II

(Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte)

KOMMISSION

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 20. Oktober 2004

über eine Beihilfe Deutschlands zugunsten der Landesbank Berlin — Girozentrale

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 3924)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

(2006/736/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN -

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

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

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

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. VERFAHREN

(1) Gegenstand des Verfahrens ist die Übertragung Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin einschließlich ihres Vermögens auf die Landesbank Berlin — Girozentrale durch das Land Berlin. Das Verfahren steht im Zusammenhang mit sechs weiteren Verfahren gegen Deutschland wegen Vermögensübertragungen auf Landesbanken, insbesondere der Westdeutschen Landesbank Girozentrale („WestLB“).

(2) Die Kommission übermittelte Deutschland am 12. Januar 1993 ein Auskunftsersuchen bezüglich der Umstände und Gründe einer Kapitalerhöhung bei der WestLB durch die Integration der Wohnungsbauförderanstalt („WfA“) sowie ähnlicher Erhöhungen von Eigenmitteln der Landesbanken anderer Bundesländer. Deutschland übermittelte Antwortschreiben im März und September 1993, in der die Übertragung der Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin auf die Landesbank Berlin — Girozentrale beschrieben wurde. Weitere Informationen wurden von der Kommission im November und Dezember 1993 angefordert und von Deutschland im März 1994 übermittelt. Im erstgenannten dieser beiden Auskunftsersuchen der Kommission wurde Berlin explizit erwähnt.

(3) Mit Schreiben vom 31. Mai 1994 und 21. Dezember 1994 teilte der *Bundesverband deutscher Banken e.V.* („BdB“), der Privatbanken mit Sitz in Deutschland repräsentiert, der Kommission unter anderem mit, dass mit Ablauf des 31. Dezember 1992 die Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin („WBK“) einschließlich ihres Vermögens auf die Landesbank Berlin — Girozentrale überführt wurde, wobei gleichzeitig die Aufgaben der WBK auf die zuvor gegründete und als Abteilung der Landesbank Berlin geführte Investitionsbank Berlin („IBB“) übergingen. Der BdB sah in der damit verbundenen Erhöhung der Eigenmittel der Landesbank Berlin eine Wettbewerbsverfälschung zu deren Gunsten, da eine mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Einklang stehende Vergütung hierfür nicht vereinbart worden sei. Mit dem zweiten genannten Schreiben legte der BdB daher formell Beschwerde ein und forderte die Kommission auf, gegen Deutschland ein Verfahren nach Artikel 93 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 88 Absatz 2) einzuleiten. Die Beschwerde bezog sich des Weiteren auf ähnliche Vermögensübertragungen zugunsten der Westdeutschen Landesbank, der Norddeutschen Landesbank, der Landesbank Schleswig-Holstein, der Hamburger Landesbank bzw. der Bayerischen Landesbank. Im Februar und März 1995 und Dezember 1996 traten mehrere einzelne Banken der Beschwerde ihres Verbandes bei.

[1] ABl. C 239 vom 4.10.2002, S. 12.

(4) Die Kommission untersuchte zunächst die Vermögensübertragung auf die WestLB. Mit der Entscheidung 2000/392/EG ([2]) erklärte sie schließlich im Jahr 1999, die Differenz zwischen der gezahlten Vergütung und der marktüblichen Rendite für eine mit dem gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfemaßnahme und ordnete die Rückforderung der Beihilfe an. Diese Entscheidung wurde vom Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften mit Urteil vom 6. März 2003 ([3]) wegen unzureichender Begründung von zwei Elementen bei der Bemessung der Höhe der Vergütung aufgehoben, ansonsten aber vollumfänglich bestätigt. Zeitgleich mit dieser Entscheidung erlässt die Kommission in Kenntnis einer Verständigung zwischen dem Beschwerdeführer und allen sieben von entsprechenden Verfahren betroffenen Landesbanken eine neue Entscheidung, die den Kritikpunkten des Gerichts Rechnung trägt.

(5) Am 1. September 1999 übermittelte die Kommission Deutschland ein Auskunftsersuchen, das die Übertragungen auf die anderen Landesbanken, darunter auch die Landesbank Berlin („LBB"), betraf.

(6) Deutschland übersandte daraufhin mit Schreiben vom 8. Dezember 1999 Informationen zur Übertragung der WBK auf die Landesbank Berlin, die mit Schreiben vom 22. Januar 2001 ergänzt wurden. Ferner wurde die Übertragungsproblematik und mögliche Rückforderung etwaiger Beihilfen im Zusammenhang mit der Prüfung der Umstrukturierungsbeihilfen für die Bankgesellschaft Berlin AG („BGB"), zu der die Landesbank Berlin seit 1994 gehört, zwischen Vertretern Deutschlands und der Kommission erörtert.

(7) Mit Schreiben vom 2. Juli 2002 teilte die Kommission Deutschland ihren Beschluss mit, wegen der Beihilfe das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag zu eröffnen.

(8) Nach einer beantragten und genehmigten Fristverlängerung legte Deutschland mit Schreiben vom 9. September 2002 seine Bemerkungen und zusätzliche Informationen vor. Weitere Fragen wurden auf Zusammenkünften mit Vertretern Deutschlands am 27. September 2002 erörtert.

(9) Der Beschluss der Kommission über die Eröffnung des Verfahrens wurde am 4. Oktober 2002 im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* ([4]) veröffentlicht. Die Kommission forderte die sonstigen Beteiligten zur Stellungnahme auf. Sie erhielt daraufhin Bemerkungen eines Wettbewerbers sowie des BdB; beide wurden im November 2002 zur Stellungnahme an Deutschland weitergeleitet. Die Antwort Deutschlands ging mit Schreiben vom 16. Dezember 2002 ein.

(10) Auf Aufforderung übermittelte Deutschland weitere Angaben zur potenziellen Beihilfe mit Schreiben vom 22. und 27. Januar 2003, 28. Februar 2003 und 19. August 2003.

(11) Mit Entscheidung vom 18. Februar 2004 genehmigte die Kommission die Umstrukturierungsbeihilfen zugunsten der Bankgesellschaft Berlin AG, zu der die LBB gehört. Diese Entscheidung deckte auch eine am 23. Dezember 2002 zwischen dem Land Berlin und der BGB geschlossene Vereinbarung über die Behandlung eventueller Rückzahlungsansprüche des Landes Berlin aus dem hier vorliegenden Beihilfeprüfverfahren ab, die als Umstrukturierungsbeihilfe gewertet wurde ([5]).

(12) Die Kommission erbat von Deutschland weitere Information zu allen Landesbanken-Verfahren mit Schreiben vom 7. April 2004 und erhielt darauf Antworten mit Schreiben vom 1. bzw. 2. Juni 2004 sowie am 28. Juni 2004.

(13) Mit Ablauf des 31. August 2004 wurde die Investitionsbank Berlin (vormals WBK) aus dem Vermögen der LBB abgespalten. Die diesbezügliche detaillierte Dokumentation der gesetzlichen und anderen Regelungen übermittelte Deutschland der Kommission am 25. August 2004.

(14) Deutschland übermittelte am 27. September 2004 den Entwurf einer Verständigung zwischen dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Berlin und der Landesbank Berlin, die die Kommission in unterschriebener Fassung am 8. Oktober 2004 erreichte. Die Verständigung betrifft die angemessene Vergütung für die zum 1. Januar 1993 übertragenen Anteile auf die LBB. Daneben wurden auch in weiteren fünf Fällen wegen Vermögensübertragungen auf Landesbanken entsprechende Verständigungen abgeschlossen, die der Kommission übermittelt wurden.

II. AUSFÜHRLICHE BESCHREIBUNG DER MASSNAHMEN

1. *LANDESBANK BERLIN — GIROZENTRALE („LBB")*

(15) Die LBB wurde 1990 errichtet und gleichzeitig die damalige *Sparkasse der Stadt Berlin West* im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf sie überführt. Kurze Zeit später wurde ebenfalls die *Sparkasse der Stadt Berlin* aus dem Ostteil der Stadt auf die LBB überführt. Seitdem wird das Sparkassengeschäft im Berliner Stadtgebiet als gesonderte, rechtlich unselbständige Abteilung der LBB mit dem Namen „Berliner Sparkasse" geführt.

(16) Die LBB ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts mit dem Land Berlin als Anstalts- und Gewährträger. Zum Zeitpunkt der Übertragung der WBK mit Ablauf des Jahres 1992 befand sich die LBB zu 100 % im Eigentum des Landes Berlin, und die LBB hatte eine Bilanzsumme von rund 85 Mrd. DEM sowie knapp 7 000 Mitarbeiter. Die LBB ist eine Universalbank mit den Geschäftsfeldern Privat- und Firmenkundengeschäft (Retailbanking), Immobilienfinanzierung und öffentliche Kunden. Sie ist ebenfalls im Auslandsgeschäft tätig. Im Jahre 1992 bildete das durch die Berliner Sparkasse geführte Retailgeschäft den Schwerpunktbereich der LBB.

([2]) ABl. L 150 vom 23.6.2000, S. 1.
([3]) Slg. 2003, S. II-435.
([4]) ABl. C 239 vom 4.10.2002, S. 12

([5]) Randnummer 32 ff sowie 141 der Entscheidung der Kommission über eine Umstrukturierungsbeihilfe zugunsten der Bankgesellschaft Berlin AG (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

(17) Seit 1994 gehört die LBB zum BGB-Konzern, einer so genannten „Institutsgruppe", die im selben Jahr durch Zusammenführung mehrerer, ehemals vom Land Berlin kontrollierter Kreditinstitute gegründet wurde. Als Holding ist die BGB mittels einer atypisch stillen Beteiligung von rund 75 % seit 1994 am Vermögen und am Ergebnis der LBB — mit Ausnahme des zentralen Landes-Förderinstituts IBB — beteiligt. Durch Abtretung von Gewinnansprüchen des Landes als Träger der Landesbank an die BGB in 1998 wurde die BGB wirtschaftlich 100 %ige Eigentümerin. Der BGB-Konzern hatte im Jahre 2001 eine Bilanzsumme von knapp 190 Mrd. EUR, im Jahr 2002 von rund 175 Mrd. EUR und im Jahr 2003 von rund 153 Mrd. EUR. Die Bilanzsumme der LBB betrug rund 87 Mrd. EUR im Jahr 2001, rund 85 Mrd. EUR im Jahr 2002 und rund 93 Mrd. EUR im Jahr 2003. Das Land Berlin hält derzeit etwa 81 % der Anteile an der BGB. Andere Anteilseigner sind die Norddeutsche Landesbank mit rund 11 % und die Gothaer Finanzholding AG (Parion Versicherungsgruppe) mit rund 2 %. Etwa 6 % der Anteile sind im Streubesitz.

(18) Die BGB geriet im Laufe des Jahres 2001, hauptsächlich aufgrund vergangener riskanter Immobiliengeschäfte, in eine akute Krise und war wegen unzureichender Eigenmittel- bzw. Kernkapitalkoeffizienten von aufsichtsrechtlichen Maßnahmen durch das Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen (BAKred, heute BAFin) ([6]) bedroht. Daraufhin erhielt die BGB im August 2001 eine Kapitalzuführung von 2 Mrd. EUR, davon rund 1,8 Mrd. EUR vom Land Berlin, was von der Kommission zunächst als kurzfristige Rettungsbeihilfe genehmigt wurde. Nach der Aufdeckung neuer Risiken erhielt die BGB vom Land Berlin weitere Hilfen, die zusammen mit der Kapitaleinlage als Umstrukturierungsmaßnahmen bei der Kommission angemeldet und von dieser einer eingehenden Prüfung unterzogen wurden ([7]).

(19) Am 18. Februar 2004 schloss die Kommission das Prüfverfahren ab und genehmigte die Beihilfen mit einem gesamten wirtschaftlichen Wert von etwa 9,7 Mrd. EUR. Diese Entscheidung deckte neben der Kapitalzuführung und der in einer so genannten Risikoabschirmung zusammengefassten weitreichenden Garantien auch eine am 23. Dezember 2002 zwischen dem Land Berlin und der BGB geschlossene Vereinbarung über die Behandlung eventueller Rückzahlungsansprüche des Landes Berlin aus dem hier vorliegenden Beihilfeprüfverfahren („Rückzahlungsvereinbarung") ab ([8]).

(20) Diese Vereinbarung regelt für den Fall einer Rückforderungsentscheidung der Kommission in dem hier vorliegenden Verfahren die Verpflichtung des Landes Berlin, als Einlage in die LBB einen Sanierungszuschuss in derjenigen Höhe zu leisten, die erforderlich ist, um eine Unterschreitung der in der Vereinbarung genannten Kapitalquoten bei der LBB und/oder dem BGB-Konzern durch die drohende Rückzahlungsverpflichtung zu vermeiden ([9]). Diese weitere Maßnahme war im Laufe des Jahres 2002 wegen des erheblichen Risikos einer möglichen Rückforderung für die Wiederherstellung der Rentabilität des BGB-Konzerns für notwendig erachtet worden. Der genaue wirtschaftliche Wert dieser Maßnahme konnte im Rahmen der BGB-Entscheidung nicht bestimmt werden, da das hier vorliegende Prüfverfahren noch nicht abgeschlossen war. Für den Zweck der wettbewerblichen Würdigung der Umstrukturierungsbeihilfen, insbesondere für die Beurteilung der Angemessenheit der von Deutschland angebotenen Gegenleistungen zur Reduzierung der Marktpräsenz, wurde die theoretische Obergrenze dieser Maßnahme mit 1,8 Mrd. EUR kalkuliert.

