

## SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN

ELEANOR SHARPSTON

vom 6. Dezember 2007<sup>1</sup>

1. Es handelt sich hier um die zweiten Rechtsmittelverfahren in einem langwierigen Rechtsstreit, der vor allem die kommerzielle und logistische Unterstützung betrifft, die die französische Post ihrer Tochtergesellschaft SFMI-Chronopost gewährt, die einen Expresszustelldienst betreibt. Mit Entscheidung 98/365 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) entschied die Kommission, dass diese Unterstützung keine staatliche Beihilfe darstelle.<sup>2</sup> Konkurrenten der SFMI-Chronopost erhoben Klage beim Gericht, das die angefochtene Entscheidung für nichtig erklärte (im Folgenden: Urteil UFEX I)<sup>3</sup>. In den ersten Rechtsmittelverfahren hob der Gerichtshof das Urteil des Gerichts auf und verwies die Rechtssache an das Gericht zurück (im Folgenden: Urteil Chronopost I)<sup>4</sup>. Mit den vorliegenden Rechtsmitteln wird das Urteil des Gerichts angefochten, mit dem die angefochtene Entscheidung erneut für nichtig erklärt wurde (im Folgenden: angefochtene Urteil [UFEX II])<sup>5</sup>.

2. Die jetzt geltend gemachten Rechtsmittelgründe betreffen (i) die Zusammensetzung des Gerichts im Verfahren, in dem das

angefochtene Urteil erging, (ii) die Frage, ob das Gericht über ein unzulässiges Vorbringen entschieden hat, (iii) die vom Gericht vorgenommene Prüfung der Begründung der Kommission in der angefochtenen Entscheidung und (iv) die vom Gericht vorgenommene Beurteilung des Ausdrucks „staatliche Beihilfe“ hinsichtlich der Übertragung des Kundenstamms auf SFMI-Chronopost.

### Sachverhalt und Verfahren

#### *Vorgeschichte des Rechtsstreits*

3. Der dem vorliegenden Fall zugrunde liegende Rechtsstreit geht auf eine im Dezember 1990 bei der Kommission eingelegte Beschwerde zurück. Im angefochtenen Urteil wird die Vorgeschichte dargestellt:

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Entscheidung 98/365/EG der Kommission vom 1. Oktober 1997 über angebliche Beihilfen Frankreichs zugunsten von SFMI-Chronopost (ABl. 1998, L 164, S. 37).

3 — Urteil des Gerichts vom 14. Dezember 2000, UFEX u. a./Kommission (T-613/97, Slg. 2000, II-4055).

4 — Urteil des Gerichtshofs vom 3. Juli 2003, Chronopost u. a./UFEX u. a. (C-83/01 P, C-93/01 P und C-94/01 P, Slg. 2003, I-6993).

5 — Urteil des Gerichts vom 7. Juni 2006, UFEX u. a./Kommission (T-613/97, Slg. 2006, II-1531).

„2 Die französische Post ‚La Poste‘ (im Folgenden: die Post oder die französische Post), die im Rahmen eines gesetzlichen Monopols im Bereich des allgemeinen Zustelldienstes tätig ist, war bis Ende 1990 Teil der französischen Verwaltung. Seit dem 1. Januar 1991 ist

- sie gemäß den Vorschriften des Gesetzes 90-568 vom 2. Juli 1990 über die Organisation des öffentlichen Post- und Telekommunikationsdienstes (JORF vom 8. Juli 1990, S. 8069, im Folgenden: Gesetz 90-568) als juristische Person des öffentlichen Rechts organisiert. Dieses Gesetz ermächtigt sie, bestimmte dem Wettbewerb unterliegende Tätigkeiten auszuüben, u. a. die der Expresszustellung.
- 3 Die Société française de messagerie internationale (im Folgenden: SFMI) ist eine privatrechtliche Gesellschaft, die Ende 1985 mit der Verwaltung des Expresszustelldienstes<sup>[6]</sup> der französischen Post beauftragt wurde. Sie wurde mit einem Gesellschaftskapital von 10 Millionen FRF (ca. 1 524 490 Euro) gegründet, das zu 66 % von der Sofipost, einer zu 100 % der Post gehörenden Finanzgesellschaft, und zu 34 % von der TAT Express, einer Tochtergesellschaft der Fluggesellschaft Transport aérien transrégional (im Folgenden: TAT) gehalten wurde.
  - 4 Die Einzelheiten der Nutzung und der Ausübung des Expresszustelldienstes, den die SFMI unter der Bezeichnung EMS/Chronopost versah, wurden in einer Weisung des französischen Ministeriums für Post und Telekommunikation vom 19. August 1986 festgelegt. Danach sollte die Post der SFMI logistische und kommerzielle Unterstützung gewähren. Die Beziehungen zwischen der Post und der SFMI wurden in Vereinbarungen festgelegt, deren erste 1986 getroffen wurde.
  - 5 Im Jahr 1992 wurde die Struktur der Tätigkeit der SFMI im Bereich der Expresszustelldienste geändert. Die Sofipost und die TAT gründeten eine neue Gesellschaft, die Chronopost SA, an der sie weiterhin 66 % bzw. 34 % der Aktien hielten. Die Chronopost, die bis zum 1. Januar 1995 einen ausschließlichen Zugang zum Netz der Post hatte, konzentrierte sich auf den inländischen Expresszustelldienst. Die SFMI wurde von der GD Express Worldwide France gekauft, der Tochtergesellschaft eines gemeinsamen internationalen Unternehmens, zu dem die australische Gesellschaft TNT und die Postanstalten von fünf Ländern gehören. Der Zusammenschluss wurde durch die Entscheidung der Kommission vom 2. Dezember 1991 (Sache IV/M.102 — TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, PTT Poste und Sweden Post) (ABl. C 322, S. 19) genehmigt. Die SFMI behielt den internationalen Tätigkeitsbereich der Expresszustellung, wobei sie die Chronopost als Bevollmächtigte und Dienstleistungserbringerin für die Beförderung ihrer internationalen Sendungen in Frankreich einschaltete (im Folgenden: SFMI-Chronopost).<sup>[7]</sup>
  - 6 Der Syndicat français de l'express international (SFEI), dessen Rechtsnachfolgerin die Union française de l'express (UFEX) ist und dessen Mitglieder die drei anderen Klägerinnen sind, ist eine Vereinigung französischen Rechts, in der fast alle Gesellschaften zusammengeschlossen sind, die im Wettbewerb mit der SFMI-Chronopost Expresszustelldienste anbieten.

