ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 20. Oktober 2004

über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Westdeutschen Landesbank — Girozentrale, jetzt WestLB AG

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3925)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2006/737/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN -

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

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

nach Aufforderung der Beteiligten zur Stellungnahme nach Maßgabe der vorerwähnten Vorschriften ([1]) und unter Berücksichtigung ihrer Stellungnahmen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. DAS VERFAHREN

1. *VERWALTUNGSVERFAHREN*

(1) Mit Beschwerde vom 23. März 1993 forderte der *Bundesverband deutscher Banken e.V.* („BdB"), der etwa 300 Privatbanken in Deutschland repräsentiert, die Kommission auf, ein Verfahren nach Artikel 226 EG-Vertrag gegen Deutschland zu eröffnen. Der Verband machte geltend, das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen („BAKred") habe gegen Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 89/299/EWG indem es das Vermögen der *Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen* („Wfa"), die mit der *Westdeutschen Landesbank Girozentrale* („WestLB") fusioniert worden war, als Eigenmittel der WestLB anerkannte.

(2) Mit Schreiben vom 31. Mai 1994 unterrichtete der BdB die für Wettbewerb zuständige Generaldirektion IV von der Vermögensübertragung und sprach in diesem Zusammenhang von einer Wettbewerbsverfälschung zugunsten der WestLB. Am 21. Dezember 1994 legte der BdB förmlich Beschwerde ein und forderte die Kommission auf, gegen Deutschland ein Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag einzuleiten. Im Februar und März 1995 sowie im Dezember 1996 traten zehn Banken der Beschwerde ihres Verbandes bei.

(3) Um beurteilen zu können, ob die Vermögensübertragung eine staatliche Beihilfe darstellt, ersuchte die Kommission die deutschen Behörden mit Schreiben vom 12. Januar, 9. Februar, 10. November und 13. Dezember 1993 sowie vom 16. Januar 1996 um zusätzliche Auskünfte. Diese wurden ihr mit Schreiben vom 9. Februar und 16. März 1993, 8. März 1994, 12. April und 26. April 1996 sowie 14. Januar 1997 mitgeteilt. Seitens der verschiedenen Beteiligten gingen weitere Schreiben und Unterlagen ein. Vertreter der Kommission trafen mit Vertretern der deutschen Behörden, der WestLB und der anderen Landesbanken sowie des Beschwerdeführers mehrmals in den Jahren 1994 bis 1997 zusammen.

(4) Nach diesem Informationsaustausch hielt es die Kommission für notwendig, das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu eröffnen. Sie nahm diesen Beschluss am 1. Oktober 1997 an. Darin gelangte sie zu dem Schluss, dass die fragliche Maßnahme wahrscheinlich eine Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstelle und dass sie zur Prüfung des Vorgangs zusätzliche Auskünfte benötige. Dabei ging es ihr vor allem um Angaben zu den Maßnahmen, durch die das Land Nordrhein-Westfalen (im folgenden: Land) sicherstellt, dass es in angemessener Weise an den zusätzlichen Gewinnen partizipiert, die die WestLB aufgrund der Kapitalerhöhung erzielen kann, Angaben zu den Auswirkungen des fehlenden Liquiditätscharakters des übertragenen Kapitals, den Auswirkungen des Umstandes, dass der Einfluss des Landes auf die WestLB nicht gestiegen ist, und den Auswirkungen des Vorzugscharakters des festen Entgelts sowie etwaiger anderer Faktoren bei der Festlegung eines angemessenen Entgelts, Angaben zur Höhe des Wfa-Kapitals zur Unterlegung der Geschäftstätigkeit der WestLB, zu dem darüberliegenden und in der Bilanz der WestLB ausgewiesenen Betrag, zu den Steuerbefreiungen, zur Befreiung von Verbindlichkeiten, zur Rentabilität der WestLB und den angeblichen Synergien.

(5) Der Beschluss der Kommission über die Eröffnung des Verfahrens wurde im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* ([2]) veröffentlicht. Bei dieser Gelegenheit forderte sie die Beteiligten zur Stellungnahme auf. Die Kommission hat Stellungnahmen der WestLB (19. Mai 1998), der *Association Française des Banques* (26. Mai 1998), der *British Bankers' Association* (2. Juni 1998) und des BdB (4. Juni 1998) erhalten. Diese wurden Deutschland mit Schreiben vom

([1]) ABl. C 140 vom 5.5.1998, S. 9.

([2]) Vgl. Fußnote 1.

15. Juni 1998 zur Äußerung zugeleitet. Diese ging nach Fristverlängerung mit Schreiben vom 11. August 1998 ein.

(6) Am 15. Januar und 16. September 1998 fanden Treffen mit Vertretern des BdB und am 9. September 1998 mit Vertretern der WestLB statt. Mit Schreiben vom 22. September 1998 luden die Kommissionsdienststellen die deutschen Behörden, die WestLB und den BdB zu einer gemeinsamen Sitzung über verschiedene Aspekte in der vorliegenden Sache ein. Der BdB reichte mit Schreiben vom 30. Oktober 1998 Informationsmaterial ein. Die Sitzung mit den drei Beteiligten fand am 10. November 1998 statt. Danach ersuchten die Kommissionsdienststellen die deutschen Behörden und den BdB mit Schreiben vom 16. November 1998 um zusätzliche Auskünfte und Unterlagen.

(7) Der BdB legte nach einer Fristverlängerung die gewünschten Informationen mit Schreiben vom 14. Januar 1999 vor. Die deutschen Behörden übermittelten nach Fristverlängerung einige Informationen mit Schreiben vom 15. Januar 1999 und vom 7. April 1999.

(8) Da die deutschen Behörden der Kommission bestimmte Daten nicht übermitteln wollten, ordnete die Kommission mit einer Deutschland mit Schreiben vom 24. März zugestellten Entscheidung vom 3. März 1999 die Erteilung dieser Auskünfte an. Die deutsche Regierung kam dieser Anordnung nach einer Fristverlängerung mit Schreiben vom 22. April 1999 nach.

(9) Die Kommission gab eine unabhängige Studie über das angemessene Entgelt, das das Land Nordrhein-Westfalen für die Übertragung der Wfa auf die WestLB verlangen müsste, in Auftrag. Das hiermit beauftragte Beratungsunternehmen nahm ebenfalls an der Sitzung mit den drei Beteiligten am 10. November 1998 teil und reichte die Studie am 18. Juni 1999 bei der Kommission ein. Am 8. Juli 1999 erließ die Kommission die Entscheidung 2000/392/EG über die in Frage stehende, von Deutschland zugunsten der Westdeutschen Landesbank Girozentrale durchgeführte Maßnahme (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) ([1]). Die Entscheidung wurde Deutschland am 4. August 1999 bekannt gegeben, die sie mit Schreiben vom 6. August 1999 an das Land weiterleitete. Das Land unterrichtete die WestLB mit Schreiben vom 9. August 1999, das am selben Tag bei dieser einging. In Artikel 1, 2 und 3 dieser Entscheidung heißt es:

„*Artikel 1*

Die staatliche Beihilfe, die Deutschland zugunsten der Westdeutschen Landesbank Girozentrale in Höhe von insgesamt 1 579 700 000 DEM (807 700 000 Euro) in den Jahren 1992 bis 1998 gewährt hat, ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar.

Artikel 2

(1) Deutschland ergreift alle notwendigen Maßnahmen, um die in Artikel 1 genannte, rechtswidrig zur Verfügung gestellte Beihilfe abzuschaffen und vom Empfänger zurückzufordern.

(2) Die Beitreibung der Beihilfe erfolgt nach den nationalen Verfahren. Der beizutreibende Beihilfebetrag erhöht sich um die Zinsen, die ab dem Tag der Auszahlung der Beihilfe an den Empfänger bis zu ihrer tatsächlichen Rückzahlung auf der Grundlage des für die Berechnung des Subventionsäquivalents der Regionalbeihilfen verwendeten Bezugssatzes berechnet werden.

Artikel 3

Deutschland teilt der Kommission innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung die Maßnahmen mit, die ergriffen wurden, um der Entscheidung nachzukommen."

2. *GERICHTSVERFAHREN*

(10) Am 12. Oktober 1999 erhoben die WestLB und das Land Nordrhein-Westfalen Klagen gegen diese Entscheidung beim Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften. Die WestLB, das Land und Deutschland als Streithelferin beantragten, die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären und der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Darüber hinaus beantragte das Land, dem BdB seine eigenen Kosten aufzuerlegen. Die Kommission und der BdB als Streithelfer beantragten, die beiden Klagen als unbegründet abzuweisen und den Klägern die Kosten des Verfahrens (der BdB schloss dabei seine eigenen Kosten ein) aufzuerlegen.

(11) Zudem erhob Deutschland am 8. Oktober 1999 Klage gegen diese Entscheidung vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ebenfalls mit dem Antrag, diese für nichtig zu erklären und der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Dieses Verfahren wurde jedoch ausgesetzt im Hinblick auf das inhaltsgleiche Verfahren vor dem Gericht erster Instanz.

(12) Mit Beschluss des Gerichts vom 22. August 2000 wurden Deutschland als Streithelferin zur Unterstützung der Kläger und der BdB als Streithelfer zur Unterstützung der Kommission als Beklagte zugelassen. Mit Beschluss des Gerichts vom 11. Juli 2001 wurden die beiden Rechtssachen zu gemeinsamer mündlicher Verhandlung und zu gemeinsamer Entscheidung verbunden. Die mündliche Verhandlung fand am 5. und 6. Juni 2002 statt.

(13) Am 6. März 2003 erließ das Gericht erster Instanz das Urteil ([2]), in dem es die angefochtene Entscheidung der Kommission für nichtig erklärte und der Kommission die Kosten der Kläger sowie ihre eigenen Kosten und Deutschland ihre und dem BdB seine eigenen Kosten auferlegte.

(14) Das Gericht erklärte die Entscheidung der Kommission wegen unzureichender Begründung in den folgenden zwei Punkten bezüglich der Bemessung der Höhe der marktgerechten Vergütung für nichtig. Zum einen erfolgte die Nichtigerklärung der Entscheidung hinsichtlich der Begründung der Höhe der Vergütung für liquides Stammkapital als

([1]) ABl. L 150 vom 23.6.2000, S. 1

([2]) Urteil vom 6. März 2003 in den verbundenen Rechtssachen T-228/99 und T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission, Slg. 2003, II-435.

Ausgangspunkt der Berechnung, wofür die Kommission einen Satz von 12 % p.a. (nach Unternehmenssteuern und vor Investorensteuern) festgesetzt hatte. Zum anderen erfolgte die Nichtigerklärung hinsichtlich der Begründung der Höhe des Aufschlags auf diese Vergütung, für den die Kommission einen Satz von 1,5 % p.a. (nach Unternehmenssteuern und vor Investorensteuern) festgelegt hatte. Ansonsten bestätigte das Gericht die Entscheidung der Kommission vollumfänglich.

3. *ERNEUTES VERWALTUNGSVERFAHREN*

(15) Mit Schreiben vom 20. und 29. Januar, 6. Februar sowie 28. Mai 2004 ersuchte die Kommission die deutschen Behörden um eine Aktualisierung der für die Entscheidung erheblichen Daten, die nach Fristverlängerung am 10. März und 14. Juni 2004 übermittelt und am 28. Juli 2004 mündlich erörtert wurden. Eine weitere Stellungnahme des Landes Nordrhein-Westfalen ging hierzu am 26. August 2004 ein. Mit Schreiben vom 6. Oktober 2004 übermittelte Deutschland weitere erbetene Informationen.

(16) Im Juli 2004 erreichten der Beschwerdeführer BdB, das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB AG eine vorläufige, der Kommission am 19. Juli 2004 übermittelte Verständigung über die angemessene Vergütung, die ihrer Ansicht nach in den beiden vom Gericht beanstandeten Punkten von der Kommission zugrunde gelegt werden sollte. Die endgültige Fassung dieser Verständigung wurde der Kommission am 13. Oktober 2004 zugeleitet.

(17) In der vorliegenden neuen Entscheidung hat die Kommission entsprechend den Vorgaben des Gerichts die beiden von diesem als unzureichend kritisierten Punkte (Begründung der Grundvergütung und eines möglichen Aufschlags) nachgebessert. Ansonsten hält die Kommission an der grundsätzlichen Würdigung fest, die sie in ihrer ursprünglichen Entscheidung vorgenommen hat. In diese sind allerdings die Ergebnisse der Gespräche zwischen dem Beschwerdeführer BdB und dem Land Nordrhein-Westfalen bzw. der WestLB AG hinsichtlich der Höhe der angemessenen Vergütung eingeflossen. Die Kommission hat in der vorliegenden Entscheidung im übrigen die durch den Zeitablauf seit der ersten Entscheidung notwendig gewordenen Aktualisierungen hinsichtlich des Verfahrens, der Darstellung des Unternehmens sowie der Berechnung des Beihilfeelements, einschließlich der Festlegung des Beendigungstatbestands der Beihilfe, mit den neuen, von Deutschland für die Jahre seit Erlass der alten Entscheidung vorgelegten Zahlen vorgenommen bzw. einige für die neue Entscheidung nicht mehr erforderliche Passagen gekürzt.

II. **AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER MASSNAHME**

1. *WESTDEUTSCHE LANDESBANK GIROZENTRALE (WESTLB)*

(18) In dem für diese Entscheidung relevanten Zeitraum von der Einbringung der Wfa am 31. Dezember 1991 bis zur Aufspaltung der WestLB am 1. August 2002, mit der der Beihilfetatbestand beendet wurde, war die WestLB eine Kreditanstalt des öffentlichen Rechts nach den Rechtsvorschriften des Landes Nordrhein-Westfalen. Am 31. Dezember 1991 belief sich ihr anerkanntes Eigenkapital auf 5,1 Milliarden DEM. Durch Gesetz waren ihr drei Aufgaben übertragen: Sie war Zentralbank für die örtlichen Sparkassen dieses Landes und seit dem 17. Juli 1992 auch für die Sparkassen des Landes Brandenburg. Sie erfüllte die Aufgaben einer Staats- und Kommunalbank, indem sie im Auftrag ihrer Anteilseigner Finanzgeschäfte abwickelte. Schließlich übte sie allgemeine Banktätigkeiten aus. Unbeschadet landesrechtlicher Sondervorschriften unterlag die WestLB dem deutschen Kreditwesengesetz und der dementsprechenden Bankenaufsicht.

(19) Die WestLB befand sich zu 100 % in öffentlichem Eigentum. Den größten Anteil am Nominalkapital hielt das Land (43,2 %). Die anderen Anteilseigner waren die Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe (jeweils 11,7 %) sowie der Rheinische und der Westfälisch-Lippische Sparkassen- und Giroverband (jeweils 16,7 %). Diese Anteilsverhältnisse sind während des gesamten relevanten Zeitraums vom 31. Dezember 1991 bis zum 1. August 2002 unverändert geblieben.

(20) Die öffentlichen Eigentümer hafteten für die WestLB als öffentlich-rechtliche Einrichtung im Rahmen der Anstaltslast und im Rahmen der Gewährträgerhaftung. Anstaltslast bedeutet, dass die Eigentümer der WestLB zur Sicherung der wirtschaftlichen Basis und Funktionsfähigkeit der Anstalt während ihrer gesamten Existenz verpflichtet sind. Diese Garantie begründete keine Haftung der Eigentümer gegenüber den Gläubigern der Bank, sondern regelte lediglich die Beziehungen zwischen den Behörden und der Bank. Im Rahmen der Gewährträgerhaftung hafteten die Eigentümer für sämtliche Verbindlichkeiten der Bank, soweit diese nicht aus dem Vermögen der Bank beglichen werden konnten. Der Gewährträger haftete gegenüber den Gläubigern der Bank. Beide Garantien waren weder zeitlich noch wertmäßig begrenzt.

(21) Ursprünglich war die WestLB eine regionale Einrichtung, die sich darauf konzentrierte, die Tätigkeit der lokalen Sparkassen zu ergänzen, welche ursprünglich wiederum eine vorwiegend soziale Funktion ausübten, indem sie Finanzdienstleistungen in Bereichen anboten, in denen der Markt nicht hinreichend funktionierte. Doch hatten sich die Sparkassen seit langem zu universell tätigen Kreditinstituten entwickelt. Dasselbe galt für die WestLB, die sich in den letzten Jahrzehnten immer stärker zu einer unabhängigen Geschäftsbank entwickelt hatte und auf den deutschen und europäischen Bankmärkten im entscheidungserheblichen Zeitraum ein starker Wettbewerber war.

(22) Gemessen an seiner Bilanzsumme gehörte der WestLB-Konzern entscheidungserheblichen Zeitraum zu den fünf größten deutschen Kreditinstituten. Der WestLB-Konzern bot Finanzdienstleistungen für Unternehmen und öffentliche Einrichtungen an und war auch auf den internationalen Kapitalmärkten sowohl für eigene Rechnung als auch für andere Schuldtitelemittenten tätig. Wie viele andere deutsche Universalbanken besaß die WestLB Beteiligungen an Finanzinstituten und anderen Unternehmen. Im Übrigen wickelte sie einen bedeutenden Teil ihrer Geschäftstätigkeit außerhalb Deutschlands ab.

(23) Aufgrund besonderer Rechtsvorschriften war die WestLB bis zur Aufspaltung im August 2002 — anders als Privatbanken, aber in derselben Weise wie andere öffentliche Kreditinstitute — außerdem in der Lage, Hypothekarkreditgeschäfte und Sparkassengeschäfte unter demselben organisatorischem Dach

wie ihre anderen Geschäfte zu betreiben. Aus diesem Grunde konnte die WestLB im entscheidungserheblichen Zeitraum bis zur Aufspaltung zu den universellsten Banken in Deutschland gerechnet werden.

(24) Andererseits unterhielt die WestLB kein dichtes Zweigstellennetz für das Privatkundengeschäft. In diesem Marktsegment waren die lokalen Sparkassen tätig, für die die WestLB als Zentralinstitut fungierte.

(25) Die Rentabilität der WestLB, gemessen am Gewinn vor Steuern im prozentualen Verhältnis zu den Eigenmitteln auf Konzernebene, lag im Durchschnitt der acht Jahre vor Eingliederung der Wfa (1984 — 1991) bei höchstens 6,6 %, ohne klare Aufwärtstendenz. Gegenüber dem deutschen und auch dem europäischen Durchschnittsniveau konnte dieses Ergebnis als äußerst niedrig bezeichnet werden.

(26) Der WestLB-Konzern hatte seine Bilanzsumme von 1991, also vor der Übertragung, bis Ende 2001, dem Zeitpunkt des letzten Jahresabschlusses vor seiner Aufspaltung, von gut 270 Mio. DEM auf gut 840 Mio. DEM gesteigert und damit mehr als verdreifacht.

(27) Durch Gesetz vom 2. Juli 2002 spaltete das Land Nordrhein-Westfalen die WestLB zum 1. August 2002 (mit bilanzrechtlicher Rückwirkung zum 1. Januar 2002) in eine öffentlich-rechtliche Muttergesellschaft, die Landesbank Nordrhein-Westfalen, und eine privatrechtliche Tochtergesellschaft, die WestLB AG, auf. In der WestLB AG wurde das Wettbewerbsgeschäft der ehemaligen WestLB und in der Landesbank Nordrhein-Westfalen deren öffentliches Geschäft zusammengefasst. Die WestLB AG ist nach Angabe Deutschlands mit der WestLB rechtsidentisch und als Schuldnerin der gesamten Beihilferückforderung anzusehen ([1]). Die Wfa wurde bei der Aufspaltung in die Landesbank Nordrhein-Westfalen eingegliedert und dadurch dem in der WestLB AG zusammengefassten Wettbewerbsgeschäft entzogen. Durch die Satzung der Landesbank Nordrhein-Westfalen wurde überdies bestimmt, dass das Wfa-Kapital nicht zur Unterlegung des in dieser verbliebenen Pfandbriefgeschäfts genutzt werden darf und hierfür künftig eine Vergütung von 0,6 % p.a. für eine etwaige Haftungsfunktion an das Land zu zahlen ist.

2. *WOHNUNGSBAUFÖRDERUNGSANSTALT (WFA)*

(28) Die Wfa wurde 1957 gegründet und war bis 31. Dezember 1991 als eine Anstalt des öffentlichen Rechts tätig. Als solche war sie eine Einrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit mit einem Grundkapital von 100 Mio. DEM (50 Mio. EUR), und das Land alleiniger Anteilseigner. Aufgrund von § 6 Absatz 1 des früheren nordrhein-westfälischen Wohnungsbauförderungsgesetzes ([2]) kam der Wfa ausschließlich die Aufgabe zu, den Wohnungsbau über die Vergabe zinsverbilligter oder zinsloser Darlehen zu fördern. Wegen ihrer Gemeinnützigkeit war die Anstalt von Körperschaftssteuer, Vermögenssteuer und Gewerbekapitalsteuer befreit.

(29) Als Anstalt des öffentlichen Rechts galten für die Wfa die Anstaltslast und die Gewährträgerhaftung des Landes Nordrhein-Westfalen für sämtliche Verbindlichkeiten der Anstalt. Diese Garantien sind aufgrund der Übertragung bestehen geblieben.

(30) Hauptfinanzierungsquelle für die Wohnungsbauförderung war und ist das *„Landeswohnungsbauvermögen“*, das durch Zinseinnahmen aus von der Wfa vergebenen Wohnungsbaudarlehen und durch jährliche Zuführungen von Mitteln aus dem Landeshaushalt entstanden ist. Dieses nach § 16 des ehemaligen Wohnungsbauförderungsgesetzes ausschließlich zur Finanzierung von Wohnungsbaudarlehen bestimmte Vermögen trug zu 75 % zur Refinanzierung der Wfa bei, d. h. 24,7 Mrd. DEM (12,6 Mrd. EUR) per 31. Dezember 1991.

(31) Vor ihrer Übertragung wurden die vom Land Nordrhein-Westfalen für die Wohnungsbauförderung eingegangenen Verbindlichkeiten von der Wfa garantiert. Jedes Jahr wurde in Höhe der durch das Land beglichenen Verbindlichkeiten die Wfa-Garantie in Erstattungsforderungen des Landes gegenüber der Wfa verwandelt, wodurch sich der Wert des Landeswohnungsbauvermögens entsprechend reduzierte. Diese Verbindlichkeiten der Wfa wären erst fällig geworden, wenn die Wfa zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben nicht mehr auf Zinseinnahmen und Darlehensrückzahlungen angewiesen gewesen wäre. Sie beliefen sich Ende 1991 auf rund 7,4 Mrd. DEM (3,78 Mrd. EUR) und wurden in der Bilanz nicht direkt, sondern nur „unter dem Strich“ ausgewiesen.

3. *EIGENKAPITALANFORDERUNGEN AUFGRUND DER EIGENMITTELRICHTLINIE UND DER SOLVABILITÄTSRICHTLINIE*

(32) Nach der Richtlinie 89/647/EWG des Rates ([3]) und der Eigenmittelrichtlinie haben die Banken über Eigenmittel in Höhe von mindestens 8 % ([4]) ihrer risikogewichteten Aktiva

([1]) Stellungnahme Deutschlands vom 10. März 2004, S. 2.

([2]) Wohnungsbauförderungsgesetz in der am 30. September 1979 veröffentlichten Fassung (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen, S. 630).

([3]) ABl. L 386 vom 30.12.1989 S. 14, aufgehoben und ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG ABl. Nr. L 126 vom 26.5.2000.

([4]) Die Eigenkapitalanforderungen müssen von den Kreditinstituten auf konsolidierter, teilkonsolidierter und nicht konsolidierter Basis erfüllt werden.

und risikotragenden außerbilanzmäßigen Transaktionen ([1]) zu verfügen. Diese Richtlinien bedingten Änderungen am Kreditwesengesetz, die am 1. Januar 1992 vorgenommen wurden. Die neuen Anforderungen traten am 30. Juni 1993 in Kraft ([2]). Bis dahin mussten die deutschen Kreditinstitute über Eigenmittel von 5,6 % ihrer risikogewichteten Aktiva verfügen ([3]).

(33) Was die neue Schwelle von mindestens 8 % anbetrifft, so muss mindestens die Hälfte davon in „Basiseigenmitteln" bestehen, welches Kapitalbestandteile umfasst, die dem Kreditinstitut unbeschränkt und unmittelbar zur Verfügung stehen, um Verluste zu decken, sobald diese entstehen. Basiseigenmittel sind für die Gesamtausstattung der Bank mit Eigenmitteln im aufsichtsrechtlichen Sinne deswegen von entscheidender Bedeutung, weil „ergänzende Eigenmittel", nämlich weitere Eigenmittel von geringerer Qualität, nur in Höhe der vorhandenen Basiseigenmittel zur Unterlegung risikotragender Geschäfte einer Bank anerkannt werden.

(34) Außerdem wird die Vergabe von Großkrediten durch eine Bank durch den Umfang ihrer Eigenmittel begrenzt. Zum Zeitpunkt der Wfa-Übertragung durften nach dem Kreditwesengesetz (§ 13) ein einzelner Kredit 50 % der Eigenmittel eines Kreditinstituts und die Gesamtheit der Kredite, die über 15 % der Eigenmittel ausmachten, das Achtfache der Eigenmittel des Kreditinstituts nicht übersteigen. Nach einer Änderung des Kreditwesengesetzes im Jahre 1994 zwecks Anpassung an die Richtlinie 92/121/EWG des Rates ([4]) wurde der höchstmögliche Kredit auf 25 % der Eigenmittel einer Bank begrenzt und dürfen alle Großkredite zusammen, die 10 % der Eigenmittel einer Bank übersteigen, das Achtfache der gesamten Eigenmittel nicht übersteigen ([5]).

(35) Ferner beschränkt Artikel 12 der Zweiten Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG ([6]) den Umfang der Beteiligungen an anderen Kredit- und Bankinstituten. Nach einer speziellen Bestimmung im Kreditwesengesetz (§ 12), die nicht auf Gemeinschaftsrecht beruht, aber auch in anderen Mitgliedstaaten vorzufinden ist, wird zudem der Gesamtbetrag der langfristigen Anlagen — darunter auch Beteiligungen an Unternehmen außerhalb des Finanzsektors — auf den Gesamtbetrag der Eigenmittel der Bank begrenzt.

