

PROFESSOR DR. ULRICH IMMENGA

Abteilung für Internationales und Ausländisches Wirtschaftsrecht  
Juristisches Seminar

Georg-August-Universität Göttingen

3400 Göttingen  
Platz der Gottinger Sieben 5  
Telefon (0551) 3948 72

An die Präsidentin  
des Landtags  
Nordrhein-Westfalen  
Postf. 10 11 43  
4000 D ü s s e l d o r f - 1

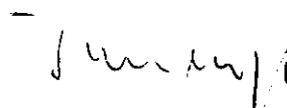


5.11.1991

Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung  
Gesetzentwurf der Landesregierung  
- Drucksache 11/2329 -  
hier: öffentliche Anhörung am 8.11.1991

Meine persönliche Teilnahme an der o.g. öffentlichen  
Anhörung hatte ich abgesagt. Ich erlaube mir jedoch, Ihnen  
für die Anhörung eine schriftliche Stellungnahme zu über-  
senden. Sie betrifft die Beurteilung des Zusammenschlusses  
unter dem Gesichtspunkt der EG-Beihilferegulungen.

Göttingen, 5.11.1991

  
(Prof. Dr. Ulrich Immenga)

Beurteilung der Übertragung der Wohnungsbauförderungsanstalt  
des Landes Nordrhein-Westfalen (WFA) auf die Westdeutsche  
Landesbank (WestLB) anhand der Beihilferegelungen des Euro-  
päischen Gemeinschaftsrechts

I. Der beihilferechtlich relevante Sachverhalt

Die WFA ist im Jahr 1957 durch Gesetz als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet worden. Gewährträger ist das Land Nordrhein-Westfalen. Die WFA ist Kreditinstitut i.S.d. § 1 KWG und unterliegt somit der Aufsicht durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred). Die Aufgaben der WFA sind in den §§ 12 und 13 Wohnungsbauförderungsgesetz geregelt, wonach sie insbesondere auf dem Gebiet der Förderung des Wohnungswesens tätig ist. Unter Berücksichtigung des Grundkapitals und der Rücklagen der WFA ergeben sich insgesamt haftende Eigenmittel in Höhe von 8,8 Mrd. DM. Diese Ziffer ergibt sich aufgrund der vom BAKred angewandten Berechnungsmethode.

Die WFA soll durch Landesgesetz mit der WestLB verschmolzen werden. Nach dem Gesetzesentwurf

Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung, Landtag Nordrhein-Westfalen Drucks. 11/2329 Art.1

soll die WFA als rechtlich unselbständige, wirtschaftlich und organisatorisch selbständige Anstalt in die WestLB integriert werden. Im Außenverhältnis kann die WFA damit weiterhin unter ihrem Namen handeln. Das gesamte Vermögen der WFA geht danach ohne Abwicklung auf die Bank über, die als Gesamtrechtsnachfolgerin alle Rechte und Pflichten der WFA übernimmt. Das bedeutet insbesondere, daß die WestLB in die bestehenden Vertragsverhältnisse mit den Fördernehmern eintritt. Ausgenommen von der Gesamtrechtsnachfolge ist allerdings die Haftung der WFA den Gläubigern des Landes gegenüber für die Verbindlichkeiten aus den zur Förderung des Wohnungs- und Kleinsiedlungswesens aufgenommenen und bewilligten Darlehen.

Art.1, § 1 S.4 des Entwurfs eines Gesetzes zur Regelung der Wohnungsbauförderung.

Durch die Einbringung der Aktiva und Passiva der WFA in die WestLB kommt es bei dieser zu einer Bilanzverlängerung. Hiervon zu unterscheiden ist jedoch, daß im Innenverhältnis kraft Gesetzes weiterhin getrennte Vermögensmassen und -kreisläufe bestehen. Die WFA wird auch künftig eine eigene Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung aufstellen. Jahresüberschüsse der WFA kommen der WestLB nicht zugute, sondern stehen im bisherigen Umfang der WFA vollständig zur Verfügung.

Das Vermögen der WFA wird nicht im Wege einer Kapitalerhöhung bei der WestLB eingebracht, sondern als Sonderrücklage. Sie stellt Haftkapital dar, verändert jedoch nicht die Eigentumsverhältnisse bei der WestLB. Dieses Haftkapital wird künftig der WestLB zugerechnet werden. Es ist jedoch weiterhin Eigenkapitalbasis für das Fördergeschäft der WFA.

## II. Vorabklärungen

Nach Art.92 Abs.1 EWG-Vertrag 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.

Als Beihilfe kommt hier die als Folge der Verschmelzung der WFA mit der WestLB erweiterte Haftungsbasis in Betracht. Die nach EG-Recht möglichen Ausnahmen in Absatz 2 und 3 des Art.92 EWGV sind hierauf unanwendbar.

