMCA seien gescheitert und sie wären am 5. Februar 2003 veranlasst gewesen, die abgelaufene befristete Betriebsgenehmigung der Air Lib nicht zu verlängern. Aus diesem Grund sowie vor dem Hintergrund der schwerwiegenden

finanziellen Probleme meldete die Air Lib am 13. Februar 2003 vor dem Handelsgericht Créteil Konkurs an. Die Liquidation erfolgte durch letzteres am 17. Februar und wurde am 4. April im Rechtsmittelverfahren bestätigt.

- (14) Zwischenzeitlich erfolgte durch den Koordinator der Pariser Flughäfen am 30. März 2003 die Umverteilung der somit wieder zur Verfügung stehenden Zeitnischen (etwa 35 000), da ein Verfahren zur Betriebswiederaufnahme unmöglich schien.
- (15) Frankreich stellte somit fest, dass seines Erachtens das am 21. Januar 2003 eröffnete förmliche Prüfverfahren nunmehr gegenstandslos war, da die gerichtliche Liquidation zu den in den Leitlinien der Gemeinschaft für die Beurteilung von staatlichen Beihilfen zur Rettung von Unternehmen aufgeführten Punkten zählt.

VI. FAZIT

- (16) Die Kommission stellt fest, dass die Tätigkeiten des Beihilfeempfängers eingestellt wurden, ohne dass sie, beispielsweise im Rahmen eines Gerichtsverfahrens, von einer dritten Partei übernommen worden sind. Somit ist die potenzielle Wettbewerbsverzerrung aufgrund der von den französischen Behörden für die Air Lib eingeleiteten Maßnahmen nicht mehr gegeben.
- (17) Des Weiteren weist die Kommission darauf hin, dass Randnr. 23 Buchstabe d der 1999 veröffentlichten Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten⁽³⁾ festlegt, dass die Liquidation des Unternehmens das Erlöschen der staatlichen Beihilfe zur Folge hat.
- (18) In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen ist das am 21. Januar 2003 eröffnete förmliche Prüfverfahren gemäß Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag gegenstandslos geworden.

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Das Verfahren gemäß Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag gegen die Société d'exploitation AOM Air Liberté, genannt „Air Lib“, eröffnet am 21. Januar 2003, wird eingestellt.

Artikel 2

Diese Entscheidung ist an die Französische Republik gerichtet.

Brüssel, den 8. März 2006.

Für die Kommission
Jacques BARROT
Vizepräsident

⁽³⁾ ABl. C 288 vom 9. Oktober 1999, S. 2.

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 4. April 2006

über die Beihilfe, die die Niederlande im Rahmen des Projekts Marktpassageplan in Haaksbergen zu gewähren beabsichtigen — Staatliche Beihilfe Nr. C 33/2005 (ex N 277/2004)

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 1184)

(Nur die niederländische Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2006/746/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,

nachdem sie die Beteiligten nach den genannten Artikeln zur Stellungnahme aufgefordert hat,

in Erwägung nachstehender Gründe:

1. VERFAHREN

- (1) Am 23. Februar 2004 ging bei der Kommission ein Schreiben vom 23. Januar 2004 mit einer Beschwerde über eine mögliche Beihilfe für ein Bauprojekt in Haaksbergen, Niederlande, ein. Mit Schreiben vom 15. April 2004 forderte die Kommission die niederländischen Behörden auf, die Maßnahme zu erläutern. Mit Schreiben vom 18. Mai 2004, das am 25. Mai 2004 einging, teilten die Niederlande der Kommission mit, die Maßnahme werde in Kürze angemeldet.
- (2) Mit Schreiben vom 25. Juni 2004, das am 30. Juni 2004 einging, teilten die Niederlande mit, die Gemeinde Haaksbergen beabsichtige, den am Projekt Marktpassageplan beteiligten Bauunternehmen eine Beihilfe zu gewähren. Mit Schreiben vom 12. Juli 2004 bat die Kommission um nähere Auskünfte, die am 8. Oktober 2004 in einer Sitzung mit der Kommission und mit Schreiben vom 30. Dezember 2004, das am 10. Januar 2005 einging, erteilt wurden. Ferner übermittelten die Niederlande mit Schreiben vom 11. Mai 2005, das am 18. Mai 2005 einging, ergänzende Informationen.
- (3) Mit Schreiben vom 21. September 2005 teilte die Kommission den Niederlanden ihren Beschluss mit, wegen der Beihilfe das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag einzuleiten.
- (4) Der Beschluss der Kommission zur Einleitung des Verfahrens wurde im *Amtsblatt der Europäischen Union* ⁽¹⁾ bekannt gemacht. Die Kommission forderte die Beteiligten auf, zu der Beihilfe Stellung zu nehmen. Die Kommission hat keine Stellungnahmen erhalten.
- (5) Die Antwort der Niederlande auf die Einleitung des förmlichen Untersuchungsverfahrens wurde mit Schreiben

vom 29. Dezember 2005 übermittelt, das am 5. Januar 2006 einging.

2. BESCHREIBUNG

2.1 Projekt

- (6) Der Gemeinderat von Haaksbergen, einer nahe der deutschen Grenze in der Provinz Overijssel gelegenen Gemeinde mit rund 24 000 Einwohnern, trug sich bereits seit Anfang der 90er Jahre mit dem Plan, das vernachlässigte Stadtzentrum neu zu beleben. Mit der Hilfe von Beratern wurden verschiedene Pläne geprüft, dort qualitativ hochwertige Wohnungen und Ladenlokale zu errichten. Weder das erste Bauunternehmen, mit dem die Gemeinde das Projekt verwirklichen wollte, noch die Gemeinde selbst waren jedoch in der Lage, die für die Verwirklichung des Projekts erforderlichen Grundstücke zu erwerben.
- (7) Ende der 90er Jahre wurden die Grundstücke von sechs Bauunternehmen erworben, die sich danach zusammenschlossen. Sie entwarfen ein Projekt mit 58 Wohnungen und 11 Ladenlokalen. Es war nicht vorgesehen, dass die Bauunternehmen öffentliche Bauvorhaben wie Infrastrukturarbeiten ausführen und dann der Gemeinde zur Verfügung stellen. Das Projekt umfasste den Bau von Wohnungen und Ladenlokalen, die an private Investoren verkauft oder vermietet werden sollten. Berechnungen ergaben jedoch, dass das Projekt nicht rentabel sein würde.

2.2 Öffentliche Förderung

- (8) Da die Gemeinde ein großes Interesse an der Realisierung des Projekts der sechs Bauunternehmen hatte, um das Stadtzentrum neu zu beleben, beschloss sie in dem Wissen, mit einem Beitrag der Provinz rechnen zu können, das Projekt zu fördern, vor allem durch Deckung des erwarteten Verlustes. Die Gemeinde hat die Kooperationsvereinbarung mit den Bauunternehmen bereits unterzeichnet, die darin vorgesehene Förderung aber noch nicht gewährt.
- (9) Die öffentliche Förderung soll hauptsächlich in Form eines Zuschusses der Gemeinde an die Bauunternehmen in Höhe von 2,98 Mio. EUR gewährt werden (Maßnahme 1). In diesem Betrag ist die finanzielle Unterstützung enthalten, die die Provinz der Gemeinde für dieses Projekt in Höhe von 453 780 EUR (1 000 000 NLG) gewährt; er entspricht dem bei dem Projekt erwarteten Verlust, der anhand der voraussichtlichen Kosten und Einnahmen berechnet wurde.

⁽¹⁾ ABL C 333 vom 29.12.2005, S. 2.

- (10) In einer Bestimmung der Kooperationsvereinbarung ist vorgesehen, dass ein unabhängiger Rechnungsprüfer nach der Abnahme die tatsächlichen Kosten und Einnahmen berechnet. Sollte sich herausstellen, dass der von dem Sachverständigen im Nachhinein berechnete tatsächliche Verlust geringer ist als der veranschlagte Verlust, auf dessen Grundlage der Zuschuss gewährt wurde, so müssen nur 50 % des Teils des Zuschusses, der den tatsächlichen Verlust übersteigt, an die Gemeinde zurückgezahlt werden. Mit anderen Worten, die Projektträger können die übrigen 50 % des Teils der Förderung, mit dem kein Verlust abgedeckt wird, behalten. Diese Bestimmung wird nachstehend „Teilrückzahlungsregelung“ genannt. Sollte der erlittene Verlust höher ausfallen als erwartet, so wird der Zuschuss der Gemeinde nicht erhöht.
- (11) Die Kommission hat das Verfahren nicht nur wegen der Förderung in Form eines Zuschusses (Maßnahme 1) eingeleitet, sondern auch wegen dreier weiterer Maßnahmen, die eine Beihilfe darstellen könnten. Die zweite Maßnahme ist die unentgeltliche Übereignung von Grundstücken der Gemeinde an die Projektträger⁽¹⁾ (Maßnahme 2). Diese Grundstücke hatten nach Angaben der niederländischen Behörden in der Anmeldung einen Wert von 233 295 EUR, ein Wertgutachten lag der Kommission jedoch nicht vor. Ferner übernimmt die Gemeinde die Haftung für 35 % der Kosten, die sich nach Ausführung des Projekts aus Schadenersatzansprüchen nach Artikel 49 des Raumordnungsgesetzes ergeben (Maßnahme 3). Für die übrigen 65 % haften die Projektträger. Schließlich war nicht klar, ob die Gemeinde ein Grundstück und ein Gebäude zum Buchwert statt zum Marktwert an die Projektträger verkaufen würde (Maßnahme 4).
- (12) Nach Ausführung des Projekts erhält die Gemeinde unentgeltlich einige Grundstücke, die dann nach der Baugenehmigung als öffentliche Flächen genutzt werden. Die Anmeldung enthält keine genauen Angaben zum Wert dieser Grundstücke (Maßnahme 2a).

2.3 Begünstigte

- (13) Die Begünstigten der genannten Maßnahmen sind die an dem Projekt beteiligten Bauunternehmen.
- (14) Das erste direkt begünstigte Unternehmen ist Rabo Vastgoed B.V. Es gehört zu einem großen Konzern, der international tätig ist, vor allem im Finanzsektor. Rabo Vastgoed B.V. ist für 25 % des Projekts verantwortlich.
- (15) Das zweite direkt begünstigte Unternehmen ist nach der Kooperationsvereinbarung Centrum Haaksbergen B.V. Es ist von fünf Bauunternehmen im Hinblick auf die Ausführung des Projekts gegründet worden. Diese fünf Bauunternehmen sollen alle Bauarbeiten ausführen, mit denen Centrum Haaksbergen B.V. beauftragt wird. Es handelt sich also in erster Linie um eine rechtliche Ad-hoc-Konstruktion ohne „wirkliche“ eigene Wirtschaftstätigkeit. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Centrum Haaksbergen B.V. gewährte Förderung den fünf Unternehmen zugute
- kommen wird. Nach Angaben der niederländischen Behörden sind sie für je 15 % des Projekts verantwortlich. Die Niederlande haben außerdem mitgeteilt, dass RoTij Bouwontwikkeling Oost B.V. landesweit tätig ist, während es sich bei den vier übrigen Bauunternehmen — Besathij B. V., Bouwbedrijf Assink Eibergen B.V., Bouwbedrijf Deeterink B.V., und Bouwburo Jan Scharenborg B.V. — um regionale oder örtliche Betriebe handelt.
- (16) Auch wenn die Begünstigten in dieser Entscheidung als „Bauunternehmen“ bezeichnet werden, bedeutet dies nicht, dass sich ihre Tätigkeit auf Bauleistungen beschränkt. Sie befassen sich mit Immobilienprojekten, von der Entwicklung bis zur Ausführung.

2.4 Relevante Märkte

- (17) Die betroffenen Märkte sind der Markt für den Bau und den Verkauf von Wohnungen und der Markt für den Bau und die Vermietung von Ladenlokalen. Da Haaksbergen nahe der deutschen Grenze liegt, ist es wahrscheinlich, dass bestimmte niederländische und deutsche Lieferanten und Kunden, die auf diesen Märkten agieren, auch im Nachbarland tätig sind.

