URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)

12. Dezember 2002 *

In der Rechtssache C-209/00

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch F. Santaolalla und K.-D. Borchardt als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch W.-D. Plessing als Bevollmächtigten im Beistand von Rechtsanwalt H.-F. Wissel,

Beklagte,

wegen Feststellung, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 249 EG und Artikel 3 der Entscheidung 2000/392/EG der Kommission vom 8. Juli 1999 über eine von der Bundesrepublik Deutschland zugunsten der Westdeutschen Landesbank Girozentrale

* Verfahrenssprache: Deutsch.

(WestLB) durchgeführte Maßnahme (ABl. 2000, L 150, S. 1) verstoßen hat, dass sie nicht fristgemäß die erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, um die staatliche Beihilfe, die sie der Westdeutschen Landesbank Girozentrale zwischen 1992 und 1998 gewährte und die durch die genannte Entscheidung für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt wurde, abzuschaffen und zurückzufordern,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten der Zweiten Kammer R. Schintgen in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Sechsten Kammer sowie der Richter C. Gulmann und V. Skouris, der Richterin F. Macken (Berichterstatterin) und des Richters J. N. Cunha Rodrigues,

Generalanwalt: A. Tizzano
Kanzler: H. A. Rühl, Hauptverwaltungsrat

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der Parteien in der Sitzung vom 7. Juni 2001,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 20. September 2001,

folgendes

Urteil

1 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat mit Klageschrift, die am 25. Mai 2000 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, nach Artikel 88 Absatz 2 Unterabsatz 2 EG eine Klage erhoben auf Feststellung, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 249 EG und Artikel 3 der Entscheidung 2000/392/EG der Kommission vom 8. Juli 1999 über eine von der Bundesrepublik Deutschland zugunsten der Westdeutschen Landesbank Girozentrale (WestLB) durchgeführte Maßnahme (ABl. 2000, L 150, S. 1) verstoßen hat, dass sie nicht fristgemäß die erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, um die staatliche Beihilfe, die sie der Westdeutschen Landesbank Girozentrale zwischen 1992 und 1998 gewährte und die durch die genannte Entscheidung für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt wurde, abzuschaffen und zurückzufordern.

Sachverhalt

Die Entscheidung 2000/392

2 Nach Artikel 1 des vom Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen verabschiedeten Gesetzes zur Regelung der Wohnungsbauförderung vom 18. Dezember 1991 (im Folgenden: GRW) wurde die Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: WfA) mit Wirkung ab 1. Januar 1992 auf die Westdeutsche Landesbank Girozentrale (im Folgenden: WestLB) als Gesamtrechtsnachfolgerin übertragen.

3 Die WestLB ist eine dem nordrhein-westfälischen Landesrecht unterliegende Anstalt des öffentlichen Rechts. Sie gehört zu 100 % öffentlichen Anteilseignern. Ihr Haupteigentümer ist das Land Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: Land), das 43,2 % ihres Kapitals hält.

4 Bis zum 31. Dezember 1991 war die WfA eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Sie war damit eine eigenständige juristische Person mit dem Land als alleinigem Anteilseigner. Ihre Aufgabe war ausschließlich die Förderung des Wohnungsbaus. Seit dem 1. Januar 1992 ist die WfA eine wirtschaftlich und organisatorisch unabhängige öffentlich-rechtliche Anstalt innerhalb der WestLB, jedoch ohne eigene Rechtsfähigkeit.

5 Das Grundkapital und die Rücklagen der WfA mussten in der Bilanz der WestLB als Sonderrücklage ausgewiesen werden. Nach Artikel 2 § 16 Absatz 2 GRW blieben die Vermögenswerte der WfA, also das Grundkapital, die Rücklagen, das Landeswohnungsbauvermögen und sonstige Forderungen sowie künftige Rückflüsse aus Baudarlehen in einer Gesamthöhe von 5,9 Milliarden DM auch nach ihrer Übertragung auf die WestLB für die Wohnungsbauförderung bestimmt. Diese auf die WestLB übertragenen Vermögenswerte der WfA sind somit unabhängig vom übrigen Vermögen der WestLB zu verwalten. Allerdings sah das GRW auch vor, dass die übertragenen Vermögenswerte gleichzeitig als Eigenkapital dienen, d. h. als Kapital, auf dessen Grundlage der Solvabilitätskoeffizient einer Bank berechnet wird.

