

Die Präsidentin des
Landtages NRW -
Postfach 10 11 43

4000 Düsseldorf 1

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
11. WAHLPERIODE

**ZUSCHRIFT
11/1038**

- Büro Bonn
- PROF. DR. KONRAD REDEKER
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
- DR. KURT SCHÖN (1928-1986)
- PROF. DR. HANS DAHS
- DR. DIETER SELLNER
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
- DR. KLAUS D. BECKER
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
- ULRICH KELLER
Fachanwalt für Arbeitsrecht
- ULRIKE BORGER
- DR. FRIEDWALD LÜBBERT
- HANNS W. FEIGEN
- DR. KAY ARTUR PAPE
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
- DR. CHRISTIAN D. BRACHER
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
- DR. ANDREAS FRIESER
- DR. BURKHARD MESSERSCHMIDT
- MARTIN REUTER
- DR. JURGEN LÜDERS
Fachanwalt für Steuerrecht
- THOMAS THIERAU
- DR. PETER-ANDREAS BRAND
- Büro Hamburg
- GERNOT LEHR
- Büro Leipzig
- THOMAS VOGELSSANG
- Büro London
- DR. PETER-ANDREAS BRAND

Bonn, den 30. Oktober 1991 ++/we/29
Reg.-Nr. 1 91 3050

Anhörung zum Gesetzentwurf der Landesregierung zur Regelung
der Wohnungsbauförderung, Drucks. 11/2329

Sehr verehrte Frau Präsidentin!

Für die Einladung zu der vorgenannten Anhörung danke ich.
Leider kann ich selbst, wie ich bereits mitgeteilt habe, an
der Anhörung nicht teilnehmen, da ich durch andere, nicht
verlegbare Termin verhindert bin.

Zu den verfassungs- und wettbewerbsrechtlichen Fragen einer
Übertragung der WFA auf die West-LB habe ich im Auftrag des
Finanzministers des Landes bereits unter dem 1.7.1991 gut-
achtlich Stellung genommen. Das Gutachten liegt dem Landtag
vor. Ich habe das Ergebnis wie folgt zusammengefaßt:

Büro Bonn · Oxfordstraße 24 · W-5300 Bonn 1 · Postfach 1364 · Telefax 0228/650479 · Telefon 0228/72625-0

Büro Hamburg	Mittelweg 180	W-2000 Hamburg 13	Postfach 132056	Telefax 040/441098	Telefon 040/441091
Büro Leipzig	Bruhl 76	O-7010 Leipzig	Telefax 0037/41/7954212	Telefon 0037/41/7954266	Funktelefon 0161/7212101
Büro London	Brook Street	London W1Y 2BL	England	Telefax +44/71/6292621	Telefon +44/71/6297411

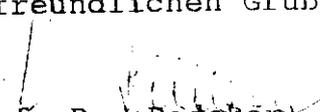
Deutsche Bar BLZ 380700 Kto 036037	Commerzbank Bonn BLZ 38040007 Kto 1153154	Sparkasse Bonn BLZ 38050000 Kto 8383	Deutsche Bank Hamburg BLZ 20070000 Kto 5279955	Royal Bank of Scotland plc London, Sort Code 16-00-28 A/C No 00249352	Volksbank Beuel e.G BLZ 38060285 Kto 3005046016	Post giro Köln BLZ 37010050 Kto 12110-506
--	---	--	--	---	---	---

1. Gegen eine Übertragung der WFA auf die West-LB durch Landesgesetz bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Verfassungsrechtlich ist eine erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand grundsätzlich zulässig, auch wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts gleichzeitig zu hoheitlichem Handeln ermächtigt ist.
2. Einfachgesetzlich ist die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand den Bindungen des lautereren Wettbewerbs nach §§ 1 ff. VWG unterworfen. Deshalb müssen Vorrichtungen geschaffen werden, die eine Anfälligkeit für Verstöße gegen die Grundsätze lautereren Wettbewerbs ausschließen. Deshalb muß eine Funktionstrennung zwischen WFA und West-LB/Geschäftsbank gesichert werden. Das kann gesetzlich normativ, aber auch in anderer verbindlicher Weise geschehen. Eine Funktionsträgertrennung ist nicht erforderlich.
3. Eine mit der Übertragung der WFA auf die West-LB verbundene Erhöhung des haftenden Eigenkapitals der West-LB verstößt weder gegen verfassungsrechtlichen Bindungen noch ist sie wettbewerbsrechtlich zu beanstanden.

Die Frage, ob die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigte Regelung gegen das Beihilfeverbot des Art. 92 EWG-Vertrag verstößt, habe ich in einer ergänzenden gutachtlichen Stellungnahme vom 30.10.1991 untersucht. Ich bin zu dem Ergebnis gekommen, daß dies nicht der Fall ist. An sich läßt sich die gesetzliche Regelung als staatlicher Organisationsakt von vornherein nicht als Beihilfe qualifizieren, wird deshalb von Art. 92 EWG-Vertrag nicht erfaßt. Auch eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise, welche diese rechtlichen Grundlagen vernachlässigt, führt zu keinem anderen Ergebnis, weil auch dann es an den von der Kommission im Anschluß an die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Voraussetzungen für die Annahme einer Beihilfe fehlt.