(21) Zusammenfassend ist anzumerken, dass die Rückzahlungsvereinbarung bei der Höhe der Gegenleistungen Deutschlands als weitere Beihilfe zugunsten des BGB-Konzerns berücksichtigt wurde, obwohl die Anwendung dieser Vereinbarung auf den Fall einer Rückforderungsentscheidung der Kommission und auf eine dadurch gegebenenfalls bewirkte Unterschreitung der in der Vereinbarung angegebenen Kapitalquoten beschränkt ist.

2. *DIE ÜBERTRAGUNG DER WBK AUF DIE LBB*

(22) Im Zuge der Neustrukturierung der Bankbeteiligungen Berlins, die schließlich in die Gründung der BGB-Gruppe 1994 mündete, wurde 1990 zunächst die LBB errichtet, auf die dann die Sparkassen — erst des West-, dann des Ostteils Berlins — übertragen wurden. In einem weiteren Schritt wurde 1992 u. a. vom Land Berlin beschlossen, die IBB als eine organisatorisch und wirtschaftlich selbständige, nicht rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts der LBB und zentrales Förderinstitut des Landes zu errichten. Die WBK war bis dahin eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit dem Land Berlin als Anstalts- und Gewährträger. Ihr oblag die gemeinnützige Aufgabe, Wohnraum zu schaffen und zu erhalten. Die WBK sollte nun mit ihren Aufgaben auf die IBB übergehen, die erweiterte Förderaufgaben, z. B. in den Bereichen Infrastruktur und Umweltschutz erhielt. Die Transaktion erfolgte mit Ablauf des 31. Dezember 1992, wobei die WBK mit ihrem gesamten Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die LBB überführt wurde.

(23) Bei der Übertragung wurde das Grundkapital der LBB um das ehemalige Grundkapital der WBK in Höhe von 187,5 Mio. DEM erhöht. Dieser Betrag wird seitdem nicht mehr dem Vermögen der IBB zugerechnet. Die Gewinnrücklagen der WBK beliefen sich zum 31. Dezember 1992 auf 1,9058 Mrd. DEM. Diese Gewinnrücklage der WBK wurde und wird als Zweckrücklage der IBB ausgewiesen.

(24) Das BAKred legte das haftende Eigenkapital der LBB per 31. Dezember 1992 mit 3,127714 Mrd. DEM fest, was einer Erhöhung von 1,902714 Mrd. DEM entsprach. Dabei berücksichtigte das BAKred die Erhöhung des Grundkapitals um 187,5 Mio. DEM und Gewinnrücklagen der

([6]) Seit dem 1.Mai 2002, nach Zusammenfassung von Banken-, Versicherungs- und Börsenaufsicht: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFin).

([7]) Abl. C 141 vom 14.6.2002, S. 2.

([8]) Randnummern 32 ff sowie 141 der Entscheidung der Kommission über eine Umstrukturierungsbeihilfe zugunsten der Bankgesellschaft Berlin AG (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

([9]) Randnummern 32 ff sowie 141 der Entscheidung der Kommission über eine Umstrukturierungsbeihilfe zugunsten der Bankgesellschaft Berlin AG (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

WBK ohne Jahresüberschuss 1992. In den Folgejahren stieg das als Zweckrücklage geführte, haftende Eigenkapital der IBB stetig.

3. *KAPITALANFORDERUNGEN NACH DER EIGENMITTEL- UND DER SOLVABILITÄTSRICHTLINIE*

(25) Nach der Richtlinie 89/647/EWG des Rates vom 18. Dezember 1989 über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute ([10]) (im folgenden „Solvabilitätsrichtlinie") und der Richtlinie 89/299/EWG des Rates vom 17. April 1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten ([11]) (im folgenden „Eigenmittelrichtlinie"), gemäß denen das Kreditwesengesetz („KWG") mit der vierten KWG-Novelle, 1993, geändert wurde, haben die Banken über haftendes Kapital in Höhe von 8 % ihrer risikogewichteten Aktiva zu verfügen. Mindestens 4 Prozentpunkte hiervon müssen sogenanntes Kernkapital („Klasse-1"-Kapital) darstellen, welches Kapitalbestandteile umfasst, die dem Kreditinstitut unbeschränkt und unmittelbar zur Verfügung stehen, um Risiken oder Verluste zu decken, sobald sich diese ergeben. Da Ergänzungskapital („Klasse-2"-Kapital) nur in Höhe des vorhandenen Kernkapitals zur Unterlegung risikotragender Geschäfte einer Bank anerkannt wird, ist das Kernkapital von entscheidender Bedeutung. Im Rahmen der vierten KWG-Novelle hatten die deutschen Banken seinerzeit bis zum 30.6.1993 ihre Ausstattung mit haftendem Kapital an die neuen Anforderungen anzupassen.

4. *AUSWIRKUNGEN DER ÜBERTRAGUNG AUF DIE EIGENKAPITALAUSSTATTUNG DER LBB*

(26) Laut Deutschland waren die neuen Regeln für den Transfer der WBK auf die LBB nicht ausschlaggebend, da die LBB auch ohne die Gewinnrücklage der WBK die neuen Eigenkapitalanforderungen klar erfüllte. Allerdings wurde zu Beginn der 90er Jahre, vor allem in Berlin, von einem Wachstumsschub durch die Vereinigung ausgegangen, der auch im Finanzsektor die Perspektiven einer Geschäftsausdehnung eröffnete. Wollten Banken jedoch ihr Geschäftsvolumen signifikant erweitern, bedurfte es, insbesondere unter Berücksichtigung der neuen Solvabilitätsregeln, einer größeren Kapitalbasis. Durch den Transfer der WBK hat die LBB eine erheblich verstärkte Kapitalbasis für ihr kommerzielles, wettbewerbsorientiertes Kreditgeschäft erhalten, die es ihr möglich machte, das Geschäft deutlich auszuweiten.

([10]) ABl. L 386 vom 30.12.1989, S. 14; ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl L 126 vom 26.5. 2000, S. 1).

([11]) ABl. . L 124 vom 5.5.1989, S. 16; ersetzt durch Richtlinie 2000/12/EG.

(27) Die LBB zahlte bzw. zahlt durchschnittlich 0,25 % ([12]) für die Inanspruchnahme der Zweckrücklage der IBB, allerdings nur auf den jeweils in Anspruch genommenen Betrag. Die Zahlung erfolgt nicht an das Land Berlin, sondern an die IBB. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der als haftbare Eigenmittelbasis nutzbare Teil der Zweckrücklage der IBB deutlich höher war als der jeweils in Anspruch genommene Betrag. Eine Inanspruchnahme erfolgte erst ab 1995.

III. **GRÜNDE FÜR DIE ERÖFFNUNG DES VERFAHRENS**

(28) Ausgangspunkt der Prüfung war der Grundsatz des marktwirtschaftlichen Kapitalgebers. Danach stellt der Umstand, dass sich Unternehmen im Eigentum der öffentlichen Hand befinden und ihnen durch diese Mittel zugeführt werden, als solches keine staatliche Beihilfe dar. Lediglich wenn diesem Unternehmen durch einen öffentlichen Kapitalgeber Eigenmittel zu Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte, liegt eine Begünstigung durch die Zufuhr staatlicher Mittel vor.

(29) Die Kommission war der Auffassung, dass daher im vorliegenden Fall zu prüfen sei, ob die in Frage stehenden Mittel vom Land Berlin unter Bedingungen bereitgestellt wurden, zu denen auch ein privater Kapitalgeber — der so genannte marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber — bereit gewesen wäre, einem privaten Unternehmen Mittel zu überlassen. Eine Mittelbereitstellung sei für einen marktwirtschaftlich handelnden Anteilseigner insbesondere dann nicht als annehmbar zu betrachten, wenn innerhalb einer angemessenen Zeitspanne keine für eine solche Investition marktübliche Verzinsung zu erwarten ist.

(30) In einem durchschnittlichen Satz von 0,25 % auf die jeweils in Anspruch genommenen Beträge, so führte die Kommission aus, könne kaum eine angemessene Vergütung für das Land gesehen werden, wenn schon der langfristige risikofreie Satz (Bundesanleihen mit 10 Jahren Laufzeit) 1992 bei gut 7 % gelegen habe. Ferner merkte die Kommission an, dass die Vergütung nicht an das Land direkt erfolgte, sondern an die IBB, die eine Abteilung der LBB ist, wenn sie auch als nicht rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts und zentrales Förderinstitut des Landes innerhalb der LBB organisatorisch und wirtschaftlich selbständig geführt wird. Des Weiteren lagen die jeweils in Anspruch genommenen Beträge, soweit bekannt, deutlich unter den Beträgen und Teilen der Zweckrücklage, die für die LBB als haftbare Eigenkapitalbasis nutzbar waren. Die erhöhte Eigenkapitalbasis ermöglichte der LBB jedoch gerade, die Kreditvergabekapazität zu erhöhen und damit ihr Geschäft auszuweiten.

(31) Die Kommission stellte im Rahmen der vorläufigen Würdigung fest, dass die Angaben über die jeweilige Höhe des als Haftung nutzbaren Kapitals der IBB, der Inanspruchnahme sowie der Vergütung Lücken aufwiesen bzw.

([12]) Offensichtlich 0,25 % vor Steuern und 0,11 % nach Steuern gemäß einer Anmerkung in der entsprechenden Tabelle, die für die Periode 1995-1998 übermittelt wurde; allerdings ohne Erklärung, um welche Steuern es sich handeln soll.

gar nicht vorlagen und ging zunächst von einer vorläufigen Größe für die übertragenen und nutzbaren Mittel von „rund 2 Mrd. DEM“ aus.

(32) Allerdings erkannte die Kommission an, dass die Zweckrücklage der LBB keine Liquidität verschaffte, weil die als Zweckrücklage der IBB ausgewiesene Gewinnrücklage der WBK laut Gesetz über die Errichtung der IBB vom 25. November 1992 unbeschadet ihrer Funktion als haftendes Eigenkapital im Sinne des KWG vorrangig für die Finanzierung der Förderaufgaben der IBB zu verwenden ist und die LBB die übertragenen Mittel nicht direkt für ihr Kreditgeschäft nutzen kann. Um die Geschäftsausweitung tatsächlich vornehmen zu können, musste die LBB daher das zusätzliche Kreditvolumen auf dem Kapitalmarkt in voller Höhe refinanzieren, sodass das Land nicht die gleiche Rendite wie ein Geber von liquidem Kapital erwarten kann.

(33) Im Hinblick auf die Berechnung einer Vergütung auf der Grundlage des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers kündigte die Kommission an, dass sie in diesem Stadium beabsichtige, unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des vorliegenden Falles, die Methodik anzuwenden, die in der Entscheidung 2000/392/EG erläutert wurde.

(34) Entsprechend dieser Methodik wird die angemessene Vergütung für das Kapital, das zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts benutzt werden kann, ausgehend von der marktmäßigen Vergütung für liquide, gewöhnliche Stammkapitalinvestitionen berechnet. Ausgehend davon erfolgt ein Aufschlag oder Abzug, um die besonderen Eigenarten der in Frage stehenden Maßnahme zu berücksichtigen (vor Investorensteuern). Um den Liquiditätsnachteil aus der betreffenden nicht-liquiden Stammkapitalinvestition zu berücksichtigen, werden überdies die Netto-Refinanzierungskosten (Brutto-Refinanzierungskosten abzüglich anwendbarer Steuern, insbesondere Körperschaftsteuer) hiervon in Abzug gebracht.

(35) Deutschland hatte erklärt, dass die LBB in den Jahren vor wie nach der Übertragung ein renditestarkes Unternehmen war und dass die Eigenkapitalrendite angeblich 5,37 % in 1991 und 13,5 % im Jahre 1992 sowie 30,83 % im Jahre 1993 betrug. Diesbezüglich bemerkte die Kommission, dass die Grundlagen der Berechnung nicht erklärt waren. Ohne weitere Angaben war die Prüfung dieses Arguments für den laut Deutschland fehlenden Beihilfecharakter der Maßnahme nicht möglich. Die deutschen Behörden hatten auch vorgetragen, das Land Berlin habe durch den Verkauf der stillen Beteiligung 1994 bzw. der Gewinnansprüche 1998 — jeweils ohne IBB — an die BGB die aufsichtsrechtliche Haftungsfunktion des IBB-Kapitals ordnungsgemäß vergütet bekommen. Diesbezüglich fehlten allerdings ebenfalls weitere Angaben und Informationen.