6 Die Übertragung der WfA führte nicht zu einer Änderung der Anteilsverhältnisse bei der WestLB. Das Land hat für das der WestLB übertragene Kapital weder durch einen höheren Anteil an den ausgeschütteten Dividenden noch durch einen höheren Anteil an den Kapitalerträgen aus Beteiligungen an der WestLB eine Gegenleistung erhalten. Hingegen wurde als Vergütung des Landes für das bereitgestellte Kapital ein Satz von 0,6 % jährlich festgesetzt. Die WestLB zahlte diese Vergütung aus Gewinnen nach Steuer. Diese Vergütung, die auf der

Grundlage des vom Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen als Basiseigenmittel anerkannten Kapitals der WfA berechnet wurde, wurde nur für den Teil dieses Kapitals gezahlt, der der WestLB zur Unterlegung ihrer Geschäftstätigkeit zur Verfügung stand.

7 Die Kommission beschloss am 1. Oktober 1997 die Einleitung des Verfahrens nach Artikel 93 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 88 Absatz 2 EG). Am Ende ihrer Untersuchung erließ die Kommission die Entscheidung 2000/392.

8 Darin stellte sie fest, dass die Bundesrepublik Deutschland mit der Übertragung der WfA auf die WestLB durch das Land unter Verstoß gegen Artikel 88 Absatz 3 EG eine staatliche Beihilfe gewährt habe. Laut der Entscheidung besteht das Beihilfeelement in der Differenz zwischen den als Vergütung für das übertragene Kapital tatsächlich erbrachten Zahlungen und den Zahlungen, die den Marktbedingungen entsprechen würden. Die Kommission stellte weiterhin fest, dass die Beihilfe weder nach Artikel 87 Absätze 2 und 3 EG noch nach anderen Bestimmungen des EG-Vertrags als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden könne.

9 Aus diesen Gründen erließ die Kommission die Entscheidung 2000/392 mit folgendem Tenor:

„*Artikel 1*

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

Artikel 2

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

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

Artikel 3

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

Artikel 4

Diese Entscheidung ist an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet."

10 Die Bundesrepublik Deutschland reichte am 7. Oktober 1999 eine Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung 2000/392 ein. Die Klage wurde unter der Nummer C-376/99 in das Register des Gerichtshofes eingetragen.

11 Am 12. Oktober 1999 erhoben die WestLB und das Land beim Gericht erster Instanz ebenfalls Klagen auf Nichtigerklärung der Entscheidung; diese Klagen wurden unter den Nummern T-228/99 und T-233/99 in das Register eingetragen.

12 Mit Beschluss des Gerichtshofes vom 8. Februar 2000 wurde das Verfahren in der Rechtssache C-376/99 bis zum Erlass abschließender Entscheidungen des Gerichts in den Rechtssachen T-228/99 und T-233/99 ausgesetzt.

13 Mit Schreiben vom 4. Oktober 1999 unterrichtete die deutsche Regierung die Kommission über eine Maßnahme zur Umsetzung der Entscheidung 2000/392. Nachdem die Kommission diese Maßnahme am 1. Dezember 1999 abgelehnt hatte, unterbreitete die deutsche Regierung mit Schreiben vom 15. März 2000 einen Vorschlag zur Durchführung der Entscheidung.

