ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 20. Oktober 2004

über eine staatliche Beihilfe Deutschlands zugunsten der Norddeutschen Landesbank — Girozentrale

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3926)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2006/738/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN -

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

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

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

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. VERFAHREN

(1) Gegenstand des Verfahrens ist die Übertragung von drei Landestreuhandstellen („LTS“) durch das Land Niedersachsen auf die Norddeutsche Landesbank — Girozentrale („NordLB“). Das Verfahren steht im Zusammenhang mit sechs weiteren Verfahren gegen Deutschland wegen Vermögensübertragungen auf Landesbanken, insbesondere der Westdeutschen Landesbank Girozentrale („WestLB“).

(2) Die Kommission übermittelte Deutschland am 12. Januar 1993 ein Auskunftsersuchen bezüglich einer Kapitalerhöhung bei der WestLB durch die Integration der Wohnungsbauförderanstalt („WfA“) sowie ähnlicher Erhöhungen von Eigenmitteln der Landesbanken anderer Bundesländer. In dem Schreiben wurde auch gefragt, bei welchen Landesbanken es zur Überführung öffentlicher Fördervermögen gekommen ist, sowie um Informationen zu den diese Transaktionen rechtfertigenden Gründen gebeten.

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

(4) Mit Schreiben vom 31. Mai 1994 und 21. Dezember 1994 teilte der Bundesverband deutscher Banken e.V. („BdB“), der Privatbanken mit Sitz in Deutschland repräsentiert, der Kommission unter anderem mit, dass durch Gesetz vom 17. Dezember 1991 die Anteile des Landes Niedersachsen an den Vermögen zur Förderung des Wohnungswesens, der Landwirtschaft und der gewerblichen Wirtschaft mit Wirkung vom 31. Dezember 1991 auf die NordLB übertragen wurden. Der BdB sah in der damit verbundenen Erhöhung der Eigenmittel der NordLB eine Wettbewerbsverfälschung zu deren Gunsten, da eine mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Einklang stehende Vergütung hierfür nicht vereinbart worden sei. Mit dem zweiten genannten Schreiben legte der BdB daher formell Beschwerde ein und forderte die Kommission auf, gegen Deutschland ein Verfahren nach Artikel 93 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag) einzuleiten. Im Februar und März 1995 und Dezember 1996 traten mehrere einzelne Banken der Beschwerde ihres Verbandes bei.

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

(6) Im Anschluss an die Entscheidung 2000/392/EG übermittelte die Kommission am 1. September 1999 Deutschland ein Auskunftsersuchen, das die Übertragungen auf die anderen Landesbanken betraf. Deutschland übersandte

[1] ABl C 81, vom 4.4.2003 S. 2.

[2] ABl. C 140, vom 5.5.1998, S. 9.

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

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

(7) Mit Auskunftsersuchen vom 1. März 2001 bat die Kommission um weitere Angaben, insbesondere zu den Kapitalübertragungen durch den Niedersächsischen Sparkassen und Giroverband („NSGV"), die mit Schreiben Deutschlands vom 15. Mai 2001 beantwortet wurden.

(8) Mit Schreiben vom 13. November 2002 unterrichtete die Kommission Deutschland von ihrem Beschluss, hinsichtlich der Übertragung der Fördervermögen des Landes Niedersachsen auf die NordLB das förmliche Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 des EG-Vertrages zu eröffnen. Zeitgleich hat die Kommission auch Verfahren wegen ähnlicher Vermögensübertragungen auf die Bayerische Landesbank — Girozentrale, die Landesbank Schleswig-Holstein — Girozentrale, die Hamburgische Landesbank — Girozentrale und die Landesbank Hessen-Thüringen eröffnet. Zuvor hatte die Kommission bereits im Juli 2002 das Verfahren bezüglich einer Vermögensübertragung auf die Landesbank Berlin eröffnet.

(9) Die Beschlüsse zur Eröffnung der Verfahren wurden im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht [1]. Die Kommission forderte die sonstigen Beteiligten zur Stellungnahme auf.

(10) Mit Schreiben vom 11. April 2003 nahm Deutschland zu der Verfahrenseröffnung in Sachen NordLB Stellung.

(11) Mit Schreiben vom 29. Juli 2003 nahm der BdB zu allen Eröffnungsbeschlüssen vom 13. November 2002 gemeinsam Stellung. Zur Stellungnahme des BdB übersendete Deutschland mit Mitteilung vom 30. Oktober 2003 eine Entgegnung der Landesregierung Nordrhein-Westfalens und der WestLB AG, die sich auch auf das Verfahren wegen der Übertragung der LTS auf die NordLB bezieht.

(12) Auf ein weiteres Auskunftsersuchen der Kommission vom 1. September 2003 übermittelte Deutschland mit Schreiben vom 28. Oktober 2003 weitere Informationen und ging auf die Stellungnahme des BdB zur NordLB ein.

(13) Am 7. April 2004 und 3. Mai 2004 richtete die Kommission weitere Auskunftsersuchen an Deutschland, die mit Schreiben vom 27. Mai 2004 und 28. Juni 2004 beantwortet wurden. Am 16. August und 9. September 2004 übersandte Deutschland ergänzende Stellungnahmen zu seinem bisherigen Vortrag.

(14) Am 19. Juli 2004 übermittelten der Beschwerdeführer BdB, das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB AG eine vorläufige Verständigung über die angemessene Vergütung für das übertragene Vermögen. Diese Vergütung sollte nach ihrer Ansicht der Entscheidung der Kommission zugrunde gelegt werden. Ebenso übermittelten der BdB, das Land Niedersachsen und die NordLB einen Vorschlag für eine Verständigung über die angemessene Vergütung für das übertragene LTS-Vermögen. In der Folgezeit gingen mehrere Schreiben dieser Beteiligten sowie Deutschlands bei der Kommission ein. Die endgültige Fassung der Verständigung bezüglich der Übertragung des LTS-Vermögens auf die NordLB erreichte die Kommission am 7. Oktober 2004.

II. AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER MASSNAHMEN

1. *DIE NORDDEUTSCHE LANDESBANK — GIROZENTRALE*

(15) Die NordLB, in die die LTS eingebracht wurden, ist ein öffentlich rechtliches Kreditinstitut in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts mit Sitz in Hannover, Braunschweig, Magdeburg und Schwerin. Mit einer Konzernbilanzsumme von ca. 193 Mrd. Euro (Stichtag 31. Dezember 2003) ist sie eine der größten Banken Deutschlands. Die NordLB beschäftigt derzeit etwa 9 500 Mitarbeiter.

(16) Die NordLB entstand 1970 durch eine Vereinigung von vier öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten (Niedersächsische Landesbank, Braunschweigische Staatsbank einschließlich Braunschweigische Landessparkasse, Hannoversche Landeskreditanstalt und Niedersächsische Wohnungskreditanstalt-Stadtschaft).

(17) Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der vorliegend untersuchten Kapitalübertragung waren Eigentümer der NordLB das Land Niedersachsen zu 60 % und der Niedersächsische Sparkassen- und Giroverband („NSGV"), eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, zu 40 %.

(18) In zwei Staatsverträgen von 1991 bzw. 1992 kamen die Länder Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern überein, die NordLB als gemeinsame Anstalt der Länder zu betreiben. Mit Wirkung vom 12. Januar 1993 änderte sich die Beteilungs- und Gewährträgerstruktur wie folgt: Land Niedersachsen 40 %, NSGV 26,66 %, Land Sachsen-Anhalt 10 %, Land Mecklenburg-Vorpommern 10 %, Sparkassenbeteiligungsverband Sachsen-Anhalt („SBV") 6,66 %, Sparkassenbeteiligungszweckverband Mecklenburg-Vorpommern („SZV") 6,66 %.

(19) Nach ihrer Satzung obliegen der NordLB die Aufgaben einer Landesbank, einer Sparkassenzentralbank und einer Geschäftsbank. Sie kann ferner sonstige Geschäfte aller Art betreiben, die den Zwecken der Bank, ihrer Träger sowie den kommunalen Körperschaften in den Ländern dienen. Im Gebiet Braunschweig ist die NordLB als Sparkasse tätig. Die NordLB bietet Finanzdienstleistungen für Privatkunden, Firmenkunden, institutionelle Kunden und die öffentliche Hand an und ist auf den internationalen Kapitalmärkten sowohl für eigene Rechnung als auch für andere Emittenten von Schuldtiteln ein bedeutender Akteur. Wie viele andere deutsche Universalbanken besitzt auch die NordLB eine Reihe von Beteiligungen an Finanzinstituten und anderen Unternehmen.

[1] ABl C 81, vom 4.4.2003 S. 2.

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

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

2. *DIE LANDESTREUHANDSTELLEN (LTS)*

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

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

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

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

(26) Die *LTS-Wirtschaft* bewilligt und verwaltet Darlehen und Zuschüsse im Bereich der Wirtschaftsförderung, schwerpunktmäßig für Investitionen kleiner und mittlerer Unternehmen sowie für Existenzgründungen. Sie betreut die EU-Gemeinschaftsinitiative INTERREG und ist als Finanzmittler im Rahmen des „Joint European Venture" (JEV) anerkannt.

