

URTEIL DES GERICHTS (Zweite erweiterte Kammer)

6. März 2003 *

In den verbundenen Rechtssachen T-228/99 und T-233/99

Westdeutsche Landesbank Girozentrale mit Sitz in Düsseldorf (Deutschland),
Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt F. Montag, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Land Nordrhein-Westfalen, Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt M. Schütte,
Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Kläger,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

unterstützt durch

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch W. D. Plessing als Bevollmächtigten im Beistand von Rechtsanwalt H.-F. Wissel,

Streithelferin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch K.-D. Borchardt und V. Kreuschitz als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagte,

unterstützt durch

Bundesverband deutscher Banken e. V. mit Sitz in Berlin (Deutschland), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt H.-J. Niemeyer,

Streithelfer,

wegen Nichtigerklärung der Entscheidung 2000/392/EG der Kommission vom 8. Juli 1999 über eine von der Bundesrepublik Deutschland zugunsten der Westdeutschen Landesbank Girozentrale durchgeführte Maßnahme (ABl. 2000, L 150, S. 1),

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Zweite erweiterte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten R. M. Moura Ramos, der Richterin V. Tiili
sowie der Richter J. Pirrung, P. Mengozzi und A. W. H. Meij,

Kanzler: D. Christensen, Verwaltungsrätin

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 5.
und 6. Juni 2002,

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

I — *Kontext des Rechtsstreits*

- 1 In den vorliegenden Rechtssachen geht es um die Eingliederung der Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: WfA) in die Westdeutsche Landesbank Girozentrale (im Folgenden: WestLB) (im Folgenden: Übertragung oder streitiger Vorgang).

A — Eigenkapitalanforderungen aufgrund der Eigenmittelrichtlinie und der Solvabilitätsrichtlinie

- 2 Nach der Richtlinie 89/647/EWG des Rates vom 18. Dezember 1989 über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute (ABl. L 386, S. 14) und der Richtlinie 89/299/EWG des Rates vom 17. April 1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten (ABl. L 124, S. 16) müssen die Banken über Eigenmittel in Höhe von mindestens 8 % ihrer risikogewichteten Aktiva und risikotragenden außerbilanzmäßigen Transaktionen verfügen. Diese Richtlinien bedingten Änderungen am deutschen Kreditwesengesetz (im Folgenden: Kreditwesengesetz [KWG]), die am 1. Januar 1992 vorgenommen wurden; die neuen Anforderungen traten am 30. Juni 1993 in Kraft.

- 3 Was die von diesen Richtlinien errichtete neue Schwelle von 8 % betrifft, so muss mindestens die Hälfte davon in „Basiseigenmitteln“ bestehen, was Kapitalbestandteile umfasst, die dem Kreditinstitut unmittelbar und unbeschränkt zur Verfügung stehen, um etwaige Verluste zu decken. Basiseigenmittel sind für die Gesamtausstattung der Bank mit Eigenmitteln im aufsichtsrechtlichen Sinne deswegen von entscheidender Bedeutung, weil „ergänzende Eigenmittel“ (weitere Eigenmittel von geringerer Qualität) nur in Höhe der vorhandenen Basiseigenmittel zur Unterlegung risikotragender Geschäfte einer Bank anerkannt werden.

- 4 Außerdem wird die Vergabe von Großkrediten durch eine Bank durch den Umfang ihrer Eigenmittel begrenzt. Zum Zeitpunkt der WfA-Übertragung durften nach § 13 KWG ein einzelner Großkredit 50 % der Eigenmittel eines Kreditinstituts und die Gesamtheit der Großkredite, die über 15 % der Eigenmittel ausmachten, das Achtfache der Eigenmittel des Kreditinstituts nicht übersteigen. Nach einer Änderung des Kreditwesengesetzes im Jahr 1994 zwecks Anpassung

an die Richtlinie 92/121/EWG des Rates vom 21. Dezember 1992 über die Überwachung und Kontrolle der Großkredite von Kreditinstituten (ABl. 1993, L 29, S. 1) 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 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 (ABl. L 386, S. 1) den Umfang der Beteiligungen an anderen Kredit- und Bankinstituten. Nach § 12 KWG, einer Bestimmung, die nicht auf Gemeinschaftsrecht beruht, eine Entsprechung aber auch in anderen Mitgliedstaaten findet, wird zudem der Gesamtbetrag der langfristigen Anlagen — darunter auch Beteiligungen an Unternehmen außerhalb des Finanzsektors — auf den Gesamtbetrag der Eigenmittel begrenzt. Die deutschen Banken mussten sich zum 30. Juni 1993 den neuen Eigenkapitalbestimmungen anpassen.

B — Die WestLB

- 6 Die WestLB ist eine Kreditanstalt des öffentlichen Rechts nach den Rechtsvorschriften des Landes Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: Land). Am 31. Dezember 1991 belief sich ihr anerkanntes Eigenkapital auf 5,1 Milliarden DM. Durch Gesetz sind ihr drei Aufgaben übertragen worden: Sie ist Zentralbank für die örtlichen Sparkassen dieses Landes und seit dem 17. Juli 1992 auch für die Sparkassen des Landes Brandenburg. Sie erfüllt die Aufgaben einer Staats- und Kommunalbank, indem sie im Auftrag ihrer Anteilseigner Finanzgeschäfte abwickelt. Schließlich übt sie allgemeine Banktätigkeiten aus.

- 7 Die WestLB befindet sich zu 100 % in öffentlichem Eigentum. Den größten Anteil am Nominalkapital hält das Land (43,2 %). Die anderen Anteilseigner sind die Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe (jeweils 11,7 %) sowie der Rheinische und der Westfälisch-Lippische Sparkassen- und Giroverband (jeweils 16,7 %). Diese Anteilsverhältnisse zum Zeitpunkt der Übertragung sind zumindest bis zum 8. Juli 1999 unverändert geblieben.
- 8 Gemessen an seiner Bilanz nimmt der WestLB-Konzern unter den deutschen Kreditinstituten den dritten Rang nach der Deutschen Bank AG und der Dresdner Bank AG ein. Der WestLB-Konzern bietet Finanzdienstleistungen für Unternehmen und öffentliche Einrichtungen an und ist auch auf den internationalen Kapitalmärkten sowohl für eigene Rechnung als auch für andere Schuldtitelmittenten tätig. Wie viele andere deutsche Universalbanken besitzt auch die WestLB Beteiligungen an Finanzinstituten und Unternehmen. Im Übrigen wickelte sie 1997 einen bedeutenden Teil ihrer Geschäftstätigkeit außerhalb Deutschlands ab.

C — Die WfA

- 9 Die WfA wurde 1957 gegründet und war bis 31. Dezember 1991 als eine Anstalt des deutschen öffentlichen Rechts tätig; als solche besaß sie eigene Rechtspersönlichkeit. Sie war mit einem Grundkapital von 100 Millionen DM ausgestattet, und ihr alleiniger Anteilseigner war das Land. Aufgrund Gesetzes kam ihr ausschließlich die Aufgabe zu, den Wohnungsbau über die Vergabe zinsloser oder zinsverbilligter Darlehen zu fördern. Wegen ihrer Gemeinnützigkeit war sie von Körperschaftsteuer, Vermögensteuer und Gewerbesteuer befreit.

- 10 Als Anstalt des öffentlichen Rechts galten für die WfA die Anstaltslast und die Gewährträgerhaftung des Landes für sämtliche Verbindlichkeiten der Anstalt. Diese Garantien sind nach der Übertragung bestehen geblieben.

D — Eingliederung der WfA in die WestLB

- 11 Nach dem Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung, das am 18. Dezember 1991 vom nordrhein-westfälischen Landtag verabschiedet wurde, wurde die WfA zum 1. Januar 1992 auf die WestLB übertragen.
- 12 In der Gesetzesbegründung wird die Übertragung mit der Erhöhung der Eigenmittel der WestLB begründet, die das Kreditinstitut in die Lage versetzen sollte, den ab 30. Juni 1993 geltenden strengeren Eigenkapitalanforderungen nachzukommen. Außerdem sollte die Zusammenlegung der Wohnungsbauförderungstätigkeiten der WfA mit denen der WestLB größere Effizienz ermöglichen.
- 13 Im Rahmen der Übertragung hob das Land die Garantie der WfA von rund 7,4 Milliarden DM für Verbindlichkeiten des Landes aufgrund von Kapitalaufnahmen für die Wohnungsbauförderung auf.
- 14 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 somit in der Bilanz der WestLB als Sonderrücklagen ausgewiesen werden. Das Land haftet aufgrund seiner Anstaltslast und Gewährträgerhaftung weiterhin für die Verbindlichkeiten der WfA.

- 15 Die Vermögenswerte der WfA, also ihr Grundkapital, ihre Rücklagen, das Landeswohnungsbauvermögen und ihre sonstigen Forderungen sowie künftige Rückflüsse aus Baudarlehen, blieben nach Artikel 2 § 16 Absatz 2 des in Randnummer 11 genannten Gesetzes auch nach der Übertragung auf die WestLB für die Wohnungsbauförderung bestimmt. Dieselbe Vorschrift sah vor, dass die übertragenen Vermögenswerte gleichzeitig als Eigenkapital im Sinn des Kreditwesengesetzes und folglich der Richtlinie 89/299 dienen, auf dessen Grundlage der Solvabilitätskoeffizient der Bank berechnet wird. Demnach unterlegen sie auch das Wettbewerbsgeschäft der WestLB.
- 16 Anlässlich der Übertragung änderten die Anteilseigner 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 klargestellt, dass sich die Anstaltslast der Anteilseigner der WestLB auch auf die Sonderrücklage der WfA erstreckt. Im Fall 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 Anteilseigner die Höhe des jährlichen Entgelts hierfür vereinbaren sollen, sobald die ersten Ergebnisse der Geschäftsjahre ab 1992 vorliegen. Diese Entscheidung war anschließend Gegenstand einer Protokollnotiz zum Mantelvertrag vom 11. November 1993. Darin war vorgesehen, dass die WestLB dem Land im Gewinnfall ein jährliches Entgelt von 0,6 % nach Steuern auf den Teil des Kapitals der WfA zahlt, der zur Unterlegung der Geschäfte der WestLB verwendet werden kann.

- 17 Trotz dieser internen Vereinbarung zur Sicherung der Vermögenswerte der WfA 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 unmittelbar und in ihrer Gesamtheit für Verluste oder im Konkursfall für Forderungen der Gläubiger zur Verfügung.
- 18 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.
- 19 Die WfA verlor ihre rechtliche Unabhängigkeit, indem sie zu einer Wohnungsbauförderungsabteilung der WestLB wurde. Operationell wurde sie jedoch nicht vollständig in die WestLB eingebunden. Sie blieb als eine getrennte Einheit innerhalb der WestLB unter dem Namen „Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen — Anstalt der Westdeutschen Landesbank Girozentrale“ bestehen. Diese neue Wohnungsbauförderungsabteilung wird zwar in der Rechnungslegung der WestLB berücksichtigt, hat aber auch ihre eigene Rechnungslegung. Die vormalige Wohnungsbauförderungsabteilung der WestLB wurde mit der WfA zusammengelegt.
- 20 Das auf die WestLB 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. Außerdem bildet diese Trennung eine Voraussetzung dafür, dass die Wohnungsbauförderungstätigkeit nach deutschem Steuerrecht weiter als gemeinnützig anerkannt werden kann. Somit wurden die Steuerbefreiungen zugunsten der WfA nicht aufgehoben.

II — *Verwaltungsverfahren*

- 21 Mit Beschwerde vom 23. März 1993 forderte der Bundesverband deutscher Banken e. V. (im Folgenden: BdB), der etwa 300 Privatbanken in Deutschland repräsentiert, die Kommission auf, ein Verfahren nach Artikel 226 EG gegen die Bundesrepublik Deutschland einzuleiten. Der BdB machte geltend, das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen habe gegen Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 89/299 verstoßen, indem es das Vermögen der mit der WestLB fusionierten WfA als Eigenmittel der WestLB anerkannt habe.
- 22 Mit Schreiben vom 31. Mai 1994 unterrichtete der BdB die Generaldirektion „Wettbewerb“ (GD IV) der Kommission von der Vermögensübertragung und sprach in diesem Zusammenhang von einer Wettbewerbsverfälschung zugunsten der WestLB. Am 21. Dezember 1994 legte er förmlich Beschwerde bei der Kommission ein und forderte diese auf, das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG gegen die Bundesrepublik Deutschland einzuleiten. Im Februar und März 1995 sowie im Dezember 1996 traten zehn Banken, die Mitglieder des BdB sind, dessen Beschwerde bei.
- 23 Um beurteilen zu können, ob die Vermögensübertragung eine staatliche Beihilfe darstellt, ersuchte die Kommission die deutschen Bundesbehörden 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 2. 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 mehrfach mit Vertretern der deutschen Behörden, der WestLB und der anderen Landesbanken sowie der Beschwerdeführer zusammen.

- 24 Nach diesem Informationsaustausch leitete die Kommission mit Beschluss vom 1. Oktober 1997 das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG ein (im Folgenden: Beschluss über die Einleitung des Verfahrens). Darin gelangte sie zu dem Schluss, dass die fragliche Maßnahme wahrscheinlich eine Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG darstelle und dass sie zur näheren Prüfung des Vorgangs zusätzliche Auskünfte benötige. Dabei ging es ihr vor allem um Angaben zu den Maßnahmen, mit denen das Land sicherstellt, dass es in angemessener Weise an den zusätzlichen Gewinnen teilhat, die die WestLB aufgrund der Kapitalerhöhung erzielen kann, um Angaben zu den Auswirkungen des fehlenden Liquiditätscharakters des übertragenen Kapitals, den Auswirkungen des Umstands, 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, um Angaben zur Höhe des WfA-Kapitals zur Unterlegung der Geschäftstätigkeit der WestLB, zu dem darüber liegenden und in der Bilanz der WestLB ausgewiesenen Betrag, zu den Steuerbefreiungen, zur Befreiung von Verbindlichkeiten, zur Rentabilität der WestLB und zu den angeblichen Synergieeffekten.
- 25 Der Beschluss über die Einleitung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG wurde der deutschen Regierung mit Schreiben vom 23. Oktober 1997 bekannt gegeben. Mit Schreiben vom 7. und 25. November sowie 2. Dezember 1997 wurde die Entfernung vertraulicher Informationen im Hinblick auf die Veröffentlichung vereinbart. Die deutsche Regierung übermittelte nach einer mit Schreiben vom 19. November 1997 erbetenen und mit Schreiben vom 1. Dezember 1997 bewilligten Fristverlängerung ihre Stellungnahme mit Schreiben vom 27. Februar 1998.
- 26 Der Beschluss der Kommission über die Einleitung des Verfahrens wurde am 5. Mai 1998 im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* (ABl. C 140, S. 9) veröffentlicht. Die Kommission forderte die Betroffenen auf, sich zu der fraglichen Maßnahme zu äußern. Sie erhielt 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). Mit Schreiben vom 15. Juni 1998 übermittelte sie der deutschen Regierung die Stellungnahmen und gab dieser Gelegenheit, sich dazu zu äußern; die Äußerung der deutschen Regierung ging mit Schreiben vom 11. August 1998 ein.

- 27 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 der Sache ein. Der BdB reichte mit Schreiben vom 30. Oktober 1998 Informationsmaterial ein. Die Sitzung mit diesen drei Beteiligten fand am 10. November 1998 statt.
- 28 Danach ersuchten die Kommissionsdienststellen die deutschen Behörden und den BdB mit Schreiben vom 16. November 1998 um zusätzliche Auskünfte und Unterlagen. Der BdB legte nach einer Fristverlängerung die gewünschten Informationen mit Schreiben vom 14. Januar 1999 vor. Die deutschen Behörden übermittelten nach einer Fristverlängerung einige Informationen mit zwei Schreiben vom 15. Januar 1999 und mit Schreiben vom 7. April 1999. Da sie der Kommission bestimmte Daten nicht übermitteln wollten, ordnete diese mit einer der deutschen Regierung mit Schreiben vom 24. März 1999 zugestellten Entscheidung vom 3. März 1999 die Erteilung der entsprechenden Auskünfte an. Die deutsche Regierung kam dieser Anordnung nach einer Fristverlängerung mit Schreiben vom 22. April 1999 nach.
- 29 Die Kommission gab eine unabhängige Studie über das angemessene Entgelt, das das Land für die Übertragung der WfA auf die WestLB verlangen müsste, in Auftrag. Das hiermit betraute Beratungsunternehmen (First Consulting) nahm ebenfalls an der Sitzung mit den drei Beteiligten am 10. November 1998 teil.

III — *Angefochtene Entscheidung*

- 30 Am 8. Juli 1999 erließ die Kommission die Entscheidung 2000/392/EG über eine von der Bundesrepublik Deutschland zugunsten der Westdeutschen Landesbank Girozentrale durchgeführte Maßnahme (ABl. 2000, L 150, S. 1, im Folgenden:

angefochtene Entscheidung). Die Entscheidung wurde der Bundesrepublik 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. Im Tenor der Entscheidung heißt es:

„Artikel 1

Die staatliche Beihilfe, die Deutschland zugunsten der Westdeutschen Landesbank Girozentrale in Höhe von insgesamt 1 579 700 000 DM (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 Bezugssatzes 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.

...“

A — Allgemeine Analyse

- ³¹ In den Begründungserwägungen der angefochtenen Entscheidung stellt die Kommission ihre Beurteilung der fraglichen Maßnahme dar, die sich wie folgt zusammenfassen lässt.
- ³² Die Kommission ist zunächst hinsichtlich der Verfälschung des Wettbewerbs und der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten der Ansicht, dass die WestLB ihre Dienstleistungen im Wettbewerb mit anderen europäischen Banken außerhalb wie innerhalb Deutschlands erbringe. Somit verfälschten Beihilfen an die WestLB den Wettbewerb und beeinträchtigten den Handel innerhalb der Union. Da eine Bank nur mit ausreichendem anerkannten Eigenkapital arbeiten und ihre kommerziellen Tätigkeiten ausweiten könne, seien die Geschäftsmöglichkeiten der WestLB durch die staatliche Maßnahme, die ihre Solvabilität gewährleiste, unmittelbar beeinflusst worden.

- 33 Der fragliche Vorgang sei eine Übertragung staatlichen Vermögens auf ein Unternehmen. Bei diesem Vermögen, das einen kommerziellen Wert habe und mit dem keine ausreichende Vergütung einhergehe, handele es sich um staatliche Mittel im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG.
- 34 Bei der Prüfung, ob die Übertragung staatlicher Mittel auf ein Unternehmen der öffentlichen Hand dieses Unternehmen begünstige und somit eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG darstellen könne, wende die Kommission den Grundsatz des „marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ an.
- 35 Die Kommission erklärt sodann im Einzelnen ihre Beurteilung des Vorgangs anhand des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers.
- 36 Erstens rechtfertige der Umstand, dass der EG-Vertrag nach Artikel 295 EG die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lasse, keine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft. Die Kommission stellt ihrer Ansicht nach damit 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 würden, seien die marktüblichen Regeln anzuwenden. Das bedeute, dass der Staat, sobald er beschließe, für öffentliche Zwecke bestimmtes Vermögen auch kommerziell zu nutzen, dafür ein der marktüblichen Vergütung entsprechendes Entgelt verlangen sollte.
- 37 Was zweitens die Besonderheit des Vorgangs betreffe, so müsse, wenn sich ein Mitgliedstaat für eine Vorgehensweise wie die hier fragliche entscheide, eingehend untersucht werden, in welchem Maße diese für den wettbewerbsorientierten Unternehmensteil wirtschaftlich von Vorteil sein könne.

- 38 Drittens hätte zur Gewährleistung einer angemessenen Rendite aus dem bereitgestellten Kapital die Beteiligung des Landes an der WestLB erhöht werden können. Da dies nicht geschehen sei, hätte das Land nach der angefochtenen Entscheidung entsprechend dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers für die Kapitaleinbringung ein angemessenes Entgelt in einer anderen Form verlangen müssen. Andernfalls gewähre es der WestLB eine Vergünstigung, die eine staatliche Beihilfe darstelle.
- 39 Viertens erklärt die Kommission, wie sie die Kapitalbasis für die Berechnung des Entgelts bestimmt hat. Zur Festsetzung eines angemessenen Entgelts müsse zwischen den verschiedenen Teilen der WfA-Sonderrücklage entsprechend ihrem Nutzen für die WestLB unterschieden werden.
- 40 In die WestLB-Bilanz seien insgesamt 5,9 Milliarden DM als Eigenkapital eingestellt worden. Das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen habe jedoch nur 4 Milliarden DM als Basiseigenmittel anerkannt. Davon könnten nach den Solvabilitätsregeln nur 2,5 Milliarden DM von der WestLB als Eigenmittelbasis tatsächlich zur Ausweitung ihres wettbewerbsorientierten Geschäfts genutzt werden und sollten daher als primäre Basis für eine Vergütung für das Land herangezogen werden. Die restlichen 1,5 Milliarden DM dienten zur Unterlegung des Wohnungsbauförderungsgeschäfts der WfA. In der Bilanz erscheine ferner ein Betrag von 1,9 Milliarden DM, der aber nicht als Eigenmittel für Solvabilitätszwecke anerkannt sei. Somit belaufe sich der in der WestLB-Bilanz ausgewiesene Betrag, der aber nicht zur Ausweitung der wettbewerbsorientierten Geschäftsbereiche der WestLB verwendet werden könne, auf 3,4 Milliarden DM. Dieser Betrag trage jedoch dazu bei, das Ansehen der Bank in den Augen der Gläubiger zu verbessern, und könne deshalb wirtschaftlich — selbst wenn er in der Bilanz als Eigenmittel ausgewiesen werde — zumindest mit einer Garantie verglichen werden. Da dieser Betrag also für die WestLB von wirtschaftlichem Nutzen sei, hätte ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine Vergütung dafür gefordert. Diese werde gleichwohl unter dem Entgelt für die 2,5 Milliarden DM liegen, die zur Ausweitung des wettbewerbsorientierten Geschäfts der WestLB genutzt werden könnten.

- 41 Fünftens erläutert die Kommission im Einzelnen, wie sie die angemessene Vergütung für das Kapital berechnet hat.

B — Analyse der angemessenen Vergütung für das Kapital

- 42 Die Kommission stellt vorab fest, dass der Vorgang angesichts der Vorschriften des EG-Vertrags über staatliche Beihilfen als Kapitalzufuhr und nicht als Bürgschaft anzusehen sei und dementsprechend die Vergütung für das Kapital ermittelt werden müsse. Sie könne jedoch zum Zweck der Berechnung einer angemessenen Vergütung einen Teil dieses Kapitals wegen seines besonderen Charakters mit einer Bürgschaft vergleichen, da er von der WestLB nicht in gleicher Weise eingesetzt werden könne wie normales Eigenkapital.
- 43 Die Kommission weist sodann erstens darauf hin, dass die Einbringung der WfA in die WestLB wegen des besonderen Charakters der Transaktion schwer mit irgendeinem auf dem Markt existierenden Finanzinstrument zu vergleichen sei, und legt dar, weshalb ihrer Ansicht nach der von der deutschen Regierung vorgenommene Vergleich mit hybriden Eigenkapitalinstrumenten wegen der Besonderheiten des WfA-Kapitals nicht geeignet ist, als Grundlage für die Berechnung der angemessenen Vergütung für das WfA-Kapital zu dienen.
- 44 Zweitens nimmt sie Bezug auf die Auswirkungen der Liquiditätsnachteile auf die Berechnung der Vergütung für das Kapital. Die Übertragung des WfA-Kapitals habe der WestLB zunächst keine zusätzliche Liquidität verschafft, weil das übertragene Vermögen und sämtliche Erträge der WfA gesetzlich weiter der Wohnungsbauförderung vorbehalten seien. Die WestLB habe daher zusätzliche Finanzierungskosten in Höhe des Kapitalbetrags, wenn sie die erforderlichen Mittel auf den Finanzmärkten aufnehme, um so die Geschäftsmöglichkeiten auszuschöpfen, die sich ihr durch das zusätzliche Eigenkapital eröffneten. Wegen dieser zusätzlichen Finanzierungskosten, die bei normalem Eigenkapital nicht entstünden, müsse zur Ermittlung des angemessenen Entgelts ein entsprechender Abschlag vorgenommen werden.

- 45 Anders als die WestLB und die deutsche Regierung ist die Kommission jedoch der Auffassung, dass nicht der gesamte Refinanzierungszinssatz in Rechnung zu stellen sei. Nur die Nettoaufwendungen seien als zusätzliche Belastungen der WestLB infolge des besonderen Charakters des übertragenen Kapitals zu berücksichtigen. Insgesamt erkennt die Kommission an, dass der WestLB zusätzliche „Liquiditätskosten“ in der Höhe von „Refinanzierungskosten abzüglich Steuern“ entstanden. Sie erkennt auch die von der deutschen Regierung vorgelegten Gutachten über die Höhe der Vergütung an, die einen Wert von 8,26 % als angemessenen langfristigen Refinanzierungssatz nennen. Bei Anwendung der deutschen Steuersätze gelange man damit zu einem Nettofinanzierungskostensatz von 4,2 %.
- 46 Die Kommission erklärt drittens ihre Berechnung der angemessenen Vergütung für den Betrag von 2,5 Milliarden DM, der der Erhöhung des für die WestLB verfügbaren Eigenkapitals entspricht.
- 47 Sie weist darauf hin, dass nach den Aussagen der von ihr hinzugezogenen externen Sachverständigen von der normalen Investitionsrendite im Bankgewerbe ausgegangen werden und diese dann nach Maßgabe der besonderen Merkmale der Transaktion angepasst werden sollte. Außerdem habe sie bei ihrer Prüfung auch mehrere Aussagen und Studien von Investmentbanken und Beratungsfirmen über tatsächliche und erwartete Renditen für Eigenkapital und Investitionen sowie von den verschiedenen Beteiligten übermittelte Stellungnahmen berücksichtigt.
- 48 Auf der Grundlage dieser Informationen, ihrer einschlägigen Erfahrung, von Marktstatistiken sowie ihrer früheren Entscheidungen über staatliche Beihilfen gehe sie von einer zu erwartenden Mindestvergütung von 12 % nach Steuern zum Zeitpunkt der Übertragung für diese Investition mit Eigenkapitalcharakter aus.

- 49 Bei der Berechnung der angemessenen Vergütung berücksichtigte die Kommission auch, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber wegen der Besonderheiten der Transaktion zusätzlich zu der marktüblichen Rendite auf das zur Verfügung gestellte Kapital einen Aufschlag verlangt hätte.
- 50 Dieser Aufschlag erkläre sich durch drei Faktoren. Zunächst sei das Volumen des übertragenen Vermögens beträchtlich gewesen, es habe für die WestLB aus dem Blickwinkel der Solvabilitätsbestimmungen entscheidenden Einfluss gehabt, und die WestLB habe im Vergleich zu anderen Banken unterdurchschnittliche Gewinne erwirtschaftet. Sodann sei das Land infolge der Eingliederung der WfA in die WestLB im Fall der Zahlungsunfähigkeit der WestLB einem höheren Risiko ausgesetzt. Außerdem habe es keine zusätzlichen Stimmrechte durch diese Eingliederung erhalten. Zum Ausgleich dafür, dass ein höheres Risiko hingenommen werde, ohne dass dem ein entsprechend größerer Einfluss auf das Unternehmen gegenüberstehe, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine höhere Vergütung verlangen. Schließlich habe die Investition des Landes den Charakter einer dauerhaften Anlage in nicht notierten Papieren. Aufgrund der besonderen Umstände der Übertragung der WfA habe das Land keine Möglichkeit, das Kapital wieder abziehen und damit seine Investition zu beenden. Folglich sei wegen dieser Besonderheiten ein Aufschlag von 1,5 % der hier angemessene Mindestaufschlag.
- 51 Die Kommission gelangt zu dem Schluss, dass eine angemessene Vergütung für das fragliche Kapital 9,3 % betragen würde, nämlich 12 % normale Rendite für die Investition zuzüglich des Aufschlags von 1,5 % für die Besonderheiten der Transaktion abzüglich 4,2 % wegen des Finanzierungsaufwands, der der WestLB wegen der fehlenden Liquidität des übertragenen Vermögens entstehe.
- 52 Die Kommission erläutert viertens, wie sie die angemessene Vergütung für den Betrag von 3,4 Milliarden DM berechnet habe, der in der WestLB-Bilanz ausgewiesen sei, aber nicht zur Ausweitung der wettbewerbsorientierten Geschäftsbereiche der WestLB verwendet werden könne. Im Beschluss zur Eröffnung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG habe sie einen Satz von 0,3 % angeführt, den die deutsche Regierung als angemessene Avalprovision für eine Bank wie die

WestLB genannt habe. Der genannte Betrag liege über dem, was normalerweise durch derartige Bankbürgschaften gedeckt werde; außerdem seien Bankbürgschaften üblicherweise mit bestimmten Transaktionen verknüpft und befristet, während die WfA-Sonderrücklage der WestLB zeitlich unbegrenzt zur Verfügung stehe. Diese beiden Faktoren verlangten eine Erhöhung des Vergütungssatzes auf rund 0,5 % bis 0,6 %. Da Garantieprämien normalerweise Betriebsausgaben darstellten und daher den steuerbaren Gewinn schmälerten, die dem Land für das WfA-Kapital gezahlte Vergütung aber aus den Gewinnen nach Steuern gezahlt werde, sei dieser Satz entsprechend anzupassen. Deshalb sei ein Entgeltsatz in Höhe von 0,3 % nach Steuern für diese Art von Kapital eine korrekte Vergütung.

