URTEIL DES GERICHTS (Vierte Kammer)

3. März 2010 *

In der Rechtssache T-163/05

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

Kläger,

gegen

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

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

unterstützt durch

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch M. Lumma und C. Schulze-Bahr als Bevollmächtigte im Beistand von Rechtsanwalt J. Witting,

und

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 2006/742/EG der Kommission vom 20. Oktober 2004 über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (ABl. 2006, L 307, S. 159),

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 Das Land schaffte durch Gesetz vom 17. Dezember 1998 ein Sondervermögen mit dem Namen „Wohnungswesen und Zukunftsinvestition“ (im Folgenden: Sondervermögen). Dieses Sondervermögen umfasst die Forderungen des Landes aus den zwischen 1948 und 1998 gewährten zinsgünstigen Krediten zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus. Zum 31. Dezember 1998 belief sich der Darlehensbestand auf 7,829 Milliarden DM (rund 4 Milliarden Euro). Der Barwert des Sondervermögens wurde von zwei unabhängigen Gutachtern mit 2,473 Milliarden DM (1,264 Milliarden Euro) ermittelt.

3 Das Sondervermögen wurde durch einen Vertrag zwischen der Helaba und dem Land (im Folgenden: Vertrag) in Form einer Innengesellschaft als „stille Vermögenseinlage“ mit Wirkung zum 31. Dezember 1998 in das Kapital der Helaba eingebracht (im Folgenden: streitige Einlage). Gemäß § 1 Abs. 2 des Vertrags wurde die Einlage zu dem Zweck erbracht, bei der Helaba permanent als haftendes Eigenkapital, und zwar in der Form des Kernkapitals, zu dienen. Das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (im Folgenden: BAKred) erkannte die Einlage in voller Höhe als Kernkapital an. Unter anderem wurde damit die Einlage als mit der Erklärung von Sydney vereinbar angesehen, einer Pressemitteilung des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht vom 27. Oktober 1998, durch die der Ausschuss verlauten ließ, dass der Anteil hybrider Eigenkapitalinstrumente (Instrumente, die gleichzeitig Merkmale von Kapitalbeteiligungen und Schuldtiteln aufweisen) am Kernkapital eines Kreditinstituts nur maximal 15 % betragen dürfe, es sei denn, es handele sich um Instrumente, für die in dem Vertrag, in dem sie geregelt seien, vorgesehen sei, dass das Kapital unbefristet gewährt werde und — mit Ausnahme eines reinen Schuldnerkündigungsrechts des Emittenten — keine ausdrücklichen Merkmale aufweise, die zu einer vorzeitigen Beendigung führen könnten.

4 Die Vertragsparteien kamen überein, dass die Helaba als Gegenleistung für die stille Einlage eine Vergütung von 1,4 % des Betrags der Einlage pro Jahr an das Land zahlt, abzüglich des zur Unterlegung der Aktivitäten zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus benötigten Anteils. Diese Vergütung setzt sich zusammen aus einer Vergütung

für die Haftungsfunktion von 1,2 % pro Jahr und einem Aufschlag von 0,2 % für die Permanenz der Einlage und das einseitige Kündigungsrecht der Helaba. Dabei war nach einem abgestuften System vereinbart, dass die Vergütung in den ersten vier Jahren (1998-2002) nicht auf den vollen Wert des übertragenen Vermögens, sondern auf in jährlichen Schritten ansteigende Tranchen entrichtet wurde (im Folgenden: Stufenmodell). Die Tranchen wurden auf 700 Millionen DM, 1,2 Milliarden DM, 1,6 Milliarden DM und 2 Milliarden DM (rund 380 Millionen Euro, 610 Millionen Euro, 820 Millionen Euro und 1,02 Milliarden Euro) festgelegt.

B — *Die deutschen Landesbankenfälle*

5 Mit Schreiben vom 31. Mai und 21. Dezember 1994 teilte der Kläger, der Bundesverband deutscher Banken e. V. (eine Vereinigung von Privatbanken), der Kommission der Europäischen Gemeinschaften mit, dass einige Länder, darunter Nordrhein-Westfalen, Wohnungsbaudarlehen in das haftende Eigenkapital einiger Landesbanken wie z. B. der Westdeutschen Landesbank Girozentrale (im Folgenden: WestLB) eingebracht hätten oder — falls noch nicht geschehen — dies beabsichtigten. Nach Ansicht des Klägers war als Gegenleistung für diese Einlagen keine mit dem Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers (im Folgenden: Kriterium des privaten Kapitalgebers) im Einklang stehende Vergütung vereinbart worden, so dass die aus diesen Transaktionen resultierende Erhöhung der Eigenmittel der betroffenen Landesbanken den Wettbewerb zugunsten der Empfängerbanken verfälscht habe.

6 Der Kläger informierte die Kommission mit Schreiben vom 6. August 1997 und mit Schreiben vom 30. Juli 1998 über zwei weitere Vermögensübertragungen, darunter die streitige Einlage.

7 Zunächst untersuchte die Kommission die Vermögensübertragung an die WestLB (im Folgenden: WestLB-Fall), erklärte aber, dass sie die Übertragungen an die anderen Banken im Licht der Ergebnisse in jener Sache prüfen werde. Am 8. Juli 1999 erließ die Kommission die Entscheidung 2000/392/EG über eine von Deutschland

zugunsten der WestLB durchgeführte Maßnahme (ABl. 2000, L 150, S. 1, im Folgenden: WestLB-Entscheidung von 1999), mit der sie feststellte, dass die betreffende Transaktion eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe sei, und die Rückforderung der Beihilfe anordnete. Diese Entscheidung wurde mit 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), wegen unzureichender Begründung aufgehoben.

8 Mit Schreiben vom 13. November 2002 unterrichtete die Kommission die Bundesrepublik Deutschland von ihrem Entschluss, förmliche Prüfverfahren u. a. in Bezug auf die streitige Einlage einzuleiten. Die Entscheidung zur Eröffnung des Verfahrens über die streitige Einlage wurde im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht (ABl. 2003, C 72, S. 3).

C — *Angefochtene Entscheidung*

9 Am 20. Oktober 2004 erließ die Kommission die Entscheidung 2006/742/EG über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (ABl. 2006, L 307, S. 159, im Folgenden: angefochtene Entscheidung).

10 Darin befand die Kommission, da das Sondervermögen vom BAKred als Kernkapital der Helaba anerkannt worden sei, sei für die Prüfung, ob das Verhalten des Landes dem Verhalten eines privaten Kapitalgebers entsprochen habe, die streitige Einlage mit den Eigenkapitalinstrumenten zu vergleichen, die in Deutschland im Jahr der Einlage als Kernkapital anerkannt gewesen seien und der Helaba zum Zeitpunkt der Übertragung konkret für eine Investition dieser Größenordnung, d. h. deutlich mehr als 15 % des Kernkapitals der Helaba, zur Verfügung gestanden hätten. Sie verwarf insoweit das Vorbringen des Klägers, die Merkmale der streitigen Einlage, wie sie sich aus dem Vertrag zwischen dem Land und der Helaba ergäben, entsprächen mehr

denen einer Stammkapitaleinlage als einer „normalen“ — d. h. befristeten — stillen Einlage (Randnrn. 128 bis 139 der angefochtenen Entscheidung).

11 Bei der Berechnung der Vergütung, die ein privater Kapitalgeber für eine Einlage wie die streitige verlangt hätte, unterschied die Kommission zwischen dem Betrag, der der Helaba zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung stand, und dem Betrag, der aus verschiedenen Gründen von der Helaba nicht dafür eingesetzt werden konnte (Randnrn. 141 und 142 der angefochtenen Entscheidung).

12 Hinsichtlich des Betrags, der der Helaba zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung stand, nahm die Kommission als Erstes an, dass die Verpflichtung der Helaba zur Zahlung der Gewerbesteuer zu berücksichtigen sei, zu der in Deutschland tätige gewerbliche Investoren herangezogen würden, die aber im vorliegenden Fall die Helaba zu entrichten habe, weil das Land der Gewerbesteuer nicht unterliege (Randnrn. 157 bis 159 der angefochtenen Entscheidung).

13 Als Zweites erläutert die Kommission, dass der Referenzzinssatz für die Berechnung der Vergütung am Markt entweder fest — dann entspreche er in der Regel der Rendite öffentlicher Anleihen mit zehnjähriger Restlaufzeit — oder variabel sei — dann entspreche er dem Geldmarktzins auf dem Interbankenmarkt wie dem Libor oder Euribor. Unabhängig vom verwendeten Referenzzinssatz komme ein Vergütungsaufschlag hinzu, dessen Zusammensetzung davon abhänge, ob die Vergütung fest oder variabel sei. Sei die Vergütung variabel, entspreche der Vergütungsaufschlag der Vergütung für die Haftungsfunktion, die von der fraglichen stillen Einlage erfüllt werde (im Folgenden: Haftungsvergütung). Handele es sich hingegen um eine Festvergütung, setze sich der Vergütungsaufschlag aus zwei Komponenten zusammen: aus dem Refinanzierungsaufschlag, d. h. dem Aufschlag auf die Rendite von Staatsanleihen, den die Bank am Markt zahlen müsse, um sich Liquidität zu beschaffen, und aus der Haftungsvergütung, die dem Risikoprofil der fraglichen stillen Einlage entspreche (Randnr. 162 der angefochtenen Entscheidung).

14 Da die stille Einlage keine Liquiditätsübertragung mit sich bringe und der Helaba zusätzliche Refinanzierungskosten entstünden, müsse die Helaba an das Land nur eine Haftungsvergütung zahlen (Randnrn. 162, 184 bis 187 der angefochtenen Entscheidung).

15 Was also die Marktüblichkeit der vereinbarten Vergütung zuzüglich des Gewerbesteuereffekts anbelangt, vertrat die Kommission die Ansicht, sie habe, da die Vergütung im oberen Bereich des Marktkorridors für die Haftungsvergütung liege, keinen Anhaltspunkt dafür, dass eine Begünstigung für die Helaba und damit eine staatliche Beihilfe vorliege (Randnrn. 172 und 183 der angefochtenen Entscheidung).

16 Hinsichtlich des Betrags, der wegen des Stufenmodells oder deshalb, weil er zur Unterlegung der Aktivitäten des Sondervermögens zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus habe dienen müssen, der Helaba nicht für die Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung gestanden habe, befand die Kommission, dass die Ausweisung dieses Betrags in der Bilanz der Helaba unmittelbar nach der Einlage einen Vorteil für die Helaba darstelle, weil er wie ein Aval funktioniere, der entgegen den Festlegungen der Parteien zu vergüten sei, und zwar in Höhe von 0,3 % pro Jahr vor Steuern. Die Helaba habe demnach eine staatliche Beihilfe in Höhe von 6,09 Millionen Euro erhalten (Randnrn. 155 und 190 der angefochtenen Entscheidung).

Verfahren und Anträge der Verfahrensbeteiligten

17 Mit am 18. April 2005 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangener Klageschrift hat der Kläger die vorliegende Klage erhoben.

18 Mit Schriftsätzen, die am 29. Juli, 4. und 8. August 2005 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen sind, haben die Helaba, die Bundesrepublik Deutschland und das Land beantragt, als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen

zu werden. Mit Beschluss vom 30. September 2005 hat der Präsident der Dritten Kammer des Gerichts diesen Anträgen stattgegeben.

19 Mit Schreiben vom 9. August, 23. August und 15. Dezember 2005 hat der Kläger beantragt, bestimmte vertrauliche Passagen der Klageschrift und der Erwiderung von der Übermittlung an die Streithelfer auszuschließen. Er hat eine nichtvertrauliche Fassung dieser Schriftsätze vorgelegt. Den Streithelfern sind nur diese nichtvertraulichen Fassungen der genannten Schriftsätze übermittelt worden. Die Streithelfer haben dagegen keine Einwände erhoben.

20 Der Kläger hat dem Gericht mit Schreiben vom 20. Dezember 2005 mitgeteilt, dass er die Namen der Banken, die ihm einige der Informationen gegeben hätten, die sich in der Erwiderung fänden, nicht genannt habe, weil diese Banken erhebliche Beeinträchtigungen ihrer Geschäftsbeziehungen mit der Helaba befürchteten, falls die Helaba ihre Namen erführe. Diese Angaben würden auf Aufforderung des Gerichts allein diesem gegenüber offengelegt.

21 Die Streithelfer haben ihre Schriftsätze fristgerecht eingereicht. Der Kläger hat ebenfalls fristgerecht zu den Streithilfeschriftsätzen Stellung genommen. Die Kommission hat auf eine Stellungnahme zu den Streithilfeschriftsätzen verzichtet.

22 Mit Schreiben vom 28. März 2006 hat die Kommission beantragt, bestimmte Anlagen zur Erwiderung aus der Akte zu entfernen. Der Kläger hat diesem Antrag in Bezug auf die Anlage C.3 zur Erwiderung nicht widersprochen, so dass diese Anlage mit Entscheidung des Präsidenten der Dritten Kammer vom 28. Juni 2006 aus der Akte entfernt worden ist. Die Entscheidung über die anderen Anlagen, deren Entfernung die Kommission beantragt hatte, ist vorbehalten worden.

23 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.

24 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.

25 Das Gericht (Vierte Kammer) hat auf Bericht des Berichterstatters beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen, und der Kommission im Rahmen prozessleitender Maßnahmen nach Art. 64 der Verfahrensordnung aufgegeben, bestimmte Dokumente vorzulegen, und den Verfahrensbeteiligten schriftlich Fragen gestellt, die sie fristgemäß beantwortet haben.

26 Die Parteien haben in der Sitzung vom 9. September 2008 mündlich verhandelt und mündliche Fragen des Gerichts beantwortet. Am Ende der mündlichen Verhandlung ist der Kommission gestattet worden, auf eine der Fragen des Gerichts schriftlich zu antworten. Die Kommission hat mit Schreiben vom 19. September 2008 geantwortet, und der Kläger hat seine Stellungnahme hierzu am 2. Oktober 2008 eingereicht. Die mündliche Verhandlung ist am 8. Oktober 2008 geschlossen worden.

27 Der Kläger beantragt,

— die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären,

— der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

28 Die Kommission beantragt mit Unterstützung der Streithelfer,

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

— dem Kläger die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

A — *Zur Zulässigkeit*

29 Die Kommission macht geltend, dass die Klage möglicherweise unzulässig sei, weil der Kläger von der angefochtenen Entscheidung nicht individuell betroffen sei.

30 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).

31 Im vorliegenden Fall ist darauf hinzuweisen, dass die vorliegende Rechtssache und die Rechtssache, in der das Urteil des Gerichts vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-36/06, Slg. 2010, II-537), ergangen ist, auch wenn sie

wegen der jeweiligen Rechtsgrundlage der angefochtenen Entscheidungen zum Teil unterschiedliche Zulässigkeitsfragen aufwerfen, im Wesentlichen gleichartige Sachfragen betreffen, da die Verfahrensbeteiligten in der Rechtssache, in der das genannte Urteil ergangen ist, eine Vielzahl der in der vorliegenden Rechtssache vorgebrachten Argumente wiederholen. Daher sind sogleich die vom Kläger vorgetragenen 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.

B — *Zur Begründetheit*

32 Der Kläger trägt vor, dass die angefochtene Entscheidung gegen Art. 87 Abs. 1 EG verstoße, weil die zwischen dem Land und der Helaba vereinbarte Vergütung für den Teil der Einlage, den die Helaba zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts habe nutzen können, nicht derjenigen entspreche, die ein privater Kapitalgeber zum Zeitpunkt der Transaktion verlangt hätte, und der Verzicht des Landes auf eine angemessene Vergütung eine staatliche Beihilfe darstelle. Zudem seien einige Erwägungen in der angefochtenen Entscheidung unzureichend begründet.

33 Insbesondere macht der Kläger zunächst geltend, dass die Kommission nicht das Marktumfeld zum Zeitpunkt der Einbringung der streitigen Einlage zugrunde gelegt habe. Er rügt anschließend die Erwägungen der Kommission zu jedem Prüfungsschritt auf dem Weg zu dem Endergebnis, dass die Vergütung, die für den Teil der streitigen Einlage vereinbart worden sei, den die Helaba zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts habe nutzen können, keine staatliche Beihilfe sei. Er rügt als Erstes die Annahme der Kommission, dass die streitige Einlage beim Vergleich der für sie vereinbarten Vergütung mit der Vergütung für andere am Markt stattfindende Transaktionen eher einer befristeten stillen Einlage gleichkomme als einer Stammkapitalinvestition. Als Zweites wendet er sich dagegen, dass die Kommission die Lösung akzeptiert habe, nach der gemäß dem Stufenmodell eine stufenweise Vergütung für den Teil der streitigen Einlage vorgesehen sei, den die Helaba zur Unterlegung ihres

Wettbewerbsgeschäfts habe nutzen können. Als Drittes rügt er die Beurteilung der Kommission zu etwaigen Auf- und Abschlägen, die auf den vom Markt abgeleiteten Haftungsvergütungskorridor angewendet werden könnten, um den Besonderheiten der streitigen Einlage Rechnung zu tragen. Als Viertes rügt er, dass die Kommission von der auf dem Markt verlangten Vergütung die Refinanzierungskosten abgezogen habe, die der Helaba aufgrund der angenommenen fehlenden Liquidität der Einlage entstünden.

34 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Art. 87 Abs. 1 EG verhindern soll, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch von staatlichen Stellen gewährte Vergünstigungen beeinträchtigt wird, die in verschiedenartiger Weise durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.

35 Um beurteilen zu können, ob eine staatliche Maßnahme eine Beihilfe darstellt, ist daher zu prüfen, ob das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte (Urteil des Gerichtshofs vom 11. Juli 1996, SFEI u. a., C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Randnr. 60; Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, Randnrn. 207 und 243).

36 In diesem Zusammenhang kann nicht gesagt werden, dass bei der gedanklichen Nachprüfung, ob ein Geschäft unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen abgewickelt worden ist, allein auf den Kapitalgeber oder das von der Anlage begünstigte Unternehmen abgestellt werden muss, da für die Marktwirtschaft gerade die Interaktion der verschiedenen Wirtschaftsteilnehmer kennzeichnend ist (Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, Randnr. 327). Ferner sind bei dieser Nachprüfung auch nicht die Zwänge völlig außer Acht zu lassen, die sich aus der Natur des übertragenen Vermögens ergeben, da auf das Verhalten eines privaten Kapitalgebers abzustellen ist, der sich so weit wie möglich in derselben Lage wie der öffentliche Kapitalgeber befindet (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofs vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission, C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Randnr. 70, vom

28. Januar 2003, Deutschland/Kommission, C-334/99, Slg. I-1139, Randnr. 133, und Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, Randnr. 270).

37 Unter diesen Umständen muss die Kommission alle maßgeblichen Aspekte des streitigen Vorgangs und seinen Kontext, einschließlich der Lage des begünstigten Unternehmens und des betroffenen Marktes, prüfen, um zu beurteilen, ob dem Unternehmen ein Vorteil verschafft wird, den es unter Marktbedingungen nicht hätte erhalten können (Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, Randnr. 251). Die Kommission kann hierbei insbesondere prüfen, ob das Unternehmen in einem Fall wie dem vorliegenden bei anderen Investoren Kapital hätte aufnehmen können, das für sie die gleichen Vorteile böte, und gegebenenfalls zu welchen Bedingungen, da eine Maßnahme keine staatliche Beihilfe sein kann, wenn sie das Unternehmen nicht in eine günstigere Lage versetzt, als sie ohne Eingreifen des Staates bestünde.

38 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die von der Kommission vorzunehmende Prüfung der Frage, ob eine Investition dem Unternehmen einen Vorteil verschafft, den es sich nicht am Markt hätte beschaffen können, eine komplexe wirtschaftliche Beurteilung umfasst. Die Kommission besitzt jedoch ein weites Ermessen, wenn sie eine Handlung vornimmt, die eine solche Beurteilung umfasst, und die gerichtliche Kontrolle dieser Handlung beschränkt sich — selbst wenn die Frage, ob eine Maßnahme in den Anwendungsbereich von Art. 87 Abs. 1 EG fällt, grundsätzlich umfassend zu prüfen ist — darauf, ob die Vorschriften über das Verfahren und die Begründung eingehalten worden sind, ob der Sachverhalt, der der beanstandeten Entscheidung zugrunde gelegt wurde, zutreffend festgestellt worden ist und ob keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung dieses Sachverhalts oder ein Ermessensmissbrauch vorliegt. Insbesondere darf das Gericht die wirtschaftliche Beurteilung des Urhebers der Entscheidung nicht durch seine eigene Beurteilung ersetzen (Urteile des Gerichts vom 15. September 1998, BFM und EFIM/Kommission, T-126/96 und T-127/96, Slg. 1998, II-3437, Randnr. 81, vom 12. Dezember 2000, Alitalia/Kommission, T-296/97, Slg. 2000, II-3871, Randnr. 105, und WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, Randnr. 282).

39 Bevor die einzelnen Rügen des Klägers gegen die angefochtene Entscheidung geprüft werden, sind die Argumente der Verfahrensbeteiligten zum Kontext der Verhandlungen über die streitige Einlage zu untersuchen.

1. *Kontext der Verhandlungen über die streitige Einlage*

40 Dem Kläger zufolge trifft es nicht zu, dass die Helaba keine Zuführung von Kernkapital gebraucht habe und die Einlage primär im Interesse der Bundesrepublik Deutschland und insbesondere des Landes erfolgt sei.

41 Die Kommission tritt dieser Darstellung des Kontexts der Rechtssache mit Unterstützung des Landes und der Helaba entgegen.

42 Zur Lage der Helaba ist festzustellen, dass diese vor Einbringung der streitigen Einlage eine Kernkapitalquote von 5,4 % und eine Eigenmittelquote von 9,6 % aufwies, die beide über den gesetzlich vorgeschriebenen Quoten von 4 % bzw. 8 % lagen (Randnrn. 28 und 32 der angefochtenen Entscheidung). Anders als in der Rechtssache WestLB, die der Kläger mehrfach anführt, machte 1998 keine Änderung der anwendbaren Rechtsvorschriften eine Erhöhung der Eigenmittelquoten der europäischen Banken erforderlich. Dass die Quoten der Helaba ungünstiger waren als die der deutschen privaten Großbanken, bedeutet nicht, dass die streitige Einlage für ihr Überleben oder die Aufrechterhaltung ihres Geschäftsvolumens unerlässlich war, da nicht anzunehmen ist, dass alle deutschen Banken, die nicht die Quoten der privaten Großbanken besitzen, eine Kapitalzufuhr benötigen. Jedenfalls hat der Kläger nicht die Quoten der privaten Großbanken für 1998 genannt, sondern nur die für den Zeitraum 1984-1994.

43 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass die Helaba nur insoweit neue Mittel benötigte, als dies zur Erreichung der in ihrem Geschäftsplan festgelegten Wachstumsziele erforderlich war. Abgesehen davon, dass ein eventuelles Ausbleiben des für diesen Zweck erforderlichen Kapitals nur ihr Wachstum verhindert und weder ihr

Überleben noch ihr Geschäftsvolumen zu jener Zeit gefährdet hätte, erforderten die im Geschäftsplan der Helaba festgelegten Wachstumsziele nach den in Randnr. 54 der angefochtenen Entscheidung wiedergegebenen Ausführungen der Bundesrepublik Deutschland nur eine deutlich geringere Erhöhung des Kernkapitals als um den Betrag der streitigen Einlage oder selbst der im Stufenmodell vorgesehenen Tranchen.

44 Die 1998 in der deutschen Presse veröffentlichten Erklärungen des Vorstandsvorsitzenden der Helaba, auf die sich der Kläger beruft, stehen dieser Feststellung nicht entgegen. Eine Abhängigkeit der Helaba von der streitigen Einlage kann nämlich keineswegs aus der Aussage des Vorstandsvorsitzenden abgeleitet werden, dass die Helaba, „[w]enn die internationale Entwicklung dies gestattet, [das Sondervermögen] gerne als Eigenkapital gegen marktkonformes Entgelt zur Verfügung gestellt bekommen [möchte]". Ebenso wenig ergibt sich ein dringender Bedarf an Eigenmitteln aus seiner Aussage, dass „sich wenigstens langfristig die Frage nach der Eigenkapitalausstattung der Helaba stellt".

45 Zwar ist diesen Ausführungen zu entnehmen, dass die Helaba an der streitigen Einlage interessiert war und sie ihr ermöglichen sollte, ihren Eigenmittelbedarf für mehrere Jahre zu decken und ihre Risikogeschäfte auszuweiten. In der Tat hat die Helaba nur deshalb vorgeschlagen, das Sondervermögen in Form einer stillen Einlage zu übernehmen, weil sie sich davon Vorteile versprach. Das heißt jedoch nicht, dass sie auf die streitige Einlage angewiesen war oder ihr Kernkapital nicht dadurch hätte erhöhen können, dass sie sich an private Kapitalgeber gewandt hätte.

46 Bezüglich der Lage des Landes ergibt sich aus der angefochtenen Entscheidung und den Akten, dass es durch anderweitige Verwendung des Sondervermögens zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus zusätzliche Einnahmen generieren wollte, es aber nicht veräußern wollte, um seine Zweckbindung für Fördervorhaben aufrechterhalten zu können, und es auch nicht auf mehrere Institute aufteilen wollte — zum einen,

weil es sich als revolvierender Fonds aus den Rückflüssen der ausgereichten Darlehen refinanzieren muss, und zum anderen wegen der sich aus einer Aufteilung ergebenden Kosten und Flexibilitätseinbußen bei der Verwaltung des Vermögens — und die Verwaltung des Vermögens so effektiv und kostengünstig wie möglich organisieren wollte (Randnr. 20 der angefochtenen Entscheidung).