3. *KAPITALANFORDERUNGEN NACH DER EIGENMITTELRICHTLINIE*

(27) Nach der Richtlinie 89/647/EWG des Rates vom 18. Dezember 1989 über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute ([1]) (im folgenden „Solvabilitätsrichtlinie") und der Richtlinie 89/299/EWG des Rates vom 17. April 1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten ([2]) (im folgenden „Eigenmittelrichtlinie"), gemäß denen das Kreditwesengesetz („KWG") novelliert wurde, haben die Banken über haftendes Kapital in Höhe von 8 % ihrer risikogewichteten Aktiva zu verfügen. Mindestens vier Prozentpunkte hiervon müssen sogenanntes Kernkapital („Klasse-1"-Kapital) darstellen, welches Kapitalbestandteile umfasst, die dem Kreditinstitut unbeschränkt und unmittelbar zur Verfügung stehen, um Risiken oder Verluste zu decken, sobald sich diese ergeben. Das Kernkapital ist für die Gesamtausstattung einer Bank mit Eigenmitteln im aufsichtsrechtlichen Sinne von entscheidender Bedeutung, weil Ergänzungskapital („Klasse-2"-Kapital) nur in Höhe des vorhandenen Kernkapitals zur Unterlegung risikotragender Geschäfte einer Bank anerkannt wird.

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

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

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

(*) Vertrauliche Information.

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

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

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

4. *DIE ÜBERTRAGUNG DER LTS UND IHRE AUSWIRKUNGEN*

a. DIE ÜBERTRAGUNG

(31) Durch das Gesetz über die Einbringung von Fördervermögen des Landes Niedersachsen in das haftende Eigenkapital der Norddeutschen Landesbank — Girozentrale ([1]), das am 17. Dezember 1991 vom niedersächsischen Landtag angenommen wurde, wurde das Finanzministerium des Landes ermächtigt, die Anteile des Landes an dem Fördervermögen der drei LTS auf die NordLB als Eigenkapital zum Verkehrswert zu übertragen. Daneben verpflichtete sich das Land, die übertragenen Fördervermögen in ihrer Summe auf einem Verkehrswert von mindestens 1,5 Mrd. DEM zu halten.

(32) Auf der Grundlage des Gesetzes schlossen das Land Niedersachsen und die NordLB am 20. Dezember 1991 einen Einbringungsvertrag, mit dem das Land seine Anteile an den jeweiligen Fördervermögen vollständig auf die NordLB als haftendes Eigenkapital übertrug. Zweck der Übertragung der Fördervermögen war, das bankaufsichtsrechtlich anerkannte Eigenkapital der NordLB um 1,5 Mrd. DEM zu erhöhen.

b. DER WERT DER LTS

(33) Die NordLB beauftragte am 21. Februar 1992 die Prüfgesellschaft Treuarbeit AG mit der Ermittlung des Werts des eingebrachten Vermögens zum 31. Dezember 1991. Diese kam zu dem Ergebnis, dass das übertragene Vermögen insgesamt einen Wert von 1,7544 Mrd. DEM aufweise und bestätigte, dass die im Zusammenhang mit der Einbringung gebildete und in der Bilanz der NordLB zum 31. Dezember 1991 als Eigenkapital ausgewiesene Zweckrücklage in Höhe von 1,5 Mrd. DEM als werthaltig anzusehen sei.

(34) Der Wert des vom Land Niedersachsen in die NordLB eingebrachten Vermögens wird laufend ermittelt. Die folgende Tabelle zeigt die ermittelten Werte bis zum Jahresende 2003:

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

(35) Auf der Grundlage des Gutachtens der Treuarbeit AG beantragte die NordLB am 26. Februar 1992 beim Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred) die bankaufsichtsrechtliche Anerkennung der Zweckrücklage in Höhe von 1,5 Mrd. DEM als haftende Eigenmittel gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 KWG.

(36) Am 26. Juli 1993 erkannte das BAKred die 1,5 Mrd. DEM vorläufig als haftendes Kernkapital an. Nachdem noch eine vom BAKred gewünschte Klarstellung des Landes Niedersachsen bezüglich seiner Verpflichtung zur Erhaltung des Werts der Fördervermögen auf mindestens 1,5 Mrd. DEM erfolgt war, erkannte das Aufsichtsamt schließlich am 22. November 1993 endgültig an, dass es die anfänglichen Bedenken hinsichtlich der Werthaltigkeit der Zweckrücklage nicht mehr aufrechterhalte. Vor der förmlichen Anerkennung des LTS Fördervermögen als Kernkapital durch das BAKRed duldete das BAKred die tatsächliche Nutzung der Fördervermögen zur Haftungsunterlegung soweit dies notwendig war, um den jeweils geltenden Solvabilitätsvorschriften zu genügen.

(37) Der Betrag von 1,5 Mrd. DEM wurde seit dem Einbringungszeitpunkt als zusammengefasste Zweckrücklage unter dem Eigenkapital der NordLB ausgewiesen, während der jeweilige Differenzbetrag zum Wert des Vermögens als Rückstellung für die Verpflichtungen aus dem Einbringungsvertrag verbucht wurde.

(38) Deutschland hat angegeben, dass von dem eingebrachten Vermögen ca. 100 Mio. DEM jährlich zur Unterlegung des Fördergeschäfts selbst benötigt wurden. Der gesamte Rest des Vermögens stand der NordLB ab der Anerkennung durch das BAKred zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts zu Verfügung. Vor der Anerkennung durch das BAKRed hat nur der Teil der Fördervermögens für das Wettbewerbsgeschäft zur Verfügung gestanden, der tatsächlich erforderlich war, um die Solvabilitätsvorschriften zu erfüllen.

(39) Im einzelnen standen die folgenden Beträge für das Wettbewerbsgeschäft zur Verfügung:

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

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

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

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

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

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

(40) Nach den Angaben Deutschlands hatte die NordLB zum 31. Dezember 1991 ein Kernkapital vom 2,043 Mrd. DEM und ein Ergänzungskapital von 543 Mio. DEM. Im Verhältnis zur damaligen Eigenkapitalbasis von somit insgesamt 2,586 Mrd. DEM steigerte das Fördervermögen von 1,5 Mrd. DEM die Eigenkapitalbasis somit um 58 %.

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

d. DIE VERGÜTUNG FÜR DIE ÜBERTRAGUNG DER LTS

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

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

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

(*) Vertrauliche Information.

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

e. DIE KAPITALEINBRINGUNGEN DURCH DEN ANDEREN ANTEILSEIGNER, DEN NSGV

(44) In Vorgesprächen zur Übertragung des Fördervermögens der LTS auf die NordLB hatte das Land Niedersachsen gegenüber dem damals einzigen anderen Gewährträger NSGV deutlich gemacht, dass es von einer gemeinsamen Finanzierungsverantwortung beider Gewährträger ausgehe und dass der NSGV einen eigenen Beitrag entsprechend seinem Kapitalanteil von 40 % zu leisten hätte. Falls dies Schwierigkeiten bereiten würde, sei über eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse zu diskutieren.

(45) Ein Entwurf einer zwischen den beiden Gewährträgern zu schließenden Vereinbarung wurde dem Gesetzesentwurf vom 15. Oktober 1991 beigefügt. Der sofortigen Unterzeichnung dieser „Gewährträgervereinbarung" stand nach Angaben Deutschlands nur der Umstand entgegen, dass die Mitunterzeichnung des Landes Sachsen-Anhalt und des SBV vorgesehen war, der SBV zum damaligen Zeitpunkt jedoch noch nicht gegründet worden war. Beim Abschluss des Einbringungsvertrags am 20. Dezember 1991 beschloss die Gewährträgerversammlung, die zu diesem Zeitpunkt aus dem Land Niedersachsen und dem NSGV bestand, eine solche Gewährträgervereinbarung zu treffen. Die Vereinbarung wurde nach Inkrafttreten des Staatsvertrags unter Mitwirkung des Landes Sachsen-Anhalt und des SBV am 5. März 1992 geschlossen.

(46) Der NSGV erfüllte nach Angaben Deutschlands im Folgenden seine Verpflichtungen aus der Gewährträgervereinbarung vom 5. März 1992 und erhöhte im Juli und Oktober 1994 die bankaufsichtsrechtlich anerkannten Eigenmittel der NordLB durch zwei im folgenden näher beschriebenen Maßnahmen seinerseits um insgesamt 1 Mrd. DEM (entsprechend seinem damaligen Kapitalanteil an der NordLB von 40 %).

(i) ***LBS-Sonderrücklage von 450 Mio. DEM***

(47) Die bisher in die NordLB integrierte Landesbausparkasse (LBS) wurde nach Verhandlungen Ende 1993 zwischen Land, NSGV und NordLB durch Gesetz vom 6. Juni 1994 mit Wirkung zum 1. Juli 1994 aus der NordLB ausgegliedert und als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts verselbstständigt.