- 53 Fünftens ist die Kommission der Ansicht, dass die etwaigen Synergieeffekte und Einsparungen, die für das Land und die WfA aus deren Übertragung und Eingliederung in die WestLB folgten, nicht als Gegenleistung für die Bereitstellung von Basiseigenmitteln für die WestLB angesehen werden könnten. Da sich durch diese Synergien weder die Verwendbarkeit des übertragenen Kapitals für die WestLB vermindere noch die aus der Übertragung resultierenden Kosten für die WestLB erhöhten, dürften die Synergien keinen Einfluss auf die Höhe des Entgelts haben, das ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber von der Bank für das bereitgestellte Eigenkapital verlangen könnte. Dagegen erkennt die Kommission an, dass der von der WestLB 1992 für Pensionsaufwendungen der WfA gezahlte Betrag von 33 Millionen DM Teil der von der WestLB für die Übertragung gezahlten Vergütung ist.
- 54 Schließlich ermittelt die Kommission auf der Grundlage der oben stehenden Berechnungen des in Anrechnung zu bringenden Kapitals und seiner Vergütung das Beihilfeelement des fraglichen Vorgangs. Sie hält ein Entgelt von 9,3 % nach Steuern für den Teil des Kapitals, der von der WestLB zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit verwendet werden könne, nämlich 2,5 Milliarden DM per Ende 1993, und von 0,3 % nach Steuern für den Unterschied zwischen diesem Teil und dem in der WestLB-Bilanz als Eigenmittel ausgewiesenen Betrag von 5,9 Milliarden DM, also 3,4 Milliarden DM per Ende 1993, für marktkonform. Ferner sei das Entgelt von 0,6 % zu berücksichtigen, das die WestLB seit 1993 auf

den Betrag zahle, den sie zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit verwenden könne. Außerdem akzeptiert die Kommission die Zahlung der WestLB im Jahre 1992 für Pensionsforderungen der WfA als zusätzliches Entgelt für das Land. Das Beihilfeelement werde als die Differenz zwischen den tatsächlichen Zahlungen und den Zahlungen berechnet, die den Marktbedingungen entsprechen würden. Die so berechnete Beihilfe belaufe sich von 1992 bis 1998 auf insgesamt 1 579 700 000 DM.

- 55 Nach ihren Ausführungen zur Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers auf den fraglichen Vorgang geht die Kommission auf andere Aspekte dieses Vorgangs ein, bevor sie ihre abschließenden Schlussfolgerungen darlegt.
- 56 Die Steuerbefreiungen für das Wohnungsbauförderungsgeschäft des Bereiches „WfA“ innerhalb der WestLB erhöhten die Gewinne der WfA (oder verminderten ihre Verluste), so dass sich das Nettovermögen der WfA erhöhen könnte. Damit könnte auch die WestLB über höhere Beträge zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts verfügen. Sofern dieser Anteil aber wachse, erweitere sich auch die Berechnungsgrundlage für die an das Land zu zahlende Vergütung. Würde die Vergütung in einer angemessenen Höhe festgesetzt, so würden die Steuerbefreiungen für die Wohnungsbauförderung zu keiner Wettbewerbsverzerrung zugunsten der WestLB führen. Nach den vorstehend in den Randnummern 51 und 52 dargestellten Berechnungen belaufe sich ein angemessenes Entgelt auf 9,3 % für den Betrag, der der Erhöhung des für die WestLB verfügbaren Eigenkapitals entspreche, und auf 0,3 % für den Betrag, der in der WestLB-Bilanz ausgewiesen worden sei, aber nicht zur Ausweitung des Wettbewerbsgeschäfts der WestLB verwendet werden könne.
- 57 Der Erlass der Haftungsverpflichtung habe den Wert der WfA gesteigert. Da aber die Berechnung des von der WestLB zu zahlenden Entgelts auf der Bewertung der WfA nach diesem Verzicht beruhe, diesem Wertzuwachs also Rechnung getragen

werde, stelle die Aufhebung der Haftung keinen Vorteil für die WestLB dar, sofern das Entgelt mit den Marktbedingungen in Einklang stehe.

- 58 Auf der Grundlage der vorstehenden Beurteilung kommt die Kommission zu dem Schluss, dass sämtliche Kriterien des Artikels 87 Absatz 1 EG erfüllt seien und dass, da im vorliegenden Fall keine der Ausnahmegestimmungen der Artikel 86 Absatz 2 EG und 87 Absätze 2 und 3 EG greife, die Beihilfe nicht als mit dem Vertrag vereinbar angesehen werden könne.

Verfahren und Anträge der Beteiligten

- 59 Die Kläger haben mit am 12. Oktober 1999 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschriften die vorliegenden Klagen erhoben.
- 60 Mit Beschluss des Präsidenten der Vierten erweiterten Kammer des Gerichts vom 22. August 2000 sind die Bundesrepublik Deutschland als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kläger und der BdB als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Beklagten zugelassen worden.
- 61 Mit demselben Beschluss hat das Gericht einen Antrag der Kläger auf vertrauliche Behandlung geprüft und ihm für bestimmte in den Akten enthaltene Angaben stattgegeben. Dieser Beschluss ist mit Beschluss vom 23. Oktober 2000 berichtigt worden.

- 62 Mit Beschluss des Präsidenten der Vierten erweiterten Kammer des Gerichts vom 11. Juli 2001 sind die beiden Rechtssachen nach Anhörung der Parteien nach Artikel 50 der Verfahrensordnung des Gerichts zu gemeinsamem mündlichen Verfahren und zu gemeinsamer Entscheidung verbunden worden.
- 63 Infolge der Änderung der Zusammensetzung der Kammern des Gerichts ab dem 20. September 2001 ist der Berichterstatter der Zweiten erweiterten Kammer zugewiesen worden, und die vorliegenden Rechtssachen sind demzufolge an diese Kammer verwiesen worden.
- 64 Auf Bericht des Berichterstatters hat das Gericht (Zweite erweiterte Kammer) beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen. Die Kläger, die Beklagte und die Bundesrepublik Deutschland haben die vom Gericht gestellten schriftlichen Fragen beantwortet, und die Beklagte hat die im Rahmen prozessleitender Maßnahmen angeforderten Dokumente vorgelegt.
- 65 Mit Beschluss vom 29. Mai 2002 hat der Präsident der Zweiten erweiterten Kammer des Gerichts die von den Klägern beantragte vertrauliche Behandlung bestimmter Angaben in einem der in der vorstehenden Randnummer genannten Dokumente vorläufig gewährt.
- 66 Die Beteiligten haben in der Sitzung vom 5. und 6. Juni 2002 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet.

⁶⁷ In dieser Sitzung haben sich die Streithelfer zum Antrag der Kläger auf vertrauliche Behandlung bestimmter Angaben in einem der von der Kommission auf Anforderung des Gerichts vorgelegten Dokumente nicht geäußert, nachdem sie ausdrücklich dazu aufgefordert worden waren. Somit ist der Beschluss, mit dem die vertrauliche Behandlung dieser Angaben vorläufig gewährt worden ist, zu bestätigen.

⁶⁸ Die WestLB beantragt,

- die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären;
- der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

⁶⁹ Das Land beantragt,

- die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären;
- der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen;
- dem BdB seine eigenen Kosten aufzuerlegen.

70 Die Bundesrepublik Deutschland als Streithelferin beantragt,

- die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären;
- der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

71 Die Kommission beantragt,

- die beiden Klagen als unbegründet abzuweisen;
- den Klägern die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

72 Der BdB als Streithelfer beantragt,

- die beiden Klagen als unbegründet abzuweisen;
- den Klägern die Kosten des Verfahrens einschließlich seiner Kosten aufzuerlegen.

Zur Begründetheit

- 73 Die WestLB stützt ihre Klage auf fünf Klagegründe, und zwar Unzuständigkeit der zurückgetretenen Kommission für den Erlass der angefochtenen Entscheidung, fehlerhafte Besetzung der Kommission, Verletzung der Verteidigungsrechte, Verstoß gegen die Begründungspflicht und Verstoß gegen Artikel 87 Absatz 1 EG. Das Land führt vier Klagegründe an, und zwar Unzuständigkeit und fehlerhafte Besetzung der Kommission, Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs, Verletzung wesentlicher Formvorschriften und Verstoß gegen die Artikel 87 Absatz 1 EG und 295 EG.
- 74 In der mündlichen Verhandlung haben die Kläger auf eine entsprechende Frage des Gerichts erklärt, den Klagegrund der fehlerhaften Besetzung der Kommission bei Erlass der angefochtenen Entscheidung nicht aufrechtzuerhalten.
- 75 Das Gericht wird erstens den Klagegrund der Unzuständigkeit der Kommission prüfen, zweitens den der Verletzung der Verteidigungsrechte und drittens den der Verletzung wesentlicher Formvorschriften hinsichtlich der angeblichen Verletzung des Rechts der Bundesrepublik Deutschland auf rechtliches Gehör, der angeblichen fehlerhaften Sachverhaltsfeststellungen und der angeblichen Verletzung des Grundsatzes der Unparteilichkeit.
- 76 Viertens wird das Gericht auf den Klagegrund des Verstoßes gegen die Artikel 87 Absatz 1 EG und 295 EG im Hinblick auf die Auslegung des Beihilfiebegriffs durch die Kommission in der angefochtenen Entscheidung eingehen. Zuletzt wird es den Klagegrund des Verstoßes gegen die Begründungspflicht gemeinsam mit dem hilfsweise vorgebrachten Klagegrund des Verstoßes gegen die beiden oben genannten Bestimmungen im Hinblick auf die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers (nachfolgend auch: Grundsatz des privaten Kapitalgebers) durch die Kommission prüfen.

I — Zum ersten Klagegrund: Unzuständigkeit der Kommission für den Erlass der angefochtenen Entscheidung

A — Vorbringen der Beteiligten

- 77 Die Kläger machen geltend, die Kommission sei aufgrund ihres Rücktritts vom 16. März 1999 zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung in ihrer Amtsführung auf die Wahrnehmung laufender und dringender Amtsgeschäfte beschränkt gewesen. Da die Entscheidung sich nicht in diesen Rahmen einfüge, sei sie für nichtig zu erklären.
- 78 Da erstens die Rechtsfolgen des freiwilligen Rücktritts sämtlicher Mitglieder der Kommission im EG-Vertrag nicht ausdrücklich geregelt seien, sei Artikel 201 Absatz 2 Satz 2 EG entsprechend anzuwenden, weil er die einzige Vorschrift des Vertrages sei, die den Rücktritt der gesamten Kommission erfasse. Daher seien deren Aufgaben auf die Führung der laufenden Geschäfte beschränkt gewesen.
- 79 Artikel 215 EG sei hier nicht anwendbar. Der Rücktritt der Kommission sei nicht freiwillig gewesen, da er nur erfolgt sei, um der andernfalls mit Sicherheit erwarteten Annahme eines Misstrauensantrags durch das Europäische Parlament zuvorzukommen. Das Land fügt hinzu, wenn der Vertrag die Befugnisse der Kommission nach einem erfolgreichen Misstrauensantrag auf die Führung der laufenden Geschäfte beschränke, laufe es zweifellos der praktischen Wirksamkeit des Artikels 201 EG zuwider, wenn sich die Kommission dieser Beschränkung durch einen vorbeugenden freiwilligen Rücktritt entziehen könnte. Um eine Umgehung von Artikel 201 EG zu vermeiden, müsse auf den geschlossenen Rücktritt dieselbe Beschränkung Anwendung finden, die im Fall eines Misstrauensvotums gälte.

- 80 Ferner ergebe sich die Beschränkung der Befugnisse der zurückgetretenen Kommission auf laufende Geschäfte auch aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts, der aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten abzuleiten sei. Dazu verweist das Land auf eine Stellungnahme des Juristischen Dienstes der Kommission vom 9. Januar 1995.
- 81 Der Rücktritt sämtlicher Mitglieder der Kommission könne nicht als Bündel individueller Rücktritte angesehen werden. Artikel 215 EG erfasse nur den Rücktritt eines einzelnen oder mehrerer Mitglieder der Kommission und setze daher eine noch im Amt befindliche und damit ergänzungsfähige Kommission voraus. Den kollektiven Rücktritt der Kommission als die Summe der einzelnen Rücktritte anzusehen, laufe darauf hinaus, den Anwendungsbereich des Artikels 215 EG unzulässig zu erweitern und die Rechte des Parlaments im Verfahren zur Ernennung einer neuen Kommission zu beschränken. Das Parlament könne der Kommission nicht mehr das Misstrauen aussprechen, wenn alle ihre Mitglieder erst einmal zurückgetreten seien; ein solcher Antrag sei vom Präsidenten des Parlaments als unzulässig zurückgewiesen worden.
- 82 Hilfsweise wird geltend gemacht, die Aufgaben der Kommission seien auch deshalb auf die Wahrnehmung laufender und dringender Amtsgeschäfte beschränkt gewesen, weil sie an ihre eigene Erklärung vom 17. März 1999 und ihre Leitlinien vom 23. März 1999 über die Tätigkeiten, auf die sie sich nach ihrem Rücktritt habe beschränken wollen, gebunden gewesen sei. Insoweit weist die WestLB darauf hin, dass der Gerichtshof des Öfteren entschieden habe, dass Erklärungen der Kommission mit allgemeiner Tragweite auch dann für die Kommission bindend seien, wenn sie nicht in die Form eines Rechtsakts nach Artikel 249 EG gefasst seien (Urteil des Gerichtshofes vom 24. März 1993 in der Rechtssache C-313/90, CIRFS u. a./Kommission, Slg. 1993, I-1125, Randnrn. 34 bis 36, Urteile des Gerichts vom 12. Dezember 1996 in der Rechtssache T-380/94, AIUFFASS und AKT/Kommission, Slg. 1996, II-2169, Randnr. 57, und vom 5. November 1997 in der Rechtssache T-149/95, Ducros/Kommission, Slg. 1997, II-2031, Randnr. 61).
- 83 Zweitens machen die Kläger geltend, die angefochtene Entscheidung sei ein beihilferechtlicher Muster- und Präzedenzfall und als solcher weder ein laufendes noch ein dringendes Amtsgeschäft.

- 84 Die angefochtene Entscheidung gehe weit über den Verwaltungsalltag hinaus. Die Eingliederung der WfA in die WestLB unterscheide sich durch ihre besondere Struktur von jeder anderen als staatliche Beihilfe einstuftbaren Maßnahme. Außerdem habe die Kommission erstmals den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers auf ein gesundes Unternehmen angewandt, indem sie von diesem für von einem öffentlichen Kapitalgeber eingebrachtes Kapital die Durchschnittsrendite des betreffenden Sektors fordere (im Folgenden: Durchschnittsrendite). Im Übrigen handele sich um ein Verfahren, dessen Ausgang von grundsätzlicher Bedeutung für ähnlich gelagerte Fälle sei.
- 85 Die Frage, ob das Verfahren vor dem Rücktritt eröffnet worden sei, spiele überhaupt keine Rolle, da sonst die Kommission so arbeiten könnte wie vor ihrem Rücktritt. Auf das Vorbringen der Kommission, während des förmlichen Prüfverfahrens müssten keine neuen Tatsachen oder Umstände mehr bewertet werden, erwidert das Land, dass die Untersuchung ihre wirkliche Bedeutung vielmehr im Laufe dieses Verfahrens erlangt habe und allein die dieses Verfahren abschließende Entscheidung maßgeblich sei. Angesichts der Besonderheiten und der herausragenden Bedeutung des vorliegenden Falles könne somit die angefochtene, das Verfahren abschließende Entscheidung nicht zu den laufenden Amtsgeschäften der Kommission gerechnet werden.
- 86 Die Entscheidung habe auch kein dringendes Amtsgeschäft betroffen. Die Kommission habe nicht tätig werden müssen, um weitergehenden Schaden von der Gemeinschaft oder Einzelnen abzuwenden. Das Beihilfeverfahren sei nicht fristgebunden. Außerdem habe das Verfahren bereits 1994 begonnen.
- 87 Das Land bringt weiter vor, seine Auffassung, die Kommission sei für den Erlass der angefochtenen Entscheidung nicht mehr zuständig gewesen, weil es sich nicht um ein gewöhnliches Amtsgeschäft aus dem Verwaltungsalltag gehandelt habe und der Erlass der Entscheidung auch nicht dringlich gewesen sei, werde durch die frühere Handhabung durch die Kommission in einer Übergangszeit bestätigt.

Die einzige Kommission, deren Amt beendet gewesen sei und die noch bis zur Bestellung einer neuen Kommission tätig gewesen sei, sei die Kommission unter der Präsidentschaft von J. Delors gewesen, die sich in der Übergangszeit strikt an den Grundsatz gehalten habe, nur über laufende und wirklich dringende Amtsgeschäfte zu entscheiden. In jener Übergangszeit sei keine Entscheidung zum Abschluss eines beihilferechtlichen förmlichen Prüfverfahrens ergangen.

- 88 Die Kommission bestreitet, unterstützt vom BdB, dass der Rücktritt der Kommission unter der Präsidentschaft von J. Santer im März 1999 rechtlich zur Beschränkung ihrer Befugnisse auf die Wahrnehmung der laufenden Amtsgeschäfte geführt habe, und macht hilfsweise geltend, die angefochtene Entscheidung sei in einem solchen Rahmen erlassen worden.
- 89 Die Vorlage der oben in Randnummer 80 erwähnten Stellungnahme des Juristischen Dienstes der Kommission durch das Land sei unzulässig, da es sich um ein internes Dokument handle, in dessen Besitz das Land unrechtmäßigerweise gekommen sei. Die Kommission beantragt nach Artikel 64 § 4 der Verfahrensordnung beim Gericht die Entfernung dieses Dokuments aus den Akten der Rechtssache T-233/99.

B — *Würdigung durch das Gericht*

- 90 Vorab ist nach den Artikeln 49 und 64 § 4 der Verfahrensordnung der Antrag der Kommission auf Entfernung der Stellungnahme des Juristischen Dienstes der Kommission zum Umfang der Befugnisse der Kommission nach Ablauf der Amtszeit ihrer Mitglieder aus den Akten der Rechtssache T-233/99 zu prüfen.

- 91 Da es sich bei dem fraglichen Dokument um ein internes Dokument der Kommission handelt und das Land nicht nachweisen konnte, dass es das Dokument rechtmäßig erlangt hat, ist dem Antrag der Kommission stattzugeben (siehe entsprechend Beschluss des Gerichtshofes vom 15. Oktober 1986 in der Rechtssache 31/86, LAISA/Rat, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 5, und Beschluss des Präsidenten des Gerichts vom 3. März 1998 in der Rechtssache T-610/97 R, Carlsen u. a./Rat, Slg. 1998, II-485, Randnrn. 36 bis 41 und 45 bis 49).
- 92 Außerdem enthält diese Stellungnahme nach Ansicht des Gerichts nichts, was für die vom Gemeinschaftsrichter vorzunehmende Rechtmäßigkeitskontrolle ausschlaggebend wäre (siehe in diesem Sinne Beschlüsse des Gerichtshofes vom 11. Dezember 1986 in der Rechtssache 212/86, ICI/Kommission, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnrn. 5 bis 8, und vom 20. März 1991 in der Rechtssache C-308/90, Advanced Nuclear Fuels/Kommission, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 12, Urteil des Gerichts vom 10. März 1992 in der Rechtssache T-9/89, Hüls/Kommission, Slg. 1992, II-499, Randnrn. 85 und 86).
- 93 Mit dem vorliegenden Klagegrund machen die Kläger im Wesentlichen geltend, dass die angefochtene Entscheidung deshalb rechtswidrig sei, weil die Kommission in ihrer Amtsführung auf die Wahrnehmung laufender und dringender Amtsgeschäfte beschränkt gewesen sei und die Entscheidung kein solches Amtsgeschäft betroffen habe.
- 94 Zu prüfen ist, ob unabhängig davon, ob die Befugnisse der Kommission zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung beschränkt waren, diese Entscheidung als eine Handlung angesehen werden kann, die ein laufendes Amtsgeschäft betrifft.
- 95 Die Kläger haben geltend gemacht, die Entscheidung betreffe eine Maßnahme, die sich durch ihre besondere Struktur von anderen der Kommission unterbreiteten Maßnahmen unterscheide, und die Kommission habe erstmals den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers auf ein gesundes Unternehmen angewandt, indem sie von diesem eine Durchschnittsrendite fordere. Außerdem komme der angefochtenen Entscheidung Präcedenzwirkung für ähnlich gelagerte Fälle zu.

- 96 Zunächst ist festzustellen, dass die angefochtene Entscheidung keine neue politische Initiative darstellte, mit der die Befugnisse einer auf die Führung laufender Amtsgeschäfte beschränkten Kommission überschritten worden wären.
- 97 Selbst wenn der vorliegende Fall nämlich bestimmte Unterschiede gegenüber von der Kommission zuvor behandelten Beihilfefällen aufwies, hat die Kommission jedenfalls mit der angefochtenen Entscheidung nur eine rechtliche Regelung auf diesen Fall angewandt, die aus seit langem geltenden Regeln und Grundsätzen besteht.
- 98 Eine solche Anwendung gehört zur Überwachungsaufgabe der Kommission nach Artikel 211 EG und insbesondere zu ihrer Verpflichtung, für die Anwendung von Artikel 87 Absatz 1 EG Sorge zu tragen, um sicherzustellen, dass staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb weder verfälschen noch zu verfälschen drohen.
- 99 Diese Verpflichtung steht in Zusammenhang mit der Verwirklichung einer der wesentlichen Aufgaben der Gemeinschaft, nämlich nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe g EG für den Schutz des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen zu sorgen.
- 100 Somit ist davon auszugehen, dass die angefochtene Entscheidung eine Sache betrifft, die unter die Führung laufender Amtsgeschäfte fällt.

- 101 Die Kläger können auch nicht behaupten, dass die Art und Weise, in der die Kommission das Gemeinschaftsrecht im vorliegenden Fall angewandt hat, daran etwas ändere.
- 102 Zur Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers auf gesunde Unternehmen ist nämlich festzustellen, dass die Kommission bereits in der Vergangenheit geprüft hatte, ob bestimmte Maßnahmen mit diesem Grundsatz im Einklang stehen, obwohl das von der entsprechenden Maßnahme begünstigte Unternehmen Gewinne erzielt hatte (Entscheidung 98/365/EG der Kommission vom 1. Oktober 1997 über angebliche Beihilfen Frankreichs zugunsten von SFMI-Chronopost, ABl. 1998, L 164, S. 37, Abschnitte I.B und II), und dass sie einen solchen Ansatz im Übrigen in den Nummern 22 und 23 ihrer Mitteilung von 1993 an die Mitgliedstaaten über die Anwendung der Artikel [87] und [88 EG] und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (ABl. C 307, S. 3, im Folgenden: Mitteilung der Kommission von 1993, siehe unten, Randnr. 211) angekündigt hatte.
- 103 Bezüglich der Forderung nach einer Durchschnittsrendite ist davon auszugehen, dass Letztere nur ein Analyseinstrument für die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers darstellt (siehe unten, Randnrn. 243 bis 277).
- 104 Vor diesem Hintergrund steht auch der Umstand, dass die angefochtene Entscheidung Präcedenzwirkung für ähnlich gelagerte Fälle haben konnte, nicht der Schlussfolgerung entgegen, dass die vorliegende Sache als zur Führung laufender Amtsgeschäfte gehörend anzusehen ist.
- 105 Der vorliegende Klagegrund ist daher zurückzuweisen, ohne dass auf die Begründetheit des Vorbringens zur angeblichen Beschränkung der Befugnisse der Kommission nach ihrem Rücktritt eingegangen werden müsste.

II — *Zum zweiten Klagegrund: Verletzung der Verteidigungsrechte*A — *Vorbringen der Beteiligten*

- 106 Die Kläger machen, unterstützt von der Bundesrepublik Deutschland, geltend, die Kommission habe ihren Anspruch und den der Bundesrepublik Deutschland auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie ihnen keinen Zugang zum Sachverständigengutachten von First Consulting sowie zu den beiden Schreiben des BdB vom 30. Oktober 1998 und 14. Januar 1999 (im Folgenden: die beiden Schreiben des BdB) gewährt und ihnen damit die Möglichkeit verwehrt habe, dazu und zu dem dem zweiten Schreiben beigefügten Gutachten von Professor Schulte-Mattler Stellung zu nehmen. Das Land weist außerdem darauf hin, dass die Kommission in ihrer Entscheidung für die angemessene Rendite einen Nachsteuersatz zugrunde gelegt habe, der somit viel höher sei als der Prozentsatz, der nach der verfahrensauslösenden Beschwerdeschrift des BdB und dem Entwurf der Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens, die beide von einem Vorsteuersatz ausgegangen seien, zu erwarten gewesen sei. Da die Bundesrepublik Deutschland und das Land dazu keine Stellung hätten nehmen können, sei das rechtliche Gehör verletzt worden.
- 107 Das Gutachten von First Consulting ist zunächst nach Ansicht der Kläger und der Bundesrepublik Deutschland ein maßgeblicher Bestandteil der Begründung der angefochtenen Entscheidung.
- 108 Die Kläger machen erstens geltend, nicht nur der Mitgliedstaat, der im Beihilfungsverfahren Adressat der Entscheidung sei, sondern auch das Unternehmen, das die Beihilfe empfangen haben solle, besitze einen Anspruch auf rechtliches Gehör (Urteil des Gerichtshofes vom 12. Februar 1992 in den Rechtssachen C-48/90 und C-66/90, Niederlande u. a./Kommission, Slg. 1992, I-565, Randnrn. 50 ff.). Zwar sei dieser Anspruch im Zusammenhang mit Artikel 86 EG anerkannt worden, er müsse aber erst recht im Beihilfungsverfahren nach Artikel 87 EG gewährt werden. Sie weisen die Argumentation der Kommission mit dem Urteil des Gerichts vom

25. Juni 1998 in den Rechtssachen T-371/94 und T-394/94 (British Airways u. a. und British Midland Airways/Kommission, Slg. 1998, II-2405, Randnrn. 57 bis 64) zurück, da die darin enthaltene Bezugnahme auf die Beteiligten nur die Wettbewerber und nicht die Beihilfeempfänger betreffe.

- 109 Die WestLB macht, unterstützt von der Bundesrepublik Deutschland, jedenfalls geltend, sie sei am Verwaltungsverfahren nicht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls angemessen beteiligt worden (Urteil British Airways u. a. und British Midland Airways/Kommission, Randnr. 60, und Urteil des Gerichts vom 16. Dezember 1999 in der Rechtssache T-158/96, Acciaierie di Bolzano/Kommission, Slg. 1999, II-3927, Randnr. 45). Die Grundsätze der Verwaltungspraxis der Kommission zur Anhörung Dritter im Rahmen der Fusionskontrolle seien im Rahmen staatlicher Beihilfen entsprechend anzuwenden. Nur so würde der Forderung des Gerichts im Urteil British Airways u. a. und British Midland Airways/Kommission entsprochen.
- 110 Außerdem sei es nicht Sache der Kommission, darüber zu entscheiden, ob bestimmte Unterlagen für die Beteiligten hilfreiche Informationen enthielten oder nicht, sondern sie müsse den betroffenen Unternehmen mit Ausnahme vertraulicher Unterlagen die Gesamtheit der belastenden und entlastenden Schriftstücke zugänglich machen, die sie im Laufe der Untersuchung gesammelt habe (Urteile des Gerichts vom 17. Dezember 1991 in der Rechtssache T-7/89, Hercules Chemicals/Kommission, Slg. 1991, II-1711, Randnr. 54, und vom 29. Juni 1995 in der Rechtssache T-30/91, Solvay/Kommission, Slg. 1995, II-1775, Randnr. 101, und in der Rechtssache T-36/91, ICI/Kommission, Slg. 1995, II-1847, Randnr. 111).
- 111 Das Recht auf Abgabe einer Stellungnahme nach Artikel 20 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel [88] des EG-Vertrags (ABl. L 83, S. 1) ist nach Ansicht der WestLB nur ein Ausfluss des allgemeinen Grundsatzes des Anspruchs auf rechtliches Gehör, dem diese Vorschrift zur Anwendung ver helfe, ohne seine Geltung im Beihilferecht einschränken zu können.

- 112 Das Land ist der Auffassung, eine Verletzung seiner eigenen Verteidigungsrechte geltend machen zu können, da das vorliegende Verfahren ausschließlich eine von ihm durchgeführte Maßnahme betreffe und es somit als einziger Beihilfegeber eine Verfahrensstellung inne habe, die sich von der anderer Verfahrensbeteiligter unterscheide.
- 113 Was zweitens den Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör anbelangt, stellen die Kläger unter Berufung auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes (Urteile des Gerichtshofes vom 10. Juli 1986 in den Rechtssachen 234/84, Belgien/Kommission, Slg. 1986, 2263, Randnr. 27, und 40/85, Belgien/Kommission, Slg. 1986, 2321, Randnr. 28) in Abrede, dass ein Anhörungsrecht sinnvoll und wirkungsvoll ausgeübt werden könne, wenn es sich nur auf Tatsachen, nicht aber auf die Wertungen dieser Tatsachen durch die Kommission beziehe.
- 114 Die Kläger wenden sich gegen das Vorbringen, das Gutachten von First Consulting dürfe als internes Dokument nicht zugänglich gemacht werden, und machen geltend, das Gutachten sei nicht als internes Dokument einzustufen. Die WestLB beruft sich dafür auf die das Kartell- und Fusionskontrollrecht betreffende Mitteilung der Kommission über interne Verfahrensvorschriften für die Behandlung von Anträgen auf Akteneinsicht in Fällen einer Anwendung der Artikel [81] und [82] EG-Vertrag, der Artikel 65 und 66 EGKS-Vertrag und der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (ABl. 1997, C 23, S. 3).
- 115 Außerdem weisen die WestLB und die Bundesrepublik Deutschland darauf hin, dass der Direktor in der GD IV Martin Power in der Besprechung vom 10. November 1998 den Zugang zum Gutachten von First Consulting vor Abschluss des Verwaltungsverfahrens zugesagt habe, und beantragen beim Gericht, im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Gericht die Teilnehmer an dieser Besprechung Peter Fleischer und Gerhard Knoke als Zeugen zu dieser Frage zu vernehmen.

- 116 Die Kläger und die Bundesrepublik Deutschland weisen auf die Bedeutung hin, die die in den Begründungserwägungen 9 und 10 der angefochtenen Entscheidung erwähnten beiden Schreiben des BdB für den Erlass der Entscheidung gehabt hätten, und werfen der Kommission vor, ihnen die Schreiben nicht übermittelt zu haben.
- 117 Das Land macht geltend, die bloße Möglichkeit einer negativen Beeinflussung des Verfahrens reiche dafür aus, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs zur Nichtigkeit der Entscheidung führe (Urteil des Gerichtshofes vom 14. Februar 1990 in der Rechtssache C-301/87, Frankreich/Kommission, „Boussac“, Slg. 1990, I-307, Randnr. 31, und Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs in dieser Rechtssache, Slg. 1990, I-328, Nr. 24). Allein diese Auslegung werde der grundlegenden Bedeutung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs gerecht, da jeder Verfahrensbeteiligte zu allen wesentlichen Aspekten angehört werden und sich in der besten Weise verteidigen können müsse.
- 118 Die Kommission wendet sich, unterstützt vom BdB, gegen das Vorbringen der Kläger und führt aus, dass diese erstens im Beihilfeverfahren keinen Anspruch auf rechtliches Gehör besäßen, dass sie zweitens vorliegend angemessen am Verfahren beteiligt worden seien und dass sie drittens auch bei Kenntnis etwaiger Standpunkte der Kläger oder der Bundesrepublik Deutschland zum Gutachten von First Consulting und den Schreiben des BdB keine andere Entscheidung als die angefochtene getroffen hätte.