7 — In den vorliegenden Schlussanträgen wird ebenso wie in der angefochtenen Entscheidung die Bezeichnung „SFMI-Chronopost“ auch dann verwendet, wenn es nur um eine der beiden Gesellschaften geht. Die in den Fn. 3 bis 5 angeführten Urteile sind dieser Praxis ebenfalls gefolgt.

6 — Der unter der Bezeichnung Postadex tätig war.

7 Am 21. Dezember 1990 legte der SFEI bei der Kommission eine Beschwerde ein, mit der er u. a. geltend machte, dass die logistische und kommerzielle Unterstützung, die die Post der SFMI gewährt habe, eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 92 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 87 EG) sei. In der Beschwerde wurde hauptsächlich gerügt, dass die Vergütung, die die SFMI der Post für diese Unterstützung gezahlt habe, nicht den normalen Marktbedingungen entspreche. Die Differenz zwischen dem Marktpreis für die Erbringung derartiger Dienstleistungen und dem tatsächlich von der SFMI gezahlten Preis stelle eine staatliche Beihilfe dar. Ein von der Beratungsgesellschaft Braxton Associés im Auftrag des SFEI erarbeitetes Wirtschaftsgutachten war der Beschwerde zum Zweck der Bezifferung der Beihilfe im Zeitraum 1986 bis 1989 beigefügt.

8 Die Kommission teilte dem SFEI mit Schreiben vom 10. März 1992 mit, dass das Verfahren über seine Beschwerde eingestellt worden sei. Der SFEI und andere Unternehmen erhoben am 16. Mai 1992 beim Gerichtshof Klage auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung. Der Gerichtshof stellte das Verfahren ein (Beschluss des Gerichtshofes vom 18. November 1992 in der Rechtssache C-222/93, SFEI u. a./Kommission, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), nachdem die Kommission mit Entscheidung vom 9. Juli 1992 beschlossen hatte, ihre Entscheidung vom 10. März 1992 zurückzunehmen.“

4. Neben der bei der Kommission eingelegten Beschwerde „[erhoben d]er SFEI und andere Unternehmen ... am 16. Juni 1993 Klage gegen die SFMI, die Chronopost, die Post und andere beim Tribunal de commerce (Handelsgericht) Paris. Dieser Klage war ein zweites Gutachten der Firma

Braxton Associés beigefügt, in dem die im ersten Gutachten enthaltenen Daten aktualisiert wurden und der Zeitraum der Bezifferung der Beihilfe bis Ende 1991 verlängert wurde. Das Tribunal de commerce Paris legte dem Gerichtshof mit Urteil vom 5. Januar 1994 mehrere Fragen nach der Auslegung der Artikel 92 und 93 EG-Vertrag (jetzt Artikel 88 EG) zur Vorabentscheidung vor, von denen eine den Begriff der staatlichen Beihilfe unter den Umständen des vorliegenden Falles zum Gegenstand hatte. Die französische Regierung reichte beim Gerichtshof als Anlage zu ihren Erklärungen vom 10. Mai 1994 ein Wirtschaftsgutachten der Firma Ernst & Young ein. Der Gerichtshof entschied mit Urteil vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache [SFEI u. a.<sup>8</sup>]: „Eine logistische und kommerzielle Unterstützung, die ein öffentliches Unternehmen seinen privatrechtlichen Tochtergesellschaften, die eine dem freien Wettbewerb offenstehende Tätigkeit ausüben, gewährt, kann eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 des Vertrages darstellen, wenn die als Gegenleistung erhaltene Vergütung niedriger als die Vergütung ist, die unter normalen Marktbedingungen gefordert worden wäre“ (Randnr. 62).“<sup>9</sup>

*Ermittlungen der Kommission und angefochtene Entscheidung*

5. 1993 verlangte und erhielt die Kommission weitere Auskunft von Frankreich. Im März 1996 teilte sie Frankreich mit, sie werde wegen dessen Beihilfe zugunsten von SFMI-Chronopost das Verfahren nach Art. 93 Abs. 2 EG-Vertrag (jetzt Art. 88 Abs. 2 EG) einleiten. Am 17. Juli 1996 veröffentlichte sie

8 — Urteil vom 11. Juli 1996 (C-39/94, Slg. 1996, I-3547, im Folgenden: Urteil SFEI).

9 — Randnr. 10 des angefochtenen Urteils.

die förmliche Mitteilung über die Einleitung des Verfahrens.<sup>10</sup>

6. In Beantwortung dieser Mitteilung übersandte der SFEI der Kommission am 17. August 1996 Erklärungen, denen er ein Wirtschaftsgutachten der Firma Bain & Co. beifügte.<sup>11</sup> Frankreich fügte seiner Erwiderung ein Wirtschaftsgutachten der Firma Deloitte Touche Tohmatsu bei.

7. Am 1. Oktober 1997 erließ die Kommission die angefochtene Entscheidung. In Art. 1 heißt es, dass „[d]ie von der französischen Post ‚La Poste‘ ihrer Tochtergesellschaft SFMI-Chronopost gewährte logistische und kommerzielle Unterstützung [und die anderen gerügten Maßnahmen] ... keine staatlichen Beihilfen zugunsten von SFMI-Chronopost dar[stellen]“.

*Urteil UFEX I<sup>12</sup> und Urteil Chronopost I<sup>13</sup>*

8. Mit Klageschrift vom 30. Dezember 1997 beantragten UFEX, DHL International, Federal Express und CRIE beim Gericht, die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären. Frankreich, die Post und Chronopost

traten dem Rechtsstreit später als Streithelfer der Kommission bei.