Ich habe meinen Kollegen Dr. Pape gebeten, im Anhörungstermin zur Beantwortung etwaiger Fragen zur Verfügung zu stehen. Er wird für mich an dem Termin teilnehmen.

Mit freundlichen Grüßen


(Prof. Dr. Redeker)

Rechtsanwalt

REDEKER SCHÖN DAHS & SELLNER
RECHTSANWÄLTE

Büro Bonn

PROF. DR. KONRAD REDEKER
DR. KURT SCHÖN (1928–1986)
PROF. DR. HANS DAHS
DR. DIETER SELLNER
DR. KLAUS D. BECKER
ULRICH KELLER
ULRIKE BÖRGER
DR. FRIEDWALD LÜBBERT
HANN S W. FEIGEN
DR. KAY ARTUR PAPE
DR. CHRISTIAN D. BRACHER
DR. ANDREAS FRIESER
DR. B. MESSERSCHMIDT
MARTIN REUTER
DR. JÜRGEN LÜDERS
Postfach 1364 · Oxfordstraße 24
D-5300 Bonn 1

Büro Hamburg

GERNOT LEHR
Postfach 13 20 56 · Alte Rabenstraße 1
D-2000 Hamburg 13

PROF. DR. K. REDEKER · DR. K. SCHÖN · PROF. DR. H. DAHS
DR. D. SELLNER · DR. K. D. BECKER · ULRICH KELLER
ULRIKE BÖRGER · DR. F. LÜBBERT · HANNES W. FEIGEN
DR. KAY A. PAPE · DR. C. D. BRACHER · DR. A. FRIESER
DR. B. MESSERSCHMIDT · MARTIN REUTER · DR. J. LÜDERS

RECHTSANWÄLTE

Verstößt das beabsichtigte Gesetz zur
Regelung der Wohnungsbauförderung
des Landes NW (LT-Drucks. 11/2329
vom 10.9.1991) gegen das Beihilfe-
verbot des Art. 92 EWG-Vertrag?

Gutachtliche Äußerung

erstattet von

Rechtsanwalt Prof. Dr. K. Redeker, Bonn

Vorbemerkung

Dem Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen liegt der Entwurf der Landesregierung eines Gesetzes zur Regelung der Wohnungsbauförderung vor. Gegen die Zulässigkeit der in dem Entwurf vorgesehenen Übertragung der Wohnungsbauförderungsanstalt (WFA) auf die West-LB waren schon im Vorfeld der Behandlung im Landtag u.a. auch rechtliche Einwendungen erhoben worden. Mit diesen Einwendungen, die insbesondere verfassungsrechtlich und wettbewerbsrechtlich begründet waren, habe ich mich im Auftrage des Finanzministers des Landes in einem Gutachten vom 1.7.1991 befaßt. Ich bin zu dem Ergebnis gekommen, daß verfassungsrechtliche Bedenken nicht bestehen und daß auch einfach-gesetzliche Einwendungen nicht durchgreifen, wenn zur Vermeidung einer möglichen Anfälligkeit für Verstöße gegen die Grundsätze lauterer Wettbewerbs eine Funktionentrennung zwischen WFA und West-LB/Geschäftsbank gesichert werde. Eine Funktionsträgertrennung sei nicht erforderlich.

Jetzt ist angefragt worden, ob unabhängig von der national-rechtlichen Zulässigkeit gegen die Übertragung Bedenken im Hinblick auf das Beihilfeverbot der Art. 92, 93 EWG-Vertrag bestünden. Darüberhinaus ist gefragt worden, ob die Übertragung eine "unzulässige Subvention" darstelle.

Der Finanzminister des Landes NW hat mich gebeten, diesen Fragen ergänzend gutachtlich nachzugehen.

Diese gutachtliche Äußerung lege ich nachstehend vor.

1. Die Frage, ob eine "unzulässige Subvention" anzunehmen sei, habe ich in meinem früheren Gutachten bereits verneint (S. 73 f.). Sie ist erkennbar auf die nationale Rechtsordnung bezogen. Diese nationale Rechtsordnung enthält aber kein grundsätzliches Subventionsverbot; einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedarf es für eine Subvention nicht; im vorliegenden Fall wird im übrigen durch Gesetz entschieden. Es braucht das aber im einzelnen nicht näher geprüft zu werden, weil die Übertragung der WFA auf die West-LB unter keinen der in der nationalen Rechtsordnung benutzten Subventionsbegriffe fällt. Unter einer "unzulässigen Subvention" wird deshalb auch offensichtlich eine wettbewerbsrechtlich bedenkliche Zuwendung verstanden; daß sie hier nicht vorliegt, ist im Gutachten im einzelnen dargelegt worden.

2. Das Beihilfeverbot des Art. 92 EWG-Vertrag geht nicht vom Subventionsbegriff aus. Der Beihilfebegriff wird vielmehr umfassend, also weitergehend als der Subventionsbegriff, verstanden.