B — Würdigung durch das Gericht

- 119 Zunächst ist nach den Artikeln 49 und 65 der Verfahrensordnung der Antrag auf Vernehmung der Teilnehmer an der Besprechung vom 10. November 1998 Peter Fleischer und Gerhard Knoke als Zeugen zu der Frage, ob der Direktor in der GD

IV Martin Power den Klägern und der Bundesrepublik Deutschland in dieser Besprechung den Zugang zum Gutachten von First Consulting vor Abschluss des Verwaltungsverfahrens zugesagt hat, zu prüfen.

- ¹²⁰ Nach Ansicht des Gerichts ergäbe die Anhörung dieser Zeugen nichts, was für die vom Gemeinschaftsrichter vorzunehmende Rechtmäßigkeitskontrolle ausschlaggebend wäre, da es für die Feststellung, ob die Rechte der Kläger oder der Bundesrepublik Deutschland verletzt wurden, nicht darauf ankommt, ob Herr Power ihnen den Zugang zu dem betreffenden Dokument zugesagt hat, sondern darauf, ob die Kommission ihnen den Zugang hätte gewähren müssen (siehe entsprechend die oben in Randnr. 92 angeführte Rechtsprechung).
- ¹²¹ Nach ständiger Rechtsprechung ist die Gewährung rechtlichen Gehörs in allen Verfahren, die gegen eine Person eingeleitet werden und zu einer den Betroffenen beschwerenden Maßnahme führen können, ein elementarer Grundsatz des Gemeinschaftsrechts und muss auch dann sichergestellt werden, wenn eine besondere Regelung fehlt. Nach diesem Grundsatz ist dem Betroffenen bereits im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zu geben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der von der Kommission angeführten Tatsachen, Beanstandungen und Umstände gebührend Stellung zu nehmen (Urteil des Gerichts vom 30. März 2000 in der Rechtssache T-65/96, Kish Glass/Kommission, Slg. 2000, II-1885, Randnr. 32).
- ¹²² Das Verwaltungsverfahren in Beihilfesachen wird aber nur gegen den betroffenen Mitgliedstaat eingeleitet. Die durch Beihilfen begünstigten Unternehmen und die die Beihilfen gewährenden, unterhalb der staatlichen Ebene angesiedelten Gebietskörperschaften, wie die Kläger, sowie die Wettbewerber der Beihilfempfänger gelten in diesem Verfahren nur als „Beteiligte“ (siehe in diesem Sinne Urteil Acciaierie di Bolzano/Kommission, Randnr. 42).

- 123 Außerdem muss die Kommission nach ständiger Rechtsprechung in der Prüfungsphase nach Artikel 88 Absatz 2 EG die Beteiligten zur Äußerung auffordern (Urteile des Gerichtshofes vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-198/91, Cook/Kommission, Slg. 1993, I-2487, Randnr. 22, vom 15. Juni 1993 in der Rechtssache C-225/91, Matra/Kommission, Slg. 1993, I-3203, Randnr. 16, und vom 2. April 1998 in der Rechtssache C-367/95 P, Kommission/Sytraval und Brink's France, Slg. 1998, I-1719, Randnr. 59).
- 124 Zu dieser Pflicht hat der Gerichtshof entschieden, dass die Veröffentlichung einer Mitteilung im Amtsblatt ein angemessenes Mittel zur Unterrichtung aller Beteiligten über die Einleitung eines Verfahrens darstellt (Urteil des Gerichtshofes vom 14. November 1984 in der Rechtssache 323/82, Intermills/Kommission, Slg. 1984, 3809, Randnr. 17); dabei hat er klargestellt, dass „[d]iese Mitteilung ... lediglich dem Zweck [dient], von den Beteiligten alle Auskünfte zu erhalten, die dazu beitragen können, der Kommission Klarheit über ihr weiteres Vorgehen zu verschaffen“ (Urteile des Gerichtshofes vom 12. Juli 1973 in der Rechtssache 70/72, Kommission/Deutschland, Slg. 1973, 813, Randnr. 19, und des Gerichts vom 22. Oktober 1996 in der Rechtssache T-266/94, Skibsværftsforeningen u. a./Kommission, Slg. 1996, II-1399, Randnr. 256).
- 125 Diese Rechtsprechung weist den Beteiligten im Wesentlichen die Rolle von Informationsquellen für die Kommission im Rahmen des nach Artikel 88 Absatz 2 EG eingeleiteten Verwaltungsverfahrens zu. Daraus folgt, dass die Beteiligten einen Anspruch auf rechtliches Gehör, wie er denjenigen zusteht, gegen die ein Verfahren eingeleitet worden ist, keineswegs geltend machen können, sondern lediglich über das Recht verfügen, am Verwaltungsverfahren unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls angemessen beteiligt zu werden (Urteil British Airways u. a. und British Midland Airways/Kommission, Randnrn. 59 und 60).
- 126 Hier machen die Kläger geltend, die Kommission habe ihren Anspruch und den der Bundesrepublik Deutschland auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie ihnen zum einen den Zugang zum Gutachten von First Consulting, zu den beiden Schreiben des BdB und zu dem einem dieser Schreiben beigefügten Gutachten von Professor Schulte-Mattler verwehrt und zum anderen in ihrer Entscheidung ohne vorherige Ankündigung einen Renditesatz nach Steuern zugrunde gelegt habe.

- 127 Hinsichtlich der Kläger ist festzustellen, dass sie, obwohl ihre Beteiligungs- und Informationsrechte, wie oben ausgeführt, eingeschränkt sind, dennoch zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der von der Kommission in Bezug auf den streitigen Vorgang angeführten Tatsachen, Beanstandungen und Umstände gebührend Stellung nehmen konnten.
- 128 Denn die dem Gericht vorliegenden Angaben über die unmittelbare und mittelbare Beteiligung der Kläger am Verwaltungsverfahren lassen klar erkennen, dass diese Gelegenheit hatten, sich zu den Tatsachen und Beanstandungen zu äußern, die die Kommission in der angefochtenen Entscheidung angeführt hat.
- 129 Insoweit ist insbesondere festzustellen, dass die Kläger zum einen in mehreren Besprechungen mit Vertretern der Kommission verschiedene Aspekte des Falles erörtern und ihr zum anderen Unterlagen zur Untermauerung ihrer Standpunkte vorlegen konnten. Zum Beispiel hat die WestLB der Kommission hinsichtlich der angemessenen Vergütung für den streitigen Vorgang ein Gutachten einer Investmentbank überreicht, die sie mit der Ermittlung dieser Vergütung beauftragt hatte. Vor diesem Hintergrund können die Kläger erst recht nicht mit dem Vorbringen durchdringen, sie seien durch die Verweigerung des Zugangs zu den fraglichen Dokumenten oder die Wahl des zugrunde gelegten Renditesatzes nicht in einer den Umständen des Einzelfalls angemessenen Art und Weise am Verwaltungsverfahren beteiligt worden.
- 130 Dies wird dadurch bestätigt, dass die angefochtene Entscheidung auf das Vorbringen der Kläger eingeht und oft darauf Bezug nimmt. Eine weitere Bestätigung findet diese Feststellung darin, dass, wie später noch auszuführen sein wird, auch der Anspruch der Bundesrepublik Deutschland auf rechtliches Gehör hier nicht verletzt worden ist.
- 131 Daher ist der vorliegende Klagegrund zurückzuweisen, soweit damit die Verletzung des Anspruchs der Kläger auf rechtliches Gehör gerügt wird.

132 Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Pflicht der Kommission nach Artikel 253 EG, ihre abschließende Entscheidung hinreichend zu begründen, nicht dadurch berührt wird, dass die Rechte der Beteiligten eingeschränkt sind (Urteil British Airways u. a. und British Midland Airways/Kommission, Randnrn. 64 und 94).

133 Auf die Rüge der Verletzung des Anspruchs der Bundesrepublik Deutschland auf rechtliches Gehör wird sogleich im Rahmen der Prüfung der Beachtung wesentlicher Formvorschriften durch die Kommission eingegangen.

III — Zum dritten Klagegrund: Verletzung wesentlicher Formvorschriften

134 Die Kläger machen geltend, die angefochtene Entscheidung leide unter einer Verletzung wesentlicher Formvorschriften im Sinne des Artikels 230 Absatz 2 EG. In diesem Zusammenhang wird sich die Prüfung durch das Gericht in drei Teile gliedern. Der erste betrifft den Anspruch der Bundesrepublik Deutschland auf rechtliches Gehör, der zweite den Vorwurf fehlerhafter Sachverhaltsfeststellungen und der dritte den Vorwurf eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Unparteilichkeit.

A — Erster Teil: Anspruch der Bundesrepublik Deutschland auf rechtliches Gehör

1. Vorbringen der Beteiligten

135 Die Kläger und die Bundesrepublik Deutschland machen geltend, der Anspruch der Letztgenannten auf rechtliches Gehör sei dadurch verletzt worden, dass ihr

der Zugang zum Gutachten von First Consulting und zu den Schreiben des BdB verwehrt worden sei. Die genannten Beteiligten bringen insoweit die oben in den Randnummern 106, 107, 110, 113, 114, 116 und 117 dargestellten Argumente vor. Die WestLB führt aus, die Verweigerung des Zugangs zum Gutachten von First Consulting verstoße gegen Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung Nr. 659/1999, der vorsehe, dass die Stellungnahmen von Beteiligten, die die Kommission auf die Veröffentlichung der Entscheidung über die Verfahrenseröffnung im Amtsblatt erhalte, dem betreffenden Mitgliedstaat mitgeteilt würden. Diese Bestimmung sei so zu verstehen, dass der Mitgliedstaat Gelegenheit haben solle, zu allen für den Erlass der abschließenden Entscheidung erheblichen Angaben Stellung zu nehmen. Die WestLB ist der Ansicht, als Beihilfeempfängerin ein eigenes Recht darauf zu haben, dass die Kommission das in der Verordnung Nr. 659/1999 vorgesehene Verfahren einhalte, da die ordnungsgemäße Durchführung des Beihilfeverfahrens auch im Interesse des betroffenen Unternehmens liege. Es sei nicht auszuschließen, dass die Kommission aufgrund der Stellungnahme der Bundesregierung ihre Fehler erkannt und eine andere als die letztlich erlassene Entscheidung getroffen hätte.

136 Die Bundesrepublik Deutschland macht unter Berufung auf den Beschluss des Gerichtshofes vom 8. Februar 2000 in der Rechtssache C-376/99 (Deutschland/Kommission, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), mit dem das Verfahren über die Klage Deutschlands gegen die angefochtene Entscheidung beim Gerichtshof nach Artikel 54 Absatz 3 der Satzung des Gerichtshofes ausgesetzt worden ist, geltend, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör müsse im vorliegenden Verfahren vor dem Gericht geprüft werden. Nur dann werfe dieses Verfahren die gleichen Auslegungsfragen im Sinne der genannten Bestimmung auf wie das Verfahren vor dem Gerichtshof.

137 Die Kommission bringt, unterstützt vom BdB, vor, die Kläger könnten nur eine Verletzung ihrer eigenen Verfahrensrechte geltend machen und die vom Gericht in seinem Urteil vom 19. Juni 1997 in der Rechtssache T-260/94 (Air Inter/Kommission, Slg. 1997, II-997) eingeführte Ausnahme für den Fall der Verletzung zwingender Formvorschriften sei hier nicht anwendbar, da eine solche Verletzung nicht vorliege.

138 Ferner bestreitet die Kommission unter Berufung auf Artikel 40 Absatz 4 der Satzung des Gerichtshofes, Artikel 116 § 3 der Verfahrensordnung des Gerichts,

das Urteil des Gerichtshofes vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache C-245/92 P (Chemie Linz/Kommission, Slg. 1999, I-4643) und den Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-329/99 P (R) (Pfizer Animal Health/Rat, Slg. 1999, I-8343), dass sich Deutschland im vorliegenden Verfahren auf seinen Anspruch auf rechtliches Gehör berufen könne.

2. Würdigung durch das Gericht

139 Vorab wird das Gericht die Frage untersuchen, ob die Kläger und die Bundesrepublik Deutschland berechtigt sind, sich in diesem Verfahren vor dem Gericht auf den Anspruch dieses Mitgliedstaats auf rechtliches Gehör zu berufen.

140 Zum einen ist hinsichtlich der Berechtigung der Kläger, sich auf den Anspruch der Bundesrepublik Deutschland auf rechtliches Gehör zu berufen, darauf hinzuweisen, dass das Verwaltungsverfahren zur Prüfung staatlicher Beihilfen nur gegen den betroffenen Mitgliedstaat eingeleitet wird und Adressaten der von der Kommission zum Abschluss dieses Verfahrens erlassenen Entscheidungen die betroffenen Mitgliedstaaten sind (Urteil Kommission/Sytraval und Brink's France, Randnr. 45). Außerdem hat nach Artikel 88 Absatz 2 EG der betroffene Mitgliedstaat dafür zu sorgen, dass eine etwaige Entscheidung der Kommission über die Aufhebung oder Umgestaltung der fraglichen staatlichen Beihilfe durchgeführt wird.

141 Angesichts der zentralen Stellung des betroffenen Mitgliedstaats in diesem Verfahren stellt daher seine Anhörung im betreffenden Verfahren ein wesentliches Formerfordernis dar, dessen Nichtbeachtung zur Nichtigkeit der Entscheidungen der Kommission führt, die die Aufhebung oder Umgestaltung einer Beihilfe an-

ordnen (siehe entsprechend Urteile des Gerichtshofes vom 7. Mai 1991 in den Rechtssachen C-291/89, Interhotel/Kommission, Slg. 1991, I-2257, Randnr. 17, und C-304/89, Oliveira/Kommission, Slg. 1991, I-2283, Randnr. 21, sowie Urteil Air Inter/Kommission, Randnr. 80).

- 142 Folglich haben das von der Beihilfe begünstigte Unternehmen und die unterhalb der staatlichen Ebene angesiedelte Gebietskörperschaft, die die Beihilfe gewährt hat, ein legitimes Interesse daran, einen solchen Mangel der Entscheidung der Kommission zu rügen, weil sich die etwaige Nichtbeachtung des Anspruchs des Mitgliedstaats auf rechtliches Gehör auf die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Handlung ausgewirkt haben kann (siehe entsprechend Urteil Oliveira/Kommission, Randnr. 17).
- 143 Jedenfalls ist darauf hinzuweisen, dass der Gemeinschaftsrichter nach der Rechtsprechung befugt ist, die Verletzung wesentlicher Formvorschriften von Amts wegen zu prüfen (Urteile des Gerichtshofes vom 21. Dezember 1954 in den Rechtssachen 1/54, Frankreich/Hohe Behörde, Slg. 1954, 9, und 2/54, Italien/Hohe Behörde, Slg. 1954, 81, vom 20. März 1959 in der Rechtssache 18/57, Nold/Hohe Behörde, Slg. 1959, 91, Interhotel/Kommission, Randnr. 14, und Oliveira/Kommission, Randnr. 18).
- 144 Zum anderen ist hinsichtlich der Möglichkeit für die Bundesrepublik Deutschland, sich im vorliegenden Fall auf ihren eigenen Anspruch auf rechtliches Gehör zu berufen, festzustellen, dass es keine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung oder Rechtsprechung gibt, die dem entgegenstünden.
- 145 Vielmehr verwehrt Artikel 40 Absatz 4 der Satzung des Gerichtshofes es nach ständiger Rechtsprechung einem Streithelfer nicht, andere Argumente vorzubringen als die von ihm unterstützte Partei, solange er damit die Unterstützung der Anträge dieser Partei bezweckt (Urteile des Gerichtshofes vom 23. Februar 1961 in der Rechtssache 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde, Slg. 1961, 3, vom 19. November 1998 in der Rechtssache

C-150/94, Vereinigtes Königreich/Rat, Slg. 1998, I-7235, Randnr. 36, und vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache C-200/92 P, ICI/Kommission, Slg. 1999, I-4399, Randnrn. 31 bis 33, 37 und 38). Hier ist aber klar, dass die Bundesrepublik Deutschland keine anderen Anträge stellt als die Kläger. Was die vorliegende Frage angeht, bringen außerdem die Kläger und die Bundesrepublik Deutschland genau dasselbe vor, nämlich, dass der Anspruch Deutschlands auf rechtliches Gehör verletzt worden sei.

- 146 Das Vorbringen der Kommission in diesem Zusammenhang greift nicht durch. Abgesehen von dem bereits erwähnten Artikel 40 Absatz 4 der EG-Satzung des Gerichtshofes bestimmt Artikel 116 § 3 der Verfahrensordnung des Gerichts nur: „Der Streithelfer muss den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in der dieser sich zur Zeit des Beitritts befindet.“ Außerdem kommt im Urteil Chemie Linz/Kommission die ständige Rechtsprechung zur Anwendung, nach der der Streithelfer die Anträge eines Klägers auch mit anderen Argumenten als dieser unterstützen, aber keine von den Anträgen des Klägers abweichenden Anträge stellen darf (siehe auch Urteil ICI/Kommission vom 8. Juli 1999, Randnrn. 22 bis 33). Im Beschluss Pfizer Animal Health/Rat (Randnrn. 92 bis 97) wird schließlich nur ausgeführt, dass der Streithelfer im Zusammenhang mit einem Antrag auf Aussetzung des Vollzugs einer Maßnahme zwar seine Interessen geltend machen, nicht aber den Streitgegenstand erweitern kann, indem er ein eigenes Recht auf vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutz zu seinen Gunsten beansprucht.
- 147 Somit sind die Kläger und die Bundesrepublik Deutschland berechtigt, im vorliegenden Verfahren die Verletzung des Anspruchs dieses Mitgliedstaats auf rechtliches Gehör als Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift des streitigen Verwaltungsverfahrens geltend zu machen.
- 148 Zur Erheblichkeit der vorliegenden Rüge ist daran zu erinnern, dass, wie oben in Randnummer 121 erwähnt worden ist, die Gewährung rechtlichen Gehörs in allen Verfahren, die gegen eine Person eingeleitet werden und zu einer den Betroffenen beschwerenden Maßnahme führen können, ein elementarer Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ist und auch dann sichergestellt werden muss, wenn eine besondere Regelung fehlt. Nach diesem Grundsatz ist demjenigen, gegen den die

Kommission ein Verwaltungsverfahren eingeleitet hat, in diesem Verfahren Gelegenheit zu geben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der von der Kommission angeführten Tatsachen, Beanstandungen und Umstände gebührend Stellung zu nehmen.

- 149 Hier machen die Kläger und die Bundesrepublik Deutschland geltend, die Kommission habe den Anspruch dieses Mitgliedstaats auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie zum einen der deutschen Regierung den Zugang zum Gutachten von First Consulting, zu den beiden Schreiben des BdB und zu dem einem dieser Schreiben beigelegten Gutachten von Professor Schulte-Mattler verwehrt und zum anderen in ihrer Entscheidung einen Renditesatz nach Steuern zugrunde gelegt habe, der viel höher sei als der, der nach der verfahrensauslösenden Beschwerdeschrift des BdB und dem Entwurf der Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens, die beide von einem Satz vor Steuern ausgegangen seien, zu erwarten gewesen sei.
- 150 Somit ist zu prüfen, ob die Verweigerung des Zugangs der Bundesrepublik Deutschland zu den genannten Dokumenten und die Wahl eines Renditesatzes nach Steuern die Bundesrepublik Deutschland daran gehindert haben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der Tatsachen, Beanstandungen und Umstände gebührend Stellung zu nehmen, die die Kommission für ihre Schlussfolgerung angeführt hat, dass der mit der angefochtenen Entscheidung festgestellte Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht vorliegt.
- 151 Zu den oben genannten Dokumenten ist festzustellen, dass das Gutachten von First Consulting kurz vor Abschluss des Verwaltungsverfahrens erstellt wurde. Es fasst die Standpunkte der einzelnen Verfahrensbeteiligten zusammen und kommentiert sie; in mehreren wesentlichen Punkten ist die Kommission von der darin vertretenen Ansicht abgewichen. Das Schreiben des BdB vom 30. Oktober 1998 enthält Antworten auf Fragen, die die Kommission in der bilateralen Besprechung mit dem BdB am 16. September 1998 gestellt hatte, und eine Stellungnahme zu bestimmten Aspekten eines von der WestLB vorgelegten Sachverständigengutachtens.

- 152 Das Schreiben des BdB vom 14. Januar 1999 kommt auf ein beim multilateralen Expertengespräch vom 10. November 1998 erörtertes Thema zurück und enthält dazu als Anlage das Gutachten von Professor Schulte-Mattler. In dem Schreiben werden in sehr knapper Form bestimmte Punkte der Prüfung des streitigen Vorgangs und die Bitte auf Erlass einer Entscheidung in dem Verfahren wiederholt. Das Gutachten von Professor Schulte-Mattler untersucht die Frage der Eigenkapitalrendite im Rahmen der Prüfung des streitigen Vorgangs.
- 153 Die Bedeutung des Zugangs zu diesen Dokumenten ist vor dem Hintergrund des gesamten (oben in den Randnrn. 23 und 25 bis 28 beschriebenen) Verwaltungsverfahrens zu prüfen. Bereits vor Einleitung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG ersuchte die Kommission die deutschen Behörden um Auskünfte, und ihre Vertreter trafen mehrfach mit Vertretern der deutschen Behörden zusammen. Außerdem legte der Beschluss über die Einleitung des Verfahrens die vorläufige Analyse des streitigen Vorgangs durch die Kommission insbesondere im Hinblick auf die angemessene Vergütung für das WfA-Kapital im Einzelnen dar und enthielt den vorläufigen Schluss, dass der Vorgang „wahrscheinlich Beihilfeelemente im Sinne von Artikel [87] Absatz 1 [EG]“ enthalte (Beschluss über die Einleitung des Verfahrens, Abschnitt 11). Nach der Einleitung des Verfahrens übermittelte die Kommission der deutschen Regierung die von den Betroffenen bei ihr eingereichten Stellungnahmen, zu denen sich die Bundesregierung äußerte. Ferner wurden die deutschen Behörden zu einer multilateralen Sitzung am 10. November 1998 zur Erörterung verschiedener Aspekte des streitigen Vorgangs eingeladen, an der sie auch teilnahmen. Danach ersuchte die Kommission die deutsche Regierung noch um zusätzliche Auskünfte und erhielt diese auch.
- 154 Alle diese Kontakte zwischen den deutschen Behörden und der Kommission betrafen verschiedene Aspekte des streitigen Vorgangs, einschließlich der Fragen, um die es in den oben in den Randnummern 151 und 152 beschriebenen Dokumenten im Wesentlichen geht. Bestätigung findet dies in dem detaillierten Eingehen auf die Standpunkte der deutschen Regierung auch hinsichtlich dieser Fragen in der angefochtenen Entscheidung.

- 155 Was die Anwendung eines Renditesatzes nach Steuern in der angefochtenen Entscheidung anbelangt, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Beschluss über die Einleitung des Verfahrens eine Rendite nach Steuern erwähnt und auch unter Bezugnahme auf diese Art von Rendite ausführt, dass „es angesichts des Ertrages, den ein marktwirtschaftlich handelnder Investor üblicherweise von einer Kapitalanlage erwartet, äußerst fraglich [ist], ob ein solcher Investor auf das in die WestLB eingebrachte Kapital eine feste Vergütung von 0,6 % akzeptiert hätte“, und dass „[a]uch ohne bereits einen endgültigen Vergleichsmaßstab festzulegen, ... festgehalten werden [kann], dass dieser Wert deutlich unter jenem liegt, der von einem marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber für eine ähnliche [Anlage] verlangt würde“ (Abschnitt 7.2).
- 156 Außerdem sind, wie die Kommission zu Recht ausführt, weder die Beschwerdeschrift des BdB noch der Entwurf der Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens Akte, die rechtlich erhebliche Erwartungen entstehen lassen können, die die Kommission bei der Ausarbeitung der abschließenden Entscheidung berücksichtigen müsste. Schließlich konnte sich die Bundesrepublik Deutschland tatsächlich zur angemessenen Rendite für den streitigen Vorgang äußern, und sie kann eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht allein darauf stützen, dass ihr die Art des in der angefochtenen Entscheidung angewandten Renditesatzes nicht vor Erlass dieser Entscheidung bekannt gewesen sei.
- 157 Auch Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung Nr. 659/1999 ist nicht verletzt worden, da die Kommission die Stellungnahmen, die sie im vorliegenden Fall auf die Veröffentlichung des Beschlusses über die Einleitung des Verfahrens im Amtsblatt von den Betroffenen erhielt, der deutschen Regierung tatsächlich übermittelte und die Dokumente, auf die die Kläger ihre Rüge stützen, ihr erst in einer späteren Phase des Verwaltungsverfahrens zugingen. Im Übrigen enthielten diese Dokumente, wie dies oben in den Randnummern 151 und 152 dargestellt worden ist, im Wesentlichen nur weitere Ausführungen oder Klarstellungen zu Standpunkten, die von den am Verwaltungsverfahren Beteiligten bereits zum Ausdruck gebracht worden waren.

- 158 Nach alledem hatte die Bundesrepublik Deutschland Gelegenheit, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der Tatsachen, Beanstandungen und Umstände gebührend Stellung zu nehmen, die die Kommission für ihre Schlussfolgerung angeführt hat, dass der mit der angefochtenen Entscheidung festgestellte Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht vorliegt.
- 159 Folglich ist die angefochtene Entscheidung nicht wegen Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift rechtswidrig, weil der Anspruch der Bundesrepublik Deutschland auf rechtliches Gehör missachtet worden wäre. Die dahin gehende Rüge der Kläger und der Bundesrepublik Deutschland ist daher zurückzuweisen.

B — Zweiter Teil: Fehlerhafte Sachverhaltsfeststellungen

1. Vorbringen der Beteiligten

- 160 Das Land macht geltend, die Kommission habe den Sachverhalt in der angefochtenen Entscheidung in mancher Hinsicht unvollständig oder fehlerhaft dargestellt. Erstens seien ihre Feststellungen in den Begründungserwägungen 13 ff. der angefochtenen Entscheidung hinsichtlich der Struktur des deutschen Bankensektors, der Aufgaben und der Funktion der WestLB und des von dieser zu erfüllenden öffentlichen Auftrags unvollständig. Zweitens enthalte die angefochtene Entscheidung fehlerhafte Sachverhaltsfeststellungen, die für die Fehlbeurteilung des vorliegenden Falles durch die Kommission von entscheidender Bedeutung seien. Die WestLB sei kein sanierungsbedürftiges Unternehmen, und es treffe nicht zu, dass die Einbringung der WfA in die WestLB nicht mehr rückgängig gemacht werden könne und die Übertragung des WfA-Vermögens die einzige Möglichkeit für die WestLB gewesen sei, die neuen Solvabilitätskriterien zu erfüllen, ohne eine Reduzierung der risikogewichteten Aktiva vorzunehmen.

- 161 Die Kommission bestreitet, dass ihre rechtliche Beurteilung anders als in der angefochtenen Entscheidung ausgefallen wäre, wenn in dieser die vom Land angeführten Aspekte berücksichtigt worden wären. Zu den angeblich falschen Sachverhaltsfeststellungen führt sie aus, sie habe in der angefochtenen Entscheidung nicht behauptet, dass es sich bei der WestLB um einen Sanierungsfall handle. Sie legt dar, weshalb die Behauptung, dass das Land zumindest teilweise seine Verfügungsberechtigung über das WfA-Vermögen verliere, richtig sei, und bekräftigt, dass die Übertragung dieses Vermögens die einzige Möglichkeit für die WestLB gewesen sei, die neuen Solvabilitätskriterien ohne Reduzierung der risikogewichteten Aktiva zu erfüllen.

2. Würdigung durch das Gericht

- 162 Soweit mit der Rüge eine sachlich falsche Begründung beanstandet wird, ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung auch dann, wenn eine Begründungserwägung einer streitigen Handlung einen sachlichen Irrtum enthält, dieser Formfehler gleichwohl nicht zur Nichtigerklärung dieser Handlung führen kann, wenn die übrigen Erwägungen für sich genommen eine ausreichende Begründung enthalten (Urteile des Gerichtshofes vom 20. Oktober 1987 in der Rechtssache 119/86, Spanien/Rat und Kommission, Slg. 1987, 4121, Randnr. 51, und des Gerichts vom 21. Januar 1999 in den Rechtssachen T-129/95, T-2/96 und T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke/Kommission, Slg. 1999, II -17, Randnr. 160). Auf die Begründung der angefochtenen Entscheidung wird später bei der Prüfung des fünften Klagegrundes eingegangen werden.
- 163 Soweit außerdem mit der Rüge die Darstellung von Tatsachen beanstandet wird, die der Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im vorliegenden Fall zugrunde liegen, so hat zum einen das Land nicht dargelegt, inwieweit die angeblich falsche Darstellung von Tatsachen durch die Kommission diese zu einer rechtlich oder wirtschaftlich fehlerhaften Beurteilung des streitigen Vorgangs geführt habe, und zum anderen gehört diese Frage zur materiellen Prüfung des vorliegenden Falles, die später bei der Befassung mit dem sechsten Klagegrund vorzunehmen sein wird (siehe insbesondere Randnrn. 336, 350 und 351, 405 und 419).

C — Dritter Teil: Verstoß gegen den Grundsatz der Unparteilichkeit

1. Vorbringen der Beteiligten

- ¹⁶⁴ Das Land ist der Auffassung, dass die Kommission gegen ihre Pflicht zur Unparteilichkeit verstoßen habe, indem sie den BdB im Verfahren bevorzugt und den Sachverhalt tendenziös dargestellt habe. Sie habe gegen die genannte Pflicht verstoßen, indem sie neben den deutschen Behörden nur den BdB aufgefordert habe, ihr Unterlagen zur Verfügung zu stellen, und die vom BdB vorgelegten Unterlagen den anderen Beteiligten vorenthalten habe. Was die tendenziöse Sachverhaltsdarstellung anbelangt, so verwahrt sich das Land insbesondere gegen die aus der angefochtenen Entscheidung folgende Gleichsetzung der WestLB mit einer unabhängigen Geschäftsbank.

2. Würdigung durch das Gericht

- ¹⁶⁵ Der Vorwurf einer tendenziösen Sachverhaltsdarstellung beschränkt sich auf die gerade im Rahmen des zweiten Teils dieses Klagegrundes geprüfte Rüge fehlerhafter Sachverhaltsdarstellungen.
- ¹⁶⁶ Die Rüge, die Kommission habe bestimmte Dokumente des BdB nicht weitergegeben, beschränkt sich auf das bereits oben geprüfte und verworfene Vorbringen zur Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. auf das später im Rahmen des fünften Klagegrundes zu prüfende Vorbringen zum Verstoß gegen die Begründungspflicht.

