

URTEIL DES GERICHTS (Erste Kammer)

2. März 2012(*)

„Staatliche Beihilfe – Finanzsektor – Beihilfe zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats – Kapitalzuführung, bei der dem Beihilfeempfänger ein Wahlrecht zwischen der Rückzahlung oder der Umwandlung der Wertpapiere eingeräumt ist – Änderung der Rückzahlungsbedingungen während des Verwaltungsverfahrens – Entscheidung, mit der die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird – Begriff ‚staatliche Beihilfe‘ – Vorteil – Kriterium des privaten Kapitalgebers – Notwendiger und proportionaler Zusammenhang zwischen dem Betrag der Beihilfe und dem Umfang der Maßnahmen, die die Vereinbarkeit der Beihilfe ermöglichen sollen“

In den Rechtssachen T-29/10 und T-33/10

Königreich der Niederlande, vertreten durch C. Wissels, Y. de Vries und M. de Ree als Bevollmächtigte im Beistand von Rechtsanwalt P. Glazener,

Kläger in der Rechtssache T-29/10,

ING Groep NV mit Sitz in Amsterdam (Niederlande), Prozessbevollmächtigte: zunächst Rechtsanwälte O. Brouwer, M. Knapen und J. Blockx, dann Rechtsanwälte O. Brouwer und J. Blockx sowie M. O'Regan, Solicitor,

Klägerin in der Rechtssache T-33/10,

unterstützt durch

De Nederlandsche Bank NV mit Sitz in Amsterdam (Niederlande), Prozessbevollmächtigte: zunächst Rechtsanwälte B. Nijs und G. van der Klis, dann Rechtsanwälte G. van der Klis, M. Petite und S. Verschuur und schließlich Rechtsanwälte M. Petite und S. Verschuur,

gegen

Europäische Kommission, vertreten durch H. van Vliet, L. Flynn und S. Noë als Bevollmächtigte,

Beklagte,

betreffend Anträge auf teilweise Nichtigerklärung der Entscheidung 2010/608/EG der Kommission vom 18. November 2009 über die staatliche Beihilfe C 10/09 (ex N 138/09) der Niederlande – Stützungsfasilität für illiquide Vermögenswerte zugunsten von ING und Umstrukturierungsplan (ABl. 2010, L 274, S. 139)

erlässt

DAS GERICHT (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten J. Azizi sowie der Richter S. Frimodt Nielsen (Berichterstatter) und H. Kanninen,

Kanzler: J. Plingers, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 2011

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Die Klägerin in der Rechtssache T-33/10, die ING Groep NV (im Folgenden: ING), ist ein Finanzinstitut, das seinen Gesellschaftssitz in Amsterdam (Niederlande) hat und das Privat-, Unternehmens- und institutionellen Kunden in mehr als 40 Ländern Bank-, Anlage-, Lebensversicherungs- und Altersvorsorgedienstleistungen anbietet. ING besteht hauptsächlich aus zwei juristischen Personen, der ING Bank NV (im Folgenden: ING Bank) und der ING Verzekeringen NV (im Folgenden: ING Verzekeringen). Ende 2008 belief sich die Bilanzsumme von ING auf 1 332 Mrd. Euro, wovon mehr als 75 % auf ihr Bankgeschäft entfielen (zwölfter Erwägungsgrund der Entscheidung 2010/608/EG vom 18. November 2009 über die staatliche Beihilfe C 10/09 [ex N 138/09] der Niederlande – Stützungsfasilität für illiquide Vermögenswerte zugunsten von ING und Umstrukturierungsplan [ABl. 2010, L 274, S. 139, im Folgenden: angefochtene Entscheidung]).

2 Zum besseren Verständnis des Rechtsstreits sind erstens die verschiedenen Beihilfemaßnahmen kurz zu schildern, die das Königreich der Niederlande ING gewährt hat, um eine durch die weltweite Finanzkrise ausgelöste beträchtliche Störung in seinem Wirtschaftsleben zu beheben, zweitens die wichtigsten zeitlichen Abschnitte der Verwaltungsverfahren zu nennen, die die Europäische Kommission in Bezug auf diese Maßnahmen eingeleitet hat, und drittens der Inhalt der angefochtenen Entscheidung darzustellen, insbesondere hinsichtlich der für die Prüfung der vorliegenden Klagen relevantesten Gesichtspunkte.

1. Beihilfemaßnahmen, die ING gewährt wurden

3 Aus Nr. 2.3 der angefochtenen Entscheidung geht hervor, dass ING von den Niederlanden drei Beihilfemaßnahmen gewährt wurden, nämlich eine Kapitalzuführung (im Folgenden: erste Beihilfemaßnahme oder Kapitalzuführung), eine Entlastungsmaßnahme für wertgeminderte Aktiva (im Folgenden: zweite Beihilfemaßnahme oder Entlastungsmaßnahme), auch als Stützungsfasilität für illiquide Vermögenswerte bezeichnet, und mehrere Garantien für mittelfristige Verbindlichkeiten (im Folgenden: dritte Beihilfemaßnahme).

4 Die erste Beihilfemaßnahme bestand in einer Kapitalerhöhung, die am 11. November 2008 im Wege der Schaffung von 1 Mrd. ING-Wertpapieren durchgeführt wurde, die weder ein Stimmrecht noch einen Dividendenanspruch gewährten und in vollem Umfang vom Königreich der Niederlande zum Preis von 10 Euro pro Wertpapier gezeichnet wurden. Dadurch konnte ING ihr sogenanntes „Core Tier 1“-Kapital (Kategorie 1) um 10 Mrd. Euro erhöhen. Nach den Rückzahlungsbedingungen, die in der zwischen dem Königreich der Niederlande und ING in diesem Zusammenhang geschlossenen Vereinbarung über die Zeichnung von Wertpapieren enthalten waren, sollten diese Wertpapiere auf Initiative von ING entweder zum Stückpreis von 15 Euro (d. h. mit einem Rückzahlungsgagio von 50 % auf den Ausgabepreis) zurückgekauft werden oder nach drei Jahren in Stammaktien umgewandelt werden. Sollte ING sich für die Umwandlung entscheiden, hatten die niederländischen Behörden jedoch die Möglichkeit, die Wertpapiere von ING zu einem Stückpreis von 10 Euro zuzüglich Stückzinsen zurückzukaufen. Die Niederlande sollten nur dann eine Kuponzahlung erhalten, wenn ING für die Stammaktien Dividenden ausschüttete.

5 In der Folge änderten die Niederlande und ING die Rückzahlungsbedingungen für einen Teil des zugeführten Kapitals. Nach den geänderten Bedingungen konnte ING bis zu 50 % der Wertpapiere zum Ausgabepreis zurückkaufen, zu dem noch die auf der Basis des Jahreskurons von 8,5 % errechneten Stückzinsen und, sollten die ING-Aktien zu einem Preis von mehr als 10 Euro gehandelt werden, eine Vorfälligkeitsentschädigung hinzukam. Diese Entschädigung konnte bis zu 705 Mio. Euro betragen, ihre Untergrenze lag bei 340 Mio. Euro, wodurch ein interner Zinsfuß von mindestens 15 % gewährleistet war.

6 Am 21. Dezember 2009 kaufte ING 50 % ihrer im Rahmen der Kapitalerhöhung vom 11. November 2008 geschaffenen Wertpapiere zum Ausgabepreis zuzüglich des Kurons von 8,5 % und einer Vorfälligkeitsentschädigung, die nahe an der Untergrenze lag, zurück, so dass die Gesamtrendite, die das Königreich der Niederlande seit dem Ausgabetag erzielt hatte, den internen Zinsfuß von mindestens 15 % erreichte. Die Rückzahlungs- und Umwandlungsoptionen für die restlichen Wertpapiere, die im Rahmen der Kapitalerhöhung geschaffen wurden, blieben unverändert.

7 Die zweite Beihilfemaßnahme bestand in einem Cashflow-Swap bezüglich wertgeminderter Aktiva und betraf ein sogenanntes „Alt-A“-Portfolio, das durch in den USA gewährte Hypothekendarlehen besichert war und dessen Wert beträchtlich gesunken war.

8 Die dritte Beihilfemaßnahme umfasste Garantien für Verbindlichkeiten von ING im Umfang von 9 Mrd. US-Dollar (von denen 8,25 Mrd. bereits begeben worden waren) und 5 Mrd. Euro (von denen 4,15 Mrd. bereits begeben worden waren). Diese Garantien wurden vom Königreich der Niederlande gegen ein Garantieentgelt gewährt.

2. *Verwaltungsverfahren betreffend diese Beihilfemaßnahmen*

9 Am 22. Oktober 2008 notifizierte das Königreich der Niederlande der Kommission die erste Beihilfemaßnahme (Sache N 528/08).

10 Am 12. November 2008 erließ die Kommission die Entscheidung C (2008) 6936 in der Sache N 528/08 über eine vom Königreich der Niederlande an ING gewährte Beihilfe (im Folgenden: ursprüngliche Entscheidung). Darin gelangte sie nach einer Prüfung, bei der „öffentlichen Belangen und dem Bedarf von ING“, die das Einschreiten des niederländischen Staates begründeten, und „weiteren Erwägungen, die ein privater Kapitalgeber nicht berücksichtigen würde“, Rechnung getragen wurde, zu der Auffassung, dass der Kauf von ING-Wertpapieren durch den niederländischen Staat ein Element einer Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG enthalte (Erwägungsgründe 36 bis 51 der ursprünglichen Entscheidung). Diese Maßnahme sei jedoch im Sinne des Art. 87 Abs. 3 Buchst. b EG mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, soweit mit ihr eine durch die weltweite Finanzkrise ausgelöste beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats behoben werden solle (Erwägungsgründe 52 bis 70 der ursprünglichen Entscheidung). Daher beschloss sie, keine Einwände gegen diese Maßnahme zu erheben, und genehmigte sie angesichts der Finanzkrise als Notfallmaßnahme für einen Zeitraum von sechs Monaten. Die Maßnahme werde nach Ablauf dieser sechs Monate überprüft, um u. a. zu untersuchen, ob sie geeignet sei, die Rentabilität von ING langfristig zu sichern. Schließlich werde, wenn die niederländischen Behörden innerhalb dieses Zeitraums von sechs Monaten hierzu einen realistischen Umstrukturierungsplan vorlegten (im Folgenden: Umstrukturierungsplan), die Geltungsdauer der ursprünglichen Entscheidung automatisch bis zur Entscheidung der Kommission über diesen Plan verlängert (Erwägungsgründe 71 bis 74 der ursprünglichen Entscheidung).

11 Am 4. März 2009 notifizierte das Königreich der Niederlande der Kommission die zweite Beihilfemaßnahme (Sache C 10/09, ex N 138/09).

12 Am 17. März 2009 fand ein Treffen statt zwischen der Kommission, dem Königreich der Niederlande, der ING und der De Nederlandsche Bank NV (im Folgenden: DNB), der Zentralbank der Niederlande, die auch Aufsichtsbehörde für die niederländischen Banken und Versicherungsgesellschaften ist. Bei diesem Treffen wies die Kommission u. a. darauf hin, dass ihres Erachtens ein Umstrukturierungsplan von erheblichem Umfang erforderlich sei, damit sie die Kapitalzuführung und die Entlastungsmaßnahme endgültig genehmigen könne.

13 Mit Schreiben vom 31. März 2009 setzte die Kommission das Königreich der Niederlande von ihrer Entscheidung in Kenntnis, das Verfahren nach Art. 88 Abs. 2 EG zu eröffnen (ABl. C 158, S. 13, im Folgenden: Eröffnungsentscheidung), da sie Zweifel an der Vereinbarkeit einiger Aspekte der Entlastungsmaßnahme mit der Mitteilung der Kommission über die Behandlung wertgeminderter Aktiva im Bankensektor (ABl. 2009, C 72, S. 1) hatte. Diese Maßnahme wurde dennoch für einen Zeitraum von sechs Monaten genehmigt (Punkt VI der Eröffnungsentscheidung). In der Eröffnungsentscheidung wird zudem ausgeführt, dass sich der niederländische Staat verpflichtet habe, spätestens bis zum 12. Mai 2009 einen Umstrukturierungsplan vorzulegen, der sich sowohl auf die Kapitalzuführung als auch auf die Entlastungsmaßnahme erstreckte (83. Erwägungsgrund der Eröffnungsentscheidung).

14 Am 24. April 2009 fand ein Treffen zwischen der Kommission, dem Königreich der Niederlande, ING und DNB statt. Bei diesem Treffen wies die Kommission darauf hin, dass die oben in Randnr. 3 genannten Beihilfemaßnahmen nicht genehmigt würden, wenn ING nicht bereit sei, erhebliche Umstrukturierungsmaßnahmen zu akzeptieren, um ihre Rentabilität wiederherzustellen und die verursachten Wettbewerbsverzerrungen zu verringern (im Folgenden: Ausgleichsmaßnahmen). Insbesondere sollte ING nach Ansicht der Kommission einem Übernahmeverbot unterstellt werden, eine Verpflichtung im Bereich der Preisführerschaft akzeptieren und sich von weiteren Vermögenswerten trennen als denjenigen, deren Veräußerung sie ins Auge gefasst habe, und zwar u. a. von ihren Beteiligungen an drei Geschäftseinheiten – einer in den Niederlanden tätigen Bank, einer in den USA tätigen Geschäftseinheit und einer in Europa tätigen Geschäftseinheit.

- 15 Am 12. Mai 2009 übermittelte das Königreich der Niederlande der Kommission einen Umstrukturierungsplan für ING. Dieser Plan war nach einem von der Kommission am 2. April 2009 übermittelten Schema strukturiert und enthielt einen Vorschlag von ING, ihre Bilanzsumme gegenüber der am 30. September 2008 festgestellten Bilanzsumme um einen als erheblich erachteten Betrag zu reduzieren. ING vertrat die Ansicht, dass zusätzliche Ausgleichsmaßnahmen nicht notwendig seien, da die oben in Randnr. 3 angeführten Beihilfemaßnahmen nicht zu feststellbaren Wettbewerbsverzerrungen führten. Dieser Umstrukturierungsplan wurde durch zusätzliche, am 7. Juli 2009 vorgelegte Informationen ergänzt. In diesem Zusammenhang legte ING eine ausführliche Begründung vor, um ihr Vorbringen zu untermauern, dass es keine Wettbewerbsverzerrungen gebe.
- 16 Am 14. Juli 2009 fand ein erstes Treffen zwischen der Kommission, dem Königreich der Niederlande, ING und DNB statt, bei dem über den am 12. Mai 2009 vorgelegten Umstrukturierungsplan diskutiert wurde. Die Kommission eröffnete dieses Treffen mit einer Präsentation der Gesichtspunkte, die sie für erforderlich hielt, um diesen Plan zu genehmigen. Im Rahmen dieser Präsentation mit dem Titel „Umstrukturierungsrahmen für ING – Startpräsentation“ wies sie u. a. darauf hin, dass erstens dieser Plan nicht realistisch sei, zweitens die Kapitalzuführung und die Entlastungsmaßnahme ohne eine Genehmigung des Plans durch ihre Dienststellen als rechtswidrige Beihilfen anzusehen seien, die zurückgefordert werden müssten, und drittens eine solche Genehmigung spätestens bis Mitte August 2009 erteilt werden müsse, damit eine Entscheidung bis Ende September 2009 erlassen werden könne. Sie nutzte diese Präsentation auch, um unter der Überschrift „Die Eckpfeiler des Umstrukturierungsrahmens sind gesetzt“ einen ausführlichen Überblick über die Ausgleichsmaßnahmen zu geben, die sie als erforderlich ansah. Zu den von ihr geforderten Ausgleichsmaßnahmen zählten ein umfassendes Übernahmeverbot, ein Verbot, bestimmenden Einfluss auf die Preise im Bereich des Einzelkundenbankgeschäfts in den Niederlanden auszuüben, und bedeutende Veräußerungen von Vermögenswerten in den Niederlanden, in Belgien und auf der Ebene der Unternehmensgruppe.
- 17 Am 31. Juli 2009 richtete DNB ein Schreiben an die Kommission, in dem sie diese über ihre gesetzlichen Verpflichtungen nach dem niederländischen Recht im Bereich der Regulierung und der Aufsicht über die Finanzinstitute in den Niederlanden informierte. In diesem Schreiben verwies sie auch auf das Unionsrecht, da sie über das Europäische System der Zentralbanken (ESZB) (im Sinne von Art. 105 Abs. 5 EG) zur reibungslosen Durchführung der auf dem Gebiet der Aufsicht über die Kreditinstitute und der Stabilität des Finanzsystems ergriffenen Maßnahmen beitrage. In diesem Zusammenhang wies sie darauf hin, dass sie angesichts der Bedeutung von ING für die niederländische Wirtschaft und der Notwendigkeit, dass diese über ausreichend Kapital verfüge, um ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen, für jede erhebliche Maßnahme der finanziellen Neuorganisation, die ING betreffe, nach dem niederländischen Recht eine „Erklärung, keine Einwände zu haben“ („Verklaring van geen bezwaar“), abgeben müsse. Schließlich teilte DNB der Kommission mit, Situationen vermeiden zu wollen, in denen sie und die Kommission im Rahmen der angestrebten Umstrukturierung Maßnahmen gegenüber ING treffen müssten, die einander zuwiderliefen.
- 18 Am 5. August 2009 fand ein zweites Treffen zwischen der Kommission, dem Königreich der Niederlande, ING und DNB statt, bei dem der von ING vorgelegte Umstrukturierungsplan erörtert wurde. Im Verlauf dieses Treffens legte ING die Gründe dar, aus denen der am 12. Mai 2009 vorgeschlagene Umstrukturierungsplan von der Kommission akzeptiert werden müsse. Dem hielt die Kommission erneut entgegen, dass sie diesen Plan für unzureichend halte.
- 19 Am 10. August 2009 reichten ING und DNB bei der Kommission formell ihre Stellungnahmen zu der Entlastungsmaßnahme ein, die Gegenstand des Verfahrens nach Art. 88 Abs. 2 EG war (Sache C 10/09, ex N 138/09). DNB wies darauf hin, dass die Kommission bezüglich der Kapitalzuführung keine Stellungnahmen angefordert habe, und präzisierte, dass sie, sollte sich erweisen, dass die Kommission diese Maßnahme eingehender prüfe, in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsbehörde eine Stellungnahme abzugeben habe. Sie wies die Kommission zudem darauf hin, dass sich das Vorprüfungsverfahren nicht zur Auferlegung von Ausgleichsmaßnahmen eigne, da es betroffenen Dritten keine sachgerechte Stellungnahme erlaube. Zur eigentlichen Entlastungsmaßnahme führte sie im Wesentlichen aus, dass ING ein rentables Unternehmen sei, das die Beihilfe des niederländischen Staates nur wegen der weltweiten Finanzkrise benötige, dass die Angaben bezüglich des erworbenen Portfolios und der Vergütung des niederländischen Staates zutreffend bewertet worden seien, dass keine Garantiegebühr zu erheben sei und dass der vorgelegte Umstrukturierungsplan den Erwartungen in dieser Situation entspreche.
- 20 Am 13. August 2009 reichte ING über das Königreich der Niederlande einen neuen Umstrukturierungsplan bei

der Kommission ein. Sie gab hierzu an, dass dieser Vorschlag von dem Willen bestimmt sei, zu verhindern, dass die Kommission die Maßnahme zur Rückforderung des zugeführten Kapitals einleite, die sie für den Fall angekündigt habe, dass ihr bis Mitte August 2009 kein realistischer Plan vorgelegt werde, und von der Tatsache, dass die Kommission im Bereich der Umstrukturierung einseitig alle Anforderungen an sie stellen könne, die sie für richtig halte. Dieser neue Plan beruhte auf den Forderungen der Kommission und sah verschiedene Veräußerungen von Vermögenswerten vor, die zu einer Verringerung der Bilanzsumme von ING um mehr als das Doppelte des zuvor vorgeschlagenen Werts führte. Als andere Möglichkeit gegenüber der Veräußerung ihrer Beteiligungen an den drei Geschäftseinheiten, die die Kommission ins Auge gefasst hatte, zog ING in Erwägung, ihre in den USA tätige Geschäftseinheit und eine andere Geschäftseinheit, die ihre wichtigste Versicherungstätigkeit in den Niederlanden bildete, zu veräußern.