(36) Zum 30. Juni 1993 mussten sich die deutschen Banken an die neuen Eigenkapitalanforderungen anpassen. Bereits vor der Umsetzung der Solvabilitätsrichtlinie in deutsches Recht waren viele Landesbanken, darunter auch die WestLB, verhältnismäßig schwach mit Eigenmitteln ausgestattet. Nach Proberechnungen, die die Deutsche Bundesbank im Dezember 1991 unter Anwendung der Bestimmungen der Richtlinie anstellte, wiesen die Landesbanken einen durchschnittlichen Solvabilitätskoeffizienten von 6,3 % auf, während der Wert ab 30. Juni 1993 8 % betragen musste ([7]). Für diese Kreditinstitute war es daher absolut notwendig, die Eigenkapitalbasis zu erhöhen, um eine Beschränkung ihrer Unternehmensexpansion zu verhindern und um ihr derzeitiges Geschäftsvolumen überhaupt beibehalten zu können. Kann eine Bank die notwendige Eigenkapitalbasis nicht nachweisen, so wird ihr von der Aufsichtsbehörde aufgegeben, unverzüglich Maßnahmen zu ergreifen, um den Solvabilitätsvorschriften nachzukommen, sei es durch Aufnahme von ergänzenden Eigenmitteln oder durch Herabsetzung der risikogewichteten Aktiva.

(37) Während Privatbanken ihren Zusatzbedarf an Eigenmitteln am Kapitalmarkt befriedigen mussten, konnten die öffentlichen Banken diesen Weg nicht einschlagen, da ihre öffentlichen Anteilseigner beschlossen, sie weder ganz noch teilweise zu privatisieren. Wegen der generell angespannten Haushaltslage konnten die öffentlichen Anteilseigner jedoch auch keine Kapitalzufuhr vornehmen ([8]) Stattdessen wurden andere Lösungen zur Beschaffung von zusätzlichem Eigenkapital gefunden. Im Falle der WestLB beschloss das Land Nordrhein-Westfalen, die Wfa in die WestLB einzubringen und so deren Eigenmittelbasis zu erweitern. Ähnliche Transaktionen wurden in einigen anderen Bundesländern zugunsten der jeweiligen Landesbanken durchgeführt.

4. *DIE ÜBERTRAGUNG UND IHRE AUSWIRKUNGEN*

a) DIE ÜBERTRAGUNG

(38) Der nordrhein-westfälische Landtag verabschiedete am 18. Dezember 1991 das Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung ([9]). Artikel 1 dieses Gesetzes ordnete die Übertragung der Wfa auf die WestLB an. Diese Übertragung wurde am 1. Januar 1992 wirksam.

(39) Begründet wird die Übertragung in der Gesetzesbegründung zunächst mit der Erhöhung der Eigenmittel der WestLB, um das Kreditinstitut in die Lage zu versetzen, den ab 30. Juni 1993 geltenden strengeren Eigenkapitalanforderungen nachzukommen. Aufgrund der Übertragung war dies ohne finanzielle Belastung für den Landeshaushalts möglich. Als Nebeneffekt der Zusammenlegung der Wohnungsbauförderungstätigkeiten der Wfa mit denen der WestLB wurde eine größere Effizienz angeführt.

(40) Im Rahmen der Übertragung hob das Land die Garantie der Wfa von rund 7,4 Mrd. DEM (3,78 Mrd. EUR) für Verbindlichkeiten des Landes aufgrund von Kapitalaufnahmen für die Wohnungsbauförderung (siehe Abschnitt II Nummer 2.) auf.

([1]) Im Folgenden umfasst der Begriff „risikogewichtete Aktiva" alle risikotragenden und risikogewichteten Posten.

([2]) Tatsächlich hätten die neuen Eigenkapitalanforderungen bereits am 1. Januar 1993 in Kraft treten müssen; sie sind in Deutschland verspätet in Kraft getreten.

([3]) Diese Zahl beruhte allerdings auf einer engeren Eigenmitteldefinition als die in die Eigenmittelrichtlinie aufgenommene Definition.

([4]) ABl. L 29 vom 5.2.1993, S. 1.

([5]) Jedoch ist festzustellen, dass nicht nur die Schwellen, sondern auch die Definitionen der Begriffe „Eigenmittel" und „risikogewichtete Aktiva" geändert wurden.

([6]) ABL. L 386 vom 30.12.1989, S. 1.

([7]) Monatsbericht der Deutschen Bundesbank, Mai 1993, S. 49.

([8]) Siehe u. a. Drucksache 11/2329 des nordrhein-westfälischen Landtages.

([9]) Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung vom 18. Dezember 1991 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen, Nr. 61, vom 30. Dezember 1991, S. 561).

(41) Die WestLB wurde die Gesamtrechtsnachfolgerin der Wfa (mit Ausnahme der vor der Übertragung aufgehobenen Haftung der Wfa gegenüber dem Land für Schulden des Landes aus Gründen der Wohnungsbauförderung). Aus der Wfa wurde organisatorisch und wirtschaftlich eine unabhängige öffentlich-rechtliche Anstalt ohne Rechtsfähigkeit innerhalb der WestLB. Das Grundkapital und die Rücklagen der Wfa müssen in der Bilanz der WestLB als Sonderrücklage ausgewiesen werden. Das Land haftet aufgrund der Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung weiterhin für die Verbindlichkeiten der Wfa.

(42) Die übertragenen Vermögenswerte, also das Grundkapital, die Rücklagen, das Landeswohnungsbauvermögen und sonstige Forderungen der Wfa sowie künftige Rückflüsse aus Baudarlehen blieben auch nach ihrer Übertragung auf die WestLB aufgrund von Artikel 2 § 16 Absatz 2 des besagten Gesetzes für die Wohnungsbauförderung bestimmt. Dieselbe Vorschrift sah vor, dass die übertragenen Vermögenswerte gleichzeitig als Eigenkapital im Sinne des Kreditwesengesetzes (und folglich der Eigenmittelrichtlinie), auf dessen Grundlage der Solvabilitätskoeffizient einer Bank berechnet wird, dienen. Demnach unterlegen sie auch das Wettbewerbsgeschäft der WestLB.

(43) Anlässlich der Übertragung änderten die Eigentümer der WestLB den Mantelvertrag und vereinbarten, dass die für die Wohnungsbauförderung bestimmten Vermögenswerte stets erhalten bleiben, selbst wenn die WestLB Verluste erleiden sollte, durch die das ursprüngliche Kapital aufgezehrt wird. Das Wfa-Kapital sollte intern nur nach den übrigen Eigenmitteln der WestLB haften. Im Mantelvertrag wurde präzisiert, dass sich die Anstaltslast der WestLB-Eigentümer auch auf die Sonderrücklage der Wfa erstreckt. Im Falle der Auflösung der WestLB hätte das Land einen Prioritätsanspruch auf das Wfa-Kapital. Außerdem wurde erklärt, dass die Erhöhung der Eigenkapitalbasis der WestLB durch die Einbringung der Wfa eine geldwerte Leistung des Landes darstellt und die Eigentümer die Höhe des jährlichen Entgelts hierfür vereinbaren sollen, sobald die ersten Ergebnisse der Geschäftsjahre ab 1992 vorliegen ([1]). Dies war anschließend Gegenstand einer Protokollnotiz zum Mantelvertrag vom 11. November 1993. Trotz dieser internen Vereinbarung zur Sicherung der Vermögenswerte der Wfa und der internen Nachrangigkeit des Wfa-Kapitals wird im Außenverhältnis der WestLB zwischen der Funktion der Wfa als Wohnungsbauförderungseinrichtung auf der einen Seite und der Funktion ihrer Eigenmittel als haftendes Eigenkapital der WestLB auf der anderen nicht unterschieden. Die übertragenen Vermögenswerte stehen der WestLB in ihrer Gesamtheit und unmittelbar für Verluste oder im Konkursfalle für Forderungen der Gläubiger zur Verfügung.

(44) In dem zwischen dem Land und der WestLB geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag zum Wohnungsbauförderungsgesetz ist vorgesehen, dass die WestLB die Sonderrücklage zur Unterlegung der eigenen Geschäftstätigkeit nur insoweit verwenden wird, als die Erfüllung der gesetzlich vorgesehenen Aufgaben der Wfa gewährleistet ist.

([1]) Nach Angaben Deutschlands ist der dort verwendete Ausdruck „geldwerte Leistung“ ungenau und wurde später präzisiert.

(45) Obwohl die Wfa ihre rechtliche Unabhängigkeit verlor, indem sie zu einer Wohnungsbauförderungsabteilung der WestLB wurde, und in die Rechnungslegung der WestLB integriert ist, wurde sie operationell nicht in die WestLB eingebunden. Die Wfa blieb als eine getrennte Einheit innerhalb der WestLB unter dem Namen *Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen — Anstalt der Westdeutschen Landesbank Girozentrale* bestehen. Diese neue Wohnungsbauförderungsabteilung der WestLB wird zwar in der Rechnungslegung der WestLB berücksichtigt, hat aber auch ihre eigene Rechnungslegung. Die vormalige Wohnungsbauförderungsabteilung der WestLB wurde mit der Wfa zusammengelegt.

(46) Das übertragene Wfa-Vermögen an Grundkapital, Rücklagen, sonstigen Vermögenswerten und künftigen Gewinnen bleibt der Wohnungsbauförderung vorbehalten, muss also getrennt von der sonstigen Geschäftstätigkeit der WestLB verwaltet werden. Gleichzeitig bildet diese Trennung eine Voraussetzung dafür, dass die Wohnungsbauförderungstätigkeit nach deutschem Steuerrecht weiter als gemeinnützig anerkannt werden kann. Da die deutschen Behörden davon ausgingen, dass die Wfa nach der Eingliederung tatsächlich eine gemeinnützige Einrichtung bleibt, wurden die in Abschnitt II Nummer 2 erwähnten Steuerbefreiungen nicht aufgehoben.

(47) Die Konkurrenten der WestLB widersetzten sich der Fusion zwischen der monopolartigen Wfa und der WestLB auch deshalb, weil sie befürchteten, dass die WestLB die im Bereich Wohnungsbauförderung anfallenden Informationen dazu nützen werde, neue Kunden für ihre kommerziellen Geschäftsbereiche zu gewinnen. Die zuständigen Behörden haben sich verpflichtet, sicherzustellen, dass keine Wettbewerbsverzerrungen durch diese Nähe eintreten, in dem sie insbesondere die Wohnungsbauförderung von den kommerziellen Abteilungen der WestLB personalmäßig, informationsmäßig usw. getrennt haben ([2]).

(48) Mit der Aufspaltung der WestLB zum 1. August 2002 (bilanzrechtliche Rückwirkung zum 1. Januar 2002) durch Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 2. Juli wurde die Wfa der Landesbank Nordrhein-Westfalen zugeschlagen und dadurch dem in der WestLB AG zusammengefassten Wettbewerbsgeschäft wieder entzogen.

b) WERT DER WFA

(49) Der Nominalwert des zum 31. Dezember 1991 auf die WestLB übergegangenen Wfa-Vermögens betrug rund 24,9 Mrd. DEM (12,73 Mrd. EUR), wovon fast 24,7 Mrd. DEM (12,68 Mrd. EUR) auf das Landeswohnungsbauvermögen entfielen. Da diese Finanzmittel zur Finanzierung von Wohnungsbaudarlehen dienten, die entweder zinsverbilligt oder zinslos und oft mit langen tilgungsfreien Zeiten versehen sind, musste das Nominalkapital stark abgezinst werden, um den tatsächlichen Wert zu ermitteln.

([2]) Nach § 13 des Übertragungsgesetzes hat die Wohnungsbauförderungsanstalt ihre Aufgaben wettbewerbsneutral durchzuführen. Wie dies im Einzelnen gewährleistet wird, ist zwischen der WestLB und dem Land vertraglich geregelt.

(50) Die WestLB holte zum 1. Januar 1992 eine gutachterliche Stellungnahme zur Ermittlung des Vermögens der Wfa ein. Diese Stellungnahme wurde am 30. April 1992 abgegeben. Zu bemerken ist, dass diese Wertermittlung erst durchgeführt wurde, nachdem das Land die Übertragung der Wfa beschlossen hatte.

(51) Zur Bewertungsmethode erklärten die Wirtschaftsprüfer, dass die Wfa wegen der anhaltenden Verpflichtung, alle künftigen Einnahmen in zinsverbilligte oder zinslose Wohnungsbaudarlehen zu reinvestieren, in Wirklichkeit keinen kapitalisierten Ertragswert habe. Diese Verpflichtung höre aber im Falle der Verwertung der Wfa auf. Der Vorteil der Wfa für die WestLB bestehe erstens in der Erhöhung der Eigenmittel und der hieraus resultierenden Möglichkeit zur Geschäftsausdehnung und zweitens in der Verbesserung der Bonität infolge der erheblichen Erhöhung des Eigenkapitals. Da der WestLB aus der normalen Tätigkeit der Wfa kein Vorteil erwachse, müsse der Wert der Wfa auf der Grundlage des möglichen Erlöses aus ihrem Verkauf ermittelt werden, und zwar ohne die lediglich im Innenverhältnis bestehende Reinvestitionsverpflichtung. Das Vermögen müsse folglich im Hinblick auf eine normale Rendite bewertet werden, müsse also auf einen Wert abgezinst werden, auf dessen Grundlage die nominalen Rückflüsse als normale Marktrendite angesehen werden könnten.

(52) Die Wirtschaftsprüfer korrigierten den Wert verschiedener Posten des Vermögens und der Verbindlichkeiten der Wfa — die Wohnungsbaudarlehen wurden von einem Nominalwert von 30,7 Mrd. DEM (15,7 Mrd. EUR) auf 13,5 Mrd. DEM (6,9 Mrd. EUR) reduziert, was einer Korrektur von 56 % entspricht — und errechneten ein Nettovermögen der Wfa von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR). Dies entspricht einer Gesamtdiskontierung von 76 % im Vergleich zum damaligen nominalen Nettovermögen der Wfa von 24,9 Mrd. DEM (12,7 Mrd. EUR). Nach dieser Wertberichtigung wurde der Betrag von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) als „Sonderrücklage Wohnungsbauförderungsanstalt“ in die Rechnungslegung der WestLB aufgenommen.

(53) Nachdem die WestLB beim Bundsaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred) beantragt hatte, den Betrag von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) als Basiseigenmittel der WestLB anzuerkennen, beauftragte dieses eine andere Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit einer Wertermittlung. Diese wurde am 30. September 1992 erstellt. In der für das BAKred durchgeführten Prüfung wurde die für die WestLB vorgenommene Wertermittlung auf ihre Glaubwürdigkeit untersucht und der methodische Ansatz der Bewertung akzeptiert. Doch wurde insbesondere wegen der Wahl eines anderen Abzinsungssatzes und einer unterschiedlichen Behandlung der Vorfälligkeitstilgungen ein Nettovermögen der Wfa von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) bis 5,4 Mrd. DEM (2,76 Mrd. EUR) ermittelt.

(54) Auf der Grundlage dieser Bewertung erkannte schließlich das BAKred am 30. Dezember 1992 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) als Basiseigenmittel der WestLB im Sinne des Kreditwesengesetzes an. Der in der Bilanz der WestLB als Eigenkapital ausgewiesene Betrag - 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) — ebenso wie der als Basiseigenmittel anerkannte Betrag wurden seither nicht geändert.

(55) Beide Bewertungen des übertragenen Vermögens gingen von der Situation aus, die nach der Aufhebung der aufgrund der Bewertungen auf rund 7,3 Mrd. DEM (3,73 Mrd. EUR) geschätzten Haftungsverpflichtung gegenüber dem Land bestand.

c) AUSWIRKUNGEN DER WFA-ÜBERTRAGUNG AUF DIE WESTLB

(56) Am 31. Dezember 1991 verfügte die WestLB über anerkannte Eigenmittel in Höhe von 5,1 Mrd. DEM (2,6 Mrd. EUR), von denen 500 Mio. DEM (260 Mio. EUR) Genussrechten zuzuschreiben waren. Der Solvabilitätskoeffizient nach dem Kreditwesengesetz vor dessen Novellierung zur Umsetzung der Bankrichtlinien der Gemeinschaft betrug etwa 6,1 % und lag damit um 0,5 %-Punkte über der damals gesetzlich vorgeschriebenen Mindestquote.

(57) Da das BAKred das Wfa-Kapital als Eigenmittel der WestLB anerkannte, erhöhten sich die Eigenmittel der WestLB auf insgesamt 9,1 Mrd. DEM (4,65 Mrd. EUR), also um 79 %. Unter Berücksichtigung einer Einstellung von 100 Mio. DEM (50 Mio. EUR) aus dem Gewinn in die Rücklagen erhöhten sich die Eigenmittel der WestLB auf 9,2 Mrd. DEM (4,7 Mrd. EUR) per 31. Dezember 1992. Dies entsprach unter Berücksichtigung des Kapitals und der risikogewichteten Aktiva der Wfa einem Solvabilitätskoeffizienten von 8,7 %.

(58) Tabelle 1: Kapitalbedarf und Eigenmittel der WestLB und der Wfa (nach Daten der deutschen Behörden)

(in Mio. DEM)

(am 31. Dezember)	1991	1992
Risikogewichtete Aktiva WestLB (ohne Wfa)	83 000	91 209
Risikogewichtete Aktiva Wfa	13 497	14 398
Risikogewichtete Aktiva WestLB (mit Wfa) (*)		105 607
Geforderte Eigenmittel WestLB (**) (= a)	4 611	5 867
Geforderte Eigenmittel WestLB ohne Wfa (**) (= b)		5 067
Eigenmittel WestLB (= c)	5 090	9 190
Eigenmittel WestLB ohne Wfa (= d)		5 190
Auslastung der Eigenmittel WestLB (= a/c)	91 %	64 %
Auslastung der Eigenmittel WestLB ohne Wfa (b/d)		98 %

(*) Die Übertragung der Wfa erfolgte am 1. Januar 1992.

(**) Aufgrund der seinerzeit geltenden Anforderung von 5,6 %.

(59) Dieser Solvabilitätskoeffizient von 8,7 % trägt einer nicht mit der Wohnungsbauförderung zusammenhängenden

Erhöhung der risikogewichteten Aktiva der WestLB von 8,2 Mrd. DEM (4,19 Mrd. EUR) bzw. 9,9 % im Jahre 1992 Rechnung. Wäre diese Erhöhung ohne die Übertragung der Wfa erfolgt, so wäre der Solvabilitätskoeffizient der WestLB per 31. Dezember 1992 auf 5,7 %, also fast auf die Mindestanforderung von 5,6 % gefallen.

(60) Während das gesamte Wfa-Kapital für die Wohnungsbauförderungstätigkeiten zweckgebunden ist, wird nur ein Teil der Wfa-Eigenmittel im Sinne der Solvabilitätsvorschriften zur Unterlegung der risikogewichteten Aktiva benötigt. Nach Auskünften der deutschen Behörden wurden zu diesem Zweck zum Zeitpunkt, als die neuen Eigenkapitalanforderungen in Kraft traten, 1,5 Mrd. DEM (770 Mio. EUR) benötigt. Die restlichen 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) konnten also von der WestLB zu diesem Zeitpunkt als Eigenmittel zur Unterlegung ihres Wettbewerbsgeschäfts verwendet werden.

(61) Beim WestLB-Konzern lag der Solvabilitätskoeffizient am 31. Dezember 1991 mit 5,8 % um 0,2 %-Punkte über der damaligen Mindestquote. Ein Jahr später, nachdem das BAKred das Wfa-Kapital anerkannt hatte, lag die Quote unter Berücksichtigung der risikogewichteten Aktiva der Wfa bei rund 8,1 %. Hätte die Vermögensübertragung nicht stattgefunden und hätte der Konzern dennoch die nicht mit der Wohnungsbauförderung in Zusammenhang stehenden Risikoaktiva erhöht, wie er es tat, wäre der Solvabilitätskoeffizient des Konzerns auf 5,3 % zurückgegangen und hätte somit um 0,3 %-Punkte unter dem zu diesem Zeitpunkt geltenden Mindestwert gelegen.

(62) Am 30. Juni 1993, als für die deutschen Kreditinstitute die neuen Eigenkapitalanforderungen nach der Eigenmittel- und der Solvabilitätsrichtlinie galten, lag der Solvabilitätskoeffizient des Konzerns (einschließlich der Eigenkapitalanforderungen an die Wfa) unter Zugrundelegung der neuen Vorschriften bei 9 %, also um 1 %-Punkt über dem Mindestwert (dabei entfielen auf die Basiseigenmittel 6,3 %-Punkte und auf die ergänzenden Eigenmittel 2,7 %-Punkte). Ohne die Eigenkapitalzufuhr durch die Eingliederung der Wfa und ohne die Risikoaktiva hätte der Konzern am 30. Juni 1993 einen Solvabilitätskoeffizienten von rund 7,2 % erreicht. Die 9 %-Quote wurde durch die Aufnahme von weiteren ergänzenden Eigenmitteln in Form nachrangiger Darlehen in Höhe von rund 2,9 Mrd. DEM (1,48 Mrd. EUR) Anfang 1993 erzielt. Die WestLB nahm im Laufe des Jahres 1993 insgesamt 3,1 Mrd. DEM (1,59 Mrd. EUR) ergänzende Eigenmittel auf, wodurch sich die Eigenmittel des Konzerns im Sinne des Kreditwesengesetzes bis Ende desselben Jahres auf 12,9 Mrd. DEM (6,6 Mrd. EUR) erhöhten. Die Solvabilitätskoeffizienten lagen im Vergleich zum 30. Juni Ende 1993 etwas niedriger.

(63) Tabelle 2: Kapitalbedarf und Eigenmittel des WestLB-Konzerns (nach Daten der deutschen Behörden)

(in Mio. DEM)

(Durchschnittswerte)	1992 (*)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002 (#)
Bilanzsumme	271 707	332 616	378 573	428 622	470 789	603 798	693 026	750 558	782 410	844 743	519 470
Risikogewichtete Aktiva	126 071	120 658	151 482	156 470	173 858	204 157	259 237	[...] (+)	[...]	[...]	[...]
Vorgeschriebene Basiseigenmittel (= a)	4 758	4 827	6 060	6 259	6 954	8 167	10 370	[...]	[...]	[...]	[...]
Vorgeschriebene Eigenmittel insgesamt (= b)	9 351	9 653	12 119	12 517	13 908	16 333	20 739	[...]	[...]	[...]	[...]
Basiseigenmittel (= c)	5 117	8 818	9 502	9 769	9 805	10 358	11 378	[...]	[...]	[...]	[...]
Ergänzende Eigenmittel	500	2 495	4 513	4 946	5 270	7 094	10 170	[...]	[...]	[...]	[...]
Eigenmittel insgesamt (= d)	5 617	11 313	14 015	14 715	15 075	17 452	21 548	[...]	[...]	[...]	[...]
Auslastung der Basiseigenmittel (= a/c)	93 %	55 %	64 %	64 %	71 %	79 %	91 %	[...]	[...]	[...]	[...]
Auslastung der Eigenmittel insgesamt (= b/d)	166 %	85 %	86 %	85 %	92 %	94 %	96 %	[...]	[...]	[...]	[...]

(*) Anomalien dieses Jahres sind darauf zurückzuführen, dass die Wfa-Aktiva in der Bilanz anders ausgewiesen wurden, die Eigenkapitaldefinition und die Solvabilitätskoeffizienten sich änderten und auf den Zeitpunkt der Anerkennung des Wfa-Kapitals durch das BAKred.

(#) Zahlen bezogen auf die WestLB AG, in der im Jahre 2002 das Wettbewerbsgeschäft der ehemaligen Westdeutschen Landesbank Girozentrale zusammengefasst wurde.

(+) Vertrauliche Information, auch im Folgenden mit [...] gekennzeichnet

(64) In absoluten Zahlen erhöhte sich durch die Basiseigenmittel von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) theoretisch die Möglichkeit, das Geschäftsvolumen mit 100 % risikogewichteten Aktiva nach dem Kreditwesengesetz in seiner alten Fassung (Mindestsolvabilitätskoeffizient 5,6 %) um 72 Mrd. DEM (36,8 Mrd. EUR) auszuweiten. Auf der Grundlage des seit dem 30. Juni 1993 anwendbaren Mindestsolvabilitätskoeffizienten von 8 % würde der entsprechende Wert 50 Mrd. DEM (25,6 Mrd. EUR) betragen. Geht man davon aus, dass dem Wettbewerbsgeschäft des WestLB-Konzerns 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) des Wfa-Kapitals zur Verfügung standen, so erhöhte sich seine Kapazität zur Vergabe von 100 % risikogewichteten Krediten um 31,3 Mrd. DEM (16 Mrd. EUR).

(65) Tatsächlich aber wurde das zulässige Kreditvolumen stärker ausgeweitet, da die Aktiva einer Bank normalerweise nicht mit 100 % Risiko behaftet sind. Ende 1993 beliefen sich die risikogewichteten Aktiva des WestLB-Konzerns (einschließlich des Wfa-Geschäfts) auf 148,6 Mrd. DEM (76 Mrd. EUR). Die Bilanzsumme belief sich auf 332,6 Mrd. DEM (170,1 Mrd. EUR). Hieraus ergibt sich eine durchschnittliche Risikogewichtung von 45 % ([1]). Bei konstanter Risikostruktur war mit verfügbaren Basiseigenmittel von 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) auf der Grundlage des nach den Bankrichtlinien vorausgesetzten Eigenmittelanteil von 8 % ein Gesamtwachstum (bzw. eine Unterlegung der bestehenden Geschäftstätigkeit) von rund 69,4 Mrd. DEM (35,5 Mrd. EUR) möglich. Da die Basiseigenmittelerhöhung der WestLB die Möglichkeit gab, sich noch weitere ergänzende Eigenmittel zu beschaffen (bis zur Höhe der Basiseigenmittel), nahm ihre tatsächliche Kreditvergabekapazität indirekt noch stärker zu.

(66) Mehrere Schlussfolgerungen können gezogen werden. Erstens wäre es für die WestLB ohne eine Kapitalerhöhung schwierig gewesen, über dem Mindestsolvabilitätskoeffizienten aufgrund des Kreditwesengesetzes in der Fassung vor seiner Anpassung an die Bankrichtlinien der Gemeinschaft zu bleiben. Zweitens hätte der WestLB-Konzern ohne die Wfa-Übertragung den Mindestsolvabilitätskoeffizienten aufgrund der Solvabitätsrichtlinie nur durch Reduzierung seiner risikogewichteten Aktiva oder durch Mobilisierung anderer Eigenmittelquellen (z. B. Auflösung Stiller Reserven) erreichen können. Die Aufnahme von ergänzenden Eigenmitteln hätte nur vorübergehend Abhilfe geschaffen, da die Höhe dieses Kapitals durch die Höhe der verfügbaren Basiseigenmittel begrenzt ist. Drittens ging die Kapitalerhöhung in Verbindung mit den 1993 aufgenommenen neuen ergänzenden Eigenmitteln über den vom Konzern benötigten Betrag hinaus, um den strengeren Eigenkapitalanforderungen des novellierten Kreditwesengesetzes gerecht zu werden.