- 167 Was die Pflicht zur Unparteilichkeit anbelangt, so hat die Kommission u. a. im Rahmen des Artikels 88 EG die Verpflichtung zur sorgfältigen und unparteiischen Prüfung eines Falles. Dieser Verpflichtung entspricht das Recht auf eine ordnungsgemäße Verwaltung, das zu den allgemeinen Grundsätzen des Rechtsstaats gehört, die den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind (in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 30. Januar 2002 in der Rechtssache T-54/99, *max.mobil/Kommission*, Slg. 2002, II-313, Randnrn. 48 und 49 und die dort zitierte Rechtsprechung).
- 168 Hier kann dem auf einen Verstoß gegen die Pflicht zur Unparteilichkeit gestützten Vorbringen nicht gefolgt werden. Denn die Kommission hat den BdB im Verwaltungsverfahren nicht bevorzugt. Zum einen hat sie die Bundesrepublik Deutschland mehrfach um Auskünfte ersucht, und zum anderen waren die Kläger nicht daran gehindert, Unterlagen einzureichen und Auskünfte zu geben, sondern hatten vielmehr Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und zu begründen. Im Übrigen ist das beihilferechtliche Verwaltungsverfahren für die Kläger kein Verfahren, in dem sie einen Anspruch auf rechtliches Gehör haben.
- 169 Nach alledem sind der erste und der dritte Teil des vorliegenden Klagegrundes zurückzuweisen. Der zweite Teil ist später bei der Befassung mit dem fünften und dem sechsten Klagegrund zu prüfen.

IV — Zum vierten Klagegrund: Verstoß gegen die Artikel 87 Absatz 1 EG und 295 EG im Hinblick auf die Auslegung des Beihilfebegriffs

- 170 Die Kläger machen geltend, die angefochtene Entscheidung verstoße wegen einer fehlerhaften Auslegung des Beihilfebegriffs gegen die Artikel 87 Absatz 1 EG und 295 EG.

- 171 Mit dem ersten Teil dieses Klagegrundes macht das Land geltend, der streitige Vorgang sei keine aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG. Mit dem zweiten Teil werfen die Kläger der Kommission vor, sie habe den Begriff der staatlichen Beihilfe erweitert, indem sie den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers auf ein rentables Unternehmen angewandt und dahin ausgelegt habe, dass er für von einem öffentlichen Kapitalgeber eingebrachtes Kapital mindestens die Durchschnittsrendite in dem betreffenden Sektor verlange.

A — Erster Teil: Vorliegen staatlicher Mittel

1. Vorbringen der Beteiligten

- 172 Das Land macht geltend, der streitige Vorgang stelle keine aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG dar. Es handele sich nicht um staatliche Mittel, wenn der Staat Kapital in ein nachhaltig mit Gewinn arbeitendes Unternehmen ausschließlich zu Unternehmenszwecken einbringe und dabei nicht über seine Rolle als Eigentümer oder Unternehmer hinausgehe. Die Transaktion sei erfolgt, weil dadurch das WfA-Vermögen aus der Sicht des Landes als Unternehmer am wirtschaftlichsten habe verwendet werden können.
- 173 Der Nachweis, dass eine Beihilfe aus staatlichen Mitteln vorliege, müsse der Frage vorausgehen, ob aus der betreffenden Maßnahme eine Begünstigung folge.

- 174 Unterstützt von der Bundesrepublik Deutschland bringt das Land vor, die Beurteilung, ob bei einer Kapitalzufuhr eine Beihilfe aus staatlichen Mitteln vorliege, könne nur anhand eines Vergleichs mit dem Handeln eines Kapitalgebers unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen und daher nur aus dessen Sicht erfolgen. Die Kommission habe sich in ihrer Entscheidung jedoch auf die Feststellung einer Begünstigung des Unternehmens beschränkt, indem sie fälschlicherweise verlange, dass mit der unternehmerischen Zuführung von Kapital seitens der öffentlichen Hand stets eine angemessene Gegenleistung einhergehen müsse.
- 175 Nach Ansicht des Landes ist es der Einbringung unternehmerischen Kapitals wesensfremd, dass man sich, wie von der Kommission vertreten, eine angemessene Vergütung zu sichern habe. Bei einer solchen Einbringung gebe es keine synallagmatische Beziehung und kein fest zu vereinbarendes „Entgelt“. Der Kapitalgeber rechne lediglich damit, dass das begünstigte Unternehmen Gewinne auf dieses Kapital erwirtschaften werde, die ihm zugute kämen. In der Zwischenzeit stelle die Wertsteigerung des Unternehmens einen wesentlichen Teil der Rendite dar, die dem Kapitalgeber für seine Kapitalzuführung zufließe. Dass die Mittel bestimmten Risiken ausgesetzt würden und diese Vergütung nicht gesichert werden könne, sei gerade kennzeichnend für die Zuführung unternehmerischer Mittel.
- 176 Die Kommission erwidert, dass staatliche Mittel auch dann staatliche Mittel blieben, wenn sie im Rahmen einer „unternehmerischen Tätigkeit“ des Staates eingesetzt würden. Die Zuführung staatlicher Mittel sei nicht schon deshalb keine Beihilfe, weil sie im Rahmen einer unternehmerischen Tätigkeit des Staates erfolge, sondern nur dann, wenn sich der Staat eine angemessene Vergütung für die Zuführung sichere. Somit müsse geprüft werden, ob der Staat beim Einsatz finanzieller Mittel genauso handle wie ein privater Unternehmer in einer vergleichbaren Lage.
- 177 Ihr Ansatz bei der Bestimmung, ob eine staatliche Beihilfe vorliege, habe die Sichtweise des Kapitalgebers in einer Marktwirtschaft nicht ausgeschlossen,

wenngleich auch die Sicht des begünstigten Unternehmens und die seiner Wettbewerber Berücksichtigung gefunden hätten. Dieser Ansatz widerspreche im Übrigen entgegen dem Vorbringen des Landes und der Bundesrepublik Deutschland weder ihrer eigenen Entscheidungspraxis noch der Rechtsprechung (Urteil des Gerichts vom 14. Dezember 2000 in der Rechtssache T-613/97, Uflex u. a./Kommission, Slg. 2000, II-4055, Randnr. 69).

2. Würdigung durch das Gericht

- ¹⁷⁸ Vorab ist daran zu erinnern, dass nach Artikel 87 Absatz 1 EG staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.
- ¹⁷⁹ Damit Vergünstigungen als Beihilfen im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG eingestuft werden können, müssen sie zum einen unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden und zum anderen dem Staat zuzurechnen sein (Urteil des Gerichtshofes vom 16. Mai 2002 in der Rechtssache C-482/99, Frankreich/Kommission, Slg. 2002, I-4397, Randnr. 24 und die dort zitierte Rechtsprechung).
- ¹⁸⁰ Die genannte Bestimmung unterscheidet jedoch staatliche Maßnahmen nicht nach ihren Gründen oder Zielen, sondern beschreibt sie nach ihren Wirkungen (siehe Urteil des Gerichtshofes vom 26. September 1996 in der Rechtssache C-241/94, Frankreich/Kommission, Slg. 1996, I-4551, Randnrn. 19 und 20). Der Beihilfiebegriff ist also ein objektiver Begriff, der sich nur danach bestimmt, ob eine staatliche Maßnahme einem oder mehreren bestimmten Unternehmen einen Vorteil verschafft oder nicht (Urteile des Gerichts vom 27. Januar 1998 in der Rechtssache T-67/94, Ladbroke Racing/Kommission, Slg. 1998, II-1, Randnr. 52, und vom 10. Mai 2000 in der Rechtssache T-46/97, SIC/Kommission, Slg. 2000, II-2125, Randnr. 78).

- 181 Das Vorbringen des Landes läuft aber im Wesentlichen darauf hinaus, dass staatliche Mittel, wenn sie in der wirtschaftlich sinnvollsten Weise eingesetzt werden, keine staatlichen Mittel mehr sind. Wie die Kommission ausgeführt hat, sind die Mittel aber nicht schon deshalb keine staatlichen Mittel mehr, weil ein privater Kapitalgeber sie entsprechend eingesetzt hätte. Die Frage, ob der Staat unternehmerisch gehandelt hat, gehört nämlich zur Feststellung, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt, und nicht zur Prüfung, ob die fraglichen Mittel solche der öffentlichen Hand sind oder nicht.
- 182 Hier war die WfA unstreitig eine mit öffentlichen Mitteln ausgestattete Anstalt des öffentlichen Rechts, deren alleiniger Anteilseigner das Land war. Ihr Vermögen wurde durch ein vom Landtag des Landes verabschiedetes Gesetz in die WestLB eingebracht. Somit umfasst der streitige Vorgang die Bereitstellung staatlicher Mittel.
- 183 Daher ist dieser Teil des vierten Klagegrundes zurückzuweisen.

B — Zweiter Teil: Unzulässige Erweiterung des Begriffes der staatlichen Beihilfe

- 184 Die Kläger werfen der Kommission vor, sie habe den Begriff der staatlichen Beihilfe unzulässig erweitert, und zwar erstens unter Verletzung von Artikel 295 EG und indem sie zweitens den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers auf ein rentables Unternehmen angewandt habe und drittens diesen Grundsatz dahin ausgelegt habe, dass für von einem öffentlichen Kapitalgeber eingebrachtes Kapital mindestens die Durchschnittsrendite in dem betreffenden Sektor zu verlangen sei.

1. Verstoß gegen Artikel 295 EG

a) Vorbringen der Beteiligten

- 185 Artikel 295 EG ist nach Ansicht der Kläger eine Kompetenzschranke zugunsten der Mitgliedstaaten. Das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht und die Befugnis der Mitgliedstaaten, ihre Eigentumsordnungen autonom auszugestalten, müssten miteinander in Einklang gebracht werden. Zwar dürfe die Freiheit der Mitgliedstaaten aus Artikel 295 EG nicht dazu genutzt werden, die übrigen vertraglichen Verpflichtungen auszuhöhlen, die Bestimmungen des EG-Vertrags dürften aber auch nicht so weit ausgelegt werden, dass der Schutzbereich des Artikels 295 EG so stark eingeschränkt werde, dass den Mitgliedstaaten praktisch kein Raum mehr verbleibe, öffentliche Unternehmen zu betreiben oder an ihnen Beteiligungen zu halten. Dem Beihilfebegriff des Artikels 87 Absatz 1 EG würden somit durch Artikel 295 EG immanente Schranken gesetzt.
- 186 Das Land weist darauf hin, dass es unmöglich sei, zwischen den öffentlichen und den privatwirtschaftlichen Bereichen öffentlicher Unternehmen klar zu trennen, und macht geltend, der Staat könne sich nach Artikel 295 EG als Kapitalgeber oder Unternehmer auch von anderen Erwägungen als rein ertragsorientierten Kriterien leiten lassen, insbesondere von Erwägungen strategischer oder langfristiger Natur, wie Stärkung oder Ausbau einer vorhandenen Beteiligung oder Gewinnung von Synergien.
- 187 Die Kommission ist der Auffassung, das Verhältnis zwischen Artikel 295 EG und den gemeinschaftlichen Beihilfenvorschriften werde durch Artikel 86 EG geregelt. Allgemein könne das unter dem Schutz des Artikels 295 EG stehende Handeln des Staates nur dann von der Anwendung des Artikels 87 EG ausgenommen werden, wenn die Voraussetzungen des Artikels 86 Absatz 2 EG erfüllt seien. Sei Letzteres

nicht der Fall, führe die Anwendung der Beihilfevorschriften nicht zu einem Eingriff in den Wesensgehalt von Artikel 295 EG, weil die Anwendung dieser Vorschriften den Staat nicht daran hindere, weiter öffentlich-rechtliche Unternehmen zu führen oder sich an ihnen zu beteiligen.

188 Die Tatsache, dass das öffentliche Unternehmen auch öffentliche Aufgaben wahrnehme, stelle keinen besonderen Umstand für die Berechnung der angemessenen Vergütung für die Anlage dar, da die Wahrnehmung solcher Aufgaben über Artikel 86 Absatz 2 EG hinreichend und abschließend geschützt sei.

189 Die einer staatlichen Finanzmaßnahme zugrunde liegenden unternehmerischen Erwägungen wie die Überlegungen strategischer oder langfristiger Natur würden durch Artikel 295 EG nicht besonders geschützt. Sie seien lediglich bei der Prüfung, ob die Kapitalzuführung nach marktüblichen Bedingungen erfolgt sei, zu berücksichtigen.

b) Würdigung durch das Gericht

190 Artikel 295 EG lautet:

„Dieser Vertrag lässt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt.“

191 Artikel 86 EG bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

(2) Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

...“

192 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes führt Artikel 295 EG, auch wenn die Eigentumsordnung danach weiterhin in die Zuständigkeit des einzelnen Mitgliedstaats fällt, nicht dazu, dass die in den Mitgliedstaaten bestehenden Eigentumsordnungen den Grundsatzbestimmungen des EG-Vertrags entzogen sind (siehe Urteile des Gerichtshofes vom 6. November 1984 in der Rechtssache 182/83, *Fearon*, Slg. 1984, 3677, Randnr. 7, vom 1. Juni 1999 in der Rechtssache C-302/97, *Konle*, Slg. 1999, I-3099, Randnr. 38, und vom 4. Juni 2002 in der Rechtssache C-367/98, *Kommission/Portugal*, Slg. 2002, I-4756, Randnr. 48).

193 Somit sind, wie auch nach Artikel 86 Absatz 1 EG vorgesehen, die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags als Grundsatzbestimmungen unterschiedslos auf öffentliche und private Unternehmen anwendbar (Urteil des Gerichts vom 13. Juni 2000 in den Rechtssachen T-204/97 und T-270/97, *EPAC/Kommission*, Slg. 2000, II-2267, Randnr. 122).

- 194 Mithin schränkt Artikel 295 EG den Beihilfebegriff im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG nicht ein.
- 195 Außerdem führt diese Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Unternehmen unabhängig von der für sie geltenden Eigentumsordnung entgegen dem Vorbringen der Kläger nicht dazu, dass der Schutzbereich von Artikel 295 EG eingeschränkt würde und den Mitgliedstaaten praktisch kein Raum mehr verbliebe, öffentliche Unternehmen zu betreiben, an ihnen Beteiligungen zu halten oder andere als rein ertragsorientierte Erwägungen anzustellen.
- 196 Sollten nämlich die Interessen, auf die dieses Vorbringen abstellt, der Anwendung der Wettbewerbsregeln entgegenstehen können, wird ihnen durch Artikel 86 Absatz 2 EG insoweit Rechnung getragen, als danach die Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, von der Anwendung der Wettbewerbsregeln ausgenommen sein können, soweit diese die Erfüllung der den betreffenden Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern.
- 197 Im vorliegenden Fall haben die Kläger nicht geltend gemacht, dass die Voraussetzungen des Artikels 86 Absatz 2 EG für eine Ausnahme der WestLB von der Anwendung der Wettbewerbsregeln erfüllt seien.
- 198 Schließlich ist das Vorbringen des Landes, dass sich der Staat als Kapitalgeber oder Unternehmer von anderen als auf kurze Sicht angelegten ertragsorientierten Erwägungen leiten lassen könne, nicht vor dem Hintergrund des Artikels 295 EG, sondern im Rahmen der Prüfung des Verhaltens des Landes aus der Sicht eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers zu erörtern.

- 199 Nach alledem ist das auf einen Verstoß gegen Artikel 295 EG gestützte Vorbringen nicht begründet.

2. Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers auf ein rentables Unternehmen

a) Vorbringen der Beteiligten

- 200 Die Kläger beanstanden, die Kommission habe den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers auf ein rentables Unternehmen angewandt. Die WestLB habe über Jahre hinweg Gewinne erwirtschaftet und erwarte diese auch für die Zukunft. Nach Ansicht der WestLB darf dieser Grundsatz, wie er bei staatlichen Maßnahmen zur Sanierung von Unternehmen angewandt werde, nicht undifferenziert auf Maßnahmen betreffend rentable Unternehmen übertragen werden. Die Frage nach der langfristigen Rentabilität verliere immer dann ihre Relevanz, wenn ein Unternehmen durch regelmäßige Gewinnausschüttungen seine dauerhafte wirtschaftliche Überlebensfähigkeit schon unter Beweis gestellt habe. Außerdem sei mit einer Investition in ein nicht mehr lebensfähiges Unternehmen ein höheres Risiko verbunden als mit einer Investition in ein gesundes Unternehmen, so dass sich die Renditeerwartungen eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers je nachdem unterschieden, welcher der beiden Fälle vorliege.
- 201 Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers sei von der Kommission nur auf Umstrukturierungsfälle angewandt und vom Gerichtshof nur in diesem Zusammenhang anerkannt worden. Nach Ansicht des Landes ist die insoweit vom BdB zitierte Rechtsprechung unerheblich. Es sei Sache der Kommission, bei der Überprüfung eines bestimmten Verhaltens nachzuweisen, dass kein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber sich so verhalten hätte, da sonst eine Umkehr der Beweislast stattfinde. Das Land beruft sich dafür auf die

Nummern 2 und 16 der Mitteilung der Kommission von 1993 und auf Randnummer 20 des Urteils des Gerichtshofes vom 21. März 1991 in der Rechtssache C-305/89 (Italien/Kommission, „Alfa Romeo“, Slg. 1991, I-1603). Artikel 295 EG verbiete eine positive Kontrolle der öffentlichen Hand, nach der Letztere nachweisen müsste, dass auch jeder marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber ebenso gehandelt hätte.

- 202 Die Kommission wendet sich gegen das Vorbringen der Kläger und weist darauf hin, dass es darum gehe, festzustellen, ob die Kapitalzuführung an ein öffentliches Unternehmen durch den Staat als „normales“ unternehmerisches Handeln zu bewerten sei oder ob der Staat über seine Rolle als Unternehmer hinausgehe. Wenn der Staat einem öffentlichen Unternehmen Kapital unter Bedingungen zuführe, die nicht denen des Marktes entsprächen, handle er nicht als Unternehmer, sondern begünstige das öffentliche Unternehmen in einer Weise, dass es gegenüber seinen Wettbewerbern, die sich nur zu Marktbedingungen mit frischem Kapital versorgen könnten, einen Vorteil erlange. Dieser Vorteil sei unabhängig davon beihilferechtlich relevant, ob und mit welchem Gewinn das betreffende öffentliche Unternehmen wirtschaftete.
- 203 Die Nichtanwendung des fraglichen Grundsatzes auf Gewinn erwirtschaftende Unternehmen würde nach Ansicht der Kommission dazu führen, dass der Staat seinen nichtdefizitären Unternehmen ohne jegliche Kontrolle unbegrenzte finanzielle Mittel ohne angemessene Gegenleistung zur Verfügung stellen könnte, was gegen Artikel 87 Absatz 1 EG verstoßende Wettbewerbsverfälschungen bewirken würde.
- 204 Auf jeden Fall räumt die Kommission ein, dass die Anforderungen an den Nachweis, den sie bei der Anwendung des fraglichen Grundsatzes auf Gewinn erwirtschaftende Unternehmen zu erbringen habe, strenger seien als bei verlustbringenden oder sanierungsbedürftigen Unternehmen.
- 205 Sie räumt ferner ein, dass der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers in der bisherigen Praxis der Kommission und in der Recht-

sprechung des Gerichtshofes überwiegend bei Kapitalzuführungen des Staates an verlustbringende oder sanierungsbedürftige Unternehmen zur Anwendung gekommen sei. Dies schließe jedoch seine Anwendung auf Gewinn erwirtschaftende Unternehmen nicht aus, wie bereits sowohl von ihr als auch vom Gerichtshof zum Ausdruck gebracht worden sei.

b) Würdigung durch das Gericht

- 206 Wie oben in Randnummer 178 ausgeführt, soll Artikel 87 Absatz 1 EG verhindern, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten durch vom Staat eingeräumte Vergünstigungen beeinträchtigt wird, die in verschiedener Form durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.
- 207 Um beurteilen zu können, ob eine staatliche Maßnahme eine Beihilfe darstellt, ist daher zu prüfen, ob das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte (Urteile des Gerichtshofes vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-39/94, SFEI u. a., Slg. 1996, I-3547, Randnr. 60, vom 29. April 1999 in der Rechtssache C-342/96, Spanien/Kommission, Slg. 1999, I-2459, Randnr. 41, und vom 29. Juni 1999 in der Rechtssache C-256/97, DM Transport, Slg. 1999, I-3913, Randnr. 22, sowie Urteil SIC/Kommission, Randnr. 78).
- 208 Die Frage, ob das durch eine Beihilfe begünstigte Unternehmen rentabel ist oder nicht, ist für sich grundsätzlich nicht ausschlaggebend für die Feststellung, ob eine solche Vergünstigung vorliegt. Sie ist dagegen im Rahmen der Frage zu berücksichtigen, ob der öffentliche Kapitalgeber sich wie ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber verhalten oder ob das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhalten hat, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.

- 209 Außerdem trifft das Vorbringen der Kläger, in der Kommissionspraxis und der Rechtsprechung des Gerichtshofes sei der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nur auf Umstrukturierungsfälle angewandt worden, weder zu, noch kann damit die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung in Frage gestellt werden.
- 210 Was die Rechtsprechung des Gerichtshofes angeht, hat dieser, abgesehen davon, dass er die Anwendung dieses Grundsatzes niemals ausdrücklich auf Unternehmen in Verlustsituationen beschränkt hat, häufig Ausführungen zum Beihilfiebegriff gemacht, die die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers auf rentable Unternehmen nicht ausschließen, sondern vielmehr davon ausgehen (siehe insoweit neben der oben in Randnr. 207 zitierten Rechtsprechung die Urteile des Gerichtshofes vom 15. März 1994 in der Rechtssache C-387/92, Banco Exterior de España, Slg. 1994, I-877, Randnr. 13, und SFEI u. a., Randnrn. 58 bis 62).
- 211 Was die Kommissionspraxis anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in Nummer 22 ihrer Mitteilung von 1993 erklärt, dass das gemeinschaftliche Beihilferecht „auf öffentliche Unternehmen in allen Situationen, nicht lediglich in Verlustsituationen, wie es gegenwärtig der Fall ist“, anzuwenden sei. Das Argument, das die Kläger den Nummern 2 und 16 dieser Mitteilung entnehmen, kann daher nicht gegen die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers auf rentable Unternehmen angeführt werden.
- 212 Wie außerdem der BdB ausführt, hat die Kommission in der Entscheidung 98/365 betreffend SFMI-Chronopost die fraglichen Vorgänge anhand des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers geprüft, obwohl die von den betreffenden Maßnahmen begünstigten Unternehmen Buchgewinne erwirtschaftet hatten.

- 213 Selbst wenn schließlich die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers auf rentable Unternehmen eine Weiterentwicklung der bisher üblichen Kommissionspraxis und der Gemeinschaftsrechtsprechung wäre, so würde damit nicht ihre Rechtmäßigkeit in Frage gestellt. Denn sie widerspricht keiner Gemeinschaftsrechtsvorschrift, sondern steht, wie oben ausgeführt worden ist, völlig in Einklang mit den in diesem Bereich geltenden Vorschriften des EG-Vertrags.
- 214 Das Vorbringen der Kläger, dass die angefochtene Entscheidung deshalb rechtswidrig sei, weil mit ihr der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers auf ein rentables Unternehmen angewandt werde, ist folglich zurückzuweisen.

3. Forderung einer Durchschnittsrendite für von einem öffentlichen Kapitalgeber eingebrachtes Kapital in dem betreffenden Sektor

a) Vorbringen der Beteiligten

- 215 Die Kläger machen geltend, die von der Kommission in der angefochtenen Entscheidung für von einem öffentlichen Kapitalgeber eingebrachtes Kapital aufgestellte Forderung einer Mindestrendite in Höhe der Durchschnittsrendite in dem betreffenden Sektor sei erstens insbesondere durch die Nichtberücksichtigung des Eigentümereffekts mit Artikel 87 Absatz 1 EG unvereinbar und verstoße zweitens sowohl gegen die Mitteilung der Kommission von 1993 als auch gegen deren bisherige Praxis und die Rechtsprechung des Gerichtshofes sowie drittens gegen Artikel 295 EG.

i) Zur Unvereinbarkeit der Forderung einer Durchschnittsrendite mit Artikel 87 Absatz 1 EG

- 216 Die Kläger werfen der Kommission vor, sie stütze sich ausschließlich auf eine Durchschnittsrendite, um die angemessene Vergütung für das eingebrachte Kapital zu bestimmen, und gehe so davon aus, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber nur an einer Renditeoptimierung interessiert sei, wobei sie verkenne, dass es private Kapitalgeber gebe, die z. B. aus unternehmensstrategischen, sozialen, kulturellen oder sonstigen Erwägungen andere Ziele verfolgten. Außerdem verhindere die Anwendung einer Durchschnittsrendite in unzulässiger Weise die Prüfung der besonderen Umstände des Einzelfalls bezüglich des Kapitalgebers, des Unternehmens und des streitigen Vorgangs sowie dessen Vergleich mit dem Verhalten anderer Unternehmen in vergleichbarer Lage. Die Kommission missbrauche das ihr in wirtschaftlich komplexen Angelegenheiten eingeräumte Ermessen, wenn sie ohne Rücksicht auf die Vergleichbarkeit der Unternehmen auf die Durchschnittsrendite als Vergleichsmaßstab abstelle. Eine Durchschnittsrendite lasse sich im Bankensektor aufgrund der Unterschiede zwischen den Bankinstituten nur sehr schwer ermitteln.
- 217 Nach Ansicht der WestLB entwickelt die Kommission ein falsches Bild des privaten Kapitalgebers. Auch ein auf das Renditeprinzip fixierter Kapitalgeber werde eine Risikodiversifizierung verfolgen und seine Mittel am Markt streuen. Er werde auch Investitionen tätigen, deren Rendite im mittleren oder unteren Bereich der Renditeskala liege und die ein entsprechend niedrigeres Risiko darstellten. Der Staat erhalte somit eine angemessene Gegenleistung für seine Investition, wenn er für sie innerhalb der am Markt zu beobachtenden Bandbreiten eine Rendite erziele, die dem eingegangenen Risiko entspreche.
- 218 Das Land weist darauf hin, dass es zahlreiche Unternehmen gebe, die über Jahre hinweg niedrigere Gewinne erwirtschafteten als ihre Wettbewerber, was aber nicht zu ihrer Verdrängung aus dem Markt führe, sondern nur zu einer niedrigeren Verzinsung des eingebrachten Kapitals. Die Einschätzung dieses Umstands sei Sache des Kapitalgebers.

- 219 Die Kommission kann sich nach Auffassung der Kläger nicht darauf zurückziehen, sie habe das Kriterium der Durchschnittsrendite nur als „Ausgangswert“ herangezogen. Sie könne auch nicht das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe bejahen, ohne nachgewiesen zu haben, dass kein privater Kapitalgeber in einer vergleichbaren Lage die Investition unter den Bedingungen des streitigen Vorgangs getätigt hätte. Letzteres bedeute im vorliegenden Fall, dass die Kommission nachweisen müsse, dass sich die Renditeerwartung des Landes deutlich unterhalb der Bandbreite befinde, innerhalb deren ein privater Kapitalgeber in der gleichen Lage sein Kapital zur Verfügung gestellt hätte. Nach Ansicht des Landes kann allenfalls das untere Ende dieser Bandbreite, nicht aber deren Durchschnitt als Mindestwert in Betracht kommen.
- 220 Die WestLB bringt ferner vor, die Forderung nach einer Durchschnittsrendite führe zu einer den Zielen der gemeinschaftlichen Wettbewerbsvorschriften widersprechenden Marktmonopolisierung. Würden Kapitalgeber nur noch in Unternehmen mit einer mindestens durchschnittlichen Rendite investieren, so führte jede Kapitalzufuhr in solche Unternehmen zu einer weiteren Erhöhung der Durchschnittsrendite des betreffenden Sektors. Mit jeder Erhöhung der Durchschnittsrendite verringerte sich aber die Zahl der Unternehmen, die diese Rendite noch bieten und weiterhin Kapitalzuschüsse erhalten könnten. Am Ende einer solchen stetigen Erhöhung der Durchschnittsrentabilität bliebe nur ein Unternehmen übrig.
- 221 Das Land behauptet jedenfalls, es habe zu keinem Zeitpunkt Kapital unter teilweisem oder vollständigem Verzicht auf eine angemessene Vergütung eingebracht. Vielmehr sei es der größte Gesellschafter der WestLB, ihm seien Gewinne ausgeschüttet worden, seine Gewinne seien durch die Einbringung der WfA gestiegen, und schließlich habe es von dem vereinbarten Gewinnvorweg von 0,6 % profitiert. Außerdem sei die Investition für das Land mit praktisch keinen Kosten verbunden gewesen, und es erziele daraus einen Ertrag, den es anders nicht erhalten hätte. Jeder private Kapitalgeber in vergleichbarer Lage hätte ebenso gehandelt.
- 222 Die WestLB und die Bundesrepublik Deutschland beanstanden zudem, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht den Eigentümereffekt be-

rücksichtigt habe, also den Effekt, dass ein Kapitalgeber, der bereits am Unternehmen beteiligt sei, in das er investieren wolle, durch neues Kapital den Wert des alten erhöhe. Dieser Effekt führe häufig dazu, dass Kapitalgeber, die bereits in ein Unternehmen investiert hätten, diesem weitere Mittel zuführten, selbst wenn es zum Investitionszeitpunkt nur unterdurchschnittlich rentabel sei.