9. Die Rechtssache wurde der Vierten erweiterten Kammer des Gerichts zugewiesen, und es wurde ein Berichterstatler bestimmt.

10. Die Klägerinnen führten vier Nichtigkeitsgründe an und machten geltend: (i) Verletzung des rechtlichen Gehörs, (ii) unzureichende Begründung, (iii) Tatsachenirrtümer und offensichtliche Beurteilungsfehler sowie (iv) falsche Auslegung des Begriffs staatliche Beihilfe seitens der Kommission, indem sie zum einen bei der Prüfung der Vergütung für die Unterstützung der SFMI-Chronopost durch die Post den normalen Marktbedingungen nicht Rechnung getragen habe und indem sie zum andern von diesem Begriff verschiedene Maßnahmen ausgenommen habe, durch die die SFMI-Chronopost begünstigt worden sei.

11. Das Gericht entschied, dass der erste Teil des vierten Nichtigkeitsgrundes durchgreife, und erklärte Art. 1 der angefochtenen Entscheidung insoweit für nichtig, als darin festgestellt worden war, dass die von der französischen Post der SFMI-Chronopost gewährte logistische und kommerzielle Unterstützung keine staatliche Beihilfe darstelle. Das Gericht hielt es nicht für notwendig, den zweiten Teil des Klagegrundes oder die anderen Klagegründe zu prüfen, soweit sie die logistische und kommerzielle Unterstützung betrafen, die die französische Post der SFMI-Chronopost gewährt habe. Insbesondere habe der zweite Klagegrund keiner Prüfung bedurft. Der erste Klagegrund und die Teile des dritten Klagegrundes, die nicht Rügen zum Gegenstand hatten, die im Rahmen des vierten Klagegrundes geprüft worden waren, wurden zurückgewiesen.

10 — ABl. C 206, S. 3.

11 — Außerdem erstreckte der SFEI seine Beschwerde vom Dezember 1990 auf einige weitere Gegebenheiten, die für das vorliegende Rechtsmittelverfahren jedoch unerheblich sind.

12 — In Fn. 3 angeführt.

13 — In Fn. 4 angeführt.

12. Die Chronopost, die französische Post und Frankreich legten mit Rechtsmittelschriften, die am 19. und 23. Februar 2001 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingingen, Rechtsmittel gegen das Urteil UFEX I ein.

13. Die Rechtsmittelführerinnen stützten sich auf mehrere Rechtsmittelgründe, wobei sie mit dem ersten rügten, das Gericht habe Art. 92 Abs. 1 EG-Vertrag (jetzt Art. 87 Abs. 1 EG) durch unrichtige Auslegung des Begriffs der „normalen Marktbedingungen“ im Sinne des Urteils SFEI verletzt. Das Gericht hatte in Randnr. 75 des Urteils UFEX I ausgeführt, die Kommission hätte zumindest untersuchen müssen, ob die von der Post empfangene Gegenleistung mit derjenigen vergleichbar gewesen sei, die eine private Finanzgesellschaft oder eine private Unternehmensgruppe gefordert hätte, die keine Monopolstellung habe.

14. Der Gerichtshof entschied, dass diese Würdigung mit einem Rechtsfehler behaftet gewesen sei, da mit ihr verkannt worden sei, dass sich die Post in einer ganz anderen Situation befinde als ein privates Unternehmen, das unter normalen Marktbedingungen tätig sei. Als Einrichtung, die mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Art. 90 Abs. 2 EG-Vertrag (jetzt Art. 86 Abs. 2 EG) betraut sei, habe die Post bedeutende Infrastrukturen benötigt oder erhalten, die es ihr ermöglicht hätten, allen Nutzern einschließlich derjenigen in Gebieten, in denen die Gebühren die Kosten der Dienstleistung nicht gedeckt hätten, den Grundpostdienst zu erbringen. Errichtung und Aufrechterhaltung des Netzes der Post hätten nicht rein kommerziellen Erwägungen gehorcht und wären daher von einem privaten Unternehmen niemals durchgeführt worden. Außerdem habe die logistische und kommerzielle Unterstützung gerade darin bestanden, dieses Netz zur Verfügung zu stellen. Sie sei somit untrennbar mit dem

Netz verbunden. Der Gerichtshof kam zu folgendem Ergebnis:

„38 Da es unmöglich ist, die Situation der Post mit der einer privaten Unternehmensgruppe zu vergleichen, die keine Monopolstellung hat, sind die zwangsläufig hypothetischen ‚normalen Marktbedingungen‘ daher anhand der verfügbaren objektiven und nachprüfbaren Faktoren zu ermitteln.

39 Im vorliegenden Fall können die Aufwendungen der Post für die logistische und kommerzielle Unterstützung ihrer Tochtergesellschaft solche objektiven und nachprüfbaren Faktoren darstellen.

40 Hiervon ausgehend kann eine staatliche Beihilfe zugunsten von SFMI-Chronopost ausgeschlossen werden, 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.“

15. Dementsprechend erklärte der Gerichtshof den ersten Rechtsmittelgrund für begründet. Er hob das Urteil UFEX I ohne Prüfung der anderen Rechtsmittelgründe auf und verwies die Sache an das Gericht zurück.

#### *Das angefochtene Urteil*<sup>14</sup>

16. Nach der Zurückverweisung an das Gericht wurde die Rechtssache dort zunächst der Vierten erweiterten Kammer zugewiesen, und es wurde derselbe Berichterstatter bestimmt wie in der Rechtssache UFEX I. Nach dem Beschluss vom 13. September 2004<sup>15</sup> zur Änderung der Zusammensetzung der Kammern des Gerichts wurde der Berichterstatter der Dritten erweiterten Kammer zugeteilt, der die Rechtssache daraufhin zugewiesen wurde.