47 Die Helaba hatte sich bereit erklärt, den gesamten Forderungsbestand des Sondervermögens zu übernehmen und zu verwalten. Überzeugt davon, dass die Helaba der richtige Partner sei, hat das Land u. a. die Tatsache, dass die Helaba bereits Fördervermögen und -programme verwaltete und das Land über sie, eine öffentlich-rechtliche Bank, die Aufsicht führte und auch über bessere Instrumente verfügte, um ihre Bonität und Entwicklung zu verfolgen. Die Genossenschaftsbanken hatten zwar spontan ihr Interesse an dem Sondervermögen bekundet, wollten aber, dass das Land es veräußert. Obwohl die für die streitige Einlage vereinbarte Vergütung angeblich sehr gering sein sollte und die Absicht des Landes, den Fonds zu übertragen, öffentlich bekannt war — der Kläger wusste spätestens seit Sommer 1998 davon — legten die privaten Großbanken anders als die Genossenschaftsbanken zudem keine konkurrierenden Angebote vor.

48 Vor diesem Hintergrund ist also das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten zu prüfen und zu klären, ob der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie im Wesentlichen befand, dass die finanzielle Belastung der Helaba aus dem Teil des Sondervermögens, den sie zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts habe nutzen können, nicht geringer gewesen sei als diejenige, die sie unter normalen Marktbedingungen getragen hätte, um in den Genuss derselben Vorteile zu gelangen, so dass die streitige Einlage keine staatliche Beihilfe darstelle.

49 Da der Kläger eines seiner Argumente zu der aus seiner Sicht falschen Einordnung der streitigen Einlage als stille Einlage sowie zu der seiner Meinung nach geringen Vergütung auf das sehr hohe Volumen der Einlage stützt und die Kommission diesem

Argument unter Berufung auf das Stufenmodell entgegentritt, ist diese Frage als Erstes zu prüfen.

2. *Zur Berücksichtigung des Stufenmodells*

a) Angefochtene Entscheidung

50 Wie oben in Randnr. 11 ausgeführt, ging die Kommission davon aus, dass zwischen der Vergütung für den Teil der streitigen Einlage, der der Helaba zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung gestanden habe, und der Vergütung für den Teil der Einlage, der ihr aus verschiedenen Gründen nicht zur Verfügung gestanden habe, zu unterscheiden sei.

51 Was die Bestimmung des Teils der streitigen Einlage angeht, der der Helaba zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung stand, hat die Kommission es akzeptiert, das vereinbarte Stufenmodell zu berücksichtigen, nach dem während der ersten vier Jahre nach der Einbringung der streitigen Einlage die im Vertrag festgelegte Vergütung von 1,4 % mit Ausnahme des Teils, der für die Unterlegung der Tätigkeiten zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus erforderlich war, nicht auf die volle Einlage, sondern auf vorher vereinbarte Tranchen gezahlt wurde. Die Kommission begründete die Anerkennung des Stufenmodells zum einen damit, dass das Kapital zwar für die Helaba von Anfang an *de facto* nutzbar gewesen sei, diese aber darauf hingewiesen habe, dass sie das zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts eingebrachte Vermögen nur sukzessive benötige. Zum anderen sei innerhalb der vereinbarten Tranchen auf die Möglichkeit der Nutzung abgestellt worden und nicht auf die tatsächliche Belegung. Nach Ansicht der Kommission hätte ein privater

Kapitalgeber in derselben Lage wie das Land, der das Sondervermögen nicht hätte aufteilen wollen, kein schnelleres Ansteigen der zu vergütenden Kapitalbasis auf die vereinbarte Höhe von 1,4 % durchsetzen können (Randnrn. 143 bis 146 der angefochtenen Entscheidung). Jedoch sei der über die vereinbarten Tranchen hinausgehende Teil der streitigen Einlage mit 0,3 % zu vergüten gewesen (Randnrn. 142, 191 und 192 der angefochtenen Entscheidung).

b) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

52 Nach Ansicht des Klägers hat die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, indem sie befand, dass das Stufenmodell dem Kriterium des privaten Kapitalgebers genüge. Wie von der Kommission selbst eingestanden, sei die Frage, ob der Emittent tatsächlich den gesamten Betrag für die Unterlegung seines Wettbewerbsgeschäfts verwende, für den Kapitalgeber irrelevant, da für ihn nur zähle, dass er der Bank sein Vermögen zur Verfügung gestellt habe und damit auf dessen Nutzung verzichte und seinen Verlust riskiere.

53 Die Gründe, die die Kommission anführe, um das Stufenmodell trotz allem anzuerkennen, seien nicht stichhaltig.

54 Dass die Helaba dem Land deutlich gemacht habe, dass sie nicht die gesamte streitige Einlage von Anfang an nutzen werde, zeige zwar, dass sich die Helaba vielleicht wirtschaftlich betrachtet vernünftig verhalten habe, indem sie auf dem Stufenmodell bestanden habe, dies gelte jedoch nicht für das Land, weil ein privater Kapitalgeber unter diesen Umständen nicht auf einen Teil seiner Vergütung verzichtet, sondern nach anderen Investitionsmöglichkeiten gesucht hätte, die ihm eine Ertragsmaximierung ermöglichten, oder zumindest das Sondervermögen je nach dem Bedarf der Helaba in Stufen eingebracht hätte. In der mündlichen Verhandlung hat der Kläger auf Nachfrage des Gerichts allerdings eingeräumt, dass es im vorliegenden Fall nicht darum gehe, ob das Land sein Sondervermögen schrittweise habe übertragen oder anderweitig platzieren sollen, sondern ob es eine Vergütung für das gesamte übertragene Kapital hätte verlangen müssen.

55 Der Kläger fügt hinzu, dass die Kommission entgegen ihren Behauptungen von ihrer Praxis in den anderen Landesbankenfällen abgewichen sei. Die Kommission habe in ihrer Klagebeantwortung in dem Verfahren, in dem das Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, ergangen sei, die Auffassung vertreten, kein privater Kapitalgeber würde einem Unternehmen einen bestimmten Kapitalbetrag zuführen und mit der Argumentation, dieser Betrag sei eigentlich mehr als das Unternehmen wirklich brauche, eine Vergütung lediglich für einen Teilbetrag akzeptieren.

56 Zu dem Umstand, dass die Vergütung entsprechend den von den Parteien vereinbarten Stufen unabhängig davon gezahlt werden musste, ob die Helaba die gesamten Beträge belegt hat, macht der Kläger geltend, dass sich im Vertrag keine Klausel finde, die der Helaba verbiete, die streitige Einlage über die Referenzbeträge hinaus für Zwecke der Geschäftsausweitung zu nutzen. Daher stelle die Aufstellung der Referenzbeträge keinen Vorteil für das Land dar, weil es denkbar gewesen sei, dass die Helaba einen höheren Betrag für die Belegung verwende. Zudem hätte sich ein privater Kapitalgeber den Vorteil vergüten lassen, den die Helaba durch die Erhöhung ihres Kernkapitals für ihr Rating erlangt habe.

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

c) Würdigung durch das Gericht

58 Zunächst ist festzustellen, wie der Kläger selbst in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, dass es im vorliegenden Fall nicht erheblich ist, welche alternativen Investitionsmöglichkeiten für das Land hätten interessant sein können. Es geht nämlich nicht darum, festzustellen, ob das Land mit seinem Sondervermögen eine höhere Rendite hätte erzielen können, wenn es den Fonds anders oder in ein anderes Unternehmen investiert hätte, sondern darum, ob das Land der Helaba dadurch

einen Vorteil verschafft hat, den sie anderweitig nicht hätte erlangen können, dass es sein Sondervermögen zu den vereinbarten Bedingungen in die Helaba investiert hat.

59 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass sich die Verfahrensbeteiligten darin einig sind, dass ein privater Kapitalgeber, der sein Kapital einer Bank als deren Kernkapital zur Verfügung stellt und damit auf seine Nutzung verzichtet und seinen Verlust riskiert, eine Vergütung für das gesamte übertragene Kapital verlangen wird. Die Kommission befand deshalb in der angefochtenen Entscheidung, dass die gesamte streitige Einlage zu vergüten gewesen sei, und zwar beginnend mit dem ersten Tag ihrer Einbringung in die Helaba, da das Land von diesem Zeitpunkt an ihren Verlust riskierte und die Helaba aus ihr Nutzen ziehen konnte (Randnrn. 142, 155, 191 und 192 der angefochtenen Entscheidung).

60 Allerdings war die Kommission der Auffassung, dass ein privater Kapitalgeber eine Vergütung zu zwei unterschiedlichen Vergütungssätzen je nach der Funktion der einzelnen Teile der streitigen Einlage akzeptiert hätte (Randnrn. 142, 143 und 191 bis 193 der angefochtenen Entscheidung). So hätte ein privater Kapitalgeber zum einen die zwischen dem Land und der Helaba vereinbarte Vergütung für den Teil der streitigen Einlage, der von der Helaba für die Ausweitung ihres Wettbewerbsgeschäfts habe genutzt werden können, akzeptiert und zum anderen für den Rest der streitigen Einlage eine Vergütung von 0,3 % verlangt, insbesondere wegen des Vorteils im Rating, der sich für die Helaba aus der Ausweisung als Kernkapital vom ersten Tag an ergeben habe. Da das Land für den Teil der streitigen Einlage, der nicht für die Ausweitung des Wettbewerbsgeschäfts der Helaba genutzt werden konnte, keine Vergütung verlangt hat, kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass vom 31. Dezember 1998 bis 31. Dezember 2003 eine staatliche Beihilfe in Höhe von 6,09 Millionen Euro vorgelegen habe, und ordnete ihre Rückforderung durch die Bundesrepublik Deutschland an.

61 Der Kläger kritisiert die Beurteilung der Kommission, dass ein privater Kapitalgeber unter den Umständen des vorliegenden Falls das Stufenmodell akzeptiert hätte und folglich auch, dass ein Teil des Kapitals, da es unter bankaufsichtsrechtlichen

Gesichtspunkten zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts der Helaba habe dienen können — nämlich der über den Tranchen des Stufenmodells liegende Teil der streitigen Einlage, der zur Unterlegung der Tätigkeiten des Sondervermögens zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus nicht erforderlich gewesen sei —, in den ersten Jahren nicht in derselben Höhe vergütet werde wie der Rest des Sondervermögens.

62 Er macht als Erstes geltend, wie die Kommission in der angefochtenen Entscheidung selbst einräume und wie sie im Rahmen des WestLB-Falls erklärt habe, würde es sich ein privater Kapitalgeber nicht gefallen lassen, dass sich seine Rendite je nach Höhe des tatsächlich genutzten Eigenkapitals bemesse.

63 Hierzu ist festzustellen, dass sich die Grundlage für die zwischen den Parteien vereinbarte Vergütung selbst in den ersten Jahren nach der streitigen Einlage nicht nach dem Betrag gerichtet hat, der davon tatsächlich genutzt wurde. Der angefochtenen Entscheidung ist nämlich zu entnehmen, dass die Helaba dem Land die Vergütung für die gesamten vereinbarten Tranchen zahlen musste, unabhängig von deren tatsächlicher Nutzung zur Ausweitung ihres Wettbewerbsgeschäfts. Nach Auslaufen des Stufenmodells, d. h. ab 2003, war die zwischen den Parteien vereinbarte Vergütung auf die gesamte streitige Einlage mit Ausnahme des Teils zu zahlen, der die Tätigkeiten zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus belegen sollte, unabhängig von dem Betrag, der von der Helaba tatsächlich für die Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts genutzt wurde. Die angefochtene Entscheidung steht also mit dem vom Kläger geltend gemachten Grundsatz, dass es ein privater Kapitalgeber nicht akzeptieren würde, wenn sich seine Rendite an der Höhe des tatsächlich genutzten Eigenkapitals bemesse, im Einklang.

64 Der Kläger trägt als Zweites vor, dass die von der Kommission vorgenommene Unterscheidung danach, ob das Kapital wie im vorliegenden Fall nicht zur Geschäftsausweitung dienen solle, weil die Bank von vornherein angekündigt habe, dass sie es nicht benötige und nicht nutzen werde, oder ob es frei verwendet werden könne, für den Kapitalgeber ohne Bedeutung sei, da ihm in beiden Fällen das Kapital nicht mehr zur Verfügung stehe. Jedenfalls schütze die Vereinbarung zwischen dem Land und

der Helaba nicht das Land, da sie keine Verpflichtung der Helaba vorsehe, das übertragene Kapital nur in Höhe der vereinbarten Tranchen zu nutzen.

65 Was das Vorbringen des Klägers angeht, für den Kapitalgeber sei es ohne Bedeutung, dass die Helaba angekündigt habe, dass sie nicht das gesamte Kapital sofort benötige, so darf nach der Rechtsprechung (siehe oben, Randnr. 36) die Vereinbarkeit eines Geschäfts mit dem Markt nicht allein aus Sicht des Kapitalgebers beurteilt werden, sondern dafür müssen die Interaktion der verschiedenen Wirtschaftsteilnehmer und der Kontext, in dem die Transaktion stattgefunden hat, berücksichtigt werden.

66 Der Kläger bringt jedoch keine Argumente vor, die den Schluss zuließen, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass es einem privaten Kapitalgeber in einer Situation wie im vorliegenden Fall, die zum einen dadurch gekennzeichnet ist, dass das Land eine illiquide Vermögensmasse zu investieren beabsichtigte, die es nicht aufteilen wollte, und zum anderen dadurch, dass die Helaba weder kurz- noch mittelfristig Kapital in Höhe des Sondervermögens benötigte, nicht gelungen wäre, von der Bank eine sofortige Vergütung für die gesamte streitige Einlage in Höhe des für die Geschäftsausweitungsfunktion vereinbarten Satzes zu erhalten. Im Gegenteil räumt der Kläger selbst ein, dass sich die Helaba vielleicht vernünftig verhalten habe, als sie das Stufenmodell gefordert habe.

67 Dass eine Bank es nicht akzeptieren wird, den Satz, der der Vergütung für die Geschäftsausweitungsfunktion entspricht, für Kapital zu zahlen, bei dem sie von vornherein weiß, dass sie nicht in der Lage sein wird, es für die Ausweitung ihres Wettbewerbsgeschäfts zu nutzen, ist jedenfalls keine offensichtlich falsche Annahme. Zwar kann dieses Kapital ihr helfen, worauf die Kommission hinweist, ihre Bonität zu verbessern oder deren Verschlechterung zu verhindern und damit ihren Finanzierungsaufwand zu verringern oder aufrechtzuerhalten, doch ermöglicht es ihr nicht, aus neuen Geschäften zusätzliche Einnahmen zu generieren.

68 Demnach hätte ein privater Kapitalgeber in derselben Lage wie das Land unter den Umständen des vorliegenden Falls berücksichtigen müssen, dass der Teil der Einlage, den die Helaba nicht nutzen konnte, für sie nicht dieselbe wirtschaftliche Funktion erfüllte wie der Teil, den sie nutzen konnte, da es ihr nicht möglich war, die gesamte unter bankaufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten verfügbare Einlage sofort für die Ausweitung ihres Wettbewerbsgeschäfts zu nutzen.

69 Zwar rechtfertigte es dieser Umstand nicht, dass das Land auf jegliche Vergütung für das Kapital verzichtet, das die Helaba nicht nutzen konnte, das ihr aber trotzdem übertragen worden ist, um eine Teilung des Sondervermögens zu vermeiden. Da dieses Kapital vom ersten Tag an dazu diente, die Verbindlichkeiten der Helaba zu belegen, war es von diesem Zeitpunkt an einem gewissen Verlustrisiko ausgesetzt und brachte der Helaba einen Vorteil im Rating und Ansehen. Die Kommission hat die Zahlung einer Vergütung von 0,3 % pro Jahr für diesen Teil der streitigen Einlage gerade angeordnet, um dafür zu sorgen, dass das vom Land eingegangene Risiko und der der Helaba erwachsende Vorteil vergütet werden.

70 Dass im Vertrag keine Klausel vorgesehen ist, durch die sich die Helaba verpflichtet hätte, über die vereinbarten Tranchen hinausgehende Beträge nicht für ihr Wettbewerbsgeschäft zu nutzen, kann die Beurteilung der Kommission, dass der die Tranchen übersteigende Teil der streitigen Einlage keine Geschäftsausweitungsfunktion erfülle, nicht offensichtlich fehlerhaft werden lassen. Denn das Land hat erreicht, dass die Tranchen wesentlich höher festgesetzt wurden, als mit Blick auf den Kapitalbedarf der Helaba, wie er in ihrem Geschäftsplan ausgewiesen war, erforderlich gewesen wäre, und sichergestellt, dass die Tranchen nicht überschritten werden. Den Erklärungen der Bundesrepublik Deutschland, die in Randnr. 54 der angefochtenen Entscheidung wiedergegeben und vom Kläger und der Helaba in ihren Schriftsätzen bestätigt worden sind, ist nämlich zu entnehmen, dass die Tranchen auf rund 384 Millionen Euro (1999), 614 Millionen Euro (2000), 818 Millionen Euro (2001) und 1,02 Milliarden Euro (2002) festgesetzt wurden, obwohl die Bank für ihr vorgesehenes jährliches Wachstum lediglich etwa 150 Millionen Euro pro Jahr benötigte.

71 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger, der sich auf die Lage des Landes als Kapitalgeber konzentriert, nicht erklärt, inwiefern das Ergebnis, zu dem die Kommission gelangt ist, nämlich das Stufenmodell anzuerkennen und eine Vergütung von 0,3 % für den Teil der Einlage vorzusehen, der die vereinbarten Tranchen übersteigt, für die Helaba einen Wettbewerbsvorteil darstellen soll, den sie sich unter Marktbedingungen nicht hätte verschaffen können.

72 Der Kommission ist daher kein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen, als sie befand, dass unter den Umständen des vorliegenden Falls die Tatsache, dass die Helaba zwischen 1999 und 2002 keine der Geschäftsausweitungsfunktion entsprechende Vergütung für den Teil des Kapitals gezahlt habe, der, obschon unter bankaufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts nutzbar, nicht zu diesem Zweck genutzt worden sei, zu keinem Vorteil geführt habe, den sie sich nicht unter Marktbedingungen hätte beschaffen können.

73 Dieses Ergebnis wird nicht durch das Vorbringen des Klägers entkräftet, mit der Anerkennung des Stufenmodells im vorliegenden Fall weiche die Kommission von ihrer früheren Praxis, insbesondere von ihrem Standpunkt im Rahmen des Gerichtsverfahrens über die WestLB-Entscheidung von 1999, ab. Diese Entscheidung wurde nämlich vom Gericht mit seinem Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, für nichtig erklärt, und die von der Kommission anschließend erlassene Entscheidung — die 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, im Folgenden: WestLB-Entscheidung von 2004) — schreibt den Vergütungsaufschlag, den die Kommission mit dem vom Kläger angesprochenen Argument gerechtfertigt hatte, nicht mehr vor. Jedenfalls kann nicht angenommen werden, dass die Kommission es gebilligt hat, dass das Land für den Teil der streitigen Einlage, der unter bankaufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten für die Ausweitung des Wettbewerbsgeschäfts der Helaba genutzt werden konnte, nur eine auf Teilbeträge beschränkte Vergütung erhielt. Sie hat nämlich im Wesentlichen die Auffassung vertreten, dass das Land im Anschluss an den Kompromiss, aus dem das Stufenmodell hervorgegangen sei, die Nutzung des übertragenen Kapitals nicht in das geschäftliche Ermessen der Helaba gestellt habe und mit der Auferlegung einer Vergütung von 0,3 % für den über den vorgesehenen Tranchen liegenden Teil der streitigen Einlage keine auf Teilbeträge beschränkte Vergütung erhalten habe, sondern eine angemessene Vergütung für jeden Teil der Einlage entsprechend seiner Funktion für die Helaba.

74 Aus dem Vorstehenden folgt, dass die vorliegende Rüge zurückzuweisen ist.

3. *Zu der Rüge, die Kommission habe die streitige Einlage zu Unrecht als „normale" stille Einlage eingeordnet und nicht als Stammkapitalinvestition*

a) Angefochtene Entscheidung

75 Die Kommission fasst die ihr gegenüber vorgetragenen Argumente dahin zusammen, dass nach Ansicht des Klägers „der Helaba … allein die Rechtsform des Grund- bzw. Stammkapitals zur Verfügung" gestanden habe und daher die streitige Einlage „einen Formenmissbrauch einer ‚normalen' Stillen Einlage" darstelle. Auch sei der Kläger der Auffassung, dass die streitige Einlage wirtschaftlich gesehen so viele Gemeinsamkeiten mit Stammkapital aufweise, dass ein Investor auf einer der Vergütung von Stammkapital entsprechenden Verzinsung bestanden hätte. Die Bundesrepublik Deutschland vertrete jedoch die Ansicht, dass „daneben auch die Rechtsform einer Stillen Einlage mit unbeschränkter Laufzeit" (im Folgenden: Perpetual) zur Verfügung gestanden habe. (Randnrn. 127 und 128 der angefochtenen Entscheidung).

76 Die Kommission stellt als Erstes fest, dass die streitige Einlage ausdrücklich als solche zwischen dem Land und der Helaba vereinbart und als solche von den zuständigen deutschen Behörden anerkannt worden sei (Randnr. 129 der angefochtenen Entscheidung).

77 Als Zweites sei die streitige Einlage von der Risikoanalyse her eher mit einer „normalen", also befristeten, stillen Einlage zu vergleichen als mit einer Stammkapitalinvestition. Wie die Bundesrepublik Deutschland unter Berufung auf ein Gutachten

dargelegt habe, sei dafür entscheidend, dass die streitige Einlage wie die anderen „normalen“ stillen Einlagen in der Insolvenz vor dem Stammkapital zurückzuzahlen sei. Sowohl das Land als auch der Investor einer befristeten stillen Einlage bekämen — solange das Unternehmen keinen Verlust mache — die gesamte vereinbarte Vergütung, während der Investor in Stammkapital nur Anspruch auf Zahlung einer gewinnanteiligen Dividende habe (Randnrn. 130 bis 132 der angefochtenen Entscheidung).

78 Die Kommission erläutert als Drittes, warum sie die im Verwaltungsverfahren vorgetragenen Argumente des Klägers nicht für ausreichend hält, um dieses Ergebnis zu entkräften.

79 So verwirft die Kommission erstens das Argument des Klägers, die streitige Einlage sei wegen ihres hohen Volumens, das langfristig zu einer Erhöhung des Kernkapitals der Helaba um fast 50 % führe, ebenso wie im WestLB-Fall mit Stammkapital gleichzusetzen. Der Kommission zufolge hätte die Helaba ihren geschätzten Kapitalbedarf in den Jahren 1998 bis 2002 nämlich ohne Probleme durch die zeitlich gestaffelte Aufnahme mehrerer kleinerer stiller Einlagen verschiedener institutioneller Investoren decken können (Randnr. 133 der angefochtenen Entscheidung).

80 Zweitens wendet sich die Kommission gegen das Argument des Klägers, der Anteil des Stammkapitals am gesamten Eigenkapital der Helaba (im Folgenden: Stammkapitalpuffer) habe wegen der stillen Einlage bei nicht mehr als 50 % gelegen, während bei privaten Kreditinstituten der Puffer mehr als 80 % betrage. Nach Ansicht der Kommission lässt sich daraus nicht zwingend ableiten, dass ein privater Kapitalgeber die streitige Einlage nicht vorgenommen hätte, da die Bundesrepublik Deutschland dargelegt habe, dass Landesbanken in höherem Maße stille Einlagen außerhalb der 15%-Grenze nutzten, und zwar zum Teil von privaten Investoren (Randnr. 134 der angefochtenen Entscheidung).

81 Drittens verwirft die Kommission in Bezug auf die Auswirkungen der Permanenz der streitigen Einlage auf den Risikograd das Vorbringen des Klägers, institutionelle Investoren seien nur bereit, hybride Eigenkapitalinstrumente mit fester Laufzeit oder solche Instrumente zu erwerben, bei denen von einer Rückzahlung auszugehen sei, weil sich der Ausschüttungssatz schrittweise erhöhe. Die Kommission ist der Auffassung, dass die Permanenz der Einlage für den Investor in erster Linie das Risiko berge, nicht von Zinssteigerungen am Markt profitieren zu können, dass sie aber keinen Einfluss auf das Verlustrisiko habe. Daher rechtfertige es die Permanenz der streitigen Einlage im vorliegenden Fall nicht, die Einlage für die Überprüfung der angemessenen Vergütungshöhe mit der Vergütung für Stammkapital anstatt mit der Vergütung für stille Einlagen zu vergleichen (Randnrn. 136 und 138 der angefochtenen Entscheidung).

82 Die Kommission folgert daraus, dass die Einbringung des Sondervermögens des Landes „zweifelsohne in der rechtlichen Form einer Stillen Einlage getätigt wurde, die mit anderen Stillen Einlagen weit mehr Gemeinsamkeiten aufweist als mit Stammkapital". Sie führt weiter aus, dass es „[f]ür einen Missbrauch der rechtlichen Form einer Stillen Einlage für eine Zufuhr von Kapital, das in Wahrheit wirtschaftlich Stammkapital darstellte, … daher … keine hinreichenden Anhaltspunkte [gibt]". Nach Auffassung der Kommission sind „Ausgangspunkt für die Vergütung [der streitigen Einlage] … daher ‚normale', d. h. befristete Stille Einlagen von typischerweise am Markt beobachtbarer Größe, auf deren Vergütung gegebenenfalls ein Zuschlag zu erheben ist" (Randnr. 139 der angefochtenen Entscheidung).

b) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

83 Der Kläger ist der Meinung, dass die streitige Einlage nicht als „normale" stille Einlage hätte eingeordnet und daher die Vergütung für sie nicht mit der Vergütung für am Markt platzierte befristete stille Einlagen hätte verglichen werden dürfen.