3. GRÜNDE FÜR DIE EINLEITUNG DES FÖRMLICHEN VERFAHRENS

- (18) Die Kommission hat das förmliche Untersuchungsverfahren eingeleitet, da sie es für möglich hielt, dass bestimmte vom Gemeinderat geplante Maßnahmen eine staatliche Beihilfe darstellen und dass die Beihilfe nicht als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann.
- (19) Hinsichtlich der möglichen Bewertung der Maßnahmen der öffentlichen Hand als Beihilfe wies die Kommission insbesondere darauf hin, dass sich aus der Teilrückzahlungsregelung ein Vorteil für die Bauunternehmen ergibt.
- (20) Zu den möglichen Ausnahmen vom allgemeinen Verbot staatlicher Beihilfen in Artikel 87 Absatz 1 merkte die Kommission zunächst an, dass die in Artikel 87 Absatz 2 Buchstaben b und c vorgesehenen automatischen Freistellungen auf die vorliegenden Beihilfen keine Anwendung finden. Die Beihilfen konnten auch nicht nach Artikel 87 Absatz 2 Buchstabe a als Projekt sozialer Art angesehen werden, unter anderem da der Erwerb der neuen Wohnungen nicht benachteiligten Personen vorbehalten ist.
- (21) Zu den Ausnahmen nach Artikel 87 Absatz 3 wies die Kommission darauf hin, dass die Gemeinde Haaksbergen nicht in einem Fördergebiet liegt und daher nicht für Regionalbeihilfen nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe a oder c in Betracht kommt. Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b ist natürlich nicht anwendbar. Die Kommission hat verschiedene Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen erlassen, in denen festgelegt ist, unter welchen Voraussetzungen eine Beihilfe unter die Freistellung nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c fallen kann. Keine dieser Leitlinien dürfte im

⁽¹⁾ Die sechs Bauunternehmen haben auch rund 90 % der erforderlichen Grundstücke von den früheren privaten Eigentümern erworben.

vorliegenden Fall Anwendung finden. Auch die Ausnahme für benachteiligte Stadtviertel ⁽¹⁾ wurde geprüft. Das Projekt fällt aber schon deshalb nicht unter diese Ausnahme, weil Haaksbergen kein Stadtviertel im Sinne der Bekanntmachung der Kommission ist. Das Gebiet kommt daher logischerweise auch nicht für das europäische Programm URBAN II in Betracht. Die Ausnahme nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe d schließlich, die den kulturellen Bereich betrifft, ist nicht anwendbar, da es bei dem vorliegenden Projekt um einen Neubau geht und nicht um die Renovierung bestehender Gebäude oder andere kulturelle Ziele.

4. STELLUNGNAHMEN DER BETEILIGTEN

- (22) Die Kommission hat keine Stellungnahmen von Beteiligten erhalten.

5. STELLUNGNAHME DER NIEDERLANDE

- (23) In ihrer Antwort auf die Einleitung des förmlichen Untersuchungsverfahrens übermittelten die niederländischen Behörden ergänzende Informationen über die unentgeltliche Übereignung von Grundstücken durch und an die Gemeinde (Maßnahmen 2 und 2a). Bei der unentgeltlichen Übereignung von Grundstücken an die Bauunternehmen (Maßnahme 2) geht es um eine Fläche von 674 m². Die Gemeinde soll 1 077 m² erhalten. Die niederländischen Behörden haben ein Wertgutachten vorgelegt, nach dem der Wert der betroffenen Grundstücke 135 EUR/m² beträgt.
- (24) In Bezug auf ein anderes Grundstück und ein Gebäude, die die Gemeinde an die Bauunternehmen verkauft hat (Maßnahme 4), übermittelten die niederländischen Behörden Informationen, aus denen hervorgeht, dass der Transaktionspreis erheblich höher war als der Preis, den die Gemeinde einige Jahre zuvor für diese Immobilien bezahlt hatte.

6. WÜRDIGUNG DER BEIHILFE

6.1 Vorliegen einer staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag

Staatliche Mittel

- (25) Bei den fünf geprüften Maßnahmen geht es eindeutig um staatliche Mittel. Bei dem Zuschuss (Maßnahme 1) handelt es sich um eine direkte Übereignung von Haushaltsmitteln der Gemeinde. Die Übertragung des Eigentums an Grundstücken und Gebäuden verändert den Gesamtwert des Gemeindevermögens (Maßnahmen 2, 2a und 4). Auch bei der letzten Maßnahme (Maßnahme 3) geht es um Mittel der Gemeinde, da eine Garantie übernommen wird, die in der Zukunft zur Auszahlung von Mitteln führen kann, ohne dass die Zahlung einer entsprechenden Garantieprämie verlangt wird.

Vorteil

- (26) Der Gemeindegzuschuss (Maßnahme 1) stellt einen Vorteil für die begünstigten Unternehmen dar; sie erhalten Mittel, die sie unter Marktbedingungen nicht erhalten hätten.
- (27) Als Ausgleich für die unentgeltliche Übereignung von Grundstücken durch die Gemeinde (Maßnahme 2) ist in der Vereinbarung die Übereignung einer größeren Fläche an die

Gemeinde (Maßnahme 2a) vorgesehen. Nach dem von den Niederlanden vorgelegten Wertgutachten erhält die Gemeinde netto eine Fläche im Wert von 54 405 EUR ⁽²⁾. Zusammengenommen ergibt sich daher aus diesen beiden Maßnahmen kein Vorteil für die Bauunternehmen.

- (28) Die Gemeinde übernimmt auch 35 % der Kosten, die sich aus Planungsschadenersatzansprüchen ergeben (Maßnahme 3). Unter Nummer 2.1.2 der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften ⁽³⁾ heißt es: „*Staatliche Garantien bieten den Vorteil, dass das Risiko, auf das sich die Garantie bezieht, vom Staat getragen wird. Diese Risikoträgerfunktion sollte normalerweise durch eine angemessene Prämie vergütet werden. Verzichtet der Staat auf eine solche Prämie, so ist dies ein Vorteil für das Unternehmen und ein Entzug von Ressourcen des Staates. Selbst wenn im Rahmen einer Garantie keinerlei Zahlungen des Staates erfolgen, kann also trotzdem eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 vorliegen. Die Beihilfe wird bei Übernahme der Garantie gewährt und nicht erst dann, wenn die Garantie in Anspruch genommen wird oder aufgrund der Garantie Zahlungen erfolgen. Ob eine Garantie eine staatliche Beihilfe darstellt oder nicht und, falls dies der Fall ist, auf welchen Betrag sie sich beläuft, muss zum Zeitpunkt der Garantieübernahme beurteilt werden.*“ Im vorliegenden Fall weist die Kommission darauf hin, dass das Risiko, aufgrund von Schadenersatzansprüchen Zahlungen leisten zu müssen, zum Teil von der öffentlichen Hand getragen wird und dass die Gemeinde für diese Teilgarantie keine Prämie erhält. Durch diese Maßnahme sparen die Unternehmen die Kosten, die sie im Rahmen eines Bauprojekts normalerweise tragen müssten, sei es in Form einer Garantie-/Versicherungsprämie, sei es, falls sie keine Versicherung abschließen, in Form von Rückstellungen für eventuelle Schadenersatzleistungen. Ein Vorteil ist daher gegeben.
- (29) Was den Verkauf gemeindeeigener Immobilien an die Bauunternehmen (Maßnahme 4) betrifft, so wird der im Beschluss zur Einleitung des Verfahrens geäußerte Verdacht eines Verkaufs zum Buchwert durch die von den niederländischen Behörden übermittelten ergänzenden Informationen über den von der Gemeinde bei Erwerb der Immobilien bezahlten Preis ausgeräumt. Die zusätzlichen Unterlagen zeigen nämlich, dass die Gemeinde in kurzer Zeit einen beachtlichen Veräußerungsgewinn erzielt hat. Sie hat sich daher keine möglichen Einnahmen entgehen lassen. Das Geschäft enthält daher keinen Vorteil für die Bauunternehmen.
- (30) Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass zwei Maßnahmen einen Vorteil für die Bauunternehmen mit sich bringen (Maßnahmen 1 und 3), die übrigen (Maßnahmen 2, 2a und 4) dagegen nicht. Diese Maßnahmen stellten daher keine staatlichen Beihilfen dar und werden nicht weiter geprüft.
- (31) In den vorstehenden Erwägungsgründen ist der mögliche Vorteil für die Bauunternehmen ermittelt worden. Die Kommission muss ferner prüfen, ob der Vorteil nicht zum Teil an die Käufer oder Mieter der Wohnungen und

⁽¹⁾ Bekanntmachung der Kommission hinsichtlich des Außerkrafttretens des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen an Unternehmen in benachteiligten Stadtvierteln (ABl. C 119 vom 22.5.2002, S. 21).

⁽²⁾ Übereignung an die Bauunternehmen: 674 m² × 135 EUR = 90 990 EUR; Übereignung an die Gemeinde: 1 077 m² × 135 EUR = 145 395 EUR.

⁽³⁾ ABl. C 71 vom 11.3.2000, S. 14.

Ladenlokale weitergegeben wird. Denn sie können Wohnungen und Ladenlokale kaufen oder mieten, die anderenfalls gar nicht vorhanden oder teurer wären. Dieser Vorteil wäre jedoch indirekt und schwer fassbar. Auf jeden Fall ist nicht wahrscheinlich, dass ein Vorteil für 58 Haushalte unter die Regeln für staatliche Beihilfen fällt, soweit die von der Beihilfe indirekt Begünstigten keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Für die Wirtschaftsbeteiligten, z. B. die 11 Geschäfte, wäre der eventuelle Vorteil sehr gering und läge auf jeden Fall unter der in der De-minimis-Verordnung festgelegten Schwelle. Die Kommission beschränkt ihre Prüfung daher auf die mögliche staatliche Beihilfe zugunsten der Bauunternehmen.

Selektivität

- (32) Die Maßnahmen sind eindeutig selektiv, da sie auf die an dem Projekt beteiligten Unternehmen beschränkt sind.

Verfälschung des Wettbewerbs

- (33) Dank der staatlichen Beihilfe führen die Unternehmen ein anderenfalls unrentables Projekt aus, das im Bau und im Verkauf oder in der Vermietung von Wohnungen und Ladenlokalen besteht. Die staatliche Beihilfe verfälscht daher unmittelbar den Wettbewerb, da dem Bestand neue Wohnungen und Ladenlokale hinzugefügt werden.
- (34) Eine weitere Verfälschung des Wettbewerbs könnte darin bestehen, dass die staatliche Beihilfe den von den Unternehmen bei dem Projekt erlittenen Verlust übersteigt. Mit diesem „zusätzlichen“ Zuschuss könnten beispielsweise bei *künftigen* Bauprojekten niedrigere Preise verlangt werden, oder er könnte für andere Tätigkeiten verwendet werden. Die Kommission weist darauf hin, dass diese weitere Verfälschung nicht auftreten würde, wenn die Unternehmen den Teil des Zuschusses, der den von dem Rechnungsprüfer nach Abschluss des Projekts berechneten tatsächlichen Verlust übersteigt, vollständig zurückzahlen müssten. Die Kommission stellt fest, dass die Unternehmen aufgrund der Teilrückzahlungsregelung 50 % des den Verlust übersteigenden Zuschusses behalten können. Eine weitere Verfälschung kann daher nicht ausgeschlossen werden.

Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

- (35) Die Kommission weist darauf hin, dass Haaksbergen nahe der deutschen Grenze liegt. Darum sind auf dem Markt für den Bau und den Verkauf oder die Vermietung von Wohnungen und Ladenlokalen deutsche Bauunternehmen präsent. Ferner sind einige der beteiligten Unternehmen international tätig. Es liegt daher zumindest eine potenzielle Beeinträchtigung des Handels vor.
- (36) Der Zuschuss (Maßnahme 1) und die Teilgarantie (Maßnahme 3) können nach Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag als staatliche Beihilfe angesehen werden. Die unentgeltliche Übereignung von Grundstücken (Maßnahmen 2 und 2a, die miteinander verbunden sind) sowie der Verkauf eines Grundstücks und eines Gebäudes (Maßnahme 4) stellen keine staatlichen Beihilfen dar.

6.2 Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt

- (37) Die Niederlande haben in ihrer Anmeldung keine besondere Freistellung vom allgemeinen Verbot staatlicher Beihilfen in Artikel 87 Absatz 1 geltend gemacht, aufgrund deren die Beihilfe genehmigt werden könnte.
- (38) Wie bereits erwähnt bezweifelte die Kommission im Beschluss zur Einleitung des förmlichen Untersuchungsverfahrens, dass die Beihilfe auf der Grundlage der Ausnahmen des Artikels 87 Absatz 2 und Absatz 3 Buchstaben a, b und d oder der zu Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c erlassenen Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann. In ihrer Antwort auf den Beschluss haben die Niederlande sich nicht zur Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt geäußert. Bei der weiteren Prüfung durch die Kommission haben sich hierzu keine neuen Gesichtspunkte ergeben. Die Kommission gelangt daher zu dem Schluss, dass die Beihilfe aus den genannten rechtlichen Gründen nicht als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann.
- (39) Was die mögliche Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt nach Artikel 86 Absatz 2 angeht, so ist die Kommission der Auffassung, dass die wirtschaftliche Tätigkeit, die mit der Beihilfe gefördert wird, nämlich der Bau und der Verkauf oder die Vermietung qualitativ hochwertiger Wohnungen und Ladenlokale, deren Erwerb nicht einer bestimmten sozialen Gruppe vorbehalten ist, sicherlich nicht als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gelten kann. Die Niederlande haben sich hierauf auch nicht berufen. Artikel 86 Absatz 2 ist auf die vorliegende Beihilfe nicht anwendbar.
- (40) Die Kommission muss jedoch prüfen, ob die in den Maßnahmen 1 und 3 enthaltenen Beihilfen nicht direkt nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden können, der bestimmt, dass „Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“, als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden können.
- (41) Bei dieser Prüfung berücksichtigt die Kommission zunächst die Ziele der Gemeinschaft und prüft dann, ob die geplante Beihilfe in Bezug auf die verfolgten Ziele geeignet und verhältnismäßig ist und Wettbewerb und Handel nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt.
- (42) Zu den Zielen, zu deren Verwirklichung das geförderte Projekt einen Beitrag leistet, merkt die Kommission Folgendes an. Wie die niederländischen Behörden erklärt haben, hat eine Erhebung von 2001 ergeben, dass sich 65 % der Einwohner von Haaksbergen im Stadtzentrum unsicher fühlen und dieses deshalb meiden. Dieses Unsicherheitsgefühl wird durch die Zahl der von der Polizei registrierten

Straftaten bestätigt. Das Projekt mit Geschäften im Erdgeschoss und Wohnungen in den darüber liegenden Geschossen und mit neuen Wohngebäuden auf bis dahin brachliegendem Gelände wurde insbesondere entworfen, um die Unsicherheit in diesem Gebiet zu bekämpfen. Die niederländischen Behörden haben auch erklärt, dass sich zwar rund um das Stadtzentrum drei Einkaufsstraßen mit Erfolg entwickelt haben, dass aber das Zentrum selbst nach wie vor wirtschaftlich unterentwickelt ist und eine Art Barriere zwischen diesen drei wirtschaftlich erfolgreichen Einkaufszonen bildet. Das Projekt soll das Stadtzentrum attraktiver machen und die Verarmung und den zunehmenden Leerstand vorhandener Geschäfte aufhalten. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass das Projekt positive Auswirkungen auf das allgemeine Interesse hat, was die Gemeinde auch zur Begründung der Beihilfe anführt.

