ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 30. April 2008

über die Staatliche Beihilfe C 56/06 (ex NN 77/06) Österreichs für die Privatisierung der Bank Burgenland

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2008) 1625)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2008/719/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 88 Absatz 2 Unterabsatz 1,

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

nach Aufforderung der Beteiligten zur Äußerung gemäß den vorgenannten Bestimmungen [1] und unter Berücksichtigung ihrer Stellungnahmen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. VERFAHREN

(1) Am 4. April 2006 ging bei der Kommission eine Beschwerde eines ukrainisch-österreichischen Investorenkonsortiums (nachstehend „Konsortium" genannt) ein, in der geltend gemacht wurde, dass Österreich bei der Privatisierung der HYPO Bank Burgenland AG (nachstehend „BB" genannt) gegen die Regeln für staatliche Beihilfen verstoßen habe [2]. Insbesondere wurde gerügt, dass das Ausschreibungsverfahren, das unfair und nicht transparent gewesen sei und den Beschwerdeführer benachteiligt habe, nicht dazu geführt habe, dass die BB an den Meistbietenden (nämlich den Beschwerdeführer) verkauft worden sei, sondern an die österreichische Versicherungsgesellschaft Grazer Wechselseitige Versicherung AG zusammen mit der GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-G.m.b.H. (nachstehend „GRAWE" genannt).

(2) Österreich wurde erstmalig am 12. April 2006 um Auskünfte ersucht. Am 25. April 2006 beantragte Österreich eine Fristverlängerung, die mit Schreiben vom 28. April 2006 teilweise zugestanden wurde. Österreich antwortete mit Schreiben vom 15. Mai 2006 bzw. 1. Juni 2006. Am 27. Juni 2006 fand ein Treffen mit den österreichischen Behörden statt. Ein zweites Auskunftsersuchen erging am 17. Juli 2006; die vollständige Antwort ging am 18. September 2006 ein.

(3) Zwischenzeitlich übermittelte das Konsortium der Kommission per E-Mail und Schreiben vom 21. April 2006 bzw. 2. Juni 2006 weitere Informationen.

(4) Mit Schreiben vom 21. Dezember 2006 setzte die Kommission Österreich über ihre Entscheidung in Kenntnis, in Bezug auf die in Rede stehende Maßnahme das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag einzuleiten.

(5) Die Entscheidung der Kommission zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens (nachstehend auch „Eröffnungsentscheidung" genannt) wurde im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht [3]. Die Kommission forderte die Beteiligten auf, zu der Maßnahme Stellung zu nehmen.

(6) Die Kommission erhielt Stellungnahmen von Beteiligten. Ein ungarischer Beteiligter übermittelte sowohl innerhalb als auch (ohne Angabe weiterer Gründe) außerhalb der in der Entscheidung festgelegten Frist Informationen. Fristgerecht übermittelt wurden Stellungnahmen am 22., 26. und 27. Februar 2007 sowie am 9. März 2007. Weitere Informationen übermittelte dieser Beteiligte nach Ablauf der Frist am 19. und 28. März 2007.

(7) Auch die erfolgreiche Bieterin und potenziell Begünstigte der Maßnahme, die GRAWE übermittelte Stellungnahmen, die der Kommission am 9. März 2007 zusammen mit einem Antrag auf Fristverlängerung übermittelt wurden. Dem Antrag wurde stattgegeben. Am 19. April 2007 übermittelte die GRAWE weitere Informationen; die vollständigen Stellungnahmen einschließlich der Anhänge gingen am 26. April 2007 bei der Kommission ein. Im Anschluss an ein Treffen mit der Kommission am 8. Januar 2008 übermittelte die GRAWE am 5. Februar 2008 weitere Erläuterungen.

(8) Österreich übermittelte am 1. März 2007 nach der Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens und nach Gewährung einer Fristverlängerung eine eigene Stellungnahme.

[1] ABl. C 28 vom 8.2.2007, S. 8.
[2] Ausführliche Beschreibung siehe unten.
[3] Siehe Fußnote 1.

(9) Alle Stellungnahmen, die innerhalb der ursprünglichen Frist (von ungarischer Seite) und nach Fristverlängerung (GRAWE) eingingen, wurden an Österreich zur Stellungnahme weitergeleitet. Österreich nahm mit Schreiben vom 5. Juni 2007 Stellung. Am 8. Februar 2008, d. h. später im Verfahren, leitete die Kommission alle weiteren Sachäußerungen, die von der GRAWE bzw. dem ungarischen Beteiligten nach Ablauf der Frist eingegangen waren, an Österreich zur Stellungnahme weiter.

(10) Es fanden mehrere Treffen mit Vertretern Österreichs, der GRAWE bzw. den ukrainischen Behörden statt. Das letzte Treffen mit Österreich wurde am 1. April 2008 organisiert. Am 14. Dezember 2007, 23. Januar, 25. Februar, 5. März und 9. April 2008 übermittelte Österreich weitere Stellungnahmen per E-Mail.

(11) Am 22. März 2007 unterrichtete der Beschwerdeführer, der sich noch nicht zu der Entscheidung zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens geäußert hatte, die Kommission über die neuesten Entwicklungen in einem seiner in Österreich laufenden Gerichtsverfahren (Entscheidung des Oberlandesgerichts Wien vom 5. Februar 2007 und anschließendes Rechtsmittel beim österreichischen Obersten Gerichtshof). Der Beschwerdeführer hatte mehrere Klagen bei österreichischen Gerichten erhoben, aber bislang alle verloren.

II. AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER MASSNAHME

1. Das Konsortium (der Beschwerdeführer)

(12) Bei dem Beschwerdeführer handelt es sich um ein österreichisch-ukrainisches Konsortium, dem zum Zeitpunkt des Verkaufs der BB die beiden ukrainischen Joint Stock Companies „Ukrpodshipnik“ und „Ilyich“ und die beiden österreichischen Gesellschaften SLAV AG und SLAV Finanzbeteiligung GmbH angehörten, wobei Letztere speziell für die Zwecke des Erwerbs der BB gegründet worden war. Ukrpodshipnik und Ilyich sind große ukrainische Unternehmensgruppen mit knapp 100 000 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von insgesamt rund 4 Mrd. USD. Sie sind u. a. in den Industriezweigen Stahlproduktion, Schiffbau, Pipelinebau, Metallverarbeitung und Kraftwerke tätig. Außerdem ist Ukrpodshipnik mit der „Commercial Bank ACTIVE BANK Ltd“ (nachstehend „Active Bank“ genannt), die seit 2002 mit einer uneingeschränkten Bankkonzession in der Ukraine tätig ist, auf den Finanzmärkten vertreten. Die SLAV AG war eine Tochter der Ukrpodshipnik und wurde 1992 in Wien als Handelsgesellschaft gegründet. Die Aktien des Unternehmens sind an der Wiener Börse notiert. Die nach dem Verkauf der BB erfolgte Umstrukturierung innerhalb des Konsortiums, die dazu führte, dass die SLAV AG jetzt Eigentümerin der in der Ukraine ansässigen Unternehmen ist, ist für die Prüfung dieser Beihilfesache nicht von Belang.

(13) Mit dem angestrebten Erwerb der BB verfolgte das Konsortium zwei große strategische Ziele. Erstens wollte das bereits in der Ukraine im Finanzsektor tätige Konsortium seine Geschäftstätigkeiten in diesem Segment ausbauen. Zweitens wollte sich das Konsortium, das einen großen Teil seiner Produkte weltweit verkauft, durch den Erwerb der BB Zugang zu den internationalen Finanzmärkten verschaffen, um seine internationale Expansion voranzubringen. Der Geschäftsplan des Konsortiums für die BB spiegelte diese strategischen Ziele wider und hätte folglich die bisherige regionale Ausrichtung der BB geändert.

(14) Die wirtschaftliche Solidität des Konsortiums wurde weder in den der Kommission zur Verfügung stehenden Informationen noch in den im Anschluss an die Verfahrenseinleitung eingegangenen Stellungnahmen der Beteiligten in Frage gestellt. Während der Untersuchung gingen keine Informationen ein, die darauf hingedeutet hätten, dass es sich bei dem Konsortium nicht um ein seriöses Unternehmen handelte. Erst in einem sehr späten Stadium der Untersuchung machten die österreichischen Behörden die Kommission auf einen deutschen Fall aufmerksam, in dem die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (nachstehend „BaFin“ genannt) den von einer nicht näher bezeichneten ukrainischen Gruppe beabsichtigten Erwerb von Kapitalanteilen an einer deutschen Bank wegen des unklaren Ursprungs der Gelder untersagt hatte — eine Einschätzung, die von einem deutschen Verwaltungsgericht [4] bestätigt wurde.

2. Die GRAWE (die Begünstigte)

(15) Zu der Käuferin GRAWE gehören die Grazer Wechselseitige Versicherung AG und die GW Beteiligungserwerbs- und verwaltungs-G.m.b.H. Das Unternehmen GRAWE ist eine große und etablierte österreichische Finanzdienstleistungsgruppe. Die GRAWE ist in den Sparten Versicherungen, Finanzdienstleistungen und Immobilien in Österreich tätig und mit Tochtergesellschaften in Slowenien, Kroatien, Belgrad, Sarajewo, Banja Luka, Ungarn, Bulgarien, Rumänien, der Ukraine, in der Republik Moldau und Podgorica in einer großen Zahl zentraleuropäischer Länder vertreten. Die Direktionen befinden sich vor allem in der jeweiligen Hauptstädten. Die Grazer Wechselseitige Versicherung AG bietet das gesamte Spektrum an Versicherungsdienstleistungen, aber auch Finanzdienstleistungen und Leasingdienste an. Die Generaldirektion der Gruppe befindet sich in Graz; des Weiteren ist sie mit Direktionen in allen Landeshauptstädten vertreten. Im Jahr 2006 betrugen die Prämieneinnahmen rund 660 Mio. EUR bei insgesamt 3,3 Mio. verwalteten Versicherungsverträgen.

[4] Siehe die von Österreich vorgelegte Pressemitteilung Nr. 7/2008 des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 22. Februar 2008 (www.vg-frankfurt.justiz.hessen.de).

(16) 2006 besaß die Grazer Wechselseitige Versicherung AG direkte Beteiligungen an zwei Finanzunternehmen im Banken- und Investmentsektor. Hierbei handelt es sich um eine Beteiligung von 43,43 % an der HYPO Group Alpe Adria, einem Finanzkonzern im Alpen-Adria-Raum mit Standorten in Österreich, Bosnien und Herzegowina, Bulgarien, Kroatien, Deutschland, Ungarn, Italien, Liechtenstein, der ehemaligen jugoslawischen Republik Mazedonien, Montenegro, Serbien, Slowenien und der Ukraine. Die Hypo Group Alpe Adria betreut mit mehr als 6 500 Mitarbeitern rund 1,1 Mio. Kunden und verfügte 2006 über ein Gesamtvermögen von 30 Mrd. EUR. 1989 erwarb die GRAWE die Capital Bank, eine unabhängige Bank, die sich in den letzten Jahren auf die Geschäftsfelder Private Banking und Investment Banking spezialisiert hat und rund 70 Investmentfonds betreut.

(17) Der von der GRAWE erstellte Geschäftsplan für den Erwerb der BB sah weder eine Änderung des Geschäftsmodells der BB noch eine Eingliederung der BB in das bestehende Bankgeschäft der Gruppe vor.

(18) 2007 verkaufte die GRAWE rund 15 % ihrer Beteiligung an der HYPO Group Alpe Adria und erzielte erhebliche Buchgewinne. Mit dem steuerlichen Verlustvortrag der BB von […] (*) Mio. EUR ([5]) erzielte die GRAWE bereits Steuerersparnisse ([6]), die sie gegen den für die BB gezahlten Kaufpreis von […] Mio. EUR ([7]) aufrechnen konnte.

3. **Hypo Bank Burgenland AG (BB)**

(19) Bis zu ihrem Verkauf war die Hypo Bank Burgenland AG eine Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht mit Sitz in Eisenstadt, Österreich. Vor dem Verkauf der BB an die österreichische Versicherungsgruppe GRAWE — die in Rede stehende Beihilfemaßnahme — und seit der Hauptversammlung im März 2005 befindet sich das Eigenkapital der BB zu 100 % im Besitz des Landes Burgenland ([8]). Mit einer Bilanzsumme von rund 3,3 Mrd. EUR im Jahr 2005 hatte die BB-Gruppe einen regional beschränkten Wirkungskreis.

(20) Vor der Veräußerung war die BB mit einer uneingeschränkten Bankkonzession im Bundesland Burgenland (nachstehend „Land Burgenland“ genannt) sowie in Westungarn tätig, wo sie eine hundertprozentige Tochtergesellschaft, die Sopron Bank RT, besaß. Mit ihrer Gründung als Landeshypothekenbank hatte die BB die Aufgabe, den Geld- und Kreditverkehr im Land Burgenland zu fördern. Ursprünglich bestand das Hauptgeschäft der BB in der Gewährung hypothekarischer Darlehen sowie der Ausgabe von Hypothekenpfandbriefen und Kommunalschuldverschreibungen. Zum Zeitpunkt des Verkaufs war die BB eine Universalbank, die alle Arten von Bank- und Finanzdienstleistungen anbot.

(21) Bis zur Privatisierung kam die BB noch in den Genuss der sogenannten Ausfallhaftung ([9]). Gemäß einer Einigung zwischen der Kommission und Österreich, auf deren Grundlage die Entscheidung K(2003) 1329 endg. ([10]) erlassen wurde, 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 ihrer 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. Aufgrund der Privatisierung der BB endete diese Übergangsfrist allerdings vorzeitig am Tag des Closing des Verkaufs an die GRAWE, d. h. am 12. Mai 2006 ([11]). Seit diesem Tag besteht für neue Verbindlichkeiten keine Ausfallhaftung mehr. Am 31. Dezember 2005 beliefen sich die von der Ausfallhaftung abgesicherten Verbindlichkeiten auf rund 3,1 Mrd. EUR (ohne die in Randnummer (44) beschriebene Ausgabe der zusätzlichen Anleihen).

(22) Aufgrund früherer Verluste wies die BB am 31. Dezember 2004 einen steuerlichen Verlustvortrag von rund 376,9 Mio. EUR aus. Nach österreichischem Steuerrecht können Unternehmen seit dem 1. Januar 2005 Gewinne und Verluste (innerhalb desselben Konzerns) gegeneinander aufrechnen. Der Umfang, in dem dies möglich ist, hängt von der Unternehmensstruktur ab.

(*) *Geschäftsgeheimnis.*

([5]) Verlustvortrag zum 31. Dezember 2004.

([6]) Die österreichische Körperschaftsteuer liegt bei 25 %.

([7]) Vier Liegenschaftsgesellschaften mit einem Nominalwert von […] Mio. EUR wurden vor dem Closing direkt an das Land zu einem Preis von […] Mio. EUR übertragen.

([8]) Auf der Hauptversammlung im März 2005 wurde beschlossen, den Streubesitz aufzukaufen und den Streubesitzaktionären, die 6,79 % des Eigenkapitals besaßen, eine Abfindung zu zahlen.

([9]) Die Ausfallhaftung ist eine Garantieregelung für öffentliche Kreditinstitute, die im April 2003 etwa 27 Sparkassen und sieben Landeshypothekenbanken erfasste. Diese staatliche Garantie kann als „Bürgschaftsverpflichtung“ verstanden werden. Im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Liquidation der Kreditinstitute ist der Garantiegeber (Staat, Land oder Kommune) verpflichtet einzutreten. Die Gläubiger der Banken haben direkte Ansprüche gegenüber dem Garantiegeber, der aber nur zur Leistung verpflichtet ist, wenn die Vermögenswerte der Bank nicht ausreichen, um die Forderungen der Gläubiger zu befriedigen. Die Ausfallhaftung war weder zeitlich noch auf einen bestimmten Betrag begrenzt. Die BB entrichtet keine Vergütung für die Haftungsfunktion.

([10]) ABl. C 175 vom 24.7.2003, S. 8. Österreich hat die in der Entscheidung aufgeführten zweckdienlichen Maßnahmen mit Schreiben vom 15. Mai 2003, das am 21. Mai 2003 registriert wurde, akzeptiert.