Die der Kommission am 4. Oktober 1999 mitgeteilte Maßnahme

14 Nach dem Schreiben der deutschen Regierung vom 4. Oktober 1999 ergab sich die Umsetzung der Entscheidung 2000/392 aus einer am 22. September 1999 zwischen den Anteilseignern der WestLB geschlossenen Vereinbarung zur Durchführung der Entscheidung 2000/392. Danach werde der ermittelte Wertzuwachs der offenen und stillen Reserven der WestLB, der zwischen 1992 und 1998 durch die Steigerung der Eigenmittel infolge der Übertragung der WfA eingetreten sei, unter den gegenwärtigen Anteilseignern aufgeteilt, um der Anordnung der Rückforderung nachzukommen. Damit werde dem Land im Ergebnis eine zusätzliche Beteiligung von 22,1 % am Wertzuwachs der WestLB eingeräumt. Bei einem Wertzuwachs zwischen 1992 und 1998, den das Land mit 10 Milliarden DM ansetze, belaufe sich die zusätzliche Beteiligung von 22,1 % auf mindestens 2,21 Milliarden DM. Durch diesen zusätzlichen Betrag, den das Land beanspruchen könne, werde die in der Entscheidung 2000/392 genannte staatliche Beihilfe beseitigt.

15 Zu dieser Neuverteilung sollte es allerdings nur kommen, wenn die WestLB liquidiert würde oder eine Änderung der Eigentumsverhältnisse einträte.

16 Für die Zeit nach 1998 werde die Sonderrücklage, die durch die Übertragung der WfA auf die WestLB entstanden sei, ohne Veränderung der Stammkapitalquoten in eine stille Einlage des Landes umgewandelt. Eine stille Einlage ist nach deutschem Recht eine Kapitalbeteiligung an einem Unternehmen, die dem die Einlage Leistenden weder ein Stimmrecht noch das Recht gibt, die Tätigkeit des Unternehmens zu bestimmen. Die für eine stille Einlage geltenden Bedingungen werden im Einzelnen in dem Vertrag geregelt, auf dessen Grundlage sie erbracht wird.

17 Das Land sollte das Recht haben, im Rahmen künftiger Kapitalerhöhungen der WestLB seinen Anteil durch Umwandlung entsprechender Teile der stillen Einlage zu erbringen, und zwar zu dem jeweils einvernehmlich zwischen den Gewährträgern zu vereinbarenden Kurs.

18 Die Vereinbarung zwischen den Anteilseignern der WestLB sollte rückwirkend entfallen, wenn das Gericht erster Instanz entweder die Entscheidung 2000/392 für nichtig erklären oder sie bestätigen oder aber feststellen würde, dass die Vereinbarung die Entscheidung der Kommission nicht umsetze.

19 Mit Schreiben vom 1. Dezember 1999 antwortete die Kommission der deutschen Regierung, dass diese Maßnahme nicht geeignet sei, die ordnungsgemäße Durchführung der Entscheidung 2000/392 zu gewährleisten.

Der der Kommission am 15. März 2000 mitgeteilte Vorschlag

20 Wegen dieser ablehnenden Antwort unterbreitete die deutsche Regierung der Kommission am 15. März 2000 einen Vorschlag zur Umsetzung der Entscheidung 2000/392. Mit Schreiben vom 5. April 2000 präzisierte sie die mit diesem Vorschlag verbundenen Bedingungen.

21 Danach sollte die WestLB dem Land anstelle einer Barzahlung rückwirkend zum 1. Januar 2000 eine Sachleistung in Form einer stillen Einlage in Höhe von 2,2 Milliarden DM erbringen. Diese stille Einlage sollte neben den Beihilfen, die nach der Entscheidung 2000/392 als zwischen dem 1. Januar 1992 und dem 31. Dezember 1998 gewährt anzusehen sind, zuzüglich Zinsen auch die in der Entscheidung 2000/392 nicht bezifferten Beihilfen für das Jahr 1999 erfassen.

22 Die stille Einlage sollte zu „marktgerechten Konditionen" unter Einhaltung insbesondere der Anforderungen des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht vom 27. Oktober 1998 an „hybrides Kernkapital", zu dem auch das Kapital einer stillen Einlage nach deutschem Handelsrecht zähle, gewährt werden. Die auf die stille Einlage anfallenden Zinsen sollten nicht dem Land ausgezahlt werden, sondern bei der WestLB verbleiben. Die Zinsen sollten jedes Jahr der stillen Einlage zugeführt werden, bis der Gerichtshof und das Gericht rechtskräftig über die Entscheidung 2000/392 entschieden hätten.