- (43) Zur Verhältnismäßigkeit der Beihilfe stellt die Kommission fest, dass mit der Beihilfe der Verlust abgedeckt werden soll, der den Unternehmen aus dem Projekt entsteht, das ohne die Beihilfe nicht ausgeführt würde. Die Beihilfe ist verhältnismäßig, soweit sie den tatsächlichen Verlust der sechs Unternehmen abdeckt, die die Wohnungen und Ladenlokale zu Preisen verkaufen oder vermieten, die den üblichen Preisen für vergleichbare Objekte in diesem Gebiet entsprechen. Das Projekt enthält jedoch eine potenzielle „zusätzliche“ Beihilfe, die sich aus der Teilrückzahlungsregelung ergibt. Nach dieser Bestimmung der Kooperationsvereinbarung zwischen der Gemeinde und den Bauunternehmen wird der aus dem Projekt tatsächlich entstandene Verlust nach der Abnahme von einem Rechnungsprüfer anhand der tatsächlichen Kosten und Einnahmen berechnet. Ist der tatsächliche Verlust geringer als der veranschlagte Verlust, auf dessen Grundlage der Zuschuss (Maßnahme 1) während der Laufzeit des Projekts gewährt wird, müssen nur 50 % des Teils des Zuschusses, der den tatsächlichen Verlust übersteigt, an die Gemeinde zurückgezahlt werden. Die Bauunternehmen können also 50 % des Teils des Zuschusses, mit dem kein tatsächlicher Verlust abgedeckt wird, behalten. Wenn der tatsächliche Zuschuss beispielsweise statt der erwarteten 2,98 Mio. EUR Null beträgt, zahlen die Unternehmen 1,49 Mio. EUR zurück und können den gleichen Betrag behalten. Der Betrag der staatlichen Mittel, der den tatsächlichen Verlust übersteigt, ist nicht notwendigerweise für die Ausführung des Projekts bestimmt. Daraus kann geschlossen werden, dass die Beihilfe nur durch eine Bestimmung, nach der die vollständige Rückzahlung des den tatsächlichen Verlust übersteigenden Zuschussteils verlangt wird, auf das unbedingt Notwendige beschränkt werden könnte und damit verhältnismäßig würde. Die Kommission weist auch darauf hin, dass eine solche „Vollrückzahlungsregelung“ anders als die derzeitige Teilrückzahlungsregelung auch der in der Teilgarantie (Maßnahme 3) enthaltenen Beihilfe und nicht nur dem Zuschuss (Maßnahme 1) Rechnung tragen müsste.
- (44) Zum Umfang der Wettbewerbsverfälschung und der Beeinträchtigung des Handels merkt die Kommission an, dass die Beihilfe zu einer Erhöhung des derzeitigen Bestandes um 58 Wohnungen und 11 Ladenlokale führt, die zu Preisen angeboten werden, die den gängigen Preisen für vergleichbare Objekte in dem betreffenden Gebiet entsprechen. Die Kommission weist darauf hin, dass die Verfälschung des Wettbewerbs und deren Auswirkungen auf die Handelsbedingungen, die durch ein solches örtliches und wenig umfangreiches Projekt verursacht werden, gering sind und

dass sie die festgestellten positiven Auswirkungen nicht überwiegen.

- (45) Wie bereits im Zusammenhang mit der zusätzlichen Wettbewerbsverfälschung dargelegt ist die Kommission der Auffassung, dass die Beihilfe, soweit sie den erlittenen Verlust abdeckt, den sechs Unternehmen keine Mittel verschafft, die sie bei künftigen Projekten verwenden könnten, um den Wettbewerb zu verfälschen oder den Handel zu beeinträchtigen. Dies gilt jedoch nicht für die Beihilfe, die über den tatsächlichen Verlust hinaus gewährt wird. Wie bereits erwähnt ermöglicht die Teilrückzahlungsregelung eine solche „zusätzliche“ Beihilfe.
- (46) Die Kommission gelangt zu dem Schluss, dass der Teil der Beihilfe, der den von einem unabhängigen Rechnungsprüfer im Nachhinein berechneten, aus dem Projekt tatsächlich entstandenen Verlust abdeckt, die Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete fördert, ohne die Handelsbedingungen in einer Weise zu verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Die Kommission gelangt ferner zu dem Schluss, dass der Teil der Beihilfe, der den von einem unabhängigen Rechnungsprüfer im Nachhinein berechneten, aus dem Projekt tatsächlich entstandenen Verlust übersteigt, für die Ausführung des Projekts nicht erforderlich ist und sich negativ auf die Handelsbedingungen auswirkt.

7. SCHLUSSFOLGERUNG

- (47) Aus den vorstehenden Erwägungen gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass der Teil der Beihilfe, der den nach der Abnahme von einem unabhängigen Rechnungsprüfer berechneten, aus dem Projekt tatsächlich entstandenen Verlust abdeckt, bis zu einem Betrag von 2,98 Mio. EUR (Maßnahme 1), zuzüglich einer angemessenen Garantierprämie (Maßnahme 3), nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist. Der Teil der Beihilfe, der den nach der Abnahme von einem unabhängigen Rechnungsprüfer berechneten, aus dem Projekt tatsächlich entstandenen Verlust übersteigt, ist weder nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c noch nach einer anderen Ausnahmeregelung mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar. Dieser Teil ist daher mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar –

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Die unentgeltliche Übereignung von Grundstücken (Maßnahme 2), die die Niederlande zugunsten der an dem Projekt Marktpassageplan in Haaksbergen beteiligten Bauunternehmen vorzunehmen beabsichtigen, stellt keine staatliche Beihilfe dar, da sie mit der unentgeltlichen Übereignung einer größeren Grundstücksfläche in umgekehrter Richtung (Maßnahme 2a) verbunden ist.

Der Verkauf eines Grundstücks und eines Gebäudes an diese Unternehmen (Maßnahme 4) stellt ebenfalls keine staatliche Beihilfe dar.

Artikel 2

Der Zuschuss von 2 984 000 EUR (Maßnahme 1) und die Deckung von 35 % der Kosten im Zusammenhang mit Schadenersatzansprüchen nach Artikel 49 des Raumordnungsgesetzes

(Maßnahme 3), die die Niederlande den an dem Projekt Marktpassageplan in Haaksbergen beteiligten Unternehmen zu gewähren beabsichtigen, stellen eine staatliche Beihilfe dar.

Artikel 3

Der Teil der in Artikel 2 genannten Beihilfe, der den nach der Abnahme von einem unabhängigen Rechnungsprüfer berechneten, aus dem Projekt tatsächlich entstandenen Verlust abdeckt, ist mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar.

Der Teil der in Artikel 2 genannten Beihilfe, der den nach der Abnahme von einem unabhängigen Rechnungsprüfer berechneten, aus dem Projekt tatsächlich entstandenen Verlust übersteigt, ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar.

Artikel 4

Die Niederlande teilen der Kommission innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung mit, welche Maßnahmen sie getroffen haben, um ihr nachzukommen.

Artikel 5

Diese Entscheidung ist an das Königreich der Niederlande gerichtet.

Brüssel, den 4. April 2006.

Für die Kommission

Neelie KROES

Mitglied der Kommission

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION**vom 26. April 2006****über die von Frankreich geplante staatliche Beihilfe zugunsten von Euromoteurs
(C 1/2005 (ex N 426/2004))***(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 1540)***(Nur der französische Text ist verbindlich)****(Text von Interesse für den EWR)**

(2006/747/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN -

2. **BESCHREIBUNG DER MASSNAHMEN**

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 88 Absatz 2 erster Unterabsatz,

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

nach Aufforderung der Beteiligten zur Äußerung nach den genannten Artikeln ⁽¹⁾ und unter Berücksichtigung dieser Stellungnahme,

in Erwägung nachstehender Gründe:

1. VERFAHREN

- (1) Mit dem am 5. Oktober 2004 eingetragenen Schreiben hat Frankreich der Kommission mitgeteilt, dass es beabsichtigt, sich mit 2 Mio. EUR an der Umstrukturierung des Unternehmens Euromoteurs zu beteiligen. Der Fall wurde unter der Nummer N426/2004 registriert. Mit Schreiben vom 18. Oktober 2004 hat die Kommission ergänzende Angaben zu der Anmeldung angefordert. Frankreich hat seine Antwort in einem Schreiben vom 1. Dezember 2004 übermittelt.
- (2) Mit Schreiben vom 19. Januar 2005 hat die Kommission Frankreich ihre Entscheidung mitgeteilt, in Bezug auf diese Beihilfemaßnahme das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag einzuleiten. Die Entscheidung wurde im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht ⁽²⁾. Die Kommission forderte darin alle Beteiligten auf, zu der fraglichen Beihilfemaßnahme Stellung zu nehmen.
- (3) Mit Schreiben vom 19. Mai 2005 haben die französischen Behörden der Kommission ihre Bemerkungen übermittelt. Am 12. Oktober 2005 wurde eine Besprechung zwischen den französischen Behörden und Vertretern der Kommission abgehalten. Mit Schreiben vom 10. November 2005 und per E-Mail vom 31. Januar 2006 haben die französischen Behörden der Kommission weitere Informationen zugeleitet.

2.1 Das begünstigte Unternehmen

- (4) Euromoteurs S.A.S. („Euromoteurs“) ist aus einem ehemaligen Tochterunternehmen des Unternehmens Moulinex hervorgegangen, einem Hersteller von überwiegend für Haushaltsgeräte bestimmten Elektromotoren.
- (5) Moulinex gründete im Dezember 1999 für die Motorenherstellung das Tochterunternehmen Compagnie Générale des Moteurs Electriques („CGME“). Im September 2001 wurde ein gerichtliches Sanierungsverfahren bei Moulinex eingeleitet, was auch die Einleitung eines Sanierungsverfahrens bei CGME nach sich zog. Als der Konzern SEB („SEB“) im Oktober 2001 Moulinex teilweise übernahm, hat er die CGME nicht übernommen, mit dieser jedoch einen Liefervertrag mit einer Laufzeit von vier Jahren geschlossen, so dass diese ihren Betrieb wieder aufnehmen konnte.
- (6) Im Januar 2002 gründeten zwölf Führungskräfte der CGME die Compagnie Financière des Moteurs Electriques S.A.R.L. („COFIME“), eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die ein Konstruktionsbüro betreibt und die Mehrheitsbeteiligung an Euromoteurs besitzt, das im September des gleichen Jahres gegründet wurde.
- (7) Im September 2002 übernahmen COFIME und Euromoteurs die Aktiva der CGME. Mit dem Urteil des Handelsgerichts, in dem dieses Rechtsgeschäft genehmigt wird, wurden Entlassungen aus wirtschaftlichen Gründen sowie Veräußerungen von Aktiva bis September 2004 untersagt.
- (8) Dieses Verbot steht im Widerspruch zu dem ursprünglichen Vorhaben der Übernehmer, nach dem die Produktionsmittel der CGME auf einen statt der bisherigen zwei Standorte konzentriert und über die Hälfte der Beschäftigten entlassen werden sollten. Darüber hinaus musste das Unternehmen einen starken Rückgang der Verkaufszahlen hinnehmen, der Frankreich zufolge auf die sehr ungünstige internationale Konjunktur, die rückläufige Auftragslage bei SEB und auf den Einbruch des Dollarkurses gegenüber dem Euro zurückzuführen sei.

⁽¹⁾ ABL C 137 vom 4.6.2005, S. 16.

⁽²⁾ Vgl. Fußnote 1.

(9) Die Entwicklung der Finanzzeckdaten von Euromoteurs:

(Mio. EUR)	2002 (4 Geschäfts- monate)	2003	2004
Umsatz	13	25	18
Nettoergebnis	-0	-1	-5
Eigenkapital	4	3	-3

(10) Im Jahr 2004 machten die Lieferungen an SEB 93 % des Umsatzes von Euromoteurs aus.