([11]) Gemäß § 4 Absatz 7 des Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetzes endet die Übergangsfrist für alle unter die Ausfallhaftung fallenden Verbindlichkeiten im Hinblick auf alle neuen Verbindlichkeiten, wenn die Bank Burgenland (oder die Mehrheit der Aktien) vor Ende der mit der Kommission vereinbarten Übergangsfrist verkauft wird.

4. **Die Umstrukturierung der BB**

(23) Mit der Entscheidung vom 7. Mai 2004 ([12]) (nachstehend „Umstrukturierungsentscheidung" genannt) genehmigte die Kommission eine Umstrukturierungsbeihilfe für die BB im Gesamtwert von 360 Mio. EUR, die zwei Maßnahmen umfasste: erstens die seitens des Landes Burgenland am 20. Juni 2000 übernommene Garantievereinbarung zugunsten der BB (171 Mio. EUR zuzüglich 5 % Zinsen) ([13]) und zweitens die Rahmenvereinbarung vom 23. Oktober 2000, die ihrerseits aus einem Forderungsverzicht seitens der Bank Austria zugunsten der BB in Höhe von insgesamt 189 Mio. EUR sowie einer Besserungsvereinbarung zwischen diesen beiden Vertragspartnern ([14]) und einer Garantievereinbarung seitens des Landes Burgenland zugunsten der BB in Höhe von 189 Mio. EUR ([15]) bestand.

(24) Die Umstrukturierungsentscheidung sah die folgenden nachträglichen Änderungen der Garantievereinbarung vom 20. Juni 2000 und der Rahmenvereinbarung vor. Die Garantievereinbarung vom 20. Juni 2000 wurde insofern geändert, als der Jahresgewinn der BB nicht mehr zur Reduzierung des vom Land Burgenland garantierten Betrags verwendet wird. Zudem kann die BB die Garantie des Landes Burgenland frühestens mit Feststellung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2025 in Anspruch nehmen. Dem Land Burgenland steht es jedoch frei, ab der Feststellung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2010 die offene Garantiezahlung zur Gänze oder auch nur zum Teil an die BB zu leisten. Die Rahmenvereinbarung vom 23. Oktober 2000 wurde insoweit geändert, als der Jahresgewinn der BB nicht mehr zur Bedienung der Besserungsverpflichtung gegenüber der Bank Austria AG verwendet wurde. Das Land Burgenland erfüllt die Besserungsverpflichtung gegenüber der Bank Austria AG und zahlt den noch ausstehenden Betrag aus der Garantievereinbarung unmittelbar vor der Privatisierung der BB mit einer Einmalzahlung.

(25) Die Änderungen im Hinblick auf die Verwendung des Jahresgewinns zur Reduzierung der Garantiebeträge wären bei nicht erfolgter Privatisierung der BB nicht in Kraft getreten. Wäre das Land Burgenland Eigentümer der BB geblieben, wären die beiden Garantien unverändert geblieben; die Garantiebeträge hätten sich weiter um den Jahresgewinn der BB reduziert und die Besserungsverpflichtung der BB wäre unverändert geblieben.

(26) Die Privatisierung der BB war ein wesentlicher Teil des von der Kommission genehmigten Umstrukturierungsplans. Nach Ansicht des Landes Burgenland stellt die Privatisierung der BB die bestmögliche Vorsorge für die langfristige Lebensfähigkeit der Bank dar.

(27) Nach Erlass der Kommissionsentscheidung hat das Land Burgenland seit 2003 zweimal versucht, die BB zu verkaufen und zu privatisieren, allerdings ohne Erfolg. Der dritte Versuch, bei dem es sich um die nachstehend beschriebene Maßnahme handelt, begann mit einer Bekanntmachung in den Medien am 18. Oktober 2005.

5. **Die Privatisierung der BB**

5.1. Der Privatisierungsprozess

(28) Die Kommission nimmt zur Kenntnis, dass die am Verkauf der BB beteiligten Parteien den Verkaufsprozess unterschiedlich beschreiben, wobei nach Auffassung der Kommission die im Folgenden dargelegten Elemente des Verkaufs der BB, so wie sie in der Eröffnungsentscheidung dargestellt und durch die Stellungnahmen Österreichs und die Stellungnahmen der GRAWE ergänzt wurden, als unumstritten zu betrachten sind.

(29) Im Jahr 2005 leitete das Land Burgenland ein drittes Ausschreibungsverfahren zur Privatisierung der BB ein. Die internationale Investmentbank HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA, Düsseldorf, die gemeinsam mit HSBC plc, London (nachstehend gemeinsam „HSBC" genannt) mit der Durchführung der Privatisierung betraut war, gab die beabsichtigte Veräußerung der BB österreichweit am 18. Oktober 2005 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung und international am 19. Oktober 2005 in der englischsprachigen Ausgabe der Financial Times Europe öffentlich bekannt und forderte am Erwerb von BB-Anteilen interessierte Parteien zur Interessenbekundung auf.

([12]) Entscheidung 2005/691/EG der Kommission über die staatliche Beihilfe Nr. C 44/03 (ex NN 158/2001), die Österreich zugunsten der Bank Burgenland AG gewähren will (ABl. L 263 vom 8.10.2005, S. 8.)

([13]) Die Garantievereinbarung bezieht sich auf die Kreditobligos des HOWE-Komplexes. Die positiven jährlichen Geschäftsergebnisse der BB werden zur Deckung des Garantiebetrags eingesetzt. Daher reduziert sich der Garantiebetrag um den Jahresgewinn der BB, sofern dieser nicht zur Ausschüttung der Vorzugsdividenden erforderlich ist. Die Garantie des Landes Burgenland kann von der BB frühestens mit Feststellung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2010 in Anspruch genommen werden.

([14]) Der Forderungsverzicht erfolgt gegen eine verzinsliche Besserungsverpflichtung der BB und sieht eine Rückzahlung des vollen Betrags des Forderungsverzichts der Bank Austria, zuzüglich Zinsen in sieben Ratenzahlungen, beginnend am 30. Juni 2004, vor. Seit diesem Zeitpunkt war die BB somit verpflichtet, den Betrag des Forderungsverzichts einschließlich der bis dahin kapitalisierten Zinsen zurückzuzahlen. Die künftige Tilgung der Besserungsverpflichtung erfolgt aus dem Jahresüberschuss der BB.

([15]) Für den Fall, dass die BB ihrer Besserungsverpflichtung nicht nachkommen kann, hat das Land Burgenland eine unwiderrufliche Ausfallgarantie zugunsten der Bank Austria AG übernommen, die für jedes Jahr im Zeitraum von 2004 bis 2010 gilt und nach der das Land Burgenland den jeweiligen Fehlbetrag gegenüber der Bank Austria AG decken muss. Sowohl der BB als auch dem Land Burgenland steht es nach dieser Vereinbarung frei, die Besserungsverpflichtung gegenüber der Bank Austria AG auch vor den festgelegten Zeitpunkten zu erfüllen.

(30) Zwar reagierten 24 potenzielle Bieter innerhalb und außerhalb der Europäischen Union auf die Bekanntmachung, doch nur 14 Bieter bekundeten förmlich ihr Interesse an der Einreichung eines Angebots und erhielten daraufhin ein Begleitschreiben (nachstehend „Process Letter" genannt) für die nächste Stufe der Ausschreibung. In diesem Process Letter wurden die potenziellen Bieter aufgefordert, bis zum 6. Dezember 2005 ein indikatives, nicht verbindliches Angebot für den Erwerb der Bank einzureichen.

(31) Nur drei der 14 potenziellen Bieter reichten fristgerecht ein indikatives Angebot für 65 Mio. EUR, 100 Mio. EUR bzw. 140 Mio. EUR ein ([16]) und nahmen an der zweiten Ausschreibungsstufe teil, in der bis zum 6. Februar 2006 verbindliche Angebote einzureichen waren. Im Rahmen dieser zweiten Stufe wurde insbesondere durch die Freischaltung eines Internet-Datenraums vom 7. Januar bis zum 30. Januar 2006 eine Due-Diligence-Prüfung mit ergänzenden Präsentationen und Treffen ermöglicht. Darüber hinaus konnten die Bieter während der Due-Diligence-Phase Fragen stellen.

(32) Am 6. Februar 2006 unterbreiteten zwei Bieter, die GRAWE und das Konsortium, verbindliche Angebote.

(33) Mit diesen beiden Bietern wurde individuell weiter über die verbindlichen Angebote verhandelt. Diese Verhandlungen endeten am 4. März 2006.

(34) Am 5. März 2006 erteilte das Land Burgenland der GRAWE den Zuschlag, obwohl der von der GRAWE gebotene Kaufpreis (100,3 Mio. EUR) deutlich unter dem vom Konsortium gebotenen Preis (155 Mio. EUR) lag. Diese Entscheidung stützte sich auf eine schriftliche Empfehlung von HSBC vom 4. März 2006 (nachstehend „Empfehlung" genannt), die um mündliche Erläuterungen für Mitglieder der Burgenländischen Landesregierung am Tag der Entscheidung ergänzt wurde. Die Burgenländische Landesregierung stimmte dem Verkauf am 7. März 2006 förmlich zu. Das Closing des Verkaufs erfolgte am 12. Mai 2006.

(35) Am Vortag des Closing gab die BB Anleihen im Wert von 700 Mio. EUR aus. Vor der Privatisierung sollten gemäß den ursprünglichen Plänen von 2005 Anleihen im Wert von nur 320 Mio. EUR ausgegeben werden. Die zusätzlichen Anleihen waren durch die Ausfallhaftung abgesichert. Von diesen Anleihen im Gesamtwert von 700 Mio. EUR zeichnete die Capital Bank, eine Tochtergesellschaft der GRAWE, Anleihen im Wert von 350 Mio. EUR.

([16]) Ein viertes indikatives Angebot in Höhe von 115,5 Mio. EUR, das nach Ablauf der Frist einging und unvollständig war, konnte nicht berücksichtigt werden.

5.2. Die Auswahlkriterien im Process Letter

(36) Die folgenden, im Process Letter aufgeführten Kriterien für die Bewertung der Angebote wurden von der Burgenländischen Landesregierung per Beschluss vom 6. September 2005 festgelegt:

a) Höhe des Kaufpreises und Sicherheit der Kaufpreiszahlung

b) Erhalt der Selbständigkeit der BB

c) Weiterführung der BB unter Vermeidung der Inanspruchnahme der Ausfallhaftung des Landes

d) Vornahme allenfalls notwendiger Kapitalerhöhungen

e) Transaktionssicherheit

f) zeitliche Erfordernisse bei der Durchführung der Transaktion

(37) Im Process Letter wurde ferner darauf hingewiesen, dass der BB-Anteilseigner auf der Grundlage der Empfehlung nach eigenem Ermessen entscheiden würde, welche Bieter an der zweiten Stufe des Verkaufsprozesses teilnehmen können.

5.3. Die Gewährleistungsklausel im Vertrag mit der GRAWE

(38) Der Vertrag mit der GRAWE enthält eine Klausel, in der das Land Burgenland zusichert, dass weder in Verbindung mit den Garantievereinbarungen, die Gegenstand der Umstrukturierungsentscheidung sind, noch in Verbindung mit dem Kaufvertrag die Beihilfevorschriften verletzt würden. Ergänzt wird diese Gewährleistungsklausel durch eine Klausel, nach der die Käuferin (GRAWE) Anspruch darauf hat, dass das Land Burgenland jeden Betrag erstattet, dessen Rückforderung die Kommission in einer Negativentscheidung anordnen sollte. Sollte aufgrund der Beihilfevorschriften eine solche Anpassung des Kaufpreises nicht möglich sein, könnte dieser Klausel zufolge die Käuferin vom Vertrag zurücktreten.

5.4. Die Empfehlung von HSBC

(39) In der Empfehlung wurde das Angebot der GRAWE mit jenem des Konsortiums auf der Grundlage der vorgenannten Auswahlkriterien verglichen und festgestellt, dass ausgehend vom Kaufpreis eine Entscheidung zugunsten des Konsortiums zu treffen wäre. In Anbetracht der anderen Kriterien (Sicherheit der Kaufpreiszahlung, Weiterführung der BB unter Vermeidung der Inanspruchnahme der Ausfallhaftung, Kapitalerhöhungen und Transaktionssicherheit) empfahl HSBC jedoch, die BB an die GRAWE zu verkaufen (siehe dazu Randnummern (27) bis (29) der Eröffnungsentscheidung).

III. ENTSCHEIDUNG ZUR EINLEITUNG DES FÖRMLICHEN PRÜFVERFAHRENS NACH ARTIKEL 88 ABSATZ 2 EG-VERTRAG

(40) Die Entscheidung der Kommission, das förmliche Prüfverfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag einzuleiten, stützte sich insbesondere auf die folgenden Gründe.

(41) Auf der Grundlage der im XXIII. Wettbewerbsbericht ([17]) festgeschriebenen Grundsätze konnte die Kommission nicht feststellen, dass der Verkauf keine Beihilfe beinhaltet, insbesondere da das Land Burgenland dem Konsortium, das einen erheblich höheren Kaufpreis geboten hatte, nicht den Zuschlag für den Kauf der BB erteilt hatte. Darüber hinaus bestanden gewisse Abweichungen zwischen der Beschreibung des Bietverfahrens durch den Beschwerdeführer und jener Österreichs.

Zweifel, die sich auf das Bietverfahren beziehen

(42) Die Kommission bezweifelte, dass das Bietverfahren wirklich als transparent, nicht an Bedingungen geknüpft und als nicht diskriminierend angesehen werden konnte. Insbesondere hatte die Kommission Zweifel daran, ob während der Ausschreibung eine Gleichbehandlung der Bieter gewährleistet gewesen war und ob ein marktwirtschaftlich handelnder Verkäufer einige der im Process Letter von HSBC aufgeführten Bedingungen, die mit dem Verkauf verknüpft waren, festgelegt hätte.

(43) Darüber hinaus hatte die Kommission Zweifel an der Transparenz der endgültigen Auswahl, da es keinerlei Hinweise zur Gewichtung der einzelnen Kriterien gab. Außerdem erschien das weitere Kriterium „Refinanzierung der BB nach dem Verkauf durch das Land Burgenland", auf das während der Verhandlung großes Gewicht gelegt worden war, überhaupt nicht im Kriterienkatalog (siehe dazu Randnummern (65) bis (69) der Eröffnungsentscheidung).

Sonstige Erwägungen

(44) Des Weiteren konnte die Kommission aus folgenden Gründen nicht ausschließen, dass der GRAWE ein wirtschaftlicher Vorteil gewährt worden war:

a) Die Differenz zwischen den beiden Preisangeboten deutete darauf hin, dass die BB nicht zum Marktpreis an die GRAWE verkauft worden war.

b) Die Ausgabe weiterer durch die Ausfallhaftung abgesicherter Anleihen im Wert von 380 Mio. EUR war nicht in dem den potenziellen Käufern vorgelegten Geschäftsplan der BB vorgesehen und offenbar nicht dem Konsortium angeboten worden.

c) Es war nicht sicher, ob höhere Angebote eingegangen wären oder ob sich andere Wettbewerber an dem Verkaufsprozess beteiligt hätten, wenn die vorgenannten Bedingungen nicht aufgestellt worden wären.

(45) Des Weiteren wies die Kommission darauf hin, dass sich der steuerliche Verlustvortrag auf den wirtschaftlichen Wert der Angebote ausgewirkt haben könnte. Bedenken äußerte die Kommission auch in Bezug auf die Gewährleistungsklausel im Vertrag mit der GRAWE.

(46) Was die im Vertrag vorgesehene Vorfälligkeitsentschädigung in Bezug auf die Garantievereinbarung vom 20. Juni 2000 anbetrifft, hatte die Kommission Zweifel daran, ob Österreich der Umstrukturierungsentscheidung in vollem Umfang nachgekommen ist.

IV. STELLUNGNAHMEN DER BETEILIGTEN

(47) Die Kommission erhielt Stellungnahmen von der Begünstigten GRAWE und einem ungarischen Beteiligten ([18]). Die Stellungnahmen der GRAWE bestätigen und ergänzen die Argumente Österreichs und werden zusammen behandelt.

([17]) Europäische Kommission, XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Ziffern 402 ff.

([18]) Die vom Beschwerdeführer übermittelten Sachinformationen müssen in diesem Zusammenhang nicht behandelt werden.