(48) Bisher waren im internen Verhältnis der Gewährträger das Land Niedersachsen zu 60 % und der NSGV zu 40 % Eigentümer der LBS. Der Wert der LBS wurde mit 900 Mio. DEM beziffert. Es wurde vereinbart, dass die NordLB aus der LBS vor der Ausgliederung 450 Mio. DEM entnehmen und der NSGV den gleichen Betrag der LBS wieder zuführen sollte. Diese Maßnahme wurde dem NSGV in Höhe von 450 Mio. DEM angerechnet auf seine Verpflichtung aus der Gewährträgervereinbarung, der NordLB 1 Mrd. DEM zuzuführen, unter der Bedingung, dass der NSGV eine weitere Vermögenseinlage von 550 Mio. DEM erbringen würde.

(49) Der entnommene Betrag von 450 Mio. DEM wurde von der NordLB in den Gewinnrücklagen in Form einer Sonderrücklage als zusätzlich haftendes Eigenkapital im Sinne der bankaufsichtsrechtlichen Vorschriften verbucht. Die Sonderrücklage wird mit 7,5 % p.a. vor Steuern thesaurierend verzinst und steht im internen Verhältnis der Gewährträger untereinander dem Land mit 60 % und dem NSGV mit 40 % zu.

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

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

III. STELLUNGNAHME VON BETEILIGTEN

1. *BESCHWERDE UND BEMERKUNGEN DES BESCHWERDEFÜHRERS*

(51) Der BdB sieht in der Übertragung der LTS-Fördervermögen und der damit verbundenen Erhöhung der Eigenmittel der NordLB eine Wettbewerbsverfälschung zugunsten der NordLB, da die NordLB keine mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers in Einklang stehende Vergütung leiste.

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

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

(54) Der BdB stellte in seiner Beschwerde fest, dass die Frage, welche Vergütung für die Einbringung der Fördervermögen angemessen sei, insbesondere im Fall der NordLB anhand der Methodik zu beantworten sei, die die Kommission in

ihrer WestLB Entscheidung vom 8. Juli 1999 zugrunde gelegt habe. Somit sei in einem ersten Schritt ein Vergleich des zur Verfügung gestellten Kapitals mit anderen Eigenkapitalinstrumenten vorzunehmen. In einem zweiten Schritt sei die Mindestvergütung zu ermitteln, die ein Investor für die konkrete Eigenkapitalinvestition in die Landesbank erwarten würde. Zuletzt seien eventuelle Zu- und Abschläge wegen der Besonderheiten der Übertragung zu berechnen.

Vergleich mit anderen Eigenkapitalinstrumenten

(55) Der BdB gelangte zu dem Ergebnis, dass die Einbringung der LTS-Fördervermögen in die NordLB — ebenso wie bei allen anderen Verfahren wegen Kapitaleinbringungen in Landesbanken — mit einer Stammkapitalzufuhr vergleichbar sei.

(56) Die Einbringung der Fördervermögen sei nicht mit Genussscheinkapital zu vergleichen, weil Genussrechte nur Ergänzungskapital darstellten. In Deutschland seien als Kernkapital bei den jeweiligen Einbringungszeitpunkten, also insbesondere Ende 1991, lediglich Stammkapital (und Rücklagen im Sinne von § 10 Absatz 2 KWG) sowie Stille Einlagen gewesen. Ein Vergleich mit Stillen Beteiligungen scheide dabei in allen Fällen aus. Erstens stelle ein Investor Stille Einlagen nur zeitlich befristet zur Verfügung. Ein Investor könne daher nicht erwarten, für eine Stille Einlage dieselbe Rendite zu erhalten, wie für bankaufsichtsrechtlich unbefristet anerkannte Eigenkapitalinstrumente, wie insbesondere eine Stammkapitalzufuhr.

(57) Soweit zweitens geltend gemacht werde, dass das zugeführte Kapital aufgrund von Vereinbarungen zwischen den Eigentümern der Landesbank nachrangig nach dem Stammkapital hafte, dürfe daraus kein reduziertes Risiko für den Investor abgeleitet werden. Das zugeführte Kapital mache einen bedeutenden Teil des gesamten Kernkapitals aus. Damit bestehe eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass das eingebrachte Kapital bei Verlusten zumindest teilweise herangezogen werde ([1]).

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

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

Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in eine Landesbank

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

Erwartete Rendite einer risikobehafteten Investition

=

Risikolose Rendite + Risikoprämie der risikobehafteten Investition

(60) Zur Ermittlung der risikolosen Rendite zieht der BdB die Renditen für langfristige Staatsanleihen heran, da es sich bei festverzinslichen Wertpapieren staatlicher Emittenten um die Anlageform mit dem geringsten oder keinem Risiko handele. Um Inflationseffekte zu beseitigen, sei dabei für jeden Einbringungszeitraum der Renditesatz für eine langfristige Staatsanleihe zunächst ohne Berücksichtigung der Inflationserwartung zu bestimmen. Zur Schätzung des langfristigen risikolosen Basiszinssatzes sei dann zum „realen Basiszinssatz" am Betrachtungszeitpunkt die Schätzung der langfristigen durchschnittlichen Inflationserwartung in Höhe von 3,6 % zu addieren.

(61) Die *Markt-Risikoprämie* ermittelt sich nach Auffassung des BdB in einem ersten Schritt aus der Differenz zwischen der langfristigen Durchschnittsrendite auf Aktien und der auf Staatsanleihen.

(62) In einem zweiten Schritt bestimmt der BdB den Betawert der Landesbanken, d. h. die individuelle Risikoprämie der Banken, mit der die allgemeine Markt-Risiko-Prämie anzupassen sei.

Zu- und Abschläge wegen der Besonderheiten der Transaktionen

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

(Bruttorefinanzierungskosten abzüglich der anwendbaren Unternehmenssteuern).

(64) Der von der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG vorgenommene Aufschlag sei ebenfalls vom Gericht erster Instanz bestätigt worden. Liegen auch in den anderen Landesbanken-Fällen die sich gegenüber eine „normalen Stammkapitalinvestition" risikoerhöhend auswirkenden Umstände vor, wie das zum Teil außerordentlich hohe Volumen der Vermögensübertragung, die unterbliebene Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile und der damit verbundene Verzicht auf zusätzliche Stimmrechte sowie die fehlende Fungibilität der Anlage, d. h. die fehlende Möglichkeit, das investierte Kapital jederzeit auch wieder aus dem Unternehmen abzuziehen, so ist nach Auffassung des BdB auch hier ein Aufschlag gerechtfertigt.

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

(65) In einer am 30. Oktober 2003 durch Deutschland übermittelten Stellungnahme zum Eröffnungsbeschluss der Kommission bestreiten das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB, dass die Einbringungen von Vermögen in die Landesbanken, insbesondere im Fall der NordLB, mit Stammkapital verglichen werden kann. Vielmehr seien Stille Einlagen und sogennante Perpetuals in Deutschland bereits seit 1991 als Kernkapital anerkannt gewesen. Zudem richte sich die Vergütung nicht nach der bankaufsichtsrechtlichen Einordnung, sondern nach dem Risikoprofil einer Investition. Da die Vermögen nachrangig haften, sei die Risikostruktur stärker mit Stillen Einlagen oder so genannten Perpetuals als mit Stammkapitalinvestitionen vergleichbar.

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

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

(68) In Bezug auf den Abschlag wegen der fehlenden Liquidität der Vermögensübertragungen sind die WestLB und das Land Nordrhein-Westfalen der Ansicht, dass der Satz für risikolose Staatsanleihen vollständig von der Grundrendite in Abzug zu bringen ist. Durch die Vermögensübertragungen hätten die Landesbanken keine Liquidität erhalten. Es sei ökonomisch nicht haltbar, diesen Satz um die Steuerersparnis zu reduzieren, da die Vergütung für Kapitalmarktinstrumente unabhängig von der steuerlichen Situation sei. Ansonsten müssten sich je nach steuerlicher Situation unterschiedliche Preise für ein Kapitalmarktinstrument ergeben.

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

3. *BEMERKUNGEN DER NORDLB UND DES LANDES NIEDERSACHSEN*

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

4. *BEMERKUNGEN DEUTSCHLANDS*

(71) Nach Auffassung Deutschlands bestehen auch nach der Entscheidung des Gerichts erster Instanz grundsätzliche Zweifel daran, ob Investitionen der öffentlichen Hand in rentable Unternehmen am Maßstab des Privatinvestortests gemessen werden können. Zudem ist Deutschland überzeugt, dass die Überlassung der Fördervermögen durch das Land Niedersachsen an die NordLB auch nach den von der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG angewandten Grundsätzen keine Beihilfe ist.