84 Die Kommission habe geprüft, ob die Parteien die streitige Einlage in rechtsmissbräuchlicher Weise als stille Einlage und nicht als Stammkapitalinvestition eingeordnet hätten, und habe nur hilfsweise die wirtschaftlichen Merkmale der streitigen Einlage untersucht. Dieses Vorgehen sei fehlerhaft, weil es im vorliegenden Fall nicht darum gehe, ob ein Rechtsmissbrauch vorgelegen habe, sondern darum, zu prüfen, ob die streitige Einlage aus wirtschaftlicher Sicht mehr anderen am Markt platzierten stillen Einlagen oder mehr Stammkapitalinvestitionen geähnelt habe.

85 Entgegen der Schlussfolgerung der Kommission weise die streitige Einlage in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht Unterschiede zu dem Modell einer stillen Einlage, wie es sich aus dem Gesellschaftsrecht ergebe, sowie zu den am Markt platzierten befristeten stillen Einlagen, die als Kernkapital anerkannt seien, und eine Sonderstruktur auf, die es verbiete, sie mit den von der Kommission dafür ausgewählten stillen Einlagen zu vergleichen. Zudem habe sich die Kommission für ihre Beurteilung nicht in den Zeitpunkt der Einlagengewährung zurückversetzt und das damalige Marktumfeld falsch eingeschätzt.

86 Was als Erstes die rechtlichen Besonderheiten der streitigen Einlage betrifft, macht der Kläger geltend, dass die Einlage in formeller Hinsicht keine „normale“ stille Einlage im Sinne des deutschen Gesellschaftsrechts sei, insbesondere weil sie so konzipiert worden sei, dass sie die gesetzlichen und in der Erklärung von Sydney vorgesehenen Voraussetzungen für die Anerkennung als Teil des Kernkapitals der Helaba erfülle, und zwar über die 15%-Grenze hinaus.

87 Was als Zweites die wirtschaftlichen Besonderheiten der streitigen Einlage angeht, führt der Kläger fünf Faktoren an, die ihr Risikoprofil mehr dem einer Stammkapitalinvestition als dem von befristeten stillen Einlagen annäherten, und zwar ihr

Volumen, ihre Haftungsqualität, ihr Ertragsprofil, den Substanzschutz, ihre Dauer und die fehlende Veräußerungsmöglichkeit.

88 Was als Drittes das Marktumfeld zum Zeitpunkt der Einlage anbelangt, macht der Kläger geltend, dass die Kommission gegen das Kriterium des privaten Kapitalgebers verstoßen habe, indem sie einen falschen Referenzzeitraum gewählt habe. So habe die Kommission ihre Schlussfolgerung, die streitige Einlage sei für die Untersuchung mit befristeten stillen Einlagen zu vergleichen, auf Informationen gestützt, die sich auf die Praxis der Privatbanken in der Zeit nach der streitigen Einlage bezögen.

89 Der Kläger wendet sich außerdem gegen die Behauptungen der Kommission, dass es zum einen in Deutschland zum Zeitpunkt der streitigen Einlage einen entwickelten Markt für hybride Eigenkapitalinstrumente gegeben habe und dass zum anderen die Helaba ihren Kapitalbedarf auch durch die Emission der stillen Einlage in mehreren kleineren Tranchen hätte decken können. Insbesondere sei die Frage nicht, was die Helaba hätte tun können, um sich das Kapital zu beschaffen, sondern, ob ein privater Kapitalgeber ihr eine Einlage mit denselben Merkmalen unter denselben Bedingungen wie die streitige Einlage gewährt hätte.

90 Die Kommission und die Streithelfer treten diesem Vorbringen entgegen.

c) Würdigung durch das Gericht

91 Zunächst ist der Standpunkt der Verfahrensbeteiligten bezüglich der Bedeutung der Rechtsform der streitigen Einlage, wie sie von der Helaba und dem Land vereinbart wurde, für den vorliegenden Rechtsstreit zu klären.

92 Der angefochtenen Entscheidung, insbesondere den Randnrn. 127, 128 und 139 (siehe oben, Randnrn. 75 und 82), ist zu entnehmen, dass die Kommission das Vorbringen des Klägers im Verwaltungsverfahren als auf die Feststellung gerichtet ausgelegt hat, dass die Verwendung der Rechtsform einer stillen Einlage missbräuchlich gewesen sei.

93 In seiner Klage widerspricht der Kläger dieser Auslegung und macht geltend, er habe zu keinem Zeitpunkt behauptet, dass die streitige Einlage rechtlich Stammkapital sei. Er habe im Verwaltungsverfahren vorgetragen, dass sich die streitige Einlage aufgrund ihrer konkreten Ausgestaltung wirtschaftlich wesentlich von einer stillen Einlage abhebe und in hohem Maße Stammkapital annähere, so dass ein privater Kapitalgeber für die Einlage eine am Risikoprofil von Stammkapital ausgerichtete Vergütung verlangen würde. Er untersucht außerdem die rechtlichen Merkmale der streitigen Einlage und beruft sich darauf, dass die Behauptung der Kommission, die streitige Einlage sei mit „normalen" stillen Einlagen vergleichbar, einer detaillierten Analyse der rechtlichen Ausgestaltung dieser Einlage nicht standhalte, und sie erhebliche Besonderheiten gegenüber einer „normalen", dem Modell des Gesellschaftsrechts entsprechenden stillen Einlage aufweise.

94 Aus den gesamten Schriftsätzen der Verfahrensbeteiligten ergibt sich jedoch, dass die Frage, ob die Kommission das Vorbringen des Klägers im Verwaltungsverfahren richtig ausgelegt hat, nicht der eigentliche Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist. Dem Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ist nämlich zu entnehmen, dass sie darin übereinstimmen, dass die streitige Einlage vom Land und der Helaba rechtlich als stille Einlage eingeordnet und von den deutschen Behörden als solche anerkannt wurde. Sie sind sich auch darüber einig, dass die Besonderheiten der streitigen Einlage das Land und die Helaba nicht daran hinderten, auf die Rechtsform der stillen Einlage zurückzugreifen.

95 Die Verfahrensbeteiligten konzentrieren also ihr Vorbringen zur Einordnung der streitigen Einlage mit Blick auf die Bestimmung der Vergleichstransaktionen auf die Frage, ob die Einlage hinsichtlich des Risikoprofils derartige Ähnlichkeit mit Stammkapital aufweist, dass ein privater Kapitalgeber eine der Vergütung von Stammkapital entsprechende Vergütung verlangt hätte, oder ob sie als Kernkapital anerkannten

befristeten stillen Einlagen nähersteht, so dass ihre Vergütung mit der für diese stillen Einlagen verglichen werden konnte.

96 Hierzu ist festzustellen, dass der Vergleich der streitigen Einlage mit anderen hybriden Instrumenten eine wirtschaftlich komplexe Frage darstellt, für die die Kommission über ein weites Ermessen verfügt (Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, Randnr. 351).

97 Zudem dient die Einordnung der streitigen Einlage als befristete stille Einlage oder als Stammkapitalinvestition der Kommission nur als Analyseinstrument im Rahmen der Anwendung des Art. 87 Abs. 1 EG (vgl. in diesem Sinne Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, Randnr. 250).

98 Anhand dieser Beurteilung der Kommission kann also nicht automatisch festgestellt werden, ob und in welcher Höhe eine staatliche Beihilfe vorliegt, sondern sie liefert ihr für ihre Überlegungen nur einen Ausgangspunkt, der den Umständen Rechnung trägt, unter denen private Kapitalgeber bestmöglich vergleichbare Transaktionen abgewickelt haben. Die Schlussfolgerung der Kommission in dieser Frage entbindet sie daher nicht von ihrer Pflicht, alle maßgeblichen Aspekte des streitigen Vorgangs und seinen Kontext, einschließlich der Lage des begünstigten Unternehmens und des betroffenen Marktes, zu prüfen, um festzustellen, ob das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte (vgl. in diesem Sinne Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, Randnrn. 251 und 257).

99 Es ist das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten zu den verschiedenen Merkmalen der streitigen Einlage zu prüfen, indem zunächst die Argumente untersucht werden, die die Merkmale betreffen, auf die sich die Kommission in erster Linie für ihre Auffassung gestützt hat, dass die Vergütung für die streitige Einlage mit der für befristete stille Einlagen zu vergleichen sei, anschließend die Argumente, die sich auf die Merkmale der streitigen Einlage beziehen, bei denen die Kommission davon ausging, dass

sie diesem Vergleich nicht entgegenstünden, und schließlich die Argumente bezüglich der Merkmale der streitigen Einlage, die im Verwaltungsverfahren nicht geltend gemacht und in der angefochtenen Entscheidung nicht geprüft wurden. Zu prüfen sein wird auch die Kritik des Klägers an dem Referenzzeitraum, auf den die Kommission bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers abgestellt hat.

Zu den Merkmalen, auf die die Kommission ihre Ansicht gestützt hat, dass die Vergütung für die streitige Einlage mit der Vergütung für befristete stille Einlagen zu vergleichen sei

— Verlustrisiko in der Insolvenz oder Liquidation

100 Nach Ansicht der Kommission war mit der streitigen Einlage im Fall einer Insolvenz oder Liquidation dasselbe Risiko verbunden wie mit am Markt platzierten stillen Einlagen, weil sie in einem solchen Fall vor dem Stammkapital zurückzuzahlen gewesen sei. Die Kommission beruft sich hierfür auf die Vertragsbestimmungen und auf ein von der Bundesrepublik Deutschland vorgelegtes Gutachten (Randnr. 131 der angefochtenen Entscheidung).

101 Die hier relevanten Vertragsbestimmungen sind die §§ 3 und 9. § 3 („Verlustteilnahme“) sieht in seinem Abs. 2 vor:

„… [D]as Verhältnis der Ansprüche des Einlegers zu den Ansprüchen anderer Kapitalgeber i. S. des § 10 [des Kreditwesengesetzes (KWG) bestimmt sich] nach der zeitlichen Reihenfolge der Kapitalaufnahme durch die Bank, so dass Ansprüche aus früher aufgenommenem Kapital vorgehen. Bei gleichzeitiger Kapitalaufnahme erfolgt die Befriedigung der Ansprüche entsprechend ihrem Verhältnis zum haftenden

Eigenkapital i. S. des § 10 Absatz 4 und 5 KWG. Maßgeblicher Zeitpunkt bei einer Einlage gemäß § 10 Absatz 4 KWG ist die Erbringung der Einlage, bei Genussrechten der Beginn der Laufzeit."

102 § 9 („Nachrang") bestimmt:

„Der Anspruch auf Rückübertragung ist im Falle des Konkurses oder der Liquidation der Bank — vorbehaltlich des § 3 Absatz 2 … — erst nach Befriedigung aller Gläubiger der Bank — mit Ausnahme nachrangiger Kapitalgeber gemäß § 10 KWG — zu befriedigen."

103 In dem von der Bundesrepublik Deutschland vorgelegten Gutachten heißt es:

„Den gesetzlichen Vorrang auf Rückzahlung der stillen Einlage aus einem etwaigen Restguthaben im Fall der Insolvenz oder Liquidation der Bank verändert § 3 Abs. 2 des Vertrags nicht. Dies zeigt schon die Systematik der Bestimmung, die in Satz 2 nur Eigenkapital i. S. v. § 10 Abs. 4 und 5 KWG nennt und in Satz 3 den für die Bestimmung der zeitlichen Abfolge maßgeblichen Zeitpunkt auch nur für die stille Einlage und Genussrechte definiert."

104 Der Kläger macht erstens geltend, dass, obwohl eine stille Einlage grundsätzlich vor Stammkapital zu befriedigen sei, in Anbetracht des Wortlauts des Vertrags zweifelhaft sei, ob das auch für die streitige Einlage gelte. Worauf sich dieses von der Kommission angeführte Gutachten für sein vom Wortlaut des Vertrags abweichendes Ergebnis, die streitige Einlage sei vor dem Stammkapital zu befriedigen, stütze, sei nicht ersichtlich. In der Erwiderung trägt der Kläger vor, da die Gläubiger, die Kernkapital gewährt hätten, gemäß § 3 Abs. 2 und § 9 des Vertrags nach der zeitlichen

Reihenfolge ihrer Einlagen bedient würden, habe das Land davon ausgehen müssen, im Fall der Insolvenz oder Liquidation der Helaba als Letzter befriedigt zu werden, und zwar nicht nur nach allen „normalen" Gläubigern, sondern auch nach allen Einlegern von Kernkapital und somit auch nach den Einlegern von Stammkapital.

105 Hierzu ist festzustellen, dass der Vertrag nicht ausdrücklich vorsieht, dass die streitige Einlage nach dem Stammkapital zurückzuzahlen ist. Der Verweis auf „andere Kapitalgeber i. S. des § 10 KWG" in § 3 Abs. 2 Satz 1 des Vertrags führt zu der Auslegungsfrage, ob der Vorrang der Ansprüche aus früher aufgenommenen Kapital auch für die Stammkapitaleinlagen gilt.

106 Zum einen ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger einerseits in einigen Passagen seiner Schriftsätze die Auffassung äußert, der Vertrag sehe vor, dass die streitige Einlage nach dem Stammkapital zurückzuzahlen sei, andererseits aber in der Klageschrift auch ausführt, dass die Frage offen bleibe, ob die dispositive Regelung, dass stille Einlagen vor dem Stammkapital zurückzuzahlen seien, auf die streitige Einlage Anwendung finde. Zum anderen hat der Kläger, obwohl ihm das von der Kommission angeführte Gutachten auf Aufforderung des Gerichts vorgelegt worden ist, nichts gegen die Auslegung des Verfassers des Gutachtens vorgebracht, dass der Verweis auf „andere Kapitalgeber i. S. des § 10 KWG" in § 3 Abs. 2 Satz 1 des Vertrags im Zusammenhang mit dem zweiten und dem dritten Satz dieser Bestimmung zu verstehen sei, die stille Einlagen und Genussrechte, aber nicht Stammkapital beträfen.

107 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass das Vorbringen des Klägers nicht den Schluss zulässt, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie unter Bezugnahme auf das von der Bundesrepublik Deutschland vorgelegte Gutachten befand, dass die streitige Einlage im Fall der Insolvenz oder Liquidation vor dem Stammkapital zurückzuzahlen sei. Dass der Kläger den Vertrag

anders auslegt als das Gutachten, die Kommission und die an der streitigen Einlage Beteiligten genügt nicht, um einen offensichtlichen Beurteilungsfehler nachzuweisen.

108 Der Kläger macht zweitens geltend, dass selbst wenn die streitige Einlage vor dem Stammkapital zurückzuzahlen sei, das Ausfallrisiko vergleichbar mit dem bei Stammkapital sei, da in der Praxis die nachrangigen Gläubiger und die Investoren in Stammkapital im Insolvenzfall leer ausgingen.

109 Hierzu genügt die Feststellung, dass, selbst wenn alle Insolvenzfälle im Bankensektor sowohl für die Eigentümer als auch für die nachrangigen Gläubiger einen Totalverlust ihres Kapitals bedeuteten, was die Kommission und die Streithelfer bestreiten, dieses Merkmal allen als Kernkapital anerkannten stillen Einlagen gemeinsam ist, da sie alle notwendigerweise nachrangige Forderungen sind. Folglich unterscheidet dieses Merkmal der streitigen Einlage, auch wenn es vom Stammkapital geteilt wird, sie nicht von als Kernkapital anerkannten stillen Einlagen.

110 Unter diesen Umständen lässt das Vorbringen des Klägers nicht den Schluss zu, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass mit der streitigen Einlage in der Insolvenz oder Liquidation dasselbe Risiko verbunden ist wie mit stillen Einlagen.

— Ertragsprofil

111 Nach Ansicht der Kommission ist die streitige Einlage eine stille Einlage, weil das Land ebenso wie der Investor in eine befristete stille Einlage — solange das Unternehmen keinen Verlust erleide — die gesamte vereinbarte Vergütung bekomme, während

der Investor in Stammkapital nur Anspruch auf Zahlung einer gewinnanteiligen Dividende habe (Randnr. 132 der angefochtenen Entscheidung).

112 Der Kläger beanstandet diese Beurteilung und macht geltend, dass für Stammkapital und für stille Einlagen gleichermaßen sowohl eine feste als auch eine variable Vergütung in Betracht komme, da sich die eine wie die andere je nach den Ergebnissen der Bank als vorteilhafter erweisen könne. Im WestLB-Fall habe die Kommission die fragliche Transaktion mit einer Stammkapitalinvestition verglichen, obwohl die Vergütung dort eine Festvergütung gewesen sei. Jedenfalls sei für einen Kapitalgeber primär relevant, ob die Auszahlung der Vergütung von der Erzielung eines Gewinns abhänge. Das sei vorliegend sehr wohl der Fall, da das Land nur dann die gesamte Vergütung erhalte, wenn der Gewinn der Helaba zumindest der Vergütung entspreche und nicht zur Wiederauffüllung des Eigenkapitals benötigt werde.

113 Was als Erstes die Frage nach der festen oder variablen Vergütung betrifft, ist zunächst festzustellen, dass es im vorliegenden Fall nicht darum geht, welche Vergütungsart in einer konkreten Situation vorteilhafter ist, sondern darum, zu klären, ob der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass die streitige Einlage befristeten stillen Einlagen dadurch ähnlicher sei als Stammkapital, dass die zwischen den Parteien vereinbarte Vergütung eine Festvergütung sei, die grundsätzlich zu zahlen sei, sobald die Helaba keinen Verlust mache, weil dieser Vergütungsmodus für stille Einlagen typisch sei.

114 Hierzu bemerkt die Helaba zutreffend, dass selbst bei einer verabredeten Festvergütung für das Stammkapital die tatsächlichen Gewinne, die von den Eigentümern der Bank aus ihrer Investition gezogen würden, stets variabel seien. Da nämlich der über die geleistete Festvergütung hinausgehende Gewinn die Rücklagen der Bank erhöhen werde, die im Fall der Liquidation auszuschütten seien oder eine positive Wirkung auf den Aktienwert hätten, werde der Gewinn eines Investors in Stammkapital über die erhaltene Vergütung hinausgehen. Unter diesen Umständen sei der endgültige Betrag anfangs nicht vorhersehbar, so dass die endgültige Vergütung für die Investition zu einer variablen werde.

115 Die Helaba trägt — insoweit vom Kläger unwidersprochen — außerdem vor, dass nach der Studie über hybrides Kernkapital, die der Kläger selbst vorgelegt habe, Stammkapital das beste Kernkapital sei, denn es sei das einzige, das u. a. nicht zu festen Zahlungsverpflichtungen führe.

116 Daraus folgt also, dass es tatsächlich — wenn auch vielleicht nicht immer — üblich ist, stille Einlagen fest und Kapital über variable Dividenden zu vergüten. Jedenfalls kann, während die Vergütung für stille Einlagen zwingend zu zahlen ist, sobald die im Vertrag vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind, die Gewinnverwendung durch die Eigentümer verschiedene Formen annehmen (z. B. Einstellen in die Rücklagen oder Gewinnausschüttung) und hängt grundsätzlich vom Mehrheitswillen der Eigentümer ab.

117 Diesem Ergebnis steht das auf die WestLB-Entscheidung von 1999 gestützte Argument des Klägers nicht entgegen. Zum einen ist daran zu erinnern, dass das Gericht diese Entscheidung in seinem Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, aufgehoben hat. Sollte zum anderen das Argument des Klägers dahin zu verstehen sein, dass es sich auf die WestLB-Entscheidung von 2004 bezieht, ist darauf hinzuweisen, dass die Ansicht der Kommission, die Vergütung für das mit der fraglichen Transaktion übertragene Kapital sei mit der Vergütung für Stammkapital zu vergleichen, nicht bedeutet, dass das Ertragsprofil dieser Transaktion typisch für Stammkapital ist, sondern nur, dass im Rahmen der umfassenden Prüfung der Transaktion weitere Merkmale stark für diese Gleichsetzung sprachen. Die Kommission hatte in diesem Zusammenhang u. a. darauf hingewiesen, dass das übertragene Kapital als Kernkapital anerkannt worden sei, während die von der Bundesrepublik Deutschland zum Vergleich vorgeschlagenen Instrumente in Deutschland nur als Ergänzungskapital hätten genutzt werden können.

118 Was als Zweites das Argument des Klägers betrifft, sowohl bei der streitigen Einlage als auch bei Stammkapital hänge die Vergütung von Gewinnen ab, so ist festzustellen, dass der Umstand, dass allen als Kernkapital anerkannten stillen Einlagen gemeinsam ist, dass die Zahlung der Vergütung, obwohl es sich um eine Festvergütung handelt, davon abhängt, dass die Bank keinen Jahresverlust erleidet und die Zahlung selbst nicht zu einem Jahresverlust führt, da § 10 Abs. 4 KWG dies verlangt. Dieser Umstand

ist daher nicht geeignet, darzutun, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass die streitige Einlage Ähnlichkeiten mit am Markt platzierten und als Kernkapital anerkannten stillen Einlagen aufweise.

119 Zudem ist die Gewinnschwelle, ab der die Vergütung der streitigen Einlage oder anderer stiller Einlagen ausgezahlt werden kann, niedriger als diejenige, die erreicht werden muss, damit die Eigentümer der Bank eine Dividende erhalten. Nach den deutschen Rechtsvorschriften ist die Vergütung für stille Einlagen nämlich eine Betriebsausgabe, die also vor Steuern und vor der Gewinnausschüttung gezahlt wird. Aus diesem Grund reicht es aus, dass die Bank einen Jahresüberschuss vor Steuern in Höhe der Vergütung für die Einlagen erwirtschaftet, damit der Kapitalgeber die gesamte Vergütung erhält. Damit die Eigentümer denselben Betrag in Form von Dividenden erhalten, wäre es hingegen grundsätzlich erforderlich, dass die Bank einen Jahresüberschuss vor Steuern in Höhe der Summe aus der Vergütung für die stillen Einlagen, dem Steuerbetrag und dem Betrag dieser Dividende erzielt.

120 Das in Beantwortung einer Frage des Gerichts in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Argument des Klägers, dass dieses Merkmal die streitige Einlage und die am Markt platzierten stillen Einlagen nicht wirklich von Stammkapital unterscheide, da die Eigentümer ausschüttungsfähige Gewinne selbst bei Jahresverlusten ausweisen könnten — u. a. durch eine Verringerung der Rücklagen —, widerspricht seinem Argument, dass die Bedingungen für die Auszahlung der Vergütung für die streitige Einlage diese mehr einer Stammkapitalinvestition als am Markt platzierten stillen Einlagen annäherten. Während nämlich die Auszahlung der Vergütung für stille Einlagen einen Jahresüberschuss voraussetzt, kann die Ausschüttung von Dividenden in der Tat selbst im Fall von Jahresverlusten erfolgen, nämlich durch die Ausweisung eines ausschüttungsfähigen Gewinns.

121 Während ferner die Auszahlung der Vergütung für stille Einlagen zwingend erfolgt, sobald die im Vertrag aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind, vollzieht sich die Ausschüttung von Dividenden am Ende eines Wirtschaftsjahres mit einem Jahresverlust

nicht automatisch, sondern setzt die Zustimmung einer Aktionärsmehrheit voraus. Wie der Kläger in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage des Gerichts überdies eingeräumt hat, würde die Ausschüttung von Dividenden durch eine Bank, die einen Jahresverlust erlitten und die Vergütung für die stillen Einlagen nicht gezahlt hat, ihrem Ruf und den Erfolgsaussichten ihrer zukünftigen Emissionen schaden.

122 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass der Kläger nicht dargetan hat, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass das Ertragsprofil der streitigen Einlage charakteristisch für stille Einlagen sei.

Zu den Merkmalen der streitigen Einlage, die nach Ansicht der Kommission den Vergleich der Vergütung für die streitige Einlage mit der Vergütung für befristete stille Einlagen nicht hinderten

123 Die Kommission hat das Vorbringen des Klägers zum Volumen der streitigen Einlage, zu ihrem Anteil am Kernkapital der Helaba und zu ihrer Permanenz zurückgewiesen.

— Volumen

124 Nach Ansicht der Kommission bedeutet das hohe absolute Volumen der streitigen Einlage nicht notwendigerweise, dass sie als Stammkapital einzuordnen sei. Die Helaba habe infolge des Stufenmodells von 1999 bis 2002 für die Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts nur einen Teil des übertragenen Kapitals nutzen können. Ferner wies sie den Vergleich mit dem WestLB-Fall mit der Begründung zurück, dass in

jenem Fall das hohe Volumen der Kapitalzufuhr nur ein Indiz unter anderen für die Stammkapitalähnlichkeit gewesen sei. Sie habe hierbei u. a. auch berücksichtigt, dass das Kapital dem vollen Verlustrisiko in der Insolvenz oder Liquidation ausgesetzt gewesen sei und der Markt für hybride Kernkapitalinstrumente in Deutschland noch nicht entwickelt gewesen sei (Randnr. 133 der angefochtenen Entscheidung).

125 Der Kläger vertritt die Auffassung, dass aus Investorensicht zwei Aspekte zu unterscheiden seien, nämlich der Gesamtbetrag der Emission und die Höhe des auf den einzelnen Investor entfallenden Anteils an der Emission. Die Kommission vollziehe diese Unterscheidung nicht nach.