2.2 Der Markt

(11) Den im Dezember 2004 übermittelten Angaben zufolge liegt der Anteil der von Euromoteurs hergestellten Universalmotoren für Haushaltselektrogeräte am gesamten europäischen Verbrauch bei 25 %. Im Rahmen seiner Diversifizierungsstrategie beabsichtigt das Unternehmen für 2006 eine Produktionssteigerung auf fast 10 % des europäischen Verbrauchs an Sitzmotoren.

(12) Nach den Angaben der französischen Behörden sind die wichtigsten Wettbewerber von Euromoteurs sowohl für Universalmotoren (Ametek, Domel, LG, Johnson Electric, Sun Motors) als auch für Dauermagnetmotoren (Valeo, Bosch, Meritor, Johnson Electric) in Europa und in Asien angesiedelt.

2.3 Der Umstrukturierungsplan

(13) Der von den französischen Behörden übermittelte Umstrukturierungsplan erstreckt sich auf einen Zeitraum von zwei Jahren ab Auszahlung der angemeldeten Beihilfe. Der Plan umfasst eine betriebliche, eine finanzielle und eine soziale Umstrukturierung mit Gesamtkosten von 5,95 Mio. EUR:

— Im Rahmen der betrieblichen Umstrukturierung, deren Kosten auf 1,10 Mio. EUR veranschlagt werden, sind folgende Maßnahmen vorgesehen:

- 1) Schließung eines der beiden Produktionsstandorte
- 2) Suche nach kostengünstigeren Bezugsquellen
- 3) Suche nach neuen Handelspartnern
- 4) Diversifizierung im Automobilssektor (Sitzmotoren)

— Im Rahmen der finanziellen Sanierung sollen die Schulden des Unternehmens in Höhe von 2,5 Mio. EUR getilgt werden.

— Im Rahmen der sozialen Umstrukturierung soll die berufliche Umstellung der 246 entlassenen Beschäftigten mit einem Betrag von 2,35 Mio. EUR unterstützt werden.

(14) Finanzierung des Umstrukturierungsvorhabens:

— Schließung eines der beiden Produktionsstandorte: 1,45 Mio. EUR

— Vorschuss auf den SEB-Auftrag: 1,5 Mio. EUR

— Verpflichtung des Aktionärs zur Leistung der Einlage in Höhe von 1 Mio. EUR

— Umstrukturierungsbeihilfe

2.4 Beschreibung der Beihilfe

(15) In der Anmeldung vom 5. Oktober 2004 wurde angegeben, dass die geplante Umstrukturierungsbeihilfe 2 Mio. EUR betragen soll.

(16) Laut Schreiben der französischen Behörden vom 1. Dezember 2004 würde die angemeldete Beihilfe von insgesamt 2,25 Mio. EUR in Form eines staatlichen Zuschusses in Höhe von 1 Mio. EUR und eines Erlasses von Schulden bei lokalen Gebietskörperschaften (1 Mio. EUR bei dem Regionalrat und 0,25 Mio. EUR bei den Generalräten der Departements Manche und Calvados) gewährt.

(17) Demgegenüber gaben die französischen Behörden in ihrem Schreiben vom 10. November 2005 an, dass sich der Bedarf an öffentlichen Fördermitteln auf mindestens 2,65 Mio. EUR beläuft.

(18) Folglich bleibt weiterhin unklar, ob die angemeldete Beihilfe 2 Mio. EUR, 2,25 Mio. EUR oder 2,65 Mio. EUR beträgt.

3. GRÜNDE FÜR DIE EINLEITUNG DES VERFAHRENS NACH ARTIKEL 88 ABSATZ 2 EG-VERTRAG

(19) Die Entscheidung, das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu eröffnen, beinhaltet eine vorläufige Würdigung der Maßnahme, insbesondere unter Berücksichtigung der Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten⁽³⁾ aus dem Jahr 1999 („die Leitlinien“).

(20) In dieser Entscheidung bezweifelte die Kommission, dass es mit dem Umstrukturierungsplan gelingen werde, die Rentabilität von Euromoteurs wiederherzustellen, dass unzulässige Wettbewerbsverfälschungen vermieden würden und die Beihilfe sich auf das Mindestmaß beschränke.

(21) Die Kommission führte ferner an, dass Euromoteurs gemäß Artikel 44 septies des französischen Allgemeinen Steuergesetzbuchs („Artikel 44 septies“) von bestimmten Steuern freigestellt worden sei. Beihilfen dieser Art wurden in der Entscheidung 2004/343/EG der Kommission vom 16. Dezember 2003 über die von Frankreich durchgeführte Beihilferegulierung betreffend die Übernahme von Unternehmen in Schwierigkeiten⁽⁴⁾ als mit dem Vertrag unvereinbar erklärt. Unter Bezugnahme auf das „Deggendorf-Urteil“ äußerte die Kommission ferner Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der angemeldeten Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt.

⁽³⁾ ABl. C 288 vom 9.10.1999, S. 2

⁽⁴⁾ ABl. L 108 vom 16.4.2004, S. 38.

4. STELLUNGNAHMEN VON DRITTEN UND BEMERKUNGEN FRANKREICHS

- (22) Nach der Einleitung des Verfahrens sind bei der Kommission keine Stellungnahmen von Dritten eingegangen. Die Bemerkungen Frankreichs werden im Folgenden zusammenfassend wiedergegeben.

Gewährung einer rechtswidrigen und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren Beihilfe an Euromoteurs

- (23) Mit Schreiben vom 19. Mai 2005 haben die französischen Behörden bestätigt, dass Euromoteurs Steuerbefreiungen nach Artikel 44 *septies* gewährt wurden.
- (24) Mit Schreiben vom 15. März 2005 hatten die französischen Behörden der Kommission bereits mitgeteilt, dass die dadurch gewährten finanziellen Vorteile sich auf maximal 1,7 Mio. EUR für Euromoteurs und 1,5 Mio. EUR für COFIME beliefen ⁽⁵⁾.
- (25) Zu dem Zeitpunkt, als Euromoteurs Steuervorteile nach Artikel 44 *septies* in Anspruch nahm, war das Unternehmen weder ein kleines oder mittleren Unternehmen, wie in der Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der kleinen und mittleren Unternehmen ⁽⁶⁾ definiert, noch in einem Gebiet angesiedelt, das Anspruch auf Regionalbeihilfen hat. Daher ist die Kommission, auch wenn der Betrag der mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren und zurückzufordernden Beihilfe zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Entscheidung noch nicht genau bekannt ist, zu der Auffassung gekommen, dass Euromoteurs voraussichtlich rund 1,7 Mio. EUR zurückerstatten werden muss. Dieser Betrag wird sich zudem noch um Rückforderungszinsen nach Artikel 14 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 EG-Vertrag ⁽⁷⁾ erhöhen.
- (26) In ihren Bemerkungen vom 19. Mai 2005 haben die französischen Behörden erklärt, dass bei der Ermittlung des für die Umstrukturierung von Euromoteurs erforderlichen Beihilfebetrags eine eventuelle Rückzahlung der rechtswidrigen und nicht mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Beihilfe, die das Unternehmen erhalten hat, nicht berücksichtigt wurde und dass eine solche Rückzahlung, falls sie zu leisten wäre, eine drastische Verschlechterung der finanziellen Situation von Euromoteurs zur Folge hätte.

Wiederherstellung der Rentabilität nach der Umstrukturierung

- (27) Die französischen Behörden haben die Kommission darüber unterrichtet, dass Euromoteurs Mitte 2005 (als Ersatz für die Verträge zwischen SEB und Euromoteurs) mit der Firma Johnson Electric Industrial Manufacturing Ltd („Johnson“) einen fallend gestaffelten Liefervertrag für einen Zeitraum von drei Jahren mit einem Auftragsvolumen von 12 Mio. EUR im Jahr 2005 und von 9 Mio. EUR im Jahr 2006 geschlossen hat. Durch diesen Vertrag kann sich Euromoteurs ferner zu günstigen Bedingungen bei Johnson mit Ausgangsprodukten und Unterbaugruppen versorgen.

⁽⁵⁾ Bei der Berechnung des finanziellen Vorteils wurden die nach dem einschlägigen Gemeinschaftsrahmen gestatteten Abzüge nicht berücksichtigt.

⁽⁶⁾ ABL L 124 vom 20.5.2003, S. 36.

⁽⁷⁾ ABL L 83 vom 27.3.1999, S. 1. Geändert durch die Beitrittsakte von 2003.

- (28) Frankreich macht geltend, dass nach Angaben des branchenübergreifenden Zusammenschlusses der Haushaltsgerätehersteller (Groupement interprofessionnel des fabricants d'appareils d'équipement ménager) in der Haushaltsgerätebranche vertraglich festgelegte Lieferbeziehungen rar sind und die Dauer solcher Lieferverträge selten über ein Jahr hinausgeht. Daraus habe es gefolgt, dass der Auftraggeber mit diesem Dreijahresvertrag seinem Interesse am Aufbau langfristiger Geschäftsbeziehungen Ausdruck geben wollte.

- (29) Die französischen Behörden haben ferner für 2006 eine vorläufige Ergebnisrechnung und Einschätzung der Liquiditätslage von Euromoteurs vorgelegt. Zusätzlich zu den Lieferungen im Wert von 9 Mio. EUR an Johnson beabsichtigt Euromoteurs, durch die Diversifizierung seines Kundenstamms einen Umsatz von weiteren 6 Mio. EUR zu erwirtschaften. Im November 2005 waren 25 % dieses angestrebten Volumens durch Aufträge gesichert, ferner wurden Verhandlungen über Verträge mit einem Auftragsvolumen von 0,6 Mio. EUR geführt.

Vermeidung unzulässiger Wettbewerbsverfälschungen

- (30) Die französischen Behörden haben ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Euromoteurs zum Ende der Unternehmensanierung nach der Entlassung von 60 % der Belegschaft und der Schließung eines der beiden Produktionsstandorte ein mittleres Unternehmen im Sinne der gemeinschaftlichen Definition geworden war. Sie argumentieren, dass das Unternehmen sich im Wettbewerb mit großen Konzernen wie Ametek in Italien, Domel in Slowenien und Goldstar in Korea befand, die über deutlich besser ausgebaute Vertriebsnetze als Euromoteurs verfügten.
- (31) Angesichts der Tatsache, dass Euromoteurs inzwischen ein mittleres Unternehmen geworden war, haben die französischen Behörden angeregt, dass die Kommission ihre Analyse im Rahmen der neuen Leitlinien für Umstrukturierungsbeihilfen ⁽⁸⁾ vornimmt.

5. WÜRDIGUNG

5.1 Vorliegen einer staatlichen Beihilfe

- (32) Die von Frankreich angemeldete Maßnahme stellt eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag dar. Es handelt sich um eine vom Staat gewährte und aus staatlichen Mitteln finanzierte Beihilfe zugunsten eines bestimmten Unternehmens (Euromoteurs). Darüber hinaus hat Euromoteurs Wettbewerber auf dem Gemeinsamen Markt, unter anderem Ametek in Italien und Domel in Slowenien, und seine Produkte sind Gegenstand internationaler Handelsbeziehungen (Euromoteurs hat unter anderem Kunden in Deutschland und Ägypten). Folglich beeinträchtigt die Maßnahme den Handel zwischen Mitgliedstaaten und verfälscht den Wettbewerb bzw. droht, diesen zu verfälschen.

- (33) Frankreich hat also seine Verpflichtungen im Sinne des Artikels 88 Absatz 33 EG-Vertrag erfüllt.

⁽⁸⁾ ABL C 244 vom 1.10.2004, S. 2.

5.2 Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt

Vorbemerkung

- (34) In dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 3. Oktober 1991 in der Rechtssache Italien gegen Kommission⁽⁹⁾ heißt es wörtlich: „Wenn die Kommission die Vereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe mit dem Gemeinschaftsrecht nach dem Verfahren des Artikels 93 Absatz 2 EWG-Vertrag prüft, muss sie alle einschlägigen Umstände gegebenenfalls einschließlich des bereits in einer vorhergehenden Entscheidung beurteilten Zusammenhangs sowie die Verpflichtung, die einem Mitgliedstaat durch diese vorhergehende Entscheidung auferlegt wurden, prüfen.“
- (35) Im „Deggendorf“-Urteil vom 15. Mai 1997⁽¹⁰⁾ hat der Gerichtshof dies noch näher ausgeführt: In Fällen, in denen eine zuvor empfangene rechtswidrige und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe noch nicht zurückgezahlt wurde, obwohl dies per Entscheidung der Kommission angeordnet wurde, muss bei der Prüfung einer weiteren Beihilfe zugunsten des selben Empfängers erstens die kumulierende Wirkung der früheren rechtswidrigen und mit dem Gemeinsamen Markt nicht zu vereinbarenden Beihilfe und der neuen Beihilfe und zweitens die Tatsache, dass die frühere Beihilfe nicht zurückgezahlt wurde, berücksichtigt werden.
- (36) Bei der Prüfung der Vereinbarkeit der von Frankreich angemeldeten Maßnahme wird die Kommission somit alle relevanten Faktoren berücksichtigen. Hierzu zählt auch die Tatsache, dass Euromoteurs den Angaben der französischen Behörden zufolge bereits zuvor in Rahmen einer Beihilferegelung, die von der Kommission als rechtswidrig und mit dem Gemeinsamen Markt teilweise unvereinbar erklärt wurde, eine Beihilfe erhalten hat. Zu berücksichtigen sein wird auch, dass diese Beihilfe, die weder zu den Maßnahmen zählt, die nicht als staatliche Beihilfen betrachtet werden, noch zu den Beihilfen, die von der Kommission als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wurden, entgegen der Anordnung der Entscheidung 2004/343/EG immer noch nicht zurückgezahlt wurde.