(67) Was die aufsichtsrechtliche Beschränkung von Großkrediten angeht, so entsprach die 50 %-Schwelle des Kreditwesengesetzes in seiner alten Fassung rund 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR), bevor das Wfa-Kapital anerkannt wurde. Nach der Anerkennung des Wfa-Kapitals und einer Einstellung von 100 Mio. DEM (50 Mio. EUR) in die Rücklagen aus Gewinnen stieg die Schwelle auf fast 4,6 Mrd. DEM (2,35 Mrd. EUR). Die 15 %-Schwelle für Großkredite, die insgesamt das Achtfache des Eigenkapitals der Bank nicht überschreiten dürfen, entsprach 760 Mio. DEM (390 Mio. EUR) per 31. März 1992. Ein Jahr später, also nach der Anerkennung des Wfa-Kapitals, stieg die Schwelle auf nahezu 1,4 Mrd. DEM (720 Mio. EUR). Die Kapazität der WestLB zur Vergabe von Großkrediten erhöhte sich infolge der Wfa-Übertragung um 32 Mrd. DEM (16,4 Mrd. EUR) (also um das Achtfache der Eigenmittelerhöhung) ([2]).

d) ENTGELT FÜR DIE WFA-ÜBERTRAGUNG

(68) Die Wfa-Übertragung führte zu keiner Änderung der Anteilsverhältnisse bei der WestLB. Aus diesem Grunde erhält das Land Nordrhein-Westfalen für das bereitgestellte Kapital weder durch einen höheren Anteil an den ausgeschütteten Dividenden noch durch einen höheren Anteil an den Kapitalerträgen aus Beteiligungen an der WestLB eine Vergütung.

(69) Anlässlich der Wfa-Übertragung wurde der Mantelvertrag zwischen den Eigentümern der WestLB geändert. Nach § 5 Absatz 2 des Vertrages stellt die Erweiterung der Eigenkapitalbasis der WestLB durch das Land nach Ansicht der Eigentümer einen finanziellen Vorteil für sie dar. Die Höhe des Entgelts für das bereitgestellte Kapital sollte nach Bekanntgabe der ersten Ergebnisse der WestLB für das Geschäftsjahr 1992, also kurze Zeit nach der Übertragung, festgelegt werden. Eine ähnliche Formulierung betreffend den Wert der Übertragung und des Entgelts findet sich in der Begründung zum Übertragungsgesetz.

(70) Schließlich wurde die Vergütung für das bereitgestellte Kapital auf 0,6 % jährlich festgesetzt. Sie muss von der WestLB aus Gewinnen nach Steuern gezahlt werden, was für die WestLB eine Vorsteuerlast von rund 1,1 % bedeutet ([3]). Zahlbar ist die Vergütung nur dann, wenn Gewinne erwirtschaftet werden.

(71) Die Grundlage der Vergütung ist das vom BAKred als Basiseigenmittel anerkannte Wfa-Kapital, also 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR). Sie wird nur für den Teil dieses Kapitals gezahlt, der von der Wfa zur Unterlegung ihrer Wohnungsbauförderungstätigkeit nicht benötigt wird. Dieser Teil, der der WestLB zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit zur Verfügung steht, belief sich auf 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) nach Inkrafttreten der neuen Eigenkapitalanforderungen und ist seitdem erhöht worden ([4]).

([1]) Bei dieser Berechnung bleiben die risikotragenden außerbilanzmäßigen Transaktionen unberücksichtigt.

([2]) Es ist daran zu erinnern, dass sich mit den neuen Vorschriften nicht nur die Koeffizienten, sondern auch die Definitionen der Begriffe „Eigenmittel“ und „risikogewichtete Aktiva“ geändert haben.

([3]) Nach einer von Deutschland vorgelegten Untersuchung über das von der WestLB gezahlte Entgelt betrug die Körperschaftssteuer bis 1993 46 % und danach 42 %. Hinzu kam ein Solidaritätszuschlag von 3,75 % im Jahre 1992, 0 % im Jahre 1993 und 7,5 % danach.

([4]) Ist im folgenden von dem Betrag, für den das Entgelt zu zahlen ist, die Rede, so wird unabhängig davon, dass sich die Unterscheidung zwischen dem zweckgebundenen Kapital für die Wfa-Tätigkeit und dem der WestLB zur Verfügung stehenden Betrag im Laufe der Zeit ändert, aus Gründen der Klarheit stets auf die Situation Ende 1993 Bezug genommen, also auf den Unterschied zwischen 1,5 Mrd. DEM (770 Mio. EUR) und 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR).

(72) Tabelle 3: Sonderrücklage für die Wohnungsbauförderung und Eigenmittelbedarf der Wfa (nach Daten der deutschen Behörden)

(in Mio. DEM)

(31. Dezember)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Sonderrücklage für die Wohnungsbauförderung	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900
davon anerkannte Basiseigenmittel	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000
für Baudarlehen der Wfa	1 668	1 490	1 181	952	892	888	887	[...]	[...]	[...]	[...]
für WestLB	13 (*)	2 510	2 819	3 048	3 108	3 112	3 113	[...]	[...]	[...]	[...] (#)

(*) Da das BAKred das Wfa-Kapital erst am 30. Dezember 1992 akzeptierte, stand der Kapitalanteil von 2,332 Mrd. DEM (1,2 Mrd. EUR) der WestLB 1992 nur 2 Tage lang zur Verfügung. Daraus ergibt sich für die WestLB in diesem Jahr ein verfügbares Kapital in Höhe von durchschnittlich 13 Mio. DEM (7 Mio. EUR).

(#) Da das Wfa-Kapital dem Wettbewerbsgeschäft aufgrund der Aufspaltung der WestLB nur bis zum 1. August 2002 zur Verfügung stand, ist die Differenz von [...] zwischen dem Gesamtbetrag der anerkannten Basiseigenmittel von [...] und dem durch die Wfa gebundenen Betrag von 632 Mio. DEM mit dem Faktor 7/12 zu multiplizieren. Daraus ergibt sich für das Wettbewerbsgeschäft der WestLB in diesem Jahr ein durchschnittlich verfügbares Kapital in Höhe von [...].

III. STELLUNGNAHMEN VON BETEILIGTEN

1. *BESCHWERDE UND BEMERKUNGEN DES BDB*

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

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

a) ANGEMESSENE VERGÜTUNG FÜR DAS KAPITAL

(75) Der BdB brachte vor, die anerkannten Basiseigenmittel in Höhe von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) ließen sich wie alle anderen Basiseigenmittel zur Unterlegung der Geschäftstätigkeit einsetzen und ermöglichten gleichzeitig ebenso wie alle anderen Basiseigenmittel die Aufbringung von ergänzenden Eigenmitteln aus Solvabilitätsgründen. Damit habe das Land die mit einer äußerst knappen Eigenkapitalbasis operierende WestLB mit Hilfe der Vermögensübertragung in die Lage versetzt, nicht nur keine Einschränkung der Geschäftstätigkeit vornehmen zu müssen, sondern ihr risikobehaftetes Geschäft sogar auszuweiten. Der Betrag, um den die Eigenmittel über den tatsächlichen Eigenkapitalbedarf hinausgehen, beeinflusse außerdem die Finanzierungskosten auf den Kapitalmärkten. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber würde nach Auffassung des BdB seinem Unternehmen kein Kapital zuführen, wenn dessen finanzielle Ergebnisse seit Jahren nachhaltig schwach sind und nichts auf eine erhebliche Verbesserung hindeutet, d. h. keine Anzeichen für eine in der Zukunft zu erwartende höhere Rendite vorliegen.

i. *Die Höhe der Vergütung*

(76) Der BdB hob hervor, dass die WestLB dringend Basiseigenmittel benötigte und sich ihre Basiseigenmittel durch die Wfa-Übertragung von 4,7 Mrd. DEM (2,4 Mrd. EUR) auf 8,7 Mrd. DEM (4,45 Mrd. EUR) nahezu verdoppelten. Angesichts der zu jener Zeit schwachen Ertragslage der WestLB hätte kein privater Kapitalgeber der WestLB einen so beträchtlichen Eigenkapitalbetrag zugeführt. Um unter den gegebenen Bedingungen Kapital bereitzustellen, hätte ein privater Kapitalgeber mindestens einen Aufschlag von 0,5 Prozentpunkten auf die übliche Eigenkapitalrendite verlangt. Nach Auskunft des BdB lag die Rentabilität der WestLB in den zehn Jahren vor der Übertragung durchschnittlich bei 5,6 % vor Steuern. Bei den privaten deutschen Großbanken lägen die entsprechenden Zahlen zwischen 12,4 % und 18,6 %, bei einem Durchschnittswert von 16,8 % (vor Steuern) in dem betreffenden Zeitraum. Andere Landesbanken hätten eine Rendite von 9 % bis 11 % erwirtschaftet. Der BdB legte eine Berechnung der Eigenkapitalrendite deutscher Banken vor, die von einer externen Beratungsfirma für den BdB vorgenommen worden war.

(77) Was die geeignete Berechnungsmethode für die Renditе-Vergleichszahl betrifft, so vertrat der BdB die Auffassung, die historische Rendite sei als arithmetischer Durchschnitt zu ermitteln und nicht als geometrischer Durchschnitt („Compound annual growth rate"). Letztere Methode setze voraus, dass der Anleger Dividenden reinvestiere, und beziehe die zusätzlichen Erträge hieraus in die Berechnung mit ein. Wie Dividenden neu angelegt werden, könne

jedoch die ursprüngliche Anlageentscheidung nicht beeinflussen, sondern sei als neue, hiervon getrennte Anlageentscheidung zu sehen. Daher müsse eine Methode mit einem arithmetischen Mittelwert benutzt werden.

(78) Werde hingegen die Methode der „Compound annual growth rate" benutzt, so belaufe sich die Durchschnittsrendite einiger privater deutscher Großbanken für den Zeitraum 1982 bis 1992 nach Steuern auf 12,54 %. Bei der Berechnung dieses Wertes hat der BdB nach eigenen Angaben alle möglichen Haltezeiten für Anlagen und Verkäufe zwischen 1982 und 1992 berücksichtigt, um Verzerrungen auszuschließen, die sich daraus ergeben könnten, dass lediglich ein Jahr als Basisjahr genommen werde und dieses Jahr außerordentlich hohe oder niedrige Aktienkurse aufweise; der gleichzeitige Einsatz vieler Haltezeiten diene dazu, die Aktienmarktschwankungen zu glätten. Der BdB behauptete, die entsprechenden Zahlen der WestLB seien zu niedrig, da Einkommen aus der Veräußerung von Bezugsrechten nicht berücksichtigt sind.

(79) Zu dem „Capital Asset Pricing Model", das in dem zentralen Gutachten der WestLB zur Rechtfertigung der Kapitalvergütung von 0,6 % herangezogen wurde, legte der BdB ein eigenes externes Gutachten vor. Diese Untersuchung gelangt zu einer Eigenkapitalrendite von 12,21 % (unter Verwendung des im Zeitraum 1982-1991 auf dem deutschen Markt üblichen Risikoaufschlages) bzw. von 14,51 % (unter Zugrundelegung einer höheren erwarteten Risikoprämie), was über dem von der WestLB genannten Wert liegt. Der Unterschied lässt sich auf zwei Faktoren zurückführen. Erstens benutzte der BdB einen höheren Risikoaufschlag für Eigenkapital (3,16 % bzw. 5 %). Zweitens benutzte der BdB einen höheren Beta-Faktor für Kreditinstitute (1,25 %). Der risikofreie Basiszinssatz ist der gleiche wie in der Berechnung der WestLB. In Anbetracht der verschiedenen Methoden zur Berechnung der Eigenkapitalrendite nannte der BdB zunächst einen Wert von 14 % bis 16 % als normalerweise zu erwartende Eigenkapitalrendite.

(80) Des Weiteren führte der BdB aus, ein privater Minderheitsaktionär würde kein zusätzliches Kapital zuführen, ohne eine Erhöhung seines Anteils am Unternehmen zu fordern. Nur damit könne er entsprechend am Gewinn des Unternehmens teilhaben und größeren Einfluss auf das Unternehmen ausüben.

(81) Der BdB hob hervor, dass die Vereinbarung zwischen den Anteilseignern der WestLB, der zufolge das Wfa-Kapital nur nachrangig nach dem sonstigen haftenden Eigenkapital der WestLB haften solle, in Wirklichkeit keine Wirkung habe, da das Land bereits aufgrund der Anstaltslast verpflichtet sei, der WestLB im Falle von Schwierigkeiten Kapital zuzuführen. Damit garantiere das Land als Eigentümer der WestLB nicht nur sämtliche Passiva der WestLB, sondern darüber hinaus auch das selbst eingebrachte Wfa-Eigenkapital, ohne hierfür irgendeine Gegenleistung zu erhalten. Das heißt, eine Verringerung des Risikos des übertragenen Kapitals könne lediglich das Ergebnis eines höheren Risikos für das Land als Anteilseigner der WestLB sein. Das Risikoprofil des Wfa-Vermögens unterscheide sich also nicht von dem von normalem Eigenkapital.

(82) Zu dem Vergleich mit Eigenkapitalinstrumenten des Finanzmarktes, mit dem die Deutschland und die WestLB argumentieren, führte der BdB aus, Genussrechte und „Cumulative perpetual stock" seien nicht mit dem Wfa-Vermögen vergleichbar. Erstens sei sie nicht als Basiseigenmittel anerkannt („Cumulative perpetual stock" seien in Deutschland noch nicht einmal als ergänzende Eigenmittel anerkannt). Wegen seiner Qualität als Basiseigenmittel ermögliche das Wfa-Vermögen der WestLB, ihre Eigenmittel durch das Beschaffen von ergänzenden Eigenmitteln weiter zu erhöhen. Zweitens seien die genannten Instrumente befristet, und Genussrechte büßten ihre Qualität als ergänzende Eigenmittel zwei Jahre vor Fälligkeit ein. Das Wfa-Vermögen stehe der WestLB hingegen unbefristet zur Verfügung. Drittens stellten derartige Instrumente normalerweise nur einen begrenzten Teil der Eigenmittel einer Bank dar und setzten einen erheblichen Anteil an Basiseigenmittel voraus. Viertens könnten Kapitalmarktinstrumente auf den Märkten gehandelt werden, so dass Anleger ihre Investition beendigen könnten, wann immer sie wollten. Dem Land stehe diese Möglichkeit nicht offen; als Ausgleich dafür, dass ihm derartige Geschäftschancen entgingen, würde ein privater Anleger einen Aufschlag von mindestens 0,5 Prozentpunkten auf die normale Rendite fordern.

(83) Der BdB legte der Kommission auch Daten über die Zusammensetzung des Eigenkapitals einiger privater deutscher Großbanken und ihre Solvabilitätskoeffizienten vor, und zwar für die Jahre ab 1990. Diesen Daten ist zu entnehmen, dass die deutschen Banken zu Beginn der neunziger Jahre in ihren Basiseigenmitteln über keine hybriden Kapitalinstrumente verfügten (oder diese zumindest nicht einsetzten). Des weiteren geht aus diesen Angaben hervor, dass die Kreditinstitute im allgemeinen mit ihrem Solvabilitätskoeffizienten deutlich über dem geforderten Mindestwert von 4 % für die Basiseigenmittel und 8 % für die gesamten Eigenmittel lagen.

(84) Der BdB ging auch auf den Mantelvertrag zwischen den WestLB-Anteilseignern ein, dem zufolge das Wfa-Vermögen nur nachrangig nach dem sonstigen haftenden Eigenkapital haftet. Da der Ausdruck „sonstiges haftendes Eigenkapital" sich auch auf ergänzende Eigenmittelinstrumente wie Genussrechte und nachrangige Darlehen beziehe und damit deren Stellung beeinträchtige, sei die Vereinbarung ein „Vertrag zu Lasten Dritter" und damit nichtig. Das Risiko der Wfa-Sonderrücklage sei daher höher als das von Genussrechten und nachrangigen Darlehen.

(85) Aus all diesen Gründen ging der BdB davon aus, dass die von der WestLB gezahlte Vergütung von 0,6 % keine marktübliche Verzinsung darstellt. In Anbetracht des Umstandes, dass die WestLB liquide Mittel aufbringen musste, um das Wfa-Vermögen vollständig zu nutzen, und dass keine Beteiligung am Zuwachs der Rücklagen erfolgte, weil sich der Anteil des Landes an der WestLB nicht erhöht hatte, nahm der BdB zunächst einen Satz im Bereich von 14 bis 17 % als korrekte Vergütung an. Diese Rendite sollte auf den gesamten anerkannten Betrag von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) gezahlt werden.

ii. ***Liquiditätsnachteile***

(86) In seiner Beschwerdeschrift akzeptierte der BdB das Vorliegen von „Liquiditätsnachteilen", so dass bei der Berechnung der angemessenen Kapitalrendite ein Abzug von rund 7 Prozentpunkten vorzunehmen sei. Da das Eigenkapital jedoch auch zur Unterlegung bilanzunwirksamer Geschäfte diene, die keiner liquiden Mittel bedürften, sollte dieser Abschlag von 7 % allerdings reduziert werden.

(87) In seinen Bemerkungen zum Beschluss der Kommission, das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu eröffnen, bringt der BdB vor, „Liquiditätsnachteile" sollten bei der Ermittlung der angemessenen Rendite auf das Wfa-Vermögen nicht berücksichtigt werden. Der behauptete Liquiditätsnachteil sei bereits durch Abdiskontierung des Wfa-Vermögens auf einen Barwert von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) ausgeglichen worden. Verschiedene Bankgeschäfte wie z. B. Bürgschaften setzten außerdem keinerlei Liquidität voraus. Sollten also überhaupt irgendwelche Nachteile in Rechnung gestellt werden, dann nur ein kleiner Abschlag von 2,7 Prozentpunkten, um auszugleichen, dass das Wfa-Vermögen in nicht profitablen Geschäftsbereichen gebunden ist. Hierzu legte der BdB die Stellungnahme eines externen Sachverständigen vor.

(88) Der BdB führt ferner aus, die Refinanzierungskosten seien von der WestLB mit 7,5 % auf jeden Fall zu hoch angesetzt. Aufgrund einer Untersuchung der durchschnittlichen Marktzinsen in den einzelnen Jahren für die verschiedenen Refinanzierungsinstrumente und entsprechend der Bilanzstruktur der WestLB sei der tatsächliche Refinanzierungssatz der WestLB auf den Märkten für die Jahre 1992 bis 1996 auf einen Durchschnittswert zwischen 6,07 und 6,54 % anzusetzen. Der BdB übermittelte der Kommission auch Daten über die Refinanzierungskosten einiger privater deutscher Großbanken für die Zeit der Wfa-Übertragung; die Werte lagen erheblich unter den 7,5 %, die von der WestLB in einem früheren Stadium des Verfahrens als angemessene Refinanzierungskosten angegeben worden waren. Hierbei ist nach Auffassung des BdB zwischen den Werten vor und nach Steuern zu unterscheiden. Refinanzierungskosten verringerten den steuerbaren Gewinn. Seien Refinanzierungskosten zu berücksichtigen, so sollten die entsprechenden Refinanzierungssätze nur nach Steuern ermittelt werden.

iii. ***Kapitalbasis für die Berechnung der Vergütung***

(89) Wie bereits erwähnt, regte der BdB an, dass die angemessene Vergütung auf den gesamten als Basiseigenmittel anerkannten Betrag von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) gezahlt werden sollte. Jedoch machte der BdB in seinen Bemerkungen auch geltend, nicht nur dieser vom BAKred als Basiseigenmittel anerkannte Betrag sei für die WestLB von Nutzen, sondern auch der Überschussbetrag von 1,9 Mrd. DEM (970 Mio. EUR). Mit letzterem Betrag ließen sich zwar keine Geschäfte unterlegen, aber er werde doch als Eigenkapital in der Bilanz ausgewiesen. Rating-Agenturen und Anleger schauten nicht auf die anerkannten Basiseigenmittel, sondern auf das gesamte in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital, da dieses die Grundlage für branchenübliche Schätzungen der zur Deckung von Verlusten zur Verfügung stehenden Mittel darstelle. Das heißt, der Betrag erhöhe die Bonität der WestLB, so dass hierauf eine mit einer Garantieprämie vergleichbare Vergütung zu zahlen sei.

iv. ***Synergieeffekte***

(90) Dem BdB zufolge stellten die behaupteten Synergieeffekte nicht den wirklichen Grund für die Vermögensübertragung dar. Dies gehe auch klar daraus hervor, dass im Übertragungsgesetz die Maßnahme mit der Notwendigkeit begründet werde, die Wettbewerbsstellung der WestLB zu stärken, und dass vereinbart worden sei, für den Vorgang eine geldwerte Vergütung zu zahlen.

(91) Darüber hinaus stellt der BdB die Frage, wie sich Synergieeffekte erzielen lassen sollen, wenn die kommerzielle Geschäftstätigkeit von Wfa und WestLB, wie in den einschlägigen Rechtsvorschriften vorgesehen, wirtschaftlich, organisatorisch und personell voneinander getrennt bleiben. Sollte es bei der Tätigkeit der Wfa zu Synergien kommen, so würde dies die Kosten der Wohnungsbauförderung reduzieren, sich aber nicht als Vergütung betrachten lassen, die das Land von der WestLB erhält.

b) STEUERLICHE ASPEKTE

(92) Der BdB führt aus, dass das Wfa-Vermögen auch nach der Übertragung von der Körperschafts-, Vermögens- und Gewerbesteuer befreit ist. Steuerbefreiungen für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute seien jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn diese Institute ausschließlich Fördergeschäfte betrieben und insoweit nicht im Wettbewerb mit privaten, steuerpflichtigen Instituten stünden.

(93) Der BdB legt dar, eine normale Bank, die ihr Kapital erhöhe, habe auf das zusätzliche Kapital jährlich 0,6 % Vermögenssteuer und 0,8 % Gewerbesteuer zu zahlen. Gegenüber anderen Banken sei die WestLB daher besser gestellt. Die Befreiung von der Körperschaftssteuer begünstige die WestLB indirekt. Der Verzicht auf Steuereinnahmen sei eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag.

c) ERLASS VON VERBINDLICHKEITEN

(94) Vor der Übertragung sei die Wfa von Verbindlichkeiten in Höhe von 7,3 Mrd. DEM (3,77 Mrd. EUR) gegenüber dem Land befreit worden. Das Land habe auf eine Haftungsverpflichtung der Wfa verzichtet, ohne hierfür von der Wfa oder der WestLB eine Vergütung zu verlangen. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber würde für einen solchen Verzicht eine Vergütung verlangen. Der Verzicht auf die Haftungsverpflichtung sei für die Anerkennung der 4 Mrd. DEM (2,5 Mrd. EUR) als Basiseigenmittel durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred) eine entscheidende Voraussetzung gewesen. Damit komme dieser Erlass von Verbindlichkeiten der WestLB direkt zugute.

2. *STELLUNGNAHMEN ANDERER BETEILIGTER*

(95) Neben der WestLB und dem BdB äußerten sich zwei andere Beteiligte zu dem Beschluss der Kommission, das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu eröffnen.

a) ASSOCIATION FRANÇAISE DES BANQUES

(96) Der französische Bankenverband Association Française des Banques führt aus, die Einbringung von Eigenmitteln in die WestLB, für die lediglich eine unbedeutende Vergütung verlangt werde, sowie die bestehende Bürgschaft des Landes für die Bank führten zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten französischer Kreditinstitute. Da die Anteilseigner der WestLB eine Eigenkapitalrendite verlangten, die deutlich unter dem üblichen Niveau liege, könne die WestLB ihre Dienstleistungen zu einem unter den Kosten liegenden Preis anbieten („Dumping"). Wegen der Gewährträgerhaftung habe die WestLB eine „Triple-A"-Einstufung, aufgrund deren sie sich auf den Märkten zu sehr günstigen Bedingungen refinanzieren könne.

(97) Diese Vorteile der WestLB benachteiligten französische Banken, die in Deutschland tätig seien. Gleichzeitig könne die WestLB aufgrund dieser besonderen Umstände ihre Geschäftstätigkeit in Frankreich ausbauen, vor allem im Bereich der Kommunalfinanzierung. Der Wettbewerb im Bankensektor sei in Deutschland, Frankreich und anderen Mitgliedstaaten verfälscht.

b) BRITISH BANKERS' ASSOCIATION

(98) Der britische Bankenverband (British Bankers' Association) führt aus, die WestLB sei ein aktiver Konkurrent nichtdeutscher Banken innerhalb Deutschlands und auf dem gesamten europäischen Markt. Beihilfen zugunsten der WestLB verfälschten daher den Handel innerhalb der Gemeinschaft. Die Kommission sei aufgerufen, den Grundsätzen des Binnenmarktes Geltung zu verschaffen und im öffentlichen Besitz befindliche Banken nicht von den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des Vertrages auszunehmen.

3. *BEMERKUNGEN DER WESTLB*

(99) Nach der Veröffentlichung des Beschlusses der Kommission, das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu eröffnen, übermittelte die WestLB als Stellungnahme eine Abschrift der Bemerkungen Deutschlands zum selbigen Anlaß und erklärte ihre vollständige Übereinstimmung mit dieser Mitteilung. Die Argumente Deutschlands stellen daher im Allgemeinen auch die Position der WestLB dar, so dass diese nur kurz referiert wird.

a) ALLGEMEINE BEMERKUNGEN ZUR VERMÖGENSÜBERTRAGUNG

(100) Nach Auffassung der WestLB ist das Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht auf wirtschaftlich gesunde und profitabel arbeitende Unternehmen anwendbar. Dies sei durch den Gerichtshof bestätigt worden, der den Grundsatz stets nur dann angewandt habe, wenn das fragliche Unternehmen zum Zeitpunkt der Anlageentscheidung bereits seit geraumer Zeit erhebliche Verluste erlitten habe und in einem Sektor mit struktureller Überkapazität tätig sei. In der Rechtsprechung finde sich keine Grundlage für die Anwendung des Grundsatzes auf gesunde und rentable Unternehmen.

(101) Wegen der besonderen Aufgabe der Wfa sei deren Vermögen nicht mit normalen Eigenmitteln vergleichbar. Die Einbringung des anderweitig nicht einsetzbaren Wfa-Vermögens in die WestLB sei die wirtschaftlich sinnvollste Verwendung dieser Vermögensmasse gewesen. Mit der Vermögensübertragung habe das Land die Verwendung der für die Wohnungsbauförderung zweckgebundenen Vermögensmasse optimiert. Ein privater Eigentümer hätte genauso gehandelt.