(36) Zusammenfassend stellte die Kommission fest, dass wichtige Angaben für die angemessene und hinreichend detaillierte Beurteilung der Mittelzuführung und ihrer Vergütung fehlen. Sie bat Deutschland daher in dem Beschluss zur Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens um Erteilung dieser Informationen, beispielsweise die vollständige Übersicht über sämtliche übertragene Mittel, des davon haftenden Eigenkapitals der LBB, der Inanspruchnahme sowie der Vergütungen, die Begründung der Vergütung, die Berechnungsgrundlagen zur Eigenkapitalrendite der LBB sowie aktualisierte Zahlen und die Angabe sämtlicher Faktoren, die nach Auffassung Deutschlands eine marktübliche Rendite gewährleistet haben.

(37) Auf der Grundlage der verfügbaren Tatsachen äußerte die Kommission jedoch ernsthafte Bedenken, dass das Land Berlin für die Übertragung von rund 2 Mrd. DEM, die der LBB offenbar fast vollständig als haftende Kapitalbasis zur Verfügung standen und sie gegenüber Wettbewerbern in eine vorteilhafte Position gebracht habe, eine marktübliche Vergütung/Verzinsung erhalten habe. Die Kommission kam zu dem vorläufigen Ergebnis einer wahrscheinlich gegebenen oder drohenden Wettbewerbsverfälschung und — wegen der zunehmenden Integration der Märkte für Finanzdienstleistungen — Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Damit war die Maßnahme wahrscheinlich als Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag anzusehen. Angesichts der Tatsache, dass keine der Ausnahmebestimmungen des Artikels 87 Absatz 2 und 3 EG-Vertrag in der vorliegenden Situation anwendbar ist, ging die Kommission davon aus, dass, sofern eine Beihilfe gegeben sein sollte, diese Anlass zu Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt gab.

(38) Da weder Deutschland noch andere juristische oder natürliche Personen vorgetragen haben, dass die LBB Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag erbringt, konnte die Kommission nicht zu dem Schluss gelangen, dass Beihilfen aufgrund von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag genehmigt werden könnten. Die Kommission ging davon aus, dass dieser Punkt für die Beurteilung der in Frage stehenden Maßnahme in einer abschließenden Entscheidung nicht relevant ist, sofern sich an dieser Faktenlage nichts ändert.

(39) Ferner erklärte die Kommission, dass sie im Rahmen ihrer vorläufigen Beurteilung und in Übereinstimmung mit Artikel 1 Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags ([13]) davon ausgeht, dass es sich bei der Maßnahme, sofern sie eine Beihilfe ist, um eine neue und nicht um eine bestehende Beihilfe handelt. In diesem Zusammenhang wies die Kommission auf Artikel 15 Absatz 2 der genannten Verordnung hin und macht darauf aufmerksam, dass die Verjährungsfrist durch die in dem Eröffnungsbeschluss beschriebenen Maßnahmen, wie die Schreiben der Kommission vom 12. Januar 1993, 10. November 1993, 13. Dezember 1993 und 1. September 1999, die den hier in Rede stehenden Eröffnungsbeschluss selbst sowie den Eröffnungsbeschluss und abschließende Entscheidung 2000/392/EG im Fall „WestLB“ unterbrochen wurde. Da die potenzielle Beihilfe nicht angemeldet wurde und seit ihrer Umsetzung wirksam ist, stellte die Kommission ebenfalls fest, dass der Eröffnungsbeschluss der aufschiebenden Wirkung von Artikel 88 Absatz 3 Satz 3 EG-Vertrag im Hinblick auf Deutschlands Verpflichtung, die Maßnahme bis zum Erlassen einer abschließenden Entscheidung durch die Kommission nicht durchzuführen, nichts hinzufügte.

([13]) ABl. L 83 vom 27. 3. 1999, geändert durch die Beitrittsakte 2003.

IV. STELLUNGNAHME DEUTSCHLANDS

(40) Deutschland führte in seiner Stellungnahme zunächst die Gründe für die Übertragung der damaligen WBK (dann IBB) aus und erklärte, dass die Zielvorstellungen des Landes seinerzeit auf die Schaffung eines „schlagkräftigen Bankkonzerns" gerichtet waren, was sowohl den zusammengeführten Kreditinstituten als auch dem Eigentümer Land Berlin und seinem Bankenplatz vorteilhaft erschien. Dabei betonte Deutschland wiederum, dass die Gewährleistung der Kapitalquoten gemäß neuer Solvabilitätsregeln der LBB — anders als beim Fall WestLB — für die Übertragung keinerlei Rolle gespielt habe, was sich auch in der Nicht-Inanspruchnahme des haftenden Eigenkapitals der IBB (vormals WBK) durch die LBB bis Ende 1995 zeigte.

(41) Deutschland bestätigte, dass von dem bankenaufsichtsrechtlich per 31. Dezember 1992 festgelegten haftenden Eigenkapital der LBB 1,902714 Mrd. DEM der Erhöhung durch die übertragenen Mittel entsprachen. Davon entfielen 187,5 Mio. DEM auf die Erhöhung des Grundkapitals der LBB ([14]) und 1,715214 Mrd. DEM auf die Gewinnrücklage der WBK, wobei der Jahresüberschuss von 190,586 Mio. DEM unberücksichtigt blieb. Mit Ablauf des 31. Dezember 1992, also zum 1. Januar 1993, gingen alle Zuständigkeiten der WBK auf die IBB über und diese wurde auf die LBB übertragen. Das übertragene Kapital und die Zweckrücklage standen der LBB mit Ablauf des 31. Dezember 1992 bzw. zum 1. Januar 1993 als haftendes Kernkapital zur Verfügung.

(42) In den Folgejahren stieg die IBB-Zweckrücklage laut Deutschland kontinuierlich an. Allerdings habe die IBB-Zweckrücklage der LBB nicht in vollem Umfang zur Verfügung gestanden, da jeweils ein Teil davon pro Jahr für die Haftungsunterlegung des IBB-Fördergeschäfts benötigt worden sei. Deutschland übermittelte die genauen Daten für die einzelnen Jahre von 1993 bis 2003, die in der Tabelle in Randnummer 149 enthalten sind.

(43) Mit der Ausgliederung der IBB aus der LBB wurde zum 1. September 2004 die Zweckrücklage an das Land Berlin zurück überführt, wobei etwa 1,1 Mrd. EUR dieser Zweckrücklage in zwei stille Einlagen des Landes an der LBB eingebracht wurden.

(44) Das seinerzeit aufgenommene Grundkapital der IBB in Höhe von 187,5 Mio. DEM verblieb im Grundkapital der LBB. Die LBB wiederum sei 1994 (75,01 % der Anteile) und 1998 (24,99 % der Anteile) an die BGB verkauft worden.

(45) Deutschland vervollständigte ebenfalls die anderen Daten. So erklärte es wiederum, dass nur jeweils ein Teil der Zweckrücklage tatsächlich zur Haftungsunterlegung in Anspruch genommen worden sei. Demnach variierte der Betrag der im Dezember 1995 begonnen teilweisen Inanspruchnahme der Haftungsfunktion zwischen etwa 212 Mio. DEM in 1995 und gut […] (*) Mrd. DEM in den letzten Jahren. Die nur auf die Inanspruchnahme ab Dezember 1995 gezahlten Vergütungen an die IBB (zwischen gut 1 Mio. DEM für 1995/1996 und […] Mio. DEM für 2001) wurden monatlich auf der Basis eines Zinssatzes berechnet, der im fraglichen Zeitraum zwischen 0,2 % (1998) und 0,35 % (1996) variierte. Die von Deutschland angegebenen genauen Beträge sind der Tabelle in Randnummer 147 zu entnehmen.

(46) Als Begründung für die Festlegung der Vergütung einer etwaigen Inanspruchnahme der IBB-Zweckrücklage übermittelte Deutschland einen Vorstandsbeschluss vom Juni 1993. Dort heißt es, dass „... der Investitionsbank Berlin diese Eigenkapitalbelastung (Inanspruchnahme) in Höhe des Aufwandes zu vergüten (sei), der erforderlich wäre, um nachrangig haftendes Kapital aufzunehmen". 1995 wurde dieser Beschluss dahingehend konkretisiert, dass die Vergütung mit einem Nachrangaufschlag gleichgesetzt wurde. Als Begründung wurde ausgeführt, dass die LBB alternativ Nachrangmittel am Markt hätte aufnehmen können, die nicht nur in ihrer Haftungsfunktion, sondern auch in ihrer Ertragsfunktion voll der LBB zur Verfügung gestanden hätten.

(47) Da die IBB-Zweckrücklage jedoch nur die Haftungsfunktion erfüllte, sei die Differenz zwischen dem Zinssatz für normales Fremdkapital, das diese Haftungsfunktion nicht erfüllt, und Kapital, dem auch diese Haftungsfunktion zukommt, als „Preis" für die eingekaufte Nutzungsfunktion festgelegt worden. Berechnet wurde dieser Aufschlag in Basispunkten gegenüber dem LIBOR (London Interbank Offered Rate) auf der Basis eigener Konditionen bzw. externer Marktdaten für Nachrangdarlehen. Berechnungsgrundlagen und Statistiken wurden beigefügt.

(48) Die Entscheidung, nur den in Anspruch genommenen Teil der IBB-Zweckrücklage zu vergüten, begründet Deutschland unter anderem damit, dass die Zweckrücklage vorrangig der IBB zur Verfügung stehe und dass, falls diese nicht ausreiche, vorrangig die LBB verpflichtet sei, ihre Risikoaktiva abzubauen bzw. Nachrangmittel am Markt aufzunehmen. Das Land Berlin habe als Eigentümer der IBB jederzeit das Recht, Teile der Zweckrücklage zu entnehmen.

(49) In diesem Zusammenhang führte Deutschland des Weiteren aus, dass die Liquidität der IBB-Zweckrücklage in den bestehenden Geschäften der IBB insgesamt gebunden sei und in seinem Finanzierungscharakter der LBB nicht Verfügung stehe. Die IBB müsse die von ihr vergebenen Kredite selbst mit Eigenmitteln unterlegen und dabei auf die Zweckrücklage zurückgreifen. Deutschland erklärte, dass das WBK-Vermögen wegen dieser Besonderheiten nicht mit einer frei disponiblen Finanzanlage zu vergleichen sei und dass damit lediglich die Haftungs- und damit Geschäftsausweitungsfunktion in Rede stehe.

(50) Ob die Vergütung an das Land oder die IBB gezahlt werde, sei hier ohne Belang, da das Land als Anstaltsträger sowohl der IBB als auch der LBB in jedem Fall profitieren würde — entweder durch Wertzuwachs und Gewinnausschüttungen der LBB oder durch Zuflüsse in die dem Land zustehende Zweckrücklage der IBB.

([14]) Dieser Betrag wird seitdem nicht mehr dem Vermögenskreis zugerechnet.

(*) Vertrauliche Information; im Folgenden […].

(51) Abgesehen von diesen Ausführungen zur direkten Vergütung, vertrat Deutschland jedoch ganz grundsätzlich die Auffassung, dass es bei einer Investitionsentscheidung darauf nicht bzw. nicht allein ankomme und dass „in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung ...der Anleger, der am betreffenden Unternehmen keine nennenswerte Beteiligung hält und sie auch nicht anstrebt, sondern an zügig erreichbarer Verzinsung seiner Investition interessiert ist, von den langfristig orientierten Investoren, z. B. Holdings, zu unterscheiden (ist)". Letztere seien von langfristigeren Rentabilitätserwartungen gelenkt und würden auch strategische Erwägungen berücksichtigen.

(52) Das Land als alleiniger Eigentümer der LBB sei zum Zeitpunkt der Investition davon ausgegangen, vollständig und unmittelbar vom durch die WBK-Einbringung bewirkten Wertzuwachs der LBB zu profitieren. Lege man den Prüfungsmaßstab der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG ([15]) zugrunde, so sei „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." Dabei komme es auf Renditeerwartungen zum Zeitpunkt der Investitionsentscheidung an.

(53) Die LBB habe, wie Deutschland zunächst erklärte, 1992 eine Eigenkapitalrendite von 13,5 % und 1993 von 30,83 % erwirtschaftet. Diese bereits 1999 übermittelten Zahlen seien auf das Verhältnis „Ergebnis vor (Ertrags-) Steuern/bilanzielles Eigenkapital am Beginn desselben Jahres" zu beziehen. Allerdings hatte Deutschland bei der Übermittlung dieser Zahlen die IBB-Zweckrücklage ab 1993 nicht in das Eigenkapital der LBB mit einbezogen. Auf Anfrage der Kommission wurde dies bei der Übermittlung von Zahlenreihen, die einen größeren Zeitraum abdecken, korrigiert. Für den Zeitraum 1985 bis 1992 ergab sich nach diesen Zahlen eine durchschnittliche Eigenkapitalrendite von etwa 13 %.

