Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Sechste Kammer)

28. Februar 2012*

„Staatliche Beihilfen — Beihilfe, die der Versicherungsgruppe Grazer Wechselseitige (GRAWE) von den österreichischen Behörden im Rahmen der Privatisierung der Bank Burgenland gewährt wurde — Entscheidung, mit der die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt und ihre Rückforderung angeordnet wird — Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers — Geltung bei Auftreten des Staates als Verkäufer — Ermittlung des Marktpreises“

In den verbundenen Rechtssachen T-268/08 und T-281/08

Land Burgenland (Österreich), vertreten durch die Rechtsanwälte U. Soltész und C. Herbst,

Kläger in der Rechtssache T-268/08,

Republik Österreich, vertreten durch G. Hesse, C. Pesendorfer, E. Riedl, M. Fruhmann und J. Bauer als Bevollmächtigte,

Klägerin in der Rechtssache T-281/08,

gegen

Europäische Kommission, zunächst vertreten durch V. Kreuschitz, N. Khan und K. Gross, dann durch V. Kreuschitz, N. Khan und T. Maxian Rusche als Bevollmächtigte,

Beklagte,

wegen Nichtigerklärung der Entscheidung 2008/719/EG der Kommission vom 30. April 2008 über die Staatliche Beihilfe C 56/06 (ex NN 77/06) Österreichs für die Privatisierung der Bank Burgenland (ABl. L 239, S. 32)

erlässt

DAS GERICHT (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten M. Jaeger sowie der Richter N. Wahl (Berichterstatter) und S. Soldevila Fragoso,

Kanzler: T. Weiler, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 18. Mai 2011

folgendes

* Verfahrenssprache: Deutsch.

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

Die Hypo Bank Burgenland AG und die Ausfallhaftung

1 Bis zu ihrer Privatisierung war die Hypo Bank Burgenland AG (im Folgenden: BB) eine Regionalbank in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht mit Sitz in Eisenstadt (Österreich). Ihr Hauptgeschäft, das ursprünglich in der Gewährung hypothekarischer Darlehen sowie der Ausgabe von Hypothekenpfandbriefen und Kommunalschuldverschreibungen bestand, weitete sich nach und nach auf alle Arten von Bank- und Finanzdienstleistungen aus. Im Jahr 2005 wies die BB eine Bilanzsumme von 3,3 Mrd. Euro auf und befand sich zu 100 % im Besitz des Landes Burgenland.

2 Gemäß § 4 des Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetzes (LGBl. Nr. 58/1991) in der Fassung des Gesetzes LGBl. Nr. 63/1998 haftete das Land Burgenland als Ausfallbürge gemäß § 1356 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB) im Fall der Zahlungsunfähigkeit der BB für sämtliche Verbindlichkeiten des Unternehmens. Aufgrund dieser Vorschrift haben die Gläubiger der Banken direkte Ansprüche gegenüber dem Garantiegeber, der jedoch zur Leistung nur verpflichtet ist, wenn die Vermögenswerte der Bank nicht ausreichen, um die Forderungen zu befriedigen.

3 Diese Ausfallhaftung zugunsten öffentlicher Kreditinstitute, insbesondere die des Landes für die BB und deren Rechtsvorgänger, besteht in praktisch unveränderter Form bereits seit dem Jahr 1928. Sie war weder zeitlich noch auf einen bestimmten Betrag begrenzt. Nach der gesetzlichen Regelung für die Gewährträgerhaftung, die am 29. Juni 1991 in Kraft trat, erhielt das Land Burgenland eine Haftungsprovision für die Bereitstellung der gesetzlichen Ausfallbürgschaft. Aufgrund einer zwischen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften und der Republik Österreich getroffenen Einigung, auf deren Grundlage die Entscheidung K (2003) 1329 endg. der Kommission vom 30. April 2003 zur Beihilfe E 8/02 erlassen wurde (ABl. C 175, S. 8), musste die Ausfallhaftung bis zum 1. April 2007 abgeschafft werden. Für alle Verbindlichkeiten, die am 2. April 2003 bestanden, galt die Ausfallhaftung grundsätzlich bis zu deren Fälligkeit fort. In der Zeit vom 2. April 2003 bis zum 1. April 2007 konnte die Ausfallhaftung für neue Verbindlichkeiten aufrechterhalten werden, solange sie bis zum 30. September 2017 fällig wurden.

Von der Kommission im Jahr 2004 genehmigte Beihilfen zur Umstrukturierung der BB

4 Infolge eines Betrugs im Zusammenhang mit der HOWE Bau AG gewährten Krediten, der im Zuge der Prüfung des Jahresabschlusses der BB für das Jahr 1999 aufgedeckt wurde, befand sich die BB in ernsten finanziellen Schwierigkeiten. Daher ging das Land Burgenland am 20. Juni 2000 eine Garantievereinbarung über einen Betrag von 171 Mio. Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 % ein und deckte damit die uneinbringlichen Forderungen gegen die BB, die eine bilanzmäßige Überschuldung bedeutet hätten, ab. Außerdem wurde zur Deckung des im Rahmen einer umfassenden Debitorenprüfung offengelegten weiteren Wertberichtigungsbedarfs am 23. Oktober 2000 mit dem Hauptgläubiger der BB, der Bank Austria Creditanstalt AG, eine Rahmenvereinbarung geschlossen. Diese Vereinbarung sah einen Forderungsverzicht seitens der Bank Austria Creditanstalt zugunsten der BB, eine Besserungsvereinbarung zwischen diesen beiden Vertragsparteien und eine Garantie des Landes Burgenland in Höhe von 189 Mio. Euro vor.

5 Mit Schreiben vom 18. Juni 2002 sowie ergänzenden Mitteilungen vom 3. Juli und 9. September 2002 meldete die Republik Österreich bei der Kommission die seitens des Landes Burgenland geschlossenen Garantievereinbarungen an und legte ihr einen die BB betreffenden Umstrukturierungsplan vor.

6 Mit Schreiben vom 26. Juni 2003 setzte die Kommission die österreichischen Behörden von ihrem Beschluss in Kenntnis, hinsichtlich der beschriebenen Beihilfen das förmliche Verfahren nach Art. 88 Abs. 2 EG einzuleiten.

7 Mit Schreiben vom 19. Dezember 2003 teilten die österreichischen Behörden mit, dass sie im Rahmen des Privatisierungsprozesses der BB beabsichtigten, die notifizierten Beihilfemaßnahmen zu ändern.

8 Mit Schreiben vom 21. Januar 2004 teilte die Kommission der Republik Österreich ihren Beschluss mit, das förmliche Verfahren gemäß Art. 88 Abs. 2 EG auf die geplanten Änderungen der Beihilfemaßnahmen zur Restrukturierung der BB zu erweitern.

9 Am 7. Mai 2004 erließ die Kommission die Entscheidung 2005/691/EG über die staatliche Beihilfe Nr. C 44/2003 (ex NN 158/2001), die Österreich zugunsten der BB gewähren will (ABl. 2005, L 263, S. 8) (im Folgenden: Entscheidung aus dem Jahr 2004). Die Kommission stellte darin im Wesentlichen fest, dass die beiden Garantievereinbarungen des Landes Burgenland zugunsten der BB insbesondere deshalb staatliche Beihilfen darstellten, weil diese Maßnahmen unter Bedingungen getroffen worden seien, die für einen privaten Kapitalgeber nicht annehmbar wären und somit die BB gegenüber ihren Wettbewerbern künstlich in eine vorteilhafte Position brächten. Außerdem werde durch diese Maßnahmen und ihre Auswirkungen auf gegenwärtige und potenzielle Wettbewerber aus anderen Mitgliedstaaten der Wettbewerb verfälscht – bzw. drohe, verfälscht zu werden – und der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Dennoch gelangte die Kommission zu dem Ergebnis, dass die streitigen Umstrukturierungsmaßnahmen nach Art. 87 Abs. 3 Buchst. c EG in Verbindung mit den Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten (ABl. 1999, C 288, S. 2) mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar seien. Im Rahmen ihrer Prüfung der langfristigen Rentabilität des von der Beihilfe begünstigten Unternehmens betonte die Kommission, dass sie sich bei ihrer Beurteilung auf die Angaben der österreichischen Behörden u. a. zum Zeitplan betreffend den Abschluss der geplanten Privatisierung der BB gestützt habe.

Die im Rahmen der Privatisierung der BB getroffene streitige Maßnahme

10 Nach zwei fehlgeschlagenen Versuchen in den Jahren 2003 und 2005 leitete das Land Burgenland ein drittes Verfahren zur Privatisierung der BB ein, mit dessen Durchführung die Investmentbank HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA, Düsseldorf (Deutschland), in Zusammenarbeit mit der HSBC plc, London (Vereinigtes Königreich) (im Folgenden zusammen: HSBC), betraut wurde. Dieses Verfahren begann im Oktober 2005 mit der Veröffentlichung einer Ausschreibungsbekanntmachung in der Presse.

11 Nur drei der 14 Bieter, die förmlich ihr Interesse an der Einreichung eines Angebots bekundet hatten, reichten fristgerecht vollständige, indikative Angebote ein, die bei 65 Mio. Euro, 100 Mio. Euro bzw. 140 Mio. Euro lagen, und nahmen an der zweiten Ausschreibungsstufe teil, zu deren Ende bis zum 6. Februar 2006 verbindliche Angebote einzureichen waren. Zwei Bieter, die österreichische Versicherungsgesellschaft Grazer Wechselseitige Versicherung AG gemeinsam mit der GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH (im Folgenden: GRAWE) und ein österreichisch-ukrainisches Konsortium, das die österreichischen Unternehmen SLAV AG und SLAV Finanzbeteiligung GmbH sowie die ukrainischen Aktiengesellschaften Ukrpodshipnik und Ilyich umfasste (im Folgenden: Konsortium), gaben verbindliche Angebote ab. Es folgten eine individuelle Prüfung der Angebote und Vertragsverhandlungen, die am 4. März 2006 abgeschlossen wurden.

12 Am 5. März 2006 erteilte das Land Burgenland GRAWE den Zuschlag für die BB, obwohl der von GRAWE gebotene Kaufpreis (100,3 Mio. Euro) deutlich unter dem vom Konsortium gebotenen Preis (155 Mio. Euro) lag. Diese Entscheidung stützte sich u. a. auf eine schriftliche Empfehlung von HSBC vom 4. März 2006 (im Folgenden: HSBC-Empfehlung), die um mündliche Erläuterungen für Mitglieder

der burgenländischen Landesregierung am Tag der Entscheidung ergänzt wurde. In der HSBC-Empfehlung hieß es im Wesentlichen, dass zwar angesichts des gebotenen Kaufpreises dem Konsortium der Vorzug gegeben werden müsste, jedoch unter Berücksichtigung der Auswahlkriterien, nämlich der Sicherheit der Kaufpreiszahlung, der Weiterführung der BB unter Vermeidung der Inanspruchnahme der Ausfallhaftung, der Kapitalerhöhungen und der Transaktionssicherheit, empfohlen werde, die BB an GRAWE zu verkaufen.

13 Das Closing des Verkaufs der BB, dem die burgenländischen Behörden am 7. März 2006 förmlich zugestimmt hatten, erfolgte am 12. Mai 2006. Vor diesem Closing gab die BB im Rahmen der Ausfallhaftung Anleihen im Wert von 700 Mio. Euro aus, wovon 350 Mio. Euro von einer Tochtergesellschaft der GRAWE gezeichnet wurden. Aufgrund der Privatisierung endete zugleich am Tag dieses Closings vorzeitig die Übergangsfrist für die oben in Randnr. 3 erwähnte Fortgeltung der Ausfallhaftung.

Verwaltungsverfahren

14 Am 4. April 2006 ging bei der Kommission eine Beschwerde des Konsortiums ein, in der geltend gemacht wurde, dass die Republik Österreich bei der Privatisierung der BB gegen die Regeln für staatliche Beihilfen verstoßen habe. Der Beschwerdeführer rügte insbesondere, dass das Ausschreibungsverfahren, das unfair und nicht transparent gewesen sei und ihn benachteiligt habe, nicht dazu geführt habe, dass die BB an den Meistbietenden (nämlich das Konsortium) verkauft worden sei, sondern an GRAWE.

15 Auf ein Auskunftsersuchen der Kommission vom 12. April 2006 antworteten die österreichischen Behörden mit Schreiben vom 15. Mai und 1. Juni 2006. Es folgten ein Treffen von Vertretern der Republik Österreich mit der Kommission am 27. Juni 2006 und ein zweites Auskunftsersuchen der Kommission vom 17. Juli 2006, auf das die österreichischen Behörden am 18. September 2006 antworteten. Das Konsortium übermittelte der Kommission am 21. April und 2. Juni 2006 weitere Informationen.

16 Mit Schreiben vom 21. Dezember 2006 setzte die Kommission die österreichischen Behörden von ihrer Entscheidung in Kenntnis, in Bezug auf den Verkauf der BB an GRAWE das förmliche Prüfverfahren nach Art. 88 Abs. 2 EG einzuleiten. Diese Entscheidung wurde im *Amtsblatt der Europäischen Union* vom 8. Februar 2007 (ABl. C 28, S. 8) veröffentlicht.

17 Am 1. März 2007 übermittelte die Republik Österreich der Kommission ihre Stellungnahme zu dieser Entscheidung über die Verfahrenseröffnung. Des Weiteren erhielt die Kommission eine Reihe von Stellungnahmen und Informationen Dritter, darunter GRAWE und das Konsortium, zu denen die österreichischen Behörden sich äußerten. Außerdem fanden mehrere Treffen von Vertretern der Republik Österreich und der Kommission statt. Schließlich übermittelten die österreichischen Behörden der Kommission mehrfach zusätzliche Stellungnahmen und Unterlagen.

18 Am 30. April 2008 erließ die Kommission die Entscheidung 2008/719/EG über die staatliche Beihilfe C 56/06 (ex NN 77/06) Österreichs für die Privatisierung der BB (ABl. L 239, S. 32) (im Folgenden: angefochtene Entscheidung).

Angefochtene Entscheidung

19 In der angefochtenen Entscheidung weist die Kommission u. a. darauf hin, dass sie bei der beihilferechtlichen Würdigung einer Maßnahme im Rahmen einer Privatisierung von mehreren Grundsätzen ausgehe, die sie im *XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik* 1993 (Randnrn. 402 ff.)

sowie in ihrer früheren Praxis festgeschrieben habe. Die in diesem Bericht genannten Voraussetzungen für die Annahme, dass keine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG vorliege, seien im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

20 Zur Frage, ob der Verkauf der BB an GRAWE eine staatliche Beihilfe darstellt, führt die Kommission zunächst aus, dass die Mittel des Landes Burgenland (eines der neun Bundesländer Österreichs) als „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte“ Mittel anzusehen seien. Zudem sei GRAWE international tätig, so dass ein etwaiger zulasten staatlicher Mittel gewährter Vorteil den Wettbewerb im Bankensektor beeinträchtigen und sich auf den innergemeinschaftlichen Handel auswirken würde. Um zu klären, ob GRAWE in den Genuss eines selektiven Vorteils gelangt sei, sei zu ermitteln, ob sich das Land Burgenland wie jeder andere marktwirtschaftlich handelnde Verkäufer verhalten habe (private vendor test).