(102) Eine Erhöhung der Beteiligung des Landes im Anschluss an die Vermögensübertragung wäre nach Auffassung der WestLB nicht nur unnötig, sondern mit dem besonderen Risikoprofil des Wfa-Vermögens auch nicht vereinbar gewesen. Da sie keine Liquidität verschaffe, sei die Wfa-Einbringung nicht mit anderen Kapitalzuführungen vergleichbar. Auch andere Eigenkapitalinstrumente auf dem Markt seien nicht mit Stimmrechten versehen.

(103) Da die Vergütung, die das Land erhalte, angemessen hoch sei, müsse keine Steigerung der Rentabilität der WestLB gefordert werden. Auch sei nicht einsichtig, warum ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine bestimmte Gewinnhöhe verlangen würde, wenn er in ein rentables Unternehmen investiert. Da die WestLB bisher Gewinne erwirtschaftet habe, bestehe auch kein Bedarf an einem Umstrukturierungsplan. Einen solchen Plan verlange der Gerichtshof nur bei Umstrukturierungsbeihilfen für Verluste machende Unternehmen.

b) ANGEMESSENE VERGÜTUNG FÜR DAS KAPITAL

(104) Nach Auffassung der WestLB ist die Höhe des für das Wfa-Kapital gezahlten Entgelts angemessen. Zur Stützung ihrer Auffassung legte die WestLB Gutachten einer Investmentbank vor, die sie mit der Bewertung der Vergütung beauftragt hatte. In dem Sachverständigengutachten wird das Risikoprofil des Wfa-Vermögens mit dem anderer Eigenkapitalinstrumente auf den Kapitalmärkten verglichen; es ergebe sich hieraus, dass die Wfa-Sonderrücklage mit einer Marge von 0,9 % bis 1,4 % angemessen abgegolten sei. Dem entspreche, dass der WestLB für die Verwendung des Wfa-Vermögens Aufwendungen in Höhe von 1,1 % (vor Steuern) entstünden. Die WestLB hebt hervor, zur vollen Nutzung des Wfa-Vermögens falle noch zusätzlicher Refinanzierungsaufwand an; er wird in den verschiedenen Dokumenten mit 7,5 % bis 9,3 % beziffert.

(105) Die WestLB behauptet auch, die vom BdB vorgelegten Zahlen über die Eigenkapitalrendite deutscher Banken seien aus verschiedenen Gründen nicht zutreffend. Die vom BdB für die Berechnung benutzte Investitionsperiode führe wegen besonderer Börsenkursentwicklungen zu besonders hohen Renditewerten. Der vom BdB herangezogene arithmetische Durchschnitt liefere inkorrekte Ergebnisse; vielmehr habe man auf den geometrischen Durchschnitt („Compound annual growth rate") abzustellen. Der BdB beziehe sich bei seiner Berechnung auf Investitionsperioden, die für eine Anlageentscheidung im Jahre 1992 irrelevant seien, und zähle wegen der Berücksichtigung aller möglicher Halteperioden einzelne Jahre mehrfach. Die vom BdB zur Berechnung einer Durchschnittseigenkapitalrendite für deutsche Großbanken herangezogenen Kredit-

institute seien wegen des unterschiedlichen Kerngeschäftes nicht mit der WestLB zu vergleichen. Bereinige man die vom BdB genannte Durchschnittsrendite von 16,6 % um all diese Faktoren, so ergebe sich ein Wert von 5,8 %.

c) SYNERGIEEFFEKTE

(106) Der WestLB zufolge brachte die Eingliederung der Wfa in die WestLB erhebliche Kosteneinsparungen für die Wfa mit sich. In den ersten beiden Jahren habe das Wfa-Personal (zuvor 588 Personen: die Belegschaft der „Wfa-Alt" sowie die Mitarbeiter der Wohnungsbauabteilung der WestLB, deren Kosten vor dem Transfer von der Wfa zu tragen waren) um 53 Personen verringert werden können. In den ersten Jahren hatte die Eingliederung der Wfa jährlich Synergieeffekte in Höhe von 13 Mio. DEM (7 Mio. EUR) erbracht. Der Personalabbau werde sich fortsetzen, so dass sich die Einsparungen von 1997 an auf rund 25 Mio. DEM (13 Mio. EUR) jährlich erhöhen dürften. Diese Beträge kämen ausschließlich der Wohnungsbauförderung des Landes zugute. In einem anderen Dokument wird von einer Synergiewirkung in Höhe von mindestens 35 Mio. DEM (18 Mio. EUR) jährlich gesprochen.

(107) Im Zuge der Eingliederung habe die WestLB Aufwendungen in Höhe von 33 Mio. DEM (17 Mio. EUR) zur Änderung des Pensionssystems für die Wfa-Mitarbeiter übernommen und hierzu eine entsprechende Zahlung an die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder geleistet. Diese Zahlung werde spätere Aufwendungen der Wfa verringern.

d) STEUERBEFREIUNGEN

(108) Der WestLB zufolge entspricht die Befreiung der Wfa von bestimmten Steuern der deutschen Steuerrechtssystematik, nach der die fraglichen Steuern nicht für Einrichtungen gelten, die öffentlichen Zwecken dienen und nicht in Wettbewerb mit Steuern zahlenden Einrichtungen stehen. Die WestLB selbst unterliege uneingeschränkt all diesen Steuern, und ihr entstehe aus den für die Wfa geltenden Befreiungen kein Vorteil. Vermögenssteuer sei seit dem 1. Januar 1997 nicht erhoben worden, Gewerbekapitalsteuer nicht mehr seit dem 1. Januar 1998.

e) ERLASS VON VERBINDLICHKEITEN

(109) Der Erlass der fraglichen Verbindlichkeiten sei vor der Übertragung und der sich daran anschließenden Bewertung des Wfa-Vermögens erfolgt. Der Betrag von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) stelle somit die Situation ohne die Verbindlichkeiten dar. Da sich das Entgelt auf diesen Betrag beziehe, komme der WestLB aus dem Erlass kein Vorteil zu.

IV. BEMERKUNGEN DEUTSCHLANDS

(110) Nach Auffassung Deutschlands umfasste der Vorgang im Sinne des EG-Vertrags keine Elemente einer staatlichen Beihilfe zugunsten der WestLB. Das Land Nordrhein-Westfalen erhielt ein angemessenes, marktgerechtes Entgelt. Für die anderen Anteilseigner der WestLB stelle der Vorgang ebenfalls keine staatliche Beihilfe dar, da die Beibehaltung der Eigentumsstruktur nach der Wfa-Eingliederung durch die von der WestLB gezahlte angemessene Vergütung gerechtfertigt sei. Auch enthielten die Steuerbefreiungen, die für die Wfa gälten, keine Elemente einer staatlichen Beihilfe zugunsten der WestLB, da sie die kommerzielle Geschäftstätigkeit der Bank nicht berührten.

(111) Nach Auffassung Deutschlands darf die Kommission den Fall nur auf der Grundlage der zum Zeitpunkt der Investitionsentscheidung, d. h. Ende 1991, gegebenen Umstände prüfen. Nur diese Umstände hätten der Anlageentscheidung des Landes zugrunde liegen können. Spätere Fragen und Entwicklungen wie die Anerkennung von haftendem Kapital durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen und die jährliche Bewertung und Aufnahme der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten der Wfa in die WestLB-Bilanz seien nicht Gegenstand der Prüfung der Kommission.

(112) Deutschland zufolge reichen die Überlegungen zur Eingliederung der Wfa in die WestLB in die 70er und 80er Jahre zurück. Ihnen habe das Motiv zugrunde gelegen, die Wohnungsbauförderung effizienter zu gestalten. Vor der Eingliederung sei das Verfahren zur Erlangung eines Wohnungsbaudarlehens recht kompliziert gewesen, da neben den zuständigen öffentlichen Stellen sowohl die Wfa als auch die WestLB beteiligt gewesen seien. Innerhalb des WestLB habe eine eigene Abteilung „Wohnungsbauförderung" bestanden, deren Kosten von der Wfa getragen worden seien. Diese Struktur sei mit Doppelbesetzungen, doppelter Aktenführung und weiteren Effizienzeinbußen einhergegangen. Seit der Eingliederung hätten sich die Fördernehmer nur noch an einen einzigen Ansprechpartner anstatt an zwei zu wenden.

(113) Die neuen Solvabilitätskriterien hätten, so führt Deutschland weiter aus, die WestLB auch durch Aufbringung von ergänzenden Eigenmitteln erfüllen können. Zur Gewährleistung der langfristigen Funktionsfähigkeit der Bank sei es jedoch sinnvoll gewesen, die Basiseigenmittel zu erhöhen. All dies zeige, dass das primäre Motiv für die Einbringung nicht die Erhöhung des Eigenkapitals der WestLB, sondern mögliche Synergieeffekte und eine Verbesserung der Wohnungsbauförderungsverfahren gewesen sei. Die Änderung der Solvabilitätsanforderungen sei lediglich der Auslöser gewesen.

(114) In der entsprechenden Gesetzesinitiative sei bereits niedergelegt, dass die Zweckbindung des Landeswohnungsbauvermögens erhalten, seine Substanz gesichert und das Instrumentarium der Wohnungsbaupolitik erhalten werden müssten. Dementsprechend habe die WestLB die Wfa als organisatorisch und wirtschaftlich selbständige Anstalt zu führen, die einen eigenen Jahresabschluss erstelle. Bei einer Auflösung der WestLB stehe dem Land ein bevorzugter Anspruch auf das Reinvermögen der Wfa zu. Alle Einkünfte der Wfa seien stets für die Wohnungsbauförderung zu verwenden. Nur derjenige Teil der Wfa-Eigenmittel, die die Wfa nicht selbst zur Unterlegung ihrer Vermögenswerte brauche, könne von der WestLB zu bankaufsichtsrechtlichen Zwecken eingesetzt werden. Das Land bewahre sich durch besondere Aufsichts-, Informations- und Kooperationsrechte einen besonderen Einfluss auf die Wfa.

(115) Im Außenverhältnis hafte die Sonderrücklage uneingeschränkt. Im Falle des Konkurses oder der Liquidation der WestLB hätten die Gläubiger direkten Zugriff auf die Wfa-

Sonderrücklage. Auch im Falle von Verlusten sei deren volle Verrechnung mit der Sonderrücklage möglich. Im Innenverhältnis dagegen hätten die Eigentümer der WestLB die Rangfolge der Inanspruchnahme des Wfa-Haftkapitals anders geregelt. Hier hafte das Wfa-Vermögen nur nachrangig nach dem sonstigen Eigenkapital der WestLB. Da diese interne Abrede die gesetzliche Haftung im Außenverhältnis nicht berühre, habe das BAKred am 30. Dezember 1992 die Sonderrücklage in Höhe von 4,0 Mrd. DEM (2,05 Mrd. DEM) als Basiseigenmittel anerkannt.

1. *DER GRUNDSATZ DES MARKTWIRTSCHAFTLICH HANDELNDEN KAPITALGEBERS*

(116) Deutschland merkt an, das Land sei keinesfalls verpflichtet gewesen, als Alternative zur Einbringung der Wfa auch eine Privatisierung ins Auge zu fassen, um auf diesem Wege der WestLB zu ermöglichen, die Kapitalmärkte in Anspruch zu nehmen und sich dort das erforderliche Eigenkapital zu verschaffen. Das Land sei nicht verpflichtet gewesen, die WestLB privatem Kapital zu öffnen. Eine solche Argumentation wäre mit Artikel 295 EG-Vertrag nicht vereinbar.

(117) Eine Erhöhung der Gesamtrentabilität der WestLB sei nicht erforderlich gewesen, da Maßnahmen zur Steigerung der Rendite nur dann notwendig seien, wenn der Staat verlustbringenden Unternehmen Kapital zuführe. Der Gerichtshof habe den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers stets nur auf staatliche Interventionen in verlustbringenden Unternehmen und Wirtschaftszweigen mit struktureller Überkapazität angewandt. Aus der Rechtsprechung lasse sich nicht ableiten, dass die Kommission Investitionen des Staates in gesunde und profitable Unternehmen daraufhin überprüfen dürfe, ob sie zumindest eine Durchschnittsrendite erwirtschaften. Der Staat könne auch langfristige strategische Erwägungen berücksichtigen, er besitze eine gewisse unternehmerische Gestaltungsfreiheit, und innerhalb dieses Spielraums sei die Kommission nicht berechtigt, die unternehmerischen Entscheidungen zu überprüfen. Die Kommission dürfe daher nicht eine bestimmte Mindestrendite fordern, solange davon auszugehen ist, dass die fraglichen Unternehmen langfristig keine Verluste machen. Auch implizierten Durchschnittsrenditewerte zwangsläufig, dass viele Unternehmen mit ihrer Rentabilität unter dem Branchendurchschnitt liegen. Unklar sei des weiteren, welche Unternehmen und Zeitabschnitte zur Berechnung von Durchschnittsrenditen herangezogen werden sollten. Der Staat sei nicht verpflichtet, sich bei unternehmerischen Entscheidungen allein an Rentabilitätserwägungen auszurichten. Auch ein privater Investor könne durchaus andere Aspekte berücksichtigen. Es gehört zur unternehmerischen Freiheit, Unternehmen mit unterdurchschnittlicher Rentabilität weiter zu betreiben und ihnen zusätzliches Kapital zuzuführen. Die Grenze sei für den Staat erst dann erreicht, wenn sich das Verhalten im Vergleich mit dem möglichen Verhalten eines privaten Investors in keiner Weise mehr wirtschaftlich rechtfertigen lasse.

(118) Die durchgeführte Transaktion lasse sich jedoch auch gemäß des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers als eine Maßnahme rechtfertigen, die auch ein privater Eigentümer getroffen hätte. Das zugeführte Vermögen sei wegen seiner Zweckbindung nicht mit einer „normalen" Zuführung von Eigenkapital vergleichbar; die Einbringung der Wfa stelle die kommerziell vernünftigste und effizienteste Verwendung des Wfa-Vermögens dar. Das Land habe das Wfa-Vermögen durch die Einbringung in die WestLB so gewinnbringend wie möglich eingesetzt. Vergleiche man die Wfa mit einem privaten, gemeinnützig gebundenen Vermögen (z. B. einer Stiftung), so hätte sich ein privater Eigentümer dieses Vermögens genauso verhalten, um die anderweitig nicht einsetzbare zweckgebundene Vermögensmasse einer wirtschaftlichen Verwendung zuzuführen.

(119) Nach Ansicht Deutschlands stellt der öffentliche Zweck des Wfa-Vermögens eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse dar, die aufgrund von Artikel 295 EG-Vertrag nicht von der Kommission überwacht werden kann. Den Mitgliedstaaten stehe es frei, derartige zweckgebundene Vermögensmassen zu schaffen.

(120) Nach Auffassung Deutschlands ist die Art und Weise, wie ein angemessenes Entgelt gezahlt wird, beihilferechtlich irrelevant. Da das Land ein angemessenes Entgelt erhalte, sei eine Erhöhung seines Anteils an der WestLB weder notwendig noch gerechtfertigt gewesen, sondern hätte dem Land einen zusätzlichen wirtschaftlichen Vorteil ohne zusätzliche Gegenleistung verschafft. Eine solche Aufstockung der Anteile wäre auch angesichts des besonderen Charakters des Wfa-Vermögens (mangelnde Liquidität, nachrangige Haftung im Innenverhältnis) nicht angebracht. Außerdem seien auch bestimmte Kapitalmarktinstrumente, die sich mit dem Wfa-Vermögen vergleichen ließen, ebenfalls nicht mit Stimmrechten verbunden. Da die vereinbarte Vergütung angemessen sei, kämen den anderen Anteilseignern keine zusätzlichen Einkünfte zu, die ihnen unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen nicht zustehen würden, und die Attraktivität der WestLB für andere Kapitalgeber vergrößere sich dadurch auch nicht. Da die Anteilseigner der WestLB feststünden und keine neuen (privaten) Anteilseigner hinzukommen könnten, wäre darüber hinaus auch eine hypothetische zu niedrige Vergütung ohne Einfluss auf mögliche private Investoren. Selbst wenn die anderen Anteilseigner tatsächlich einen Vorteil erhielten, wäre die Wirkung auf die Sparkassen doch viel zu gering, um spürbar zu sein.

(121) Da das Land eine feste, angemessene Vergütung erhalte und die WestLB stets ein profitabel arbeitendes Unternehmen gewesen sei und weiterhin sei, welches die vereinbarte Vergütung ohne jeden Zweifel zahlen könne, sei die tatsächliche Höhe der Eigenkapitalrendite der WestLB bedeutungslos, so dass es kein Erfordernis für das Land gegeben hat, eine höhere Rentabilität der Bank zu fordern.

2. *ANGEMESSENE VERGÜTUNG FÜR DAS KAPITAL*

(122) Nach Auffassung Deutschlands zahlte die WestLB eine angemessene Vergütung für die übertragene Vermögensmasse. Dass die WestLB für das zur Verfügung gestellte Kapital ein Entgelt zu zahlen haben würde, sei vom Land stets als Voraussetzung für die Übertragung angesehen worden. Höhe und Bemessungsgrundlage des Entgeltes seien zwischen den Beteiligten eingehend diskutiert worden. Da 1991 jedoch noch nicht bekannt gewesen sei, welchen Betrag das BAKred als Basiseigenmittel anerkennen würde, sei eine Vergütung nur im Grundsatz festgesetzt

worden, nicht aber konkret zum Zeitpunkt der Vermögensübertragung. Der tatsächliche Satz von 0,6 % sei dann 1993 nach Verhandlungen mit den anderen Anteilseignern der WestLB festgesetzt worden ([1]). Deutschland übermittelte der Kommission keinerlei Unterlagen mit Erläuterungen dazu, wie dieser Wert bestimmt wurde; vielmehr macht sie geltend, nicht die Erwägungen, die dem Entgeltsatz zugrunde lägen, seien beihilferechtlich ausschlaggebend, sondern allein das Ergebnis, und dieses sei angemessen. Die feste Vergütung sei aus dem verteilungsfähigen Gewinn zu zahlen, also vor Ausschüttung von Dividenden. Wird das Entgelt in einem Jahr wegen fehlender Gewinne nicht gezahlt, so besteht kein Recht auf Kompensationszahlungen in folgenden Jahren ([2]). Der Wert von 0,6 % entspricht Aufwendungen vor Steuern für die WestLB in Höhe von rund 1,1 %.

(123) In der folgenden Tabelle werden die Zahlungen der WestLB an das Land zur Vergütung des übertragenen Vermögens aufgeführt:

(124) Tabelle 4: Von der WestLB gezahlte Vergütung für die Übertragung des Wfa-Vermögens (Beträge in Mio. DEM; Angaben Deutschlands)

in *Mio. DEM*

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Entgelt (vor Steuern)	0,0	27,9	30,8	33,4	33,9	34,0	34,0	[...]	[...]	[...]	[...]
Ablösezahlung für Pensions-ansprüche der Wfa-Mitarbeiter	33,1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	[...]	[...]	[...]	[...]
An das Land gezahlte Vergütung insgesamt	33,1	27,9	30,8	33,4	33,9	34,0	34,0	[...]	[...]	[...]	[...]

(125) Deutschland legte Gutachten einer externen Beratungsfirma vor, die von der WestLB beauftragt worden war, zu ermitteln, wie hoch 1991 eine angemessene Vergütung für Kapitalanlagen mit demselben Risikoprofil wie das Wfa-Vermögen gewesen wäre. In diesen Sachverständigengutachten werden das Risikoprofil sowohl im Außen- als auch im Innenverhältnis sowie die Bedingungen für die Entgeltzahlungen untersucht. Diese Merkmale werden mit verschiedenen, auf den internationalen Kapitalmärkten existierenden Kapitalinstrumenten verglichen, um so die angemessene Vergütung zu ermitteln. Der Vergleich wird im folgenden Abschnitt erläutert. Die Gutachten gelangen zu einem Entgeltsatz von 0,9 bis 1,4 % als angemessene Vergütung. Da sich die Vergütung von 0,6 % für die WestLB auf Aufwendungen vor Steuern in Höhe von 1,1 % beläuft, wird die Vergütung als angemessen betrachtet. Zusätzlich zu dieser direkten Vergütung seien auch die Synergieeffekte der Vermögensübertragung in Rechnung zu stellen.

a) VERGLEICH MIT ANDEREN KAPITALINSTRUMENTEN

(126) Die Gutachten gehen von der Feststellung aus, dass die Rendite eines Kapitalinstruments von seinem Risikoprofil abhängig sei, je höher das Risiko, desto höher der Risikoaufschlag, d. h. die Zinsdifferenz, die gegenüber sicheren Staatsanleihen zu zahlen ist. Bei der Analyse des Risikoprofils eines Kapitalinstruments seien daher insbesondere folgende drei Faktoren von Bedeutung: die Modalitäten der laufenden Zinszahlungen, die Stellung des Kapitalgebers bei einem laufenden Verlust und die Stellung des Kapitalgebers im Konkurs- bzw. Liquidationsfall. In den Gutachten werden verschiedene Merkmale ([3]) mehrerer auf den Finanzmärkten existierender Kapitalinstrumente (Stammaktien, Stille Beteiligungen, Genussscheine, „Perpetual preferred share", „Trust preferred securities" und Nachranganleihen) beschrieben und mit dem Wfa-Vermögen verglichen. Den Gutachten zufolge läßt sich das Wfa-Vermögen am besten mit Genussscheinen, „Perpetual preferred shares" und Stillen Beteiligungen vergleichen ([4]). Von den genannten Kapitalinstrumenten sind die „Trust preferred shares" und „Perpetual preferred shares" in Deutschland nicht anerkannt. Den Gutachten zufolge standen Ende 1991 folgende Kapitalinstrumente mit Basiseigenmittelqualität in Deutschland zur Verfügung: Stammaktien, Vorzugsaktien und Stille Beteiligungen.

(127) In den Gutachten wird hervorgehoben, dass das Wfa-Vermögen im Falle eines WestLB-Konkurses den Gläubigern zur Verfügung stehen würde (Haftungsfunktion). Gleichzeitig könne die WestLB Verluste mit der Wfa-Sonderrücklage in unbeschränkter Höhe ausgleichen (Verlustausgleichsfunktion). Die internen Abreden und die Zweckbindung des Wfa-Vermögens seien in diesem

([1]) Die Vergütung in Höhe von 0,6 % p. a. wurde in einer vom 11. November 1993 datierten Protokollnotiz zum Mantelvertrag festgelegt.

([2]) Deutschland führt aus, zwischen den Anteilseignern bestehe eine Vereinbarung, der zufolge derartige Ausgleichszahlungen stattfinden sollten, aber die WestLB sei hierzu nicht rechtlich verpflichtet.

([3]) Folgende Merkmale werden beschrieben: Land der Emission und des Emittenten, bankenaufsichtsrechtliche Einordnung, typische Laufzeit, Behandlung im Konkurs- oder Liquidationsfall oder zur Verlustteilnahme, Möglichkeit der vorzeitigen Kündigung, Möglichkeit der Zinsaussetzung oder des Zinsaufschubs, Möglichkeit der kumulativen Aussetzung.

([4]) In der einen Fassung wird das Wfa-Vermögen nur mit Genussscheinen und „Perpetual preferred stock" verglichen, in der anderen mit allen drei Instrumenten.

Zusammenhang ohne Bedeutung. Im Innenverhältnis hafte die Sonderrücklage jedoch nachrangig nach dem anderen Eigenkapital der WestLB, und dies sei für die Entscheidung eines Kapitalgebers entscheidend.

(128) In Bezug auf die Verlustausgleichsfunktion lasse sich die Wfa-Sonderrücklage mit „Perpetual preferred shares" vergleichen. Da die Wfa-Sonderrücklage jedoch erst dann — und parallel zu den Genussscheinen (die ergänzende Eigenmittel sind) — eingesetzt würde, wenn die sonstigen Basiseigenmittel der WestLB aufgezehrt seien, und auch die Genussscheine bereits teilweise zusammen mit diesen sonstigen Basiseigenmitteln eingesetzt worden seien, trage sie ein geringeres Risiko als die Genussscheine. Das gleiche gelte für Stille Beteiligungen.

(129) Hinsichtlich der Haftungsfunktion würde die Sonderrücklage nach den sonstigen Basiseigenmitteln, aber noch vor Stillen Beteiligungen, Genussscheinen und sonstigen ergänzenden Eigenmitteln herangezogen. Somit trage die Wfa-Sonderrücklage ein höheres Risiko als Genussscheine und Stille Beteiligungen. Auch hinsichtlich der Haftungsfunktion lasse sich die Wfa-Sonderrücklage in bezug auf ihr Risiko mit „Perpetual preferred shares" vergleichen. Wegen der äußerst geringen Wahrscheinlichkeit eines WestLB-Konkurses könne dieses Risiko jedoch praktisch außer acht gelassen werden, und die entsprechenden Risikokosten würden von einem Kapitalgeber sehr niedrig angesetzt werden.

(130) Zinszahlungen für das Wfa-Vermögen würden aus dem verteilungsfähigen Gewinn gezahlt und hätten Vorrang vor der Ausschüttung von Dividenden. Reiche der Gewinn nicht aus, so werde keine Vergütung gezahlt. Diese Regelung entspreche prinzipiell der bei „Perpetual preferred shares". Genussscheine seien risikoärmer, da entgangene Zinszahlungen aufgeschoben und in späteren Jahren kumulativ nachgezahlt würden. Auch bei Stillen Beteiligungen seien kumulative Nachzahlungen möglich. Im Falle der Wfa-Sonderrücklage erstrecke sich das Zahlungsausfallsrisiko lediglich auf den Risikoaufschlag (wegen der „Liquiditätsnachteile", siehe unten), während es bei den anderen beiden Instrumenten den gesamten Kupon betreffe (risikofreie Rendite plus Risikomarge). In Bezug auf Zinszahlungen liege daher das Risiko der Wfa-Sonderrücklage leicht unter dem der drei anderen Instrumente.