126 Was als Erstes den Gesamtbetrag der Emission angeht, wendet sich der Kläger erstens gegen die Begründung der Kommission für ihre Ansicht, dass im WestLB-Fall zwar das hohe Emissionsvolumen als Indiz für die Stammkapitalähnlichkeit herangezogen worden sei, dass im vorliegenden Fall das hohe Volumen der streitigen Einlage aber nicht zu einer solchen Einordnung führe. Der Kläger erinnert daran, dass seiner Meinung nach die streitige Einlage im wirtschaftlichen Ergebnis am vollen Verlustrisiko in der Insolvenz oder Liquidation teilnehme und es einen Kapitalmarkt, auf dem ein privater Kapitalgeber eine Investition in die Helaba wie die streitige Einlage getätigt hätte, weder 1998 noch danach gegeben habe. Sowohl die Kommission in der WestLB-Entscheidung von 1999 als auch das Gericht in seinem Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, hätten dem hohen Volumen der Kapitaleinlage bei der Einordnung der Transaktion erhebliche Bedeutung beigemessen. Dass das Volumen der streitigen Einlage besonders hoch sei und ihm deshalb vorliegend erhebliche Bedeutung zukomme, werde bestätigt durch den Vergleich mit den von der Kommission in Randnr. 164 der angefochtenen Entscheidung angeführten Transaktionen, aber auch dadurch, dass die streitige Einlage 25 % des europäischen Gesamtvolumens hybrider Kernkapitalinstrumente in 1998 entspreche.

127 Zweitens trägt der Kläger vor, dass die von der Kommission auf das Stufenmodell gestützte Rechtfertigung nicht akzeptiert werden könne, da ein privater Kapitalgeber

sie nicht akzeptiert hätte. Auch gehe die Auffassung fehl, dass dieses System auf fünf kleinere Einlagen hinausgelaufen sei, denn zum einen sei die streitige Einlage sofort in voller Höhe als Kernkapital der Helaba anerkannt worden und zum anderen wären bei zu unterschiedlichen Zeiten erfolgten Einlagen die Bedingungen für jede Einlage unterschiedlich gewesen, während im vorliegenden Fall für die gesamte Einlage einheitliche Konditionen gälten.

128 Was zunächst den Vergleich mit dem WestLB-Fall angeht, ist darauf hinzuweisen, dass die WestLB-Entscheidung von 1999, auf die sich der Kläger stützt, vom Gericht für nichtig erklärt worden ist. Des Weiteren trifft es zwar zu, dass die Kommission in der WestLB-Entscheidung von 2004, die im Anschluss an die Nichtigerklärung erging und in Randnr. 133 der angefochtenen Entscheidung erwähnt wird, das hohe Volumen des übertragenen Kapitals bei der Gleichstellung der in jenem Fall fraglichen Übertragung mit Stammkapital berücksichtigt hat, doch hat sie nicht auf das absolute Volumen der Transaktion abgestellt, sondern auf den Anteil des fraglichen Kapitals am Kernkapital der WestLB und entscheidend darauf, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem diese Transaktion stattfand, die hybriden Eigenkapitalinstrumente nicht mehr als 20 % der Eigenmittel betrugen, in Deutschland nicht als Kernkapital anerkannt waren und nicht alle ohne zeitliche Begrenzung emittiert wurden (Randnrn. 204, 206, 208 und 209 der WestLB-Entscheidung von 2004).

129 Hingegen ist der Betrag der streitigen Einlage (1,264 Milliarden Euro), obwohl er den der von der Kommission zum Vergleich herangezogenen Transaktionen übertrifft, noch sehr weit vom Volumen der im WestLB-Fall fraglichen Transaktion (3,02 Milliarden Euro in der Bilanz ausgewiesen, davon 2,05 Milliarden als Kernkapital anerkannt) entfernt (Randnrn. 54 und 71 der WestLB-Entscheidung von 2004). Ferner erfolgte die streitige Einlage, worauf die Kommission hinweist, Ende 1998, während die im WestLB-Fall fragliche Einlage von 1991 stammte. Es wird nicht bestritten, dass Ende 1998 hybride Eigenkapitalinstrumente in Übereinstimmung mit den deutschen Rechtsvorschriften bereits als Kernkapital und nicht nur als Ergänzungskapital anerkannt werden konnten, ohne zeitliche Begrenzung emittiert werden konnten und, wenn sie die Voraussetzungen der Erklärung von Sydney erfüllten, einen wesentlichen Teil am Kernkapital einer Bank ausmachen konnten.

130 Auch das Argument des Klägers, das Gericht habe dem Kriterium des Investitionsvolumens im Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, erhebliche Bedeutung beigemessen, ist zurückzuweisen. Das Gericht hat nämlich in jenem Urteil festgestellt, dass die Kommission erläutert hat, weshalb ihrer Ansicht nach so viele Unterschiede zwischen den hybriden Eigenkapitalinstrumenten und dem streitigen Vorgang bestünden, dass der Vergleich dieses Vorgangs mit den betreffenden Instrumenten nur eingeschränkt gültig sei. Das Gericht hat hinzugefügt, dass die Kommission insbesondere darauf hingewiesen hat, dass die von den Klägern in jenem Verfahren angeführten hybriden Eigenkapitalinstrumente im Gegensatz zu dem der WestLB übertragenen Kapital im Allgemeinen nur einen geringen Teil des Eigenkapitals einer Bank ausmachten. Das Gericht hat sich also darauf beschränkt, zu überprüfen, ob die Argumentation der Kommission in jenem Fall einen offensichtlichen Beurteilungsfehler aufwies, ohne zu bestätigen, dass das Kriterium des hohen Volumens des übertragenen Kapitals immer maßgeblich war. Es hat ferner darauf hingewiesen, dass die Kommission bei dieser Feststellung über ein weites Ermessen verfügte (Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, Randnrn. 350 und 351).

131 Was sodann die von der Kommission angeführte Rechtfertigung angeht, wonach die Helaba infolge des Stufenmodells von 1999-2002 nur einen Teil des übertragenen Kapitals zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts habe nutzen können, ist vorstehend in den Randnrn. 58 bis 73 festgestellt worden, dass der Kommission kein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie das Stufenmodell anerkannte. Ferner war zwar, wie der Kläger ausführt, die Einlage vom Tag ihrer Einbringung an in voller Höhe in der Bilanz der Helaba ausgewiesen, doch wurden der Teil, der die vom Stufenmodell vorgesehenen jährlichen Tranchen überstieg, wie auch der Teil, der die Tätigkeiten zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus belegen sollte, von der Kommission dahin verstanden, dass sie nur eine Haftungsfunktion und keine Ausweitungsfunktion für das Wettbewerbsgeschäft übernahmen, so dass ihre Vergütung anhand der Vergütung festgesetzt wurde, die ein privater Kapitalgeber für eine Haftung verlangen würde und nicht anhand der Vergütung, die ein privater Kapitalgeber für eine stille Einlage verlangen würde, die der Bank eine Ausweitung ihres Wettbewerbsgeschäfts erlaubt. Da stille Einlagen eine unmittelbare Ausweitung des Wettbewerbsgeschäfts ermöglichen, durfte die Kommission, ohne einen offensichtlichen Beurteilungsfehler zu begehen, zu der Ansicht gelangen, dass unter Berücksichtigung des Stufenmodells die streitige Einlage nicht einer stillen Einlage in Höhe von 1,2 Milliarden Euro, die der Helaba die sofortige Geschäftsausweitung ermöglichen würde, sondern fünf aufeinanderfolgenden stillen Einlagen mit einem Volumen von 180 bis 380 Millionen Euro entspreche.

132 Diesem Ergebnis steht das Argument des Klägers, bei zu unterschiedlichen Zeiten erfolgten Einlagen wären die Bedingungen für jede Einlage unterschiedlich, während für die gesamte streitige Einlage einheitliche Konditionen gälten, nicht entgegen. Der Kläger erläutert nämlich nicht, warum die auf fünf aufeinanderfolgende Einlagen anwendbaren Bedingungen zwangsläufig unterschiedlich wären.

133 Was als Zweites den auf den einzelnen Investor entfallenden Anteil an der Emission anbelangt, trägt der Kläger vor, es sei auch ungewöhnlich, dass die Emission nicht auf eine Vielzahl von Investoren verteilt, sondern von einem einzigen Investoren gezeichnet worden sei. Das Risiko eines Kapitalgebers steige mit Erhöhung des von ihm hingegebenen Kapitals absolut und im Vergleich zu anderen Marktteilnehmern mit einem geringeren Investment fortschreitend an. Unter diesen Umständen rücke die von einem einzigen Kapitalgeber eingebrachte streitige Einlage in die Nähe einer Stammkapitalinvestition.

134 Hierzu genügt die Feststellung, dass der Kläger nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür liefert, dass sich die Vergütung eines Kapitalgebers, der einen Teil einer stillen Einlage zeichnet, für gewöhnlich nach dem gezeichneten Anteil an der gesamten Emission richtet, so dass die Kapitalgeber, die ein größeres Volumen gezeichnet haben, eine höhere Vergütung erhielten als die anderen. Zudem ist bei den von der Kommission in der angefochtenen Entscheidung zum Vergleich herangezogenen Transaktionen nur der Vergütungssatz erwähnt, ohne dass es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Kapitalgeber, die mehr investiert haben, eine höhere Vergütung erhalten haben. Ferner legt der Kläger nicht dar, inwiefern die Erhöhung des Risikos, das das Land aufgrund seines Wunsches eingegangen ist, das Sondervermögen nicht zu teilen, seine Investition einer Investition in das Stammkapital einer Bank ähnlich werden lässt, da eine solche Stammkapitalinvestition nicht notwendigerweise durch ihre Höhe gekennzeichnet ist und ein Stammkapitaleigner sowohl absolut als auch im Verhältnis zum gesamten Kapital ein weniger großes Volumen zeichnen kann.

135 Unter diesen Umständen lässt das Vorbringen des Klägers nicht den Schluss zu, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass das Volumen der streitigen Einlage nicht der Annahme entgegenstehe,

dass diese Einlage stärker mit den am Markt platzierten streitigen Einlagen als mit Stammkapital vergleichbar sei.

— Stammkapitalpuffer

136 Nach Ansicht der Kommission erlaubte es ihr der geringe Stammkapitalpuffer nicht, auszuschließen, dass ein privater Kapitalgeber eine mit der streitigen Einlage vergleichbare Investition in Form einer stillen Einlage getätigt hätte. Da es nämlich den Landesbanken aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Struktur verwehrt sei, Stammkapital auf den Finanzmärkten aufzunehmen, nutzten sie stille Einlagen in höherem Maße als die Privatbanken. Die Kapitalgeber, darunter einige private, seien bei Landesbanken eher bereit, einen geringeren Stammkapitalpuffer in Kauf zu nehmen, weil deren Risikostruktur geringer sei (Randnr. 134 der angefochtenen Entscheidung).

137 Der Kläger rügt, dass die Kommission zwar erwähne, dass der Stammkapitalpuffer im vorliegenden Fall geringer sei als bei den Privatbanken, jedoch verkenne, dass die streitige Einlage vier Merkmale aufweise, die ihr eine besondere Haftungsqualität verliehen und durch die sie sich als ein stammkapitalähnliches Mittel erweise, um dauerhaft die Kapitalbasis der Helaba sicherzustellen. Darüber hinaus kritisiert er die Beurteilung der Kommission, der geringe Stammkapitalpuffer erlaube es nicht, auszuschließen, dass ein privater Kapitalgeber eine vergleichbare Investition in Form einer stillen Einlage getätigt hätte.

138 Was zum einen die vier Merkmale der streitigen Einlage betrifft, die ihr nach Auffassung des Klägers eine besondere Haftungsqualität verleihen, macht der Kläger als Erstes geltend, dass die Einlage einen ungewöhnlich hohen Anteil am Eigenkapital der Helaba ausmache, nämlich 40 %. Als Zweites sei dieser hohe Anteil von einem einzigen Investor gezeichnet worden, während bei den stillen Einlagen, die von der

Kommission zum Vergleich herangezogen worden seien, kein Investor allein einen über 1 % hinausgehenden Anteil gehabt habe. Der Stammkapitalpuffer betrage also für den Investor 99 % bei den zum Vergleich herangezogenen stillen Einlagen und 60 % bei der streitigen Einlage. Als Drittes sei die streitige Einlage in voller Höhe als Kernkapital und nicht nur als Eigenmittel anerkannt worden. Als Viertes sei die Einlage in voller Höhe als Kernkapital der Helaba anerkannt worden und nicht nur als Kernkapital ihrer Gruppe, wodurch der Helaba eine größere Flexibilität bei der Verwendung des Kapitals gegeben werde, so dass ein privater Kapitalgeber einen Vergütungsaufschlag verlangt hätte.

139 Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die streitige Einlage für sich allein einen tatsächlich sehr wesentlichen Anteil an den Eigenmitteln der Helaba darstellt, während befristete stille Einlagen gemäß der Erklärung von Sydney nicht mehr als 15 % des Kernkapitals ausmachen dürfen. Darin liegt unbestreitbar ein Unterschied zwischen der streitigen Einlage und befristeten stillen Einlagen.

140 Was ferner den Umstand betrifft, dass die streitige Einlage von einem einzigen Kapitalgeber gezeichnet wurde, der deshalb über 40 % der Eigenmittel der Helaba verfügt, so ist er aus wirtschaftlicher Sicht nicht geeignet, eine stille Einlage in Stammkapital umzuwandeln, genauso wenig wie der Umstand, dass ein Kapitalgeber einen geringen Anteil am Stammkapital hält, seiner Anlage ihren Charakter als Stammkapitalinvestition nimmt.

141 Zwar bedingt der Anteil, den der Kapitalgeber an den Eigenmitteln hält, wie weit er einem Risiko ausgesetzt ist, doch bestimmt er weder die Art dieses Risikos noch die wirtschaftliche Einordnung der getätigten Investitionen. Somit bleiben die wesentlichen Merkmale, die stille Einlagen von Stammkapital unterscheiden — der Rang in der Insolvenz oder Liquidation, die Vergütungsbedingungen und die Vor- oder Nachteile, die sich für die Bank aus dem Rückgriff auf die eine oder die andere Vorgehensweise ergeben — unabhängig von der Höhe der einzelnen Investition dieselben.

142 Was die Anerkennung der streitigen Einlage als Kernkapital der Helaba und nicht der Gruppe, zu der sie gehört, anbelangt, ist festzustellen, dass die Kommission und die Streithelfer nicht bestritten haben, dass es sich dabei tatsächlich um eine Besonderheit der streitigen Einlage handelt. Jedoch bietet der vom Kläger angeführte Umstand, dass diese Einordnung der Helaba eine größere Flexibilität bei der Verwendung des Kapitals verschaffe, keinen Anhaltspunkt für eine Erhöhung des Risikoprofils der streitigen Einlage im Vergleich zu stillen Einlagen oder für eine Annäherung an Stammkapital.

143 Schließlich ist zur Anerkennung der streitigen Einlage in voller Höhe als Kernkapital zu bemerken, dass der Kläger sich darauf beschränkt, dieses Merkmal zu erwähnen, ohne sein Argument näher auszuführen. Da sich das Merkmal daraus ergibt, dass die streitige Einlage als ein „Perpetual" ohne Zinserhöhungsklausel (im Folgenden: Step-up-Regelung) ausgestaltet ist, wird auf die Ausführungen des Gerichts zur Permanenz der streitigen Einlage verwiesen (siehe unten, Randnrn. 150 bis 154).

144 Was zum anderen die Beurteilung der Kommission betrifft, der geringe Stammkapitalpuffer erlaube es ihr nicht, auszuschließen, dass ein privater institutioneller Anleger eine mit der streitigen Einlage vergleichbare Investition in Form einer stillen Einlage getätigt hätte, macht der Kläger geltend, die Tatsache, dass die Landesbanken häufiger auf stille Einlagen zurückgriffen, bedeute nicht, dass die Anleger auf eine angemessene Vergütung verzichteten. Jedenfalls würden solche stillen Einlagen von den öffentlichen Anteilseignern der Landesbanken und nicht von privaten Kapitalgebern gezeichnet, so dass die Kommission sie nicht als Vergleichsfälle habe heranziehen dürfen. Auf die Annahme der Kommission, die Anleger seien bei Landesbanken eher geneigt, einen geringeren Stammkapitalpuffer zu akzeptieren, weil ihre Risikostruktur besser sei, entgegnet der Kläger, dass ein Vergleich des Ratings der Landesbanken mit dem der Privatbanken keine bessere Risikostruktur der Landesbanken ergebe.

145 Es ist darauf hinzuweisen, dass es, wie der Kläger anmerkt, nicht darum geht, ob die streitige Einlage trotz des Stammkapitalpuffers von lediglich 60 % am Markt platzierbar war, sondern darum, ob dieser Umstand die streitige Einlage im Hinblick auf ihr

Risikoprofil näher an befristete stille Einlagen oder an Stammkapital heranrückt und eine höhere Vergütung erforderlich macht.

146 Den Akten ist zu entnehmen, dass vor der Erklärung von Sydney stille Einlagen nur einen kleinen Teil des Kernkapitals von Banken ausmachten. Erst in der Folge dieser Erklärung im Oktober 1998 wurde klargestellt, dass hybride Eigenkapitalinstrumente auch über die 15%-Grenze hinaus als Kernkapital anerkannt werden können, und es wurden die Voraussetzungen für diese Anerkennung präzisiert. Es darf also angenommen werden, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem sich die Parteien abschließend über die streitige Einlage verständigt haben (Dezember 1998), die Folgen der Erklärung von Sydney für die über hybride Eigenkapitalinstrumente erlangte Eigenkapitalquote und damit für den Stammkapitalpuffer sich noch nicht auf dem Markt bemerkbar gemacht hatten.

147 Aus der angefochtenen Entscheidung (Randnrn. 129 und 134) ergibt sich, dass im weiteren Verlauf sowohl die Privatbanken als auch die Landesbanken den Anteil hybrider Eigenkapitalinstrumente an ihrem Kernkapital erhöht haben, wobei diese Erhöhung insbesondere bei den Landesbanken erheblich war. Der angefochtenen Entscheidung ist ferner zu entnehmen (Randnrn. 179 und 180), dass die von den Banken nach der Erklärung von Sydney platzierten hybriden Eigenkapitalinstrumente, die deren Voraussetzungen für die Anerkennung als Kernkapital über die 15%-Grenze hinaus erfüllten, nicht sehr viel höher vergütet wurden als die vorher platzierten stillen Einlagen. Schließlich zeigt sich aus der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 134) und aus der Antwort der Kommission auf eine schriftliche Frage des Gerichts, dass unter den Kapitalgebern, die von den Landesbanken ausgegebene stille Einlagen gezeichnet haben, private Investoren waren, die nicht als Ausgleich für den geringen Stammkapitalpuffer dieser Banken eine höhere Vergütung für die Einlagen verlangt hatten.

148 Unter diesen Umständen lässt das Vorbringen des Klägers nicht die Annahme zu, dass das Risikoprofil der streitigen Einlage angesichts des geringen Stammkapitalpuffers aus wirtschaftlicher Sicht dem von Stammkapital vergleichbar ist.

149 In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen ist die Kritik des Klägers an der Aussage der Kommission, Kapitalgeber seien bei Landesbanken eher geneigt, einen geringeren Stammkapitalpuffer zu akzeptieren, weil deren Risikostruktur geringer sei, nicht zu prüfen. Die Gründe, aus denen die Kapitalgeber bei Landesbanken eher geneigt sein könnten, einen geringeren Stammkapitalpuffer hinzunehmen, sind nämlich im vorliegenden Fall ohne Belang, da nachgewiesen ist, dass ein geringer Stammkapitalpuffer private Kapitalgeber weder davon abhält, stille Einlagen von Landesbanken zu zeichnen, noch sie dazu veranlasst, eine höhere Vergütung als für stille Einlagen zu verlangen, die von Banken ausgegeben werden, die einen größeren Stammkapitalpuffer aufweisen.

— Permanenz der Einlage und fehlende Übertragungsmöglichkeit

150 In der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission im Wesentlichen die Auffassung vertreten, dass die Permanenz der Einlage und die fehlende Übertragungsmöglichkeit es nicht rechtfertigten, dass die Vergütung für die streitige Einlage eher mit der Vergütung für Stammkapital verglichen werde als mit der Vergütung für befristete stille Einlagen, und dass die Auswirkungen dieses Merkmals im Rahmen der Berechnung der angemessenen Vergütung zu untersuchen seien. Zur Begründung führte sie an, dass die Permanenz der streitigen Einlage in erster Linie für den Kapitalgeber das Risiko berge, Zinssteigerungen am Markt nicht nachvollziehen zu können, sich aber nicht auf die Höhe des Verlustrisikos in der Insolvenz oder Liquidation auswirke (Randnr. 138 der angefochtenen Entscheidung).

151 Der Kläger trägt vor, dass das Risikoprofil der streitigen Einlage im Vergleich zu den am Markt platzierten stillen Einlagen nicht durch ihre Permanenz erhöht werde, sondern durch die fehlende Desinvestitionsmöglichkeit des Landes, weil die Einlage nicht fungibel sei und das Land seine Rechte nicht ohne Zustimmung der Helaba auf einen Dritten übertragen könne. Die am Markt platzierten „Perpetuals“ seien hingegen börsennotiert, so dass der Kapitalgeber jederzeit desinvestieren könne und nicht unbegrenzt an die Bank gebunden sei. In der Erwiderung kritisiert der Kläger, dass die Kommission die Permanenz und die Fungibilität behandele, als ob es sich dabei

um zwei unverbunden nebeneinander stehende Aspekte handelte, obwohl das Risikoprofil der streitigen Einlage aus dem Zusammenspiel der beiden Merkmale resultiere, was dazu führe, dass dem Land die Möglichkeit zur Desinvestition genommen werde. Er wendet sich auch gegen die Aussage der Kommission, dass die Fungibilität nicht ausgeschlossen, sondern nur eingeschränkt sei.

152 Es ist festzustellen, dass die Verfahrensbeteiligten in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage des Gerichts bestätigt haben, dass es stille Einlagen gibt, die wie im vorliegenden Fall zwischen der Emissionsbank und den Kapitalgebern außerbörslich verhandelt werden und nicht börsennotiert sind. Daher ist die aus der Börsennotierung einer Einlage folgende Fungibilität kein Merkmal aller von privaten Kapitalgebern gezeichneten stillen Einlagen. Den Akten ist jedoch nicht zu entnehmen, dass die außerbörslich verhandelten Einlagen höher vergütet würden als die börsennotierten.

153 Jedenfalls unterscheidet sich die streitige Einlage in dieser Hinsicht auch von Stammkapitalinvestitionen, da, wie der Kläger im Verwaltungsverfahren geltend gemacht hat, das dem Erlass der angefochtenen Entscheidung vorausgegangen ist (Randnr. 68 der angefochtenen Entscheidung), ein Aktionär, zumindest ein solcher von Kapitalgesellschaften wie die deutschen Banken, die die von der Kommission zum Vergleich herangezogenen Einlagen emittiert haben, seine Investition jederzeit frei verkaufen kann.

154 Selbst wenn also die Investition des Landes nicht fungibel ist und dies das Ausfallrisiko in der Insolvenz oder Liquidation gegenüber stillen Einlagen erhöht, unterscheidet sie dieser Umstand gleichermaßen von einer Stammkapitalinvestition in die Emissionsbanken der Einlagen, die von der Kommission zum Vergleich herangezogen wurden, und bedeutet nicht, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass die streitige Einlage mit anderen, am Markt platzierten stillen Einlagen zu vergleichen sei und nicht mit Stammkapital, und dabei

deren Besonderheiten durch gebotene Vergütungsaufschläge, insbesondere den Permanenzzuschlag, Rechnung trug.

Zu den Merkmalen der streitigen Einlage, die im Verwaltungsverfahren nicht geltend gemacht und in der angefochtenen Entscheidung nicht geprüft wurden

155 Der Kläger trägt vor, dass die streitige Einlage ein hohes Verlustrisiko sowohl für die Vergütung als auch für das eingebrachte Vermögen berge, und das selbst ohne den zuvor geprüften Fall einer Liquidation oder Insolvenz. Er beruft sich hierfür darauf, dass die streitige Einlage an den Jahresverlusten der Helaba sowie am Risiko des Landes, bei einem Jahresverlust der Helaba die Vergütung nicht zu erhalten und das eingebrachte Vermögen nicht zurückzuerhalten, teilnehme.

156 In Bezug auf die Teilnahme an den Jahresverlusten der Helaba macht der Kläger geltend, dass die streitige Einlage wirtschaftlich wie Stammkapital an ihnen teilnehme, da nach § 3 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 des Vertrags die Einlage bis zur vollen Höhe an einem eventuellen Jahresverlust der Helaba teilnehme und bei Beendigung des Vertrags etwaige Verluste den Rückgewähranspruch des Landes minderten. Es sei irrelevant, dass die Verlustteilnahme typisch für alle stille Einlagen sei, da sie im Zusammenhang mit allen wirtschaftlichen Ausstattungsmerkmalen der streitigen Einlage zu beurteilen sei. Auch die Tatsache, dass nach § 4 des Vertrags (Besserungsanspruch) bei Verlusten zukünftige Gewinne zur Wiederauffüllung der Einlage zu verwenden seien, bedeute keine Besserstellung des Landes gegenüber einem Anteilseigner, weil das Land nicht wie dieser an einer Erhöhung des Unternehmenswerts partizipiere.