(54) Deutschland erklärte, dass sich diese Kennzahlen in der Spannbreite der Werte bewegen würden, welche die privaten deutschen Banken im fraglichen Zeitraum erwirtschaftet hätten. Von der Methodik her vergleichbare Daten anderer Banken fehlten jedoch zunächst. Später reichte Deutschland eigene Berechnungen auf der Basis öffentlich zugänglicher Gewinn- und Verlustrechnungen von 35 deutschen Banken ([16]) nach. Demnach ergab sich auf der auf der Basis „Ergebnis vor Steuern/bilanzielles Eigenkapital am Anfang desselben Jahres" für 1992 für diese Banken eine durchschnittliche Eigenkapitalrendite von rund 11 % und für den Zeitraum 1988 bis 1992 ein Mittel von knapp 13 %.

(55) Deutschland erklärte ferner, dass für eine Investitionsentscheidung aus betriebswirtschaftlicher Sicht die Ertragskraft maßgeblich sei und diese sich bei einer Bank am ehesten auf der Basis des Ergebnisses der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit bzw. Betriebsergebnisses im Verhältnis zum bilanziellen Eigenkapital ableiten lasse, da dann außerordentliche Erträge und Aufwendungen unberücksichtigt bleiben. So habe es für die LBB in den Jahren 1990-1992 außerordentliche Einflüsse gegeben, vor allem durch die Integration der „Sparkasse Ost" und den damit u. a. verbundenen Aufbau einer eigenen Altersversorgung bei gleichzeitiger Leistung einer Ablösesumme für den Austritt aus der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder sowie die Risikovorsorge für allgemeine Bankrisiken der ehemaligen „Sparkasse Ost".

(56) Was die Beschaffung von in der Methodik vergleichbaren Eigenkapitalrenditen anderer Banken im selben Zeitraum anbelangt, erklärte Deutschland, dass erst ab 1993 verlangt worden sei, ein außerordentliches Ergebnis sowie das Ergebnis der normalen Geschäftstätigkeit in der Gewinn- und Verlustrechnung gesondert auszuweisen, was mit der Methodik vor 1993 nicht vergleichbar sei, weil bis dahin außerordentliche Erträge und Aufwendungen — neben anderen Posten — in der Position „sonstige Erträge/Aufwendungen" zusammengeflossen und damit nicht genau identifizierbar seien. Was den Zeitraum davor betrifft, reichte Deutschland eigene Berechnungen ein. Ebenso wurden im weiteren Verlauf des Verfahrens von Deutschland Korrekturen bzw. Ergänzungen in der Berechnungsmethode der LBB-Eigenkapitalrenditen vorgenommen, um die LBB-Zahlen mit den offiziellen Erhebungen der Bundesbank für deutsche Banken insgesamt vergleichbar zu machen. Laut Deutschland änderte dies nichts an der grundsätzlichen Einschätzung, dass sich die LBB-Eigenkapitalrenditen im Branchenschnitt bewegten.

(57) Nach Auffassung Deutschlands belegen sämtliche Zahlen, dass die LBB zum Zeitpunkt der Mittelzuführung ein ertragskräftiges Unternehmen war. Das Land Berlin sei der alleinige Kapitaleigner, dem allein der geschäftliche Erfolg der Bank zufalle, sei es in Form von Gewinnausschüttungen oder Wertsteigerung. Insofern habe das Land die zu erwartende Renditesteigerung nicht mit anderen Anteilseignern teilen müssen und die quasi „konzerninterne" Verlagerung sei ein aus Sicht eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vernünftiges Verhalten. Die Frage, ob und in welcher Höhe eine Vergütung für die Mittelzufuhr von der LBB gezahlt wurde, sei damit für die Frage der marktwirtschaftlichen Natur der Übertragung irrelevant.

(58) Die Kommission habe diesen Beurteilungsmaßstab ausdrücklich in ihrer Entscheidung 2000/392/EG zu Grunde gelegt: „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

([15]) Siehe Fn 2, Tz. 162.

([16]) Gewinn- und Verlustrechnungen veröffentlicht in der Unternehmensdatei Hoppenstedt; unter den 35 ausgewählten Banken befinden sich die 4 privaten Großbanken, 5 weitere private Banken, 17 öffentlich-rechtliche Institute, 2 Genossenschaftsbanken und 7 Hypothekenbanken.

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" ([17]).

(59) Deutschland erklärte in diesem Zusammenhang ferner, dass die Steigerung des Wertes der LBB durch das WBK-Vermögen nach Einbringung der LBB in die BGB dem Land zugeflossen sei. Die 1994 und 1998 in drei Etappen vollzogene Übertragung von 100 % des wirtschaftlichen Eigentums an der LBB auf die BGB sei auf der Grundlage von Gutachten diverser Wirtschaftsprüfer und einer Investment Bank umgesetzt worden, die die Werthaltigkeit der eingebrachten stillen Beteiligung des Landes an der LBB und die Marktgerechtigkeit der Gegenleistungen — übertragene BGB-Aktien, auch im Verhältnis zu anderen Aktionären — betrafen. Deutschland übermittelte entsprechende Auszüge dieser Gutachten und diesbezügliche Korrespondenz mit den Wirtschaftsprüfern. Demnach wurde der Wert der LBB 1993 auf rund 3,5 Mrd. DEM (ohne IBB selbst, aber unter Berücksichtigung der durch die Zweckrücklage erhöhten Kernkapitalquote der LBB) geschätzt und zum 31. Dezember 1997 von einem weiteren Gutachter auf knapp 6 Mrd. DEM geschätzt.

(60) Im Übrigen vertrat Deutschland — hilfsweise — die Auffassung, dass die bei der Entscheidung 2000/392/EG angewandte Methodik fehlerhaft sei, weil sie von einer Vergleichbarkeit mit liquiden, gewöhnlichen Stammkapitalinvestitionen ausgehe. Dieser Ansatz werde den Besonderheiten der in Rede stehenden Transaktion nicht gerecht. Sachgerecht sei es, schon für den Ausgangswert auf vergleichbare Eigenkapitalinstrumente abzustellen. Das möge zwar, wie die Kommission schon im Fall WestLB ausführe, schwierig sein; diese Schwierigkeiten ließen sich jedoch nicht dadurch beheben, dass man auf ein gänzlich ungeeignetes Eigenkapitalinstrument, quasi als „Umweg" abstelle.

(61) Ferner sei das Abstellen auf eine Durchschnittsrendite als Maßstab fehlerhaft. Erst eine Rendite unterhalb der Bandbreite, die als Beurteilungsspielraum Investoren zur Verfügung stehe, sei auch für einen privaten Kapitalgeber nicht mehr akzeptabel. Schließlich sei ein Abzug lediglich der Nettorefinanzierungskosten statt der vollen Refinanzierungskosten falsch. Etwaige Steuerersparnisse des Unternehmens seien für den Blickwinkel des Investors unerheblich. Auch zeige schon eine andere Kontrollüberlegung, dass dieser Ansatz unakzeptabel sei, denn bei einer nicht liquiden Überlassung von Kapital stünde dem Kapitalgeber die Ertragsfunktion des Kapitals weiterhin zur Verfügung, so dass er dies wiederum anlegen könne und mindestens den risikofreien Zins erhalten, also „doppelte" Erträge erhalten würde.

(62) Ferner vertrat Deutschland die Auffassung, dass der Kommission wegen Fristablaufs (Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999) keine Befugnisse zustünden, eventuelle Beihilfen zurückzufordern Der Grundsatzbeschluss bezüglich der WBK-Übertragung sei bereits am 16. Juni 1992 gefasst worden, also mehr als zehn Jahre vor der Verfahrenseröffnung, die am 4. Juli 2002 zugestellt worden sei. Dabei sei es um die grundsätzliche Absicht gegangen, die Bankenbeteiligungen des Landes und die WBK unter einer Holding (spätere BGB) zusammenzuführen, sofern die Fortführung des Fördergeschäfts der WBK, die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben und die Steuerfreiheit gewährleistet sein würde. Der Beschluss sei der Öffentlichkeit seitdem bekannt gewesen, die Kommission sei 1999 über das Beschlussdatum informiert worden.

(63) Die Kommission habe in mehreren Entscheidungen schon die Absichtserklärung der zuständigen Körperschaft — selbst unter Bedingungen — als Zeitpunkt der Durchführung der Beihilfe gewertet. Dies sei beispielsweise auch bei der Entscheidung zur Rettungsbeihilfe für die BGB ([18]) so von der Kommission gewertet worden, obwohl für den in Frage stehenden Beschluss vom 22. Mai 2002 noch Zustimmungen des Abgeordnetenhauses und der Kommission ausstehend gewesen wären.

(64) Ferner habe es nach der Auffassung Deutschlands keine Unterbrechung der Frist gemäß Artikel 15 Absatz 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr; 659/1999 gegeben. Demzufolge könne die Frist nur durch Maßnahmen der Kommission unterbrochen werden. Dies sei erst durch das Schreiben betreffend die Verfahrenseröffnung vom 4.Juli 2002 geschehen, nicht durch bloße Auskunftsersuchen, die keine Maßnahme der Kommission oder des zuständigen Mitglieds der Kommission seien. Dabei sei ferner zu berücksichtigen, dass die Verjährungsfrist der Rechtssicherheit diene, und zwar nicht nur der Rechtssicherheit im Verhältnis Kommission -Mitgliedstaaten, sondern auch der Rechtssicherheit des Beihilfeempfängers. Da Deutschland erstmals in der Verfahrenseröffnung aufgefordert worden sei, eine Kopie des Schreibens an den Beihilfeempfänger weiterzuleiten, was am 9. Juli 2002 geschehen sei, habe die Wirkung, die Verjährung zu unterbrechen erst an diesem Tage eintreten können. Da die fragliche Maßnahme, die der Beihilfekontrolle unterzogen werden solle, der Beschluss vom 16. Juni 1992 sei, wäre sie, wenn überhaupt, nach Artikel 15 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 eine bestehende Beihilfe.

V. STELLUNGNAHMEN ANDERER BETEILIGTER

(65) Nach der Veröffentlichung der Verfahrenseröffnung im Amtsblatt ([19]) erhielt die Kommission im Oktober bzw. November eine Stellungnahme der Berliner Volksbank („BV") sowie eine Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken („BdB").

(66) Die BV vertrat die Auffassung, dass die Übertragung der WBK eine Beihilfe darstelle, weil Kapitalmittel zu Bedingungen zur Verfügung gestellt worden seien, zu denen ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber nicht bereit gewesen wäre. Die Zahlungen seien von der LBB an die IBB erfolgt, die selbst als Abteilung der LBB geführt werde; zudem liege der vereinbarte Zinssatz von 0,25 % weit unter den marktüblichen Sätzen, wie beispielsweise die Entscheidungen 2000/392/EG (WestLB) sowie 95/547/EG ([20]) und 98/490/EG ([21]) (Crédit Lyonnais) zeigen würden, in denen eine erwartete Eigenkapitalrendite von mindestens 12 % zu Grunde gelegt worden sei. Diese Beihilfe führe zu

([17]) Siehe Fn 3, Tz. 182.

([18]) NN 53/2001; Entscheidung der Kommission vom 25. Juli 2001.

([19]) Siehe Fn 1.

([20]) ABl. L 308 vom 21.12.1995, S. 92.

([21]) ABl. L 221 vom 8.8.1998, S. 28.

einer gravierenden Verfälschung des gemeinschaftsweiten Wettbewerbs, insbesondere jedoch zu außergewöhnlich starken Auswirkungen auf den Wettbewerb in Berlin, wo die BGB einschließlich LBB im Privat- und Firmenkundengeschäft (einschließlich Berliner Bank und Berliner Sparkasse) Marktführer sei. Demgegenüber sei die BV ein kleiner Wettbewerber mit entsprechenden Marktanteilen von 5-7 % und daher besonders von den negativen Auswirkungen der Beihilfe betroffen. Die Stellungnahme schließt mit der Bitte an die Kommission, die Rückforderung der Beihilfen anzuordnen.

(67) Der BdB erklärte zunächst, dass das in Rede stehende Verfahren als Teil eines Komplexes von Ermittlungen der Kommission bilde, nämlich der Übertragung von Wohnungsbauförderungsanstalten der Länder auf die im Wettbewerbsgeschäft tätigen Landesbanken. Dabei seien auch im Falle der LBB, entgegen der Behauptung Deutschlands, die verschärften Eigenkapitalanforderungen der Solvabilitätsrichtlinie ausschlaggebend gewesen. Diese Motivation zeige schon der Zeitpunkt der Übertragung wie auch Aussagen des damals zuständigen Senators, der die seinerzeit zu erwartenden schärferen europäischen Eigenkapitalvorschriften auch erwähnt habe. Insoweit bestehe kein beihilferechtlich relevanter Unterschied zwischen der hier zu beurteilenden Übertragung der WBK auf die LBB und der Übertragung der WfA auf die WestLB, so dass die von der Kommission in der Entscheidung 2000/392/EG angewandte Methodik übertragbar sei.