17. Die Klägerinnen beriefen sich im Wesentlichen auf den zweiten, den dritten und den vierten Klagegrund, den sie im Verfahren, in dem das Urteil UFEX I erlassen worden war, geltend gemacht hatten.<sup>16</sup> Mit dem ersten Teil des vierten Klagegrundes wurde jetzt die Verkennung des Begriffs der normalen Marktbedingungen, wie ihn der Gerichtshof in seinem Urteil Chronopost I ausgelegt habe, gerügt.

18. Die Verfahrensbeteiligten verhandelten in der Sitzung vom 15. Juni 2005 mündlich und beantworteten Fragen des Gerichts.

19. Das Gericht entschied, dass der zweite Klagegrund (unzureichende Begründung) und die im zweiten Teil des vierten Klagegrundes geltend gemachte Rüge betreffend die Übertragung des Postadex durchgreife. Es wies alle anderen Rügen zurück mit Ausnahme derjenigen im ersten Teil des vierten Klagegrundes, zu deren Prüfung es sich außerstande sah. Es erklärte die angefochtene Entscheidung insoweit für nichtig, als dort festgestellt werde, dass weder die von der französischen Post an ihre Tochtergesellschaft SFMI-Chronopost gewährte logistische und kommerzielle Unterstützung noch die Übertragung von Postadex staatliche Beihilfen zugunsten der SFMI-Chronopost darstellten.

#### *Die Rechtsmittel*

20. Mit am 4. bzw. 7. August 2006 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangenen Rechtsmittelschriften haben Chronopost (Rechtssache C-341/06 P) und die Post (Rechtssache C-342/06 P) Rechtsmittel gegen das Urteil des Gerichts eingelegt. Die Rechtsmittelführerinnen beantragen, das angefochtene Urteil aufzuheben und den Klägerinnen sämtliche Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Darüber hinaus beantragt Chronopost, über das Rechtsmittel endgültig zu entscheiden und die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu bestätigen.

<sup>14</sup> — In Fn. 5 angeführt.

<sup>15</sup> — ABl. C 251, S. 12.

<sup>16</sup> — Siehe oben, Nr. 10.

21. UFEX, DHL Express (France) (früher DHL International), Federal Express International (France) und CRIE (in Liquidation) haben auf beide Rechtsmittelschriften eine gemeinsame Rechtsmittelbeantwortung eingereicht. Weder Frankreich noch die Kommission haben eine Rechtsmittelbeantwortung eingereicht.<sup>17</sup> Gemäß Art. 117 der Verfahrensordnung gestattete der Präsident des Gerichtshofs Chronopost und der Post, eine Erwiderung zur Einrede der Unzulässigkeit einzureichen. UFEX hat anschließend eine Gegenerwiderung eingereicht.

im Verfahren gewesen sei, in dem das Urteil UFEX I erlassen worden sei.

*Einschlägige Bestimmungen*

22. Durch Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 18. April 2007 sind die beiden Rechtsmittelsachen verbunden worden.

Verfahrensordnung des Gerichtshofs

23. Eine mündliche Verhandlung ist nicht beantragt worden und hat auch nicht stattgefunden.

25. In Art. 42 § 2 heißt es, dass „neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Laufe des Verfahrens nicht mehr vorgebracht werden [können], es sei denn, dass sie auf rechtliche oder tatsächliche Gründe gestützt werden, die erst während des Verfahrens zutage getreten sind“.

**Erster Rechtsmittelgrund: Verfahrensfehler bei der Zusammensetzung des Gerichts**

24. Die Rechtsmittelführerinnen rügen, ihr Recht auf ein faires Verfahren sei verletzt worden, weil der Berichterstatter in dem Verfahren, in dem das angefochtene Urteil erlassen worden sei, auch Berichterstatter

26. Gemäß Art. 118 findet Art. 42 § 2 auf das Verfahren vor dem Gerichtshof, das ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung des Gerichts zum Gegenstand hat, entsprechende Anwendung.

<sup>17</sup> — Ich bezeichne die Einrichtungen, die eine Rechtsmittelbeantwortung eingereicht haben, kollektiv als „UFEX“.

Verfahrensordnung des Gerichts

*Argumentation*

27. Art. 48 Abs. 2 entspricht mit identischem Wortlaut Art. 42 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs.

28. Art. 118 bestimmt:

„§ 1 Hebt der Gerichtshof ein Urteil oder einen Beschluss einer Kammer auf, so kann der Präsident des Gerichts die Sache einer anderen Kammer mit der gleichen Richterschaft zuweisen.

§ 2 Hebt der Gerichtshof ein Urteil oder einen Beschluss des Plenums oder der Großen Kammer des Gerichts auf, so wird die Sache dem Spruchkörper zugewiesen, der die betreffende Entscheidung erlassen hat.

§ 2a Hebt der Gerichtshof ein Urteil oder einen Beschluss eines Einzelrichters auf, so weist der Präsident des Gerichts die Sache einer Kammer mit drei Richtern zu, der dieser Richter nicht angehört.

...“

29. Die Rechtsmittelführerinnen tragen vor, die Gemeinschaft als solche sei zwar nicht Vertragspartei der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: EMRK), sie sei jedoch gehalten, die durch die EMRK garantierten Rechte zu achten. Das Recht auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht sei Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK. Offenkundige (objektive) Befangenheit reiche zur Verletzung dieses Rechts aus und könne vorliegen, wenn die Zusammensetzung eines Gerichts berechnete Zweifel an seiner Unparteilichkeit aufkommen lasse. Aus der Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als auch der französischen Gerichte ergebe sich, dass die Anwesenheit desselben Richters in aufeinanderfolgenden Verfahren solche Zweifel aufkommen lasse. Die Post ist der Ansicht, Art. 118 § 1 und § 2a der Verfahrensordnung des Gerichts deuteten auf Bedenken hin, wenn Richter erneut in Rechtssachen entschieden, bei deren Entscheidung sie bereits beim ersten Mal mitgewirkt hätten.