Die WestLB ist rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Sie nimmt Aufgaben einer Staats- und Kommunalbank sowie die einer Sparkassenzentrale wahr. Außerdem ist sie zu Bankgeschäften anderer Art ermächtigt.

§ 36 des Sparkassengesetzes von  
Nordrhein-Westfalen.

Gewährträger sind das Land Nordrhein-Westfalen, die Land-

schaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe sowie der rheinische und der westfälisch-lippische Sparkassen- und Giroverband.

§ 37 des Sparkassengesetzes von Nordrhein-Westfalen.

Diese rechtliche Qualifikation schließt die Anwendbarkeit der Beihilferegeln nicht aus.

Das Beihilferecht ist unstreitig auch auf öffentliche Unternehmen anwendbar. Das ergibt sich bereits aus Art.90 Abs.1 EWGV und der hierzu ergangenen Transparenzrichtlinie.

Letzte Fassung vom 24.7.1985 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG, ABL. 1985, Nr. L 229, S.20.

Die Unternehmenseigenschaft der WestLB kann schon deshalb nicht in Frage gestellt sein, weil sie neben öffentlichen Aufgaben auch als Geschäftsbank tätig ist. Sie steht im Eigentum der öffentlichen Hand und ist daher öffentlich.

Die Beihilferegeln gelten auch für den Dienstleistungsbereich. Maßgeblich ist allein die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Dieser Begriff wird extensiv ausgelegt und selbst dann bejaht, wenn es sich um eine gesetzlich geregelte Tätigkeit handelt.

Vgl. nur die Entscheidung des EuGH zum Arbeitsvermittlungsmonopol, Urteil v. 23.4.1991, Rs. C - 41/90, EuZW 1991, S.349; ferner v.Wallenberg/Grabitz, EWG-Vertrag, Kommentar, Art.92 Rdnr.20.

Die Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten zur Anwendung der Beihilferegeln sowie der Transparenzrichtlinien über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (4. Fassung vom 27.2.1991) konkretisiert im wesentlichen bereits geltende Rechtsauffassungen und bringt zumindest für

Öffentliche Unternehmen des Dienstleistungssektors keine Einschränkungen. Im übrigen gilt die Transparenzrichtlinie in ihrer letzten Fassung - im Unterschied zur ursprünglichen Fassung - auch für die Beziehungen zu öffentlichen Kreditanstalten.

AaO, Art.4 c.

Die Verschmelzung der WFA mit der WestLB verfolgt zumindest auch öffentliche Zwecke, nämlich die der Wohnungsbauförderung, so daß bereits deshalb die Annahme einer Beihilfe ausgeschlossen sein könnte. Es kommt jedoch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht darauf an, daß der Staat durch Einsatz seiner Mittel eigene wirtschafts- oder sozialpolitische Ziele verfolgt.

Rs. 61/79, Denkvit Italiana,  
Slg.1980, 1205, 1228.

Vielmehr ist es gerade typisch, daß mit der Beihilfe Ziele verfolgt werden, die anderenfalls nicht verwirklicht werden können.

Hierzu Wenig in Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl. 1991, Art.92 Rdnr.4.

Entscheidend für die Qualifizierung als Beihilfe ist daher allein die begünstigende Wirkung. Auf die Gründe der Gewährung kommt es nicht an.

EuGH Rs. 173/73, Italien/Kommission,  
Slg.1974, 709, 718.

Schließlich ist es unerheblich, von welcher öffentlichen Institution Beihilfen gewährt werden. Von Art.92 EWGV sind nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern alle innerstaatlichen autonomen Hoheitsträger angesprochen. Es ist Sache der Mitgliedstaaten, die Geltung des Gemeinschaftsrechtes gegenüber

seinen Hoheitsträgern durchzusetzen.

Wenig, aaO, Art.92 Rdnr.8 a.E.; vgl.  
auch EuGH Rs.248/84, Deutsch-  
land/Kommission, Slg.1987, 4013.

### III. Zur Annahme einer Beihilfe durch die Erweiterung der Haftungsbasis

#### 1. Erweiterte Geschäftsmöglichkeiten

Der Beihilfebegriff wird im EWG-Vertrag nicht definiert. Er wird von Praxis und Lehre jedoch weit ausgelegt. Hierfür spricht auch der Wortlaut, wenn "Beihilfen gleich welcher Art" angesprochen sind.

Vgl. auch v.Wallenberg, aaO, Art.92  
Rdnr.5.

Es heißt, als Beihilfen seien nicht nur positive Leistungen, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form Belastungen für Unternehmen verringern, anzusehen.

EuGH Rs.30/59, Steenkolenmijnen/Hohe  
Behörde, Slg.1961, 7.