- 223 Das Land fügt insbesondere hinzu, wenn ein Kapitalgeber eine Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen halte, sei von einem langfristigen Investitionsinteresse auszugehen und nicht von einem bloß kurzfristigen Gewinninteresse.
- 224 Es sei auch unter Berücksichtigung des Eigentümereffekts möglich, zwischen Beihilfen und Einbringungen, die keine Beihilfe darstellten, zu unterscheiden. Wenn durch eine Einbringung der Wert eines Unternehmens aus Sicht eines potenziellen Käufers wenigstens um den Wert der Einbringung steige, dann hätte auch ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber diese Einbringung zumindest dann vollzogen, wenn er Eigentümer des Unternehmens wäre. Wenn durch die Einbringung der Wert des Unternehmens um weniger als den Wert der Einbringung steige, handele es sich um eine Beihilfe. Die Bundesrepublik Deutschland fügt hinzu, für diese Berechnung spiele es keine Rolle, dass das Land nicht Alleineigentümer der WestLB sei. Die Kommission habe diese Berechnung unterlassen.
- 225 Auf die Erklärungen des BdB in diesem Zusammenhang erwidern die Kläger, der Eigentümereffekt gelte nicht nur für bestimmte Eigentümer, sondern für jede Kapitalzuführung von Kapitalgebern an Unternehmen, an denen sie bereits beteiligt seien.
- 226 Schließlich bringt die WestLB vor, in einer dynamischen Volkswirtschaft entstanden ständig neue lukrative Investitionschancen mit einer Rendite, die höher

sei als die risikoadjustierte Kapitalmarktrendite. Zu denen, die einen Renditeüberschuss im Zusammenhang mit diesen neuen Investitionschancen bekommen könnten, gehöre der Eigentümer einer Bank, die angesichts verschärfter Eigenkapitalvorschriften vor die Wahl gestellt werde, weiteres Eigenkapital von außen zuzuführen oder ihre angestammten Kunden nicht mehr so wie bisher mit Krediten bedienen zu können.

- 227 Die Kommission wendet sich gegen das Vorbringen der Kläger und macht geltend, die Durchschnittsrendite sei nicht der Endpunkt der Prüfung, ob eine Beihilfe vorliege, sondern ein Ausgangswert, von dem aus die weiteren Besonderheiten der Investition im Einzelnen bewertet würden, um eine „angemessene Vergütung“ festzulegen. Im vorliegenden Fall habe sie diese konkrete Bewertung vorgenommen und die Besonderheiten des streitigen Vorgangs berücksichtigt. Dies zeige sich z. B. in dem Abschlag, den sie für Liquiditätsnachteile des Kapitals (Randnrn. 202 bis 205 der angefochtenen Entscheidung) vorgenommen habe, oder in dem Aufschlag für andere Besonderheiten wie die Höhe des WfA-Vermögens im Verhältnis zum sonstigen haftenden Eigenkapital der WestLB (Randnrn. 220 und 221).
- 228 Sie habe ferner nicht den Eigentümereffekt berücksichtigen müssen, zumindest nicht in der von der WestLB und der Bundesrepublik Deutschland vertretenen Ausgestaltung. Ein solcher Ansatz lasse die sonstigen Investitionsmöglichkeiten außerhalb des Unternehmens außer Betracht, die jeder Kapitalgeber angesichts des hier vorliegenden absoluten und auch relativen Investitionswerts prüfen würde. Die Tatsache, dass die öffentliche Hand an einem bestimmten Unternehmen beteiligt sei, reiche außerdem nicht aus, um jede weitere Kapitalzuführung automatisch als marktwirtschaftlichen Grundsätzen entsprechend anzusehen. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber werde jedenfalls wissen wollen, ob er für seine aus den bereits investierten und den zusätzlich zugeführten Mitteln bestehende Gesamtinvestition eine angemessene Rendite erwarten könne.

ii) Zum Widerspruch zwischen der angefochtenen Entscheidung und der Mitteilung der Kommission von 1993, der bisherigen Praxis der Kommission und der Rechtsprechung

- 229 Die Kläger und die Bundesrepublik Deutschland machen erstens geltend, die Forderung nach einer Durchschnittsrendite stehe im Widerspruch zu dem Beurteilungsspielraum, der dem öffentlichen Kapitalgeber in den Nummern 27 bis 29 der Mitteilung von 1993 zuerkannt werde. Zum Vorbringen der Kommission, dass dieser Beurteilungsspielraum vor allem dann bestehe, wenn die zukünftige Rendite wie z. B. bei Eigenkapitalzuführungen, die in Form von Dividenden und Wertsteigerungen vergütet würden, variabel sei, führt die Bundesrepublik Deutschland aus, diese Betrachtungsweise entspreche nicht dem Beurteilungsspielraum eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers, der auf dem entsprechenden Markt auch im Bereich fixer Vergütungen eine Bandbreite unterschiedlicher Renditen vorfinde.
- 230 Zweitens zitiert die WestLB mehrere Entscheidungen der Kommission, denen sie entnimmt, dass die Kommission bei der Verneinung einer Beihilfe wesentlich darauf abstelle, dass das durch die Kapitalzuführung begünstigte Unternehmen auf lange Sicht rentabel sei (siehe u. a. die Entscheidung 96/278/EG der Kommission vom 31. Januar 1996 über eine Kapitalaufstockung zugunsten der Fluggesellschaft Iberia [ABl. L 104, S. 25] und die im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* vom 22. Januar 1998 wiedergegebene Entscheidung der Kommission betreffend das Unternehmen Duferco Clabecq [ABl. C 20, S. 3]).
- 231 Drittens bringt die WestLB vor, das Abstellen auf eine Durchschnittsrendite als Mindestrendite sei nicht mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes vereinbar, der bereits anerkannt habe, dass eine Investition keine Beihilfe darstelle, wenn durch die staatlichen Maßnahmen eine langfristige Rentabilität des Unternehmens sichergestellt werden könne. Sie führt insbesondere die Rechtsprechung an, in der der Gerichtshof anerkannt habe, dass neben der Rentabilität auch bestimmte andere Ziele, die zu einer privaten Anlage veranlassen könnten, von Bedeutung seien wie eine von längerfristigen Rentabilitätsaussichten geleitete globale oder sektorale Strukturpolitik (Urteil Alfa Romeo, Randnr. 20), das Bemühen um Imagepflege oder um Neuorientierung der Tätigkeit (Urteil des Gerichtshofes vom 21. März 1991 in der Rechtssache C-303/88, Italien/Kommission, Slg. 1991,

I-1433, Randnr. 21) oder auch Standortüberlegungen, wie sie von Generalanwalt Van Gerven in Nummer 14 seiner Schlussanträge in der letztgenannten Rechtsache (Slg. 1991, I-1451) erwähnt worden seien, als er darauf verwiesen habe, dass eine private Holding der Belegschaft und der wirtschaftlichen Entwicklung der Region, in der sie arbeite, nicht völlig gleichgültig gegenüber stehen könne. Dem streitigen Vorgang hätten auch Standortüberlegungen zugrunde gelegen, und für das Land sei eine starke Landesbank ein wichtiger Faktor für die Wirtschaft und das Image des Konzernverbundes der öffentlichen Unternehmen des Landes.

232 Das Land fügt hinzu, der Gerichtshof stelle darauf ab, ob ein Kapitalgeber vergleichbarer Größe in vergleichbarer Lage das Kapital unter den gegebenen Bedingungen zugeführt hätte (Urteil vom 10. Juli 1986 in der Rechtssache 40/85, Belgien/Kommission, Randnr. 13). Im gleichen Sinne habe der Gerichtshof jüngst ausgeführt, dass das Verhalten einer öffentlichen Einrichtung offenkundig vom Verhalten eines privaten Kapitalgebers in der gleichen Lage abweichen müsse, um als staatliche Beihilfe eingestuft zu werden (Urteil DM Transport).

233 Die Kommission bestreitet, unterstützt vom BdB, dass es einen Widerspruch zwischen der angefochtenen Entscheidung und der Mitteilung der Kommission von 1993 gebe, da der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten bei Eigenkapitalzuführungen gewahrt bleibe. Dieser Beurteilungsspielraum könne außerdem die Entscheidungen nicht decken, die, wie es sich im Fall des streitigen Vorgangs verhalte, offenkundig nicht unter Marktbedingungen getroffen worden seien. Er stehe den Mitgliedstaaten vor allem offen, wenn die künftige Rendite wie bei Eigenkapitalzuführungen, die in Form von Dividenden und Wertsteigerungen vergütet würden, von den tatsächlichen wirtschaftlichen Ergebnissen des Unternehmens abhängen.

iii) Zum Verstoß gegen Artikel 295 EG durch die Forderung nach einer Durchschnittsrendite

234 Die Kläger machen erstens geltend, das Abstellen auf eine Mindestrendite in Form einer Durchschnittsrendite benachteilige die öffentlichen Unternehmen gegenüber

den privaten Unternehmen und die öffentliche Hand als Kapitalgeberin gegenüber privaten Kapitalgebern.

235 Im Gegensatz zur Rechtsprechung des Gerichtshofes, der ausdrücklich anerkannt habe, dass die unternehmerische Tätigkeit öffentlicher und privater Unternehmen grundsätzlich unterschiedliche Ziele verfolgen könne (Urteil des Gerichtshofes vom 6. Juli 1982 zur Richtlinie 80/723/EWG der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen [ABl. L 195, S. 35] in den Rechtssachen 188/80 bis 190/80, Frankreich u. a./Kommission, Slg. 1982, 2545, Randnr. 21), lasse sich die Kommission einseitig von einem Renditeprinzip leiten, das sie undifferenziert auf öffentliche und private Unternehmen anwenden wolle. Außerdem mache die Einführung des Maßstabs einer am gesamten betreffenden Sektor ausgerichteten Durchschnittsrendite es öffentlichen Unternehmen unmöglich, andere Ziele wie öffentliche Aufgaben, die nach Artikel 86 Absatz 2 EG von der Beihilfekontrolle ausgenommen seien, zu verfolgen.

236 Die WestLB bringt ferner vor, der Ansatz der Kommission schränke die öffentliche Hand in ihrer Investitionsfreiheit gegenüber privaten Kapitalgebern erheblich ein. Während es einem privaten Kapitalgeber unbenommen sei, in Unternehmen mit unterdurchschnittlicher Rentabilität zu investieren, dürfe die öffentliche Hand nur in Unternehmen investieren, die zumindest eine Durchschnittsrendite erreichten. Dieser Ansatz führe deshalb dazu, dass private Kapitalgeber ein breiteres Spektrum an Motiven mit ihren Investitionen verfolgen könnten als die öffentliche Hand. Das Land weist darauf hin, dass die Investitionsentscheidungen öffentlicher wie privater Kapitalgeber nicht allein von der Renditeerwartung, sondern auch von anderen Überlegungen wie strategischen Zielsetzungen, z. B. Verbesserung oder Erweiterung vorhandener Beteiligungen, geleitet würden.

237 Zweitens macht die WestLB geltend, das Abstellen auf eine durchschnittliche Rendite öffentlicher Unternehmen führe zu einem mittelbaren Privatisierungs-

zwang. Den öffentlichen Unternehmen mit unterdurchschnittlicher Rentabilität wäre es im Gegensatz zu gleich rentablen privaten Unternehmen unmöglich, zusätzlichen Kapitalbedarf zu decken. Die Mitgliedstaaten stünden somit unter dem Druck, diese Unternehmen zu privatisieren, da sie andernfalls vom Markt verschwinden würden.

- 238 Die Kommission wendet sich, unterstützt vom BdB, auch gegen das Vorbringen der Kläger, dass das Abstellen auf eine Durchschnittsrendite gegen Artikel 295 EG verstoße. Erstens bestreitet sie, dass die Heranziehung der Durchschnittsrendite bei der Berechnung der „angemessenen Vergütung“ öffentliche Unternehmen und die öffentliche Hand als Kapitalgeber benachteilige.
- 239 Zum einen hindere der Rückgriff auf das Kriterium der Durchschnittsrendite öffentliche Unternehmen nicht an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.
- 240 Was zum anderen die öffentliche Hand anbelange, werde die Investitionsfreiheit des Staates gegenüber privaten Kapitalgebern nicht eingeschränkt, sondern die Investitionen würden, soweit sie den im Wettbewerb stehenden Geschäftsbereich eines öffentlichen Unternehmens beträfen, lediglich an den auf dem betreffenden Markt herrschenden Bedingungen gemessen.
- 241 Zu den vergleichbaren unternehmerischen Interessen öffentlicher und privater Kapitalgeber führt die Kommission aus, der Rückgriff auf das Kriterium der Durchschnittsrendite führe nicht zu einer Diskriminierung. Der öffentliche Kapitalgeber wie auch jeder private Kapitalgeber erwarte, auch wenn seine Investition von strategischen oder langfristigen Überlegungen beeinflusst werde, am Ende eine angemessene Rendite. Außerdem prüfe er nicht nur, ob das betreffende

Unternehmen rentabel wirtschaftete, sondern auch, ob die Rendite dem marktüblichen Satz entspreche. Wenn der öffentliche Kapitalgeber an diesen Maßstäben gemessen werde, stelle dies also keine Diskriminierung dar, sondern bringe nur die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers zum Ausdruck.

- 242 Zweitens weist die Kommission die Ansicht zurück, dass die richtige Anwendung des Kriteriums der Durchschnittsrendite zu einem Privatisierungszwang führe. Zum einen gelte diese Rendite als Bezugsgröße nur im Bereich der wettbewerbsorientierten Geschäftstätigkeiten eines öffentlichen Unternehmens, und zum anderen genieße der Bereich der öffentlichen Aufgaben der öffentlichen Unternehmen den besonderen Schutz des Artikels 86 Absatz 2 EG. Es gebe keinen Privatisierungszwang, wohl aber einen Zwang zu marktgerechtem Verhalten im wettbewerbsorientierten Geschäftsbereich.

b) Würdigung durch das Gericht

- 243 Wie oben in den Randnummern 206 und 207 ausgeführt worden ist, soll Artikel 87 Absatz 1 EG verhindern, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch vom Staat eingeräumte Vergünstigungen beeinträchtigt wird, die in verschiedener Form durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Um beurteilen zu können, ob eine staatliche Maßnahme eine Beihilfe darstellt, ist daher zu prüfen, ob das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.
- 244 Außerdem können nach ständiger Rechtsprechung Kapitalzuweisungen der öffentlichen Hand, in welcher Form auch immer, an Unternehmen staatliche Beihilfen darstellen, wenn die Voraussetzungen des Artikels 87 EG erfüllt sind.

- 245 Um festzustellen, ob eine solche Maßnahme den Charakter einer staatlichen Beihilfe hat, ist zu prüfen, ob ein unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelnder privater Kapitalgeber (im Folgenden: privater Kapitalgeber) von vergleichbarer Größe wie die Verwaltungseinrichtungen des öffentlichen Sektors unter den entsprechenden Umständen zur Vornahme der fraglichen Kapitalzufuhr hätte bewegt werden können (Urteile des Gerichtshofes vom 21. März 1990 in der Rechtssache C-142/87, Belgien/Kommission, Slg. 1990, I-959, Randnr. 29, und Alfa Romeo, Randnrn. 18 und 19). Insbesondere ist zu klären, ob er den fraglichen Vorgang zu den gleichen Bedingungen abgewickelt hätte und, wenn nicht, zu welchen Bedingungen er ihn hätte abwickeln können (Urteil des Gerichts vom 30. April 1998 in der Rechtssache T-16/96, Cityflyer Express/Kommission, Slg. 1998, II-757, Randnr. 51).
- 246 Schließlich ist 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 (Urteil Cityflyer Express/Kommission, Randnr. 76).
- 247 Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es im Rahmen dieses Klagegrundes darum geht, ob die Kommission ganz allgemein befugt ist, den Wert der Durchschnittsrendite in dem betreffenden Sektor als Analyseinstrument zu verwenden, um das Verhalten eines privaten Kapitalgebers zu ermitteln.
- 248 Die Frage, ob im vorliegenden Fall der Grundsatz des privaten Kapitalgebers namentlich bei der konkreten Festsetzung des von der Kommission berücksichtigten Durchschnittsrenditesatzes rechtswidrig angewandt worden ist, gehört dagegen zur später folgenden Prüfung des fünften Klagegrundes.

- 249 Die Kläger machen erstens im Wesentlichen geltend, die Anwendung der Durchschnittsrendite verstoße gegen Artikel 87 Absatz 1 EG. Sie werfen der Kommission vor, dass sie sich bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung für den streitigen Vorgang ausschließlich auf eine Durchschnittsrendite gestützt und dabei nicht allen Besonderheiten des Falles Rechnung getragen habe, dass sie davon ausgegangen sei, dass ein privater Kapitalgeber nur an einer Renditeoptimierung interessiert sei, und dass sie den Eigentümereffekt außer Acht gelassen habe.
- 250 Zunächst ist festzustellen, dass die Durchschnittsrendite nur als Analyseinstrument im Rahmen der Anwendung des Artikels 87 Absatz 1 EG dient.
- 251 So kann sie zum einen kein automatisches Kriterium dafür sein, ob und in welcher Höhe eine staatliche Beihilfe vorliegt. Sie entbindet die Kommission nicht von ihrer Pflicht, alle maßgeblichen Aspekte des streitigen Vorgangs und seinen Kontext, einschließlich der Lage des begünstigten Unternehmens und des betroffenen Marktes, zu prüfen, um festzustellen, ob das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.
- 252 Zum anderen unterliegt die Heranziehung der Durchschnittsrendite als Analyseinstrument den gemeinschaftsrechtlichen Beihilfevorschriften insgesamt. Sie kann die Kommission z. B. nicht von ihrer Pflicht entbinden, die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass die fragliche Beihilfe etwa die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung des Artikels 86 Absatz 2 EG für eine Genehmigung erfüllt.

- 253 Außerdem berührt sie nicht die Verpflichtung der Kommission nach Artikel 253 EG, ihre abschließende Entscheidung über das Vorliegen und das Ausmaß der betreffenden Beihilfe hinreichend zu begründen.
- 254 Unter diesen Bedingungen kann die Heranziehung der Durchschnittsrendite in dem betreffenden Sektor als eines von mehreren Analyseinstrumenten im Rahmen der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers gerechtfertigt sein, um festzustellen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.
- 255 Das Verhalten eines privaten Kapitalgebers in einer Marktwirtschaft wird nämlich von Rentabilitätsaussichten geleitet (Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 2000 in der Rechtssache T-296/97, Alitalia/Kommission, Slg. 2000, II-3871, Randnr. 84). Somit ist bei der Heranziehung der Durchschnittsrendite zugrunde zu legen, dass ein umsichtiger privater Kapitalgeber, also ein Kapitalgeber, der seine Gewinne maximieren möchte, ohne jedoch zu große Risiken im Verhältnis zu den anderen Marktteilnehmern einzugehen, bei der Berechnung der für seine Anlage zu erwartenden angemessenen Vergütung grundsätzlich eine Mindestrendite in Höhe der Durchschnittsrendite in dem betreffenden Sektor verlangen würde.
- 256 Im vorliegenden Fall wird die Durchschnittsrendite im Rahmen der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers auf ein rentables Unternehmen herangezogen. Außerdem musste die Kommission für die Ermittlung, ob und in welcher Höhe eine Beihilfe vorliegt, bei ihrem Vergleich des streitigen Vorgangs mit dem Verhalten eines privaten Kapitalgebers einen Bezugswert verwenden.
- 257 Was das Vorbringen anbelangt, dass ein privater Kapitalgeber nicht nur an einer Renditeoptimierung seiner Anlagen interessiert sei und die Kommission den Ei-

gentümereffekt außer Acht gelassen habe, ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Heranziehung der Durchschnittsrendite die Kommission nicht von ihrer Pflicht entbindet, alle maßgeblichen Aspekte des streitigen Vorgangs und seinen Kontext zu prüfen. Auf diese Frage wird später bei der Prüfung der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers im vorliegenden Fall einzugehen sein.

- 258 Folglich liegt ein Verstoß gegen Artikel 87 Absatz 1 EG nicht schon darin, dass die Kommission im Rahmen der Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls eine Mindestrendite in Höhe der Durchschnittsrendite in dem betreffenden Sektor als Analyseinstrument verwendet hat.
- 259 Zweitens machen die Kläger geltend, die angefochtene Entscheidung widerspreche der Mitteilung der Kommission von 1993, der bisherigen Kommissionspraxis und der Rechtsprechung.
- 260 Zu Nummer 27 der genannten Mitteilung ist festzustellen, dass die Kommission darin einen Beurteilungsspielraum des Kapitalgebers bei der Analyse des Anlagerisikos anerkennt, aber auch ausführt, dass die entsprechende Beurteilung „von öffentlichen Unternehmen genauso wie von privaten Unternehmen den Einsatz von unternehmerischen Fähigkeiten erfordert“. In Nummer 29 wiederholt sie, dass „für unternehmerische Investitionsentscheidungen ein großer Entscheidungsspielraum notwendig ist“, bindet diese Ansicht aber in eine allgemeinere Analyse der Art und Weise ein, in der zu ermitteln sei, ob eine staatliche Beihilfe vorliege oder nicht; das Vorbringen der Kläger kann auch darin keine Stütze finden.
- 261 Außerdem kann, wie die Kommission ausführt, zwischen der Einschätzung der wahrscheinlichen Rendite des Vorhabens, bei der der öffentliche Kapitalgeber

über einen gewissen Beurteilungsspielraum verfügt, und der Prüfung unterschieden werden, die dieser Kapitalgeber vornimmt, um festzustellen, ob ihm die Rendite als ausreichend erscheint, um die fragliche Investition vorzunehmen, und bei der der Beurteilungsspielraum weniger weit ist, da der fragliche Vorgang mit anderen Anlagemöglichkeiten für das zu investierende Kapital verglichen werden kann.

- 262 Zum angeblichen Widerspruch zwischen der Forderung einer Durchschnittsrendite und der Kommissionspraxis sowie der Rechtsprechung, der darin liegen soll, dass weder die Kommission noch der Gemeinschaftsrichter früher für die Feststellung, ob eine staatliche Beihilfe vorliege oder nicht, eine solche Rendite gefordert hätten, ist festzustellen, dass diese Praxis oder die Rechtsprechung die Möglichkeit einer solchen Forderung jedenfalls auch nicht ausgeschlossen haben. In der Rechtsprechung zum Beihilfebegriff kommt vielmehr ein materielles Kriterium zum Ausdruck, das die Möglichkeit impliziert, die Durchschnittsrendite bei der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers heranzuziehen (siehe die oben in Randnr. 207 zitierte Rechtsprechung sowie z. B. die Urteile *Banco Exterior de España*, Randnr. 13, und *SFEI u. a.*, Randnrn. 58 bis 62).
- 263 Selbst wenn schließlich die Heranziehung der Durchschnittsrendite bei der Anwendung des genannten Grundsatzes eine Weiterentwicklung der früheren Kommissionspraxis und der Gemeinschaftsrechtsprechung wäre, so würde damit nicht ihre Rechtmäßigkeit in Frage gestellt. Denn in den oben genannten Grenzen (siehe Randnrn. 250 bis 253 und 255) verstößt sie gegen keine Gemeinschaftsrechtsvorschrift, sondern steht, wie gerade ausgeführt worden ist, im Einklang mit den in diesem Bereich geltenden Vorschriften.
- 264 Folglich wird unter den oben dargestellten Voraussetzungen die Rechtmäßigkeit der Heranziehung der Durchschnittsrendite bei der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers durch die Mitteilung der Kommission von 1993, die bisherige Kommissionspraxis und die Rechtsprechung nicht in Frage gestellt.

- 265 Drittens bringen die Kläger vor, die Heranziehung der Durchschnittsrendite durch die Kommission verstoße gegen Artikel 295 EG, insbesondere weil sie die öffentlichen gegenüber den privaten Unternehmen und die öffentliche Hand als Kapitalgeberin gegenüber privaten Kapitalgebern benachteilige.
- 266 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass, wie oben in Randnummer 193 ausgeführt worden ist, die Wettbewerbsregeln unterschiedslos auf öffentliche und private Unternehmen anwendbar sind und Artikel 295 EG diesem Grundsatz nicht widerspricht.
- 267 Außerdem folgt nach ständiger Rechtsprechung aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen, dass Mittel, die der Staat einem Unternehmen unter Umständen, die den normalen Marktbedingungen entsprechen, unmittelbar oder mittelbar zur Verfügung stellt, nicht als staatliche Beihilfen anzusehen sind (Urteil Italien/Kommission, zitiert oben in Randnr. 231, Randnr. 20, und Urteil vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission, Randnr. 69).
- 268 In diesem Zusammenhang dient die Heranziehung der Durchschnittsrendite als Analyseinstrument bei der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers gerade der Ermittlung, ob der streitige Vorgang unter Umständen abgewickelt wurde, die den normalen Marktbedingungen entsprechen.
- 269 Soweit bei der Heranziehung der Durchschnittsrendite die oben in den Randnummern 250 bis 253 und 255 genannten Voraussetzungen beachtet werden, kann sie nicht als Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen oder von öffentlichen und privaten Kapitalgebern angesehen werden.

- 270 Denn da die Kommission immer alle maßgeblichen Aspekte des streitigen Vorgangs und seinen Kontext prüfen muss, hat sie zu berücksichtigen, ob ein umsichtiger privater Kapitalgeber an der Stelle des fraglichen öffentlichen Kapitalgebers aufgrund anderer als an einer Renditeoptimierung ausgerichteter wirtschaftlicher Erwägungen eine niedrigere Rendite als die Durchschnittsrendite in dem betreffenden Sektor als angemessene Vergütung akzeptiert hätte. Gleiches gilt hinsichtlich des Vorwurfs einer Ungleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen, da auch den mit dem begünstigten Unternehmen zusammenhängenden Besonderheiten des streitigen Vorgangs bei der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers Rechnung getragen werden muss.
- 271 Ferner führt auch der Umstand, dass bei der Beurteilung des Verhaltens des öffentlichen Kapitalgebers das Verhalten eines umsichtigen privaten Kapitalgebers zu berücksichtigen ist, während sich das Verhalten eines beliebigen privaten Kapitalgebers nicht an einem solchen Maßstab messen lassen muss, nicht zu einer Benachteiligung des öffentlichen Kapitalgebers.
- 272 Der Gleichheitssatz verbietet nämlich, vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich zu behandeln und dadurch bestimmte Betroffene gegenüber anderen zu benachteiligen, ohne dass diese Ungleichbehandlung durch das Vorliegen objektiver Unterschiede von einigem Gewicht gerechtfertigt wäre (Urteil des Gerichts vom 7. Juli 1999 in der Rechtssache T-106/96, Wirtschaftsvereinigung Stahl/Kommission, Slg. 1999, II-2155, Randnr. 103). Der öffentliche Kapitalgeber befindet sich aber nicht in der gleichen Lage wie der private Kapitalgeber. Letzterer kann sich nur auf seine eigenen Mittel stützen, um seine Anlage zu finanzieren, und muss deshalb mit seinem Vermögen für die Folgen seiner Wahl einstehen. Der öffentliche Kapitalgeber dagegen hat Zugang zu Mitteln, die aus der Ausübung hoheitlicher Befugnisse fließen, insbesondere zu Steuermitteln. Da sich diese beiden Typen von Kapitalgebern somit nicht in der gleichen Lage befinden, kann die Berücksichtigung des Verhaltens eines umsichtigen privaten Kapitalgebers bei der Beurteilung des Verhaltens des öffentlichen Kapitalgebers diesen nicht benachteiligen.

- 273 Schließlich hindert die Heranziehung der Durchschnittsrendite die öffentlichen Unternehmen entgegen dem Vorbringen der Kläger nicht daran, nach Artikel 86 Absatz 2 EG geschützte Aufgaben von allgemeinem Interesse wahrzunehmen, da die Kommission stets die Möglichkeit in Betracht ziehen muss, dass die fragliche Beihilfe die in dieser Bestimmung enthaltenen Voraussetzungen für eine Genehmigung erfüllen könnte.
- 274 Folglich verstößt unter den oben dargestellten Voraussetzungen die Heranziehung der Durchschnittsrendite bei der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers auch nicht gegen Artikel 295 EG.
- 275 Die Rüge der Kläger, dass die Heranziehung einer Durchschnittsrendite bei der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers in der angefochtenen Entscheidung rechtswidrig sei, greift somit nicht durch.
- 276 Nach alledem ist der zweite Teil des vierten Klagegrundes, den die Kläger darauf stützen, dass die Kommission den Beihilfebegriff in der angefochtenen Entscheidung unzulässigerweise erweitert habe, zurückzuweisen.
- 277 Somit ist der Klagegrund, mit dem die Kläger einen Verstoß gegen die Artikel 87 Absatz 1 EG und 295 EG insoweit beanstanden, als die Kommission den Beihilfebegriff in der angefochtenen Entscheidung falsch ausgelegt habe, insgesamt zurückzuweisen.

V — Zum fünften und zum sechsten Klagegrund: Verstoß gegen die Begründungspflicht und gegen die Artikel 87 Absatz 1 EG und 295 EG im Hinblick auf erstens das Vorliegen staatlicher Mittel, zweitens den Umstand, dass der streitige Vorgang nach Ansicht der Kommission den Wettbewerb verfälscht und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt, und drittens die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers durch die Kommission

- 278 Zur Begründungspflicht ist zunächst an die ständige Rechtsprechung zu erinnern, nach der der Umfang dieser Pflicht von der Art des in Rede stehenden Rechtsakts und dem Kontext, in dem er erlassen wurde, abhängt. Die Begründung muss die Überlegungen des Organs so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass der Gemeinschaftsrichter die ihm obliegende Rechtmäßigkeitskontrolle wahrnehmen kann und es dem Betroffenen möglich ist, Kenntnis von den Gründen für die getroffene Maßnahme zu erlangen, damit er seine Rechte verteidigen und prüfen kann, ob die Entscheidung in der Sache begründet ist oder nicht (Urteile Skibs-vaerftsforeningen u. a./Kommission, Randnr. 230, und EPAC/Kommission, Randnr. 34).
- 279 In der Begründung brauchen nicht alle tatsächlich und rechtlich einschlägigen Aspekte genannt zu werden, da die Frage, ob die Begründung eines Rechtsakts den Erfordernissen des Artikels 253 EG genügt, nicht nur anhand ihres Wortlauts zu beurteilen ist, sondern auch anhand ihres Kontextes sowie sämtlicher Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet (Urteile des Gerichts Skibs-vaerftsforeningen u. a./Kommission, Randnr. 230, und vom 15. Juni 2000 in den Rechtssachen T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 bis T-607/97, T-1/98, T-3/98 bis T-6/98 und T-23/98, Alzetta u. a./Kommission, Slg. 2000, II-2319, Randnr. 175).
- 280 Insbesondere braucht die Kommission nicht auf alle Argumente einzugehen, die die Betroffenen vor ihr geltend gemacht haben, sondern es reicht aus, wenn sie die Tatsachen und rechtlichen Erwägungen anführt, denen in der Systematik der

Entscheidung eine wesentliche Bedeutung zukommt (Urteile des Gerichts vom 8. Juni 1995 in der Rechtssache T-459/93, Siemens/Kommission, Slg. 1995, II-1675, Randnr. 31, und EPAC/Kommission, Randnr. 35).

281 Was z. B. die Einstufung einer Maßnahme als Beihilfe betrifft, erfordert die Begründungspflicht die Angabe der Gründe, aus denen die Kommission der Ansicht ist, dass die fragliche Maßnahme von Artikel 87 Absatz 1 EG erfasst wird (Urteil EPAC/Kommission, Randnr. 36).