(48) Der ungarische Beteiligte übermittelte eine Reihe von Schriftstücken zu einem angeblichen früheren Betrugsfall, der hauptsächlich die Geschäftstätigkeit der BB in Ungarn betraf, wo die BB-Tochter Sopron Bank RT tätig ist. Der Betrug könne, so der ungarische Beteiligte, nur dann geheim gehalten werden, wenn die BB an einen österreichischen Bieter verkauft würde. Es wurden zahlreiche Schriftstücke vorgelegt, die sich insbesondere auf mehrere in Ungarn angesiedelte und mit der BB verbundene Tochtergesellschaften bezogen (z. B. Auszüge aus dem Handelsregister, die Satzungen der betroffenen Unternehmen, Protokolle der Jahreshauptversammlungen oder andere Unternehmensdaten, die Zeiträume deutlich vor dem Verkauf der BB betrafen). Da nach Auffassung der Kommission keine direkten Verbindungen zwischen diesen Schriftstücken und dem von ihr nach den Beihilfevorschriften zu prüfenden Privatisierungsprozess ersichtlich waren, wurden diese Stellungnahmen nicht berücksichtigt.

V. STELLUNGNAHMEN ÖSTERREICHS UND DER GRAWE

(49) Österreich führte die bereits vor der Eröffnungsentscheidung vorgebrachten Argumente mit zusätzlichen Informationen aus. Die Argumente Österreichs werden von der GRAWE grundsätzlich befürwortet.

1. Zulässigkeit

(50) Verfahrensrechtlich hielt Österreich an der Auffassung fest, dass die Kommission die Beschwerde nicht näher prüfen dürfe, da das Konsortium, das bisher noch nicht auf dem europäischen Bankenmarkt tätig und folglich noch gar kein Mitbewerber sei, nicht als „Beteiligter" im Sinne von Artikel 1 Buchstabe h der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 [jetzt Artikel 88] des EG-Vertrags ([19]) angesehen werden könne. Jegliche geltend gemachte Diskriminierung sei eine Frage der Niederlassungsfreiheit und des freien Kapitalverkehrs; der Zugang zum europäischen Bankenmarkt könne nicht über ein beihilferechtliches Verfahren erwirkt werden. Darüber hinaus müsse die Kommission bedenken, dass das Konsortium nach der Eröffnungsentscheidung der Kommission nicht tätig geworden sei und öffentlich habe verlauten lassen, dass kein Interesse mehr an dem Erwerb der Bank bestehe.

(51) Die Kommission würde mit einer Prüfung dieser Sache über ihren Ermessensspielraum hinausgehen. Österreich betonte, dass die österreichischen Gerichte den Fall beihilferechtlich sorgfältig aufgearbeitet, alle Zeugen vernommen und den Sachverhalt umfassend geprüft hätten und daraufhin zu dem Ergebnis gekommen seien, dass ein offenes, faires und transparentes Ausschreibungsverfahren durchgeführt worden sei. Die Kommission hätte sich diesem Standpunkt anschließen sollen, anstatt ein förmliches Prüfverfahren einzuleiten.

([19]) ABl. L 83 vom 27.3.1999, S. 1.

2. Allgemeine Aspekte des Ausschreibungsverfahrens und dessen Ergebnis

Die Rahmenbedingungen des Ausschreibungsverfahrens

(52) Österreich unterstreicht, dass ein offenes, faires und transparentes Ausschreibungsverfahren durchgeführt wurde. Dies sei auch von den mit der Angelegenheit befassten österreichischen Gerichten bestätigt worden. Die endgültige Entscheidung sei nicht vor dem 4. März 2006 getroffen worden. Alle Bieter hätten dieselben Möglichkeiten erhalten, die für ihre Due-Diligence-Prüfung erforderlichen Informationen einzuholen, auch wenn die Bieter sie unterschiedlich genutzt hätten.

(53) Auch wenn von Beginn an erhebliche Bedenken in Bezug auf das Konsortium bestanden hätten, sei es legitim gewesen, das Konsortium so lange wie möglich am Ausschreibungsverfahren teilnehmen zu lassen, anstatt es auf der Grundlage der indikativen Angebote vom Verfahren auszuschließen. Eine solche Vorgehensweise entspreche dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Verkäufers, der dadurch den Wettbewerb zwischen den Bietern verstärken würde, um einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen. Außerdem sei Österreich weiterhin davon ausgegangen, dass das Konsortium, so wie in den Verhandlungen angekündigt, einen finanzkräftigen Geschäftspartner beibringen würde. Ein solcher Partner hätte die Situation maßgeblich verändern können.

(54) Die GRAWE hat erklärt, dass sie während des Ausschreibungsverfahrens weder vom Land Burgenland noch seitens der österreichischen Finanzmarktaufsicht (FMA) je eine vorrangige Behandlung erfahren habe.

Die Empfehlung

(55) Österreich machte geltend, dass es sich bei der Empfehlung von HSBC lediglich um eine Zusammenfassung des Privatisierungsprozesses handele und dass sie für sich genommen nicht als einzige Grundlage der Entscheidung betrachtet werden könne. Mit der Empfehlung habe lediglich ein kurzer Überblick über das Verfahren und die Angebote gegeben werden sollen. Die Ergebnisse seien gegenüber den Entscheidungsträgern mündlich näher erläutert worden. Diese Informationen hat Österreich durch einen Beitrag ergänzt, den HSBC für das Land Burgenland verfasst hat, um dessen Stellungnahme auf das erste Auskunftsersuchen der Kommission vom 12. April 2006 vorzubereiten, und in dem die Ergebnisse weiter ausgeführt wurden. Die Empfehlung, so Österreich weiter, dürfe nicht als ein Sachverständigengutachten zum Unternehmenswert der Bank betrachtet werden, das nach europäischem Recht nicht verlangt werde. Die Entscheidung vom 5. März 2006 habe sich vielmehr auf die bisherigen Erfahrungen mit den früheren Privatisierungsversuchen sowie auf die Empfehlung, mündliche Bewertungen und vertrauliche Erläuterungen von HSBC-Vertretern gestützt.

Vergleichbarkeit der Preisangebote der GRAWE und des Konsortiums

(56) In den Vorbringen Österreichs wie auch den Stellungnahmen der GRAWE wird mehrfach auf die Vergleichbarkeit der Angebote der beiden Anbieter eingegangen.

(57) In Verbindung mit der Vorfälligkeitsentschädigung in Bezug auf die Garantievereinbarung vom 20. Juni 2000 hat Österreich darauf hingewiesen, dass die Kommission die diesbezüglichen Vereinbarungen, die in den Angeboten der beiden letzten Bieter vorgesehen seien, falsch auslege. Der dort vorgesehene Ausgleich beziehe sich auf die Tatsache, dass das Land Burgenland die Zahlungen im Rahmen der Garantievereinbarung mehrere Jahre früher leisten würde als vorgesehen ([20]). Dieser sei allerdings nicht, wie von der Kommission offensichtlich angenommen, Teil des Kaufpreises gewesen. Außerdem würde diese Regelung die frühere Umstrukturierungsentscheidung der BB nicht in Frage stellen, sondern hätte geholfen, die Beihilfe zu reduzieren, die damals von der Kommission genehmigt worden sei.

(58) In Bezug auf die in den Kaufverträgen mit der GRAWE und dem Konsortium vorgesehenen Gewährleistungsklauseln und Gewährleistungsfristen macht Österreich geltend, dass diese das Ergebnis der mit jedem Bieter individuell geführten Vertragsverhandlungen gewesen seien. Die unterschiedlichen Regelungen zu den Haftungsgrenzen, den Freibeträgen und den Gewährleistungsfristen (zwei Jahre für das Konsortium und drei Jahre für die GRAWE) würden keine Ungleichbehandlung der Bieter beinhalten.

(59) Nur im Entwurf des Kaufvertrags mit dem Konsortium sei für die Ausfallhaftung eine jährliche Provision von 100 000 EUR vorgesehen gewesen, die bis 2017 an das Land Burgenland zu zahlen gewesen wäre. Im Vertrag mit der GRAWE habe es eine solche Provision nicht gegeben, da es, so die Erläuterung Österreichs, im Preisangebot der GRAWE bereits enthalten gewesen sei.

(60) Bezüglich der Ausgabe neuer Anleihen machte Österreich geltend, dass die Entscheidung des Aufsichtsrats, zusätzlich zu der auf der Grundlage des Geschäftsplans der BB beruhenden Entscheidung vom September 2005 zur Ausgabe von Anleihen im Wert von 320 Mio. EUR nochmals Anleihen im Wert von 380 Mio. EUR auszugeben, unabhängig von der bevorstehenden Privatisierung und dem künftigen Eigentümer der BB getroffen worden sei. Das Land Burgenland sei der Auffassung gewesen, dass die Ausgabe dieser zusätzlichen Anleihen für den Verkauf nicht maßgeblich gewesen sei und habe deshalb darauf verzichtet, dies im Process Letter zu erwähnen. Beide Bieter seien jedoch während der Due-Diligence-Prüfung über die Ausgabe dieser Anleihen unterrichtet worden, und die Emission hätte ungeachtet des Käufers erfolgen sollen. Allerdings habe nur die GRAWE dies in ihrem Vertragsentwurf berücksichtigt. Österreich unterstrich, dass die zusätzlichen Anleihen in Höhe von 380 Mio. EUR emittiert worden seien, um die günstigen Refinanzierungsmöglichkeiten im Rahmen der Ausfallhaftung soweit wie möglich zu nutzen. Darauf sei in den Verhandlungen mit dem Konsortium wiederholt hingewiesen worden. Wäre die BB an das Konsortium veräußert worden, hätte das Konsortium in weitaus größerem Umfang als die GRAWE von den besseren Refinanzierungsmöglichkeiten profitiert. Österreich führte aus, dass die Refinanzierungskosten der BB im Falle eines Verkaufs an das Konsortium höher gewesen wären, da das Konsortium im Gegensatz zur GRAWE über kein Rating verfüge und es zudem seinen Hauptgeschäftssitz in der Ukraine habe, so dass die BB höchstens — wenn überhaupt — Refinanzierungskonditionen für ein „hypothetisches" Rating von „BB" oder „B" hätte erwarten können.

(61) In Bezug auf die gesonderte Vereinbarung mit der GRAWE, vier der Liegenschaftsgesellschaften der BB vor dem Closing zu ihrem Buchwert von 25 Mio. EUR an das Land Burgenland zu übertragen, weist Österreich darauf hin, dass in Anbetracht der Tatsache, dass die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft der BB am 31. Dezember 2005 bestätigt hatte, dass der Marktwert des Eigentums ihrem Buchwert entspreche, die Übertragung lediglich einen Liquiditätseffekt habe. Dieser Liquiditätseffekt habe deshalb bei dem Vergleich der beiden Angebote nicht berücksichtigt werden müssen.

(62) Eine am Tag der Vertragsunterzeichnung auf ein Treuhandkonto bei der in der Ukraine niedergelassenen Active Bank zu leistende Anzahlung von 15 Mio. EUR sei vom Konsortium angeboten worden. Die GRAWE habe am Tag des Closing den Kaufpreis in voller Höhe überweisen müssen.

Die Gewährleistungsklausel betreffend staatliche Beihilfen im Vertrag mit der GRAWE

(63) Österreich vertritt die Auffassung, dass die Klausel, die auch im Entwurf des Kaufvertrags mit dem Konsortium enthalten sei ([21]), in Kaufverträgen für derartige Rechtsgeschäfte als Teil der Kaufbedingungen und des Preises üblich sei und mit den Beihilfevorschriften in Einklang stehe. Sie liege im berechtigten Interesse des Käufers der BB, der nicht bereit sei, einen höheren Preis zu bieten, sich allerdings aufgrund einer Rückforderungsanordnung infolge einer Beihilfeentscheidung gezwungen sehen könnte, einen höheren Preis zu zahlen. Außerdem müsse die Kommission berücksichtigen, dass die Klausel das Recht der Käufers beinhalte, vom Vertrag zurücktreten, wenn sich herausstellen sollte, dass die Klausel aus beihilferechtlicher Sicht unwirksam sein sollte.

([20]) Nach der geänderten Garantievereinbarung vom 20. Juni 2000 stand es, wie weiter oben erläutert, dem Land Burgenland frei, ab der Feststellung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2010 die offene Garantiezahlung zur Gänze oder auch nur zum Teil an die BB zu leisten.

([21]) Die Gewährleistungsklausel im Entwurf des Vertrags mit dem Konsortium beinhaltete allerdings nicht die Zusage, dass der Kaufvertrag selbst beihilfefrei war.

(64) Die GRAWE ist der Ansicht, dass die Bedenken der Kommission irrelevant seien, solange keine Rückforderungsanordnung ergehe. Die GRAWE unterstrich, dass im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens ein Bieter nur sehr begrenzte Möglichkeiten habe, ein möglicherweise beihilferechtlich relevantes Verhalten eines öffentlichen Veräußerers zu verhindern. Eine solche Klausel würde, so die GRAWE, den Staat noch mehr dazu anhalten, die Beihilfevorschriften einzuhalten, was wiederum im Interesse der Kommission sei.

3. **Die Marktkonformität des von der GRAWE gezahlten Kaufpreises**

(65) Dass ein offenes und transparentes Ausschreibungsverfahren durchgeführt worden sei und dass es einen Verkauf zum Marktpreis ermöglicht habe, beweist nach Auffassung Österreichs die Tatsache, dass drei Bieter ein indikatives Preisangebot unterbreitet hätten, wobei die GRAWE das zweitbeste Angebot eingereicht habe. Daraus sei zu schließen, dass das Angebot der GRAWE nicht unter dem Marktwert der BB gelegen habe.

(66) Österreich bezieht sich hierbei auf das Ergebnis des zweiten Versuchs, die BB zu privatisieren. Alle vier Angebote hätten damals zwischen 85 Mio. EUR und 93 Mio. EUR gelegen, so dass der von der GRAWE gezahlte Kaufpreis von 100,3 Mio. EUR als marktkonform betrachtet werden könne.

(67) Nach den Beihilfevorschriften sei Österreich überhaupt nicht verpflichtet gewesen, die Bank im Rahmen eines offenen Ausschreibungsverfahrens zu veräußern; sie hätte stattdessen ein Wertgutachten einholen können. Solange der Kaufpreis den vor Verkauf eingeholten Wertgutachten entspreche, würde keine staatliche Beihilfe vorliegen. In diesem Zusammenhang habe die Kommission außer Acht gelassen, dass Österreich in einer frühen Phase der Untersuchung bereits mehrere Gutachten in Auftrag gegeben habe, die die Auffassung Österreichs bestätigt hätten, dass der von der GRAWE gezahlte Kaufpreis marktkonform sei.

(68) Österreich und die GRAWE untermauern ihr Vorbringen durch folgende Gutachten und Unterlagen:

a) Indikative Beurteilung der BB durch HSBC: In diesem Gutachten wird der Schluss gezogen, dass der Wert der BB im Falle einer Privatisierung und Veräußerung an einen Käufer mit guter Bonität je nach Bewertung des steuerlichen Verlustvortrags zwischen 50 Mio. EUR und 70 Mio. EUR liegen würde. Die Eigenkapitalausstattung würde in diesem Falle 33,4 Mio. EUR betragen ([22]).

b) Eine Bewertung des Stand-alone-Wertes der BB durch gmc-unitreu Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs GmbH anlässlich des Kaufs aller Aktien durch das Land Burgenland zur Vorbereitung der Privatisierung der BB: Diesem Gutachten zufolge, für das ähnliche Zahlen wie für die HSBC-Bewertung herangezogen worden waren, lag der Wert der BB zum 30. Juni 2004 zwischen 44,4 Mio. EUR und 53,9 Mio. EUR ([23]).

c) Die vom Konsortium vorgenommene Bewertung, die von einem Stand-alone-Vermögenswert der BB von 50 Mio. EUR bis 75 Mio. EUR ausging.

(69) Darüber hinaus machte Österreich geltend, dass die Bieter die Bedingungen des Ausschreibungsverfahrens eingepreist hätten, so dass beide Preisangebote über dem tatsächlichen Marktwert gelegen hätten.

(70) Österreich bot an, ein weiteres Gutachten durch einen unabhängigen Experten in Auftrag zu geben, um nachzuweisen, dass ein marktkonformer Kaufpreis gezahlt wurde.

