SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS NIILO JÄÄSKINEN vom 24. März 2010[1]

1. Mit ihrem Rechtsmittel begehrt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften die Aufhebung des Urteils des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 1. Juli 2008, Deutsche Post/Kommission (T-266/02, Slg. 2008, II-1233, im Folgenden: angefochtenes Urteil), mit dem das Gericht die Entscheidung 2002/753/EG der Kommission vom 19. Juni 2002 über Maßnahmen der Bundesrepublik Deutschland zugunsten der Deutschen Post AG für nichtig erklärt hat[2].

2. In der streitigen Entscheidung vertrat die Kommission die Auffassung, dass die Deutsche Post AG im Rahmen des Umstrukturierungsprozesses der ehemaligen deutschen Post- und Telekommunikationsverwaltung beträchtliche Ausgleichszahlungen aus staatlichen Mitteln erhalten habe. In Anbetracht der nicht kostendeckenden Verkaufsstrategie im Marktsektor der Paketbeförderungen, die von der Kommission in einer Entscheidung vom 20. März 2001[3] über die Feststellung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung durch die Deutsche Post AG geahndet worden war, und in Anbetracht des Defizits der Deutschen Post AG im Prüfungszeitraum befand die Kommission, dass die aggressive Preispolitik nur mit den Mitteln habe finanziert werden können, die die Deutsche Post AG als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erhalten habe. Die Kommission schloss daraus, dass eine rechtswidrige staatliche Beihilfe vorliege.

3. Das Gericht hat entschieden, dass die Kommission Art. 87 Abs. 1 EG[4] verletzt habe, indem sie die Auffassung vertrat, dass der Deutschen Post AG durch die staatlichen Transferzahlungen ein Vorteil entstanden sei.

4. Die Frage, um die es im vorliegenden Rechtsmittelverfahren hauptsächlich geht, ist daher die nach der Methode, anhand deren festgestellt werden kann, ob ein Unternehmen, das mit Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, Ausgleichszahlungen erhalten hat, die die Mehrkosten für die Erfüllung dieser Aufgaben übersteigen und einen Vorteil im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG darstellen können. Diese Frage stellt sich im Rahmen einer breiteren Diskussion über die Rechtsnatur des Kostenausgleichs für die Erbringung einer

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — ABl. L 247, S. 27, im Folgenden: streitige Entscheidung.

3 — Entscheidung 2001/354/EG der Kommission vom 20. März 2001 in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag (Sache COMP/35.141 — Deutsche Post AG) (ABl. L 125, S. 27).

4 — Da das angefochtene Urteil am 1. Juli 2008 ergangen ist, folgen die Verweise auf Bestimmungen des EG-Vertrags der Nummerierung, wie sie vor Inkrafttreten des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union gegolten hat.

Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

I — Sachverhalt, Verfahren und angefochtenes Urteil

5. Die Deutsche Post AG ist ein Großunternehmen, das sowohl im Bereich der Briefbeförderung tätig ist, in dem es ein Monopol genießt, als auch in zwei weiteren dem Wettbewerb offenstehenden Postsektoren, nämlich im Bereich der Beförderung von Paketen (im Folgenden: Paketdienst) und im Bereich der Beförderung von Zeitschriften und Zeitungen.

6. Im Paketdienst bietet die Deutsche Post AG zum einen die Beförderung von Paketen, die unmittelbar an den Postschaltern eingeliefert werden, und zum anderen die Beförderung von Großmengen an Paketen an, die nicht unmittelbar an den Postschaltern abgegeben werden (im Folgenden: Haus-zu-Haus-Paketdienst).

7. Beim Haus-zu-Haus-Paketdienst bietet die Deutsche Post AG hauptsächlich zwei Dienstleistungen an: die Paketbeförderung für Geschäftskunden, die die Pakete vorsortieren oder eine Mindestmenge an Paketen aufgeben (im Folgenden: Geschäftskundensegment), und die Paketbeförderung im Auftrag von Versandhandelsunternehmen, die per Katalog oder auf elektronischem Weg bestellte Waren verschicken (im Folgenden: Versandhandelssegment).

8. Im Rahmen des Liberalisierungs- und Restrukturierungsprozesses der Postverwaltung erhielt die Deutsche Post AG gemäß dem Postverfassungsgesetz von der Deutschen Bundespost Telekom (im Folgenden: DB-Telekom) Transferzahlungen zum Ausgleich ihrer Verluste aus den Jahren 1990-1995 (im Folgenden: Transferzahlungen der DB-Telekom).

9. Am 20. März 2001 erließ die Kommission die Entscheidung 2001/354, in der sie im Wesentlichen zu dem Ergebnis kam, dass die Deutsche Post AG gegen Art. 82 EG verstoßen habe, weil sie ihre nur im Versandhandelssegment bestehende beherrschende Stellung dadurch missbraucht habe, dass sie u. a. eine Politik der Kostenunterdeckung betrieben habe, indem sie Preise unterhalb ihrer leistungsspezifischen Zusatzkosten angeboten habe.

10. Diese Entscheidung hat, da sie nicht angefochten wurde, Bestandskraft erlangt. Das Anbieten auf Verdrängung ausgerichteter Preise und der etwaige Bezug einer

rechtswidrigen staatlichen Beihilfe sind jedoch zwei unterschiedliche Fragen.

11. Am 19. Juni 2002 erließ die Kommission die streitige Entscheidung, in der sie u. a. die staatliche Finanzhilfe zugunsten der Deutschen Post AG prüfte. Die Kommission vertrat die Auffassung, dass die staatliche Unterstützung, die der Deutschen Post AG in Höhe von 572 Millionen Euro (1 118,7 Millionen DM) gewährt worden sei, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sei. Sie ordnete deshalb die Rückforderung der rechtswidrig gewährten Beihilfe an.

12. Auf die Nichtigkeitsklage der Deutschen Post AG hat das Gericht der Rüge der Deutschen Post AG, die Kommission habe nicht dargetan, dass die Deutsche Post AG durch die Transferzahlungen der DB-Telekom einen Vorteil erlangt habe, stattgegeben. Nach der Entscheidung, dass die Kommission Art. 87 Abs. 1 EG verletzt habe, hat das Gericht darüber hinaus die Rüge geprüft, wonach die Kommission jedenfalls zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die Transferzahlungen der DB-Telekom es der Deutschen Post AG ermöglicht hätten, die durch ihre Politik des nicht kostendeckenden Verkaufs entstandenen Nettomehrkosten zu decken. Nach einer Analyse des Zahlenmaterials über diese Nettomehrkosten hat das Gericht auch die fragliche Rüge für begründet erklärt.

II — Zum Rechtsmittel

13. Für ihr Rechtsmittel führt die Kommission folgende Rechtsmittelgründe an.

14. Sie rügt Verstöße gegen Art. 87 Abs. 1 EG und Art. 86 Abs. 2 EG und macht geltend, dass diese Bestimmungen vom Gericht in dem Sinn fehlerhaft ausgelegt worden seien, dass sie eine im angefochtenen Urteil im Übrigen nicht beanstandete Methode ausschlössen, die es ermögliche, auf der Grundlage einer logischen und stichhaltigen Argumentation auf das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe zu schließen. Zudem beruft sich die Kommission auf die Unzuständigkeit des Gerichts und auf eine Verletzung von Art. 230 EG, soweit das Gericht seine Zuständigkeit überschritten habe und über die in Art. 230 EG vorgesehene Nachprüfungsbefugnis hinausgegangen sei. Ferner liege ein Verstoß gegen Art. 36 der Satzung des Gerichtshofs vor, weil das Gericht es versäumt habe, seine Schlussfolgerung, dass die in der streitigen Entscheidung angewandte Methode ungeeignet sei, zu begründen.

15. Mit am 9. Dezember 2008 beim Gerichtshof eingegangenem Schreiben hat der Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e. V. (im Folgenden: BIEK) einen Antwortschriftsatz zur Unterstützung der Rechtsmittelführerin eingereicht. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2008 haben UPS Deutschland Inc. und UPS Europe NV (im Folgenden: UPS) gemeinsam sowohl einen Antwortschriftsatz als auch ein Anschlussrechtsmittel eingereicht.

16. Die Kommission schlägt mit Blick auf die Hauptfrage, nämlich die Methode, die sie im vorliegenden Fall heranziehen durfte, dem Gerichtshof vor, alle Rechtsmittelgründe gemeinsam zu behandeln.

17. Mir erscheint es jedoch angebracht, die Rechtsmittelgründe danach zu trennen, ob sie die Hauptbegründung oder die Hilfsbegründung des angefochtenen Urteils betreffen.

III — Vorbemerkungen zum Umfang der gerichtlichen Nachprüfung der Maßnahmen der Kommission auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen

18. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff der staatlichen Beihilfe, wie er im Vertrag definiert ist, anhand objektiver Kriterien auszulegen ist. Deshalb hat der Gemeinschaftsrichter 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 [5].