Voraussetzung ist, daß die Beihilfe aus Mitteln des Mitgliedstaates erbracht wird. Die damit notwendige Belastung des öffentlichen Haushalts muß noch nicht eingetreten sein; es genügt, wenn die Beihilfe zur Belastung führen kann. Auch staatliche Garantieleistungen sind daher als Beihilfe anzusehen.

Wenig, aaO, Art.92 Rdnr.11.

Auch die oben erwähnte Mitteilung der Kommission zur Anwendung der Beihilferegeln entspricht diesen Grundsätzen. Vor diesem Hintergrund ist die wirtschaftliche Bedeutung der Verschmelzung der WFA mit der WestLB zu ermitteln.

Eine begünstigende Wirkung könnte in der Übertragung des

Vermögens der WFA auf die WestLB liegen. Insoweit läge eine Kapitalinvestition vor. Das Vermögen steht der WestLB jedoch nicht zur Verfügung. Im Innenverhältnis wird kraft Gesetzes

§ 5 Abs.2 des Entwurfs des Wohnungs-  
bauförderungsgesetzes

das Vermögen der WFA getrennt von den sonstigen Vermögen der WestLB verwaltet. Die WFA behält auch nach der Eingliederung eine eigene Geschäftsführung. Jahresüberschüsse der WFA stehen ihr in vollem Umfang zur Verfügung.

Daher kann die begünstigende Beihilfe lediglich in der Erhöhung des Haftkapitals für die WestLB bestehen, da Betriebsmittel ihr nicht zugeführt werden. Diese Erhöhung entsteht durch die Bilanzverlängerung als Folge der Verschmelzung, die durch die Trennung im Innenverhältnis nicht berührt wird. Ihre wirtschaftliche Bedeutung liegt in den erweiterten Geschäftsmöglichkeiten für die WestLB. Die Haftungsbasis und ihre Erweiterung werden anhand der Berechnungen des BAKred beurteilt.

Vgl. § 10 Abs.2 Ziff.5 KWG.

Das so ermittelte haftende Eigenkapital ist wesentliche Grundlage für den Umfang des Kreditgeschäftes. Es ist nach den Grundsätzen über das Eigenkapital und die Liquidität der Kreditinstitute belegbar. Die Verschmelzung könnte daher zwar keine Betriebsmittel durch Kapitalzuführung, jedoch verbesserte Geschäftsmöglichkeiten für das Kreditgeschäft der WestLB bringen. Diese könnten aufgrund ihrer Wirkung gerade im Verhältnis zu Wettbewerbern als Beihilfe anzusehen sein.

2. Fehlende begünstigende Wirkung

Es ist jedoch zu prüfen, ob tatsächlich eine Begünstigung der WestLB vorliegt. Dazu ist der Weg zur Erweiterung des haftenden Eigenkapitals zu berücksichtigen. Diese Erweiterung soll nicht durch staatliche Kapitalinvestition, sondern durch die Verschmelzung zweier rechtsfähiger Anstalten des öffentlichen Rechts erfolgen. Neben der Erweiterung der Haftkapitalbasis

werden daher auch Pflichten übernommen. Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang, daß die Zusammenführung des haftenden Eigenkapitals beider Anstalten notwendig auch die Zusammenführung der Geschäftstätigkeiten bedeutet. Das gilt sicher in bezug auf das haftende Eigenkapital. Zwar wird die Geschäftsführung der WFA nach dem gesetzlichen Vorhaben im Innenverhältnis gegenüber der WestLB getrennt. Das mit der Kreditvergabe verbundene Fördergeschäft, das nach der Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsbauförderung unverändert fortgeführt werden soll, wirkt sich jedoch auf die durch die Zusammenlegung erweiterte Haftkapitalbasis aus. Die Erweiterung kommt daher der WestLB allenfalls begrenzt zugute, soweit von der WFA übertragenes haftendes Eigenkapital von dieser nicht in Anspruch genommen wird. Theoretisch ist allerdings umgekehrt denkbar, daß das jetzt der WestLB als belegbar zur Verfügung stehende haftende Eigenkapital künftig bei lebhaften Fördergeschäften der WFA von dieser beansprucht wird. Der Beihilfecharakter kann jedoch nicht von derartigen tatsächlichen Entwicklungen abhängen. Es liegt daher keine Begünstigung der WestLB im Verhältnis zu konkurrierenden Kreditinstituten vor.

Die fehlende Begünstigung ist letztlich auf die wirtschaftliche Funktion der Verschmelzung zurückzuführen. Nicht nur das haftende Eigenkapital wird verbunden. Die bisherigen Geschäftstätigkeiten beider Anstalten bleiben auf dieses Kapital bezogen. Die Trennung der Geschäftsführung im hier zu beurteilenden Fall ist unbeachtlich, da sie nicht im Hinblick auf das belegbare haftende Eigenkapital besteht.