(72) Im Fall der NordLB habe sich der zum Zeitpunkt der Überlassung der Fördervermögen neben dem Land einzige andere Gesellschafter, der NSGV, verpflichtet, nach Maßgabe seiner Beteiligung eine Einlage in entsprechendem Umfang und zu vergleichbaren Konditionen zu erbringen wie das Land und diese Einlage dann auch erbracht. Bereits insoweit habe sich das Land bei der Überlassung der Fördervermögen an die NordLB wie ein Privatinvestor verhalten.

(73) Darüber hinaus habe die NordLB auch eine angemessene Vergütung gezahlt. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die gezahlte Vergütung von 0,5 % nach Steuern (1,2 % vor Steuern) unter Berücksichtigung der für das Land als Investor ersparten Refinanzierung in Höhe von ca. 8,3 % einem indikativen Zins von (1,2 %+8,3 %=) ca. 9,5 % vor Steuern entspreche. Hinzu komme, dass das Land Niedersachsen zusätzlich zu der Vergütung von 0,5 % nach Steuern laufend Rückflüsse aus dem Fördervermögen entnommen habe, die sich insgesamt auf 242,29 Mio. EUR (473,88 Mio. DEM) beliefen.

(74) Die Berechnungsweise der Mindestvergütung des BdB und der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG sei fehlerhaft. Die CAPM-Methode sei zur Ermittlung einer Marktrendite aus mehreren Gründen nicht geeignet. Zum einen sei das auf die NordLB übertragene Vermögen nicht frei verfügbar gewesen. Damit würden die im Rahmen des CAPM vorausgesetzten Investitionsalternativen praktisch nicht existieren. Zudem habe das vom CAPM vorausgesetzte Risiko für Marktschwankungen nicht bestanden, weil die Landesbanken nicht börsennotiert waren, da die Einlage mit einem Festzins vergütet wurde und die Landesbanken zum damaligen Zeitpunkt noch von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung begünstigt waren. Dementsprechend gebe es auch keine historische Datenreihe für Beta-Faktoren.

(75) Bei den besonderen Umständen der Überlassung der Fördervermögen sei zu berücksichtigen, dass die Haftung der Fördervermögen im Innenverhältnis entsprechend dem Anteil des Landes Niedersachsen am Stammkapital der NordLB beschränkt sei und das Land einen Ausgleichsanspruch gegenüber den anderen Gewährträgern der NordLB habe. Ein Investor habe bei seiner Investitionsentscheidung maßgeblich berücksichtigt, dass die Fördervermögen zwar im Außenverhältnis unbeschränkt am Verlust teilnehmen, die Haftung im Innenverhältnis aber in einem dem Anteil des Landes Niedersachsen am Stammkapital der NordLB entsprechenden Umfang beschränkt sei. Das Land Niedersachsen habe daher einen Ausgleichsanspruch gegen die anderen Gewährträger der NordLB — sämtlich Körperschaften des öffentlichen Rechts — bei denen kein Insolvenzrisiko bestanden habe.

(76) Hinsichtlich eines Aufschlags wegen des außerordentlich hohen Volumens der Transaktion sei nicht nachvollziehbar, wie dieses zu definieren sei und warum dies einen Aufschlag rechtfertige. Das Verhältnis des eingebrachten Vermögens zum gesamten aufsichtsrechtlichen Eigenkapital des NordLB-Konzerns habe im Jahr 1992 nur 34,89 % betragen. Dieser Anteil sei bis zum Jahr 2001 auf nur noch 9,62 % gesunken. Diese Berechnungen erfolgen auf der Grundlage, dass das Eigenkapital der NordLB im Jahr 1992 4,298 Mrd. DEM und im Jahr 2001 15,596 Mrd. DEM betragen hat. Dabei beinhalten die Eigenkapitalangaben bereits das LTS-Vermögen.

(77) Auch wegen der unterbliebenen Ausgabe neuer Geschäftsanteile an das Land Niedersachsen sei kein Aufschlag gerechtfertigt. Der NSGV habe sich zum Zeitpunkt der Überlassung der Fördervermögen verpflichtet, seinem Anteil an der NordLB entsprechend Kapital zuzuführen, was dann auch später geschehen sei. Es habe daher kein Anlass bestanden, die Anteile des Landes zu erhöhen.

(78) Schließlich sei wegen der fehlenden Fungibilität des Fördervermögens kein Aufschlag gerechtfertigt. Die Einbringung des Fördervermögens werde vom BdB und der Kommission für die Berechnung der Mindestrendite mit einer Stammkapitalinvestition verglichen. Stammkapitalinvestitionen seien aber ebenso wenig fungibel wie die Fördervermögen der LTS.

(79) Für den Fall, dass die NordLB durch die Überlassung der Fördervermögen dennoch begünstigt worden wäre, habe es sich bei dieser Begünstigung nur um eine Kompensation der der NordLB durch die Wahrnehmung ihres öffentlichen Auftrags entstehenden Kosten gehandelt. Die NordLB sei nicht nur Landesbank, sondern im Raum Braunschweig auch Sparkasse. Sie erfülle daher nicht nur den klassischen öffentlichen Auftrag von Landesbanken mit den damit verbundenen Kosten, sondern auch eine Sparkassenfunktion.

(80) Sollte gleichwohl eine Beihilfe vorliegen, so handele es sich jedenfalls um eine bestehende Beihilfe, da die Überlassung der Fördervermögen aufgrund der durch den Brüsseler Kompromiss vom 17. Juli 2001 abschließend geregelten Anstaltslast erfolgte.

5. *VERSTÄNDIGUNG ZWISCHEN DEM BDB, DEM LAND NIEDERSACHSEN UND DER NORDLB*

(81) Am 7 Oktober 2004 erreichten die Kommission die Ergebnisse einer Verständigung zwischen dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Niedersachsen und der NordLB. Unbeschadet der weiterhin bestehenden grundsätzlichen Rechtsauffassungen haben sich die Parteien der Verständigung darauf geeinigt, was sie als geeignete Parameter für die Bestimmung einer angemessenen Vergütung und als angemessene Vergütung selbst ansehen. Die Parteien bitten die Kommission, die Ergebnisse der Verständigung bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.

(82) Die Parteien bestimmen zunächst anhand des Capital Asset Pricing Modell („CAPM“) eine Mindestvergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition in die NordLB. Demnach soll die angemessene Mindestvergütung für das LTS-Fördervermögen bei 10,03 % liegen. Dabei wurden die risikolosen Zinssätze des REX10 Performance Index der Deutschen Börse AG zugrunde gelegt, sowie für die Beta-Faktoren ein von den Landesbanken in Auftrag gegebenes KPMG Gutachten vom 26. Mai 2004 (das der Kommission vorliegt). Konkret ergab sich für die NordLB zum Einbringungszeitpunkt 31. Dezember 1991 ein risikoloser Basiszinssatz von 7,15 %. Als Beta-Faktor wurde auf der Grundlage der KPMG Studie ein Wert von 0,72 angesetzt. Die Marktrisikoprämie wurde mit 4 % (für alle Landesbanken einheitlich) festgestellt.

(83) Danach wird ein Abschlag wegen der fehlenden Liquidität des Kapitals bestimmt. Dabei wurde wiederum der risikofreie Zinssatz von 7,15 % als Bruttorefinanzierungskosten zugrunde gelegt. Zur Ermittlung der Nettorefinanzierungskosten wurde die maßgebliche Steuerlast der NordLB bezogen auf den Einbringungszeitpunkt mit 50 % pauschaliert, so dass sich ein Liquiditätsabzug von 3,57 % ergibt.

(84) Schließlich erfolgt ein Zuschlag in Höhe von 0,3 % wegen der fehlenden Ausgabe von Stimmrechten.

(85) Insgesamt ergibt sich daraus eine angemessene Vergütung für das LTS-Fördervermögen von 6,76 % p.a. nach Steuern für den Teil des LTS-Fördervermögens, der für das

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

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

IV. BEURTEILUNG DER MASSNAHME

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

1. *STAATLICHE MITTEL UND BEGÜNSTIGUNG EINES BESTIMMTEN UNTERNEHMENS*

(88) Wie zuvor dargestellt, wurden die Anteile des Landes Niedersachsen an dem Fördervermögen der drei LTS auf die NordLB als Eigenkapital übertragen. Wird derartiges staatliches Vermögen mit kommerziellem Wert auf ein Unternehmen übertragen, handelt es sich um staatliche Mittel im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag.

(89) Bei der Prüfung, ob die Übertragung staatlicher Mittel auf ein Unternehmen der öffentlichen Hand dieses Unternehmen begünstigt und somit eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen kann, wendet die Kommission den Grundsatz des „marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers" an. Dieser Grundsatz wurde vom Gerichtshof in einer Reihe von Rechtssachen akzeptiert und weiterentwickelt. Die Beurteilung nach diesem Grundsatz wird in den Randnummern 93 ff. vorgenommen.