21 Zum letztgenannten Aspekt weist die Kommission darauf hin, dass dem Land Burgenland zwar ein Angebot des Konsortiums vorgelegen habe, dessen Nominalwert den des Angebots von GRAWE um 54,7 Mio. Euro überstiegen habe, aber sich ein nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnder Wirtschaftsteilnehmer in zwei Fällen dennoch ausnahmsweise für das niedrigere Angebot entscheiden könnte.

22 Der erste Fall betreffe die Situation, in der offensichtlich sei, dass der Verkauf an den Meistbietenden nicht durchführbar sei, was im vorliegenden Fall erstens die Prüfung der Transaktionssicherheit anhand der wirtschaftlichen Solidität des Konsortiums und zweitens die der Wahrscheinlichkeit impliziere, dass das Konsortium die erforderliche Genehmigung der Finanzmarktaufsicht (im Folgenden: FMA) letztlich erhalten würde. Nach Ansicht der Kommission bestand jedoch nicht nur kein Grund, daran zu zweifeln, dass der vom Konsortium gebotene Kaufpreis in Höhe von 155 Mio. Euro hätte finanziert werden können, sondern es habe darüber hinaus auch weder Beweise dafür noch Hinweise darauf gegeben, dass die FMA einen Verkauf der BB an das Konsortium untersagt hätte.

23 Der zweite Fall betreffe die Situation, in der es gerechtfertigt sei, auch anderen Faktoren als dem Preis Rechnung zu tragen, wobei die einzigen zu berücksichtigenden Faktoren diejenigen seien, denen ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber Rechnung getragen hätte, was der Kommission zufolge die Risiken ausschließt, die sich aus der möglicherweise eintretenden Verpflichtung zur Zahlung aufgrund einer als staatliche Beihilfe zu qualifizierenden Bürgschaft wie der Ausfallhaftung ergäben, auf die allein sich die österreichischen Behörden berufen hätten. Die Kommission führt hierzu näher aus, es ergebe sich insbesondere aus der Rechtsprechung, dass bei der Prüfung der Frage, wie sich ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber verhalten hätte, die Rolle des Staates als Verkäufer eines Unternehmens einerseits und die Verpflichtungen, die ihm als Träger der öffentlichen Gewalt oblägen, andererseits nicht vermischt werden dürften. Kein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber hätte jedoch eine Haftung übernommen, die dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht entsprochen hätte, und die Entscheidung über die Abschaffung der Ausfallhaftung bestätige, dass Letztere nicht zu Marktbedingungen gewährt worden sei.

24 In Ansehung all dieser Erwägungen vertrat die Kommission die Auffassung, dass sich die zuständige österreichische Behörde nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Verkäufer verhalten habe. Der wirtschaftliche Vorteil, der GRAWE verschafft worden sei, entspreche mindestens der Differenz zwischen dem Angebot des Konsortiums und dem tatsächlichen Kaufpreis.

25 Im Rahmen der Prüfung des Vorbringens der Republik Österreich zur Bedeutung der Ausfallhaftung führt die Kommission weiter aus, dass das GRAWE-Gebot selbst dann nicht das beste Angebot gewesen wäre, wenn das Land Burgenland diese Bürgschaft als Kriterium bei der Bewertung der Angebote hätte berücksichtigen dürfen.

26 Schließlich stellte die Kommission fest, dass die im Verkauf der BB an GRAWE bestehende staatliche Beihilfe nicht für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden könne.

27 Der verfügende Teil der angefochtenen Entscheidung lautet:

„*Artikel 1*

Die staatliche Beihilfe, die Österreich unter Verletzung des Artikels 88 Absatz 3 [EG] zugunsten der GRAWE und damit rechtswidrig gewährt hat, ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar. Die Beihilfe entspricht der Differenz zwischen den beiden im Rahmen der Ausschreibung abgegebenen endgültigen Preisangeboten, die gemäß den in Randnummern (167) bis (174) dieser Entscheidung dargelegten Parametern angemessen anzupassen ist.

Artikel 2

(1) Österreich fordert die in Artikel 1 genannte Beihilfe von dem Empfänger zurück.

(2) Der Rückforderungsbetrag umfasst Zinsen, die von dem Zeitpunkt, ab dem die Beihilfe dem Empfänger zur Verfügung stand, bis zu deren tatsächlicher Rückzahlung berechnet werden.

(3) Die Zinsen werden gemäß der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 nach der Zinseszinsformel berechnet.

Artikel 3

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

(2) Österreich stellt sicher, dass diese Entscheidung binnen vier Monaten nach ihrer Bekanntgabe umgesetzt wird.

Artikel 4

(1) Österreich teilt der Kommission innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung die folgenden Informationen mit:

a) Gesamtbetrag (Hauptforderung und Zinsen), der von dem Empfänger zurückzufordern und im Einklang mit den von der Kommission in dieser Entscheidung dargelegten Parametern anzupassen ist, sowie eine genaue Erläuterung der Methode zur Berechnung dieses Betrags und die Bewertung des Eigentums durch einen unabhängigen Experten;

b) ausführliche Beschreibung der Maßnahmen, die ergriffen wurden bzw. beabsichtigt sind, um dieser Entscheidung nachzukommen;

c) Unterlagen, aus denen hervorgeht, dass an den Empfänger eine Aufforderung zur Rückzahlung der Beihilfe ergangen ist.

(2) Österreich unterrichtet die Kommission über den Fortgang seiner Maßnahmen zur Durchführung dieser Entscheidung, bis die Rückzahlung der in Artikel 1 genannten Beihilfe erfolgt ist. Auf Anfrage der Kommission legt Österreich unverzüglich Informationen über die Maßnahmen vor, die ergriffen wurden bzw. beabsichtigt sind, um dieser Entscheidung nachzukommen. Ferner übermittelt Österreich ausführliche Angaben über die Beihilfebeträge und die Zinsen, die der Empfänger bereits zurückgezahlt hat.

Artikel 5

Diese Entscheidung ist an die Republik Österreich gerichtet.“

Verfahren und Anträge der Parteien

28 Mit Klageschriften, die am 11. und 15. Juli 2008 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen und als Rechtssachen T-268/08 und T-281/08 eingetragen worden sind, haben das Land Burgenland und die Republik Österreich die vorliegenden Klagen erhoben.

29 Mit Beschluss vom 20. April 2009 hat die Präsidentin der Achten Kammer des Gerichts die Rechtssachen T-268/08 und T-281/08 nach Anhörung der Parteien gemäß Art. 50 der Verfahrensordnung des Gerichts zu gemeinsamem schriftlichen und mündlichen Verfahren und zu gemeinsamer Entscheidung verbunden.

30 Durch Änderungen in der Besetzung der Kammern des Gerichts ist der Berichterstatter der Sechsten Kammer zugewiesen worden, an die die vorliegende Rechtssache deshalb verwiesen worden ist.

31 Das Gericht (Sechste Kammer) hat auf Bericht des Berichterstatters beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen.

32 Die Parteien haben in der Sitzung vom 18. Mai 2011 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet.

33 Da ein Mitglied der Sechsten Kammer an der weiteren Mitwirkung am Verfahren gehindert war, hat der Präsident des Gerichts gemäß Art. 32 § 3 der Verfahrensordnung sich selbst dazu bestimmt, den Spruchkörper zu vervollständigen.

34 Mit Beschluss vom 18. November 2011 hat das Gericht (Sechste Kammer) in seiner neuen Besetzung die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung angeordnet und den Parteien mitgeteilt, dass sie in einer erneuten mündlichen Verhandlung gehört würden.

35 Mit Schreiben vom 23., vom 24. und vom 25. November 2011 haben die Kommission und die Kläger dem Gericht jeweils mitgeteilt, dass sie auf eine erneute Anhörung verzichteten.

36 Der Präsident des Gerichts hat daraufhin beschlossen, die mündliche Verhandlung zu schließen.

37 In der Rechtssache T-268/08 beantragt das Land Burgenland,

— die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären;

— der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

38 In der Rechtssache T-281/08 beantragt die Republik Österreich,

— die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären;

— der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

39 Die Kommission beantragt in den Rechtssachen T-268/08 und T-281/08 jeweils,

— die Klage als unbegründet abzuweisen;

— dem Kläger bzw. der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

40 Die Kläger stützen ihre Klage formell auf neun Gründe.

41 Diese Klagegründe beziehen sich jeweils auf

— eine fehlerhafte Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EG bei der Bestimmung des Marktpreises der BB, da die Kommission zu Unrecht die Durchführung eines Bietverfahrens im Hinblick auf die streitige Privatisierung verlangt habe;

— einen Verstoß gegen die bisherige Entscheidungspraxis bei der Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EG;

— eine fehlerhafte Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EG, da die Kommission es abgelehnt habe, den ungewissen Ausgang und eine mögliche lange Dauer des Genehmigungsverfahrens vor der FMA im Fall eines Verkaufs der BB an das Konsortium zu berücksichtigen;

— eine fehlerhafte Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EG, da das Land Burgenland berechtigt gewesen sei, beim Vergleich der von GRAWE und dem Konsortium abgegebenen Angebote die mit der Ausfallhaftung verbundenen Risiken zu berücksichtigen;

— eine fehlerhafte Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden privaten Verkäufers bei der hilfsweise durchgeführten Prüfung der mit der Ausfallhaftung verbundenen Risiken;

— eine fehlerhafte Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EG aufgrund der Verkennung der im in Rede stehenden Bietverfahren geltenden Beweislastregeln;

— eine fehlerhafte Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EG, da das Gebot des Konsortiums nicht als Grundlage für die Bestimmung des Marktpreises der BB habe dienen können;

— eine unrichtige Bewertung der Ausgabe zusätzlicher Anleihen im Rahmen der Ausfallhaftung;

— eine in mehrfacher Hinsicht fehlerhafte Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EG bei der Bestimmung des Beihilfeelements.

42 Das Gericht hält es für sachdienlich, zunächst den ersten, den zweiten, den sechsten und den siebten von den Klägern geltend gemachten Klagegrund zu prüfen, die sich sämtlich in den allgemeinen Rahmen der Prüfung des streitigen Vorgangs einfügen.

43 Dabei sind der eigentlichen Prüfung des Parteivorbringens eine Reihe von Vorbemerkungen zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG sowie zu Art und Umfang der gerichtlichen Kontrolle voranzustellen, die der Richter der Europäischen Union im vorliegenden Fall vorzunehmen hat.

Vorbemerkungen zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG sowie zu Art und Umfang der gerichtlichen Kontrolle

44 Nach Art. 87 Abs. 1 EG sind, „[s]oweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, … staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.

45 Nach ständiger Rechtsprechung verlangt die Qualifizierung als Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG, dass alle in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muss es sich um eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Leistung handeln. Zweitens muss diese Leistung das Risiko der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten in sich bergen. Drittens muss sie durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige ihrem Empfänger einen Vorteil verschaffen. Viertens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen (Urteil des Gerichtshofs vom 24. Juli 2003, Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Randnrn. 74 und 75, und Urteil des Gerichts vom 22. Februar 2006, Le Levant 001 u. a./Kommission, T-34/02, Slg. 2006, II-267, Randnr. 110).

46 Im vorliegenden Fall sprechen die Kläger allein die Voraussetzung des Vorliegens eines wirtschaftlichen Vorteils an. Die zur Stützung der vorliegenden Klagen vorgebrachten Gründe sind nämlich im Kern sichtlich darauf gerichtet, darzutun, dass die Kommission zu Unrecht auf das Vorliegen eines Vorteils zugunsten der GRAWE geschlossen habe, der angeblich der Differenz zwischen dem von dieser eingereichten Angebot und dem entspreche, das das Konsortium abgegeben habe.

47 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass nach gefestigter Rechtsprechung die Lieferung von Gegenständen oder die Erbringung von Dienstleistungen zu Vorzugsbedingungen eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstellen kann (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofs vom 2. Februar 1988, Van der Kooy u. a./Kommission, 67/85, 68/85 und 70/85, Slg. 1988, 219, Randnrn. 28 und 29, und vom 20. November 2003, GEMO, C-126/01, Slg. 2003, I-13769, Randnr. 29, sowie des Gerichts vom 16. September 2004, Valmont/Kommission, T-274/01, Slg. 2004, II-3145, Randnr. 44, und vom 1. Juli 2010, Italien/Kommission, T-53/08, Slg. 2010, II-3187, Randnr. 79).

48 Im Fall des Verkaufs eines Gegenstands an eine Privatperson durch die öffentliche Hand hat dieser Grundsatz zur Folge, dass insbesondere zu klären ist, ob der Kaufpreis dieses Gegenstands dem Marktpreis gleichsteht, da er dem entspricht, was der Erwerber unter normalen Marktbedingungen hätte erzielen können (vgl. in diesem Sinne Urteil Valmont/Kommission, oben in Randnr. 47 angeführt, Randnr. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung). Demgemäß hat die Kommission das Kriterium des unter Marktbedingungen handelnden privaten Wirtschaftsteilnehmers heranzuziehen, um festzustellen, ob der Preis, den der vermeintliche Beihilfeempfänger gezahlt hat, dem Preis entspricht, den ein privater, unter normalen Wettbewerbsbedingungen handelnder Wirtschaftsteilnehmer hätte festsetzen können (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofs vom 2. September 2010, Kommission/Scott, C-290/07 P, Slg. 2010, I-7763, Randnr. 68, und vom 16. Dezember 2010, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, Slg. 2010, I-13083, Randnr. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die konkrete Anwendung dieses Kriteriums setzt grundsätzlich eine komplexe wirtschaftliche Beurteilung voraus (Urteil Kommission/Scott, Randnr. 68).

49 Zu Art und Umfang der gerichtlichen Kontrolle ist erstens darauf hinzuweisen, dass der Begriff der staatlichen Beihilfe, wie er im Vertrag definiert ist, ein Rechtsbegriff und anhand objektiver Kriterien auszulegen ist. Deshalb hat der Unionsrichter die Frage, ob eine Maßnahme in den Anwendungsbereich von Art. 87 Abs. 1 EG fällt, grundsätzlich unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits und des technischen oder komplexen Charakters der von der Kommission vorgenommenen Beurteilungen umfassend zu prüfen (Urteile des Gerichtshofs vom 16. Mai 2000, Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission, C-83/98 P, Slg. 2000, I-3271, Randnr. 25, und vom 22. Dezember 2008, British Aggregates/Kommission, C-487/06 P, Slg. 2008, I-10515, Randnr. 111). Der Unionsrichter muss insbesondere nicht nur die sachliche Richtigkeit, die Zuverlässigkeit und die Kohärenz der angeführten Beweise prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen (vgl. Urteil Kommission/Scott, oben in Randnr. 48 angeführt, Randnr. 65 und die dort angeführte Rechtsprechung).

50 Der Unionsrichter darf jedoch im Rahmen dieser Kontrolle nicht die wirtschaftliche Beurteilung seitens der Kommission durch seine eigene ersetzen. Die Kontrolle, die die Unionsgerichte in Bezug auf die Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten durch die Kommission ausüben, ist nämlich eine beschränkte Kontrolle, in deren Rahmen nur geprüft werden darf, ob die Vorschriften über das Verfahren und die Begründung eingehalten wurden, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt wurde und ob kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder Ermessensmissbrauch vorliegt (vgl. Urteil Kommission/Scott, oben in Randnr. 48 angeführt, Randnr. 66 und die dort angeführte Rechtsprechung, und Urteil des Gerichts vom 17. Dezember 2008, Ryanair/Kommission, T-196/04, Slg. 2008, II-3643, Randnr. 41).