4. **Die Bedeutung der Ausfallhaftung für den Verkauf der BB**

(71) Österreich hat während der gesamten Untersuchung immer wieder die Bedeutung der Ausfallhaftung und das damit einhergehende finanzielle Interesse des Landes Burgenland beim Verkauf der BB unterstrichen und wurde in seinem Vorbringen von der GRAWE unterstützt. Das Kriterium „Weiterführung der Bank Burgenland unter Vermeidung der Inanspruchnahme der Ausfallhaftung des Landes“ sei eine der von Österreich im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens öffentlich bekannt gegebenen Bedingungen und somit allen Betroffenen bekannt gewesen. Diesbezüglich bringen Österreich und die GRAWE insbesondere die folgenden Argumente vor.

([22]) HSBC berücksichtigte ausschließlich den Verlustvortrag, den die BB auf der Grundlage der eigenen Geschäftstätigkeit wirklich nutzen konnte. In diesem Zusammenhang ging HSBC davon aus, dass das gute Rating des Käufers mehr oder weniger automatisch auch für die BB gelten würde (sogenannter Bonitätstransfer). Insgesamt bewertete HSBC die BB unter Berücksichtigung von drei Szenarios, d. h. ein weiteres Szenario, in dem keine Privatisierung erfolgt und die BB in der Hand des Landes Burgenland verbleibt, und ein Szenario, in dem die BB an einen Dritten ohne Bonität/Rating (wie das Konsortium) veräußert wird.

([23]) Dabei wurde ein steuerlicher Verlustvortrag von 5,6 Mio. EUR berücksichtigt.

(72) Die Ausfallhaftung könne gesetzlich begründet sein. Da die BB als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisiert und die Ausfallbürgschaft ein Institut des Privatrechts (§ 1356 ABGB) sei, würden sich die Voraussetzungen und der Umfang der Haftung des Landes Burgenland allerdings nach privatrechtlichen Vorschriften richten; der Staat sei hier als Eigentümer der Bank Burgenland gerade nicht als Träger der öffentlichen Gewalt tätig geworden. Indem die Kommission dieses Argument nicht akzeptiert, würde sie die Gewaltenteilung in Österreich außer Acht lassen: Die Quelle der Ausfallhaftung sei die Legislative, während die Exekutive, d. h. das Land Burgenland, die Entscheidung getroffen habe, die BB zu verkaufen. Die Beziehung des Landes Burgenland zur BB sei vergleichbar mit jener zwischen einer Muttergesellschaft, die für ihre Tochtergesellschaft mit einer Patronatserklärung bürgt. Beim Verkauf einer Tochtergesellschaft würde eine solche Haftung — wie jedes andere außerbilanzielle Risiko — berücksichtigt werden. Zur Untermauerung dieses Arguments verweist Österreich auf ein Urteil des Obersten Gerichtshofs Österreichs vom 4. April 2006 ([24]).

(73) Außerdem hätten sich die Kommission und Österreich auf die Abschaffung der Ausfallhaftung als bestehender Beihilfe nach einer Übergangsfrist verständigt. Bis zu ihrer Abschaffung sei die Ausfallhaftung „legalisiert", so dass das Land Burgenland diese folglich auch beim Verkauf der BB berücksichtigen dürfe. Das Land Burgenland habe die Haftung nicht mit Blick auf den Privatisierungsprozess gewährt, und Österreich habe keine rechtliche Möglichkeit gehabt, um vor dem Verkauf der BB diese Haftung zu beenden. Wenn unter diesen Umständen das mit der Ausfallhaftung verbundene Risiko nicht berücksichtigt werden dürfe, würde die Kommission das Land Burgenland faktisch daran hindern, die BB zu privatisieren. Dies würde der Auflage zur Privatisierung der BB in der früheren Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen und das Recht der Mitgliedstaaten, ihre Vermögenswerte zu privatisieren, in unzulässiger Weise einschränken.

(74) Die Entscheidungspraxis der Kommission und der Gemeinschaftsgerichte würde Österreich in seinem Standpunkt bestärken. So habe insbesondere die Kommission eingeräumt, dass bei einer Privatisierung Verbindlichkeiten und außerbilanzielle Risiken berücksichtigt werden dürften ([25]). In der Sache Gröditzer Stahlwerke habe auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften implizit anerkannt, dass eine staatliche Bürgschaft, die für die Liquidation des Unternehmens relevant sei, berücksichtigt werden dürfe ([26]). Die Anerkennung der Ausfallhaftung als bestehende Beihilfe sei deshalb relevant.

([24]) Urteil des *OGH* vom 4.4.2006, 1 Ob251/05a (dieses Urteil wurde auch von der GRAWE vorgelegt), in dem ausgeführt wird, dass die Ausfallhaftung des Landes Burgenland untrennbar mit der Gesellschafterstellung des Landes Burgenland verbunden ist.

([25]) Entscheidung der Kommission über die von Frankreich dem Unternehmen „*Stardust Marine*" gewährten Beihilfen (ABl. L 206 vom 15.8.2000, S. 6), Randnummer 82; 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 vom 19.10.2000, S. 15), Randnummer 91.

([26]) Urteil des Gerichtshofs vom 28. Januar 2003 in der Rechtssache C-334/99, *Gröditzer Stahlwerke*, Slg. 2003, S.I- 1139, Randnrn. 136 ff.

(75) Das Risiko eines Eintritts der Ausfallhaftung hänge vom zukünftigen Risikoprofil der Bank und folglich vom Risikoprofil des neuen Eigentümers ab. Die Risiken, die der Erwerb der BB durch das Konsortium mit sich gebracht hätte, seien für das Land Burgenland nicht akzeptabel gewesen. Auch die Tatsache, dass die BB weiterhin der FMA unterliegen würde, habe an dieser Einschätzung nichts geändert, da die FMA nur ex post tätig werde.

Das von Österreich vorgelegte Liquidationsszenario

(76) Österreich übermittelte eine Berechnung des durch die Ausfallhaftung besicherten Betrags und ein Liquidationsszenario mit dem Hinweis, dass es sich bei dem der Berechnung zugrunde liegenden Ansatz um jenen Ansatz handele, der der Kommission im Verfahren, das zur Umstrukturierungsentscheidung führte, unterbreitet worden sei.

(77) Die GRAWE machte geltend, dass in diesem Kontext der Rückgriff auf ein Liquidationsszenario falsch sei, da das Land Burgenland nicht über die Liquidation der BB befinden, sondern vielmehr einen Käufer auswählen sollte. Das Liquidationsszenario sei für andere Umstände bestimmt gewesen (Entscheidung über Umstrukturierungsbeihilfe). Außerdem wäre das Land Burgenland im Falle des Eintritts der Ausfallhaftung nicht in der Lage, die Liquidation aller Vermögenswerte zu verlangen, da sich alle Gläubiger mit ihren Forderungen direkt an das Land wenden könnten.

Refinanzierung der BB nach ihrer Veräußerung

(78) Nach Auffassung Österreichs ist dieser Aspekt mit dem Kriterium „Weiterführung der BB unter Vermeidung der Inanspruchnahme der Ausfallhaftung des Landes" verbunden. Österreich hält daran fest, dass nach Bekanntwerden des Verkaufs der BB an das Konsortium ein Anstieg des Refinanzierungsbedarfs und erhebliche Liquiditätsabflüsse zu erwarten gewesen wären, so dass letztendlich die Ausfallhaftung hätte zum Tragen kommen können. Dabei sei die Liquidität der BB nach dem Verkauf ein wichtiges Element bei der Entscheidungsfindung gewesen. Auch das Konsortium habe das Risiko eines Abflusses von Einlagen und der Kündigung von Interbank-Kreditlinien nicht ausgeschlossen, den Umfang dieses Risikos allerdings weitaus niedriger veranschlagt als Österreich. Während das Konsortium von Abflüssen in Höhe von höchstens 500 Mio. EUR ausging, übermittelte Österreich Berechnungen, denen zufolge die Nettokapitalabflüsse bestenfalls bei 750 Mio. EUR und schlimmstenfalls bei 1,25 Mrd. EUR liegen würden. Das Konsortium hätte nachweisen müssen, dass es die Refinanzierung hätte sicherstellen können, habe diesen Beweis jedoch nicht erbracht, sondern lediglich unverbindliche Absichtserklärungen verschiedener Banken vorgelegt.

(79) Des Weiteren unterstrich Österreich, dass es diesbezüglich weitaus weniger Bedenken gehabt hätte, wenn das Konsortium, wie während der Verhandlungen in Aussicht gestellt, einen finanzkräftigen Geschäftspartner beigebracht hätte.

5. **Fragen in Verbindung mit der Genehmigung des Verkaufs durch die FMA**

(80) Ausführungen Österreichs zufolge kann die FMA gemäß § 20 BWG den Käufer einer Bank erst dann dem sogenannten Fit & Proper-Test unterziehen, wenn die Verhandlungsparteien einen bindenden Kaufvertrag abgeschlossen haben. Mit einer hypothetischen Bewertung von mehr als einem potenziellen Käufer würde die FMA ihre Befugnisse überschreiten. Aus demselben Grund sei es nicht möglich, der Kommission, wie in der Eröffnungsentscheidung gefordert, eine nachträgliche Beurteilung vorzulegen. Nachdem sowohl das Konsortium als auch die GRAWE vor dem Kauf schriftlich eine Genehmigung beantragt hatten, habe die FMA es folglich abgelehnt, die übermittelten Unterlagen zu prüfen ([27]). Die FMA sei verpflichtet, jeden Kauf unvoreingenommen zu prüfen.

(81) Österreich erklärte, dass es dennoch versucht habe, eine Einschätzung zu den beiden verbleibenden Bietern zu erhalten. Die FMA habe angedeutet, dass für eine Bewertung der der FMA ohnehin sehr gut bekannten GRAWE nur einige Wochen erforderlich sein würden. Da an der Bewertung des Konsortiums hingegen auch Behörden außerhalb der Europäischen Union beteiligt wären, würde diese vermutlich länger als drei Monate dauern. Die FMA sei allerdings gesetzlich verpflichtet, einen etwaigen Untersagungsbescheid innerhalb von drei Monaten zu erlassen, andernfalls gelte der Verkauf als genehmigt. Aus diesem Grund hätte die FMA einen etwaigen Verkauf an das Konsortium innerhalb von drei Monaten ab Antragstellung einstweilig untersagen müssen. Dessen ungeachtet hätte die FMA weiterhin die Absicht des Konsortiums auf Erwerb der BB untersuchen und ihren ursprünglichen Untersagungsbescheid gegebenenfalls widerrufen können. Das gesamte Verfahren hätte bis zu einem Jahr dauern können. Nach den Auskünften der FMA sei der Ausgang des Verfahrens „vollkommen offen" gewesen.

(82) Österreich betonte, dass das Land Burgenland in Anbetracht dessen selbst hätte einschätzen müssen, ob eine Genehmigung des Verkaufs der BB durch die FMA erwartet werden könnte. Dabei sei Österreich davon ausgegangen, dass die FMA einem Verkauf an das Konsortium niemals zugestimmt hätte. Die wichtigsten Erwägungen, die dieser Prognose des Landes Burgenland zugrunde lagen, sind im Folgenden erläutert.

([27]) Das Konsortium wandte sich am 6. Dezember 2005 und die GRAWE am 10. Januar 2006 mit Schreiben an die FMA, wobei beide anschließend davon in Kenntnis gesetzt wurden, dass die FMA zum damaligen Zeitpunkt die Schreiben nicht behandeln konnte.

(83) Die SLAV International Bank AG habe bereits 1994 eine Bankkonzession für Österreich beantragt; der Antrag wurde am 17. November 1997 abgelehnt. Die Ablehnung des Antrags sei damals unter anderem damit begründet worden, dass der damalige Eigentümer, der ukrainische Fonds, nicht die Internationalen Rechnungslegungsgrundsätze (IAS) anwendete. Des Weiteren sei die Gruppe mit Ausnahme eines kleinen Mitglieds, der ausschließlich in der Ukraine vertretenen Active Bank Ltd, nicht im Bankengeschäft tätig. Keines der Mitglieder des Konsortiums verfüge über ein Rating einer international anerkannten Rating-Agentur. Mit der GRAWE würde die Bank Burgenland hingegen einen erfahrenen Partner im Banken- und Kapitalmarktbereich gewinnen, der über ein „A"-Rating verfüge und der FMA gut bekannt sei.

(84) Außerdem verwies Österreich auf die Erfahrungen bei den ersten beiden gescheiterten Privatisierungsbemühungen. Insbesondere habe in der zweiten Veräußerungsrunde, die im August 2005 ohne Ergebnis endete, eine in Litauen ansässige Bank mit russischem Letzteigentümer teilgenommen, bei dem Österreich gute Gründe für die Annahme gehabt habe, dass die FMA den Kauf nicht genehmigen würde.

(85) Des Weiteren wies Österreich darauf hin, dass die Entscheidung erheblich mehr Zeit erfordert hätte, da kein „Memorandum of Understanding" als Grundlage für die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch zwischen der FMA und der ukrainischen Nationalbank existiere.

(86) Außerdem habe die GRAWE aus Gründen des guten Rufes ein Interesse daran, im Falle von Schwierigkeiten der BB zu intervenieren. Dies treffe nicht auf das Konsortium zu. Ergänzend unterstrich Österreich, dass die BB mit einem in der Ukraine ansässigen Eigentümer niemals ein mit dem „A"-Rating der GRAWE vergleichbares Rating erhalten würde, sondern entsprechend dem Grundsatz, dass ein Unternehmen über kein besseres Rating als sein Sitzstaat verfügen könne, eher ein Rating zwischen „BB" und „B".

6. **Weitere Aspekte, die in die Prognose des Landes Burgenland eingeflossen sind**

(87) Österreich legte außerdem einen Beitrag von HSBC vor, in dem alle Erwägungen des Landes zur Wahrscheinlichkeit einer Genehmigung der FMA für den Kauf und einer möglichen Inanspruchnahme der Ausfallhaftung bei einer Verkaufsentscheidung zugunsten der GRAWE bestätigt wurden. Die erheblich geringeren Risiken beim Verkauf an die GRAWE würden bei weitem die Differenz zwischen den Preisangeboten übersteigen.

(88) Auch bezüglich des Geschäftsplans des Konsortiums bestanden Bedenken. Dieser sei erst in einem späten Stadium der Untersuchung (27. Februar 2006) vorgelegt worden und habe die Eingliederung der in der Ukraine ansässigen Active Bank Ltd vorgesehen. Das Konsortium habe den Erwerb der Bank Burgenland sogar an die Einbringung der Active Bank geknüpft. Der Geschäftsplan enthielt nach Auffassung des Landes Burgenland eine Reihe von Elementen, die für die BB existenzbedrohend gewesen wären.

(89) So sei insbesondere darauf hinzuweisen, dass nur ein sehr geringer Teil der vom Konsortium zugesicherten Kapitalzuführung für die Stärkung der regionalen Geschäftstätigkeiten der BB vorgesehen gewesen sei (17 Mio. EUR von insgesamt 85 Mio. EUR); der Rest hätte in die in der Ukraine tätige Active Bank fließen sollen. Dem Geschäftsplan zufolge sollten die Hauptgeschäftstätigkeiten in der Ukraine und nicht im Land Burgenland angesiedelt sein, was Währungsrisiken einschloss.

(90) Außerdem habe das Land Burgenland niemals herausfinden können, wie sich das Konsortium konkret die Eingliederung der Active Bank, deren Wert zu hoch eingeschätzt worden sei, vorstellte. Das Land Burgenland ging vorsorglich von einem pessimistischen Szenario für die BB aus, dem zufolge ein Versagen der Active Bank die BB erheblich gefährden würde und letztendlich zur Zahlungsunfähigkeit der BB führen könnte.

(91) Auf der Grundlage dieses Geschäftsplans hätte das Land Burgenland die BB nicht verkauft, selbst wenn das Konsortium der einzige Bieter gewesen wäre ([28]).

(92) Des Weiteren habe Österreich Bedenken gehabt, weil die FMA für die Prüfung der Veräußerung der BB an das Konsortium erheblich mehr Zeit benötigt hätte. In der Umstrukturierungsentscheidung sei eine zügige Privatisierung der BB gefordert worden. Darüber hinaus habe das Preisangebot der GRAWE nur bis zum 31. März 2006 gegolten. Das Land Burgenland wäre das Risiko eingegangen, im Falle eines Untersagungsbescheids der FMA überhaupt keinen Käufer für die BB zu haben.