282 Zur Prüfung der Begründetheit der angefochtenen Entscheidung ist darauf hinzuweisen, dass die von der Kommission vorzunehmende Prüfung der Frage, ob eine Investition dem Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers genügt, eine komplexe wirtschaftliche Beurteilung umfasst. Die Kommission besitzt jedoch ein weites Ermessen, wenn sie eine Handlung vornimmt, die eine derart komplexe wirtschaftliche Beurteilung umfasst, und die gerichtliche Kontrolle dieser Handlung beschränkt sich — selbst wenn die Frage, ob eine Maßnahme in den Anwendungsbereich von Artikel 87 Absatz 1 EG fällt, grundsätzlich „umfassend“ zu prüfen ist — darauf, ob die Vorschriften über das Verfahren und die Begründung eingehalten worden sind, ob der Sachverhalt, der der beanstandeten Entscheidung zugrunde gelegt wurde, zutreffend festgestellt worden ist und ob keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung dieses Sachverhalts oder ein Ermessensmissbrauch vorliegt. Insbesondere darf das Gericht die wirtschaftliche Beurteilung des Urhebers der Entscheidung nicht durch seine eigene Beurteilung ersetzen (Urteile des Gerichts vom 15. September 1998 in den Rechtssachen T-126/96 und T-127/96, BFM und EFIM/Kommission, Slg. 1998, II-3437, Randnr. 81, und Alitalia/Kommission, Randnr. 105 und die dort zitierte Rechtsprechung).

283 Die Prüfung der vorliegenden Klagegründe durch das Gericht geht dahin, festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung an einem Begründungsmangel leidet oder gegen die Artikel 87 Absatz 1 EG und 295 EG verstößt. Was Letzteres anbelangt, wird das Gericht insbesondere prüfen, ob der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler bei der Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers auf den streitigen Vorgang unterlaufen ist.

A — Erster Teil: Verstoß gegen die Begründungspflicht im Hinblick auf das Vorliegen staatlicher Mittel

1. Vorbringen der Beteiligten

284 Das Land macht geltend, die Kommission habe das Vorliegen staatlicher Mittel bei dem streitigen Vorgang nicht rechtlich hinreichend begründet.

285 Die Kommission bestreitet, das Vorliegen staatlicher Mittel bei dem streitigen Vorgang nicht begründet zu haben. Sie habe dargelegt, dass es sich bei der WfA um ein mit staatlichen Mitteln tätiges öffentliches Unternehmen handle und die Einbringung eines solchen Vermögens als Kapital in ein Unternehmen zwangsläufig auf die Überlassung staatlicher Mittel hindeute.

2. Würdigung durch das Gericht

286 Wie oben in Randnummer 182 und in den Begründungserwägungen 27 bis 30 und 38 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, war die WfA unstreitig eine mit öffentlichen Mitteln ausgestattete Anstalt des öffentlichen Rechts, deren alleiniger Anteilseigner das Land war und die durch ein vom Landtag des Landes verabschiedetes Gesetz auf die WestLB übertragen wurde. Somit liegt auf der Hand, dass der streitige Vorgang die Bereitstellung staatlicher Mittel umfasst. Die Begründung, die in der angefochtenen Entscheidung insoweit angeführt wird, ist also ausreichend.

B — Zweiter Teil: Verstoß gegen die Begründungspflicht und gegen Artikel 87 Absatz 1 EG im Hinblick darauf, dass der streitige Vorgang den Wettbewerb verfälsche und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtige

1. Vorbringen der Beteiligten

- ²⁸⁷ Die WestLB macht unter Berufung auf das Urteil des Gerichtshofes vom 13. März 1985 in den Rechtssachen 296/82 und 318/82 (Niederlande und Leeuwarder Papierwarenfabrik/Kommission, Slg. 1985, 809, Randnr. 24) geltend, die Kommission habe auch hinsichtlich des Vorliegens einer Wettbewerbsverfälschung und einer Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten gegen ihre Begründungspflicht verstoßen. Die Entscheidung enthalte insoweit nur Feststellungen allgemeiner Natur zur Liberalisierung der Finanzmärkte und den Verweis auf die Präsenz der WestLB im Ausland.
- ²⁸⁸ Außerdem macht die WestLB für den Fall, dass die in der angefochtenen Entscheidung zugrunde gelegte Auslegung des Beihilfebegriffs zutreffe, hilfsweise geltend, dass die Übertragung der WfA auf die WestLB weder den Wettbewerb verfälsche noch den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtige. Selbst wenn die fragliche Maßnahme eine staatliche Beihilfe darstelle, müsse die Kommission nachweisen, dass damit der Wettbewerb verfälscht und der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werde; diesen Nachweis habe sie hier nicht erbracht. Die Tatsache allein, dass die WestLB nicht nur in Nordrhein-Westfalen, sondern auch im Ausland tätig sei, reiche nicht aus, um eine Wettbewerbsverfälschung anzunehmen. Außerdem könne der Verweis auf die Gesetzesbegründung des Landes für die Übertragung der WfA auf die WestLB für sich allein die Beschränkung des Handels zwischen Mitgliedstaaten nicht beweisen. Die Beschränkung des Handels müsse objektiv nachgewiesen werden; auf die Motive des Gesetzgebers komme es dabei nicht an.

- 289 Die Kommission ist der Ansicht, sie habe die angefochtene Entscheidung hinsichtlich des Vorliegens einer Wettbewerbsverfälschung und einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten hinreichend begründet. Sie habe auf den engen Zusammenhang zwischen dem Eigenkapital eines Kreditinstituts und dessen Geschäftsmöglichkeiten sowie darauf hingewiesen, dass die WestLB „Bankdienstleistungen im Wettbewerb mit anderen europäischen Banken ... erbringt“. Der BdB fügt hinzu, die Kläger seien am Verfahren beteiligt gewesen und hätten deshalb die Auffassung der Kommission in dem betreffenden Punkt bis in alle Einzelheiten gekannt (Urteil des Gerichts vom 29. September 2000 in der Rechtssache T-55/99, CETM/Kommission, Slg. 2000, II-3207, Randnrn. 76 ff. und 100 ff.).
- 290 Nach Ansicht der Kommission ist der streitige Vorgang außerdem geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, da die WestLB dadurch Kosten senkende Vorteile bei der Erfüllung der strengeren Solvabilitätskriterien erlangt habe. Zudem sei ihre Stellung gegenüber der anderer Wettbewerber sowohl im innerstaatlichen als auch im innergemeinschaftlichen Handel gestärkt worden, was genüge, um von einer Wettbewerbsverfälschung und einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten auszugehen (Schlussanträge von Generalanwalt Saggio in der Rechtssache C-156/98, Deutschland/Kommission, Slg. 2000, I-6857, 6864, Nr. 24, und von Generalanwalt Cosmas in der Rechtssache C-288/96, Deutschland/Kommission, Slg. 2000, I-8237, 8241, Nrn. 106 ff.). Der BdB fügt hinzu, da die WestLB für das WfA-Kapital eine nicht marktgerechte Verzinsung zahle, erhalte sie eine Betriebsbeihilfe. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes werde aber bei Betriebsbeihilfen vermutet, dass sie als solche den Wettbewerb verfälschten; diese Vermutung habe die Klägerin nicht widerlegt.
- 291 Hinsichtlich der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten weist die Kommission auf die Gesetzesbegründung des Landes für die Übertragung der WfA auf die WestLB hin, worin ausgeführt werde, dass der seinerzeit erörterte streitige Vorgang „die nationale und internationale Wettbewerbsfähigkeit“ der WestLB stärken solle.

2. Würdigung durch das Gericht

- ²⁹² Was die Begründung des in Rede stehenden Punktes betrifft, ist auf die oben in den Randnummern 278 bis 281 zitierte Rechtsprechung sowie darauf hinzuweisen, dass die Kommission auch in den Fällen, in denen sich aus den Umständen, unter denen die Beihilfe gewährt wurde, ergibt, dass sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht, diese Umstände in der Begründung ihrer Entscheidung zumindest zu erwähnen hat (Urteile des Gerichtshofes vom 7. Juni 1988 in der Rechtssache 57/86, Griechenland/Kommission, Slg. 1988, 2855, Randnr. 15, vom 24. Oktober 1996 in den Rechtssachen C-329/93, C-62/95 und C-63/95, Deutschland u. a./Kommission, Slg. 1996, I-5151, Randnr. 52, und des Gerichts vom 30. April 1998 in der Rechtssache T-214/95, Vlaams Gewest/Kommission, Slg. 1998, II-717, Randnr. 64).
- ²⁹³ In der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission u. a. ausgeführt, dass die WestLB eine universell und international tätige Geschäftsbank sei, dass der Schwerpunkt ihrer Auslandspräsenz in Europa liege, dass 1997 48 % ihrer unkonsolidierten Erträge aus dem Auslandgeschäft gestammt hätten, dass sie Bankdienstleistungen im Wettbewerb mit anderen europäischen Banken erbringe und dass ein sehr enger Zusammenhang zwischen dem Eigenkapital eines Kreditinstituts und seinen Bankaktivitäten bestehe (Begründungserwägungen 17 bis 20, 55 bis 66 und 157 bis 160 der angefochtenen Entscheidung).
- ²⁹⁴ Damit hat die Kommission die Tatsachen und rechtlichen Erwägungen, denen in der Systematik der Entscheidung insoweit eine wesentliche Bedeutung zukommt, hinreichend deutlich dargestellt. Aus dieser Begründung ist für die Kläger und den Gemeinschaftsrichter ersichtlich, aus welchen Gründen sie der Ansicht war, dass der streitige Vorgang zu einer Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels führe.

- 295 Außerdem war die Kommission nicht zu einer bis ins Letzte bezifferten wirtschaftlichen Analyse verpflichtet, da sie dargelegt hatte, worin sich die Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten äußerten.
- 296 Schließlich brauchte sie die tatsächliche Auswirkung dieser Beihilfe auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht nachzuweisen. Eine solche Beweispflicht der Kommission würde nämlich die Mitgliedstaaten, die Beihilfen unter Verletzung der Anmeldepflicht des Artikels 88 Absatz 3 EG gewähren, zum Nachteil derjenigen begünstigen, die Beihilfen bereits als Vorhaben anmelden (Urteile des Gerichts Vlaams Gewest/Kommission, Randnr. 67, CETM/Kommission, Randnr. 103, und vom 30. Januar 2002 in der Rechtssache T-35/99, Keller und Keller Meccanica/Kommission, Slg. 2002, II-261, Randnr. 85).
- 297 Somit ist dieser Teil des fünften und des sechsten Klagegrundes, was den angeblichen Begründungsmangel betrifft, zurückzuweisen.
- 298 Was die Begründetheit der Entscheidung der Kommission in der vorliegenden Frage anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung auch eine relativ geringfügige Beihilfe den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann, wenn in dem Sektor, in dem das dadurch begünstigte Unternehmen tätig ist, ein lebhafter Wettbewerb herrscht (Urteile des Gerichtshofes vom 11. November 1987 in der Rechtssache 259/85, Frankreich/Kommission, Slg. 1987, 4393, Randnr. 24, und vom 21. März 1991, Italien/Kommission, Randnr. 27, sowie Urteil Vlaams Gewest/Kommission, Randnr. 49).

- 299 Stärkt außerdem eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Finanzhilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber konkurrierenden Unternehmen im innergemeinschaftlichen Handel, so muss dieser als von der Beihilfe beeinflusst angesehen werden (Urteil des Gerichtshofes vom 17. September 1980 in der Rechtssache 730/79, Philip Morris/Kommission, Slg. 1980, 2671, Randnr. 11, Urteile Vlaams Gewest/Kommission, Randnr. 50, und CETM/Kommission, Randnr. 86).
- 300 Schließlich verfälschen Beihilfen, mit denen die begünstigten Unternehmen ganz oder teilweise von Kosten befreit werden sollen, die sie normalerweise im Rahmen ihres laufenden Betriebes oder ihrer üblichen Tätigkeiten hätten tragen müssen, grundsätzlich den Wettbewerb (siehe Urteile Siemens/Kommission, Randnrn. 48 und 77, und Vlaams Gewest/Kommission, Randnr. 43).
- 301 Hier ist festzustellen, dass der streitige Vorgang die Stellung der WestLB gegenüber ihren Wettbewerbern gestärkt hat. In Anbetracht der Dimension des Vorgangs und der WestLB sowie deren starker Präsenz auf den internationalen Märkten ist angesichts der angeführten Rechtsprechung offensichtlich, dass die Kommission zu Recht zu dem Schluss gekommen ist, dass der streitige Vorgang den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen konnte.
- 302 Diese Feststellung wird durch die Gesetzesbegründung des Landes für die Übertragung der WfA auf die WestLB bestätigt, nach der der streitige Vorgang, „die nationale und internationale Wettbewerbsfähigkeit“ der WestLB stärken soll.

303 Nach alledem ist dieser Teil insgesamt zurückzuweisen.

C — Dritter Teil: Verstoß gegen die Artikel 87 Absatz 1 EG und 295 EG im Hinblick auf die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers durch die Kommission und Verstoß gegen die Begründungspflicht im Hinblick auf bestimmte Berechnungskriterien für die angemessene Vergütung

304 Die Kläger machen, unterstützt von der Bundesrepublik Deutschland, einen Verstoß gegen die Begründungspflicht hinsichtlich bestimmter Berechnungskriterien für die angemessene Vergütung der in Rede stehenden Einbringung geltend und wenden sich hilfsweise, für den Fall, dass das Gericht die Auslegung des Beihilfebegriffs als zutreffend erachten sollte, gegen die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers in der angefochtenen Entscheidung. Sie beanstanden erstens, dass die angefochtene Entscheidung den Besonderheiten des streitigen Vorgangs nicht Rechnung trage. Zweitens bringen sie, was das von der WestLB nicht zur Ausweitung ihrer kommerziellen Tätigkeiten verwendbare Eigenkapital anbelangt, vor, die Festsetzung der Vergütung für dieses Kapital auf den Satz von 0,3 % nach Steuern sei unzureichend begründet worden und der Vermögensvorteil für die WestLB beziehe sich nicht auf dieses Kapital. Drittens rügen sie, was das zur Unterlegung der Geschäftstätigkeit der WestLB verwendbare WfA-Kapital betrifft, zum einen einen Begründungsmangel hinsichtlich mehrerer Berechnungskriterien für die angemessene Vergütung und ziehen zum anderen die Richtigkeit der von der Kommission berechneten Vergütung in Zweifel.

1. Keine Berücksichtigung der Besonderheiten des streitigen Vorgangs

a) Vorbringen der Beteiligten

305 Die Kläger, insbesondere das Land, machen geltend, der Kommission sei dadurch, dass sie bestimmte Besonderheiten des streitigen Vorgangs außer Acht gelassen habe, ein offensichtlicher Beurteilungsfehler bei der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers in der angefochtenen Entscheidung unterlaufen.

306 Was erstens den Kapitalgeber anbelange, sei der streitige Vorgang die einzige Handlung gewesen, mit der sich die Wirtschaftlichkeit der WfA habe verbessern und das Konzept der Staatsbank im Licht der neuen Solvabilitätsvorschriften habe umsetzen lassen. Zweitens sei aufgrund der Gemeinnützigkeit der WfA keine Rendite aus ihrem Vermögen zu erzielen gewesen. Da das Land durch den streitigen Vorgang unter Beibehaltung der Beschränkungen des WfA-Vermögens erhebliche Erträge habe erwirtschaften können, habe die Transaktion die wirtschaftlich vernünftigste Verwendung dieses Vermögens dargestellt.

307 Drittens stehe bei einer Wiederausgliederung oder im Fall der Auflösung der WestLB der gegebenenfalls gestiegene Wert der WfA allein dem Land zu. Da viertens das WfA-Vermögen intern nachrangig hafte, sei ein Haftungsrückgriff darauf selbst im wenig wahrscheinlichen Fall von Verlusten der WestLB sehr unwahrscheinlich. Fünftens habe die Transaktion Synergieeffekte in Höhe von jährlich 30 Millionen DM bewirkt, die Teil der zu erwartenden Rendite seien.

- 308 Sechstens sei das WfA-Vermögen kein liquides Kapital, sondern auch nach dem streitigen Vorgang noch ein zweckgebundenes, was seinen Wert verringere. In soweit habe die Kommission die Liquiditätsnachteile des WfA-Vermögens fehlerhaft bewertet. Für die Berechnung der angemessenen Vergütung sei allein die Sichtweise des Kapitalgebers maßgeblich. Die steuerliche Abzugsfähigkeit der Refinanzierungskosten der WestLB sei daher entgegen den Ausführungen der Kommission in der angefochtenen Entscheidung (siehe oben, Randnr. 45) für diese Berechnung unerheblich, und der Refinanzierungssatz von 8,26 % müsse in voller Höhe vom Renditesatz für liquides Eigenkapital abgezogen werden. Im Übrigen sei eine Körperschaftsteuerersparnis steuerneutral, da sie beim Kapitalgeber eine Minderung des Guthabens aus dem zur Zeit des streitigen Vorgangs in Deutschland geltenden Körperschaftsteueranrechnungsverfahren bewirke. Schließlich sei das Risiko des Landes aufgrund der fehlenden Liquiditätsübertragung erheblich verringert, was die Kommission zu einer weiteren Herabsetzung der angemessenen Vergütung hätte veranlassen müssen.
- 309 Die Kommission hält dem, unterstützt vom BdB, entgegen, sie habe den Besonderheiten des streitigen Vorgangs ordnungsgemäß Rechnung getragen, und legt dar, weshalb diese sie nicht zu einer anderen Beurteilung als in der angefochtenen Entscheidung hätten veranlassen müssen. Erstens habe sie die Ausgangslage des Landes als Kapitalgeber berücksichtigt; sie beurteile diese Lage jedoch anders als die Kläger. Zweitens sei das Vorbringen der Kläger zur Gemeinnützigkeit der WfA u. a. deshalb nicht erheblich, weil die Kläger die Rolle des Staates als Unternehmer mit der als Hoheitsträger vermischten.
- 310 Drittens sei der vorrangige Anspruch des Landes auf seine Vergütung für den streitigen Vorgang die notwendige Konsequenz daraus, dass dem Land im Zuge der Vermögensübertragung keine erweiterten Eigentumsrechte gewährt worden seien. Viertens bestreitet die Kommission die Erheblichkeit des Vorbringens, dass das WfA-Vermögen intern nur nachrangig hafte, unter Hinweis darauf, dass sich die vor der Transaktion vorhandene Haftungsmasse auf 5,1 Milliarden DM be-

laufen habe und das WfA-Vermögen ausweislich der WestLB-Bilanz mit 5,9 Milliarden DM bewertet worden sei, wovon 4 Milliarden vom Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen anerkannt worden seien. Fünftens dürften die Synergieeffekte nicht als Teil der Vergütung für das WfA-Vermögen betrachtet werden, da sie für die WestLB nicht mit Kosten verbunden seien.

- 311 Sechstens führt die Kommission zu den besonderen Merkmalen der WfA-Mittel u. a. aus, der Umstand, dass das WfA-Kapital als Basiseigenmittel anerkannt worden sei, zeige, dass es innerhalb der WestLB tatsächlich zur Verfügung stehe, um etwaige Verluste auffangen zu können. Diese Mittel verschafften der WestLB daher einen Wettbewerbsvorteil auf dem Markt für Finanzdienstleistungen.
- 312 In diesem Zusammenhang verweist die Kommission auch darauf, dass sie den Liquiditätsnachteil dieser Mittel bei der Berechnung der angemessenen Vergütung ordnungsgemäß berücksichtigt habe. Ausschlaggebend für die Ermittlung der angemessenen Vergütung anhand des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers sei die Betrachtung der konkreten Begünstigung aus der Empfängersicht. Somit seien nur die Nettorefinanzierungskosten, d. h. die Kosten, die nicht durch eine geringere Steuer ausgeglichen würden, als zusätzliche Belastungen infolge des besonderen Charakters des übertragenen Kapitals zu berücksichtigen. Außerdem spiele das Steuerguthaben aus dem Anrechnungsverfahren bei der Berechnung der angemessenen Vergütung keine Rolle. Ferner sei ein zusätzlicher Abschlag aufgrund des verringerten Risikos des Landes nicht begründet.

b) Würdigung durch das Gericht

- 313 Was das erste und das zweite Argument der Kläger anbelangt, ist vorab darauf hinzuweisen, dass es bei der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapital-

gebers nicht ausreicht, die Rendite, die das Land für den streitigen Vorgang erhält, mit der Rendite zu vergleichen, die es für das WfA-Vermögen vor dieser Transaktion erhalten hatte. Denn das nur der Wohnungsbauförderung dienende WfA-Vermögen unterlag nicht der Logik eines privaten Kapitalgebers. Vielmehr ist die vom Land dank des streitigen Vorgangs erhaltene Rendite mit derjenigen zu vergleichen, die ein hypothetischer privater Kapitalgeber in einer so weit wie möglich gleichen Lage wie das Land für diese Transaktion verlangt hätte (siehe in diesem Sinne Urteil DM Transport, Randnr. 25).

- 314 Ein privater Kapitalgeber begnügt sich aber normalerweise nicht damit, dass eine Anlage ihm keine Verluste oder nur begrenzte Gewinne einbringt. Er wird nämlich eine angemessene Maximierung der Rendite für seine Anlage nach Maßgabe der vorliegenden Umstände und seiner kurz-, mittel- und langfristigen Interessen anstreben, was auch im Fall einer Anlage in ein Unternehmen gilt, an dessen Stammkapital er schon beteiligt ist.
- 315 Was also die Stellung des Landes als Kapitalgeber betrifft, ist der streitige Vorgang nicht deshalb von der Anwendung des gemeinschaftlichen Beihilferechts ausgenommen, weil er etwa für das Land sinnvoll ist. Ungeachtet dessen kann nicht dahingestellt bleiben, ob er die Stellung der WestLB stärkt, indem er dieser einen Vorteil verschafft, den sie unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.
- 316 Die gleiche Überlegung gilt für das von den Klägern sodann vorgebrachte Argument, der Vorgang stelle die wirtschaftlich vernünftigste Verwendung des WfA-Vermögens dar. Außerdem ist der Kommission nach Ansicht des Gerichts kein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen, als sie bei der Berechnung der Vergütung, die ein privater Kapitalgeber für den streitigen Vorgang erwartet hätte, die Gewinne außer Acht gelassen hat, die das Land aus seiner Beteiligung an der Erhöhung des Geschäftsvolumens der WestLB erzielt habe. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Kläger nicht behauptet haben, dass diese Erhöhung diejenige überstiegen hätte, die von anderen Bankunternehmen im selben Zeit-

raum unter entsprechenden Umständen erwirtschaftet worden wäre. In Ermangelung eines solchen Nachweises kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Gewinne des Landes aus der Erhöhung des Geschäftsvolumens der WestLB eine spezifische Folge des streitigen Vorgangs wären, so dass sie bei der Berechnung der Vergütung, die ein privater Kapitalgeber für den streitigen Vorgang erwartet hätte, berücksichtigt werden müssten. Jedenfalls hat die behauptete Erhöhung auch zu Gewinnen für die anderen Anteilseigner der WestLB geführt, ohne dass diese dazu etwas beigetragen hätten, was ebenfalls nicht mit dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers in Einklang steht.

- 317 Was schließlich die Argumentation des Landes mit der Erhöhung der Steuereinnahmen angeht, so ist zwischen der Stellung des Landes als Hoheitsträger und seiner Stellung als Unternehmer zu unterscheiden. Die Erhöhung von Steuereinnahmen wäre aber für einen privaten Kapitalgeber völlig unerheblich.
- 318 Zum dritten Argument, dass bei einer Wiederausgliederung oder im Fall der Auflösung der WestLB der gegebenenfalls gestiegene Wert der WfA allein dem Land zustehe, ist zum einen festzustellen, dass die Erhöhung dieses Wertes unsicher ist und das Vorbringen von einer für die Kläger nicht wünschenswerten Hypothese ausgeht, die den Zielen des streitigen Vorgangs zuwiderläuft. Dieses Vorbringen setzt nämlich voraus, dass die WestLB aufgelöst wird oder das WfA-Vermögen wieder aus dem der WestLB ausgegliedert wird. In beiden Fällen wäre der streitige Vorgang, mit dem die WfA in die WestLB eingegliedert worden ist, zunichte gemacht. Zum anderen mildert der Umstand, dass der gegebenenfalls gestiegene Wert der WfA bei einer Trennung an das Land zurückfällt, weder die Wettbewerbsverfälschung, die der streitige Vorgang in der Zwischenzeit verursachen kann, noch wird dadurch ausgeschlossen, dass dieser Vorgang möglicherweise einen der WestLB vom Land gewährten wirtschaftlichen Vorteil darstellt, den sie unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.
- 319 Was das vierte Argument der Kläger anbelangt, mit dem sie sich auf die nachrangige Haftung des WfA-Vermögens im Innenverhältnis der Anteilseigner der

WestLB berufen, kann die Auffassung der Kommission, dass dieser Umstand keine Herabsetzung der für den streitigen Vorgang geforderten Vergütung rechtfertige, ebenfalls nicht als offensichtlich fehlerhaft angesehen werden. Denn zunächst ist festzustellen, dass diese Haftungsregelung nur im Verhältnis der verschiedenen Anteilseigner zueinander besteht. Im Außenverhältnis der WestLB zu ihren Gläubigern genießt das WfA-Vermögen dagegen keinerlei Schutz. Selbst was das Innenverhältnis betrifft, wird im Übrigen die Bedeutung des Arguments, es bestehe ein geringes Haftungsrisiko für das mit dem streitigen Vorgang eingebrachte Kapital, durch den Umfang der WfA-Einbringung im Verhältnis zum gesamten Eigenkapital der WestLB, nämlich 5,9 Milliarden DM im Verhältnis zu 11 Milliarden DM, dem Gesamtbetrag des Eigenkapitals der WestLB nach dem streitigen Vorgang, also ungefähr 53,63 % des Gesamtbetrags, erheblich relativiert.

- 320 Zum fünften Argument, das auf Synergieeffekte gestützt wird, die in die Berechnung der erwarteten Rendite einfließen müssten, ist daran zu erinnern, dass sich, wie oben in Randnummer 314 ausgeführt worden ist, ein privater Kapitalgeber normalerweise nicht damit begnügt, 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. Zunächst ist festzustellen, dass mit diesen Synergieeffekten für die WestLB keinerlei Kosten oder Nachteile einhergehen, für die sie einen Ausgleich in Form einer geringeren Vergütung für das eingebrachte Kapital erhalten müsste. Es ist somit plausibel, dass ein privater Kapitalgeber an der Stelle des Landes eine niedrigere Vergütung für seine Anlage nicht deshalb hinnehmen würde, weil ihm aus seiner Anlage ein mittelbarer Vorteil erwächst, der jedoch für die WestLB keinerlei Nachteil begründet. Hätte außerdem die WestLB, statt den streitigen Vorgang mit dem Land abzuschließen, Kapital bei einem privaten Kapitalgeber aufnehmen müssen, dem solche Synergieeffekte nicht zugute gekommen wären, so hätte sie jedenfalls eine marktgerechte Vergütung bezahlen müssen. Unter diesen Umständen hat die Kommission keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, als sie der Ansicht war, dass etwaige, dem Land mittelbar zugute kommende Synergieeffekte für dieses einen zusätzlichen Vorteil aus dem streitigen Vorgang darstellten, der keine Herabsetzung des von ihr angesetzten Betrages des Beihilfeelements rechtfertige.

- 321 Beim sechsten Argument, wonach berücksichtigt werden müsse, dass die WfA nur beschränkt in die WestLB eingebracht worden sei, geht es darum, welche Bedeutung der fehlenden Liquidität des WfA-Kapitals für die Berechnung der angemessenen Vergütung für den streitigen Vorgang genau zukommt. Genauer gesagt streiten die Beteiligten darüber, ob bei dieser Berechnung zu berücksichtigen ist, dass die Refinanzierungskosten der WestLB als Betriebsausgaben ihr steuerpflichtiges Einkommen und damit die von ihr zu entrichtende Körperschaftsteuer mindern.
- 322 Es ist daran zu erinnern, dass Artikel 87 Absatz 1 EG verhindern soll, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch vom Staat eingeräumte Vergünstigungen beeinträchtigt wird, die in verschiedener Form durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.
- 323 Um festzustellen, ob Kapitalzuweisungen der öffentlichen Hand an Unternehmen den Charakter einer staatlichen Beihilfe haben, ist zu prüfen, ob ein unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelnder Kapitalgeber von vergleichbarer Größe wie die Verwaltungseinrichtungen des öffentlichen Sektors unter den entsprechenden Umständen zur Vornahme der fraglichen Kapitalzufuhr hätte bewegt werden können. Insbesondere ist zu klären, ob er den fraglichen Vorgang zu den gleichen Bedingungen abgewickelt hätte und, wenn nicht, zu welchen Bedingungen er ihn hätte abwickeln können (siehe die oben in Randnr. 245 angeführte Rechtsprechung).
- 324 Hier ist gemäß den oben in Randnummer 313 gemachten Ausführungen die Rendite zu ermitteln, die ein hypothetischer privater Kapitalgeber in einer so weit wie möglich gleichen Lage wie das Land für den streitigen Vorgang verlangt hätte.

- 325 Wie oben in den Randnummern 180, 207 und 243 erwähnt, geht es letztlich darum, festzustellen, ob das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.
- 326 Insoweit kann entgegen dem Vorbringen der Kläger gegen die Berücksichtigung der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Refinanzierungskosten der WestLB nicht eingewandt werden, dass es für die Berechnung der angemessenen Vergütung nur auf die Sicht des Kapitalgebers ankomme.
- 327 Es trifft nämlich nicht zu, dass im Rahmen der Anwendung des gemeinschaftlichen Beihilferechts bei der gedanklichen Nachprüfung, ob ein Geschäft unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen abgewickelt worden ist, allein auf den Kapitalgeber oder das von der Anlage begünstigte Unternehmen abgestellt werden muss, da für die Marktwirtschaft gerade die Interaktion der verschiedenen Wirtschaftsteilnehmer kennzeichnend ist.
- 328 So hätte ein privater Kapitalgeber in derselben Lage wie das Land bei Verhandlungen unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen die fehlende Liquidität des WfA-Kapitals nicht außer Acht lassen können. Er hätte die Sichtweise der WestLB und den Umstand berücksichtigen müssen, dass das WfA -Kapital für diese von begrenztem Nutzen war. Tatsächlich hätte er für dieses Kapital keine Vergütung in ähnlicher Höhe wie für liquides Kapital verlangen können.
- 329 Ebenso gerechtfertigt ist es — insbesondere bei einem Vorgang wie dem streitigen, bei dem es um einen erheblichen Kapitalbetrag ging —, davon auszugehen, dass ein privater Kapitalgeber die tatsächlichen Kosten der fehlenden Liquidität des WfA-Kapitals für die WestLB und folglich die teilweise steuerliche Abzugsfähigkeit der Refinanzierungskosten berücksichtigt hätte, die diese fehlende Liquidität nach sich zieht.