51 Zweitens ist die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung der Kommission im Bereich der staatlichen Beihilfen anhand der Informationen zu beurteilen, über die die Kommission beim Erlass der Entscheidung verfügen konnte (Urteile des Gerichtshofs vom 10. Juli 1986, Belgien/Kommission, 234/84, Slg. 1986, 2263, Randnr. 16, und vom 14. September 2004, Spanien/Kommission, C-276/02, Slg. 2004, I-8091, Randnr. 31, Urteil Valmont/Kommission, oben in Randnr. 47 angeführt, Randnr. 38). Daraus ergibt sich insbesondere, dass, da der Begriff der staatlichen Beihilfe einem objektiven Sachverhalt entspricht, der zu dem Zeitpunkt zu beurteilen ist, zu dem die Kommission ihre Entscheidung trifft, für die gerichtliche Kontrolle die zu diesem Zeitpunkt vorgenommenen Beurteilungen zu berücksichtigen sind (Urteil des Gerichtshofs vom 1. Juli 2008, Chronopost und La Poste/UFEX u. a., C-341/06 P und C-342/06 P, Slg. 2008, I-4777, Randnr. 144).

Zum ersten, zweiten, sechsten und siebten Klagegrund

Vorbringen der Parteien

52 Mit ihrem ersten Klagegrund machen die Kläger im Wesentlichen geltend, die Kommission sei unter Berufung auf den *XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik* zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens im Wege eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Bietverfahrens erfolgen müsse und dass eine Bestimmung des Marktpreises allein auf der Grundlage eines Wertgutachtens nicht möglich sei. Das Fehlen eines regulären Ausschreibungswettbewerbs zur Privatisierung bedeute nicht, dass eine Beihilfe vorliege, sondern nur, dass es notwendig sei, individuell zu prüfen, ob der betreffende Verkauf nicht etwaige Beihilfeelemente enthalte, was nur auf der Basis eines Gutachtens geschehen könne. Der *XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik* beschränke sich mit anderen Worten darauf, eine Beweiserleichterung für das Nichtvorliegen einer staatlichen Beihilfe bei Privatisierungen im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens zu schaffen. Selbst wenn man die Auslegung des Wettbewerbsberichts durch die Kommission akzeptierte, würde dieser Bericht, der lediglich eine Beschreibung der Tätigkeit der Generaldirektion Wettbewerb sowie der für einen bestimmten Zeitraum als vorrangig angesehenen politischen Ziele enthalte, keine Bindungswirkung entfalten.

53 Im vorliegenden Fall sei die BB an GRAWE jedenfalls zum Marktwert veräußert worden. Dies gehe eindeutig aus den unabhängigen Wertgutachten, der indikativen Beurteilung der BB durch HSBC zu Beginn der dritten Privatisierungsrunde und den Angeboten der Bieter in der zweiten Privatisierungsrunde hervor (vgl. Randnr. 68 der angefochtenen Entscheidung). Die Gutachten, einschließlich der vom Konsortium erstellten Bewertung, hätten den Wert der BB auf zwischen 44,4 Mio. Euro und 75 Mio. Euro geschätzt. Aus der Entscheidungspraxis der Kommission und ihrer Mitteilung 97/C 209/03 betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand (ABl. 1997, C 209, S. 3), die im Wege der Analogie herangezogen worden sei, gehe hervor, dass solche unabhängigen Wertermittlungen für die Bestimmung des Vermögenswerts, der Gegenstand eines Verkaufs sei, zulässig seien.

54 Infolge ihres Versäumnisses, sich auf die unabhängigen Bewertungen zu stützen, die ihr bereits vorgelegen hätten (vgl. Randnr. 68 der angefochtenen Entscheidung), oder ein weiteres unabhängiges Gutachten einzuholen, habe die Kommission, die verpflichtet sei, im Rahmen des förmlichen Prüfverfahrens alle erforderlichen Stellungnahmen einzuholen, um eine umfassende Kenntnis aller Gesichtspunkte zu haben, die ihr zur Verfügung gestellten Unterlagen nicht sorgfältig und unvoreingenommen geprüft, um das Vorliegen und gegebenenfalls die Höhe der Beihilfe genau zu ermitteln.

55 Schließlich vertreten die Kläger die Auffassung, dass die Pflicht zur Durchführung eines Ausschreibungswettbewerbs, von der die Kommission ausgehe, im Widerspruch zum Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden privaten Verkäufers stehe. Sie weisen darauf hin, dass im Rahmen eines Verkaufs durch Privatpersonen die Inanspruchnahme eines formalisierten Bietverfahrens nicht vorkomme oder zumindest insignifikant sei und zumeist durch Verhandlungen mit ausgewählten Bietern ersetzt werde. Im Übrigen habe die Kommission in ihrer Entscheidungspraxis den staatlichen Stellen einen großen Spielraum bei der Ausgestaltung des Bietverfahrens eingeräumt. Demzufolge gebe es keinen empirischen Beweis dafür, dass die im Ausschreibungsverfahren erzielten Gebote ein „besserer Näherungswert“ (vgl. Randnr. 112 der angefochtenen Entscheidung) wären als eine Bewertung durch einen Experten. Da Private meist kein Ausschreibungsverfahren durchführten, bewirke der von der Kommission geforderte Ausschreibungszwang darüber hinaus eine Schlechterbehandlung der öffentlichen Unternehmen, was nicht mit Art. 295 EG und Art. 86 EG vereinbar sei.

56 Mit ihrem zweiten Klagegrund machen die Kläger geltend, dass die angefochtene Entscheidung im Widerspruch zur bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission stehe und somit gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße. Bisher habe sich die Kommission in den Fällen, in denen bei einer Privatisierung ein Ausschreibungsverfahren nicht oder nicht regulär durchgeführt worden sei, zur Ermittlung des Marktpreises stets mit Gutachten begnügt. Sie habe, soweit ihnen bekannt sei, lediglich in einem einzigen Fall im Rahmen einer Privatisierung das Vorliegen eines Beihilfeelements festgestellt, nämlich in der Sache, in der die Entscheidung 2008/717/EG der Kommission vom 27. Februar 2008 über die staatliche Beihilfe C 46/2007 (ex NN 59/2007), die Rumänien dem Unternehmen Automobile Craiova (früher Daewoo România) gewährt hat (ABl. L 239, S. 12), ergangen sei und in der sie – anders als im vorliegenden Fall – den Marktwert aufgrund einer Bewertung des privatisierten Unternehmens festgestellt habe.

57 Mit ihrem sechsten Klagegrund vertreten die Kläger im Wesentlichen die Auffassung, dass die Kommission die Beweislast und die Beibringungspflichten verkenne, die den Bietern in einem Ausschreibungsverfahren oblägen, wenn sie von den österreichischen Behörden den Nachweis verlange, dass im Fall der BB das Konsortium die Ausschreibungskriterien, insbesondere was die Transaktionssicherheit und die Vermeidung der Inanspruchnahme der Ausfallhaftung betreffe, nicht erfüllt habe (vgl. u. a. Randnrn. 129, 132, 133, 145 und 156 der angefochtenen Entscheidung). Der Nachweis, dass ein Bieter die Vergabekriterien erfülle, sei nämlich während des Ausschreibungsverfahrens von diesem selbst zu erbringen und könne nicht von der Kommission nachträglich erbracht werden. Im vorliegenden Fall habe es das Konsortium versäumt, fristgerecht Nachweise seiner Bonität und zur Refinanzierung der BB beizubringen, obwohl ihm seine dahin gehenden Pflichten klar kommuniziert worden seien. Da der nachträglich erbrachte Nachweis zu einer Diskriminierung anderer Bieter führen könne, sei er unzulässig. Auch habe das Land Burgenland in Ermangelung derartiger Nachweise zu Recht an der Bonität des Konsortiums zweifeln dürfen.

58 Schließlich tragen die Kläger im Rahmen ihres siebten Klagegrundes im Wesentlichen vor, dass das Kaufangebot des Konsortiums nicht mehr geeignet gewesen sei, den Marktwert der BB zu ermitteln (vgl. Randnrn. 109 bis 114 der angefochtenen Entscheidung), nachdem das Bietverfahren als fehlerhaft angesehen worden sei, da es unzulässige Auswahlkriterien wie die Berücksichtigung der Ausfallhaftung enthalten habe (vgl. Randnrn. 134 ff. und 141 ff. der angefochtenen Entscheidung). Der Entscheidungspraxis der Kommission sei im Übrigen zu entnehmen, dass diese die Ergebnisse eines

fehlerhaften Ausschreibungsverfahrens bei der Bestimmung des Beihilfeelements außer Betracht lasse. Im vorliegenden Fall könne nicht bestritten werden, dass das für das Land Burgenland höhere Risiko einer Inanspruchnahme der Ausfallhaftung das Konsortium dazu veranlasst habe, zum Ausgleich sein Angebot in überzogener Weise zu erhöhen, was einer „Risikoprämie“ gleichzustellen sei. Dass es sich bei dem Angebot des Konsortiums um einen „Mondpreis“ bzw. „Phantasiepreis“ gehandelt habe, werde konkret durch die Höhe der sonstigen Gebote (vgl. Randnr. 66 der angefochtenen Entscheidung) und die unabhängigen Wertschätzungen (vgl. Randnr. 68 der angefochtenen Entscheidung), die die Kommission hätte berücksichtigen müssen, bestätigt.

59 Die Kommission tritt allen von den Klägern erhobenen Rügen entgegen.

Würdigung durch das Gericht

60 Die Prüfung des ersten Klagegrundes macht es im Kern erforderlich, über zwei Fragen zu befinden: Die erste betrifft die Feststellung, ob die Kommission tatsächlich, gestützt auf den *XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik*, verlangt hat, dass der Marktpreis der BB nur durch ein Ausschreibungsverfahren bestimmt werden könne. Bei der zweiten Frage geht es darum, ob es die Kommission, ohne einen offensichtlichen Beurteilungsfehler zu begehen, im vorliegenden Fall ablehnen durfte, die im Laufe des Verfahrens zur Prüfung der streitigen Maßnahme vorgelegten Gutachten heranzuziehen, auf die sich die Kläger im Hinblick auf die Ermittlung dieses Marktpreises berufen.

61 Aus einer Gesamtbetrachtung der angefochtenen Entscheidung ergibt sich, dass die Kläger zu Unrecht behaupten, die Kommission gehe „davon aus, eine Privatisierung müsste im Wege eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Bietverfahrens erfolgen“. Die Kommission hat sich in ihrer Beurteilung nämlich auf die Feststellung beschränkt, dass sie „bei der beihilferechtlichen Würdigung einer Maßnahme im Rahmen einer Privatisierung von mehreren Grundsätzen aus[gehe], die sie im XXIII. Wettbewerbsbericht … sowie in ihrer weiteren Praxis festgeschrieben [habe]“.

62 Nr. 403 des *XXIII. Berichts über die Wettbewerbspolitik* hat folgenden Wortlaut:

„Aus Gründen der Transparenz sollen die allgemeinen Grundsätze, welche die Kommission auf Privatisierungen anwendet und die sich im Laufe der Jahre aus der Prüfung von Einzelfällen ergeben haben, nochmal aufgeführt werden.

Gemäß Artikel 222 [EG] lässt das Gemeinschaftsrecht die Eigentumsordnung der privaten oder öffentlichen Unternehmen unberührt. Deshalb kommen Beihilfen, welche die Privatisierung erleichtern, nicht als solche in den Genuss einer Ausnahme vom Grundsatz der Unvereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne von Artikel 92 Absatz 1.

Geschieht die Privatisierung durch den Verkauf von Aktien über die Börse, wird generell davon ausgegangen, dass die Veräußerung zu Marktbedingungen erfolgt und kein Beihilfeelement enthalten ist. Werden vor der Veräußerung Schulden abgeschrieben oder vermindert, entsteht solange keine Beihilfevermutung wie der Erlös der Veräußerung die Schuldenreduzierung übersteigt.

Wird das Unternehmen nicht über die Börse privatisiert, sondern als Ganzes oder in Teilen an andere Unternehmen verkauft, sind folgende Bedingungen einzuhalten, damit ohne weitere Prüfung davon ausgegangen werden kann, dass kein Beihilfeelement enthalten ist:

— Es muss ein Ausschreibungswettbewerb stattfinden, der allen offensteht, transparent ist und an keine weiteren Bedingungen geknüpft ist wie den Erwerb anderer Vermögenswerte, für die nicht geboten wird, oder die Weiterführung bestimmter Geschäftstätigkeiten;

— das Unternehmen muss an den Meistbietenden veräußert werden und

— die Bieter müssen über genügend Zeit und Informationen verfügen, um eine angemessene Bewertung der Vermögenswerte vornehmen zu können, auf die sich ihr Angebot stützt.

Privatisierungen, die durch Börsenverkauf oder Ausschreibungswettbewerb zu den oben genannten Bedingungen erfolgen, müssen der Kommission nicht im Voraus zur Prüfung möglicher Beihilfeelemente mitgeteilt werden; allerdings können die Mitgliedstaaten eine Mitteilung machen, wenn sie zusätzliche Rechtssicherheit wünschen. In anderen Fällen müssen Verkäufe auf etwaige Beihilfeelemente überprüft und deshalb notifiziert werden. Dies gilt insbesondere für folgende Fälle:

— Verkäufe nach Verhandlungen mit einem einzigen potenziellen Käufer oder einigen ausgewählten Bietern;

— Verkäufe, denen eine Schuldentilgung durch den Staat, sonstige öffentliche Unternehmen oder eine öffentliche Körperschaft vorausging;

— Verkäufe, denen eine Umwandlung der Schulden in Aktienkapital oder Kapitalaufstockungen vorausgingen und

— Verkäufe zu Bedingungen, die bei vergleichbaren Transaktionen zwischen Privatparteien nicht üblich sind.

In diesen Fällen darf keine Diskriminierung potenzieller Käufer aufgrund der Staatsangehörigkeit vorgenommen werden.

Jeder Verkauf zu Bedingungen, die nicht als handelsüblich betrachtet werden können, muss zunächst von unabhängigen Beratern bewertet werden. Privatisierungsvorhaben in sensiblen Sektoren (Kunstfasern, Textil, Kraftfahrzeuge usw.) müssen der Kommission im Voraus mitgeteilt werden.“

63 Wie die Kläger selbst einräumen, soll durch die in diesem Bericht aufgeführten Leitlinien lediglich klargestellt werden, in welchen Fällen vermutet wird, dass von den Mitgliedstaaten geplante Privatisierungsmaßnahmen kein Beihilfeelement enthalten, und diese daher nicht mitgeteilt zu werden brauchen, es sei denn, die nationalen Behörden wünschten, sich der Rechtssicherheit in Bezug auf den Vorgang zu vergewissern.

64 Aus diesen Handreichungen ergibt sich auch nicht, dass die Kommission in allen Fällen die Durchführung eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Ausschreibungswettbewerbs verlangte. Sie geben nur an, dass ein solches Verfahren, wenn es durchgeführt wird, eine Reihe von Bedingungen erfüllen muss, damit angenommen werden kann, dass die betreffende Privatisierung den Vorschriften des Unionsrechts im Bereich der staatlichen Beihilfen genügt.