Nach Art. 92 EWG-V sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, 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 Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Kaum eine Vorschrift des EWG-V hat zu solch umfangreichen Erörterungen, aber auch Rechtspre-

chung des EuGH geführt wie dieses in Art. 92 enthaltene Beihilfeverbot.

vgl. die Übersicht über die Kommissionsentscheidungen bei Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag, S. 1 - 3 nach Art. 92; und anschließend über die einschlägigen Entscheidungen des EuGH, a.a.O., S. 4

Es kann nicht Aufgabe dieser knapp gefaßten gutachterlichen Äußerung sein, Art. 92 im einzelnen auszulegen und Rechtsprechung und Schriftum hierzu auszubreiten. Es geht ausschließlich um die Frage, ob die Übertragung der WFA auf die West-LB eine im Sinne des Art. 92 EWG-V "mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe" ist. Dabei kann unterstellt werden, daß die Ausnahmeregelungen des Art. 92 Abs. 2 und Abs. 3 für den hier zu beurteilenden Vorgang ohne Bedeutung sind. Wäre also die Übertragung als nach Abs. 1 zu mißbilligende Beihilfe zu werten, so wäre sie zunächst mit dem EWG-V unvereinbar. Sie wäre zulässig, wenn sie im Rahmen des Vertrages von der Kommission legalisiert würde.

3. Der Beihilfebegriff des Art. 92 wird in Rechtsprechung und Literatur extensiv verstanden. Er geht weit über den Subventionsbegriff der nationalen Rechtsordnung hinaus. Freilich hat diese extensive Auslegung dazu geführt, daß bisher eine umfassende Definition nicht gefunden worden ist. Auf sie wird deshalb in Rechtsprechung und Literatur durchweg verzichtet.

hierzu im einzelnen v. Wallenberg in Grabitz, a.a.O., Rdnr. 5 ff.; von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Handbuch des Europäischen Rechts, Rdnr. 2 ff. zu Art. 92

Dem Wesen einer Beihilfe entspricht es, daß sie begünstigende Wirkung bei dem Unternehmen haben soll, dem sie gewährt wird. Als besonderes Kriterium wird angesehen, daß eine Gegenleistung des Unternehmens fehlt, daß also der Begünstigung ein Nachteil, ein Verlust auf der Seite der öffentlichen Hand entspricht. Die Beihilfe wird in der Regel freiwillig gewährt, wobei die Formen der Gewährung ohne Bedeutung sind. Theoretisch ist deshalb eine Beihilfegewährung auch durch Gesetz möglich, obwohl die Form des Gesetzes da, wo sie von der Rechtsordnung gefordert wird, zunächst als Indiz gegen die Annahme einer Beihilfe angesehen werden kann.

Daß auch Zuwendungen der öffentlichen Hand an öffentliche Unternehmen, also an Unternehmen in der Rechtsform einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, oder solche Unternehmen, die von der öffentlichen Hand getragen werden, aber ohne Rechtsperson zu sein in den öffentlich Bereich einzuordnen sind, Beihilfen im Sinne des Art. 92 EWG-V sein können, ist außer Streit. Schon 1963 hat die Kommission erklärt, jede begünstigende Maßnahme falle unter Art. 92 EWG-V, "gleich, ob die Begünstigten öffentliche oder private Unternehmer seien". Verzichte die öffentliche Hand auf die Verzinsung des Eigenkapi-

tals, könne darin "unter Umständen" eine staatliche Beihilfe liegen, nämlich wenn "ein nach sachgemäßen wirtschaftlichen Überlegungen handelnder privater Eigentümer in vergleichbarer Lage auf die Verzinsung des Eigenkapitals nicht oder in wesentlich geringerem Umfang verzichten würde, so daß der Verzicht nicht als Ergebnis wirtschaftlicher, sondern politischer Erwägungen erscheine".

Antwort auf eine schriftliche Anfrage
(Nr. 48) des Abg. Burgbacher vom
17.8.1963, Abl. S. 2235

Später hat die Kommission im Zusammenhang mit staatlicher Kapitalbeteiligung an privatrechtlichen Unternehmen bemerkt, eine Beihilfe liege bei einem einfachen Erwerb eines Teiles oder des gesamten Gesellschaftsvermögens eines bereits bestehenden Unternehmens durch die öffentliche Hand, ohne daß neues Kapital bereitgestellt werde, nicht vor. Beihilfe sei bei solcher Fallgestaltung nur anzunehmen, wenn das Unternehmen die Finanzmittel auf dem privaten Kapitalmarkt nicht hätte aufbringen können. Hätte das Unternehmen das erforderliche Kapital auf dem freien Markt von einem privaten Investor nicht erlangen können, so liege der Schluß nahe, daß die Zahlung eine staatliche Beihilfe darstelle.

Die Kommission hat diesen "Grundsatz des kaufmännischen Investors" inzwischen zum maßgeblichen Prinzip erklärt, um eine Beihilfe im Sinne des Art. 92 festzustellen; vgl. die inzwischen im Entwurf bekanntgewordenen Mitteilungen der

Kommission zur "Anwendung des Art. 92, 93 EWG-Vertrag über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie". Hierauf ist noch zurückzukommen.

Umgekehrt hat der EuGH klargestellt, daß Kapitalbeteiligungen des Staates an privatrechtlichen Unternehmungen nicht ohne weiteres vom Tatbestand des Art. 92 Abs. 1 erfaßt würden; denn der Staat könnte gegenüber Privatpersonen oder privatrechtlichen Unternehmen nicht schlechter gestellt werden, deren Beteiligung an einem Unternehmen niemals eine Beihilfe sei, deshalb nicht verboten sein könne.