157 Hierzu ist festzustellen, dass es zwar zutrifft, dass die Verlustteilnahme die streitige Einlage an Stammkapital annähert — deshalb wurde sie vom BAKred als Kernkapital

der Helaba anerkannt —, dass dies jedoch nichts daran ändert, dass sie sie nicht von anderen stillen Einlagen unterscheidet, die ebenfalls als Kernkapital anerkannt sind.

158 Zwar ist richtig, dass im vorliegenden Fall der Wert der Einlage aufgrund von Verlusten der Helaba stärker sinken wird als bei den von der Kommission zum Vergleich herangezogenen Einlagen. Da dies aber eine Folge dessen ist, dass die streitige Einlage einen größeren Anteil am Kernkapital der Helaba ausmacht als andere Einlagen an den Eigenmitteln der Emissionsbanken, handelt es sich nicht um ein Merkmal der streitigen Einlage, das sich vom Volumen im Verhältnis zum gesamten Kernkapital der Helaba unterscheidet (siehe oben, Randnrn. 136 bis 149).

159 Zum Besserungsanspruch nach § 4 des Vertrags (siehe oben, Randnr. 156) genügt die Feststellung, dass es zwar möglich ist, wie der Kläger vorbringt, dass er das Land nicht notwendigerweise besser stellt als einen Investor in Stammkapital, da die Frage, welche Investition vorteilhafter ist, von den Umständen jedes einzelnen Wirtschaftsjahrs abhängt, doch unterscheidet er sie jedenfalls und rückt die streitige Einlage deshalb näher an stille Einlagen heran, bei denen eine solche Klausel vorgesehen werden kann, als an Stammkapital.

160 Unter diesen Umständen ist die Verlustteilnahme der streitigen Einlage nicht geeignet, darzutun, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie die Vergütung für die streitige Einlage mit der für befristete stille Einlagen verglich.

161 Zum Risiko des Landes, bei einem Jahresverlust der Helaba die Vergütung nicht zu erhalten, trägt der Kläger vor, dass die an das Land zu zahlende Vergütung einen Großteil des Gewinns der Helaba ausmache und daher ein erhebliches Risiko bestehe, dass das Land sie nicht erhalte. Der Anteil der an das Land zu zahlenden Vergütung

am Gewinn der Helaba sei im Jahr der streitigen Einlage sehr viel größer gewesen als der Anteil der Vergütung für die von Privatbanken ausgegebenen Einlagen, die in der angefochtenen Entscheidung zum Vergleich herangezogen worden seien, am Gewinn der jeweiligen Bank.

162 Hinsichtlich des Risikos des Landes, das eingebrachte Vermögen nicht zurückzuerhalten, vertritt der Kläger die Auffassung, dass die Helaba aufgrund des quantitativ hohen Anteils der streitigen Anlage an ihrem Kernkapital nicht in der Lage wäre, dem Land die Einlage zurückzugewähren, weil ihre Gewinne es ihr nicht erlauben würden, das Kernkapital, das sie dabei verlöre, zu ersetzen.

163 Es ist festzustellen, dass diese beiden Merkmale der streitigen Einlage im Wesentlichen die Folge dessen sind, dass die Einlage einen größeren Anteil am Kernkapital der Helaba einnimmt als die Vergleichstransaktionen am Kernkapital der Banken. Wie bereits in Bezug auf die Verlustteilnahme entschieden (siehe oben, Randnr. 158), sind diese beiden Merkmale nicht unabhängig voneinander zu prüfen. Was zudem den Anteil der Vergütung des Landes am Gewinn der Helaba im Jahr 1998 anbelangt, ist festzustellen, dass der Kläger zum einen nicht berücksichtigt, dass die Helaba gemäß dem Stufenmodell die gesamte streitige Einlage — abgesehen von dem Teil, der für die Unterlegung der Tätigkeiten zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus benötigt wurde — erst ab 2003 zu einem Satz von 1,4 % vergüten musste, und dass er zum anderen für seinen Vergleich den Gewinn nach Steuern der Helaba von 1998 heranzieht und nicht ihren Jahresüberschuss vor Steuern, obwohl nicht bestritten wird, dass, da die streitige Einlage eine stille Einlage ist, ihre Vergütung gemäß den deutschen Rechtsvorschriften eine Betriebsausgabe darstellt, die vor Steuern zu leisten ist.

164 Daraus folgt, dass das Vorbringen des Klägers zum Risiko des Landes, bei einem Jahresverlust der Helaba mit der Vergütung auszufallen und das eingebrachte Vermögen nicht zurückzuerhalten, nicht den Schluss zulässt, dass der Kommission ein

offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie die Vergütung für die streitige Einlage mit der für befristete stille Einlagen verglich.

Zum Marktumfeld zum Zeitpunkt der Einbringung der streitigen Einlage

165 Nach Ansicht des Klägers hat die Kommission das Kriterium des privaten Kapitalgebers falsch angewandt, weil sie sich für die wirtschaftliche Einordnung der streitigen Einlage nicht in den Zeitpunkt der Einlagengewährung, den 31. Dezember 1998, zurückversetzt habe.

166 In Randnr. 129 der angefochtenen Entscheidung verweise die Kommission auf die von der Bundesrepublik Deutschland geschilderte und in den Randnrn. 96 und 99 der Entscheidung zusammengefasste Praxis der Privatbanken. In diesen Randnummern führe die Kommission aus, die Bundesrepublik Deutschland habe vorgetragen, dass erstens nur wenige Monate nach der Helaba die Deutsche Bank ein „Perpetual" am Kapitalmarkt aufgenommen habe, zweitens der Markt schon ab 1999 der Unterscheidung zwischen befristeten und unbefristeten Kapitalinstrumenten keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen habe und drittens die Behauptung des Klägers, für große Volumina sei nur Stammkapital einsetzbar, durch die Größenordnung der stillen Einlagen widerlegt werde, die private Kreditinstitute am Kapitalmarkt sowohl in den Jahren 1998 und 1999 als auch später aufgenommen hätten. Der Kläger fügt hinzu, dass die Tabelle in Randnr. 101 der angefochtenen Entscheidung die Entwicklung der Anteile des hybriden Eigenkapitals am gesamten Kernkapital von drei Privatbanken in den Jahren 1998-2003 zeige. Indem die Kommission auf die in dieser Weise von der Bundesrepublik Deutschland dargestellte Praxis der deutschen Banken abstelle, stütze sie sich auf Informationen, die erst in den Jahren nach der streitigen Einlage verfügbar gewesen seien.

167 Der Kläger fügt hinzu, dass das Land Ende 1998 die zukünftigen Entwicklungen auf dem Kapitalmarkt hinsichtlich stiller Einlagen und „Perpetuals" nicht vorhersehen

konnte. Die Kommission habe deshalb allein das Marktumfeld 1998 für die wirtschaftliche Einordnung der streitigen Einlage berücksichtigen und nicht zukünftigen, zum Zeitpunkt der Einbringung der streitigen Einlage unbekannten Entwicklungen des Kapitalmarkts vorgreifen dürfen.

168 Es ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung das Verhalten eines öffentlichen Kapitalgebers mit dem eines privaten Kapitalgebers im Hinblick darauf zu vergleichen ist, wie sich ein privater Kapitalgeber bei dem fraglichen Vorgang angesichts der zum entsprechenden Zeitpunkt verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen verhalten hätte (Urteile des Gerichts vom 30. April 1998, Cityflyer Express/Kommission, T-16/96, Slg. 1998, II-757, Randnr. 76, und WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, Randnr. 246).

169 Für den vorliegenden Fall ist zunächst festzustellen, dass der Verweis der Kommission auf die Praxis der deutschen Banken in Randnr. 129 der angefochtenen Entscheidung nur dazu dient, ihre Auslegung der Erklärung von Sydney zu untermauern, wonach diese nicht den Schluss zulasse, dass innovative permanente Kapitalinstrumente in keinem Fall als Kernkapital anerkannt werden könnten oder dass sie ebenfalls unter die Grenze von 15 % des Kernkapitals fielen. Die Kommission führt also diese Praxis an, um zu verdeutlichen, dass sie für die Möglichkeit spreche, innovative permanente Kapitalinstrumente über die 15%-Grenze hinaus einzusetzen. Die Kommission stützt daher ihre Beurteilung nicht auf diese nach der streitigen Einlage erfolgten Vorgänge, sondern zieht sie nur heran, um ihre eigene Auslegung der Erklärung von Sydney zu untermauern.

170 Jedenfalls erläutert der Kläger nicht, warum die Marktentwicklung nach der Erklärung von Sydney für das Land und die Helaba zum Zeitpunkt ihrer Einigung über die streitige Einlage nicht vorhersehbar gewesen sein soll. Das wäre um so notwendiger, weil sich aus der angefochtenen Entscheidung ergibt, dass die Marktentwicklung die

Annahmen der Parteien der streitigen Einlage, dass „Perpetuals“ nicht im Verhältnis zu Stammkapital zu vergüten seien und die Größe des Stammkapitalpuffers keinen Einfluss auf die Vergütungshöhe habe, bestätigt hat.

171 Zum anderen bestreitet der Kläger, dass in Deutschland zum Zeitpunkt der streitigen Einlage ein entwickelter Markt für hybride Kernkapitalinstrumente bestanden habe, auf dem die Helaba eine Einlage wie die streitige hätte platzieren können. Ein „Perpetual“ ohne Step-up-Regelung wie die streitige Einlage hätte nach Ansicht des Klägers 1998 nicht an institutionelle Anleger wie das Land platziert werden können. Erst ab 2004 seien institutionelle Investoren bereit gewesen, solche „Perpetuals“ zu zeichnen. Außerdem hätten diese „Perpetuals“ ein geringeres Volumen gehabt und seien börsennotiert gewesen. Ferner hätte die streitige Einlage auch in der Folgezeit nicht platziert werden können, zum einen aufgrund ihres Volumens, zum anderen, weil sie nur von einem einzigen Investor gezeichnet und in voller Höhe als Kernkapital anerkannt worden sei, und zwar als Kernkapital der Helaba und nicht der Gruppe, zu der sie gehöre.

172 Nach Ansicht des Klägers verdeckt die Kommission diesen Umstand durch die Behauptung, die Helaba hätte sich das Vermögen auch durch die Ausgabe mehrerer kleinerer Tranchen beschaffen können. Hierzu macht er u. a. geltend, dass diese Behauptung gegen das Kriterium des privaten Kapitalgebers verstoße, da dabei auf das Verhalten eines Kapitalgebers in einer anderen Lage als die des Landes abgestellt werde und damit eine Verkehrung der maßgeblichen Perspektive in dem Sinne einhergehe, dass sie sich auf die Alternativen gründe, die die Helaba in der Zukunft gehabt hätte, und nicht auf die Frage, ob ein privater Kapitalgeber der Helaba eine Einlage vergleichbarer Art zu denselben Bedingungen gewährt hätte. Dem Kläger zufolge hätte daher die mangelnde Entwicklung des deutschen Marktes für hybride Kernkapitalinstrumente die Kommission zu der Annahme veranlassen müssen, dass die Helaba ein vergleichbares Kernkapitalvolumen nur in Form von Stammkapital am Markt hätte aufnehmen können.

173 Es ist festzustellen, dass der Kläger der Bezugnahme der Kommission in Randnr. 137 der angefochtenen Entscheidung auf ein „Perpetual“ ohne Step-up-Regelung, das 1987 emittiert und von institutionellen Anlegern gezeichnet worden sei, nicht direkt widerspricht und kein Argument vorträgt, um darzutun, dass die Kommission ihre

Beurteilung nicht darauf stützen durfte. Auch wenn der Kläger also vorträgt, dass die erste Emission eines „Perpetual“ ohne Step-up-Regelung, die von deutschen institutionellen Anlegern gezeichnet worden sei, aus dem Jahr 2004 stamme, und die erste Emission dieser Art, die von einer deutschen Bank durchgeführt worden sei, aus dem Jahr 2005, genügen diese Ausführungen nicht, um darzutun, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie sich auf den in Randnr. 137 der angefochtenen Entscheidung erwähnten Vorgang stützte, um das Argument zu widerlegen, dass institutionelle Anleger nicht bereit gewesen seien, „Perpetuals“ ohne Step-up-Regelung zu zeichnen, so dass die streitige Einlage wegen der fehlenden Befristung nur mit Stammkapital zu vergleichen gewesen sei.

174 Die vom Kläger angeführten Unterschiede zwischen der streitigen Einlage und den am Markt platzierten stillen Einlagen entsprechen Argumenten, die bereits geprüft und zurückgewiesen worden sind.

175 Hinsichtlich des Vorbringens des Klägers, die Kommission habe mit der Annahme, die Helaba hätte sich das Kapital durch die Ausgabe mehrerer kleinerer Tranchen beschaffen können, gegen das Kriterium des privaten Kapitalgebers verstoßen, ist darauf hinzuweisen, dass es zwar zutrifft, dass das Kriterium des privaten Kapitalgebers die Beurteilung verlangt, ob ein solcher Kapitalgeber die fragliche Transaktion zu denselben Bedingungen durchgeführt hätte, doch ist nach der oben in den Randnrn. 35 und 36 angeführten Rechtsprechung Ziel der Kontrolle staatlicher Beihilfen, festzustellen, ob das begünstigte Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, den es unter normalen Marktbedingungen nicht erlangt hätte, wobei nicht allein auf die Sichtweise des Anlegers abzustellen ist. Daher kann der Kläger nicht behaupten, dass die Frage, ob sich die Helaba dieselben Vorteile zu demselben Preis hätte verschaffen können, unerheblich sei; im Gegenteil ist diese Frage wesentlich für die Feststellung, welches Ergebnis eine Verhandlung zwischen der Helaba und dem hypothetischen privaten Kapitalgeber in derselben Lage wie das Land gehabt hätte.

176 Unter diesen Umständen sind die Rügen des Klägers, es sei auf einen falschen Referenzzeitraum abgestellt worden und die Beurteilung des Marktumfelds zum Zeitpunkt der Einbringung der streitigen Einlage sei fehlerhaft, zurückzuweisen.

Ergebnis zur Einordnung der streitigen Einlage als stille Einlage

177 Die streitige Einlage ist unbestritten ein besonderes Instrument, das weder mit am Markt platzierten — befristeten oder unbefristeten — stillen Einlagen noch mit Stammkapital genau übereinstimmt.

178 Aus der vorstehenden Prüfung folgt jedoch, dass sich die streitige Einlage befristeten, als Kernkapital anerkannten stillen Einlagen aufgrund folgender Merkmale annähert: ihr Rang in Liquidation oder Insolvenz sowohl im Vergleich mit den Gläubigern der Bank als auch im Vergleich mit den Eigentümern; der Umstand, dass eine jährliche Vergütung geschuldet wird, deren Höhe vertraglich festgelegt ist; der Umstand, dass die Vergütung bei einem Jahresverlust ausgesetzt wird und wegen der fehlenden Beteiligung am Wertzuwachs des Unternehmens den einzigen Nutzen darstellt, den der Anleger aus seiner Einlage zieht; der Umstand, dass die Helaba verpflichtet ist, die nicht gezahlte Vergütung in den Folgejahren des Jahres oder der Jahre, in denen die Vergütung nicht gezahlt wurde, zu entrichten; der Umstand, dass die streitige Einlage an den Jahresverlusten der Bank teilnimmt und es einen Besserungsanspruch für den Fall gibt, dass der Wert der Einlage durch Verluste vermindert werden sollte.

179 Dagegen unterscheidet sie sich von befristeten, als Kernkapital anerkannten stillen Einlagen und nähert sich deshalb Stammkapital an, weil sie unbefristet ist und daher über die 15%-Grenze hinaus als Kernkapital anerkannt werden konnte und weil sie einen sehr großen Anteil am Kernkapital ausmacht und als Kernkapital der Helaba und nicht der Gruppe, zu der sie gehört, anerkannt wurde.

180 Schließlich unterscheidet sich die streitige Einlage sowohl von den meisten befristeten, als Kernkapital anerkannten Einlagen als auch vom Stammkapital der Privatbanken, die die von der Kommission zum Vergleich herangezogenen Einlagen emittiert

haben, durch die fehlende bzw. nur sehr eingeschränkte Fungibilität der Investition des Landes. Ferner unterscheidet sie sich von den stillen Einlagen, die die Kommission zum Vergleich herangezogen hat, und von einem Großteil der Stammkapitalinvestitionen dadurch, dass das Land über einen sehr großen Anteil an den Eigenmitteln der Bank verfügt.

181 Die einzigen Merkmale, die die streitige Einlage von den befristeten stillen Einlagen unterscheiden und sie dem Stammkapital annähern, sind demnach, dass sie unbefristet ist und dass sie mehr als 15 % des Kernkapitals der Helaba darstellt. Aus der obigen Prüfung ergibt sich aber zum einen, dass der Kläger nicht dartut, dass diese Merkmale, die typisch für „Perpetuals" sind, auf dem Markt eine Vergütung erzielen lassen, die eher der Vergütung für Stammkapital als der für befristete stille Einlagen entspricht, und zum anderen, dass kein Grund zu der Annahme besteht, dass das Land und die Helaba diese Entwicklung nicht vorhersehen konnten.

182 Nach alledem lässt das Vorbringen des Klägers nicht die Feststellung zu, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie im Anschluss an eine umfassende Prüfung der Merkmale der streitigen Einlage befand, dass diese mehr Ähnlichkeit mit stillen Einlagen als mit Stammkapital habe und daher ihre Vergütung mit der für befristete stille Einlagen, die ein üblicherweise am Markt zu beobachtendes Volumen hätten, zu vergleichen und gegebenenfalls mit einem Aufschlag zu versehen sei.

4. *Zum Vergleich der Vergütung für die streitige Einlage mit der am Markt verlangten Haftungsvergütung*

183 Was den Vergleich der Vergütung für die streitige Einlage mit der am Markt verlangten Haftungsvergütung anbelangt, wendet sich der Kläger gegen die Erwägungen der Kommission in Bezug auf die Berücksichtigung der zusätzlichen Belastung durch die Gewerbesteuer, die die Helaba infolge der streitigen Einlage entrichten muss, den Vergleich der zwischen dem Land und der Helaba vereinbarten Grundvergütung mit

der am Markt verlangten Grundhaftungsvergütung und den Vergleich des im vorliegenden Fall vereinbarten Permanenzzuschlags mit dem am Markt verlangten Permanenzzuschlag.

a) Zur Berücksichtigung der Gewerbesteuer

Angefochtene Entscheidung

184 Nach Ansicht der Kommission war für den Vergleich zwischen der für die streitige Einlage vereinbarten Vergütung und der am Markt vereinbarten Vergütung der die streitige Einlage belastende Gewerbesteuereffekt von hier 0,26 % pro Jahr zu berücksichtigen. Während die Gewerbesteuer von in Deutschland tätigen institutionellen Anlegern zu entrichten sei, die deshalb eine höhere Vergütung verlangten, sei sie im vorliegenden Fall von der Helaba zu entrichten gewesen, weil das Land ihr nicht unterliege. Die Kommission befand daher, dass die mit den Vergütungen im Marktkorridor zu vergleichende Gesamtbelastung der Helaba nicht die von den Parteien vereinbarte Vergütung von 1,4 % gewesen sei, sondern bei 1,66 % gelegen habe (Randnrn. 156 bis 159 der angefochtenen Entscheidung).

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

185 Der Kläger rügt diese Beurteilung und macht geltend, dass der Kapitalgeber üblicherweise bei seiner Renditeerwartung nicht den steuerlichen Status des Empfängers der Investition berücksichtige, und die Kommission nicht nachgewiesen habe, dass der Empfänger seine steuerliche Belastung am Markt in vollem Umfang gegenüber dem Investor hätte durchsetzen können. Es bestehe kein Unterschied zwischen der Höhe der Vergütung, die an die verschiedenen Investoren für dieselbe Einlage gezahlt werde, und das, obwohl inländische nicht gewerblich tätige und ausländische

Investoren nicht der Gewerbesteuer unterlägen, wenn sie stille Einlagen leisteten, und sich daher in derselben Situation befänden wie das Land.

186 Jedenfalls entspreche die zusätzliche Belastung der Helaba nicht dem Betrag der Gewerbesteuer, sondern sei viel geringer, da die Gewerbesteuer eine Betriebsausgabe der Helaba darstelle und folglich ihr steuerliches Einkommen mindere. So betrage die zusätzliche Belastung nach Entrichtung der Körperschaftsteuer (zum damaligen Zeitpunkt in Deutschland 40 %) und des Solidaritätszuschlags (5,5 %) nur 0,15 %.

187 Die Kommission und die Streithelfer treten diesem Vorbringen entgegen.

Würdigung durch das Gericht

188 Was zunächst die Notwendigkeit angeht, die Wirkung der Gewerbesteuer auf die Belastung der Helaba durch die streitige Einlage zu berücksichtigen, ist festzustellen, dass der Kläger nicht bestreitet, dass die Helaba zur Zahlung dieser Steuer verpflichtet ist, weil das Land nicht gewerbesteuerpflichtig ist. Zwar wendet er ein, dass auch einige andere Anleger nicht dieser Steuer unterlägen und dies die Höhe der gezahlten Vergütung nicht beeinflusse, doch haben die Bundesrepublik Deutschland und die Helaba in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass es zwar zutreffe, dass die Banken grundsätzlich Gewerbesteuer auf die Vergütung entrichten müssten, die sie an nicht in Deutschland ansässige oder nicht gewerblich tätige Anleger zahlten, doch sei weder den Banken noch den deutschen Behörden die Identität der Anleger bekannt, die die Rechte aus den stillen Einlagen hielten, so dass die Banken für die gezahlte Vergütung keine Gewerbesteuer entrichteten, obwohl ein Teil dieser Vergütungen an nicht gewerbesteuerpflichtige Anleger gingen.

189 Da die Argumentation der Kommission nicht darauf beruht, dass das Land die Steuer nicht zahlen muss, sondern darauf, dass die Helaba sie zahlen muss, wodurch sie eine finanzielle Belastung trägt, die sie nicht tragen müsste, wenn die Einlage von einem privaten Kapitalgeber am Markt geleistet worden wäre, entkräftet der Umstand, dass die Banken in der Praxis keine Gewerbesteuer auf die Vergütung entrichten, die an nicht in Deutschland ansässige oder an nicht gewerblich tätige Kapitalgeber gezahlt werden, das Argument des Klägers. Im vorliegenden Fall entsteht nämlich der Helaba, anders als im Fall von anderen, am Markt platzierten stillen Einlagen durch die Entrichtung der Gewerbesteuer eine zusätzliche finanzielle Belastung. Diese Belastung ist, auch wenn sie nicht zu einer höheren Vergütung des Landes führt, bei der Prüfung zu berücksichtigen, ob die Helaba durch die streitige Einlage zumindest eine gleich hohe finanzielle Belastung trägt wie die Banken, die stille Einlagen am Markt platziert haben, und ob sie daher einen Vorteil erlangt.

190 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass der Kläger nicht dartut, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie die Wirkung der Gewerbesteuer auf die finanzielle Gesamtbelastung der Helaba infolge der streitigen Einlage berücksichtigte.

191 In Bezug auf die Berechnung der tatsächlich von der Helaba getragenen Kosten ist sodann darauf hinzuweisen, dass es im vorliegenden Fall nicht darum geht, festzustellen, wie hoch die Gesamtbelastung der Helaba aus der streitigen Einlage nach Steuern ist, sondern darum, diese Belastung mit derjenigen zu vergleichen, die durch eine von einem privaten Kapitalgeber gezeichnete befristete Einlage entstünde. Der Vergleich der Belastungen durch die eine oder die andere Einlage kann anhand der Belastung vor oder nach Steuern erfolgen, vorausgesetzt, dass bei der Bewertung auf denselben Zeitpunkt abgestellt wird. Da die Kommission in der angefochtenen Entscheidung auf die Belastung vor Steuern aus den von ihr zum Vergleich herangezogenen stillen Einlagen abstellt, ist auch auf die Belastung aus der Gewerbesteuer vor Steuern abzustellen (vgl. in diesem Sinne Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, Randnr. 384).

192 Daraus folgt, dass der Kläger auch nicht dartut, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass die Belastung aus der Entrichtung der Gewerbesteuer, auf die für den Vergleich der Vergütung für die streitige

Einlage mit der Vergütung für am Markt platzierte Einlagen abzustellen sei, die Belastung vor Steuern sei.

b) Zum Vergleich der Grundvergütung mit der am Markt verlangten Grundhaftungsvergütung

Angefochtene Entscheidung

193 Die Kommission führt aus, dass die Prüfung der zehn von der Bundesrepublik Deutschland angegebenen Transaktionen (in Randnr. 164 der angefochtenen Entscheidung aufgeführt) einen Korridor für Haftungsvergütungen von 0,75 % bis 1,6 % ergebe (Randnrn. 162, 163, 165 bis 167 der angefochtenen Entscheidung).

194 Die Kommission untersucht anschließend die verschiedenen Besonderheiten der streitigen Einlage, die einen Einfluss auf die Höhe der Vergütung haben könnten. Sie ist hierbei der Ansicht, dass weder ein Aufschlag wegen des Volumens der Transaktion noch ein Abschlag wegen des Ratings der Helaba vorzunehmen sei. Wegen des geringeren Stammkapitalpuffers sei jedoch festzuhalten, dass ein privater Kapitalgeber eine Grundhaftungsvergütung im unteren Bereich des Korridors nicht akzeptiert hätte (Randnrn. 168,169, 171 und 172 der angefochtenen Entscheidung).