(68) Der BdB merkte ferner an, dass es hier nicht nur um die Zweckrücklage gehe, sondern auch um die Übertragung des Kapitals der WBK von 187,5 Mio. DEM, die dem gezeichneten Kapital der LBB zugeführt worden sei, was ein geldwerter Vorteil sei, da es das Rating beeinflusse und sich auf die Bedingungen der Fremdkapitalaufnahme auswirke. Von erheblich größerer Bedeutung sei aber die insgesamt mit der Übertragung verbundene aufsichtsrechtlich anerkannte Erhöhung des Kernkapitals gewesen. Da dies trotz der vorrangigen Nutzung der Zweckrücklage für Förderaufgaben voll als haftendes Kapital zur Verfügung gestanden habe, komme es auf die Zweckbindung nicht an. Maßgeblich sei der wirtschaftliche Vorteil der Geschäftsausweitungsfunktion, zumal gerade das Kernkapital eine gewaltige Hebelwirkung habe (eine 12,5-fache Kreditvergabemöglichkeit bei 100 % risikogewichteten Aktiva wie beispielsweise Kredite an Unternehmen; eine 25-fache bei 50 % risikogewichteten Aktiva wie beispielsweise Kredite an öffentliche Stellen). Bei einer Aufnahme von Ergänzungskapital könnten mit Kernkapital in Höhe von (hypothetisch) 1 Mrd. EUR und einer Risikogewichtung von 50 % sogar Kredite in Höhe von 50 Mrd. EUR vergeben werden.

(69) Zur Berechnung dessen, was eine marktgerechte Vergütung sei, verwies der BdB auf in der Entscheidung 2000/392/EG angewandte bewährte Methodik der Kommission und die dort verwendete Benchmark einer marktüblichen Rendite von 12 % sowie den dann in einem zweiten Schritt vorgenommenen Zu- und Abschlägen für die besonderen Eigenarten der Transaktion. Jedenfalls könne eine marktgerechte Vergütung weder in den gezahlten 0,25 % an die IBB gesehen werden, noch im Verkauf der stillen Beteiligung und der Gewinnabtretungsansprüche an die BGB 1994 bzw. 1998.

(70) Zum einen sei eine Zahlung nur auf die Inanspruchnahme nicht sachgerecht, zum anderen gehöre die IBB zur LBB, so dass die LBB quasi an sich selbst und nicht das Land gezahlt habe. Des weiteren sei das Argument Deutschlands, dass die Haftungsfunktion der Zweckrücklage im Zuge der Begründung einer atypisch stillen Beteiligung der BGB an der LBB 1994 ordnungsgemäß vergütetet worden sei nicht überzeugend, da wichtige Sachangaben zu Werten nicht vorhanden seien und ganz grundsätzlich die Verengung auf die Sichtweise des Beihilfegebers fehl gehe. Beihilferechtlich relevant sei die Übertragung der WBK auf die LBB zum Ablauf des 31. Dezember 1992, die damit verbundenen Vorteile der LBB und daraus resultierenden Wettbewerbsverzerrungen und nicht darum, ob nachträglich die Beihilfeschuld erfüllt worden sei. Ferner handele es sich bei der Einbringung der LBB in die BGB lediglich um einen konzerninternen Vorgang, da auch die BGB mehrheitlich vom Land kontrolliert sei. Ähnliches gelte für die Abtretung der Gewinnansprüche an die BGB im verbleibenden Umfang von 24,99 % im Jahr 1998. Auf jeden Fall aber sei bis 1998 überhaupt keine vollständige Beseitigung des Beihilfeelements erfolgt.

(71) Zu einem späteren Zeitpunkt weit außerhalb der laut Verordnung (EG) Nr. 659/1999 gewährten Frist zur Stellungnahme Dritter ergänzte der BdB diesen Punkt und führte insbesondere an, dass der zum Zweck der BGB-Gründung ermittelte Verkaufswert der LBB bzw. der stillen Beteiligung an der LBB nicht die IBB umfasst habe, so dass nach Auffassung des BdB ausgeschlossen zu sein scheine, dass im Verkaufswert der stillen Beteiligung an der LBB die Haftungsfunktion der IBB-Zweckrücklage enthalten gewesen sei.

(72) Zur Rückforderungsfrist von 10 Jahren laut Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 erklärte der BdB, dass sie erst mit dem Gesetz über die Errichtung der IBB mit dem Ablauf des 31. Dezember 1992 begonnen habe und somit frühestens am 31. Dezember 2002 enden könne. Darüber hinaus aber sei diese Frist laut Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 durch Maßnahmen der Kommission unterbrochen worden. Diese Regelung sei weit gefasst und schließe jede im Rahmen der Ermittlungen vorgenommene Handlung der Kommission ein, wie beispielsweise Auskunftsverlangen. Einen Anhaltspunkt für die weitere Auslegung dieser Regelung gebe die Verordnung(EWG) Nr. 2988/74 des Rates vom 26. November 1974 über die Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung im Verkehrs- und Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ([22]), nach der die Unterbrechung an eine „auf Ermittlung oder Verfolgung der

([22]) ABl. L 319 vom 29.11.1974, S. 1 geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1)

Zuwiderhandlung gerichtete Handlung“ anknüpfe. Im Übrigen hätten Deutschland selbst die Kommission gebeten, erst die Klärung der Streitfragen im Fall WestLB abzuwarten und könnten sich allein deshalb schon nicht auf Verjährung berufen.

VI. REAKTION DEUTSCHLANDS AUF DIE STELLUNGNAHME ANDERER BETEILIGTER

(73) Deutschland verwies in seiner Äußerung vom 16. Dezember 2002 grundsätzlich auf die eigene Stellungnahme zum Eröffnungsbeschluss und seinen Vortrag, dass im vorliegenden Fall keine Beihilfe gegeben sei. Darüber hinaus beschränkte es sich auf eine zusammenfassende Äußerung zu einzelnen Punkten beider Stellungnahmen.

(74) Im Hinblick auf die von BV und BdB vorgenommene Wertung des WBK-Transfers als Beihilfe, erklärte Deutschland, dass eine reine Betrachtung der monatlichen Vergütung für eine Analyse zu kurz greife. Es komme vielmehr auf Bezugsgrößen wie beispielsweise — je nach Kapitalzuwendung — Verzinsung (eines Darlehens) einschließlich Sicherheitsleistung, Dividende oder Kapitalzuwachs an. Bei der LBB habe es sich aber zum relevanten Zeitpunkt 1992/1993 um ein Institut mit guter Ertragskraft gehandelt, so dass die Einbringung des WBK-Vermögens in das haftende Eigenkapital der LBB wirtschaftlich sinnvoll gewesen sei. Daher seien WestLB und LBB — anders als BdB und BV behaupten würden — keineswegs miteinander vergleichbar. Abgesehen davon sei es angesichts des (seinerzeit) anhängigen Gerichtsverfahrens zur WestLB verfehlt, von der dort angewandten Methodik als einer bewährten Methode zu sprechen, wie dies der BdB tue.

(75) Anders als der BdB behaupte, sei unstreitig und in dem Beschluss über die Verfahrenseröffnung auch ausgeführt, dass durch die Übertragung der WBK neben der Inanspruchnahme der Haftungsfunktion der Zweckrücklage durch die LBB auch das bilanzielle Eigenkapital der LBB um 187,5 Mio. DEM erhöht worden sei und dies auch aufsichtsrechtlich als haftendes Eigenkapital anerkannt worden sei. Das Problem, inwieweit bilanzielles Eigenkapital als geldwerter Vorteil zu verstehen sei, stelle sich hier, anders als im Fall WestLB, nicht, da nicht zwischen aufsichtsrechtlich anerkannten und nicht anerkannten Teilen des Kapitals zu unterscheiden sei. Eine Beihilfe sei im Hinblick auf die Erhöhung des bilanziellen Eigenkapitals wie auch der übertragenen Rücklagen nicht gegeben (siehe Randnummern 40 bis 64).

(76) Im Übrigen sei es abwegig, davon auszugehen, dass bei einem Kernkapital von hypothetisch 1 Mrd. EUR Kredite in Höhe von 50 Mrd. EUR vergeben werden könnten. Zwar sei unbestritten, dass die IBB-Zweckrücklage wegen ihrer aufsichtsrechtlichen Anerkennung Haftungs- und Gechäftsausweitungsfunktion habe, dennoch beschränke sich der Vorteil auf die tatsächliche Inanspruchnahme durch die LBB. Auch grundsätzlich entbehre die konstruierte Hebelwirkung von 1:50 jeglicher Grundlage.

(77) Bei der Anwendung des Prinzips des marktwirtschaftlich handelnden Investors müsse auf einen solchen Investor abgestellt werden, der sich in einer vergleichbaren Situation befindet. Im vorliegenden Fall habe sich das Land als Investor dafür entschieden, die Liquidität der Zweckrücklage in den Geschäften der IBB zu binden und dieses Kapital in seinem Finanzierungscharakter nicht der LBB zur Verfügung zu stellen. Das Land erziele mit diesem Kapital eigene Rentabilitäten (siehe Randnummern 40 bis 64). Ferner stehe das Sondervermögen-IBB weiterhin ausschließlich dem Land zu, auch nach Einbringung der LBB in die BGB. Deshalb sei es auch falsch zu behaupten, die LBB habe die der IBB entrichtete Vergütungen an sich selbst gezahlt. Es sei ferner für einen marktwirtschaftlich handelnden Investor üblich, Vergütungsansprüche an Dritte abzutreten, insbesondere dann, wenn es sich bei dem Dritten um ein Unternehmen oder eine Vermögensmasse handelt, die im Alleineigentum des Investors stehe.

(78) Schließlich wurde in Bezug auf die Stellungnahme der BV und dem von dieser vorgenommenem Marktanteilsvergleich zwischen BV und BGB ausgeführt, dass die BV eine stärkere Marktstellung in Berlin habe als von ihr dargestellt. Sie sei zweitgrößtes Kreditinstitut und habe Marktanteile, die sich auf 60-70 % der entsprechenden Werte der BGB belaufen dürften und selbst im Bereich der Einlagen von Privatkunden noch auf ca. 1/3 des Marktanteils der BGB.

VII. VERSTÄNDIGUNG ZWISCHEN DEM BDB, DEM LAND BERLIN UND DER LBB

(79) Am 7. Oktober 2004 unterrichtete Deutschland die Kommission über die Ergebnisse einer Verständigung zwischen dem Beschwerdeführer BdB, dem Land Berlin und der LBB. Unbeschadet der weiterhin bestehenden grundsätzlichen Rechtsauffassungen haben sich die Parteien darauf geeinigt, was sie als geeignete Parameter für die Bestimmung einer angemessenen Vergütung für das WBK-Vermögen ansehen. Die Parteien bitten die Kommission, die Ergebnisse der Verständigung bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.

(80) Die Parteien bestimmen auf der Grundlage, die in der Entscheidung 2000/392/EG bereits im Einzelnen beschrieben ist, zunächst als eine angemessene Mindestvergütung. für die WBK-Zweckrücklage einen Satz von 10,19 %. Wegen der Alleineigentümerschaft des Landes Berlin wurde kein weiterer Aufschlag, wie etwa für fehlende Stimmrechte, vereinbart. Abschließend wurde ein Abschlag wegen der fehlenden Liquidität des Kapitals von 3,62 % bestimmt (auf der Basis des risikolosen Zinssatzes als Brutto-Refinanzierungskosten, von denen rund 50 % Körperschaftssteuern plus Solidaritätszuschlag zur Bestimmung der Netto-Refinanzierungskosten). Als Ergebnis errechnet sich eine angemessene Vergütung in Höhe von 6,57 %.

(81) Zur Vergütung für den Teil des WBK-Vermögens, der nicht für das Wettbewerbsgeschäft der LBB nutzbar ist, äußert sich der Vergleich nicht.

(82) Für das in das Grundkapital der LBB eingebrachte Grundkapital der IBB in Höhe von 187,5 Mio. DEM wurde kein Abschlag aufgrund von Refinanzierungskosten vorgenommen, da es sich hierbei um liquide Mittel handelte. Da das

Grundkapital in zwei Schritten 1994 und 1998 in die BGB überführt wurde, einigten sich die Parteien darauf, dass das Grundkapital nur bis zu diesen beiden Zeitpunkten — jeweils anteilig — zu vergüten sei.

(83) Streitig blieb zwischen den Parteien, ob ein eventueller Wertzuwachs infolge der Einbringung der LBB anzurechnen ist. Nach Auffassung der Landesbank ist durch die Veräußerung der LBB 1994 und 1998 ein Wertzuwachs realisiert worden.