- 330 Was außerdem das Argument anbelangt, dass eine Körperschaftsteuerersparnis im Allgemeinen steuerneutral sei, da sie beim Kapitalgeber eine Minderung des Guthabens aus der Steueranrechnung bewirke, so kann, wie später (Randnrn. 388 bis 393) darzulegen sein wird, die Rechtmäßigkeit der Berechnung der angemessenen Vergütung im vorliegenden Fall nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass die Kommission das zur Zeit des streitigen Vorgangs in Deutschland geltende Körperschaftsteueranrechnungsverfahren nicht berücksichtigt hat.
- 331 Folglich leidet die angefochtene Entscheidung nicht insofern an einem offensichtlichen Beurteilungsfehler, als die Kommission bei ihrer zur Berechnung der angemessenen Vergütung für den streitigen Vorgang vorgenommenen Bewertung aller maßgeblichen Aspekte dieses Vorgangs der Ansicht war, dass die fehlende Liquidität des WfA-Kapitals nach Maßgabe der damit verbundenen Nettorefinanzierungskosten und somit nach Maßgabe dessen zu berücksichtigen sei, dass die Refinanzierungskosten zu einer Minderung der von der WestLB zu entrichtenden Körperschaftsteuer führten. Das sechste Argument der Kläger ist deshalb zurückzuweisen.
- 332 Schließlich ist noch das von den Klägern im Rahmen ihres Vorbringens gegen die Heranziehung der Durchschnittsrendite angeführte Argument zu prüfen, dass die Kommission nicht berücksichtigt habe, dass private Kapitalgeber z. B. aufgrund des Eigentümereffekts andere Ziele verfolgen könnten als die Optimierung ihrer Kapitalerträge (siehe oben, Randnrn. 216 und 222 bis 226).
- 333 Hierzu ist festzustellen, dass die Kläger nur allgemein geltend machen, dass es von Bedeutung sei, dass private Kapitalgeber andere Ziele als die Optimierung der Rendite für ihre Anlage verfolgen könnten, und dass diese Erwägung im vorliegenden Fall für das Land gelten müsse.

- 334 Sie erklären jedoch nicht, inwieweit diese Erwägung die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung konkret in Frage stellen soll. Insbesondere legen sie nicht dar, warum und in welchem Umfang sie eine Herabsetzung des Beihilfelements rechtfertigen soll, das von der Kommission anhand der Rendite berechnet worden ist, mit der das Land für das WfA-Kapital nach dem Grundsatz des privaten Kapitalgebers hätte rechnen können. Folglich haben sie die Erheblichkeit dieser Erwägung im vorliegenden Fall nicht dargetan und können deshalb nicht rügen, dass die Kommission sie nicht berücksichtigt hat.
- 335 Außerdem ist insbesondere hinsichtlich der Argumentation mit dem Eigentümereffekt daran zu erinnern, dass sich, wie oben in Randnummer 314 ausgeführt worden ist, ein privater Kapitalgeber normalerweise nicht damit begnügt, 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, was auch im Fall einer Anlage in ein Unternehmen gilt, an dessen Stammkapital er schon beteiligt ist.
- 336 Was im Übrigen die Berücksichtigung aller maßgeblichen Aspekte des streitigen Vorgangs und seines Kontexts durch die Kommission betrifft, ist ferner darauf hinzuweisen, dass die Kläger, wie oben in Randnummer 197 erwähnt, nicht geltend gemacht haben, die angefochtene Entscheidung sei deshalb rechtswidrig, weil die Voraussetzungen des Artikels 86 Absatz 2 EG für eine Freistellung der WestLB von der Anwendung der Wettbewerbsregeln erfüllt seien.
- 337 Nach alledem lässt die Prüfung der Berücksichtigung der Besonderheiten des streitigen Vorgangs durch die Kommission keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler erkennen. Die Rüge, dass die angefochtene Entscheidung in dieser Hinsicht rechtswidrig sei, ist somit zurückzuweisen.

2. Angemessene Vergütung für die 3,4 Milliarden DM des WfA-Vermögens, die nicht zur Unterlegung der WestLB-Geschäfte dienen können

a) Vorbringen der Beteiligten

338 Das Land bringt vor, die angefochtene Entscheidung sei hinsichtlich der Festsetzung der angemessenen Vergütung auf den Satz von 0,3 % nach Steuern für den von der WestLB nicht nutzbaren Teil des haftenden Eigenkapitals unzureichend begründet. Es sei nicht nachvollziehbar, warum die Kommission bestimmte Faktoren — u. a. die Höhe des fraglichen Betrages und den Umstand, dass die WfA-Sonderrücklage der WestLB unbefristet zur Verfügung stehe — berücksichtige und welche Rolle diese Faktoren bei der Berechnung des für die angemessene Vergütung zugrunde gelegten Satzes gespielt hätten.

339 Außerdem machen die Kläger geltend, die angefochtene Entscheidung sei insoweit sachlich unrichtig. Für die 3,4 Milliarden DM, die von der WestLB nicht zur Ausweitung ihrer Geschäftstätigkeiten eingesetzt werden könnten, falle kein Entgelt an. Dieser Teil der Einbringung verschaffe der WestLB auch keinen wirtschaftlichen Vorteil, da davon 1,5 Milliarden DM das Haftkapital für die WfA-Geschäfte und nicht für die WestLB-Geschäfte ausmachen und die übrigen 1,9 Milliarden DM von den Gläubigern der Bank auch nicht berücksichtigt würden, für die allein deren Langfrist-Rating ausschlaggebend sei, das sich durch den streitigen Vorgang nicht verändert habe.

- 340 Die Kommission weist darauf hin, dass sie in der Begründungserwägung 221 der angefochtenen Entscheidung hinreichend dargetan habe, wie sie bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung für das von der WestLB nicht nutzbare Kapital auf den Satz von 0,3 % nach Steuern gekommen sei. Sie habe diesen Satz, der im förmlichen Prüfverfahren von der deutschen Regierung als eine angemessene Avalprovision für die WestLB genannt worden sei, erhöht, um den Besonderheiten des Kapitals, nämlich der Höhe des Betrages und der zeitlich unbegrenzten Überlassung, Rechnung zu tragen, und dann auf einen Nachsteuerwert zurückgeführt.
- 341 Außerdem seien die 3,4 Milliarden DM, die nicht zur Unterlegung der WestLB-Geschäfte dienen könnten, für die WestLB von wirtschaftlichem Nutzen, da sie in ihre Bilanz als zusätzliches Eigenkapital eingestellt seien und daher ihre Kreditwürdigkeit erhöhten, indem sie für die Gläubiger eine zusätzliche Sicherheit darstellten. Das Vorbringen im Zusammenhang mit der Bedeutung des Ratings der Bank treffe nicht zu. Daher müsse auch der genannte Betrag bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung für die WfA-Übertragung berücksichtigt werden.

b) Würdigung durch das Gericht

- 342 Was die Begründung der angefochtenen Entscheidung in diesem Punkt anbelangt, ist erstens darauf hinzuweisen, dass die Kommission in der Begründungserwägung 220 der angefochtenen Entscheidung ausführt, dass der fragliche Kapitalanteil für die WestLB von materiellem Wert sei, dass sich seine ökonomische Funktion mit der einer Bürgschaft oder Haftung vergleichen lasse und dass ein privater Kapitalgeber, um sich einem derartigen Risiko auszusetzen, eine angemessene Vergütung verlangen würde.

- 343 Zweitens genügt zum Vergütungssatz von 0,3 % der Hinweis, dass dieser Satz, wie die Kommission in der Begründungserwägung 221 der angefochtenen Entscheidung ausführt und wie die Kläger in der mündlichen Verhandlung bestätigt haben, von der deutschen Regierung als angemessene Avalprovision für eine Bank wie die WestLB genannt worden war.
- 344 Somit werden in der angefochtenen Entscheidung zum einen die Gründe deutlich dargestellt, die die Kommission zu der Auffassung gelangen ließen, dass eine Vergütung für dieses Kapital gerechtfertigt sei; zum anderen werden darin die Aspekte genannt, die es den Klägern und dem Gemeinschaftsrichter ermöglichen, die Gründe für die Entscheidung der Kommission bezüglich der Berechnung der Vergütung für das fragliche Kapital nachzuvollziehen. Die Rüge der Kläger, die Begründung sei in dieser Hinsicht unzureichend, ist daher zurückzuweisen.
- 345 Was die Begründetheit dieser Entscheidung angeht, ist es gerechtfertigt, davon auszugehen, dass ein privater Kapitalgeber eine Vergütung für das in Rede stehende Kapital gefordert hätte, da es der WestLB durch die Erhöhung ihrer Solvabilität einen Vorteil verschafft hat. Zum von der Kommission angewandten Prozentsatz genügt der nochmalige Hinweis, dass dieser Satz von der Bundesrepublik Deutschland angegeben worden war und dass es insoweit ohne Bedeutung ist, dass die Kommission es für sachgerecht gehalten hat, zunächst einen Aufschlag und dann einen Abschlag vorzunehmen, um zu diesem Satz zu gelangen. Im Übrigen berufen sich die Kläger darauf, dass die WestLB überhaupt keine Vergütung für den betreffenden Kapitalanteil zahlen müsse, erklären aber nicht, weshalb der von der Kommission für eine angemessene Vergütung für dieses Kapital letztlich festgesetzte Satz anders ausfallen müsse.
- 346 Was die Vergütung betrifft, die für die 3,4 Milliarden DM des WfA-Vermögens, die nicht zur Unterlegung der WestLB-Geschäfte dienen können, ermittelt worden ist, leidet die Entscheidung der Kommission daher nicht an einem offensichtlichen Beurteilungsfehler. Die Rüge, dass die angefochtene Entscheidung in dieser Hinsicht rechtswidrig sei, ist somit zurückzuweisen.

3. Angemessene Vergütung für die 2,5 Milliarden DM des WfA-Vermögens, die zur Unterlegung der WestLB-Geschäfte dienen können

347 Die Kläger machen, unterstützt von der Bundesrepublik Deutschland, erstens geltend, diese Vergütung müsse unter Berücksichtigung des spezifischen Risikoprofils des WfA-Vermögens berechnet werden, das mit dem von hybriden Eigenkapitalinstrumenten vergleichbar sei. Zweitens sei es nicht erforderlich gewesen, die Beteiligung des Landes am Stammkapital der WestLB zu erhöhen, damit der streitige Vorgang keine staatliche Beihilfe darstelle. Drittens sei der von der Kommission für diesen Teil des WfA-Vermögens geforderte endgültige Renditesatz von 9,3 % bezüglich bestimmter Aspekte nicht begründet worden und in mehrfacher Hinsicht sachlich unrichtig.

a) Vergleichbarkeit der Übertragung des WfA-Vermögens mit Eigenkapitalinstrumenten

Vorbringen der Beteiligten

348 Nach Ansicht der WestLB ist das Risikoprofil des WfA-Vermögens nicht mit dem von Stammkapital vergleichbar, sondern mit dem hybrider Eigenkapitalinstrumente, wie es stille Beteiligungen, perpetual preferred shares (Vorzugsaktien ohne zeitliche Begrenzung) und Genussscheine seien. Somit müsse die angemessene Vergütung für den streitigen Vorgang nicht anhand eines Vergleichs der WfA-Übertragung mit einer Erhöhung des Stammkapitals ermittelt werden, sondern anhand des Vergleichs mit diesen hybriden Instrumenten und den dafür gezahlten Vergütungen, deren Höhe (zwischen 9,3 % und 10,3 %) sich von dem unter-

scheide, was die Kommission in der angefochtenen Entscheidung als Grundrendite (12 %) fordere. Außerdem seien die Ausführungen der Kommission in der angefochtenen Entscheidung zu diesem Thema in der Sache unbegründet.

- 349 Die Kommission, unterstützt vom BdB, widerspricht dem, da wegen der Besonderheiten des WfA-Vermögens der Vergleich mit hybriden Eigenkapitalinstrumenten keine geeignete Grundlage für die Bestimmung der angemessenen Vergütung für den streitigen Vorgang darstelle. Sie legt dar, inwiefern sich das WfA-Vermögen in zahlreichen Punkten von jedem der von der WestLB genannten Vergleichsinstrumente unterscheide.

Würdigung durch das Gericht

- 350 Die Wahl der Vergleichskriterien, die die Kommission bei der Festsetzung eines angemessenen Vergütungssatzes für den in Rede stehenden Teil des WfA-Vermögens herangezogen hat, ist nicht offensichtlich fehlerhaft. Denn in den Begründungserwägungen 193 bis 201 der angefochtenen Entscheidung erklärt die Kommission, weshalb ihrer Ansicht nach so viele Unterschiede zwischen den hybriden Instrumenten und dem streitigen Vorgang bestehen, dass der Vergleich dieses Vorgangs mit den betreffenden Instrumenten nur eingeschränkt gültig sei. Insbesondere weist sie darauf hin, dass die von den Klägern angeführten hybriden Instrumente im Gegensatz zu den WfA-Mitteln, die fast die Hälfte der Basis-eigenmittel der WestLB stellten, im Allgemeinen nur einen geringen Teil des Eigenkapitals einer Bank ausmachten.
- 351 Da die Vergleichbarkeit des WfA-Vermögens mit diesen hybriden Instrumenten einen wirtschaftlich ziemlich komplexen Bereich betrifft, in dem die Kommission über ein weites Ermessen verfügt, ist daher unter Berücksichtigung der Schranken der gerichtlichen Nachprüfung dieser Handlung festzustellen, dass die Prüfung der angefochtenen Entscheidung insoweit keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler ergeben hat, der die Rechtmäßigkeit der Entscheidung in Frage stellen könnte.

b) Notwendigkeit, die Beteiligung des Landes an der WestLB zu erhöhen

Vorbringen der Beteiligten

- 352 Die WestLB behauptet, da das Land eine angemessene Vergütung für das WfA-Vermögen erhalte, sei es nicht erforderlich gewesen, die Beteiligung des Landes am Stammkapital der WestLB zu erhöhen, damit der streitige Vorgang keine staatliche Beihilfe darstelle.
- 353 Die Kommission stimmt der Kernbehauptung der WestLB zu und führt aus, sie habe in den Begründungserwägungen 182 und 184 der angefochtenen Entscheidung nur festgestellt, dass eine solche Erhöhung der Beteiligung des Landes am Kapital der WestLB ein Mittel zur Gewährleistung einer angemessenen Rendite aus dem hier bereitgestellten Kapital gewesen wäre. Werde dieser Weg nicht gewählt, müsse sich das Land eine angemessene Vergütung auf andere Art und Weise verschaffen.

Würdigung durch das Gericht

- 354 Dieses Vorbringen der Kläger ist gegenstandslos. Sie sind sich nämlich mit der Kommission darin einig, dass es, wenn das Land eine angemessene Vergütung für das WfA-Vermögen erhalten hätte, nicht erforderlich gewesen wäre, die Beteiligung des Landes am Stammkapital der WestLB zu erhöhen, damit der streitige Vorgang keine staatliche Beihilfe darstellt. Somit bleibt zu prüfen, ob der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie die aus dem streitigen Vorgang folgende Vergütung vor dem Hintergrund, dass das Land seine Beteiligung am Stammkapital der WestLB nicht erhöht hat, als nicht angemessen angesehen hat.

c) Zum Endrenditesatz von 9,3 %

355 Die Kläger machen geltend, der von der Kommission als angemessene Vergütung für den streitigen Vorgang geforderte Endrenditesatz von 9,3 % sei bezüglich bestimmter Aspekte nicht begründet worden und in mehrfacher Hinsicht sachlich unrichtig.

356 Erstens sei die Begründung für die Festsetzung des Satzes der Grundrendite auf 12 % nach Steuern zum Zweck der Berechnung der angemessenen Endvergütung (im Folgenden: Grundrenditesatz) unzureichend, und dieser Satz sei falsch. Zweitens liege ein Begründungsmangel hinsichtlich des Risikoaufschlags von 1,5 % vor, den die Kommission bei der Berechnung der angemessenen Endvergütung vorgenommen habe, und der Aufschlag sei nicht gerechtfertigt.

i) Zum Grundrenditesatz von 12 %

Vorbringen der Beteiligten

357 Die Kläger machen geltend, die angefochtene Entscheidung lasse die Kriterien nicht erkennen, anhand deren der Grundrenditesatz auf 12 % nach Steuern festgesetzt worden sei. Die Kommission habe zudem einen Satz in dieser Höhe nicht verlangen dürfen.

358 Erstens sei, was die Art des von der Kommission angewandten Grundrendite-satzes anbelange, aus der angefochtenen Entscheidung nicht klar ersichtlich, ob der genannte Wert sich auf die Eigenkapitalrendite (Return on Equity, im Folgenden: RoE) oder die Investitionsrendite (Return on Investment, im Folgenden: RoI) beziehe, die sich voneinander unterschieden. Die Entscheidung lasse auch nicht erkennen, wieso die Kommission eine Renditeerwartung nach Steuern zugrunde lege. Das Land fügt hinzu, die Kommission habe zwar in der Klagebeantwortung nunmehr deutlich gemacht, dass die Renditeerwartung eines Kapitalgebers nur eine Renditeerwartung „nach Steuern“ des Unternehmens, aber „vor Steuern“ des Kapitalgebers darstellen könne, doch werde dies nicht bereits in der angefochtenen Entscheidung deutlich zum Ausdruck gebracht.

359 Nach Ansicht der Kläger ist die Auslegung, die die Kommission der angefochtenen Entscheidung in der Klagebeantwortung gegeben habe, in diesem Zusammenhang nicht maßgeblich. Die WestLB fügt ferner hinzu, es gehe auch aus einem Entwurf der angefochtenen Entscheidung hervor, dass die Kommission in ihrer Entscheidung tatsächlich von einer Nachsteuerrendite ausgegangen sei, und beantragt beim Gericht, der Kommission aufzugeben, sämtliche Entwurfsfassungen der angefochtenen Entscheidung vorzulegen.

360 Zweitens machen die Kläger, unterstützt von der Bundesrepublik Deutschland, geltend, die Kommission hätte berücksichtigen müssen, dass das in Deutschland zur Zeit des streitigen Vorgangs geltende Körperschaftsteueranrechnungsverfahren eine Steuergutschrift vorgesehen habe. Die Kommission setze fälschlicherweise die Rendite vor Investorensteuern mit der Rendite nach Unternehmenssteuern gleich. Diese Gleichsetzung lasse die Folgen außer Acht, die sich für die Beteiligten aus den für sie geltenden steuerlichen Rahmenbedingungen ergäben, so dass die Ergebnisse des von der Kommission angestellten Renditevergleichs zu Lasten der Kläger verzerrt würden, was die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im vorliegenden Fall beeinträchtige.

- 361 Das Land habe im Gegensatz zu anderen Kapitalgebern bei Zahlung der Steuer auf die Dividenden keinen Anspruch auf eine Steuergutschrift, um von seiner Einkommensteuerschuld den Betrag abzuziehen, der der Körperschaftsteuer entspreche, die das Unternehmen, von dem das Land die Dividenden erhalte, bereits entrichtet habe. Durch dieses Anrechnungsverfahren werde der RoE nach Unternehmenssteuern vom RoI vor Investorensteuern immer um mindestens den Betrag der Körperschaftsteuergutschrift abweichen.
- 362 Um für die Vergleichbarkeit der Erträge zu sorgen, müsse bei Kapitalgebern, die keinen Anspruch auf die genannte Steuergutschrift hätten, von einer fiktiven Gutschrift ausgegangen werden. So hätte die Kommission, als sie einen Grundrenditesatz von 12 % festgesetzt habe, nach Ansicht der WestLB eine fiktive Steuergutschrift von 5,5 % als Ertragskomponente des Landes berücksichtigen müssen. Alternativ dazu hätte sie den RoI vor Steuern von 12 % auf 6,45 % senken können. Nach Auffassung des Landes hätte allenfalls eine auszuschüttende Dividende von 6,48 % von der WestLB gefordert werden können.
- 363 Auf das Vorbringen des BdB und der Kommission, dass das Anrechnungsverfahren auf die für das WfA-Kapital vereinbarte Vergütung keine Anwendung finde, erwidern die Kläger, ihre Ausführungen in diesem Zusammenhang bezweckten, den von der Kommission gewählten Ansatz mit der steuerrechtlichen Situation des von ihr herangezogenen privaten, marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers zu konfrontieren.
- 364 Drittens machen die Kläger geltend, die Kommission habe die Festsetzung der Höhe des von ihr herangezogenen Grundrenditesatzes nicht hinreichend begründet.

- 365 Die in der Begründungserwägung 209 der angefochtenen Entscheidung zugrunde gelegten Kriterien seien insoweit unerheblich, insbesondere könne der bloße Verweis auf die Entscheidung 98/490/EG der Kommission vom 20. Mai 1998 über Beihilfen Frankreichs zugunsten des Crédit Lyonnais (ABl. L 221, S. 28) ohne Erklärung, weshalb die beiden Fälle miteinander vergleichbar seien, keine ausreichende Begründung sein.
- 366 Das Land bringt vor, der Begründungsmangel der angefochtenen Entscheidung sei umso offensichtlicher, als die Kommission darin offenbar erstmals nur auf die künftigen Renditeerwartungen abstelle und deshalb eine Mindestrendite fordere. Sie orientiere sich nicht etwa an den in dem wirtschaftlich vergleichbaren Sektor im betroffenen Mitgliedstaat tatsächlich erzielten Renditen vergleichbarer Unternehmen. Die Prognosen für die Beurteilung von Renditeerwartungen und die dafür wesentlichen Parameter seien aber der Begründung der Entscheidung nicht zu entnehmen. Auf die Erklärungen der Kommission entgegnet das Land außerdem, obwohl in den von der Kommission zitierten Stellen der angefochtenen Entscheidung in der Tat ihre Ansicht zum Ausdruck komme, dass ein Kapitalgeber sich bei seiner Entscheidung primär an Renditeerwartungen orientiere, enthielten die fraglichen Stellen nicht die Prognosen und Parameter, die ein Kapitalgeber dabei berücksichtigen würde.
- 367 Die WestLB fügt hinzu, die Kommission habe sich nicht mit der Frage beschäftigt, welches der relevante Markt bzw. der „betreffende Sektor“ sei, in dem die Durchschnittsrendite zu erwarten sei, die sie ihrer Entscheidung zugrunde gelegt habe; diese Frage sei aber von grundlegender Bedeutung, um in einem Beihilfungsverfahren die Durchschnittsrendite zu ermitteln, die in einem bestimmten Wirtschaftszweig angeboten werden könne.
- 368 Das Land ist ferner der Ansicht, die Kommission habe, indem sie auf einige wesentliche analytische Argumente sowie die Angaben und Auskünfte der Bundesrepublik Deutschland zum Grundrenditesatz nicht eingegangen sei, keinerlei Begründung in dieser Hinsicht gegeben (Urteil des Gerichtshofes vom 28. April 1993 in der Rechtssache C-364/90, Italien/Kommission, Slg. 1993, I-2097, Randnrn. 44 und 45).

- 369 Die Kommission bringt vor, die angefochtene Entscheidung sei hinsichtlich des Grundrenditesatzes von 12 % nach Steuern hinreichend begründet, und dieser Satz sei auch sachlich richtig.
- 370 Sie weist erstens die Behauptung zurück, die angefochtene Entscheidung enthalte keine Begründung, was die Art des herangezogenen Grundrenditesatzes anbelange.
- 371 Zweitens wendet sie sich, unterstützt vom BdB, dagegen, dass die Steuergutschrift aus dem Anrechnungsverfahren als Bestandteil der Vergütung für den Kapitalgeber zu berücksichtigen sei. Diese Steuergutschrift solle nur den wegen der Doppelbesteuerung eintretenden Verlust ausgleichen. Ferner macht die Kommission geltend, die steuerlichen Ausführungen der Kläger in diesem Zusammenhang seien nicht begründet, und legt dar, weshalb die Berechnung der Steuerbelastung insgesamt nicht bei der Ermittlung der Durchschnittsrendite für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber berücksichtigt werden könne.
- 372 Nach Ansicht des BdB und der Kommission findet zudem das Körperschaftsteueranrechnungsverfahren auf die für das WfA-Kapital vereinbarte Vergütung überhaupt keine Anwendung, da sie eine Festvergütung sei und das Anrechnungsverfahren in Deutschland nur eingreife, wenn der Kapitalgeber eine gewinnanteilige Vergütung vom Unternehmen erhalte.
- 373 Drittens weist die Kommission zum Vorwurf der unzureichenden Begründung der Höhe des von ihr herangezogenen Grundrenditesatzes darauf hin, dass sie in der

Begründungserwägung 209 der angefochtenen Entscheidung die Berechnungsgrundlagen für den streitigen Satz ausdrücklich erwähnt habe, nämlich ihre eigene Erfahrung, mehrere Aussagen und Studien von Investmentbanken und Beratungsfirmen über tatsächliche und erwartete Renditen für Eigenkapital und Investitionen, die Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten sowie eine frühere Entscheidung von ihr über Kapital, das einer öffentlichen Bank von einem Staat zur Verfügung gestellt worden sei.

- 374 Unterstützt vom BdB macht die Kommission geltend, die in den Begründungserwägungen 206 bis 209 der angefochtenen Entscheidung enthaltenen Erklärungen dazu seien in ihrem systematischen Zusammenhang und vor allem vor dem Hintergrund der vielfältigen Diskussionen zu dieser Frage zwischen ihr und den am Verwaltungsverfahren Beteiligten sowie unter Berücksichtigung dessen zu lesen, dass sie sich auf Kriterien berufen habe, die der WestLB als Wirtschaftsbeteiligten des Sektors bekannt gewesen seien.
- 375 Die Kommission ist der Ansicht, sie sei nach der Rechtsprechung nicht verpflichtet, den Klägern eine detaillierte Auflistung der Methode und der Erkenntnisquellen oder eine Darstellung der konkreten Berechnung selbst unter Angabe sämtlicher Berechnungselemente vorzulegen (Urteile des Gerichtshofes vom 9. November 1995 in der Rechtssache C-466/93, Atlanta Fruchthandels-gesellschaft u. a., Slg. 1995, I-3799, Randnr. 16, vom 29. Februar 1996 in der Rechtssache C-122/94, Kommission/Rat, Slg. 1996, I-881, Randnr. 29, und vom 12. November 1998 in der Rechtssache C-352/96, Italien/Rat, Slg. 1998, I-6937, Randnr. 41).
- 376 Im Zusammenhang mit der Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers habe sie eine weitreichende Erfahrung in Fragen betreffend Kapitalzuführungen durch die öffentliche Hand, Renditeerwartungen von Kapitalgebern und Kapitaltransaktionen im Bereich der Finanzdienstleistungen erworben. Sie habe sich in der angefochtenen Entscheidung einerseits die Ausführungen in der Studie von First Consulting zu Eigen gemacht, die somit zur Begründung der Entscheidung dienten, und andererseits die von der Bundesrepublik Deutschland eingereichten Unterlagen berücksichtigt, was durch das detaillierte Eingehen auf das Gutachten von Lehman Brothers belegt werde.

- 377 Die angefochtene Entscheidung beziehe sich nur insoweit auf die den Crédit Lyonnais betreffende Entscheidung 98/490, als diese ein Beispiel dafür liefere, dass auch aufgrund eingehender Analysen des europäischen Bankensektors und unter Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers festgestellt worden sei, dass für eine Kapitalanlage in eine Bank eine Renditeerwartung von 12 % anzusetzen sei. Die Kommission erklärt, sie habe den in der Entscheidung 98/490 genannten Prozentsatz nicht einfach übertragen, sondern nur herangezogen, um die Angemessenheit des in der angefochtenen Entscheidung zugrunde gelegten Vergütungssatzes zu unterstreichen. Außerdem gehe der Hinweis der Bundesrepublik Deutschland auf das Urteil Alitalia/Kommission fehl, da der in der Entscheidung 98/490 angewandte Renditesatz im vorliegenden Fall nur eine der Erkenntnisquellen gewesen sei, auf die sie zurückgegriffen habe. Dieser Satz habe zudem nicht wie bei der Entscheidung, die Gegenstand des Urteils Alitalia/Kommission gewesen sei, der Prüfung gedient, ob die Investition eine Beihilfe darstelle, sondern allein der Feststellung, ob der Crédit Lyonnais nach der Sanierung lebensfähig sei.
- 378 Hinsichtlich der Berechnung der Mindestrenditeerwartung auf den Basissatz von 12 % nach Unternehmenssteuern, die ein Kapitalgeber 1991 für sein Kapital erwartet hätte, gehe aus der Begründungserwägung 209 der angefochtenen Entscheidung hervor, dass die Kommission von der im Bankensektor erzielten Durchschnittsrendite ausgegangen sei, da „Unternehmen in der Praxis Kapitalgeber davon überzeugen [müssen], dass sie in der Lage sein werden, zumindest Durchschnittsrenditen auf das zugeführte Kapital zu erwirtschaften“. Falls in diesem Rahmen „ein Unternehmen nicht diesen Erwartungen nach einer zumindest durchschnittlichen Rendite entsprechen kann, wird der Kapitalgeber erwägen, in ein anderes Unternehmen zu investieren, das bessere Aussichten aufweist“.
- 379 Die Kläger hätten anhand der Unterlagen, auf deren Inhalt in der angefochtenen Entscheidung eingegangen werde, den Grund für die Festsetzung der Mindestrenditeerwartung auf 12 % nach Unternehmenssteuern nachvollziehen können. Dieser Wert komme den Zahlen sehr nahe, die in dem von der WestLB in Auftrag gegebenen Gutachten von Lehman Brothers vorgeschlagen würden.