EuGH Rs. 323/82, Slg. 1984, S. 3809/3830;
EuGH Rs. 296 und 318/82, Slg. 1985 S. 809,
824

4. Schon diese erste kurze Gegenüberstellung der hier wesentlich erscheinenden Aussagen macht deutlich, daß es nur wenige Maßstäbe gibt, zwischen nach Art. 92 EWG-V zulässigen staatlichen Leistungen an öffentliche Unternehmen im weitesten Sinne und solchen, die unzulässig sind, zu unterscheiden. Auch das Prinzip des kaufmännischen Investors ist nur eine Grundregel.

Man muß vielmehr den einzelnen Fall in seiner konkreten rechtlichen und wirtschaftlichen Gestaltung analysieren und dann anhand der Zielsetzung des Art. 92 EWG-V aber auch seiner Bindungen ihn darauf untersuchen, ob hier eine unzulässige Beihilfe vorliegt.

Rechtlich hat die beabsichtigte gesetzliche Regelung zur Folge, daß aus der bisher selbständi-

gen Anstalt des öffentlichen Rechts WFA eine un-
selbständige Anstalt der West-LB ohne eigene
Rechtspersönlichkeit wird. Rechte und Pflichten
bleiben bestehen; das Vermögen der WFA wird als
Sondervermögen ausgestaltet; es bleibt deshalb
für die West-LB unantastbar. Das Gesetz stellt
einen staatlichen Organisationsakt dar. Juristi-
sche Personen des öffentlichen Rechts stehen in
der Regel zur Disposition des Gesetzgebers, der
sie geschaffen hat. Er kann sie umgestalten,
übertragen oder auch auflösen.

vgl. hierzu etwa Rudolf in Erichsen/
Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht,
7. Aufl., S. 572 ff.

Der Rechtsakt einer solchen Organisationsmaßnah-
me, hier in der notwendigen Form eines Gesetzes,
kann als solcher keine Beihilfe sein. Der orga-
nisatorische Zusammenschluß zweier juristischer
Personen des öffentlichen Rechts entzieht sich
dem Begriff der Beihilfe, auch wenn die durch
den Zusammenschluß entstandene oder erweiterte
juristische Person damit in ihrer wirtschaftli-
chen Betätigung gestärkt wird. Schon das Prinzip
des kaufmännischen Investors, auf das die Kom-
mission recurriert, macht dies deutlich; der ge-
setzliche Organisationsakt der Fusion zweier
juristischer Personen des öffentlichen Rechts
läßt sich auch nicht mittelbar mit dem Handeln
eines privaten Investors vergleichen.

Die Kommission hat in der bereits zitierten Ant-
wort auf die Anfrage des Abgeordneten Burgbacher

1963 als Beihilfe angesehen: "Zuschüsse, Befreiungen von Steuern und Abgaben, Befreiungen von parafiskalischen Abgaben, Zinszuschüsse, Übernahme von Bürgschaften zu besonders günstigen Bedingungen, unentgeltliche oder besonders preiswerte Überlassung von Grundstücken oder Gebäuden, Lieferung von Gütern oder Dienstleistungen zu Vorzugsbedingungen, Übernahme von Verlusten oder jede andere Maßnahme gleicher Wirkung".

Durchweg handelt es sich hier um Vorgänge, die in ihrer Ausgestaltung dem allgemeinen Wirtschaftsleben entsprechen, die sich deshalb an den Vorstellungen des fiktiven kaufmännischen Investors messen lassen.

Die hier in Rede stehende beabsichtigte gesetzliche Regelung hat damit nichts zu tun. Sie läßt sich auch dann nicht entsprechend einordnen, wenn von ihrer Rechtsform abgesehen und sie rein wirtschaftlich betrachtet wird.

Denn auch dann handelt es sich um einen ungewöhnlich komplexen Vorgang, der sich der Einordnung als Beihilfe entzieht. Das auf die West-LB übergehende Vermögen der WFA ist zwar erheblich; es ist aber einmal als Sondervermögen ausgegliedert und für die West-LB, wie schon gesagt, unantastbar. Es ist auf der anderen Seite Gegenstand zahlloser Einzelgeschäfte mit Rechten und Verbindlichkeiten, die von dem Organisationsakt unberührt bleiben. Die Übertragung hat deshalb für die West-LB die mit einer Fusion regelmäßig verbundenen Rechtsfolgen einer Ausweitung. Es

tritt aber wirtschaftlich dabei kein Vermögenszuwachs ein; denn das übertragene Vermögen bleibt zweckgebunden und ist der Geschäftstätigkeit der West-LB entzogen.

Umgekehrt erleidet das Land mit der Übertragung keinen Vermögensnachteil. Denn das Vermögen der WFA, das ihr auch als unselbständige Anstalt als Sondervermögen erhalten bleibt, war schon in der Gestalt der selbständigen Anstalt des öffentlichen Rechts in gleicher Weise gebunden. An der Bindung ändert sich nichts. Weder erleidet mit dem Gesetzgebungsakt das Land einen finanziellen Nachteil noch die WFA. Letzere verliert zwar ihre Selbständigkeit; dieser Rechtsverlust ist aber keine Beihilfe. Das Vermögen dagegen bleibt für die WFA auch als unselbständige Anstalt erhalten. Mit der Übertragung tritt deshalb bei dem Land auch kein Ertragsverlust ein; das Vermögen der WFA brachte dem Land bisher keine benutzbare Rendite; es wird dies auch in Zukunft nicht der Fall sein.

