URTEIL DES GERICHTS (Vierte Kammer)

3. März 2010 *

In der Rechtssache T-36/06

**Bundesverband deutscher Banken e. V.** mit Sitz in Berlin (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte H.-J. Niemeyer und K.-S. Scholz,

Kläger,

gegen

**Europäische Kommission,** vertreten durch N. Khan und T. Scharf als Bevollmächtigte,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

unterstützt durch

**Land Hessen** (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: zunächst Rechtsanwälte H.-J. Freund und M. Holzhäuser, dann Rechtsanwälte H.-J. Freund und S. Lehr,

und

**Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale** mit Sitz in Frankfurt am Main (Deutschland), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt H.-J. Freund,

Streithelfer,

wegen Nichtigerklärung der Entscheidung C(2005) 3232 endg. der Kommission vom 6. September 2005 betreffend die Einbringung des Hessischen Investitionsfonds als stille Einlage bei der Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale

erlässt

DAS GERICHT (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten O. Czúcz (Berichterstatter), des Richters V. Vadapalas und der Richterin I. Labucka,

Kanzler: C. Kristensen, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 9. September 2008

folgendes

## Urteil

### Vorgeschichte des Rechtsstreits

A — *Streitige Einlage*

1 Die Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (im Folgenden: Helaba) ist eine der größten Banken Deutschlands. Sie hat die Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Eigentümer der Helaba sind seit 1. Januar 2001 der Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen mit einem Anteil von 85 %, das Land Hessen (im Folgenden: Land) mit einem Anteil von 10 % und das Land Thüringen mit einem Anteil von 5 %. Die Helaba fungiert als Hausbank des Landes und des Freistaats Thüringen sowie als Zentralinstitut der hessischen und thüringischen Sparkassen. Sie ist außerdem sowohl auf dem nationalen Markt als auch auf internationalen Märkten als Geschäftsbank tätig.

2 Der Hessische Investitionsfonds (im Folgenden: Sondervermögen) wurde 1970 als Sondervermögen des Landes geschaffen. Er gewährt zinsfreie oder zinsverbilligte Darlehen für lokale Investitionsvorhaben. Mit am 13. Dezember 2002 geändertem Gesetz wurde das Hessische Ministerium der Finanzen ermächtigt, ihn ganz oder

teilweise als stille Einlage im Sinne des § 10 des Kreditwesengesetzes (im Folgenden: KWG) oder in einer anderen aufsichtsrechtlich anerkannten Form als Kapitalbeteiligung gegen eine marktübliche Vergütung in ein Kreditinstitut einzubringen.

3 Zu diesem Zweck einigten sich das Land und die Helaba auf die Konditionen, zu denen das Sondervermögen auf die Helaba übertragen werden könnte. Nach dem Vertragsentwurf sollte das Sondervermögen als unbefristete stille Einlage (im Folgenden: streitige Einlage) in die Helaba eingebracht werden zu einem Wert von 594 Millionen Euro und gegen eine Vergütung von 1,65 % ihres Nominalwerts abzüglich des Teils der Einlage, der für die Unterlegung der Tätigkeit des Sondervermögens als Darlehensgeber für lokale Investitionsvorhaben erforderlich ist. Der Vertragsentwurf enthält keine Zinserhöhungsklausel (im Folgenden: Step-up-Regelung), wonach die Vergütung nach einer bestimmten Zeit ansteigt.

4 Laut § 2 des Vertragsentwurfs entfällt der Vergütungsanspruch, wenn die Helaba einen Jahresverlust erwirtschaftet, d. h., wenn ihre Gewinn- und Verlustrechnung für das vorausgegangene Geschäftsjahr einen Verlust ausweist oder soweit die Zahlung der Vergütung zu einem bilanziellen Jahresverlust führen würde. Nicht ausgezahlte Vergütungen werden in den darauffolgenden Jahren nachgezahlt, sofern kein Jahresverlust erwirtschaftet wird und soweit die Auszahlung der Vergütung nicht zu einem Jahresverlust führen würde. Die streitige Einlage nimmt vollständig an Verlusten teil, doch muss jede Herabsetzung ihres Wertes im darauffolgenden Jahr bis zu ihrem Nominalwert von der Helaba wieder aufgefüllt werden. Die Zahlung der Vergütung für die streitige Einlage geht einer Ausschüttung auf das Stammkapital und der Dotierung der Rücklagen vor.

5 Nach § 4 des Vertragsentwurfs ist die Kündigung der streitigen Einlage durch das Land ausgeschlossen. § 4 Abs. 8 des Vertragsentwurfs sieht vor, dass die streitige Einlage „[i]m Falle des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der [Helaba] oder der Liquidation der [Helaba] … erst nach Befriedigung aller Gläubiger der [Helaba] einschließlich der Inhaber von Genussrechten sowie der Gläubiger von sonstigem

Haftkapital im Sinne von § 10 Abs. 5a KWG, aber vor Befriedigung der Inhaber des Stammkapitals rückübertragen“ wird.

B — *Verwaltungsverfahren und angefochtene Entscheidung*

6 Mit Schreiben vom 4. Juni 2004 notifizierte die Bundesrepublik Deutschland ihre Absicht, die streitige Einlage zu leisten, und bat die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, festzustellen, dass sie keine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG darstellt.

7 Am 4. August 2004 bat die Kommission um zusätzliche Auskünfte, die von der Bundesrepublik Deutschland mit Schreiben vom 31. August und 7. September 2004 vorgelegt wurden.

8 Mit Schreiben vom 29. September 2004 bat die Kommission die Bundesrepublik Deutschland um Zustimmung gemäß Art. 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von [Art. 88 EG] (ABl. L 83, S. 1) zur Verlängerung der Frist von zwei Monaten, innerhalb deren die Kommission eine vorläufige Prüfung der angemeldeten Maßnahme vornehmen muss. Die Bundesrepublik Deutschland stimmte mit Schreiben vom 7. Oktober 2004 der Fristverlängerung bis zum 31. Dezember 2004 zu.

9 Mit Schreiben vom 15. und 22. November 2004 bat die Kommission die Bundesrepublik Deutschland um weitere Informationen.

10 Mit Schreiben vom 21. Dezember 2004 setzte die Kommission der Bundesrepublik Deutschland eine Frist von 30 Tagen für die Beibringung der angeforderten Informationen und erklärte, dass sie die Anmeldung als im Sinne des Art. 5 Abs. 3 der Verordnung Nr. 659/1999 zurückgezogen betrachten werde, falls die Informationen nicht rechtzeitig vorgelegt würden.

11 Mit Schreiben vom 30. März 2005 legte die Bundesrepublik Deutschland zusätzliche Informationen zur Marktüblichkeit vor. Die Kommission erbat mit Schreiben vom 20. Mai 2005 weitere Informationen, auf das die Bundesrepublik Deutschland mit Schreiben vom 3. Juni 2005 antwortete.

12 Mit ihrer Entscheidung C(2005) 3232 endg. vom 6. September 2005 betreffend die Einbringung des Hessischen Investitionsfonds als stille Einlage bei der Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) entschied die Kommission nach Abschluss der Vorprüfungsphase, dass die streitige Einlage keine staatliche Beihilfe darstelle.

13 In der angefochtenen Entscheidung weist die Kommission darauf hin, dass für die Prüfung, ob die streitige Einlage der Helaba einen Vorteil verschaffe, der als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG angesehen werden könne, das Kriterium des „marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ (im Folgenden: privater Kapitalgeber) anzuwenden sei, wonach Kapitaleinlagen, die zu Bedingungen erfolgen, zu denen ein privater Kapitalgeber bereit wäre, einem vergleichbaren privaten Unternehmen Mittel zu überlassen, keine Beihilfen seien. Die Kommission verweist hierzu auf das Urteil des Gerichts vom 6. März 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein Westfalen/Kommission, T-228/99 und T-233/99, Slg. 2003, II-435, im Folgenden: Urteil WestLB).

14 Was zunächst die rechtliche und wirtschaftliche Einordnung angeht, vertritt die Kommission die Auffassung, dass die streitige Einlage mit anderen am Markt platzierten stillen Einlagen vergleichbar sei und deshalb die Marktüblichkeit der von den

Parteien vereinbarten Vergütung im Vergleich zur Vergütung dieser stillen Einlagen beurteilt werden könne. Die Kommission stellt hierzu als Erstes fest, dass die streitige Einlage im Vertragsentwurf ausdrücklich als stille Einlage vereinbart worden sei. Sie ist als Zweites der Ansicht, dass die Konditionen der streitigen Einlage mit denen anderer stiller Einlagen vergleichbar seien, da die streitige Einlage vor dem Stammkapital zurückzuzahlen sei und das Land die gesamte vereinbarte Vergütung bekomme und nicht eine gewinnanteilige Dividende. Sie fügt hinzu, dass es am Markt unbefristete stille Einlagen ohne Step-up-Regelung wie die streitige Einlage gebe und deren Umfang auch nicht unüblich sei. Schließlich verweist sie in einer Fußnote für die Einordnung der Einlage auf ihre Entscheidung 2006/742/EG vom 20. Oktober 2004 über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Helaba (ABl. 2006, L 307, S. 159), die Gegenstand der Rechtssache ist, in der das Urteil des Gerichts vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-163/05, Slg. 2010, II-387), ergangen ist.

15 Die Kommission berechnet anschließend die angemessene Vergütung des Kapitals, das die Helaba für die Unterlegung der Ausweitung ihres Kreditgeschäfts verwenden kann. Sie führt hierzu aus, dass am Markt die Vergütung stiller Einlagen einem Referenzzinssatz zuzüglich eines Vergütungsaufschlags (im Folgenden: Haftungsvergütung) entspreche. Jedoch sei im vorliegenden Fall der dem Referenzzinssatz entsprechende Teil von der marktüblichen Vergütung abzuziehen, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die streitige Einlage der Helaba keine Liquidität verschaffe. Die Gewerbesteuer hingegen, die in Deutschland tätige gewerbliche Investoren entrichten müssten und die im vorliegenden Fall von der Helaba zu zahlen sei, weil das Land dieser Steuer nicht unterliege, sei dem von den Parteien vereinbarten Vergütungssatz hinzuzurechnen, da sie Teil der Kosten sei, die der Helaba aufgrund der stillen Einlage entstünden.