Grundsatz des Verbots staatlicher Beihilfen: Ausnahmen

- (37) Die Beihilfe ist im Rahmen der vorliegenden Prüfung als staatliche ad hoc-Beihilfe einzustufen. Artikel 87 Absatz 2 und 3 EG-Vertrag sehen Ausnahmen zu der in Absatz 1 angeführten Unvereinbarkeit vor.
- (38) Die in Artikel 87 Absatz 2 EG-Vertrag aufgeführten Ausnahmen finden auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, da die Beihilfen nicht sozialer Art sind und nicht einzelnen Verbrauchern gewährt werden, sie dienen auch nicht der Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind, und sie sind auch keine Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter, durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland. Dies gilt ebenfalls für die Ausnahmen im Sinne des Artikels 87

Absatz 3 Buchstaben b und d, die auf den vorliegenden Fall eindeutig keine Anwendung finden.

- (39) Weitere Ausnahmebestimmungen sind in Artikel 87 Absatz 3 Buchstaben a und c EG-Vertrag enthalten. Da die Beihilfe nicht in erster Linie regionalpolitische Ziele verfolgt, sondern sich auf die Umstrukturierung eines in Schwierigkeiten befindlichen Unternehmens bezieht, finden nur die Ausnahmen nach Buchstabe c Anwendung. Demnach sind staatliche Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige zulässig, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Die Kommission hat Leitlinien zur Beurteilung von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen veröffentlicht. Im Gegensatz zu der von den französischen Behörden vorgeschlagenen Vorgehensweise muss die fragliche Beihilfe, da sie vor dem 10. Oktober 2004 angemeldet wurde, anhand der in den Leitlinien 1999⁽¹¹⁾ festgelegten Kriterien geprüft werden. Die Maßnahme bezieht sich ganz offensichtlich auf keine weiteren horizontalen Ziele. Darüber hinaus führt Frankreich keine anderen Zielsetzungen an und stützt sich bei der Rechtfertigung der Vereinbarkeit der angemeldeten Maßnahme mit dem Gemeinsamen Markt auf die genannten Leitlinien.

Würdigung der Beihilfe als Umstrukturierungsbeihilfe

Beihilfefähigkeit: Unternehmen in Schwierigkeiten

- (40) Umstrukturierungsbeihilfen können nur Unternehmen gewährt werden, die als „Unternehmen in Schwierigkeiten“ gelten. Dieser Begriff ist unter Abschnitt 2.1 der Leitlinien definiert. Mit einem gezeichneten Kapital von 4 Mio. EUR hat Euromoteurs 2004 einen Verlust von 5,4 Mio. EUR verzeichnet, so dass das Eigenkapital des Unternehmens nunmehr - 2,6 Mio. EUR beträgt. Das Unternehmen kann somit im Sinne von Abschnitt 5 Buchstabe a der Leitlinien als Unternehmen in Schwierigkeiten gelten.
- (41) Unter Ziffer 7 der Leitlinien wird ausgeführt, dass *neu gegründete* Unternehmen für eine Förderung durch Umstrukturierungsbeihilfen nicht in Betracht kommen, und zwar auch dann nicht, wenn ihre Finanzsituation prekär ist. Da das Unternehmen zwei Jahre und einen Monat vor der Anmeldung der Maßnahme gegründet wurde, wird es gemäß dem üblichen Vorgehen der Kommission bei der Anwendung der Leitlinien nicht als *neu gegründetes* Unternehmen betrachtet.

Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen (Ziffer 35 — 39 der Leitlinien)

- (42) Nach dem Abschluss seiner betrieblichen Umstrukturierung ist Euromoteurs nach der Entlassung von 60 % seiner Belegschaft und der Schließung eines der beiden Produktionsstandorte nunmehr ein mittleres Unternehmen. Folglich ist die Kommission der Auffassung, dass die Umstrukturierungsbeihilfe, wenn diese unabhängig von der rechtswidrigen und mit dem Gemeinsamen Markt nicht zu vereinbarenden Beihilfe betrachtet wird, keine unzulässigen Wettbewerbsverzerrungen zu bewirken droht.

⁽⁹⁾ Urteil des Gerichtshofes vom 3. Oktober 1991 in der Rechtssache C-261/89 (Italienische Republik gegen Kommission), Slg.1991, S. I-04437.

⁽¹⁰⁾ Urteil des Gerichtshofes vom 15. Mai 1997 in der Rechtssache C-261/89 (Textilwerke Deggendorf GmbH gegen Kommission und Bundesrepublik Deutschland), Slg. 1997 S. I-2549.

⁽¹¹⁾ Gemäß Ziffer 103 der neuen Leitlinien.

- (43) Wie durch die Urteile des Gerichtshofs⁽¹²⁾ hervorgehoben wurde, muss die Kommission bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt alle relevanten Faktoren berücksichtigen. Zu diesen zählen gegebenenfalls auch die bereits in einer vorangehenden Entscheidung erwogenen Umstände und die Verpflichtungen, die einem Mitgliedstaat mit dieser Entscheidung auferlegt wurden.
- (44) In dem vorliegenden Fall stellt die Kommission Folgendes fest: Solange die Rückzahlung der rechtswidrig gewährten Beihilfen nicht von Euromoteurs geleistet wurden, hätten diese Beihilfen und die neu angemeldete Beihilfe eine kumulierende Wirkung und würden Euromoteurs einen übermäßigen und unzulässigen Vorteil verschaffen, der die Handelsbedingungen in einem Maße verfälschen würde, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Solange die rechtswidrige und nicht mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarende Beihilfe nicht zurückgezahlt wird, bleibt die unzulässige Wettbewerbsverzerrung, die durch diese geschaffen wurden, unbehoben. Erhielte Euromoteurs zusätzlich zu der rechtswidrigen und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren Beihilfe auch noch eine Umstrukturierungsbeihilfe, würde diese Verzerrung noch weiter verstärkt.
- (45) Die Kommission kommt damit zu dem Schluss, dass es zur Vermeidung von unzulässigen Wettbewerbsverzerrungen unverzichtbar ist, dass Euromoteurs die rechtswidrig empfangenen Beihilfen zurückerstattet, bevor dem Unternehmen die angemeldete Umstrukturierungsbeihilfe gewährt werden darf.
- Wiederherstellung der Rentabilität (Ziffer 32 bis 34 der Leitlinien)
- (46) Gemäß Abschnitt 3.2.2 der Leitlinien kann eine Beihilfe nur dann gewährt werden, wenn sie von der Durchführung eines Umstrukturierungsplans abhängig gemacht wird, der es erlaubt, die langfristige Rentabilität des Unternehmens innerhalb einer angemessenen Frist auf der Grundlage realistischer Annahmen hinsichtlich seiner künftigen Betriebsbedingungen wiederherzustellen.
- (47) Um die Rentabilität von Euromoteurs wiederherzustellen, muss das Unternehmen zwei Probleme lösen: Rationalisierung seiner Produktionsanlagen und Diversifizierung des Kundenstamms, um auch unabhängig von den Aufträgen von SEB bestehen zu können (diese Aufträge sind seit 2002 rückläufig und werden mittlerweile über Johnson erteilt).
- (48) In Verbindung mit der Rationalisierung der Produktionsanlagen weist die Kommission darauf hin, dass Euromoteurs durch die Schließung des Standorts Carpiquet und die Entlassung von 246 Beschäftigten seine Betriebskosten erheblich senken (Frankreich hat die durch die Standortzusammenlegung erzielten Einsparungen auf 1,491 Mio. EUR geschätzt) und seine Produktionsanlagen dem Auftragsvolumen anpassen konnte.
- (49) Zur Diversifizierung des Kundenstamms ist anzumerken, dass das Unternehmen durch den Vertrag mit Johnson für den Zeitraum 2005 — 2007 einige Zeit gewonnen hat, um seine Strategie zu festigen, da bis 2007 ein erhebliches Auftragsvolumen gesichert ist. Im Bereich Elektromotoren scheint Euromoteurs, das folgert die Kommission aus den ihr vorliegenden Informationen, mit seiner Diversifizierungsstrategie erste Erfolge zu erzielen. Hingegen gibt es auf dem Markt für Sitzmotoren, der zweiten Säule des

Diversifizierungsprojekts von Euromoteurs, derzeit keine Verhandlungen, die deutliche Fortschritte gemacht hätten.

- (50) Die einzigen Prognosen, die der Kommission von den französischen Behörden übermittelt wurden, beziehen sich auf 2006: In diesen werden der Umsatz von Euromoteurs auf 15 Mio. EUR, das Betriebsergebnis auf 0,2 Mio. EUR und das Nettoergebnis auf 1,7 Mio. EUR beziffert. Die Kommission ist der Auffassung, dass sie anhand dieser Prognosen, die sich auf ein einziges Jahr beschränken und aus denen sich eine Gewinnspanne von 1,3 % ergibt, nicht zu dem Schluss kommen kann, dass es mit dem Umstrukturierungsplan gelingen wird, die Rentabilität des Unternehmens langfristig wiederherzustellen. Im Jahr 2006 kann sich Euromoteurs noch auf den Vertrag mit Johnson stützen. Dieser läuft jedoch Ende 2007 aus. Ergebnisse, die sich allein auf das Geschäftsjahr 2006 beziehen, bieten daher für die Kommission keine ausreichende Grundlage für den Schluss, dass die Rentabilität des Unternehmens langfristig wiederhergestellt wird.
- (51) Darüber hinaus ist, wie Frankreich in seinen Bemerkungen vom 19. Mai 2005 erläutert hat, in der angemeldeten Beihilfe und in dem dazugehörigen Umstrukturierungsplan eine mögliche Rückzahlung der rechtswidrigen und mit dem Gemeinsamen Markt nicht zu vereinbarenden Beihilfe, die Euromoteurs nach Artikel 44 septies empfangen hat, nicht berücksichtigt. Diese Rückzahlung wurde von der Kommission in ihrer Entscheidung 2004/343/EG angeordnet, und der von Euromoteurs zurückzufordernde Betrag wird auf 1,7 Mio. EUR geschätzt. Da diese Rückzahlung die finanziellen Schwierigkeiten des Unternehmens noch verstärken wird, ist die Kommission der Auffassung, dass der Umstrukturierungsplan unter diesen Bedingungen nicht als realistisch betrachtet werden kann. Weiter bekräftigt wird diese Einschätzung durch die Tatsache, dass die französischen Behörden der Kommission im November 2005 mitgeteilt haben, dass die Schwierigkeiten aufgrund der Umstrukturierung von Euromoteurs (insbesondere der Finanzierungsbedarf des Unternehmens) zum Zeitpunkt der Anmeldung der Maßnahme unterschätzt worden seien und der Bedarf des Unternehmens an staatlichen Finanzhilfen höher zu veranschlagen sei als ursprünglich vorgesehen (+ 132,5 %).
- (52) Aus den vorstehenden Gründen kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die französischen Behörden nicht den Nachweis erbracht haben, dass der angekündigte Umstrukturierungsplan sich auf realistische Hypothesen gründet und es erlauben wird, die Rentabilität des Unternehmens wiederherzustellen.

Begrenzung der Beihilfe auf das erforderliche Mindestmaß (Ziffer 40 und 41 der Leitlinien)

- (53) In dem der Kommission übermittelten Umstrukturierungsplan gehen die französischen Behörden von Kosten in Höhe von 5,95 Mio. EUR aus. In dem Plan ist ein Bedarf an öffentlicher Finanzierung in Höhe von 2 Mio. EUR belegt. Mit Schreiben vom 10. November 2005 haben die französischen Behörden die Kommission darüber unterrichtet, dass die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Umstrukturierung von Euromoteurs (insbesondere der Finanzierungsbedarf des Unternehmens) zum Zeitpunkt der Anmeldung der Maßnahme unterschätzt worden seien und der Bedarf des Unternehmens an staatlichen Finanzhilfen höher zu veranschlagen sei als ursprünglich vorgesehen (+ 132,5 %). Der Kommission wurden keine Details zu der Berechnung dieses neuen Bedarfs übermittelt (weder

⁽¹²⁾ Siehe Erwägungsgrund 34 dieser Entscheidung.

im Hinblick auf zusätzlich anfallende Kosten für die Umstrukturierung noch im Hinblick auf einen zusätzlichen Liquiditätsbedarf).