2. *VERFÄLSCHUNG DES WETTBEWERBS UND BEEINTRÄCHTIGUNG DES HANDELS ZWISCHEN MITGLIEDSTAATEN*

(90) Durch die Liberalisierung der Finanzdienstleistungen und die Integration der Finanzmärkte ist das Bankgewerbe in der Gemeinschaft zunehmend gegen Wettbewerbsverfälschungen empfindlich, zumal verbleibende Wettbewerbshemmnisse auf den Märkten für Finanzdienstleistungen sukzessive abgebaut werden.

(91) Die NordLB ist eine Universalbank und auf den internationalen Kapitalmärkten ein bedeutender Akteur. Die NordLB erbringt Bankdienstleistungen im Wettbewerb mit anderen europäischen Banken innerhalb und außerhalb Deutschlands. Beihilfen an die NordLB verfälschen daher den Wettbewerb und beeinträchtigen den Handel zwischen Mitgliedstaaten.

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

3. *DER GRUNDSATZ DES MARKTWIRTSCHAFTLICH HANDELNDEN KAPITALGEBERS*

(93) Um zu beurteilen, ob eine von einem öffentlichen Anteilseigner eines Unternehmens ergriffene Kapitalmaßnahme eine Begünstigung im Sinne des Art. 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt, wendet die Kommission den Grundsatz des „marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers" an. Dieser Grundsatz wurde von der Kommission in vielen Fällen herangezogen und vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in mehreren Entscheidungen akzeptiert und weiterentwickelt ([1]). Er erlaubt der Kommission, die besonderen Umstände eines jeden Falls einzubeziehen, beispielsweise bestimmte Strategien einer Holdinggesellschaft oder einer Unternehmensgruppe oder zwischen den kurz- und langfristigen Interessen eines Kapitalgebers zu berücksichtigen. Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers wird auch im vorliegenden Fall angewandt.

(94) Diesem Grundsatz zufolge ist es nicht als eine staatliche Beihilfe zu bewerten, wenn Kapitalmittel zu Bedingungen bereitgestellt werden, „zu denen ein privater Kapitalgeber, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelt, bereit wäre, Mittel einem privaten Unternehmen zu überlassen" ([2]). Insbesondere ist eine finanzielle Maßnahme als für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber dann unannehmbar, wenn die vorgesehene Vergütungsregelung hinter den am Markt für vergleichbare Investitionen gezahlten Vergütungen zurückbleibt.

(95) Im Lichte des „Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers" lautet somit die Kernfrage, ob ein derartiger Kapitalgeber der NordLB ein Kapital, das die besonderen Merkmale des LTS-Fördervermögens aufweist, unter denselben Bedingungen bereitgestellt hätte, insbesondere im Hinblick auf die wahrscheinliche Rendite aus der Investition. Diese Frage soll nachstehend geprüft werden.

a) ARTIKEL 295 EG-VERTRAG

(96) Gemäß Artikel 295 EG-Vertrag bleibt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt. Dies rechtfertigt jedoch keine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags.

(97) Deutschland bringt vor, dass wegen der Zweckbindung des LTS-Vermögens diese Mittel nicht anders profitabel verwendet werden könnten als durch ihre Einbringung in eine ähnliche öffentliche Einrichtung. Daher stelle die Übertragung die kommerziell sinnvollste Verwendung dieses

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

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

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

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

b) KEINE ÄNDERUNG DER EIGENTÜMERSTRUKTUR

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

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

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

(102) Während die LTS-Vermögen mit Wirkung zum 31. Dezember 1991 auf die NordLB übertragen wurden, wurde die LBS erst mit Wirkung zum 1. Juli 1994 aus der NordLB ausgegliedert und die LBS Sonderrücklage in Höhe von 450 Mio. DEM gebildet. Die Stille Einlage in Höhe von 550 Mio. DEM wurde erst mit Wirkung vom 10. Oktober 1994 geleistet. Bereits diese große zeitliche Distanz zwischen den Transaktionen führt aus Sicht der Kommission dazu, dass keine vergleichbaren Bedingungen vorliegen.

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

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

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

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

c) EIGENTÜMEREFFEKT

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

[1] Urteil des EuGH vom 12.12. 2000, T-296/97.

(108) Aus den unter Randnummer 102 ff. dargelegten Gründen kann dem Umstand, dass das Land Anteile an der NordLB besaß, keine Bedeutung beigemessen werden, und die Kapitalzuführung des NSGV ist nicht als vergleichbare Investition anzusehen. Damit partizipiert der NSGV an der Wertsteigerung, ohne selbst einen entsprechenden Beitrag geleistet zu haben. Kein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber würde es akzeptieren, als Miteigentümer die gesamte Last einer Investition zu tragen und nur teilweise den daraus entstehenden Nutzen zu realisieren. Dies wurde aus ausdrücklich vom Gericht erster Instanz in seinem Urteil zur WestLB ([1]) bestätigt.

d) DIE KAPITAL-BASIS FÜR DIE BERECHNUNG DER VERGÜTUNG

(109) Nach Auffassung Deutschlands hat nur der Teil der anerkannten Basiseigenmittel, der von der NordLB zur Unterlegung ihrer kommerziellen Aktivitäten verwendet werden kann, für die Bank einen wirtschaftlichen Wert und daher kann das Land nur für diesen Teil eine Vergütung fordern. Der BdB behauptet, dass der gesamte Betrag von 1,7544 Mrd. DEM risikobehaftet sei und deshalb auf diesen Betrag eine Vergütung gezahlt werden müsse.

(110) Wie in der Entscheidung 2000/392/EG angewandt und vom Gericht erster Instanz bestätigt, ist grundsätzlich der gesamte Wert des übertragenen Vermögens zu vergüten. Die Vergütung kann dabei für Teile des übertragenen Vermögens unterschiedlich sein.

(111) Zur Festsetzung eines angemessenen Entgelts sollte zwischen den Teilen des LTS-Vermögens entsprechend ihrem Nutzen für die NordLB unterschieden werden.

(112) Der Wert des Vermögens belief sich Ende 1991 auf 1,7544 Mrd. DEM. Der Wert des Vermögens wird jährlich ermittelt. Allerdings wurden nur 1,5 Mrd. DEM wurden als Eigenkapital in die NordLB-Bilanz eingestellt. Die Differenz zum Wert der LTS-Fördervermögen wurde als Rückstellung für die Verpflichtung aus dem Einbringungsvertrag verbucht. Rückstellungen werden für drohende Verbindlichkeiten gebildet und stellen kein Eigenkapital dar. Sie verbessern die Bonität eines Unternehmens daher grundsätzlich nicht. Das Land Niedersachsen ist zudem berechtigt, Zinsen und Tilgungen, die in die Fördervermögen zurückfließen, zu entnehmen, soweit der Verkehrswert der Fördervermögen 1,5 Mrd. DM übersteigt. Da das Kapital, das über den Wert von 1,5 Mrd. DM hinausgeht von der NordLB daher weder zur Geschäftsausweitung noch zur Haftungsunterlegung zur Verfügung steht, geht die Kommission davon aus, dass ein Investor für diesen Teil des Fördervermögens keine Vergütung verlangen konnte.

([1]) ABl. L 150, vom 23.6. 2000, S. 1, Rz. 316.

(113) Der Wert von 1,5 Mrd. DEM wird seit dem Einbringungszeitpunkt in der Bilanz der NordLB als Eigenkapital ausgewiesen. Allerdings war das LTS-Fördervermögen vor der Anerkennung durch das BAKred nicht in vollem Umfang als Eigenkapital nutzbar. Bis zur vorläufigen Anerkennung als Eigenkapital am 26. Juli 1993 war die Nutzung der Fördervermögen durch das BAKred nur insoweit geduldet, als dies zur Erfüllung der jeweils geltenden Solvabilitätsvorschriften erforderlich war. Erst ab der vorläufigen Anerkennung am 26. Juli 1993 konnten die 1,5 Mrd. DEM in vollem Umfang genutzt werden. Von den 1,5 Mrd. DEM können allerdings nur ca. 1,4 Mrd. DEM — der Wert schwankt jährlich — von der NordLB dazu genutzt werden, ihre Aktivitäten im Bereich des Wettbewerbsgeschäfts auszuweiten, da der Rest für das Fördergeschäft selbst benötigt wird. Für das Jahr 1992 und bis August 1993 sollen daher das tatsächlich genutzten Kapital und ab August 1993 das jeweils belegte Kapital, d. h. ca. 1,4 Mrd. DEM jährlich, als primäre Basis für eine Vergütung für das Land herangezogen werden.

(114) Die restlichen Basiseigenmittel (ab August 1993 in Höhe von ca. 100 Mio. DEM jährlich, zuvor höher) können zwar nicht zur Ausweitung des Wettbewerbsgeschäfts genutzt werden, sind aber dennoch für die NordLB von Nutzen, denn die Höhe des in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapitals gibt den Geldgebern der Bank auch Aufschluss über deren Solidität und wirkt sich somit auf die Bedingungen aus, zu denen die Bank Fremdkapital aufnehmen kann. Gläubiger und Rating-Agenturen berücksichtigen die wirtschaftliche und finanzielle Gesamtlage der Bank. Da der Betrag von ca. 100 Mio. DEM jährlich nicht zur Erweiterung der Geschäftstätigkeit verwendet werden kann, sondern das Ansehen der Bank in den Augen der Gläubiger verbessert, kann seine ökonomische Funktion in dieser Hinsicht zumindest mit einer Garantie verglichen werden.