16 Bei der Berechnung der marktüblichen Haftungsvergütung stützt die Kommission ihr Ergebnis auf zwei Gutachten von Investmentbanken und auf den Bericht einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bezüglich dieser Gutachten. Mit Blick auf diese drei Stellungnahmen hält die Kommission es für sinnvoll, von einer Haftungsvergütung von 65 bis 90 Basispunkten auszugehen, die dem am Markt festgestellten Aufschlag

für auf Euro lautende unbefristete stille Einlagen mit Step-up-Regelung von Emittenten des europäischen Bankensektors entspreche.

17 Die Kommission prüft, ob von dieser Haftungsvergütung Auf- oder Abschläge vorzunehmen seien, um den Besonderheiten der streitigen Einlage im Verhältnis zu den stillen Einlagen Rechnung zu tragen, die für die Berechnung der Vergütung zum Vergleich herangezogen worden seien. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass ein Aufschlag von 30 bis 40 Basispunkten vorzunehmen sei, um zu berücksichtigen, dass die streitige Einlage im Unterschied zu den unbefristeten stillen Einlagen, die zum Vergleich herangezogen worden seien, nicht mit einer Step-up-Regelung versehen sei. Ein Aufschlag sei hingegen weder deshalb erforderlich, weil der Anteil stiller Einlagen am Kernkapital der Helaba aufgrund der streitigen Einlage 57 % betrage, also deutlich höher sei als der Anteil von Instrumenten dieser Art am Kernkapital privater Banken, noch deshalb, weil die streitige Einlage den Anteil der vom Land gehaltenen stillen Einlagen am Kernkapital der Helaba auf 44 % erhöhen werde. Die Kommission hält schließlich einen Aufschlag von 10 Basispunkten für potenziell gerechtfertigt, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Vergütung nur gezahlt werde, wenn die Helaba einen Jahresgewinn realisiere, äußert sich aber nicht abschließend zu dieser Frage und begründet dies damit, dass die Berücksichtigung des genannten Aufschlags für die abschließende Beurteilung unerheblich sei.

18 Angesichts aller dieser Erwägungen kommt die Kommission schließlich zu dem Ergebnis, dass die marktübliche Vergütung für eine Einlage wie die streitige zwischen 1 % und 1,4 % liege. Folglich werde die Helaba durch die zwischen ihr und dem Land vereinbarte Vergütung von 1,65 % zuzüglich der Belastung mit der Gewerbesteuer nicht begünstigt, so dass die Vergütung nicht als staatliche Beihilfe angesehen werden könne.

19 Zudem habe die Helaba im Mai 2005 eine unbefristete stille Einlage ohne Step-up-Regelung über 250 Millionen Euro bei privaten institutionellen Anlegern platziert, die mit 5,5 % pro Jahr abhängig von der Rentabilität der Helaba verzinst werde. Der Zinssatz von 5,5 % entspreche dem Referenzzinssatz (Euribor oder Mid-Swap, letzterer habe zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung bei 3,84 % gelegen) zuzüglich einer Haftungsvergütung. Nach Ansicht der Kommission bestätigen die Konditionen dieser stillen Einlage ihre Beurteilung, dass die vereinbarte

Vergütung für die streitige Einlage im Einklang mit einer Marktvergütung stehe, und zeigen, dass die Helaba in der Lage wäre, eine stille Einlage am Markt zu platzieren, wenn sie die streitige Einlage nicht erhielte.

**Verfahren und Anträge der Verfahrensbeteiligten**

20 Mit am 26. Januar 2006 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangener Klageschrift hat der Kläger, der Bundesverband deutscher Banken e. V., die vorliegende Klage erhoben.

21 Mit Schriftsätzen, die am 6. und 13. Juni 2006 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen sind, haben die Helaba und das Land beantragt, im vorliegenden Verfahren als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen zu werden. Mit Beschluss vom 14. September 2006 hat der Präsident der Dritten Kammer des Gerichts diesen Anträgen stattgegeben. Die Streithelfer haben ihre Schriftsätze fristgerecht eingereicht. Auch der Kläger und die Kommission haben ihre Stellungnahmen zu den Streithilfeschriftsätzen fristgerecht eingereicht.

22 Infolge der Änderung der Zusammensetzung der Kammern des Gerichts ist der Berichterstatter der Vierten Kammer zugeteilt worden, an die die vorliegende Rechtssache deshalb verwiesen worden ist.

23 Wegen des Ausscheidens eines der Kammermitglieder hat der Präsident des Gerichts gemäß Art. 32 § 3 der Verfahrensordnung des Gerichts zur Ergänzung der Kammer einen anderen Richter bestimmt.

24 Mit Schreiben vom 20. Mai 2008 hat das Gericht der Kommission aufgegeben, bestimmte Dokumente vorzulegen, darunter die vertrauliche Fassung der angefochtenen Entscheidung. Die Kommission ist dieser Aufforderung fristgemäß nachgekommen.

25 Auf Bericht des Berichterstatters hat das Gericht (Vierte Kammer) beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen.

26 Die Verfahrensbeteiligten haben in der Sitzung vom 9. September 2008 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet.

27 Dabei ist vor Schließung der mündlichen Verhandlung beschlossen worden, der Kommission zu gestatten, auf eine der Fragen des Gerichts schriftlich zu antworten. Die Kommission hat ihre Antwort und der Kläger seine Stellungnahme fristgerecht eingereicht. Die mündliche Verhandlung ist am 8. Oktober 2008 geschlossen worden.

28 Der Kläger beantragt,

— die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären;

— der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

29 Die Kommission beantragt mit Unterstützung der Helaba,

— die Klage als unzulässig, jedenfalls aber als unbegründet abzuweisen;

— dem Kläger die Kosten aufzuerlegen.

30 Das Land beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— dem Kläger die Kosten aufzuerlegen.

**Rechtliche Würdigung**

1. *Zur Zulässigkeit*

31 Die Kommission macht mit Unterstützung der Helaba geltend, dass die Klage unzulässig sei, weil der Kläger von der angefochtenen Entscheidung nicht individuell betroffen sei.

32 Es ist darauf hinzuweisen, dass der Richter befugt ist, je nach den Umständen des Einzelfalls zu prüfen, ob es nach den Grundsätzen einer geordneten Rechtspflege gerechtfertigt ist, die Klage als unbegründet abzuweisen, ohne zuvor über die Einrede der Unzulässigkeit der beklagten Partei zu entscheiden (Urteil des Gerichtshofs vom 26. Februar 2002, Rat/Boehringer, C-23/00 P, Slg. 2002, I-1873, Randnrn. 51 und 52, und Urteil des Gerichts vom 13. September 2006, Sinaga/Kommission, T-217/99, T-321/00 und T-222/01, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 68).

33 Unter den Umständen des vorliegenden Falls sind sogleich die vom Kläger angeführten Klagegründe zu prüfen, ohne zuvor über die Einrede der Unzulässigkeit der Kommission zu entscheiden, da die Nichtigkeitsklage aus den nachfolgend dargelegten Gründen jedenfalls unbegründet ist.

2. *Zur Begründetheit*

34 Der Kläger trägt drei Klagegründe vor, mit denen er einen Begründungsmangel, einen Verstoß gegen Art. 87 EG und eine Verletzung seiner Verfahrensrechte wegen der Nichteröffnung des förmlichen Prüfverfahrens nach Art. 88 Abs. 2 EG durch die Kommission geltend macht.

*Zum Klagegrund eines Begründungsmangels*

35 Nach Ansicht des Klägers ist die angefochtene Entscheidung in folgenden Punkten unzureichend begründet: Einordnung der streitigen Einlage als stille Einlage für die Zwecke des Marktvergleichs, Berücksichtigung der Gewerbesteuer, Abzug der Refinanzierungskosten und Marktüblichkeit der Vergütung.

Zur Einordnung der streitigen Einlage

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

36 Der Kläger trägt vor, dass die Beurteilung der Kommission in Randnr. 25 der angefochtenen Entscheidung, die streitige Einlage sei „mit anderen marktüblichen stillen Einlagen vergleichbar", unzureichend begründet sei.

37 Der Kläger rügt erstens, dass die Kommission ihre Beurteilung zur Einordnung der streitigen Einlage auf den Vertragsentwurf stütze, ohne dessen Inhalt wiederzugeben. Die Kommission habe lediglich darauf verwiesen, dass die Parteien der streitigen Einlage diese im Vertragsentwurf als stille Einlage vereinbart hätten. Folglich habe sie die Vergleichbarkeit der streitigen Einlage mit anderen marktüblichen stillen Einlagen nicht begründet.

38 Zweitens fehle es an einer Begründung der Feststellung in Randnr. 26 der angefochtenen Entscheidung, dass die streitige Einlage in Liquidation und Insolvenz der Helaba vor dem Stammkapital zurückzuzahlen sei, obwohl insbesondere der Vertrag über die Einlage, die Gegenstand der mit Urteil vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-163/05), oben in Randnr. 14 angeführt, entschiedenen Rechtssache sei, vorsehe, dass die Rückzahlung dieser Einlage keinen Vorrang vor der Rückzahlung von Stammkapital habe.

39 Drittens sei die Feststellung in Randnr. 26 der angefochtenen Entscheidung, das Land Hessen bekomme „die gesamte vereinbarte Vergütung, während der Investor in Stammkapital nur Anspruch auf Zahlung einer gewinnanteiligen Dividende" habe,

unklar und verdeutliche nicht, was die Kommission mit diesem Vergleich zum Ausdruck bringen wolle.

40 Viertens begründe die Kommission die Feststellungen in Randnr. 27 der angefochtenen Entscheidung nicht, dass „unbefristete stille Einlagen ohne Step-up-Regelung auf dem Kapitalmarkt zu finden" seien und auch „der Umfang der fraglichen stillen Einlage … nicht unüblich" sei. Wenn sich die Kommission zum Beweis ihrer Behauptungen auf die Emissionen von 1998 und 1999 hätte stützen wollen, die sie in der Entscheidung 2006/742 erwähnt habe, hätte sie, so der Kläger, den entsprechenden Teil dieser ersten Entscheidung in die angefochtene Entscheidung einführen müssen. Ferner habe die Kommission es versäumt, zu begründen, warum die Lage am Kapitalmarkt in den Jahren 1998 und 1999 mit derjenigen zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung, also im Sommer 2005, vergleichbar gewesen sei. Im Übrigen habe sich die Kommission in der Entscheidung 2006/742 darauf beschränkt, die Ausführungen der Bundesrepublik Deutschland zu den Emissionen von 1998 und 1999 wiederzugeben. In seiner Stellungnahme zu den Streithilfeschriftsätzen fügt der Kläger hinzu, dass die angefochtene Entscheidung der Begründungspflicht nicht genüge, da in der nichtvertraulichen Fassung der Entscheidung die dort genannten stillen Einlagen wegen der Anonymisierung der Banken nicht identifizierbar seien.