VIII. WÜRDIGUNG DER MASSNAHMEN

1. *ZUR GRUNDSATZFRAGE DER VERJÄHRUNG*

(84) Im Hinblick auf die mögliche Verjährung eines Rückforderungsanspruchs hat Deutschland einen Beschluss des Berliner Senats zur Gründung einer Berliner Bankenholding vom 16. Juni 1992 als maßgeblichen Zeitpunkt erklärt. In diesem Beschluss, der der Kommission vorliegt, wird jedoch lediglich beschlossen, „die Bankenbeteiligungen Berlins neu zu strukturieren". Dabei wird „die Gründung der Berliner Banken-Holding AG vorgesehen, unter deren Dach die Landesbank Berlin — Girozentrale —, die Berliner Bank AG und die ... Berliner Pfandbrief-Bank zusammengeführt werden". Eine Übertragung des Vermögens wird durch diesen Beschluss nicht bewirkt.

(85) Die in Frage stehende Maßnahme, d. h. die Übertragung des WBK Vermögens auf die LBB erfolgte erst mit Ablauf des 31. Dezember 1992. Der wirtschaftliche Effekt dieser Maßnahme, d. h. die Erhöhung des Eigenkapitals der LBB und die daraus resultierende vergrößerte Möglichkeit, Kredite zu vergeben, trat daher erst am 1. Januar 1993 ein. Vor diesem Datum kann im vorliegenden Fall keine staatliche Beihilfe gewährt worden sein.

(86) Selbst wenn jedoch der Zeitpunkt der Gewährung der Maßnahme Monate vor dem Übertragungsdatum, d. h. am 16. Juni 1992, anzusetzen wäre, ist nicht, wie von Deutschland vorgetragen, von einer Verjährung der Befugnisse der Kommission zur Rückforderung gemäß Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 auszugehen. Deutschland vertritt die Auffassung, dass erst der Eröffnungsbeschluss vom 4. Juli 2002 eine die Verjährungsfrist unterbrechende Maßnahme der Kommission darstelle, u. a. auch deshalb, weil Deutschland erst in diesem Beschluss aufgefordert worden sei, eine Kopie dieses Schreibens an den Beihilfeempfänger weiterzuleiten.

(87) Dieser Auffassung ist zu widersprechen. Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 658/1999 bezieht sich auf „jede Maßnahme" der Kommission, nicht auf eine formelle Verfahrenseröffnung. Im vorliegenden Fall waren die diversen Maßnahmen der Kommission, insbesondere die verschiedenen Auskunftsersuchen, die die LBB betreffen und in jedem Falle das Auskunftsersuchen vom September 1999, ausreichend, die Verjährung zu unterbrechen. Dabei ist nicht erforderlich, dass der LBB die Maßnahmen der Kommission bekannt waren. In seinem Urteil vom 10. April 2003 in der Rechtssache T-366/00 (*Département du Loiret/Kommission*) ([23]) hat das Gericht Erster Instanz festgestellt, dass die Tatsache, dass der Beihilfeempfänger nichts von an den Mitgliedstaat gerichteten Auskunftsersuchen der Kommission wusste, ihnen nicht die Rechtswirkung gegenüber dem Beihilfeempfänger nehme. Die Kommission sei nicht verpflichtet, die potenziell Beteiligten einschließlich des Beihilfeempfängers von den Maßnahmen zu unterrichten, die sie in Bezug auf eine rechtswidrige Beihilfe vor Eröffnung des Verwaltungsverfahrens ergreift. Das Gericht kam daher zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem in Rede stehenden Auskunftsersuchen um eine Maßnahme gemäß Artikel 15 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 handele, die die Verjährungsfrist vor ihrem Ablauf unterbrach, selbst wenn der Beihilfeempfänger seinerzeit nicht von dem Schriftwechsel wusste ([24]). Daneben erscheint es unwahrscheinlich, dass der LBB die Auskunftsersuchen der Kommission nicht bekannt gewesen sein sollten, als Deutschland im Dezember 1999 auf die Auskunftsersuchen geantwortet hat.

(88) Abschließend bleibt festzustellen, dass die Kommission im vorliegenden Fall die Befugnis zur zur Rückforderung der Beihilfe hat.

2. *STAATLICHE BEIHILFE IM SINNE DES ARTIKEL 87 ABSATZ 1 EG-VERTRAG*

(89) Gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag sind, soweit im EG-Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

2.a. STAATLICHE MITTEL

(90) Mit der Übertragung entschied sich das Land Berlin für eine Kapitalerhöhung bei der LBB durch Einbringung der mit gemeinnützigen Aufgaben betrauten WBK/IBB, deren Träger und Eigentümer das Land Berlin war. Durch diese Einbringung wurde das mit Schreiben vom 24. Februar 1993 aufsichtrechtlich anerkannte haftende Eigenkapital der LBB um rund 1,9 Mrd. DEM erhöht. Davon entfielen 187,5 Mio. DEM auf die Erhöhung des Grundkapitals der LBB durch das Grundkapital der ehemaligen WBK ([25]) und rund 1,715 Mrd. DEM auf die Gewinnrücklage der WBK (ohne den Jahresüberschuss 1992 von knapp 200 Mio. DEM), die seitdem als Zweckrücklage der IBB ausgewiesen wird und kontinuierlich stieg.

(91) Durch die Übertragung der rund 1,9 Mrd. DEM und die aufsichtsrechtliche Anerkennung als Kernkapital, hat sich die Kreditvergabekapazität der LBB und damit ihre Möglichkeit zur Ausdehnung des Wettbewerbsgeschäfts signifikant erhöht. Bei einer Risikogewichtung von 100 % für sämtliche Forderungen (z. B. aus Krediten an Nichtbanken) und ohne weitere Aufnahme von Ergänzungsmitteln liegt dieses Potential zur Geschäftsausweitung theoretisch beim 12,5-fachen des zusätzlichen haftenden Eigenkapitals (hier also knapp 24 Mrd. DEM). Wie hoch dieses Potential im Einzelfall

([23]) Slg. 2003, S.II-1789.

([24]) Ebenda, Rz. 60.

([25]) Dieser Betrag wird seitdem nicht mehr dem Vermögenskreis der IBB zugerechnet.

tatsächlich ist, lässt sich nicht exakt bestimmen, da dies mit der Kundenstruktur, der strategischen Planung und nicht vorhersehbaren äußeren Einflüssen zusammenhängt. Auf die Frage, ob und wie genau ein Kreditinstitut neue Eigenmittel einsetzt, kommt es bei der Prüfung des Vorgangs jedoch auch nicht an.

(92) Ungeachtet dessen, dass IBB weiterhin einen Teil der Mittel zur Unterlegung des Fördergeschäfts benötigte, wurde die übertragenen Mittel aufsichtsrechtlich anerkannt und konnten somit zu Haftungszwecken der im Wettbewerb mit anderen Kreditinstituten stehenden LBB eingesetzt werden. Es steht außer Zweifel, dass der LBB damit staatliche Mittel übertragen wurden, die geeignet waren, der LBB einen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber ihren Wettbewerbern zu verschaffen, sofern sie diese Mittel nicht zu marktwirtschaftlichen Bedingungen erhalten hat.

2.b. BEGÜNSTIGUNG EINES BESTIMMTEN UNTERNEHMENS

(93) 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 Gericht erster Instanz in einer Reihe von Rechtssachen akzeptiert und weiterentwickelt, zuletzt in seinem Urteil vom 6. März 2003, eine ähnliche Übertragung auf die WestLB ([26]) betreffend.

(1) ***Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers***

(94) Dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers zufolge ist es nicht als Begünstigung eines Unternehmens 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“ ([27]). Eine Begünstigung im Sinne des Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag liegt demgegenüber vor, wenn die vorgesehene Vergütungsregelung und/oder die Finanzlage des Unternehmens dergestalt sind, dass eine normale Rendite in einer angemessenen Frist nicht zu erwarten ist.

(2) ***Artikel 295 EG-Vertrag***

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

(96) Deutschland bringt vor, dass wegen der Zweckbindung des WBK-Vermögens diese Mittel nicht anders profitabel verwendet werden könnten als durch ihre Einbringung in eine ähnliche öffentliche Einrichtung. Daher stelle die Übertragung die kommerziell sinnvollste Verwendung dieses Vermögens dar. Daher sei jedes Entgelt für die Einbringung, d. h. jede zusätzliche Rendite aus dem WBK-Kapital, ausreichend, um die Übertragung im Hinblick auf den „Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ zu rechtfertigen.

(97) Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es mag zutreffen, dass die Einbringung der WBK in die LBB und die sich daraus ergebende Möglichkeit für die LBB, einen Teil des WBK-Kapitals zur Unterlegung des Wettbewerbsgeschäfts zu verwenden, die wirtschaftlich sinnvollste Nutzung war. Sobald allerdings 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 muss, dass der marktüblichen Vergütung entspricht.

(3) ***Eigentümerstruktur***

(98) Kernfrage dieser Prüfung ist, ob ein unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe wie die Verwaltungseinrichtungen des öffentlichen Sektors unter den entsprechenden Umständen zur Vornahme der fraglichen Kapitalzufuhr hätte bewegt werden können, wie das Gericht Erster Instanz im WestLB-Urteil unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung ausgeführt hat ([28]). Schließlich ist, wie das Gericht weiterhin unter Verweis auf andere Urteile erklärt hat, „das Verhalten eines öffentlichen Kapitalgebers mit dem eines privaten im Hinblick darauf zu vergleichen, wie sich ein privater Kapitalgeber bei dem fraglichen Vorgang angesichts der zum entsprechenden Zeitpunkt verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen verhalten hätte“ ([29]). Damit ist verdeutlicht, dass es bei der Prüfung auf den Zeitpunkt der Investition und auf die zu diesem Zeitpunkt vernünftigerweise, d. h. auf verfügbaren Informationen beruhenden, gegebenen Erwartungen eines Kapitalgebers ankommt. Diese beziehen sich im Wesentlichen auf die wahrscheinliche Rendite.

(99) Das Land Berlin war alleiniger Eigentümer der LBB (und der WBK). Selbst wenn dieser Umstand es ermöglichen sollte von einer alleinigen Betrachtung der fest vereinbarten Vergütung abzusehen — durchschnittlich 0,25 % auf den von der LBB in Anspruch genommenen Teil der Zweckrücklage ab Dezember 1995 — kann die Eigentümerschaft des Landes Berlin im vorliegenden Fall nicht herangezogen werden, um die geringe direkte Vergütung zu rechtfertigen

(100) Die Berufung auf die Eigentümerschaft des Landes würde voraussetzen, dass ein hinreichender Geschäftsplan, ein Wertgutachten oder eine Bewertung über die zu erwartende Rendite der in Frage stehenden Investition vorhanden war. Zum damaligen Zeitpunkt sind diese nicht erstellt worden. Die Kommission verfügt daher über keine Hinweise, um die Ausführungen des Landes zu überprüfen.

([26]) Siehe Fn 3.

([27]) 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.

([28]) Siehe Fn 3, Rn. 245.

([29]) Siehe Fn 3, Rn. 246.

(101) Die Kommission ist daher der Ansicht, dass im vorliegenden Fall die angemessene Vergütung auf der Basis der direkten, marktgerechten Vergütung bestimmt werden muss.

(4) ***Vergütung und Vergütungselemente***

Die Kapital-Basis für die Berechnung der Vergütung

(102) Wie in der Entscheidung 2000/392/EG angewandt und vom Gericht erster Instanz bestätigt, ist grundsätzlich der gesamte Wert des übertragenen Vermögens zu vergüten. Da das BAKred die Mittel in voller Höhe umgehend als Kernkapital anerkannt hat, standen sie der LBB vom 1. Januar 1993 an, bis auf die jährlich für das Fördergeschäft selbst benötigten Beträge, als Haftungsunterlegung zur Verfügung. Von den ab da jährlich steigenden Beträgen ist jedoch noch jeweils das für die Haftungsunterlegung des Fördergeschäfts benötigte Kapital abzuziehen, das die LBB nicht nutzen konnte.

(103) Das WBK/IBB-Zweckvermögen und das für das Fördergeschäft der IBB jeweils benötigte Kapital beliefen sich ab Anfang 1993 auf die variierenden Werte bzw. kontinuierlich steigenden Werte. Die Werte sind in der Tabelle in Randnummer 142 enthalten.

(104) Das in das Grundkapital der LBB eingebrachte Grundkapital der WBK/IBB in Höhe von 187,5 Mio. DEM war liquides Kapital. 1994 wurden 75,01 % der LBB an die BGB veräußert, 1998 die restlichen 24,99 % Anteile an die BGB zu einem Preis von 1,5 Mrd. DEM verkauft. Damit war das Grundkapital ab 1998 der BGB zuzurechnen.

(105) Insoweit gibt es drei Basen für die Berechnung einer angemessenen Vergütung: Erstens das liquide Kapital in Höhe von 187,5 Mio. DEM für das Jahr 1993 und für die Jahre 1994 bis 1997 mit einem Ansatz in Höhe von 46,9 Mio. DEM (entsprechend 24,99 % der Anteile); zweitens die Zweckrücklage und drittens die für das Fördergeschäft benötigten Mittel. Da für die ersten beiden Instrumente die gleiche Mindestrendite anzusetzen ist, können sie im Folgenden zunächst zusammen betrachtet werden.