- 21 Am 15. August 2009 teilte DNB der Kommission mit, dass sich für ING aus der von der Kommission vorgeschlagenen Veräußerung der in den Niederlanden tätigen Bank aufsichtsrechtliche Konsequenzen ergäben, aufgrund deren es höchst unwahrscheinlich sei, dass ING von ihr eine Erklärung erhalte, dass sie hierzu keine Einwände habe.
- 22 Am 18. August 2009 übermittelte der niederländische Staat ING die Kopie einer E-Mail, die Frau N. Kroes, die als Mitglied der Kommission für Wettbewerbsfragen zuständig war, an ihn gesandt hatte und in der Frau Kroes ausführte, wie ein aus ihrer Sicht zufriedenstellendes Ergebnis erreicht werden könne. Erstens war sie der Auffassung, dass „ING hinsichtlich der Verfahren der Prüfung staatlicher Beihilfen nicht als grundsätzlich gesunde Bank angesehen werden kann“, da ING Beihilfe in Form einer Rekapitalisierung und einer Entlastungsmaßnahme für wertgeminderte Vermögenswerte erhalten habe, die über 2 % ihrer risikogewichteten Vermögenswerte (risk weighted assets, im Folgenden: RWA) entspreche. Zweitens wies sie auf die Differenzen hin, die noch zwischen den Beteiligten hinsichtlich der Bewertung des sogenannten Alt-A-Portfolios und der dem niederländischen Staat zu gewährenden Vergütung bestünden. Drittens müssten bezüglich des Umstrukturierungsplans noch Fortschritte gemacht werden. Insoweit gehe der Vorschlag, dass ING ihre wichtigste Versicherungstätigkeit in den Niederlanden aufgeben werde, in die richtige Richtung, es müsse jedoch mehr getan werden. Im Wesentlichen gehe es u. a. um die Notwendigkeit, die Wettbewerbsverzerrungen auf dem niederländischen Markt des Privatkundenbankgeschäfts zu beseitigen. Insoweit gebe es angesichts der sehr starken Position von ING auf diesem Markt, der konzentriert sei, keine andere Lösung, als in einem erheblichen Umfang Vermögenswerte zu veräußern, um den Eintritt eines neuen Marktteilnehmers rentabel zu machen. Schließlich wies sie darauf hin, dass „keine positive Entscheidung bis Ende September fallen kann, wenn in dieser Woche nicht sichere Fortschritte erzielt werden“.
- 23 Am 21. August 2009 sandte die für Wettbewerbsfragen zuständige Kommissarin ein Schreiben an DNB, in dem sie dieser in Beantwortung ihres Schreibens vom 31. Juli 2009 mitteilte, dass die Gewährleistung der Finanzstabilität für die Kommission besonders wichtig sei und dass die von den Aufsichtsbehörden hierzu geäußerten Standpunkte berücksichtigt würden. Bezüglich der Bewertung der Umstrukturierungsmaßnahmen wies sie jedoch darauf hin, dass die Kommission über eine ausschließliche Zuständigkeit verfüge, um die Auswirkungen dieser Maßnahmen auf den Gemeinsamen Markt zu bemessen. Schließlich teilte sie mit, die Stellungnahme von DNB zur Sache C 10/09 (ex N 138/09) zur Kenntnis genommen zu haben.
- 24 Am 1. September 2009 legte das Königreich der Niederlande der Kommission ein Wirtschaftsgutachten über den Wettbewerb auf dem niederländischen Markt des Privatkundenbankgeschäfts und des Versicherungsgeschäfts vor, das auf der Grundlage neuer Daten erstellt wurde und nach Ansicht seiner Verfasser die Aussage bestätigte, dass der Markt des Privatkundenbankgeschäfts, obwohl er relativ konzentriert sei, wettbewerbsorientiert und effizient sei.
- 25 Am 8. September 2009 unterbreitete das Königreich der Niederlande nach Gesprächen mit der Kommission einen anderen Veräußerungsvorschlag für den Bereich des Privatkundenbankgeschäfts in den Niederlanden. Anstelle der in den Niederlanden tätigen Bank werde ING eine Hypothekenbank, die Westland Utrecht Hypotheekbank (im Folgenden: WUH), und die gesamte Geschäftstätigkeit von Interadvies, einer ihrer Geschäftseinheiten unter dem Dach der Nationale Nederlanden, veräußern. Mit E-Mail vom 14. September 2009 wies die Kommission das Königreich der Niederlande darauf hin, dass dieser Vorschlag aus ihrer Sicht völlig unzureichend sei.
- 26 Am 15. September 2009 verlängerte die Kommission die Genehmigung für die Entlastungsmaßnahme (vierter Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).

- 27 Am 25. September 2009 sandte DNB ein Schreiben an die Kommission, in dem sie dieser die Gründe darlegte, die es ihr als Aufsichtsbehörde über die Finanztätigkeiten von ING erlaubten, den Schluss zu ziehen, dass dieses Unternehmen sowohl vor als auch nach dem Erhalt der vom Königreich der Niederlande gewährten Beihilfe finanziell rentabel gewesen sei. Diese Präzisierung erschien ihr erforderlich, da sie vermeiden wollte, dass sich die Kommission zu dieser Frage im Rahmen einer Prüfung bezüglich der Wettbewerbsregeln in unglücklicher Weise äußere.
- 28 Am 6. Oktober 2009 sandte die für Wettbewerbsfragen zuständige Kommissarin eine E-Mail an ING, u. a. um den Stand der Diskussionen um den Umstrukturierungsplan festzuhalten. Hierbei schlug sie mehrere Optionen zur Erreichung einer Lösung vor, u. a. die Erhöhung der Vergütung des niederländischen Staates als Gegenleistung zur Entlastungsmaßnahme oder die Veräußerung einer in Deutschland tätigen Geschäftseinheit von ING zusätzlich zu der Veräußerung von WUH/Interadvies. Schließlich wies sie darauf hin, dass die Kommission, wenn ING das Verfahren nicht ernst nehme, keine andere Wahl habe, als ein eingehendes Untersuchungsverfahren zu eröffnen, und dass ING damit „ihre Chance verpasst“ hätte.
- 29 Am 12. Oktober 2009 reichte ING über das Königreich der Niederlande einen weiteren Umstrukturierungsplan ein. Zwar wird in diesem Plan auf die abweichende Auffassung von ING zu mehreren Aspekten hingewiesen und hervorgehoben, dass ING insbesondere für den inländischen Markt keine weiteren Desinvestitionsmaßnahmen vorschlagen wolle, gleichwohl wird darin mehrfach auf die Vorschläge Bezug genommen, die das für Wettbewerbsfragen zuständige Kommissionsmitglied in der E-Mail vom 6. Oktober 2009 unterbreitet hat. Insbesondere waren in diesem Plan verschiedene Veräußerungen, die zu einer Verringerung der Bilanzsumme von ING um 45 %, d. h. um nahezu das Dreifache dessen, was in dem am 12. Mai 2009 vorgelegten Umstrukturierungsplan vorgeschlagen worden war, führen sollten, ein Übernahmeverbot und Verhaltensverpflichtungen, wie sie die Kommission verlangt hatte, vorgesehen.
- 30 Am 16. Oktober 2009 forderte die Kommission ING und DNB auf, ihre am 10. August 2009 im Rahmen des Verfahrens nach Art. 88 Abs. 2 EG (Sache C 10/09, ex N 138/09) eingereichten Stellungnahmen zurückzunehmen.
- 31 Am 21. Oktober 2009 sandte ING ein Schreiben an die Kommission, in dem sie sich einverstanden erklärte, die oben genannte Stellungnahme auf die Aufforderung der Kommission hin zurückzunehmen, um dieser zu ermöglichen, bis 18. November 2009 eine endgültige Entscheidung zu den oben in Randnr. 3 genannten Beihilfemaßnahmen zu erlassen. Sie hob in diesem Schreiben jedoch hervor, dass sie weiterhin der Ansicht sei, dass die Kosten der Entlastungsmaßnahmen zutreffend bewertet worden seien. Die Kommission erwiderte darauf in einer E-Mail, dass sie kein Schreiben von ING akzeptieren könne, aus dem hervorgehe, dass sie die Rücknahme der Stellungnahme verlangt habe. Sie präziserte, dass sie ein Schreiben benötige, aus dem sich lediglich ergebe, dass ING ihre Stellungnahme zurücknehme, weil eine solche Stellungnahme angesichts der Einigung und der erwarteten Entscheidung nicht mehr relevant sei („We need a letter that simply states that ING is withdrawing its observations because they are [no] longer valid in view of the settlement and the expected decision“). Abschließend wies sie darauf hin, dass in Bezug auf das Entscheidungsverfahren nichts unternommen werde, bevor sie nicht ein solches Schreiben erhalten habe („Once again, I will not start the decision process before I have not [sic] received such a letter“). Auf diese E-Mail hin übersandte ING ein neues Schreiben mit Datum vom 21. Oktober 2009, um den Erwartungen der Kommission zu entsprechen.
- 32 Am selben Tag sandte DNB ebenfalls ein Schreiben an die Kommission, in dem sie sich einverstanden erklärte, ihre Stellungnahme auf deren Aufforderung hin zurückzunehmen, soweit die Kommission die Rücknahme für notwendig erachte, um ihr zu ermöglichen, hinsichtlich der Kapitalzuführung und der Stützungsfazilität für „illiquide Vermögenswerte“ rechtzeitig zu einer Lösung zu gelangen. Sie sei bereit, die in ihrer Stellungnahme dargelegten Argumente zurückzunehmen, obwohl sie diese weiterhin vertrete, da dadurch die Ungewissheit beendet werden könne, der sich ING gegenübersehe, und dies daher im Interesse der Finanzstabilität liege. Am folgenden Tag sandte DNB der Kommission auf deren entsprechende Aufforderungen hin erneut ein Schreiben, aus dem nunmehr hervorging, dass sie ihre Stellungnahme zurücknehme, ohne dass dabei erwähnt wurde, dass diese Rücknahme von der Kommission gefordert worden war und ohne Bezugnahme auf das „Interesse der Finanzstabilität“.
- 33 Am 22. Oktober 2009 reichte das Königreich der Niederlande den revidierten Umstrukturierungsplan für ING ein. Zu diesem Zeitpunkt wurde der Kommission auch eine Änderung der oben in Randnr. 4 genannten Rückzahlungsbedingungen (im Folgenden: Änderung der Rückzahlungsbedingungen) mitgeteilt.

- 34 In der Folge kam es mehrfach zu einem Austausch zwischen der Kommission und ING, u. a. zu den Gesichtspunkten, die im Rahmen der neuen Rückzahlungsbedingungen berücksichtigt wurden, sowie zum materiellen Charakter und zur geografischen Reichweite des von der Kommission gewünschten Verbots der Preisführerschaft.
- 35 Am 6. November 2009 um 4.12 Uhr morgens übermittelte die Kommission dem Königreich der Niederlande und ING einen Entwurf, der den ersten Teil der Entscheidung betraf, deren Erlass sie beabsichtigte, und bat sie, die darin genannten Daten bis 10 Uhr zu überprüfen. Dieser Entwurf enthielt 92 Erwägungsgründe und bezog sich auf die Nrn. 1 bis 4 der späteren angefochtenen Entscheidung, die das Verfahren, den Sachverhalt, die Darstellung des Umstrukturierungsplans und die Gründe für die Eröffnung des Verfahrens betrafen. Im 30. Erwägungsgrund dieses Entwurfs, dem späteren 34. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung, wurde zunächst auf die vom Königreich der Niederlande mitgeteilte Änderung der Vereinbarung über die Rückzahlung hingewiesen und dann ausgeführt, dass „[d]a ING normalerweise eine Vorfälligkeitsentschädigung von 2,5 Mrd. EUR entrichten müsste, ... diese Änderung für ING einen zusätzlichen Vorteil mit sich bringen [würde], der je nach Marktpreis der ING-Aktien zwischen 1,79 Mrd. EUR und 2,2 Mrd. EUR liegen würde“ und dass „[d]ie Niederlande ... erklärt [haben], durch diese Änderung sollten für ING ähnliche Exitbedingungen geschaffen werden, wie sie SNS und Aegon bei den von den Niederlanden gewährten Kapitalzuführungen gewährt worden waren“.
- 36 Mit E-Mail vom 6. November 2009, die um 8.45 Uhr morgens abgeschickt wurde, teilte ING der Kommission mit, dass die für eine Antwort vorgegebene Frist schwer einzuhalten sei, um ein 23-seitiges Dokument zu überprüfen, und fragte, ob hinsichtlich der Uhrzeit, bis zu der die Anmerkungen formuliert sein müssten, etwas Flexibilität möglich sei. Mit E-Mail vom selben Tag, die um 11.02 Uhr vormittags abgeschickt wurde, teilte ING der Kommission mit, dass sie die Erstellung ihrer Anmerkungen fast abgeschlossen habe und dass diese in Kürze versendet würden. Sie wies jedoch darauf hin, dass ein Vorschlag, den die Kommission in Bezug auf die Verpflichtung im Bereich der Preisführerschaft gemacht habe, von den Verantwortlichen noch immer nicht angenommen worden und noch Gegenstand interner Diskussionen sei. Mit E-Mail vom selben Tag, die um 11.15 Uhr abgeschickt wurde, antwortete die Kommission, dass sie weiterhin den Anmerkungen von ING entgegen sehe, und stellte klar, dass sie habe wissen wollen, ob der übermittelte Entwurf in tatsächlicher Hinsicht Fehler enthalte, und nicht um Anmerkungen zum vorgeschlagenen Text gebeten habe, auch wenn sie diese Anmerkungen lesen werde.
- 37 Im Lauf des Tages übermittelte ING der Kommission ihre Anmerkungen; die Kommission antwortete, dass die meisten von ihnen keine Fehler in tatsächlicher Hinsicht beträfen, sondern Vorschläge für eine Neuformulierung seien. Sie bat zudem um nähere Angaben zu einigen Anmerkungen von ING; diese antwortete mit einer E-Mail, die am 6. November 2009 um 19.37 Uhr gesendet wurde.
- 38 Am 18. November 2009 erließ die Kommission die angefochtene Entscheidung.

3. *Inhalt der angefochtenen Entscheidung*

- 39 Ungeachtet des Titels der angefochtenen Entscheidung, in dem nur die zweite Beihilfemaßnahme genannt ist (Sache N 138/09), äußert sich die Kommission in dieser Entscheidung auch zu der Beihilfe, die in Form einer Kapitalzuführung gewährt wurde (Sache N 528/09) (vgl. u. a. Erwägungsgründe 1, 32 bis 35, 97 bis 100, 133 und 156 sowie Art. 2 Abs. 1 und 2 der angefochtenen Entscheidung), und zu der Beihilfe, die in Form von Garantien für mittelfristige Verbindlichkeiten gewährt wurde, die mit den Entscheidungen der Kommission über die niederländische Kreditgarantieregung genehmigt worden waren (Sachen N 524/08 und N 379/09).
- 40 Zu den Garantien, die das Königreich der Niederlande im Rahmen der dritten Beihilfemaßnahme gewährt hat, wird in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass diese unter die niederländische Kreditgarantieregung fielen, die ursprünglich mit der Entscheidung der Kommission vom 30. Oktober 2008 (Sache N 524/08) und dann erneut mit der Entscheidung der Kommission vom 7. Juli 2009 (Sache N 379/09) genehmigt worden sei (fünfter Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung).
- 41 Im einleitenden Teil der angefochtenen Entscheidung weist die Kommission darauf hin, dass sie den Mitgliedstaaten und den anderen Beteiligten entsprechend den Vorgaben des EG-Vertrags die Möglichkeit eingeräumt habe, Stellung zu nehmen. Sie nimmt insoweit auf die Eröffnungsentscheidung Bezug (siehe oben, Randnr. 13) und stellt fest, dass keine Stellungnahmen Beteiligter eingegangen seien.

42 Unter Nr. 2 („Sachverhalt“) schildert die Kommission die Kapitalzuführung und die Änderung der Rückzahlungsbedingungen in den Erwägungsgründen 33 bis 35 der angefochtenen Entscheidung wie folgt:

„(33) Der Ausgabepreis für die Zuführung des Core-Tier-1-Kapitals in Höhe von 10 Mrd. EUR belief sich auf 10 EUR pro Wertpapier. Diese Wertpapiere können auf Initiative von ING entweder zum Stückpreis von 15 EUR (d. h. mit einem Rückzahlungssagio von 50 % auf den Ausgabepreis) zurückgekauft werden oder nach drei Jahren 1 zu 1 in Stammaktien umgewandelt werden. Sollte ING sich für die Umwandlung entscheiden, können die Niederlande stattdessen für die Rückzahlung der Wertpapiere zu einem Stückpreis von 10 EUR plus Stückzinsen optieren. Die Niederlande erhalten nur dann eine Kuponzahlung, wenn für die Stammaktien Dividenden ausgeschüttet werden.

(34) Im Rahmen des Umstrukturierungsplans haben die Niederlande eine Änderung der Vereinbarung über die Rückzahlung der Tier-1-Wertpapiere durch ING vorgelegt. Nach den geänderten Bestimmungen kann ING bis zu 50 % der Core-Tier-1-Wertpapiere zum Ausgabepreis (10 EUR) zurückkaufen, zu dem noch die auf der Basis des Jahreskupons von 8,5 % errechneten Stückzinsen (rund 253 Mio. EUR) und, sollten die ING-Aktien zu einem Preis von mehr als 10 EUR gehandelt werden, eine Vorfälligkeitsentschädigung hinzukommen. Die Vorfälligkeitsentschädigung steigt mit dem Preis der ING-Aktien. Für die Zwecke der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung wurde für die Erhöhung des Aktienpreises eine Obergrenze von 12,45 EUR festgelegt. Bei dieser Höhe beträgt die Entschädigung 13 % jährlich. Die Vorfälligkeitsentschädigung könnte bis zu 705 Mio. EUR betragen, sollten die 5 Mrd. EUR 400 Tage nach dem Ausgabedatum zurückgezahlt werden. Die Untergrenze der Entschädigung liegt bei 340 Mio. EUR, wodurch für die Niederlande ein interner Zinsfuß von mindestens 15 % gewährleistet ist. Da ING normalerweise eine Vorfälligkeitsentschädigung von 2,5 Mrd. EUR entrichten müsste, würde diese Änderung für ING einen zusätzlichen Vorteil mit sich bringen, der je nach Marktpreis der ING-Aktien zwischen 1,79 Mrd. EUR und 2,2 Mrd. EUR liegen würde. Die Niederlande erklärten, durch diese Änderung sollten für ING ähnliche Exitbedingungen geschaffen werden, wie sie SNS und Aegon bei den von den Niederlanden gewährten Kapitalzuführungen gewährt worden waren. Diese Bedingungen für eine etwaige Vorfälligkeitsentschädigung können nur bei der Rückzahlung von 5 Mrd. EUR (d. h. von 50 % der ursprünglichen Kapitalzuführung) Anwendung finden.

(35) ING kann sich zu einem Zeitpunkt vor dem 31. Januar 2010 für die Wahrnehmung der Rückkaufoption entscheiden, doch diese Frist kann mit Zustimmung der Niederlande aufgrund außergewöhnlicher Umstände auf dem Markt bis zum 1. April 2010 verlängert werden, wenn ING nachweisen kann, dass es wirtschaftlich nicht machbar war, genügend Core-Tier-1-Kapital für den Rückkauf der 5 Mrd. EUR früher aufzunehmen. Eine solche Verlängerung bedürfte der Genehmigung der Kommission. ING möchte die Rückkaufoption vor dem 1. Januar 2010 in Anspruch nehmen. Die Rückzahlungs- und Umwandlungsoptionen für die restlichen 50 % sind unverändert.“

43 Im Rahmen ihrer Beurteilung der Beihilfe am Maßstab von Art. 87 Abs. 1 EG führt die Kommission unter Nr. 5.1 („Vorliegen einer Beihilfe“) in den Erwägungsgründen 97 bis 99 der angefochtenen Entscheidung aus:

„(97) Die Kommission hat bereits in der Eröffnungsentscheidung festgehalten, dass es sich bei der Rekapitalisierung von ING um eine staatliche Beihilfe in Höhe des zugeführten Kapitals, d. h. 10 Mrd. EUR, handelt.

(98) Die Änderung des Rückzahlungssagios stellt insofern ebenfalls eine Beihilfemaßnahme dar, als der Staat auf sein Recht auf die Erzielung von Einnahmen verzichtet. Da ING einem Rückzahlungssagio von 150 % bereits zugestimmt hat, ist jegliche Senkung in der Tat gleichbedeutend mit einem Verzicht der Niederlande auf Einnahmen. Die Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des von den Niederlanden zugeführten Kapitals stellt einen zusätzlichen Vorteil für ING dar. Der Wert dieser Beihilfemaßnahme beläuft sich, wie in Erwägungsgrund 34 dargelegt, auf etwa 2 Mrd. EUR.

(99) In Bezug auf die Entlastungsmaßnahme hat die Kommission bereits in der Eröffnungsentscheidung festgestellt, dass es sich dabei um eine Beihilfe handelt. Der sich aus [dieser Maßnahme] ergebende Beihilfebetrag wird berechnet als die Differenz zwischen dem Übertragungspreis (ausgehend vom tatsächlichen wirtschaftlichen Wert) und dem Marktpreis des übertragenen Portfolios. ... Entsprechend ergibt sich eine Differenz zwischen Übertragungs- und Marktpreis für das übertragene Portfolio von 6,5 Mrd. USD, was etwa 5,0 Mrd. EUR entspricht. Die Höhe der Beihilfe im Zusammenhang mit der Entlastungsmaßnahme wird daher auf 5 Mrd. EUR angesetzt.“

- 44 Anschließend prüfte die Kommission, wie die fraglichen Beihilfen innerhalb von ING verteilt wurden, um ihre Höhe unter Berücksichtigung der RWA von ING zu bewerten.

„(100) Die Kapitalzuführung in Höhe von 10 Mrd. EUR wurde ursprünglich innerhalb der Gruppe folgendermaßen zugeteilt: 5 Mrd. EUR für ING Bank, 4 Mrd. EUR für ING [Verzekeringen] und 1 Mrd. EUR für die Holding. ING hat die Möglichkeit, die Mittel aus der Kapitalzuführung jederzeit zwischen ING Bank, ING [Verzekeringen] und der Holding umzuverteilen.

(101) Die im Rahmen der Entlastungsmaßnahme auf die Niederlande übertragenen Cash-Flows deckten zu 85 % von ING Bank gehaltene Vermögenswerte und zu 15 % von ING [Verzekeringen] gehaltene Vermögenswerte ab. Der Gesamtbeihilfebetrug im Rahmen der Entlastungsmaßnahme (5 Mrd. EUR) verteilt sich daher wie folgt: 4,25 Mrd. EUR sind ING Bank und 0,75 Mrd. EUR ING [Verzekeringen] zuzurechnen.

(102) Somit ergeben sich folgende Gesamtbeihilfebeträge: 9,25 Mrd. EUR für ING Bank (entspricht 2,7 % der [RWA] von ING Bank), 4,75 Mrd. EUR für ING [Verzekeringen] (entspricht 50 % der Anforderungen in Bezug auf die Solvabilitätsspanne für ING [Verzekeringen]) und 1 Mrd. EUR für die Holding.

(103) Der Einfachheit halber und um die Begriffe aus der Mitteilung über die Behandlung wertgeminderter Aktiva zu verwenden, kann der Gesamtumfang des staatlichen Engagements auch im Verhältnis zu den [RWA] von ING Bank allein ausgedrückt werden. Diese beiden Maßnahmen und die Maßnahme in Form der Senkung des Rückzahlungsagios in Höhe von 2 Mrd. EUR ergeben eine Beihilfe von rund 17 Mrd. EUR, was etwa 5 % der [RWA] von ING Bank entspricht.“

- 45 Um die Beurteilung des Vorliegens einer Beihilfe abzuschließen, führt die Kommission im 106. Erwägungsgrund unter Berücksichtigung aller Beihilfemaßnahmen, die ING gewährt wurden, aus:

„(106) Insgesamt wird ING folglich Umstrukturierungshilfen in Form von Liquiditätsgarantien im Umfang von bis zu [12 bis 22] Mrd. EUR und andere Beihilfen in Höhe von etwa 17 Mrd. EUR erhalten, was etwa 5 % der [RWA] der Bank entspricht.“

- 46 Als Ergebnis ihrer Prüfung der Maßnahmen zugunsten von ING hält die Kommission in den Erwägungsgründen 155 bis 157 der angefochtenen Entscheidung fest:

„(155) Erstens wird der Schluss gezogen, dass die Entlastungsmaßnahme angesichts der von den Niederlanden am 20. Oktober 2009 vorgelegten Änderungen mit der Mitteilung über die Behandlung wertgeminderter Aktiva im Einklang steht und daher nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b [EG] für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden sollte.