30. In ihrer Rechtsmittelbeantwortung trägt UFEX vor, es handele sich um ein neues Angriffsmittel, das daher nach der Verfahrensordnung des Gerichtshofs unzulässig sei. Die Rechtsmittelführerinnen seien durch Schreiben der Kanzlei des Gerichts vor der mündlichen Verhandlung über die Zusammensetzung des Gerichts unterrichtet gewesen, und der Name des Berichterstatters sei im Sitzungsbericht aufgeführt gewesen. Gleichwohl hätten die Rechtsmittelführerinnen dieses beim Gericht nicht gerügt.



Aus dem Urteil Petrides<sup>18</sup> ergebe sich, dass sich die Rechtsmittelführerinnen im Rechtsmittelverfahren nicht auf eine Verfahrensgarantie berufen könnten, auf deren Inanspruchnahme sie damit verzichtet hätten.

31. Zur Begründetheit des Rechtsmittelgrundes trägt UFEX erstens vor, die Zusammensetzung des Gerichts im Verfahren, in dem das angefochtene Urteil erlassen worden sei, habe im Einklang mit Art. 118 der Verfahrensordnung des Gerichts gestanden, der die Zusammensetzung des Gerichts für Sachen betreffe, die der Gerichtshof nach Aufhebung einer früheren Entscheidung des Gerichts an dieses zurückverweise. Im Übrigen wirke das der Zusammensetzung der Gemeinschaftsgerichte zugrunde liegende Kollegialitätsprinzip der Gefahr der Befangenheit entgegen. Zweitens verstießen diese Gemeinschaftsbestimmungen nicht gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte — so UFEX — entscheide die Frage jeweils im Einzelfall und habe keinen allgemeinen Grundsatz aufgestellt, dass ein Richter nicht in aufeinanderfolgenden Verfahren in der gleichen Sache entscheiden könne. Drittens trügen die Bestimmungen den unterschiedlichen Traditionen der Mitgliedstaaten Rechnung. Außerdem liege es im Interesse der Rechtspflege der Gemeinschaft, wenn der Berichterstatter bei der Zurückverweisung einer komplizierten Sache an das Gericht beibehalten werde.

32. In ihrer Erwiderung rügen die Rechtsmittelführerinnen die Zulässigkeit des von UFEX geltend gemachten Einwands. Chronopost hält den Einwand für unwirksam, weil ein Verstoß gegen das Recht auf ein unparteiisches Gericht eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften darstelle. Damit gehe

es um eine Frage zwingenden Rechts, die das Gericht von Amts wegen zu beachten habe.

33. Im Übrigen halten die Rechtsmittelführerinnen den Unzulässigkeitseinwand für unbegründet. Das Angriffsmittel habe vor Erlass des angefochtenen Urteils nicht geltend gemacht werden können. Angriffsmittel im Rechtsmittelverfahren seien begriffsnotwendig neu, weil mit ihnen das angefochtene Urteil gerügt werde. Das Recht auf ein unparteiisches Gericht sei unveräußerlich, und es könne darauf nicht verzichtet werden wie auf eine Verfahrensgarantie. Des Weiteren machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, es gebe kein Verfahren, die Zusammensetzung des Gerichts zu beanstanden oder einen bestimmten Richter dort abzulehnen. Schließlich trägt Chronopost vor, in den Schreiben der Kanzlei des Gerichts seien die Namen der Richter in den Kammern nicht genannt gewesen, und den Sitzungsbericht habe sie nicht erhalten.

34. In ihrer Gegenerwiderung argumentiert UFEX, das Vorbringen, der jetzige Einwand betreffe zwingendes Recht, sei seinerseits ein neues Angriffsmittel. Da kein Grundrecht verletzt worden sei, sei es ebenfalls unwirksam. Die Rechtsmittelführerinnen hätten das Angriffsmittel beim Gericht gemäß Art. 48 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts vorbringen können. Angriffsmittel im Rechtsmittelverfahren seien keineswegs begriffsnotwendig neu, weil sie sich auf Fragen zu beziehen hätten, die in der Vorinstanz erörtert worden seien. Soweit sie neu seien, finde aufgrund von Art. 118 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs deren

18 — Urteil des Gerichtshofs vom 9. September 1999 (C-64/98 P, Slg. 1999, I-5187, Randnr. 32).

Art. 42 § 2 Anwendung. UFEX weist außerdem darauf hin, dass Chronopost die Zusammensetzung der Kammern des Gerichts hätte bekannt sein müssen, da sie im Amtsblatt veröffentlicht worden sei<sup>19</sup>.

### *Würdigung*

35. Was die Zulässigkeit betrifft, erinnere ich daran, dass Chronopost und die Post im Verfahren beim Gericht Streithelfer der Kommission waren.

36. Nach Art. 40 der Satzung des Gerichtshofs kann ein Streithelfer nur die Anträge einer Partei unterstützen. Die Gemeinschaftsgerichte haben diese Einschränkung dahin ausgelegt, dass ein Streithelfer keine Argumente sowie keine Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen darf, die völlig anderer Natur sind als die Streitfragen, um die es in dem Rechtsstreit, wie er zwischen dem Kläger und dem Beklagten begründet worden ist, geht.<sup>20</sup>

37. Eine mit der Zusammensetzung des Gerichts begründete Rüge eines Verfahrensfehlers ist völlig anderer Natur als die von der Kommission vor dem Gericht vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel. Demzufolge durften Chronopost und die Post dieses Angriffsmittel in dem Verfahren beim Gericht nicht vorbringen.

38. Sodann ist zu fragen, ob die Kommission selbst dieses Angriffsmittel im Verfahren beim Gericht hätte vorbringen können.

39. Nach Art. 48 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts können keine neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel im Laufe des Verfahrens mehr vorgebracht werden, es sei denn, dass sie auf Gründe gestützt werden, die erst während des Verfahrens zutage getreten sind. Das Gericht beurteilt die Frage, ob Gründe erst während des Verfahrens „zutage getreten“ sind, nach einem objektiven Maßstab, nämlich ob die Partei vorher Kenntnis von den Umständen haben konnte.<sup>21</sup>

40. Die Zusammensetzung der Kammer des Gerichts, der die Sache nach der Zurückverweisung durch den Gerichtshof zugewiesen wurde, ist offenkundig ein Umstand, der vor Beginn des Verfahrens nicht zutage treten konnte. Gemäß Art. 48 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts wäre die Kommission daher berechtigt gewesen, die Zusammensetzung mit einem neuen Angriffsmittel zu rügen.