(115) Da somit auch der Betrag von ca. 100 Mio. DEM jährlich für die NordLB von ökonomischem Nutzen ist, hätte ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine Vergütung dafür gefordert. Die Höhe dieses Entgelts liegt sicherlich unter dem für den Teil in Höhe von 1,4 Mrd. DEM, der für die NordLB von größerem Nutzen ist, weil er nach den Solvabilitätsregeln auch als Eigenmittelbasis zur Ausweitung ihres wettbewerbsorientierten Geschäfts genutzt werden kann.

(116) Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der Text der Verständigung zwischen dem Land Niedersachsen, der NordLB und dem BdB vorsieht, dass eine Vergütung für das übertragene Vermögen erst ab Ende des Monats der endgültigen Anerkennung als Kernkapital durch das BAKred, d. h. erst ab 30. November 1993 erfolgen soll. Die Kommission kann der Verständigung in dieser Hinsicht jedoch nicht zustimmen. Das übertragene LTS-Vermögen stand der NordLB seit der Einbringung am 31.Dezember 1991 zumindest in dem Umfang zur Verfügung, als die Nutzung durch das BAKred geduldet wurde und die NordLB hat das Vermögen auch tatsächlich bereits vor der endgültigen Anerkennung durch das BAKred in erheblichem Umfang genutzt.

e) ANGEMESSENE VERGÜTUNG FÜR DAS KAPITAL

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

(i) ***Vergleich mit anderen Eigenkapitalinstrumenten***

(118) Deutschland vertritt die Ansicht, dass die Vergütung für Stammkapital nicht der richtige Vergleichsmaßstab für die Berechnung einer angemessenen Vergütung für das LTS-Fördervermögen sei. Es sei zwar zutreffend, dass Stammkapital aufsichtsrechtlich zum Kernkapital zähle. Aber nicht alles, was als Kernkapital definiert sei, sei zugleich auch Stammkapital einer Bank. Insbesondere habe Stammkapital, das voll zur Disposition der Bank stehe und von ihr angelegt werden könne, eine ganz andere Qualität als die eingebrachten LTS-Fördervermögen, die weiterhin zweckgebunden für die Förderzwecke des Landes zur Verfügung stünden und für die NordLB selbst daher nicht rentierlich seien.

(119) Zum Zeitpunkt der Überlassung der LTS-Fördervermögen sei dieses am ehesten mit Genussscheinkapital zu vergleichen gewesen. Die NordLB und das Land Niedersachsen hätten seinerzeit die Vergütung für das Fördervermögen mit der Vergütung von Genussscheinen verglichen. Bei Genussscheinkapital handele es sich um Ergänzungskapital, das grundsätzlich nur begrenzt bis zur Höhe des Kernkapitals berücksichtigt werden könne. Die NordLB habe zum 31. Dezember 1991 jedoch ein Kernkapital von 2,043 Mrd. DEM und ein Ergänzungskapital von 543 Mio. DEM gehabt. Daher sei es möglich gewesen, anstelle der als Kernkapital anerkannten Fördervermögen Genussscheine in Höhe von 1,5 Mrd. DEM zu begeben, um den Eigenkapitalbedarf zu decken.

(120) Das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB bestreiten in ihrer Stellungnahme ebenfalls, dass die diversen Einbringungen der Vermögen in Landesbanken, insbesondere im Fall der NordLB, mit Stammkapital verglichen werden können. Vielmehr seien die Einbringungen mit Stillen Einlagen oder so genannten Perpetuals vergleichbar. Stille Einlagen und Perpetuals seien in Deutschland bereits 1991 als Kernkapital anerkannt gewesen. Darüber hinaus richte sich die Vergütung nicht nach der bankaufsichtsrechtlichen Einordnung, sondern nach dem Risikoprofil. Da die Vermögen der LTS nachrangig hafteten, sei die Risikostruktur stärker mit Stillen Einlagen oder Perpetuals als mit Stammkapital zu vergleichen.

(121) Die Kommission ist mit dem BdB der Auffassung, dass die Übertragung der LTS-Fördervermögen, die als vom BAKred als Kernkapital anerkannt wurden, am ehesten einer Stammkapitalinvestition gleicht.

(122) In diesem Zusammenhang ist zunächst hervorzuheben, dass das relativ breit gefächerte Instrumentarium an innovativen Eigenkapitalinstrumenten, das den Kreditinstituten in mehreren Ländern nunmehr zur Verfügung steht, in Deutschland noch nicht existierte, als 1991 die Übertragung der LTS auf die NordLB beschlossen wurde und die NordLB 1993 den zu diesem Zeitpunkt in Kraft tretenden strengeren Kapitalanforderungen nachkommen musste. Einige dieser Instrumente wurden erst seither entwickelt, andere gab es bereits, sie waren in Deutschland aber nicht anerkannt. Die Instrumente, die in der Praxis damals hauptsächlich zur Verfügung standen und genutzt wurden, waren Genussscheine und nachrangige Verbindlichkeiten (beides lediglich ergänzende Eigenmittel, das zweite Instrument erst ab 1993 anerkannt).

(123) Somit ist der Vergleich des LTS-Kapitals mit derartigen innovativen Instrumenten, die zumeist erst später entwickelt wurden und teils nur in anderen Ländern verfügbar sind, nicht überzeugend. Auch Deutschland selbst lehnt einen solchen Vergleich (indirekt) ab, indem sie geltend macht, die Kommission müsse den Fall auf der Grundlage des zum Zeitpunkt des Beschlusses Ende 1991 gegebenen Sachverhalts beurteilen.

(124) In Bezug auf die „Perpetual preferred shares“ und Genussscheine, sind einige spezifische Punkte hervorzuheben. „Perpetual preferred shares“ zählen in einigen Ländern zum Kernkapital, sind aber in Deutschland nach wie vor nicht als solches anerkannt. Genussscheine zählen lediglich zu den ergänzenden Eigenmitteln, während das LTS-Kapital die Qualität von Kernkapital hat. Daher ist das LTS-Kapital für die NordLB von weitaus größerem Nutzen, da diese sich damit ergänzende Eigenmittel (wie z. B. Genussscheine) bis zu gleicher Höhe verschaffen kann, um so die Eigenmittelbasis zu erweitern. Auch würden, sollten sich an Verlustjahre wieder gewinnbringende Jahre anschließen, zunächst die Genussscheine und dann erst das LTS-Kapital wieder auf den Nennwert aufgefüllt. Darüber hinaus steht das LTS-Kapital der NordLB ohne jegliche zeitliche Begrenzung zur Verfügung, während Genussscheine üblicherweise für zehn Jahre begeben werden. Des Weiteren wäre der enorme Umfang der Kapitalzufuhr für Genussscheine atypisch, und die Rangfolge im Falle von Verlusten muss hiermit in Zusammenhang gesehen werden. Da der Anteil des LTS-Vermögens relativ groß ist, wird es beim Auftreten größerer Verluste relativ rasch angegriffen.

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

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

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

(ii) ***Ausgleichsanspruch und geringes Haftungsrisiko***

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

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

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

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

(131) Die angemessene Vergütung für den Betrag von ca. 1,4 Mrd. DEM, der jährlich für das Wettbewerbsgeschäft der NordLB zur Verfügung steht, lässt sich zweifellos auf verschiedene Weise ermitteln. Wie gleich auszuführen sein wird, folgen jedoch alle Berechnungsweisen zur Ermittlung der Vergütung für zur Verfügung gestelltes Stammkapital den gleichen Grundprinzipien. Auf der Basis dieser Grundprinzipien nimmt die Kommission die Berechnung vorliegend in zwei Schritten vor: Zunächst wird die Mindestvergütung ermittelt, die ein Investor für eine (hypothetische) Stammkapitalinvestition in die NordLB erwarten würde. Anschließend wird geprüft, ob am Markt aufgrund der Besonderheiten der in Frage stehenden Transaktion ein Auf- oder Abschlag vereinbart worden wäre und gegebenenfalls eine methodisch hinreichend belastbare Quantifizierung durch die Kommission vorgenommen werden kann.

Ermittlung einer zu erwartenden Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in die NordLB

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

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

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

angemessene Mindestrendite einer risikobehafteten Investition

=

risikofreier Basissatz + Risikoprämie der risikobehafteten Investition.

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

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

— *Finanzierungsansatz*: Die erwartete Eigenkapitalrendite eines Investors stellt aus der Sicht der kapitalnutzenden Bank zukünftige Finanzierungskosten dar. Bei diesem Ansatz werden zunächst die historischen Eigenkapitalkosten ermittelt, die bei Banken angefallen sind, die mit der in Frage stehenden Bank vergleichbar sind. Der arithmetische Durchschnitt der historischen Kapitalkosten wird dann gleichgesetzt mit den zukünftig erwarteten Eigenkapitalkosten und damit mit der erwarteten Renditeforderung des Investors.