195 Die Kommission schließt daraus, da die Belastung der Helaba aus der streitigen Einlage im mittleren bzw. sogar oberen Bereich des Marktkorridors gelegen habe, gebe es keine Anhaltspunkte für eine Begünstigung der Helaba und damit auch nicht für eine staatliche Beihilfe (Randnr. 172 der angefochtenen Entscheidung).

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

196 Der Kläger erinnert als Erstes daran, dass die streitige Einlage wegen ihres Risikoprofils einer Stammkapitalinvestition und nicht einer befristeten stillen Einlage gleichzusetzen sei, und macht geltend, dass deshalb die Berechnung der Kommission, die sich auf einen Marktkorridor stütze, den die Kommission von Haftungsvergütungen für befristete stille Einlagen abgeleitet habe, falsch sei. Dadurch, dass die Kommission die streitige Einlage fälschlicherweise mit stillen Einlagen gleichgestellt habe, berücksichtige sie nicht, dass über den Permanenzzuschlag für die streitige Einlage hinaus andere Aufschläge erforderlich seien, um der finanziellen Situation der Helaba, der fehlenden Publizität und den geringeren Transaktionskosten Rechnung zu tragen.

197 Als Zweites rügt der Kläger die Art und Weise, wie die Kommission die Grundhaftungsvergütung berechnet hat.

198 Zum einen habe die Kommission die Höhe der Grundhaftungsvergütung nicht auf der Grundlage des Ende 1998 bekannten Sachverhalts und Marktumfelds beurteilt, sondern auf der Grundlage zeitlich späterer Transaktionen.

199 Zum anderen müsse die Vergütung für die streitige Einlage aufgrund der Unterschiede zwischen der streitigen Einlage und den Vergleichstransaktionen oberhalb des anhand der Vergleichstransaktionen ermittelten Marktkorridors für die Grundhaftungsvergütung liegen. Die Kommission habe nicht nur die Unterschiede zwischen der streitigen Einlage und den von ihr untersuchten Vergleichstransaktionen falsch beurteilt, sondern auch weitere wichtige Unterschiede nicht geprüft.

200 Die von der Kommission untersuchten Unterschiede — das Volumen der streitigen Einlage, die Höhe des Stammkapitalpuffers und das Rating der Helaba — hätten nach Ansicht des Klägers alle zu einer Erhöhung der Grundhaftungsvergütung im

Verhältnis zu den Vergleichstransaktionen führen müssen. Hinsichtlich der Unterschiede zwischen der streitigen Einlage und den Vergleichstransaktionen, die von der Kommission nicht untersucht worden seien und die zu einer Erhöhung der Grundhaftungsvergütung führen müssten, weist der Kläger darauf hin, dass zum einen die gesamte streitige Einlage von einem einzigen Kapitalgeber erbracht worden sei und dass zum anderen die streitige Einlage nicht fungibel sei, so dass das Land der Helaba seine Investition nicht entziehen könne.

201 Schließlich zeige die in der angefochtenen Entscheidung als eine der Vergleichstransaktionen aufgeführte Einlage der Dresdner Bank in Höhe von einer Milliarde USD, dass die Vergütung der streitigen Einlage oberhalb des Vergleichskorridors hätte liegen müssen, da diese Einlage trotz niedrigeren Risikoprofils höher vergütet worden sei als die streitige Einlage.

202 Die Kommission und die Streithelfer treten diesem Vorbringen entgegen.

Würdigung durch das Gericht

203 Was als Erstes das Vorbringen des Klägers angeht, der von der Kommission herangezogene Marktkorridor sei fehlerhaft, weil er auf Transaktionen beruhe, die nicht mit der streitigen Einlage vergleichbar seien, so genügt die Feststellung, dass sich aus der Prüfung zur Einordnung der streitigen Einlage ergibt, dass der Kommission kein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass die Einlage mehr Gemeinsamkeiten mit stillen Einlagen als mit Stammkapital aufweise (siehe oben, Randnr. 181).

204 Was als Zweites die Prüfung der Marktüblichkeit der Grundvergütung für die streitige Einlage durch die Kommission betrifft, ist zunächst das Vorbringen des Klägers

zurückzuweisen, dass sich die Kommission nicht auf das Marktumfeld zum Zeitpunkt der streitigen Einlage gestützt habe. Selbst wenn man nämlich die fünf von der Kommission herangezogenen Transaktionen von 1999 außer Acht lässt, ergibt eine Betrachtung der restlichen Vorgänge, dass der von der Kommission festgelegte Marktkorridor von 75 bis 160 Basispunkten unverändert bleibt, da die Transaktionen, die die Obergrenze (Einlage in die Bayerische Hypo- und Vereinsbank über 1,2 Milliarden DM) und die Untergrenze (zweite Tranche der von der Deutschen Bank platzierten Einlage über 700 Millionen USD) dieses Korridors markieren, beide aus dem Jahr 1998 stammen. Was den Einwand des Klägers betrifft, diese Einlagen seien jedoch wegen ihrer Befristung nicht mit der streitigen Einlage vergleichbar, so schließt dieses Merkmal, wie dargelegt, nicht jeglichen Vergleich aus.

205 Sodann ist jeder der acht Faktoren zu untersuchen, von denen der Kläger annimmt, dass sie den Marktkorridor für die Grundhaftungsvergütung anhöben und dass sie von der Kommission entweder fehlerhaft oder überhaupt nicht gewürdigt worden seien.

206 Was erstens die finanzielle Lage der Helaba angeht, macht der Kläger geltend, dass ihr Gewinn 1998 im Verhältnis zu der an das Land zu zahlenden Vergütung relativ gering gewesen sei, so dass die Gefahr bestanden habe, dass der Gewinn nicht ausreichen würde, um die vereinbarte Vergütung zu zahlen. Auch weitere Finanzzahlen der Helaba (Eigenkapitalrendite, Ausschüttungsquote und Kernkapitalquote) seien von 1984 bis 1994 im Vergleich zu den Privatbanken deutlich schlechter gewesen.

207 Hierzu ist festzustellen, dass der Kläger mit seinem Vorbringen, der Gewinn der Helaba sei im Verhältnis zur Höhe der Vergütung gering gewesen, das oben in Randnr. 161 wiedergegebene Argument zum Risiko, mit der Vergütung auszufallen, wiederholt. Wie aber oben in Randnr. 163 ausgeführt, lässt der Vergleich, den der Kläger zwischen der Vergütung, zu deren Zahlung die Helaba ab 2003 verpflichtet war, und ihrem Gewinn im Jahr 1998 zieht, nicht die Feststellung zu, dass ein besonderes Risiko besteht, mit der Vergütung auszufallen. Zum Argument, die weiteren

Ergebnisse der Helaba seien schlechter gewesen als die der privaten Großbanken, genügt der Hinweis, dass sich der Kläger, obwohl die streitige Einlage Ende 1998 verhandelt und in die Helaba eingebracht wurde, auf Daten aus den Jahren 1984 bis 1994 beruft. Unter diesen Umständen lässt das Vorbringen des Klägers nicht die Feststellung zu, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie nicht befand, dass die Vergütung wegen der finanziellen Lage der Helaba hätte höher ausfallen müssen als vereinbart.

208 Was zweitens das weitgehende Fehlen von Publizität angeht, weil die Helaba die streitige Einlage von einem einzigen Kapitalgeber erhalten habe, trägt der Kläger vor, dass die schädliche Öffentlichkeitswirkung bei Schwierigkeiten oder Änderungen in Bezug auf die Einlage im vorliegenden Fall vermieden oder zumindest gesteuert werden könne. Ein privater Kapitalgeber hätte nach Auffassung des Klägers als Ausgleich für diesen Vorteil einen Aufschlag auf die Grundhaftungsvergütung verlangt.

209 Es ist festzustellen, dass diese summarische Behauptung des Klägers nicht ausreichen kann, um darzutun, dass die fehlende Publizität auf dem Markt tatsächlich zu einem Aufschlag auf die Grundhaftungsvergütung führt und der Kommission daher ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie einen solchen Aufschlag im vorliegenden Fall nicht berücksichtigte. Während ferner u. a. aus den Hinweisen der Verfahrensbeteiligten auf eine von einem Versicherungsunternehmen gezeichnete stille Einlage hervorgeht, dass auch private Kapitalgeber eine stille Einlage in voller Höhe zeichnen können, trägt der Kläger nichts vor, was den Schluss zulässt, dass ein solcher Aufschlag auf dem Markt tatsächlich verlangt wird.

210 Dass die streitige Einlage von einem einzigen Kapitalgeber stammt, erlaubt der Helaba überdies nicht, wie der Kläger selbst einräumt, jeglicher Publizität zu entgehen. Die Helaba kann nämlich das Land nicht daran hindern, eventuelle Schwierigkeiten oder Änderungen der Einlage zur Sprache zu bringen, zumal diese Fragen genauso öffentlich im Hessischen Landtag diskutiert werden können wie die ursprüngliche Zeichnung der streitigen Einlage.

211 Was drittens die nach seinem Vortrag für die Helaba geringeren Transaktionskosten betrifft, macht der Kläger geltend, dass die Helaba dadurch, dass sie die Einlage von einem einzigen Kapitalgeber erhalten habe, erhebliche Kosten aus der Begebung der Emission sowie aus ihrer Verwaltung und Umsetzung spare. Ein privater Kapitalgeber hätte nach Ansicht des Klägers auch als Ausgleich für diesen Vorteil einen Aufschlag auf die Grundhaftungsvergütung verlangt.

212 Es ist festzustellen, dass der Kläger mit dieser durch nichts gestützten Behauptung nicht dartut, dass der vorgetragene Umstand auf dem Markt zu einem Aufschlag auf die Grundhaftungsvergütung geführt hätte. Das Land weist zudem darauf hin, dass es ebenfalls erhebliche Kosten gespart habe, indem es das Sondervermögen in voller Höhe bei der Helaba eingebracht habe, anstatt die streitige Einlage zwischen verschiedenen Banken aufzuteilen, so dass der Aufschlag nicht gerechtfertigt sei. Unter diesen Umständen lässt auch dieses Argument nicht den Schluss zu, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie einen Vergütungsaufschlag aus diesem Grund nicht für erforderlich gehalten hat.

213 Was viertens das Transaktionsvolumen anbelangt, kritisiert der Kläger die Beurteilung der Kommission, wonach die Tatsache, dass das Volumen der streitigen Einlage erheblich über dem der zum Vergleich herangezogenen Einlagen liege, nicht zu einem Aufschlag führen müsse, da die streitige Einlage dank des Stufenmodells fünf kleineren aufeinanderfolgenden Einlagen gleichkomme. Außerdem setze sich die Kommission in Widerspruch zu ihren Ausführungen in dem Gerichtsverfahren, in dem das Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, ergangen ist, in dem sie vorgetragen habe, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber bei „in der Praxis eher ungewöhnlichen Größenverhältnissen … einen Aufschlag auf seine Rendite … verlangt“ hätte.

214 Der Kläger wiederholt hierfür seine Argumente gegen die Anerkennung des Stufenmodells. Aus Randnr. 131 des vorliegenden Urteils geht aber bereits hervor, dass der Kommission kein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass die streitige Einlage in Bezug auf die Berechnung der angemessenen Vergütung für die Geschäftsausweitungsfunktion mit einer Abfolge von fünf kleineren stillen Einlagen verglichen werden könne.

215 Jedenfalls ergibt auch unter Außerachtlassung des Stufenmodells eine Prüfung der Transaktionen, auf die die Kommission in Randnr. 164 der angefochtenen Entscheidung abgestellt hat, nicht, dass die Höhe des Volumens notwendigerweise einen Aufschlag auf die Haftungsvergütung nach sich zieht. So wurde für die Einlage in die SGZ-Bank (Oktober 1998) über lediglich 50 Millionen DM (rund 25 Millionen Euro) eine Haftungsvergütung von 1,20 % vereinbart, während die Deutsche Bank für die Tranchen ihrer Einlage über 700 Millionen USD (Januar 1998) nur eine Haftungsvergütung von 0,75 % und 0,8 % gezahlt hat.

216 Zu dem Argument, das die Kommission in dem Gerichtsverfahren vorgebracht hat, in dem das Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, ergangen ist, genügt der erneute Hinweis, dass die in jener Rechtssache fragliche Entscheidung vom Gericht für nichtig erklärt worden ist und die Kommission in der WestLB-Entscheidung von 2004 keinen Aufschlag wegen des hohen Transaktionsvolumens, den sie vorher hatte rechtfertigen wollen, mehr auferlegt hat.

217 Unter diesen Umständen tut der Kläger nicht dar, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie nicht befand, dass die Vergütung aufgrund des absoluten Volumens der streitigen Einlage hätte höher ausfallen müssen als vereinbart.

218 Was fünftens den Stammkapitalpuffer angeht, trägt der Kläger vor, die Kommission habe zwar in Randnr. 169 der angefochtenen Entscheidung die Auffassung vertreten, dass die Höhe der streitigen Einlage im Verhältnis zum Stammkapital erfordere, dass ihre Vergütung im oberen Bereich des Marktkorridors für die Grundhaftungsvergütung liege, doch hätte sie auch berücksichtigen müssen, dass die Einlage in voller Höhe und über die in der Erklärung von Sydney vorgesehene 15%-Grenze für hybride Eigenkapitalinstrumente hinaus als Kernkapital anerkannt worden sei, und zwar als Kernkapital der Helaba und nicht der Gruppe, zu der sie gehöre.

219 Es ist festzustellen, dass es, da die Anerkennung der gesamten Einlage als Kernkapital der Helaba durch ihre Permanenz ermöglicht wurde, keinen Grund für die Annahme

gibt, dass der vom Kläger vorgetragene Umstand einen von dem Aufschlag wegen ihrer fehlenden Befristung unabhängigen Aufschlag erforderlich macht. Hinsichtlich der Tatsache, dass die streitige Einlage als Kernkapital der Helaba und nicht der Gruppe, zu der sie gehört, anerkannt wurde, beschränkt sich der Kläger, wie dargelegt, auf den Vortrag, dass dies der Helaba größere Flexibilität bei der Verwendung des Kapitals ermögliche. In Anbetracht des weiten Wertungsspielraums der Kommission bei der Festlegung der marktüblichen Vergütung ist dieser Hinweis in keiner Weise geeignet, einen offensichtlichen Beurteilungsfehler der Kommission darzutun.

220 Folglich lässt das Vorbringen des Klägers nicht den Schluss zu, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie nicht befand, dass die Vergütung wegen des geringen Stammkapitalpuffers höher hätte ausfallen müssen als vereinbart.

221 Was sechstens das langfristige Rating der Helaba angeht, kritisiert der Kläger die Beurteilung der Kommission in Randnr. 171 der angefochtenen Entscheidung, dass ein privater Kapitalgeber bei der Helaba von einem etwa ähnlichen Verlustrisiko ausgegangen wäre wie bei einer Investition in eine der in der angefochtenen Entscheidung angeführten privaten Großbanken. Er trägt hierzu vor, dass es, lasse man die staatlichen Haftungen außer Betracht, nicht nachvollziehbar sei, dass das Rating der Helaba und der in der angefochtenen Entscheidung genannten privaten Großbanken vergleichbar sein solle und die Vergleichstransaktionen deshalb ohne Anpassung herangezogen werden dürften. Überdies habe die Kommission ihre Beurteilung hierzu nicht begründet.

222 Zur Stützung seiner Behauptung, es sei nicht nachvollziehbar, dass ohne die staatlichen Haftungen das langfristige Rating der Helaba und der in der angefochtenen Entscheidung genannten privaten Großbanken vergleichbar seien, beschränkt sich der Kläger auf den Hinweis, dass die Helaba bei Betrachtung ihrer Kennziffern im Vergleich zu den privaten Großbanken „vermutlich“ ein schlechteres Rating erhalten hätte.

223 Ferner stellt der Kläger die Aussage der Bundesrepublik Deutschland nicht in Frage, auf die sich die Kommission in der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 171) beruft, dass es vor frühestens 2001 keine Methode zur Berechnung des langfristigen Ratings der Landesbanken gegeben habe, bei der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung des Staates außer Acht gelassen worden wären. In der Erwiderung trägt der Kläger zwar vor, dass das Rating der Helaba ohne Berücksichtigung der staatlichen Haftungen in den Jahren 1998 und 1999 niedriger gewesen sei als das der privaten Großbanken, und verweist hierfür auf das Individual-Rating und auf das Finanzkraft-Rating der Helaba im Vergleich zu den Ratings der privaten Großbanken in diesen Jahren. Da dem Dokument, das zur Untermauerung dieser Aussage vorgelegt wurde, jedoch zu entnehmen ist, dass Individual-Ratings und Finanzkraft-Ratings etwas anderes sind als das langfristige (long term) Rating, genügt der bloße Verweis auf diese niedrigeren Ratings der Helaba ohne weitere Präzisierungen weder dafür, darzutun, dass ihr langfristiges Rating, hätte man es unter Außerachtlassung der staatlichen Haftungen ermittelt, notwendigerweise ebenfalls niedriger gewesen wäre als das der privaten Großbanken, noch, dass es Ende 1998 eine Methode zur Bestimmung eines solchen Ratings für die Helaba gegeben hat.

224 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass der Kläger nicht dartut, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass mangels einer passenden Methode zur Berechnung des langfristigen Ratings der Landesbanken Ende 1998, bei der die staatlichen Haftungen außer Acht gelassen worden wären, ein privater Kapitalgeber bei der Helaba von einem etwa ähnlichen Verlustrisiko ausgegangen wäre wie bei einer Investition in eine der in der angefochtenen Entscheidung genannten privaten Großbanken.

225 Zudem ist die angefochtene Entscheidung in diesem Punkt ausreichend begründet. Die vom Kläger gerügte Beurteilung der Kommission sollte nicht die Erheblichkeit eines eventuellen Vergütungsaufschlags in Abrede stellen, sondern bezog sich auf den Abschlag, den die Bundesrepublik Deutschland wegen des angeblich geringen Risikos einer Investition in die Helaba aufgrund der staatlichen Haftungen gefordert hatte. Dies erklärt, warum sich die Kommission darauf beschränkt, die Gründe zu nennen, aus denen die Berechnung der Vergütung nicht auf das langfristige Rating der Helaba Ende 1998 zu stützen gewesen sei, und sich nicht auf das genaue Rating konzentriert, das die Helaba ohne die staatlichen Haftungen gehabt hätte.

226 Was siebtens den Umstand anbelangt, dass die gesamte streitige Einlage von einem einzigen Kapitalgeber erbracht wurde, trägt der Klägers vor, dass bei den Vergleichstransaktionen die stillen Einlagen von einer Vielzahl privater Investoren gezeichnet worden seien, wobei jeder in der Regel zwischen 5 und 10 Millionen Euro, in Ausnahmefällen bis zu 100 Millionen Euro, investiert habe. Während das Land 40 % am Eigenkapital der Helaba erlangt habe, liege bei den Vergleichstransaktionen der Anteil eines einzelnen Kapitalgebers am Kernkapital der jeweiligen Banken bei weniger als 1 %.

227 Der Kläger tritt dem Vorbringen der Kommission in ihrer Klagebeantwortung entgegen, dass die Differenzierung nach dem Emissionsanteil des einzelnen Investors in der Ende 1998 geltenden Marktpraxis keinen Rückhalt finde. Der Kläger macht hierzu geltend, dieses Vorbringen stehe zu der Rechtsprechung des Gerichts im Widerspruch, das in seinem Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt (Randnr. 255), festgestellt habe, dass ein privater Kapitalgeber „seine Gewinne maximieren möchte, ohne jedoch zu große Risiken im Verhältnis zu den anderen Marktteilnehmern einzugehen". Ein Kapitalgeber gehe im Vergleich zu anderen Marktteilnehmern, wenn er in eine Emission als einziger Investor investiere und insbesondere, wenn deren absolutes Volumen erheblich sei, deutlich größere Risiken ein, als wenn er — wie im Fall der von der Kommission herangezogenen Vergleichstransaktionen deutscher Privatbanken — gemeinsam mit anderen Marktteilnehmern eine sehr viel kleinere Tranche an einer Emission zeichne, deren absolutes Volumen darüber hinaus geringer sei.

228 Der Kläger fügt hinzu, dass die streitige Einlage wegen der Konzentration der Risiken des Landes auf einen einzigen Schuldner eine erhebliche Erhöhung des Risikoprofils des Portfolios des Landes beinhalte. Die Risikodiversifikation gelte als allgemeine Grundlage unternehmerischen Risikomanagements, und die bankaufsichtsrechtlichen Regelungen zu Großkrediten beruhten auf der Grundannahme, dass die Konzentration von Risiken auf einen einzigen Schuldner besonders gefährlich sei.

229 Hierzu ist festzustellen, dass zwar die Zeichnung einer Einlage, die 40 % des Kernkapitals der Emissionsbank ausmacht, in voller Höhe ein höheres Risiko für den Kapitalgeber darstellt als die Zeichnung eines Teils, der weniger als 1 % des Kernkapitals

ausmacht, dass sich ein Vergütungsaufschlag jedoch erst dann rechtfertigt, wenn dieser Umstand einen Vorteil für die Emissionsbank darstellt, den sie zu vergüten bereit ist, oder wenn diese Bank das vom Investor angebotene Kapital benötigt und es nicht bei anderen aufnehmen kann. Folgt dagegen die Erhöhung des Risikos des Kapitalgebers aus einer Entscheidung, die er aus ihm eigenen Gründen getroffen hat, unbeeinflusst von den Wünschen und Bedürfnissen der Bank, wird diese sich weigern, einen Vergütungsaufschlag zu zahlen, und das Kapital bei anderen Investoren aufnehmen (vgl. in diesem Sinne Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, Randnr. 320).

230 Im vorliegenden Fall beruht das höhere Risiko, das dem Land dadurch entsteht, dass es einen erheblichen Anteil am Kernkapital der Helaba hält, auf seiner Entscheidung, das Sondervermögen wegen der mit einer Teilung verbundenen Nachteile nicht zu teilen, und nicht auf der Interessenlage der Helaba, die, wie bereits festgestellt (siehe oben, Randnrn. 39 bis 42), keinen dringenden Bedarf an einer wesentlichen Kapitalerhöhung hatte, der sie dazu hätte bewegen können, einen Vergütungsaufschlag hinzunehmen.

231 Überdies gibt es keinen Grund für die Annahme, dass die Helaba das Kapital in Höhe der streitigen Einlage nicht am Markt — gegebenenfalls bei mehreren Investoren — hätte aufnehmen können, unter Berücksichtigung des Stufenmodells zu Konditionen, die ebenfalls seine Anerkennung als Kernkapital ermöglicht hätten, und für eine dem zwischen dem Land und der Helaba vereinbarten Satz entsprechende Grundhaftungsvergütung.

232 Auch wenn also der hohe Anteil des Landes am Kernkapital der Helaba zur Erhöhung seines Risikos führt, ist nicht offensichtlich, dass dieser Umstand einen Vorteil begründet hat, für den die Helaba einen Aufschlag hätte zahlen müssen. Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass der Kommission kein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie nicht befand, dass die Vergütung höher als vereinbart hätte ausfallen müssen, weil die streitige Einlage von einem einzigen Kapitalgeber gezeichnet wurde.

233 Was achtens die fehlende bzw. eingeschränkte Fungibilität der streitigen Einlage angeht, vertritt der Kläger die Auffassung, dass dieser Umstand die streitige Einlage von den Transaktionen unterscheide, die von der Kommission zum Vergleich herangezogen worden seien, weil sie dem Land die Desinvestitionsmöglichkeit nehme.

234 Hierzu ist wie vorstehend in Randnr. 229 festzustellen, dass der Umstand, dass einer der Aspekte der Transaktion zu einer Erhöhung des vom Kapitalgeber eingegangen Risikos führt, einen Vergütungsaufschlag nur dann rechtfertigt, wenn er für die Bank mit einem Vorteil verbunden ist oder die Bank das angebotene Kapital nicht zurückweisen kann.

235 Im vorliegenden Fall aber bietet die fehlende bzw. eingeschränkte Fungibilität der Helaba keinen Vorteil.

236 Den Akten ist nämlich zu entnehmen, dass die am Markt platzierten stillen Einlagen über eine Gesellschaft emittiert werden, die die Einlage als stiller Gesellschafter zeichnet und das erforderliche Kapital am Markt aufnimmt. Die Investoren zeichnen also die stille Einlage nicht direkt bei der Emissionsbank, sondern bei der als Vermittler eingeschalteten Gesellschaft. Diese hingegen kann als stiller Gesellschafter ihre Rechte an der stillen Einlage nur mit Zustimmung der Emissionsbank veräußern.

237 Im vorliegenden Fall ist anstatt der Vermittlergesellschaft das Land — das bereits über das zu investierende Kapital verfügte — an der Transaktion als stiller Gesellschafter beteiligt. Daraus folgt, dass die Transaktion für die Helaba wie bei am Markt platzierten Einlagen abläuft und sie keinen zusätzlichen Vorteil daraus zieht, dass die streitige Einlage nicht börsennotiert ist, da für sie nur Merkmale relevant sind, die es erlauben, dass die Einlage über die in der Erklärung von Sydney für hybride Eigenkapitalinstrumente vorgesehene 15%-Grenze hinaus als Kernkapital anerkannt wird, und zwar die fehlende Befristung, das fehlende Recht des stillen Gesellschafters, die Einlage zu kündigen, und die fehlende Step-up-Regelung. Der Kläger hat auf die Nachfrage des Gerichts nach den Vorteilen, die sich für die Helaba daraus

ergeben, dass die streitige Einlage nicht börsennotiert ist, erklärt, dass er nicht wissen könne, ob dieser Umstand tatsächlich zu einem Vorteil für die Helaba geführt habe.