65 Auch was die etwaige Zulässigkeit von Gutachten angeht, um den Marktpreis der zu privatisierenden Einrichtung zu bestimmen, bietet dieser Bericht nichts Einschlägiges. In Bezug auf Gutachten wird insoweit lediglich darauf hingewiesen, dass „[j]eder Verkauf zu Bedingungen, die nicht als handelsüblich betrachtet werden können, … zunächst von unabhängigen Beratern bewertet werden [muss]“. Dieser letztgenannte Fall ist hier aber gerade nicht gegeben, da die Kommission im Rahmen des zur Privatisierung der BB durchgeführten Ausschreibungsverfahrens ausdrücklich ausschloss, dass es sich um einen zu besonderen Handelsbedingungen abgeschlossenen Verkauf gehandelt habe (vgl. in diesem Sinne Randnrn. 111 und 112 der angefochtenen Entscheidung).

66 Nach alledem ist das Vorbringen der Kläger, die Kommission sei unter Berufung auf den *XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik* entgegen dem Grundsatz der Gleichheit privater Wirtschaftsteilnehmer und öffentlich-rechtlicher Personen davon ausgegangen, dass im Fall des Verkaufs eines Unternehmens zum Zweck seiner Privatisierung der Marktpreis nur durch ein Ausschreibungsverfahren bestimmt werden könne, keineswegs untermauert.

67 Aus allen diesen Gründen ist es entbehrlich, sich zur rechtlichen Bedeutung des *XXIII. Berichts über die Wettbewerbspolitik* zu äußern, der – wie vorstehend erwähnt worden ist – nur den Zweck hatte, im Bemühen um Transparenz und Klarheit die Mitgliedstaaten auf die allgemeinen Leitlinien hinzuweisen, die die Kommission bei der Prüfung von Maßnahmen befolgt, die im Rahmen der Privatisierung von Unternehmen getroffen werden.

68 Im Rahmen des ersten Klagegrundes bleibt daher weiter zu prüfen, ob die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler beging, soweit sie es ablehnte, die verschiedenen Gutachten zu berücksichtigen, auf die sich die Kläger im vorliegenden Fall zum Zweck der Bestimmung des Marktpreises der BB berufen haben.

69 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass der Marktpreis eines Unternehmens, der im Allgemeinen durch das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage gebildet wird, dem höchsten Preis entspricht, den ein privater Investor unter normalen Wettbewerbsbedingungen für das Unternehmen zu zahlen bereit wäre (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 29. April 2004, Deutschland/Kommission, C-277/00, Slg. 2004, I-3925, Randnr. 80, und die oben in Randnr. 48 angeführte Rechtsprechung).

70 Beabsichtigt die öffentliche Hand, ein ihr gehörendes Unternehmen zu verkaufen, und bedient sie sich hierfür eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens, kann daher vermutet werden, dass der Marktpreis dem höchsten Angebot entspricht, wobei erstens festzustellen ist, ob dieses Angebot verpflichtend und verlässlich ist, und zweitens, ob es nicht gerechtfertigt ist, andere wirtschaftliche Faktoren als den Preis, wie zwischen den Angeboten bestehende außerbilanzielle Risiken, zu berücksichtigen. Daher begeht die Kommission keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler, wenn sie davon ausgeht, dass das Beihilfeelement anhand des Marktpreises bewertet werden kann, der seinerseits grundsätzlich anhand der im Rahmen einer Ausschreibung konkret abgegebenen Angebote gebildet wird.

71 Unter diesen Umständen kann der Kommission nicht vorgeworfen werden, die in Randnr. 68 der angefochtenen Entscheidung erwähnten unabhängigen Wertgutachten nicht berücksichtigt zu haben, die für die von den Klägern vertretene Ansicht sprächen, dass der von GRAWE für den Kauf der BB gebotene Preis dem Marktpreis entspreche.

72 Die Heranziehung solcher Gutachten zur Bestimmung des Marktpreises der BB hätte nämlich nur dann einen Sinn, wenn im Hinblick auf deren Verkauf gar kein Ausschreibungsverfahren durchgeführt worden wäre, oder möglicherweise auch dann, wenn man zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass das durchgeführte Ausschreibungsverfahren nicht offen, transparent und bedingungsfrei gewesen sei. Insoweit lässt sich nicht bestreiten, dass Angebote, die im Rahmen des zur Privatisierung eines bestimmten Unternehmens eingeleiteten Ausschreibungsverfahrens gültig und tatsächlich abgegeben wurden, grundsätzlich einen besseren Näherungswert für den Marktpreis dieser Einrichtung bilden als unabhängige Wertgutachten. Solche Gutachten beruhen nämlich unabhängig davon, welche Methode und Parameter für ihre Erstellung gewählt werden, auf einer prognostischen Prüfung und führen daher zu einer Ermittlung des Marktpreises des betreffenden Unternehmens von geringerer Wertigkeit als der, die sich aus im Rahmen eines regelgerecht durchgeführten Ausschreibungsverfahrens konkret und gültig eingereichten Angeboten ergibt.

73 Aus den gleichen Gründen kann der Kommission weder vorgeworfen werden, dass sie es nicht für erforderlich hielt, durch einen unabhängigen Gutachter eine *Ex-post*-Analyse erstellen zu lassen, noch eine Versäumnis ihrer Pflicht, die Maßnahmen, über die sie zu befinden hat, sorgfältig und unvoreingenommen zu prüfen. Wie den Randnrn. 112 und 113 der angefochtenen Entscheidung eindeutig zu entnehmen ist, ging die Kommission davon aus, dass bei Vorliegen verbindlicher Kaufangebote für die BB den unabhängigen Wertgutachten als solchen unabhängig von deren Verfasser, dem Zeitpunkt ihrer Erstellung oder der gewählten Analysemethode für die Feststellung, ob der von GRAWE für die Übernahme der BB gezahlte Preis dem Marktpreis entsprach, keine

Bedeutung zukomme. Im Übrigen haben die Kläger nicht nachgewiesen, dass es die Kommission versäumt hätte, alle ihr insbesondere von den österreichischen Behörden während des Verwaltungsverfahrens zugeleiteten Informationen und Bewertungen zu berücksichtigen.

74 Folglich ist der erste Klagegrund zurückzuweisen.

75 Mit ihrem zweiten Klagegrund, der mit dem ersten eng verknüpft ist, möchten die Kläger dartun, dass die angefochtene Entscheidung von der Entscheidungspraxis, die die Kommission bisher verfolgt habe, insoweit abweiche, als die Kommission erstmals verlangt habe, dass ein Mitgliedstaat, der ein ihm gehörendes Unternehmen privatisieren wolle, einen offenen, transparenten und bedingungsfreien Ausschreibungswettbewerb durchführe.

76 Hierzu erinnert das Gericht daran, dass der Begriff der staatlichen Beihilfe ein Rechtsbegriff und anhand objektiver Kriterien auszulegen ist (vgl. Urteil Valmont/Kommission, oben in Randnr. 47 angeführt, Randnr. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die Einstufung einer Maßnahme als staatliche Beihilfe kann daher nicht von einer subjektiven Beurteilung durch die Kommission abhängen und ist, deren tatsächliches Bestehen unterstellt, unabhängig von jeder früheren Verwaltungspraxis der Kommission zu bestimmen (vgl. in diesem Sinne und entsprechend Urteil des Gerichtshofs vom 30. September 2003, Freistaat Sachsen u. a./Kommission, C-57/00 P und C-61/00 P, Slg. 2003, I-9975, Randnrn. 52 und 53, und Urteil des Gerichts vom 15. Juni 2005, Regione autonoma della Sardegna/Kommission, T-171/02, Slg. 2005, II-2123, Randnr. 177).

77 Unter diesen Voraussetzungen können die Kläger nicht unter Berufung auf die frühere Entscheidungspraxis einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz geltend machen. Da die Kommission die Umstände jedes Einzelfalls individuell prüfen muss, ist sie durch frühere Entscheidungen nicht gebunden.

78 Jedenfalls haben die Kläger, die sich in allgemeinen Behauptungen ergehen, wonach die Kommission Privatisierungen bisher stets „gerettet“ habe, darzulegen versäumt, inwieweit die Umstände, unter denen die von ihnen angeführten Entscheidungen ergangen sind, und die diesen Entscheidungen zugrunde liegenden rechtlichen Erwägungen den im vorliegenden Fall in Rede stehenden vergleichbar sind. Insbesondere ist nicht aufgezeigt worden, dass eine dieser Entscheidungen einen Fall betraf, in dem wie hier angenommen wurde, dass der Marktpreis des zu veräußernden Gegenstands oder der zu veräußernden Einheit im Wege eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens rechtsgültig festgelegt worden war.

79 Nach alledem kann der zweite Klagegrund unter keinem Gesichtspunkt Erfolg haben.

80 Der sechste Klagegrund, mit dem gerügt wird, die Kommission habe die Beweislast und die Beibringungspflichten verkannt, die den Bietern in einem zur Privatisierung eines Unternehmens durchgeführten Ausschreibungsverfahren oblägen, lässt von vornherein erkennen, dass die Kläger in ihrem Vorbringen die Bietern im Rahmen jedweden Ausschreibungsverfahrens obliegenden Beibringungspflichten einerseits und das der Kommission vorgegebene Erfordernis, mutmaßliche Beihilfemaßnahmen sorgfältig und unvoreingenommen zu prüfen, andererseits miteinander vermengen.

81 Zu den Beibringungspflichten der Bieter in einem Vergabeverfahren tragen die Kläger im Wesentlichen vor, dass das Konsortium den Nachweis hätte erbringen müssen, dass es zahlungsfähig gewesen sei und dass die FMA sich für einen Verkauf der BB an das Konsortium ausgesprochen hätte.

82 Wie die Kommission zu Recht festgestellt hat, war das Konsortium aber gerade nicht in der Lage, auch nur den geringsten Hinweis auf den günstigen oder ungünstigen Ausgang des Genehmigungsverfahrens vor der FMA für den Fall zu geben, dass sich das Land Burgenland für das Angebot des Konsortiums entschieden hätte. Im Übrigen wäre es, da das vom Konsortium abgegebene

Kaufpreisangebot deutlich höher war als das von GRAWE eingereichte und daher das Vorliegen eines Vorteils zu deren Gunsten nicht ausgeschlossen werden konnte, gerade Sache der zuständigen Behörden gewesen, gewichtige Anhaltspunkte dafür beizubringen, dass die von der FMA durchgeführte Prüfung zu einem Verbot des Verkaufs der BB an das Konsortium geführt hätte, was sie jedoch versäumt haben.

83 Was den Nachweis der Zahlungskraft und Zahlungsfähigkeit des Konsortiums betrifft, hat ersichtlich keiner der am förmlichen Prüfverfahren Beteiligten dessen Fähigkeit in Zweifel gezogen, die zur Entrichtung des gebotenen Kaufpreises erforderlichen Mittel aufzubringen. Im Übrigen geht aus den Akten hervor, dass der Nachweis der Fähigkeit eines Bieters, den gebotenen Kaufpreis zu entrichten, grundsätzlich in einem frühen Stadium des Vergabeverfahrens beurteilt wird, nämlich im Stadium der Due-Diligence-Prüfung, die nach den Ausführungen der Kläger eine Prüfung der Bilanzen sowie der persönlichen und materiellen Ressourcen der Bieter einschließt, deren Angebot als feststehend und zulässig beurteilt wurde. Es ist jedoch festzustellen, dass das Angebot des Konsortiums erst im Endstadium der im Rahmen dieses Verfahrens geführten Verhandlungen ausgeschlossen wurde, da, wie in Randnr. 53 der angefochtenen Entscheidung erwähnt wird, „Österreich weiterhin davon ausgegangen [sei], dass das Konsortium, so wie in den Verhandlungen angekündigt, einen finanzkräftigen Geschäftspartner beibringen würde“.

84 Die anderen von den Klägern angesprochenen Aspekte im Zusammenhang mit der Fähigkeit des Konsortiums, im Fall der Übernahme der BB etwaige Liquiditätsprobleme zu meistern (vgl. Randnrn. 78 und 79 der angefochtenen Entscheidung über die „Refinanzierung der BB nach ihrer Veräußerung“), sind – abgesehen davon, dass sie nur dann von Bedeutung wären, wenn die Ausfallhaftung zu berücksichtigen wäre, was nachstehend zu prüfen sein wird (vgl. unten, Randnrn. 149 ff.) – jedenfalls ebenso wenig stichhaltig. Der angefochtenen Entscheidung ist nämlich zu entnehmen, dass das Konsortium zu keiner Zeit dem Grundsatz nach den Abfluss von Einlagen und die Kündigung von Interbankkreditlinien ausgeschlossen hat (auch wenn es deren Umfang niedriger veranschlagte als die Kommission) und dass es zum Zwecke der Garantie Absichtserklärungen verschiedener Banken vorgelegt hat (vgl. Randnr. 78 der angefochtenen Entscheidung). Unter diesen Umständen lässt sich nicht vertreten, dass das Konsortium keinerlei Nachweis seiner Zahlungsfähigkeit erbracht hätte.

85 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Kläger auf eine vom Gericht in der mündlichen Verhandlung gestellte Frage, ob und inwieweit sie die wirtschaftliche Fähigkeit des Konsortiums zum Aufbringen des Kaufpreises für die BB in Höhe von 155 Mio. Euro in Zweifel zögen, bestätigt haben, dass sie den Umstand, dass das Konsortium zur Zahlung dieses Preises imstande sei, keineswegs in Frage gestellt hätten.

86 Aufgrund all dieser Erwägungen ist der sechste Klagegrund zurückzuweisen.

87 Zum siebten Klagegrund schließlich, mit dem gerügt wird, dass das Angebot des Konsortiums nicht als Grundlage für die Ermittlung des Marktwerts habe dienen können, ist darauf hinzuweisen, dass, wie sich aus der Prüfung des ersten Klagegrundes ergibt (vgl. oben insbesondere Randnr. 70), in einem Fall, in dem die öffentliche Hand beabsichtigt, ein ihr gehörendes Unternehmen zu verkaufen, und sich hierfür eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens bedient, vermutet werden kann, dass der Marktpreis dem höchsten Angebot entspricht, wobei erstens festzustellen ist, ob dieses Angebot verpflichtend und verlässlich ist, und zweitens, ob es nicht gerechtfertigt ist, andere wirtschaftliche Faktoren als den Preis, wie zwischen den Angeboten bestehende außerbilanzielle Risiken, zu berücksichtigen.

88 Mithin begeht die Kommission keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler, wenn sie davon ausgeht, dass das Beihilfeelement anhand des Marktpreises bewertet werden kann, der seinerseits anhand der im Rahmen der Ausschreibung konkret abgegebenen Angebote gebildet wird.

89 Im Übrigen sind aus der Sicht des marktwirtschaftlich handelnden privaten Verkäufers die subjektiven strategischen Gründe, die einen bestimmten Bieter veranlassen, ein Gebot in bestimmter Höhe abzugeben, nicht ausschlaggebend. Der marktwirtschaftlich handelnde private Verkäufer wird sich grundsätzlich für das höchste Kaufangebot entscheiden, und zwar unabhängig von den Gründen, die die potenziellen Käufer dazu bewogen haben, Angebote in bestimmter Höhe abzugeben. Daher ist die Behauptung der Kläger, bei der Höhe des Angebots des Konsortiums habe es sich um einen „Mondpreis“ gehandelt, zurückzuweisen.