(156) Die zweite Schlussfolgerung lautet, dass die Umstrukturierungsmaßnahmen ING in die Lage versetzen, ihre langfristige Rentabilität wiederherzustellen, dass sie im Hinblick auf die Lastenverteilung ausreichend sind und dass sie in Bezug auf die Kompensierung der wettbewerbsverfälschenden Auswirkungen der in Rede stehenden Beihilfemaßnahmen angemessen und verhältnismäßig sind. Der vorgelegte Umstrukturierungsplan erfüllt die Kriterien der Umstrukturierungsmittteilung und sollte daher nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b [EG] als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar betrachtet werden. Die bereits gewährten Kapitalzuführungsmaßnahmen und Garantien können daher im Einklang mit dem Umstrukturierungsplan verlängert werden. Die mit der Entscheidung N 528/08 auferlegten vorübergehenden Bilanzsummenbeschränkungen sollten jedoch aufgehoben werden.

(157) Drittens wird der Schluss gezogen, dass auch die im Rahmen des Umstrukturierungsplans dargelegten zusätzlichen Beihilfemaßnahmen, also die Änderung der Bedingungen für den Rückkauf der Core-Tier-1-Wertpapiere von den Niederlanden und die vorgesehenen Haftungsgarantien, nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b [EG] für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden sollten, da im Umstrukturierungsplan umfangreiche Maßnahmen zur Begrenzung von Marktverzerrungen enthalten sind und die Beihilfe dem Empfänger dabei hilft, seine Rentabilität zu steigern. Dies gilt auch für die Beihilfe, die sich aus den geänderten Bedingungen für die Rückzahlung des von den Niederlanden gewährten Kapitals ergibt.“

- 47 Daher stellt die Kommission in Art. 2 Abs. 1 der angefochtenen Entscheidung fest, dass „[d]ie ING von den Niederlanden gewährte Umstrukturierungsbeihilfe ... eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 [EG] dar[stellt]“, und in Art. 2 Abs. 2 der angefochtenen Entscheidung, dass diese Beihilfe „[v]orbehaltlich der

in Anhang II aufgeführten Verpflichtungszusagen ... mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar [ist]“.

- 48 Aus Anhang II ergibt sich, dass verschiedene Verpflichtungszusagen erfüllt werden müssen:
- Die Bilanzsumme von ING muss bis Ende 2013 um 45 % gegenüber der am 30. September 2008 festgestellten Bilanzsumme reduziert werden (d. h. eine Reduzierung um 616 Mrd. Euro gegenüber 1 376 Mrd. Euro [vgl. 54. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung]). Hierzu muss ING ihre Versicherungssparte, ING Direct US und weitere Geschäftseinheiten (vgl. 57. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung) nach einem Zeitplan veräußern, der als Etappen Ende 2011, Ende 2012 und schließlich Ende 2013 vorsieht, mit einer Reduzierung der Bilanzsumme um insgesamt 20 % bis Ende 2011, 30 % bis Ende 2012 und 45 % bis Ende 2013. Auf Antrag der Niederlande kann die Kommission eine Verlängerung der letzten Frist gewähren.
 - Das Königreich der Niederlande sagt zu, dass ING für drei Jahre ab dem Datum der Entscheidung oder bis zur vollständigen Rückzahlung der Wertpapiere auf Übernahmen verzichten wird. Die Kommission kann eine Übernahme genehmigen, wenn dies für die Wahrung der Finanzstabilität oder zum Schutz des Wettbewerbs auf den betreffenden Märkten erforderlich ist.
 - Das Königreich der Niederlande sagt zu, dass ING sich an einen Verzicht auf die Preisführerschaft halten wird. Ohne vorherige Genehmigung der Kommission wird ING auf bestimmten Märkten für bestimmte Produkte keine günstigeren Tarife anbieten als die drei direkten Wettbewerber, die die günstigsten Tarife bieten. Sofern nicht die Kommission eine entsprechende Genehmigung erteilt hat, verzichtet ING Direct ebenfalls für bestimmte Preise und auf bestimmten Märkten auf die Preisführerschaft. Diese Verpflichtungszusagen gelten für drei Jahre ab dem Datum der Entscheidung oder bis zur vollständigen Rückzahlung der Wertpapiere.
 - Das Königreich der Niederlande macht eine Reihe detaillierter Verpflichtungszusagen betreffend ING, u. a. hinsichtlich der Ausgliederung von WUH/Interadvies, der Wiederherstellung der Rentabilität, des Aufschiebs von Kuponzahlungen, des Rückkaufs von Wertpapieren der sogenannten Kategorien 1 und 2 und Einschränkungen hinsichtlich ihrer Vergütungspolitik und ihres Marketings.
 - Die Niederlande sagen zu, dass die Umstrukturierung von ING bis spätestens Ende 2013 vollständig abgeschlossen sein wird.
- 49 Im Übrigen stellt die Kommission in Art. 1 Abs. 1 der angefochtenen Entscheidung fest, dass „[d]ie von den Niederlanden für das sogenannte Alt-A-Portfolio von ING gewährte Entlastungsmaßnahme ... eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 [EG] dar[stellt]“, und in Art. 2 Abs. 2 der angefochtenen Entscheidung, dass diese Beihilfe „[v]orbehaltlich der in Anhang I aufgeführten Verpflichtungszusagen ... mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar [ist]“.

Verfahren und Anträge der Beteiligten

- 50 Mit Klageschrift, die am 28. Januar 2010 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat das Königreich der Niederlande Klage in der Rechtssache T-29/10 erhoben.
- 51 Mit Klageschrift, die am selben Tag bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat ING Klage in der Rechtssache T-33/10 erhoben.
- 52 Mit besonderen Schriftsätzen, die gleichzeitig mit diesen Klageschriften eingereicht worden sind, haben das Königreich der Niederlande und ING, soweit sie jeweils betroffen sind, beantragt, im beschleunigten Verfahren zu entscheiden und die Rechtssachen im Interesse der Durchführung dieses Verfahrens zu verbinden.
- 53 Am 16. Februar 2010 hat die Kommission zu diesen Anträgen Stellung genommen und den Anträgen auf Entscheidung im beschleunigten Verfahren und auf Verbindung widersprochen.
- 54 Mit Entscheidung vom 5. März 2010 hat das Gericht (Dritte Kammer) die Anträge auf Entscheidung im beschleunigten Verfahren zurückgewiesen. Am selben Tag hat der Präsident des Gerichts auf Antrag der Dritten Kammer angeordnet, diese Rechtssachen gemäß Art. 55 § 2 Satz 1 der Verfahrensordnung des Gerichts mit

Vorrang zu entscheiden.

- 55 Mit Beschluss des Präsidenten der Dritten Kammer des Gerichts vom 15. März 2010 sind die Rechtssachen T-29/10 und T-33/10 zu gemeinsamem schriftlichen und mündlichen Verfahren verbunden worden.
- 56 Am 23. April 2010 hat DNB beantragt, in der Rechtssache T-33/10 als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge von ING zugelassen zu werden.
- 57 Mit Beschluss vom 14. Juli 2010 hat das Gericht (Dritte Kammer) DNB als Streithelferin zugelassen, und diese konnte am 30. August 2010 ihre Stellungnahme abgeben.
- 58 Im Zuge einer Änderung der Besetzung der Kammern des Gerichts ist der Berichterstatter der Ersten Kammer zugeteilt worden, der die vorliegende Rechtssache deshalb zugewiesen worden ist. Da ein Mitglied der Ersten Kammer an der Teilnahme gehindert war, hat der Präsident des Gerichts gemäß Art. 32 § 3 der Verfahrensordnung einen anderen Richter bestimmt, durch den die Kammer ergänzt worden ist.
- 59 Auf Bericht des Berichterstatters hat das Gericht (Erste Kammer) beschlossen, das mündliche Verfahren zu eröffnen, und die Parteien im Rahmen prozessleitender Maßnahmen aufgefordert, eine Reihe von Fragen zu beantworten, die zum einen den in Art. 2 Abs. 1 der angefochtenen Entscheidung verwendeten Begriff „Umstrukturierungsbeihilfe“ und zum anderen den Inhalt der Anträge des Königreichs der Niederlande und von ING betreffen (im Folgenden: schriftliche Fragen).
- 60 Die Beteiligten haben auf die schriftlichen Fragen am 18. Mai 2011 geantwortet.
- 61 Im Rahmen prozessleitender Maßnahmen hat das Gericht die Beteiligten darauf hingewiesen, dass sie in der mündlichen Verhandlung die Möglichkeit haben würden, zu diesen Antworten, insbesondere zu bestimmten Punkten, auf die die Kommission bzw. das Königreich der Niederlande, ING und DNB besonders hingewiesen worden sind, Stellung zu nehmen.
- 62 Die Beteiligten haben in der Sitzung vom 12. Juli 2011 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet.
- 63 In Anbetracht der Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten (siehe oben, Randnrn. 52 und 53) hat das Gericht beschlossen, die vorliegenden Rechtssachen gemäß Art. 50 der Verfahrensordnung zu gemeinsamer Entscheidung zu verbinden.
- 64 In der Rechtssache T-29/10 beantragt das Königreich der Niederlande,
- Art. 2 Abs. 1 der angefochtenen Entscheidung für nichtig zu erklären, der u. a. auf die im 98. Erwägungsgrund dieser Entscheidung dargelegte Feststellung gestützt ist, dass die Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des von den Niederlanden zugeführten Kapitals eine zusätzliche Beihilfe für ING darstelle, die sich auf etwa 2 Mrd. Euro belaufe;
 - der Kommission die Kosten aufzuerlegen.
- 65 Die Kommission beantragt,
- die Klage abzuweisen;
 - dem Königreich der Niederlande die Kosten aufzuerlegen.
- 66 In der Rechtssache T-33/10 beantragt ING, unterstützt durch DNB,
- die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären, soweit die Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des zugeführten Kapitals als zusätzliche Beihilfe in Höhe von 2 Mrd. Euro angesehen wird;
 - die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären, soweit die Kommission die Genehmigung dieser Beihilfe, wie in der Entscheidung und ihrem Anhang II ausgeführt, davon abhängig gemacht hat, dass die Verbote der Vorgabe des geringsten Preises akzeptiert werden;

- die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären, soweit die Kommission die Genehmigung der Beihilfe von Umstrukturierungsanforderungen abhängig gemacht hat, die über das hinaus gehen, was gemäß der Umstrukturierungsmitteilung der Kommission geeignet und erforderlich ist;
 - der Kommission die Kosten aufzuerlegen.
- 67 Die Kommission beantragt,
- die Klage als teilweise unzulässig und teilweise unbegründet abzuweisen;
 - hilfsweise, die Klage als unbegründet abzuweisen;
 - ING die Kosten aufzuerlegen.
- 68 Was das Vorbringen zur Zulässigkeit betrifft, stellt die Kommission nicht die Zulässigkeit des ersten Antrags von ING in Abrede, der auf die Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung gerichtet ist, soweit die Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des zugeführten Kapitals als zusätzliche Beihilfe in Höhe von 2 Mrd. Euro angesehen wird. Dagegen äußert sie Zweifel daran, dass ING mit ihrem zweiten und ihrem dritten Antrag die ihr auferlegten Verbote der Preisführerschaft und die Anforderungen, die sie bei der Umstrukturierung erfüllen müsse (siehe oben, Randnr. 48), anfechten könne. ING werde mit der angefochtenen Entscheidung gestattet, eine staatliche Beihilfe entgegenzunehmen, für die das Königreich der Niederlande eine Genehmigung beantragt habe, die diesem Staat aufgrund von Verpflichtungszusagen erteilt worden sei, die er abgegeben habe. Gehe man von der Richtigkeit der Definition der Beihilfe aus, erzeuge die angefochtene Entscheidung folglich keine Rechtswirkungen, die den Interessen von ING schaden könnten. ING macht dagegen geltend, dass ihre rechtliche Situation von der angefochtenen Entscheidung betroffen sei, da die staatliche Beihilfe unter Berücksichtigung der im Anhang II der angefochtenen Entscheidung aufgeführten Verpflichtungszusagen für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt und der Inhalt dieser Zusagen von der Kommission vorgeschrieben worden sei, insbesondere bezüglich der Verpflichtung, bestimmte Vermögenswerte zu veräußern oder bestimmte Einschränkungen zu akzeptieren.

Rechtliche Würdigung

- 69 In der Rechtssache T-29/10 stützt das Königreich der Niederlande seinen Nichtigkeitsantrag auf drei Gründe (siehe oben, Randnr. 64). Mit dem ersten wird ein Verstoß gegen Art. 87 EG geltend gemacht, soweit in Randnr. 98 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt werde, dass die Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des von den Niederlanden zugeführten Kapitals eine zusätzliche Beihilfe für ING darstelle, die sich auf etwa 2 Mrd. Euro belaufe. Der zweite stützt sich auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung. Der dritte wird aus einem Verstoß gegen die Begründungspflicht hergeleitet, da die Kommission keine hinreichende Begründung für ihre Ablehnung der Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des zugeführten Kapitals gegeben habe.
- 70 In der Rechtssache T-33/10 macht ING ebenfalls drei Klagegründe geltend, wobei jeder dieser Klagegründe jeweils einem ihrer drei Nichtigkeitsanträge entspricht (siehe oben, Randnr. 66). Der erste, der sich in zwei Teile gliedert, wird zum einen aus einem Verstoß gegen Art. 87 EG hergeleitet, soweit die Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des zugeführten Kapitals in der angefochtenen Entscheidung als zusätzliche Beihilfe angesehen wird, zum anderen aus einem Verstoß gegen den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung und die Begründungspflicht. Der zweite stützt sich auf die Bestimmungen, nach denen einem Unternehmen verboten werden kann, die Preise vorzugeben. Der dritte wird aus einem Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Zusammenhang mit den im Bereich der Umstrukturierung gestellten Anforderungen hergeleitet.
- 71 Die Argumente, die das Königreich der Niederlande in seinen drei Klagegründen zur Stützung seines Nichtigkeitsantrags vorgebracht hat, können mit den Argumenten zusammengefasst werden, die ING in den beiden Teilen ihres ersten Klagegrundes zur Stützung ihres ersten Antrags vorgebracht hat. Alle diese Argumente beziehen sich im Wesentlichen auf die Einstufung als zusätzliche Beihilfe, die die Kommission in der angefochtenen Entscheidung nach der Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des zugeführten Kapitals vorgenommen hat, die das Königreich der Niederlande ihr im Rahmen des Verwaltungsverfahrens mitgeteilt hatte.

- 72 Folglich ist es zweckmäßig, zunächst die vorstehend in Randnr. 71 genannten Argumente zusammenzufassen und gemeinsam zu prüfen. Diese Argumente unterscheiden sich nämlich von den Argumenten, die ING in ihrem zweiten und in ihrem dritten Klagegrund geltend gemacht hat, die einen späteren Gesichtspunkt der Prüfung betreffen, nämlich nicht mehr die Einstufung der Beihilfe im Hinblick auf Art. 87 Abs. 1 EG, sondern das Wesen und den Inhalt der Verpflichtungszusagen, die zu erfüllen sind, damit die Beihilfe auf der Grundlage von Art. 87 Abs. 3 Buchst. b EG mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.

A – Zur Einstufung als zusätzliche Beihilfe

1. Vorbringen der Beteiligten

- 73 Im Wesentlichen machen die Kläger zwei Arten von Argumenten geltend, mit denen die Einstufung als zusätzliche staatliche Beihilfe beanstandet wird, die nach der während des Verfahrens mitgeteilten Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des zugeführten Kapitals vorgenommen wurde. Einige dieser Argumente betreffen die inhaltliche Rechtmäßigkeit und die materiellen Vorschriften, die in Art. 87 Abs. 1 EG verankert sind, insbesondere in Bezug auf den Begriff „Vorteil“, während andere, zum Teil übereinstimmende, die prozessuale Rechtmäßigkeit betreffen und sich auf die Sorgfalts- und die Begründungspflicht stützen, darunter das Recht, angehört oder auch nur informiert zu werden.

a) Zu den Argumenten bezüglich Art. 87 Abs. 1 EG

- 74 Das Königreich der Niederlande und ING tragen vor, die Kommission habe zu Unrecht angenommen, dass die Änderung der Rückzahlungsbedingungen eine zusätzliche staatliche Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG darstelle. Erstens machen die Kläger geltend, dass eine Kapitalzuführung zwar eine Beihilfe in Höhe des Gesamtbetrags des zugeführten Kapitals enthalte, die Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung dieses Kapitals jedoch nicht als zusätzliche staatliche Beihilfe angesehen werden könne. Zweitens weist das Königreich der Niederlande darauf hin, dass die Kommission die Änderung der Rückzahlungsbedingungen bei ihrer Beurteilung der in Form einer Kapitalzuführung gewährten Beihilfe hätte berücksichtigen müssen, da ihr diese Änderung mitgeteilt worden sei, bevor sie die angefochtene Entscheidung erlassen habe. Drittens machen die Kläger geltend, dass die Kommission – angenommen, sie könne die Änderung der Rückzahlungsbedingungen gesondert prüfen – bei ihrer Beurteilung mehrere Fehler begangen habe: Zunächst sei sie zu Unrecht davon ausgegangen, dass ING ohne eine solche Änderung ebenfalls 5 Mrd. Euro vor Fälligkeit zurückgezahlt hätte; ferner habe sie nicht berücksichtigt, dass die Zahlung der im Zeitpunkt der Rückzahlung angefallenen Zinsen nicht mehr von der Auszahlung einer Dividende auf die Stammaktien abhängen; schließlich habe sie das Verhalten der niederländischen Behörden nicht mit dem eines privaten Kapitalgebers verglichen. Viertens tragen die Kläger vor, die Kommission habe in ihrer Argumentation außer Acht gelassen, dass mit der Änderung bezweckt worden sei, die Rückzahlungsbedingungen in Einklang mit den Bedingungen zu bringen, die mit anderen niederländischen Finanzinstituten vereinbart worden seien.

Zur Auswirkung der in der angefochtenen Entscheidung vorgenommenen Beurteilung in Bezug auf den in Form der Kapitalzuführung gewährten Beihilfebetrag

- 75 Als Erstes weisen das Königreich der Niederlande und ING, unterstützt durch DNB, darauf hin, dass eine staatliche Maßnahme eine Beihilfe darstelle, wenn der Begünstigte einen Vorteil erhalte, den er unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Bei einer Kapitalzuführung sei das Kriterium zur Bestimmung des gewährten Vorteils grundsätzlich die Differenz zwischen den Bedingungen, zu denen der Staat das Kapital zugeführt habe und den Bedingungen, zu denen ein privater Kapitalgeber es zugeführt hätte. Nur wenn ausnahmsweise auf dem Markt überhaupt keine Kapitalzuführung hätte erlangt werden können, könne das Beihilfeelement genauso hoch sein wie der Gesamtbetrag des zugeführten Kapitals. Dann wäre die Änderung der Bedingungen, zu denen diese Kapitalzuführung gewährt worden sei, für die Beurteilung des Umfangs der Beihilfe nicht mehr relevant und könnte nicht als zusätzliche staatliche Beihilfe angesehen werden. Im vorliegenden Fall habe die Kommission jedoch in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass die Kapitalzuführung eine Beihilfe in Höhe des gesamten zugeführten Kapitals darstelle. Dieses sei somit als Zuwendung zu werten. Daher dürfe die Kommission nicht davon ausgehen, dass die Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des zugeführten Kapitals, das sie als Zuwendung ansehe, eine „zusätzliche Beihilfe“ darstelle. Der Logik entsprechend müsse die Tatsache, dass das gewährte Kapital zurückgezahlt werden könne, zu der Schlussfolgerung führen, dass der Betrag der bewilligten Beihilfe niedriger sei als der Betrag des zugeführten Kapitals. In Bezug auf die ursprüngliche Entscheidung tragen die Kläger vor, dass mit dieser

Entscheidung lediglich die Rekapitalisierungsmaßnahme vorläufig genehmigt worden sei und dass sich die Kommission in diesem Stadium nicht zur Höhe der Beihilfe geäußert habe, der die Maßnahme der Kapitalzuführung entspreche.

- 76 Nach Ansicht der Kommission impliziert die Frage, ob eine Kapitalzuführung einen Vorteil gewähre, der auf dem Markt nicht hätte erlangt werden können, eine umfassende wirtschaftliche Beurteilung, die nur eingeschränkt überprüfbar sei. Hierzu weist sie darauf hin, dass sich aus der ursprünglichen Entscheidung ergebe, dass die gesamte Kapitalzuführung eine staatliche Beihilfe darstelle. Wie in dieser Entscheidung ausgeführt, habe ING einen Vorteil erhalten, da sie eine solche Finanzierung ohne das Eingreifen des niederländischen Staates insbesondere angesichts der volatilen Situation des Marktes nicht innerhalb vergleichbarer Zeit und zu vergleichbaren Bedingungen hätte erhalten können. Diese Feststellung sei von den Klägern, die keine Klage gegen die ursprüngliche Entscheidung erhoben hätten, nicht in Frage gestellt worden und daher in der angefochtenen Entscheidung nicht vertieft zu behandeln gewesen. Zudem müsse man sich, um beurteilen zu können, ob das Verhalten des Staates wirtschaftlich vernünftig gewesen sei, in den Zeitpunkt versetzen, in dem die Maßnahmen getroffen worden seien. Die neuen Bedingungen für die Rückzahlung des zugeführten Kapitals seien daher mit den im Oktober 2008 zwischen dem niederländischen Staat und ING ursprünglich vereinbarten Rückzahlungsbedingungen zu vergleichen und nicht mit den Marktbedingungen. Da der niederländische Staat auf einen Teil der ursprünglich vereinbarten Vergütung verzichtet habe, sei ING daher in den Genuss eines weiteren Vorteils gekommen.