Ergebnis zum Vergleich der Grundvergütung mit der am Markt verlangten Grundhaftungsvergütung

238 Nach alledem durfte die Kommission unter den Umständen des vorliegenden Falls, ohne einen offensichtlichen Beurteilungsfehler zu begehen, zu der Ansicht gelangen, dass es einem privaten Kapitalgeber in einer der des Landes vergleichbaren Situation nicht gelungen wäre, von der Helaba eine höhere als die zwischen den Parteien vereinbarte Grundvergütung zu erhalten, da sich die Faktoren, die zu einer Erhöhung seines Risikos führen, aus der Beschaffenheit des Sondervermögens und aus seinen Entscheidungen ergeben und der Helaba im Vergleich zu dem, was sie am Markt erhalten hätte, keinen Vorteil verschaffen. Unter diesen Umständen ist der Kommission kein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen, als sie befand, dass die Gesamtbelastung der Helaba durch die Grundvergütung für die streitige Einlage in Höhe von 1,43 % unter Berücksichtigung des Gewerbesteuereffekts der Helaba keinen Vorteil verschafft habe, den sie nicht auch unter Marktbedingungen hätte erlangen können.

c) Zum Vergleich des Permanenzzuschlags mit dem am Markt verlangten Haftungsvergütungszuschlag

Angefochtene Entscheidung

239 In der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission festgestellt, dass sich die streitige Einlage von den meisten Transaktionen, die die Bundesrepublik Deutschland angeführt habe, unterscheide, weil sie einen „Perpetual“ darstelle. Dieser Umstand mache einen Vergütungsaufschlag erforderlich, da er für das Land zu einem gesteigerten Zinsschwankungsrisiko und für die Helaba zu einem gesteigerten

wirtschaftlichen Wert führe, denn seinetwegen könne die in der Erklärung von Sydney festgelegte 15%-Grenze überschritten werden (Randnrn. 173 und 174 der angefochtenen Entscheidung).

240 Sie könne sich aber bei der Beurteilung, ob der Satz von 0,23 %, der sich aus dem von den Parteien vereinbarten Permanenzzuschlag zuzüglich des entsprechenden Teils der Gewerbesteuer zusammensetze, marktüblich sei, nicht bzw. nur sehr eingeschränkt auf Marktdaten aus der Zeit der Transaktion stützen, weil die Parteien in gewisser Weise als Marktpioniere tätig geworden seien. Man könne aber einem öffentlichen Kapitalgeber oder einer öffentlichen Bank nicht verwehren, sich als Marktpioniere zu betätigen. Daher sei nur zu prüfen, ob die Festlegung des Permanenzzuschlags nicht wirtschaftlich eindeutig ermessensfehlerhaft gewesen sei, also etwa auf falschen Erwägungen beruhe (Randnrn. 176 und 177 der angefochtenen Entscheidung).

241 Angesichts der eingeschränkten Datenlage im Jahr der Einlage und im darauffolgenden Jahr sei die von der Bundesrepublik Deutschland vorgelegte Berechnung, die sich aus einem Vergleich der Vergütung für ein „Perpetual" der Deutschen Bank mit der Vergütung für eine stille Einlage der Dresdner Bank ergebe und zu einem Zuschlag von rund 0,29 % führe, plausibel gewesen. Sie habe daher keinen Anhaltspunkt dafür, dass der für den Permanenzzuschlag maßgebliche Vergleichssatz von 0,23 % pro Jahr unterhalb des Marktkorridors liege und daher insofern eine Begünstigung für die Helaba, d. h. eine staatliche Beihilfe vorliegen würde (Randnrn. 182 und 183 der angefochtenen Entscheidung).

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

242 Der Kläger wirft der Kommission vor, einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen zu haben, indem sie befunden habe, dass der auf der Grundlage von befristeten stillen Einlagen berechnete Vergleichskorridor nicht zu ändern sei, um der fehlenden Befristung der streitigen Einlage Rechnung zu tragen.

243 Als Erstes macht er geltend, die Kommission habe mit ihrer Auffassung, das Land und die Helaba hätten sich als Marktpioniere betätigt und ihnen sei daher ein höherer Ermessensspielraum einzuräumen, einen Fehler begangen. Die Helaba und das Land seien nicht als Marktpioniere tätig geworden, weil später keine andere Transaktion mit den Merkmalen der streitigen Einlage vorgenommen worden sei und insbesondere die im Vorfeld der Gewährung der streitigen Einlage im Hessischen Landtag geführten Diskussionen zeigten, dass die Parteien die Transaktionen zwischen anderen Ländern und anderen Landesbanken genau hätten nachahmen wollen, in deren Vergütungen die Kommission Elemente einer staatlichen Beihilfe gesehen habe.

244 Als Zweites macht er geltend, die Kommission hätte ihrer Prüfung keine „Perpetuals" aus dem Zeitraum Mai 1999 bis Dezember 2003 zugrunde legen dürfen. Seien keine Marktdaten verfügbar, dürfe die Kommission nicht unterstellen, dass die Umstände, die ein privater Kapitalgeber von Mai bis Juli 1999 oder im Dezember 2003 berücksichtigt hätte, genauso bereits Ende 1998 gegolten hätten, da die tatsächliche Entwicklung auf dem europäischen Kapitalmarkt das Gegenteil zeige. Deshalb sei es grob fehlerhaft gewesen, die Wettbewerbssituation im Jahr 1999 ohne jegliche Begründung auf das Jahr 1998 zu übertragen.

245 Als Drittes trägt er vor, jedenfalls seien die vier von der Kommission für die Berechnung des Permanenzzuschlags zum Vergleich herangezogenen Transaktionen, drei der Deutschen Bank und eine der Dresdner Bank, in Bezug auf das Gesamtvolumen und das vom Kapitalgeber investierte Volumen, den Anteil der verschiedenen Einlagen am Kernkapital der Emissionsbanken, ihre Anerkennung als Kernkapital der Bank oder Gruppe und die Desinvestitionsmöglichkeit nicht mit der streitigen Einlage vergleichbar.

246 Als Viertes macht er geltend, entgegen der Ansicht der Kommission könne der höhere Aufschlag auf die Vergütung des „Perpetual" der Deutschen Bank im Vergleich zur stillen Einlage der Dresdner Bank nicht mit dem höheren Rating des „Perpetual" begründet werden. Auf Nachfrage des Gerichts in der mündlichen Verhandlung

hat der Kläger erläutert, dass er mit diesem Argument habe geltend machen wollen, dass das niedrigere Rating des „Perpetual" der Deutschen Bank im Vergleich zur befristeten stillen Einlage der Dresdner Bank nicht darauf schließen lasse, dass der Permanenzzuschlag am Markt geringer sei als der durch Vergleich dieser drei Transaktionen ermittelte Satz von 0,29 %, da die Ratings durch eine Vielzahl von Faktoren beeinflusst würden.

247 Die Kommission und die Streithelfer treten diesem Vorbringen entgegen.

Würdigung durch das Gericht

248 Was als Erstes das Vorbringen des Klägers betrifft, das Land und die Helaba seien nicht als Marktpioniere tätig geworden, weil sie nur versucht hätten, die vorherigen Transaktionen der Landesbanken nachzuahmen, so ist erstens festzustellen, dass es — worauf die Helaba hinweist — nicht durch das Protokoll der Sitzung des Wirtschaftsausschusses des Hessischen Landtags vom 2. Dezember 1998 bestätigt wird, auf das sich der Kläger beruft. Zwar ergibt sich aus dem Protokoll, dass diese Transaktionen Berücksichtigung gefunden haben, doch ist ihm ebenfalls zu entnehmen, dass das Land und die Helaba auch berücksichtigt haben, dass die Kommission wegen dieser Transaktionen Verfahren eingeleitet hatte und Diskussionen stattgefunden hatten, um eine Einigung über die Konditionen der streitigen Einlage zu erzielen. Zweitens genügt hinsichtlich des Vorbringens, es habe später keine mit der streitigen Einlage vergleichbare Transaktion stattgefunden, der Verweis auf die vorstehende Analyse zur Einordnung der streitigen Einlage sowie zur Berücksichtigung ihrer Unterschiede für die Bestimmung der marktüblichen Vergütung.

249 Was als Zweites das Vorbringen des Klägers angeht, die Kommission habe keine „Perpetuals" aus dem Zeitraum Mai 1999 bis Dezember 2003 berücksichtigen dürfen, so ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission keine Einwände gegen den zwischen dem Land und der Helaba vereinbarten Permanenzzuschlag erheben konnte, ohne über ein Minimum an Anhaltspunkten zu verfügen, auf die sie sich für die Auffassung hätte stützen können, dass dieser Zuschlag geringer war als ein am Markt ausgehandelter Permanenzzuschlag. Um diese Anhaltspunkte zu finden und dadurch

den Handlungsspielraum der Parteien der streitigen Einlage einzuschränken, hat die Kommission die spätere Marktentwicklung untersucht. Unter diesen Umständen kann der Kläger mit seiner Kritik, mit der die Kommission daran gehindert werden soll, auf Daten über die Zeit nach der streitigen Einlage zurückzugreifen, nicht dartun, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie die Auffassung vertrat, dass es keinen Grund für die Annahme gebe, dass der zwischen dem Land und der Helaba vereinbarte Permanenzzuschlag nicht marktüblich sei.

250 Jedenfalls genügt das Vorbringen des Klägers, das Volumen des Marktes für hybride Eigenkapitalinstrumente sei 1999 sehr signifikant angestiegen, nicht, um darzutun, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass sie sich auf Transaktionen stützen könne, die nach der streitigen Einlage stattgefunden hätten, da kein Anhaltspunkt dafür bestehe, dass sich ein Aufschlag auf die Vergütung wegen der Permanenz einer stillen Einlage stark über die Zeit verändere (Randnrn. 177 und 178 der angefochtenen Entscheidung). Allein die Tatsache, dass das Volumen des Marktes für hybride Eigenkapitalinstrumente sehr stark angestiegen ist, bedeutet entgegen den Ausführungen der Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht, dass der Permanenzzuschlag in jenem Jahr weniger hoch gewesen wäre, so dass die Nutzung der Daten über diesen Zeitraum ihre Schlussfolgerung verfälschen könnte. Im Übrigen erläutert der Kläger nicht, inwiefern eine Steigerung des Marktvolumens einen Einfluss auf die Höhe des Permanenzzuschlags hätte. Der Kläger trägt auch keine Argumente vor, die die Annahme zuließen, dass das Land und die Helaba nicht im Dezember 1998 in zulässiger Weise die Höhe des Aufschlags ermitteln konnten, die im Anschluss von anderen Banken festgelegt wurde.

251 Was als Drittes die Rüge betrifft, die streitige Einlage sei nicht mit den vier von der Kommission angeführten Einlagen vergleichbar, trägt der Kläger Argumente vor, die er schon mehrfach für seine Auffassung vorgebracht hat, die streitige Einlage weise ein Risikoprofil auf, das einen Vergleich mit anderen stillen Einlagen ausschließe, und die vom Gericht zurückgewiesen wurden.

252 Der Kläger trägt auch vor, der Umstand, dass die von der Kommission zum Vergleich herangezogenen Einlagen börsennotiert seien, bedeute, dass sie aus Investorensicht

nicht unbefristet seien und dass deshalb ein gegenüber einem befristeten Finanzierungsinstrument erhöhtes Ausfallrisiko, wenn überhaupt, nur geringfügig sei. Demgegenüber könne das Land im Fall der streitigen Einlage nicht desinvestieren, so dass der Permanenzzuschlag höher ausfallen müsse als bei börsennotierten stillen Einlagen.

253 Hierzu ist jedoch festzustellen, dass der Unterschied zwischen den von der Kommission zum Vergleich herangezogenen Einlagen und der streitigen Einlage beim Grad der Fungibilität und folglich bei der Desinvestitionsmöglichkeit allein die Folge dessen ist, dass das Land im Gegensatz zu den Investoren in börsennotierte stille Einlagen kein liquides und damit fungibles Vermögen investiert hat, sondern ein Sondervermögen, das es nicht veräußern und nur *in natura* zurückerhalten wollte. Ferner verschafft die fehlende bzw. sehr eingeschränkte Desinvestitionsmöglichkeit des Landes der Helaba keinen zusätzlichen Vorteil, den sie deshalb vergüten müsste.

254 Demnach wäre es im vorliegenden Fall einem privaten Kapitalgeber in derselben Lage wie das Land im Rahmen von Verhandlungen unter normalen Marktbedingungen nicht möglich gewesen, außer Acht zu lassen, dass die fehlende bzw. eingeschränkte Desinvestitionsmöglichkeit Folge seiner eigenen Entscheidungen bezüglich der Verwaltung des Sondervermögens und nicht der Bedürfnisse der Helaba gewesen wäre. Ein solcher Kapitalgeber hätte somit den Standpunkt der Helaba und den Umstand berücksichtigen müssen, dass diese nicht bereit gewesen wäre, eine höhere Vergütung für einen Nachteil zu zahlen, der sich für das Land aus den eigenen Entscheidungen ergeben und ihr keinen zusätzlichen Vorteil geboten hätte.

255 Was als Viertes das Vorbringen des Klägers angeht, das gegenüber der befristeten stillen Einlage der Dresdner Bank schlechtere Rating des „Perpetual" der Deutschen Bank erlaube keine Herabsetzung des durch den Vergleich dieser Transaktionen ermittelten Permanenzzuschlags, so ist festzustellen, dass die Kommission die hierfür von der Bundesrepublik Deutschland vorgeschlagene Berechnung nicht für zutreffend erklärt hat, sondern sich darauf beschränkt hat, sie als plausibel zu bezeichnen. Zudem läuft das Argument des Klägers darauf hinaus, der Kommission jeglichen Marktvergleich im vorliegenden Fall zu verwehren, da, wie der Kläger in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, die Vergütung der einzelnen am Markt

vorgenommenen Transaktionen von einer Vielzahl von Faktoren abhängt, deren Einfluss auf die endgültige Vergütung schwer genau abzuschätzen ist.

256 Da die Schlussfolgerung der Kommission in Bezug auf den im vorliegenden Fall vereinbarten Permanenzzuschlag jedenfalls nicht allein auf dieser Berechnung beruht, kann der Kläger mit diesem Argument, selbst wenn es begründet wäre, nicht dartun, dass diese Schlussfolgerung mit einem offensichtlichen Fehler behaftet ist. Wie vorstehend in den Randnrn. 240 und 241 ausgeführt, hat die Kommission insbesondere berücksichtigt, dass das Land und die Helaba als Marktpioniere tätig geworden seien, hilfsweise, dass der Vergleich der Vergütung für die von der Bundesrepublik Deutschland angeführten „Perpetuals" nicht den Schluss zulasse, dass der Vergütungskorridor für „Perpetuals" höher als für befristete stille Einlagen gewesen sei.

257 Nach alledem ist festzustellen, dass der Kläger nicht nachgewiesen hat, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass sie keinen Anhaltspunkt dafür habe, dass der für den Permanenzzuschlag maßgebliche Vergleichssatz von 0,23 % pro Jahr unterhalb des Marktkorridors liege und daher eine Begünstigung für die Helaba und damit eine staatliche Beihilfe vorliege.

Ergebnis zur Prüfung der Marktüblichkeit der Haftungsvergütung

258 Nach alledem ist der Kommission kein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen, als sie befand, dass die Belastung der Helaba aus der streitigen Einlage der am Markt für vergleichbare Transaktionen verhandelten Haftungsvergütung entspreche und daher der Helaba keinen Vorteil verschaffe, den sie unter Marktbedingungen nicht erlangt hätte.

5. *Zum Abzug der Refinanzierungskosten, die der Helaba aufgrund der fehlenden Liquidität der Einlage entstehen, von der Vergütung durch die Kommission*

a) Angefochtene Entscheidung

259 Die Kommission führt aus, da die streitige Einlage der Helaba keine Liquidität verschafft habe, seien dieser im Vergleich zu einer Bank, die eine liquide Einlage erhalten habe, zusätzliche Refinanzierungskosten entstanden, da sie sich diese Liquidität auf den Märkten noch habe beschaffen müssen, um ihre Geschäftstätigkeit gleichermaßen ausweiten zu können (Randnr. 184 der angefochtenen Entscheidung). Daher habe die Helaba nur das Risiko vergüten müssen, dem das Land sein Sondervermögen aussetze, d. h., sie habe dem Land nur die Haftungsvergütung über dem Refinanzierungszinssatz auf dem Interbankenmarkt zahlen müssen (Randnrn. 162 und 187 der angefochtenen Entscheidung).

260 Sie weist insoweit das Argument des Klägers zurück, allein die Refinanzierungskosten nach Steuern dürften von der Vergütung abgezogen werden, und begründet dies damit, dass anders als in dem vom Kläger angeführten WestLB-Fall die streitige Einlage der Helaba — im Gegensatz zu dem Steuervorteil, der bei einer liquiden Einlage eintrete und eine Reduzierung des Abschlags rechtfertige — keinen weiteren Steuervorteil verschaffe (Randnrn. 185 und 186 der angefochtenen Entscheidung).

b) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

261 Der Kläger trägt vor, die angefochtene Entscheidung weise einen Begründungsmangel auf und sei nicht mit dem Kriterium des privaten Kapitalgebers vereinbar.

262 Zum Begründungsmangel macht er geltend, dass der vollständige Abzug des Refinanzierungssatzes der Position der Kommission in der Entscheidung über die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens und auch der Rechtsprechung des Gerichts diametral widerspreche und die Kommission unter diesen Umständen ihre Entscheidung besonders gründlich hätte begründen müssen. Die angefochtene Entscheidung erlaube es nicht, nachzuvollziehen, auf welche Kriterien sich die Kommission für die Auffassung gestützt habe, dass die Helaba tatsächlich zusätzliche Refinanzierungskosten in Höhe des Bruttorefinanzierungssatzes trage, warum die Helaba nur die Haftungsvergütung über dem Referenzzinssatz zahlen müsse, ob die Haftungsvergütung auf den Bruttorefinanzierungszinssatz oder auf den Libor oder Euribor aufgeschlagen werde oder ob Referenzzinssatz und Libor identisch seien.

263 Der Kläger wirft der Kommission ferner vor, das Kriterium des privaten Kapitalgebers fehlerhaft angewandt zu haben, indem sie befunden habe, dass die Helaba nur das Risiko vergüten müsse, dem das Land sein Sondervermögen in Form der stillen Einlage aussetze. Zur Begründung trägt er erstens vor, die fehlende Liquidität sei bereits durch den niedrigeren Einbringungswert des Sondervermögens ausgeglichen worden, zweitens, ein privater Kapitalgeber akzeptiere keinen Vergütungsabschlag wegen fehlender Liquidität seiner Investition, und drittens, das Gericht habe jedenfalls bereits entschieden, dass ein privater Kapitalgeber nur einen Abschlag in Höhe der tatsächlichen Kosten der Bank infolge der fehlenden Liquidität akzeptieren würde.

264 Die Kommission und die Streithelfer treten diesem Vorbringen entgegen.

c) Würdigung durch das Gericht

265 Zum gerügten Begründungsmangel ist festzustellen, dass aus den Randnrn. 184 bis 187 der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, dass nach Auffassung der Kommission die fehlende Liquidität einer Investition in Kernkapital für eine Bank zu höheren Kosten im Vergleich zu den mit einer liquiden Investition verbundenen Kosten führt, da die Bank liquide Mittel in Höhe der Investition am Markt aufnehmen

müsse. Die Bank nehme daher diese Investition nur an, wenn die vereinbarte Vergütung den zusätzlichen Kosten durch die fehlende Liquidität der Investition Rechnung trage und damit ermögliche, die Kosten einer solchen Investition den Kosten einer Investition mit Liquiditätsübertragung anzugleichen.

266 Werden, wie dies für stille Einlagen wie die streitige Einlage der Fall ist, sowohl die Vergütung für die Einlage als auch die Zusatzkosten vor Steuern gezahlt, können sich nach Ansicht der Kommission die Kosten für eine liquide Einlage und für eine nicht liquide Einlage nur angleichen, wenn die Vergütung für die Einlage ermittelt werde, ohne dass der Zinssatz berücksichtigt werde, der bei liquiden stillen Einlagen für die Vergütung der Bereitstellung von Liquidität vorgesehen sei. Werde jedoch, wie im WestLB-Fall, die Investition nach Steuern vergütet, weil sie nicht in Form einer stillen Einlage erfolge, obwohl die Refinanzierungskosten weiterhin als Betriebsausgaben angesehen und vor Steuern vergütet würden, könne nur auf die Nettorefinanzierungskosten abgestellt werden, da sonst die nicht liquide Investition weniger wertvoll für die Bank sei als eine liquide Investition. In letzterem Fall würde ein Kapitalgeber eine höhere Vergütung verlangen, um diesen Vorteil für die Bank auszugleichen.

267 Es ist festzustellen, dass die Kommission auch vor dem Hintergrund u. a. des WestLB-Falls ausreichend erläutert hat, warum ihrer Meinung nach die Helaba im vorliegenden Fall tatsächlich im Vergleich zu einer liquiden Einlage zusätzliche Refinanzierungskosten in Höhe des Bruttorefinanzierungssatzes trägt und warum folglich die Helaba nur die über den Referenzzinssatz hinausgehende Haftungsvergütung zu zahlen hat. Zudem war die Kommission angesichts dieser Begründung nicht zu der Angabe verpflichtet, ob die Haftungsvergütung auf den Bruttorefinanzierungszinssatz oder auf den Libor oder Euribor hätte aufgeschlagen werden müssen oder welches der Referenzzinssatz gewesen wäre.

268 Die Argumente des Klägers zur Berechtigung des Abzugs der Finanzierungskosten sind getrennt zu prüfen.

Zu dem Argument, die fehlende Liquidität sei bereits durch den niedrigeren Einbringungswert berücksichtigt worden

269 Der Kläger trägt hierzu vor, während der Darlehensbestand des Sondervermögens zum 31. Dezember 1998 vier Milliarden Euro betragen habe, umfasse die in der Bilanz der Helaba ausgewiesene stille Einlage dagegen nur 1,264 Milliarden Euro. Mit der Bestimmung des Barwerts sei die streitige Einlage jedem anderen — auch liquiden — Aktivum mit entsprechendem Wert gleichwertig gemacht worden, insbesondere auch deshalb, weil erwartet werde, dass sie mit einem normalen Marktzins verzinst werde. Ein privater Investor würde deshalb die Erträge der Helaba aus dem Wertzuwachs des Sondervermögens berücksichtigen und den eventuellen Refinanzierungskosten der Bank gegenüberstellen.

270 Wie die Kommission hierzu anmerkt, steht die Ermittlung des Wertes des Sondervermögens zum Zeitpunkt der Übertragung an die Helaba in keinem Zusammenhang mit den zusätzlichen Kosten der Helaba durch die streitige Einlage im Vergleich zu einer liquiden stillen Einlage. Dass die Nachteile, die sich für die Helaba aus der fehlenden Liquidität und den Refinanzierungskosten für die maximale Ausweitung ihrer Aktivitäten ergeben, bei der Wertermittlung des Sondervermögens nicht berücksichtigt werden, beruht nämlich klar darauf, dass die Wertermittlung nicht nur von den Parteien der streitigen Einlage durchgeführt wurde, sondern auch vom BAKred, um zu klären, welcher Wert in der Bilanz der Helaba als Kernkapital ausgewiesen werden konnte. Dieser Wert, der aus Gründen des Drittgläubigerschutzes ermittelt wird, ist somit derselbe, unabhängig davon, ob die Helaba sich tatsächlich dazu entschließt, ihre Aktivitäten maximal auszudehnen. Es handelt sich also um einen objektiven Wert, der nicht von der Nutzung des Sondervermögens abhängt. Dieser Wert wäre derselbe, wenn das Vermögen an ein Privatunternehmen veräußert worden wäre oder an eine öffentliche Einrichtung, die nur die Tätigkeit des Sondervermögens hätte fortsetzen wollen und aus diesem Grund keine Liquidität über den Wert des Vermögens hinaus benötigte.

271 Im Übrigen bestätigt das Gutachten, das von der Kommission im Verwaltungsverfahren im WestLB-Fall angefordert worden war, dieses Ergebnis. Das darin angeführte Beispiel eines Verkaufs von Häusern durch die Behörden des Vereinigten Königreichs

Großbritannien und Nordirland, die an Militärangehörige zu geringeren Preisen als Marktpreisen vermietet waren, zu einem Preis, der dem Barwert entsprach, bestätigt nämlich, dass dieser Wert dem objektiven Verkaufspreis entspricht, unabhängig davon, wie der Erwerber das übertragene Kapital nutzen möchte.

272 Der in diesem Gutachten erwähnte und vom Kläger im vorliegenden Fall gegen den Abzug der Refinanzierungskosten vorgebrachte Umstand, dass erwartet wird, dass das übertragene Kapital, sobald der Barwert einmal ermittelt wurde, mit einem Marktzinssatz verzinst wird, trifft zwar zu, kann aber einem solchen Abzug nicht entgegenstehen. Zum einen ergibt sich nämlich aus der im Gutachten enthaltenen Wendung „erwartet wird", dass es sich um eine Annahme und nicht um eine sichere Tatsache handelt, die berücksichtigt werden könnte, um die Refinanzierungskosten auszugleichen. So kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Barwert des Kapitals einige Jahre nach seiner ersten Bewertung nicht mehr diesem Wert zuzüglich der fälligen Zinsen entspricht, sondern niedriger ist, z. B., weil ein Teil der gewährten Darlehen nicht zurückgezahlt wurde. Zum anderen ergibt sich aus der angefochtenen Entscheidung, insbesondere aus den Randnrn. 18 und 30, dass der in der Bilanz ausgewiesene Wert des Kapitals von 1999 bis 2003 stabil geblieben ist und mit der Einbringung des Sondervermögens in die Helaba für diese eine Liquiditätszuführung oder ein Ertragszufluss nicht verbunden ist, da die Zahlungen aus den Darlehen zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus dem Sondervermögen zugute kommen und für Förderzwecke einzusetzen sind. Dass der Barwert des Sondervermögens niedriger ist als sein Nominalwert, führt daher nicht zu einem Jahresgewinn für die Helaba.