19 — Vgl. Fn. 15.

20 — Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 17. März 1993, Kommission/Rat (C-155/91, Slg. 1993, I-939, Randnrn. 23 f.), und Urteil des Gerichts vom 14. Dezember 2006, Technische Glaswerke Ilmenau/Kommission (T-237/02, Slg. 2006, II-5131, Randnr. 97 und die dort angeführte Rechtsprechung). Gegen das letztgenannte Urteil ist derzeit ein Rechtsmittel anhängig (Rechtssache C-139/07 P), das jedoch nicht die hier angesprochene Problematik betrifft.

21 — Vgl. Urteil des Gerichts vom 8. März 2007, France Télécom/Kommission (T-340/04, Slg. 2007, II-573, Randnr. 164 und die dort angeführte Rechtsprechung).

41. Die Kommission wäre hierzu auch objektiv in der Lage gewesen. Welcher Kammer die Sache zugewiesen worden war, war den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt worden. Die Änderungen in der Zusammensetzung der Kammern des Gerichts im Jahr 2004 waren im Amtsblatt veröffentlicht worden. Die Zusammensetzung der Kammern wird auch im Internetportal des Gerichts bekannt gemacht. Der Name des Berichterstatters ist im Sitzungsbericht aufgeführt, der den Verfahrensbeteiligten vor der mündlichen Verhandlung übermittelt wird. Schließlich erscheinen die Zusammensetzung des Gerichts und der Name des Berichterstatters deutlich in der außerhalb des Gerichtssaals ausgehängten Terminliste.

42. Die Kommission hätte daher im Laufe des Verfahrens beim Gericht objektiv Kenntnis davon haben können, dass der Berichterstatter im Verfahren, in dem das Urteil UFEX I erlassen worden war, dem Spruchkörper auch im zweiten Verfahren angehörte. Gleichwohl findet sich weder im angefochtenen Urteil noch in der Akte des Gerichtshofs irgendein Hinweis, dass die Kommission dies gerügt hätte.

43. Im Urteil Petrides<sup>22</sup> wies der Gerichtshof einen Rechtsmittelgrund, mit dem ein Verstoß gegen die Grundsätze des kontradiktorischen Verfahrens und der Waffengleichheit geltend gemacht worden war, zurück, weil die Rechtsmittelführerin die Rüge trotz entsprechender Gelegenheit nicht im Verfahren vor dem Gericht vorgebracht und damit auf eine Verfahrensgarantie verzichtet habe.

44. Im vorliegenden Fall könnte die Kommission die Frage der Zusammensetzung des Gerichts danach ebenfalls nicht als Rechtsmittelgrund anführen. Die Kommission hätte die Zusammensetzung der Kammer in der Vorinstanz rügen können. Da sie dies nicht getan hat, hat sie damit auf eine Verfahrensgarantie verzichtet und könnte diesen Punkt jetzt nicht noch einmal vorbringen.

45. Meiner Meinung nach liefe es sowohl der Entscheidung des Gerichtshofs im Urteil Petrides als auch Art. 40 der Satzung des Gerichtshofs zuwider, wenn ein Streithelfer aus der Vorinstanz im Rechtsmittelverfahren ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel vorbringen könnte, das die Partei, die er unterstützt hat, in der Vorinstanz nicht vorgebracht hat.

46. Dieses Ergebnis beruht zugegebenermaßen auf einer recht formalen Beurteilung der Stellung eines Streithelfers. Rein technisch glaube ich nicht, dass man die These aufstellen kann, ein Streithelfer habe *kein* Recht auf ein faires Verfahren, auch wenn es sich dabei nicht um sein eigenes Verfahren handelt. Gemäß Art. 40 der Satzung des Gerichtshofs hat er zwangsläufig ein berechtigtes Interesse am Ausgang eines Rechtsstreits (da er andernfalls gar nicht als Streithelfer zugelassen würde). Außerdem sind Chronopost und die Post im Verfahren beim Gerichtshof keine Streithelferinnen mehr, sondern Rechtsmittelführerinnen. Art. 6 Abs. 1 EMRK garantiert *jeder Person* ein Recht auf ein faires Verfahren „über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder

22 — In Fn. 18 angeführt. Vgl. auch Nr. 33 der Schlussanträge von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer.

über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage“.<sup>23</sup>

47. Sollte der Gerichtshof jedoch entscheiden, dass Chronopost und die Post die Zusammensetzung des Gerichts im Verfahren vor dem Gericht auch ohne eine Rüge seitens der Kommission selbst hätten rügen können, so scheint mir, dass sie aus den oben in den Nrn. 40 bis 43 angeführten Gründen dann so gestellt werden müssen, als hätten sie auf dieses Rügerecht verzichtet.

48. Ich halte daher den ersten Rechtsmittelgrund für unzulässig.

49. Hinsichtlich des Arguments der Rechtsmittelführerinnen, dass der Gerichtshof ihr Vorbringen von Amts wegen beachten müsse, weil es die Verletzung zwingenden Rechts betreffe, teile ich nicht die Ansicht der UFEX, dass dieses Argument seinerseits ein neues Angriffsmittel darstelle. Es wurde vielmehr als Erwiderung auf die von UFEX erhobene Unzulässigkeitseinrede vorgetragen.

50. Allerdings folge ich dem Argument der Rechtsmittelführerinnen nicht.

51. Die Argumentation der Rechtsmittelführerinnen beruht auf der Rechtsprechung, wonach wesentliche Formvorschriften verletzt sind, wenn eine Verwaltungsbehörde wie die Kommission vor Erlass einer Verwaltungsentscheidung den Betroffenen keine Gelegenheit zur Erwiderung oder Stellungnahme gibt<sup>24</sup>.