Zur Notwendigkeit, alle Aspekte der Kapitalzuführung zu prüfen

- 77 Als Zweites macht das Königreich der Niederlande geltend, die Kommission hätte, um die Maßnahme der Kapitalzuführung zu beurteilen, die ihr mitgeteilte Änderung der Rückzahlungsbedingungen berücksichtigen müssen, bevor sie eine endgültige Entscheidung hierzu erlassen habe. Der von der Kommission gewählte Ansatz, wonach es möglich sei, eine geänderte Maßnahme nicht anhand ihrer endgültigen Form, sondern auf der Grundlage eines Vergleichs zwischen den ursprünglichen Rückzahlungsbedingungen und den später geänderten Bedingungen zu bewerten, sei mit Art. 87 Abs. 1 EG nicht vereinbar. Im Übrigen hätte die Kommission, wenn sie der Auffassung gewesen sei, dass die Änderung der Rückzahlungsbedingungen eine gegebenenfalls rechtswidrige zusätzliche Beihilfe darstelle, ein förmliches Prüfverfahren eröffnen müssen, um diese Maßnahme zu bewerten. Statt so vorzugehen, habe die Kommission die Änderung der Rückzahlungsbedingungen jedoch im Rahmen des Verfahrens bezüglich der Kapitalzuführung behandelt.

- 78 Die Kommission weist darauf hin, dass sich das Vorliegen und die Höhe einer Beihilfe im Licht der bei ihrer Gewährung gegebenen und nicht beim Erlass der Entscheidung gegebenen Umstände beurteilen. So habe das Königreich der Niederlande ING im Oktober 2008 einen Vorteil von 10 Mrd. Euro gewährt, was der gesamten zu diesem Zeitpunkt durchgeführten Kapitalzuführung entspreche. Auch im Oktober 2009 habe der niederländische Staat ING erneut eine Vergünstigung gewährt, indem er die im Vorjahr vereinbarten Rückzahlungsbedingungen geändert habe. Die Kommission müsse jede dieser Maßnahmen, mit denen zu verschiedenen Zeitpunkten ein Vorteil gewährt worden sei, einzeln prüfen. Die Kommission räumt ein, dass sie die erste Maßnahme in der ursprünglichen Entscheidung vorläufig genehmigt habe. Diese Vorläufigkeit beziehe sich jedoch nur auf die Genehmigung der Maßnahme, nicht aber auf die Einstufung der Kapitalzuführung als Beihilfe, die seit diesem Stadium endgültig sei. Die ursprüngliche Entscheidung könne außerdem nicht herangezogen werden, um geltend zu machen, dass keine spätere Maßnahme, die hinsichtlich der Kapitalzuführung zugunsten von ING getroffen werde, als zusätzliche Beihilfe angesehen werden könne. Im Übrigen wirke sich der Umstand, dass sie die Änderung der Rückzahlungsbedingungen in dem zur Prüfung der Kapitalzuführung eröffneten Verfahren (Sache N 525/08) behandelt habe, ohne auf einer förmlichen Notifizierung zu bestehen, nicht auf das Vorliegen der beiden Beihilfemaßnahmen aus. Zwar sei es wahrscheinlich, dass die im Rahmen dieser Änderung gewährte Beihilfe als rechtswidrige Beihilfe qualifiziert werden könne, diese Frage brauche jedoch nicht entschieden zu werden. Im vorliegenden Fall habe die Kommission es nicht für notwendig gehalten, ein förmliches Prüfverfahren einzuleiten, da sie der Auffassung gewesen sei, dass die Änderung der Rückzahlungsbedingungen mit der zwischen dem Königreich der Niederlande und ING hinsichtlich der Kapitalzuführung geschlossenen Zeichnungsvereinbarung verknüpft sei. Insoweit sei die angefochtene Entscheidung als Entscheidung, keine Einwände zu erheben, im Sinne des Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 [EG] (ABl. L 83, S. 1) zu verstehen.

Zum Vergleich der Rückzahlungsbedingungen anhand des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers

- 79 Als Drittes macht das Königreich der Niederlande geltend, angenommen, die Kommission könne die Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des zugeführten Kapitals gesondert beurteilen, sei die von der Kommission hierzu vorgenommene Beurteilung in mehrfacher Hinsicht unzutreffend; ING, unterstützt durch DNB, trägt vor, dass die genannte Änderung mit dem Grundsatz des privaten Kapitalgebers im Einklang stehe.
- Zur Prämisse, die der Argumentation der Kommission zugrunde liegt
- 80 Erstens beanstanden die Kläger die Prämisse, die der Argumentation der Kommission zugrunde liegt, wonach ING auch ohne die Änderung der Rückzahlungsbedingungen 5 Mrd. Euro vor Fälligkeit zurückgezahlt hätte. In den Erwägungsgründen 34 und 98 der angefochtenen Entscheidung habe die Kommission nämlich festgestellt, dass die genannte Änderung für ING eine zusätzliche Beihilfe von etwa 2 Mrd. Euro darstelle, die sich aus dem Vergleich der geänderten Bedingungen mit den ursprünglichen Bedingungen ergebe. Auf der Grundlage der ursprünglichen Bedingungen habe ING die Wertpapiere zum Preis von 15 Euro pro Einheit zurückkaufen oder seit November 2011 in Aktien umwandeln können; im letztgenannten Fall habe der Staat für die Rückzahlung des Kaufpreises zuzüglich der Stückzinsen optieren können. Der Staat hätte daher im Fall der Rückzahlung vor Fälligkeit eine Entschädigung von 2,5 Mrd. Euro vereinnahmen können. Angesichts der beträchtlichen Höhe dieser Entschädigung und unter Berücksichtigung der Entwicklung der Aktienkurse sei es jedoch sehr unwahrscheinlich, dass ING das zugeführte Kapital vor Fälligkeit zurückgezahlt hätte, wenn der Staat seine ursprünglichen Bedingungen nicht geändert hätte. ING sei berechtigt gewesen, bis November 2011 zu warten, um die Wertpapiere in Aktien umzuwandeln; hätte der Staat die Umwandlung dann verhindern wollen, wäre die einzig mögliche Lösung gewesen, die Rückzahlung des ursprünglichen Ausgabepreises von 10 Euro zuzüglich der Stückzinsen zu verlangen. Der Staat sei also Gefahr gelaufen, seine Beteiligung langfristig fortbestehen zu sehen, ohne auch nur die geringste Rendite zu erzielen, da die Kuponzahlung von der Auszahlung einer Dividende abhängig sei. Der Ausgangspunkt der Argumentation der Kommission, die zu dem Schluss geführt habe, dass der Staat auf der Grundlage der ursprünglichen Bedingungen etwa 2 Mrd. Euro mehr vereinnahmt hätte, als er unter Anwendung der neuen Bedingungen vereinnahmen werde, sei unrealistisch. Die Kommission habe sich geirrt mit der Behauptung, der Staat habe auf sein „Recht auf die Erzielung von Einnahmen“ verzichtet. Die in der ursprünglichen Vereinbarung vorgesehene Vorfälligkeitsentschädigung von 50 % stelle keinesfalls ein „Recht“ des Staates dar, da ING die Wahl gehabt habe, für diese Lösung zu optieren. Die Prüfung des Kurses der ING-Aktie, der deutlich unter 15 Euro gelegen habe, ergebe jedenfalls klar, dass es für ING weder möglich noch gar angezeigt gewesen sei, 5 Mrd. Euro nach den ursprünglichen Bedingungen vorzeitig zurückzuzahlen.
- 81 Im Übrigen widerlegen die Kläger die Bedeutung der Bezugnahmen auf verschiedene Dokumente, die sie im Verwaltungsverfahren vorlegen konnten. Die Angabe von ING, dass es ihre Priorität sei, einen Weg zu finden, dem niederländischen Staat das Kapital so schnell wie möglich zurückzuzahlen, sei in Beantwortung der Frage der Kommission erfolgt, ob ING beabsichtige, in den nächsten fünf Jahren Übernahmen durchzuführen. Ebenso wenig lasse sich der Umstrukturierungsplan, der der Kommission vorgelegt worden sei, dafür anführen, dass ING auf jeden Fall zu den ursprünglichen Bedingungen zurückgezahlt hätte. Die Hypothese, dass die Beihilfe zu 150 % zurückgezahlt werde, sei darin lediglich zu Planungszwecken in Betracht gezogen worden. Diese Hypothese habe im Übrigen eine Rückzahlung von 150 % des Ausgabepreises Ende 2013, d. h. fünf Jahre nach der Ausgabe, berücksichtigt, was etwas völlig anderes sei als eine Rückzahlung im Jahr 2009. Bei einer Rückzahlung zu 150 % im Jahr 2013 ergäbe sich eine Jahresrendite von 12,4 %, die deutlich niedriger wäre als die Rendite von 15 % bis 21,5 %, die der Staat auf die vorzeitig nach den geänderten Bedingungen zurückgezählten 5 Mrd. Euro erzielen könne. Ein Jahr nach Ausgabe zu 150 % zurückzuzahlen, wäre schlicht und einfach nicht tragbar. Außerdem impliziere die Antwort von ING auf eine Frage der Kommission, in der ING ausführe, dass eine Rückzahlung vor Ende 2010 „möglich sein könnte, wenn sich die wirtschaftliche Lage schneller verbessere als im Referenzfall“, noch immer nicht, dass eine solche Rückzahlung erfolgen werde. ING habe in dieser Antwort zudem präzisiert, dass eine Rückzahlung innerhalb der ersten drei Jahre aufgrund der Beschränkungen wegen Steuerausfalls in den USA, die die Möglichkeit, eine bedeutende Emission durchzuführen oder einen Unternehmensteil zu verkaufen, in diesem Zeitraum einschränkten, ohnehin kaum wahrscheinlich gewesen sei. Auch sei darauf hinzuweisen, dass die Kommission in der ursprünglichen Entscheidung vom Königreich der Niederlande verlangt habe, ihr anzuzeigen, wenn die Rendite des zugeführten Kapitals unter 10 % betrage (vgl. Erwägungsgründe 32 und 67 der ursprünglichen Entscheidung), was deutlich zeige, dass die Kommission gewusst habe, dass das Rückzahlungssagio von 50 % möglicherweise nicht gezahlt werde. Schließlich könne die Kommission nicht vernünftigerweise behaupten, sich auf die Hypothese gestützt zu haben, dass ING ihre Dividendenpolitik beibehalten und daher auch einen Kupon von 8,5 % jährlich

auszahlen werde. Eine Dividende könne nur gezahlt werden, wenn die Gewinne dies zuließen. Dass in der Vergangenheit eine Dividende gezahlt worden sei, lasse nicht darauf schließen, dass dies auch in Zukunft so sein werde, vor allem nicht in der äußerst ungewissen Lage, die durch die Finanzkrise entstanden sei.

82 Die Kommission trägt vor, dass die Wahrscheinlichkeit der Rückzahlung des zugeführten Kapitals zu den ursprünglichen Bedingungen für die Beurteilung des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe nicht relevant sei. Um das Vorliegen einer solchen Beihilfe zu beurteilen, müsse nämlich ermittelt werden, ob der Staat ING einen Vorteil gewährt habe und ob die Änderung der Rückzahlungsbedingungen im Oktober 2009 ING im vorliegenden Fall ermöglicht habe, 5 Mrd. Euro zu günstigeren Bedingungen als den ursprünglich vereinbarten zurückzuzahlen. Die Kommission räumt ein, dass ING berechtigt gewesen sei, die Wertpapiere ab November 2011 in Aktien umzuwandeln. ING habe jedoch immer darauf bestanden, dem Staat das Kapital schnellstmöglich zurückzahlen zu wollen. Auf Fragen der Kommission zum Umstrukturierungsplan hätten die Kläger am 7. Juli 2009 geantwortet: „Die erste Priorität von ING ist es, einen Weg zu finden, wie der niederländischen Regierung das Kapital so schnell wie möglich zurückgezahlt werden kann. ... Die Rückzahlung hat bei der Geschäftsleitung von ING Priorität, und sie wird alles tun, damit diese Zahlungen so bald wie möglich erfolgen. ... Zu Planungszwecken wurde ein Modell aufgestellt, nach dem die Rückzahlung Ende 2013 auf einmal und vollständig gemäß den vertraglichen Modalitäten der Rückkaufoption erfolgen wird.“ ING sei somit davon ausgegangen, dass der Rückkauf zu den ursprünglichen Bedingungen erfolgen solle. ING habe auch angegeben, dass ein solcher teilweiser vorzeitiger Rückkauf möglich sei, als sie ausgeführt habe: „Ein vorzeitiger Rückkauf oder ein teilweiser vorzeitiger Rückkauf von Wertpapieren könnte möglich sein, wenn sich die wirtschaftliche Situation schneller verbessert als im Referenzfall.“ Zwar treffe es zu, dass ING nicht verpflichtet gewesen sei, die Wertpapiere zurückzuzahlen oder umzuwandeln, und dass der Staat daher das Risiko eingegangen sei, dass seine Beteiligung während eines langen Zeitraums nicht die geringste Rendite abwerfe, da der an ihn ausgezahlte Kupon von der Auszahlung einer Dividende abhängig gewesen sei. Im 31. Erwägungsgrund der ursprünglichen Entscheidung habe die Kommission jedoch darauf hingewiesen, dass ING erklärt habe, sie werde ihre Dividendenpolitik beibehalten. Entsprechend dieser Politik und vor der Finanzkrise habe ING aber in jedem Jahr seit 1999 eine Dividende von mindestens 0,74 Euro pro Aktie ausgezahlt. Im 67. Erwägungsgrund der ursprünglichen Entscheidung sei die Kommission zudem bei der Berechnung der wahrscheinlichen Rendite, die der Staat mit den Wertpapieren erzielen würde, davon ausgegangen, dass ohnehin jedes Jahr eine Dividende und somit auch der Kupon von 8,5 % jährlich ausgezahlt würde. ING habe dem zuvor niemals widersprochen.

– Zum Vorteil, der dem Staat durch die neuen Bedingungen eingeräumt worden sein soll

83 Zweitens macht das Königreich der Niederlande geltend, die Kommission habe bei ihrer Beurteilung der zusätzlichen Beihilfe nicht berücksichtigt, dass die Zahlung der zum Zeitpunkt der Rückzahlung aufgelaufenen Zinsen nach der Änderung der Rückzahlungsbedingungen nicht mehr von der Auszahlung einer Dividende abhängig gewesen sei. Im vorliegenden Fall habe der auf die am 21. Dezember 2009 zurückgezählten 5 Mrd. Euro fällige Kupon die Zahlung von 258,5 Mio. Euro an den Staat ausgelöst, die bei Rückzahlung nach den ursprünglichen Bedingungen nicht geschuldet gewesen seien. Dadurch, dass die Kommission diesen Vorteil nicht berücksichtigt habe, habe sie die behauptete Beihilfe, die nicht – wie in der angefochtenen Entscheidung angegeben – zwischen 1,79 und 2,2 Mrd. Euro, sondern zwischen 1,5 und 1,9 Mrd. Euro betrage, jedenfalls überbewertet. Dass das Königreich der Niederlande insoweit nicht auf den von der Kommission am 6. November 2009 übermittelten Entwurf der Sachverhaltsdarstellung der Entscheidung reagiert habe, liege an der sehr kurzen Frist, die die Kommission für die Antwort gewährt habe, und daran, dass die an diese unzutreffende Sachverhaltsdarstellung geknüpften Folgen nicht ersichtlich gewesen seien. Unabhängig davon behebe das Ausbleiben einer Reaktion seitens der niederländischen Behörden und ING nicht den Fehler, den die Kommission in der angefochtenen Entscheidung begangen habe. Schließlich treffe es nicht zu, dass der Staat im Jahr 2009 nach den ursprünglichen Bedingungen deshalb Anspruch auf eine Kuponzahlung gehabt habe, weil ING im Jahr 2008 eine Dividende ausgezahlt habe. Die Kupons würden nämlich am 12. Mai rückwirkend ausgezahlt. So habe der Staat zwar am 12. Mai 2009 durchaus eine Kuponzahlung für den Zeitraum zwischen dem 12. November 2008 und dem 12. Mai 2009 erhalten, da ING für das Geschäftsjahr 2008 Dividenden ausgeschüttet habe, im Fall einer Rückzahlung zu 150 % am 21. Dezember 2009 hätte er jedoch nach den ursprünglichen Bedingungen keine Kuponzahlung für den Zeitraum zwischen dem 12. Mai und dem 21. Dezember 2009 erhalten, da ING für das Geschäftsjahr 2009 keine Dividenden ausgeschüttet habe.

84 Die Kommission trägt vor, der Staat habe auf diesen geltend gemachten Vorteil nicht hingewiesen, als er die

Änderung der Rückzahlungsbedingungen übermittelt habe. Zudem hätten weder der niederländische Staat noch ING Einwände gegen den behaupteten Fehler erhoben, als die Kommission ihnen einen Entwurf der Sachverhaltsdarstellung der Entscheidung übersandt habe, in dem ein zusätzlicher Vorteil für ING von 1,79 bis 2,5 Mrd. Euro genannt gewesen sei. Selbst wenn der geltend gemachte Fehler vorliegen sollte, sei er jedoch irrelevant, da sich der Vorteil, der sich aus der Änderung der Rückzahlungsbedingungen ergebe, nach der Berichtigung zwischen 1,5 und 1,9 Mrd. Euro bewege und nicht wie in der angefochtenen Entscheidung angegeben zwischen 1,79 und 2,2 Mrd. Euro. Die Schätzungen in der angefochtenen Entscheidung und in der Klageschrift überschneiden sich somit stark. Da der geltend gemachte Berechnungsfehler keine inhaltlichen Auswirkungen habe, könne er nicht zur beantragten Nichtigerklärung führen. Schließlich hätte der Staat, da ING für das Geschäftsjahr 2008 Dividenden ausgeschüttet habe, nach den ursprünglichen Bedingungen bei Rückzahlung der Wertpapiere im Jahr 2009 Anspruch auf die Kuponzahlung gehabt.

– Zum Verhalten eines privaten Kapitalgebers

85 Drittens machen das Königreich der Niederlande und ING, unterstützt durch DNB, geltend, dass die Kommission die Änderung der Rückzahlungsbedingungen und die angebotene Vergütung am Maßstab des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers hätte prüfen müssen. So weisen die Kläger darauf hin, dass der Staat nach den ursprünglichen Bedingungen bei einer vorzeitigen Rückzahlung berechtigt gewesen wäre, eine Vorfälligkeitsentschädigung von 50 % zu verlangen. In Anbetracht der Entwicklung des Kurses der Aktie zwischen dem Ausgabetag und Ende Oktober 2009, der stets deutlich unter 15 Euro gelegen habe, habe für ING kein Anlass bestanden, das zugeführte Kapital vor Fälligkeit zurückzuzahlen. Unter solchen Umständen hätte ein privater Kapitalgeber es für günstig erachtet, für die geänderten Bedingungen zu optieren, weil sie eine jährliche Rendite von mindestens 15 % für die Hälfte des investierten Kapitals garantierten. Der Staat habe für die Hälfte seines investierten Kapitals eine spekulative Rendite von 50 %, die auf eine unbekannte Zahl von Jahren verteilt gewesen sei, gegen eine sichere jährliche Rendite von 15 % bis 21,5 % eingetauscht. Dabei handele es sich um eine wirtschaftlich vernünftige Entscheidung, insbesondere da die Möglichkeit, dass ING die Wertpapiere in absehbarer Zeit zu 150 % zurückzahlen würde, sehr gering gewesen sei. Schließlich habe die Kommission in der ursprünglichen Entscheidung ausgeführt, dass die voraussichtliche Renditerate nach der ursprünglichen Vereinbarung über 10 %, aber unter 15 % betragen habe. Nach der Änderung der Rückzahlungsbedingungen sei diese Rate zugunsten des Staates erhöht worden. Hätte sich ING dafür entschieden, die Wertpapiere auf der Grundlage der ursprünglichen Vereinbarung zurückzuzahlen, wäre es jedenfalls wenig wahrscheinlich, dass ING ihren Aktionären überhaupt eine Dividende ausgezahlt hätte. Sie hätte ihre Gewinne behalten müssen, um die Wertpapiere zurückzahlen zu können. DNB führt aus, dass die geänderten Bedingungen auch ordnungspolitisch vorzugswürdig seien, da sie den Ausstieg des Staates erleichterten und eine schnelle Rückzahlung des zugeführten Kapitals zu einer höheren Rate als der von der Kommission als angemessen angesehenen erlaubten.

86 Zu dem Argument, dass die im Rahmen der Kapitalzuführung ausgegebenen Wertpapiere ING wegen der höheren Kuponzahlung und der dem Staat eingeräumten Rechte mehr kosteten als die Stammaktien, was ING dazu veranlasse, so schnell wie möglich zurückzuzahlen, machen die Kläger geltend, dass letztlich der Kurs der ING-Aktie bestimme, ob eine reale Möglichkeit der vorzeitigen Rückzahlung des zugeführten Kapitals zu den ursprünglichen Bedingungen bestehe. Bei einem Kurs deutlich unter 15 Euro sei ING nicht in der Lage gewesen, die notwendige Kapitalausgabe durchzuführen, um die für die Rückzahlung erforderliche Summe aufzubringen. Die Tatsache, dass ING die Wertpapiere für 11,21 Euro pro Einheit gekauft habe, obwohl der Kurs der ING-Aktie während des vorherigen Zeitraums unter 10 Euro betragen habe, ändere nichts daran und erkläre sich dadurch, dass der Zeitpunkt, zu dem die Maßnahme angekündigt werde, und der Zeitpunkt, zu dem sie genehmigt und sodann durchgeführt werde, zwangsläufig auseinanderfielen. Zu den Zweifeln der Kommission an der Entwicklung des Kurses der ING-Aktie, der die vorzeitige Rückzahlung zu den ursprünglichen Bedingungen hätte ermöglichen können, machen die Kläger geltend, dass man sich die Frage stellen müsse, ob ein privater Kapitalgeber, der im Herbst 2009 vor der Wahl zwischen einer vorzeitigen Rückzahlung zu den geänderten Bedingungen und der Beibehaltung der ursprünglichen Bedingungen gestanden habe, realistischere Weise habe damit rechnen können, dass der Kurs der ING-Aktie in absehbarer Zeit auf ein solches Niveau steigen würde, dass sich die Rückzahlung zu 150 % nach den ursprünglichen Bedingungen für ING lohnen würde. Im Herbst 2009 habe angesichts der damaligen Entwicklung des Kurses der Aktie und der allgemeinen Wahrnehmung, dass die Krise noch lange nicht überstanden sei, kein Anlass für eine solche Hoffnung bestanden. Die Entwicklung, die der Kurs der Aktie danach erfahren habe, bestätige im Übrigen die Richtigkeit dieser Annahme. Ohne dies anderweit zu präzisieren, könne die Kommission daher nicht behaupten,

es sei ohne Weiteres möglich, dass der Kurs der Aktie „in den nächsten Jahren“ wieder auf 15 Euro steige. Was das Argument betreffe, dass es andere Rentabilitätsszenarien gebe, mache die Kommission nach wie vor den Fehler, den Rückkauf der Wertpapiere zu 15 Euro während der ersten drei Jahre als realistische Option anzusehen, was aus der Sicht eines privaten Kapitalgebers im Herbst 2009 nicht zutreffend sei. Auf das Argument, dass der kurze zeitliche Abstand und das Verhältnis zwischen der ursprünglichen Vereinbarung und ihrer Änderung dem Rückgriff auf den Grundsatz des privaten Kapitalgebers entgegenstünden, erwidert das Königreich der Niederlande, dass die Kommission eine gegenteilige These vertrete, wenn es um die Frage gehe, ob die Änderung der Rückzahlungsbedingungen unabhängig von der Kapitalzuführung als Beihilfe angesehen werden könne. Im vorliegenden Fall handele es sich um ein und dieselbe Kapitalzuführung, die zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats gewährt worden sei und für die lediglich die Rückzahlungsbedingungen geändert worden seien.