19. Wie Generalanwalt Cosmas in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache, in der das Urteil Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission ergangen ist, ausgeführt hat [6], müssen Gerichtshof und Gericht wie auch das nationale Gericht, wenn sie zu prüfen haben, inwieweit eine nationale Maßnahme als staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 92 Abs. 1 des EG-Vertrags (nach Änderung jetzt Art. 87 Abs. 1 EG) einzustufen ist, — grundsätzlich und so weit wie möglich — eine erschöpfende materielle Kontrolle durchführen. Hiervon darf nur dann abgegangen werden, wenn das Gericht das Vorliegen spezifischer Voraussetzungen feststellt, die eine ausgedehnte richterliche Kontrolle ausschließen. Nach Ansicht von Generalanwalt Cosmas wäre die Aussage unzulässig, dass bei einem Problem der Auslegung oder Anwendung von Art. 92 Abs. 1 des Vertrags diese besonderen Voraussetzungen, die die Möglichkeiten der gerichtlichen Kontrolle in der Sache einschränken, von vornherein erfüllt wären.

20. Im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle von Maßnahmen anhand von Art. 87 Abs. 1 EG stellt daher die umfassende Kontrolle die Regel und die eingeschränkte Kontrolle eine Ausnahme dar [7].

5 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 16. Mai 2000, Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission (C-83/98 P, Slg. 2000, I-3271, Randnr. 25), und vom 1. Juli 2008, Chronopost/UFEX u. a. (C-341/06 P und C-342/06 P, Slg. 2008, I-4777, Randnr. 141, im Folgenden: Chronopost II).

6 — Vgl. Nr. 15 der genannten Schlussanträge.

7 — Hierbei handelt es sich um eine andere Situation als bei der Anwendung von Art. 87 Abs. 3 EG, wenn sich die Kommission zur Vereinbarkeit einer als staatliche Beihilfe eingestuften Maßnahme zu äußern hat. Vgl. Urteil vom 11. September 2008, Deutschland/Kronofrance (C-75/05 P und C-80/05 P, Slg. 2008, I-6619, Randnr. 59 und die dort angeführte Rechtsprechung).

21. Als Zweites ist der Rechtsprechung zu entnehmen, dass die gerichtliche Kontrolle einer Handlung der Kommission, die eine Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten einschließt, auf die Prüfung der Fragen zu beschränken ist, ob die Verfahrens- und Begründungsvorschriften eingehalten worden sind, ob der Sachverhalt, der der getroffenen Entscheidung zugrunde gelegt wurde, zutreffend festgestellt worden ist und ob keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung dieses Sachverhalts und kein Ermessensmissbrauch vorliegen [8].

22. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof der Kommission zwar einen Wertungsspielraum in Wirtschaftsfragen zuerkennt, dies aber nicht bedeutet, dass der Gemeinschaftsrichter eine Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission unterlassen muss [9].

23. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss der Gemeinschaftsrichter nämlich nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz 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 [10]. Darunter fällt meiner Meinung nach auch die eingesetzte Methode.

24. Es steht jedoch fest, dass der Richter im Rahmen dieser Kontrolle nicht die wirtschaftliche Beurteilung seitens der Kommission durch seine eigene Beurteilung ersetzen darf [11].

25. Die im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens vorgebrachten Rechtsmittelgründe sind also im Licht dieser Grundsätze zu untersuchen.

8 — Vgl. Urteil Chronopost II (Randnr. 143).

9 — Für den Bereich der Unternehmenszusammenschlüsse vgl. Urteile vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval (C-12/03 P, Slg. 2005, I-987, Randnr. 39), und vom 22. November 2007, Spanien/Lenzing (C-525/04 P, Slg. 2007, I-9947, Randnr. 56). Vgl. von Danwitz, T., *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, Berlin, 2008, S. 361. Nach Ansicht des Autors kennt das Unionsrecht prinzipiell keine dem deutschen Recht vergleichbare Unterscheidung zwischen Beurteilungsspielraum auf Tatbestands- und Ermessen auf Rechtsfolgenseite.

10 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 25. Januar 1979, Racke (98/78, Slg. 1979, 69, Randnr. 5), vom 22. Oktober 1991, Nölle (C-16/90, Slg. 1991, I-5163, Randnr. 12), Kommission/Tetra Laval (oben in Fn. 9 angeführt, Randnr. 39) und vom 18. Juli 2007, Industrias Químicas del Vallés/Kommission (C-326/05 P, Slg. 2007, I-6557, Randnr. 76).

11 — Beschluss vom 25. April 2002, DSG/Kommission (C-323/00 P, Slg. 2002, I-3919, Randnr. 43), und Urteil Spanien/Lenzing (oben in Fn. 9 angeführt, Randnr. 57).

IV — Zum ersten Rechtsmittelgrund des Hauptrechtsmittels

A — *Zum ersten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes*

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

26. Mit dem ersten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes macht die Kommission mit Unterstützung des BIEK und von UPS geltend, dass das Gericht einen Rechtsfehler begangen habe, indem es keine Mängel bei der in der streitigen Entscheidung herangezogenen Methode dargelegt habe.

27. Der Kommission zufolge beruht diese Entscheidung nicht auf einer bloßen „Annahme". Es handele sich vielmehr um eine begründete Schlussfolgerung, d. h., in der Entscheidung wird aus bereits Bekanntem anhand logischer Argumentation ein bestimmter Schluss gezogen. Es handele sich um einen Deduktionsprozess, bei dem von den Tatsachen A und B auf Tatsache C geschlossen werde und der Bestandteil jeder Kommissionsentscheidung dieses Typs sei. Die Kommission illustriert ihre Argumentation mit einem Beispiel, wonach, wenn ein Zug den Bahnhof A nachweislich auf einer einspurigen Strecke verlassen habe und planmäßig im Bahnhof B eintreffe, sich daraus schließen lasse, dass der Zug durch den Bahnhof C gefahren sei, der zwischen den Bahnhöfen A und B auf dieser einspurigen Strecke liege.

28. Das Gericht habe eine solche Deduktion zu Unrecht als „Annahme" bezeichnet und ihre Entscheidung für nichtig erklärt, ohne deren angebliche Mängel aufzuzeigen. Ihre faktische Deduktion beruhe aber auf der Prämisse, dass „Geld irgendwo herkommen" müsse.

29. Da dargelegt worden sei, dass der Paketdienst ein Verlustgeschäft gewesen sei und das Unternehmen, in dem der Paketdienst geführt werde, auch sonst keine Überschüsse erwirtschaftet habe, die es dem Paketdienst hätte zukommen lassen können, lasse sich daraus nur der Schluss ziehen, dass die unlautere Preispolitik der Deutschen Post AG durch die von ihr bezogene staatliche Beihilfe finanziert worden sei.

30. Die Deutsche Post AG entgegnet auf das Vorbringen der Kommission, dass das Gericht nicht habe angeben müssen, warum die von der Kommission gewählte Methode nicht richtig gewesen sei, da der Begriff der staatlichen Beihilfe ein objektiver Begriff sei. Der Kommission sei nämlich bei der Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EG im Hinblick auf

die Feststellung, ob eine staatliche Beihilfe vorliege, kein Ermessen zugewiesen.

2. Würdigung

31. Nach Ansicht der deutschen Regierung, die dem Rechtsstreit zur Unterstützung der Deutschen Post AG beigetreten ist, handelt es sich nicht um einen bloßen Methodenstreit, der es erlaube, zum selben Ergebnis zu kommen. Die Methode der Kommission unterscheide sich nämlich im Ergebnis von der anderen Methode, die direkt, d. h. ohne vermeintlich zwingende Deduktionen, die Beurteilung zulasse, ob ein Vorteil im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG vorliege.

a) Zur Einordnung des Finanzausgleichs bei einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

34. Was die Bestimmung der Rechtsnatur des Finanzausgleichs angeht, stehen sich in der Rechtsprechung seit Jahren zwei juristische Strömungen gegenüber, zum einen der sogenannte „Beihilfenansatz", zum anderen der sogenannte „Ausgleichsansatz" [13].

32. Unter Berufung auf das Urteil Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg [12] trägt die deutsche Regierung vor, dass die Nettomehrkosten in einem ersten Schritt durch die Daseinsvorsorgeverpflichtungen des Postdienstes anhand gewisser Parameter zu beziffern und in einem zweiten Schritt den zum Ausgleich übertragenen Mitteln gegenüberzustellen seien.

35. Nach dem „Beihilfenansatz" stellt jede öffentliche Finanzierung einer Gemeinwohlverpflichtung eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG dar.

33. Schließlich handele es sich auch nicht um einen Fall der Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Zusammenhänge.

12 — Urteil vom 24. Juli 2003 (C-280/00, Slg. 2003, I-7747).

13 — Nettesheim, M., „Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge", *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht,* 2002, Heft 6, S. 253. Der Autor unterscheidet zwischen einer Methode, die auf der Ebene der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des Begriffs der staatlichen Beihilfe ansetzt („Tatbestandslösung") und bei der die Ausgleichsleistungen nicht als staatliche Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG angesehen werden, und zwei weiteren Methoden, bei denen jede staatliche Ausgleichsleistung begrifflich als Beihilfe angesehen wird, deren Vereinbarkeit dann entweder nach Art. 86 EG („Spezialitätslösung") oder nach Art. 87 EG („Rechtfertigungslösung") gegeben sein kann. Quigley, C., *European State aid law and policy,* Hart, Oxford, 2009, S. 158 ff. Vgl. auch die Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache, in der das Urteil vom 20. November 2003, GEMO (C-126/01, Slg. 2003, I-13769), ergangen ist (Nrn. 94 und 95).