(131) Die Gutachten gelangen zu dem Schluss, dass der Risikoaufschlag für die Wfa-Sonderrücklage sowohl unter dem für Genussscheine und Stille Beteiligungen als auch unter dem für „Perpetual preferred shares" liegen müsse. Für Genussscheine wird eine „historische Marge" vor Steuern von 1,0 bis 1,2 % genannt, für Stille Beteiligungen von 1,1 bis 1,5 % und für „perpetual preferred shares" von 1,5 bis 2,0 % ([1]). Für die Wfa-Sonderrücklage wird für die Jahre 1993 bis 1996 eine Vergütung von 1,1 % errechnet ([2]). Für das Jahr 1992 wird ein Wert von 255 % genannt ([3]). Auch seien Synergieeffekte in Rechnung zu stellen. Die Gutachten gelangen zu dem Schluss, dass die von der WestLB gezahlte Vergütung 1992 zu hoch und in den Jahren 1993 bis 1996 angemessen gewesen sei.

b) LIQUIDITÄTSNACHTEILE

(132) Nach Auffassung Deutschlands bedeutet eine Barkapitalzuführung eine Erhöhung der Eigenmittel und verschaffe Liquidität. Die liquiden Mittel könnten neu angelegt werden und Zinsen erbringen, wofür der Kapitalgeber eine Vergütung verlange. Die Wfa-Eingliederung erhöhe die Eigenmittel der WestLB, bringe aber keine Liquidität. Das Kapital der Wfa sei an den Zweck der Wohnungsbauförderung gebunden. Anders als bei der Zuführung von Barkapital könne die WestLB keine liquiden Mittel neu investieren, sondern müsse sich, um zu demselben Ergebnis zu gelangen, Liquidität auf dem Kapitalmarkt verschaffen. Dies bringe zusätzliche Zinsaufwendungen mit sich. Wegen dieser fehlenden Liquidität kann das Land, so wird in den Sachverständigengutachten ausgeführt, nur eine Vergütung in Höhe des Risikoaufschlages verlangen, d. h. die Differenz zwischen der Gesamtrendite einer Investition und der Rendite einer entsprechenden Bundesanleihe.

(133) Des Weiteren wird angegeben, praktisch alle risikobehafteten Aktivgeschäfte eines Kreditinstitutes erforderten Liquidität, so zum Beispiel auch Swap-, Forward- und Derivatgeschäfte. Nur die Herauslage von Bürgschaften und Garantien lasse sich ohne den Einsatz von Liquidität betreiben, doch würden die entsprechenden Geschäfte auch nicht in der Bankbilanz aufgeführt.

(134) Für die zu berücksichtigenden Refinanzierungskosten sei die Rendite einer risikofreien langfristigen deutschen Bundesanleihe (Laufzeit 10 Jahre) anzusetzen. Ende 1991 habe die entsprechende Umlaufrendite 8,26 % betragen. Die tatsächlichen durchschnittlichen Refinanzierungskosten der WestLB hätten im November 1991 bei 9,28 % gelegen.

c) KAPITALBASIS FÜR DIE BERECHNUNG DER VERGÜTUNG

(135) Nach Auffassung Deutschlands sei gemäß einer Protokollnotiz zum Mantelvertrag die Vergütung bezogen auf die im Jahresdurchschnitt durch WestLB-Eigengeschäft belegte Wfa-Sonderrücklage zu zahlen, und zwar erstmalig 1993. Tatsächlich aber bezahle die WestLB die Vergütung nicht auf den benutzten, sondern auf den benutzbaren Teil, d. h. den nicht durch das Wfa-Eigengeschäft belegten Teil der Sonderrücklage.

([1]) Da „perpetual preferred shares" in Deutschland nicht zur Verfügung stehen, wurden entsprechende Daten von den US-amerikanischen und britischen Märkten verwendet.

([2]) Dieser Wert beruht auf dem Entgeltsatz von 0,6 %, einem Einkommensteuersatz von 46 % bis 1993 und 42 % danach sowie dem Solidaritätszuschlag von 3,75 % 1992, 0 % 1993 und 7,5 % danach.

([3]) Dies beruht erstens darauf, dass die Sonderrücklage vom BAKred erst am 30. Dezember 1992 anerkannt wurde, so dass bei der Berechnung von einem von der WestLB tatsächlich belegten Anteil in Höhe von lediglich 2 Mio. DEM (1 Mio. EUR) ausgegangen wird, und zweitens darauf, dass die WestLB 1992 eine Zahlung in Höhe von 33 Mio. DEM (17 Mio. EUR) für künftige Pensionsansprüche von Wfa-Mitarbeitern zahlte und dieser Betrag als Vergütung behandelt wird, die dem Land von der WestLB in jenem Jahr gezahlt wurde.

(136) Der „überschießende Kapitalbetrag", d.h. der Anteil der Sonderrücklage, der durch das Wfa-Eigengeschäft belegt sei, sowie die 1,9 Mrd. DEM (970 Mio. EUR), die als Eigenkapital in der WestLB-Bilanz aufscheine, jedoch nicht vom BAKred als Basiseigenmittel anerkannt werde, sei für die WestLB ohne wirtschaftlichen Nutzen, da sie hiermit keine zusätzlichen risikotragenden Aktivgeschäfte unterlegen könne. Die bilanziell ausgewiesenen 1,9 Mrd. DEM (970 Mio. EUR) seien nur als Differenzbetrag im Zuge der Bewertung zustande gekommen. Da Rating-Agenturen und markterfahrene Investoren sich nur an dem anerkannten Betrag orientierten, seien die 1,9 Mrd. DEM (970 Mio. EUR) für die WestLB wirtschaftlich bedeutungslos. Kein privater Kapitalgeber könne hierfür am Markt ein Entgelt fordern, da der Bank stets andere Möglichkeiten offen stehen würden, sich Eigenkapital auf dem Markt (z. B. als normale Barkapitalzuführung) zu verschaffen, das als Basiseigenmittel anerkannt werde.

(137) Aktiva und Passiva der Wfa würden, so führt Deutschland aus, alljährlich neu abgezinst, um zum Barwert in der WestLB-Bilanz ausgewiesen zu werden. Da Tilgungs- und Zinszahlungen wieder langfristig zu niedrigen Zinsen als Wohnungsbaudarlehen ausgeliehen würden, sei es möglich, dass der Nennbetrag des Wfa-Vermögens zunehme, während der abgezinste sowie der risikogewichtete Wert abnähmen.

d) SYNERGIEEFFEKTE

(138) Nach Auskunft Deutschlands erwartete das Land von der Wfa-Eingliederung Synergieeffekte, die längerfristig auf mehr als 30 Mio. DEM (15 Mio. EUR) pro Jahr veranschlagt worden seien. Sie entstünden aus einer Vereinfachung des Förderverfahrens unter anderem durch Wegfall früherer Doppelarbeiten, Vereinfachung und Beschleunigung der Kommunikation und geringeren Koordinierungsbedarf. Die Wfa brauche seit der Eingliederung weniger Personal und habe keine Ausgleichszahlungen mehr zu leisten für die Arbeiten, die zuvor von der Wohnungsbeförderungsabteilung der WestLB für die Wfa durchgeführt worden seien. Die Erwartungen des Landes hätten sich tatsächlich erfüllt und die Einbringung der Wfa in die WestLB sei betriebswirtschaftlich der einzige Weg gewesen, um diese Synergieeffekte zu erzielen. Darüber hinaus falle die Art und Weise, wie Synergien erzielt würden, unter die unternehmerische Gestaltungsfreiheit des Landes, die durch Artikel 295 EG-Vertrag geschützt sei.

(139) Deutschland verweist darauf, dass die WestLB 1992 33 Mio. DEM (17 Mio. EUR) für bestehende und künftige Pensionsansprüche von Wfa-Mitarbeitern gezahlt habe, was die künftigen Aufwendungen für die Wfa verringere. Diese Zahlungen würden in den Büchern der WestLB während 15 Jahren mit einem Betrag von 1,6 Mio. DEM (0,8 Mio. EUR) jährlich abgeschrieben.

3. *STEUERBEFREIUNGEN*

(140) Die Befreiung der Wfa von Vermögenssteuer, Gewerbekapitalsteuer und Körperschaftssteuer ergebe sich aus dem deutschen Steuersystem. Die Wfa und andere öffentlich-rechtliche Unternehmen seien steuerbefreit, weil sie nicht mit steuerpflichtigen Finanzinstituten im Wettbewerb stünden, sondern vom Staat zu bestimmten Förderzwecken eingesetzt würden. Aufgrund der durch die Steuerentlastung eingesparten Beträge brauche der Staat weniger Fördermittel für die Wfa-Tätigkeit bereitzustellen. Die WestLB zahle für ihr gesamtes Einkommen (also auch für das, was in den durch das Wfa-Eigenkapital unterlegten wettbewerbsorientierten Geschäftsbereichen erzielt werde) Steuern in voller Höhe und erhalte durch die Steuerbefreiungen der Wfa keinen finanziellen Vorteil, da sich der als Basiseigenmittel anerkannte Betrag damit nicht erhöhe. Selbst wenn die Steuerbefreiung zu einer Erhöhung des anerkannten Kapitals führen würde, wäre die WestLB dadurch nicht begünstigt, da sie dann eine angemessene Vergütung für den Differenzbetrag zu zahlen hätte.

(141) Was die Vermögens- und Gewerbekapitalsteuer anbetreffe, so könne ein Vermögenswert nur einmal der Besteuerung unterliegen und sei dort zu besteuern, wo das Vermögen unmittelbar eingesetzt werde. Da auf dieser Stufe des unmittelbaren Einsatzes, also bei der Wohnungsbauförderung, die Vermögensmasse der Wfa steuerbefreit sei, könne sie nicht zur Besteuerung herangezogen werden, wenn sie einem weiteren, sekundären Einsatz zugeführt werde. Dies stünde mit der Systematik des deutschen Steuerrechts im Widerspruch. Das gleiche gelte für die Eingliederung einer privaten steuerbefreiten Einrichtung in eine private Bank. Da diese Steuerbefreiungen der WestLB keinen unentgeltlichen Vermögensvorteil verschafften, stellten sie auch keine staatliche Beihilfe dar. Darüber hinaus seien Gewerbekapital- und Vermögenssteuer seit 1997 bzw. 1998 nicht mehr erhoben worden, da sie vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt worden seien.

4. *ERLASS VON VERBINDLICHKEITEN*

(142) Deutschland gibt an, durch die Befreiung von der Haftungsverpflichtung werde verhindert, dass sich das Landeswohnungsbauförderungsvermögen wegen der jährlich entstehenden Verbindlichkeiten kontinuierlich verringere. Der Verzicht mindere das Vermögen des Landes nicht, da ihm im Falle einer Liquidation der Wfa ein entsprechend größeres Wohnungsbauförderungsvermögen zufließen würde. Da die Verbindlichkeiten der Wfa, die aufgehoben wurden, nur in einem solchen Liquidationsfalle fällig geworden wären, ändere sich durch die Befreiung von der Haftungsverpflichtung die wirtschaftliche Gesamtposition des Landes nicht. Im Ergebnis habe das Land lediglich auf einen Anspruch gegen sich selbst verzichtet.

(143) Der Erlass der Verbindlichkeiten sei bei der Bewertung des Haftkapitals der Wfa durch das BAKred berücksichtigt worden, und auf dieser Grundlage zahle die WestLB eine angemessene Vergütung. Der WestLB sei daher durch die Aufhebung der Haftungsverpflichtung keinerlei finanzieller Vorteil zugeflossen.

5. *BEMERKUNGEN ZU DEN STELLUNGNAHMEN DER BETEILIGTEN*

(144) Zu den Stellungnahmen der beiden Bankenvereinigungen führt Deutschland aus, die pauschalen Vorwürfe seien nicht durch Tatsachen oder konkrete Beschwerden von Kreditinstituten über die Tätigkeit der WestLB auf den Märkten belegt. Die in einer dieser Stellungnahmen aufgeworfene Frage der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung sei mit dem vorliegenden Fall nicht verbunden und müsse getrennt betrachtet werden.

(145) Was die Stellungnahme des BdB betrifft, so hebt Deutschland hervor, die Einbringung der Wfa sei keine Ad-hoc-Lösung gewesen, sondern habe auf langfristigen strategischen Überlegungen beruht, insbesondere im Hinblick auf die Steigerung der Effizienz der Wfa. In der Entscheidungspraxis des Gerichtshofes gebe es keinen Fall, in dem eine Investition des Staates in ein gesundes, profitabel arbeitendes Unternehmen als staatliche Beihilfe angesehen worden wäre. Der Fall, auf den vom BdB hingewiesen werde, betreffe Unternehmen, die mit Verlusten gearbeitet hätten. Da die WestLB seit ihrer Gründung stets Gewinne erwirtschaftet habe, sei hier das Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht anwendbar. Dies werde durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes gestützt, der das Prinzip nie auf gesunde und profitable Unternehmen angewandt habe. Auch gehe ein privater Kapitalgeber nicht allein von der zu erwartenden Rendite aus, sondern ziehe andere strategische Erwägungen in Betracht. Bei Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen seien andere Erwägungen anzustellen, als bei der Erhöhung des Kapitals eines profitablen Unternehmens. Investitionen des Staates ließen sich nicht einfach danach beurteilen, ob eine branchenbezogene Durchschnittsrentabilität erreicht sei. Ansonsten wäre jede Investition des Staates in eine Bank mit unterdurchschnittlicher Rentabilität eine staatliche Beihilfe, während gleichzeitig private Kapitalgeber in dasselbe Unternehmen investierten. Kapitalgeber orientierten sich nicht am Branchendurchschnitt, sondern an Zukunftsaussichten.

(146) Die Vorschriften über staatliche Beihilfen ermöglichten lediglich eine Überprüfung der Bedingungen der Einbringung des Wfa-Vermögens, nicht aber der Besonderheiten des Wfa-Vermögens, die durch Artikel 295 EG-Vertrag geschützt seien. Da der Sondercharakter des Wfa-Vermögens unter dem Schutz dieses Artikels stehe, dürfe das eingebrachte Wfa-Kapital nicht mit einer normalen Zuführung von liquidem Eigenkapital verglichen werden. Auch eine privatrechtliche Stiftung könne genauso wie die Wfa eingesetzt werden, ohne dass dies die zweckgebundene Verwendung der Erträge berühre.

(147) In Bezug auf das Risikoprofil des Wfa-Kapitals müsse unterschieden werden zwischen dem Land als Eigentümer der WestLB und als Investor der Wfa-Sonderrücklage. Als Wfa-Investor trage das Land ein niedrigeres Risiko, da zwischen den Anteilseignern der WestLB vereinbart worden sei, dass die Sonderrücklage im Innenverhältnis nur nachrangig hafte. Das Risiko des Landes als Investor der Wfa sei auf die übertragene Vermögensmasse beschränkt und nicht höher, wie von dem BdB behauptet.

(148) Deutschland macht geltend, die vom BdB vorgelegten (und aus dem Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen entnommenen) Renditeberechnungen seien fehlerhaft und stützt diese Auffassung durch ein Gegengutachten, das im Auftrage der WestLB erstellt wurde. Nach letzterem Gutachten seien die Hauptfehler eine inkorrekte Berechnungsmethode (arithmetischer Durchschnitt statt des geometrischen Durchschnitts, der „Compound annual growth rate“) und die Bezugnahme auf irrelevante Investitionsperioden. Um diese Fehler bereinigt, reduziere sich die Rentabilität privater deutscher Großbanken von 16,86 % vor Steuern auf 7,0 %. Auch ließen sich die zur Ermittlung des Vergleichswertes herangezogenen fünf deutschen Privatbanken wegen ihrer anderen Geschäftsschwerpunkte nicht mit der WestLB vergleichen. Bei einer unter Bezugnahme auf vergleichbare Banken durchgeführten Berechnung sinke die Eigenkapitalrendite auf 5,8 %. Außerdem verwende das BdB-Gutachten einen nicht repräsentativen Beobachtungszeitraum von 1982 bis 1992, der zwei Börsenhaussen umfasse. Bei einem kürzeren Beobachtungszeitraum würden die Renditeziffern weiter sinken.

(149) Deutschland weist die Argumentation des BdB zurück, es entstünden keine Refinanzierungskosten wegen fehlender Liquidität, da bei der Abdiskontierung des Nominalwertes des Wfa-Vermögens dieser Liquiditätsnachteil bereits berücksichtigt worden sei. Nach Auffassung Deutschlands hat diese Abzinsung nichts mit dem Liquiditätsaspekt zu tun, sondern nur mit dem Umstand, dass sich das Wfa-Vermögen im Wesentlichen aus unverzinslichen und niedrigverzinslichen langfristigen Aktiva und Passiva zusammensetze. Auch das Argument, selbst unter der Annahme von Refinanzierungskosten sei lediglich ein geringer Renditeabschlag von 2,7 % vor Steuern gerechtfertigt, wird von Deutschland zurückgewiesen. Die hierzu vom BdB vorgelegte Stellungnahme eines Sachverständigen gehe fehl, da hierbei die Erträge der Bank aus Bankgeschäften mit den Erträgen eines externen Kapitalgebers in unzulässiger Weise vermengt würden. Auch gehe das BdB-Gutachten von Bruttoerträgen aus, während richtigerweise Nettoerträge verglichen werden müssten. Hierzu legte die deutsche Regierung ein eigenes, von einer externen Beratungsfirma erstelltes Gutachten vor.

(150) Synergien entstünden lediglich bei der Wfa und nicht innerhalb der WestLB, da Doppelarbeit und parallele Verwaltungseinheiten beseitigt würden (Verlagerung der früheren Wohnungsbauabteilung der WestLB). Zu Synergieeffekten komme es daher völlig unabhängig von der wirtschaftlichen, organisatorischen und personellen Trennung von Wfa und WestLB. Sie führten dazu, dass geringere Kapitalzuschüsse des Landes an die Wfa erforderlich seien, und stellten eine direkte Folge der Übertragung der Wfa auf die WestLB dar.

(151) Der Unterschied zwischen dem bilanziellen Ausweis der Wfa-Sonderrücklage und dem vom BAKred aufsichtsrechtlich anerkannten Betrag sei gegenüber Dritten klar kommuniziert worden. Aus Sicht eines Gläubigers komme dem nicht aufsichtsrechtlich anerkannten Kapital keine Haftungsqualität zu. Da nur der Teil, der von der WestLB zur Unterlegung ihres Bankgeschäfts benutzt werden könne, für die Bank von wirtschaftlichem Nutzen sei, könne das Land für den überschießenden Betrag keine Vergütung verlangen.

(152) Die Befreiung von Verbindlichkeiten der Wfa sei bei der Bewertung des Wfa-Vermögens durch das BAKred berücksichtigt worden, und auf dieser Grundlage zahle die WestLB die Vergütung. Durch die Befreiung der Wfa von der Haftungsverpflichtung sei die wirtschaftliche Gesamtposition des Landes nicht beeinflusst worden. Auch die Steuerbefreiung wirke sich nicht als ein Vorteil für die WestLB aus.

V. VERSTÄNDIGUNG ZWISCHEN DEM BDB, DEM LAND NORDRHEIN-WESTFALEN UND DER WESTLB

(153) Am 13. Oktober 2004 übermittelten der Beschwerdeführer BdB, das Land Nordrhein-Westfalen und die WestLB AG der Kommission eine Verständigung zu dem Beihilfeverfahren in Sachen WestLB. Unbeschadet der weiterhin bestehenden grundsätzlichen Rechtsauffassungen der Parteien der Verständigung haben sich die Parteien darauf geeinigt, was sie als geeignete Parameter für die Bestimmung einer angemessenen Vergütung als angemessene Vergütung selbst ansehen. Die Parteien bitten die Kommission, die Ergebnisse der Verständigung bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.

(154) Die Parteien haben zunächst auf der Basis des Capital Asset Pricing Modell (CAPM) die erwartete Mindestvergütung für eine hypothetische Stammkapitalinvestition in die WestLB zum relevanten Einbringungszeitpunkt ermittelt. Demnach soll die angemessene Mindestvergütung für den Teil des Wfa-Kapitals, der vom BAKred als Kernkapital anerkannt worden ist und von der Wfa zur Unterlegung ihrer eigenen Wohnungsbaufördertätigkeiten nicht genutzt wird, 10,19 % p.a. betragen.

(155) Dabei wurden bei der Berechnung dieser Mindestvergütung die von den Landesbanken unter Verwendung des REX10 Performance Index der Deutschen Börse AG ermittelten langfristigen risikolosen Zinssätze und die auf der Grundlage eines von den Landesbanken in Auftrag gegebenes KPMG-Gutachten vom 26. Mai 2004 geschätzten Betafaktoren verwendet. Konkret ergab sich für die WestLB zum relevanten Einbringungszeitpunkt ein risikofreier Basiszinssatz von 7,15 %. Als Betafaktor wurde auf der Grundlage der Stellungnahme der KPMG zum relevanten Einbringungszeitpunkt ein Wert von 0,76 angesetzt. Die Marktrisikoprämie wurde einheitlich auf 4 % angesetzt.

(156) Der Ausgangszinssatz von 10,16 % (1. Januar 1991) errechnete sich somit wie folgt: Risikofreier Zinssatz 7,15 % + (allgemeine Marktrisikoprämie 4,0 % x Betafaktor 0,76)

(157) Danach wurde ein Abschlag wegen der fehlenden Liquidität des Zweckvermögens bestimmt. Dabei wurde der genannte risikofreie Zinssatz von 7,15 % als Bruttorefinanzierungskosten pauschal zugrunde gelegt. Zur Ermittlung der maßgeblichen Nettorefinanzierungskosten wurde die maßgebliche Steuerlast der WestLB bezogen auf den Einbringungszeitpunkt mit 50 % pauschaliert, so dass sich ein Abzug von 3,57 % ergibt.

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

(159) Insgesamt ergibt sich daraus eine angemessene Vergütung für das Zweckvermögen von 6,92 % (nach Steuern) für den Teil des Wfa-Kapitals, der vom BAKred als Kernkapital anerkannt worden ist und von der Wfa zur Unterlegung ihrer eigenen Wohnungsbaufördertätigkeiten nicht genutzt wurde.

(160) Zwischen den Parteien besteht Einvernehmen, dass mit der Umsetzung des Mutter-Tochter-Modells zum 1. Januar 2002 der Beihilfetatbestand aus der Wfa-Einbringung abgeschafft worden sei.

VI. BEURTEILUNG DER MASSNAHME

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

1. *STAATLICHE MITTEL UND BEGÜNSTIGUNG EINES BESTIMMTEN UNTERNEHMENS*

(162) Die Wfa war eine Anstalt öffentlichen Rechts mit dem Land Nordrhein-Westfalen als alleinigem Anteilseigner und mit der Aufgabe der Wohnungsbauförderung durch die Vergabe niedrig verzinster und unverzinslicher Darlehen. Das Land garantierte ihre gesamten Verbindlichkeiten im Rahmen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. Die Hauptfinanzierungsquelle der Wfa, das Landeswohnungsbauvermögen, wurde durch eine jährliche Zuführung von Mitteln aus dem Landeshaushalt und durch Zinseinnahmen aus den Wohnungsbaudarlehen gebildet.

(163) Wird derartiges staatliches Vermögen mit kommerziellem Wert ohne ausreichende Vergütung auf ein Unternehmen übertragen, liegt es auf der Hand, dass es sich um staatliche Mittel im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag handelt.

(164) Bei der Prüfung, ob die Übertragung staatlicher Mittel auf ein Unternehmen der öffentlichen Hand dieses Unternehmen begünstigt und somit eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen kann, wendet die Kommission den Grundsatz des „marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ an. Dieser Grundsatz wurde vom Gerichtshof in einer Reihe von Entscheidungen akzeptiert (und weiterentwickelt). Die Beurteilung nach diesem Grundsatz wird in Nummer 3 vorgenommen. Liegt eine staatliche Beihilfe vor, wird die WestLB, d.h. ein Unternehmen im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag, eindeutig begünstigt.

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

(165) Durch die Liberalisierung der Finanzdienstleistungen und die Integration der Finanzmärkte ist das Bankgewerbe in der Gemeinschaft zunehmend gegen Wettbewerbsverfälschungen empfindlich. Diese Entwicklung verschärft sich derzeit noch im Zuge der Wirtschafts- und Währungsunion, durch die die verbleibenden Wettbewerbshemmnisse auf den Märkten für Finanzdienstleistungen abgebaut werden.

(166) Ihrem Geschäftsbericht 1997 zufolge versteht sich die WestLB als universell und international tätige Geschäfts-

bank, Zentralbank für die Sparkassen und Staats- und Kommunalbank. Sie bezeichnet sich selbst als eine europäische Bankengruppe im Großkundengeschäft mit Aktivitäten an den wichtigsten Finanz- und Wirtschaftsplätzen der Welt. Schwerpunkt ihrer Präsenz im Ausland ist Europa, wo sie Tochtergesellschaften, Niederlassungen und Repräsentanzen in allen wichtigen Ländern unterhält. Weltweit ist der WestLB-Konzern mit eigenen Stützpunkten in mehr als 35 Ländern vertreten.

(167) Trotz ihres Namens, ihrer Tradition und ihrer gesetzlich geregelten Aufgaben ist die WestLB keineswegs eine Lokal- oder Regionalbank. Ihre Präsenz in Europa und auf den internationalen Märkten wurde bereits in Abschnitt II Nummer 1 beschrieben. Aus dem Auslandsgeschäft stammten 1997 48 % der unkonsolidierten Erträge. Wie es im Geschäftsbericht 1997 heißt, ist das Wachstum der Bank in diesem Jahr vor allem auf die Ausweitung des Auslandsgeschäfts zurückzuführen.

(168) Damit zeigt sich eindeutig, dass die WestLB Bankdienstleistungen im Wettbewerb mit anderen europäischen Banken außerhalb Deutschlands und — da Banken aus anderen europäischen Ländern in Deutschland tätig sind — innerhalb Deutschlands erbringt. Dies wurde durch die Stellungnahmen der Bankenvereinigungen zweier Mitgliedstaaten bekräftigt. Es steht deshalb fest, dass Beihilfen an die WestLB den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

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

3. *DER GRUNDSATZ DES MARKTWIRTSCHAFTLICH HANDELNDEN KAPITALGEBERS*

(170) Um zu beurteilen, ob eine von einem öffentlichen Anteilseigner eines Unternehmens ergriffene Kapitalmaßnahme Elemente einer staatlichen Beihilfe umfasst, wendet die Kommission den Grundsatz des „marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ an. Dieser Grundsatz wurde von der Kommission in vielen Fällen herangezogen und vom Gerichtshof in mehreren Entscheidungen akzeptiert und weiterentwickelt ([1]). Er erlaubt der Kommission die besonderen Umstände eines jeden Falls einzubeziehen, beispielsweise bestimmte Strategien einer Holdinggesellschaft oder einer Unternehmensgruppe zu berücksichtigen oder zwischen den kurz- und langfristigen Interessen eines Kapitalgebers zu unterscheiden. Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers wird auch im vorliegenden Fall angewandt.

(171) Diesem Grundsatz zufolge ist es nicht als eine staatliche Beihilfe zu bewerten, wenn Kapitalmittel zu Bedingungen bereitgestellt werden, „zu denen ein privater Kapitalgeber, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelt, bereit wäre, Mittel einem privaten Unternehmen zu überlassen“ ([2]). Insbesondere ist eine finanzielle Maßnahme als für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber unannehmbar zu betrachten, wenn die Finanzlage des Unternehmens dergestalt ist, dass eine normale Rendite (in Form von Dividenden oder Wertzuwachs) in einer angemessenen Frist nicht zu erwarten ist ([3]).