87 Die Kommission trägt vor, das Verhalten des Staates könne nicht mit dem eines privaten Kapitalgebers verglichen werden. Es sei nämlich unwahrscheinlich, dass ein privater Kapitalgeber die vom niederländischen Staat bewilligte Änderung der Rückzahlungsbedingungen gebilligt hätte. Allgemein vertritt die Kommission die Auffassung, dass der Grundsatz des privaten Kapitalgebers auf eine zusätzliche Maßnahme zugunsten eines in Umstrukturierung befindlichen Empfängers einer staatlichen Beihilfe keine Anwendung finde. Sei eine Umstrukturierungsbeihilfe einem Unternehmen in Schwierigkeiten bereits gewährt worden, würden die übrigen finanziellen Beihilfen normalerweise nicht mehr nach dem Grundsatz des privaten Kapitalgebers beurteilt. Da die ursprüngliche Vereinbarung und die Änderungsvereinbarung im Rahmen der Umstrukturierung von ING vor dem Hintergrund der Finanzkrise ziemlich kurz hintereinander, nämlich am 11. November 2008 und am 24. Oktober 2009, geschlossen worden seien, lasse sich die Änderung der Rückzahlungsbedingungen nicht von der ursprünglichen Vereinbarung trennen, um anhand des Kriteriums des privaten Kapitalgebers geprüft zu werden. Jedenfalls aber entspreche die streitige Änderung diesem Kriterium nicht. Es stelle sich die Frage, ob die Änderung der Rückzahlungsbedingungen ING angesichts der Tatsache, dass sie im Jahr 2009 die Hälfte ihrer Wertpapiere habe zurückkaufen wollen, gegenüber der ursprünglichen Vereinbarung einen Vorteil gewährt habe, was zu bejahen sei. Nicht nur hätten die Kläger im Verwaltungsverfahren mehrfach behauptet, ING wolle das zugeführte Kapital schnell zurückzahlen, vielmehr hätten diese Wertpapiere auch nachteilige Folgen für ING und ihre Aktionäre gehabt. Das tatsächliche Geschehen bewiese sogar, dass das Argument, wonach es unwahrscheinlich sei, dass ING Wertpapiere zu einem Preis zurückkaufe, der über dem Marktwert der Stammaktien liege (15 Euro mit der Vorfälligkeitsentschädigung), nicht zutreffe, da ING auf die Änderung der Rückzahlungsbedingungen hin konkret die Hälfte dieser Wertpapiere zum Preis von 11,21 Euro pro Stück zurückgekauft habe, obwohl der Kurs der Stammaktie in dem diesem Geschäft vorangegangenen Zeitraum von fünf Tagen im Durchschnitt unter 10 Euro gelegen habe. Die Kommission bezweifelt zudem, dass sich die vorzeitige Rückzahlung der Wertpapiere angesichts der Entwicklung der Kurse der Aktie im Zeitraum zwischen dem Ausgabetag und Ende Oktober 2009, in dem der Kurs der ING-Aktie stets deutlich unter 15 Euro gelegen habe, nicht von selbst verstehe. Zwar habe die ING-Aktie in der ersten Hälfte des Jahres 2009 einen Tiefstand erreicht, als sie auf 2,5 Euro gefallen sei, sie sei danach jedoch wieder stark gestiegen. Am Vortag der Ankündigung der Änderung der Rückzahlungsbedingungen und der hierfür erforderlichen Ausgabe von Aktien sei die Aktie bei 11,66 Euro gehandelt worden, d. h. über viermal so hoch wie sechs Monate zuvor. Daher sei es nicht unmöglich gewesen, dass diese Entwicklung sich fortsetzen würde. Um das Jahr 2001 sei die ING-Aktie sogar bei 43 Euro gehandelt worden. Die Aktie hätte daher durchaus wieder auf einen Kurs von 15 Euro steigen können, ab dem ING nach eigenen Aussagen die Wertpapiere zu den ursprünglich vorgesehenen Bedingungen zurückgekauft hätte. Schließlich differenziert die Kommission das Argument, dass es sich für einen privaten Kapitalgeber lohne, für die geänderten Rückzahlungsbedingungen zu optieren, da sie für die Hälfte seiner Investition eine Rendite von mindestens 15 % auf jährlicher Basis garantierten. Selbst nach dieser Änderung habe der Staat nämlich nicht die absolute Gewissheit gehabt, die Rückzahlung zu erhalten. Es habe weiterhin das Risiko bestanden, dass ING sich kein oder nicht ausreichend Kapital auf den Märkten beschaffen könne, um dieses Geschäft durchzuführen. Die Kommission räumt ein, dass dieses Risiko gering gewesen sei, da die Situation auf dem Markt seit dem dritten Quartal 2009 wegen des Überschusses an verfügbarer Liquidität sehr günstig für die Beschaffung von Geld gewesen sei.

88 Hinsichtlich der Tabellen, die das Königreich der Niederlande vorgelegt hat, um die Renditeaussichten des Staates nach den ursprünglichen und den geänderten Rückzahlungsbedingungen darzustellen, betont die Kommission, dass andere Renditen in Betracht kämen. So habe sie in der ursprünglichen Entscheidung mehrere Optionen dargestellt, von denen einige eine Rendite erwarten ließen, die sich zwischen 16 % und 21 % bewege. Auch ohne Kuponzahlung führten diese Optionen noch zu einer jährlichen Rendite von 9,3 % bis 15 %. Wäre

die Rückzahlung am Ende des zweiten Jahres erfolgt und in jedem Jahr ein Kupon ausgezahlt worden, hätte die Rendite um 31 % betragen, d. h. das Doppelte der nach den geänderten Bedingungen erzielten Mindestrendite. Es sei daher unrichtig, zu verstehen zu geben, dass der niederländische Staat dadurch, dass er den geänderten Bedingungen zugestimmt habe, von vornherein immer eine höhere Rendite erzielt habe, als wenn er ING verpflichtet hätte, sich an die ursprünglichen Bedingungen zu halten. Jedenfalls habe der Staat die Gewähr gehabt, den ursprünglich zugeführten Betrag eines Tages zurückzuerhalten.

– Zu den vom Königreich der Niederlande vorgelegten Angaben

89 Ferner legt das Königreich der Niederlande zur Stützung seiner Argumentation zwei Dokumente vor, die von der Rothschild Investment Bank erstellt wurden. Beim ersten Dokument handelt es sich um einen Bericht, in dem die Rothschild Investment Bank ausführt, dass es angesichts der Entwicklung des Kurses der ING-Aktie für einen privaten Kapitalgeber vorteilhafter gewesen wäre, die Hälfte seines investierten Kapitals mit einer günstigen Rendite vorzeitig zurückgezahlt zu bekommen, als auf eine theoretische, möglicherweise höhere Rendite bei Ausübung der Rückkaufoption zum Preis von 15 Euro pro Wertpapier zu hoffen (im Folgenden: Rothschild-Bericht). Das zweite Dokument gibt die Analysen wieder, die die Rothschild Investment Bank anhand von Tabellen, in denen verschiedene Szenarien dargestellt werden, durchgeführt hat und aus denen sie ebenfalls den Schluss zieht, dass die neuen Bedingungen für den Staat vorteilhafter seien als die ursprünglichen (im Folgenden: Rothschild-Analysen). Auf Kritik an diesen Dokumenten erwidert das Königreich der Niederlande, dass ihr Urheber qualifiziert sei, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob sich der Staat wie ein privater Kapitalgeber verhalten habe. Außerdem würden in diesen Dokumenten lediglich Tatsachen gewürdigt, die zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung verfügbar und daher bereits bekannt gewesen seien. Die auf 50 % geschätzte Wahrscheinlichkeit, dass ING eine Dividende auszahlen werde, sei wissenschaftlich plausibel und angesichts der Schwierigkeit, vorherzusagen, ob ING eine Dividende ausschütten werde, jedenfalls vernünftig.

90 Die Kommission macht geltend, dass der Rothschild-Bericht und die Rothschild-Analysen nach der Änderung der Rückzahlungsbedingungen entstanden und für das gerichtliche Verfahren erstellt worden seien. Sie seien daher nicht relevant für die Frage, ob der niederländische Staat wie ein privater Kapitalgeber gehandelt habe. Zudem habe die Kommission zu dem Zeitpunkt, als sie die angefochtene Entscheidung erlassen habe, nicht über diese Dokumente verfügt. Die in diesen Berichten enthaltenen tatsächlichen Elemente könnten nicht geltend gemacht werden. Im Übrigen führe die Rothschild Investment Bank in diesen Dokumenten lediglich aus, dass der Betrag von 15 Euro nicht als „Ausstiegspreis“ zu betrachten sei, sondern als „Obergrenze der positiven Erträge“. Dies ändere nichts daran, dass ING, wenn sie die Wertpapiere hätte zurückkaufen wollen, nach der ursprünglichen Vereinbarung zur Zahlung dieses Betrags verpflichtet gewesen wäre. Zu dem sei die Aussage der Rothschild Investment Bank, wonach „es aus der Sicht von ING unvernünftig gewesen wäre, diese Option auszuüben, wenn der Preis der Stammaktie 15 Euro nicht übersteige“, mit einer gewissen Skepsis zu beurteilen. Die Rothschild Investment Bank behaupte nämlich, es sei aus der Sicht von ING nicht sinnvoll gewesen, die Hälfte der Wertpapiere Ende Dezember 2009 zum Preis von 11,21 Euro zurückzukaufen, da die Stammaktien zu diesem Zeitpunkt viel weniger wert gewesen seien. Dies habe ING jedoch nicht daran gehindert, dieses Geschäft durchzuführen. Die Aussage der Rothschild Investment Bank berücksichtige nicht hinreichend, dass die Wertpapiere für ING belastend und nicht mit Stammaktien vergleichbar seien. Darüber hinaus sei der Rothschild-Bericht weder hinreichend belegt noch auf eine klare Methodik gestützt.

Zur Angleichung an die AEGON und SNS Reaal gewährten Bedingungen

91 Viertens weisen das Königreich der Niederlande und ING darauf hin, dass die Kommission in ihrer Argumentation zu Unrecht außer Acht gelassen habe, dass mit der Anpassung der Rückzahlungsbedingungen auch bezweckt worden sei, diese Bedingungen mit denjenigen in Einklang zu bringen, die zwischen dem niederländischen Staat und anderen niederländischen Finanzinstituten, nämlich AEGON und SNS Reaal, vereinbart worden seien. Angenommen, es sei möglich, die Änderung der Rückzahlungsbedingungen getrennt von der Kapitalzuführung und nicht anhand des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers zu beurteilen, hätte die Kommission zu dem Schluss gelangen müssen, dass eine Maßnahme, mit der die Benachteiligung eines privaten Unternehmens gegenüber anderen Unternehmen beseitigt werde, keine staatliche Beihilfe darstelle. Die genannte Änderung bewirke lediglich, dass der Nachteil weg falle, der für ING nach der ursprünglichen Vereinbarung bestanden habe, nämlich, dass ING die Wertpapiere nicht zu einem wirtschaftlich tragbaren Preis habe zurückkaufen können.

92 Die Kommission trägt vor, der Unterschied zwischen den mit ING vereinbarten Bedingungen und jenen, die mit AEGON und SNS Reaal vereinbart worden seien, sei durch einen deutlichen Unterschied im Risikoprofil gerechtfertigt. Im Fall von ING sei ein Umstrukturierungsplan zum Zeitpunkt der Kapitalzuführung zwingend geboten gewesen, und die ursprünglich vereinbarte Vorfälligkeitsentschädigung beurteile sich als normale Verpflichtung, die auf ING laste. Außerdem gehe die Änderung der für ING geltenden Rückzahlungsbedingungen über eine bloße Angleichung dieser Bedingungen an diejenigen, die für die genannten anderen Banken festgelegt worden seien, hinaus und verschaffe ING vorteilhaftere Bedingungen. Die günstigeren Rückzahlungsbedingungen gälten im Fall von AEGON und SNS Reaal nämlich nur für ein Drittel des zugeführten Kapitals, bei ING jedoch für die Hälfte. Auch gälten die günstigeren Bedingungen für AEGON und SNS Reaal nur für ein Jahr, während die Rückzahlung durch ING letzten Endes ein Jahr und einen Monat nach der Kapitalzuführung erfolgt sei.

b) Zu den Argumenten bezüglich der Sorgfalts- und der Begründungspflicht

93 Das Königreich der Niederlande und ING, unterstützt durch DNB, machen geltend, die Kommission habe in mehrfacher Hinsicht gegen die Sorgfaltspflicht und gegen die Begründungspflicht verstoßen. Erstens habe sie nicht geprüft, wie die Änderung der Rückzahlungsbedingungen den Betrag der Beihilfe über den Betrag des zugeführten Kapitals hinaus habe erhöhen können. Sie habe auch nicht geprüft, ob diese Änderung mit dem Grundsatz des privaten Kapitalgebers im Einklang stehe. Zweitens habe sie den niederländischen Staat oder ING zur Einstufung der Änderung der Rückzahlungsbedingungen als zusätzliche staatliche Beihilfe von 2 Mrd. Euro weder angehört noch sie darüber wenigstens informiert. Sie habe den niederländischen Staat und ING nicht in gebotener Weise aufgefordert, ihren Standpunkt zu dieser Einstufung mitzuteilen, und ihnen keine Gelegenheit gegeben, ihr zu widersprechen. Erst der angefochtenen Entscheidung hätten die Kläger erstmals entnehmen können, dass die Kommission das Vorsehen einer weiteren Rückzahlungsmöglichkeit als zusätzliche Beihilfe ansehe. Dass die Kommission ihnen einen Entwurf zum Sachverhalt vorgelegt und ihnen einige Stunden Zeit gegeben habe, um hierzu Stellung zu nehmen, sei nicht ausreichend. Drittens habe die Kommission die angefochtene Entscheidung hinsichtlich ihrer These, dass die Änderung der Rückzahlungsbedingungen eine zusätzliche staatliche Beihilfe darstelle, nicht angemessen begründet. Sie erläutere weder, warum die Beihilfemaßnahme nicht so berücksichtigt worden sei, wie sie sich zum Zeitpunkt der Entscheidung dargestellt habe, noch, wie eine Kapitalzuführung in Höhe von 10 Mrd. Euro ein Beihilfe von 12 Mrd. Euro darstellen könne, noch, inwiefern eine Änderung der Rückzahlungsbedingungen – angenommen, sie stelle eine eigenständige Maßnahme dar – nicht im Einklang mit dem Grundsatz des privaten Kapitalgebers stehe. Insbesondere meine die Kommission, sie habe in den Erwägungsgründen 34 und 98 der angefochtenen Entscheidung in gedrängter Form, aber klar und unzweideutig ausgeführt, dass sie die zusätzliche Rückzahlungsmöglichkeit für eine zusätzliche Beihilfe halte. Diese Erwägungsgründe enthielten jedoch nur die Schlussfolgerung, dass es sich um einen zusätzlichen Vorteil handle, zu der die Kommission ausgehend von der unzutreffenden Prämisse gelangt sei, dass ING einer Rückzahlung gegen ein „Rückzahlungssagio von [50] %“ zugestimmt habe. Es sei nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage die Kommission zu dieser Schlussfolgerung gelangt sei.

94 Die Kommission trägt vor, sie habe den niederländischen Behörden wiederholt ihre Vorbehalte gegen die Änderung der Rückzahlungsbedingungen dargelegt, insbesondere soweit die ursprünglich vorgesehene Änderung die verwässernde Wirkung nicht berücksichtigt habe, den die Aufnahme des für die vorzeitige Rückzahlung benötigten Kapitals habe. Auch habe sie dem Königreich der Niederlande die Möglichkeit eingeräumt, sich zum Entwurf des Sachverhalts der angefochtenen Entscheidung zu äußern, in dem ausgeführt sei, dass die Änderung für ING einen „zusätzlichen Vorteil in der Größenordnung zwischen 1,79 Mrd. Euro und 2,2 Mrd. Euro“ mit sich bringe. Damit bestreitet die Kommission, gegen ihre Sorgfaltspflicht verstoßen zu haben. Es sei nämlich offenkundig, dass die Gewährung eines zusätzlichen Vorteils der Gewährung einer zusätzlichen staatlichen Beihilfe gleichkomme. Außerdem sei die angefochtene Entscheidung hinreichend begründet. Sie habe darin nicht festgestellt, dass ING die 5 Mrd. Euro zu 150 % zurückzahlen würde, sie sei zu dieser Feststellung aber auch nicht verpflichtet gewesen. Von Bedeutung sei, dass die Änderung es ING ermögliche, zu günstigeren als den ursprünglich vereinbarten Bedingungen zurückzuzahlen. Die Begründung sei knapp, aber ausreichend. Zur Angleichung der Position von ING an die anderer Finanzinstitute macht die Kommission geltend, es sei offenkundig, dass die Beseitigung einer normalen Verpflichtung eines Unternehmens einen Vorteil begründe; es sei daher nicht erforderlich, dass sie zur Frage der Behandlung, die AEGON und SNS Reaal gewährt worden sei, ausdrücklich Stellung beziehe.

2. Würdigung durch das Gericht

a) Bemerkungen zum Begriff „Beihilfe“ und zum Umfang der gerichtlichen Kontrolle

- 95 Was erstens die Würdigung des Vorbringens zur materiellen Rechtmäßigkeit betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 87 Abs. 1 EG „[s]oweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, ... 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 [sind], soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.
- 96 Nach ständiger Rechtsprechung verlangt die Qualifizierung als „Beihilfe“ im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG, dass alle in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt sind. So muss es sich, damit eine Maßnahme als staatliche Beihilfe qualifiziert werden kann, erstens um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln, zweitens muss die Maßnahme geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, drittens muss dem Begünstigten durch sie ein Vorteil gewährt werden, und viertens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 2. September 2010, Kommission/Deutsche Post, C-399/08 P, Slg. 2010, I-0000, Randnrn. 38 und 39 und die dort angeführte Rechtsprechung). Hinsichtlich der dritten Bedingung gelten nach ständiger Rechtsprechung als staatliche Beihilfen Maßnahmen gleich welcher Art, die mittelbar oder unmittelbar Unternehmen begünstigen oder die als ein wirtschaftlicher Vorteil anzusehen sind, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte (Urteil Kommission/Deutsche Post, Randnr. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 97 Um einen solchen „Vorteil“ im Fall einer Kapitalzuführung festzustellen, ist zu prüfen, ob ein privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe wie eine staatliche Behörde unter den gleichen Umständen hätte veranlasst werden können, Kapitalhilfen dieses Umfangs zu gewähren, wobei insbesondere die zum Zeitpunkt dieser Hilfen verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen zu berücksichtigen sind (Urteile des Gerichtshofs vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission, „Stardust Marine“, C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Randnr. 70, und vom 8. Mai 2003, Italien und SIM 2 Multimedia/Kommission, C-328/99 und C-399/00, Slg. 2003, I-4035, Randnr. 38). Im Urteil Stardust Marine hat der Gerichtshof daher darauf hingewiesen, dass man sich für die Prüfung der Frage, ob sich der Staat wie ein umsichtiger marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber verhalten hat, in den Kontext der Zeit zurückversetzen muss, in der die finanziellen Unterstützungsmaßnahmen getroffen wurden, um beurteilen zu können, ob das Verhalten des Staates wirtschaftlich vernünftig ist, und dass man sich jeder Beurteilung aufgrund einer späteren Situation enthalten muss (Urteil Stardust Marine, Randnr. 71).
- 98 Diese Grundsätze finden Anwendung, wenn der Staat, wie im vorliegenden Fall, zunächst beschlossen hat, von einem Unternehmen ausgegebenes Kapital zu zeichnen, und diese Kapitalzuführung bestimmten Rückzahlungsbedingungen unterliegt und er dann der Änderung dieser Bedingungen zustimmt. Unter solchen Umständen kann eine staatliche Beihilfe sowohl bei der Kapitalzuführung, die zwangsläufig die Informationen über eine etwaige spätere Rückzahlung oder eine etwaige Vergütung dieses Kapitals umfasst, als auch bei der Änderung der genannten Rückzahlungsbedingungen gewährt worden sein, wenn sich herausstellt, dass der Staat nicht in jeder dieser Situationen so gehandelt hat, wie es ein privater Kapitalgeber in einer vergleichbaren Situation getan hätte. Der Vergleich des Verhaltens des Staates mit dem eines privaten Kapitalgebers ist unter Berücksichtigung der zum Zeitpunkt dieser Maßnahmen verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen vorzunehmen. Um die Beurteilung der wirtschaftlichen Vernünftigkeit des Verhaltens des Staates durch die Kommission im vorliegenden Fall zu bewerten, muss man sich daher in den Kontext der Zeit zurückversetzen, in der diese Maßnahmen getroffen wurden, d. h. im vorliegenden Fall in den Herbst 2008 bezüglich der Kapitalzuführung und der Festlegung der ursprünglichen Rückzahlungsbedingungen und in den Herbst 2009 bezüglich der Änderung der Rückzahlungsbedingungen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung im Bereich staatlicher Beihilfen aufgrund der Informationen zu beurteilen ist, über die die Kommission bei Erlass der Entscheidung verfügte (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 15. April 2008, Nuova Agricast, C-390/06, Slg. 2008, I-2577, Randnr. 54 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 99 Folglich ist die Behauptung der Kommission zurückzuweisen, die Änderung der Rückzahlungsbedingungen könne bzw. dürfe nicht anhand des Kriteriums des privaten Kapitalgebers beurteilt werden, weil diese

Änderung, da sie kurz nach der Kapitalzuführung gewährt worden sei, als „zusätzliche Maßnahme zugunsten eines in Umstrukturierung befindlichen Empfängers“ zu werten sei (siehe oben, Randnr. 87). Entgegen der Auffassung der Kommission kann sich diese nach den in Randnr. 98 ausgeführten Erwägungen ihrer Verpflichtung, die wirtschaftliche Vernünftigkeit der Änderung der Rückzahlungsbedingungen anhand des Kriteriums des privaten Kapitalgebers zu prüfen, nicht mit der bloßen Begründung entziehen, die Kapitalzuführung, um deren Rückzahlung es gehe, stelle als solche bereits eine staatliche Beihilfe dar. Erst am Ende einer solchen Prüfung ist die Kommission nämlich in der Lage, zu beurteilen, ob ein zusätzlicher Vorteil im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG gewährt wurde.