41 Fünftens habe die Kommission ihre Feststellung in Randnr. 29 der angefochtenen Entscheidung, die streitige Einlage weise für das Land gegenüber einer Stammkapitalinvestition „verschiedene Vorteile" auf, unzureichend begründet. Die Ausführungen der Kommission seien von „Oberflächlichkeit", „Einseitigkeit" und „Substanzlosigkeit" gekennzeichnet.

42 Die Kommission bestreitet mit Unterstützung der Helaba, dass die angefochtene Entscheidung in Bezug auf die Einordnung der streitigen Einlage als stille Einlage unzureichend begründet sei. Das Land hat hierzu nichts vorgetragen.

— Würdigung durch das Gericht

43 Der Umfang der Begründungspflicht hängt von der Art des in Rede stehenden Rechtsakts und dem Kontext, in dem er erlassen wurde, ab. Die Begründung muss die Überlegungen des Organs so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass der Richter die ihm obliegende Rechtmäßigkeitskontrolle wahrnehmen kann und es dem Betroffenen möglich ist, Kenntnis von den Gründen für die getroffene Maßnahme zu erlangen, damit er seine Rechte verteidigen und prüfen kann, ob die Entscheidung in der Sache begründet ist oder nicht (Urteil WestLB, oben in Randnr. 13 angeführt, Randnr. 278).

44 In der Begründung brauchen nicht alle tatsächlich und rechtlich einschlägigen Aspekte genannt zu werden, da die Frage, ob die Begründung eines Rechtsakts den Erfordernissen des Art. 253 EG genügt, nicht nur anhand des Wortlauts zu beurteilen ist, sondern auch anhand des Kontexts sowie sämtlicher Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet (Urteil WestLB, oben in Randnr. 13 angeführt, Randnr. 279).

45 Insbesondere braucht die Kommission nicht auf alle Argumente einzugehen, die die Betroffenen vor ihr geltend gemacht haben, sondern es reicht aus, wenn sie die Tatsachen und rechtlichen Erwägungen anführt, denen in der Systematik der Entscheidung eine wesentliche Bedeutung zukommt (Urteil WestLB, oben in Randnr. 13 angeführt, Randnr. 280).

46 Was insbesondere eine Entscheidung der Kommission angeht, in der die Auffassung vertreten wird, dass die angemeldete Maßnahme keine Beihilfe darstelle, erfordert die Begründungspflicht die Angabe der Gründe, aus denen die Kommission der Ansicht ist, dass die fragliche Maßnahme nicht von Art. 87 Abs. 1 EG erfasst wird.

47 Ferner handelt es sich bei der Begründungspflicht nach ständiger Rechtsprechung um ein wesentliches Formerfordernis, das von der Frage der Stichhaltigkeit der

Begründung zu unterscheiden ist, die zur materiellen Rechtmäßigkeit des streitigen Rechtsakts gehört (vgl. Urteil des Gerichts vom 12. September 2007, Italien/Kommission, T-239/04 und T-323/04, Slg. 2007, II-3265, Randnr. 117 und die dort angeführte Rechtsprechung).

48 Was erstens die Rüge des Klägers betrifft, die Kommission stütze sich auf den Vertragsentwurf, obwohl sein Inhalt weder in der angefochtenen Entscheidung wiedergegeben werde noch dem Kläger oder dem Gericht bekannt sei, so genügt die Feststellung, dass die Kommission zwar die Bestimmungen des Vertragsentwurfs nicht wörtlich wiedergibt, sie aber die verschiedenen Gesichtspunkte, die sich aus dem Entwurf ergeben und auf die sie ihre rechtliche Würdigung stützt, erwähnt, so dass sowohl der Kläger als auch das Gericht in der Lage sind, ihre Argumentation nachzuvollziehen.

49 Bezüglich des Vorbringens, die Kommission habe sich damit begnügt, darauf zu verweisen, dass die Parteien der streitigen Einlage diese im Vertragsentwurf als stille Einlage vereinbart hätten, ist zum einen festzustellen, dass sich die Kommission nicht nur auf die Einordnung durch die Parteien der streitigen Einlage gestützt hat, und zum anderen, dass, selbst wenn sie es getan hätte, dies nicht zu einem Begründungsmangel der angefochtenen Entscheidung führen würde, da die Frage, ob sich die Kommission bei der Einordnung der Einlage nur auf die Einordnung durch die Parteien stützen darf, die Stichhaltigkeit der Begründung der Kommission betrifft und nicht die Frage, ob sie ausreichend ist.

50 Was zweitens das Vorbringen angeht, es fehle an einer Begründung für die Aussage der Kommission, die streitige Einlage sei im Fall der Liquidation oder Insolvenz vor dem Stammkapital zurückzuzahlen, so ist darauf hinzuweisen, dass mit dieser Aussage nur eine Tatsache festgestellt wird, die sich aus dem Vertragsentwurf ergibt (siehe oben, Randnr. 5) und daher nicht weiter begründet werden musste. Die Zweifel des Klägers hinsichtlich der Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Feststellung betreffen nicht die Frage, ob die Begründung der angefochtenen Entscheidung ausreichend ist, sondern ob sie stichhaltig ist und insbesondere, ob der von der Kommission zugrundegelegte Sachverhalt zutreffend festgestellt wurde.

51 Was drittens die Begründung für die Aussage der Kommission anbelangt, das Land Hessen bekomme „die gesamte vereinbarte Vergütung, während der Investor in Stammkapital nur Anspruch auf Zahlung einer gewinnanteiligen Dividende" habe, so genügt die Feststellung, dass bei Lektüre des vollständigen Satzes in Randnr. 26 der angefochtenen Entscheidung, wonach sowohl das Land „als auch der Kapitalgeber einer stillen Einlage am Kapitalmarkt" die gesamte vereinbarte Vergütung bekämen, auf der Hand liegt, dass nach Ansicht der Kommission die Art der für die streitige Einlage vereinbarten Vergütung für stille Einlagen und nicht für Stammkapital charakteristisch ist und dieser Umstand neben anderen für die Einordnung der streitigen Einlage als stille Einlage spricht. Die Zweifel des Klägers, ob die Art der für die streitige Einlage vereinbarten Vergütung tatsächlich für stille Einlagen charakteristisch ist, betreffen nicht die Begründung der angefochtenen Entscheidung, sondern ihre Begründetheit in der Sache.

52 Was viertens die Begründung der Aussagen der Kommission angeht, dass „stille Einlagen ohne Step-up-Regelung auf dem Kapitalmarkt zu finden" seien und „der Umfang der fraglichen stillen Einlage … nicht unüblich" sei, so genügt der Hinweis, dass sich die Kommission darauf beschränkt hat, zwei Umstände festzustellen, die sich klar aus den Angaben in den Gutachten und insbesondere aus den am Markt erfolgten Transaktionen ergeben, auf die sie in den Randnrn. 49 und 56 der angefochtenen Entscheidung Bezug nimmt. Der Verweis auf die Entscheidung 2006/742 in einer Fußnote bezieht sich nicht auf diese beiden Tatsachenfeststellungen, sondern auf die gesamte Argumentation der Kommission zur Einordnung der streitigen Einlage als stille Einlage für die Zwecke des Marktvergleichs der vereinbarten Vergütung. Da die Kommission diese Aussagen nicht auf die Marktdaten für 1998 und 1999 gestützt hat, musste sie nicht begründen, warum die Marktsituation in den Jahren 1998 und 1999 mit der Lage zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung vergleichbar gewesen sein soll.

53 Dem Vorbringen, die Kommission hätte nicht auf die Entscheidung 2006/742 verweisen dürfen und die in jener Entscheidung relevanten Beteiligten in der angefochtenen Entscheidung nennen müssen, steht die Rechtsprechung entgegen, nach der eine Entscheidung hinreichend begründet ist, wenn sie auf ein Papier verweist, das sich bereits im Besitz des Empfängers befindet und die Gesichtspunkte enthält, auf die

das Organ seine Entscheidung stützt (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 24. April 1996, Industrias Pesqueras Campos u. a./Kommission, T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 und T-234/94, Slg. 1996, II-247, Randnr. 144), was vorliegend der Fall ist, da der Kläger die Entscheidung 2006/742 alsbald nach ihrem Erlass, d. h. mehrere Monate vor Erlass der angefochtenen Entscheidung, in Kopie erhalten hatte.

54 Mit dem Argument, die Begründung der angefochtenen Entscheidung sei nicht ausreichend, weil die zum Vergleich herangezogenen stillen Einlagen wegen der Anonymisierung der Emissionsbanken nicht identifizierbar seien, beanstandet der Kläger im Kern die Unvollständigkeit der ihm zum Zeitpunkt der Klageerhebung zur Verfügung stehenden nichtvertraulichen Fassung und nicht die Begründung der angefochtenen Entscheidung als solche. Zudem hat die Unkenntlichmachung bestimmter Daten in dieser Fassung den Kläger im vorliegenden Fall nicht daran gehindert, seine Rechte zu verteidigen und die Begründetheit der angefochtenen Entscheidung in der Sache zu überprüfen. Obwohl nämlich die Namen der Emissionsbanken der fraglichen Einlagen unkenntlich gemacht wurden, enthält die nichtvertrauliche Fassung der angefochtenen Entscheidung in hinreichend verständlicher Form die Beurteilungskriterien, anhand deren sich die Kommission ihre Meinung gebildet hatte. Jedenfalls wurde dem Kläger die vertrauliche Fassung der angefochtenen Entscheidung, wie sie der Bundesrepublik Deutschland notifiziert worden war, im Lauf des Verfahrens übermittelt (siehe oben, Randnr. 24), ohne dass er zu den betreffenden Passagen neue Ausführungen gemacht hätte.

55 Was fünftens die Beurteilung der Kommission angeht, die streitige Einlage weise für das Land gegenüber einer Stammkapitalinvestition Vorteile auf, so ist festzustellen, dass der Kläger mit seinem Einwand, die Ausführungen der Kommission seien von „Oberflächlichkeit", „Einseitigkeit" und „Substanzlosigkeit" gekennzeichnet, in Wirklichkeit nicht in Abrede stellt, dass die Begründung ausreicht, sondern, dass die abgegebene Beurteilung stichhaltig ist.

56 Unter diesen Umständen ist die angefochtene Entscheidung in Bezug auf die Einordnung der streitigen Einlage nicht unzureichend begründet.