36. Diese Art der Finanzierung kann jedoch nach Abschluss einer Prüfung, die die Kommission entweder auf Art. 87 Abs. 2 und 3 EG oder auf Art. 86 Abs. 2 EG stützen kann, für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden. Dieser Ansatz wird insbesondere in den Urteilen des Gerichts FFSA u. a./Kommission [14] und SIC/Kommission [15] deutlich. Nachdem das Gericht im Urteil FFSA u. a./Kommission festgestellt hatte, dass der Finanzausgleich in Form einer Steuervergünstigung eine staatliche Beihilfe darstellt, hat es entschieden, dass die Zahlung einer staatlichen Beihilfe nach Art. 86 Abs. 2 EG dann nicht unter das Verbot des Art. 87 EG fällt, wenn die betreffende Beihilfe nur die Mehrkosten ausgleichen soll, die dem mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen durch die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgabe entstehen, und wenn ihre Gewährung erforderlich ist, um diesem Unternehmen die Erfüllung seiner Gemeinwohlverpflichtungen unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen [16].

37. Nach dem Ausgleichsansatz, der in den Urteilen ADBHU [17] und insbesondere Ferring [18] entwickelt wurde, stellen die Ausgleichszahlungen für Gemeinwohlverpflichtungen keine staatliche Beihilfe dar.

38. Nur dann, wenn die Ausgleichszahlung die durch die Gemeinwohlaufgabe entstandenen Mehrkosten übersteigt, wird eine staatliche Beihilfe festgestellt. In der Rechtssache ADBHU hat Generalanwalt Lenz die Auffassung vertreten, soweit die Zuschüsse die ungedeckten, tatsächlich festgestellten jährlichen Kosten der Unternehmen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht überstiegen, könne nicht von einem Vorteil im Sinne des Vertrags gesprochen werden [19]. Der Gerichtshof ist ihm gefolgt und hat festgestellt, dass „es sich im vorliegenden Fall nicht um Beihilfen im Sinne [des Art. 92 des EG-Vertrags (nach Änderung jetzt Art. 87 EG)], sondern um die Gegenleistung für die von den Abhol- oder Beseitigungsunternehmen erbrachten Leistungen [handele]“ [20].

39. Wie Generalanwalt Tizzano in der Rechtssache Ferring ausgeführt hat, verschafft, wenn der Staat einem Unternehmen bestimmte Gemeinwohlverpflichtungen auferlegt, die Deckung der Mehrkosten aus der Erfüllung dieser Pflichten dem betreffenden Unternehmen keinen Vorteil, sondern soll lediglich eine ungerechtfertigte Benachteiligung im Vergleich zu seinen Wettbewerbern vermeiden [21].

40. Eine Änderung der normalen Wettbewerbsbedingungen ist daher nach Auffassung von Generalanwalt Tizzano nur möglich, wenn die Ausgleichszahlungen die zusätzlichen Nettokosten übersteigen, die sich bei

14 — Urteil vom 27. Februar 1997 (T-106/95, Slg. 1997, II-229).

15 — Urteil vom 10. Mai 2000 (T-46/97, Slg. 2000, II-2125, Randnr. 82). Das Urteil des Gerichtshofs vom 15. März 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Slg. 1994, I-877), kann ebenfalls diesem Ansatz zugeordnet werden. Vgl. die Schlussanträge in der Rechtssache GEMO (oben in Fn. 13 angeführt, Nr. 99).

16 — Randnr. 178.

17 — Urteil vom 7. Februar 1985 (240/83, Slg. 1985, 531).

18 — Urteil vom 22. November 2001 (C-53/00, Slg. 2001, I-9067).

19 — Vgl. die Schlussanträge vom 22. November 1984.

20 — Urteil ADBHU (oben in Fn. 17 angeführt, Randnr. 18).

21 — Vgl. Nr. 61 der Schlussanträge.

Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen ergeben [22]. Beschränkt sich eine staatliche Finanzierung darauf, einen objektiven Nachteil auszugleichen, der dem Begünstigten vom Staat auferlegt wurde, so liegt kein wirtschaftlicher Vorteil vor, der Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen könnte [23].

41. Der vom Gerichtshof im Urteil Ferring verfolgte Ausgleichsansatz wird von Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg [24] kritisiert. Er ist der Meinung, dass der Ausgleichsansatz dazu beitrage, die Ausnahmevorschriften im Bereich der staatlichen Beihilfen durcheinanderzubringen, da er darauf hinauslaufe, die Vereinbarkeit der Beihilfe im Rahmen von Art. 87 Abs. 1 EG zu prüfen [25].

42. Gleichwohl hat der Gerichtshof im Urteil Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg entschieden, dass öffentliche Zuschüsse, die ausdrücklich mit Gemeinwohlverpflichtungen betrauten Unternehmen gewährt werden, um die bei der Erfüllung dieser Verpflichtungen entstehenden Kosten auszugleichen, nicht unter Art. 87 Abs. 1 EG fallen, sofern sie die im Urteil genannten vier Voraussetzungen erfüllen. Nach Ansicht des Gerichtshofs stellt der Ausgleich für eine Gemeinwohlverpflichtung keinen Vorteil dar, da er nicht „bewirkt, dass Unternehmen gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbssituation gelangen". Der Gerichtshof fügt hinzu, dass eine staatliche Maßnahme, die eine oder mehrere dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, dagegen eine staatliche Beihilfe im Sinne dieser Bestimmung darstellt [26].

43. Schließlich hat Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache, in der das Urteil GEMO ergangen ist, vorgeschlagen, die Beurteilung staatlicher Finanzierungen von Dienstleistungen von

22 — Ebd. (Nr. 62).

23 — Ebd. (Nr. 63). Im Urteil Ferring hat der Gerichtshof die Analyse des Vorteilsbegriffs durch das Gericht im Urteil FFSA u. a./Kommission (oben in Fn. 14 angeführt) verworfen.

24 — Wie Generalanwalt Léger in seinen zweiten Schlussanträgen vom 14. Januar 2003 in der Rechtssache Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg (oben in Fn. 12 angeführt) ausgeführt hat, ist die sich aus den Verträgen ergebende Konzeption des Vorteils eine „Bruttokonzeption" der Beihilfe oder Theorie des „ersichtlichen" Vorteils. Bei diesem Ansatz sind die von den staatlichen Stellen gewährten Vorteile und die vom Begünstigten geforderte Gegenleistung getrennt zu prüfen. Auf das Vorliegen dieser Gegenleistung kommt es für die Feststellung, ob die staatliche Maßnahme eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstellt, nicht an. Sie spielt erst in einer späteren Phase der Prüfung eine Rolle im Rahmen der Beurteilung, ob die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist (vgl. Nrn. 33 und 34).

25 — Zweite Schlussanträge in der Rechtssache Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg (Nr. 46).

26 — Urteil Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg (oben in Fn. 12 angeführt, Randnrn. 87 und 94). Der Vollständigkeit halber weise ich darauf hin, dass nach den Kriterien des Urteils Altmark: 1. das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen betraut sein muss, und diese Verpflichtungen klar definiert sein müssen; 2. die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen sind; 3. der Ausgleich nicht über das hinausgehen darf, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken; 4. wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen ist, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen ausgestattet ist, dass es den gestellten Gemeinwohlanforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

allgemeinem Interesse, die von der Art des Zusammenhangs zwischen der gewährten Finanzierung und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen und davon abhänge, wie klar diese Verpflichtungen definiert seien, anzuwenden [27]. Er hat insbesondere betont, dass die Entscheidung zwischen dem „Beihilfenansatz" und dem Ausgleichsansatz nicht nur theoretischer Natur sei, sondern vielmehr praktische Konsequenzen und bedeutende Auswirkungen auf das Verfahren habe [28].

44. Zwar bleibt für die Zwecke der vorliegenden Rechtssache die Frage entscheidend, ob sich die von der Kommission gewählte Methode dafür eignet, eine Situation zu erkennen, in der die Ausgleichszahlung über das hinausgeht, was für eine angemessene Vergütung der durch die Gemeinwohlverpflichtungen entstandenen zusätzlichen Kosten erforderlich ist, und damit einen etwaigen Vorteil für das Unternehmen auszumachen.

45. Jedoch bin ich der Auffassung, dass die Wahl der Methode untrennbar mit der Entscheidung des Gerichtshofs über die Einordnung des Ausgleichs für die Gemeinwohldienstleistung verbunden ist. Das Erfordernis der Feststellung von Nettomehrkosten steht nämlich meiner Ansicht nach mit dem von der Kommission vertretenen Ansatz in Widerspruch, wonach es möglich sei, auf eine konkrete Berechnung zu verzichten und sich auf eine Annahme zu stützen. Die nachfolgenden Ausführungen verdeutlichen dies.

b) Zu den Schwierigkeiten, die Kosten einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu bestimmen

46. Ich weise darauf hin, dass der Gerichtshof im Urteil SFEI u. a. zur Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entschieden hat, dass die Feststellung einer wirtschaftlichen Vergünstigung voraussetzt, dass die normale Vergütung für die betreffenden Leistungen bestimmt wird. Eine solche Bewertung setzt eine wirtschaftliche Analyse voraus, die allen Faktoren Rechnung trägt, die ein unter normalen Marktbedingungen tätiges Unternehmen bei der Festsetzung des Entgelts für die erbrachten Dienstleistungen hätte berücksichtigen müssen. Die Vergünstigung liegt vor, soweit das Unternehmen in den Genuss einer staatlichen Maßnahme kommt, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte [29].