23 Die vorgeschlagenen Maßnahmen sollten allerdings erst vollzogen werden, nachdem die Kommission bestätigt habe, dass gegen die stille Einlage keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestünden.

24 Falls der Gerichtshof oder das Gericht die Nichtigkeit der Entscheidung 2000/392 feststellen sollte, sollte das Land die stille Einlage einschließlich Zinsen entschädigungslos an die WestLB zurückgeben.

25 Mit Schreiben vom 29. März 2000 teilte die Kommission der deutschen Regierung mit, dass auch die Mitteilung vom 15. März 2000 nicht den Schluss zulasse, dass die darin dargelegten Maßnahmen eine ordnungsgemäße Umsetzung der Entscheidung 2000/392 darstellten.

Vorgerichtliches Verfahren

26 Im Anschluss an das Schreiben der Kommission vom 29. März 2000 kam es zwischen Vertretern der Kommission, der deutschen Regierung, des Landes und der WestLB zu verschiedenen Gesprächen über die Möglichkeit einer Anpassung des Vorschlags vom 15. März 2000.

27 In der Besprechung vom 3. Mai 2000 verlangten die Vertreter der Kommission, dass die gewährten Beihilfen, wie in der Entscheidung 2000/392 vorgesehen, innerhalb der nächsten zwei Wochen zurückgezahlt würden.

28 Nach Ablauf dieser Frist hat die Kommission die vorliegende Klage erhoben.

Entscheidungsgründe

29 Es ist zunächst daran zu erinnern, dass die Tätigkeit der Gemeinschaft nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe g EG die Errichtung eines Systems umfasst, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt, und dass nach Artikel 87 Absatz 1 EG staatliche Beihilfen, die durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

30 Um die Wirksamkeit dieses Verbots zu gewährleisten, ist die Kommission, wenn sie die Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt feststellt, befugt, zu entscheiden, dass der betreffende Staat sie aufzuheben oder umzugestalten hat. Diese Aufhebung oder Umgestaltung kann, damit sie praktische Wirksamkeit hat, die Verpflichtung umfassen, die unter Verletzung des Vertrages gewährten Beihilfen zurückzufordern (Urteil vom 12. Juli 1973 in der Rechtssache 70/72, Kommission/Deutschland, Slg. 1973, 813, Randnr. 13).

31 Der Mitgliedstaat, an den eine ihn zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfen verpflichtende Entscheidung gerichtet ist, hat nach Artikel 249 EG alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Durchführung der Entscheidung sicherzustellen.

32 Da gemeinschaftsrechtliche Vorschriften über das Verfahren der Wiedereinziehung rechtswidrig gezahlter Beträge nicht bestehen, findet die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen grundsätzlich nach den im nationalen Recht vorgesehenen Modalitäten statt (in diesem Sinne Urteil vom 20. März 1997 in der Rechtssache C-24/95, Alcan Deutschland, Slg. 1997, I-1591, Randnr. 24).

33 Diese Rechtsprechung ist im Übrigen übernommen worden durch die Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags (ABl. L 83, S. 1), insbesondere ihren Artikel 14 Absatz 3, wonach die Rückforderung unverzüglich und nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats erfolgt.

34 Ein Mitgliedstaat, der nach einer Entscheidung der Kommission zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfen verpflichtet ist, ist somit frei in der Wahl der Mittel, mit denen er dieser Verpflichtung nachkommt, vorausgesetzt, die gewählten Mittel beeinträchtigen nicht die Geltung und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts.

35 Allerdings genügt nach dem Gesagten ein Mitgliedstaat der Verpflichtung zur Rückforderung nur dann, wenn die von ihm ergriffenen Maßnahmen geeignet sind, die normalen Wettbewerbsbedingungen, die durch die Gewährung der rechtswidrigen Beihilfe verfälscht wurden, wiederherzustellen, und wenn diese Maßnahmen den einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechen.

36 Daher bilden Maßnahmen, die selbst mit dem Gemeinschaftsrecht nicht im Einklang stehen, keine ordnungsgemäße Umsetzung einer Entscheidung, mit der die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen angeordnet wird.