Zur Berücksichtigung der Gewerbesteuer

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

57 Nach Ansicht des Klägers enthält die angefochtene Entscheidung keine Begründung für die Beurteilung in Randnr. 36, dass „[e]in marktwirtschaftlich handelnder institutioneller Anleger … eine höhere Vergütung verlangt [hätte] als das Land, um seine Belastung mit der Gewerbesteuer auszugleichen“ und „[u]mgekehrt … die Helaba ohne Weiteres zur Zahlung des Vergütungsaufschlags an einen solchen Investor bereit gewesen [wäre]“.

58 Die Kommission bestreitet mit Unterstützung der Helaba, dass die angefochtene Entscheidung in Bezug auf die Berücksichtigung der Gewerbesteuer als Belastung der Helaba aus der streitigen Einlage unzureichend begründet sei. Das Land hat hierzu nichts vorgetragen.

— Würdigung durch das Gericht

59 Die Kommission hat im vorliegenden Fall nur das Ergebnis angewandt, zu dem sie in der Entscheidung 2006/742 bezüglich der dort streitigen Einlage gekommen ist. Diese Entscheidung war, wie sich aus dem Vorstehenden ergibt (siehe oben, Randnr. 53), bereits im Besitz des Klägers.

60 Die Prüfung der Entscheidung 2006/742 und des Vorbringens des Klägers zum offensichtlichen Beurteilungsfehler, den die Kommission seiner Meinung nach bei deren Erlass begangen hat, in den Randnrn. 188 bis 192 des Urteils vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-163/05), oben in Randnr. 14 angeführt, hat keinen Begründungsmangel ergeben, der den Kläger daran gehindert hätte,

gegen diese Entscheidung vorzugehen, oder das Gericht, deren Begründetheit in der Sache zu beurteilen.

61 Daraus folgt, dass die angefochtene Entscheidung jedenfalls eine dem Kläger bekannte Entscheidungspraxis fortsetzt und daher summarisch begründet werden durfte (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 26. November 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique u. a./Kommission, 73/74, Slg. 1975, 1491, Randnr. 31).

Zum Abzug der Refinanzierungskosten

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

62 Der Kläger macht geltend, dass anhand der Randnrn. 37 bis 41 der angefochtenen Entscheidung nicht nachvollziehbar sei, nach welchen Kriterien die Kommission zu dem Ergebnis habe gelangen können, dass die Helaba tatsächlich im Vergleich zum Erwerb einer liquiden stillen Einlage zusätzliche Refinanzierungskosten in Höhe des Bruttorefinanzierungszinssatzes habe. Ebenfalls nicht nachvollziehbar sei, warum wegen der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Vergütung die Bruttorefinanzierungskosten abzuziehen seien.

63 Die Kommission bestreitet mit Unterstützung der Helaba, dass die angefochtene Entscheidung in Bezug auf die Berücksichtigung der zusätzlichen Refinanzierungskosten, die die Helaba im vorliegenden Fall trage, unzureichend begründet sei. Das Land hat hierzu nichts vorgetragen.

— Würdigung durch das Gericht

64 Die Kommission hat, worauf der Kläger in der Klageschrift hinweist, im vorliegenden Fall nur das Ergebnis angewandt, zu dem sie in der Entscheidung 2006/742 bezüglich der dort streitigen Einlage gekommen ist.

65 Da das Gericht in seinem Urteil vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-163/05), oben in Randnr. 14 angeführt, entschieden hat, dass die Kommission ihr Ergebnis ausreichend begründet hat (vgl. Randnrn. 265 bis 267 des Urteils), ist unter diesen Umständen das Vorbringen des Klägers, es fehle an einer Begründung der angefochtenen Entscheidung, zurückzuweisen, denn die Entscheidung war jedenfalls im Licht der Begründung der Entscheidung 2006/742 nachzuvollziehen (siehe oben, Randnr. 61).

Zur Marktüblichkeit der zwischen dem Land und der Helaba vereinbarten Vergütung

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

66 Nach Auffassung des Klägers ist die Begründung der Kommission für ihre Schlussfolgerung, dass die zwischen dem Land und der Helaba vereinbarte Vergütung marktüblich sei, unzureichend. Die Aussage in Randnr. 69 der angefochtenen Entscheidung, wonach die Tatsache, dass stille Einlagen einen Großteil des Kernkapitals ausmachten, die Wahrscheinlichkeit erhöhe, dass die stillen Einlagen „anstelle des Stammkapitals“ in Anspruch genommen würden, sei unzulänglich und mit Blick auf die Behauptung der Kommission, stille Einlagen seien in der Insolvenz vor dem Stammkapital zurückzuzahlen, widersprüchlich. Auch die Aussage in Randnr. 73 der angefochtenen Entscheidung, dass das Land einen starken kontrollierenden Einfluss auf das Risikoprofil der Helaba habe, sei nicht begründet, und die Kommission erläutere nicht, ob die Emission über 500 Millionen Euro, die sie in Randnr. 74 der Entscheidung erwähne

und die von einem einzelnen Kapitalgeber gezeichnet worden sein solle, mit der streitigen Einlage vergleichbare Bedingungen habe, so dass weder der Kläger noch das Gericht die Vergleichbarkeit der beiden Einlagen prüfen könnten.

67 Die Kommission bestreitet mit Unterstützung der Helaba, dass die angefochtene Entscheidung in Bezug auf die Marktüblichkeit der vereinbarten Vergütung für die streitige Einlage unzulänglich begründet sei. Das Land hat hierzu nichts vorgetragen.

— Würdigung durch das Gericht

68 Auch wenn die Aussage der Kommission, die Tatsache, dass stille Einlagen einen Großteil des Kernkapitals ausmachten, erhöhe die Wahrscheinlichkeit, dass die stillen Einlagen „anstelle des Stammkapitals“ in Anspruch genommen würden, nicht einwandfrei formuliert ist, ergibt sich bei Betrachtung der gesamten angefochtenen Entscheidung klar, dass die Kommission hiermit nicht das Rangverhältnis zwischen Stammkapital und stillen Einlagen in der Insolvenz festlegen, sondern darauf hinweisen wollte, dass die Gefahr, dass das Stammkapital bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten nicht ausreicht, größer ist, wenn die stillen Einlagen einen Großteil des Kernkapitals ausmachen. Diese Aussage hindert daher weder den Kläger, gegen die angefochtene Entscheidung vorzugehen, noch das Gericht, ihre Rechtmäßigkeit zu beurteilen.

69 Was die Annahme der Kommission betrifft, das Land habe einen starken kontrollierenden Einfluss auf das Risikoprofil der Helaba, ist anzumerken, dass die Kommission in Randnr. 73 der angefochtenen Entscheidung erläutert hat, worauf sie diese Annahme stützt. Zwar trifft es zu, dass diese Erläuterung in der nichtvertraulichen Fassung der angefochtenen Entscheidung, über die der Kläger zum Zeitpunkt der Klageerhebung verfügte, unkenntlich gemacht worden war, doch wurde die vertrauliche Fassung der angefochtenen Entscheidung auf Aufforderung des Gerichts von der Kommission vorgelegt und dem Kläger vor der mündlichen Verhandlung übermittelt

(siehe oben, Randnr. 24). Unter diesen Umständen war der Kläger in der Lage, seine Rechte zu verteidigen.

70 Hinsichtlich der Rüge, es fehle eine Erläuterung seitens der Kommission, ob die Emission über 500 Millionen Euro, die von einem einzelnen Kapitalgeber gezeichnet worden sein solle, mit der streitigen Einlage vergleichbare Bedingungen aufweise, ist darauf hinzuweisen, dass sich aus der angefochtenen Entscheidung ergibt, dass die Kommission dieses Beispiel deshalb anführt, weil sie zeigen möchte, dass nicht ausgeschlossen ist, dass ein Kapitalgeber seine Risiken in einem einzigen Unternehmen konzentriert. Die Frage, ob es für die Annahme, dass die zwischen dem Land und der Helaba vereinbarte Vergütung marktüblich ist, ausreicht, dass eine solche Risikokonzentration in einem bestimmten Unternehmen nicht ausgeschlossen ist, betrifft nicht die Begründung der angefochtenen Entscheidung, sondern ihre Begründetheit in der Sache.

71 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass die angefochtene Entscheidung in Bezug auf die Marktüblichkeit der Vergütung für die streitige Einlage nicht an einem Begründungsmangel leidet.

72 Der auf einen Begründungsmangel der angefochtenen Entscheidung gestützte Klagegrund wird daher zurückgewiesen.

*Zum Klagegrund eines Verstoßes gegen Art. 87 EG*

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

73 Der Kläger macht geltend, die Kommission habe gegen Art. 87 EG verstoßen, indem sie befunden habe, dass die vereinbarte Vergütung für die streitige Einlage mit dem Kriterium des privaten Kapitalgebers vereinbar sei und somit keine staatliche Beihilfe darstelle.

74 Die Kommission habe einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, indem sie die Auffassung vertreten habe, dass erstens für die Zwecke des Marktvergleichs die von der Helaba zu zahlende Gewerbesteuer dem zwischen dem Land und der Helaba vereinbarten Vergütungssatz hinzuzurechnen sei, weil sie einen Teil der Belastung der Helaba aus der streitigen Einlage darstelle, dass zweitens zu berücksichtigen sei, dass der Helaba Kosten entstünden, um sich am Markt die Liquidität zu verschaffen, die ihr die streitige Einlage nicht gebe, und dass drittens die marktübliche Haftungsvergütung niedriger sei als der zwischen den Parteien vereinbarte Satz von 1,65 % zuzüglich des Gewerbesteuereffekts.

75 Was die Berücksichtigung der Gewerbesteuer und die von der Helaba aufgrund der fehlenden Liquidität der streitigen Einlage zu tragenden Refinanzierungskosten angeht, wiederholt der Kläger im Wesentlichen sein Vorbringen in der Rechtssache, in der das Urteil vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-163/05), oben in Randnr. 14 angeführt, ergangen ist. Dieses Vorbringen ist in den Randnrn. 185, 186 und 263 des genannten Urteils dargestellt worden.