5. Der Gesetzentwurf geht davon aus, daß durch die Übertragung der WFA auf die West-LB das Eigenkapital der West-LB erhöht wird. In der Begründung zu dem Gesetzentwurf wird darauf hingewiesen, durch die Verschmelzung werde die Eigenkapitalbasis der West-LB ohne Belastung des Landeshaushaltes verstärkt. Zugleich wird auf den Vorteil der Zusammenführung zweier bislang getrennter Einrichtungen der Wohnungsbauförderung hingewiesen.

Im einzelnen wird dies in der Landtagsdrucksache 11/2329 auf S. 35 f. dargelegt und ausgeführt,

daß nach den Grundsätzen des KWG und den vom BAKred anerkannten Sonderverhältnissen das Grundkapital und die Rücklagen der WFA sowie teilweise das Landeswohnungsbauvermögen Haftkapital darstellten, das künftig auch von der West-LB für ihre Geschäftstätigkeit belegt werden könne, wengleich die WFA durch ihr Eigengeschäft einen - künftig noch wachsenden - Teil dieses haftenden Eigenkapitals jetzt und in Zukunft vorrangig belege.

Offensichtlich soll mit dem Hinweis auf Art. 92 EWG-V dieser Vorgang erfaßt werden. Das mit der Übertragung entstehende zusätzliche Eigenkapital für die West-LB soll dabei als "Beihilfe" im Sinne des Art. 92 EWG-V angesehen werden.

Aber diese Überlegung leidet an einem logischen Fehlschluß.

Der Organisationsakt, wie er in dem vorgesehenen Gesetz vorgenommen werden soll, enthält keine Entscheidung über die Wertung des WFA-Vermögens als zusätzliches Eigenkapital der West-LB als der aufnehmenden Anstalt.

Vielmehr nimmt diese Wertung nicht der Gesetzgeber, sondern das BAKred anhand der gesetzlichen Regelung des § 10 KWG vor. Nicht der Gesetzgeber erhöht mit dem vorgesehenen Gesetz das Eigenkapital der West-LB. Vielmehr geschieht dies durch einen Rechtsakt des BAKred. Ob und in welcher Höhe das BAKred diesen Rechtsakt durchführt, steht in seiner Entscheidungsbefugnis. Das BAKred ist an die gesetzliche Regelung des § 10

KWG gebunden. Seine Entscheidung kann deshalb der Gesetzgeber durchaus auch bei seinen Überlegungen erwarten; das ändert nichts daran, daß es sich um eine selbständige Entscheidung des BAKred handelt und mindestens die Höhe in der das BAKred zusätzliches Eigenkapital bejahen wird, kaum eindeutig vorher festzulegen ist.

Eine Beihilfe nach Art. 92 EWG-V setzt aber eine unmittelbare Gewährung finanzieller oder wirtschaftlicher Leistungen voraus; Art. 92 spricht von "aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen". Ein Rechtsakt wird nicht dadurch zu einer Beihilfe nach Art. 92 EWG-V, daß in seinem Nachgang der Vollzug einer bestehenden ganz anderweitigen gesetzlichen Regelung wirtschaftliche Folgen bei dem Adressaten des Vorgangs eintreten. Ein beihilfeirrelevanter Vorgang ist nicht deshalb Beihilfe, weil später durch anderes staatliches Handeln - hier eines Bundesorgans - wirtschaftlicher Nutzen verursacht wird.

Vorliegend kommt es zu den wirtschaftlichen Folgen einer Erhöhung des Eigenkapitals eben nicht durch die Übertragung der WFA, sondern durch die Anerkennung der dadurch geschaffenen Vermögenslage der West-LB durch das BAKred.

Ich habe schon in meiner früheren Begutachtung auf diese Besonderheit der Fallgestaltung hingewiesen, die es ausschließt, den Vollzug des § 10 KWG durch das BAKred, der zwar erwartet werden kann, dessen Durchführung aber nach Grund und Höhe zur Entscheidungsbefugnis des BAKred steht, mit der vorangegangenen Übertragung der WFA auf die West-LB gleichzusetzen.

6. Scheidet aus den erörterten Gründen bereits die Annahme einer Beihilfe im Sinne des Art. 92 EWG-V aus, so ist dies auch dann der Fall, wenn man sich über diese Gründe hinwegsetzt und den Vorgang der Übertragung der WFA auf die West-LB sowie die spätere Anerkennung eines Teils des Vermögens der WFA als Eigenkapital in seinen wirtschaftlichen Folgen als Einheit ansehen wollte. Es würde dann freilich jede rechtliche Wertung unterlaufen; zwei an sich selbständige, auch von verschiedenen staatlichen Einrichtungen - Landtag NW, BAKred als Bundesbehörde - getroffene Rechtsakte würden zu einem wirtschaftlichen Vorgang zusammengefaßt werden, eine Betrachtungsweise, die auch bei extensiver Auslegung des Art. 92 nicht zutreffend sein kann. Denn dann würden Grenzen auch bei weiteren zusätzlichen Rechtsakten nicht mehr gezogen werden können; der Begriff Beihilfe würde jede Kontur verlieren.