47. Auf die Schwierigkeit der Kostenfeststellung wurde vom Gericht bereits in der Rechtssache FFSA u. a./Kommission hingewiesen,

27 — Nr. 118. Vgl. auch die Schlussanträge in der Rechtssache, in der das Urteil vom 27. November 2003, Enirisorse (C-34/01 bis C-38/01, Slg. 2003, I-14243), ergangen ist, in denen Generalanwältin Stix-Hackl Zweifel an der Möglichkeit geäußert hat, die Lösung aus dem Urteil Ferring auf einen Fall anzuwenden, in dem die Gemeinwohlverpflichtungen nicht klar definiert waren.

28 — Schlussanträge in der Rechtssache GEMO (oben in Fn. 13 angeführt, Nrn. 110 bis 114).

29 — Urteil vom 11. Juli 1996 (C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Randnrn. 60 und 61).

als es die Notwendigkeit des Erlasses von Vorschriften hervorgehoben hat, die für Unternehmen, die mit Gemeinwohlaufgaben betraut, aber auch im Wettbewerbsbereich tätig sind, die Einführung eines analytischen Buchführungssystems vorsehen [30].

48. In der Rechtssache FFSA u. a./Kommission war die Möglichkeit einer Quersubvention ausgeschlossen, da die betreffende Beihilfe unter den Mehrkosten lag, die durch die Erfüllung der Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entstanden. Daher wurde die Methode der Kommission als geeignet angesehen, um in rechtlich hinreichender Weise feststellen zu können, dass die Gewährung der staatlichen Beihilfe keine gemeinschaftsrechtswidrige Quersubvention nach sich zog [31].

49. In der Rechtssache Chronopost u. a./Ufex u. a. hat sich der Gerichtshof sodann mit der Prüfung der verfügbaren objektiven und nachprüfbaren Faktoren befasst [32] und ausgeführt, dass eine staatliche Beihilfe zugunsten von SFMI-Chronopost „ausgeschlossen werden kann, wenn zum einen festgestellt wird, dass die verlangte Gegenleistung vereinbarungsgemäß alle variablen Zusatzkosten, die durch die Gewährung der logistischen und kommerziellen Unterstützung entstanden sind, einen angemessenen Beitrag zu den Festkosten infolge der Nutzung des öffentlichen Postnetzes und eine angemessene Vergütung des Eigenkapitals, soweit es zur wettbewerblichen Tätigkeit von SFMI-Chronopost eingesetzt wird, umfasst, und zum anderen kein Grund zu der Annahme besteht, dass die betreffenden Faktoren unterschätzt oder willkürlich festgesetzt worden sind“ [33].

50. Zudem sprechen sowohl der Ausgleichsansatz des Urteils Ferring [34] als auch die Präzisierungen zur Ausgleichszahlung in der dritten und vierten Voraussetzung des Urteils Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg dafür, eine präzise Berechnung und eine Kontrolle der Kostenverteilung zu verlangen [35]. Die nach dem Urteil Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg ergangene Rechtsprechung ist auf die Klarstellung der genannten Voraussetzungen gerichtet [36].

30 — Randnr. 186. Der Rechtsakt, um den es dort ging, war die Richtlinie 80/723/EWG der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABl. L 195, S. 35).

31 — Beschluss vom 25. März 1998, FFSA u. a./Kommission (C-174/97 P, Slg. 1998, I-1303, Randnr. 33).

32 — Urteil vom 3. Juli 2003 (C-83/01 P, C-93/01 P und C-94/01 P, Slg. 2003, I-6993, im Folgenden: Chronopost I). In Randnr. 38 dieses Urteils hat der Gerichtshof ausgeführt, dass, „[d]a es unmöglich ist, die Situation der Post mit der einer privaten Unternehmensgruppe zu vergleichen, die keine Monopolstellung hat, … die zwangsläufig hypothetischen ‚normalen Marktbedingungen‘ daher anhand der verfügbaren objektiven und nachprüfbaren Faktoren zu ermitteln [sind]“.

33 — Ebd. (Randnr. 40).

34 — Randnr. 33.

35 — Für die Voraussetzungen des Urteils Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg vgl. Fn. 26.

36 — Vgl. Urteil Enirisorse (oben in Fn. 27 angeführt) und Urteil des Gerichts vom 12. Februar 2008, BUPA u. a./Kommission (T-289/03, Slg. 2008, II-81, Randnr. 160), in dem das Gericht entschieden hat, dass das Urteil Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg flexibel und unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks der darin enthaltenen Voraussetzungen anzuwenden ist.

51. In ihrer Entscheidung 2005/842/EG vom 28. November 2005 über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden [37], hat die Kommission ausgeführt, dass die Ausgleichszahlung nicht über das hinausgehen dürfe, was erforderlich sei, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus dem für die Erfüllung dieser Verpflichtungen eingesetzten Eigenkapital abzudecken. Der Ausgleich müsse ausschließlich für das Funktionieren der betreffenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verwendet werden, ohne dem Unternehmen die Möglichkeit der Verwendung seiner angemessenen Rendite zu entziehen [38]. Der Entscheidung ist ebenfalls zu entnehmen, dass die zu berücksichtigenden Kosten sämtliche mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verbundenen Ausgaben umfassen [39].

52. Was die im vorliegenden Fall anzuwendende Berechnungsmethode angeht, ergibt sich aus Randnr. 69 der streitigen Entscheidung, dass die deutsche Regierung vorgeschlagen hatte, die spezifische Mehrbelastung, die mit der Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen verbunden ist, als den Unterschied zwischen den besonderen Kosten, die der Deutschen Post AG als ehemaliger Staatsverwaltung bei der Erfüllung dieser Pflichten entstehen, und den im Wettbewerb üblichen Kosten für gleichartige Dienstleistungen zu definieren und zu berechnen. Dieser Vorschlag verweist auf eine konkrete Berechnung und erscheint akzeptabel.

53. Nach Ansicht einiger Autoren könnte ein solcher Ansatz jedoch zu einem Missbrauch des Konzepts der „Nettomehrkosten" im Sinne des Urteils Ferring führen, da die Kosten, die durch die fehlende Effizienz des betreffenden Unternehmens entständen, vom Mitgliedstaat getragen werden könnten [40].

54. Die damit aufgeworfene Frage nach der Ineffizienz steht meines Erachtens im Zusammenhang mit einer breiteren Diskussion über die auf dem Grundsatz des Kostenausgleichs beruhenden Preisregulierungssysteme. Jedem System dieser Art ist eine gewisse Ineffizienz immanent, da das Unternehmen keinen ausreichenden Anreiz zur Senkung

37 — ABl. L 312, S. 67.

38 — „Als Ausgleichszahlung gelten alle vom Staat oder aus staatlichen Mitteln jedweder Art gewährten Vorteile. Die angemessene Rendite kann ganz oder teilweise die Produktivitätsgewinne mit einschließen, die die betreffenden Unternehmen über einen ganz bestimmten, zuvor festgelegten Zeitraum ohne Reduzierung der vom Staat vorgegebenen Qualität der Dienstleistung erzielt haben." (Art. 5 der Entscheidung).

39 — In dieser Entscheidung findet sich der Vorschlag, die Berechnung anhand von Rechnungslegungsgrundsätzen vorzunehmen.

40 — Vgl. Nettesheim, M., a. a. O. (Fn. 13); Bartosch, A., „The ‚Net Additional Costs' of Discharging Public Service Obligations: The Commission's Deutsche Post Decision of 19 June 2002", *European State Aid Law Quarterly*, vol. 1, 2002, Nr. 2, S. 189.

der Kosten erhält, bei denen es von einer Erstattung ausgeht [41].

55. Die Lösung könnte darin liegen, im Rahmen des Kostenausgleichs für eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eine Effizienzsteigerung als Ziel vorzugeben. Die vierte Voraussetzung des Urteils Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg deutet darauf hin, dass ein Kriterium der Effizienz und Kostenoptimierung zu berücksichtigen ist. Meiner Ansicht nach entspricht dieses Kriterium dem Grundgedanken der Erhaltung eines gesunden Wettbewerbs auf dem Unionsmarkt.

c) Zur Berechnung der Kommission im vorliegenden Fall

56. Zunächst ist festzustellen, dass die Kommission die Kosten in der streitigen Entscheidung nicht tatsächlich berechnet hat. Zudem rechtfertigt die Kommission ihren Ansatz mit der Rationalisierung des Verfahrens. Soweit im Sinne einer guten administrativen und internen Praxis einer Methode der Vorzug gegeben werde, die es der Kommission ermögliche, sich rasch und effizient der von den Beschwerdeführern vorgebrachten Bedenken anzunehmen, sei es nicht Sache des Gerichts, an ihrer Stelle über die Wahl der anzuwendenden Methode zu entscheiden.

57. Kurz gefasst ist die Kommission vom Vorliegen einer staatlichen Beihilfe ausgegangen, nachdem sie Transferzahlungen der DB-Telekom, im Wettbewerbsdienst der Haus-zu-Haus-Zustellung von Paketen entstandene Nettomehrkosten und ein von der Deutschen Post AG erwirtschaftetes Defizit festgestellt hatte. Die Kommission hat also nicht versucht, um die Nettomehrkosten zu ermitteln, bei denen es sich dann um einen Vorteil handeln würde, die Differenz zwischen den von der Deutschen Post AG erhaltenen Beträgen und den Kosten, die der Deutschen Post AG im Rahmen der Erfüllung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse tatsächlich entstanden sind, zu bestimmen.