(93) Am 5. März 2008 wies Österreich auf ein deutsches Gerichtsurteil hin, das eine BaFin-Entscheidung bestätigte, mit der der Verkauf von Anteilen einer deutschen Bank an eine ukrainische Unternehmensgruppe untersagt worden war. Österreich behauptete nicht, dass es sich bei der von diesem Fall betroffenen ukrainischen Gruppe um das Konsortium handeln würde, fand sich jedoch durch diese Entscheidung, zu der die BaFin nach 13 Monaten gekommen war, in seiner Prognose bestätigt.

(94) Nach Auffassung Österreichs sei die Frage der zügigen Veräußerung eng mit der geforderten Transaktionssicherheit verknüpft. Ein Scheitern der dritten Privatisierungsrunde hätte die Bank gefährden und danach sogar zur Zahlungsunfähigkeit der BB führen und somit die Ausfallhaftung auslösen können.

7. **Andere Methoden der Risikobewertung, die von Österreich und der GRAWE vorgelegt wurden**

(95) Österreich übermittelte weitergehende Erläuterungen zu der Empfehlung von HSBC, die sich in ihrem Ansatz auf die insgesamt abgesicherten Verbindlichkeiten bezieht. Ein moderater Anstieg der Wahrscheinlichkeit, dass bei einem Verkauf der BB an das Konsortium die Ausfallhaftung ausgelöst werden könnte, würde bereits die Differenz zwischen den beiden Preisangeboten aufwiegen und somit zu einer Entscheidung zugunsten der GRAWE führen.

(96) GRAWE übermittelte ein weiteres, von Österreich unterstütztes Gutachten, das ein Bewertungsmodell für Haftungen als Verkaufsoptionen heranzieht, um den Verkauf der BB an die GRAWE zu erklären und zu rechtfertigen. In diesem Gutachten wird der Schluss gezogen, dass selbst bei einem minimalen Anstieg der Volatilität des Gesamtermögens um 1,83 % bei einer Veräußerung der BB an das Konsortium das daraus resultierende Risiko für das Land Burgenland im Rahmen der Ausfallhaftung erheblich steigen würde, so dass die Entscheidung, die BB an die GRAWE zu verkaufen, gerechtfertigt sei.

(97) In einem sehr späten Stadium des Verfahrens übermittelte Österreich am 22. Februar 2008 eine Analyse, wie die Kapitalmärkte eine Haftung wie die Ausfallhaftung „einpreisen". Eine von Morgan Stanley vorgenommene detailliertere Ausführung des in dieser Analyse zugrunde gelegten Ansatzes wurde am 9. April 2008 übermittelt. Ausgangspunkt der Analyse ist die Annahme, dass sich das Land Burgenland auf dem Kapitalmarkt gegen das Ausfallhaftungsrisiko durch einen Credit-Default-Swap absichern könnte. Österreich macht geltend, dass auch die Ergebnisse dieser Analyse zeigen würden, dass die Verkaufsentscheidung des Landes Burgenland gerechtfertigt gewesen sei. Österreich veranschlage die Kosten für eine derartige Absicherung mit 51,3 Mio. EUR — 64,1 Mio. EUR (bei einer Veräußerung der BB an die GRAWE) und mit 521,6 Mio. EUR (bei einem Verkauf der BB an das Konsortium). Die Schätzungen von Morgan Stanley seien zwar geringer (354 Mio. EUR für den 12. Mai 2006), würden aber dennoch die Ergebnisse Österreichs bestätigen.

([28]) Diesen Punkt haben Österreich und die GRAWE unter gleichzeitigem Verweis auf vergleichbare Schlussfolgerungen des Landesgerichts Eisenstadt besonders hervorgehoben.

8. **Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt**

(98) Österreich hat nicht zur Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt Stellung genommen.

(99) Die GRAWE hat geltend gemacht, dass die Maßnahme, sollte sie als staatliche Beihilfe angesehen werden, auf der Grundlage des Artikels 87 Absatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden solle. Die Privatisierung der BB sei eng mit der früheren Umstrukturierungsentscheidung verknüpft, der zufolge die BB als Regionalbank im Land Burgenland weitergeführt werden müsse. Dem Geschäftsplan des Konsortiums sei zu entnehmen, dass das Konsortium als Eigentümer diese Ausrichtung nicht ins Auge gefasst habe. Dies habe die ordnungsgemäße Umsetzung der Umstrukturierungsentscheidung zusätzlich gefährdet.

VI. **RECHTLICHE WÜRDIGUNG DER BEIHILFE**

1. **Zulässigkeit**

(100) Zunächst erinnert die Kommission daran, dass sie gemäß Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 Informationen gleich welcher Herkunft über angebliche rechtswidrige Beihilfen prüfen muss. Österreich geht somit von einem Ermessensspielraum aus, über den die Kommission in Wirklichkeit gar nicht verfügt, denn sie ist rechtlich verpflichtet, einer Beschwerde wie der des Konsortiums nachzugehen. Das Konsortium ist als einziger Mitbewerber der GRAWE in der Schlussphase des BB-Ausschreibungsverfahrens ohne jeden Zweifel ein „Beteiligter" im Sinne des Artikels 1 Buchstabe h der genannten Verordnung. Spätere Entwicklungen — wie Presseveröffentlichungen, denen zu entnehmen ist, dass das Konsortium seine ursprünglichen Pläne, die Bank zu kaufen, aufgegeben hat — berühren nicht die Verpflichtung der Kommission, ihre Untersuchung fortzuführen. Diesbezüglich stellt die Kommission fest, dass das Konsortium seine Beschwerde nicht zurückgezogen hat ([29]).

(101) Die Kommission weist darauf hin, dass die von Österreich angeführten Entscheidungen österreichischer Gerichte weder eine präjudizierende noch eine beschränkende Wirkung auf die Zuständigkeit der Kommission haben, den Fall auf der Grundlage der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag zu prüfen. Diesbezüglich stellt die Kommission auch fest, dass sich keine der ihr übermittelten Gerichtsentscheidungen im Ergebnis auf das Beihilferecht stützt ([30]).

2. **Vorliegen einer staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag**

(102) Gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Die Privatisierung der BB muss alle in dem vorgenannten Artikel aufgeführten Kriterien erfüllen, um als staatliche Beihilfe gewertet zu werden.

2.1 Staatliche Beihilfen im Rahmen von Privatisierungen — Der Rechtsrahmen

(103) Wie in der Eröffnungsentscheidung dargelegt, geht die Kommission bei der beihilferechtlichen Würdigung einer Maßnahme im Rahmen einer Privatisierung von mehreren Grundsätzen aus, die sie im XXIII. Wettbewerbsbericht (nachstehend „Wettbewerbsbericht" genannt) sowie in ihrer weiteren Praxis festgeschrieben hat ([31]).

(104) Zu den in diesem Bericht aufgeführten Umständen, unter denen die Kommission ohne weitere Prüfung davon ausgehen kann, dass keine staatliche Beihilfe vorliegt, zählt, dass das Unternehmen an den Meistbietenden veräußert wird. Die BB wurde jedoch ganz offensichtlich nicht an den Meistbietenden verkauft. Dies allein rechtfertigt schon die Entscheidung zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens ([32]).

(105) Ein weiteres wichtiges Element, das im Rahmen einer Privatisierung zu berücksichtigen ist, sind die Bedingungen, an die ein solcher Verkauf geknüpft ist. Die Kommission hob in ihrer Entscheidung zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens die Bedeutung hervor, die diesem Aspekt im Wettbewerbsbericht beigemessen wurde, indem gefordert wurde, dass eine Privatisierung die folgende Voraussetzung erfüllen muss, damit davon ausgegangen werden kann, dass sie keine staatliche Beihilfe beinhaltet: „Es muss ein Ausschreibungswettbewerb stattfinden, der allen offen steht, transparent ist und an keine weiteren Bedingungen geknüpft ist wie den Erwerb anderer Vermögenswerte, für die nicht geboten wird, oder die Weiterführung bestimmter Geschäftstätigkeiten."

([29]) Auf die von Österreich vorgebrachten Argumente zur Niederlassungsfreiheit muss im Rahmen des Beihilfeverfahrens nicht eingegangen werden. Siehe Randnr. 314 des Urteils des Gerichts erster Instanz vom 12. Februar 2008 in der Rechtssache T-289/03, *BUPA*, noch nicht veröffentlicht; aufrufbar auf der Webseite www.curia.europa.eu

([30]) Siehe beispielsweise Entscheidung des *Landesgerichts Eisenstadt*, 27 Cg 90/06 p-40 vom 20.5.2006, insbesondere S. 28, und Entscheidung des *Oberlandesgerichts Wien*, 2 R 150/06b, vom 5. Februar 2007, insbesondere S. 15, in denen jeweils klargestellt wird, dass es nicht erforderlich ist, sich zum Vorliegen einer staatlichen Beihilfe zu äußern.

([31]) Siehe Europäische Kommission, XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Ziffern 402 ff., und Randnummern 61 ff. der Eröffnungsentscheidung.

([32]) Siehe auch Wettbewerbsbericht, Ziffern 402 ff.

(106) Die Kommission verwies auch auf ihre nachfolgende Entscheidung betreffend Stardust Marine, in der sie die Bedeutung des „nicht diskriminierenden" Charakters des Verfahrens noch stärker betonte ([33]). Im Einklang mit der Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand ([34]) (nachstehend „Mitteilung über Grundstücksverkäufe" genannt) vertritt die Kommission nunmehr den Standpunkt, dass grundsätzlich Bedingungen gestellt werden können, solange jeder potenzielle Käufer unabhängig davon, in welcher Branche er gewerblich tätig ist, diese Bedingungen zu erfüllen hätte und erfüllen könnte ([35]). In diesem Zusammenhang hatte die Kommission festgestellt, dass die Auswahlkriterien für die Veräußerung der Bank Bedingungen beinhalten können und entsprechend zu bewerten sind (Einzelheiten siehe Randnummern (141) bis (143).

(107) Im Rahmen des förmlichen Prüfverfahrens ging Österreich offensichtlich erstens davon aus, dass die Mitteilung über Grundstücksverkäufe unmittelbar auf die Privatisierung eines Unternehmens angewandt werden kann, und zweitens, dass mögliche Unzulänglichkeiten bei der Ausschreibung durch den Rückgriff auf frühere im Rahmen der Privatisierung der BB erstellte unabhängige Gutachten wettgemacht werden könnten. Österreich schlug sogar vor, eine neue Studie zur Bestimmung des Marktwerts der BB in Auftrag zu geben.

(108) Auf die Frage, welche Relevanz den mit dem Rechtsgeschäft verknüpften Bedingungen zukommt, wird in Randnummern (141) his (143) eingegangen. Zum ersten Punkt ist jedoch generell anzumerken, dass zwischen den im Falle von Privatisierungen anzuwendenden Regeln und den Regeln im Falle des Verkaufs von Bauten und Grundstücken zu unterscheiden ist. Ohne ein Ausschreibungsverfahren als einzig mögliches Verfahren für eine Privatisierung als Auflage zu machen, nimmt der Wettbewerbsbericht ausdrücklich auf Privatisierungen Bezug und führt mehrere Voraussetzungen auf, die ein Privatisierungsverfahren erfüllen muss, damit sichergestellt ist, dass es keine staatliche Beihilfe beinhaltet. Im Wettbewerbsbericht wird nicht ausgeführt, dass ein vor dem Verkauf erstelltes unabhängiges Gutachten über das zu privatisierende Objekt ausreicht, damit bei einem Verkauf zu dem ermittelten Preis dann automatisch davon ausgegangen werden könnte, dass er keine staatliche Beihilfe beinhaltet. Dies ist insbesondere dann relevant, wenn im konkreten Fall ein Bietverfahren durchgeführt wurde.

(109) Die Möglichkeit, den Marktpreis in Ermangelung eines Bietverfahrens durch ein Gutachten zu ermitteln, ist nur in der Mitteilung über Grundstücksverkäufe vorgesehen. Doch selbst im Falle eines Grundstückverkaufs geht aus dem Wortlaut und der Struktur der Mitteilung über Grundstücksverkäufe hervor, dass ein Mitgliedstaat den Verkauf an eine andere Person als den Meistbietenden nicht durch ein Gutachten rechtfertigen kann. Sowohl im Falle eines Grundstücksverkaufs als auch im Falle einer Privatisierung ist davon auszugehen, dass im Rahmen eines Bietverfahrens ein Marktpreis ermittelt wird.

(110) Die Kommission ist jedoch der Ansicht, dass der in Rede stehende Fall anders gelagert ist, selbst wenn — um des Argumentes willen — dem Standpunkt Österreichs gefolgt werden könnte, dass die Mitteilung über Grundstücksverkäufe Anwendung findet. Es trifft zu, dass in der Mitteilung über Grundstücksverkäufe sowohl eine offene Ausschreibung als auch ein Ex-ante-Gutachten als Nachweis dafür akzeptiert wird, dass keine Beihilfe vorliegt. Das letztgenannte Vorgehen ist jedoch a priori nur dann zulässig, wenn die Bewertung vor dem Verkauf vorgenommen wird. Da sich das Land Burgenland für eine offene Ausschreibung entschieden hat, bei der Marktteilnehmer gültige Angebote abgegeben haben, wäre es inkonsequent, ein Ex-ante-Gutachten zu akzeptieren und höhere Angebote unberücksichtigt zu lassen, wie dies Österreich im Rahmen des in Randnummer (107) genannten zweiten Punktes vorschlägt.

(111) Auf den Vorschlag Österreichs müsste nur dann eingegangen werden, wenn das Ergebnis der Ausschreibung nicht berücksichtigt werden könnte, weil es sich nicht um eine offene, transparente und bedingungsfreie Ausschreibung gehandelt hätte.

(112) In diesem Zusammenhang ist die Kommission der Auffassung, dass im Rahmen der Ausschreibung zwei gültige Angebote abgegeben wurden, auch wenn sie nicht völlig ausschließen kann, dass die Angebote möglicherweise sogar höher ausgefallen wären, wenn der Kauf nicht an die Bedingungen geknüpft gewesen wäre (auf die Auswirkungen der Bedingungen wird in Randnummern (141) bis (143) ausführlicher eingegangen). Liegen sowohl unabhängige Gutachten als auch ein höheres verbindliches Kaufangebot für die BB vor, so ist zweifelsohne letzteres ein besserer Näherungswert für den Marktwert des zu veräußernden Objekts, da es sich nicht nur um eine hypothetische Bewertung, sondern um ein tatsächliches Angebot handelt.

(113) Ausgehend von diesen Feststellungen sind von Österreich vorgelegte Ex-ante-Gutachten zum Wert der BB von keinerlei Bedeutung mehr für die Würdigung dieses Falls ([36]). Auch ein Ex-post-Gutachten, wie von Österreich vorgeschlagen, hat angesichts der Ausschreibung und der im Rahmen dieser Ausschreibung unterbreiteten gültigen Angebote keinerlei Relevanz.

([33]) Entscheidung 2000/513/EG der Kommission vom 8.9.1999 über die von Frankreich dem Unternehmen *Stardust Marine* gewährten Beihilfen (ABl. L 206 vom 15.8.2000, S. 6), Randnummer 7. Die spätere Aufhebung dieser Entscheidung durch den Gerichtshof bezieht sich nicht auf diese Randnummer.

([34]) ABl. C 209 vom 10.7.1997, S. 3.

([35]) Siehe Abschnitt II 1.(c) der Mitteilung über Grundstücksverkäufe.

([36]) Dies gilt insbesondere für die Beurteilung der HSBC in der Handlungsempfehlung an das Land Burgenland, die Bewertung des Stand-alone-Wertes der BB durch gmc-unitreu im Rahmen der Umstrukturierung der BB vor den verschiedenen Privatisierungsbemühungen und die Bewertung des Stand-alone-Wertes der BB durch das Konsortium selbst (die irrelevant ist, da es dem Konsortium freisteht, den Wert weiterer Faktoren zu berücksichtigen, die nur für das Konsortium von Bedeutung sind).