- 380 Die Kommission weist auch die Rüge des Landes zurück, sie habe nicht auf die tatsächlichen Renditen vergleichbarer Unternehmen abgestellt, sondern erstmals in ihrer Praxis auf die künftigen Renditeerwartungen Bezug genommen, aus denen eine Mindestrendite abgeleitet worden sei, ohne die dabei anzustellenden Prognosen und die dafür wesentlichen Parameter zu nennen. Sie räumt ein, primär auf die Renditeerwartungen abgestellt zu haben, da es diese seien, an denen ein Kapitalgeber seine Entscheidung ausrichte. Dies habe sie aber ausführlich dargelegt (siehe z. B. die Begründungserwägungen 162, 167, 171, 208 und 209 der angefochtenen Entscheidung).
- 381 Schließlich wendet sich die Kommission gegen den Vorwurf, sie habe wesentliche Argumente der Bundesrepublik Deutschland nicht berücksichtigt. Aus der angefochtenen Entscheidung sei ersichtlich, dass sie sich sehr eingehend und umfassend mit allen wesentlichen Behauptungen und Argumenten der Beteiligten auseinander gesetzt habe (siehe u. a. Begründungserwägungen 121 bis 138 der Entscheidung).

Würdigung durch das Gericht

- 382 Was erstens die Begründung dafür betrifft, dass die Kommission einen Grundrenditesatz nach Steuern gewählt hat, ist darauf hinzuweisen, dass die dem Land von der WestLB tatsächlich gezahlte Vergütung einer Rendite nach Unternehmenssteuern, aber vor Investorensteuern entspricht. Die von der WestLB jährlich gezahlte effektive Vergütung belief sich auf 0,6 % nach Unternehmenssteuern oder auf 1,1 % vor Unternehmenssteuern.
- 383 Im vorliegenden Fall hat die Kommission das Beihilfeelement anhand der Vergütung nach Unternehmenssteuern bestimmt, die nach dem streitigen Vorgang für

das Land vorgesehen war und die sie mit der Vergütung verglichen hat, die sie als für diesen Vorgang angemessen erachtet hat. Dies ergibt sich zunächst aus Tabelle 7 der angefochtenen Entscheidung (Begründungserwägung 232), in der das „[t]atsächliche Entgelt (nach Steuern)“ vom „[m]arktkonforme[n] Entgelt“ abgezogen wird, und aus dem Hinweis, dass der betreffende Satz der „zu erwartenden Mindestvergütung ... von 12 % nach Steuern“ entspricht, auf die in der Begründungserwägung 209 der angefochtenen Entscheidung abgestellt wird. Ferner folgt dies aus der Begründungserwägung 69 und aus dem letzten Satz der Begründungserwägung 121 der angefochtenen Entscheidung.

384 Wenn also die von den Parteien des streitigen Vorgangs festgesetzte tatsächliche Vergütung, auf der der von der Kommission vorgenommene Vergleich aufbaut, einer Rendite nach Unternehmenssteuern und vor Investorensteuern entspricht, so konnte die von der Kommission ermittelte angemessene Vergütung auch nur derselben Renditeart entsprechen, um als Grundlage für die Berechnung des Beihilfeelements zu dienen. Dies konnte den Klägern und der Bundesrepublik Deutschland nicht verborgen bleiben, da die Kommission nicht nur ihren Standpunkt in theoretischen Ausführungen dargelegt, sondern folgerichtig auch den konkreten, von der WestLB zurückzuzahlenden Beihilfebetrag entsprechend berechnet hat.

385 Außerdem ist im Kontext der Entscheidung auch die in ihrer Fußnote 45 enthaltene Bezugnahme auf die „Nettorenditen“ von Bedeutung. Dass der Begriff der „Nettorendite“ als Rendite nach Unternehmenssteuern, aber vor Investorensteuern verstanden werden muss, ist eine logische Folge der Verwendung dieses Begriffes im Rahmen der in der angefochtenen Entscheidung vorgenommenen Analyse. In dieser Entscheidung wird nämlich der streitige Vorgang aus der Sicht eines privaten Kapitalgebers untersucht, für dessen Anlageentscheidung die Rendite nach Unternehmenssteuern ausschlaggebend ist.

386 Somit ist für die Kläger und die Bundesrepublik Deutschland schon aus dem Wortlaut der angefochtenen Entscheidung nachvollziehbar, dass sich der von der Kommission herangezogene Grundrenditesatz auf eine Rendite nach Unter-

nehmenssteuern, aber vor Investorensteuern bezieht. Das Vorbringen der Kläger, es sei nicht hinreichend begründet worden, dass es sich dabei um einen Nachsteuersatz handele, ist daher zurückzuweisen.

387 In diesem Zusammenhang ist ferner der Antrag der WestLB zurückzuweisen, die Vorlage sämtlicher Entwurfsfassungen der angefochtenen Entscheidung durch die Kommission anzuordnen, um festzustellen, welche Art von Grundrenditesatz die Kommission herangezogen hat. Die Entwurfsfassungen enthalten nichts, was für die vom Gemeinschaftsrichter vorzunehmende Rechtmäßigkeitskontrolle ausschlaggebend wäre, wenn schon die Untersuchung des Wortlauts der angefochtenen Entscheidung ausreicht, um nachzuprüfen, ob die Kommission der Begründungspflicht insoweit nachgekommen ist (siehe die oben in Randnr. 92 zitierte Rechtsprechung).

388 Zweitens ist, was das materielle Vorbringen zu dem zur Zeit des streitigen Vorgangs in Deutschland geltenden Körperschaftsteueranrechnungsverfahren (im Folgenden: Anrechnungsverfahren) anbelangt, zu prüfen, ob die aus diesem Verfahren folgende Steuergutschrift bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung für den streitigen Vorgang als Bestandteil der Vergütung für den Kapitalgeber zu berücksichtigen ist.

389 Dieses Verfahren ist im Wesentlichen dadurch gekennzeichnet, dass zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung der Gewinne von Gesellschaften zunächst zur Ermittlung des steuerpflichtigen Einkommens jedes Kapitalgebers der vom Unternehmen als Körperschaftsteuer entrichtete Betrag dem Anteilseigner im Verhältnis seiner Beteiligung am Gesellschaftskapital als Einkommen zugerechnet wird und damit zum Betrag der von ihm tatsächlich erhaltenen Dividenden hinzukommt. Die vom Kapitalgeber zu entrichtende Einkommensteuer wird nun anhand dieser Summe berechnet, er erhält jedoch bei der Begleichung der Steuerschuld eine Steuergutschrift, die dem Betrag, den das Unternehmen als Körperschaftsteuer entrichtet hat, im Verhältnis seiner Beteiligung am Gesellschaftskapital entspricht und von seiner Steuerschuld abgezogen wird.

- 390 Die Kläger machen geltend, die Ergebnisse des von der Kommission vorgenommenen Renditevergleichs würden zu ihren Lasten und im Widerspruch zum Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers verzerrt, weil die Steuergutschrift nicht als Teil der Rendite für den Kapitalgeber berücksichtigt worden sei.
- 391 Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass, wie gerade dargelegt (siehe oben Randnr. 386), bereits aus dem Wortlaut der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, dass der von der Kommission herangezogene Renditesatz der Art nach einer Rendite nach Unternehmenssteuern, aber vor Investorensteuern entspricht und somit nur die dem Kapitalgeber tatsächlich gezahlten Dividenden betrifft. Die von der Kommission als Ausgangspunkt für ihre Berechnung herangezogene Rendite umfasst daher nicht die Steuergutschrift, in deren Genuss ein privater Kapitalgeber zur Zeit des streitigen Vorgangs hätte kommen können.
- 392 Diese Wahl der Kommission kann nicht als offensichtlich falsch angesehen werden. Anders als für private Kapitalgeber gilt für das Land das Anrechnungsverfahren nicht. Denn es soll nur eine etwaige Doppelbesteuerung der Gewinne von Gesellschaften ausgleichen. Da das Land aber für die Dividenden, die es von der WestLB erhält, nicht steuerpflichtig ist, werden diese Dividenden mithin nicht doppelt besteuert.
- 393 Deshalb kann der Umstand, dass die Steuergutschrift bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung für die Anlage des Landes nicht berücksichtigt worden ist, den von der Kommission angestellten Vergleich nicht verzerren. Das Vorbringen der Kläger in diesem Zusammenhang ist folglich zurückzuweisen.

- 394 Drittens ist, was die Begründung der Höhe des von der Kommission herangezogenen Grundrenditesatzes angeht, darauf hinzuweisen, dass sich der einzige Hinweis, den die angefochtene Entscheidung hierzu enthält, in der Begründungserwägung 209 findet, in der es heißt:

„Die Kommission hat bei ihrer Prüfung neben ihrer eigenen Erfahrung mehrere Aussagen und Studien von Investmentbanken und Beratungsfirmen über tatsächliche und erwartete Renditen für Eigenkapital und Investitionen berücksichtigt, auch die Stellungnahmen, die von den verschiedenen Beteiligten übermittelt wurden. Auf der Grundlage dieser Informationen, ihrer einschlägigen Erfahrung, von Marktstatistiken sowie Entscheidungen, die sie bereits über vom Staat zur Verfügung gestelltes Kapital getroffen hat, geht die Kommission bei ihren Überlegungen von einer zu erwartenden Mindestvergütung für diese Investition mit Eigenkapitalcharakter zum Zeitpunkt der Übertragung von 12 % nach Steuern aus. ...“

- 395 Erstens ist festzustellen, dass der Wortlaut der angefochtenen Entscheidung selbst nicht erkennen lässt, welche Umstände und Überlegungen für die Wahl, die die Kommission in dieser Entscheidung hinsichtlich der Höhe des Grundrenditesatzes zur Ermittlung der angemessenen Vergütung getroffen hat, von wesentlicher Bedeutung waren. Denn die Kommission zählt in der angefochtenen Entscheidung nur die ihrer Wahl zugrunde liegenden Informationsquellen auf, gibt sie jedoch inhaltlich nicht wieder, so dass nicht erklärt wird, inwieweit und hinsichtlich welcher Erwägungen sie sie beim Erlass ihrer Entscheidung berücksichtigt hat.

- 396 Zweitens lässt sich die von der Kommission insoweit getroffene Wahl auch nicht anhand der von ihr vorgenommenen Verweise nachvollziehen. Denn was die „Aussagen und Studien von Investmentbanken und Beratungsfirmen“ und die „Stellungnahmen, die von den verschiedenen Beteiligten übermittelt wurden“, betrifft, so ist eine solch allgemeine Bezugnahme auf Dokumente und Stellungnahmen, mit denen gegensätzliche Analysen mit unterschiedlichen Ergebnissen vorgelegt wurden, nicht geeignet, die Gründe für die Wahl der Kommission zu

erklären. Außerdem ist das Gutachten von First Consulting, das dem von der Kommission herangezogenen Grundrenditesatz am nächsten kommt, den Klägern und der Bundesrepublik Deutschland erst unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung in den vorliegenden Rechtssachen übermittelt worden.

- 397 Die Bezugnahme der Kommission auf ihre „einschlägige Erfahrung“ liefert keine Begründung für die getroffene Maßnahme, die dem Richter die ihm obliegende Rechtmäßigkeitskontrolle und den Beteiligten die Wahrnehmung ihrer Rechte ermöglicht.
- 398 Zu den „Entscheidungen, die [die Kommission] bereits über vom Staat zur Verfügung gestelltes Kapital getroffen hat,“ ist festzustellen, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung konkret nur auf die den Crédit Lyonnais betreffende Entscheidung 98/490 Bezug nimmt. Jene Sache war aber, wie die Kommission bestätigt, nur ein Beispiel zur Untermauerung ihres Standpunkts hinsichtlich der Festsetzung des Grundrenditesatzes im vorliegenden Fall. Jedenfalls legt die Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht dar, inwieweit die in einem anderen Zusammenhang geforderte Rendite für den vorliegenden Fall von Bedeutung sein soll.
- 399 Drittens ist das Vorbringen der Kommission zu prüfen, ihre Entscheidung sei für die Kläger und die Bundesrepublik Deutschland aufgrund ihrer Beteiligung am Verwaltungsverfahren und aufgrund der Kenntnisse der WestLB als Wirtschaftsbeteiligtem des Sektors nachvollziehbar gewesen. Die Kommission betont insoweit, dass die Festsetzung der Höhe des von ihr herangezogenen Grundrenditesatzes vor dem Hintergrund mehrerer im Verwaltungsverfahren ausgetauschter Sachverständigengutachten verständlich gewesen sei und dass dieser Satz den Zahlen sehr nahe komme, die in dem von der WestLB vorgelegten Gutachten von Lehman Brothers genannt würden.
- 400 Dass die Kläger am Verfahren beteiligt waren oder dass die WestLB ein Wirtschaftsbeteiligter des betroffenen Sektors ist, bedeutet jedoch hier nicht, dass sie

wissen können, weshalb die Kommission den angewandten Grundrenditesatz in der betreffenden Höhe festgesetzt hat. Auch der Umstand, dass die WestLB ein Gutachten vorgelegt hat, das von einem ähnlichen Renditesatz wie dem der Kommission ausging, genügt als solcher nicht, um die angefochtene Entscheidung insoweit als mit einer Begründung versehen zu betrachten. Die bloße Existenz dieses Gutachtens, das sich in seinem analytischen Ansatz und der vorgeschlagenen Endvergütung von der angefochtenen Entscheidung unterscheidet und dessen Inhalt in der Entscheidung an keiner Stelle wiedergegeben wird, kann nämlich die Kommission nicht von der Pflicht entbinden, die Höhe des von ihr herangezogenen Satzes zu begründen.

- 401 Viertens trifft zwar das Vorbringen der Kommission zu, sie sei nach der Rechtsprechung nicht verpflichtet, den Klägern eine detaillierte Auflistung der Methode und der Erkenntnisquellen sowie eine Darstellung der konkreten Berechnung vorzulegen, doch ergibt sich, da es hier nicht um eine solche Forderung geht, aus der angeführten Rechtsprechung nicht, dass die angefochtene Entscheidung hinsichtlich der hier in Rede stehenden Höhe des Renditesatzes eine hinreichende Begründung enthält.
- 402 Nicht das Fehlen einer erschöpfenden Beschreibung der angestellten Berechnung in der angefochtenen Entscheidung ist nämlich der Kommission vorzuwerfen, sondern schlicht die Tatsache, dass sie nicht die wesentlichen Überlegungen dargelegt hat, die sie dazu veranlasst haben, den Renditesatz in der betreffenden Höhe festzusetzen.
- 403 Schließlich ist hervorzuheben, dass der Begründungspflicht im vorliegenden Fall eine umso grundlegendere Bedeutung zukommt, als die Höhe des von der Kommission geforderten Grundrenditesatzes zentraler Bestandteil der Berechnung der angemessenen Vergütung für den streitigen Vorgang im Rahmen der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers ist.

404 Nach alledem genügt die Begründung der angefochtenen Entscheidung in Bezug auf die Festsetzung des bei der Berechnung der angemessenen Vergütung angewandten Grundrenditesatzes auf 12 % nicht den Anforderungen des Artikels 253 EG. Der Rüge der Kläger, dass insoweit eine unzureichende Begründung vorliege, ist daher stattzugeben.

405 Folglich ist das Gericht nicht in der Lage, sich zu den verschiedenen Argumenten zu äußern, mit denen die Begründetheit der angefochtenen Entscheidung hinsichtlich der Höhe dieses Satzes bestritten wird.

ii) Zum Risikoaufschlag von 1,5 %

Vorbringen der Beteiligten

406 Die Kläger sind der Auffassung, die Begründung für die Festsetzung des Risikoaufschlags auf den Satz von 1,5 % sei unzureichend. In der Entscheidung werde nur auf das Gutachten von First Consulting verwiesen und nicht dargelegt, wie die Kommission dieses Gutachten gedeutet habe. Die Entscheidung erkläre auch nicht, warum innerhalb der Bandbreite der Prozentsätze, die die Kommission in Fußnote 49 der Entscheidung als gerechtfertigt angegeben habe, der Mittelwert als Mindestwert angesehen werden solle. Ferner sei das in Fußnote 48 der angefochtenen Entscheidung erwähnte Schreiben der Kommission in Bezug auf das Unternehmen Sidmar für die Festsetzung des Aufschlags unerheblich. Die Kläger machen hierzu geltend, sie hätten von diesem Schreiben vor diesem gerichtlichen Verfahren keine Kenntnis gehabt und sein Inhalt sei für den vorliegenden Fall unmaßgeblich.

- 407 Nach Ansicht der Kläger gehen außerdem die Gründe fehl, die die Kommission für eine Erhöhung des Basissatzes der angemessenen Vergütung anführt. Die WestLB beantragt in diesem Zusammenhang beim Gericht, der Kommission aufzugeben, den Namen der amerikanischen Bank und die konkreten Umstände der Kapitalzuführung offenzulegen, auf die sie sich in Fußnote 47 der angefochtenen Entscheidung beziehe.
- 408 Die Kommission macht, unterstützt vom BdB, geltend, es liege kein Begründungsmangel vor und ihre Entscheidung sei insoweit sachlich richtig.
- 409 Sie habe die bei der Bestimmung des Risikoaufschlags von 1,5 % zu berücksichtigenden Faktoren sowie deren Bedeutung und Einfluss auf die Vergütung, die ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber für seine Kapitalzuführung verlangen würde, in den Begründungserwägungen 210 bis 215 der angefochtenen Entscheidung ausführlich dargelegt. Dass sie sich für den Mittelwert aus den beiden von ihrem Sachverständigen genannten Extremwerten entschieden habe, sei aufgrund der in der angefochtenen Entscheidung getroffenen Feststellungen ohne weiteres nachvollziehbar. Ferner stellten die Faktoren, aufgrund deren ein Aufschlag vorgenommen werden müsse, zugleich auch die Parameter zur Bestimmung der Höhe dieses Aufschlags dar; da es keine mathematische Berechnungsmethode für die konkrete Höhe des Aufschlags gebe, müsse sie auf ihr Ermessen zurückgreifen.
- 410 Da sie außerdem die gesamte Berechnung der angemessenen Vergütung auf der Grundlage von Nachsteuerwerten vorgenommen habe, handele es sich folgerichtig auch bei dem Risikoaufschlag von 1,5 % zwingend um einen Wert nach Unternehmenssteuern.
- 411 In Fußnote 48 der angefochtenen Entscheidung habe sie zudem auf das Schreiben verwiesen, das sie am 25. Juli 1984 in Bezug auf das Unternehmen Sidmar an den belgischen Staat gerichtet habe. In diesem Schreiben werde ausgeführt, dass jede stimmrechtslose Kapitalzuführung einen Zuschlag von 2 % rechtfertige, da

stimmrechtslose Aktien eine über dem normalen Niveau liegende Vorzugsdividende erbringen müssten. Außerdem habe sie die Kläger im Verwaltungsverfahren von ihrer Entscheidungspraxis unterrichtet, die in der angefochtenen Entscheidung fortgesetzt worden sei. Folglich sei ihre Entscheidung, selbst wenn sie den von ihr verfolgten Weg nicht näher dargelegt habe, angesichts des angewandten niedrigen Prozentsatzes, des Hinweises auf das oben genannte Schreiben und der ausführlichen Erörterung der zu berücksichtigenden Umstände für erfahrene Investoren wie die WestLB und das Land ohne weiteres verständlich gewesen.

- 412 Schließlich führt die Kommission für ihre Auffassung in der Frage der Begründung der angefochtenen Entscheidung hinsichtlich des fraglichen Aufschlags die oben in Randnummer 375 genannte Rechtsprechung an.

Würdigung durch das Gericht

- 413 Was die Begründung des Aufschlags von 1,5 % auf die Grundrendite anbelangt, ist festzustellen, dass in den Begründungserwägungen 210 und 215 der angefochtenen Entscheidung dargelegt wird, weshalb die Kommission der Ansicht war, dass ein Aufschlag auf den Grundrenditesatz vorzunehmen sei. Ferner folgt die Begründung dafür, dass der Aufschlag ein Nachsteuersatz war, denknotwendig daraus, dass die Kommission den Grundrenditesatz ebenfalls nach Steuern errechnet hatte.

4

- 414 Hinsichtlich der Begründung der Aufschlagshöhe selbst ist jedoch darauf hinzuweisen, dass Fußnote 49 der angefochtenen Entscheidung auf das Gutachten von First Consulting Bezug nimmt. In dieser Fußnote wird nur ausgeführt, dass in diesem Gutachten, das als „Gutachten der von der Kommission bestellten Sachverständigen“ bezeichnet wird, „hervorgehoben [wird], dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber für jeden dieser [in der Entscheidung erwähnten] besonderen Umstände einen Aufschlag erwarten würde, und nahe gelegt [wird], für alle drei Aspekte zusammengekommen einen Aufschlag von 1 bis 2 Prozentpunkten anzusetzen“.

415 Fußnote 48 der angefochtenen Entscheidung lautet:

„Die Tatsache, dass stimmrechtslose Aktien eine über dem normalen Niveau liegende Vorzugsdividende erbringen müssten, wurde von der Kommission bereits in einigen Entscheidungen festgestellt (siehe z. B. Schreiben der Kommission an den belgischen Staat vom 25. Juli 1984 in Bezug auf das Unternehmen Sidmar).“

416 Es ist offensichtlich, dass der Wortlaut der angefochtenen Entscheidung es nicht erlaubt, die Überlegungen der Kommission bezüglich ihrer Entscheidung über die Höhe des hier vorgenommenen Aufschlags klar zu erkennen. Die Kläger hatten außerdem vor dem gerichtlichen Verfahren weder Zugang zum Gutachten von First Consulting noch zum Schreiben in Bezug auf das Unternehmen Sidmar, die sie erst unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung in den vorliegenden Rechtssachen einsehen konnten. Im Übrigen betrifft dieses Schreiben, das von Juli 1984 datiert, ein belgisches Stahlunternehmen, und es ist nicht ersichtlich, warum eine damals im Hinblick auf dieses Unternehmen gegebene Begründung für den streitigen Vorgang gelten könnte.

417 Die Argumentation der Kommission mit der oben in Randnummer 375 genannten Rechtsprechung ist aus denselben Gründen zurückzuweisen, die oben in den Randnummern 401 und 402 dargelegt worden sind. Hinzu kommt, dass hier die Begründung der Festsetzung des Aufschlagssatzes hinter den Anforderungen der angeführten Rechtsprechung zurückbleibt.

418 Nach alledem genügt die Begründung der angefochtenen Entscheidung in Bezug auf den Aufschlag von 1,5 %, um den der zur Berechnung der angemessenen Vergütung herangezogene Grundrenditesatz erhöht worden ist, nicht den Anforderungen des Artikels 253 EG. Der Rüge der Kläger, dass insoweit eine unzureichende Begründung vorliege, ist daher stattzugeben.

- 419 Folglich ist das Gericht nicht in der Lage, sich zum Vorbringen zur Begründetheit der angefochtenen Entscheidung in diesem Punkt zu äußern. Über den Antrag der Klägerin in der Rechtssache T-228/99, der Kommission aufzugeben, den Namen der amerikanischen Bank und die konkreten Umstände der Kapitalzuführung offen zu legen, auf die sie sich in Fußnote 47 der angefochtenen Entscheidung beziehe, ist vor diesem Hintergrund nicht zu entscheiden.

VI — *Ergebnis*

- 420 Die Prüfung aller in den vorliegenden Rechtssachen geltend gemachten Klagegründe hat ergeben, dass die angefochtene Entscheidung hinsichtlich zweier Faktoren, die in die Berechnung der angemessenen Vergütung für den streitigen Vorgang eingeflossen sind, an einem Begründungsmangel leidet, und zwar hinsichtlich der Höhe des Grundrenditesatzes von 12 % und der Höhe des Aufschlags von 1,5 % auf diesen Grundrenditesatz (siehe oben, Randnrn. 394 bis 404 und 414 bis 418). Diese beiden Faktoren sind in der allgemeinen Systematik der angefochtenen Entscheidung von wesentlicher Bedeutung. Die angefochtene Entscheidung ist daher für nichtig zu erklären.

Kosten

- 421 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr entsprechend dem Antrag der Kläger ihre eigenen Kosten und die Kosten der Kläger aufzuerlegen.
- 422 Nach Artikel 87 § 4 der Verfahrensordnung trägt die Bundesrepublik Deutschland ihre eigenen Kosten. Da der BdB als Streithelfer mit seinem Vorbringen unterlegen ist, trägt er seine eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Zweite erweiterte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Entscheidung 2000/392/EG der Kommission vom 8. Juli 1999 über eine von der Bundesrepublik Deutschland zugunsten der Westdeutschen Landesbank Girozentrale durchgeführte Maßnahme wird für nichtig erklärt.
2. Die Kommission trägt die Kosten der Kläger und ihre eigenen Kosten.
3. Die Bundesrepublik Deutschland und der Bundesverband deutscher Banken e. V. tragen ihre eigenen Kosten.

Moura Ramos

Tiili

Pirrung

Mengozzi

Meij

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 6. März 2003.

Der Kanzler

Der Präsident

H. Jung

R. M. Moura Ramos

Inhaltsverzeichnis

Vorgeschichte des Rechtsstreits	II- 447
I — Kontext des Rechtsstreits	II- 447
A — Eigenkapitalanforderungen aufgrund der Eigenmittelrichtlinie und der Solvabilitätsrichtlinie	II- 448
B — Die WestLB	II- 449
C — Die WfA	II- 450
D — Eingliederung der WfA in die WestLB	II- 451
II — Verwaltungsverfahren	II- 454
III — Angefochtene Entscheidung	II- 456
A — Allgemeine Analyse	II- 458
B — Analyse der angemessenen Vergütung für das Kapital	II- 461
Verfahren und Anträge der Beteiligten	II- 466
Zur Begründetheit	II- 469
I — Zum ersten Klagegrund: Unzuständigkeit der Kommission für den Erlass der angefochtenen Entscheidung	II- 471
A — Vorbringen der Beteiligten	II- 471
B — Würdigung durch das Gericht	II- 474
II — Zum zweiten Klagegrund: Verletzung der Verteidigungsrechte	II- 478
A — Vorbringen der Beteiligten	II- 478
B — Würdigung durch das Gericht	II- 481
III — Zum dritten Klagegrund: Verletzung wesentlicher Formvorschriften	II- 485
A — Erster Teil: Anspruch der Bundesrepublik Deutschland auf rechtliches Gehör	II- 485
1. Vorbringen der Beteiligten	II- 485
2. Würdigung durch das Gericht	II- 487
B — Zweiter Teil: Fehlerhafte Sachverhaltsfeststellungen	II- 493
1. Vorbringen der Beteiligten	II- 493
2. Würdigung durch das Gericht	II- 494

C — Dritter Teil: Verstoß gegen den Grundsatz der Unparteilichkeit	II- 495
1. Vorbringen der Beteiligten	II- 495
2. Würdigung durch das Gericht	II- 495
IV— Zum vierten Klagegrund: Verstoß gegen die Artikel 87 Absatz 1 EG und 295 EG im Hinblick auf die Auslegung des Beihilfegriffs	II- 496
A — Erster Teil: Vorliegen staatlicher Mittel	II- 497
1. Vorbringen der Beteiligten	II- 497
2. Würdigung durch das Gericht	II- 499
B — Zweiter Teil: Unzulässige Erweiterung des Begriffes der staatlichen Beihilfe	II- 500
1. Verstoß gegen Artikel 295 EG	II- 501
a) Vorbringen der Beteiligten	II- 501
b) Würdigung durch das Gericht	II- 502
2. Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Ka- pitalgebers auf ein rentables Unternehmen	II- 505
a) Vorbringen der Beteiligten	II- 505
b) Würdigung durch das Gericht	II- 507
3. Forderung einer Durchschnittsrendite für von einem öffentlichen Ka- pitalgeber eingebrachtes Kapital in dem betreffenden Sektor	II- 509
a) Vorbringen der Beteiligten	II- 509
i) Zur Unvereinbarkeit der Forderung einer Durchschnittsrendite mit Artikel 87 Absatz 1 EG	II- 510
ii) Zum Widerspruch zwischen der angefochtenen Entscheidung und der Mitteilung der Kommission von 1993, der bisherigen Praxis der Kommission und der Rechtsprechung	II- 514
iii) Zum Verstoß gegen Artikel 295 EG durch die Forderung nach einer Durchschnittsrendite	II- 515
b) Würdigung durch das Gericht	II- 518
	II - 573

V — Zum fünften und zum sechsten Klagegrund: Verstoß gegen die Begründungspflicht und gegen die Artikel 87 Absatz 1 EG und 295 EG im Hinblick auf erstens das Vorliegen staatlicher Mittel, zweitens den Umstand, dass der streitige Vorgang nach Ansicht der Kommission den Wettbewerb verfälscht und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt, und drittens die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers durch die Kommission	II - 527
A — Erster Teil: Verstoß gegen die Begründungspflicht im Hinblick auf das Vorliegen staatlicher Mittel	II - 529
1. Vorbringen der Beteiligten	II - 529
2. Würdigung durch das Gericht	II - 529
B — Zweiter Teil: Verstoß gegen die Begründungspflicht und gegen Artikel 87 Absatz 1 EG im Hinblick darauf, dass der streitige Vorgang den Wettbewerb verfälsche und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtige	II - 530
1. Vorbringen der Beteiligten	II - 530
2. Würdigung durch das Gericht	II - 532
C — Dritter Teil: Verstoß gegen die Artikel 87 Absatz 1 EG und 295 EG im Hinblick auf die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers durch die Kommission und Verstoß gegen die Begründungspflicht im Hinblick auf bestimmte Berechnungskriterien für die angemessene Vergütung	II - 535
1. Keine Berücksichtigung der Besonderheiten des streitigen Vorgangs ...	II - 536
a) Vorbringen der Beteiligten	II - 536
b) Würdigung durch das Gericht	II - 538
2. Angemessene Vergütung für die 3,4 Milliarden DM des WfA-Vermögens, die nicht zur Unterlegung der WestLB-Geschäfte dienen können	II - 546
a) Vorbringen der Beteiligten	II - 546
b) Würdigung durch das Gericht	II - 547

3. Angemessene Vergütung für die 2,5 Milliarden DM des WfA-Vermögens, die zur Unterlegung der WestLB-Geschäfte dienen können	II - 549
a) Vergleichbarkeit der Übertragung des WfA-Vermögens mit Eigenkapitalinstrumenten	II - 549
Vorbringen der Beteiligten	II - 549
Würdigung durch das Gericht	II - 550
b) Notwendigkeit, die Beteiligung des Landes an der WestLB zu erhöhen	II - 551
Vorbringen der Beteiligten	II - 551
Würdigung durch das Gericht	II - 551
c) Zum Endrenditesatz von 9,3 %	II - 552
i) Zum Grundrenditesatz von 12 %	II - 552
Vorbringen der Beteiligten	II - 552
Würdigung durch das Gericht	II - 559
ii) Zum Risikoaufschlag von 1,5 %	II - 566
Vorbringen der Beteiligten	II - 566
Würdigung durch das Gericht	II - 568
VI — Ergebnis	II - 570
Kosten	II - 570