58. Was die Einzelheiten der von der Kommission durchgeführten Berechnung angeht, hat das Gericht meiner Auffassung nach zu Recht entschieden, dass der Zusammenhang zwischen der aggressiven Preispolitik und den erhaltenen staatlichen Transferzahlungen zweifelhaft sei.

59. Die Kommission hat nämlich nicht bewiesen, dass die fraglichen Beträge dem Sektor zugeführt wurden, in dem es zu Verlusten gekommen war. Auch wenn nach den Dokumenten, die der Kommission zur Verfügung standen, die ehemalige Bundespost ein stagnierendes Verkehrsaufkommen und den Verlust von Marktanteilen befürchtete und ihre Marktführerschaft als gefährdet ansah, beweisen diese Umstände allein nicht, dass die

41 — In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur spricht man von einer „allocative efficiency“; vgl. Netz, J. S., *Price regulation, a non technical overview*, 1999; vgl. auch Spulber, D. F., *Regulation and markets*, MIT, 1989, S. 134.

fraglichen Transferzahlungen zur Finanzierung der aggressiven Preispolitik eingesetzt wurden.

60. Ich halte es nicht für ausgeschlossen, dass die Deutsche Post AG für die Finanzierung ihrer Rabattpolitik, die im Übrigen von der Kommission geahndet wurde, auf Gewinne aus den nicht dem Wettbewerb unterliegenden Bereichen wie dem Briefbeförderungsmonopol zurückgreifen konnte. Auch ist nicht bewiesen, dass sie nicht ihre Verschuldung erhöhen konnte.

61. Die Deutsche Post AG macht zudem in ihren Schriftsätzen geltend, dass sie von 1990 bis 1994 einen Anspruch auf Erstattung der Nettomehrkosten einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unabhängig davon gehabt habe, ob sie in den Jahren nach 1994 Gewinne oder Verluste verzeichnen würde. Die Mittel aus den staatlichen Transferleistungen seien am 1. Januar 1995 bereits verbraucht gewesen, so dass ihre Verluste in den Jahren 1995-1998 nicht mehr aus ihnen hätten finanziert werden können.

62. Hier zeigt sich die Schwäche der von der Kommission eingesetzten Methode besonders deutlich. Ihre Berechnung hätte sich auf einen bestimmten Zeitraum beziehen müssen, für den die Ausgleichsleistungen analysiert worden wären. Ideal wäre es gewesen, wenn etwas anderes berechnet worden wäre, nämlich die Rentabilität eines ausgewählten Aspekts der in der Bilanz des Unternehmens ausgewiesenen Tätigkeiten.

63. Die von der Kommission gewählte Methode erklärt nicht, warum anzunehmen sein soll, dass, wenn die Situation der Deutschen Post AG gleichzeitig durch Nettomehrkosten aus einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und durch ein Defizit aufgrund einer aggressiven Preispolitik gekennzeichnet war, die fraglichen staatlichen Gelder das Defizit finanziert haben sollen, obwohl ihre Einordnung als Beihilfe von ihrer Zurechnung zu dieser Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und von ihrer Übereinstimmung mit den Kosten dieser Dienstleistung abhängt.

64. Zudem ist trotz des Gesamtdefizits der Klägerin, das die Kommission für die relevanten Jahre ihrer Berechnungsmethode zugrunde legt, festzustellen, dass die Deutsche Post AG zweifellos Einnahmen erzielt hat, auch wenn diese niedriger als die Ausgaben waren.

65. Wie die deutsche Regierung erläutert, bestehen die Ausgaben sowohl aus durch Daseinsvorsorgeverpflichtungen begründeten und daher staatlich ausgleichsfähigen Nettomehrkosten als auch aus nicht ausgleichsfähigen sonstigen Kosten.

66. Auf andere Kosten der Deutschen Post AG übertragen, führt die These der Kommission, dass die Verlustpolitik zwangsläufig durch öffentliche Transferzahlungen finanziert worden sei, zu einem paradoxen Ergebnis. Wie die deutsche Regierung angemerkt hat, könnte, folgte man diesen Überlegungen, keine Ausgabe aus anderen — eigenen — Einnahmen der Deutschen Post AG gespeist worden sein, da diese im fraglichen Zeitraum Verluste verzeichnet hat. Daher müsste jede Ausgabe durch öffentliche Mittel finanziert worden sein.

67. Wie die Deutsche Post AG in ihren Schriftsätzen geltend macht, hat die Kommission ferner nicht berücksichtigt, dass in der wirtschaftlichen Realität die einem Jahr zuzuordnenden Verluste, wenn sie nicht durch Eigenmittel ausgeglichen werden können, als Verlustvortrag auf die Bilanz des nächsten Jahres übertragen werden. Daher konnte die Kommission nicht davon ausgehen, dass das Defizit des Haus-zu-Haus-Postdienstes „zwangsläufig" aus den Transferzahlungen der DB-Telekom finanziert wurde [42].

68. Ich teile auch den Standpunkt des Gerichts, den Ansatz der Kommission in Bezug auf die Altlasten der Deutschen Post AG für nicht ausreichend zu erachten. Angesichts des Umfangs der Tätigkeiten der Deutschen Post AG und insbesondere angesichts ihrer Rolle als Unternehmen, das mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, können die Auswirkungen dieser Altlasten nicht von vornherein außer Acht gelassen werden. Wie aber aus Randnr. 84 des angefochtenen Urteils hervorgeht, hat die Kommission trotz der Angaben der deutschen Regierung in dieser Hinsicht keine Schlüsse gezogen.

69. Schließlich weise ich zu den Schwierigkeiten, denen die Kommission bei der Ausübung der Kontrolle der Finanzierung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unbestreitbar begegnen kann, darauf hin, dass ein Unterschied besteht zwischen Schwierigkeiten mit den wirtschaftlichen Daten und ihrer Auswertung auf der einen Seite und Schwierigkeiten verwaltungstechnischer Art auf der anderen Seite.

70. Was die Schwierigkeiten mit den wirtschaftlichen Daten angeht, ist nicht auszuschließen, dass der betreffende Mitgliedstaat unter bestimmten Umständen nicht in der Lage ist, der Kommission präzise Angaben z. B. zur unternehmensinternen Verteilung der allgemeinen Kosten oder zur angemessenen Vergütung des Eigenkapitals zu machen, soweit sie verschiedenen Tätigkeiten zugeordnet sind. In einem solchen Fall ist meiner Ansicht nach eine Beweisvermutung, die sich auf die Erfahrung und den gesunden Menschenverstand stützt, möglich.

42 — Deshalb passt das von der Kommission angeführte Beispiel einer einspurigen Eisenbahnstrecke meiner Meinung nach hier nicht, da das Finanzierungssystem eines Unternehmens kein geschlossenes, sondern ein offenes System ist, das sich aus mehreren Finanzierungsquellen einschließlich der Schulden speist.

71. Was die Schwierigkeiten verwaltungstechnischer Art betrifft, verfügt die Kommission, worauf das Gericht in Randnr. 75 des angefochtenen Urteils hingewiesen hat, über Befugnisse, die es ihr ermöglichen, dem Mitgliedstaat aufzugeben, ihr alle Unterlagen, Informationen und Daten vorzulegen, die notwendig sind, um die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt zu prüfen [43]. Nur wenn der Mitgliedstaat trotz der Anordnung der Kommission die verlangten Auskünfte nicht erteilt, ist die Kommission befugt, das Verfahren abzuschließen und die Entscheidung, mit der die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt wird, auf der Grundlage der ihr vorliegenden Informationen zu erlassen [44].

72. Fehlt es aber an einer Anordnung, ist die Kommission demnach nicht befugt, das Verfahren abzuschließen und die Entscheidung auf der Grundlage der verfügbaren Daten zu erlassen.

d) Zur Argumentation des Gerichts

73. Bei der Prüfung der Rüge, die Kommission habe nicht nachgewiesen, dass die Deutsche Post AG einen Vorteil erlangt habe, hat das Gericht in Randnr. 78 des angefochtenen Urteils die verschiedenen Argumentationsschritte der Kommission in der streitigen Entscheidung nachgezeichnet. In derselben Randnummer hat das Gericht auch den Standpunkt wiedergegeben, den die Kommission in der mündlichen Verhandlung geäußert hatte [45].

74. Entgegen dem Vorbringen der Kommission in ihrer Rechtsmittelschrift bin ich der Meinung, dass das Gericht im Rahmen der Argumentation, die es zu seiner Feststellung in Randnr. 88 des angefochtenen Urteils geführt hat, dass die Kommission das Vorliegen eines Vorteils nicht nachgewiesen habe, nicht seiner eigenen Berechnungsmethode den Vorzug gegeben hat. In Wirklichkeit hat es Unzulänglichkeiten in Bezug auf die Problematik des Umfangs der Beweislast festgestellt, die der Kommission bei der Prüfung staatlicher Beihilfen obliegt.

75. Das Gericht hat das Vorgehen der Kommission im vorliegenden Fall untersucht und festgestellt, dass sie nicht geprüft habe, ob die Transferzahlungen der DB-Telekom die unstreitigen Nettomehrkosten der Deutschen Post AG überstiegen.

43 — Urteil vom 14. Februar 1990, Frankreich/Kommission (C-301/87, Slg. 1990, I-307, Randnrn. 19 und 20, im Folgenden: Urteil Boussac). Wie das Gericht in Randnr. 75 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, sind diese Erfordernisse in die Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags (ABl. L 83, S. 1) übernommen worden.