— *Finanzierungsansatz mit Compound Annual Growth Rate*: Im Mittelpunkt dieses Ansatzes steht die Verwendung des geometrischen anstatt des arithmetischen Mittelwertes (Compound Annual Growth Rate).

— *Capital Asset Pricing Model (CAPM)*: Das CAPM ist das bekannteste und am häufigsten getestete Modell der modernen Finanzwirtschaft, mit dem die von einem Investor erwartete Rendite mit folgender Formel ermittelt werden kann:

Mindestrendite
=
risikofreie Basissatz + (Markt-Risikoprämie x Beta)

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

(136) Das CAPM ist die vorherrschende Methode zur Berechnung von Investitionsrenditen bei börsennotierten großen Unternehmen. Da die NordLB kein börsennotiertes Unternehmen ist, ist jedoch eine direkte Ableitung ihres Betawertes nicht möglich. Eine Anwendung des CAPM ist deshalb nur auf der Basis einer Schätzung des Betafaktors möglich.

(137) In seiner Stellungnahme vom 29. Juli 2003 gelangte der BdB bei Anwendung des CAPM zu einer zu erwartenden Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in die NordLB zum Zeitpunkt der Übertragung des LTS_Vermögens zum 31. Dezember 1991 von 13,34 % p.a. Deutschland äußerte grundsätzliche Bedenken gegen die Anwendung des CAPM. Darüber hinaus sei der BdB von einem zu hohen Betafaktor ausgegangen und habe zudem den risikolosen Basiszinssatz fehlerhaft ermittelt. Auch die Marktrisikoprämie von 4,6 % sei zu hoch angesetzt. Richtigerweise hätte der BdB auf der Grundlage des CAPM zu einer deutlich niedrigeren Mindestvergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition in die NordLB gelangen müssen.

(138) In Rahmen ihrer Verständigung über die marktangemessene Vergütung gelangen das Land Niedersachsen, die NordLB und der BdB zu dem Ergebnis, dass eine Mindestvergütung von 10,03 % angemessen sei.

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

(140) Da die Einlage der NordLB in der Tat dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte, erscheint die Vorgehensweise zur Ermittlung des risikolosen Basiszinssatzes in diesem speziellen Fall angemessen. Auch stellt der herangezogene REX10 Performance Index eine allgemein anerkannte Datenquelle dar. Die ermittelten risikolosen Basiszinssätze erscheinen hier somit sachgerecht

(141) Die Schätzung des Betafaktors von 0,72 erfolgte auf der Basis eines Gutachtens der KPMG zu so genannten Adjusted Betafaktoren von sämtlichen in Deutschland börsennotierten Kreditinstituten, das der Kommission vorliegt. Auf der Basis dieser Studie und angesichts der Geschäftsausrichtung der NordLB ist dieser Betafaktor als angemessen anzusehen.

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

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

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

(iv) ***Renditeabschlag wegen fehlender Liquidität***

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

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

(146) Allerdings verschafft eine „normale“ Kapitalzuführung an eine Bank dieser sowohl Liquidität als auch eine Eigenmittelbasis, die aus aufsichtsrechtlichen Gründen zur Ausweitung ihrer Geschäftstätigkeit erforderlich ist. Um das Kapital voll zu nutzen, d. h. um ihre 100 % risikogewichteten Aktiva um den Faktor 12,5 zu erweitern (100 dividiert durch den Solvabilitätskoeffizienten von 8 %), muss sich die Bank 11,5 mal auf den Finanzmärkten refinanzieren. Vereinfacht gesagt ergibt die Differenz aus 12,5-mal erhaltenen und 11,5-mal gezahlten Zinsen auf dieses Kapital abzüglich sonstiger Kosten der Bank (z. B. Verwaltungsaufwendungen) den Gewinn auf das Eigenkapital ([1]).

(147) Da das LTS-Kapital der NordLB zunächst keine Liquidität verschafft, hat die NordLB zusätzliche Finanzierungskosten in Höhe des Kapitalbetrags, wenn sie die erforderlichen Mittel auf den Finanzmärkten aufnimmt, um die Geschäftsmöglichkeiten voll auszuschöpfen, die sich ihr durch das zusätzliche Eigenkapital eröffnen, d. h. um die risikogewichteten Vermögenswerte um das 12,5 fache des Kapitalbetrages auszuweiten (bzw. existierende Vermögenswerte in dieser Höhe zu erhalten) ([2]). Wegen dieser Zusatzkosten, die bei in sonstiger Form zugeführtem Eigenkapital nicht entstehen, muss zur Ermittlung des angemessenen Entgelts ein entsprechender Abschlag vorgenommen werden. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber kann nicht erwarten, dasselbe Entgelt zu erhalten wie bei der Zuführung von Barkapital.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(153) Das Volumen des übertragenen Vermögens und der Einfluss, den dies aus dem Blickwinkel der Solvabilitätsrichtlinie für die NordLB spielte, ist bereits oben (Randnummern 40f.) erwähnt worden. Mit der Einbringung der LTS erhöhte sich das Kernkapital der NordLB erheblich, und zwar ohne Akquisitions- und Verwaltungskosten. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber hätte bei Zufuhr von Kapital mit dem relativ und absolut großen Betrag der LTS-Vermögensmasse wahrscheinlich einen Aufschlag verlangt. Auf der anderen Seite ist eine Stammkapitalzufuhr von etwa 1,5 Mrd. DEM in eine der größten deutschen Universalbanken gerade im Hinblick auf den außerordentlichen Kapitalbedarf europäischer Kreditinstitute wegen der Solvabilitätsrichtlinie nicht als außerhalb jeglicher normalen geschäftlichen Dimension anzusehen. Es kommt hinzu, dass ein großes Volumen als Indiz für die Stammkapitalähnlichkeit einer Vermögenseinlage herangezogen werden kann, denn zum Einbringungszeitpunkt Ende 1991 waren großvolumige Stille Einlagen am Markt untypisch. Es würde daher eine unzulässige doppelte Berücksichtigung des Volumens bedeuten, wenn bei einer stammkapitalähnlichen Investition das Volumen des übertragenen Vermögens herangezogen würde, um einen weiteren Aufschlag zu rechtfertigen. Die Kommission sieht somit zugunsten der NordLB davon ab, einen Aufschlag unter dem Gesichtspunkt des Volumens der Vermögensübertragung zu erheben. Ebenso geht die Verständigung davon aus, dass wegen des Volumens des übertragenen Vermögens kein Aufschlag erfolgen soll.

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

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

(vi) ***Keine Verringerung des Entgeltes wegen der Vereinbarung einer Pauschalvergütung***

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

(vii) ***Gesamtvergütung***

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

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

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

(158) Wie bereits dargelegt, ist auch der Eigenkapitalanteil in Höhe von ca. 100 Mio. DEM jährlich für die NordLB von materiellem Wert und seine ökonomische Funktion ließe sich mit der einer Bürgschaft oder Haftung vergleichen. Um sich einem derartigen Risiko auszusetzen, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine angemessene Vergütung verlangen. Die Verständigung zwischen dem BdB, dem Land und der NordLB äußert sich zu dieser Frage nicht.

(159) In dem Beschluss zur Eröffnung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag führte die Kommission einen Satz von 0,3 % p.a. (nach Steuern) an, den Deutschland als angemessene Avalprovision für eine Bank wie der NordLB genannt hatte. Eine Erhöhung dieser Vergütung wegen eines besonders hohen Umfangs der „Bürgschaft" scheint bei ca. 100 Mio. DEM nicht angebracht. Auch für die beiden Jahre, in denen deutlich mehr als 100 Mio. DEM zur Verfügung stand, den Jahren 1992 und 1993, scheint der Kommission ein Aufschlag nicht gerechtfertigt. Eine Erhöhung dieses Satzes wegen des Umstands, dass das LTS-Fördervermögen der NordLB prinzipiell unbegrenzt zur Verfügung steht, ist daneben aus den gleichen Gründen zweifelhaft, aus denen auch kein Aufschlag bei der Vergütung für das Kapital, das für das Wettbewerbsgeschäft zur Verfügung steht, vorgenommen wurde.

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

f) DAS BEIHILFEELEMENT

(161) Nach obigen Berechnungen hält die Kommission ein Entgelt von 6,76 % p.a. nach Steuern für den Teil des Kapitals, der von der NordLB zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit verwendet werden kann, nämlich ca. 1,4 Mrd. DEM, und von 0,15 % p.a. nach Steuern für den Unterschied zwischen diesem Teil und dem in der NordLB-Bilanz als Eigenkapital in der Bilanz ausgewiesenen Betrag von 1,5 Mrd. DEM, also ca. 100 Mio. DEM, für marktkonform.

(162) Die NordLB zahlt gegenwärtig ein Entgelt von 0,5 % p.a. nach Steuern auf den Betrag, der tatsächlich zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts genutzt wird. Dieses Entgelt wurde zum ersten Mal für das Jahr 1992 gezahlt.