76 Zur angemessenen Vergütungshöhe trägt der Kläger im Wesentlichen vor, dass die streitige Einlage ein höheres Risikoprofil aufweise als die am Markt platzierten stillen Einlagen und daher ein privater Kapitalgeber für sie eine höhere Vergütung verlangt hätte, als für stille Einlagen am Markt verlangt werde. Er verweist auf das Volumen der streitigen Einlage, die fehlende Desinvestitionsmöglichkeit des Landes und das Ausfallrisiko in der Insolvenz. Für die Bestimmung des marktüblichen Vergütungssatzes sei zudem unerheblich, dass es sich bei der vereinbarten Vergütung für die streitige Einlage um eine Festvergütung handele. Die Kommission habe sich auch nicht auf die stille Einlage berufen dürfen, die von der Helaba 2005 platziert worden sei, da diese mit der streitigen Einlage nicht vergleichbar sei.

77 Die Kommission tritt diesem Vorbringen mit Unterstützung des Landes und der Helaba entgegen.

Würdigung durch das Gericht

78 Das Vorbringen zur Berücksichtigung der Gewerbesteuer und zum Abzug der Refinanzierungskosten ist aus denselben Gründen zurückzuweisen, wie sie in den Randnrn. 188 bis 192 und 269 bis 291 des Urteils vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-163/05), oben in Randnr. 14 angeführt, dargelegt worden sind.

79 Was das Vorbringen angeht, mit dem dargetan werden soll, dass die streitige Einlage ein höheres Risikoprofil aufweist als die stillen Einlagen, die von der Kommission zum Vergleich herangezogen wurden, sind nacheinander die Argumente zur jeweiligen Bedeutung des Investitionsvolumens, der fehlenden Desinvestitionsmöglichkeit des Landes, des Ausfallrisikos in der Insolvenz, der Tatsache, dass die vereinbarte Vergütung für die streitige Einlage fest ist, sowie der Relevanz des von der Kommission vorgenommenen Vergleichs mit der Emission der Helaba von Mai 2005 für die Berechnung der marktüblichen Vergütung und damit für die Beurteilung, ob eine Beihilfe vorliegt, zu prüfen.

— Zum Investitionsvolumen

80 Hierzu trägt der Kläger vor, die Kommission habe die Höhe des Investitionsvolumens für die Einordnung der streitigen Einlage und den Vergleich der zwischen dem Land und der Helaba vereinbarten Vergütung mit der Haftungsvergütung für am Markt platzierte stille Einlagen nicht angemessen berücksichtigt.

81 Was als Erstes die Bedeutung des Investitionsvolumens für die Einordnung der streitigen Einlage als stille Einlage für die Zwecke des Marktvergleichs anbelangt, macht der Kläger geltend, die Umstände, dass die streitige Einlage von einem einzigen Investor gezeichnet worden sei, das Land 44 % des Kernkapitals der Helaba halte und 83 %

seiner Investitionen in ein- und derselben Bank konzentriere, rückten die streitige Einlage an Stammkapital heran, da das Land ein höheres Risiko eingehe als Kapitalgeber, die am Markt platzierte stille Einlagen zeichneten.

82 Zu der Tatsache zunächst, dass die streitige Einlage in voller Höhe von einem einzigen Kapitalgeber gezeichnet wurde, vertritt der Kläger unter Verweis auf das Urteil WestLB, oben in Randnr. 13 angeführt (Randnr. 255), die Auffassung, dass ein Kapitalgeber, der eine Investition allein in voller Höhe zeichne, das Verhalten anderer Marktteilnehmer nicht berücksichtigen könne und daher ein höheres Risiko eingehe.

83 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass das Gericht in Randnr. 255 des Urteils WestLB, oben in Randnr. 13 angeführt, bei der Prüfung der angemessenen Vergütung für die Investition — und nicht bei der Prüfung der Einordnung der Investition — lediglich festgestellt hat, dass ein umsichtiger privater Kapitalgeber, der sich dadurch auszeichnet, dass er seine Gewinne maximieren möchte, ohne zu große Risiken im Verhältnis zu den anderen Marktteilnehmern einzugehen, grundsätzlich eine Mindestrendite in Höhe der Durchschnittsrendite in dem betreffenden Sektor verlangen würde.

84 Das Vorbringen des Klägers wird durch die Bezugnahme des Gerichts auf das Verhalten anderer Kapitalgeber nicht bestätigt, denn diese steht in keinem Zusammenhang mit der Frage, ob das Risikoprofil dieser Investition dadurch erhöht wird, dass ein Kapitalgeber allein eine Emission in voller Höhe zeichnet.

85 Sodann ist zu der Tatsache, dass die vom Land gezeichneten stillen Einlagen 44 % des Kernkapitals der Helaba und 83 % der Investitionen des Landes ausmachen, darauf hinzuweisen, dass es nicht offensichtlich fehlerhaft ist, die Auffassung zu vertreten — wie es die Kommission implizit getan hat —, dass diese beiden Umstände unerheblich sind für die Feststellung, ob das Risikoprofil der streitigen Einlage dem von Stammkapital oder dem von am Markt platzierten stillen Einlagen näher steht, und damit für die Feststellung, ob die Prüfung der Marktüblichkeit ihrer Vergütung anhand der Vergütung für stille Einlagen oder anhand der Vergütung für Stammkapital zu erfolgen hat. Hierfür ist auf die Randnrn. 140 und 141 des Urteils vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-163/05), oben in Randnr. 14

angeführt, Bezug zu nehmen, in denen das Gericht ähnliches Vorbringen des Klägers zurückgewiesen hat.

86 Zurückzuweisen ist auch das Argument des Klägers, die Kommission setze sich, indem sie den Anteil, den das Land am Kernkapital der Helaba halte, für die Einordnung der streitigen Einlage nicht berücksichtige, in Widerspruch zu ihrer Entscheidung 2006/737/EG vom 20. Oktober 2004 über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Westdeutschen Landesbank — Girozentrale, jetzt WestLB AG (ABl. 2006, L 307, S. 22), in der sie die Ansicht vertreten habe, dass die Höhe des Investitionsvolumens ein Indiz für die Ähnlichkeit mit Stammkapital sei.

87 Es ist nämlich festzustellen, dass es in der Entscheidung 2006/737 nicht das Volumen des vom Land Nordrhein-Westfalen als alleinigem Zeichner erworbenen Anteils am Kernkapital war, das als Indiz für die Gleichstellung mit einer Stammkapitalinvestition angesehen wurde, sondern das Gesamtvolumen der Transaktion, und zwar deshalb, weil eine Bank damals — anders als in der vorliegenden Rechtssache — einen so hohen Anteil am Kernkapital nur in Form von Stammkapital erlangen konnte, unabhängig davon, ob die Investition durch einen oder mehrere Kapitalgeber erfolgte (vgl. Randnrn. 204 ff. der Entscheidung 2006/737).

88 Als Zweites wendet sich der Kläger bezüglich der Bedeutung des Investitionsvolumens für die Bestimmung der marktüblichen Vergütung gegen die vier Argumente, auf die sich die Kommission für ihre Überlegung gestützt hat, dass kein Aufschlag erforderlich sei, um dem beträchtlichen Engagement des Landes in der Helaba Rechnung zu tragen.

89 So bestreitet der Kläger erstens, dass das aus der Konzentration der Investitionen des Landes in die Helaba resultierende Risiko dadurch ausgeglichen werde, dass die Vergütung des Landes nicht reduziert worden sei, obwohl am Markt die Zuteilung einer Emission in voller Höhe an einen einzigen Kapitalgeber zu einer Verringerung der Vergütung führe. Der Verweis auf eine eventuelle Verringerung der Marktvergütung

sei im vorliegenden Fall irrelevant, weil die streitige Einlage nicht einer Vielzahl von Kapitalgebern angeboten worden sei, die deshalb in Wettbewerb miteinander stehen würden.

90 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Annahme, ein Vergütungsabschlag könne zum Ausgleich für einen eventuellen Vergütungsaufschlag wegen der bedeutenden Exposition des Landes gegenüber der Helaba dienen, nicht dadurch offensichtlich fehlerhaft wird, dass die Einlage nicht am Markt gehandelt wurde. Der Kläger behauptet nämlich nicht, dass sich die Helaba nicht am Markt eine Einlage — gegebenenfalls bei mehreren Kapitalgebern — hätte beschaffen können, die aus ihrer Sicht dieselben Merkmale wie die streitige Einlage (Volumen, unbefristete Laufzeit, Haftungsvergütung) aufgewiesen hätte. Unter diesen Umständen konnte die Helaba das Land dazu veranlassen, auf einen eventuellen Vergütungsaufschlag wegen der bedeutenden Exposition des Landes gegenüber der Helaba zu verzichten, da sie sein Angebot hätte ablehnen und sich das Kapital zu einem geringeren Preis am Markt hätte verschaffen können.

91 Zweitens entgegnet der Kläger auf die Aussage der Kommission, das Land habe einen starken kontrollierenden Einfluss auf das strategische Risikoprofil der Helaba ausgeübt, dass sich der nichtvertraulichen Fassung der angefochtenen Entscheidung nicht entnehmen lasse, wie die Kommission zu dieser Schlussfolgerung gekommen sei, und dass diese jedenfalls die Erklärung schuldig bleibe, warum das Land aus diesem Grund auf eine angemessene Vergütung für die streitige Einlage verzichten sollte.

92 Der Kläger scheint zwar eine nicht ausreichende Begründung der angefochtenen Entscheidung zu rügen, doch findet sich dieses Vorbringen in dem Abschnitt der Klageschrift, der mit „Unzutreffende Argumente der Kommission“ überschrieben und dem Klagegrund eines Verstoßes gegen Art. 87 EG zuzuordnen ist, und nicht in dem Abschnitt über den Klagegrund einer unzureichenden Begründung.

93 Jedenfalls ist zu dem Vorbringen, die Gründe, aus denen die Kommission zu dem Schluss gekommen sei, dass das Land einen starken kontrollierenden Einfluss auf das

strategische Risikoprofil der Helaba ausübe, ergäben sich nicht aus der nichtvertraulichen Fassung der angefochtenen Entscheidung, auf die vorstehende Randnr. 69 zu verweisen, in der das Gericht dieses Argument bereits zurückgewiesen hat.

94 Was das Verhältnis zwischen dem starken kontrollierenden Einfluss des Landes auf das strategische Risikoprofil der Helaba und der Vergütungshöhe angeht, ergibt sich aus den Randnrn. 71 bis 74 der angefochtenen Entscheidung, dass die Kommission davon ausging, dass dieser Einfluss in Verbindung mit den drei anderen von ihr untersuchten Gesichtspunkten das Risiko reduziere, das sich für das Land daraus ergebe, dass es einen erheblichen Anteil am Kernkapital der Helaba halte und dort 83 % seiner Investitionen konzentriere, und dass daher das Land nicht auf eine höhere Vergütung für die streitige Einlage verzichtet, sondern eine angemessene Vergütung akzeptiert habe, die allen Umständen der Transaktion Rechnung trage. Der Kläger liefert kein konkretes Argument, um darzutun, dass die Annahme, der erhebliche Einfluss des Landes auf das Risikoprofil der Helaba könne das Risiko ausgleichen, dem das Land ausgesetzt sei, weil es einen erheblichen Anteil am Kernkapital der Helaba halte und in ihr 83 % seiner Investitionen konzentriere, offensichtlich fehlerhaft ist.