90 Zum Vorbringen der Kläger, die Kommission könne nicht auf Ergebnisse eines Vergabeverfahrens abstellen, das sie selbst für fehlerhaft gehalten habe, genügt der Hinweis, dass die Kommission, während sie im Stadium der Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens insbesondere unter dem Blickwinkel der Wahrung der Gleichbehandlung der Bieter Zweifel daran hegte, dass die Ausschreibung regelgerecht gewesen sei (vgl. hierzu Randnr. 42 der angefochtenen Entscheidung), zu dem Ergebnis gelangte, dass die Mängel, mit denen die Ausschreibungsbedingungen behaftet waren, keinen Einfluss auf die Höhe der konkret abgegebenen Angebote gehabt hätten und dass daher das nominell höhere Angebot einen guten Näherungswert für den Marktpreis dargestellt habe (vgl. Randnr. 143 der angefochtenen Entscheidung).

91 Im Übrigen ist in Fortführung der im Rahmen des zweiten Klagegrundes dargelegten Erwägungen zu konstatieren, dass die Berufung auf die angebliche ständige Entscheidungspraxis der Kommission den von den Klägern vertretenen Standpunkt gleichfalls nicht stützt. Insbesondere was die Sachen betrifft, in denen die Entscheidung 2000/513/EG der Kommission vom 8. September 1999 über die von Frankreich dem Unternehmen Stardust Marine gewährten Beihilfen (ABl. 2000, L 206, S. 6) und die Entscheidung 2000/628/EG der Kommission vom 11. April 2000 über die von Italien der „Centrale del Latte di Roma“ gewährten Beihilfen (ABl. L 265, S. 15) ergingen, auf die die Kläger verweisen, genügt die Feststellung, dass sie Fälle betrafen, in denen es an der Durchführung eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens gerade fehlte.

92 Der siebte Klagegrund ist daher ebenfalls zurückzuweisen.

Zum dritten Klagegrund, mit dem eine fehlerhafte Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EG gerügt wird, da die Kommission es abgelehnt habe, den ungewissen Ausgang und eine mögliche lange Dauer des Genehmigungsverfahrens vor der FMA im Fall eines Verkaufs der BB an das Konsortium zu berücksichtigen

Vorbringen der Parteien

93 Die Kläger rügen, die Kommission habe im Rahmen der Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden privaten Verkäufers keine vollständige Prüfung der Transaktionssicherheit vorgenommen. Sie werfen der Kommission vor, bei der Bewertung und dem Vergleich der Angebote zur Übernahme der BB den ungewissen Ausgang und die mögliche Dauer des Prüfverfahrens vor der FMA im Fall eines Verkaufs an das Konsortium nicht ausreichend berücksichtigt zu haben. Ein privater Verkäufer hätte aber genau aus diesen Gründen das bis zum 31. März 2006 befristete GRAWE-Angebot gewählt, das zwar niedriger als das vom Konsortium eingereichte, aber in Anbetracht der in Randnr. 68 der angefochtenen Entscheidung angeführten Gutachten und der Erfahrungen der vorhergehenden Versuche, die BB zu privatisieren, ein überaus interessantes Angebot gewesen sei.

94 Mit ihrer Behauptung, die Dauer des von der Aufsichtsbehörde durchgeführten Prüfverfahrens könne nicht den Ausschluss eines Bieters von einem Ausschreibungsverfahren rechtfertigen, da dies zu einer Diskriminierung ausländischer Bieter führte (vgl. Randnr. 130 der angefochtenen Entscheidung), verkenne die Kommission, dass zwischen der Rolle des Staates als privater Verkäufer und derjenigen unterschieden werden müsse, die er als Finanzmarktregulierungsbehörde hoheitlich wahrnehme. In

Anbetracht der Unabhängigkeit der FMA und der Regeln, denen diese unterliege, seien die österreichischen Behörden insoweit nicht in der Lage, irgendwelche Informationen zum Ausgang des Genehmigungsverfahrens zu erlangen. Außerdem betreffe der Vorwurf der Kommission keine Frage des Beihilferechts (sondern vielmehr der Niederlassungs- bzw. Kapitalverkehrsfreiheit) und verkenne die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern.

95 Auch entspreche im vorliegenden Fall die Handlungsweise des Landes Burgenland, dass zunächst der Erwerber ausgesucht und danach die erforderlichen Genehmigungen eingeholt worden seien, nicht nur dem Verhalten eines privaten Veräußerers, sondern sei auch in der Entscheidungspraxis der Kommission anerkannt.

96 Wie u. a. aus einem auf den 3. März 2008 datierten und der Kommission am 5. März 2008 vorgelegten Schreiben der beratenden HSBC hervorgehe, habe es im vorliegenden Fall zahlreiche Indizien gegeben, die gegen die Genehmigungsfähigkeit des Verkaufs der BB an das Konsortium gesprochen hätten.

97 Zunächst einmal hätten die Mitglieder des Konsortiums nicht über ein Rating einer international anerkannten Ratingagentur verfügt, obwohl es sich dabei, wie die Kommission in mehreren ihrer Mitteilungen und Entscheidungen erwähne, um eine unabdingbare Voraussetzung handele, um auf den europäischen Banken- und Kapitalmärkten tätig zu sein.

98 Mangels einer vom Konsortium vorgelegten Bonitätsanalyse hätten die Kläger auf die Praxis der Ratingagenturen zurückgegriffen, wonach ein Unternehmen grundsätzlich kein besseres Rating erhalte als das seines Sitzstaats – hier die Ukraine mit einem Rating von bestenfalls „BB“ („sub investment grade“).

99 Die Kläger verweisen außerdem auf die Mängel des vom Konsortium vorgelegten Businessplans (vgl. Schreiben der österreichischen Behörden vom 1. März 2007), die fehlende Erfahrung des Konsortiums im europäischen Bankenmarkt und das Vorhaben des Konsortiums, eine neue Geschäftspolitik für die BB zu betreiben, die letztlich, wie den Kommentaren von HSBC zu entnehmen sei, zu einem Verlust wesentlicher Teile von deren Eigenkapital und somit zu einer Inanspruchnahme des Landes Burgenland aufgrund der Ausfallhaftung hätte führen können. Diese Gesichtspunkte wären von der FMA zwangsläufig berücksichtigt worden, die in Anwendung der Kriterien des § 5 Abs. 1 Z 3 des Bankwesengesetzes (im Folgenden: BWG) beurteilen müsse, ob das Konsortium Gewähr für eine wirtschaftlich solide und umsichtige Führung der BB nach deren Übernahme biete, was die Kommission unter Verstoß gegen die nach Art. 253 EG bestehende Begründungspflicht zu prüfen unterlassen habe.

100 Die pessimistische Einschätzung hinsichtlich der Genehmigung der FMA im Fall der Veräußerung der BB an das Konsortium werde auch durch die Informationen über die strukturellen und funktionellen Schwächen des ukrainischen Bankensystems gestützt, die sich insbesondere aus den periodischen Berichten des Internationalen Währungsfonds ergäben. Diese Berichte seien von den österreichischen Behörden im Lauf des förmlichen Verfahrens ausdrücklich erwähnt worden und jedenfalls öffentlich zugänglich. In ihrer Erwiderung legen die Kläger dar, dass die jüngste Entwicklung des ukrainischen Bankensektors die von ihnen zur Zeit der maßgeblichen Vorgänge geäußerten Befürchtungen bestätigt habe.

101 Es sei auch der Umstand zu berücksichtigen gewesen, dass die Erfüllung der der FMA obliegenden Aufsichtspflicht im Fall eines Erwerbs der BB durch das Konsortium mangels einer institutionalisierten Zusammenarbeit zwischen der FMA und den ukrainischen Behörden, beispielsweise durch ein mit der ukrainischen Nationalbank geschlossenes „Memorandum of Understanding“, erschwert gewesen wäre.

102 Außerdem habe sich das Land Burgenland nicht nur auf seine eigene Einschätzung verlassen, sondern informell auch Kontakt mit der FMA aufgenommen, um die Belastbarkeit ihrer eigenen Prognose hinsichtlich der von dieser Behörde dem Konsortium zu gewährenden Genehmigung zu erhöhen. Nach Auskunft der FMA sei der Ausgang des Verfahrens zur Genehmigung des Erwerbs der BB durch das Konsortium völlig offen gewesen, doch habe festgestanden, dass bei einem Erwerb der BB durch das Konsortium dieses Verfahren zunächst mit einer Untersagung geendet hätte. Die Ungewissheit und längere Dauer bei diesem Erwerb seien für das Land Burgenland in seiner Eigenschaft als privater Verkäufer aber nicht hinnehmbar gewesen. Wie die Republik Österreich in einem Schreiben vom 1. Juni 2006 mitgeteilt habe, sei das Land Burgenland danach davon ausgegangen, „dass die FMA den Erwerb der Bank durch das Konsortium wahrscheinlich nicht genehmigen würde bzw. nicht genehmigen könnte“. Die Feststellungen in dem im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ergangenen Beschluss des Landesgerichts Eisenstadt (Österreich) vom 26. Mai 2006 bestätigten diese Sachlage. Aus den Gesprächen, die die zuständigen Behörden mit der FMA geführt hätten, habe sich seinerzeit ergeben, dass im Fall eines Verkaufs der BB an GRAWE mit einer Nichtuntersagung innerhalb weniger Wochen zu rechnen gewesen wäre. Demgegenüber habe die FMA zu verstehen gegeben, dass dieses Verfahren bei einem Verkauf der BB an das Konsortium wahrscheinlich sechs Monate und schlimmstenfalls ein Jahr dauern würde. Es stehe außer Zweifel, dass das Genehmigungsverfahren vor der FMA im Fall eines Verkaufs an das Konsortium wesentlich länger gedauert hätte und sein Ausgang erheblich unsicherer gewesen wäre.

103 Schließlich habe die Kommission das Kriterium des privaten Verkäufers fehlerhaft angewandt, indem sie in Bezug auf den Verkauf der BB an GRAWE den Nachweis gefordert habe, es müsse offensichtlich sein, dass der Verkauf an das Konsortium nicht durchführbar gewesen wäre bzw. dass die FMA einen Verkauf an das Konsortium mit Sicherheit untersagt hätte. Wie die beratende HSBC in ihrer Stellungnahme vom Mai 2006 ausdrücklich erläutert habe, hätte ein verständiger privater Veräußerer nach der Maximierung des Erwartungswerts des Kaufpreises, definiert als das mit den Eintrittswahrscheinlichkeiten gewichtete Kaufpreisangebot, gestrebt. Da der Erwartungswert des von GRAWE eingereichten Kaufpreisangebots deutlich über dem des Konsortiums gelegen habe, sei die Entscheidung des Landes Burgenland für GRAWE richtig gewesen, wenn man bedenke, dass der von GRAWE gebotene geringere nominale Kaufpreis durch die erheblich höhere Transaktionssicherheit mehr als aufgewogen worden sei. Die Kommission habe, mit anderen Worten, in ihre Analyse die bei 50 % liegende Wahrscheinlichkeit einer etwaigen Nichtgenehmigung des Verkaufs an das Konsortium durch die FMA nicht einbezogen.

104 In ihrer Erwiderung weisen die Kläger darauf hin, dass die Kommission sich im Hinblick auf die Genauigkeit widerspreche, mit der das Land Burgenland den Ausgang des Verfahrens vor der FMA habe vorhersehen können: Zwar erkenne sie einerseits an, dass der Ausgang dieses Verfahrens nicht im Voraus genau abschätzbar gewesen sei, doch verlange sie an anderer Stelle, dass die Verweigerung der Genehmigung des Erwerbs der BB durch den Meistbietenden offensichtlich sein müsse.

105 Die Kommission weist die von den Klägern erhobenen Vorwürfe zurück.

Würdigung durch das Gericht

106 Der vorliegende Klagegrund betrifft die in Randnr. 121 (a. E.) der angefochtenen Entscheidung angesprochene Problematik der Genehmigung, die die zuständige Finanzmarktbehörde, also die FMA, im Rahmen des Privatisierungsvorgangs zu erteilen hat. Die Kläger tragen nämlich vor, dass der ungewisse Ausgang und die Dauer des Genehmigungsverfahrens in dem Fall, in dem die BB an das Konsortium verkauft worden wäre, es gerechtfertigt hätten, die BB letztendlich an GRAWE zu verkaufen, obwohl das von dieser abgegebene Angebot niedriger war.

107 Die Parteien sind sich insoweit darüber einig, dass sich – wie in Randnr. 120 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt – ein nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnder Verkäufer für das niedrigere Angebot entscheiden könne, wenn offensichtlich sei, dass der Verkauf an den Meistbietenden nicht durchführbar sei. Konkret ist zu betonen, dass die Kommission, anders als die Kläger anklingen lassen, in Randnr. 125 der angefochtenen Entscheidung eindeutig anerkannt hat, dass sich ein marktwirtschaftlich handelnder Verkäufer nicht für einen Käufer entschieden hätte, der aller Wahrscheinlichkeit nach nicht die erforderlichen Genehmigungen der zuständigen Behörden erhalten hätte.

108 Das Gericht hat daher zu prüfen, ob die von der Kommission gezogene Schlussfolgerung, dass die von den Klägern vorgebrachten Anhaltspunkte – mit denen belegt werden sollte, dass erstens eine Genehmigung des Verkaufs der BB an das Konsortium durch die FMA ungewiss gewesen sei und zweitens das Genehmigungsverfahren vor der FMA im Fall eines Verkaufs der BB an das Konsortium länger gedauert hätte – nach dem Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden privaten Wirtschaftsteilnehmers eine Entscheidung für den Verkauf der BB an GRAWE nicht gerechtfertigt hätten, auf einem offensichtlichen Beurteilungsfehler beruht.

109 Was, als einen ersten Aspekt in diesem Zusammenhang, den eigentlichen Gehalt des Genehmigungsverfahrens betrifft, geht aus dem Akteninhalt hervor, dass nach dem zur Zeit der maßgebenden Ereignisse gültigen § 20 Abs. 3 BWG der Erwerb einer qualifizierten Beteiligung an einem österreichischen Kreditinstitut anzeige- und genehmigungspflichtig war.

110 Die Prüfung des Erwerbs einer qualifizierten Beteiligung erfolgt durch einen sogenannten „Fit & Proper“-Test, der in § 5 Abs. 1 BWG definiert ist. Wie insbesondere aus den von den Parteien nicht beanstandeten Randnrn. 125 und 126 der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, kann die FMA nach § 20 BWG den Erwerber einer Bank einer Prüfung nach Maßstäben der Eignung und Erfahrung erst dann unterziehen, wenn die Verhandlungsparteien einen bindenden Kaufvertrag geschlossen haben. Folglich kann die FMA in der Praxis keine gleichzeitige Bewertung mehrerer potenzieller Erwerber durchführen. Außerdem hat die FMA gegenüber der Kommission bestätigt, dass sie die Prüfung des Erwerbs einer qualifizierten Beteiligung erst dann aufnehme, wenn bei den beiden an der Transaktion beteiligten Parteien eine konkrete und offen bekundete Erwerbs- bzw. Verkaufsabsicht bestehe. Im vorliegenden Fall musste sich das Land Burgenland daher endgültig für eines der beiden Kaufangebote für die BB entscheiden, bevor das Verfahren zur Genehmigung der Übernahme vor der FMA eingeleitet werden konnte. Außerdem unterliegt die FMA, wie die österreichischen Behörden selbst ausgeführt haben, als unabhängige Verwaltungsbehörde der Verpflichtung zur Vertraulichkeit und Unvoreingenommenheit. Sie kann daher nicht im Voraus Prognosen über den Ausgang eines eingeleiteten Genehmigungsverfahrens abgeben.