44 — Vgl. Urteil Boussac (Randnr. 22) und Urteil des Gerichts vom 29. März 2007, Scott/Kommission (T-366/00, Slg. 2007, II-797, Randnr. 144).

45 — Danach habe die Kommission, da die Klägerin nicht bewiesen habe, dass sie die ihr infolge ihrer Politik der Kostenunterdeckung angeblich entstandenen Nettomehrkosten aus anderen Mitteln als den Transferzahlungen der DB-Telekom gedeckt habe, davon ausgehen dürfen, dass der Deutschen Post AG eine staatliche Beihilfe in Höhe von 1 118,7 Millionen DM zugeflossen sei.

76. Das Gericht hat also gemäß Art. 36 der Satzung des Gerichtshofs [46] die Gründe dargelegt, aus denen es zu der Ansicht gelangt ist, dass die Entscheidung der Kommission unzureichend und ungenau sei.

77. Was außerdem die Reichweite der Kontrolle betrifft, die vom Gericht vorgenommen werden kann, ist im Licht der in den Nrn. 18 bis 24 der vorliegenden Schlussanträge angeführten Rechtsprechung festzustellen, dass das Gericht in Randnr. 90 des angefochtenen Urteils zutreffend darauf hingewiesen hat, dass es im Rahmen der Qualifizierung einer Maßnahme als staatliche Beihilfe grundsätzlich nicht gerechtfertigt ist, der Kommission einen weiten Spielraum einzuräumen, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, die insbesondere mit der komplexen Natur der betreffenden staatlichen Maßnahme zusammenhängen.

78. So hat das Gericht in Randnr. 91 des angefochtenen Urteils zutreffend ausgeführt, dass die Rechtsprechung der Kommission zwar einen gewissen Spielraum hinsichtlich der Wahl der geeignetsten Methode für die Feststellung, dass keine Quersubvention zugunsten der Tätigkeiten im Wettbewerbsbereich vorliege, zuerkannt habe, dies aber nichts daran ändere, dass die Kommission nach dem Urteil Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg staatliche Mittel, die zum Ausgleich von Mehrkosten im Zusammenhang mit der Erfüllung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt würden, nicht als staatliche Beihilfe qualifizieren könne.

79. Damit geht klar aus dem ersten Satz der Randnr. 91 des angefochtenen Urteils hervor, dass sich die Kritik des Gerichts gegen die rechtliche Einordnung und nicht gegen die Tatsachenfeststellungen der Kommission richtet.

80. Das Gericht musste demnach nicht feststellen, wie weit das Ermessen der Kommission reichte, und daher auch nicht den Umfang der Kontrolle der fraglichen Tatsachenfeststellungen durch den Unionsrichter bestimmen. Im zweiten Satz der Randnr. 91 des angefochtenen Urteils hat das Gericht, ohne sich ausdrücklich dazu zu äußern, ob es sich im vorliegenden Fall um komplexe wirtschaftliche Bewertungen handelte, der Kommission dagegen vorgeworfen, sich für die Feststellung eines Vorteils im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG auf eine Annahme gestützt zu haben.

81. Damit hält sich die Argumentation des Gerichts in den Grenzen seiner richterlichen Kontrollbefugnis, über die es im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle verfügt.

82. Nach dem Vorstehenden bin ich deshalb der Auffassung, dass das Gericht nicht gegen Art. 87 Abs. 1 EG, Art. 86 Abs. 2 EG und Art. 230 EG verstoßen hat. Die Frage

46 — Dieser gilt nach Art. 53 der Satzung des Gerichtshofs auch für das Gericht.

nach einem Verstoß gegen Art. 36 der Satzung des Gerichtshofs stellt sich ebenfalls nicht. Ich schlage daher dem Gerichtshof vor, diesen Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

B — *Zum zweiten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes*

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

83. Im Rahmen des zweiten Teils des ersten Rechtsmittelgrundes macht die Kommission mit Unterstützung von UPS geltend, dass das Gericht ihr zu Unrecht vorgeworfen habe, nicht alle Beweismittel geprüft zu haben. Die Kommission kritisiert hierbei die Randnrn. 78, 85, 86, 87 und 88 des angefochtenen Urteils.

84. In diesem Zusammenhang wirft die Kommission die Frage nach der Beweislast auf. Sie trägt vor, dass die Klägerin in der ersten Instanz im Rahmen des Verfahrens vor dem Gericht den Nachweis habe erbringen müssen, dass die Methode der Kommission rechtswidrig gewesen sei, und nicht sie selbst verpflichtet gewesen sei, nachzuweisen, dass die vom Gericht bevorzugte Methode „unmöglich" gewesen sei.

2. Würdigung

85. Mit diesem Teil des ersten Rechtsmittelgrundes wiederholt die Kommission lediglich ihr Vorbringen zur Richtigkeit der Methode, die sie herangezogen hat, um eine rechtswidrige Beihilfe festzustellen.

86. In Anbetracht der Antwort auf den ersten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes bin ich mithin der Auffassung, dass das Vorbringen der Kommission von vornherein zurückzuweisen wäre.

87. Jedenfalls geben die von der Kommission im Rahmen des zweiten Teils vorgetragenen Argumente zu folgenden Überlegungen meinerseits Anlass.

88. Zunächst weise ich darauf hin, dass nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz derjenige, der einen Anspruch geltend macht, die tatsächliche Grundlage dafür beweisen muss, oder mit den Worten der berühmten lateinischen Rechtsregel „ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat" [47].

47 — Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano in der Rechtssache Laboratoires Boiron (Urteil vom 7. September 2006, C-526/04, Slg. 2006, I-7529, Nr. 68). Zur ausdrücklichen Anerkennung der Geltung dieses Grundsatzes auch in gemeinschaftsrechtlichen Streitigkeiten vgl. Urteil des Gerichts vom 10. Mai 1990, Sens/Kommission (T-117/89, Slg. 1990, II-185, Randnr. 20). Vgl. auch Urteile vom 28. Juni 1988, Kommission/Italien (3/86, Slg. 1988, 3369, Randnr. 13), und vom 5. Oktober 1989, Kommission/Niederlande (290/87, Slg. 1989, 3083, Randnrn. 11 und 20).

89. Daher hat das Gericht die Beweislastregeln fehlerfrei angewandt, als es die Auffassung vertreten hat, dass die Kommission zu beweisen habe, dass die fraglichen Maßnahmen eine rechtswidrige Beihilfe darstellten.

90. Im Übrigen ist anzumerken, dass das Gericht unter Verweis auf die Akten entschieden hat, dass die Kommission nicht geprüft habe, ob der Gesamtbetrag der Transferzahlungen der DB-Telekom niedriger gewesen sei als der Gesamtbetrag der durch eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entstandenen Nettomehrkosten.

91. Damit hat es eine Tatsachenwürdigung vorgenommen, die es zu der Feststellung veranlasst hat, dass das Vorliegen einer rechtswidrigen staatlichen Beihilfe nicht bewiesen sei. Eine solche Würdigung stellt, sofern die dem Gericht vorgelegten Beweismittel nicht verfälscht werden, keine Rechtsfrage dar, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs unterliegt [48].

92. Da aber die Kommission keine Verfälschung geltend gemacht hat, schlage ich dem Gerichtshof vor, den zweiten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes als unbegründet zurückzuweisen.

48 — Vgl. u. a. Urteil vom 11. November 2004, Ramondín u. a./Kommission (C-186/02 P und C-188/02 P, Slg. 2004, I-10653, Randnr. 46).

C — *Zum dritten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes*

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

93. Nach einem Hinweis darauf, dass die Argumentation des Gerichts im angefochtenen Urteil fehlerhaft sei, weil es nicht erkläre, in welcher Hinsicht die streitige Entscheidung mangelhaft sei, macht die Kommission geltend, Ausgangspunkt der Überlegungen des Gerichts seien weder die erhobenen Rügen noch die streitige Entscheidung. Die methodologisch verfehlte Vorgehensweise des Gerichts zeige sich daran, dass es seine Argumentation auf eine Aussage des Prozessvertreters der Kommission in der mündlichen Verhandlung gestützt habe. Aus der Einleitung der Randnr. 79 des angefochtenen Urteils („Daher“) sei ersichtlich, dass das Gericht dieser Aussage entscheidende Bedeutung beigemessen habe.

94. Die Kommission trägt mit Unterstützung von BIEK und UPS ferner vor, dass das Gericht zum einen Feststellungen getroffen habe, die aktenwidrig seien. Sie führt aus, dass „die Entscheidung — entgegen der Behauptung des Gerichts in Randnr. 82 des angefochtenen Urteils — eine klare Feststellung dahin gehend [enthält], dass ‚die Auskunft der Bundesrepublik Deutschland, der zufolge es sich beim Haus-zu-Haus- Paketdienst um eine [Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse] handele, unzutreffend sei‘“. Sie habe in Randnr. 76 der streitigen Entscheidung festgestellt, dass die

Haus-zu-Haus-Paketdienste von der Beförderungspflicht — also vom Gemeinwohlauftrag — nicht erfasst gewesen seien.

95. Zum anderen sei die Argumentation des Gerichts im zweiten Teil der Randnr. 82 des angefochtenen Urteils fehlerhaft, wenn das Gericht feststelle, die Kommission habe zumindest stillschweigend eingeräumt, dass die Deutsche Post AG, abgesehen von den Nettomehrkosten, die ihr durch ihre Politik des nicht kostendeckenden Verkaufs entstanden seien, auch Nettomehrkosten gehabt habe, die sehr wohl mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zusammengehangen hätten.