(163) Neben dem Entgelt von 0,5 % p.a. nach Steuern betrachtet es Deutschland als weiteren Vergütungsbestandteil, dass das Land das Recht besitzt, Zinsen und Tilgungen, die in die LTS-Fördervermögen zurückfließen, zu entnehmen, soweit der Verkehrswert der Fördervermögen 1,5 Mrd. DEM übersteigt.

(164) Die Kommission ist der Ansicht, dass sich ein Marktinvestor nicht darauf eingelassen hätte, eine Vergütung aus Einkünften zu erhalten, die vom Verhalten der Bank, die die Fördervermögen verwaltet, abhängig sind. Darüber hinaus hat die NordLB wirtschaftlich von dem 1,5 Mrd. DEM übersteigenden Teil des Vermögens nicht profitiert (dem entsprechend ist insofern auch keine Vergütung zu leisten). Entnahmen aus diesem Teil des LTS-Fördervermögens können somit auch nicht als weitere Vergütung gesehen werden, weil sie wirtschaftlich nicht von der NordLB getragen werden, sondern von vornherein dem Land zustehen.

(165) Daneben behauptet Deutschland, dass ein Grund für die Übertragung potentielle Synergien waren und nicht die Erhöhung des Eigenkapitals der NordLB. Die Übertragung der Fördervermögen hatte jedoch zumindest auch den Zweck, den Anforderungen aus der Solvabilitätsrichtlinie zu genügen. Falls für die LTS Synergien und Einsparungen entstehen, kommt dies der LTS durch Reduzierung der Kosten zugute, kann aber nicht als Gegenleistung der NordLB für die Bereitstellung von Basiseigenmittel angesehen werden. Da sich durch diese Synergien weder die Verwendbarkeit des übertragenen Kapitals für die NordLB vermindert, noch die aus der Übertragung resultierenden Kosten für die NordLB erhöhen, dürften die Synergien auch keinen Einfluss auf die Höhe des Entgelts haben, das von einem nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnden Kapitalgeber für das bereitgestellte Eigenkapital von der Bank verlangt werden könnte. Auch im Falle eines tatsächlichen Vorteils für das Land infolge von Synergien wäre jeder Wettbewerber aufgrund der Konkurrenz gezwungen gewesen, dem Land für das Finanzinstrument (LTS) zuzüglich zu einem angemessenen Entgelt für das bereitgestellte Eigenkapital eine „Vergütung" in Form solcher Vorteile zu „zahlen". Im Übrigen entstehen Synergien infolge eines Zusammenschlusses normalerweise in den beiden am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Es ist schwer zu verstehen, warum die NordLB von diesen Vorteilen überhaupt nicht profitieren sollte. Die Kommission vertritt also die Auffassung, dass es sich bei etwaigen Synergieeffekten nicht um eine von der NordLB für die Übertragung der LTS gezahlte Vergütung handelt.

(166) Schließlich führt auch der so genannte Eigentümereffekt nicht dazu, von einer höheren Vergütung als 0,5 % p.a. auszugehen. Wie oben bereits dargelegt wurde, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber, der bereits Anteile in einem Unternehmen besitzt, nicht auf eine volle direkte Vergütung verzichten, wenn ein oder mehrere Anteilseigner von der Kapitaleinbringung profitieren, ohne selbst einen entsprechenden Beitrag zu leisten. Da der NSGV keinen dem Land entsprechenden Kapitalbeitrag

geleistet hat, hätte das Land daher auf einer umfassenden Direktvergütung bestehen müssen.

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

(168) Berechnung des Beihilfeelements (in Mio. DEM)

Jahr 1992

Jahr 1992	Jan	Feb	März	April	Mai	Jun	Jul	Aug	Sep	Okt	Nov	Dez
1. Für das Wettbewerbsgeschäft zur Verfügung stehender Anteil	120	101	145	109	71	0	0	0	0	19	63	162
2. Restbetrag (Unterschied zu 1 500 Mio. DM	1 380	1 399	1 355	1 391	1 429	1 500	1 500	1 500	1 500	1 481	1 437	1 338
Entgelt von 6,76 % p.a. (nach Steuern) für 1.	0,67	0,56	0,81	0,61	0,39	0	0	0	0	0,1	0,35	0,91
Entgelt von 0,15 % p.a. (nach Steuern) für 2.	0,17	0,17	0,16	0,17	0,17	0,18	0,18	0,18	0,18	0,18	0,17	0,16
Marktkonformes Entgelt insgesamt	0,84	0,73	0,97	0,78	0,56	0,18	0,18	0,18	0,18	0,28	0,52	1,07
												Σ 6,47
Tatsächliches Entgelt (nach Steuern) (0,5 %) für gesamtes Jahr 1992												0,9
Beihilfeelement												5,57

Jahr 1993

Jahr 1993	Jan	Feb	März	April	Mai	Juni	Juli	Aug	Sep	Okt	Nov	Dez
1. Für das Wettbewerbsgeschäft zur Verfügung stehender Anteil	133	133	207	147	174	1,143	1,222	1 400	1 400	1 400	1 400	1 400
2. Restbetrag (Unterschied zu 1 500 Mio. DM	1,367	1,367	1,293	1,353	1,326	357	278	100	100	100	100	100
Entgelt von 6,76 % p.a. (nach Steuern) für 1.	0,74	0,74	1,16	0,82	0,98	6,43	6,88	7,88	7,88	7,88	7,88	7,88
Entgelt von 0,15 % p.a. (nach Steuern) für 2.	0,17	0,17	0,16	0,16	0,16	0,04	0,03	0,01	0,01	0,01	0,01	0,01
Marktkonformes Entgelt insgesamt	0,91	0,91	1,32	0,98	1,14	6,47	6,91	7,89	7,89	7,89	7,89	7,89
												Σ 58,09
Tatsächliches Entgelt (nach Steuern) (0,5 %) für gesamtes Jahr 1993												7
Beihilfeelement												51,09

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

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

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

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

4. *VEREINBARKEIT DER MASSNAHME MIT DEM EG-VERTRAG*

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

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

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

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

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

(176) Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag, der unter bestimmten Umständen Ausnahmen von den Vertragsvorschriften über staatliche Beihilfen zulässt, gilt grundsätzlich auch für den Sektor der Finanzdienstleistungen. Die Kommission hat dies in ihrem Bericht über „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Bankensektor“ bestätigt ([1]).

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

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

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

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

5. *KEINE BESTEHENDE BEIHILFE*

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

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

(182) Zum anderen greift auch der Tatbestand der Anstaltslast nicht ein. Die Anstaltslast verpflichtet den Anstaltsträger (Land Niedersachsen, NSGV), die NordLB mit den Mitteln auszustatten, die für den ordnungsgemäßen Betrieb der Landesbank erforderlich sind, sofern er sich für deren Fortführung entscheidet. Die NordLB war zum Zeitpunkt der Kapitalzufuhr aber keineswegs in einer Lage, in der ein ordnungsgemäßer Betrieb nicht mehr möglich war. Die Kapitalzuführung war also zur Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Betriebs der NordLB nicht erforderlich. Vielmehr erfolgte die Kapitalzuführung angesichts der neuen Eigenkapitalanforderungen der Solvabilitätsrichtlinie um eine ansonsten erforderliche geordnete Reduzierung des Geschäftsvolumens der Landesbank zu vermeiden bzw. der Landesbank eine Ausweitung zu ermöglichen. Die NordLB konnte daher im Sinne eines bewussten wirtschaftlichen Kalküls des Landes als Miteigentümer auch künftig Marktchancen im Wettbewerb wahrnehmen. Auf eine solche normale wirtschaftliche Entscheidung des Landes ist die „Notvorschrift" der Anstaltslast nicht anwendbar. Mangels einer anderen anwendbaren bestehenden Beihilferegelung gemäß Art. 87 Absatz 1, 88 Absatz 1 EG-Vertrag ist die Kapitalzufuhr daher als neue Beihilfe im Sinne von Art. 87 Absatz 1, 88 Absatz 3 EG-Vertrag einzuordnen.

VI. **SCHLUSSFOLGERUNG**

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

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

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

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

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

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

Artikel 2

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

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

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

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

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

Artikel 3

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

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

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

Artikel 4

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

Artikel 5

Diese Entscheidung ist an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet.

Brüssel, den 20. Oktober 2004.

Für die Kommission

Mario MONTI

Mitglied der Kommission

[1] ABl. L 140 vom 30.4.2004, S. 1.

ANHANG

INFORMATIONEN HINSICHTLICH DER DURCHFÜHRUNG DER ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

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

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

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

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

Anmerkungen:

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

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

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

2.2. Bis zu welchem Datum wird die Rückforderung der Beihilfe abgeschlossen sein?

3. **Schon bewirkte Rückforderung**

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

Datum (°)	Zurückerstatteter Betrag	Währung	Identität des Begünstigten

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

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