111 Zwischen den Parteien besteht ferner Einigkeit darüber, dass die FMA den Erwerb binnen drei Monaten nach der Anzeige untersagen kann und andernfalls der Erwerb als genehmigt gilt. Ist die FMA der Ansicht, dass sie für ihre Prüfung einer längeren Zeit als der eingeräumten drei Monate bedürfe, muss sie vor Ablauf der Dreimonatsfrist den Erwerb zunächst untersagen. Diese Untersagung nimmt jedoch die endgültige Entscheidung der FMA über den Erwerb der qualifizierten Beteiligung nicht vorweg.

112 Was, als zweiten Aspekt in diesem Kontext, speziell das Vorbringen der Kläger angeht, so besteht es im Wesentlichen erstens aus allgemeinen Erwägungen zur zurückhaltenden oder gar abweisenden Haltung, die die Regulierungsbehörden gegenüber Wirtschaftsteilnehmern aus der Ukraine generell eingenommen oder einzunehmen hätten, zweitens aus Angaben zur Situation der Mitglieder des Konsortiums und drittens aus von der FMA selbst gemachten Angaben.

113 Insoweit sind, erstens, die allgemeinen Erwägungen zu der äußerst reservierten Haltung, die die Regulierungsbehörden (unter Berücksichtigung insbesondere der Harmonisierung der für die aufsichtsrechtliche Beurteilung des Erwerbs und der Erhöhung von Beteiligungen im Finanzsektor

geltenden Verfahrensregeln und Bewertungskriterien auf europäischer Ebene) gegenüber natürlichen oder juristischen Personen mit Wohnsitz oder Sitz in der Ukraine angeblich tatsächlich – wie das Beispiel der Entscheidung der deutschen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zeige, mit der die Übernahme der NordFinanz Bank AG durch eine ukrainische Gruppe nach 13 Monaten Prüfdauer untersagt worden sei, oder auch die Weigerung im Jahr 1994, einem Vorgänger eines der Mitglieder des Konsortiums (SLAV) eine Bankkonzession zu erteilen – eingenommen hätten oder im Allgemeinen einnehmen müssten, für die Zwecke der vorliegenden Rechtssache weder einschlägig noch sachlich überzeugend.

114 Zunächst einmal sind diese Umstände nicht geeignet, auch nur den geringsten Hinweis auf den konkreten Ausgang zu geben, den das Genehmigungsverfahren vor der FMA in dem Fall genommen hätte, in dem das Land Burgenland entschieden hätte, die BB an das Konsortium zu veräußern. Im vorliegenden Fall ging es nicht darum, festzustellen, ob die Institute des ukrainischen Bankensektors Verpflichtungen und Kontrollen von ausreichender Qualität unterliegen, also einer solchen, die der Qualität der in den Mitgliedstaaten der Union geltenden Verpflichtungen und durchgeführten Kontrollen gleichwertig ist. Wie die Kommission in eindeutiger Weise ausgeführt hat, ohne dass die Kläger dem widersprochen hätten, dient die von der FMA durchgeführte Prüfung des Erwerbs von Bankbeteiligungen der Feststellung, ob die potenziellen Erwerber in Anbetracht der in § 20 BWG genannten Kriterien der Eignung und Erfahrung den Nachweis ihrer Verlässlichkeit im Hinblick auf eine solide und transparente Führung des betreffenden Kreditinstituts erbringen.

115 Im Übrigen ist festzustellen, dass eine Reihe der im vorliegenden Fall – insbesondere in der Erwiderung – vorgebrachten Erwägungen die Entwicklung neuer Praktiken wegen der weltweiten Finanzkrise betreffen. Wie aber aus der oben in Randnr. 51 angeführten Rechtsprechung hervorgeht, ist die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung der Kommission im Bereich der staatlichen Beihilfen anhand der Informationen zu beurteilen, über die die Kommission beim Erlass der Entscheidung verfügen konnte.

116 Folglich sind nach deren Erlass eingetretene Entwicklungen, die der Kommission naturgemäß nicht zur Kenntnis gelangt sind, nicht zu berücksichtigen. Auch das Vorbringen, das erstens die Umsicht, die die Aufsichtsorgane und Finanzmarktregulierungsbehörden wegen der Finanzkrise fortan walten lassen müssten, und zweitens daraus resultierende etwaige Änderungen einschlägiger Rechtsvorschriften betrifft, ist als unzulässig zurückzuweisen.

117 Sodann geht das Vorbringen der Kläger mit keinem Wort darauf ein, dass der vom Konsortium geäußerte Wunsch, die BB zu erwerben, als Wille interpretiert werden konnte, in Österreich ein Kreditinstitut zu gründen. Insoweit wurde zwar die Integration eines der Mitglieder des Konsortiums, nämlich der Active Bank, von den Klägern angesprochen, doch ist nicht nachgewiesen worden, dass diese Integration erst im Anschluss an einen etwaigen Verkauf der BB an das Konsortium beabsichtigt war. Auch dieser Umstand gehörte nicht zu denen, die im Stadium des Prüfverfahrens vor der FMA zu berücksichtigen waren.

118 Außerdem lassen diese allgemeinen Erwägungen außer Acht, dass die FMA, wie die Kläger in ihrer jeweiligen Klageschrift hervorheben, jeden Antrag auf Erwerb von Beteiligungen an einem Finanzinstitut unvoreingenommen prüfen muss. Der Umstand, dass einige Mitglieder des Konsortiums ursprünglich ihren Sitz in der Ukraine hatten, lässt für sich genommen nicht als schlüssig erscheinen, dass die FMA dem Genehmigungsverfahren einen negativen Ausgang vorbehalten hätte.

119 Was zweitens die von den Klägern in Bezug auf das Konsortium vorgebrachten Indizien betrifft, nämlich das fehlende Rating einer international anerkannten Agentur, die angeblichen Mängel, mit denen sein Geschäftsplan behaftet gewesen sei, seine mangelnde Erfahrung oder auch die Geschäftspolitik, die es innerhalb der BB zu verfolgen beabsichtigt habe, so sind sie im Rahmen der Beurteilung der Erfolgsaussichten des Genehmigungsverfahrens vor der FMA ebenso wenig einschlägig.

120 Zunächst haben die Kläger nicht angegeben, ob und inwieweit diese Umstände von der FMA bei ihrer Beurteilung berücksichtigt worden wären.

121 Ferner äußern die Kläger, wie die Kommission hervorgehoben hat, mit ihrem Vorbringen zu dem angeblich mangelhaften Geschäftsplan des Konsortiums, zu dessen mangelnder Erfahrung oder auch zur Geschäftspolitik, die das Konsortium innerhalb der BB angestrebt habe, in Wirklichkeit Befürchtungen hinsichtlich der geschäftlichen Zukunft der BB, also der zu verkaufenden Einrichtung, die grundsätzlich nichts mit denen zu tun haben, die einen marktwirtschaftlich handelnden Verkäufer beschäftigen.

122 Die Kläger tragen drittens im Wesentlichen vor, informellen Kontakten zur FMA zufolge wäre im Fall des Verkaufs an GRAWE binnen einiger Wochen nach dem Verkauf der BB mit einer Nichtuntersagung zu rechnen gewesen, während im Fall des Verkaufs an das Konsortium mit einem Genehmigungsverfahren von sechs Monaten, ja sogar einem Jahr Dauer zu rechnen gewesen wäre. Diese bei einem Treffen am 31. Januar 2006 gemachten Angaben seien am 2. März 2006 bestätigt worden. Da das Land Burgenland somit darüber unterrichtet gewesen sei, dass der Ausgang des Genehmigungsverfahrens völlig offen gewesen sei, sei es „davon [ausgegangen], dass die FMA den Erwerb der Bank durch das Konsortium wahrscheinlich nicht genehmigen würde bzw. nicht genehmigen könnte“, weshalb es entschieden habe, die BB an GRAWE zu verkaufen.

123 Wie die Kommission in Randnr. 127 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt hat, hat die FMA durch die informelle Aussage, dass der Ausgang des Genehmigungsverfahrens offen sei, jedoch keine Vorentscheidung darüber getroffen, ob dieser Ausgang negativ sein werde oder nicht. Daher hat die Kommission den Sinn der von den österreichischen Behörden übermittelten Informationen nicht missverstanden.

124 Was, als dritten Aspekt, die Berücksichtigung der möglichen Dauer des Genehmigungsverfahrens vor der FMA angeht, ist vorab darauf hinzuweisen, dass nach Ansicht der Kommission die möglicherweise längere Dauer des Verfahrens vor der FMA nicht geeignet war, ein Hindernis für einen Verkauf der BB an das Konsortium zu bilden.

125 Die Kommission begründete ihren Standpunkt insoweit wie folgt (siehe Randnr. 130 der angefochtenen Entscheidung):

„Auch die Länge des FMA-Verfahrens – weniger als drei Monate im Falle der GRAWE, aber bis zu einem Jahr im Falle des Konsortiums – reicht allein nicht aus, um das Konsortium als Käufer auszuschließen. Österreich hat vorgebracht, dass die BB unter der anhaltenden Unsicherheit gelitten hätte, was die Bank letztlich in Schwierigkeiten hätte bringen können. Die Kommission kann dieses Argument weder grundsätzlich noch im konkreten Fall akzeptieren. Grundsätzlich würde dies nämlich einer Diskriminierung aller Bieter außerhalb der Europäischen Union und möglicherweise auch von Bietern aus einem anderen Mitgliedstaat gleichkommen, da dasselbe Argument für jeden der FMA derzeit nicht bekannten Bieter angeführt werden könnte, d. h. für jedes nicht österreichische Unternehmen. Was den konkreten Fall anbetrifft, so stellt die Kommission fest, dass sich die BB zum Zeitpunkt des Verkaufs nicht in Schwierigkeiten befand. Da der Verkauf schon seit dem Jahr 2003 angestrebt wurde, ist auch nicht hinreichend ersichtlich, warum Eile geboten war. Das in diesem Zusammenhang vorgebrachte Argument, dass das Angebot der GRAWE zeitlich befristet gewesen sei, kann ebenfalls nicht akzeptiert werden, da ansonsten zahlreiche Möglichkeiten eröffnet würden, in diskriminierender Weise Einfluss auf Ausschreibungsverfahren zu nehmen.“

126 Es ist festzustellen, dass sich die Kommission der Beurteilung durch die österreichischen Behörden angeschlossen hat, wonach im Fall des Erwerbs der BB durch das Konsortium ein Genehmigungsverfahren von einer Dauer bis zu einem Jahr (auch wenn ihr eine Dauer von sechs

Monaten wahrscheinlicher erschien) zu erwarten gewesen wäre, während im Fall der Übernahme der BB durch GRAWE diese Dauer drei Monate betragen hätte (vgl. Randnr. 130 der angefochtenen Entscheidung).

127 Demgegenüber verwarf die Kommission aus zwei Gründen die Auffassung, dass dieser Umstand geeignet gewesen sei, das Konsortium auszuschließen: der erste Grund theoretischer Natur betraf die Gefahr einer Diskriminierung aller nichtösterreichischen Bieter, und der zweite, einzelfallbezogene Grund lag in der Feststellung, dass sich die BB zum Zeitpunkt des Verkaufs nicht in Schwierigkeiten befand und dass daher keine besondere Dringlichkeit ihres Verkaufs an GRAWE bestand.

128 Wie die Kläger betont haben, lässt aber der erste Grund für den Ausschluss einer Berücksichtigung der Dauer des Genehmigungsverfahrens vor der FMA, nämlich die Gefahr einer Diskriminierung von Bietern mit Sitz in anderen Ländern, die grundlegende Unterscheidung vermissen, die im Rahmen der Feststellung, ob ein Vorteil im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG vorliegt, zwischen den Verpflichtungen, die der Staat als ein eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübendes Unternehmen zu übernehmen hat, und den Verpflichtungen, die ihm als Träger der öffentlichen Gewalt obliegen können, vorzunehmen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Ryanair/Kommission, oben in Randnr. 50 angeführt, Randnr. 84).

129 Im vorliegenden Fall nimmt der Staat, auch wenn er im Rahmen der Entscheidung über den Verkauf der BB in der Eigenschaft als marktwirtschaftlich handelnder privater Wirtschaftsteilnehmer auftritt, seine Hoheitsrechte wahr, soweit er als mit der aufsichtsrechtlichen Beurteilung des Erwerbs und der Erhöhung von Beteiligungen im Finanzsektor zuständige Behörde handelt. Auch kann dem Land Burgenland nicht vorgeworfen werden, dass die FMA angegeben hat, dass eine Genehmigungsentscheidung im Fall von GRAWE, die dieser Behörde bereits bekannt war, innerhalb einiger Wochen ergehen könne, während im Fall des Konsortiums, das der FMA nicht bekannt war – was eine eingehendere Untersuchung vorausgesetzt hätte –, das Verfahren zur Genehmigung der Privatisierung der BB wahrscheinlich mehrere Monate in Anspruch nehmen würde.

130 Die Kommission hat daher ihre Ablehnung der Auffassung, dass die möglicherweise längere Dauer des Genehmigungsverfahrens vor der FMA im Fall des Verkaufs der BB an das Konsortium geeignet gewesen wäre, ein Hindernis für einen solchen Verkauf zu bilden, zu Unrecht auf die bestehende Gefahr einer Ungleichbehandlung der Bieter gestützt. Es ist nämlich widersprüchlich, auf der einen Seite das Verhalten des Landes Burgenland anhand des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden privaten Wirtschaftsteilnehmers zu prüfen und auf der anderen Seite ihm die Gefahr eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der unterschiedlichen Dauer des Genehmigungsverfahrens bei einem Verkauf der BB an GRAWE oder an das Konsortium entgegenzuhalten.

131 Dieser Fehler kann jedoch nur dann zur Ungültigkeit der angefochtenen Entscheidung führen, wenn die Kommission ihren Standpunkt nicht auf einen anderen tragfähigen Grund gestützt hätte. Nach gefestigter Rechtsprechung kann nämlich ein fehlerhafter Grund die Nichtigerklärung des Rechtsakts nicht rechtfertigen, wenn andere, ihn hinreichend tragende Gründe vorliegen (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 7. April 2011, Griechenland/Kommission, C-321/09 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 61 und die dort angeführte Rechtsprechung).

132 Der zweite von der Kommission in diesem Zusammenhang vorgebrachte und auf den konkreten Fall bezogene Grund, dass keine besondere Dringlichkeit vorgelegen habe, die es gerechtfertigt hätte, die BB an GRAWE statt an das Konsortium zu verkaufen, ist nicht zu verwerfen. Gewiss geht aus der Darstellung des Sachverhalts hervor, dass die vom Land Burgenland unternommenen Schritte zum Verkauf der BB in das Jahr 2003 zurückreichen und dass es, wie die Kläger vortragen, gerade deshalb, weil der Vorgang der Privatisierung der BB besonders lang gedauert habe und besonderes kostspielig gewesen sei, keine weitere Gelegenheit zum Verkauf der BB habe verfehlen wollen. Auch kann nicht ausgeschlossen werden, dass es das Land Burgenland im Hinblick auf die Zweifel, die es am Ausgang des Genehmigungsverfahrens vor der FMA hegte, vorgezogen hat, die BB an GRAWE zu verkaufen,

deren Angebot befristet war. Allerdings hätte das Land Burgenland darüber hinaus konkrete Elemente zum Beleg dafür vorbringen müssen, dass die Dauer des Verfahrens vor der FMA im Fall des Verkaufs der BB an das Konsortium die Chancen der Privatisierung stark gefährdet hätte; gerade an diesem Beleg fehlt es jedoch.