95 Der Kläger zieht drittens die Stichhaltigkeit des Verweises der Kommission auf eine Emission über 500 Millionen Euro in Zweifel, die von einem einzigen Kapitalgeber gezeichnet worden sein solle. Er rügt in diesem Zusammenhang, dass die Kommission diese Transaktion nicht offengelegt und keine Einzelheiten darüber preisgegeben habe. Unter diesen Umständen sei es nicht möglich, es nicht als ungewöhnlich anzusehen, dass das Land die streitige Einlage in voller Höhe gezeichnet habe.

96 Wie der Kläger vorträgt, reicht allein die Tatsache, dass ein Kapitalgeber eine Emission über 500 Millionen Euro gezeichnet hat, nicht für den Nachweis aus, dass das Risikoprofil der streitigen Einlage keine höhere Vergütung als die Haftungsvergütung der am Markt platzierten stillen Einlagen rechtfertigt. Da nämlich die Kommission die vereinbarte Haftungsvergütung für eine solche Einlage nicht prüft, kann dieses Beispiel nicht das Ergebnis stützen, die Konzentration des Landes auf die Helaba müsse nicht zu einem Vergütungsaufschlag führen.

97 Viertens stellt der Kläger in Abrede, dass sich das hohe Konzentrationsrisiko des Landes in Bezug auf die Helaba dadurch verringere, dass das Land Beteiligungen an anderen Unternehmen als der Helaba mit einem Gesamtvolumen von 361,5 Millionen Euro halte.

98 Dass das Land nicht seine gesamten Investitionen, sondern 87 % davon, in der Helaba konzentriert, reicht für sich allein nicht aus, um die Schlussfolgerung der Kommission zu stützen, das beträchtliche Engagement des Landes in der Helaba rechtfertige keinen Vergütungsaufschlag für die streitige Einlage.

99 Angesichts der Ausführungen in den vorstehenden Randnrn. 88 bis 94 kann jedoch der Umstand, dass die letztgenannten Gesichtspunkte, die von der Kommission in der angefochtenen Entscheidung erwähnt werden, nicht den Schluss zulassen, dass ein Vergütungsaufschlag wegen der Risikokonzentration des Landes in der Helaba nicht erforderlich war, nicht zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung führen (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 2006, SELEX Sistemi Integrati/Kommission, T-155/04, Slg. 2006, II-4797, Randnr. 47).

100 Ferner ergibt sich die Höhe des vom Land in die Helaba investierten Volumens zum Teil aus seiner Entscheidung, das Sondervermögen, das Gegenstand der Rechtssache ist, in der das Urteil vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-163/05), oben in Randnr. 14 angeführt, ergangen ist, nicht zu teilen, und die Helaba hat an diesem Konzentrationsrisiko des Landes kein besonderes Interesse in dem Sinne, dass sie sich veranlasst sähe, dem Land die Erhöhung seines Risikos zu vergüten (vgl. Randnrn. 229 und 230 des genannten Urteils).

101 Nach alledem tut der Kläger mit seinem Vorbringen zum Volumen der Investition des Landes in die Helaba nicht dar, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass die Vergütung für die streitige Einlage nicht höher ausfallen müsse als die Haftungsvergütung für am Markt platzierte stille Einlagen.

— Zur fehlenden Desinvestitionsmöglichkeit

102 Nach Ansicht des Klägers stellt die fehlende Desinvestitionsmöglichkeit des Landes einen entscheidenden Unterschied zu den am Markt platzierten stillen Einlagen dar, den die Kommission bei der Festsetzung der marktüblichen Vergütung nicht berücksichtigt habe. Der Kläger wiederholt insoweit sein Vorbringen in der Rechtssache T-163/05, das in den Randnrn. 151 und 233 des Urteils vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-163/05), oben in Randnr. 14 angeführt, wiedergegeben wird. Dieses Vorbringen ist daher aus den dort in den Randnrn. 152 bis 154 und 234 bis 237 dargelegten Gründen zurückzuweisen.

— Zum Ausfallrisiko in der Insolvenz

103 Der Kläger trägt vor, dass das Ausfallrisiko in der Insolvenz einen entscheidenden Unterschied zu den am Markt platzierten stillen Einlagen darstelle, den die Kommission bei der Festsetzung der marktüblichen Vergütung nicht berücksichtigt habe. Insoweit wiederholt er zum einen sein Vorbringen zur Entscheidung 2006/742, das in Randnr. 108 des Urteils vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-163/05), oben in Randnr. 14 angeführt, wiedergegeben wird, und zum anderen führt er vor dem Hintergrund, dass ihm der Vertragsentwurf wegen seiner Vertraulichkeit vor Klageeinreichung nicht ausgehändigt worden war, aus, dass die Parteien vermutlich eine Nachrangigkeit der streitigen Einlage gegenüber dem Stammkapital vereinbart hätten, wie dies bei der Einlage der Fall gewesen sei, die Gegenstand der Rechtssache gewesen sei, in der das genannte Urteil ergangen sei.

104 Zum Inhalt des Vertragsentwurfs genügt der Hinweis, dass § 4 vorsieht, dass die streitige Einlage „[i]m Falle des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der [Helaba] oder der Liquidation der [Helaba] … erst nach Befriedigung aller Gläubiger der [Helaba] einschließlich der Inhaber von Genussrechten sowie der Gläubiger von sonstigem Haftkapital im Sinne von § 10 Abs. 5a KWG, aber vor Befriedigung der Inhaber des Stammkapitals rückübertragen“ wird.

105 Dem Vertragsentwurf ist demnach zu entnehmen, dass die streitige Einlage einen höheren Rang als das Stammkapital hat und in dieser Hinsicht, wie die Kommission in Randnr. 26 der angefochtenen Entscheidung angenommen hat, mit am Mark platzierten stillen Einlagen vergleichbar ist, was dafür spricht, die zwischen dem Land und der Helaba vereinbarte Vergütung mit der Festvergütung für am Markt platzierte stille Einlagen zu vergleichen und nicht mit der Vergütung für Stammkapitalinvestitionen. Der Kläger hat, nachdem er auf Anfrage des Gerichts bei der Kommission eine Kopie des Vertragsentwurfs erhalten hatte, hierzu nicht Stellung genommen.

106 Die weiteren Argumente des Klägers sind aus den Gründen zurückzuweisen, die in Randnr. 109 des Urteils vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-163/05), oben in Randnr. 14 angeführt, dargelegt worden sind.

— Zur Erheblichkeit der Tatsache, dass es sich um eine Festvergütung handelt

107 Der Kläger macht als Erstes geltend, den Randnrn. 26 und 29 der angefochtenen Entscheidung sei zu entnehmen, dass die Kommission einen Vorteil gegenüber einer Stammkapitalinvestition darin sehe, dass die Vergütung der streitigen Einlage fest sei und im Grundsatz nicht vom Jahresergebnis abhänge, während sich Dividenden in ihrer Höhe nach dem ausgewiesenen Bilanzgewinn der Helaba richteten. Er wendet ein, dass die Vergütungsstruktur der streitigen Einlage wirtschaftlich gegenüber derjenigen von Stammkapital sowohl Vor- als auch Nachteile aufweise.

108 Hierzu ist festzustellen, dass die Kommission in Randnr. 29 der angefochtenen Entscheidung zwar tatsächlich ausführt, eine stille Einlage weise für das Land gegenüber einer Übertragung des Sondervermögens als Stammkapital einige Vorteile auf, dass sie aber ihre Beurteilung zur Einordnung der streitigen Einlage nicht auf diese Aussage stützt. Die Einordnung der streitigen Einlage beruht, was die Vergütung angeht, auf der Feststellung in Randnr. 26 der angefochtenen Entscheidung, dass sowohl das Land als auch der Kapitalgeber einer stillen Einlage am Kapitalmarkt die gesamte Vergütung bekämen, während der Investor in Stammkapital Anspruch auf Zahlung

einer gewinnanteiligen Dividende habe. Die Kommission sagt damit nicht, dass eine Festvergütung vorteilhafter als ein Anspruch auf eine Dividende wäre. Sie nimmt nur an, dass eine Festvergütung wie die für die streitige Einlage eher für stille Einlagen als für Stammkapital typisch sei und daher die Art der zwischen den Parteien vereinbarten Vergütung sie den am Markt platzierten stillen Einlagen angleiche.

109 Unter diesen Umständen ist das Vorbringen des Klägers zur Stichhaltigkeit der Aussage der Kommission in Randnr. 29 der angefochtenen Entscheidung, dass eine stille Einlage für das Land gegenüber einer Übertragung des Sondervermögens als Stammkapital einige Vorteile aufweise, nicht zu prüfen.

110 Der Kläger trägt als Zweites vor, dass entgegen der Ansicht der Kommission die feste Vergütung nicht stillen Einlagen und die variable Vergütung nicht Stammkapital eigen sei. Er verweist hierfür auf sein Vorbringen in der Rechtssache, in der das Urteil vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-163/05), oben in Randnr. 14 angeführt, ergangen ist. Dieses Vorbringen ist in den Randnrn. 113 bis 122 des genannten Urteils zurückgewiesen worden.

111 Der Kläger macht als Drittes geltend, die Anknüpfung des Vergütungsanspruchs des Landes an den Jahresüberschuss der Helaba weiche zum Nachteil des Landes von der Ausgestaltung am Markt platzierter stiller Einlagen ab, weil bei diesen der Vergütungsanspruch grundsätzlich vom Bilanzgewinn und nur unter bestimmten Umständen vom Jahresüberschuss abhänge, so dass es weniger wahrscheinlich sei, dass der Emittent die Zahlung der Vergütung aussetze.

112 Es ist darauf hinzuweisen, dass es nach den Gutachten, auf die sich die Kommission in den Randnrn. 59 und 60 der angefochtenen Entscheidung bezieht, entgegen der Auffassung des Klägers nicht offensichtlich ist, dass die Vergütungsbedingungen der streitigen Einlage für das Land ungünstiger als die normalen Marktbedingungen sind. So hat zwar die Investmentbank A dies tatsächlich bejaht, doch haben die

Investmentbank B und die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft die Auffassung vertreten, dass die Vergütungsbedingungen für die streitige Einlage für das Land günstiger als gewöhnlich seien.