37 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission, wenn ein Mitgliedstaat seiner Verpflichtung zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfen nicht nachkommt, entweder nach Artikel 226 EG oder nach Artikel 88 Absatz 2 EG den Gerichtshof anrufen kann, um diese Vertragsverletzung feststellen zu lassen. Dabei ist die Klage nach Artikel 88 Absatz 2 EG nur eine Variante der Vertragsverletzungsklage, die den besonderen Problemen, die die Aufrechterhaltung für rechtswidrig erklärter staatlicher Beihilfen für den Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt mit sich bringt, angepasst ist.

38 Nach ständiger Rechtsprechung ist es im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens Sache der Kommission, das Vorliegen der behaupteten Vertragsverletzung nachzuweisen. Sie muss dem Gerichtshof die erforderlichen Anhaltspunkte liefern, anhand deren er das Vorliegen der Vertragsverletzung prüfen kann; sie kann sich hierfür nicht auf irgendeine Vermutung stützen (Urteil vom 25. Mai 1982 in der Rechtssache 96/81, Kommission/Niederlande, Slg. 1982, 1791, Randnr. 6).

39 Die Mitgliedstaaten sind jedoch nach Artikel 10 EG gehalten, der Kommission die Erfüllung ihrer Aufgabe zu erleichtern, die u. a. darin besteht, für die Anwendung der von den Organen aufgrund des EG-Vertrags getroffenen Bestimmungen Sorge zu tragen (Urteil Kommission/Niederlande, Randnr. 7).

40 Sieht ein Mitgliedstaat zur Durchführung einer die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen anordnenden Entscheidung vor, dass diese Rückforderung auf anderem Wege als durch Barzahlung erfolgen soll, so muss er der Kommission alle Informationen zur Verfügung stellen, anhand deren überprüft werden kann, ob das gewählte Mittel eine geeignete Umsetzung der Entscheidung darstellt.

41 Im Unterschied zur Rückforderung in der Form von Barzahlung, die ihrer Art nach der Kommission die Kontrolle ermöglicht, ob eine solche Entscheidung durchgeführt wurde, können andere Methoden, die ein Mitgliedstaat zur Erfüllung seiner Verpflichtung, die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen sicherzustellen, vorschlägt, die Würdigung eines komplexeren Sachverhalts erfordern.

42 Für eine solche Überprüfung benötigt die Kommission allerdings Informationen, die sie ohne eine enge Mitwirkung des betreffenden Mitgliedstaats nicht erlangen kann.

43 Folglich hat ein Mitgliedstaat, auch wenn er rechtswidrige Beihilfen in anderer Form als durch Barzahlung zurückfordern darf, dafür Sorge zu tragen, dass die von ihm gewählten Maßnahmen hinreichend transparent sind, damit sich die Kommission vergewissern kann, dass diese Maßnahmen geeignet sind, die durch die Beihilfen bewirkte Wettbewerbsverzerrung unter voller Wahrung des Gemeinschaftsrechts zu beseitigen.

44 Nach alledem muss ein Mitgliedstaat, wenn er beschließt, eine Beihilfe nicht in der Form von Barzahlung zurückzufordern, sondern alternative Maßnahmen wählt, der Kommission die Informationen zur Verfügung stellen, die ihr die Nachprüfung ermöglichen, dass diese Maßnahmen geeignet sind, das von der Entscheidung vorgeschriebene Ergebnis unter voller Wahrung des Gemeinschaftsrechts zu erreichen.

45 Die Mitteilungen vom 4. Oktober 1999 und 15. März 2000 sind im Licht dieser Erwägungen zu prüfen.

Zu der der Kommission am 4. Oktober 1999 mitgeteilten Maßnahme

46 Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Parteien in der mündlichen Verhandlung die Rechtsnatur der der Mitteilung der deutschen Regierung vom 4. Oktober 1999 beigefügten Vereinbarung zwischen den Anteilseignern der WestLB erörtert haben, um zu klären, ob es sich dabei, wie die deutsche Regierung meint, um eine tatsächlich erlassene Maßnahme zur Durchführung der Entscheidung 2000/392 oder lediglich, wie die Kommission meint, um den bloßen Vorschlag einer Durchführungsmaßnahme handelt.