(172) Natürlich muss die Kommission die Beurteilung eines Falls auf die Angaben stützen, die für den Kapitalgeber zum Zeitpunkt seiner Entscheidung über die fragliche finanzielle Maßnahme verfügbar waren. Die Übertragung der Wfa wurde 1991 von den zuständigen öffentlichen Stellen beschlossen. So hat die Kommission die Transaktion auf der Grundlage der damals verfügbaren Daten und der damaligen wirtschaftlichen und marktbezogenen Umstände zu beurteilen. Die Angaben in dieser Entscheidung, die sich auf spätere Jahre beziehen, werden nur verwendet, um die Folgen der Übertragung auf die Lage der WestLB aufzuzeigen und nicht um die Transaktion im Nachhinein zu rechtfertigen oder in Frage zu stellen.

(173) Deutschland erinnerte die Kommission daran, den Fall nur nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt der Übertragungsentscheidung, d. h. Ende 1991, zu prüfen und spätere Entwicklungen außer Acht zu lassen. Dies könnte bedeuten, dass weder der Umstand, dass nur 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) als Basiseigenmittel anstelle der geforderten 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) vom BAKred anerkannt wurden, noch die Tatsache, dass 1993 eine 0,6 %ige Vergütung vereinbart wurde, von der Kommission berücksichtigt werden können. Zum Zeitpunkt der Übertragung wurde, trotzdem sich Land und WestLB über den Wert der Wfa in der Höhe von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) einig waren, keine Entgelthöhe festgesetzt. Die Kommission hält es daher für angebracht, bei der Beurteilung der Transaktion auch die Verhältnisse zu dem Zeitpunkt zu berücksichtigen, zu dem schließlich die Vergütung festgesetzt wurde.

(174) Die Kommission teilt nicht die Ansicht Deutschland und der WestLB, dass der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers nicht auf ein gesundes und profitabel arbeitendes Unternehmen anwendbar sei, und dass dies aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervorgehe. Die Tatsache, dass der Grundsatz bisher hauptsächlich auf Unternehmen in Schwierigkeiten Anwendung fand, beschränkt seine Anwendung nicht auf diese Kategorie von Unternehmen.

(175) Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen können nur gewährt werden, wenn ein Umstrukturierungsplan zur Wiederherstellung der Lebensfähigkeit des Unternehmens, d. h. zu einer „normalen“ Rendite, führt, mit der das geförderte Unternehmen aus eigener Kraft weiter bestehen

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

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

([3]) Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen — Standpunkt der Kommission, Bull. EG 9-1984, S. 93f.

kann, weil diese „marktübliche“ Rendite für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber annehmbar ist. In den Fällen, in denen der Gerichtshof mit derartigen Entscheidungen befasst wurde, stellte er nie in Frage, dass die Kommission nicht nur eine Kostendeckung oder eine symbolische Rendite, sondern eine vollständige „marktübliche“ Rendite forderte.

(176) Es besteht keine Regel, der zufolge der Umstand, dass ein Unternehmen Gewinne erwirtschaftet, von vornherein die Möglichkeit ausschließt, dass die Kapitalzuführung Elemente einer staatlichen Beihilfe enthält. Selbst wenn ein Unternehmen profitabel arbeitet, könnte ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber von einer (weiteren) Kapitalzuführung absehen, wenn er keine angemessene Rendite (in Form von Dividenden oder Wertzuwachs) aus dem investierten Kapital erwarten kann. Sollte das Unternehmen zum Zeitpunkt der Investition nicht die erwartete angemessene Rendite abwerfen, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber Maßnahmen zur Steigerung der Rendite fordern. Daher ist der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers gleichermaßen auf alle öffentlichen Unternehmen anwendbar, und zwar unabhängig davon, ob sie gewinn- oder verlustbringend arbeiten.

(177) Die Angemessenheit der wahrscheinlichen Kapitalrendite hängt wiederum davon ab, was ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber von vergleichbaren Investitionen bei vergleichbarem Risiko erwarten kann. Es liegt auf der Hand, dass ein Unternehmen mit anhaltend schlechten Ergebnissen und ohne Anzeichen einer Verbesserung langfristig nicht lebensfähig ist. Neuinvestoren würden die Forderung des Unternehmens nach weiterem Kapital ablehnen und vorhandene Kapitalgeber würden sich letzten Endes zurückziehen — und notfalls auch Verluste hinnehmen -, um ihr Kapital rentabler anzulegen. So hat die Kommission in einer Mitteilung an die Mitgliedstaaten über die Anwendung der Regelungen für staatliche Beihilfen auf öffentliche Unternehmen darauf hingewiesen, dass sie die Finanzlage des Unternehmens zu dem Zeitpunkt ermitteln wird, zu dem die Zuführung zusätzlichen Kapitals vorgesehen ist, wenn sie das staatliche Verhalten mit dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vergleicht, „insbesondere in Fällen, in denen das Unternehmen keine Verluste macht“ ([1]).

(178) Außerdem wäre zu bedenken, dass „gesunde und profitable Unternehmen“ nicht mit Unternehmen, die keine Verluste machen, gleichzusetzen sind. Ein nur geringe Gewinne oder weder Gewinne noch Verluste ausweisendes Unternehmen kann faktisch nicht als gesund und profitabel angesehen werden. Gewiss ist es schwierig, „durchschnittliche Rentabilität“ zu bestimmen, weil dies von einer Reihe von Faktoren abhängt, z. B. dem Risiko in dem Wirtschaftszweig, in dem das Unternehmen tätig ist. Jedoch würden Unternehmen, die über einen gewissen Zeitraum einen Gewinn erwirtschaften, der unter dem von Unternehmen mit vergleichbarer Risikostruktur liegt, wie bereits gesagt, langfristig aus dem Markt gedrängt werden. Die Position, die Deutschland und die WestLB vertreten, würde zu einer Situation führen, in der der Staat ohne Rücksicht auf die im EG-Vertrag vorgesehenen Regeln für staatliche Beihilfen in Unternehmen investieren könnte, die einen Jahresgewinn von 1 EUR erwirtschaften.

([1]) ABl. C 307 vom 13.11.1993, S. 3, siehe Randnummer 37.

(179) Sicherlich ist es nicht Aufgabe der Kommission, systematisch sofort Verfahren einzuleiten, wenn ein öffentliches Unternehmen eine unterdurchschnittliche Rentabilität aufweist. Auch private Unternehmen liegen bisweilen unter der durchschnittlichen Rentabilität (es ist logisch, dass es von einem Mittelwert Abweichungen in beide Richtungen gibt). Ein normales Unternehmen am Markt würde jedoch in einem derartigen Fall versuchen, seine Rentabilität zu steigern und Umstrukturierungs- und andere Maßnahmen durchzuführen, damit diese Lage nicht dauerhaft wird. Investoren am Markt erwarten, dass in dieser Hinsicht angemessene Maßnahmen ergriffen werden.

(180) Auch sollte, wie bereits angeführt, zwischen bestehenden und neuen Investitionen unterschieden werden, weil die Ausgangspunkte — aber nicht die Grundprinzipien — für die Investitionsentscheidungen unterschiedlich sind. Bei einer bestehenden Investition könnte der Kapitalgeber eher bereit sein, kurzfristig eine niedrigere (oder auch eine negative) Rendite hinzunehmen, wenn er mit einer Verbesserung der Lage rechnet. Sicherlich könnte auch ein Kapitalgeber seine Investition in ein Unternehmen mit geringer Rentabilität erhöhen, doch würde er dies unterlassen, wenn er langfristig nicht eine Verbesserung der Lage und eine angemessene Rendite erwarten würde. Erwartet er auf der anderen Seite, dass die Kombination von Risiko und Rendite schlechter ausfällt als in vergleichbaren Unternehmen, wird er eine Desinvestition in Aussicht nehmen. Im Falle einer Neuinvestition wird der Kapitalgeber möglicherweise von Anfang an weniger bereit sein, eine niedrige Rentabilität hinzunehmen ([2]). Doch wie bereits gesagt, sind die Grundsätze in allen Entscheidungssituationen die gleichen: Die langfristig erwartete Rendite aus der Investition (unter Berücksichtigung des Risikos und anderer Faktoren) muss wenigstens genauso hoch wie die Rendite vergleichbarer Investitionen sein. Ist dies nicht der Fall, wird das Unternehmen nicht die notwendigen Mittel aufbringen können und daher langfristig nicht lebensfähig sein.

(181) Nach Ansicht der WestLB kann die Frage, ob die Bank in den Jahren vor der Übertragung durchschnittliche Gewinne erwirtschaftet hat, im Prinzip unbeantwortet bleiben, wenn eine angemessene feste Vergütung vereinbart wird und wenn die Rentabilität zur Erhaltung der Vergütung langfristig ausreichend erscheint. Dieser Auffassung ist prinzipiell beizupflichten. Doch sollte auch bedacht werden, dass die langfristige Lebensfähigkeit davon abhängt, dass das Unternehmen aus seinem Eigenkapital eine durchschnittliche Rendite erzielt.

(182) Im Hinblick auf das wahrscheinliche Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers ist es unerheblich, dass auch andere Banken als Folge der strengeren Vorschriften der Solvabilitätsrichtlinie zusätzliches Kapital aufzunehmen hatten. Die Richtlinie verpflichtet die Banken nicht zur Aufnahme zusätzlichen Kapitals. Sie setzt nur eine Mindestquote von Kapital zu risikogewichteten Aktiva fest, sie stellt also eine rechtliche Vermutung darüber auf, was für die Lebensfähigkeit einer Bank notwendig ist. Das

([2]) Es kann nicht gesagt werden, dass auf dem Markt nur Investitionen in profitable Unternehmen getätigt werden. Investitionen mit hohem Risiko, z. B. in innovative oder neue Technologien anwendende Unternehmen, sind durchaus die Regel. Doch auch in diesen Fällen legt der Investor sein Kapital je nach seinen Erwartungen an, das heißt, ob er die Anfangsverluste und die vorhandenen Risiken später durch hohe Gewinne ausgleichen kann. Auch bei derartigen Investitionen ist der Bezugspunkt die erwartete langfristige Rendite.

bedeutet, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber seine Bank möglicherweise veranlasst hätte, ihre Risiken umzustrukturieren, um die neuen Solvabilitätsvorschriften einhalten zu können, anstatt das Kapital der Bank zu erhöhen. Dadurch würde das Geschäftsvolumen der Bank unmittelbar vermindert und somit ihre Präsenz auf den Märkten zurückgehen.

(183) Beschließt ein öffentlicher Anteilseigner, dass eine Kapitalzuführung für die Bank angemessen ist, um den Eigenkapitalanforderungen zu entsprechen, stellt sich die Frage, ob die besonderen Umstände, unter denen das Kapital bereitgestellt wird, für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber annehmbar wären. Ist eine Kapitalmaßnahme notwendig, um die Solvabilitätsanforderungen zu erfüllen, könnte ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber zu dieser Maßnahme bereit sein, um den Wert der bereits getätigten Investitionen zu erhalten. Aber er würde auf einer angemessenen Rendite aus der neuen Kapitalzuführung bestehen. Wahrscheinlich würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine höhere Rendite aus einer Kapitalinvestition in eine Bank, deren Kapitalreserven aufgezehrt sind und die dringend neues Kapital benötigt, erwarten, weil ihn dieser Umstand einem größeren Risiko aussetzt.

(184) Im Lichte des „Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers" ist die Kernfrage, ob ein derartiger Kapitalgeber der WestLB ein Kapital, das die besonderen Merkmale des Wfa-Vermögens aufweist, unter denselben Bedingungen bereitgestellt hätte, insbesondere im Hinblick auf die wahrscheinliche Rendite aus der Investition. Diese Frage soll im Folgenden geprüft werden.

a) ARTIKEL 295 EG-VERTRAG

(185) Nach Ansicht Deutschlands musste das Land Nordrhein-Westfalen keine Privatisierung der WestLB in Aussicht nehmen, um deren Eigenkapitalbasis zu stärken, stand es dem Land grundsätzlich frei, die Wfa auf die WestLB zwecks Erzielung von Synergieeffekten zu übertragen, und war das Land nach Gemeinschaftsrecht nicht verpflichtet, eine Übertragung der Wfa auf ein privates Kreditinstitut ins Auge zu fassen. Diesem Standpunkt kann beigepflichtet werden. Deutschland führt ferner aus, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag der Wfa eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darstelle und dass die Wfa daher aufgrund von Artikel 295 nicht der Überwachung durch die Kommission unterworfen sei.

(186) Solange öffentliche Anstalten ausschließlich öffentliche Aufgaben wahrnehmen und nicht mit kommerziellen Unternehmen konkurrieren, finden die Wettbewerbsregeln auf sie keine Anwendung. Anders verhält es sich, wenn Auswirkungen auf den Wettbewerb gegeben sind. Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag dient dazu, mit Situationen umzugehen, in denen es notwendig sein könnte, von den Wettbewerbsregeln abzuweichen, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sicherzustellen. Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag wird in Abschnitt V Nummer 6 behandelt. Andererseits lässt der Vertrag gemäß Artikel 295 die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt, was jedoch keine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags rechtfertigt.

(187) Die deutschen Behörden und die WestLB bringen vor, dass wegen der im Wohnungsbauförderungsgesetz vorgesehenen Zweckbindung des Wfa-Vermögens diese Mittel nicht anders profitabel verwendet werden könnten als durch ihre Einbringung in eine ähnliche öffentlich-rechtliche Anstalt. Daher stellte die Übertragung die kommerziell sinnvollste Verwendung dieses Vermögens dar. So wäre jedes Entgelt für die Einbringung, d. h. jede zusätzliche Rendite aus dem Wfa-Kapital, ausreichend, um die Übertragung im Hinblick auf den „Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers" zu rechtfertigen. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es mag zutreffen, dass die Einbringung der Wfa in die WestLB und die sich daraus ergebende Möglichkeit für die WestLB, einen Teil des Wfa-Kapitals für Solvabilitätszwecke zu verwenden, die wirtschaftlich sinnvollste Nutzung war. Den Mitgliedstaaten ist es unbenommen, öffentliche Gelder für öffentliche, hoheitliche Zwecke zu verwenden und in diesem Zusammenhang keinen oder einen geringeren Gewinn zu verlangen. Die Kommission stellt nicht das Recht der Mitgliedstaaten in Frage, Sonderfonds zur Erfüllung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegender Aufgaben einzurichten. Sobald jedoch öffentliche Gelder und andere Aktiva für kommerzielle, wettbewerbsorientierte Aktivitäten eingesetzt werden, sind die marktüblichen Regeln anzuwenden. Das bedeutet, dass der Staat, sobald er beschließt, für öffentliche Zwecke bestimmtes Vermögen (auch) kommerziell zu nutzen, dafür ein Entgelt verlangen sollte, dass der marktüblichen Vergütung entspricht.

b) BESONDERHEIT DER MASSNAHME

(188) Mit der beschriebenen Übertragung als Antwort auf den Bedarf an zusätzlichen Basiseigenmitteln der WestLB entschieden sich die Landesbehörden für eine Methode der Kapitalaufstockung mit sehr spezifischen Eigenheiten. Das Grundkonzept bestand darin, ein gemeinnütziges Kreditinstitut, das eine besondere Aufgabe verfolgt (Wfa), mit einer normalen Geschäftsbank zu verschmelzen, die unter Wettbewerbsbedingungen tätig ist, um das (aus der Sicht der Solvabilitätsregeln) überschüssige Kapital innerhalb des gemeinnützigen Instituts für die Zwecke des wettbewerbsorientierten Instituts zu verwenden. Gleichzeitig blieben die übertragenen Vermögenswerte ihrem ursprünglichen Zweck gewidmet. Folglich wurde die Lösung einer „Anstalt innerhalb einer Anstalt" gewählt, wobei das Wfa-Vermögen einen unabhängigen und „geschlossenen" Kreislauf bildet, in dem die von der Wfa erzielten Überschüsse auch nur ihr zugerechnet werden und in ihr verbleiben.

(189) Die Kommission kennt keine Präzedenzfälle für eine Kapitalerhöhung im Wege einer derartigen „unvollständigen Verschmelzung", soweit dies in beihilferechtlicher Hinsicht von Belang sein könnte. Nach Auffassung der Kommission muss jedoch, wenn sich ein Mitgliedstaat für eine Konstruktion wie die vorliegende entscheidet, eingehend untersucht werden, wie sich diese in finanzieller und wirtschaftlicher Hinsicht auf den im Wettbewerb stehenden Teil der Institution auswirkt. Nur so kann verhindert werden, dass auf nicht transparente Konstruktionen zurückgegriffen wird, um die Regeln des EG-Vertrags über staatliche Beihilfen zu umgehen. Es muss beurteilt werden, in welchem Maße die Einbringung trotz Schaffung getrennter Kreisläufe für den wettbewerbsorientierten Unternehmensteil wirtschaftlich von Vorteil ist.

(190) Hier ist zu bemerken, dass die Komplexität des Falls und das Fehlen unmittelbar vergleichbarer Transaktionen auf dem freien Markt diese Beurteilung ziemlich schwierig machen. Deshalb hat die Kommission erhebliche Zeit auf

das Sammeln von Informationen und die Analyse des Falls verwandt. Außerdem hat sie einen externen Sachverständigen mit einer Stellungnahme zu der Transaktion und dem Entgelt, das als marktüblich betrachtet werden kann, beauftragt. Nur auf der Grundlage aller verfügbaren Informationen und nach sorgfältiger Prüfung hat die Kommission schließlich ihre Schlussfolgerungen gezogen und ist zur vorliegenden Entscheidung gelangt.

c) KEINE ÄNDERUNG DER EIGENTÜMERSTRUKTUR

(191) Führt ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber einer Bank Eigenkapital zu, verlangt er eine angemessene Beteiligung an den Gewinnen der Bank. Ein Weg, um dies sicherzustellen, ist eine entsprechende Änderung der Beteiligungsverhältnisse. Dadurch kann er angemessen an den Dividenden der Bank und an einem möglichen offenen und verdeckten Wertanstieg als Ergebnis der größeren Ertragsmöglichkeiten partizipieren. Ein Mittel zur Gewährleistung einer angemessenen Rendite aus dem bereitgestellten Kapital wäre daher gewesen, die Beteiligung des Landes an der WestLB entsprechend zu erhöhen, sofern die Gesamtrentabilität der Bank der normalen Rendite entspricht, die ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber aus seiner Anlage erwartet. Dadurch wäre die Erörterung der Frage überflüssig geworden, ob das Entgelt von 0,6 % angemessen ist, doch hat sich das Land nicht für diese Vorgehensweise entschieden.

(192) Den deutschen Behörden zufolge war eine Neuverteilung der WestLB-Anteile in Anbetracht des besonderen Charakters der Transaktion nicht möglich, vor allem wegen des Konzepts des geschlossenen Kreislaufs und des (nur intern gültigen) bevorrechteten Zugriffsrechts des Landes auf das Wfa-Nettovermögen im Falle einer Liquidation der WestLB, das die WestLB-Eigentümer vereinbart haben.

(193) In diesem Falle aber hätte das Land entsprechend dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers für die Kapitaleinbringung ein angemessenes Entgelt in einer anderen Form verlangen müssen. Verzichtet dagegen das Land auf eine marktübliche Vergütung, verhält es sich nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber und gewährt der WestLB eine Vergünstigung, die eine staatliche Beihilfe darstellt.

d) DIE KAPITAL-BASIS FÜR DIE BERECHNUNG DER VERGÜTUNG

(194) Nach Auffassung Deutschland und der WestLB hat nur der Teil der anerkannten Basiseigenmittel, der von der WestLB zur Unterlegung ihrer kommerziellen Aktivitäten verwendet werden kann, für die Bank einen wirtschaftlichen Wert und daher kann das Land nur für diesen Teil eine Vergütung fordern. Der BdB behauptet, dass der gesamte Betrag von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) risikobehaftet sei und deshalb auf diesen Betrag eine Vergütung zu zahlen sei. Die Höhe dieses Entgelts sollte für die anerkannten Basiseigenmittel in Höhe von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) und den Restbetrag von 1,9 Mrd. DEM (970 Mio. EUR) unterschiedlich sein.

(195) Die Berater der Kommission stützten ihre Beurteilung auf die Annahme, dass der Wert der Wfa zum Zeitpunkt der Vermögensübertragung vom Land und der WestLB mit 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) angesetzt wurde und dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber deshalb grundsätzlich eine Vergütung für diesen Wert verlangen würde, unabhängig von späteren Entwicklungen wie der Anerkennung des Kapitals (oder nur eines Teils davon) als Basiseigenmittel durch das BAKred. Entscheidend für die Festsetzung einer Vergütung für eine Kapitalinvestition sind nur die Umstände zur Zeit der Investitionsentscheidung, aber keine später eintretenden Ereignisse. Doch räumen die Berater der Kommission auch ein, dass die Transaktion einen anderen Verlauf genommen hätte, wenn sie unter marktüblichen Bedingungen erfolgt wäre.

(196) Nach Ansicht der Kommission könnte die Abfolge der Schritte der Übertragung tatsächlich auf eine gleich hohe Vergütung für das gesamte in der WestLB-Bilanz ausgewiesene Kapital hindeuten. Die Übertragung wurde zunächst beschlossen und durchgeführt, dann wurde das BAKred gebeten, die Wfa-Sonderrücklage als Basiseigenmittel anzuerkennen und das Entgelt wurde erst fast zwei Jahre nach der Übertragungsentscheidung festgesetzt. Unter marktüblichen Bedingungen hätte jedoch keine Bank akzeptiert, die Wfa mit 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) in ihre Bücher aufzunehmen und auf diesen Betrag eine einheitliche Vergütung zu zahlen, ohne zunächst abzuklären, ob er von der Aufsichtsbehörde als Basiseigenmittel anerkannt würde. Wie auch von den externen Sachverständigen der Kommission hervorgehoben, würde sich ein vernünftig handelnder Kapitalgeber gewiss nicht auf diese Weise verhalten, d. h. einer substantiellen Kapitalzufuhr zustimmen, ohne zuvor eine angemessene Methode zur Ermittlung der Vergütung zu vereinbaren. Nach Auffassung der Kommission lässt sich jedoch die Abfolge der Ereignisse durch die besonderen Umstände des Falles erklären. Das Land hatte langfristige finanzielle Beziehungen zur Bank und war ihr Haupteigentümer. Es gab nur eine geringe Anzahl von (sämtlich öffentlichen) Anteilseignern, was in der Praxis bedeutet, dass weniger Transparenz und Öffentlichkeit notwendig sind, als im Falle eines Unternehmens mit einer großen Anzahl („außenstehender“) Anteilseignern oder mit einer Börsennotierung. Aufgrund dieser besonderen Umstände war es möglich, die Vermögensübertragung zu beschließen und die endgültige Vergütung erst festzusetzen, als die tatsächliche Verwendbarkeit des Wfa-Kapitals für wettbewerbsorientierte Bankgeschäfte feststand.

(197) Zur Festsetzung eines angemessenen Entgelts sollte zwischen den Teilen der Wfa-Sonderrücklage entsprechend ihres Nutzens für die WestLB unterschieden werden. 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) wurden als Eigenkapital in die WestLB-Bilanz eingestellt. 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) wurden vom BAKred als Basiseigenmittel anerkannt. Nur 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) dieser Mittel erlauben es der WestLB, ihre Aktivitäten auszuweiten, und sollten als primäre Basis für eine Vergütung für das Land herangezogen werden. Die restlichen anerkannten Basiseigenmittel in Höhe von 1,5 Mrd. DEM (770 Mio. EUR) werden in der Bilanz ausgewiesen, werden aber zur Unterlegung des Wohnungsbauförderungsgeschäfts der Wfa benötigt. 1,9 Mrd. DEM (970 Mio. EUR) erscheinen in der Bilanz, sind aber nicht als Eigenmittel für Solvabilitätszwecke anerkannt. Somit beläuft sich der in der WestLB-Bilanz ausgewiesene Betrag, der aber nicht zur Ausweitung der wettbewerbsorientierten Geschäftsbereiche der WestLB verwendet werden kann, auf 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR).

(198) Doch ist Eigenkapital nicht nur aufsichtsrechtlich von Bedeutung. Die Höhe des in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapitals gibt den Geldgebern der Bank auch Aufschluss über deren Solidität und wirkt sich somit auf die Bedingungen aus, zu denen die Bank Fremdkapital aufnehmen kann. Entgegen den Argumenten Deutschlands und der WestLB berücksichtigen Gläubiger und Rating-Agenturen nicht nur die anerkannten Eigenmittel, sondern die wirtschaftliche und finanzielle Gesamtlage der Bank. Die anerkannten Eigenmittel bilden nur einen Teil einer derartigen Analyse, mit der die Bonität der Bank bewertet wird. Der Betrag von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) wurde vom Land und von der WestLB als wahrscheinlicher Wert festgesetzt, der im Falle eines Verkaufs der Wfa an einen Dritten erzielt werden könnte. Wenn dieser Ansatz nicht angemessen gewesen wäre, hätten die Wirtschaftsprüfer der WestLB nicht akzeptiert, ihn in der Bilanz beizubehalten. Der vom BAKred anerkannte Betrag in Höhe von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) ergibt sich aus der sehr vorsichtigen Bewertung der Aufsichtsbehörde. Es sei darauf hingewiesen, dass auch die für das BAKred vorgenommene Bewertung eine Spanne von 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) bis 5,4 Mrd. DEM (2,76 Mrd. EUR) angibt. Daher wird der Gesamtbetrag von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR) von einem potentiellen Gläubiger als Sicherheit für sein Geld angesehen werden und verbessert die Kreditwürdigkeit der WestLB. Diese positive Wirkung der Vermögensübertragung auf die Bonität der Bank wurde auch in der Bewertung der Wfa festgestellt, die 1992 für die WestLB erstellt wurde. Da der Betrag von 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR) nicht zur Erweiterung der Geschäftstätigkeit verwendet werden kann, sondern das Ansehen der Bank in den Augen der Gläubiger verbessert, kann seine ökonomische Funktion — selbst wenn er in der Bilanz als Eigenkapital ausgewiesen wird — in dieser Hinsicht zumindest mit einer Garantie verglichen werden.