113 Jedenfalls hat die Kommission in Randnr. 66 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass, wie der Kläger vorträgt, ein Vergütungsaufschlag für restriktivere Zahlungsbedingungen gerechtfertigt sein könne. Sie hat aber auch angenommen, ohne dass der Kläger dem widersprochen hätte, dass die Nichtberücksichtigung eines Aufschlags für restriktivere Zahlungsbedingungen ihre Beurteilung nicht beeinträchtige, da die Haftungsvergütung in Höhe von 1,925 %, die sich aus dem zwischen dem Land und der Helaba für die streitige Einlage vereinbarten Satz und der sich aus der Gewerbesteuer ergebenden Belastung zusammensetze, noch höher gewesen sei als die Haftungsvergütung am Markt, die sich aus der Hinzurechnung des von der Investmentbank A vorgeschlagenen Aufschlags zu dem Korridor ergebe, den die Gutachten festgelegt hätten.

114 Unter diesen Umständen lässt das Vorbringen des Klägers nicht die Feststellung zu, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass die Bestimmungen des Vertragsentwurfs zur Vergütung die streitige Einlage den am Markt platzierten stillen Einlagen annäherten, und die bestehenden Unterschiede nicht daran hinderten, den zwischen den Parteien vereinbarten Vergütungssatz als dem Marktsatz für Haftungsvergütungen entsprechend anzusehen.

— Zur Erheblichkeit der Einlage von Mai 2005

115 Nach Ansicht des Klägers durfte sich die Kommission nicht auf die von der Helaba im Mai 2005 platzierte stille Einlage berufen (siehe oben, Randnr. 19), da diese mit der streitigen Einlage nicht vergleichbar sei. Die beiden Einlagen unterschieden sich u. a. dadurch, dass die Einlage von Mai 2005 von mehreren Investoren gezeichnet worden sei, börsennotiert sei und zum Nennwert zuzüglich Zinsen zurückzuzahlen sei, weil

eine Reduzierung wegen Verlusten der Helaba nicht vorgesehen sei. Der Kläger regt im Übrigen an, der Kommission aufzugeben, sich dazu zu äußern, ob es Vereinbarungen über den Rang der streitigen Einlage insbesondere im Verhältnis zur Emission von Mai 2005 gebe.

116 Es ist festzustellen, dass die Kommission die Transaktion von Mai 2005 in der angefochtenen Entscheidung nur noch zusätzlich erwähnt hat, nachdem sie bereits zu dem Schluss gelangt war, dass die zwischen dem Land und der Helaba vereinbarte Vergütung für die streitige Einlage marktüblich sei. Da das Vorbringen des Klägers zu den Erwägungen der Kommission, auf die sie diese Schlussfolgerung gestützt hat, bereits zurückgewiesen worden ist, kann unter diesen Umständen eine etwaige Unerheblichkeit des Vergleichs mit der Einlage, die von der Helaba im Mai 2005 platziert wurde, nicht zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung führen.

117 Selbst wenn die vom Kläger geltend gemachten Unterschiede erheblich und nachgewiesen wären — was die Helaba hinsichtlich der Höhe der Rückzahlung bei Kündigung bestreitet, ohne dass sich der Kläger hierzu geäußert hätte —, zeigt die Einlage von Mai 2005 jedenfalls, worauf die Kommission in der angefochtenen Entscheidung hinweist, dass die Helaba stille Einlagen am Markt platzieren konnte, die hinsichtlich der Gesichtspunkte, die für sie von Interesse waren — wie die Einordnung als Kernkapital und die Höhe der Haftungsvergütung — und zu deren Vergütung gegenüber den Kapitalgebern sie bereit war, dieselben Merkmale aufwiesen wie die streitige Einlage. Daher war die Helaba nicht etwa wegen ihrer wirtschaftlichen Lage gezwungen, die streitige Einlage zu akzeptieren, und befand sich folglich in der Position, es ablehnen zu können, dem Land gegenüber Merkmale der Einlage zu vergüten, die, auch wenn sie zu einer Erhöhung des vom Land eingegangenen Risikos führten, der Helaba im Vergleich zu einer am Markt platzierten Einlage keinen zusätzlichen Vorteil verschafften.

118 Die Höhe des vom Land mit seinen Investitionen eingegangenen Risikos spielt für die Einordnung als staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 87 EG nämlich nur dann eine Rolle, wenn die Helaba einen Vorteil erlangt hat, den sie sich nicht am Markt hätte verschaffen können.

119 Nach alledem ist der zweite Klagegrund zurückzuweisen.

*Zum Klagegrund eines Verstoßes gegen die Verfahrensrechte des Klägers*

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

120 Der Kläger macht geltend, dass die Kommission das förmliche Prüfverfahren nach Art. 88 Abs. 2 EG hätte einleiten müssen, da sie auf der Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Informationen nicht die Überzeugung habe gewinnen dürfen, dass die streitige Einlage mit dem EG-Vertrag vereinbar sei. Sie sei nur deshalb zu dem gegenteiligen Ergebnis gekommen, weil sie das Kriterium des privaten Kapitalgebers nicht zutreffend angewandt habe, als sie die Vergütung für die streitige Einlage für angemessen erachtet und befunden habe, dass die Bruttorefinanzierungskosten wegen fehlender Liquidität der streitigen Einlage von der Vergütung abzuziehen seien.

121 Nach Ansicht des Klägers hätte die Kommission insbesondere umfassender analysieren müssen, ob von der Vergütung, die ein privater Kapitalgeber verlangt hätte, die der Helaba aufgrund der fehlenden Liquidität entstehenden Refinanzierungskosten hätten abgezogen werden müssen, und sie hätte die fundamentalen Unterschiede zwischen der streitigen Einlage und den „marktüblichen" stillen Einlagen näher untersuchen müssen. Unterschiede seien z. B., dass das Land keinerlei Exit- oder Desinvestitionsmöglichkeiten habe und dass das vom Land akzeptierte Risiko sehr hoch sei, zum einen wegen des hohen Volumens der streitigen Einlage und zum anderen wegen des „Klumpenrisikos", das durch die streitige Einlage in Verbindung mit der Einlage entstehe, die Gegenstand der Rechtssache ist, in der das Urteil vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-163/05), oben in Randnr. 14 angeführt, ergangen ist. Auch hätte die Kommission klären müssen, ob ein privater Kapitalgeber, dessen Einlagen wie im vorliegenden Fall einen Anteil von mehr als 40 % am Eigenkapital einer Gesellschaft ausmachten, eine höhere Vergütung verlangt hätte.

122 Der Kläger widerspricht der Aussage der Kommission, sie habe alle Schwierigkeiten in der Entscheidung 2006/742 ausgeräumt. In seiner Klage gegen jene Entscheidung habe er zahlreiche Besonderheiten der dort fraglichen Einlage im Vergleich zu anderen „marktgerechten" stillen Einlagen sowie die Gründe gegen den Abzug der Refinanzierungskosten ausführlich dargestellt. Einige dieser Argumente seien für die Kommission neu gewesen und hätten somit für die Beurteilung der streitigen Einlage neue Fragen aufgeworfen.

123 Dass sich die Kommission ernsthaften Schwierigkeiten gegenübergesehen habe, belege auch die Dauer der vorläufigen Prüfung, nämlich 15 Monate, die bei Weitem die für eine vorläufige Prüfung nach Art. 4 Abs. 5 der Verordnung Nr. 659/1999 vorgesehene Frist von zwei Monaten übersteige. Das Vorliegen ernsthafter Schwierigkeiten werde ferner dadurch bestätigt, dass die Kommission insgesamt vier Auskunftsersuchen an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet und diese eine Verlängerung der für ihre Antwort gesetzten Frist benötigt habe.

124 Die Kommission tritt diesem Vorbringen mit Unterstützung der Helaba entgegen. Das Land hat hierzu nichts vorgetragen.

Würdigung durch das Gericht

125 Nach der Rechtsprechung ist das Verfahren nach Art. 88 Abs. 2 EG, das den Mitgliedstaaten und den betroffenen Wirtschaftskreisen die Gewähr gibt, ihre Auffassung vortragen zu können, und das die Kommission in die Lage versetzt, sich vor Erlass ihrer Entscheidung umfassend über alle entscheidungserheblichen Gesichtspunkte zu unterrichten, unerlässlich, sobald die Kommission bei der Prüfung, ob eine staatliche Maßnahme mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, auf ernsthafte Schwierigkeiten stößt (Urteil des Gerichtshofs vom 20. März 1984, Deutschland/Kommission, 84/82, Slg. 1984, 1451, Randnr. 13). Die Kommission darf sich also für den Erlass einer positiven Entscheidung über eine staatliche Maßnahme nur dann auf die Vorprüfungsphase des Art. 88 Abs. 3 EG beschränken, wenn sie nach einer ersten Prüfung die Überzeugung gewinnen kann, dass diese Maßnahme entweder keine

Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG darstellt oder, falls sie als Beihilfe eingestuft wird, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist (Urteil des Gerichts vom 12. Februar 2008, BUPA u. a./Kommission, T-289/03, Slg. 2008, II-81, Randnr. 329).

126 Auch wenn die Kommission in ihrer Entscheidung über die Eröffnung dieses Verfahrens gebunden ist, kann sie doch nach dem Zweck des Art. 88 Abs. 3 EG und ihrer Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung einen Dialog mit dem anmeldenden Staat oder mit Dritten führen, um etwaige Schwierigkeiten während des Vorverfahrens zu überwinden (Urteil des Gerichts vom 15. März 2001, Prayon-Rupel/Kommission, T-73/98, Slg. 2001, II-867, Randnr. 45, und Beschluss des Gerichts vom 21. November 2005, Tramarin/Kommission, T-426/04, Slg. 2005, II-4765, Randnr. 29).