133 Aus alledem folgt, dass die Kommission ohne offensichtlichen Beurteilungsfehler zu der Schlussfolgerung gelangte, dass weder der ungewisse Ausgang noch die wahrscheinlich längere Dauer des Verfahrens vor der FMA – im Fall einer Entscheidung für den Verkauf der BB an das Konsortium – den Ausschluss des Konsortiums als Käufer gerechtfertigt habe.

134 Soweit, als vierter Aspekt in diesem Kontext, die Kläger dahin argumentieren, dass die Kommission bei der Anwendung des Tests des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers eine übermäßige Strenge habe walten lassen, indem sie im vorliegenden Fall gefordert habe, es müsse „offensichtlich [sein], dass der Verkauf an den Meistbietenden nicht durchführbar ist“ (siehe Randnr. 120 der angefochtenen Entscheidung), kann ihrem Vorbringen gleichfalls nicht gefolgt werden.

135 Eine Lektüre des gesamten Abschnitts der die Transaktionssicherheit betreffenden Gründe der angefochtenen Entscheidung zeigt nämlich eindeutig, dass diese Formulierung auf einem sprachlichen Versehen beruhte, da die Kommission darauf bedacht war, das Vorbringen der österreichischen Behörden zum Nachweis des ungewissen Ausgangs und der wahrscheinlichen Dauer des Genehmigungsverfahrens vor der FMA aufmerksam zu prüfen. So hat die Kommission klar anerkannt, dass „[a]ußer Frage steht …, dass sich ein marktwirtschaftlich handelnder Verkäufer nicht für einen Käufer entscheiden würde, der aller Wahrscheinlichkeit nach die erforderliche Genehmigung der FMA (oder einer anderen am Vorgang beteiligten Behörde) nicht erhalten würde“ (Randnr. 125 der angefochtenen Entscheidung).

136 Die Kommission hat dem Land Burgenland daher im vorliegenden Fall einen „Prognosespielraum“ nicht abgesprochen. Sie gelangte lediglich zu dem Schluss, dass es weder Beweise dafür noch Hinweise darauf gegeben habe, dass die FMA einen Verkauf an das Konsortium untersagt hätte (siehe Randnr. 133 der angefochtenen Entscheidung).

137 Zudem sind die Kläger den Nachweis schuldig geblieben, wie sie zu dem Ergebnis gelangt sind, dass eine Wahrscheinlichkeit von 50 % dafür bestanden habe, dass der Verkauf der BB an das Konsortium nicht durchgeführt würde (und umgekehrt von 50 % dafür, dass er durchgeführt würde).

138 Schließlich ist zur Einhaltung der Begründungspflicht in Bezug auf die Berücksichtigung des Genehmigungsverfahrens vor der FMA darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung die nach Art. 253 EG vorgeschriebene Begründung der Natur des betreffenden Rechtsakts angepasst sein und die Überlegungen des Gemeinschaftsorgans, das den Rechtsakt erlassen hat, so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen muss, dass die Betroffenen ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können und das zuständige Gericht seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann. Das Begründungserfordernis ist nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Inhalt des Rechtsakts, der Art der angeführten Gründe und dem Interesse zu beurteilen, das die Adressaten oder andere durch den Rechtsakt unmittelbar und individuell betroffene Personen an Erläuterungen haben können. In der Begründung brauchen nicht alle tatsächlich oder rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte genannt zu werden, da die Frage, ob die Begründung eines Rechtsakts den Erfordernissen des Art. 253 EG genügt, nicht nur anhand des Wortlauts des Rechtsakts zu beurteilen ist, sondern auch anhand seines Kontexts sowie sämtlicher Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet (vgl. Urteil Chronopost und La Poste/UFEX u. a., oben in Randnr. 51 angeführt, Randnr. 88 und die dort angeführte Rechtsprechung).

139 Im vorliegenden Fall konnten die Kläger anhand der substantiierten Ausführungen in den Randnrn. 125 bis 133 der angefochtenen Entscheidung die Überlegungen nachvollziehen, die die Kommission zu dem Schluss geführt hatten, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Verkäufer auf der Grundlage

der Konsequenzen des Genehmigungsverfahrens vor der FMA nicht ausgeschlossen hätte, dass das Konsortium Käufer der BB werden könnte. Im Übrigen war das Gericht, wie die Prüfung des vorliegenden Klagegrundes zeigt, anhand derselben Ausführungen in der Lage, hinsichtlich dieser Argumentation seine Kontrollaufgabe wahrzunehmen.

140 Nach alledem ist auch der dritte Klagegrund zurückzuweisen.

Zum vierten Klagegrund, mit dem eine fehlerhafte Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EG gerügt wird, da das Land Burgenland berechtigt gewesen sei, die mit der Ausfallhaftung verbundenen finanziellen Risiken zu berücksichtigen

Vorbringen der Parteien

141 Nach Ansicht der Kläger hätte entgegen der Auffassung der Kommission ein privater Verkäufer die aufgrund der Ausfallhaftung bestehenden Risiken zwingend berücksichtigt. Die von der Kommission getroffene Unterscheidung zwischen staatlichen und privaten Verkäufern sei insbesondere deshalb künstlich und formalistisch, weil sie kein realistisches Bild vom Verhalten der Marktteilnehmer zeichne.

142 Die Kläger machen erstens geltend, dass in den Rechtssachen Gröditzer Stahlwerke (Urteil des Gerichtshofs vom 28. Januar 2003, Deutschland/Kommission, C-334/99, Slg. 2003, I-1139, Randnrn. 136 ff.), Stardust Marine (Urteil des Gerichtshofs vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission, C-482/99, Slg. 2002, I-4397) und BP Chemicals (Urteil des Gerichts vom 15. September 1998, BP Chemicals/Kommission, T-11/95, Slg. 1998, II-3235) zwar tatsächlich darauf abgestellt worden sei, ob der Staat Verpflichtungen als Anteilseigner oder als Träger der öffentlichen Gewalt eingegangen sei, dass aber die Sachverhalte in diesen Rechtssachen sich deutlich vom vorliegenden Sachverhalt unterschieden.

143 Im vorliegenden Fall sei das Land Burgenland gegenüber der BB nicht als Träger öffentlicher Gewalt tätig geworden und habe die Ausfallhaftung nicht als Ausfluss seiner Hoheitsrechte gewährt. Insbesondere beruhe diese Haftung auf einem Rechtsinstitut des österreichischen Privatrechts, nämlich § 1356 ABGB über die Ausfallbürgschaft. Die Ausfallhaftung entspreche einer zivilrechtlichen Patronatserklärung, die sich von den von den deutschen Bundesländern gewährten Staatsgarantien (Anstaltslast und Gewährträgerhaftung) unterscheide. Mit der Ausfallhaftung verbessere das Land Burgenland die wirtschaftliche Stellung der Bank, und in ihr spiegelten sich letztlich nur die Eigentümerinteressen des Landes wider. Diese Beurteilung entspreche im Übrigen der Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofs, der in einem Urteil vom 4. April 2006 entschieden habe, dass die Ausfallhaftung „als Eigenkapitalersatz“ diene und „somit ein Instrument der Eigenkapitalfinanzierung“ sei. Dass das Land Burgenland die Ausfallhaftung im Wege eines Gesetzes übernommen habe, habe sich aus der Notwendigkeit einer hinreichenden Publizität der in Rede stehenden Verpflichtung ergeben.

144 Zweitens habe die Kommission die zugunsten der österreichischen Banken gewährte Ausfallhaftung als bestehende Beihilfe und somit als bis zum Ablauf der Übergangsfrist rechtmäßig anerkannt. Ihre Auswirkungen hätten im Rahmen der streitigen Privatisierungsmaßnahme berücksichtigt werden müssen. Der von der Kommission insoweit vertretene Ansatz sei widersprüchlich und mache die Privatisierung einer Bank für ein Land faktisch unmöglich, wenn es nicht gleichzeitig das Risiko minimieren könne, aufgrund der Ausfallhaftung in Anspruch genommen zu werden.

145 Drittens werde die Nichtberücksichtigung der Ausfallhaftung von der Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht kohärent dargestellt. Die Kommission könne es nicht ablehnen, die Folgen der Ausfallhaftung bei der Prüfung der Entscheidung über den Verkauf der BB an GRAWE zu berücksichtigen, und zugleich den für diese Haftungsübernahme zu zahlenden Provisionsbetrag in die Berechnung des Beihilfeelements einbeziehen (vgl. Randnr. 170 der angefochtenen Entscheidung).

146 Viertens stelle der Ansatz der Kommission ein Privatisierungshemmnis dar und stehe im Widerspruch zur Entscheidung aus dem Jahr 2004, mit der die Privatisierung der BB zur Voraussetzung für die Gewährung von Umstrukturierungsbeihilfen gemacht worden sei.

147 Fünftens und letztens habe das Land Burgenland die wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen der Ausfallhaftung gerade dadurch stark minimiert, dass es entschieden habe, die BB an GRAWE, d. h. an ein Unternehmen mit einem soliden Rating und geringen Risikoprofil, zu verkaufen. Außerdem habe das Land Burgenland sein Handeln in den Rahmen der zweckdienlichen Maßnahmen einfügen wollen, die in Bezug auf die Umstrukturierungsbeihilfen gemäß der Entscheidung aus dem Jahr 2004 vereinbart worden seien.

148 Die Kommission tritt allen diesen Rügen entgegen.

Würdigung durch das Gericht

149 Die Kommission beschrieb die Ausfallhaftung in der angefochtenen Entscheidung (siehe insbesondere Randnr. 21, Fn. 9) als eine gesetzliche Garantieregelung, die für die staatlichen, insbesondere regionalen Behörden die Verpflichtung umfasse, im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder Liquidation des betreffenden Kreditinstituts einzutreten. Nach dieser Garantie könnten die Gläubiger der Banken gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Garantiegeber direkte Ansprüche geltend machen, wenn sich das Kreditinstitut in Liquidation befinde oder zahlungsunfähig sei und seine Vermögenswerte nicht ausreichten, um die Forderungen der Gläubiger zu befriedigen. Dieser Darstellung der Ausfallhaftung haben die Kläger nicht förmlich widersprochen.

150 Aus dem Kommissionsvorschlag über zweckdienliche Maßnahmen betreffend die Ausfallhaftung geht hervor, dass die Republik Österreich sich verpflichtet hatte, diese Garantie zum Ende einer Übergangsfrist abzuschaffen. Konkret sind, wie oben in Randnr. 3 beschrieben, Verbindlichkeiten, die am 2. April 2003 bestanden, bis zu ihrer Fälligkeit von der Ausfallhaftung erfasst. Während der Übergangsfrist, die bis zum 1. April 2007 lief, konnte die Ausfallhaftung für neue Verbindlichkeiten, die bis zum 30. September 2017 fällig werden, aufrechterhalten werden, sofern nicht die betreffenden Kreditinstitute vorher privatisiert werden.

151 Folglich müsste das Land Burgenland trotz der Privatisierung der BB für diese weiterhin die Garantiehaftung zum einen für die Verbindlichkeiten tragen, die (unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Fälligkeit) vor dem 2. April 2003 eingegangen wurden, und zum anderen für diejenigen, die während der (mit dem Zeitpunkt der Privatisierung endenden) Übergangsfrist eingegangen wurden und vor dem 30. September 2017 fällig werden.

152 Unter diesem Aspekt tragen die Kläger vor, dass die Kommission bei ihrer Bewertung der Kaufangebote die Ausfallhaftung zwingend hätte berücksichtigen müssen, die zum Zeitpunkt des Verkaufs fast 3,1 Mrd. Euro der Verbindlichkeiten der BB abgedeckt hätte. Da das Land Burgenland als Ausfallbürge für die Verluste in Anspruch genommen werden könne, die die BB auch noch nach ihrer Privatisierung erleide, sei es berechtigt gewesen, sicherzustellen, dass der Übernehmer hinreichende Nachweise seiner Seriosität und Zahlungskraft über die bloße Fähigkeit hinaus, den Kaufpreis zu entrichten, erbringe, um jeder Gefahr einer Abwicklung oder Umstrukturierung der BB vorzubeugen. Im Ergebnis haben die österreichischen Behörden vorgetragen, dass der Verkauf der

Bank an GRAWE zu einem deutlich geringeren Preis als dem vom Konsortium gebotenen durch ein geringeres Risiko, aus der Ausfallhaftung in Anspruch genommen zu werden, völlig gerechtfertigt gewesen sei.

153 Nach Ansicht der Kommission konnte die zuvor als bestehende Beihilfe qualifizierte Ausfallhaftung jedoch nicht berücksichtigt werden, wenn es – wie hier – darum gehe, eine bestimmte Transaktion am Maßstab des marktwirtschaftlich handelnden privaten Wirtschaftsteilnehmers zu messen. Der Grund hierfür liege darin, dass diese als Beihilfe qualifizierte Bürgschaft naturgemäß nicht eine solche sei, die ein privater Verkäufer gewähren würde. Die Kommission hat daher in der angefochtenen Entscheidung die Berücksichtigung der Ausfallhaftung mit folgenden Worten abgelehnt:

„(135) Nach Auffassung der Kommission hätte das Land Burgenland der Ausfallhaftung nicht Rechnung tragen dürfen. Würde die Ausfallhaftung berücksichtigt, würde, wie bereits in der Eröffnungsentscheidung dargelegt, die Rolle des Landes Burgenland als Geber staatlicher Beihilfen und als Verkäufer der Bank vermischt.

…

(137) … Der Standpunkt Österreichs wird durch keinen Präzedenzfall untermauert, in dem ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber einer als staatliche Beihilfe eingestuften Haftung Rechnung getragen hätte: *Ex hypothesi* hätte kein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine Haftung übernommen, die dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht entsprochen hätte, und die Entscheidung über die Abschaffung der Ausfallhaftung bestätigt, dass die Ausfallhaftung nicht zu Marktbedingungen gewährt wurde. Der Gerichtshof hat befunden, dass Haftungen, die als rechtswidrige Beihilfen eingestuft wurden, bei der Berechnung der zu erwartenden Liquidationskosten nicht berücksichtigt werden dürfen. Dies bedeutet umgekehrt nicht, dass eine bestehende Beihilfe berücksichtigt werden darf. Nach Auffassung der Kommission ist es nicht relevant, ob es sich um eine rechtswidrige oder um eine bestehende Beihilfe handelte. Solange die Maßnahme als staatliche Beihilfe einzustufen ist, hätte kein marktwirtschaftlich handelnder Verkäufer sie zugestanden und somit eine solche Maßnahme nicht berücksichtigt.“

154 Diesem Standpunkt der Kommission ist beizupflichten.

155 Der Rechtsprechung ist nämlich zu entnehmen, dass bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers zwischen den Verpflichtungen, die der Staat als Eigentümer der Anteile einer Gesellschaft zu übernehmen hat, und den Verpflichtungen zu unterscheiden ist, die ihm als Träger der öffentlichen Gewalt obliegen können (Urteil des Gerichtshofs vom 14. September 1994, Spanien/Kommission, C-278/92 bis C-280/92, Slg. 1994, I-4103, Randnr. 22).