(199) Da somit auch der Betrag von 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR) für die WestLB von ökonomischem Nutzen ist, hätte ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine Vergütung dafür gefordert. Die Höhe dieses Entgelts wird sicherlich unter dem für den Teil in Höhe von 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) liegen, der für die WestLB von größerem Nutzen ist, weil er nach den Solvabilitätsregeln auch als Eigenmittelbasis zur Ausweitung ihres wettbewerbsorientierten Geschäfts genutzt werden kann.

e) ANGEMESSENE VERGÜTUNG FÜR DAS KAPITAL

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

(201) Der Beschwerdeführer machte ursprünglich geltend, die fragliche Transaktion stelle eine staatliche Bürgschaft des Landes Nordrhein-Westfalen für Verbindlichkeiten der WestLB dar. Die WestLB weist das übertragene Kapital jedoch als Eigenkapital in ihrer Bilanz aus, und das BAKred erkannte einen Betrag von 4,0 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) als Basiseigenmittel im Sinne der Eigenmittelrichtlinie an, wovon 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) von der WestLB zur Unterlegung ihres wettbewerbsorientierten Geschäfts genutzt werden können. Eine kohärente Beurteilung der Kapitalmaßnahme nach Maßgabe von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag setzt daher voraus, dass sie grundsätzlich als Kapitalzufuhr klassifiziert wird und dass eine entsprechende Vergütung gefordert wird. Ein und dieselbe Kapitalmaßnahme lässt sich nicht nach bankaufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten als Kapitalerhöhung und nach den Vorschriften des EG-Vertrags über staatliche Beihilfen als Bürgschaft ansehen. Diese prinzipielle Klassifizierung schließt jedoch nicht aus, dass die Kommission einen Teil dieses Kapitalbetrages, der von der WestLB nicht in gleicher Weise wie „normales" Eigenkapital eingesetzt werden kann, wegen seines besonderen Charakters und zum Zwecke der Berechnung einer angemessenen Vergütung mit einer Bürgschaft vergleicht.

i) *Vergleich mit anderen Eigenkapitalinstrumenten*

(202) Deutschland macht geltend, da ein direkter Vergleich mit anderen Transaktionen nicht möglich sei, sollte die angemessene Vergütung für das zur Verfügung gestellte Kapital dadurch ermittelt werden, dass die Vermögensübertragung mit verschiedenen marktüblichen Eigenkapitalinstrumenten verglichen wird. Hierzu legte Deutschland externe Gutachten vor, deren Ergebnisse bereits oben dargestellt wurden und die zu dem Schluss gelangen, das Wfa-Kapital sei am besten mit Genussscheinen, „Perpetual preferred stock" und Stillen Beteiligungen zu vergleichen.

(203) Nach Auffassung der Kommission ist es allerdings schwierig, die Einbringung der Wfa in die WestLB wegen des besonderen Charakters der Transaktion mit irgendeinem damals auf dem Markt so existierenden Instrument zu vergleichen. Mag die Transaktion auch in einigen Aspekten bestimmten Instrumenten ähneln, so bestehen doch zu jedem Instrument so viele Unterschiede, dass jeder Vergleich nur eingeschränkt gültig ist. Die von Deutschland vorgelegten Gutachten sind außerdem auch nicht wirklich vollständig, da auf einige einschlägige Instrumente, z. B. stimmrechtslose Aktien, nicht eingegangen wird.

(204) Zu beachten ist, dass die Instrumente, die Deutschland zu Vergleichszwecken heranzieht, einer Bank in der Regel nur einen sehr begrenzten Teil ihrer Eigenmittel verschaffen. Sie sind ergänzende Instrumente, die das „Kern-Eigenkapital" ergänzen, das sich hauptsächlich aus Grundkapital und offenen Rücklagen zusammensetzt. Durch die Übertragung des Wfa-Vermögens hingegen wurden die Eigenmittel der WestLB für Solvabilitätsberechnungen von 5,09 Mrd. DEM (2,6 Mrd. EUR) auf 9,09 Mrd. DEM (4,65 Mrd. EUR) aufgestockt, d. h. um 80 %. Zieht man lediglich die Erhöhung um 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) in Betracht, die die WestLB zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit benutzen kann, so bedeutet dies immer noch eine Aufstockung der Eigenmittel um 50 %. Hybride Instrumente wurden damals gewöhnlich bis zu einem Anteil von höchstens 20 % herangezogen. Mit einem der Vergleichsinstrumente wäre es nicht möglich gewesen, das WestLB-Kapital auf die gleiche Weise — und auf dauerhafter Basis — aufzustocken [1].

[1] Dieser Aspekt wird auch von den externen Sachverständigen der Kommission hervorgehoben, die an den Gutachten der deutschen Regierung kritisieren, dass diese sich jeglichen Hinweises auf die Größe der Transaktion enthalten und sie mit (volumenmäßig) marginalen Instrumenten vergleichen; das Wfa-Kapital sei eher mit Basiseigenmittelinstrumenten wie stimmrechtslosen Aktien zu vergleichen.

(205) Es ist auch darauf hinzuweisen, dass auch von den Rating-Agenturen Druck ausgeübt wurde, eine Art „freiwillige Selbstbeschränkung“ in Bezug auf den Eigenmittelanteil dieser Instrumente zu üben, indem diese Agenturen diesen Anteil sorgsam beobachteten.

(206) In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass das relativ breit gefächerte Instrumentarium an hybriden Eigenkapitalinstrumenten von Basiseigenmitteln und ergänzenden Eigenmitteln, das den Kreditinstituten in mehreren Ländern nunmehr zur Verfügung steht, in Deutschland noch nicht existierte, als 1991 die Übertragung der Wfa auf die WestLB beschlossen wurde und 1993 die WestLB den zu diesem Zeitpunkt in Kraft tretenden strengeren Kapitalanforderungen nachkommen musste. Einige dieser Instrumente wurden erst seither entwickelt, andere gab es bereits, sie waren in Deutschland aber nicht anerkannt. Die Instrumente, die in der Praxis hauptsächlich zur Verfügung standen und genutzt wurden, waren Genussscheine und nachrangige Verbindlichkeiten (beides ergänzende Eigenmittel, das zweite Instrument erst ab 1993 anerkannt). Somit ist der Vergleich des Wfa-Kapitals mit derartigen hybriden Instrumenten, die zumeist erst später entwickelt wurden und teils nur in anderen Ländern verfügbar sind, nicht überzeugend. Auch Deutschland selbst lehnt einen solchen Vergleich (indirekt) ab, indem sie geltend macht, die Kommission müsse den Fall auf der Grundlage des zum Zeitpunkt des Beschlusses Ende 1991 gegebenen Sachverhalts beurteilen.

(207) In den Gutachten Deutschlands wird vorgebracht, bei der WestLB sei ein Konkurs so unwahrscheinlich, dass dieses Risiko praktisch außer Betracht bleiben könne. Geht man streng nach dieser Argumentation vor, so würde dies bedeuten, dass ein Kapitalgeber für eine Anlage in einem Unternehmen, das als sicher gilt, keinerlei Risikoaufschlag auf die Rendite risikofreier Staatsanleihen fordern dürfte. Dies entspricht gewiss nicht den Gegebenheiten des Marktes. Auch wenn das Konkursrisiko bei einer bestimmten Finanzanlage sehr niedrig sein kann, so wird dieses doch von einem marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber berücksichtigt. Er wird für derartige Anlagen in Banken, wie im Fall von anderen „sicheren“ Beteiligungen, einen deutlichen Aufschlag verlangen.

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

(209) Aus all diesen Gründen ist die Kommission der Auffassung, dass der von Deutschland vorgenommene Vergleich mit hybriden Eigenkapitalinstrumenten wegen der Besonderheiten des Wfa-Kapitals nicht geeignet ist, als Grundlage für die Bestimmung der angemessenen Vergütung für das Wfa-Kapital zu dienen ([1]).

(210) Im Hinblick auf die Beziehung zwischen dem Wfa-Kapital und den anderen Eigenkapitalinstrumenten macht der BdB geltend, die Nachrangigkeitsabrede im Mantelvertrag zwischen den Anteilseignern der WestLB sei nichtig, da sie zu Lasten Dritter gehe, indem vereinbart wird, dass die Wfa-Sonderrücklage — bei Verlusten der WestLB — erst nachrangig nach dem sonstigen Eigenkapital der WestLB eingesetzt werden darf. Jedoch kann der Argumentation der deutschen Regierung und der WestLB gefolgt werden, die Abrede beziehe sich ausschließlich auf die Beziehung zwischen der Wfa-Sonderrücklage und den sonstigen von den Anteilseignern zur Verfügung gestellten Basiseigenmitteln, d. h. konkret Grundkapital und Rücklagen, aber es sei nicht beabsichtigt, das Wfa-Kapital gegenüber ergänzenden Eigenmitteln wie Genussscheinen und nachrangigen Verbindlichkeiten nachrangig zu machen.

ii) ***Liquiditätsnachteile***

(211) Den Argumenten Deutschlands und der WestLB zu den Liquiditätsnachteilen kann im Prinzip gefolgt werden. Eine „normale“ Kapitalzuführung an eine Bank verschafft dieser sowohl Liquidität als auch eine Eigenmittelbasis, die aus aufsichtsrechtlichen Gründen zur Ausweitung ihrer Geschäftstätigkeit erforderlich ist. Um das Kapital voll zu nutzen, d. h. um ihre 100 % risikogewichteten Aktiva um den Faktor 12,5 zu erweitern (d. h. 100 dividiert durch den Solvabilitätskoeffizienten von 8 %), muss sich die Bank 11,5-mal auf den Finanzmärkten refinanzieren. Vereinfacht gesagt ergibt die Differenz aus 12,5-mal erhaltenen und 11,5-mal gezahlten Zinsen auf dieses Kapital abzüglich sonstiger Kosten der Bank (z. B. Verwaltungsaufwendun-

([1]) Das für die Kommission erstellte externe Gutachten bestätigt diese Sicht; es wird darin auch auf verschiedene einzelne Bewertungen eingegangen, die in dem Gutachten Deutschlands enthalten sind. So wird z. B. der „Kuponeffekt“ in ein anderes Licht gerückt, indem festgestellt wird, dass bei laufenden Verlusten oder einer Liquidation durchaus das gesamte Kapital und nicht nur ein Teil hiervon verloren ginge. Das Gutachten weist des weiteren auf zwei subjektive Aspekte der Gutachten Deutschlands hin: Zum einen werden, so lautet die Schlussfolgerung, Marktdaten selektiv eingesetzt, und zum anderen werden die Marktdaten teilweise durch Daten ersetzt, die die Autoren aus ihren eigenen Erfahrungen beziehen, ohne dies ausdrücklich anzugeben.

gen) den Gewinn auf das Eigenkapital ([1]). Da das Wfa-Kapital der WestLB zunächst keine Liquidität verschafft — weil das übertragene Vermögen und sämtliche Erträge der Wfa gesetzlich der Wohnungsbauförderung vorbehalten sind -, hat die WestLB zusätzliche Finanzierungskosten in Höhe des Kapitalbetrags, wenn sie die erforderlichen Mittel auf den Finanzmärkten aufnimmt, um die Geschäftsmöglichkeiten voll auszuschöpfen, die sich ihr durch das zusätzliche Eigenkapital eröffnen, d. h. um die risikogewichteten Vermögenswerte um das 12,5 fache des Kapitalbetrages zu auszuweiten (bzw. existierende Vermögenswerte in dieser Höhe zu erhalten) ([2]). Wegen dieser Zusatzkosten, die bei normalem Eigenkapital nicht entstehen, muss zur Ermittlung des angemessenen Entgelts ein entsprechender Abschlag vorgenommen werden. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber kann nicht erwarten, dasselbe Entgelt zu erhalten wie bei der Zuführung von Barkapital.

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

iii) ***Angemessene Vergütung für den Betrag von 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR)***

(213) Die angemessene Vergütung für den Betrag von 2,5 Mrd. DEM lässt sich zweifellos auf verschiedene Weise ermitteln. Wie gleich auszuführen sein wird, folgen jedoch alle Berechnungsweisen zur Ermittlung der Vergütung für zur Verfügung gestelltes Stammkapital den gleichen Grundprinzipien. Auf der Basis dieser Grundprinzipien nimmt die Kommission die Berechnung vorliegend in zwei Schritten vor: Zunächst wird die Mindestvergütung ermittelt, die ein Investor für eine (hypothetische) Stammkapitalinvestition in die WestLB erwarten würde. Anschließend wird geprüft, ob am Markt aufgrund der Besonderheiten der in Frage stehenden Transaktion ein Auf- oder Abschlag vereinbart worden wäre und gegebenenfalls eine methodisch hinreichend belastbare Quantifizierung durch die Kommission vorgenommen werden kann.

Ermittlung einer zu erwartenden Mindestvergütung für eine Stammkapitalinvestition in die WestLB

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

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

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

angemessene Mindestrendite einer risikobehafteten Investition

=

risikofreier Basissatz + Risikoprämie der risikobehafteten Investition.

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

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

— *Finanzierungsansatz*: Die erwartete Eigenkapitalrendite eines Investors stellt aus der Sicht der kapitalnutzenden Bank zukünftige Finanzierungskosten dar. Bei diesem Ansatz werden zunächst die historischen

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

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

Eigenkapitalkosten ermittelt, die bei Banken angefallen sind, die mit der in Frage stehenden Bank vergleichbar sind. Der arithmetische Durchschnitt der historischen Kapitalkosten wird dann gleichgesetzt mit den zukünftig erwarteten Eigenkapitalkosten und damit mit der erwarteten Renditeforderung des Investors.

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

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

Mindestrendite

=

risikofreier Basissatz + (Markt-Risikoprämie x Beta)

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

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

(219) Der Kommission liegen sechs Gutachten vor, in denen die Risikoprämie bzw. die Gesamtrendite der Investition nach verschiedenen Ansätzen berechnet wurde, wobei alle Gutachten die Risikoprämie für die Einbringung der Wfa in die WestLB nicht direkt, sondern unter Zugrundelegung einer (hypothetischen) Stammkapitalinvestition in die WestLB ermittelt haben.

— *Stellungnahmen von Ernst&Young* vom 11. September 1995/28. August 1997: Bei Ernst&Young (1995), die dem Finanzierungsansatz folgen, werden für den Zeitraum 1982 bis 1992 die tatsächlichen Kapitalkosten aus den Preisveränderungen von Ultimokursen (Kursgewinne und -verluste) und den ausgezahlten Dividenden (Dividendenrendite) ermittelt. Der arithmetische Durchschnitt der historischen Kapitalkosten wird dann gleichgesetzt mit der erwarteten Renditeforderung des Investors.

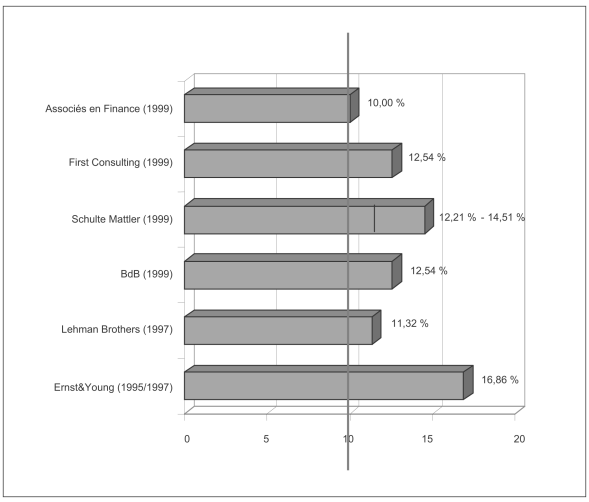
— Stellungnahme von *Associés en Finance* (Oktober 1999) ermittelte im Auftrag der WestLB und auf der Basis des so genannten Securities Market Line Modells eine Mindestvergütung von 10 bis 11 % für eine stammkapitalähnliche Investition in die WestLB zum relevanten Einbringungszeitpunkt.

— *Stellungnahme des BdB* vom 14. Januar 1999: Der BdB ermittelte entsprechend dem Finanzierungsansatz mit Compound Annual Growth Rate mit dem Datenpool von Ernst&Young für alle denkbaren Investitionsperioden zwischen 1982 und 1992 die geometrischen Mittelwerte der Eigenkapitalkosten für die vier großen deutschen Geschäftsbanken Deutsche Bank, Dresdner Bank, Commerzbank und Bayerische Vereinsbank. Die durchschnittlichen Eigenkapitalkosten dieser Vergleichsbanken von 12,54 % entsprechen der erwarteten Rendite des Investors.

— *Gutachten von Lehman Brothers* vom 8. Juli 1997 im Auftrag der WestLB, *Stellungnahme von Professor Schulte-Mattler* vom 14. Januar 1999 im Auftrag des BdB, *Stellungnahme von First Consulting* vom 18. Juni 1999 im Auftrag der Kommission: Diese Gutachter, die alle das CAPM anwenden, haben zunächst eine allgemeine Markt-Risikoprämie für den deutschen Aktienmarkt für den Zeitpunkt Ende 1991 ermittelt. Sie kommen im Durchschnitt zu einer Prämie von 4-5 % (Lehman Brothers 4 %, Professor Schulte-Mattler 5 % und First Consulting 4-5 %). In ihrer am 13. Oktober 2004 der Kommission übermittelten Verständigung haben auch das Land Nordrhein-Westfalen, die WestLB und der Beschwerdeführer BdB eine Markt-Risikoprämie von 4 % zugrunde gelegt. Anschließend haben die Gutachter den Betawert der WestLB geschätzt, d. h. die individuelle Risikoprämie der WestLB ermittelt. Mit diesem Wert ist die allgemeine Markt-Risikoprämie auf die WestLB angepasst worden. Da die WestLB Ende des Jahres 1991 keine börsennotierte Aktiengesellschaft war, konnte ihr Betawert nicht statistisch geschätzt werden. Aus diesem Grund haben die Gutachter angenommen, der Betawert der WestLB ist genauso groß wie der Betawert vergleichbarer an Börsen gehandelter Banken. Professor Schulte-Mattler hat unter Verwendung von Daten der Deutschen Bundesbank einen Beta-Faktor für die Kreditbanken in Deutschland Ende 1991 in Höhe von 1,25 (auf der Basis jährlicher Daten) und von 1,1 (auf der Basis monatlicher Daten) bestimmt. Demgegenüber hat der Gutachter der WestLB, Lehman Brothers, nicht die Betas sämtlicher deutscher Kreditinstitute, sondern der IKB Deutsche Industriebank und der BHF-Bank von 0,765 zugrunde gelegt. Lehman Brothers ist damit zu einer insgesamt niedrigeren Risikoprämie für die WestLB gekommen. Auch der Beschwerdeführer BdB hat in der der am 13. Oktober 2004 übermittelten Verständigung einen Betafaktor von 0,76 als noch sachgerecht akzeptiert und gelangte somit abweichend zu seiner Stellungnahme vom 14. Januar 1999 zu einer Mindestvergütung von 10,19 %.

(220) In der folgenden Graphik sind die Ergebnisse dieser Gutachten zusammengefasst. Bei Anwendung der genannten Methoden zur Ermittlung der erwarteten Rendite einer

risikobehafteten Investition ergeben sich somit folgende Mindestrenditewerte für eine Stammkapitalinvestition in die WestLB:



(221) Die vorliegenden Gutachten und Stellungnahmen lassen den Schluss zu, dass eine Mindestrendite für eine (hypothetische) Stammkapitalinvestition in die WestLB zum relevanten Einbringungszeitraum zwischen 10 % und 13 % liegt ([1]). Lediglich zwei Gutachten gehen von einer deutlich höheren Mindestrendite aus. In den Gesprächen zwischen dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Nordrhein-Westfalen und der WestLB AG im Juli 2004 wurde ein Satz von 10,19 % als die angemessene Vergütung angesehen. Dieser Wert liegt im eben ermittelten Marktkorridor. Die Kommission hat sich deshalb abweichend von ihrer ersten WestLB-Entscheidung aus dem Jahre 1999, in der sie eine Mindestvergütung von 12 % p.a. zugrunde gelegt hat, für den von den Parteien ermittelten Wert von 10,19 % p.a. als marktübliche Vergütung für eine stammkapitalähnliche Investition in die WestLB zum 31. Dezember 1991 entschieden. Die Kommission legt im Ergebnis als angemessene Mindestvergütung für die Übertragung des Wfa-Vermögens einen Wert von 10,19 % p.a. (nach Unternehmenssteuer und vor Investorensteuer) fest.

Renditeabschlag wegen fehlender Liquidität

(222) Die WestLB gab im Verfahren zunächst an, ihre Refinanzierungskosten hätten zum Zeitpunkt der Vermögensübertragung aufgrund ihrer Finanzstruktur bei 9,2 % gelegen. Im Zuge des Verfahrens wurden in mehreren Schriftsätzen und Gesprächen seitens der WestLB und Deutschlands Refinanzierungssätze von 7,0 % und 7,5 % genannt ([2]). In der Verständigung haben die Parteien entsprechend des von ihnen ermittelten langfristigen risikolosen Basiszinssatzes für den Zeitpunkt 31. Dezember 1991 einen Satz von 7,15 % zugrunde gelegt. Darüber hinaus haben sich die Parteien darauf geeinigt, einen pauschalen Steuersatz von 50 % anzunehmen. Dementsprechend kommen die Parteien zu einem Nettorefinanzierungssatz von 3,57 % für das zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung stehende Wfa-Kapital und damit zu einem entsprechenden Liquiditätsabzug.

(223) Aufgrund der Tatsache, dass die genannten Beträge in den von Deutschland bereits vorher genannten Rahmen fallen, hat die Kommission keinen Anlass, diese als nicht sachgerecht anzusehen und legt diese Beträge der Ermittlung des Beihilfenelements zugrunde. Die Kommission hatte zwar in ihrer ersten WestLB-Entscheidung den langfristigen risikolosen Satz für deutsche Bundesanleihen mit zehnjähriger Laufzeit, der Ende 1991 8,26 % betrug, als Mindest-Bruttorefinanzierungskosten akzeptiert. Bei diesem Zinssatz handelt es sich jedoch um eine stichtagsbezogene Betrachtungsweise, die nicht berücksichtigt, dass das Wfa-Vermögen der WestLB dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte. Im Rahmen ihrer Diskussionen über den langfristigen risikolosen Basiszinssatz haben die Parteien deshalb von der Verwendung einer stichtagsbezogenen am Markt zum Einbringungszeitpunkt beobachtbaren risikolosen Rendite für einen festen Investitionszeitraum abgesehen, da eine solche Betrachtung das Reinvestitionsrisiko, d. h. das Risiko, nach Ablauf des Investitionszeitraumes nicht wieder in Höhe des risikolosen Zinssatzes zu investieren, außer Acht lassen würde. Nach Auffassung der Parteien wird dem Investitionsrisiko am Besten Rechnung getragen, wenn man einen „Total Return Index" zugrunde legt. Deshalb haben die Parteien den von der Deutschen Börse AG erstellten REX10 Performance Index herangezogen, der die Performance einer Investition in Anleihen der Bundesrepublik Deutschland mit exakt zehn Jahren Laufzeit abbildet. Die vorliegend verwendete Indexreihe beinhaltet die jeweiligen Jahresendstände des REX10 Performance Index ab 1970. Die Parteien haben sodann die Rendite per annum ermittelt, die den Trend wie er in dem zugrunde gelegten REX10 Performance Index in der Periode 1970 bis 1991 abgebildet ist, widerspiegelt und sind so zu dem oben genannten risikolosen Basiszinssatz von 7,15 % (31. Dezember 1991) gelangt.

(224) Vor dem Hintergrund, dass die Einlage der WestLB dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte, erscheint die Vorgehensweise zur Ermittlung der risikolosen Basiszinssätze in diesem speziellen Fall angemessen. Auch stellt der herangezogene REX10 Performance Index eine allgemein anerkannte Datenquelle dar. Die ermittelten risikolosen Basiszinssätze erscheinen somit vorliegend sachgerecht.

(225) Auch deshalb hat sich die Kommission vorliegend entschlossen, den von den Parteien ermittelten langfristigen risikolosen Zinssatz von 7,15 % zum 31. Dezember 1991 als Mindest-Bruttorefinanzierungskosten zugrunde zulegen. Bei einem pauschalen Steuersatz von 50 % ([3]) zum damaligen Einbringungszeitpunkt, gelangt somit auch die Kommission zu einem Nettorefinanzierungssatz und damit einem Liquiditätsabzug von 3,75 % p.a. für das zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung stehende Wfa-Kapital.

Renditeaufschlag wegen der Besonderheiten der Wfa-Übertragung

(226) In der Praxis werden bei der Festlegung einer Vergütung atypische Umstände, die ein Abweichen vom Normalfall

([1]) Dieses wird auch gestützt durch Aussagen und Studien von Investmentbanken und Beratungsfirmen über tatsächliche und erwartete Renditen für Eigenkapital. Salomon Brothers schätzen die Eigenkapitalrenditen für die meisten europäischen Banken auf 10 bis 14 %, Merryl Lynch für verschiedene deutsche Banken auf rund 11,8 % WestLB Panmure auf rund 11,8 bis 12,3 %.

([2]) In dem Beschluss zur Eröffnung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag führte die Kommission aufgrund der zu diesem Zeitpunkt von der WestLB vorgelegten Informationen einen vorläufigen Satz von 7 % an.

([3]) Nach Unterlagen, die von der deutschen Regierung vorgelegt wurden, betrug die Körperschaftssteuer 1995 und 1996 42 %, zu der noch der Solidaritätszuschlag in Höhe von 7,5 % hinzukam (also insgesamt 49,5 %). Der Gesamtbesteuerungssatz ging 1998 auf 47,5 % zurück. Erst seit 2001 betrug der Gesamtbesteuerungssatz nur noch 30,5 %.

einer Stammkapitalinvestition in das betreffende Unternehmen darstellen, im Allgemeinen durch entsprechende Zu- bzw. Abschläge berücksichtigt. Es ist daher zu prüfen, ob entsprechend den Besonderheiten, insbesondere dem konkreten Risikoprofil der Wfa-Übertragung, Gründe für eine Anpassung der soeben ermittelten Mindestvergütung von 10,19 %, die ein Privatinvestor für eine (hypothetische) Stammkapitalinvestition in die WestLB erwarten würde, vorliegen und zudem eine methodisch hinreichend belastbare Quantifizierung durch die Kommission vorgenommen werden kann. In diesem Zusammenhang erscheint die Überprüfung von drei Aspekten angezeigt: erstens die unterbliebene Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile und der damit verbundenen Stimmrechte, zweitens das außerordentliche Volumen der Vermögensübertragung und drittens die fehlende Fungibilität der Anlage.