- 100 Was zweitens den Umfang der gerichtlichen Überprüfung der angefochtenen Entscheidung am Maßstab des Art. 87 Abs. 1 EG betrifft, ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass der Begriff der staatlichen Beihilfe, wie er in dieser Bestimmung definiert ist, rechtlichen Charakter hat und anhand objektiver Kriterien auszulegen ist. Deshalb hat der Unionsrichter die Frage, ob eine Maßnahme in den Anwendungsbereich von Art. 87 Abs. 1 EG fällt, grundsätzlich unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits und des technischen oder komplexen Charakters der von der Kommission vorgenommenen Beurteilungen umfassend zu prüfen (Urteile des Gerichtshofs vom 16. Mai 2000, Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission, C-83/98 P, Slg. 2000, I-3271, Randnr. 25, und vom 22. Dezember 2008, British Aggregates/Kommission, C-487/06 P, Slg. 2008, I-10505, Randnr. 111).
- 101 Zwar hat der Gerichtshof auch entschieden, dass die gerichtliche Nachprüfung in Bezug auf die Frage, ob eine Maßnahme in den Anwendungsbereich von Art. 87 Abs. 1 EG fällt, beschränkt ist, wenn die Beurteilungen der Kommission technischen oder komplexen Charakter haben (Urteile des Gerichtshofs vom 29. Februar 1996, Belgien/Kommission, C-56/93, Slg. 1996, I-723, Randnrn. 10 und 11, und British Aggregates/Kommission, oben in Randnr. 100 angeführt, Randnr. 114). Es ist jedoch Sache des Gerichts, zu ermitteln, ob dies der Fall ist (vgl. in diesem Sinne Urteil British Aggregates/Kommission, oben in Randnr. 100 angeführt, Randnr. 114).
- 102 In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Kommission im Bereich der staatlichen Beihilfen zwar über ein weites Ermessen verfügt, dessen Ausübung Bewertungen wirtschaftlicher Art voraussetzt, die im Kontext der Union vorzunehmen sind, dass dies aber nicht bedeutet, dass der Unionsrichter nicht überprüfen darf, wie die Kommission wirtschaftliche Daten ausgelegt hat. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss der Unionsrichter nämlich nicht nur die sachliche Richtigkeit, die Zuverlässigkeit und die Kohärenz der angeführten Beweise prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen (Urteil des Gerichtshofs vom 2. September 2010, Kommission/Scott, C-290/07 P, Slg. 2010, I-0000, Randnrn. 64 und 65).
- 103 Der Unionsrichter darf jedoch im Rahmen dieser Kontrolle nicht die wirtschaftliche Beurteilung seitens der Kommission durch seine eigene ersetzen. Die Kontrolle, die die Unionsgerichte in Bezug auf die Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten durch die Kommission ausüben, ist nämlich eine beschränkte Kontrolle, in deren Rahmen nur geprüft werden darf, ob die Vorschriften über das Verfahren und die Begründung eingehalten wurden, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt wurde und ob kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder Ermessensmissbrauch vorliegt (vgl. Urteil Kommission/Scott, oben in Randnr. 102 angeführt, Randnr. 66 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 104 Hierzu hat der Gerichtshof z. B. ausgeführt, dass die Kommission für die Prüfung, ob der Verkauf eines Grundstücks durch die öffentliche Hand an eine Privatperson eine staatliche Beihilfe darstellt, das Kriterium des privaten Kapitalgebers heranzuziehen hat, um festzustellen, ob der Preis, den der vermeintliche Beihilfeempfänger gezahlt hat, dem Preis entspricht, den ein privater, unter normalen Wettbewerbsbedingungen handelnder Kapitalgeber hätte festsetzen können. Im Allgemeinen setzt die Verwendung dieses Kriteriums eine komplexe wirtschaftliche Beurteilung durch die Kommission voraus (vgl. Urteil Kommission/Scott, oben in Randnr. 102 angeführt, Randnr. 68 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 105 Im vorliegenden Fall unterliegt die Frage, ob die Änderung der Rückzahlungsbedingungen insofern eine staatliche Beihilfe darstellt, als sie dem Begünstigten entsprechend der oben in Randnr. 96 dargestellten Definition einen Vorteil gewährt, grundsätzlich einer vollständigen Nachprüfung durch das Gericht. Ist jedoch das Gericht der Auffassung, dass die Feststellung der Beihilfe eine von der Kommission vorgenommene komplexe wirtschaftliche Beurteilung in Frage stellen würde, insbesondere soweit es darum geht, ob der

niederländische Staat, als er der Änderung der Rückzahlungsbedingungen zugestimmt hat, nicht so gehandelt hat, wie es ein umsichtiger privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe getan hätte, unterliegt diese Frage der eingeschränkten Nachprüfung nach den oben in Randnr. 102 definierten Modalitäten.

- 106 Somit sind, um die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung anhand der oben genannten Grundsätze zu beurteilen, die Informationen heranzuziehen, über die die Kommission am 18. November 2009 – dem Zeitpunkt, zu dem sie die angefochtene Entscheidung erlassen hat – verfügte oder verfügen konnte. Stellt sich insoweit heraus, dass Informationen, von denen die Kommission im Verwaltungsverfahren keine Kenntnis hatte, der Beurteilung durch die Kommission widersprechen oder sie in Zweifel ziehen, ist zu prüfen, ob sie diese Informationen rechtzeitig zur Kenntnis nehmen und berücksichtigen konnte und, wenn ja, ob sie sie normalerweise hätte berücksichtigen müssen, zumindest als Angaben, die für die Anwendung des Kriteriums eines privaten Kapitalgebers relevant sind (siehe oben, Randnrn. 102 bis 104).
- 107 Was drittens die Würdigung der Argumente betrifft, die sich auf die prozessuale Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung beziehen, ist darauf hinzuweisen, dass das Königreich der Niederlande und ING sich in allgemeiner Weise auf mehrere Garantien berufen, die die Unionsrechtsordnung in Verwaltungsverfahren gewährt, insbesondere wenn diese zu einer Entscheidung führen können, die zwingende Rechtswirkungen auslöst, die die Interessen der von ihrem Ergebnis betroffenen Beteiligten zu beeinträchtigen vermögen. Zu diesen Garantien gehören insbesondere die Verpflichtung der Kommission, sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls zu untersuchen, das Recht des Betroffenen, seinen Standpunkt zu Gehör zu bringen, und das Recht auf eine ausreichende Begründung der Entscheidung. Der Beachtung dieser Garantien kommt eine umso größere Bedeutung zu, wenn die Kommission über ein weites Ermessen verfügt (Urteil des Gerichtshofs vom 21. November 1991, Technische Universität München, C-269/90, Slg. 1991, I-5469, Randnrn. 13 und 14; Urteil des Gerichts vom 18. September 1995, Nölle/Rat und Kommission, T-167/94, Slg. 1995, II-2589, Randnr. 73; vgl. auch Art. 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [ABl. 2007, C 303, S. 1] und, in Bezug auf staatliche Beihilfen, Urteil des Gerichtshofs vom 22. November 2007, Spanien/Lenzing, C-525/04 P, Slg. 2007, I-9947, Randnr. 58).
- 108 Insbesondere hat die Kommission im Interesse einer ordnungsgemäßen Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen eine sorgfältige und unvoreingenommene Prüfung der ihr vorliegenden Gesichtspunkte vorzunehmen (Urteil des Gerichtshofs vom 2. April 1998, Kommission/Sytraval und Brink's France, C-367/95 P, Slg. 1998, I-1719, Randnr. 62).
- 109 Anhand dieser Grundsätze ist zu prüfen, ob die Kommission im 98. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung zutreffend festgestellt hat, dass die Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des zugeführten Kapitals eine zusätzliche Beihilfe für ING darstelle, die sich auf etwa 2 Mrd. Euro belaufe.
- b) Würdigung der in der angefochtenen Entscheidung zur Änderung der Rückzahlungsbedingungen dargelegten Argumentation
- 110 Aus den vorstehenden Randnrn. 97 bis 99 ergibt sich, dass sich die Kommission im vorliegenden Fall nicht auf die Feststellung beschränken durfte, dass die Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des zugeführten Kapitals eine staatliche Beihilfe darstelle, ohne vorher zu prüfen, ob ING durch die vorgenommene Änderung ein Vorteil eingeräumt wurde, den ein privater Kapitalgeber in der gleichen Lage wie der niederländische Staat nicht gewährt hätte, was insbesondere einen Vergleich der ursprünglichen Rückzahlungsbedingungen mit den geänderten voraussetzt.
- 111 Bei dieser Prüfung hatte die Kommission alle relevanten Gesichtspunkte zu berücksichtigen, insbesondere diejenigen, die sich aus den ursprünglichen und aus den geänderten Rückzahlungsbedingungen ergaben. Dazu gehörte erstens, dass die ursprünglichen Bedingungen keine Verpflichtung, sondern lediglich die Möglichkeit für ING vorsahen, die vom niederländischen Staat gezeichneten Wertpapiere innerhalb der hierfür vorgesehenen Frist von drei Jahren zurückzukaufen, zweitens, dass die ursprünglichen Bedingungen dem Staat nur eine jährliche Rendite in Höhe der aufgelaufenen Zinsen garantierten, und drittens, dass sich der Staat durch die geänderten Bedingungen eine jährliche Rendite von 15 % sicherte.
- 112 Aus der angefochtenen Entscheidung ergibt sich jedoch nicht, dass die Kommission den oben in Randnr. 110 genannten Vergleich durchgeführt hätte. Vielmehr hat sie lediglich ausgeführt, dass die Änderung der Rückzahlungsbedingungen einen Einnahmenverzicht für den niederländischen Staat bedeute.

113 Im 98. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung hat nämlich die Kommission das Vorliegen einer zusätzlichen Beihilfe – eine Bewertung, deren Rechtmäßigkeit das Königreich der Niederlande und ING in Abrede stellen – dadurch charakterisiert, dass sie zum einen ausgeführt hat, dass „[d]ie Änderung des Rückzahlungsagios ... insofern ebenfalls eine Beihilfemaßnahme dar[stellt], als der Staat auf sein Recht auf die Erzielung von Einnahmen verzichtet“, und zum anderen, dass diese Änderung „einen zusätzlichen Vorteil für ING dar[stellt]“ und „[d]er Wert dieser Beihilfemaßnahme ... sich ... auf etwa 2 Mrd. EUR [beläuft]“. Dieser Charakterisierung der zusätzlichen Beihilfe durch die Kommission liegt im Wesentlichen die Auffassung zugrunde, dass ING bei einer vorzeitigen Rückzahlung die ursprünglichen Bedingungen einhalten müsse, um die dem Staat geschuldete Vergütung zu bestimmen. Nach den ursprünglichen Bedingungen bedeute ein vorzeitiger Rückkauf von 500 Mio. ING-Wertpapieren jedoch zwangsläufig, dass das Königreich der Niederlande ein Rückzahlungsagio von 2,5 Mrd. Euro erhalte, das höher sei als das nach den geänderten Bedingungen gezahlte. Dieser Gedanke wird im 34. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, in dem es heißt, dass, „[d]a ING normalerweise eine Vorfälligkeitsentschädigung von 2,5 Mrd. EUR entrichten müsste, ... [die] Änderung [der Rückzahlungsbedingungen] für ING einen zusätzlichen Vorteil mit sich bringen [würde], der je nach Marktpreis der ING-Aktien zwischen 1,79 Mrd. EUR und 2,2 Mrd. EUR liegen würde“, und im 98. Erwägungsgrund der Entscheidung aufgegriffen, wo ausgeführt wird, dass, „[d]a ING einem Rückzahlungsagio von [50 % (statt 150 %, vgl. Erwägungsgrund 33)] bereits zugestimmt hat, ... jegliche Senkung in der Tat gleichbedeutend mit einem Verzicht der Niederlande auf Einnahmen [ist]“.

114 Folglich führt die Änderung der Rückzahlungsbedingungen nach Ansicht der Kommission zu einem Einnahmenverzicht des niederländischen Staates, der gleichbedeutend sei mit einer zusätzlichen Beihilfe in Höhe der Differenz zwischen dem nach den ursprünglichen Bedingungen vorgesehenen und dem nach den geänderten Bedingungen zu zahlenden Betrag. Auf diese Weise ist die Kommission bei der Beurteilung der Vereinbarkeit der Beihilfe, insbesondere der in Art. 2 der angefochtenen Entscheidung angeführten Umstrukturierungsbeihilfe, anhand von Art. 87 Abs. 3 Buchst. b EG vom Vorliegen einer zusätzlichen Beihilfe von etwa 2 Mrd. Euro ausgegangen.

Zur rechtlichen Bewertung der Änderung der Rückzahlungsbedingungen

115 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Änderung der Rückzahlungsbedingungen nicht von Rechts wegen zu einem Einnahmenverzicht des niederländischen Staates geführt hat, da dieser nicht auf eine garantierte Rendite, sondern auf die bloße Möglichkeit verzichtet hat, für einen Teil der gezeichneten Wertpapiere eine sehr hohe jährliche Maximalrendite (über 50 % jährlich) zu erzielen.

116 Bei der Feststellung, dass eine zusätzliche Beihilfe vorliege, ging die Kommission zwangsläufig von der Prämisse aus, dass im Fall einer Rückzahlung nur die ursprünglichen Bedingungen Anwendung finden könnten (siehe oben, Randnr. 113). In den ursprünglichen Bedingungen war hierzu präzisiert, dass bei einem Rückkauf der anlässlich der Kapitalzuführung gezeichneten Wertpapiere durch ING 15 Euro pro Wertpapier zu zahlen seien. Aus dem Wortlaut der ursprünglichen Vereinbarung selbst geht jedoch klar hervor, dass das Königreich der Niederlande ING nicht zwingen konnte, ihm die Hälfte des zugeführten Kapitals einschließlich des Rückzahlungsagios von 50 % im Verhältnis zum darin festgelegten Ausgabepreis von 10 Euro – noch dazu vorzeitig – zurückzuzahlen (siehe oben, Randnr. 4); dies hat die Kommission in ihren Schriftsätzen (siehe oben, Randnr. 82) und in der mündlichen Verhandlung, wie im Protokoll festgehalten, ausdrücklich eingeräumt. Nach den ursprünglichen Bedingungen wurde ING die Möglichkeit, den Betrag des zugeführten Kapitals innerhalb der ersten drei Jahre zurückzuzahlen, lediglich angeboten, und ihr stand es frei, die entsprechende Option unter Berücksichtigung ihres eigenen Interesses auszuüben. Daraus folgt, dass der niederländische Staat nur nach den geänderten Bedingungen die Gewissheit haben konnte, einen Teil des im Zuge der Kapitalzuführung ausgezahlten Betrags innerhalb der hierfür vorgesehenen drei Jahre zurückzuerhalten. Eine solche Gewissheit bestand dagegen nach den ursprünglichen Bedingungen nicht.

117 Im Übrigen trägt die Kommission nur in ihren Schriftsätzen (siehe oben, Randnrn. 87 und 88) vor, es werde nicht bestritten, dass die ursprünglichen Rückzahlungsbedingungen zu einer Rendite von 31 % führen könnten, z. B. wenn eine Rückzahlung am Ende des zweiten Jahres erfolge und wenn in jedem Jahr ein Kupon ausgezahlt werde, und dass daher kein Kapitalgeber einer Rückzahlung zugestimmt hätte, ohne sich auf die ursprünglich vorgesehenen Renditen zu berufen. Außerdem macht sie geltend, der Hinweis auf die Ungewissheit der Rückzahlung sei unzutreffend, da ING stets angegeben habe, so schnell wie möglich zurückzahlen zu wollen. Diese Erklärungen veranlassen die Kommission dazu, in ihren Schriftsätzen zu behaupten, ING sei verpflichtet gewesen, zu den ursprünglich dafür vorgesehenen Bedingungen zurückzuzahlen. Einigten sich das Königreich

der Niederlande und ING über eine vorzeitige Rückzahlung eines Teils des zugeführten Kapitals zu anderen als den ursprünglich vorgesehenen Bedingungen, habe die Kommission daher keine andere Wahl, als ING im Wege der Feststellung einer zusätzlichen Beihilfe zur Zahlung der ursprünglich vorgesehenen Vorfälligkeitsentschädigung zu verpflichten. Außer der in der ursprünglichen Vereinbarung festgelegten komme keine Rückzahlungsmöglichkeit in Betracht. Kein privater Kapitalgeber hätte nach Auffassung der Kommission auf die Aussicht auf das beste zu erwartende Ergebnis verzichtet.

- 118 Folgte man der Argumentation der Kommission, könnten die Modalitäten der Rückzahlung eines zu einem bestimmten Zeitpunkt zwischen zwei Parteien vereinbarten Kredits später nicht mehr geändert werden, gleichviel ob damit z. B. der Entwicklung oder der Stagnation des Börsenkurses, der Rückkehr der Liquidität auf den Finanzmärkten oder dem Ende einer Panikbewegung Rechnung getragen würde. Ein solcher Ansatz, der lediglich auf eine Änderung gegenüber den ursprünglichen Bedingungen abstellt, kann nicht genügen, um eine Beihilfe am Maßstab von Art. 87 Abs. 1 EG zu charakterisieren, da er sowohl den Umstand, dass der niederländische Staat eine Option, nicht aber einen Anspruch auf Rückzahlung zu den ursprünglichen Bedingungen hat, als auch die wirtschaftlichen Überlegungen, die geeignet sind, die vorgenommene Änderung zu erklären, völlig außer Acht lässt.
- 119 Hierzu ist als Erstes zu präzisieren, dass es sich als umso inakzeptabler darstellt, dass die wirtschaftlichen Gründe für die Änderung der Rückzahlungsbedingungen in der angefochtenen Entscheidung nicht aus der Sicht eines privaten Kapitalgebers, der sich in einer mit dem niederländischen Staat vergleichbaren Situation befindet, geprüft wurden, als die Kommission in ihrer ursprünglichen Entscheidung mehrere Gesichtspunkte angeführt hat, die für eine solche Prüfung im Rahmen der Beurteilung der in Form einer Kapitalzuführung gewährten Beihilfe anhand von Art. 87 EG in diesem Stadium des Verwaltungsverfahrens relevant sind. So erweist sich, dass der nach den geänderten Bedingungen vorgesehene und angewandte interne Mindestzinsfuß (15 %, da sich die angegebene Spanne zwischen 15 % und etwa 22 % bewegt, siehe oben, Randnr. 85) höher war als derjenige, den die Kommission in der ursprünglichen Entscheidung im Hinblick auf die Vergütung angeführt hatte, die ING dem niederländischen Staat als Gegenleistung für die Kapitalzuführung schuldete und die sich auf eine Spanne zwischen „mehr als 10 %“, aber weniger als „15 % oder mehr“ bezog. In den Erwägungsgründen 63 bis 67 der ursprünglichen Entscheidung führte die Kommission hierzu aus:

„(63) Aus neueren Daten ergibt sich, dass sich die aktuelle Rendite für hybride Tier-1-Instrumente, auf etwa 15 % oder mehr beläuft und damit den von einer Krise betroffenen Markt widerspiegelt. Die Kommission räumt ein, dass die Bank nicht in den Genuss von Maßnahmen dieser Art kommen könnte, wenn die Vergütung in Höhe des aktuellen Clearing-Niveaus festgelegt würde. Darüber hinaus will sich die Kommission den langfristigen Marktbedingungen anpassen und den Banken nicht die gegenwärtigen ungünstigen Bedingungen aufzwingen. Im Übrigen hat die Kommission in den jüngsten Entscheidungen zu den Rekapitalisierungsregelungen im Vereinigten Königreich und in Deutschland Vergütungen in Höhe von 12 % bzw. 10 % unter strengen Verhaltensvorgaben akzeptiert.

(64) Daher hält die Kommission in Anbetracht der besonderen Eigenschaften und insbesondere des Risikoprofils der Wertpapiere im vorliegenden Fall eine erwartete Gesamrendite von über 10 % für erforderlich.

(65) Nach Ansicht der niederländischen Behörden ist es sehr wahrscheinlich, dass eine solche Rendite durch die Kombination von Kuponzahlungen von 8,5 % (in Abhängigkeit von der Höhe der ausgezahlten Dividende sogar mehr), der Möglichkeit der Umwandlung in Stammaktien oder der Möglichkeit des Rückkaufs durch ING zu 150 % (15 Euro pro Wertpapier) erzielt wird. Die Kommission sieht dieses Niveau unter den gegenwärtigen Umständen als das erforderliche Mindestniveau an. Die niederländischen Behörden haben nämlich auf verschiedene Szenarien hingewiesen, die zeigen, dass die Rendite gegebenenfalls sehr hoch sein kann, was weitgehend von den Gewinnen der niederländischen Wirtschaft und der Weltwirtschaft und damit von der zukünftigen Wertentwicklung der ING-Aktien abhängt. Was die Kuponzahlungen betrifft, ist unter der Annahme, dass sich die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens verbessert und dass der Preis der ING-Aktie in den kommenden drei Jahren 15 Euro übersteigt, zu erwarten, dass ING in den kommenden drei Jahren die eine oder andere Dividende ausschütten wird. Was die Möglichkeit des Rückkaufs betrifft, ist der Anreiz, das Instrument zurückzukaufen, für die Aktionäre umso höher, je weiter der Preis der ING-Aktie die Schwelle von 15 Euro überschreitet. Dieser Anreiz beruht [zum einen] darauf, dass das Instrument nach diesem Szenario immer teurer sein wird als die Stammaktie und [zum anderen] darauf, dass, wenn der Preis einer Aktie erheblich über 15 Euro liegt, ein zusätzlicher Anreiz für ING gegeben ist, sich für ihre Aktionäre zu

vergewissern, dass die Gefahr einer Verwässerung infolge der Umwandlung des Instruments in Stammaktien beseitigt wird.