273 Folglich werden, wie die Kommission und die Streithelfer geltend machen, durch den Umstand, dass der Barwert des Sondervermögens zum Zeitpunkt der Einbringung, wie er von den Verfahrensbeteiligten und vom BAKred anerkannt wurde, niedriger ist als sein Nominalwert, nicht die Finanzierungskosten der Helaba für die Liquiditätsaufnahme in Höhe der streitigen Einlage am Markt ausgeglichen und sollen nicht ausgeglichen werden. Das vorliegende Argument ist daher zurückzuweisen, ohne dass es erforderlich wäre, der Anregung des Klägers zu folgen, die Kommission zur Vorlage der beiden in Randnr. 16 der angefochtenen Entscheidung genannten Gutachten aufzufordern, in denen der Barwert der streitigen Einlage ermittelt wurde.

Zu dem Argument, ein privater Kapitalgeber hätte einen Abzug der Refinanzierungskosten nicht akzeptiert

274 Der Kläger trägt vor, die Kommission habe mit ihrer Auffassung, dass ein privater Kapitalgeber einen Vergütungsabschlag wegen der fehlenden Liquidität seiner Einlage hingenommen hätte, zwei Fehler begangen, einen finanzwirtschaftlichen und einen volkswirtschaftlichen.

275 Der finanzwirtschaftliche Fehler bestehe darin, dass sie eine Verbindung zwischen der Entscheidung des Landes, sein Sondervermögen einzubringen, und der Entscheidung der Helaba, dies zu akzeptieren, hergestellt habe. Jede dieser Entscheidungen sei durch Parameter — Renditeaussichten, Risiko, Refinanzierungskosten — bestimmt, die nicht von den Parteien, sondern vom Kapitalmarkt festgelegt würden. Ein Kapitalgeber werde eine Einlage nicht vornehmen, wenn er keine Aussicht auf eine Rendite habe, die dem eingegangenen Risiko entspreche. Auf die Kritik der Kommission, der Kläger stütze seine Argumentation auf ein „Separationstheorem", das, abgesehen davon, dass es nicht das einzige sei, das formuliert worden sei, auch nicht mit dem Kriterium des privaten Kapitalgebers vereinbar sei, entgegnet der Kläger, dass es nur ein einziges „Separationstheorem" gebe und das Kriterium des privaten Kapitalgebers nicht nur mit diesem vereinbar sei, sondern sogar auf ihm beruhe.

276 Der volkswirtschaftliche Fehler bestehe in der Ansicht der Kommission, dass ein privater Kapitalgeber einen Teil seines Vermögens den Gläubigern der Helaba unbefristet zu einem Satz von 1,4 % zur Verfügung gestellt hätte, der nicht nur viel geringer sei als der Satz für risikofreie Anleihen zum maßgeblichen Zeitpunkt — 4 % —, sondern nicht einmal den langfristigen Inflationssatz erreiche. Der Kläger bestreitet zudem die Aussage der Kommission, der Vergütungssatz liege unter dem einer liquiden Einlage, weil es sich nicht um eine gewöhnliche Einlage handele. Der Kläger betont, dass die streitige Einlage nichts Außergewöhnliches an sich habe, da Sacheinlagen wie Gebäude, Grundstücke oder Produktionsstätten häufig vorgenommen würden.

277 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass dem Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, zu entnehmen ist, dass in Bezug auf die Einordnung einer Investition in ein Unternehmen als staatliche Beihilfe nicht eingewandt werden kann, dass es für die Berechnung

der angemessenen Vergütung nur auf die Sicht des Kapitalgebers ankomme. So hat das Gericht festgestellt, dass ein privater Kapitalgeber in derselben Lage wie das Land Nordrhein-Westfalen bei Verhandlungen unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen die fehlende Liquidität des eingebrachten Kapitals und den Umstand, dass dieses für die WestLB von begrenztem Nutzen war, nicht hätte außer Acht lassen können. Es hat deshalb ausgeführt, dass das Land Nordrhein-Westfalen für dieses Kapital keine Vergütung in ähnlicher Höhe wie für liquides Kapital hätte verlangen können (Urteil WestLB, oben in Randnr. 7 angeführt, Randnrn. 326 und 328). Ferner ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Anwendung des Beihilfenrechts entscheidend ist, ob ein Vorteil für das Unternehmen vorliegt. Daher ist in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem das Land Vermögenswerte besonderer Art investieren möchte, eine Transaktion nicht als zu einer staatlichen Beihilfe führend anzusehen, wenn im Anschluss an die Verhandlungen zwischen der zur Investition bereiten staatlichen Stelle und dem Unternehmen die Bedingungen, die das Unternehmen wegen der Nachteile, die ihm durch die Art des übertragenen Kapitals entstehen, zu akzeptieren bereit ist, eine geringere Vergütung als für am Markt verhandelte liquide Investitionen vorsehen. Sofern nämlich diese Bedingungen nicht vorteilhafter für das Unternehmen sind als diejenigen, die es hätte aushandeln können, wenn es bei der Transaktion, wie dies normalerweise der Fall ist, um liquides Kapital gegangen wäre, entsteht ihm kein Vorteil, den es nicht auch am Markt hätte erlangen können. Dagegen kann nicht gesagt werden, dass die öffentliche Stelle für ihre Investition stets dieselbe Vergütung erhalten muss wie ein Kapitalgeber, der bereit ist, liquides Kapital zu übertragen, damit eine Transaktion dieser Art nicht als staatliche Beihilfe angesehen wird.

278 Unter diesen Umständen ist das Vorbringen des Klägers zur Inflation und zu den Sätzen für risikolose Anleihen zurückzuweisen, da es auf der Prämisse beruht, dass nur der Standpunkt des Kapitalgebers zählt und es nur auf den Vergleich der an das Land gezahlten Vergütung mit der Vergütung, die von einem Kapitalgeber, der dieselben Risiken eingeht, gefordert worden wäre, ankommt, unabhängig von den Vor- und Nachteilen, die sich für die Helaba aus der streitigen Einlage im Vergleich mit den Vergleichstransaktionen ergeben.

279 Diesem Ergebnis steht nicht das Argument des Klägers entgegen, die streitige Einlage habe nichts Außergewöhnliches an sich, da Sacheinlagen wie Gebäude, Grundstücke

oder Produktionsstätten häufig seien. Hierzu ist zum einen festzustellen, dass der Kläger nicht behauptet, hybride Eigenkapitalinstrumente wie die streitige Einlage würden am Markt im Austausch gegen Güter wie Gebäude oder Grundstücke gezeichnet. Zum anderen lässt dieser Vergleich außer Betracht, dass die streitige Einlage besonderer Art ist, selbst im Vergleich zu solchen Gütern. Nicht nur ist die streitige Einlage nicht liquide, die Helaba kann auch keine Liquidität durch ihre Veräußerung erlangen oder sie zu ihrem eigenen Vorteil verwerten.

280 Unter diesen Umständen erlaubt das Vorbringen des Klägers, der zwischen den Parteien der streitigen Einlage vereinbarte Vergütungssatz sei niedriger als der Satz für risikolose Anleihen und die Inflation, nicht die Schlussfolgerung, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass die Helaba dem Land nur das Risiko vergüten müsse, dem es sein Vermögen ausgesetzt habe (Haftungsvergütung), da die streitige Einlage ihr keine liquiden Mittel zur Verfügung gestellt habe und sie diese am Markt aufnehmen müsse.

Zu der Rüge, dass ein Kapitalgeber allenfalls einen Abzug der Refinanzierungskosten in Höhe der tatsächlichen Kosten der Helaba akzeptiert hätte

281 Der Kläger weist darauf hin, dass die Helaba dank der streitigen Einlage ihre Geschäftstätigkeit erheblich ausweiten könne, und macht geltend, dass die Refinanzierungskosten deshalb nicht auf eine „Einheit Geschäft“ umgelegt werden dürften, sondern auf alle durch die Einlage ermöglichten Tätigkeiten umgelegt werden müssten. Die Kommission hätte die relativen wirtschaftlichen Vor- und Nachteile einer Einlage in liquider Form einerseits und der streitigen Einlage andererseits vergleichen müssen. Die fehlende Liquidität der streitigen Einlage könne allenfalls einen Renditeabschlag, nicht aber einen pauschalen Abzug der Refinanzierungskosten rechtfertigen. Darüber hinaus habe die Kommission nicht berücksichtigt, dass einige Transaktionen keine Liquidität benötigten, sondern Einkünfte der Bank generierten.

282 Er fügt hinzu, selbst wenn der gesamte Refinanzierungszinssatz zu berücksichtigen wäre, seien die Refinanzierungskosten eine Betriebsausgabe, die die

Bemessungsgrundlage der Helaba verringere, so dass deren tatsächliche Belastung nach Steuern unter dem Refinanzierungszinssatz liege.

283 Zum Argument des Klägers, die Kommission hätte die relativen wirtschaftlichen Vor- und Nachteile der Einlage je nachdem, ob sie liquide sei oder nicht, vergleichen müssen, ist festzustellen, dass eine nicht liquide Einlage einer Bank keine zusätzlichen Vorteile gegenüber einer liquiden Einlage bringt. So ist die Möglichkeit der Geschäftsausweitung, die sich aus der Erhöhung der Eigenmittel ergibt, sowohl für die Banken, die Liquidität benötigen, als auch für die Banken, die nur haftendes Eigenkapital benötigen, unabhängig von der Art des in die Bank eingebrachten Vermögens dieselbe. Durch eine nicht liquide Einlage entstehen der Bank hingegen zusätzliche Kosten, es sei denn, sie übt nur Tätigkeiten aus, die keine Liquidität erfordern. Der Kläger trägt jedoch nicht vor, dass dies bei der Helaba oder den Banken, die stille Einlagen am Markt platziert haben, der Fall ist. Im Übrigen geht der Kläger bei den Berechnungen, die er in seinen Schriftsätzen vornimmt, um darzutun, dass der relative Einnahmeausfall der Helaba deutlich niedriger als ihre absoluten Kosten sei, auch davon aus, dass die Bank versuchen wird, sich Liquidität in Höhe des eingebrachten Betrags zu beschaffen.

284 Zu den Berechnungen des Klägers ist überdies anzumerken, dass sie anhand eines Beispiels erfolgen, das auf einer Einlage von 100 Euro, einem Faktor der möglichen Geschäftsausweitung von 12,5, einem Refinanzierungszinssatz von 4 % und einem Zinssatz für die Kundenkredite der Helaba von 6,6 % basiert. Der Kläger erläutert, dass die Helaba unter diesen Umständen vor Zahlung der Vergütung einen Gewinn von 36,50 Euro bei einer liquiden Einlage und 32,50 Euro bei einer nicht liquiden Einlage erzielen würde und damit ihr Einnahmeausfall, wenn sie eine nicht liquide Einlage erhalten würde, bei 4 Euro, also 10,96 % läge. Er schlägt deshalb vor, von der Vergütung, die für die liquide Einlage gezahlt würde, nämlich 5,4 % — Satz für risikolose Anleihen von 4 % zuzüglich der zwischen dem Land und der Helaba vereinbarten Haftungsvergütung von 1,4 % —, 10,96 % abzuziehen. Somit betrage die an das Land zu zahlende Vergütung 4,81 %.

285 Hierzu ist zunächst festzustellen, dass diese Berechnungen in hohem Maße spekulativ sind. Ist der Refinanzierungszinssatz für risikolose Anleihen, den der Kläger verwendet, derjenige, der auf zehnjährige Staatsanleihen in Deutschland zum Zeitpunkt der streitigen Einlage anwendbar war, so muss die Helaba gleichwohl, um sich am Markt zu refinanzieren, einen höheren Zinssatz als für Staatsanleihen zahlen (siehe

oben, Randnr. 13). Was den Satz von 6,6 % angeht, scheint, abgesehen davon, dass der Kläger in seinen Schriftsätzen nicht erläutert, worauf er beruht, offensichtlich, dass eine Bank nicht einen einzigen Zinssatz auf jede ihrer Transaktionen zu jeder Zeit und bei jedem ihrer Kunden anwendet.

286 Jedenfalls vermag der vom Kläger vorgeschlagene Teilabzug der Refinanzierungskosten die höheren Kosten der Helaba aus der streitigen Einlage im Vergleich zu einer liquiden Einlage nur zum Teil auszugleichen. Während sich nämlich aus dem Berechnungsvorschlag des Klägers ergibt, dass sich die Refinanzierungskosten der Helaba aus der Beschaffung der Liquidität am Markt auf 4 Euro für eine Kapitalaufnahme von 100 Euro belaufen würden, läge der Abschlag von der an das Land gezahlten Vergütung nur bei 0,59 Euro. Demnach wäre nach der vom Kläger vorgeschlagenen Methode die Belastung der Helaba aus der streitigen Einlage höher als bei einer liquiden Einlage.

287 Unter diesen Umständen tut der Kläger mit seinem Argument nicht dar, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie befand, dass die Bruttorefinanzierungskosten im vorliegenden Fall abzugsfähig seien, um die streitige Einlage für die Helaba nicht teurer werden zu lassen als eine liquide Einlage, was ein privater Kapitalgeber unter den Umständen des vorliegenden Falls nicht hätte durchsetzen können.

288 Zum Argument des Klägers, der Nachteil, der sich für die Helaba aus den Refinanzierungskosten ergebe, werde durch den Vorteil, den sie dadurch habe, dass die Refinanzierungskosten Ausgaben darstellten, die die Besteuerungsgrundlage und damit den Steuerbetrag verringerten, genügt die Feststellung, dass, selbst wenn dies tatsächlich zutrifft, die Gewinne nach Steuern der Helaba dann ebenfalls geringer sind als die Gewinne, die sie erzielt hätte, wenn die Einlage liquide gewesen wäre. Unter diesen Umständen stellt die fehlende Liquidität der streitigen Einlage für die Helaba keinen Vorteil dar.

289 Der vorliegende Fall unterscheidet sich also vom WestLB-Fall, in dem die Kommission, ohne dass ihr Ansatz vom Gericht angezweifelt worden wäre, nur mit dem

Abzug des Netto- und nicht des Bruttorefinanzierungssatzes, wie die Bundesrepublik Deutschland und die an der Transaktion beteiligten Parteien gefordert hatten, einverstanden war. Da die WestLB — anders als die Helaba — an den Kapitalgeber eine Vergütung nach Steuern zahlen musste, hätte sie nämlich bei der Übertragung eines nicht liquiden Vermögens höhere Gewinne erzielt als bei liquidem Kapital.

290 Da nämlich der Einfluss der Refinanzierungskosten auf die Gewinne der Bank dadurch eingeschränkt war, dass sie durch die Verringerung der Besteuerungsgrundlage zu einer Verringerung der Steuerschuld führten, musste der Einfluss dieser Kosten auf die Vergütung ebenfalls verringert werden, um die Bank nicht zugleich in den Genuss einer Steuerermäßigung und einer übermäßigen Herabsetzung der Vergütung kommen zu lassen. Somit glich die Kommission, indem sie die Nettorefinanzierungskosten von der Vergütung abzog, die infolge dieser Kosten erhöhten Ausgaben der WestLB und die aufgrund der Herabsetzung der zu zahlenden Vergütung verringerten Kosten aus und machte so die Transaktion mit einer Übertragung liquider Mittel vergleichbar.

291 Nach alledem hat der Kläger nicht nachgewiesen, dass der Kommission hinsichtlich der Berücksichtigung der von der Helaba aufgrund der fehlenden Liquidität des Sondervermögens zu tragenden Refinanzierungskosten ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist.

292 Unter diesen Umständen hat der Kläger nicht dargetan, dass der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie im Wesentlichen befand, dass die Belastung der Helaba für den Teil der Einlage, den sie für die Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts habe nutzen können, die sich aus der vereinbarten Vergütung, der Gewerbesteuer, den Refinanzierungskosten und der Belastung von 0,3 % für den Rest der streitigen Einlage ergebe, der Belastung entspreche, die sie getragen hätte, wenn sie am Markt Kapital aufgenommen hätte, das ihr dieselben Vorteile geboten hätte. Insbesondere ist der Kommission kein Beurteilungsfehler unterlaufen, als sie unter Berücksichtigung des Kontexts der Transaktion befand, dass der Umstand, dass das Land einen wesentlichen Teil des Kernkapitals der Helaba eingebracht habe und nicht frei desinvestieren könne, auch wenn dies das Risiko des Landes erhöhe, der Helaba keinen zusätzlichen Vorteil verschaffe und es einem privaten Kapitalgeber nicht erlaubt hätte, einen Vergütungsaufschlag zu erhalten.

293 Die Klagegründe, dass die Kommission gegen Art. 87 EG verstoßen und sie die angefochtene Entscheidung nicht ausreichend begründet habe, sind demnach zurückzuweisen.

294 Daher ist die Klage abzuweisen.

Zu den weiteren Anträgen der Verfahrensbeteiligten

295 Der Kläger beantragt, gemäß Art. 64 § 3 der Verfahrensordnung der Kommission aufzugeben, folgende Unterlagen vorzulegen: erstens das von der Bundesrepublik Deutschland im Verwaltungsverfahren vorgelegte und in Randnr. 131 der angefochtenen Entscheidung angeführte Gutachten zum Rang der streitigen Einlage in der Insolvenz der Helaba, zweitens die beiden in Randnr. 16 der angefochtenen Entscheidung erwähnten Gutachten zur Ermittlung des Barwerts der streitigen Einlage und drittens die Vereinbarung oder die Vereinbarungen zwischen den Anteilseignern der Helaba, aus der oder denen sich der „kontrollierende Einfluss" zugunsten des Landes ergebe und auf die die Kommission in ihrer Entscheidung C(2005) 3232 endg. vom 6. September 2005 über die Einbringung des Hessischen Investitionsfonds als stille Einlage bei der Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, die in der Rechtssache angefochten worden ist, in der das Urteil vom heutigen Tag, Bundesverband deutscher Banken/Kommission (T-36/06, oben in Randnr. 31 angeführt), ergangen ist, Bezug genommen habe.

296 Er beantragt ferner, in der mündlichen Verhandlung die Gutachter H. und F. als Zeugen zu hören.

297 Zudem regt der Kläger an, der Helaba aufzugeben, ihre Marktanteile in Hessen, Thüringen und Deutschland für die Jahre 1998-2004 zu beziffern.

298 Abschließend schlägt er für den Fall, dass die Kommission bestimmte Äußerungen des Klägers zur Zulässigkeit der Klage bestreiten sollte, die Vernehmung mehrerer Personen als Zeugen vor.

299 Die Kommission hat auf Aufforderung des Gerichts (siehe oben, Randnr. 25) das von der Bundesrepublik Deutschland im Verwaltungsverfahren beigebrachte Gutachten zum Rang der streitigen Einlage in der Insolvenz der Helaba vorgelegt. Das Gericht hält es angesichts der Erläuterungen durch die Parteien im Laufe des Verfahrens jedoch nicht für erforderlich, die beiden Gutachten zur Ermittlung des Barwerts der streitigen Einlage vorlegen zu lassen. Eine Vorlage der Vereinbarung oder der Vereinbarungen zwischen den Anteilseignern der Helaba, auf die die Kommission in ihrer Entscheidung C(2005) 3232 endg. Bezug nimmt, erscheint nicht erforderlich, da keine der Wertungen der Kommission in der angefochtenen Entscheidung auf dem Einfluss des Landes auf die Helaba beruhen.

300 Auch sind die Gutachter H. und F. nicht als Zeugen zu vernehmen, da ihre Gutachten bereits zu den Akten genommen worden sind.

301 Mangels einer Entscheidung über die Zulässigkeit der vorliegenden Klage ist es weder erforderlich, dem Antrag des Klägers, der Helaba aufzugeben, ihre Marktanteile in Hessen, Thüringen und Deutschland für die Jahre 1998-2004 zu beziffern, stattzugeben, noch, die Personen als Zeugen zu hören, deren Vernehmung für den Fall, dass die Kommission bestimmte Äußerungen des Klägers zur Zulässigkeit der Klage bestreiten sollte, angeregt worden ist.

302 Zum Antrag des Klägers auf vertrauliche Behandlung im Zusammenhang mit der Erwiderung (siehe oben, Randnr. 20) genügt der Hinweis, dass dieser gegenstandslos ist, da die Angaben, die vom Kläger als vertraulich angesehen werden, in der eingereichten Fassung der Erwiderung nicht enthalten sind.

303 Schließlich ist dem Antrag auf Entfernung einiger Anlagen zur Erwiderung (siehe oben, Randnr. 22) aus den Akten stattzugeben, da es sich um interne Dokumente der Kommission handelt.

Kosten

304 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.

305 Nach Art. 87 § 4 Abs. 1 der Verfahrensordnung trägt die Bundesrepublik Deutschland ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Vierte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die vom Bundesverband deutscher Banken e. V. der Erwiderung beigefügten Anlagen 9 und 10 werden aus den Akten entfernt.

2. Die Klage wird abgewiesen.

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

4. Die Bundesrepublik Deutschland trägt ihre eigenen Kosten.

Czúcz Vadapalas Labucka

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

Unterschriften

Inhaltsverzeichnis

Vorgeschichte des Rechtsstreits ..... II - 394

A — Streitige Einlage ..... II - 394

B — Die deutschen Landesbankenfälle ..... II - 396

C — Angefochtene Entscheidung ..... II - 397

Verfahren und Anträge der Verfahrensbeteiligten ..... II - 399

Rechtliche Würdigung ..... II - 402

A — Zur Zulässigkeit ..... II - 402

B — Zur Begründetheit ..... II - 403

1. Kontext der Verhandlungen über die streitige Einlage ..... II - 406

2. Zur Berücksichtigung des Stufenmodells ..... II - 409

a) Angefochtene Entscheidung ..... II - 409

b) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 410

c) Würdigung durch das Gericht ..... II - 411

3. Zu der Rüge, die Kommission habe die streitige Einlage zu Unrecht als „normale“ stille Einlage eingeordnet und nicht als Stammkapitalinvestition ..... II - 417

a) Angefochtene Entscheidung ..... II - 417

b) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 419

c) Würdigung durch das Gericht ..... II - 421

Zu den Merkmalen, auf die die Kommission ihre Ansicht gestützt hat, dass die Vergütung für die streitige Einlage mit der Vergütung für befristete stille Einlagen zu vergleichen sei ..... II - 424

— Verlustrisiko in der Insolvenz oder Liquidation ..... II - 424

— Ertragsprofil ..... II - 427

Zu den Merkmalen der streitigen Einlage, die nach Ansicht der Kommission den Vergleich der Vergütung für die streitige Einlage mit der Vergütung für befristete stille Einlagen nicht hinderten ..... II - 431

— Volumen ..... II - 431

— Stammkapitalpuffer ..... II - 436

— Permanenz der Einlage und fehlende Übertragungsmöglichkeit ..... II - 440

Zu den Merkmalen der streitigen Einlage, die im Verwaltungsverfahren nicht geltend gemacht und in der angefochtenen Entscheidung nicht geprüft wurden ..... II - 442

Zum Marktumfeld zum Zeitpunkt der Einbringung der streitigen Einlage ..... II - 445

Ergebnis zur Einordnung der streitigen Einlage als stille Einlage ..... II - 449

4. Zum Vergleich der Vergütung für die streitige Einlage mit der am Markt verlangten Haftungsvergütung ..... II - 450

a) Zur Berücksichtigung der Gewerbesteuer ..... II - 451

Angefochtene Entscheidung ..... II - 451

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 451

Würdigung durch das Gericht ..... II - 452

b) Zum Vergleich der Grundvergütung mit der am Markt verlangten Grundhaftungsvergütung ..... II - 454

Angefochtene Entscheidung ..... II - 454

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 455

Würdigung durch das Gericht ..... II - 456

Ergebnis zum Vergleich der Grundvergütung mit der am Markt verlangten Grundhaftungsvergütung ..... II - 466

c) Zum Vergleich des Permanenzzuschlags mit dem am Markt verlangten Haftungsvergütungszuschlag ..... II - 466

Angefochtene Entscheidung ..... II - 466

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 467

Würdigung durch das Gericht ..... II - 469

Ergebnis zur Prüfung der Marktüblichkeit der Haftungsvergütung ... II - 472

5. Zum Abzug der Refinanzierungskosten, die der Helaba aufgrund der fehlenden Liquidität der Einlage entstehen, von der Vergütung durch die Kommission ... II - 473

a) Angefochtene Entscheidung ... II - 473

b) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ... II - 473

c) Würdigung durch das Gericht ... II - 474

Zu dem Argument, die fehlende Liquidität sei bereits durch den niedrigeren Einbringungswert berücksichtigt worden ... II - 476

Zu dem Argument, ein privater Kapitalgeber hätte einen Abzug der Refinanzierungskosten nicht akzeptiert ... II - 478

Zu der Rüge, dass ein Kapitalgeber allenfalls einen Abzug der Refinanzierungskosten in Höhe der tatsächlichen Kosten der Helaba akzeptiert hätte ... II - 480

Zu den weiteren Anträgen der Verfahrensbeteiligten ... II - 484

Kosten ... II - 486