156 So hat der Gerichtshof in der Rechtssache, in der das Urteil vom 28. Januar 2003, Deutschland/Kommission (oben in Randnr. 142 angeführt, Randnrn. 133 bis 141), ergangen ist, ausgeschlossen, dass verschiedene Darlehen und Bürgschaften, die ein privater Kapitalgeber niemals zu den gleichen Konditionen gewährt hätte und die als rechtswidrige staatliche Beihilfen zu qualifizieren waren, bei der Prüfung der Frage berücksichtigt werden konnten, ob die Liquidation der Gröditzer Stahlwerke kostspieliger sei als ihre Privatisierung zu einem negativen Verkaufspreis.

157 Die Kläger behaupten zu Unrecht, dass diese Rechtssache nicht einschlägig sei, weil sie eine rechtswidrige staatliche Beihilfe, nicht aber eine bestehende Beihilfe betreffe. Ausschlaggebend ist im Rahmen der Anwendung des Kriteriums des privaten Wirtschaftsteilnehmers nämlich die Frage, ob die betreffenden Maßnahmen solche sind, die ein marktwirtschaftlich handelnder privater Wirtschaftsteilnehmer, der auf mehr oder weniger lange Sicht Gewinne erzielen möchte, hätte treffen

können. Damit stellt sich unabhängig davon, wie die streitigen Verpflichtungen hätten eingestuft werden können, die grundlegende Frage, ob es sich dabei um solche Verpflichtungen handelt, die ein marktwirtschaftlich handelnder privater Wirtschaftsteilnehmer hätte eingehen können.

158 Infolgedessen ergibt sich – selbst wenn man unterstellt, dass die österreichischen Behörden unter Übergehung des zwingenden Charakters der Entscheidung K (2003) 1329 endg. im Rahmen des vorliegenden Verfahrens die in dieser Entscheidung vorgenommene Qualifizierung der Ausfallhaftung als staatliche Beihilfe zu beanstanden berechtigt sind – der Schluss, dass in Anbetracht der oben dargestellten Merkmale der Regelung der Ausfallhaftung diese nicht unter normalen Marktbedingungen eingegangen wurde und daher bei der Würdigung des Verhaltens dieser Behörden am Maßstab des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers nicht berücksichtigt werden kann.

159 Nach alledem kann der Kommission nicht vorgeworfen werden, dass sie die Berücksichtigung der Ausfallhaftung im Rahmen der Bewertung der vom Konsortium und von GRAWE für die Übernahme der BB abgegebenen Angebote ausgeschlossen hat.

160 Folglich ist der vierte Klagegrund zurückzuweisen.

Zum fünften Klagegrund, mit dem eine fehlerhafte Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden privaten Verkäufers bei der hilfsweise durchgeführten Prüfung der mit der Ausfallhaftung verbundenen Risiken gerügt wird

161 Mit diesem Klagegrund rügen die Kläger im Wesentlichen, dass die hilfsweise durchgeführte Prüfung der finanziellen Risiken, die das Land Burgenland eingegangen wäre, hätte es sich für einen Verkauf der BB an das Konsortium entschieden, fehlerhaft gewesen sei. Insbesondere die Einschätzung des Umfangs der Liquiditätsverluste aufgrund der Inanspruchnahme der Ausfallhaftung beruhe auf irrigen Annahmen und sei unzureichend begründet. Im Übrigen habe es die Kommission zu Unrecht unterlassen, beim Szenario der Liquidation der BB ein unabhängiges Gutachten zu berücksichtigen, auf das sich das Land Burgenland habe verlassen müssen.

162 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission das Vorbringen der Kläger in Zusammenhang mit der Berücksichtigung der Ausfallhaftung vorsorglich geprüft hat (vgl. Randnrn. 144 bis 157 der angefochtenen Entscheidung). Aufgrund dieser Prüfung gelangte sie zu dem Ergebnis, dass das Angebot von GRAWE selbst dann nicht das beste Angebot gewesen wäre, wenn man den Standpunkt der Republik Österreich geteilt und die Ausfallhaftung berücksichtigt hätte.

163 Da aber das Hauptvorbringen der Kommission, wonach die Ausfallhaftung bei der Bewertung der Angebote für den Kauf der BB nicht berücksichtigt werden durfte, zu bestätigen ist (vgl. vierter Klagegrund), braucht die Stichhaltigkeit des vorliegenden Klagegrundes nicht geprüft zu werden, der lediglich auf das Hilfsvorbringen gerichtet ist und naturgemäß nicht die von der Kommission letztlich zugrunde gelegte Beurteilung in Frage stellen kann. Nach gefestigter Rechtsprechung kann nämlich eine fehlerhafte Begründungserwägung die Nichtigerklärung des mit ihr behafteten Rechtsakts nicht rechtfertigen, wenn diese Begründungserwägung nichttragenden Charakter hat und andere, den Rechtsakt hinreichend tragende Gründe vorliegen (vgl. Urteil Griechenland/Kommission, oben in Randnr. 131 angeführt, Randnr. 61 und die dort angeführte Rechtsprechung).

164 Dieser Klagegrund geht daher ins Leere.

Zum achten Klagegrund, mit dem eine unrichtige Bewertung der Ausgabe von Anleihen im Rahmen der Ausfallhaftung gerügt wird

Vorbringen der Parteien

165 Die Kläger machen geltend, dass die Kommission daraus, dass am Vortag des Closings zusätzliche Anleihen im Wert von 380 Mio. Euro zugunsten von GRAWE ausgegeben worden seien, zu Unrecht den Schluss gezogen habe, dass Letztere einen Vorteil erlangt habe. Insbesondere habe die Kommission außer Acht gelassen, dass, wie sich aus verschiedenen Zeugenaussagen und dem von den österreichischen Behörden vorgelegten Emissionskalender ergebe, beide Bieter über die neu emittierten Anleihen informiert worden seien und diese beiden gleichermaßen zugutegekommen wären. Außerdem habe es die Kommission unterlassen, die jeweiligen Vorteile miteinander zu vergleichen, die die beiden Bieter aus der Ausgabe neuer Anleihen angesichts ihres Risikoprofils und ihres unterschiedlichen Ratings hätten ziehen können. Da GRAWE über ein sehr gutes Rating verfügt habe, sei der für sie mit der Ausfallhaftung verbundene Vorteil nur gering gewesen. Das Konsortium hätte hingegen hiervon massiv profitiert, was den nominalen Unterschied im Kaufpreis bei Weitem wieder wettgemacht hätte. Die Kommission habe dies bei dem Vergleich der beiden Kaufpreisgebote in keiner Weise berücksichtigt, was einen offensichtlichen Fehler bei der Sachverhaltsermittlung darstelle.

166 Außerdem wäre selbst dann, wenn die zusätzlichen Anleihen in Höhe von 380 Mio. Euro nur GRAWE zugesagt worden wären, der damit verbundene Vorteil für diese wegen ihres sehr guten Risikoprofils nur gering gewesen.

167 Die Kommission tritt diesen Rügen insgesamt entgegen.

Würdigung durch das Gericht

168 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in Randnr. 171 der angefochtenen Entscheidung zu folgendem Ergebnis gelangt ist:

„Die Ausgabe zusätzlicher Anleihen in Höhe von 380 Mio. [Euro] im Rahmen der staatlichen Haftung wurde weder im Process Letter noch im Entwurf des Vertrags mit der GRAWE angeführt. Nach Auffassung der Kommission hat diese Vereinbarung eine erhebliche Rolle beim Verkaufsprozess gespielt und hätte in dem Entwurf des Vertrags mit dem Konsortium aufgeführt werden müssen. Außerdem bestätigte das Konsortium, dass es der Ausgabe zusätzlicher Anleihen in seinem Angebot nicht Rechnung getragen habe. Nach Auffassung der Kommission erfordert daher der Vorteil, der der GRAWE durch die günstigere Refinanzierungssituation infolge der Bereitstellung weiterer 380 Mio. [Euro] verschafft wurde, eine Anpassung in Form einer Erhöhung des Differenzbetrags zwischen dem Angebot des Konsortiums und dem tatsächlichen Kaufpreis. Grundlage der Berechnung sind die Zinsen, die die BB für die zusätzlichen Anleihen in Höhe von 380 Mio. [Euro] zahlt, im Vergleich zu den Refinanzierungskosten der BB nach dem Closing.“

169 Gegen diese Schlussfolgerungen wenden sich die Kläger im Rahmen des vorliegenden Klagegrundes. Sie machen im Wesentlichen geltend, dass bei der Erhöhung des Gesamtwerts des Vorteils, den GRAWE aufgrund der Ausgabe zusätzlicher Anleihen in Höhe von 380 Mio. Euro erlangt habe, verschwiegen werde, dass diese Ausgabe von Anleihen auch dem Konsortium zum Vorteil gereicht hätte.

170 Die Kommission hat – wie aus den Randnrn. 148 und 171 der angefochtenen Entscheidung hervorgeht – es zwar nicht abgelehnt, diese Ausgabe zusätzlicher Anleihen in das Liquidationsszenario zu integrieren, das sie hilfsweise prüfte und das die österreichischen Behörden für den Fall des Verkaufs an das Konsortium vorgelegt hatten, doch hat sie sich im Rahmen der Bewertung der Höhe des

GRAWE gewährten Vorteils auf den Hinweis beschränkt, dass konkret das vom Konsortium abgegebene Angebot der Ausgabe zusätzlicher Anleihen nicht Rechnung getragen habe. In diesem Zusammenhang hat die Kommission zum einen berücksichtigt, dass die Ausgabe zusätzlicher Anleihen in Höhe von 380 Mio. Euro weder im Process Letter noch im Entwurf des Vertrags mit dem Konsortium angeführt gewesen sei, und zum anderen, dass dieses bestätigt habe, diese Ausgabe tatsächlich nicht berücksichtigt zu haben.

171 Das Vorbringen der Kläger, wonach selbst dann, wenn die Ausgabe zusätzlicher Anleihen nur GRAWE zugesagt worden wäre, dieser wegen ihres gegenüber dem Konsortium besseren Ratings und günstigeren Risikoprofils kein zusätzlicher Vorteil erwachsen wäre, beruht nicht auf einer überzeugenden Erläuterung und ist allein aus diesem Grund zurückzuweisen.

172 Selbst wenn man annimmt, die Kläger wollten im Rahmen des vorliegenden Klagegrundes in Wirklichkeit auf das vom Land Burgenland aufgrund der Ausfallhaftung eingegangene finanzielle Risiko abheben, ist darauf hinzuweisen, dass, wie aus der Prüfung des vierten Klagegrundes hervorgeht (siehe oben, Randnr. 158), diese Haftung kein Umstand ist, dem bei der Beurteilung der streitigen Maßnahme anhand des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers Rechnung zu tragen wäre. Außerdem ist – wie die Kommission ausgeführt hat – im Rahmen der Beurteilung der Höhe der Beihilfe nicht festzustellen, welche hypothetischen Vorteile der BB im Fall des Erwerbs durch das Konsortiums zugutegekommen wären, sondern vielmehr, welcher Vorteil GRAWE konkret und objektiv gewährt wurde.

173 Daher ist der achte Klagegrund zurückzuweisen.

Zum neunten Klagegrund, mit dem eine in mehrfacher Hinsicht fehlerhafte Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EG bei der Bestimmung des Beihilfeelements gerügt wird

Vorbringen der Parteien

174 Die Kläger werfen der Kommission vor, sie habe eine Beihilfe festgestellt, ohne den sicheren Nachweis erbracht zu haben, dass GRAWE begünstigt worden sei. Dies sei eine fehlerhafte Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EG, da nicht hinreichend zwischen dem Vorliegen einer Beihilfe und der Höhe des Beihilfeelements unterschieden werde. Sie werfen der Kommission außerdem vor, in Randnr. 156 der angefochtenen Entscheidung das Risiko, dass das Konsortium den Kaufpreis nicht bezahlen würde, beim Vergleich von dessen Gebot mit dem von GRAWE nicht berücksichtigt zu haben, was einen offensichtlichen Fehler bei der Sachverhaltsermittlung darstelle. Schließlich werfen sie der Kommission vor, dass sie in Randnr. 174 Satz 2 der angefochtenen Entscheidung die Berücksichtigung des Vorteils verlangt habe, der aus dem steuerlichen Verlustvortrag habe entstehen können, während die Steuervorteile aus der Transaktion für das Konsortium nicht geprüft worden seien.

175 Die Kommission hält die Argumente der Kläger für unbegründet.

Würdigung durch das Gericht

176 Mit ihrem Vorbringen werfen die Kläger der Kommission vor, sie habe einen Vorteil festgestellt, ohne sich zu vergewissern, dass die in den Randnrn. 167 bis 174 der angefochtenen Entscheidung angesprochenen Anpassungen, mit denen den Unterschieden zwischen den beiden vorgelegten Angeboten und dem zusätzlichen Vorteil Rechnung getragen werden solle, den GRAWE aufgrund der Ausgabe zusätzlicher Anleihen in Höhe von 380 Mio. Euro erlangt habe, im Ergebnis zu einer negativen Beihilfe führten.

177 Schließt man jedoch das im Hinblick auf das Liquidationsszenario hilfsweise vorgetragene Vorbringen aus und berücksichtigt man die Tatsache, dass die Kommission, ohne einen offensichtlichen Beurteilungsfehler zu begehen, angenommen hat, dass allein der zusätzliche Vorteil zu berücksichtigen sei, den GRAWE aufgrund der Ausgabe zusätzlicher Anleihen in Höhe von 380 Mio. Euro erlangt habe (vgl. Randnrn. 168 bis 171 der angefochtenen Entscheidung), konnten die Kläger nicht nachweisen, dass diese Anpassungen zur Folge hätten, den finanziellen Vorteil, den GRAWE durch die Privatisierung der BB erlangt hat, zu neutralisieren.

178 Dem Grundsatz nach ergibt sich der Ausgangsbetrag der zurückzufordernden Beihilfe nämlich aus dem Unterschiedsbetrag in Höhe von 54,7 Mio. Euro, der zwischen dem Preisangebot des Konsortiums und dem von GRAWE tatsächlich entrichteten Kaufpreis liegt, und ist aufgrund von Unterschieden zwischen den Parametern anzupassen, die GRAWE bzw. das Konsortium bei der Abgabe ihrer Angebote zur Übernahme der BB konkret berücksichtigt haben. In der angefochtenen Entscheidung sind jedoch nur zwei Arten der Anpassung nach unten vorgesehen, nämlich diejenige in Höhe von 2,1 Mio. Euro, die sich aus der unterschiedlichen Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung ergibt (vgl. Randnr. 168 der angefochtenen Entscheidung), und diejenige, die sich in noch festzulegender Höhe aus der Übertragung von vier Liegenschaftsgesellschaften auf das Land Burgenland ergibt (vgl. Randnrn. 18 und 172 der angefochtenen Entscheidung).

179 Daraus folgt, dass der neunte Klagegrund unbegründet ist und zurückgewiesen werden muss.

180 Nach alledem sind die vorliegenden Klagen abzuweisen.

Kosten

181 Nach Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Republik Österreich und das Land Burgenland unterlegen sind, sind ihnen, wie von der Kommission beantragt, die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Sechste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klagen werden abgewiesen.

2. Die Republik Österreich und das Land Burgenland tragen die Kosten.

Jaeger Wahl Soldevila Fragoso

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 28. Februar 2012.

Unterschriften