(66) Nach diesem Szenario, wenn das Unternehmen das Instrument nach drei Jahren zurückkauft (und unter der Annahme, dass eine jährliche Dividende ausgezahlt wird, der Staat aber nur die Kuponzahlung von 8,5 % erhält), beliefe sich die vom Staat insgesamt erzielte Rendite auf jährlich 22,1 %. Erfolgte der Rückkauf nach fünf Jahren, fiel die Rendite auf jährlich 16 %, würden in diesem Zeitraum überhaupt keine Dividenden ausgeschüttet, fiel die Rendite ebenfalls geringer aus und beliefe sich auf 15,9 % bzw. 9,3 %.

(67) In Anbetracht der Erwägungsgründe 65 und 66 hält es die Kommission für wahrscheinlich, dass die vom Staat erzielte Kapitalrendite 10 % übersteigen wird. Kennzeichnend für das stark nachrangige Tier-1-Instrument ist, dass einige Ungewissheit bezüglich der Rendite besteht. Aus eben diesem Grund und in Anbetracht der Art des Instruments muss die erwartete Rendite höher als 10 % sein. Die Kommission beurteilt die im 31. Erwägungsgrund angeführten Verpflichtungszusagen von ING und den niederländischen Behörden hinsichtlich der Dividendenzahlungen im Übrigen positiv [im 31. Erwägungsgrund wird ausgeführt: ‚Die niederländischen Behörden haben zugesagt, alles zu tun, um eine Rendite von mindestens 10 % auf die Wertpapiere zu erzielen[;] [d]ie niederländischen Behörden gehen davon aus, dass eine solche Rendite sehr wahrscheinlich durch eine Kombination der Kuponzahlungen von 8,5 % (in Abhängigkeit von der Höhe der ausgezahlten Dividende möglicherweise mehr) und der Rückkaufoption erzielt werde[;] ING hat ebenfalls erklärt, dass sie die bisherige Politik im Bereich der Dividenden beibehalten werde‘]. Die Kommission nimmt auch zur Kenntnis, dass sich die niederländischen Behörden, wie im 32. Erwägungsgrund ausgeführt, verpflichtet haben, eine erneute Notifizierung vorzunehmen, wenn die erwartete Rendite nicht erzielt werden sollte, obwohl die Kommission anerkennt, dass hinsichtlich dieser Rendite keine Gewissheit bestehen kann.“

- 120 Aus den in den Erwägungsgründen 63 bis 67 der ursprünglichen Entscheidung dargelegten Erwägungen ergibt sich – wenn auch im Rahmen der Beurteilung der Vereinbarkeit der fraglichen Beihilfe und nicht im Rahmen der Beurteilung der Anwendung des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers –, dass sich die Kommission der verschiedenen Optionen, die durch die ursprüngliche Vereinbarung gewährt wurden, und der Wahrscheinlichkeiten, die in diesem Zusammenhang hinsichtlich der verschiedenen in Betracht kommenden Szenarien geltend gemacht wurden, in diesem Verfahrensstadium durchaus bewusst war. Eine Rendite von 31 %, die die Kommission in ihren Schriftsätzen angeführt hat, stellt eindeutig einen Maximalwert dar, keinesfalls aber eine unantastbare und unwiderrufliche Bedingung oder die einzige Bezugsgrundlage für die Bewertung der erwarteten Rendite.
- 121 Im Übrigen ergibt sich aus der Beurteilung, die die Kommission in der ursprünglichen Entscheidung vorgenommen hat, dass diese im November 2008 der Auffassung war, dass die Rendite, die der Markt für Wertpapiere wie die bei der Kapitalzuführung ausgegebenen erwartete und die „den von einer Krise betroffenen Markt widerspiegelt[e]“, „15 % oder mehr“ betrug. Die Kommission sah diese Rendite als zu hoch an und gab sich in diesem Stadium mit einer Rendite von „über 10 %“ zufrieden. Daraus folgt, dass die Kommission berücksichtigt hat, dass private Kapitalgeber möglicherweise an derartigen Wertpapieren interessiert waren. Wie die Kommission eingeräumt hat, kann erst recht nicht ausgeschlossen werden, dass im November 2009 – als die Finanzkrise weniger spürbar war und davon ausgegangen werden durfte, dass die vom Markt erwartete Rendite niedriger sein würde – private Kapitalgeber möglicherweise noch immer an solchen Wertpapieren interessiert waren.
- 122 Insoweit hat die Kommission in der angefochtenen Entscheidung jedoch nicht geprüft, inwiefern eine Rendite zwischen 15 % und 22 %, die dem niederländischen Staat nach der Änderung der Rückzahlungsbedingungen gewährt wurde, nicht dem entsprach, was vernünftigerweise von einem privaten Kapitalgeber erwartet werden konnte, der sich in einer vergleichbaren Situation befand, d. h. Inhaber von Wertpapieren der bei der Kapitalzuführung ausgegebenen Art war und eine Rückzahlung seitens des Emittenten erhalten sollte.
- 123 Was als Zweites die relevanten Angaben betrifft, die die Kläger im Lauf des Verfahrens gemacht haben, insbesondere bezüglich der verschiedenen erwarteten Renditen und dem Verhalten eines privaten Referenzkapitalgebers, wie sie im Rothschild-Bericht und in den Rothschild-Analysen dargestellt sind, ist festzustellen, dass es sich um Informationen handelt, über die die Kommission bei Erlass der angefochtenen Entscheidung bereits verfügte oder verfügen konnte. Tatsächlich hat die Kommission es abgelehnt, diese Informationen auch nur hypothetisch zu berücksichtigen, da ihren Erwägungen der unzutreffende tatsächliche Ausgangspunkt zugrunde lag, dass bei einer Rückzahlung nur die ursprünglichen Bedingungen Anwendung

fänden, was für den niederländischen Staat daher faktisch ein bestimmtes „Recht auf die Erzielung von Einnahmen“ begründe. Im vorliegenden Fall war die Kommission verpflichtet, derartige Informationen im Rahmen der Prüfung des Vorliegens eines mit der Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des zugeführten Kapitals verbundenen Vorteils zu berücksichtigen und zu bewerten, insbesondere diejenigen, die die Annahme glaubhaft machen, ein privater Kapitalgeber könnte veranlasst sein, eine Ungewissheit durch eine Gewissheit zu ersetzen und insoweit eine bestimmte und zufriedenstellende Rendite an Stelle einer vom Zufall abhängigen Rendite zu erzielen. Die Kommission durfte die angefochtene Entscheidung daher nicht erlassen, ohne diese Informationen zu berücksichtigen und zu prüfen, wie sie sich auf ihre Beurteilung der Beihilfe auswirken (siehe oben, Randnr. 99).

- 124 Insoweit kann die Kommission nicht behaupten, das Königreich der Niederlande und ING im Rahmen des Verwaltungsverfahrens dadurch in die Lage versetzt zu haben, solche Daten vorzulegen, dass sie ihnen gestattet habe, sich zu dem den Sachverhalt betreffenden Teil eines Entscheidungsentwurfs zu äußern. Sie kann nämlich nicht vernünftigerweise geltend machen, dass es dafür, die Vorlage dieser Daten zu ermöglichen, als ausreichend angesehen werden kann, dass sie ihnen am 6. November 2009 einige Stunden zugestanden hat, um sich zu der Sachverhaltsdarstellung zu äußern, die sie im Begriff war, in die angefochtene Entscheidung aufzunehmen. Nicht nur war die für die Beantwortung eingeräumte Zeit viel zu kurz, weder das Königreich der Niederlande noch ING konnten darüber hinaus in diesem Stadium wissen, dass die Kommission nicht beabsichtigte, das Kriterium des privaten Kapitalgebers heranzuziehen, um das Vorliegen einer Beihilfe bezüglich der Änderung der Rückzahlungsbedingungen zu beurteilen. Insbesondere teilte die Kommission in diesem Dokument nicht mit, welche Position sie zu der Frage vertrat, aus welchen Gründen der niederländische Staat das Recht auf die Erzielung von 2,5 Mrd. Euro hatte oder ING verpflichtet war, diesen Betrag im Fall einer vorzeitigen Rückzahlung zu entrichten, sowie zu der Frage, welche Konsequenzen aus der nach den neuen Rückzahlungsbedingungen erwarteten und der Kommission bekannten Rendite zu ziehen sind. Die Kommission ging auch nicht auf das aus der Gleichbehandlung hergeleitete Argument ein, das der niederländische Staat im Rahmen der Mitteilung der Änderung der Rückzahlungsbedingungen geltend gemacht hatte, in der das Königreich der Niederlande erläutert hatte, dass ING mit der Änderung der Rückzahlungsbedingungen Ausstiegsbedingungen angeboten werden sollten, die mit den AEGON und SNS Reaal gewährten Bedingungen vergleichbar seien.
- 125 Folglich hat die Kommission den Begriff „Beihilfe“ dadurch verkannt, dass sie nicht geprüft hat, ob sich der niederländische Staat, als er der Änderung der Rückzahlungsbedingungen zugestimmt hat, so verhalten hat, wie es ein privater Kapitalgeber in einer vergleichbaren Situation getan hätte, insbesondere da der niederländische Staat eine vorzeitige Rückzahlung erhalten konnte und hierbei angesichts der zu diesem Zeitpunkt vorherrschenden Marktbedingungen über eine größere Gewissheit verfügte, eine zufriedenstellende Vergütung zu erhalten.

Zur Prüfung der Änderung der Rückzahlungsbedingungen in tatsächlicher Hinsicht

- 126 Die Kommission kann das Vorliegen eines Einnahmenverzichts auch nicht damit begründen, dass ING faktisch – wenn auch nicht rechtlich – verpflichtet gewesen sei, einen Teil der Wertpapiere zu den ursprünglichen Bedingungen zurückzukaufen; dieses Argument findet in der angefochtenen Entscheidung keinerlei Stütze.
- 127 Überdies überzeugen die Gründe nicht, die die Kommission erstmals vor dem Gericht angeführt hat, um darzutun, dass ING faktisch verpflichtet gewesen sei, einen Teil der im Rahmen der am 11. November 2008 durchgeführten Kapitalerhöhung geschaffenen Wertpapiere zu den ursprünglichen Bedingungen zurückzukaufen; ihnen stehen die überzeugenderen Erklärungen entgegen, die das Königreich der Niederlande, ING und DNB vorgetragen haben.
- 128 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass das Königreich der Niederlande und ING überzeugend darlegen, warum ING von der ihr nach der ursprünglichen Vereinbarung eingeräumten Rückzahlungsoption so lange keinen Gebrauch machte, wie sich der Preis der ING-Aktie nicht deutlich dem Wert von 15 Euro näherte (siehe insbesondere oben, Randnr. 86).
- 129 Der wesentliche Teil dieser Angaben, d. h. alle diejenigen, die sich auf die Entwicklung des Börsenkurses der ING-Aktie bis zu dem Tag des Erlasses der angefochtenen Entscheidung, dem 18. November 2009, bezogen, sowie die Hypothesen über die kurz- und mittelfristige Entwicklung dieses Börsenkurses, die zu diesem Zeitpunkt von den Börsenanalysten aufgestellt wurden, waren nämlich zu dem Zeitpunkt verfügbar, als die

Kommission den tatsächlichen Rahmen abgesteckt hat, der bei der Beurteilung der zusätzlichen Beihilfe zu berücksichtigen war. Die Kommission konnte diese Gesichtspunkte nicht außer Acht lassen, da der Preis der ING-Aktie und seine wahrscheinliche Entwicklung in dieser Zeit Angaben darstellten, die für die Bewertung relevant waren, welche Bedeutung die ursprünglichen Bedingungen möglicherweise hatten, um das behauptete Vorliegen eines „Rechts auf die Erzielung von Einnahmen“ und einer zusätzlichen Beihilfe, die im Zusammenhang mit der Änderung der Rückzahlungsbedingungen gewährt worden sein soll, zu beurteilen.

- 130 Auf der Grundlage dieser Angaben machen das Königreich der Niederlande und ING geltend, dass es für ING nicht vernünftig sei, die bei der Kapitalzuführung ausgegebenen Wertpapiere mit der in den ursprünglichen Bedingungen festgelegten Vorfälligkeitsentschädigung zurückzuzahlen, wenn der Preis der ING-Aktie unter 15 Euro liege. Dies wird u. a. durch ein Memorandum gestützt, das die Investmentbank Goldman Sachs am 12. Mai 2009 für ING erstellt hat und in dem die verschiedenen möglichen Szenarien und ihre Bedeutung für ING dargestellt werden, insbesondere was die Rolle des Kurses von 15 Euro als Schwelle betrifft, deren Erreichung die Rückzahlung zu den ursprünglichen Bedingungen auslösen soll. Die Tabelle der Börsenkurse der ING-Aktie zwischen September 2008 und Mai 2010, die das Königreich der Niederlande in Erwiderung auf die Argumentation der Kommission übermittelt hat, zeigt ebenfalls, dass der Kurs der Aktie stets deutlich unter 15 Euro lag, jedenfalls bis zum 18. November 2009, dem Tag, an dem die angefochtene Entscheidung erlassen wurde. Diese Angaben werden durch das von der Kommission angeführte Argument nicht in Frage gestellt, dass die verwässernde Wirkung auf den Kurs der ING-Aktie zu berücksichtigen sei, die mit der Ausgabe von Aktien verbunden sei, die erforderlich sei, um die für die vorzeitige Rückzahlung benötigten Mittel zu erhalten, wie dies aus der vom Königreich der Niederlande in der mündlichen Verhandlung zu diesem Zweck vorgelegten Tabelle hervorgeht, die zeigt, dass die erforderliche Schwelle, um diese Mittel zu wirtschaftlich vernünftigen Bedingungen zu erlangen, jedenfalls nicht erreicht war.
- 131 Zu den zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung wahrscheinlichen Entwicklungen des Kurses der ING-Aktie führt ING darüber hinaus verschiedene, Ende Oktober 2009 veröffentlichte Berichte von Analysten an, aus denen sich ein Zielkurs der ING-Aktie für zwölf Monate zwischen 9 Euro (so Nomura) und 12,90 Euro (so Bank of America Merrill Lynch) ergab; alle anderen Analysten – Citi, Deutsche Bank, KBW, Morgan Stanley und UBS – rechneten mit einem Zielkurs zwischen 10,60 und 11,50 Euro, der somit deutlich unter der Schwelle von 15 Euro lag. Die Kommission stellt diese Angaben nicht als solche in Abrede.
- 132 Außerdem machen das Königreich der Niederlande und ING geltend, dass die Rückzahlung im Jahr 2009 der bei der Kapitalzuführung ausgegebenen Wertpapiere auf der Grundlage der ursprünglichen Bedingungen eine Aktienemission von ING erfordert hätte, da ING zu dieser Zeit nicht über die Mittel verfügt habe, um diese Wertpapiere zurückzuzahlen. Es wäre daher unlogisch gewesen, Aktien zu einem Kurs unter 15 Euro auszugeben, um Wertpapiere im Wert von 15 Euro zurückzuzahlen. Erst viel später hätte ING die ausgegebenen Wertpapiere aus einbehaltenen Gewinnen oder Erträgen aus Veräußerungen zurückzahlen können – allerdings nur unter der Voraussetzung, dass keine Dividenden ausgeschüttet würden.
- 133 Die Argumente, die die Kommission vorbringt, um die Relevanz dieser Gesichtspunkte zu widerlegen, vermögen nicht durchzugreifen (siehe oben, Randnrn. 82 und 87). Die Tatsache, dass der Börsenkurs der ING-Aktie um das Jahr 2001 einen Wert von 43 Euro erreicht hat, genügt nicht, um die Argumente in Frage zu stellen, die aus der konkreten Entwicklung des Börsenkurses dieser Aktie von Beginn der Finanzkrise im Jahr 2008 bis zum Erlass der angefochtenen Entscheidung und aus der Darstellung der zum damaligen Zeitpunkt von den Analysten vorhergesehenen Entwicklungen hergeleitet werden. Auch können die Feststellungen, die daraus hergeleitet werden, dass ING die Absicht äußerte, zurückzuzahlen, wenn dies möglich sei, nicht die rechtliche Tragweite der ING eingeräumten Option und des Interesses in Frage stellen, das ING in Anbetracht der tatsächlichen Entwicklung des Börsenkurses der Aktie, von der die Kosten und damit die Möglichkeit einer Rückzahlung nach den ursprünglichen Bedingungen abhingen, an der Ausübung dieser Option hatte. Darüber hinaus beschränkt sich der Gehalt der von der Kommission angeführten Absichtserklärungen auf die darin getroffene Aussage, nämlich, dass ING zurückzahlen würde, wenn dies möglich wäre. Eine solche Entscheidung fügt sich jedoch in eine Gesamtheit objektiver und rationaler Gesichtspunkte ein, die die Kläger in diesem Zusammenhang geltend gemacht haben und deren tatsächliches Vorliegen die Kommission nicht, wie sie es in der angefochtenen Entscheidung unter Zugrundelegung einer unzutreffenden Prämisse getan hat, in Abrede stellen konnte.
- 134 Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist festzustellen, dass ING die Option, nach der sie den Betrag des zugeführten Kapitals im Lauf der ersten drei Jahre zurückzahlen durfte, nur unter bestimmten und keineswegs

erwiesenen, angesichts des Börsenkurses und der voraussichtlichen Entwicklung der ING-Aktie im Herbst 2009 nicht einmal wahrscheinlichen wirtschaftlichen Umständen ausgeübt hätte. Da die Kommission nicht sämtliche relevanten Umstände geprüft hat, die bei der Beurteilung des Vorliegens eines „Rechts auf die Erzielung von Einnahmen in Höhe von 2,5 Mrd. Euro“ im Fall einer vorzeitigen Rückzahlung zu berücksichtigen sind, ist die angefochtene Entscheidung somit auch in dieser Hinsicht fehlerhaft.

- 135 Selbst unter der Annahme, dass die Kommission zu dem Schluss gelangen konnte, dass der Staat einen Einnahmefall erlitten habe, hat sie den Betrag dieses behaupteten Einnahmefalls jedenfalls nicht ordnungsgemäß ermittelt. So lässt sich den Argumenten, die das Königreich der Niederlande und die Kommission hierzu vorgetragen haben (siehe oben, Randnrn. 83 und 84), entnehmen, dass die Kommission bei ihrer Beurteilung des Betrags der zusätzlichen Beihilfe einen weiteren für die Prüfung des Begriffs „Beihilfe“ relevanten Umstand außer Acht gelassen hat. Nach der Änderung der Rückzahlungsbedingungen war die den zum Zeitpunkt der vorzeitigen Rückzahlung aufgelaufenen Zinsen entsprechende Kuponzahlung, anders als nach den ursprünglichen Bedingungen, nicht mehr von der Ausschüttung einer Dividende an die Inhaber von Stammaktien abhängig. Dem niederländischen Staat wurde somit ein Anspruch auf einen Geldbetrag zuerkannt, den er vorher nicht unbedingt hätte beanspruchen können, da es von der Entscheidung von ING über die Ausschüttung einer Dividende abhing, ob er diesen Betrag erhielt.
- 136 Als die Kommission die angefochtene Entscheidung erließ, d. h. am 18. November 2009, hatte sie Kenntnis von diesem Umstand, der sich aus den geänderten Bedingungen selbst ergibt. Zudem hatte die Kommission ab dem Zeitpunkt, zu dem sie beschloss, im Wege eines Vergleichs zwischen den beiden Versionen der Rückzahlungsbedingungen vorzugehen, die Unterschiede zwischen diesen Versionen zu berücksichtigen, um das Vorliegen einer Beihilfe anhand des Art. 87 Abs. 1 EG festzustellen (siehe oben, Randnr. 111). Der fragliche Unterschied, nämlich die bedingungsfreie Auszahlung eines Kupons, der den zum Zeitpunkt der vorzeitigen Rückzahlung aufgelaufenen Zinsen entspricht, konnte von der Kommission nicht außer Acht gelassen werden, da er entscheidend für die Beurteilung der Frage war, ob die Änderung der Rückzahlungsbedingungen die Gewährung eines zusätzlichen Vorteils an ING beinhaltete. Außerdem konnte die Kommission rechtzeitig in angemessener Weise über einen Teil der für die Beurteilung der Änderung der Rückzahlungsbedingungen relevanten Information verfügen, die ING der Öffentlichkeit in ihrer Pressemitteilung vom 12. August 2009 über die im zweiten Quartal 2009 erzielten Gewinne mitteilte, wonach „ING entschieden hat, für das Jahr 2009 keine Zwischendividende auf die Stammaktien auszuzahlen“.
- 137 In diesem Zusammenhang kann weder dem Argument der Kommission gefolgt werden, dass der niederländische Staat ihr diesen Unterschied nicht eigens mitgeteilt habe, noch dem Argument, dass bei der Lektüre des am 6. November 2009 übermittelten Entwurfs der Sachverhaltsdarstellung nicht auf ihren Fehler hingewiesen worden sei (siehe oben, Randnr. 84). Wie bereits oben in Randnr. 136 ausgeführt, stellt dieser Unterschied nämlich gerade nach dem von der Kommission gewählten Ansatz einen wesentlichen Gesichtspunkt des in Art. 87 Abs. 1 EG definierten Begriffs „Vorteil“ dar, anhand dessen die Kommission den Sachverhalt unter Berücksichtigung aller in diesem Zusammenhang relevanten Umstände bewerten muss. Wie das Königreich der Niederlande geltend gemacht hat, war dieses zudem nicht in der Lage, die Tragweite der von der Kommission vorgenommenen Bewertung zu beurteilen, da es weder Kenntnis davon hatte, wie die Kommission die Änderung der Rückzahlungsbedingungen bewerten, noch davon, wie sie auf die Argumente antworten würde, die es im Verwaltungsverfahren zur Erläuterung dieser Änderung vorgebracht hatte.
- 138 Da die Kommission es entgegen ihrer oben in Randnr. 107 genannten Verpflichtung versäumt hat, hierzu ergänzende Auskünfte einzuholen, wie sie es ursprünglich hinsichtlich der Maßnahme der Kapitalzuführung getan hatte, oder das in Art. 88 Abs. 2 EG vorgesehene förmliche Prüfverfahren zu eröffnen, wenn die Änderung der Rückzahlungsbedingungen Zweifel hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt aufwarf, wie dies bei der Maßnahme in Bezug auf wertgeminderte Aktiva der Fall war, kann sie den Klägern nicht vorwerfen, ihr nicht alle relevanten Informationen bezüglich des oben genannten Unterschieds übermittelt zu haben. Jedenfalls konnten das Königreich der Niederlande und ING den in dieser Hinsicht begangenen Fehler erst nach Erlass der angefochtenen Entscheidung feststellen.
- 139 Da ING im vorliegenden Fall für 2009 keine Dividende ausgezahlt hat, erhielt der niederländische Staat bei der vorzeitigen Rückzahlung am 21. Dezember 2009 als Vorteil aus den geänderten Bedingungen im Vergleich zu den ursprünglichen den Betrag von 258,5 Mio. Euro. Zwar konnte die Kommission bei Erlass der angefochtenen Entscheidung die Höhe dieses Betrags nicht kennen, sie hätte sich jedoch notwendigerweise fragen müssen, welche Auswirkungen die Möglichkeit einer solchen Zahlung auf den in der angefochtenen

Entscheidung in Betracht gezogenen Betrag der zusätzlichen Beihilfe haben konnte. Zudem hätte der niederländische Staat aus den vom Königreich der Niederlande zutreffend dargelegten Gründen im Fall einer vorzeitigen Rückzahlung im Jahr 2009 nach den ursprünglichen Bedingungen keine Kuponzahlung beanspruchen können, da ING für dieses Geschäftsjahr keine Dividende ausgezahlt hat (siehe oben, Randnr. 83).