Fallgestaltungen, wie sie hier vorliegen, werden deshalb von der Kommission auch in den umfangreichen Mitteilungen, die im Februar 1991 im Entwurf niedergelegt worden sind und auf die bereits oben hingewiesen worden ist, nicht erwähnt.

Die Mitteilungen beziehen sich zwar nur auf öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, sie geben aber im Grundansatz doch die Vorstellungen wieder, wie überhaupt der Beihilfebegriff des Art. 92 von der Kommission verstanden und gehandhabt wird. Anhand dieses Ver-

ständnisses soll - hilfsweise - kurz untersucht werden, ob die beabsichtigte Gesetzgebung und die erwartete Anerkennung eines Teils des Vermögens der WFA als Eigenkapital der West-LB zusammengekommen als Behilfe angesehen werden können.

- a) Die Kommission hat in den Mitteilungen zunächst eingehend die Bedeutung der sogenannten Transparenzrichtlinie

Richtlinie 80/723 EWG vom 25.6.1980,
ABl. L 195/35, geändert durch die Richtlinie 85/413 EWG vom 28.8.1985, ABl.
L 229

erörtert. Sie ist auf der Grundlage des Art. 90 Abs. 3 EWG-V erlassen worden und regelt die dort vorgesehenen Auskunftspflichten der Mitgliedstaaten bezüglich bestehender öffentlicher Unternehmen. Die Richtlinie ist Gegenstand der Prüfung des EuGH gewesen, der ihre Wirksamkeit bejaht hat.

EuGH vom 6.7.1982 Rs 188-190/80;
Slg. 1982, 2545

Diese Auskunftspflicht soll wiederum sicherstellen, daß die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen sich an die Bestimmungen des EWG-V halten; dazu gehört naturgemäß besonders auch das Beihilfeverbot des Art. 92.

Die Kommission zählt in den Richtlinien zu den in der Regel unzulässigen Beihilfen:

- Ausgleich von Betriebsverlusten,
- Zurverfügungstellung von Kapital,
- nicht rückzahlbare Zuschüsse oder Darlehen zu Vorzugsbedingungen,
- Gewährung von finanziellen Begünstigungen durch Verzicht auf Gewinne oder Nichteinziehung von Schuldforderungen,
- Verzicht auf eine normale Verzinsung des eingesetzten öffentlichen Mittel,
- Ausgleich von durch die öffentliche Hand auferlegten finanziellen Belastungen.

b) Die Kommission führt dann aus, daß sie bei Beurteilung, ob eine Beihilfe im Sinne des Art. 92 vorliege, das "Prinzip des kaufmännischen Investors" zugrundelege. Eine Beihilfe sei danach in der Regel anzunehmen, wenn öffentliche Mittel zu günstigeren Bedingungen (d.h. wirtschaftlich gesehen "billiger") zur Verfügung gestellt würden, als sie ein privater Eigentümer einem privaten Unternehmen bei entsprechender Finanz- und Wettbewerbslage zukommen lassen würde. Denn dann erhalte das öffentliche Unternehmen einen Vorteil, den private Unternehmen von ihren Eigentümern nicht erhielten. Später heißt es, eine Beihilfe sei zu vermuten, wenn "unter Berücksichtigung der Finanzlage des Unternehmens,

insbesondere der Struktur und des Umfanges der Verschuldung, es nicht gerechtfertigt erscheine, innerhalb angemessener Frist eine normale Rendite - in Form von Dividenden oder Kapitalzuwächsen - aus dem investierten Kapital zu erwarten". Dem Vorteil beim Unternehmen muß deshalb ein Nachteil bei der öffentlichen Hand entsprechen.

In allen Formulierungen wird deutlich, daß die Kommission Beihilfe in der Regel dann vermutet, wenn die öffentliche Hand einem öffentlichen oder privaten Unternehmen direkt oder indirekt Mittel gewährt, um einem drohenden Zusammenbruch des Unternehmens zu begegnen. Zwar wird später vorsorglich bemerkt, Beihilfe könne auch in allen Situationen denkbar sein, nicht lediglich in Verlustsituationen, wie dies gegenwärtig der Fall sei. Die später von der Kommission in der Mitteilung breit aufgeführten Beispiele sind aber ausnahmslos auf die Rettung oder Stabilisierung von Unternehmen bezogen, deren Existenz gefährdet ist und deren Zusammenbruch der Staat verhindern wissen will.

Die Kommission betont selbst, daß es in jedem Einzelfall ihre Aufgabe sei, die Voraussetzungen einer unzulässigen Beihilfe zu beweisen. Sie weist dabei darauf hin, daß bei Beteiligung der öffentlichen Hand diese in der Regel nicht kurzfristige Gewinne erwarte, sondern längerfristig plant, was auch bei der Anwendung des Prinzips des kaufmännischen In-

vestors gesehen und berücksichtigt werden müsse.

- c) Die Kommission bemerkt in den Mitteilungen auf S. 20, öffentliche Unternehmen hätten nicht selten "nicht kommerzielle Zwecke" wahrzunehmen, die mit Kosten verbunden seien, die unvermeidlich vom Staat und damit von der Allgemeinheit getragen werden müßten. Sie geht den sich hieraus ergebenden Überlegungen aber nicht weiter nach, weil die Mitteilung konkret sich nur auf die verarbeitende Industrie bezieht, bei der eine solche Situation in der Regel nicht gegeben ist.

Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß die West-LB auch Träger solcher nicht notwendig kommerzieller Aufgaben ist. Gem. § 36 SpkG NW obliegen der West-LB die Aufgaben einer Staatsbank, einer Kommunalbank und einer Sparkassenzentralbank. Im Rahmen dieser gesetzlichen Bestimmungen erfüllt sie eine Vielzahl von Aufgaben, die nicht notwendig Erträge mit sich bringen müssen oder können. Sicher ist die West-LB auch Geschäftsbank. Eine Aufspaltung ihrer Aufgaben im Hinblick auf die Beurteilung, ob ein bestimmter Vorgang ihr gegenüber eine Beihilfe darstellt, ist kaum möglich. Die Einordnung der hier konkret zur Beurteilung anstehenden gesetzlichen Regelung kann deshalb schwerlich den verschiedenen Funktionen und Aufgaben der West-LB zugeordnet werden. Schon aus diesen Gründen dürften die Mitteilungen kaum einschlägig sein.

Hinzu tritt die den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten zukommende sogenannte Korrekturfunktion. Diese Banken haben eine ausreichende Versorgung mit Bankdienstleistungen in allen Gebieten zu gewährleisten, also auch in solchen, die keine attraktiven Gewinnaussichten bieten. Neben dieser besonderen Wettbewerbsergänzungsfunktion steht die Stimulanzfunktion, die Verstärkung des Wettbewerbs, die die Landesbanken durch ihre Tätigkeit praktisch erzwingen. Diese Korrekturfunktion ist im Bericht der Bundesregierung "Wettbewerbsenquête" 1968 bestätigt. Der Bericht weist den Sparkassen- und Landesbanken wesentliche Aufgaben zu und betont ausdrücklich die hier kurz umrissene sogenannte Korrekturfunktion

Bericht der Bundesregierung über die "Untersuchung der Wettbewerbsverschiebungen im Kreditgewerbe und über eine Einlagensicherung" vom 18.11.1968; BT-Drucks. V/3500, S. 42; vgl. weiter Twiehaus, Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute 1965, S. 145; Poullain, Festschrift für Eberhard Günther 1976, S. 493 ff.

- d) Die Kommission behandelt dann in den Mitteilungen die verschiedenen denkbaren Formen einer unzulässigen Beihilfe, nämlich Kapitalzuführung, Bürgschaften, Darlehen, Zinsvergünstigungen. Hier verbleibt es bei der Wertung nach dem Prinzip des kaufmännischen Investors, das dann im einzelnen ausgebreitet wird.

- e) Versucht man, anhand dieser dort nun bereits sehr weit ausdifferenzierten Überlegungen der Kommission die vorliegende Fallgestaltung einzuordnen,

es sei wiederholt, daß nach meiner Auffassung es von vornherein an den Voraussetzungen einer Beihilfe überhaupt fehlt

so ergibt sich folgendes:

- aa) Eine Beihilfe soll bei Kapitalzuführungen vorliegen, wenn nach dem Prinzip des kaufmännischen Investors ein solcher Investor von einer solchen Kapitalzuführung aus wirtschaftlichen Gründen abgesehen hätte. Es muß also eine Kapitalzuführung vorliegen, die ein privater Investor nicht tätigen würde, weil sie unwirtschaftlich ist. Sie müßte also für das Land wirtschaftlich nachteilig sein, deshalb für den Empfänger, die West-LB, besonders "billig" erscheinen.

Keine dieser Voraussetzungen liegt vor.

Der West-LB wird kein Barkapital zur Verfügung gestellt. Sie übernimmt lediglich die WFA, eine bisher selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts, als nunmehr eigenen Teil in der Form einer unselbständigen Anstalt. Das mit der Übernahme der West-LB zuwachsende Vermögen ist als Sondervermögen separiert. Das Vermögen kann

deshalb nicht zu eigenen Erträgen der West-LB genutzt werden.

Umgekehrt verzichtet das Land nicht wie bei einer Kapitalinvestition auf anderweitige Erträge. Selbst wenn man die bisherige Tätigkeit der WFA als selbständige juristische Person dem Land zurechnen wollte, so ändert sich mit der Eingliederung an den Aufgaben der WFA nichts. Beim Land tritt kein Vermögensnachteil ein. Denn das Land hat aus dem Wohnungsbauvermögen auch bisher keine Erträge erwirtschaftet. Die von der Kommission angestellten Renditeüberlegungen greifen daher von beiden Seiten nicht.

Vor allem aber ist zu bedenken, daß das Land einen unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen haben wird, den es ohne die Eingliederung nicht erzielt hätte. Das Land erspart Aufwendungen, da es ansonsten im Hinblick auf die Anforderungen in 1993 Eigenkapital hätte zuführen müssen, was mit entsprechenden Refinanzierungskosten verbunden wäre. Das Land verhält sich also wie ein wirtschaftlich denkender Kapitaleigner, indem es mögliche Synergieeffekte auf der Eigenkapitalseite nutzt. Auch ein privater Kapitaleigner, der über zwei Kreditinstitute verfügen könnte, würde den Weg der Übertragung, wie ihn das Aktienrecht kennt, anstelle der Zuführung neuen Kapitals wählen, wenn hier-

durch die beabsichtigte Erklärung des Eigenkapitals erreicht wird. Hinzu kommt, daß eine Vereinbarung über ein Entgelt für das Land getroffen werden soll. Soweit außerdem mit der Eingliederung Personalkosten verbunden sind (Art. 1 § 4 des Gesetzentwurfs) gehen diese zu Lasten der Bank und nicht zu Lasten des Landes. Auch insoweit erspart das Land Aufwendungen. Darüber hinaus werden langfristig Synergieeffekte auftreten, die sich kostenreduzierend auf den Bereich der öffentlichen Wohnungsbauförderung auswirken werden, wiederum ein wirtschaftlicher Gegenwert für das Land bzw. die WFA.