2. Würdigung

96. Zur ersten Behauptung der Kommission, dass das Gericht am Ende der Randnr. 78 des angefochtenen Urteils dem in der mündlichen Verhandlung geäußerten Standpunkt des Prozessvertreters der Kommission entscheidende Bedeutung beigemessen habe, genügt die Feststellung, dass das Gericht diesen Standpunkt wiedergibt, um die Begründung der streitigen Entscheidung zu bestätigen, die in derselben Randnummer des angefochtenen Urteils dargestellt ist. Jedenfalls hat die Kommission nicht geltend gemacht, dass diese Aussage falsch sei.

97. Mit dem dritten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes wirft die Kommission dem Gericht insbesondere vor, im Rahmen der Nichtigkeitsklage aus den Akten hervorgehende Tatsachen verfälscht zu haben. Hierbei geht es um eine Rechtsfrage, die als solche der Kontrolle durch den Gerichtshof unterliegt. Sie ist daher zu prüfen.

98. Um darüber befinden zu können, ob das Gericht Angaben aus den Akten verfälscht hat, ist als Erstes der Wortlaut der Randnr. 82 des angefochtenen Urteils der entsprechenden Passage in der streitigen Entscheidung gegenüberzustellen.

99. Zunächst ist den Akten zu entnehmen, dass der Haus-zu-Haus-Paketdienst zwei Segmente umfasste, nämlich das Geschäftskundensegment, in dem die Geschäftskunden die Pakete vorsortieren oder eine Mindestmenge an Paketen aufgeben, und das Versandhandelssegment.

100. In Randnr. 76 der streitigen Entscheidung erläutert die Kommission, dass nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 der Postdienst-Pflichtleistungsverordnung die Kleingüter von der allgemeinen Beförderungspflicht ausgenommen seien, bei denen im Rahmen besonderer Vereinbarungen mit bestimmten Kunden —

z. B. Selbstbucher oder Nachfrager mit Kooperationsverträgen — Sonderregelungen getroffen würden [49].

101. Auch wenn man dies so verstehen könnte, dass die Kommission damit feststellt, dass bestimmte Leistungen, die zum ersten Segment des Haus-zu-Haus-Paketdienstes gehören, von der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ausgenommen seien, bin ich der Ansicht, dass das Gericht sich im ersten Teil der Randnr. 82 der angefochtenen Entscheidung auf die Feststellung beschränkt, dass die Kommission die von der deutschen Regierung zur Verfügung gestellten Informationen nicht angezweifelt habe [50].

102. Daher hat das Gericht entgegen dem Vorbringen der Kommission ihren in der streitigen Entscheidung vertretenen Standpunkt nicht verfälscht.

103. Was als Zweites den zweiten Teil der Randnr. 82 des angefochtenen Urteils angeht, mag die Formulierung des Gerichts zwar ungenau erscheinen.

104. Jedoch geht aus der Argumentation des Gerichts klar hervor, dass sich die bemängelte Feststellung auf das Zitat der Randnr. 73 der streitigen Entscheidung [51] bezieht, in der die Kommission ausgeführt hat, dass ein Mindestbestand von Nettomehrkosten der Deutschen Post AG bestehe, der in keinem Zusammenhang mit der Erfüllung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse stehe.

105. Folglich durfte das Gericht daraus schließen, dass die Kommission nicht ausgeschlossen habe, dass die Deutsche Post AG Nettomehrkosten gehabt habe, die auf die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zurückzuführen gewesen seien. In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen schlage ich vor, auch diesen Teil des ersten Rechtsmittelgrundes als unbegründet zurückzuweisen.

49 — Randnr. 76: „Nach den offiziellen Begründungserwägungen zur PPfLV sind [nach] deren § 2 Absatz 2 Nummer 3 letztlich die Kleingüter von der allgemeinen Beförderungspflicht ausgenommen, bei denen im Rahmen besonderer Vereinbarungen mit bestimmten Kunden — z. B. Selbstbucher oder Nachfrager mit Kooperationsverträgen — Sonderregelungen getroffen werden. Nach den offiziellen Begründungserwägungen können diese gewerblichen Kunden aus der Beförderungspflicht herausgenommen werden, da in diesem Bereich funktionierender Wettbewerb herrschte, der eine Verpflichtung zur Beförderung erübrige."

50 — Randnr. 82: „Damit hat die Kommission, wie sie auch in ihren Schriftsätzen bekräftigt hat, zum einen in der [streitigen] Entscheidung nicht festgestellt, dass die Auskunft der Bundesrepublik Deutschland, der zufolge es sich beim Haus-zu-Haus-Paketdienst um eine [Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse] handele, unzutreffend sei, und zum anderen zumindest stillschweigend eingeräumt, dass die [Deutsche Post AG], abgesehen von den Nettomehrkosten, die ihr durch ihre Politik des nicht kostendeckenden Verkaufs entstanden seien, auch Nettomehrkosten gehabt habe, die sehr wohl mit der [Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse] zusammengehangen hätten (im Folgenden: unstreitige Nettomehrkosten)."

51 — Das Zitat findet sich in Randnr. 81 des angefochtenen Urteils.

V — Zum zweiten Rechtsmittelgrund der Kommission

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

106. Mit diesem Rechtsmittelgrund wirft die Kommission mit Unterstützung des BIEK und von UPS dem Gericht im Wesentlichen vor, an ihrer Stelle eine von ihr nie durchgeführte Prüfung vorgenommen zu haben. In den Randnrn. 97 bis 109 des angefochtenen Urteils habe das Gericht Angaben geprüft, die in der streitigen Entscheidung an keiner Stelle Gegenstand einer Prüfung gewesen seien und deren Richtigkeit weitgehend unbestätigt sei.

107. Die Kommission wirft dem Gericht vor — und wird darin insbesondere durch den BIEK unterstützt —, die Buchführungsergebnisse mit den öffentlichen Ausgleichsleistungen und den Ablieferungen verglichen zu haben. Das Gericht habe aus diesem Vergleich geschlossen, dass die Verdrängungspreise nicht aus öffentlichen Mitteln finanziert worden sein könnten, da die Ausgleichszahlungen in Höhe von 11 081 Millionen DM niedriger gewesen seien als die Summe aus den Buchverlusten von 4 945 Millionen DM und Ablieferungen in Höhe von 10 104 Millionen DM.

108. Nach Ansicht der Kommission geht diese Argumentation aus mehreren Gründen fehl.

109. Erstens habe das Gericht nicht bewiesen, dass die Deutsche Post AG ohne den Finanzausgleich finanziell hätte überleben können. Ein solcher Beweis wäre aber nach Ansicht der Kommission unbedingt notwendig gewesen, um davon ausgehen zu können, dass die Deutsche Post AG in der Lage gewesen wäre, die Kosten der Verdrängungspreise aus eigenen Mitteln ohne Zuführung öffentlicher Gelder zu finanzieren.

110. Zweitens lasse sich mit der bilanzbuchhalterischen Analyse des Gerichts diese Frage nicht beantworten. Um festzustellen, wie die Verdrängungspreise finanziert worden seien, müsse nämlich zuerst geprüft werden, wie viel Liquidität vorhanden gewesen sei. Die Frage sei nicht, ob die Ausgleichszahlungen höher oder niedriger als die buchhalterischen Verluste gewesen seien, sondern ob die Ausgleichszahlungen der Deutschen Post AG so viel an Liquidität bereitgestellt hätten, dass sie über genügend freien Cashflow habe verfügen können, um ihre unlautere Preispolitik zu finanzieren.

111. Drittens müsse die Cashflow-Analyse über 1995 hinausgehen, und viertens scheine das Gericht in seinen Berechnungen die Ablieferungen den Kosten zugeschlagen zu haben, was zu einem Anstieg der Buchverluste führe. Die Ablieferungen jedoch könnten nicht als gewöhnliche Kosten eingestuft werden, weil sie als Ersatz für Steuerzahlungen

und Dividenden eine Doppelfunktion erfüllten [52].

112. Die Kommission hebt fünftens die Notwendigkeit hervor, die Einnahmen und Ausgaben auf ein gemeinsames Basisjahr abzuzinsen, um Erträge oder Cashflows über mehrere Jahre vergleichen zu können.

2. Würdigung

113. Im Rahmen des zweiten Rechtsmittelgrundes, der wegen seines Gegenstands als eigenständiger Rechtsmittelgrund anzusehen ist, kritisiert die Kommission die Hilfserwägungen des Gerichts, soweit es die Frage geprüft hat, ob die Transferzahlungen der DB-Telekom der Deutschen Post AG unter Berücksichtigung der Verluste, die sie von 1990 bis 1995 verzeichnet hat, ermöglicht haben, die Nettomehrkosten zu decken, die ihr durch ihre Politik des nicht kostendeckenden Verkaufs von 1994 bis 1999 entstanden sein sollen.

114. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass ein Rechtsmittelgrund, der gegen eine Hilfserwägung gerichtet ist, ins Leere geht, da er nicht zur Aufhebung des Urteils führen kann [53]. Zurückzuweisen sind auch Rechtsmittelgründe, die sich gegen zusätzliche Erwägungen richten, die keine tragenden Bestandteile der Entscheidung sind [54].