Angemessene Vergütung für das Grundkapital und die Zweckrücklage

(106) 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 LBB ausgegangen werden.

Vergleich mit anderen Eigenkapitalinstrumenten

(107) Bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung spielt eine wichtige Rolle, mit welchen anderen Eigenkapitalinstrumenten die Einbringung der WBK-Mittel vergleichbar ist, da die Vergütung für die verschiedenen Instrumente im Markt unterschiedlich ist. Für die Zwecke der Verständigung gehen der BdB, das Land und die LBB von einer Vergleichbarkeit mit einer Stammkapitalinvestition aus.

(108) Auch die Kommission ist der Ansicht, dass die Einbringung der WBK am ehesten einer Stammkapitalinvestition gleicht. Dies kann zum einen für das Grundkapital zweifelsfrei vorausgesetzt werden und braucht hier nicht näher behandelt zu werden. Zum anderen gilt dies aber auch für die Zweckrücklage, die ebenfalls vom BAKred als Kernkapital anerkannt wurde.

(109) In diesem Zusammenhang ist zunächst hervorzuheben, dass das relativ breit gefächerte Instrumentarium an innovativen Eigenkapitalinstrumenten, das den Kreditinstituten in mehreren Ländern nunmehr zur Verfügung steht, in Deutschland noch nicht existierte, als 1993 die Übertragung der WBK auf die LBB beschlossen wurde. Einige dieser Instrumente wurden erst seither entwickelt, andere gab es bereits, sie waren in Deutschland aber nicht anerkannt. Somit wäre ein Vergleich der Zweckrücklage mit derartigen innovativen Instrumenten, die zumeist erst später entwickelt wurden und teils nur in anderen Ländern verfügbar sind, nicht überzeugend.

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

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

Liquiditätsnachteile bei der Zweckrücklage

(112) 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 (100 dividiert durch den Solvabilitätskoeffizienten von 8 %), muss sich die Bank 11,5 mal auf den Finanzmärkten refinanzieren. Vereinfacht gesagt ergibt die Differenz aus 12,5-mal erhaltenen und 11,5-mal gezahlten Zinsen auf dieses Kapital abzüglich sonstiger Kosten der Bank (z. B. Verwaltungsaufwendungen) den Gewinn auf das Eigenkapital ([30]).

([30]) 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.

(113) Abgesehen von dem Grundkapital in Höhe von 187,5 Mio. DEM hat die Übertragung des WBK-Vermögens der LBB zunächst keine Liquidität verschafft. Die LBB hat daher zusätzliche Finanzierungskosten in Höhe des Kapitalbetrags, wenn sie die erforderlichen Mittel auf den Finanzmärkten aufnimmt, um die Geschäftsmöglichkeiten voll auszuschöpfen, die sich ihr durch das zusätzliche Eigenkapital eröffnen, d. h. um die risikogewichteten Vermögenswerte um das 12,5 fache des Kapitalbetrages auszuweiten (bzw. existierende Vermögenswerte in dieser Höhe zu erhalten) ([31]).

(114) Wegen dieser Zusatzkosten, die bei in sonstiger Form zugeführtem Eigenkapital nicht entstehen, muss zur Ermittlung des angemessenen Entgelts ein entsprechender Abschlag vorgenommen werden. Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber kann nicht erwarten, dasselbe Entgelt zu erhalten wie bei der Zuführung von Barkapital.

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

(116) In den Verhandlungen über die Verständigung haben die Parteien, wie auch in der Verständigung zur Hamburgischen Landsbank, bei der die Übertragung zum gleichen Zeitpunkt stattfand, einen den langfristigen risikofreien Satz von 7,23 % zugrunde gelegt. Darüber hinaus haben sich die Parteien darauf geeinigt, einen pauschalen Steuersatz von 50 % anzunehmen ([32]). Dementsprechend gelangt man zu einem Nettorefinanzierungssatz von 3,62 % und damit zu einem entsprechenden Liquiditätsabschlag. Dieser Abschlag gilt nur für die Zweckrücklage.

Ermittlung einer zu erwartenden Mindestvergütung für die Zweckrücklage und das Grundkapital

(117) Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber gründet seine Renditeerwartungen auf die historischen Durchschnittsrenditen, die im Allgemeinen einen Anhaltspunkt auch für die zukünftige Leistungsfähigkeit des Unternehmens darstellen, sowie auf die Schlussfolgerungen, die er insbesondere aus der Analyse des für den Investitionszeitraum geltenden Geschäftsmodells des Unternehmens, der Strategie und Qualität der Unternehmensführung und der relativen Aussichten des betreffenden Wirtschaftszweigs zieht. Das Unternehmen muss bei Kapitalbedarf einen möglichen Kapitalgeber davon überzeugen, dass es in der Lage sein wird, langfristig zumindest die Rendite zu erwirtschaften, die für vom Risiko und Wirtschaftszweig her vergleichbare Unternehmen am Markt durchschnittlich erwartet wird. Falls ein Unternehmen nicht diesen Erwartungen nach einer zumindest durchschnittlichen Rendite entsprechen kann, wird der Kapitalgeber diese Investition unterlassen und erwägen, in ein anderes Unternehmen zu investieren, das bei gleichem Risiko bessere Aussichten aufweist.

(118) Verschiedene Methoden bestehen, um die angemessene Mindestvergütung zu ermitteln. Dies reicht von verschiedenen Varianten des Finanzierungsansatzes bis hin zur Methode nach dem Capital Asset Pricing Model (CAPM). 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.

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

— *Finanzierungsansatz*: Die erwartete Eigenkapitalrendite eines Investors stellt aus der Sicht der kapitalnutzenden Bank zukünftige Finanzierungskosten dar. Bei diesem Ansatz werden zunächst die historischen Eigenkapitalkosten ermittelt, die bei Banken angefallen sind, die mit der in Frage stehenden 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.

— *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: Erwartete Rendite = risikofreier Zinssatz + Markt-Risikoprämie x Beta. Mit dem Betafaktor wird das Risiko eines Unternehmens relativ zum Gesamtrisiko aller Unternehmen quantifiziert. Die Risikoprämie für die spezifische Investition ergibt sich durch die Multiplikation der Risikoprämie des Marktes mit dem Betafaktor.

([31]) 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).

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

(120) Das CAPM ist die vorherrschende Methode zur Berechnung von Investitionsrenditen bei börsennotierten großen Unternehmen. Da die LBB 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.

(121) Deutschland steht einer Anwendung des CAPM generell kritisch gegenüber. Schließlich haben die Parteien in ihrer Verständigung das CAPM dennoch zugrunde gelegt und sind zu einem angemessenen Vergütungssatz für die Einbringung des Grundkapitals und der Zweckrücklage in die LBB in Höhe von 10,19 % gelangt.

(122) Die Parteien haben ihren Berechnungen das CAPM zugrunde gelegt und als risikolosen Basiszinssatz für die LBB 7,23 % zum 31. Dezember 1992 verwendet. Die Ermittlung dieser Zinssätze erfolgte unter der Annahme, dass das WBK-Vermögen der LBB dauerhaft zur Verfügung gestellt werden sollte. Die Parteien haben daher von der Verwendung einer stichtagsbezogenen am Markt zum Einbringungszeitpunkt beobachtbaren risikolosen Rendite für einen festen Investitionszeitraum (z. B. 10-jährige Renditen für Staatsanleihen) abgesehen, da eine solche Betrachtung das Reinvestitionsrisiko, d. h. das Risiko, nach Ablauf des Investitionszeitraumes nicht wieder in Höhe des risikolosen Zinssatzes zu investieren, außer Acht lassen würde. Nach Auffassung der Parteien wird dem Investitionsrisiko am Besten Rechnung getragen, wenn man einen „Total Return Index" zugrunde legt. Deshalb haben die Parteien den von der Deutschen Börse AG erstellten REX10 Performance Index herangezogen, der die Performance einer Investition in Anleihen der Bundesrepublik Deutschland mit zehn Jahren Laufzeit abbildet. Die vorliegend verwendete Indexreihe beinhaltet die jeweiligen Jahresendstände des REX10 Performance Index ab 1970. Die Parteien haben sodann die Rendite per annum ermittelt, die den Trend wie er in dem zugrunde gelegten REX10 Performance Index in dem zeitraum 1970 bis 1992 abgebildet ist, widerspiegelt und sind so zu dem genannten risikolosen Basiszinssatz von 7,23 % (31. Dezember 1992) gelangt.

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

(124) Die Schätzung des Betafaktors von 0,74 erfolgte auf der Basis eines Gutachtens der KPMG zu so genannten „Adjusted Betafaktoren" von sämtlichen in Deutschland börsennotierten Kreditinstituten, das der Kommission vorliegt. Auf der Basis dieses Gutachtens und angesichts der Geschäftsausrichtung der LBB ist dieser Betafaktor als angemessen anzusehen.

(125) Auch die Markt-Risikoprämie von 4,0 % erscheint aus Sicht der Kommission vertretbar. Bereits in dem Verfahren, das zur Entscheidung 2000/392/EG führte, wurde die so genannte allgemeine langfristige Markt-Risikoprämie, also die Differenz zwischen der langfristigen Durchschnittsrendite auf ein übliches Aktienportfolio und der auf Staatsanleihen, mehrfach behandelt. In den entsprechenden Gutachten zum Verfahren wurden je nach Methodik, Zeitraumbetrachtung und Datenbasis Spannen von etwa 3 % bis 5 % angesetzt. So rechnete ein Gutachten, das für den BdB erstellt wurde, alternativ mit 3,16 % und 5 %, ein anderes, für die WestLB im selben Verfahren erstelltes Gutachten rechnete alternativ mit 4,5 % und 5 % und Lehman Brothers, auch für WestLB tätig, rechnete mit einem Satz von 4 %. Vor diesem Hintergrund hat die Kommission in dem vorliegenden Fall keinen Anlass, von der in der Verständigung verwendeten Markt-Risikoprämie abzuweichen. Ausgehend vom CAPM bestehen nach Auffassung der Kommission keine Zweifel, dass die von den Parteien ermittelte Mindestvergütung als angemessen angesehen werden kann.

(126) Die Kommission legt deshalb als angemessene Mindestvergütung einen Wert von 10,19 % jährlich. (jeweils nach Unternehmenssteuer und vor Investorensteuer) fest.

Wegfall des Renditeaufschlags wegen der 100 % Eigentümerschaft

(127) Es ist zu prüfen, ob Gründe für eine Anpassung der ermittelten Mindestvergütung vorliegen. Gemäß der Vorgehensweise in den anderen Landesbanken-Verfahren können dabei die folgenden drei Charakteristika einen solchen Aufschlag als Besonderheiten der Transaktion rechtfertigen: erstens die unterbliebene Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile und der damit verbundenen Stimmrechte, zweitens das außerordentliche Volumen der Vermögensübertragung und drittens die fehlende Fungibilität der Anlage.

(128) Wie auch in den anderen Verfahren hält die Kommission Aufschläge bezüglich der beiden letztgenannten Aspekte für nicht gerechtfertigt. Im Hinblick auf die mit der unterbliebenen Ausgabe neuer Gesellschafteranteile nicht gegebenen Stimmrechte ist ebenfalls kein Aufschlag möglich, weil das Land Berlin bereits 100 % der Stimmanteile besaß.

Keine Verringerung des Entgeltes wegen der Vereinbarung einer Pauschalvergütung

(129) 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 LBB verknüpften Entgelts erhält, einen Vorteil darstellt, der eine Reduzierung des Entgeltsatzes rechtfertigt. Ob eine solche feste Vergütung tatsächlich günstiger ist als eine variable, gewinnbezogene, hängt von den Ergebnissen des Unternehmens in der Zukunft ab. Verschlechtern sich diese, ist der Pauschalsatz für den Kapitalgeber von Vorteil, verbessern sich diese jedoch, ist er von Nachteil. Die tatsächliche Entwicklung kann jedoch nicht nachträglich zur Beurteilung der Anlageentscheidung herangezogen werden. In Anbetracht all dessen ist die Kommission der Ansicht, dass der Entgeltsatz aus diesem Grunde nicht zu reduzieren ist.

Gesamtvergütung für das Grundkapital und die Zweckrücklage

(130) Aufgrund all dieser Überlegungen gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass die marktübliche Mindestrendite für das Kapital und die Zweckrücklage 10,19 % p.a. (nach Unternehmenssteuern) betragen haben würde. Bezüglich der nicht liquiden Zweckrücklage sind hiervon 3,62 % wegen des Nettofinanzierungsaufwandes in Abzug zu bringen.

Angemessene Vergütung für die für das Fördergeschäft benötigten Beträge

(131) Auch die für das Fördergeschäft benötigten Beträge sind für die LBB von materiellem Wert und seine ökonomische Funktion ließe sich mit der einer Bürgschaft oder Haftung vergleichen. Um sich einem derartigen Risiko auszusetzen, würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine angemessene Vergütung verlangen. Die Verständigung zwischen dem BdB, dem Land und der LBB äußert sich zu dieser Frage nicht.