(114) Angesichts der zugrunde gelegten Bedingungen stellt die Kommission Folgendes fest: Selbst wenn das Unternehmen zu einem deutlich über dem geschätzten Wert liegenden Preis an den Meistbietenden veräußert würde, kann immer noch eine staatliche Beihilfe vorliegen, sofern der marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber einen niedrigeren Preis entrichtet als den, der ohne solche Bedingungen gezahlt worden wäre ([37]).

(115) Somit muss die Kommission die Privatisierung der BB auf der Grundlage des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag prüfen, ohne die Mitteilung über Grundstücksverkäufe oder den Wettbewerbsbericht heranzuziehen, da die im Wettbewerbsbericht festgelegten Voraussetzungen für die Annahme, dass keine Beihilfe vorliegt, in diesem Fall nicht erfüllt sind.

2.2 Vorliegen einer staatlichen Beihilfe

(116) Das Land Burgenland ist eines der neun Bundesländer Österreichs. Die Mittel des Landes Burgenland können grundsätzlich als „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte" Mittel im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag angesehen werden.

(117) Zudem stellt die Kommission fest, dass die GRAWE grenzüberschreitend und international tätig ist, so dass ein etwaiger zu Lasten staatlicher Mittel gewährter Vorteil den Wettbewerb im Bankensektor beeinträchtigen und sich auf den innergemeinschaftlichen Handel auswirken würde ([38]).

(118) Der Verkauf der BB an die GRAWE beinhaltet jedoch nur dann eine staatliche Beihilfe, wenn sich das Land Burgenland nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer verhalten hat, so dass dem Käufer ein selektiver Vorteil verschafft wurde. Dies wäre der Fall, wenn sich das Land Burgenland nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Verkäufer verhalten und einen unter dem Marktwert der BB liegenden Kaufpreis akzeptiert hätte. Bei der Prüfung dieser Frage untersucht die Kommission, ob sich der betreffende Verkäufer wie jeder andere marktwirtschaftlich handelnde Verkäufer verhalten hat („private vendor test").

(119) Damit in Anwendung dieses Grundsatzes festgestellt werden kann, ob und in welchem Umfang der GRAWE ein Vorteil verschafft wurde, müssen dabei das tatsächliche Ausschreibungsverfahren und die im Rahmen dieses Verfahrens unterbreiteten Angebote untersucht werden. Grundsätzlich gibt es in diesem Fall zwei Elemente, aus denen ein Vorteil erwachsen könnte. Dabei handelt es sich erstens um die Tatsache, dass das Unternehmen an den Bieter mit dem zweithöchsten Angebot verkauft wurde, und zweitens um den Einfluss der Bedingungen auf den Unternehmenswert im Hinblick auf sämtliche Bieter.

(120) Dem Land Burgenland lag ein Angebot des Konsortiums vor, dessen Nominalwert den des Angebots der GRAWE um 54,7 Mio. EUR überstieg. Ein nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnder Wirtschaftsteilnehmer könnte sich dennoch ausnahmsweise für das niedrigere Angebot entscheiden, wenn

a) es erstens offensichtlich ist, dass der Verkauf an den Meistbietenden nicht durchführbar ist, und

b) es zweitens gerechtfertigt ist, auch anderen Faktoren als dem Preis Rechnung zu tragen. Die Tatsache, dass nicht der Meistbietende den Zuschlag erhalten hat, ist an sich kein unwiderleglicher Beweis für eine Beihilfe. Der Begriff des Meistbietenden kann weiter ausgelegt werden, wenn die Unterschiede in den außerbilanziellen Risiken zwischen den Angeboten berücksichtigt werden ([39]).

(121) Bei dem ersten Aspekt geht es im Wesentlichen darum, ob das Land Burgenland sich hätte darauf verlassen können, dass es die Kaufpreiszahlung tatsächlich erhalten würde (dies wird im Allgemeinen als Transaktionssicherheit bezeichnet — erstes Element), und ob davon ausgegangen werden konnte, dass das Konsortium die erforderliche Genehmigung der Finanzmarktaufsicht (oder jeder anderen am Vorgang beteiligten Behörde) erhalten würde (zweites Element).

(122) Bei dem zweiten Aspekt geht es darum, ob es andere Faktoren wie Haftungen oder außerbilanzielle Risiken gibt, die das Land Burgenland als staatlicher Verkäufer berücksichtigen kann und die den Preisunterschied im Vergleich zum höchsten Angebot aufwiegen würden.

Das erste Element des ersten Aspekts: Transaktionssicherheit

(123) Was die Transaktionssicherheit als erstes Element des ersten Aspekts anbetrifft, so unterstreicht die Kommission der Klarheit halber, dass sich die Transaktionssicherheit in diesem Zusammenhang auf nichts anderes bezieht als auf die Fähigkeit des Käufers, den Kaufpreis aufzubringen ([40]). Die Kommission stimmt Österreich zu, dass dies ein entscheidendes Element des Verkaufsprozesses ist. Von keinem marktwirtschaftlich handelnden Verkäufer kann erwartet werden, sich für einen Käufer zu entscheiden, bei dem die realistische Möglichkeit besteht, dass er den Kaufpreis nicht zahlt.

([37]) 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 vom 19.10.2000, S. 15), Randnummer 82.

([38]) Siehe auch Entscheidung der Kommission in der Sache C50/2006 vom 27.6.2007, *BAWAG*, ABl. L 83 vom 26.3.2008, S. 7. Randnummer 125.

([39]) Entscheidung der Kommission vom 8.9.1999 über die von Frankreich dem Unternehmen *Stardust Marine* gewährten Beihilfen (ABl. L 206 vom 15.8.2000. S. 6), Randnummer 78.

([40]) Österreich spricht auch von „Transaktionssicherheit", wenn es erläutert, dass eine langwierige Prüfung durch die FMA vermieden werden sollte, da die damit verbundene anhaltende Unsicherheit die Lebensfähigkeit der BB gefährdet hätte.

(124) Österreich hat während des gesamten Verfahrens nicht geltend gemacht, dass das Konsortium nicht in der Lage gewesen wäre, den Kaufpreis aufzubringen. Angesichts der wirtschaftlichen Stärke der im Konsortium zusammengeschlossenen Unternehmen (siehe Randnummer (12)) hat die Kommission keinen Grund daran zu zweifeln, dass der Kaufpreis in Höhe von 155 Mio. EUR finanziert werden konnte. Das Konsortium schlug vor, eine Anzahlung in Höhe von 15 Mio. EUR auf ein Treuhandkonto bei der in der Ukraine niedergelassenen Active Bank zu leisten, um nachzuweisen, dass es die 155 Mio. EUR aufbringen konnte.

Das zweite Element des ersten Aspekts: Genehmigung der FMA

(125) Außer Frage steht auch, 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. Österreich hat vorgebracht, dass die FMA einen Verkauf der BB an das Konsortium niemals genehmigt hätte, und zwar selbst dann nicht, wenn nur das Angebot des Konsortiums vorgelegen hätte. Österreich zufolge war das Angebot der GRAWE nicht das höchste, aber das „beste Angebot".

(126) Aus verfahrensrechtlicher Sicht bestreitet die Kommission nicht, dass es der FMA angesichts der Tatsache, dass es zwei mögliche Bieter gab, nach österreichischem Recht untersagt war, den sogenannten Fit & Proper-Test nach § 20 BWG durchzuführen. In der Tat wird bei allen vergleichbaren Verfahren die aufsichtsrechtliche Genehmigung erst erteilt, wenn ein konkreter Käufer ermittelt wurde. Daher war es folgerichtig, dass die FMA sowohl den vom Konsortium als auch den von der GRAWE im Vorfeld der Verkaufsentscheidung gestellten „Antrag" auf Genehmigung abwies. Die Kommission erkennt an, dass die FMA nach österreichischem Recht keine Ex-post-Erklärung abgeben darf.

(127) Allerdings stellt die Kommission auch fest, dass sich die FMA im Zuge der Übermittlung von Sachinformationen über ihre Verfahren bzw. über den früheren Antrag der SLAV AG zu keinem Zeitpunkt offen dem Standpunkt Österreichs in dieser Sache angeschlossen und der Kommission gegenüber vielmehr bestätigt hat, dass das Ergebnis ihrer Untersuchung „völlig offen" gewesen sei.

(128) In diesem Zusammenhang weist die Kommission ferner darauf hin, dass die FMA es vermieden hat, sich unabhängig von dem konkreten Fall allgemein zu Elementen zu äußern, denen sie bei ihrer Prüfung eine wesentliche Bedeutung einräumen würde (z. B. Rating eines Käufers). Es gibt somit keinerlei Hinweise dafür, dass diese oder andere von Österreich vorgebrachten Erwägungen die Prüfung der FMA nachteilig beeinflusst oder gar zwangsläufig zu einem negativen Ergebnis geführt hätten.

(129) Da keine entsprechenden Erklärungen der FMA und keine anderen Beweise vorliegen, kann sich die Kommission nicht dem Argument Österreichs anschließen, dass die FMA einen Verkauf an das Konsortium mit Sicherheit untersagt hätte.

(130) 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.

(131) Bezüglich der Erwägungen des Landes Burgenland zum möglichen Ausgang des FMA-Verfahrens kann die Kommission dem Vorbringen Österreichs ebenfalls nicht folgen, dass ein 1994 von einem Vorgänger der SLAV AG gestellter Antrag auf Erteilung einer Bankkonzession abgelehnt wurde. Die Kommission weist darauf hin, dass die beiden Situationen nicht miteinander vergleichbar sind, selbst wenn der im Rahmen des Verkaufs der BB durchzuführende Fit & Proper-Test zu den — sehr viel umfangreicheren — Voraussetzungen für die Erteilung einer uneingeschränkten Bankkonzession gehört, die in dem früheren Fall beantragt wurde ([41]). Allerdings war die Eigentümerstruktur bei dem früheren Antragsteller eine deutlich andere, und auch die politische Situation in der Ukraine hat sich seitdem erheblich gewandelt. Der einzige von Österreich angeführte Grund für den Untersagungsbescheid — Nicht-Anwendung der Internationalen Rechnungslegungsgrundsätze (IAS) durch den Fonds, der Eigentümer des Unternehmens war — scheint zudem rein formaler Natur zu sein; nichts deutet darauf hin, dass die Einhaltung der IAS für das anders zusammengesetzte Konsortium zum Zeitpunkt der Verkaufs der BB noch ein Thema gewesen wäre. Da die FMA gesetzlich verpflichtet ist, einen neuen Antrag unvoreingenommen zu prüfen, geht die Kommission nicht davon aus, dass dieses frühere Verfahren, das eine andere Partei betraf, eine Rolle gespielt hätte, wenn das Land Burgenland die BB an das Konsortium verkauft hätte.

([41]) Beide Situationen werden von § 20 BWG bzw. Teilen davon erfasst.

(132) Die Kommission muss auch die unbelegten Argumente zurückweisen, die Österreich vorgebracht hat, um das Konsortium als ernstzunehmenden Käufer auszuschließen. Die Entscheidung der Kommission muss sich auf Fakten stützen. Dies betrifft erstens die Bezugnahme Österreichs auf das zweite Privatisierungsverfahren, in dem die FMA Österreich zufolge angedeutet habe, dass der Verkauf an eine in Litauen ansässige Bank mit einem russischen Eigentümer nicht genehmigt worden wäre. Für diese Behauptung wurden keine Beweise vorgelegt, und zudem ging es um eine ganz andere Partei. Zweitens verwies Österreich in einem sehr fortgeschrittenem Stadium des Verfahrens auf das Urteil eines deutschen Gerichts, in dem eine BaFin-Entscheidung bestätigt wurde, mit der der Verkauf von Anteilen einer deutschen Bank an eine nicht näher bezeichnete ukrainische Unternehmensgruppe untersagt worden war ([42]). Diese Information lag zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht vor und hätte so bei einer möglichen Entscheidung der FMA keine Rolle spielen können. Nicht zuletzt stellt die Kommission fest, dass die FMA, wie schon dargelegt, jeden Antrag unvoreingenommen prüfen muss.

(133) Auf der Grundlage der vorstehenden Feststellungen kommt die Kommission zu dem Schluss, dass es weder Beweise noch Hinweise dafür gibt, dass die FMA einen Verkauf an das Konsortium untersagt hätte. Ein marktwirtschaftlich handelnder Verkäufer hätte das Konsortium daher auf dieser Grundlage nicht als Käufer ausgeschlossen.

Der zweite Aspekt: Der Einfluss der Ausfallhaftung auf die Verkaufsentscheidung

(134) Wie in jedem anderen Fall bestätigt die Kommission, dass nur diejenigen Faktoren berücksichtigt werden können, denen ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber Rechnung getragen hätte ([43]). Dies schließt Risiken aus, die sich aus der möglicherweise eintretenden Verpflichtung zur Zahlung einer staatlichen Beihilfe ergeben, da ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber solche Risiken nicht tragen würde ([44]). Das diesbezüglich entscheidende Element bei der Privatisierung der BB ist die Ausfallhaftung, die Österreich als Rechtfertigung für den Verkauf an die GRAWE anführt.

(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.

([42]) Die Kommission weist darauf hin, dass in der von Österreich vorgelegten Pressemitteilung die Identität der ukrainischen Unternehmensgruppe nicht bekannt gegeben wird. Es kann sich um eine ganze andere Unternehmensgruppe handeln als das Konsortium.

([43]) Urteil des Gerichtshofs vom 14. September 1994 in den verbundenen Rechtssachen C-278/92, C-279/92 und C-280/92, Spanien/-Kommission (Hytasa), Slg. 1994, I-4103, Randnr. 22.

([44]) Siehe Rechtssache C-334/99, Gröditzer Stahlwerke, Randnrn. 134 ff.

(136) Zunächst muss die Kommission alle Argumente zurückweisen, mit denen Österreich die Einstufung der Ausfallhaftung als (bestehende) staatliche Beihilfe in Frage stellt. Angesichts der Entscheidung K(2003) 1329 endg. der Kommission über die Abschaffung der Ausfallhaftung ([45]), die nach einer Einigung zwischen Österreich und der Kommission erlassen und von Österreich nicht vor den Gemeinschaftsgerichten angefochten wurde, kann diesem Argument nicht gefolgt werden. Wäre Österreich — wie es in diesem Verfahren den Anschein hat — tatsächlich nicht mit der Feststellung einverstanden gewesen, dass die Ausfallhaftung als staatliche Beihilfe anzusehen ist, hätte sie diese vor dem Gerichtshof anfechten können.

(137) Auf das Argument Österreichs, dass eine bestehende Beihilfe rechtmäßig sei, ist zu erwidern, dass eine bestehende Beihilfe weiterhin eine Beihilfe eines Trägers der öffentlichen Gewalt ist. In allen bisherigen Gerichtsentscheidungen wird von dem Grundsatz ausgegangen, 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 obliegen, andererseits nicht vermischt werden dürfen ([46]). 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 ([47]). 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 ([48]).

([45]) ABl. C 175 vom 24.7.2003, S. 8. Einzelheiten s. o.

([46]) Zum Beispiel Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-334/99, *Gröditzer Stahlwerke*.

([47]) Siehe beispielsweise Rechtssache C-334/99, *Gröditzer Stahlwerke*, Randnr. 138.

([48]) Verwiesen werden kann auch auf das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 15. September 1998 in der Rechtssache T-11/95, *BP Chemicals*, Slg. 1998, S. II-3235, Randnrn. 170-171, 179-180 und 198. Gewährt der Staat eine staatliche Beihilfe und ergreift er kurz danach nochmals Maßnahmen zugunsten des Unternehmens, wobei er geltend macht, dass die zweite Maßnahme dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers gerecht wird, so muss die Kommission gemäß diesem Urteil immer noch die zweite Maßnahme im Hinblick auf die Einhaltung des genannten Grundsatzes prüfen und dabei den Auswirkungen der ersten Beihilfemaßnahme Rechnung tragen. Wenn sich eine staatliche Beihilfe auf nachfolgende Maßnahmen des Staates auswirken könnte, kann schlüssig davon ausgegangen werden, dass das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe das Verhalten des Landes Burgenlandes beim Verkauf der BB beeinflussen kann.

(138) Die Lage wäre möglicherweise eine andere gewesen, wenn das Land Burgenland wie ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine Haftung zu kommerziellen Bedingungen übernommen hätte und nicht eine Haftung, die eine staatliche Beihilfe darstellt. Dies trifft jedoch in dem in Rede stehenden Fall nicht zu.