- 140 Folglich kann sich der für den niederländischen Staat aus der Änderung der Rückzahlungsbedingungen resultierende „Einnahmenverzicht“ selbst unter der Annahme, dass die von der Kommission vorgenommene Einstufung als zusätzliche Beihilfe zutrifft, nicht wie in der angefochtenen Entscheidung angegeben auf etwa 2 Mrd. Euro, d. h. einen Betrag zwischen 1,79 und 2,2 Mrd. Euro belaufen, sondern auf einen entsprechend dem Betrag der zum Zeitpunkt der Rückzahlung aufgelaufenen Zinsen zwangsläufig geringeren Betrag.
- 141 Schließlich ist die Differenz zwischen diesen beiden Beträgen, anders als die Kommission meint (siehe oben, Randnr. 84), im vorliegenden Fall nicht völlig unerheblich, da die Kommission selbst den Betrag der Beihilfe in der angefochtenen Entscheidung festzulegen beabsichtigte. Diese Differenz kann nämlich einen Betrag darstellen, der als solcher bedeutend und erheblich ist und sich auf mehrere hundert Millionen Euro belaufen könnte. Daher kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Berücksichtigung einer solchen Vergütung, die nur nach den geänderten Bedingungen vorgesehen ist, auf die Beurteilung der Kommission hätte auswirken können, und zwar sowohl in Bezug auf die Einstufung der Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG als auch in Bezug auf die Prüfung ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt am Maßstab des Art. 87 Abs. 3 Buchst. b EG, insbesondere hinsichtlich der Bewertung des Beitrags von ING oder des Umfangs der Maßnahmen zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen.
- 142 Somit ist die angefochtene Entscheidung mit einem Fehler in tatsächlicher Hinsicht behaftet, der die Auslegung des Begriffs „Beihilfe“ durch die Kommission fehlerhaft macht. Die Folgen dieses Fehlers für die Beurteilung der Vereinbarkeit der fraglichen Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt durch die Kommission werden unten in den Randnrn. 147 ff. geprüft.

Ergebnis bezüglich der Einstufung als zusätzliche Beihilfe

- 143 Aus alledem ergibt sich, dass die angefochtene Entscheidung fehlerhaft ist, soweit sie aus den in ihrem 98. Erwägungsgrund dargelegten Gründen von der Feststellung ausgeht, dass die Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des zugeführten Kapitals eine zusätzliche Beihilfe von etwa 2 Mrd. Euro darstelle, da die Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht nachgewiesen hat, dass die Änderung der Rückzahlungsbedingungen einen Vorteil für ING beinhaltete, den ein privater Kapitalgeber in der gleichen Situation wie der niederländische Staat nicht gewährt hätte, und sie die Höhe dieses Vorteils verkannt hat.
- 144 Folglich ist dem Klagegrund des Verstoßes gegen Art. 87 Abs. 1 EG stattzugeben, ohne dass es erforderlich wäre, auf die übrigen Argumente einzugehen, die das Königreich der Niederlande und ING in diesem Zusammenhang geltend gemacht haben.
- 145 Nunmehr ist zu prüfen, welche Konsequenzen ein derartiger Fehler, der die Begründung des Rechtsakts betrifft, für dessen verfügenden Teil hat.

B – Zu den Konsequenzen des Fehlers, der die Begründung der angefochtenen Entscheidung betrifft, für deren verfügenden Teil

- 146 Bei der Bemessung der Tragweite des Fehlers, mit dem die angefochtene Entscheidung behaftet ist, soweit sie aus den in ihrem 98. Erwägungsgrund dargelegten Gründen von der Feststellung ausgeht, dass die Änderung der Bedingungen für die Rückzahlung des zugeführten Kapitals eine zusätzliche Beihilfe in Höhe von 2 Mrd. Euro beinhaltet, ist zu beachten, dass der verfügende Teil eines Rechtsakts nicht von seiner Begründung getrennt werden kann, so dass er, wenn dies erforderlich ist, unter Berücksichtigung der Gründe auszulegen ist, die zu seinem Erlass geführt haben (Urteil des Gerichtshofs vom 15. Mai 1997, TWD/Kommission, C-355/95 P, Slg. 1997, I-2549, Randnr. 21, und Urteil des Gerichts vom 13. Juni 2000, EPAC/Kommission, T-204/97 und T-270/97, Slg. 2000, II-2267, Randnr. 39). Zwar kann allein der verfügende Teil einer Entscheidung Rechtswirkungen erzeugen, jedoch können die Feststellungen in den Gründen einer Entscheidung der Rechtmäßigkeitskontrolle durch den Unionsrichter unterliegen, soweit sie als Begründung einer beschwerenden Maßnahme die tragenden Gründe für den verfügenden Teil dieser Maßnahme darstellen oder wenn diese

Begründung geeignet ist, den materiellen Gehalt des verfügbaren Teils der fraglichen Maßnahme zu ändern (vgl. Urteil des Gerichts vom 1. Juli 2009, KG Holding u. a./Kommission, T-81/07 bis T-83/07, Slg. 2009, II-2411, Randnr. 46 und die dort angeführte Rechtsprechung).

147 Im vorliegenden Fall beantragt das Königreich der Niederlande die Nichtigkeitsklärung des Art. 2 Abs. 1 der angefochtenen Entscheidung, der u. a. auf die im 98. Erwägungsgrund dieser Entscheidung dargelegte Feststellung gestützt ist, dass die Änderung der Rückzahlungsbedingungen eine zusätzliche Beihilfe von etwa 2 Mrd. Euro beinhalte, während ING, unterstützt durch DNB, mit ihrem ersten Antrag im Wesentlichen die Nichtigkeitsklärung des Art. 2 Abs. 1 der angefochtenen Entscheidung sowie des Art. 2 Abs. 2 und des Anhangs II dieser Entscheidung beantragt, soweit die Kommission festgestellt hat, dass die Änderung der Rückzahlungsbedingungen eine zusätzliche Beihilfe in Höhe von 2 Mrd. Euro beinhalte.

148 Die Prüfung dieser Nichtigkeitsanträge erfordert, dass ermittelt wird, wie sich die Fehler, die die Kommission begangen hat, als sie in der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, dass die Änderung der Rückzahlungsbedingungen eine zusätzliche Beihilfe von etwa 2 Mrd. Euro darstelle, auf den verfügbaren Teil auswirken; dazu ist zwischen der Auswirkung dieser Fehler zum einen auf Art. 2 Abs. 1 der angefochtenen Entscheidung und zum anderen auf Art. 2 Abs. 2 und Anhang II dieser Entscheidung zu unterscheiden.

1. Zur Rechtmäßigkeit des Art. 2 Abs. 1 der angefochtenen Entscheidung

149 Aus der Begründung der angefochtenen Entscheidung, insbesondere aus ihrem 98. Erwägungsgrund, ergibt sich hierzu eindeutig, dass die Kommission der Auffassung war, der niederländische Staat habe ING im Wege der vom Königreich der Niederlande im Verwaltungsverfahren mitgeteilten Änderung der Rückzahlungsbedingungen eine zusätzliche Beihilfe von „etwa 2 Mrd. Euro“ gewährt.

150 In der Folge hat die Kommission diese zusätzliche Beihilfe bei der Bestimmung des Gesamtbetrags der vom Königreich der Niederlande zugunsten von ING im Rahmen der Stützungsfasilität für „illiquide Vermögenswerte“ und des Umstrukturierungsplans gewährten Beihilfe (im Folgenden: Umstrukturierungsbeihilfe) berücksichtigt. Im 106. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung, der die Beurteilung des Vorliegens einer Beihilfe am Maßstab des Art. 87 Abs. 1 EG abschließt, hält die Kommission fest, dass ING „[i]nsgesamt ... folglich Umstrukturierungshilfen in Form von Liquiditätsgarantien im Umfang von bis zu [12 bis 22] Mrd. EUR und andere Beihilfen in Höhe von etwa 17 Mrd. EUR erhalten [wird], was etwa 5 % der [RWA] der Bank entspricht“.

151 In Beantwortung der schriftlichen Fragen des Gerichts hat die Kommission präzisiert, dass allein die 17 Mrd. Euro an verschiedenen Beihilfen etwa 5 % der RWA von ING Bank entsprächen; die gewährten oder noch zu gewährenden Garantien seien in diesem Stadium der Erwägungen nicht berücksichtigt worden. Diesen Antworten auf die schriftlichen Fragen lässt sich auch entnehmen, dass sich dieser Betrag von 17 Mrd. Euro wie folgt zusammensetzt: erstens aus dem Betrag der Beihilfe, der sich aus der Kapitalzuführung ergibt, nämlich 10 Mrd. Euro, wie im 97. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung angegeben, zweitens dem Betrag der Beihilfe, der sich aus der Änderung der Rückzahlungsbedingungen ergibt, nämlich etwa 2 Mrd. Euro, wie im 98. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung angegeben, und drittens dem Betrag der Beihilfe, der sich aus der Entlastungsmaßnahme ergibt, nämlich 5 Mrd. Euro, wie im 99. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung angegeben.

152 Diese Präzisierungen ermöglichen eine Auslegung des Begriffs „Umstrukturierungsbeihilfe“, der in Art. 2 Abs. 1 des verfügbaren Teils der angefochtenen Entscheidung enthalten ist, wonach „[d]ie ING von den Niederlanden gewährte Umstrukturierungsbeihilfe ... eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 [EG] dar[stellt]“. Aus dem Vorstehenden ergibt sich nämlich eindeutig, dass die zusätzliche Beihilfe ein konstitutives Element der Umstrukturierungsbeihilfe darstellt, die in dieser Bestimmung genannt ist, in der nicht zwischen den verschiedenen Elementen dieser Beihilfe unterschieden wird.

153 Folglich ist Art. 2 Abs. 1 der angefochtenen Entscheidung angesichts der Fehler, mit denen die in der angefochtenen Entscheidung vorgenommene Einstufung als zusätzliche Beihilfe behaftet ist, in vollem Umfang für nichtig zu erklären, da er aus den insbesondere im 98. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung dargelegten Gründen von der Feststellung ausgeht, dass die Änderung der Rückzahlungsbedingungen eine zusätzliche Beihilfe von etwa 2 Mrd. Euro beinhalte.

2. Zur Rechtmäßigkeit von Art. 2 Abs. 2 und Anhang II der angefochtenen Entscheidung

- 154 Im Anschluss an Art. 2 Abs. 1 des verfügenden Teils der angefochtenen Entscheidung, in dem die gesamte Umstrukturierungsbeihilfe, die das Königreich der Niederlande ING gewährt hat, als staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG qualifiziert wird, bestimmt Art. 2 Abs. 2, dass „[v]orbehaltlich der in Anhang II aufgeführten Verpflichtungszusagen ... die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar [ist]“; in Anhang II wird einleitend darauf hingewiesen, dass „[i]n Bezug auf die Umstrukturierungsbeihilfe ... die folgenden Verpflichtungszusagen erfüllt werden [müssen]“. Die zusätzliche Beihilfe, die ein konstitutives Element der Umstrukturierungsbeihilfe darstellt, ist daher integraler Bestandteil der Prüfung durch die Kommission im Rahmen der Entscheidung über die Vereinbarkeit der Umstrukturierungsbeihilfe mit dem Gemeinsamen Markt.
- 155 Diese Schlussfolgerung findet ihre Bestätigung in der Begründung der angefochtenen Entscheidung. In dem Abschnitt des 141. Erwägungsgrundes, der der Beurteilung der Vereinbarkeit der Umstrukturierungsbeihilfe am Maßstab des Art. 87 Abs. 3 Buchst. b EG gewidmet ist, wird nämlich bei der Bewertung der Höhe der Beihilfe und der sich daraus ergebenden Wettbewerbsverzerrungen auf den „erheblichen Beihilfebetrug“ Bezug genommen, „der 5 % der [RWA] von ING Bank entspricht“, wobei „[d]ieser Wert ... deutlich über dem Schwellenwert von 2 % der risikogewichteten Vermögenswerte [liegt]“. Diese Bezugnahme auf den Schwellenwert von 5 % der RWA zeigt, dass die Kommission den zuvor im 106. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung genannten Betrag von 17 Mrd. Euro (siehe oben, Randnrn. 150 und 151) berücksichtigt hat. Zudem hebt die Kommission im 157. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung hervor, dass „auch die im Rahmen des Umstrukturierungsplans dargelegten zusätzlichen Beihilfemaßnahmen, also die Änderung der Bedingungen für den Rückkauf der Core-Tier-1-Wertpapiere von den Niederlanden und die vorgesehenen Haftungsgarantien, nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b [EG] für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden sollten, da im Umstrukturierungsplan umfangreiche Maßnahmen zur Begrenzung von Marktverzerrungen enthalten sind und die Beihilfe dem Empfänger dabei hilft, seine Rentabilität zu steigern“, und dass „[d]ies ... auch für die Beihilfe [gilt], die sich aus den geänderten Bedingungen für die Rückzahlung des von den Niederlanden gewährten Kapitals ergibt“.
- 156 Aus dem verfügenden Teil und der Begründung der angefochtenen Entscheidung ergibt sich, dass sich die zusätzliche Beihilfe nicht vom verfügenden Teil und der Begründung, die ihm zugrunde liegt, trennen lässt, wenn es um die Prüfung der Bewertung geht, die die Kommission bezüglich der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt und der Bestimmung des für die Vereinbarkeitserklärung der Beihilfe erforderlichen Maßes an Verpflichtungszusagen vorgenommen hat.
- 157 Hierzu lässt sich den Antworten auf die schriftlichen und auf die in der mündlichen Verhandlung gestellten Fragen entnehmen, dass zwischen den Beteiligten Uneinigkeit hinsichtlich der Auswirkung besteht, die die beantragte Nichtigerklärung möglicherweise auf den Anhang II hat, der die Verpflichtungszusagen enthält, die einzuhalten sind, damit die in Art. 2 der angefochtenen Entscheidung genannte Umstrukturierungsbeihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Königreich der Niederlande deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass es der Auffassung war, dass die von ihm beantragte Nichtigerklärung durchaus die Unwirksamkeit der Ausgleichsmaßnahmen zur Folge haben könne, die in Anhang II dieser Entscheidung ins Auge gefasst worden seien, die u. a. auf der Berücksichtigung des Betrags der zusätzlichen Beihilfe beruhe. Des Weiteren besteht nach Ansicht des Königreichs der Niederlande sowie von ING und DNB ein notwendiger und proportionaler Zusammenhang zwischen dem Betrag der vom Staat gewährten Umstrukturierungsbeihilfe und dem Umfang der Maßnahmen zur Behebung der durch diese Beihilfe verursachten Wettbewerbsverzerrungen. Die Kommission meint dagegen, dass der Abzug von 2 Mrd. Euro vom Betrag der Umstrukturierungsbeihilfe – bei dem, um die Maßnahmen zu beurteilen, die notwendig seien, um die verursachten Wettbewerbsverzerrungen zu beheben, hauptsächlich die in Form der Kapitalzuführung gewährten 10 Mrd. Euro Beihilfe und die in Form der Entlastungsmaßnahme gewährten 5 Mrd. Euro Beihilfe berücksichtigt würden – keine Auswirkungen auf den Umfang der Maßnahmen zur Behebung der verursachten Wettbewerbsverzerrungen habe.
- 158 Diesem Ansatz vermag das Gericht nicht zu folgen, um die Tragweite der beantragten Nichtigerklärung für die angefochtene Entscheidung zu bestimmen. Zwar hängt der Umfang der Ausgleichsmaßnahmen grundsätzlich unmittelbar und proportional von der gewährten Beihilfe ab, deren Bewertung im vorliegenden Fall zu einem nicht unerheblichen Teil fehlerhaft ist, aus der angefochtenen Entscheidung geht jedoch klar hervor, dass die Kommission diese Frage in Anbetracht der Auswirkungen der Umstrukturierungsbeihilfe geprüft hat, die sich aus der Beihilfe der Kapitalzuführung, der Beihilfe der Änderung der Rückzahlungsbedingungen und der

Beihilfe der Entlastungsmaßnahme zusammensetzt, d. h. in Anbetracht einer Beihilfe in Höhe von insgesamt 17 Mrd. Euro.

- 159 Wegen der Fehler, die die Kommission begangen hat, kann diese nicht mehr wie in den Erwägungsgründen 106 und 141 der angefochtenen Entscheidung behaupten, die fragliche Beihilfe stelle einen „erheblichen Beihilfebetrag“ dar, der „5 % der [RWA]“ entspreche und auf dessen Grundlage die Ausgleichsmaßnahmen bewertet worden seien.
- 160 Da Art. 2 Abs. 1 der angefochtenen Entscheidung in Anbetracht von Art. 87 Abs. 1 EG rechtswidrig ist, soweit die Umstrukturierungsbeihilfe, die die im 98. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung genannte zusätzliche Beihilfe von etwa 2 Mrd. Euro umfasst, als staatliche Beihilfe eingestuft wird, führt diese Rechtswidrigkeit zwangsläufig auch zur Rechtswidrigkeit von Art. 2 Abs. 2 dieser Entscheidung und von Anhang II, der mit Art. 2 Abs. 2 verknüpft ist, da die Vereinbarkeit der Beihilfe, um die es im genannten Abs. 2 geht, von einer Bewertung und von Verpflichtungszusagen abhängt, deren Inhalt sich am Maßstab der in Art. 2 Abs. 1 der angefochtenen Entscheidung definierten Umstrukturierungsbeihilfe beurteilt, die die zusätzliche Beihilfe umfasst.
- 161 Angesichts dieser Schlussfolgerung und im Interesse der Verfahrensökonomie besteht für das Gericht kein Anlass, die Argumente zu prüfen, die ING und die Kommission in Bezug auf den zweiten und den dritten Klagegrund, die in der Rechtssache T-33/10 geltend gemacht worden sind, vorgebracht haben und die ein späteres Stadium der Prüfung betreffen und voraussetzen, dass die Umstrukturierungsbeihilfe, auf die sich Art. 2 der angefochtenen Entscheidung bezieht, zutreffend bewertet wurde, was in der vorliegenden Rechtssache nicht der Fall ist.

Kosten

- 162 Nach Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission im vorliegenden Rechtsstreit unterlegen ist, ist sie entsprechend den Anträgen des Königreichs der Niederlande, von ING und von DNB zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Erste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die Rechtssachen T-29/10 und T-33/10 werden zu gemeinsamer Entscheidung verbunden.**
- 2. Art. 2 Abs. 1 der Entscheidung 2010/608/EG der Kommission vom 18. November 2009 über die staatliche Beihilfe C 10/09 (ex N 138/09) der Niederlande – Stützungsfazilität für illiquide Vermögenswerte zugunsten von ING und Umstrukturierungsplan – sowie Art. 2 Abs. 2 und Anhang II dieser Entscheidung werden für nichtig erklärt.**
- 3. Die Europäische Kommission trägt die Kosten.**

Azizi

Frimodt Nielsen

Kanninen

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 2. März 2012.

Unterschriften

Inhaltsverzeichnis

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1. Beihilfemaßnahmen, die ING gewährt wurden
2. Verwaltungsverfahren betreffend diese Beihilfemaßnahmen
3. Inhalt der angefochtenen Entscheidung

Verfahren und Anträge der Beteiligten

Rechtliche Würdigung

A – Zur Einstufung als zusätzliche Beihilfe

1. Vorbringen der Beteiligten
 - a) Zu den Argumenten bezüglich Art. 87 Abs. 1 EG

Zur Auswirkung der in der angefochtenen Entscheidung vorgenommenen Beurteilung in Bezug auf den in Form der Kapitalzuführung gewährten Beihilfebetrug

Zur Notwendigkeit, alle Aspekte der Kapitalzuführung zu prüfen

Zum Vergleich der Rückzahlungsbedingungen anhand des Grundsatzes des privaten Kapitalgebers

- Zur Prämisse, die der Argumentation der Kommission zugrunde liegt
- Zum Vorteil, der dem Staat durch die neuen Bedingungen eingeräumt worden sein soll
- Zum Verhalten eines privaten Kapitalgebers
- Zu den vom Königreich der Niederlande vorgelegten Angaben

Zur Angleichung an die AEGON und SNS Reaal gewährten Bedingungen

- b) Zu den Argumenten bezüglich der Sorgfalts- und der Begründungspflicht

2. Würdigung durch das Gericht

- a) Bemerkungen zum Begriff „Beihilfe“ und zum Umfang der gerichtlichen Kontrolle
- b) Würdigung der in der angefochtenen Entscheidung zur Änderung der Rückzahlungsbedingungen dargelegten Argumentation

Zur rechtlichen Bewertung der Änderung der Rückzahlungsbedingungen

Zur Prüfung der Änderung der Rückzahlungsbedingungen in tatsächlicher Hinsicht

Ergebnis bezüglich der Einstufung als zusätzliche Beihilfe

B – Zu den Konsequenzen des Fehlers, der die Begründung der angefochtenen Entscheidung betrifft, für deren verfügbaren Teil

1. Zur Rechtmäßigkeit des Art. 2 Abs. 1 der angefochtenen Entscheidung
2. Zur Rechtmäßigkeit von Art. 2 Abs. 2 und Anhang II der angefochtenen Entscheidung

Kosten

** Verfahrenssprachen: Englisch und Niederländisch.