- (54) Aus diesen Gründen kommt die Kommission zu der Auffassung, dass die französischen Behörden nicht den Nachweis erbracht haben, dass eine Beihilfe in Höhe von über 2 Mio. EUR für die Wiederherstellung der Rentabilität des Unternehmens erforderlich ist und kann daher nicht zu dem Schluss kommen, dass die angemeldete Beihilfe auf das erforderliche Mindestmaß beschränkt ist.

Grundsatz der einmaligen Beihilfe

- (55) Den Angaben der französischen Behörden zufolge wurde bisher keine Umstrukturierungsbeihilfe an Euromoteurs gezahlt -

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Die staatliche Beihilfe in Höhe von 2 Mio. EUR, 2,25 Mio. EUR oder 2,65 Mio. EUR, die Frankreich zugunsten von Euromoteurs zu gewähren beabsichtigt, ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar.

Aus diesem Grunde darf diese Beihilfe nicht gewährt werden.

Artikel 2

Diese Entscheidung ist an die Französische Republik gerichtet.

Brüssel, den 26. April 2006.

Für die Kommission

Neelie KROES

Mitglied der Kommission

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 4. Juli 2006

über die von Portugal angewendete staatliche Beihilfe Nr. C 30/2004 (ex N 34/2004), mit der Veräußerungsgewinne aus bestimmten Vorgängen/Transaktionen öffentlicher Unternehmen von der Körperschaftsteuer befreit werden

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 2950)

(Nur der portugiesische Text ist verbindlich)

(Text mit Bedeutung für den EWR)

(2006/748/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 dem genannten Artikel ⁽¹⁾,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. VERFAHREN

- (1) Nachdem die Kommission über Körperschaftsteuerbefreiungen informiert worden war, die angeblich von Portugal gewährt wurden, forderte sie Portugal mit Schreiben vom 14. März 2001 auf, über die Befreiung bestimmter öffentlicher Unternehmen von der Körperschaftsteuer auf Veräußerungsgewinne nach Artikel 25 der portugiesischen Regelung über Steuervergünstigungen, des *Estatuto do Benefícios Fiscais* (im Folgenden „EBF“) ⁽²⁾, detailliert Auskunft zu geben.
- (2) Portugal kam dieser Aufforderung mit Schreiben vom 25. April 2001 nach. Einem erneuten Auskunftsverlangen vom 28. Oktober 2003 kam Portugal am 30. Januar 2004 nach. Mit Schreiben vom 8. September 2004 übermittelten die portugiesischen Behörden weitere Informationen.
- (3) Mit Schreiben vom 6. Oktober 2004 ⁽³⁾ setzte die Kommission Portugal von ihrer Entscheidung in Kenntnis, wegen der fraglichen Beihilfe ein Prüfverfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag einzuleiten. In diesem Beschluss, der im *Amtsblatt der Europäischen Union* ⁽⁴⁾ veröffentlicht wurde, forderte die Kommission betroffene Dritte auf, zu der Beihilfe Stellung zu nehmen.
- (4) Die Stellungnahme Portugals ging am 21. Dezember 2005 bei der Kommission ein.
- (5) Es gingen keine Stellungnahmen von Dritten ein.

II. GENAUE BESCHREIBUNG DER BEIHILFEREGELUNG

- (6) Die Befreiungen sind in Artikel 25 EBF (*Mais-valias no âmbito do processo de privatização* — Veräußerungsgewinne aus Privatisierungsmaßnahmen) geregelt, ehemals Artikel 32-C der ursprünglichen Fassung des EBF von 2000, die durch das Gesetzesdekret 198/2001 vom 3. Juli 2001 geändert wurde.
- (7) Nach Artikel 25 werden bei der Ermittlung des steuerbaren Gewinns Veräußerungsgewinne aus Privatisierungsmaßnahmen und Umstrukturierungen, die von Unternehmen mit ausschließlich öffentlichem Kapital oder von Unternehmen erzielt werden, die von diesen Unternehmen kontrolliert werden, von der Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage ausgenommen, wenn der Staat diese Maßnahmen als Aktionär gemäß seinen strategischen Leitlinien durchgeführt und das Finanzministerium sie anerkannt hat.
- (8) Artikel 25 EBF trat am 1. Januar 2000 auf Grund des Artikels 103 des Gesetzes 3-B/2000 vom 4. April 2000 in Kraft.

III. GRÜNDE FÜR DIE EINLEITUNG DES VERFAHRENS

- (9) In der Entscheidung zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens wurde festgestellt, dass es sich bei Artikel 25 EBF um eine Beihilferegelung im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag handeln dürfte. Nach den verfügbaren Informationen sei davon auszugehen, dass es sich um eine Betriebsbeihilfe handele, die nicht mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbaren sei, weil sie sich nicht auf beihilfefähige Investitionen oder Aufwendungen beziehe. Ferner sei keine der Ausnahmen des Artikels 87 Absätze 2 und 3 EG-Vertrag auf die Regelung anwendbar. Vielmehr handele es sich um eine unzulässige Unterstützung, die öffentlichen Unternehmen Vorteile gegenüber Wettbewerbern des Privatsektors verschaffe.

IV. STELLUNGNAHME PORTUGALS

- (10) Mit Schreiben vom 21. Dezember 2005 bekräftigte Portugal die Argumente, die es bereits für die vorläufige Würdigung des Sachverhalts seitens der Kommission vorgebracht hatte.

⁽¹⁾ ABl. C 256 vom 15.10.2005, S. 26.

⁽²⁾ Gesetzesdekret 215/89 vom 1. Juli 1989.

⁽³⁾ C(2004) 2637 vom 6.10.2004.

⁽⁴⁾ Siehe Fußnote 1.

- (11) Die portugiesischen Behörden fassen die Entwicklung der Körperschaftsteuer auf Veräußerungsgewinne in Portugal folgendermaßen zusammen:
- Seit 1993 sind wiederangelegte Veräußerungsgewinne steuerbegünstigt, sofern sie von Holdinggesellschaften aus Sachanlagen oder Anteilen, deren Eigentümer bzw. Inhaber sie sind, (*sociedades gestoras de participações sociais* — SGPS) ⁽⁵⁾ erzielt werden. Die Wiederanlage führt dazu, dass die Gewinne von der Steuerbemessungsgrundlage ausgenommen werden.
 - 2001 ⁽⁶⁾ änderte sich dies. Auf die positive Differenz zwischen Veräußerungsgewinnen und -verlusten wurde die Steuer folgendermaßen erhoben: wurden die Gewinne noch im Jahr ihrer Erzielung wiederangelegt, wurde die Körperschaftsteuer auf ein Fünftel dieser Gewinne im betreffenden Jahr und jeweils auf ein weiteres Fünftel in den vier darauf folgenden Jahren erhoben.
 - Ab 2002 wurde die Hälfte der Veräußerungsgewinne steuerbar, selbst wenn diese wiederangelegt wurden ⁽⁷⁾.
 - 2003 trat eine weitere Änderung in Kraft: Holdinggesellschaften (und Risikokapitalgesellschaften, *sociedades de capital de risco* — SCR) wurden von der Steuer auf Veräußerungsgewinne aus Anteilen, deren Inhaber sie waren, vollständig befreit, sofern die Inhaberschaft mindestens ein Jahr bestand ⁽⁸⁾.
- (12) Portugal vertritt den Standpunkt, mit den Steuerbefreiungsvorschriften seien lediglich die Vorschriften über die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen und die Steuerneutralität auf Unternehmen der öffentlichen Hand übertragen worden, die bereits für private Unternehmen galten, die nach der Steuerreform von 1988 und der Einführung der Körperschaftssteuer (*Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas* — IRC) umstrukturiert wurden.
- (13) Portugal argumentiert, dass wiederangelegte Veräußerungsgewinne nach portugiesischem Recht steuerlich begünstigt werden, sofern sie aus Sachanlagen oder aus Anteilen, deren Inhaber Holdinggesellschaften sind, erzielt werden. In diesen Fällen führe die Wiederanlage der Gewinne dazu, dass diese nicht in die Steuerbemessungsgrundlage einfließen, was ein grundlegendes Merkmal des portugiesischen Steuersystems sei.
- (14) Nach Artikel 25 EBF sind ferner Veräußerungsgewinne von der Steuerbemessungsgrundlage ausgenommen, die von ausschließlich in staatlichem Eigentum befindlichen Unternehmen oder von Unternehmen erzielt werden, die von diesen kontrolliert werden. Die steuerliche Behandlung von Veräußerungsgewinnen, die von Holdinggesellschaften wiederangelegt werden bzw. aus Umstrukturierungen hervorgehen, die von anderen private Unternehmen vorgenommen werden, wird lediglich auf diese Rechtssubjekte ausgedehnt. Die steuerlich begünstigten Unternehmen genießen somit keine finanziellen Vorteile, wenn sie Privatisierungen, Reorganierungen oder Umstrukturierungen vornehmen.
- (15) Laut den portugiesischen Behörden sollte mit dem Artikel 25 EBF verhindert werden, dass Privatisierungen und Umstrukturierungen von Unternehmen im öffentlichen Sektor von der Beteiligung öffentlicher Holdinggesellschaften abhängen und dadurch die Rolle des Staates als Aktionär gestärkt wird.
- (16) Portugal erklärt, dass Artikel 25 EBF keine Bestimmungen enthalte, die im Vergleich zum allgemeinen Steuersystem eine steuerliche Sonderbehandlung von Veräußerungsgewinnen vorsehe. Durch seine Anwendung werde begünstigten Unternehmen, die an Reorganierungen oder Umstrukturierungen beteiligt sind, kein zusätzlicher Vorteil gewährt.
- (17) Portugal teilt ferner seine Absicht mit, den Artikel 25 EBF aufzuheben. Anschließend würden alle Umstrukturierungs- und Privatisierungsmaßnahmen, an denen öffentliche Unternehmen beteiligt wären, unter das allgemeine, für private Unternehmen geltende portugiesische System für Körperschaftsteuerermäßigungen fallen.
- (18) Was etwaige Rückforderungen betrifft, so argumentieren die portugiesischen Behörden, dass a) lediglich vier Transaktionen unter die fragliche Regelung gefallen seien und dass ein privates Unternehmen ohnehin in den Genuss derselben Steuerermäßigungen komme, wenn es eine Holdinggesellschaft gründe und das Kapital in finanziellen Vermögenswerten reinvestiere, und dass b) drei der vier Transaktionen vom Verwaltungsrat der *Caixa Geral de Depósitos* (im Folgenden „CGD“) im Hinblick auf eine Privatisierung (Gründung einer Holdinggesellschaft) beschlossen wurden, weil der Artikel 25 EBF damals noch nicht verabschiedet war. Portugal vertritt deshalb die Auffassung, dass eine Rückforderung sich erübrige, da den öffentlichen Unternehmen keinerlei Vorteil gewährt worden sei.
- (19) Die folgenden vier Transaktionen wurden nach der Regelung steuerlich begünstigt:
- Am 5. April 2000 veräußerte die Tochter des Finanzinstituts CGD, die Versicherungsgesellschaft *Mundial Confiança* (im Folgenden „MC“), ihre Beteiligung (5,46 %) an *Crédito Predial Português* (im Folgenden „CPP“) an *Banco Santander Central Hispano* (im Folgenden „BSCH“). Die von MC erzielten Veräußerungsgewinne beliefen sich auf 9,3 Mio. EUR.
 - Am 7. April 2000 veräußerte das damals von CGD kontrollierte Unternehmen *Banco Pinto & Sotto Mayor* (im Folgenden „BPSM“) seine Beteiligung (94,38 %) an *Banco Totta & Açores* (im Folgenden „BTA“) und seine

⁽⁵⁾ Artikel 7 Absatz 2 des Gesetzesdekrets 495/88 vom 30. Dezember 1988 und Artikel 31 Absatz 2 EBF sehen die Anwendung von Artikel 44 (Artikel 45 nF) KStG (*Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas* — CIRC) vor.

⁽⁶⁾ Gesetz 30-G/2000 vom 29. Dezember 2000.

⁽⁷⁾ Gesetz 109-B/2001 vom 27. Dezember 2001.

⁽⁸⁾ Nach Artikel 31 Absatz 2 EBF in der Fassung des Gesetzes 32-B/2002 vom 30. Dezember 2002, mit dem der Haushalt für das Jahr 2003 in Kraft gesetzt wurde, sind Veräußerungsgewinne und -verluste von Holdinggesellschaften und Risikokapitalgesellschaften, die ihnen — ungeachtet der Gründe für die Transaktion — aus der entgeltlichen Übertragung von Beteiligungen erwachsen, von der Steuerbemessungsgrundlage ausgenommen, sofern sowohl die Inhaberschaft an diesen Beteiligungen als auch die damit verbundenen finanziellen Verpflichtungen seit mindestens einem Jahr bestanden haben.

Beteiligung (7,09 %) an CPP an BSCH. Die von BPSM erzielten Veräußerungsgewinne beliefen sich auf 310 Mio. EUR.

— Bei der dritten Transaktion handelt es sich um einen Austausch von Anteilen zwischen MC und BCP. Am 19. Juni 2000 veräußerte MC ihre Beteiligung (53,05 %) an BPSM an BCP und erhielt im Gegenzug rund 10 % des Kapitals von BCP. Die von MC erzielten Veräußerungsgewinne beliefen sich auf 1 566,4 Mio. EUR.