47 Dazu genügt die Feststellung, dass die deutsche Regierung diese Maßnahme sowohl in ihrem Schreiben vom 4. Oktober 1999 als auch vor dem Gerichtshof als eine tatsächlich erlassene Maßnahme dargestellt hat, die ihrer Auffassung nach zur Durchführung der Entscheidung 2000/392 geeignet ist. Die Maßnahme ist deshalb als eine solche zu prüfen.

Vorbringen der Parteien

48 Die Kommission macht geltend, dass die Maßnahme vom 4. Oktober 1999 den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Durchführung der Entscheidung 2000/392 nicht entspreche.

49 Mit dieser Maßnahme verzichteten lediglich die anderen Anteilseigner zugunsten des Landes auf Vermögensanteile der WestLB, an der Kostensituation der WestLB ändere sich jedoch überhaupt nichts. Normalerweise sei die Einbringung neuen Kapitals in eine Bank für diese mit Kosten verbunden. Die vorgeschlagene Maßnahme gleiche deshalb die in der Vergangenheit zugunsten der WestLB eingetretene Wettbewerbsverzerrung nicht aus.

50 Zudem würde es ein privater Investor, der sich marktgerecht verhalte, niemals hinnehmen, dass die Umsetzung einer erhöhten Beteiligung auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werde. Im Rahmen der am 4. Oktober 1999 mitgeteilten Maßnahme sei jedoch vorgesehen, dass die vorgeschlagene Neuverteilung erst stattfinden solle, wenn die WestLB liquidiert würde oder eine Änderung der Eigentumsverhältnisse einträte.

51 Überdies seien die Anteilseigner der WestLB offensichtlich selbst nicht davon ausgegangen, dass die am 4. Oktober 1999 mitgeteilte Maßnahme zur Umsetzung der Entscheidung 2000/392 ausreiche, da sie sogar für den Fall einer Bestätigung dieser Entscheidung durch das Gericht eine Neuregelung vorgesehen hätten.

52 Die deutsche Regierung weist zunächst darauf hin, dass jede Veränderung in der Vergütungsstruktur — sei es in Form einer Erhöhung der laufenden Aus-

schüttung von Dividenden, sei es in Form einer zusätzlichen Beteiligung des Landes am Wertzuwachs der WestLB — sich stets nur im Verhältnis der Anteilseigner untereinander auswirken könne. Eine Belastung der Gewinn- und Verlustrechnung der Bank sei deshalb nicht maßgebend.

53 Ferner liege eine staatliche Beihilfe dann nicht vor, wenn der Investor im Einklang mit dem Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers für sein Kapital eine normale Rendite in Form der Beteiligung am Wertzuwachs des begünstigten Unternehmens erwarten könne. Folglich müsse auch die rückwirkende Beteiligung des Investors — hier des Landes — am Wertzuwachs geeignet sein, die vermeintlichen Wettbewerbsverzerrungen auszugleichen.

54 Gleichfalls verfehlt sei die von der Kommission für ihre Ablehnung der Durchführungsmaßnahme gegebene Begründung, dass der rückwirkend gewährte Ausgleich erst bei der Übertragung von Anteilen oder der Liquidation der WestLB realisiert werden könne. Generell stelle die Teilnahme am Wertzuwachs bei Kapitalzuführungen im Vergleich zur Barausschüttung in der Regel den ausschlaggebenden Renditefaktor dar. Die Kommission behaupte jedenfalls zu Unrecht, dass die Kapitalbeteiligung an der WestLB unveräußerlich oder derart auf Dauer angelegt sei, dass der Wertzuwachs dem Land nie Nutzen bringen könne.

55 Was schließlich die auflösende Bedingung angehe, mit der die am 4. Oktober 1999 mitgeteilte Maßnahme versehen sei, so sei die deutsche Regierung davon überzeugt, dass die Entscheidung 2000/392 für nichtig erklärt werde, weshalb es unvernünftig gewesen wäre, einen Geldtransfer vorzunehmen, der zu irreparablen Schäden bei der WestLB geführt hätte. Es sei notwendig gewesen, sicherzustellen, dass die Maßnahme rückholbar sei.