52. Aus dem Urteil Petrides geht jedoch eindeutig hervor, dass ein Kläger, der im Laufe eines Gerichtsverfahrens von seinem Verteidigungsrecht keinen Gebrauch macht, wenn er die Möglichkeit dazu hat, sich später nicht auf dieses Recht berufen kann. Im damaligen Fall hielt es der Gerichtshof nicht für erforderlich, das Vorbringen des Klägers von Amts wegen zu prüfen.

53. Die Grundsätze, deren Verletzung der Kläger in der Rechtssache Petrides gerügt hatte, gehören sowohl zum Recht auf ein faires Verfahren als auch zum Recht auf ein unparteiisches Gericht: *audi alteram partem* und *nemo iudex in sua causa* sind sogar die beiden Säulen des Naturrechts. Ich sehe daher keinen Grund, warum der Gerichtshof im vorliegenden Fall eine andere Haltung einnehmen sollte.

54. Sollte der Gerichtshof den Rechtsmittelgrund gleichwohl als zulässig betrachten, ist dieser dann meiner Meinung nach als unbegründet zurückzuweisen.

23 — Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im Urteil Antunes/Portugal vom 31. Mai 2005, Nr. 64330/01, § 43 entschieden, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK anwendbar ist, wenn eine Beschwerdeführerin, die die Einleitung eines Strafverfahrens gegen ihren früheren staatlichen Arbeitgeber beantragt hatte und an diesem Verfahren als „assistente“ beteiligt war, damit ihr Interesse an der Verurteilung des Angeklagten und am Ersatz des erlittenen Schadens nachgewiesen hat.

24 — Urteil des Gerichtshofs vom 7. Mai 1991, Interhotel/Kommission (C-291/89, Slg. 1991, I-2257, Randnrn. 14 bis 17), und Urteil des Gerichts vom 10. Mai 2001, Kaufring u. a./Kommission (T-186/97, T-187/97, T-190/97 bis T-192/97, T-210/97, T-211/97, T-216/97, T-217/97, T-218/97, T-279/97, T-280/97, T-293/97 und T-147/99, Slg. 2001, II-1337, Randnrn. 134 f.).

55. Erstens liegt keine offensichtliche Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift vor. Art. 118 § 1 der Verfahrensordnung des Gerichts verbietet nicht, dass das Verfahren nach Zurückverweisung vor derselben Kammer stattfindet. Im Gegensatz dazu trifft Art. 118 § 2a eine ganz andere Regelung, wonach ein Richter nicht erneut an einer an das Gericht zurückverwiesenen Sache mitwirken darf, in der er im ersten Verfahren als Einzelrichter entschieden hat. Es gibt auch keine Hinweise in der Verfahrensordnung des Gerichts, dass nach Zurückverweisung einer Sache im Rechtsmittelverfahren nicht derselbe Richter wieder als Berichterstatter tätig werden darf. Art. 118 § 2 schreibt sogar ausdrücklich vor, dass Sachen, in denen die Große Kammer (und selbstverständlich das Plenum) eine Entscheidung erlassen hat, nach Zurückverweisung wieder in derselben Besetzung entschieden werden.

56. Zweitens machen die Rechtsmittelführerinnen keine tatsächliche (subjektive) Befangenheit geltend. Der einzige Vorwurf der (objektiven) Befangenheit betrifft die Zusammensetzung der Kammer des Gerichts, der die Sache nach Zurückverweisung durch den Gerichtshof zugewiesen wurde.

57. Die Rechtsmittelführerinnen weisen zutreffend darauf hin, dass die Gemeinschaft zwar keine Vertragspartei der EMRK ist, dass aber nach Art. 6 Abs. 2 EU „[d]ie Union ... die Grundrechte [achtet], wie sie in der [EMRK] gewährleistet sind ...“. Darüber hinaus lässt sich der Gerichtshof im Bereich der Grundrechte, deren Wahrung er zu sichern hat, von verschiedenen Quellen

leiten, unter denen der EMRK besondere Bedeutung zukommt.<sup>25</sup> Art. 6 Abs. 1 EMRK, der das Recht auf ein unparteiisches Gericht garantiert, gehört zu diesen Grundrechten.

58. Zur Frage der objektiven Befangenheit, die gegeben ist, wenn berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit eines Gerichts bestehen, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ausgeführt, dass „aus der Verpflichtung zur Unparteilichkeit *nicht* die allgemeine Regel hergeleitet werden kann, dass ein höherinstanzliches Gericht, das eine Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidung aufhebt, die Sache an ein anderes Rechtsprechungsorgan oder an einen anders zusammengesetzten Spruchkörper dieses Organs verweisen muss“.<sup>26</sup> Die Mitwirkung desselben Richters in aufeinanderfolgenden Verfahren in derselben Sache vermag berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit nur in Verbindung mit anderen Umständen zu begründen.<sup>27</sup> Hier werden keine derartigen zusätzlichen Faktoren geltend gemacht.

25 — Vgl. z. B. Urteil vom 27. Juni 2006, Parlament/Rat (C-540/03, Slg. 2006, I-5769, Randnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

26 — Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil Ringelsen/Osterreich vom 16. Juli 1971, Serie A Nr. 13, S. 40, § 97, Hervorhebung nur hier. In jenem Fall begründete der Umstand, dass zwei Angehörige des Spruchkörpers in der zurückverwiesenen Sache auch schon an der ersten Entscheidung beteiligt waren, keine berechtigten Zweifel. Der EGMR kam zu einem ähnlichen Ergebnis im Urteil Diennet/Frankreich vom 26. September 1995, Serie A Nr. 325-A, S. 17, § 38; in jenem Fall hatten drei der sieben Richter im gerügten Verfahren auch schon an der ersten Entscheidung mitgewirkt. Im Urteil Schwarzenberger/Deutschland vom 10. August 2006, Nr. 75737/01, § 42, führte der EGMR Urteile an, in denen der gleiche Grundsatz auf entsprechende Sachverhalte, wie etwa vor der Hauptverhandlung ergangene Entscheidungen, angewandt worden war.