Im übrigen kann im Falle der Verschmelzung zweier öffentlich-rechtlicher Körperschaften nicht von einer für die Annahme einer Beihilfe erforderlichen Belastung öffentlicher Haushalte gesprochen werden.

Hierzu Wenig, aaO, Art.92 Rdnr.11.

Es liegt lediglich eine Zusammenführung vorhandener Mittel und Aufgaben vor.

3. Hilfsüberlegung: Begünstigung auch durch private Eigentümer?  
 Fördert ein Staat die Interessen privater Unternehmen, so liegt in der Regel die Annahme einer Beihilfe nahe. Geht es jedoch um öffentliche Unternehmen, so muß eine Begünstigung noch nicht als Beihilfe i.S.d. Art.92 EWGV verstanden werden. Denn auch der öffentlichen Hand kann es nicht verwehrt sein, in ihrem Eigentum stehende Unternehmen unter unternehmerischen Gesichtspunkten, d.h. wie ein privater Eigentümer, zu unterstützen. Diese Abgrenzung ist als Prinzip allgemein akzeptiert.

Kommission, 16. Bericht über die  
 Wettbewerbspolitik, 1987, S.150;  
 Wenig, aaO, Art.92, Rdnr.5;  
 v.Wallenberg, aaO, Art.92 Rdnr.13.

Auch die erwähnte Mitteilung der Kommission zur Anwendung der Beihilferegulungen geht hiervon aus.

Die Verschmelzung der WFA mit der WestLB ist allerdings nicht ohne weiteres anhand dieses Kriteriums zu beurteilen, da es zumindest auch um die Zusammenfassung öffentlicher Aufgaben, nämlich der Wohnungsbauförderung, geht. Es ist daher nach dem wirtschaftlichen Charakter der Erweiterung der Haftungsbasis durch Verschmelzung zu fragen. Dabei sind drei Gesichtspunkte wesentlich:

- (1) Die Verstärkung des haftenden Eigenkapitals der WestLB ist nur auf zwei Wegen möglich: Durch direkte Zuführung von Landesmitteln unter Belastung des Haushalts oder durch Vermögensübertragung durch Verschmelzung. Letztere führt zu keinem Einsatz neuer Finanzmittel. Das Vermögen der WFA war vorhanden und bleibt den bisherigen öffentlichen Aufgaben uneingeschränkt verbunden. Daher liegt - wie ausgeführt - bereits keine Beihilfe vor. Auch ein privater Eigentümer hätte diesen Weg gewählt.
- (2) Die Verschmelzung führt zu Einsparungen durch Synergieeffekte. Die jetzige WFA und der Bereich Wohnungsbauförderung

der WestLB werden miteinander vereinigt. Die finanzielle Seite der Wohnungsbauförderung liegt dann in einer Hand.

- (3) Die Eigenkapitalverstärkung hätte auch unter unternehmerischen Gesichtspunkten vorgenommen werden müssen. Aufgrund von Richtlinien des EG-Ministerrates muß das risikotragende Aktivgeschäft der Banken in einem höheren Maß als bisher durch haftendes Eigenkapital abgedeckt sein.

Eigenmittelrichtlinie, ABl. Nr. L 124/16 v. 5.5.1989. Richtlinie für Solvabilitätskoeffizienten (ABl. Nr. C 135/4 v. 25.5.1988, letzte Fassung v. 24.7.1989 - gem. Standpunkt des Rates -, Ratsdok. 7836/89.

Kreditinstitute müssen daher ihr Eigenkapital entsprechend erhöhen. Eine Einschränkung der Geschäftstätigkeit bei Beibehaltung des bisherigen Eigenkapitals wäre keine wirtschaftlich vertretbare Alternative.

Es muß daher davon ausgegangen werden, daß auch ein privater Eigentümer die Verschmelzung in der genannten Weise vorgenommen hätte.

Ergebnis:

1. Die Beihilferegeln des EWG-Vertrages sind dem Grundsatz nach auch auf die Verschmelzung öffentlich-rechtlicher Anstalten anwendbar.
2. In der Erweiterung der Haftkapitalbasis der WestLB durch die Verschmelzung liegt keine Begünstigung, da das zusammengeführte Kapital wie bisher auch von der WFA im Rahmen ihrer Fördertätigkeit belegt wird.
3. Ein privater Eigentümer der beteiligten Körperschaften hätte den Weg der Verschmelzung gewählt, um die Haftungsbasis der Bank zu verstärken.

Göttingen, 28.10.1991

(Prof. Dr. U. Immenga)