(139) Österreich hat keine anderen Faktoren wie außerbilanzielle Risiken oder andere Haftungen als die Ausfallhaftung angeführt, die bei der Bewertung der Angebote hätten berücksichtigt werden können.

(140) Da die „Weiterführung der BB unter Vermeidung der Inanspruchnahme der Ausfallhaftung des Landes" einer der Gründe, wenn nicht gar der entscheidende Grund für die Entscheidung des Landes Burgenland war, die BB trotz des niedrigeren Angebots an die GRAWE zu verkaufen, vertritt die Kommission auf der Grundlage der dieser Feststellungen die Auffassung, dass sich Österreich nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Verkäufer verhalten hat. Der wirtschaftliche Vorteil, der der GRAWE verschafft wurde, entspricht mindestens der Differenz zwischen dem Angebot des Konsortiums und dem tatsächlichen Kaufpreis ([49]).

2.3 Die Bedingungen, an die der Verkauf der BB geknüpft war

(141) Obwohl in diesem Fall bereits die Tatsache, dass dem niedrigeren Angebot der Zuschlag erteilt wurde, beweist, dass eine staatliche Beihilfe vorliegt, musste die Kommission auch prüfen, in welchem Maße möglicherweise die Ausschreibungsbedingungen den Kaufpreis beeinflusst haben. Wie dargelegt, hatte die Kommission in der Eröffnungsentscheidung Zweifel daran geäußert, dass das Ausschreibungsverfahren offen, transparent und diskriminierungsfrei war. Darüber hinaus hatte die Kommission Zweifel an den Auswirkungen der Bedingungen auf mögliche Bieter geäußert (die unter Umständen von der Teilnahme an der Ausschreibung abgehalten wurden) sowie an den Auswirkungen der Bedingungen auf die Preisangebote (die möglicherweise niedriger ausgefallen sind als bei einer bedingungsfreien Ausschreibung).

(142) Auf der Grundlage der während des förmlichen Prüfverfahrens eingegangenen Informationen ist die Kommission der Auffassung, dass das Konsortium aus rein verfahrensrechtlicher Sicht (Due-Diligence-Prüfung, Möglichkeit zu Treffen, FMA) offensichtlich nicht durch die Experten von HSBC benachteiligt wurde, die mit der Durchführung der Ausschreibung betraut waren. Nach Auffassung der Kommission wird dieser Standpunkt durch die umfangreiche Sachverhaltsfeststellung des Landesgerichts Eisenstadt bestätigt, die in die Entscheidung dieses Gerichts vom 20. Mai 2006 eingeflossen ist ([50]).

(143) Die Kommission prüfte die Auswirkungen der Bedingungen auf die Angebote. Die Bedingungen, an die die Privatisierung geknüpft war, deuten darauf hin, dass das Land Burgenland nicht bestrebt war, den höchsten Preis für die Bank zu erzielen. Dennoch hat die Kommission keinen Grund zu der Annahme, dass dadurch die Zahl der Bieter tatsächlich begrenzt oder der Preis beeinflusst wurde. Es gingen keine Stellungnahmen von Beteiligten ein, denen zu entnehmen gewesen wäre, dass sie ursprünglich am Kauf der BB interessiert, dann aber durch die im Process Letter festgelegten Bedingungen von der weiteren Teilnahme an der Ausschreibung abgehalten worden wären. Die Ausschreibung wurde auch in ausreichendem Maße öffentlich bekannt gegeben. Selbst wenn einige andere Ausschreibungsbedingungen („zeitliches Erfordernis", „Bereitschaft zur Vornahme gegebenenfalls notwendiger Kapitalerhöhungen" und „Erhalt der Selbständigkeit der BB") weiterhin fragwürdig erscheinen, ist nicht erkennbar, dass sie sich auf die Höhe der Angebote ausgewirkt haben. Die Kommission hat somit keine Beweise oder Hinweise gefunden, die die Schlussfolgerung rechtfertigen würden, dass ein Verfahren, das einen Verkauf der BB unter Zugrundelegung ihres vollen Potenzials ermöglicht hätte, zu einem höheren Angebot geführt hätte. Das Konsortium hat auch nicht angedeutet, dass es aufgrund der im Process Letter aufgeführten Bedingungen ein niedrigeres Angebot abgegeben habe. Es erkannte an, dass der Kaufpreis und die Transaktionssicherheit ein angemessenes Kriterium für jeden Verkäufer seien, wies jedoch darauf hin, dass eine Bedingung wie „Weiterführung der BB unter Vermeidung der Inanspruchnahme der Ausfallhaftung des Landes" bzw. „Vornahme allenfalls notwendiger Kapitalerhöhungen" in Zukunft nicht durchsetzbar wäre. Da nicht erkennbar ist, dass sich die Bedingungen auf den Kaufpreis ausgewirkt haben, wird somit in diesem besonderen Fall, in dem im Rahmen der Ausschreibung zwei gültige Angebote abgegeben wurden ([51]), die Auffassung vertreten, dass das höhere Angebot einen guten Näherungswert für den Marktpreis darstellt ([52]).

2.4 Sonstige Erwägungen im Zusammenhang mit der Ausfallhaftung

(144) Obwohl sich die Kommission dem Standpunkt Österreichs zur Bedeutung der Ausfallhaftung für den in Rede stehenden Fall nicht anschließen kann, prüfte sie die Argumente, die Österreich in Bezug auf die entsprechende — falsche — Annahme vorgebracht hat. Die Kommission stellte jedoch fest, dass das Angebot der GRAWE selbst dann, wenn dem Standpunkt Österreichs gefolgt und die Ausfallhaftung berücksichtigt würde, nicht zum besten Angebot würde.

([49]) Auf die Frage, in welchem Maße die Preisangebote angepasst werden müssen, um vergleichbar zu sein, wird in Kapitel VI.5 eingegangen.

([50]) *Landesgericht Eisenstadt*, 20.5.2006, 27 Cg 90/06 p-40.

([51]) Österreich führte auch an, dass die Kommission in der Sache Craiova die Ausschreibung unberücksichtigt gelassen und stattdessen den Nettovermögenswert heranzogen habe, weil die Ausschreibung an Bedingungen geknüpft gewesen sei. Österreich machte geltend, die Kommission hätte auch in dem in Rede stehenden Fall eine gutachterliche Bewertung akzeptieren müssen. Beide Fälle sind jedoch nach Auffassung der Kommission in dieser Hinsicht nicht vergleichbar, weil die Bedingungen in der Sache Craiova so ausgestaltet waren, dass die Ausschreibung (bei der nur ein Angebot abgegeben wurde) nicht mehr zur Ermittlung des Marktwertes herangezogen werden konnte, während bei der Ausschreibung in dem in Rede stehenden Fall zwei Wettbewerber Angebote abgegeben haben, die einen guten Näherungswert für den Marktpreis darstellen.

([52]) Siehe auch Entscheidung der Kommission vom 8.9.1999 über die von Frankreich dem Unternehmen *Stardust Marine* gewährten Beihilfen (ABl. L 206 vom 15.8.2000, Randnummer 82), in der ein ähnlicher Ansatz verfolgt wurde. Dieser Punkt wurde im Rahmen der späteren Aufhebung dieser Entscheidung durch den Gerichtshof nicht in Frage gestellt.

Liquiditätsabflüsse nach einem Verkauf der BB an das Konsortium und Berücksichtigung der Ausfallhaftung

(145) Im Falle einer Liquidation der BB würden die Vermögenswerte der BB verwertet und die Erlöse verwendet, um die Forderungen der Gläubiger zu befriedigen. Sollten die Erlöse aus der Liquidation der Vermögenswerte zur Befriedigung der Forderungen der Gläubiger nicht ausreichen, würde auf die Eigenmittel der BB in Höhe von rund 90 Mio. EUR zurückgegriffen. Ein danach noch verbleibender Fehlbetrag würde gleichmäßig auf die ausstehenden Forderungen verteilt, so dass sich für die Gläubiger eine Ausfallquote ergeben würde. Die Ausfallhaftung würde als direkte Forderung der Gläubiger der BB gegenüber dem Land Burgenland eine Einstandspflicht des Landes Burgenland auslösen, das die Gläubiger in vollem Umfang für den Ausfall der durch die Ausfallhaftung abgesicherten Forderungen entschädigen müsste. Der Anteil der durch die Ausfallhaftung abgesicherten Forderungen wird sich von 100 % zum Zeitpunkt des Closing (Mai 2006) auf fast 0 % im Jahr 2017 verringern.

(146) Zu einer solchen Liquidation der BB könnte es wegen Schwierigkeiten der Bank bei der Refinanzierung auf den Kapitalmärkten oder bei der Einhaltung aufsichtsrechtlicher Anforderungen wie der Mindesteigenkapitalquoten kommen.

(147) Österreich hat geltend gemacht, dass das Liquiditätsproblem vor allem nach der Bekanntgabe des Verkaufs an das Konsortium in der Presse aufgetreten wäre. Bestenfalls hätte es netto zu Liquiditätsabflüssen in Höhe von rund 500 Mio. EUR und schlimmstenfalls in Höhe von bis zu 1,25 Mrd. EUR kommen können. Das Konsortium habe nicht nachgewiesen, dass es in der Lage gewesen sei, neues Kapital in dieser Höhe bereitzustellen. Daher habe der Verkauf der BB an das Konsortium nicht in Erwägung gezogen werden können.

(148) Die Kommission räumt ein, dass die Bekanntgabe des Verkaufs der BB durch das Land Burgenland an das Konsortium zu einem Abfluss von Einlagen und zur Kündigung von Interbank-Kreditlinien hätte führen können, doch scheinen die von Österreich vorgelegten Berechnungen aus mehreren Gründen falsch zu sein. Ausgehend von vergleichbaren Fällen ist die Annahme, dass 50 %—60 % der Einlagen abgezogen würden, unrealistisch ([53]). In einer solchen Krisensituation würde die BB die Liquiditätsabflüsse für das Neugeschäft auf das erforderliche Minimum beschränken ([54]). In den von Österreich vorgelegten Berechnungen werden zudem handelbare Vermögenswerte gar nicht oder nur zum Teil liquidiert ([55]), und die Abflüsse bei einigen Positionen sind unverständlich ([56]). Die Kommission ist der Auffassung, dass der erwartete Liquiditätsabfluss selbst in einer Krisensituation durch ein effizientes und präventives Liquiditätsmanagement der BB kompensiert und der sich ergebende Nettoabfluss unter Kontrolle hätte gehalten werden können. In diesem Zusammenhang betont die Kommission, dass die BB und ihr Eigentümer präventiv hätten tätig werden können, um den Liquiditätsabfluss zu begrenzen, und stellt fest, dass sich das Land Burgenland bereits dazu verpflichtet hatte, vor dem Verkauf der Bank durch die Ausgabe zusätzlicher, durch die Ausfallhaftung abgesicherter Anleihen neues Kapital in Höhe von 380 Mio. EUR aufzubringen. Die Kommission kann sich dem Argument Österreichs nicht anschließen, dass die Ausgabe weiterer Anleihen, durch die der BB zusätzliche 380 Mio. EUR zur Verfügung gestellt wurden, für keinen der am Verkauf der Bank interessierten Bieter von entscheidender Bedeutung gewesen sei, wenn Österreich zugleich geltend macht, dass der erwartete Liquiditätsengpass ein Grund dafür gewesen sei, die Bank nicht an das Konsortium zu verkaufen. Es ließe sich auch anführen, dass das Land Burgenland das Liquiditätsproblem, sollte es seiner Auffassung nach von wesentlicher Bedeutung gewesen sein, durch die Ausgabe zusätzlicher Anleihen in Höhe der fehlenden liquiden Mittel hätte lösen können, so wie es das Land Burgenland im Falle der GRAWE durch die Bereitstellung der zusätzlichen 380 Mio. EUR getan hat.

(149) Daher geht die Kommission davon aus, dass nicht ein Liquiditätsengpass nach Bekanntwerden des Verkaufs, sondern eher aufsichtsrechtliche Gründe für eine Zahlungsunfähigkeit oder Liquidation der BB ursächlich gewesen wären. Österreich hat vorgebracht, dass das Risiko der Zahlungsunfähigkeit im Falle eines Verkaufs der BB an das Konsortium sehr viel höher gewesen wäre als im Falle der GRAWE als neuer Eigentümerin. Die GRAWE führe das auf Privat- und Firmenkunden ausgerichtete regionale Geschäft der BB weiter und halte an dem bestehenden Geschäftsmodell fest. Dem vom Konsortium vorgelegten Geschäftsplan dagegen sei zu entnehmen, dass das Konsortium das Geschäftsmodell der BB risikoträchtiger gestaltet und Tätigkeiten wie die Finanzierung internationaler Handelsgeschäfte einbezogen hätte. Durch die mögliche Eingliederung der Active Bank in die BB hätte die BB Schwankungen des Wechselkurses des Euro gegenüber der ukrainischen „Hrywnja“ ausgesetzt werden können, die nur zu sehr hohen Kosten abgesichert werden könne. Österreich hat auch geltend gemacht, dass andere Faktoren wie die mangelnde Bankerfahrung und das niedrigere Rating des Konsortiums das Risiko einer Zahlungsunfähigkeit der BB deutlich erhöht hätten.

(150) Die Kommission räumt ein, dass Aussagen über die voraussichtliche langfristige Entwicklung der BB in den beiden Verkaufszenarien sehr ungesichert sind. Das Land Burgenland muss akzeptieren, dass es nach dem Verkauf der BB an einen neuen Eigentümer — unabhängig davon, ob es sich dabei um die GRAWE oder das Konsortium handelt — nur einen äußerst begrenzten Einfluss auf die künftige strategische Ausrichtung der Bank hat. In diesem Zusammenhang ist es wichtig festzuhalten, dass das künftige Geschäftsmodell der BB im Kaufvertrag nicht verbindlich festgelegt werden kann, sondern dass es Aufgabe des neuen Eigentümers ist, die künftige strategische Ausrichtung der Bank einschließlich der erforderlichen Kapitalerhöhungen und der späteren Eingliederung anderer Unternehmen zu bestimmen.

([53]) Selbst im Falle der *BAWAG*, als die Bank wegen betrügerischen Handelns der Geschäftsführung mit einem Ansturm auf die Einlagen konfrontiert war, beschränkten sich die Abflüsse auf 20 %—30 %.

([54]) In der Liquiditätsprognose sind 300 Mio. EUR für den Erwerb neuer Anleihen/Wertpapiere und die Eröffnung neuer Interbank-Kreditlinien vorgesehen.

([55]) In einer Situation, in der Liquiditätsbedarf besteht, würde die BB Beteiligungen und andere ohne Verlust veräußerbare handelbare Wertpapiere verkaufen, um Liquidität zu generieren.

([56]) Es wird davon ausgegangen, dass die Kündigung von Swaps mit Mutual-put-Vereinbarung negative Auswirkungen auf die Liquidität hätte, deren Umfang dem Nominalwert der Swaps entsprechen würde.

(151) Dennoch unterliegen die neuen Eigentümer bei ihrer Geschäftsführung den geltenden bankenrechtlichen Vorschriften. Zum einen wird die BB als österreichische Bank mit einer österreichischen Bankkonzession weiterhin von der österreichischen Bankenaufsicht überwacht und muss daher dieselben aufsichtsrechtlichen Anforderungen (z. B. Einhaltung der Mindesteigenkapitalquoten) erfüllen wie andere europäische Banken. Zum anderen muss die BB als integraler Bestandteil der internationalen Finanzwelt mindestens über ein Investment-Grade-Rating verfügen, um sich bei anderen Banken refinanzieren zu können. Somit unterliegt die BB auch den Eigenmittelanforderungen der Rating-Agenturen. Wenn höhere Risiken eingegangen werden sollen, müssen die Eigentümer gleichzeitig in angemessenem Maße neues Kapital zuführen.