115. Für den Fall jedoch, dass nach Ansicht des Gerichtshofs trotz des dahin gehenden Hinweises in Randnr. 97 des angefochtenen Urteils nicht zweifelsfrei feststeht, dass dieser Teil der Begründung des Gerichts eine Hilfserwägung ist, schlage ich einen alternativen Argumentationsgang vor.

116. Im vorliegenden Fall hat das Gericht die Grenzen der Kontrolle der streitigen Entscheidung überschritten, indem es für seine eigene Berechnung den Akten entnommene wirtschaftliche Daten verwendet hat.

117. Ich bin der Meinung, dass diese Vorgehensweise grundsätzlich keine Aufgabe ist, die dem Unionsrichter im Rahmen von Streitsachen über die Rechtmäßigkeit eines Rechtsakts obliegt. Dies scheint mir ein besonders großes Risiko zu bergen, dass das Gericht seine eigene Beurteilung an die Stelle

52 — Hierzu weise ich darauf hin, dass sich die Kommission in der vorliegenden Rechtssache darauf gestützt hat, dass es ein über den betreffenden Zeitraum konstantes Defizit gegeben habe. Fällige Steuerforderungen und Dividenden werden aber für gewöhnlich aus den Gewinnen des laufenden Geschäftsjahrs gezahlt.

53 — Urteile vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Slg. 2005, I-5425, Randnr. 148), und vom 13. September 2007, Common Market Fertilizers/Kommission (C-443/05 P, Slg. 2007, I-7209, Randnr. 137). Vgl. auch dazu, dass einer der Gründe den Tenor des angefochtenen Urteils tragen kann, Urteil vom 28. Oktober 2004, van den Berg/Rat und Kommission (C-164/01 P, Slg. 2004, I-10225, Randnr. 60), und Beschlüsse vom 28. September 2006, Unilever Bestfoods/Kommission (C-552/03 P, Slg. 2006, I-9091, Randnr. 148), und vom 13. März 2007, Arizona Chemical u. a./Kommission (C-150/06 P, Randnr. 47).

54 — Urteil vom 2. Juni 1994, de Compte/Parlament (C-326/91 P, Slg. 1994, I-2091, Randnrn. 107 und 123).

derjenigen der Kommission setzt und damit rechtswidrig in ihren Wertungsspielraum eingreift [55].

118. Daher ist festzustellen, dass das Gericht einen Rechtsfehler begangen hat, der darin besteht, dass es seine eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen der Kommission gesetzt hat, indem es in den Randnrn. 103 bis 108 des angefochtenen Urteils die Finanzdaten analysiert hat, die sich auf die Eignung der Transferzahlungen der DB-Telekom zur Deckung der Nettomehrkosten beziehen, die durch die Politik der Kostenunterdeckung der Deutschen Post AG von 1994 bis 1999 entstanden sind.

119. Dennoch meine ich, dass die Begründung, die der Randnr. 97 des angefochtenen Urteils vorausgeht, eine eigenständige und maßgebende rechtliche Grundlage bildet, auf die sich die Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung zu Recht stützt.

120. Demnach kann der zweite Rechtsmittelgrund, obschon begründet, nicht dazu führen, die Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung im angefochtenen Urteil in Frage zu stellen, da diese Nichtigerklärung auf der Analyse beruht, dass die Kommission nicht rechtlich hinreichend nachgewiesen habe, dass die Transferzahlungen der DB-Telekom der Deutschen Post AG einen Vorteil im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG verschafft hätten [56].

VI — Rechtsmittelgründe der anderen Verfahrensbeteiligten

A — *Schriftsätze der dem Verfahren zur Unterstützung der Kommission beigetretenen Beteiligten*

121. Über ihre Unterstützung hinaus entwickeln sowohl der BIEK als auch UPS eine eigene Argumentation, die allerdings überwiegend mit den von der Kommission vorgetragenen Rechtsmittelgründen übereinstimmt.

122. Diese Argumentation konzentriert sich im Wesentlichen auf einen Verstoß des Gerichts gegen die Grundsätze aus der Rechtsprechung Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, da es nicht festgestellt habe, dass keine der in diesem Urteil für die Unterwerfung der Ausgleichszahlungen für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unter

55 — Vgl. hierzu die Nrn. 89 und 90 der Schlussanträge von Generalanwältin Kokott vom 17. September 2009 in der Rechtssache Kommission/Alrosa (C-441/07 P, vor dem Gerichtshof anhängig).

56 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Tetra Laval (oben in Fn. 9 angeführt, Randnr. 89).

die beihilferechtlichen Regeln aufgestellten Voraussetzungen erfüllt gewesen sei. Der BIEK rügt darüber hinaus, das Gericht habe gegen die im Urteil BUPA u. a./Kommission entwickelten Voraussetzungen verstoßen.

B — *Würdigung*

123. Der BIEK macht insbesondere geltend, dass das Gericht die Beweislastregeln verkannt habe, indem es der Kommission in Randnr. 86 des angefochtenen Urteils vorwerfe, sich nicht vergewissert zu haben, dass die Höhe der Transferzahlungen nicht die Nettomehrkosten der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse überstiegen.

125. Zunächst stelle ich bezüglich des gerügten Verstoßes gegen die Rechtsprechung Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg fest, dass das Gericht in den Randnrn. 68 bis 74 des angefochtenen Urteils die maßgebende Rechtsprechung zur Frage der Einordnung des Begriffs der staatlichen Beihilfe und zur Problematik von Ausgleichszahlungen zur Finanzierung von Gemeinwohlverpflichtungen korrekt wiedergegeben hat. Es hat insbesondere die im Urteil Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg aufgestellten Voraussetzungen aufgeführt.

124. UPS trägt vor, das Gericht habe dadurch einen Rechtsfehler begangen, dass es die der Deutschen Post AG gewährte Unterstützung als „Ausgleich" für eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bewertet habe (Randnr. 73 des angefochtenen Urteils), es jedoch unterlassen habe, zu prüfen, ob diese Dienstleistungen tatsächlich von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewesen seien. Das Gericht habe es weiterhin unterlassen, die Voraussetzungen des Urteils Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg hinzuziehen, als es zu seiner Entscheidung gekommen sei, die Kommission habe nicht rechtlich hinreichend festgestellt, dass der Deutschen Post AG aufgrund der von der DB-Telekom geleisteten Transferzahlungen ein Vorteil entstanden sei (Randnr. 88 des angefochtenen Urteils).

126. Gegenstand der Analyse des Gerichts ist dennoch die Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung.

127. Das Gericht hat nämlich in Randnr. 94 des angefochtenen Urteils darauf hingewiesen, dass sich die Kommission in der streitigen Entscheidung mit der Feststellung begnügt habe, dass die Nettomehrkosten, die der Deutschen Post

AG durch ihre Politik der Kostenunterdeckung entstanden seien, nicht Gegenstand eines Ausgleichs sein könnten. Die Kommission habe hingegen weder geprüft noch nachgewiesen, dass die Deutsche Post AG keine anderen Nettomehrkosten im Zusammenhang mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verzeichnet hat, für die sie einen Ausgleich mittels sämtlicher Transferzahlungen der DB-Telekom unter den im Urteil Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg vorgesehenen Voraussetzungen hätte beanspruchen können.

128. Daher hat das Gericht in Randnr. 95 des angefochtenen Urteils zu Recht entschieden, dass die Kommission diesen Punkt weder geprüft noch in irgendeiner Weise gewürdigt habe und es nun nicht Sache des Unionsrichters sei, anstelle der Kommission eine von ihr nie durchgeführte Prüfung vorzunehmen und zu mutmaßen, welche Schlussfolgerungen sie daraus gezogen hätte.

129. Was schließlich die Problematik des Verstoßes gegen die Beweislastregeln und die fehlende Bestimmung der Rechtsnatur der von der Deutschen Post AG erbrachten Dienstleistungen durch das Gericht angeht, so fallen diese Rechtsmittelgründe mit dem zweiten und dem dritten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes der Kommission zusammen. Sie sind daher nicht erneut zu prüfen.

VII — Abschließende Bemerkungen

130. Ich bin der Auffassung, dass die Verfolgung des Ausgleichsansatzes im Rahmen der Finanzierung einer im Allgemeininteresse liegenden Gemeinwohldienstleistung, wie sie in der Rechtsprechung des Gerichtshofs vertreten wird, jede Methode ausschließt, der zufolge keine Berechnung vorzunehmen ist, anhand deren die Kosten der Leistung festgestellt und mit den zum Ausgleich gezahlten Beträgen verglichen werden können. Sollte sich der Gerichtshof jedoch für die eine oder andere Variante des sogenannten „Beihilfenansatzes“ entscheiden, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die fragliche Beihilfe angesichts des wettbewerbswidrigen Verhaltens des begünstigten Unternehmens als unvereinbar mit dem Binnenmarkt angesehen wird. Ich bin allerdings der Ansicht, dass der Ausgleichsansatz schon jetzt gut in der Rechtsprechung verankert und seit dem Urteil Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg fundierter ist als diese Alternativen.

131. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, das Rechtsmittel der Kommission und das Anschlussrechtsmittel in vollem Umfang zurückzuweisen und der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

VIII — Ergebnis

132. Im Ergebnis schlage ich dem Gerichtshof vor,

— das Rechtsmittel der Europäischen Kommission und das Anschlussrechtsmittel in vollem Umfang zurückzuweisen;

— der Europäischen Kommission die Kosten aufzuerlegen.