(132) Deutschland erachtete im Fall WestLB ([33]) als Ausgangssatz eine Vergütung von 0,3 % jährlich vor Steuern angemessen. Aufgrund der grundsätzlichen Vergleichbarkeit zwischen WestLB und LBB sowie mangels anderer Anhaltspunkte geht die Kommission davon aus, dass dieser Satz der Vergütung entspricht, die die LBB auch Anfang der 1990er Jahre für die Übernahme einer Avalbürgschaft zu ihren Gunsten am Markt hätte zahlen müssen.

(133) Die Gründe, die in der Entscheidung 2000/392/EG jedoch für eine Erhöhung des Ausgangssatzes zugrunde gelegt wurden, treffen hier hingegen nicht zu. In der Entscheidung 2000/392/EG wurde ein Aufschlag auf den genannten Satz von 0,3 % jährlich. (vor Steuern) um weitere 0,3 % jährlich. vorgenommen, weil einerseits Avalbürgschaften üblicherweise mit bestimmten Transaktionen verknüpft und befristet sind (was bei der WestLB nicht der Fall war) und andererseits der der WestLB zur Verfügung gestellte Betrag von über 3,4 Mrd. DEM über dem liegt, was normalerweise durch derartige Bankbürgschaften abgedeckt wird

(134) Eine Erhöhung der Vergütung von 0,3 % wegen eines besonders hohen Umfangs der „Bürgschaft" scheint bei ca. 170 bis 350 Mio. DEM jährlich nicht angebracht. Eine Erhöhung dieses Satzes wegen des Umstands, dass das WBK-Vermögens der LBB prinzipiell unbegrenzt zur Verfügung steht, ist daneben aus den gleichen Gründen zweifelhaft, aus denen auch kein Aufschlag bei der Vergütung für das Kapital, das für das Wettbewerbsgeschäft zur Verfügung steht, vorgenommen wurde, denn das Land hatte die Möglichkeit, der LBB das Vermögen tatsächlich wieder zu entziehen und hat dies zum Ende des Monats August 2004 auch getan.

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

([33]) Siehe Fn 2, Rz. 221.

(5) ***Das Beihilfeelement***

(136) Nach diesen Berechnungen hält die Kommission eine Vergütung von 10,19 % p.a. nach Steuern für das Grundkapital, von 6,57 % p.a. nach Steuern für den Teil der Zweckrücklage, der von der LBB zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit verwendet werden konnte und von 0,15 % p.a. nach Steuern für die für das Fördergeschäft benötigten, aber als Eigenkapital in der Bilanz ausgewiesenen Beträge für marktkonform.

(137) Aus den genannten Bemessungsgrundlagen und Vergütungen für die verschiedenen Arten des übertragenen Kapitals ergeben sich die in der Tabelle in Randnummer 142 zusammengefassten Beträge, die für die einzelnen Elemente und Jahre als angemessene Vergütung zu zahlen gewesen wären.

(138) Dagegen sind die Beträge zu setzen, die zum Zeitpunkt der Investition bereits als Vergütungselemente fest vereinbart wurden. Dabei handelt es sich nach Auffassung der Kommission nur um die fest vereinbarte Vergütung in variierender Höhe (siehe Tabelle in Randnummer 142) auf die Inanspruchnahme der Zweckrücklage. Weitere Bestandteile, wie die von Deutschland angeführten realisierten Wertsteigerungen und die Ausschüttung in Höhe von DEM 238 Mio. im Jahr 1993 können nicht dagegen gerechnet werden.

(139) Deutschland hat vorgetragen, dass die anlässlich der beiden Verkaufsvorgänge in den Jahren 1994 und 1998 realisierten Wertsteigerungen sowie die Ausschüttung von 238 Mio. DEM von der zu zahlenden Vergütung in Abzug zu bringen seien. Auf nach der Investition geleistete Zahlungen und realisierte Wertsteigerungen kann es nach dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers, der aufgrund der ihm zum Investitionszeitpunkt zur Verfügung stehenden Informationen entweder eine angemessene Rendite erwarten kann oder eine direkte Vergütung vereinbart, nicht ankommen. So können nicht von vornherein kalkulierbare Ausschüttungen oder Wertsteigerungen nicht ausschlaggebend sein. Auch die Frage, ob eine Wertsteigerung durch Verkauf zu Erlösen führt oder nicht, ist nicht entscheidend. Schließlich ist nicht ersichtlich, warum die Ausschüttung von 238 Mio. DEM aufgrund der eingebrachten Zweckrücklage gemacht worden sein sollte; zudem käme allenfalls eine anteilige Berücksichtigung der Zahlung in Betracht, und zwar in dem Verhältnis, in dem die Zweckrücklage zum sonstigen Eigenkapital der LBB stand.

(140) Daneben behauptete Deutschland, dass ein Grund für die Übertragung potenzielle Synergien waren und nicht die Erhöhung des Eigenkapitals der LBB. Da sich durch diese Synergien weder die Verwendbarkeit des übertragenen Kapitals für die LBB vermindert, noch die aus der Übertragung resultierenden Kosten für die LBB 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 zuzüglich zu einem angemessenen Entgelt für das bereitgestellte Eigenkapital eine „Vergütung“ in Form solcher Vorteile zu „zahlen“. Die Kommission vertritt also die Auffassung, dass es sich bei etwaigen Synergieeffekten nicht um eine von der LBB für die Übertragung der WBK gezahlte Vergütung handelt.

(141) Die Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung von ca. 0,25 % p.a und der angemessenen Vergütung von 6,57 % p. a. (für den Teil der IBB-Zweckrücklage der für das Wettbewerbsgeschäft genutzt werden kann) bzw. 10,19 % p.a. für das WBK Grundkapital sowie 0,15 % p.a. (auf den Teil des Vermögens der einer Bankbürgschaft gleicht) stellt somit eine Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag dar.

(142) Das Beihilfeelement setzt sich demnach wie folgt zusammen:

	Werte (Mio. DM zum Jahresende)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004 (1)	Summe	Summe €
1.	IBB-Zweckrücklage	1 715,2	2 005,8	2 105,8	2 206,0	2 306,0	2 356,0	2 406,0	2 456,5	2 600,0	2 623,8	2 625,4	2 625,4		
	Inanspruchnahme für Fördergeschäft	168,7	180,1	273,2	323,8	346,4	233,6	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]		
	Verbleibender Teil der Zweckrücklage	1 546,5	1 825,7	1 832,6	1 882,2	1 959,6	2 122,4	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]		
	Zinssatz	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %		
	Zu leistende Vergütung	101,6	119,9	120,4	123,7	128,7	139,4	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2.	WBK-Grundkapital	187,5	46,9	46,9	46,9	46,9									
	Zinssatz	10,19 %	10,19 %	10,19 %	10,19 %	10,19 %									
	Zu leistende Vergütung	19,1	4,8	4,8	4,8	4,8								38,2	19,5
	Avalprovision	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %		
	Zu leistende Verguetung	0,253	0,270	0,410	0,486	0,520	0,350	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
3.	Bereits geleistete Vergütung	0,0	0,0	0,0	1,2	3,4	3,6	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
4.	Noch zu leistende Vergütung	121,0	125,0	125,6	127,7	130,6	136,2	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	1 584,5	810,14

(1) 1.1.-31.8.2004. Anschließend Umwandlung von € 1,1 Mrd. der IBB-Zweckrücklage in stille Einlagen des Landes in der LBB bei marktgerechter Vergütung
Seit dem 1.1 1999 wird DM zum Kurs von 1,95583 in Euro umgerechnet. Die Angaben in DM sind dem entsprechend in Euro umzurechnen.

(143) Mit der Ausgliederung der IBB aus der LBB wurde zum 1. September 2004 die Zweckrücklage an das Land Berlin zurück überführt, wobei etwa 1,1 Mrd. EUR dieser Zweckrücklage in zwei stille Einlagen des Landes an der LBB eingebracht wurden. Mit dieser Ausgliederung wurde die hier zu untersuchende Begünstigung zum 1. September 2004 beendet.

2.c. VERFÄLSCHUNG DES WETTBEWERBS UND BEEINTRÄCHTIGUNG DES HANDELS ZWISCHEN DEN MITGLIEDSSTAATEN

(144) 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.

(145) Die begünstigte Landesbank Berlin ist sowohl regional wie auch international im Bankgewerbe tätig. Die LBB versteht sich als universelle Geschäftsbank, Sparkassenzentralbank und als Staats- und Kommunalbank. Trotz ihres Namens, ihrer Tradition und ihrer gesetzlich geregelten Aufgaben ist die LBB keineswegs nur eine Lokal- oder Regionalbank.

(146) Damit zeigt sich eindeutig, dass die LBB Bankdienstleistungen im Wettbewerb mit anderen europäischen Banken außerhalb Deutschlands und — da Banken aus anderen europäischen Ländern in Deutschland tätig sind — innerhalb Deutschlands erbringt.

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

(148) Es steht deshalb fest, dass Beihilfen an die LBB den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

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

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

(150) 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 Naturkatastrofen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind, beseitigt oder durch die Teilung Deutschlands verursachte wirtschaftliche Nachteile ausgeglichen.

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

(152) Da der wirtschaftliche Fortbestand der LBB nicht auf dem Spiele stand, als die Maßnahme durchgeführt wurde, stellt sich nicht die Frage, ob der Zusammenbruch eines einzigen großen Kreditinstituts wie der LBB 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.

(153) 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 LBB wird nicht als ein Unternehmen in Schwierigkeiten bezeichnet, dessen Wiedererlangung der Rentabilität durch staatliche Beihilfen unterstützt werden sollte.

(154) 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 ([34]).

(155) Deutschland hat nicht vorgetragen, bei einer eventuellen Begünstigung der LBB durch die Übertragung des WBK-Vermögens habe es sich nur um eine Kompensation für die der LBB durch die Wahrnehmung ihres öffentlichen Auftrags entstehenden Kosten gehandelt. Nach Ansicht der Kommission ist klar, dass die Übertragung durchgeführt wurde, um die LBB in die Lage zu versetzen, den neuen Eigenkapitalanforderungen gerecht zu werden, nicht als Kompensation für einen öffentlichen Auftrag.

(156) 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.

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

4. *KEINE BESTEHENDE BEIHILFE*

(157) Die Übertragung des WBK-Vermögen kann auch nicht als von der bestehenden Beihilfenregelung Anstaltslast und Gewährträgerhaftung abgedeckt angesehen werden.

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

(159) Zum anderen greift auch der Tatbestand der Anstaltslast nicht ein. Die Anstaltslast verpflichtet den Anstaltsträger, die LBB mit den Mitteln auszustatten, die für den ordnungsgemäßen Betrieb der Landesbank erforderlich sind, sofern er sich für deren Fortführung entscheidet. Die LBB war zum Zeitpunkt der Kapitalzufuhr aber keineswegs in einer Lage, in der ein ordnungsgemäßer Betrieb nicht mehr möglich war. Die Kapitalzuführung war also zur Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Betriebs der LBB nicht erforderlich. Die LBB konnte daher im Sinne eines bewussten wirtschaftlichen Kalküls des Landes als Miteigentümer auch künftig Marktchancen im Wettbewerb wahrnehmen. Auf eine solche normale wirtschaftliche Entscheidung des Landes ist die „Notvorschrift" der Anstaltslast nicht anwendbar. Mangels einer anderen anwendbaren bestehenden Beihilferegelung gemäß Artikel 87 Absatz 1 und Artikel 88 Absatz 1 EG-Vertrag ist die Kapitalzufuhr daher als neue Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 und Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag einzuordnen.

5. *SCHLUSSFOLGERUNG*

(160) Die aus der Einbringung der WBK/IBB zum 1.1.1993 resultierende Beihilfe kann weder aufgrund von Artikel 87 Absatz 2 bzw. Absatz 3 EG-Vertrag noch aufgrund einer anderen Vertragsbestimmung als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden. Demnach wird die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt, muss abgeschafft werden. Das Beihilfeelement ist von Deutschland zurückzufordern -

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Die staatliche Beihilfe in Höhe von 810,14 Mio. EUR, die Deutschland in dem Zeitraum vom 1. Januar 1993 bis 31. August 2004 zugunsten der Landesbank Berlin — Girozentrale 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 ([35]) 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.

Geschehen zu Brüssel, den 20. Oktober 2004

Für die Kommission

Mario MONTI

Mitglied der Kommission

([35]) ABl. L 140 vom 30.4.2004, S. 1.

ANHANG

INFORMATIONEN HINSICHTLICH DER DURCHFÜHRUNG DER ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

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

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

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

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

Anmerkungen:

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

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

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

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

3. **Schon bewirkte Rückforderung**

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

Datum (°)	Zurückerstatteter Betrag	Währung	Identität des Begünstigten

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

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