(227) Das Land erhielt durch die Einbringung keine zusätzlichen Stimmrechte. Mit einem Stimmrechtsverzicht lässt sich der Kapitalgeber die Möglichkeit entgehen, die Geschäftsleitung der Bank in ihren Entscheidungen zu beeinflussen. Wenn die Stimmrechte des Landes aufgestockt worden wären, hätte das Land mehr als 70 % der Stimmrechte besessen. D.h., das Land wäre vom Minderheitseigner (mit 42 % Eigentumsanteil) zum Mehrheitseigner geworden. Zum Ausgleich dafür, dass ein höheres Verlustrisiko hingenommen wird, ohne dass dem ein entsprechend größerer Einfluss auf das Unternehmen gegenübersteht, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber (selbst bei Abmilderung des Risikos durch interne Abreden mit den anderen Anteilseigner) eine höhere Vergütung verlangen. Dies zeigt sich deutlich bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien. Für den Verzicht auf das Stimmrecht wird eine höhere Verzinsung geboten sowie Vorrang bei der Bedienung. Ausgehend von der erhöhten Vergütung für Vorzugsaktien gegenüber Stammaktien und in Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Nordrhein-Westfalen und der WestLB AG, die als Ergebnis ihrer Gespräche vom Juli 2004 hierfür einen Satz von 0,3 % p.a. (nach Steuern) als angemessen ansehen, hält die Kommission hierfür einen Aufschlag von mindestens 0,3 % p.a. (nach Unternehmensteuern) für sachgerecht.

(228) Das Volumen des übertragenen Vermögens und der Einfluss, den dies aus dem Blickwinkel der Solvabilitätsrichtlinie für die WestLB spielte, ist bereits oben erwähnt worden. Mit der Einbringung der Wfa verdoppelte sich das Kernkapital der WestLB, und zwar ohne Akquisitions- und Verwaltungskosten. Im vorliegenden Fall wurde jedoch das große Volumen des Wfa-Vermögens als ein — wenngleich nicht allein maßgebliches — Indiz für die Stammkapitalähnlichkeit der Transaktion gewertet. Insoweit würde eine erneute Berücksichtigung des Volumens der Wfa-Übertragung im Rahmen eines Aufschlags diesen Gesichtspunkt unzulässigerweise „doppelt" würdigen. Die Kommission sieht deshalb in dem vorliegenden Fall — abweichend von ihrer ersten WestLB-Entscheidung — von einem Aufschlag unter dem Gesichtspunkt des Volumens ab.

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

(230) Die Kommission hält insgesamt einen Renditeaufschlag von mindestens 0,3 % p.a. (nach Steuern) für den Verzicht auf zusätzliche Stimmrechte für sachgerecht [1].

Keine Verringerung des Entgeltes wegen der Vereinbarung einer Pauschalvergütung

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

[1] Das in der ersten WestLB-Entscheidung in Fußnote 49 zitierte Gutachten von First Consulting sah zwar einen pauschalen Aufschlag von 1-2 % für die einzelnen genannten Gesichtspunkte vor, hat jedoch im Hinblick auf das Volumen, nicht gewürdigt, dass dieses bereits bei der Ermittlung der Stammkapitalähnlichkeit heranzuziehen ist. Soweit der Gesichtspunkt der Fungibilität betroffen ist, hat First Consulting aus Sicht der Kommission nicht gewürdigt, das zwar die Anlage nicht veräußerbar ist, jedoch per Gesetz aus der WestLB herausgelöst werden und somit prinzipiell reinvestiert werden konnte.

herangezogen werden. Zu bedenken ist in dem vorliegenden Falle auch, dass bei Verlusten keinerlei Vergütung gezahlt wird und die Entscheidung über kumulative Nachzahlungen bei der WestLB liegt. Der Pauschalcharakter der Vergütung kommt daher dem Kapitalgeber nicht in einer Weise zugute, dass dieser deshalb mit einer Verringerung der Vergütung einverstanden gewesen wäre. In Anbetracht all dessen ist die Kommission der Ansicht, dass der Entgeltsatz aus diesem Grunde nicht zu reduzieren ist.

(232) Zu erwähnen ist auch, dass die für das zugeführte Kapital zu zahlende Vergütung normalerweise zwischen Unternehmen und Kapitalgeber vereinbart wird. Im vorliegenden Falle jedoch wurde die Höhe des von der WestLB zu zahlenden Entgelts offensichtlich zwischen den Anteilseignern der WestLB vereinbart, was unüblich erscheint. Die Höhe der Vergütung sollte nicht davon abhängen, was die anderen Anteilseigner zu akzeptieren bereit sind, sondern vom Risiko für das Land und der Nutzbarkeit für die WestLB. Auch legte Deutschland keine Unterlagen zu den Verhandlungen über die Vergütung und zu der Berechnung ihrer Höhe vor. Deutschland ist gewiss beizupflichten, wenn sie darauf hinweist, für die beihilferechtliche Würdigung durch die Kommission sei allein das Ergebnis, d. h. die Höhe des Entgelts, ausschlaggebend und nicht die Art und Weise seines Zustandekommens. Aus der Sicht der Kommission können aber die Art und Weise, wie die Vergütung festgelegt wurde, und die dabei eine Rolle spielenden Überlegungen durchaus Hinweise darauf geben, inwieweit sich das Land wie ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber verhalten hat.

(233) Des Weiteren wurde zwischen den Anteilseignern der WestLB vereinbart, dass die Vergütung erst dann festgelegt werden sollte, wenn die finanziellen Ergebnisse der WestLB für die Jahre ab 1992 vorlägen. Nach Auffassung der Kommission sollten die finanziellen Ergebnisse der Bank für die Bestimmung der Höhe der Pauschalvergütung allerdings ohne Bedeutung sein. Eine solche Vergütung sollte eben nicht von den tatsächlich von der WestLB erwirtschafteten Gewinnen abhängen, sondern von dem Risiko für das Land und dem potentiellen Nutzen der Vermögensübertragung für die Bank. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber wäre nicht bereit, wegen schlechter Ergebnisse des betreffenden Unternehmens eine niedrigere Pauschalvergütung zu akzeptieren. Diese Vereinbarung deutet somit nicht auf ein Verhalten hin, das dem eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers entspricht.

(234) In der Vorphase der Ermittlungen der Kommission fanden zwischen Beschwerdeführer und WestLB Verhandlungen mit dem Ziel statt, ohne Durchführung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu einer Lösung zu gelangen, d. h. auf einer gemeinsamen Grundlage eine als marktgerecht angesehene Vergütung zu finden. Zu einem Ergebnis führten diese Gespräche nicht. Im Zuge dieser Verhandlungen schlug die WestLB aber vor, dem Land zusätzlich zu der bereits bestehenden Pauschalvergütung von 0,6 % das Recht zu gewähren, bei einer Liquidation der WestLB eine angemessene Entschädigung für den Wertzuwachs zu erhalten, den die WestLB durch die Ausweitung der Geschäftstätigkeit infolge der Übertragung des Wfa-Vermögens erfahren hatte; d. h. dem Land würde ein zusätzlicher Anteil an den offenen Rücklagen und Stillen Reserven der WestLB eingeräumt. Dieser Sachverhalt deutet darauf hin, dass der Wert des eingebrachten Kapitals für die WestLB in der Tat größer war, als es der vereinbarten Vergütung entspricht. Ein derartiger Anteil am Liquidationswert wurde jedoch nicht vereinbart. Auch würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine solche hypothetische „Vergütung" nicht akzeptieren, da er bei einem auf Dauer angelegten Unternehmen wie der WestLB niemals in der Lage wäre, sie zu lukrieren; sie wäre daher für ihn ohne Wert.

Gesamtvergütung

(235) Aufgrund all dieser Überlegungen und in Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Nordrhein-Westfalen und der WestLB AG gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass eine angemessene Vergütung für das fragliche Kapital 6,92 % (nach Unternehmenssteuern) betragen würde, nämlich 10,19 % (nach Unternehmenssteuern) normale Rendite für das fragliche Investment zuzüglich dem Aufschlag von 0,3 Prozentpunkten (nach Unternehmenssteuern) für die Besonderheiten der Transaktion abzüglich 3,75 % (nach Unternehmenssteuern) wegen des Finanzierungsaufwandes, welcher der WestLB wegen der fehlenden Liquidität des übertragenen Vermögens entsteht.

iv) ***Angemessene Vergütung für den Betrag von 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR)***

(236) Wie bereits dargelegt, ist auch der Eigenkapitalanteil in Höhe von 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR) für die WestLB von materiellem Wert und seine ökonomische Funktion ließe sich mit der einer Bürgschaft oder Haftung vergleichen. Um sich einem derartigen Risiko auszusetzen, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine angemessene Vergütung verlangen.

(237) In dem Beschluss zur Eröffnung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag führte die Kommission einen Satz von 0,3 % an, den Deutschland als angemessene Avalprovision für eine Bank wie der WestLB genannt hatte. Diesbezüglich sind aber insbesondere zwei Faktoren zu berücksichtigen. Erstens liegt der Betrag von 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR) über dem, was normalerweise durch derartige Bankbürgschaften gedeckt wird. Zweitens sind Bankbürgschaften üblicherweise mit bestimmten Transaktionen verknüpft und befristet. Die Wfa-Sonderrücklage steht der WestLB dagegen zeitlich unbegrenzt zur Verfügung. Beide Faktoren verlangen eine Erhöhung der Vergütung auf rund 0,5 bis 0,6 %. Da Garantieprämien normalerweise Betriebsausgaben darstellen und daher den steuerbaren Gewinn schmälern, die Vergütung, die dem Land für das Wfa-Kapital gezahlt wird, aber aus den Gewinnen nach Steuern gezahlt wird, ist dieser Satz entsprechend anzupassen. In Erwägung all dessen ist die Kommission der Auffassung, dass ein Entgeltsatz in Höhe von 0,3 % nach Steuern für diese Art von Kapital eine korrekte Vergütung darstellt.

v) ***Synergieeffekte***

(238) Die deutschen Behörden tragen vor, dass der eigentliche Grund für die Übertragung potentielle Synergien waren und nicht die Erhöhung des Eigenkapitals der WestLB. Dass Erörterungen über die Effizienz der Wohnungsbauförderung bereits in den 70er Jahren begannen, ist durchaus möglich. Trotz dieser langwierigen Diskussion aber fand die Übertragung nicht vor 1991 statt, als der Kapitalbedarf der WestLB die öffentlichen Eigentümer zwang, diesbezüglich tätig zu werden. Aus den Unterlagen — insbesondere

den einschlägigen Unterlagen zum Übertragungsgesetz wie der Gesetzesbegründung oder den Protokollen über die Landtagsdebatten — geht eindeutig hervor, dass der eigentliche Zweck der Übertragung darin bestand, der WestLB eine mit den neuen Solvabilitätsvorschriften vereinbare Eigenkapitalbasis zu geben. Synergien wurden als ein positiver (Neben-) Effekt angesehen, waren aber zu diesem Zeitpunkt sicherlich nicht der Hauptgrund für die Transaktion.

(239) Die deutschen Behörden und die WestLB machen geltend, dass das Land nicht nur ein Entgelt von 0,6 % für den Betrag von 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) erhalten hatte, sondern darüber hinaus von Synergieeffekten von rund 30 Mio. DEM (15 Mio. EUR) jährlich infolge der Übertragung und Eingliederung der Wfa und der Übernahme von Pensionsverpflichtungen der Wfa durch die WestLB in Höhe von 33 Mio. DEM (17 Mio. EUR) profitierte. Die durch Synergien bedingten Einsparungen seien auf die Zusammenlegung der Wfa mit der früheren Wohnungsbauförderungsabteilung der WestLB zurückzuführen, durch die es möglich geworden sei, die Wohnungsbauförderung des Landes organisatorisch zu straffen und Personal einzusparen.

(240) Synergien sind normale Folgen eines Zusammenschlusses. Allerdings ist nicht klar, wie derartige Synergieeffekte mit dem vom Land geltend gemachten Konzept des geschlossenen Kreislaufs und der Wettbewerbsneutralität der Wfa zu vereinbaren sind. Insofern als die Synergien nach der Übertragung möglich waren, obwohl beide Einheiten klar voneinander getrennt blieben, und aus der Zusammenlegung der Wfa mit der Wohnungsbauförderungsabteilung der WestLB resultierten, die bereits früher ausschließlich für die Wfa arbeitete, ist nicht einzusehen, warum derartige Synergien nicht auch ohne die Übertragung möglich gewesen sein sollten.

(241) Falls im Übrigen für die Wfa derartige Synergien und Einsparungen entstehen, kommt dies der Wohnungsbauförderung durch Reduzierung der Kosten (und somit dem Land) zugute, kann aber nicht als Gegenleistung der WestLB für die Bereitstellung von Basiseigenmittel angesehen werden. Da sich durch diese Synergien weder die Verwendbarkeit des übertragenen Kapitals für die WestLB vermindert, noch die aus der Übertragung resultierenden Kosten für die WestLB erhöhen, dürften die Synergien auch keinen Einfluss auf die Höhe des Entgelts haben, das von einem nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnden Kapitalgeber für das bereitgestellte Eigenkapital von der Bank verlangt werden könnte. Auch im Falle eines tatsächlichen Vorteils für das Land infolge von Synergien wäre jeder Wettbewerber aufgrund der Konkurrenz gezwungen gewesen, dem Land für das Finanzinstrument (Wfa) zuzüglich zu einem angemessenen Entgelt für das bereitgestellte Eigenkapital eine „Vergütung“ in Form solcher Vorteile zu „zahlen“.

(242) Im Übrigen entstehen Synergien infolge eines Zusammenschlusses normalerweise in den beiden am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Es ist schwer zu verstehen, warum die WestLB von diesen Vorteilen überhaupt nicht profitieren sollte.

(243) Sollte die WestLB Zahlungen für Pensionsverpflichtungen der Wfa geleistet haben, durch die sich die jährlichen Aufwendungen der Wfa reduzieren, so können derartige Zahlungen nicht als Synergien infolge des Zusammenschlusses angesehen werden. Sie können aber als indirekte Vergütung der WestLB für das Land angesehen werden. Die Vorteile sollten im Rahmen der Wohnungsbauförderung entstehen und folglich die dort verfügbaren Mittel erhöhen.

(244) Die Kommission vertritt also die Auffassung, dass es sich bei den geltend gemachten Synergieeffekten nicht um eine von der WestLB für die Übertragung der Wfa gezahlte Vergütung handelt, ist aber bereit, den von der WestLB 1992 für Pensionsaufwendungen der Wfa gezahlten Betrag von 33 Mio. DEM (17 Mio. EUR) als Teil der von der WestLB für die Übertragung gezahlten Vergütung anzusehen.

f) EINBEZIEHUNG DES GESCHÄFTSJAHRES 2002

(245) Die Kommission ist im Übrigen entgegen der Auffassung der Parteien der Verständigung zu dem Schluss gelangt, dass auch das Jahr 2002 bei der Ermittlung des Beihilfenelements mit zugrunde zulegen ist und zwar anteilig bis zum 1. August 2002. Zwar hat Deutschland wiederholt vorgetragen, dass aufgrund der bilanz- und GuV-rechtlichen Rückwirkung der per Gesetz angeordneten Zuschlagung der Wfa zu der Landesbank Nordrhein-Westfalen zum 1. Januar 2002 der Beihilfetatbestand als zum 1. Januar 2002 als abgeschafft anzusehen sei. Ungeachtet der bilanzrechtlichen Wirkungen stand jedoch der WestLB das Kapital der Wfa tatsächlich bis zum 1. August 2002 zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts zur Verfügung. Für die hier zu beurteilende Frage ist dieses der entscheidende Gesichtspunkt.

(246) Insbesondere überzeugt der Einwand nicht, dass nicht nur die Erträge der Wfa und der Förderbereiche, sondern auch des gesamten Öffentlichen Pfandbriefgeschäfts mit der Neuordnung bereits per 1. Januar 2002 auf die Landesbank übergangen seien und somit diese Ertragsverluste für die WestLB, die in unmittelbaren Zusammenhang mit der Wfa-Zukunftslösung zu sehen seien, bereits deutlich höher gewesen seien als das angemessene Entgelt für das Wfa-Kapital, was als angemessene Kompensation anerkannt werden müsse. Die Kommission ist zu dem Schluss gelangt, dass der Nachteil aus der Abspaltung des Fördergeschäfts sowie des Öffentlichen Pfandbriefgeschäfts keine Vergütung für die Nutzung des Wfa-Kapitals, die bis zum 1. August 2002 erfolgte, darstellt. Es wurde gerade nicht nur das Fördergeschäft sowie das Öffentliche Pfandbriefgeschäft mit dem Wfa-Kapital unterlegt, sondern das gesamte Wettbewerbsgeschäft der WestLB. Die WestLB muss somit eine Vergütung von 6,92 % anteilig bis zum 1. August 2002 leisten.

g) DAS BEIHILFEELEMENT

(247) Nach obigen Berechnungen hält die Kommission ein Entgelt von 6,92 % p.a. nach Steuern für den Teil des Kapitals, der von der WestLB zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit verwendet werden konnte, nämlich 2,5 Mrd. DEM (1,28 Mrd. EUR) per Ende 1993, und von 0,3 % nach Steuern für den Unterschied zwischen diesem Teil und dem in der WestLB-Bilanz als Eigenkapital in der Bilanz ausgewiesenen Betrag von 5,9 Mrd. DEM (3,02 Mrd. EUR), also 3,4 Mrd. DEM (1,74 Mrd. EUR) per Ende 1993, für marktkonform.

(248) Die WestLB zahlte ein Entgelt von 0,6 % allein auf den Betrag, den sie zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit verwenden konnte. Dieses Entgelt wurde zum ersten Mal für das Jahr 1993 gezahlt. Wie die Kommission oben dargelegt hat, akzeptiert sie die Zahlungen der WestLB im Jahre 1992 für Pensionsforderungen der Wfa als zusätzliches Entgelt für das Land.

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

(250) Tabelle 5: Berechnung des Beihilfeelements

(in Mio. DEM)

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
1. Anteil der der WestLB zur Verfügung stehenden Sonderrücklage	13	2 510	2 819	3 048	3 108	3 112	3 113	[...]	[...]	[...]	[...]
2. Restbetrag (Unterschied zu 5.900 Mio. DEM, 2002 anteilig zu 7/12)	5 887	3 390	3 081	2 852	2 792	2 788	2 787	[...]	[...]	[...]	[...]
Entgelt von 6,92 % (nach Steuern) für 1.	0,9	173,7	195,1	210,9	215,1	215,4	215,4	[...]	[...]	[...]	[...]
Entgelt von 0,3 % (nach Steuern) für 2.	17,7	10,2	9,2	8,6	8,4	8,4	8,4	[...]	[...]	[...]	[...]
Marktkonformes Entgelt insgesamt	18,6	183,9	204,3	219,5	223,5	223,8	223,8	[...]	[...]	[...]	[...]
Tatsächliches Entgelt (nach Steuern)	33,1	15,1	16,9	18,3	18,6	18,7	18,7	[...]	[...]	[...]	[...] ([1])
Beihilfeelement	- 14,5	168,8	187,4	201,2	204,9	205,1	205,1	208,6	209,3	209,3	128,6

(Summe: 1 913,80 Mio. DEM = 978,51 Mio. EUR)

([1]) Nach Angaben Deutschlands hat die WestLB für das gesamte Jahr 2002 [...] DEM gezahlt. Bezogen auf den hier zu beurteilenden Zeitraum vom 1. Januar bis 1. August 2002 ([...] multipliziert mit dem Faktor 7/12) ist somit ein Betrag von [...] als Vergütung geleistet worden.

4. *STEUERBEFREIUNGEN*

(251) Wie die Kommission in ihrem Beschluss über die Eröffnung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag erklärt hat, können staatliche Beihilfen vorliegen, wenn ein bestimmtes Unternehmen von der normalen Besteuerung befreit ist, die seine Wettbewerber trifft. Wenn die Konstruktion einer „Anstalt innerhalb der Anstalt" eine gemeinnützige, steuerbefreite Unternehmenseinheit einschließt, müssen Maßnahmen ergriffen werden, um zu gewährleisten, dass sich die wirtschaftlichen Auswirkungen der Steuervergünstigungen allein auf die gemeinnützige Anstalt beschränken und das wettbewerbsorientierte Unternehmen nicht beeinflussen.

(252) Die WestLB hatte auf die übertragenen Vermögenswerte weder Vermögenssteuer noch Gewerbekapitalsteuer zu entrichten. Außerdem war die Geschäftstätigkeit der Wfa auch nach der Übertragung nicht der Körperschaftssteuer unterworfen. Nach Auffassung Deutschlands soll die WestLB durch diese Steuerregelung nicht gegenüber anderen Steuersubjekten begünstigt werden und wurde es auch nicht.

(253) Gewinne, die im Wettbewerbsgeschäft der WestLB infolge der Verwendung von Wfa-Kapital für Solvabilitätsberechnungen anfallen, werden normal versteuert. Nur die Gewinne in der Wohnungsbauförderung sind von der Steuer befreit. Die Befreiungen von der Vermögenssteuer und der Gewerbekapitalsteuer beschränkten sich ebenfalls auf das Wohnungsbauförderungsgeschäft. Die Kommission hat nicht darüber zu entscheiden, ob ein Verstoß gegen die deutschen Vorschriften über Steuerbefreiungen zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen vorliegt, sondern die Maßnahme lediglich vor dem Hintergrund der Bestimmungen des EG-Vertrags über staatliche Beihilfen zu bewerten.

(254) Durch die Befreiung der Wfa innerhalb der WestLB von der Vermögens-, Gewerbekapital- und Körperschaftssteuer erhöhten sich die Gewinne (bzw. vermindern sich die Verluste) der Wfa, reduzierte sich die potentielle Not-

wendigkeit für das Land, zusätzliches Kapital für die Wohnungsbauförderung zuzuführen, und konnte sich das Nettovermögen der Wfa erhöhen. Da die Wfa nur einen bestimmten Teil dieser (erweiterten) Eigenkapitalbasis als Basiseigenmittel für das eigene Geschäft benötigte, konnte der der WestLB zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit zur Verfügung stehende Teil im Laufe der Zeit ebenfalls wachsen. Sofern dieser Anteil aber gewachsen wäre, hätte sich auch die Grundlage für die an das Land zu zahlende Vergütung erweitert. Wird die Vergütung in einer angemessenen Höhe festgesetzt, so hätten die Steuerbefreiungen für die Wohnungsbauförderung zu keiner Wettbewerbsverzerrung zugunsten der WestLB geführt. Nach den obigen Berechnungen beläuft sich ein angemessenes Entgelt auf 6,92 % p.a. bzw. 0,3 % p.a. nach Unternehmensteuern.

5. *ERLASS VON VERBINDLICHKEITEN*

(255) Deutschland macht geltend, dass der Erlass der Haftungsverpflichtung die finanzielle Lage des Landes nicht beeinträchtigte und keinen Wettbewerbsvorteil für die Wfa oder die WestLB darstellte. Da sich das Wfa-Vermögen (das Landeswohnungsbauvermögen) nach der Übertragung nicht mehr jährlich durch die betreffende Verbindlichkeit verminderte, wären im Falle einer Auflösung der Wfa höhere Erlöse möglich gewesen, wobei diese höheren Erlöse dem Land zugeflossen wären. Außerdem erklären die deutschen Behörden, dass ohne diesen Erlass das BAKred nicht 4 Mrd. DEM (2,05 Mrd. EUR) als Basiseigenmittel der Wfa akzeptiert hätte.

(256) Durch den Haftungsverzicht ist der Wert der Wfa sicherlich gestiegen. Da aber das von der WestLB zu zahlende Entgelt auf der Bewertung der Wfa nach diesem Verzicht beruhte, diesem Wertzuwachs also Rechnung getragen wurde, stellte der Verzicht keinen Vorteil für die WestLB dar, sofern das Entgelt mit den Marktbedingungen in Einklang steht.

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

(257) Auf Basis all dieser Ausführungen lässt sich feststellen, dass sämtliche Kriterien des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt sind und die Wfa-Übertragung folglich staatliche Beihilfen im Sinne des betreffenden Artikels beinhaltet. Hiervon ausgehend muss untersucht werden, ob die Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann. Allerdings ist zu bemerken, dass die deutsche Regierung im Hinblick auf etwaige Beihilfeelemente im Rahmen der Wfa-Übertragung keine Ausnahmebestimmung des Vertrages geltend gemacht hat.

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

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

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

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

(262) Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag, der unter bestimmten Umständen Ausnahmen von den Vertragsvorschriften über staatliche Beihilfen zulässt, gilt grundsätzlich auch für den Sektor der Finanzdienstleistungen. Die Kommission hat dies in ihrem Bericht über „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Bankensektor“ bestätigt [1]. Allerdings ist klar, dass die Übertragung durchgeführt wurde, um die WestLB in die Lage zu versetzen, den neuen Eigenkapitalanforderungen gerecht zu werden, und ohne Bezug zu irgendwelchen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Deutschland hat im Übrigen nicht geltend gemacht, dass die WestLB durch die Übertragung der Wfa für die Erbringung bestimmter Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse entschädigt werden sollte. Deswegen ist im vorliegenden Falle auch diese Ausnahmebestimmung nicht anwendbar.

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

VII. **SCHLUSSFOLGERUNG**

(264) Die Kommission stellt fest, dass Deutschland die Beihilfemaßnahme unter Verstoß gegen Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag in rechtswidriger Weise gewährt hat. Demnach ist die Beihilfe rechtswidrig.

(265) Die Beihilfe kann weder gemäß Artikel 87 Absatz 2 bzw. Absatz 3 noch gemäß einer anderen Bestimmung des EG-

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

Vertrages als vereinbar angesehen werden. Demnach wird die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt, muss abgeschafft werden und muss das Beihilfeelement der rechtswidrigen Maßnahme von der deutschen Regierung zurückgefordert werden -

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN -

Artikel 1

Die staatliche Beihilfe in Höhe von 978,51 Mio. EUR, die Deutschland in dem Zeitraum vom 1. Januar 1992 bis 1. August 2002 zugunsten der Westdeutschen Landesbank — Girozentrale, jetzt WestLB AG, gewährt hat, ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar.

Artikel 2

Deutschland ergreift alle notwendigen Maßnahmen, um die in Artikel 1 genannte, rechtswidrig zur Verfügung gestellte Beihilfe von der Empfängerin zurückzufordern.

Artikel 3

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

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

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

Artikel 4

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

Artikel 5

Diese Entscheidung ist an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet.

Brüssel, den 20 Oktober 2004.

Für die Kommission

Mario MONTI

Mitglied der Kommission

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

ANHANG

INFORMATIONEN HINSICHTLICH DER DURCHFÜHRUNG DER ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

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

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

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

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

Anmerkungen:

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

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

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

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

3. **Schon bewirkte Rückforderung**

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

Datum (º)	Zurückerstatteter Betrag	Währung	Identität des Begünstigten

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

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