— Bei der vierten und letzten Transaktion handelt es sich um die Veräußerung der Beteiligung der CGD an der brasilianischen Bank ITAÚ, S A, die zwischen 2000 und 2003 stattfand. Die von CGD erzielten Veräußerungsgewinne beliefen sich auf 357,4 Mio. EUR.

(20) Die ersten drei Transaktionen wurden nach Vereinbarungen zwischen der „Gruppe Champalimaud“ und BSCH vorgenommen. Zu diesem Zweck schlossen CGD und BSCH am 11. November 1999 einen Vertrag, aufgrund dessen

— BSCH die Beteiligungen von António Champalimaud an der Gruppe Champalimaud erwarb und diese anschließend an CGD veräußerte;

— die Beteiligungen an BTA und CPP an BSCH veräußert wurden.

(21) Ziel der Umstrukturierung der Gruppe Champalimaud war die Trennung des Bankgeschäfts vom Versicherungsgeschäft, um die Effizienz der portugiesischen Aufsichtsbehörden (*Banco de Portugal* und *Instituto de Seguros de Portugal*) zu steigern.

(22) Im vierten Fall erfolgte die Veräußerung aufgrund einer neuen Vereinbarung zwischen CGD und *Unibanco — União de Bancos Brasileiros, S A*.

(23) Mit der fraglichen Maßnahme sollte Steuerneutralität bei Privatisierungen und Umstrukturierungen gewährleistet werden, an denen Unternehmen mit ausschließlich öffentlichem Kapital oder Unternehmen beteiligt sind, die von diesen Unternehmen kontrolliert werden.

(24) Am 31. März und am 18. Oktober 2000 versandten die portugiesischen Behörden in ihrer Eigenschaft als Anteilseigner von CGD Schreiben des Finanzministeriums, die eine Genehmigung der oben genannten Transaktionen im Rahmen der einschlägigen strategischen Leitlinien enthielten.

V. WÜRDIGUNG DER BEIHILFE

V.1. Einstufung als staatliche Beihilfe

(25) Die Kommission bekräftigt ihren Standpunkt hinsichtlich der Einstufung der Maßnahme als staatliche Beihilfe, den sie bereits in der Entscheidung über die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens vertreten hat. Artikel 25 EBF, mit dem Veräußerungsgewinne öffentlicher Unternehmen aus Privatisierungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen von der Körperschaftsteuer befreit werden, ist eine staatliche Beihilferegelung.

(26) Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ist eine Maßnahme, mit der die staatlichen Stellen bestimmten Unternehmen eine Abgabenbefreiung gewähren, die zwar nicht mit der Übertragung staatlicher Mittel verbunden ist, aber die Begünstigten finanziell besser stellt als die übrigen Abgabepflichtigen, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag⁽⁹⁾.

Staatliche Mittel

(27) Da im Rahmen der Maßnahme nach Artikel 25 EBF Körperschaftsteuern, die dem Staat normalerweise zufließen würden, nicht erhoben werden, handelt es sich um eine Verwendung staatlicher Mittel. Der Einnahmenverzicht erfüllt das Kriterium für staatliche Mittel.

Selektive Begünstigung

(28) Durch Artikel 25 EBF wird den Begünstigten gegenüber der allgemeinen portugiesischen Steuerregelung für Veräußerungsgewinne ein Vorteil gewährt.

(29) Bei der hier zu berücksichtigenden allgemeinen Steuerregelung handelt es sich um die Regelung, die für alle Unternehmen unabhängig davon gilt, in wessen Eigentum (öffentlich oder privat) sie sich befinden und welche Gesellschaftsform sie sich geben haben (Holdinggesellschaft oder andere).

(30) Die allgemeine Steuerregelung kann nicht ausschließlich auf Holdinggesellschaften angewendet zu werden, weil an den Transaktionen, die unter den Artikel 25 EBF (Umstrukturierungen) fallen, sowohl Holdinggesellschaften als auch andere Gesellschaften beteiligt sein können.

(31) Die portugiesische Steuerregelung für Veräußerungsgewinne von Holdinggesellschaften, die Vergünstigungen vorsah, wurde 1993 eingeführt. Bei den fraglichen Transaktionen war die bevorzugte steuerliche Behandlung allerdings nur möglich, wenn die Gewinne wiederangelegt wurden. Dies zeigt, dass Unternehmen mit ausschließlich öffentlichem Kapital und Unternehmen, die von diesen kontrolliert werden, auch im Vergleich mit der von der allgemeinen Regelung abweichenden Steuerregelung für Holdinggesellschaften selektiv begünstigt wurden.

(32) Dadurch, dass Veräußerungsgewinne von der Steuer befreit werden, sind öffentliche Unternehmen, die in den Genuss dieser Regelung kommen, im Vergleich zu anderen Unternehmen, die in denselben Wirtschaftszweigen tätig sind, begünstigt, weil die betreffenden öffentlichen Unternehmen über einen höheren Cashflow für ihre Geschäftstätigkeit verfügen. Das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe wird unabhängig davon, was mit der Maßnahme bezweckt wird, nach ihren Auswirkungen und nicht nach der Zielsetzung beurteilt.

(33) Nur bestimmten Unternehmen, nämlich Unternehmen mit ausschließlich öffentlichem Kapital und Unternehmen, die von diesen kontrolliert werden, wird ein Vorteil gewährt; sie

⁽⁹⁾ Rechtssache C-6/97 Republik Italien/Kommission, Slg. 1999, S. I-2981, Rn 16.

müssen ferner an Privatisierungen oder Umstrukturierungen beteiligt sein, die im Einklang mit staatlichen Zielsetzungen stehen. Alle anderen Unternehmen, darunter auch Privatunternehmen, die mit den begünstigten öffentlichen Unternehmen im Wettbewerb stehen, sind von der Regelung ausgeschlossen. In der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung⁽¹⁰⁾ wird daran erinnert, dass Vorschriften, nach denen bestimmte öffentliche Unternehmen von lokalen Steuern oder von der Körperschaftssteuer befreit sind, die Unternehmen begünstigen, die die Rechtsstellung öffentlicher Unternehmen haben und eine Wirtschaftstätigkeit ausüben, nach Artikel 92 EG-Vertrag staatliche Beihilfen darstellen können.

- (34) Die steuerlichen Bestimmungen des Artikels 25 EBF sind de jure eine selektive Begünstigung, da sie nur für bestimmte Unternehmen gelten (öffentliche Unternehmen und Unternehmen, die von diesen kontrolliert werden). Ferner geht aus den Informationen der portugiesischen Behörden hervor, dass diese Regelung de facto ausschließlich auf öffentliche Unternehmen des Banken- und Versicherungswesens bzw. auf von diesen kontrollierte Unternehmen angewandt wurde.
- (35) Die portugiesischen Behörden bestreiten, dass die Maßnahme zu einer Begünstigung bestimmter Unternehmen führe und begründen dies damit, dass sie sich an Unternehmen des öffentlichen Rechts als Kategorie von Unternehmen wende und somit eine allgemeine Regelung sei. Die Kommission kann dieses Argument aus den folgenden Gründen nicht anerkennen:
- (36) Erstens ist der Begriff des Unternehmens des öffentlichen Rechts für steuerliche Zwecke nicht relevant, da Unternehmen, die für eine Steuervergünstigung nach Artikel 25 EBF infrage kommen, grundsätzlich auf vielen verschiedenen Märkten tätig sein können.
- (37) Zweitens lassen sich anhand der fraglichen Maßnahme keine besonderen Merkmale öffentlicher Unternehmen gegenüber privaten Unternehmen festmachen. So können private wie öffentliche ausländische Unternehmen mit Niederlassungen in Portugal ebenfalls Umstrukturierungsprogramme durchführen. Die Anteilseigner solcher Unternehmen können die Unternehmen zwar veräußern, kommen aber nicht in den Genuss der Regelung.
- (38) Drittens wird nur eine Teilmenge der öffentlichen Unternehmen von der Maßnahme erfasst, und zwar nur die Unternehmen, die an einer Privatisierung oder Umstrukturierung beteiligt sind, die vom Finanzministerium anerkannt ist. Im Rahmen dieser Maßnahme werden auch bestimmte öffentliche Unternehmen gegenüber anderen öffentlichen Unternehmen selektiv begünstigt, auch aufgrund des Ermessensspielraums, über den die zuständige Behörde verfügt.

- (39) Die Kommission kommt deshalb zu dem Schluss, dass Artikel 25 EBF eine selektive Begünstigung gewährt. Die begünstigende Auswirkung der fraglichen Maßnahme ist nicht durch die Natur oder den inneren Aufbau des portugiesischen Steuersystems gerechtfertigt.

Beeinträchtigung des Handels und Verfälschung des Wettbewerbs

- (40) Dadurch, dass öffentliche Unternehmen, die sich in einem Privatisierungs- oder Umstrukturierungsprozess befinden, Steuerermäßigungen auf ihre Veräußerungsgewinne erhalten, räumt Artikel 25 EBF diesen Unternehmen einen Vorteil ein, weil sie dadurch ihre Marktposition gegenüber anderen Unternehmen besser nutzen und ausbauen können. Die Kommission ist nicht gehalten, in ihrer Beurteilung zu prüfen, ob eine Beihilfe tatsächlich den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt oder den Wettbewerbs verfälscht; sie muss lediglich nachweisen, ob die Beihilfen geeignet sind, diesen Handel zu beeinträchtigen und den Wettbewerb zu verfälschen⁽¹¹⁾. Verstärkt eine von einem Mitgliedstaat gewährte Finanzhilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel, muss dieser als von der Beihilfe beeinflusst erachtet werden⁽¹²⁾.
- (41) Alle von der Regelung begünstigten Unternehmen sind im Banken- und Versicherungswesen tätig, einem Bereich, der seit vielen Jahren liberalisiert ist. Durch die fortschreitende Liberalisierung nahm der unter Umständen bereits durch den im EG-Vertrag vorgesehenen freien Kapitalverkehr verstärkte Wettbewerb zu.
- (42) Eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten und die Verfälschung des Wettbewerbs, verursacht durch Beihilfen, sind in diesen Bereichen besonders deutlich spürbar⁽¹³⁾.
- (43) Demzufolge ist davon auszugehen, dass die Beihilferegulierung den Handel beeinträchtigt und den Wettbewerb verfälscht.

Fazit

- (44) Aus den obigen Darstellungen folgt der Schluss, dass die in Artikel 25 EBF vorgesehene Sonderregelung, mit der Veräußerungsgewinne aus Privatisierungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen öffentlicher Unternehmen von der Körperschaftsteuer befreit werden, eine Beihilferegulierung im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt.

V.2. Einstufung der Regelung als rechtswidrige Beihilfe

- (45) Portugal hat diese Beihilferegulierung ohne vorherige Anmeldung angewendet. Deshalb verstieß Portugal mit der Anwendung des Artikels 25 EBF gegen Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag.

⁽¹¹⁾ Siehe u. a. Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-372/97 *Italien/Kommission*, Slg. 2004, S. I-3679, Rn 44.

⁽¹²⁾ Rechtssache 730/97 *Philip Morris Holland/Kommission*, Slg. 1980, S. 2671, Rn 11.

⁽¹³⁾ Zur Beeinträchtigung des Handels und der Wettbewerbsverfälschung im Bankenwesen siehe insbesondere das Urteil des Gerichtshofes vom 15.12.2005 in der Rechtssache C-222/04 *„Fondazioni bancarie“*, Rn 139 ff. sowie die dort angeführte Rechtsprechung.

⁽¹⁰⁾ ABl. C 384 vom 10.12.1998, S. 3.

V.3. Vereinbarkeit der rechtswidrigen Beihilferegung

- (46) Diese Beihilfe ist nicht mit Artikel 87 Absatz 2 vereinbar. Es handelt sich weder um eine Beihilfe sozialen Charakters an einzelne Verbraucher, noch dient sie der Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind; auch ist es keine Beihilfe für die Wirtschaft bestimmter, durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland.
- (47) Die Beihilfe wird ferner auf das gesamte Staatsgebiet gleichermaßen angewendet, so dass sie nicht als vereinbar mit Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe a oder c angesehen werden kann, der auf die Entwicklung bestimmter Regionen abzielt.
- (48) Die Kommission ist der Auffassung, dass die in Rede stehende Betriebsbeihilfe nicht als Maßnahme zur Förderung der Entwicklung bestimmter Wirtschaftszweige im Sinne des Artikels 87 Absatz 3 Buchstabe c angesehen werden kann, da eine Beihilfe dafür „die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern [darf], die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“. Diese Voraussetzung ist jedoch nach Auffassung der Kommission nicht erfüllt. Die fragliche Beihilfe erfüllt keine der Voraussetzungen, der zum Zeitpunkt der Gewährung der Beihilfe geltenden *Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten* ⁽¹⁴⁾. Mit der Maßnahme soll ferner kein anderes sektorübergreifendes Ziel im gemeinsamen Interesse erreicht werden. Auch die ausschließliche Anwendung der Regelung auf den Finanzsektor ändert nichts an dem Ergebnis der Beurteilung, weil die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten und die Verfälschung des Wettbewerbs durch die Beihilfe in diesem Wirtschaftszweig besonders deutlich sind.
- (49) Die Beihilfe ist ferner weder mit Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe d (Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes) noch mit dessen Buchstabe e vereinbar (sonstige Arten von Beihilfen durch Entscheidung des Rates). Portugal hat sich zudem auf keine dieser Ausnahmeregelungen berufen.
- (50) Die Beihilfe ist auch nicht mit Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b vereinbar. Es handelt sich nicht um ein „Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse“, weil es öffentliche Unternehmen eines Mitgliedstaates sind — nicht die Gemeinschaft als Ganzes —, die durch die Beihilfe begünstigt werden; auch wird nicht zur Umsetzung eines konkreten, genau definierten Vorhabens beigetragen. Die Maßnahme zielt schon gar nicht auf die „Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats“ ab, da nicht davon auszugehen ist, dass die portugiesische Wirtschaft ohne die Beihilfe eine beträchtliche Störung erlitten hätte.
- (51) In jedem Fall hat Portugal sich, abgesehen von sehr allgemeinen Aussagen, nicht ausdrücklich auf eine der im EG-Vertrag vorgesehenen Ausnahmeregelungen berufen.