Würdigung durch den Gerichtshof

56 Wie oben in Randnummer 32 dargelegt, erfolgt die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen grundsätzlich nach den im nationalen Recht vorgesehenen Modalitäten.

57 Wenn ein Mitgliedstaat, der nach einer Entscheidung der Kommission zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfen verpflichtet ist, auch in der Wahl der Mittel frei ist, mit denen er dieser Verpflichtung nachkommt, so dürfen doch die von ihm gewählten Maßnahmen nicht die Geltung und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen beeinträchtigen. Solche Maßnahmen müssen deshalb die gleiche Wirkung haben wie eine Rückerstattung durch die Übertragung von Mitteln.

58 So erfüllt eine erlassene Maßnahme die Verpflichtung zur Rückforderung einer rechtswidrig ausgezahlten Beihilfe nur, wenn sie zur Wiederherstellung der durch die Gewährung der rechtswidrigen Beihilfe verfälschten Wettbewerbsbedingungen geeignet, als solche für die Kommission und die übrigen Beteiligten identifizierbar, nicht von Bedingungen abhängig und sofort anwendbar ist.

59 Im vorliegenden Fall erfüllt die Maßnahme, die zur Rückforderung der der WestLB gewährten Beihilfen erlassen wurde, diese Voraussetzungen nicht.

60 Insoweit genügt zum einen der Hinweis, dass sich der Anspruch auf Erlangung eines zusätzlichen Anteils am Wertzuwachs einer Gesellschaft im Zeitpunkt ihrer Liquidierung oder im Fall einer Änderung der Anteilsverhältnisse lediglich auf eine ungewisse Zukunft bezieht.

61 Zum anderen erscheint die fragliche Maßnahme auch deshalb nicht geeignet, die Durchführung der Entscheidung 2000/392 zu gewährleisten, weil sie widerruflich ist. Die Gewährträger der WestLB haben nämlich festgelegt, dass die zwischen ihnen geschlossene Vereinbarung nicht nur im Fall der Nichtigerklärung der Entscheidung durch die Gemeinschaftsgerichte oder einer Entscheidung, mit der die Ungeeignetheit dieser Vereinbarung zur Sicherung der Umsetzung festgestellt würde, sondern auch im Fall einer abschließenden gerichtlichen Bestätigung der Entscheidung 2000/392 rückwirkend entfallen sollte.

62 Die Durchführungsmaßnahme, die die deutsche Regierung der Kommission am 4. Oktober 1999 mitteilte, kann deshalb nicht als eine geeignete Maßnahme zur Rückforderung der in der Entscheidung 2000/392 genannten Beihilfe vom Begünstigten angesehen werden.

Zu dem der Kommission am 15. März 2000 mitgeteilten Vorschlag

Vorbringen der Parteien

63 Die Kommission macht geltend, dass der ihr am 15. März 2000 mitgeteilte Vorschlag die sofortige Neuinvestition der rückgewährten Beihilfe als eine stille Einlage umfasse, die möglicherweise eine neue Beihilfe sei und deshalb bei der Kommission anzumelden sei. Dieses Anmeldungserfordernis hätte jedoch bedeutet, dass der Vollzug der Entscheidung 2000/392 bis zur Prüfung des ge-

änderten Vorschlags durch die Kommission praktisch suspendiert worden wäre. Dieser Suspensiveffekt sei mit der Verpflichtung zur unverzüglichen Rückforderung, wie sie sich aus der Entscheidung ergebe, unvereinbar. Um dieses Problem zu vermeiden, hätten die Rückforderung der gewährten Beihilfen und die Bildung einer stillen Einlage in gleicher Höhe in zwei gesonderten Schritten vorgenommen werden müssen.

64 Die deutsche Regierung hält diese Prämisse der Kommission, dass der am 15. März 2000 mitgeteilte Vorschlag möglicherweise eine neue staatliche Beihilfe umfasse, für unzutreffend. Die Investition in ein Unternehmen in Form einer stillen Einlage zu marktüblichen Konditionen unterliege nicht der beihilferechtlichen Anmeldepflicht, da solchen Maßnahmen offensichtlich jedes Beihilfeelement fehle.