Will man überhaupt, was freilich nicht nur rechtlich, sondern wirtschaftlich fast unmöglich ist, den hier in Rede stehenden Vorgang mit dem Handeln eines privaten Investors vergleichen, so wird man sagen können, daß auch ein privater Kapitalgeber diese "Kapitalinvestition" durchgeführt hätte, um den umschriebenen Nutzen zu erzielen.

Abschließend sei vorsorglich noch einmal bemerkt, daß dieser Vergleich in dem hier interessierenden Fall überhaupt nur hilfsweise angestellt worden ist (vgl. S 14). Allein die Tatsache, daß ein solcher Vergleich im Grunde abwegig ist, macht deutlich, daß es hier an allen Vorausset-

zungen für die Annahme einer Beihilfe fehlt.

bb) Man könnte daran denken, die Eingliederung der WFA wirtschaftlich wie eine "nicht in Anspruch genommene Bürgschaft" zu behandeln, die die West-LB in die Lage versetzen würde, ihre Geschäfte fortzuführen, um damit Wettbewerber auf dem Markt zu verdrängen. Die Kommission hat eine solche Fallgestaltung in ihren Überlegungen aufgezeigt. Dahinter steht der Gedanke, daß ein Handelspartner eines Unternehmens sich eher mit diesem in geschäftliche Beziehungen begeben wird, wenn eine Bürgschaft der öffentlichen Hand sicherstellt, daß seine Forderungen gegen das Unternehmen bedient werden.

Die Übertragung des Gesamtvermögens der WFA mit allen Rechten und Pflichten auf die West-LB ändert aber an der wirtschaftlichen Stellung der Bank gegenüber ihren Kunden nichts. Die bereits bestehende Gewährträgerhaftung und die Anstaltslast der Anteilseigner der West-LB machen den Grad ihrer Bonität aus.

Sollte sich durch die Anerkennung des BAKred die Haftkapitalbasis gem. § 10 KWG verstärken, so tritt im Außenverhältnis kein zusätzliches entscheidendes Kriterium für die Aufnahme und Beibehaltung von Geschäftsbeziehungen zur West-LB ein. Mehr als die Haftung des Landes, der

Landschaftsverbände und der Sparkassenverbände kann ein Gläubiger ohnehin nicht erwarten.

Die Einbringung des WFA-Vermögens in die West-LB bedeutet auf der anderen Seite für den Kapitaleigner Land letztlich auch keine zusätzliche Haftung. Denn das Land haftet ohnehin bereits jetzt als Gewährträger für die Verbindlichkeiten der West-LB. Eine Haftungsbeschränkung im Außenverhältnis besteht nicht. Ebenso hat das Land auch als Anstaltsträger bereits jetzt für die Funktionsfähigkeit der West-LB einzustehen.

Das Landeswohnungsbauvermögen wiederum wird durch die Anstaltslast aller Gewährträger geschützt. Da die Anstaltslast vor der Gewährträgerhaftung vorgreifend ist, kann es im Ergebnis nicht zu einer Gefährdung des Landeswohnungsbauvermögens kommen. Die Anstaltseigner, die bereits jetzt das Vermögen der West-LB schützen müssen, müssen in Zukunft auch das Vermögen der WFA schützen.

An der Haftungssituation des Landes ändert sich durch die Einbringung der WFA in die West-LB nichts.

Es kann deshalb auch unter keinem rechtlichen oder wirtschaftlichen Gesichtspunkt von einer Behilfe durch eine Art Bürgschaft gesprochen werden.

Auch unter Berücksichtigung der Überlegungen der Kommission, insbesondere dem Prinzip des kaufmännischen Investors, kann die Übertragung der WFA auf die West-LB deshalb selbst dann nicht als Beihilfe angesehen werden, wenn man die verschiedenen selbständigen Rechtsakte, die zur einer Erhöhung des Haftkapitals bei der West-LB führen können, als wirtschaftliche Einheit ansehen wollte und wenn man alle nicht ertragsorientierten Aufgaben der West-LB vernachlässigen würde.

Denn das Land handelt bei der Übertragung, soweit ein Vergleich überhaupt nachvollziehbar ist, wie ein kaufmännisch denkender Investor; die West-LB aber erhält einen Vermögenszuwachs, der infolge der Ausgestaltung als selbständiges Sondervermögen sich nicht für die Geschäftstätigkeit der Bank heranziehen läßt. Die Möglichkeit aber allein, dieses Vermögen als Verstärkung des Eigenkapitals im Sinne des § 10 KWG nach Anerkennung des BAKred heranzuziehen, stellt keine Beihilfe im Sinne des § 92 EWG-V dar.

Bonn, den 30. Oktober 1991

(1 91 3050 ++/we)

(Prof. Dr. Redeker)