⁽¹⁴⁾ Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten (ABl. C 288 vom 9.10.1999, S. 2).

VI. RÜCKFORDERUNG

- (52) In Artikel 14 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates ist vorgesehen, dass die Kommission in Negativentscheidungen hinsichtlich rechtswidriger Beihilfen entscheidet, dass der betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreift, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern. Die Kommission verlangt nicht die Rückforderung der Beihilfe, wenn dies gegen einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts verstoßen würde.
- (53) Die Kommission ist der Auffassung, dass es im vorliegenden Fall keinen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts gibt, der eine Rückforderung der Beihilfe verbieten würde.
- (54) Die portugiesischen Behörden argumentieren, dass für die vier durch die Regelung begünstigten Transaktionen ohnehin eine Steuerbefreiung nach den portugiesischen Steuervorschriften für Holdinggesellschaften gegolten hätte. Ferner seien drei der vier Transaktionen noch unter der früheren Regelung genehmigt worden, weil Artikel 25 EBF noch nicht verabschiedet war. Infolgedessen sind die portugiesischen Behörden gegen eine Rückforderung.
- (55) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ⁽¹⁵⁾ und der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung ⁽¹⁶⁾ ist bei der Rückforderung die Wiederherstellung der früheren Lage zu beurteilen, um feststellen zu können, ob den betreffenden Unternehmen ohne die rechtswidrige Beihilfe im Rahmen einer alternativen steuerlichen Behandlung nach einzelstaatlichen Vorschriften, die mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, ein ähnlicher steuerlicher Vorteil gewährt worden wäre.
- (56) Die Rückforderung zur Wiederherstellung der früheren Lage ist die Differenz zwischen: i) dem Nettoertrag, der den öffentlichen Unternehmen bzw. den von diesen kontrollierten Unternehmen durch die Anwendung des Artikels 25 EBF zugeflossen ist, und ii) dem Ergebnis, das sich aus einer „normalen“ steuerlichen Behandlung ergeben würde, wenn die fraglichen Transaktionen ohne die Beihilfe durchgeführt worden wären. In der Rechtssache *Unicredito* ⁽¹⁷⁾ weist der Gerichtshof darauf hin, dass die zurückzuzahlenden Beträge nicht unter Berücksichtigung einzelner Transaktionen bestimmt werden können, die die Unternehmen hätten durchführen können, wenn sie sich nicht für die Form einer durch eine Beihilfe gestützten Transaktion entschieden hätten. In diesem Zusammenhang ist die Kommission nicht verpflichtet, die Entscheidungen zu berücksichtigen, die die Wirtschaftsbeteiligten möglicherweise hätten treffen können, wie z. B. die Entscheidung, die Transaktionen anders zu strukturieren.
- (57) Um beurteilen zu können, welche Lage sich ergeben hätte, wenn die Transaktionen ohne die Steuervergünstigung durchgeführt worden wären, muss jede Transaktion, auf die der Artikel 25 EBF angewendet wurde, einzeln untersucht

⁽¹⁵⁾ Rechtssache C-148/04 *Unicredito Italiano SpA*.

⁽¹⁶⁾ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung (ABl. C 384 vom 10.12.1998, S. 3).

⁽¹⁷⁾ Siehe Anmerkung 19, Rn 113 bis 119.

werden. Im vorliegenden Fall kann diese Prüfung auf der Grundlage der von den portugiesischen Behörden vorgelegten Informationen vorgenommen werden. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit einer erneuten Prüfung aller Transaktionen für den Fall, dass neue Informationen hinzukommen sollten.

Die beiden ersten Transaktionen

- (58) Die erste Transaktion steht im Zusammenhang mit der Veräußerung der von MC an CCP gehaltenen Beteiligung an BSCH am 5. April 2000. Im Rahmen der zweiten Transaktion veräußerte das von CGD kontrollierte Unternehmen BPSM am 7. April 2000 seine Beteiligungen an BTA und CCP an das Unternehmen BSCH.
- (59) Beide Transaktionen wurden vom Verwaltungsrat von CGD nach den geltenden Steuervorschriften für Holdinggesellschaften geplant und genehmigt, da der Artikel 25 EBF noch nicht veröffentlicht war, als sie vorbereitet wurden. Die Gründung der Holdinggesellschaften und die Veräußerung bzw. der Austausch von Anteilen, die anschließend erfolgten, wären nach dem allgemeinen portugiesischen Steuersystem steuerbefreit gewesen. Alle einschlägigen Unterlagen wurden der Kommission von den portugiesischen Behörden übermittelt.
- (60) Natürlich war die Wahl der Beteiligten an diesen Transaktionen nicht willkürlich, aber die Entscheidungen waren bereits von den Verwaltungsräten der betreffenden Unternehmensgruppen geplant und genehmigt worden. Auch waren die nach den allgemeinen Vorschriften für Holdinggesellschaften erforderlichen Voraussetzungen für die Durchführung der Transaktionen bereits erfüllt. Die portugiesischen Behörden haben bestätigt, dass eine vorherige Genehmigung der Steuerverwaltung für derartige Transaktionen nicht notwendig gewesen sei.
- (61) Die Kommission kommt zu dem Schluss, dass eine Rückforderung in diesen beiden Fällen nicht erforderlich ist. Die Anwendung des Artikels 25 EBF stellte bei den Transaktionen keinen Vorteil dar, da MC und BPSM auch ohne diese Bestimmung und aufgrund der Merkmale des Vorgangs nach den Vorschriften für Holdinggesellschaften, d. h. dem allgemeinen einzelstaatlichen Steuersystem, in den Genuss einer Steuerbefreiung gekommen wären.

Die dritte Transaktion

- (62) Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei der dritten Transaktion um einen Austausch von Anteilen zwischen MC und BCP.
- (63) Die Veräußerungsgewinne, die MC durch den Austausch des größten Teils des Kapitals von BPSM gegen Anteile erzielte, die annähernd 10 % des Gesellschaftskapitals von BCP ausmachten, hätten der Sonderregelung des *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (CIRC)* für Fusionen, Spaltungen, Einbringung von

Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen unterliegen, die in den Artikeln 67 bis 72 CIRC geregelt sind. Mit diesen Artikeln wurde die Richtlinie 90/434/EWG⁽¹⁸⁾ umgesetzt, die die Mitgliedstaaten verpflichtet, solche Vorgänge zu befreien.

- (64) Mit Schreiben vom 14. November 2000 entschied das Finanzministerium, den Artikel 25 EBF auf diese Transaktion anzuwenden. Dennoch ergibt sich aus der Anwendung des Artikels 25 EBF kein Vorteil, weil die durch die Richtlinie der Gemeinschaft vorgeschriebenen und mit Artikel 71 Absatz 1 CIRC in portugiesisches Recht umgesetzte Befreiung die normale steuerliche Behandlung dieser Transaktion darstellt, die auch ohne die rechtswidrige staatliche Beihilfe nach den einzelstaatlichen, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbaren Vorschriften erfolgt wäre. Infolgedessen ist auch in diesem Fall keine Rückforderung notwendig.

Die vierte Transaktion

- (65) Bei der vierten und letzten Transaktion handelt es sich um die Gewinne, die aus der Veräußerung der Beteiligung der CGD an der brasilianischen Bank ITAU, S A zwischen 2000 und 2003 erzielt wurden. Im Gegensatz zu den anderen drei Vorgängen steht diese Transaktion nicht im Zusammenhang mit den Vereinbarungen zwischen der Gruppe Champalimaud und BSCH.
- (66) Die eigentliche Veräußerung fand in mehreren aufeinander folgenden Transaktionen zwischen 2000 und 2003 statt. Obwohl die portugiesischen Behörden anführen, dass diese Transaktion über eine Holdinggesellschaft hätte vorgenommen werden können, wurde diese Vorgehensweise zum Zwecke einer günstigeren steuerlichen Behandlung, als dies nach den allgemeinen Steuervorschriften vorgesehen war, nicht tatsächlich geplant. Unter Berücksichtigung der Rechtssache *Unicredito* ist die Kommission der Auffassung, dass die Anwendung der Steuerbefreiung zugunsten der Holdinggesellschaften im vorliegenden Fall einer Neuschaffung der Vergangenheit anhand hypothetischer Umstände gleichkommen würde. Die von den portugiesischen Behörden vorgelegten Unterlagen zu den verschiedenen Phasen des Vorgangs waren nicht detailliert genug, um Steuerneutralität auch ohne Anwendung des Artikels 25 EBF feststellen zu können.
- (67) Die portugiesischen Behörden haben somit nicht nachgewiesen, dass der Betrag von 357,4 Mio. EUR zuzüglich Zinsen, der sich durch Anwendung des effektiven Steuersatzes auf die tatsächlich erzielten Veräußerungsgewinne ergibt, nicht zurückzufordern ist.

VII. FAZIT

- (68) Die Kommission ist der Auffassung, dass Portugal mit der Anwendung des Artikels 25 EBF gegen Artikel 88 Absatz 3

⁽¹⁸⁾ Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (ABl. L 225 vom 20.8.1990). Artikel 8 Absatz 1 sieht Folgendes vor: „Die Zuteilung von Anteilen am Gesellschaftskapital der übernehmenden oder erwerbenden Gesellschaft an einen Gesellschafter der einbringenden oder erworbenen Gesellschaft gegen Anteile an deren Gesellschaftskapital aufgrund einer Fusion, einer Spaltung oder des Austauschs von Anteilen darf für sich allein keine Besteuerung des Veräußerungsgewinns dieses Gesellschafters auslösen.“

EG-Vertrag verstoßen hat. Diese Beihilferegelung ist nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und muss entsprechend den von Portugal eingegangenen Verpflichtungen aufgehoben werden.

- (69) Dieser Entscheidung, die die Regelung als solche betrifft, ist unverzüglich nachzukommen, auch im Hinblick auf die Rückforderung der im Rahmen der Regelung gewährten Beihilfen. Die Möglichkeit, dass alle oder ein Teil der gewährten Beihilfen in besonderen Fällen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden könnten, bleibt davon unberührt.
- (70) Die portugiesischen Behörden haben nachgewiesen, dass im Falle der ersten drei Transaktionen eine Rückforderung nicht erforderlich ist. Auf der Grundlage der von den portugiesischen Behörden vorgelegten Informationen und unbeschadet einer neuerlichen Beurteilung der einzelnen Transaktionen aufgrund neuer Informationen ist demzufolge lediglich die Beihilfe zurückzufordern, die im Zusammenhang mit den Gewinnen aus der Veräußerung der Beteiligung von CGD an der brasilianischen Bank ITAÚ, S. A. gewährt wurde.

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Die von Portugal mit Artikel 25 EBF eingeführte staatliche Beihilferegelung ist nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar.

Artikel 2

Die in Artikel 1 genannte Beihilferegelung ist von Portugal aufzuheben.

Artikel 3

1. Portugal ergreift die erforderlichen Maßnahmen, um die in Artikel 1 genannten rechtswidrig gewährten Beihilfen von den Empfängern zurückzufordern.
2. Die Rückforderung erfolgt unmittelbar und nach den im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Verfahren, sofern diese eine unmittelbare und wirksame Befolgung der Entscheidung ermöglichen.
3. Die Beihilfe wird zuzüglich der Zinsen zurückgefordert, die zwischen der Gewährung der Beihilfe und der tatsächlichen Rückforderung angefallen sind.
4. Die Zinsen werden auf der Grundlage des für die Berechnung des Subventionsäquivalents der Regionalbeihilfen verwendeten Bezugssatzes berechnet.

Artikel 4

Portugal setzt die Kommission innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung die Maßnahmen mit, die ergriffen wurden, um der Entscheidung nachzukommen. Dafür ist der Fragebogen in Anhang I der Entscheidung zu verwenden.

Artikel 5

Diese Entscheidung ist an Portugal gerichtet.

Brüssel, den 4. Juli 2006.

Für die Kommission

Neelie KROES

Mitglied der Kommission