65 Hilfsweise macht die deutsche Regierung geltend, dass die Kommission den Rahmen verkenne, in den sich eine etwaige Anmeldung des am 15. März 2000 mitgeteilten Vorschlags einfüge. Zum einen enthalte die Verordnung Nr. 659/1999 eine klare Regelung für die Dauer eines Prüfverfahrens. Zum anderen hätte die Kommission die Frist für die Umsetzung der Entscheidung 2000/392 zumindest um die Dauer des vorläufigen Prüfverfahrens verlängern können.

66 Die Kommission sei auch rechtlich nicht befugt, eine ganz bestimmte Art und Weise der Rückforderung zu verlangen, und sie habe jedenfalls in der Entscheidung 2000/392 lediglich allgemein die Ergreifung der notwendigen Maßnahmen vorgeschrieben, um die angebliche Beihilfe abzuschaffen und vom Empfänger zurückzufordern. Die Forderung einer ganz bestimmten Rückforderungsmaßnahme sei daher rechtswidrig und verstoße insbesondere gegen den in Artikel 5 Absatz 3 EG niedergelegten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Würdigung durch den Gerichtshof

67 Insoweit genügt die Feststellung, dass die deutsche Regierung sowohl in ihrem schriftlichen Vorbringen als auch in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, dass die Maßnahme, die sie der Kommission am 15. März 2000 mitteilte, nur ein Vorschlag für die Umsetzung der Entscheidung 2000/392 ist.

68 Damit handelt es sich unstreitig nicht um eine bindende Maßnahme, so dass der Gerichtshof sie im Rahmen der vorliegenden Klage nicht prüfen kann.

Zur Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit

69 Die deutsche Regierung meint, dass die Kommission im Rahmen der Durchführung der Entscheidung 2000/392 gegen ihre Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit verstoßen habe, die ihr in schwierig gelagerten Fällen obliege. Obgleich die deutsche Regierung den Dienststellen der Kommission eine Umsetzungsmaßnahme mitgeteilt und darüber hinaus noch einen alternativen Umsetzungsvorschlag vorgelegt habe, habe die Kommission diese mit pauschaler Kritik zurückgewiesen.

70 Dazu ist festzustellen, dass ein Mitgliedstaat nach ständiger Rechtsprechung zur Verteidigung gegen eine von der Kommission gemäß Artikel 88 Absatz 2 EG erhobene Vertragsverletzungsklage nur geltend machen kann, dass es völlig un-

möglich gewesen sei, die Entscheidung richtig durchzuführen (z. B. Urteil vom 22. März 2001 in der Rechtssache C-261/99, Kommission/Frankreich, Slg. 2001, I-2537, Randnr. 23).

71 Wie sich aus den vorstehenden Urteilsgründen ergibt, hat die deutsche Regierung jedoch nicht die erforderlichen Maßnahmen ergriffen, um die in der Entscheidung 2000/392 genannte Beihilfe vom Begünstigten zurückzufordern.

72 Die von der deutschen Regierung erhobene Rüge mangelnder Kooperation seitens der Kommission ändert deshalb nichts am Verstoß der deutschen Regierung gegen ihre Verpflichtungen.

73 Nach alledem ist festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 249 EG und Artikel 3 der Entscheidung 2000/392 verstoßen hat, dass sie dieser Entscheidung nicht nachgekommen ist.

Kosten

74 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Bundesrepublik Deutschland mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 249 EG und Artikel 3 der Entscheidung 2000/392/EG der Kommission vom 8. Juli 1999 über eine von der Bundesrepublik Deutschland zugunsten der Westdeutschen Landesbank Girozentrale (WestLB) durchgeführte Maßnahme verstoßen, dass sie dieser Entscheidung nicht nachgekommen ist.**

2. **Die Bundesrepublik Deutschland trägt die Kosten des Verfahrens.**

Schintgen Gulmann Skouris

Macken Cunha Rodrigues

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 12. Dezember 2002.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident der Sechsten Kammer

J.-P. Puissochet