(152) Die Kommission kann sich auch nicht dem von Österreich vorgebrachten Argument anschließen, dass der neue Eigentümer der BB unbedingt über eine umfassende Bankerfahrung verfügen müsse. Die Führung der BB ist nicht Aufgabe der Eigentümer, sondern der Geschäftsleitung der BB. Zudem kann die Kommission das Argument Österreichs nicht nachvollziehen, dass das Rating der BB nach dem Verkauf mit dem Rating der GRAWE bzw. des ukrainischen Staates identisch wäre. Zum einen hat die GRAWE nicht erklärt, für die BB eine Patronatserklärung abgeben zu wollen, so dass sich das Rating der BB in erster Linie auf deren eigene Ergebnisse stützen wird. Zum anderen bleibt die BB eine österreichische Bank mit Sitz in Österreich, so dass das „B"-Rating des ukrainischen Staates — das für eine Bank mit Sitz in der Ukraine eine Rolle spielen könnte — nicht relevant zu sein scheint. In diesem Zusammenhang ist es auch wichtig festzustellen, dass die BB weiterhin durch die Ausfallhaftung abgesichert sein wird.

(153) Dennoch lässt sich nicht völlig ausschließen, dass die BB, wer auch immer ihr neuer Eigentümer sein wird, in der Zukunft mit ernsten Schwierigkeiten konfrontiert sein könnte, so dass die Zahlungsunfähigkeit/Liquidation unabwendbar wäre. Mit Blick auf ein solches Szenario ist es wichtig, sich im Klaren darüber zu sein, dass die BB eine sehr kleine Bank ist (ihre Bilanzsumme macht weit weniger als 1 % der Bilanzsumme großer europäischer Banken aus) und dass ihre Liquidation nur geringfügige, wenn nicht gar zu vernachlässigende Auswirkungen auf das österreichische bzw. das europäische Bankensystem hätte. Der Verkauf der Vermögenswerte der BB in Höhe von rund 3,5 Mrd. EUR (Kredite, Anleihen, Beteiligungen, Derivate, Liegenschaften) auf den internationalen Finanzmärkten würde das Funktionieren der Marktmechanismen nicht beeinträchtigen, so dass die Märkte und insbesondere die Marktpreise stabil bleiben würden.

(154) Österreich übermittelte ein Liquidationsszenario. In diesem Szenario wird davon ausgegangen, dass die Liquidation der Vermögenswerte im Jahr 2006 erfolgt und dass der erzielbare Preis für Vermögenswerte von deren gewichtetem Risiko abhängt. Die vorgenommenen Verwertungsabschläge reichen von 2 % für Aktiva mit Risikogewicht Null bis zu 20 % für Aktiva mit Risikogewicht 100 %. Das Liquidationsszenario enthält Berichtigungen in Höhe von 90 Mio. EUR für die Liquidation außerbilanzieller Posten. Nach Abzug der Eigenmittel wird bei dem Szenario der Schluss gezogen, dass die Ausfallhaftung und damit das Land Burgenland im Falle einer Liquidation in Höhe von rund 270 Mio. EUR in Anspruch genommen würde.

(155) Die Kommission stimmt der allgemeinen Methode zu, die in dem von Österreich vorgelegten Liquidationsszenario für eine erste Schätzung der möglichen Verluste im Falle einer Zahlungsunfähigkeit der BB angewandt wird. Die Kommission ist jedoch der Auffassung, dass die Anpassungen bei den Aktiva zu hoch sind (z. B. Berichtigungen in Höhe von 10 %—20 % bei hypothekarisch gesicherten Krediten, die verbrieft und bündelweise verkauft werden können), und kann die Anpassungen bei den außerbilanziellen Geschäften nicht nachvollziehen. Außerdem ging Österreich davon aus, dass die Liquidation mit 100 %iger Wahrscheinlichkeit im Jahr 2006 erfolgen würde, und legte daher die Nominalwerte der Aktiva zugrunde. Dieses Szenario erscheint nicht realistisch.

(156) Unter Berücksichtigung dieser Anmerkungen zum Liquidationsszenario würde die Kommission zu dem Schluss gelangen, dass das Land Burgenland für jedes Prozent Wahrscheinlichkeit, dass die Ausfallhaftung künftig in Anspruch genommen werden könnte, höchstens 1 Mio. EUR ansetzen könnte. Dies bedeutet im Hinblick auf den Ausgleich der Preisdifferenz gegenüber dem Angebot des Konsortiums, dass die Wahrscheinlichkeit einer Zahlungsunfähigkeit der BB mit dem Konsortium als neuem Eigentümer mehr als 50 % höher eingeschätzt werden müsste als im Falle der GRAWE als neuer Eigentümerin. Die Kommission hält eine solche Einschätzung nicht für gerechtfertigt und gelangt daher zu dem Schluss, dass selbst wenn das Land Burgenland die Ausfallhaftung als Bewertungskriterium hätte heranziehen dürfen, das Angebot der GRAWE nicht das beste Angebot war.

Andere von Österreich und der GRAWE dargelegte Methoden

(157) Österreich und die GRAWE führten auch andere Methoden ([57]) an, um die mit jedem der beiden Bieter verbundenen Risiken zu bewerten. Nach Auffassung der Kommission spiegelt die im Liquidationsszenario angewandte Methode die spezielle Lage im Falle einer Zahlungsunfähigkeit am besten wider, so dass diese Methode nicht nur am sachgerechtesten, sondern auch am transparentesten und am besten nachvollziehbar ist, um die aus der Ausfallhaftung erwachsenden Risiken abzuschätzen. Die übrigen von Österreich angeführten Methoden sind nicht relevant und zudem entweder nicht nachvollziehbar, auf falsche Annahmen gestützt oder auf die besonderen Bedingungen des Falls nicht anwendbar.

([57]) Gutachten von HSBC, finanzgestützter wissenschaftlicher Ansatz, kapitalmarktorientierter Ansatz.

2.5 Gewährleistungsklausel betreffend staatliche Beihilfen im Vertrag mit der GRAWE

(158) Der Kaufvertrag zwischen dem Land Burgenland und der GRAWE enthält zudem eine Gewährleistungsklausel, der zufolge das Land Burgenland unter anderem verpflichtet ist, der GRAWE den Betrag zu erstatten, den die Kommission in einer Rückforderungsentscheidung festsetzen sollte (zuzüglich aller damit zusammenhängenden Verfahrenskosten für den Käufer). Selbst wenn der Käufer das Recht behält, vom Vertrag zurückzutreten, wenn sich eine Anpassung des Kaufpreises als rechtswidrig erweisen sollte, muss dieses Element des Kaufvertrags in einer Entscheidung herausgestellt werden. Erstens ändert eine solche nach der Ausschreibung ausgehandelte Gewährleistungsklausel die Verkaufsbedingungen für den betreffenden Käufer und hätte die GRAWE dazu veranlassen können, ein höheres Angebot zu unterbreiten; zweitens — und dies ist noch viel wichtiger — kommt eine solche Gewährleistungsklausel einer Umgehung einer etwaigen Rückforderungsentscheidung der Kommission gleich. Dies steht eindeutig im Widerspruch zu der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Kommissionsentscheidungen umzusetzen und mit der Kommission zusammenzuarbeiten. Daher sollte diese Klausel nicht angewandt werden, da der GRAWE ansonsten eine neue staatliche Beihilfe gewährt würde.

2.6 Endgültige Schlussfolgerung zum Vorliegen einer staatlichen Beihilfe

(159) Folglich stellt der Verkauf der BB an die GRAWE eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag dar.

3. **Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt**

(160) In der Eröffnungsentscheidung deutete die Kommission an, dass ausgehend von den vorliegenden Informationen offensichtlich keine der Voraussetzungen erfüllt war, um die Beihilfe gemäß Artikel 87 Absatz 2 bzw. 3 EG-Vertrag für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären zu können.

(161) Österreich konzentrierte sich darauf nachzuweisen, dass es sich bei der Maßnahme nicht um eine staatliche Beihilfe handelt. Nur die Begünstigte brachte Argumente zu einer möglichen Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vor. Nach Auffassung der GRAWE gehe aus der früheren Umstrukturierungsentscheidung hervor, dass selbst eine privatisierte BB (die Privatisierung war eine Voraussetzung dafür, die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären) an einer regionalen Ausrichtung festhalten müsse. Nur der Geschäftsplan der GRAWE habe diese Voraussetzung erfüllt.

(162) Die Kommission hält fest, dass die Umstrukturierungsentscheidung dieses Argument in keiner Weise stützt. Neben den von Österreich angebotenen und von der Kommission akzeptierten operationellen, funktionellen und finanziellen Maßnahmen ist die Privatisierung ein weiteres Instrument, um die langfristige Rentabilität der Bank sicherzustellen. In der früheren Entscheidung werden die Auswirkungen einer möglichen Liquidation der BB untersucht, wobei die Kommission einräumt, dass „eine Unterversorgung an grundlegenden Finanzdienstleistungen in gewissen ländlichen Regionen des Burgenlandes denkbar [erscheine]“ ([58]). Diese Feststellung beinhaltet jedoch nicht, dass eine ähnliche, ansonsten nicht genannte Bedingung auch für die Privatisierung gilt.

(163) Auf der Grundlage der vorstehenden Erwägungen bestätigt die Kommission ihre ursprüngliche Feststellung. Die Beihilfe kann nicht für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden.

4. **Uneingeschränkte Wirksamkeit der Entscheidung 2005/691/EG der Kommission über die Umstrukturierung der Bank Burgenland**

(164) In der Entscheidung zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens äußerte die Kommission Zweifel daran, dass die Vorfälligkeitsentschädigung in Bezug auf die Garantievereinbarung vom 20. Juni 2000, die mit der Entscheidung der Kommission vom 7. Mai 2004 genehmigt wurde, zulässig ist, da sie im Widerspruch zur BB-Umstrukturierungsentscheidung stehen könnte. Nachdem die Kommission diese Frage eingehender geprüft hat, stellt sie jedoch fest, dass diese Regelung mit der betreffenden Entscheidung im Einklang steht.

5. **Rückforderung**

(165) Da die Maßnahme ohne vorherige Anmeldung bei der Kommission durchgeführt wurde und da sie mit den Beihilfevorschriften unvereinbar ist, sollte Österreich verpflichtet werden, die Beihilfe von der Begünstigten zurückzufordern.

(166) Der zurückzufordernde Betrag sollte so festgesetzt werden, dass die Beihilfe beseitigt wird. Auf der Grundlage der Feststellungen in Kapiteln VI. 2.2 und 2.3 entspricht die Beihilfe in diesem Fall der Differenz zwischen dem Preisangebot des Konsortiums und dem tatsächlichen Kaufpreis.

(167) Der betreffende Differenzbetrag entspricht jedoch nicht einfach dem nominalen Differenzbetrag zwischen den beiden Angeboten in Höhe von 54,7 Mio. EUR. Im Interesse einer uneingeschränkten Vergleichbarkeit der beiden Angebote müssen Anpassungen vorgenommen werden, da sich die vertraglichen Vereinbarungen mit der GRAWE einerseits und dem Konsortium andererseits von einander unterscheiden. Beide Angebote beinhalten mehrere Nebenbedingungen, die quantifiziert und jeweils mit den entsprechenden Bedingungen im Angebot des anderen Bieters verglichen werden müssen. Nach Auffassung der Kommission muss der vorgenannte Differenzbetrag zwischen den beiden Preisangeboten bei der Rückforderung der Beihilfe durch Österreich wie folgt angepasst werden.

([58]) Siehe Erwägungsgrund 80 der Umstrukturierungsentscheidung.

(168) Was die Vorfälligkeitsentschädigung in Bezug auf die Garantievereinbarung vom 20. Juni 2000 anbetrifft, so ist die vom Land Burgenland an das Konsortium vorgesehene Zahlung in Höhe von 15 Mio. EUR um 2,1 Mio. EUR höher als die Zahlung an die GRAWE in Höhe von 12,9 Mio. EUR. Somit muss der Differenzbetrag zwischen dem Preisangebot des Konsortiums und dem tatsächlichen Verkaufspreis angepasst und um 2,1 Mio. EUR verringert werden.

(169) Die Auswirkungen der einzelnen Vereinbarungen zu den Haftungsgrenzen, den Freibeträgen und den Gewährleistungsfristen lassen sich nur schwer quantifizieren. Österreich hat geltend gemacht, dass das allgemeine Vorgehen, das mit der GRAWE und dem Konsortium ausgehandelt worden sei, ausgewogen gewesen sei und keinem der Bieter einen nennenswerten Vorteil verschafft habe. Die Kommission stimmt Österreich zu, dass sich die Gewährleistungsvereinbarungen nur in geringfügigem Maße auf die Preisdifferenz auswirken, hält es jedoch für notwendig, diese Auswirkung zu quantifizieren. Auf der Grundlage der vorliegenden Informationen ist die Kommission nicht in der Lage zu beurteilen, ob die Gewährleistungsvereinbarungen einem der Bieter einen Vorteil verschafft haben, so dass Österreich eine vergleichende Übersicht über alle Gewährleistungsvereinbarungen erstellen muss. Zudem muss Österreich die finanziellen Auswirkungen dieser Vereinbarungen auf die Preisangebote beider Bieter quantifizieren.

(170) Die jährliche Provision in Höhe von 100 000 EUR, die das Konsortium für die Aufrechterhaltung der Ausfallhaftung bis zum Jahr 2017 zahlen müsste, ist eine zusätzliche Einnahme für das Land Burgenland, so dass eine Anpassung in der Form erforderlich ist, dass der Differenzbetrag zwischen dem Preisangebot des Konsortiums und dem tatsächlichen Kaufpreis um den Barwert der bis zum Jahr 2017 zu zahlenden Provisionen erhöht wird.

(171) Die Ausgabe zusätzlicher Anleihen in Höhe von 380 Mio. EUR 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. EUR 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. EUR zahlt, im Vergleich zu den Refinanzierungskosten der BB nach dem Closing.

(172) Der Kommission liegen nicht die erforderlichen Informationen vor, um abschließend beurteilen zu können, ob durch die Vereinbarung, vier der Liegenschaftsgesellschaften der BB vor dem Closing zu ihrem Buchwert von 25 Mio. EUR an das Land Burgenland zu übertragen, ein Vorteil verschafft wurde, der eine Anpassung des Differenzbetrages zwischen dem Preisangebot des Konsortiums und dem tatsächlichen Verkaufspreis erfordert. Dies könnte der Fall sein, wenn der Marktwert des Eigentums niedriger bzw. höher wäre als sein Buchwert. Österreich muss ein Gutachten eines von einem unabhängigen Gremium benannten unabhängigen Experten zum Marktwert der vier Liegenschaftsgesellschaften der BB vorlegen. In diesem Gutachten sollten Mieteinnahmen berücksichtigt werden, die sich auf dem Markt erzielen lassen.

(173) Was die zwischen dem Tag der Vertragsunterzeichnung und dem Closing anfallenden Zinsen für die Anzahlung in Höhe von 15 Mio. EUR anbetrifft, die das Konsortium auf ein Treuhandkonto bei der in der Ukraine niedergelassenen Active Bank geleistet hätte, so ist die Kommission der Auffassung, dass sie keine Anpassung erfordern, solange sie dem Konsortium gutgeschrieben werden.

(174) Was die in der Eröffnungsentscheidung angeführte Frage des steuerlichen Verlustvortrags anbetrifft, so prüfte die Kommission, ob dieser Aspekt bei der Ermittlung des Beihilfebetrags zu berücksichtigen ist, und gelangte zu dem Ergebnis, dass dies nicht der Fall ist. Dennoch ist die Kommission der Auffassung, dass der Vorteil, der Dritten aus dem steuerlichen Verlustvortrag erwachsen kann, bei einer Bewertung der BB hätte berücksichtigt werden müssen (Best-owner-Ansatz).

VII. **SCHLUSSFOLGERUNG**

(175) Die Kommission stellt fest, dass Österreich der GRAWE im Rahmen der Privatisierung der BB unter Verletzung des Artikels 88 Absatz 3 EG-Vertrag und damit rechtswidrig eine Beihilfe gewährt hat. Die Beihilfe ist mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar. Der volle Beihilfebetrag ist von Österreich auf der Grundlage der Differenz zwischen den beiden im Rahmen der Ausschreibung abgegebenen endgültigen Preisangeboten zu berechnen, die gemäß den obigen Ausführungen angemessen anzupassen ist —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Die staatliche Beihilfe, die Österreich unter Verletzung des Artikels 88 Absatz 3 EG-Vertrag 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.

Brüssel, den 30. April 2008

Für die Kommission

Neelie KROES

Mitglied der Kommission