127 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung der Begriff der ernsthaften Schwierigkeiten seinem Wesen nach objektiv ist. Ob solche Schwierigkeiten vorliegen, ist anhand der Umstände des Erlasses des angefochtenen Rechtsakts sowie seines Inhalts in objektiver Weise zu beurteilen, wobei die Gründe der Entscheidung zu den Angaben in Beziehung zu setzen sind, über die die Kommission verfügt, wenn sie sich zur Vereinbarkeit der streitigen Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt äußert (Urteil Prayon-Rupel/Kommission, oben in Randnr. 126 angeführt, Randnr. 47; vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. September 1995, SIDE/Kommission, T-49/93, Slg. 1995, II-2501, Randnr. 60). Der Kläger trägt die Beweislast dafür, dass ernsthafte Schwierigkeiten vorlagen, und er kann diesen Beweis durch ein Bündel übereinstimmender Anhaltspunkte erbringen, die sich zum einen aus den Umständen und der Dauer des Vorprüfungsverfahrens und zum anderen aus dem Inhalt der angefochtenen Entscheidung ergeben.

128 Im vorliegenden Fall trägt der Kläger zur Stützung seiner Behauptung, die Kommission habe nicht alle Schwierigkeiten überwinden können, die sich bei der Beurteilung der streitigen Einlage ergeben hätten, im Wesentlichen vor, dass die Kommission nur deshalb zu dem Schluss gekommen sei, dass die streitige Einlage marktüblich sei, weil sie das Kriterium des privaten Kapitalgebers falsch angewandt habe, und verweist hierfür auf sein Vorbringen zum Verstoß gegen Art. 87 EG.

129 Die Frage, ob die Kommission das Kriterium des privaten Kapitalgebers fehlerhaft angewandt hat, deckt sich aber nicht mit der Frage, ob ernsthafte Schwierigkeiten vorliegen, die die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens erforderlich machen. Die Prüfung, ob ernsthafte Schwierigkeiten vorliegen, ist nämlich nicht auf die Feststellung gerichtet, ob die Kommission Art. 87 EG korrekt angewandt hat, sondern soll klären, ob die Kommission zu dem Zeitpunkt, zu dem sie die angefochtene Entscheidung erlassen hat, über ausreichende Informationen verfügte, um die Vereinbarkeit der streitigen Maßnahme mit dem Gemeinsamen Markt beurteilen zu können.

130 Dass die Beurteilung der streitigen Einlage durch die Kommission nach Ansicht des Klägers fehlerhaft ist und sie auf einige von ihm in der Rechtssache T-163/05 erhobene Rügen nicht eingegangen sein soll, heißt nicht, dass sie sich nicht auf der Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Informationen zu der fraglichen Maßnahme äußern konnte und deshalb das förmliche Prüfverfahren eröffnen musste, um ihre Untersuchung zu Ende zu führen. Insbesondere führt nicht jedes Argument, das ein Betroffener in einem anderen Verfahren, in dem es um einen ähnlichen Sachverhalt geht, vorträgt, notwendigerweise zu ernsthaften Schwierigkeiten, die die Eröffnung des förmlichen Verfahrens erforderlich machen.

131 Ferner ist zu dem Vorbringen des Klägers, die Kommission hätte die fundamentalen Unterschiede zwischen der streitigen Einlage und den stillen Einlagen am Markt sowie die Folgen ihrer fehlenden Liquidität umfassender prüfen müssen, darauf hinzuweisen, dass die Kommission das förmliche Prüfverfahren in Bezug auf die Einlage, die Gegenstand der Rechtssache ist, in der das Urteil vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-163/05), oben in Randnr. 14 angeführt, ergangen ist, sowie in Bezug auf andere die Landesbanken betreffende Transaktionen eröffnet hatte, und dass dabei u. a. die vom Kläger erwähnten Merkmale der streitigen Einlage wie das Volumen des übertragenen Kapitals, die Höhe des Anteils dieses Kapitals am Kernkapital der Helaba, die Permanenz der Einlage, die fehlende Desinvestitionsmöglichkeit und die Berücksichtigung der wegen der fehlenden Liquidität des übertragenen Kapitals höheren Kosten für die fraglichen Transaktionen im Vergleich zu am Markt stattfindenden Transaktionen erörtert worden waren. Insbesondere war entgegen dem Vortrag des Klägers das auf den Ausgleich der fehlenden Liquidität durch einen niedrigeren Einbringungswert gestützte Argument bei der

vor Erlass der Entscheidung 2006/742 erfolgten Prüfung bereits vorgetragen worden. Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass nicht nur die Kommission zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung über die Informationen verfügte, die sie in die Lage versetzten, die Erheblichkeit jedes einzelnen vom Kläger genannten Merkmals der streitigen Einlage zu beurteilen, sondern auch der Kläger und jeder andere Betroffene die Möglichkeit hatten, der Kommission alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die sie insoweit für erforderlich hielten.

132 Zum Vorbringen des Klägers zur Dauer der vorläufigen Prüfung und dazu, dass die Kommission vor Erlass ihrer Entscheidung mehrere Auskunftsverlangen an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet habe, ist festzustellen, dass die Dauer der Prüfung der streitigen Einlage auch unter Berücksichtigung des verständlichen Willens der Kommission, den Ausgang der förmlichen Prüfverfahren über die früheren Transaktionen zugunsten von Landesbanken abzuwarten, die für die Vorprüfung einer angemeldeten Maßnahme vorgesehene Frist überschritten hat, und die Kommission drei Auskunftsersuchen an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet hat, von denen eines wiederholt werden musste. Zwar ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass der Ablauf eines Zeitraums, der beträchtlich über das hinausgeht, was normalerweise für eine Vorprüfung erforderlich ist, und der Inhalt der Erörterungen zwischen der Kommission und dem betreffenden Mitgliedstaat während dieser Phase des Verfahrens Anhaltspunkte für das Vorliegen ernsthafter Beurteilungsschwierigkeiten sein können (vgl. in diesem Sinne Urteil Deutschland/Kommission, oben in Randnr. 125 angeführt, Randnrn. 14, 15 und 17, und Urteil des Gerichts vom 10. Mai 2000, SIC/Kommission, T-46/97, Slg. 2000, II-2125, Randnrn. 89 und 102). Angesichts des Vorbringens des Klägers und der oben in den Randnrn. 129 bis 131 geprüften Umstände des vorliegenden Falls können jedoch die Frist, innerhalb deren die angefochtene Entscheidung erlassen wurde, und die Tatsache, dass mehrere Auskunftsersuchen verschickt wurden, im vorliegenden Fall nicht genügen, um darzutun, dass die Kommission die angefochtene Entscheidung trotz des Vorliegens ernsthafter Schwierigkeiten erlassen hat.

133 Der vorliegende Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

134 Da sämtliche vom Kläger vorgebrachten Klagegründe als unbegründet zurückgewiesen worden sind, ist die Klage abzuweisen.

**Zu den Anträgen auf prozessleitende Maßnahmen**

135 In seiner Klageschrift beantragt der Kläger, der Kommission aufzugeben, die folgenden Dokumente vorzulegen:

— die in Randnr. 46 der angefochtenen Entscheidung erwähnten Gutachten und den Bericht der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft;

— den in Randnr. 16 der angefochtenen Entscheidung erwähnten Vertragsentwurf über die streitige Einlage;

— die in Randnr. 15 der angefochtenen Entscheidung erwähnten Berechnungen zur Wertermittlung der streitigen Einlage und die Testate der Wirtschaftsprüfungsunternehmen.

136 Der Kläger beantragt ferner, der Kommission aufzugeben, die Emission offenzulegen, die sie in Randnr. 74 der angefochtenen Entscheidung erwähnt habe und durch die ein Kapitalgeber für einen Betrag von 500 Millionen Euro das gesamte Kernkapital einer deutschen Bank erhalten habe, und ihm mitzuteilen, ob es über den Rang der streitigen Einlage insbesondere im Verhältnis zur Einlage von Mai 2005 Vereinbarungen gegeben habe.

137 In seiner Erwiderung beantragt der Kläger, die Kommission aufzufordern, die vertrauliche Fassung der angefochtenen Entscheidung und den Gewährträgervertrag zwischen den Eigentümern der Helaba vorzulegen.

138 Die Gutachten, der Bericht der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, der Vertragsentwurf und die vertrauliche Fassung der angefochtenen Entscheidung sind von der Kommission auf Aufforderung des Gerichts vorgelegt worden (siehe oben, Randnr. 24). Hinsichtlich der übrigen Schriftstücke zeigen die vorstehenden Erörterungen, dass das Gericht auf der Grundlage der von den Verfahrensbeteiligten eingereichten Unterlagen sachgerecht über die Klage entscheiden konnte.

**Kosten**

139 Nach Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da der Kläger unterlegen ist, sind ihm gemäß dem Antrag der Kommission, des Landes und der Helaba die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Vierte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

**1. Die Klage wird abgewiesen.**

**2. Der Bundesverband deutscher Banken e. V. trägt seine eigenen Kosten sowie die Kosten der Europäischen Kommission, des Landes Hessen und der Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale.**

Czúcz Vadapalas Labucka

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 3. März 2010.

Unterschriften

# Inhaltsverzeichnis

Vorgeschichte des Rechtsstreits ..... II - 542

A — Streitige Einlage ..... II - 542

B — Verwaltungsverfahren und angefochtene Entscheidung ..... II - 544

Verfahren und Anträge der Verfahrensbeteiligten ..... II - 548

Rechtliche Würdigung ..... II - 550

1. Zur Zulässigkeit ..... II - 550

2. Zur Begründetheit ..... II - 551

Zum Klagegrund eines Begründungsmangels ..... II - 551

Zur Einordnung der streitigen Einlage ..... II - 552

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 552

— Würdigung durch das Gericht ..... II - 554

Zur Berücksichtigung der Gewerbesteuer ..... II - 558

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 558

— Würdigung durch das Gericht ..... II - 558

Zum Abzug der Refinanzierungskosten ..... II - 559

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 559

— Würdigung durch das Gericht ..... II - 560

Zur Marktüblichkeit der zwischen dem Land und der Helaba vereinbarten Vergütung ..... II - 560

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 560

— Würdigung durch das Gericht ..... II - 561

Zum Klagegrund eines Verstoßes gegen Art. 87 EG ..... II - 562

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 562

Würdigung durch das Gericht ..... II - 564

— Zum Investitionsvolumen ..... II - 564

— Zur fehlenden Desinvestitionsmöglichkeit ..... II - 570

— Zum Ausfallrisiko in der Insolvenz ..... II - 570

— Zur Erheblichkeit der Tatsache, dass es sich um eine Festvergütung handelt ..... II - 571

— Zur Erheblichkeit der Einlage von Mai 2005 ..... II - 573

Zum Klagegrund eines Verstoßes gegen die Verfahrensrechte des Klägers ..... II - 575

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 575

Würdigung durch das Gericht ..... II - 576

Zu den Anträgen auf prozessleitende Maßnahmen ..... II - 580

Kosten ..... II - 581