27 — Im Urteil Ferrantelli und Santangelo/Italien vom 7. August 1996, Reports 1996-III, §§ 58-60, das die Rechtsmittelführerinnen anführen, entschied der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, dass die Befürchtung der Befangenheit objektiv gerechtfertigt war, da sie aus dem Zusammentreffen zweier Umstände resultierte, deren einer darin bestand, dass der Richter, der im Verfahren gegen den Beschwerdeführer zu entscheiden hatte, zuvor bereits dessen Komplizen verurteilt hatte.

59. Darüber hinaus können Richter des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gelegentlich selbst in aufeinanderfolgenden Verfahren in der gleichen Sache mitwirken. Wird das Urteil einer Kammer gemäß Art. 43 EMRK an die Große Kammer verwiesen, so können der Präsident der verweisenden Kammer und der Richter, welcher in der Kammer für den als Partei beteiligten Staat mitgewirkt hat (jedoch kein anderer Richter der verweisenden Kammer), der Großen Kammer angehören.<sup>28</sup> Es kommt durchaus vor, dass Richter, die an beiden Verfahren mitwirken, zwischendurch ihre Meinung ändern.<sup>29</sup>

60. Schließlich stellen die Rechtsmittelführerinnen fest, dass die Union nach Art. 6 Abs. 2 EU auch verpflichtet sei, die Grundrechte zu achten, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergäben. Sie weisen darauf hin, dass in Frankreich die Gerichte, an die eine Sache zurückverwiesen werde, anders zusammengesetzt sein müssten als das Gericht, das die Sache beim ersten Mal entschieden habe. Darauf antwortet UFEX, dass dies in Deutschland, Spanien und im Vereinigten Königreich nicht der Fall sei. Offensichtlich reicht der Hinweis auf die Lage in einem Mitgliedstaat nicht als Nachweis für das Bestehen einer

*gemeinsamen* Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten aus.

61. Für den Fall, dass der erste Rechtsmittelgrund zulässig sein sollte (*quod non*), komme ich zu dem Ergebnis, dass er jedenfalls unbegründet ist.

**Zweiter Rechtsmittelgrund: Verfahrensfehler, weil das Gericht die Unzulässigkeitseinrede der Post nicht geprüft und weil es über die Begründetheit eines unzulässigen Vorbringens entschieden habe**

#### *Argumentation*

62. Die Post führt erstens aus, dass sie in ihren schriftlichen Erklärungen vorgetragen habe, die von UFEX erhobene Rüge bezüglich der Übertragung von Postadex sei ein neues Angriffsmittel, und dass das Gericht es unterlassen habe, darüber zu entscheiden, ob dieses Angriffsmittel demzufolge unzulässig gewesen wäre. Zweitens macht die Post geltend, da es sich um ein neues Angriffsmittel gehandelt habe, hätte das Gericht es jedenfalls nicht prüfen dürfen.

63. UFEX hält den ersten Teil des Vorbringens der Post für konfus und ungenau und daher für unzulässig. Zur Begründetheit

28 — Art. 27 Abs. 3 EMRK. Vgl. näher hierzu Mowbray, A., *An Examination of the Work of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights*, 2007, P. L. (Herbst) 507, insbesondere 519 ff.

29 — Vgl. z. B. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil Kyprianou/Zypem (GK) vom 15. Dezember 2005, Nr. 73797/01, EuGHMR 2005-XIII, eine Rechtssache, die selbst eine Behauptung richterlicher Befangenheit betrifft. Der Richter Costa (inzwischen Präsident des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte), der Präsident der Kammer war, die das erste Urteil gefällt hatte, änderte im Verfahren vor der Großen Kammer seine Meinung in zwei Punkten. In seinem teilweise abweichenden Votum befasste er sich mit der Frage, ob Richter, die zweimal mitwirken, an ihrem ursprünglichen Standpunkt festhalten sollten. Er führt aus: „... Alles hängt von den besonderen Merkmalen des Falles ab ... und von der mehr oder weniger großen Halsstarrigkeit des einzelnen Richters (oder der Fähigkeit, seine früheren Überlegungen zu revidieren); auch dies wiederum hängt vielleicht eher vom Einzelfall ab als von der Disposition des Einzelnen.“ Er schloss mit der (köstlichen) Bemerkung, die Zurückverweisung der konkreten Sache habe „meine Ansichten bestärkt und mir gleichzeitig die Möglichkeit gegeben, sie zu korrigieren: Man kann es immer besser machen (oder zumindest weniger schlecht ...)“.

dieses Teils führt UFX aus, das Gericht sei nicht verpflichtet, über die Unzulässigkeit des Angriffs- oder Verteidigungsmittels eines Streithelfers zu entscheiden, wenn nicht der Beklagte dieses Mittel vorbringe. Was den zweiten Teil des Vorbringens der Post betreffe, so sei das Angriffsmittel der UFX keineswegs neu gewesen, sondern bereits mit ihrer Klage im ersten Verfahren geltend gemacht worden.

### *Würdigung*

64. Hinsichtlich des ersten Teils des Vorbringens ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ganz eindeutig, dass ein Streithelfer nicht zur Erhebung einer Einrede der Unzulässigkeit befugt ist, die der Beklagte in seinen Anträgen nicht geltend gemacht hat<sup>30</sup>. Die Kommission als Beklagte hat die fragliche Einrede nicht erhoben. Dementsprechend war das Gericht nicht verpflichtet, darüber zu entscheiden.

65. Die Urteile des Gerichtshofs, die von der Post zur Begründung ihrer Auffassung angeführt werden, die Frage sei jeweils im Einzelfall zu entscheiden, zeigen vielmehr, wie UFX

30 — Urteil vom 19. März 2002, Kommission/Irland (C-13/00, Slg. 2002, I-2943, Randnr. 5 und die dort angeführte Rechtsprechung).

zutreffend ausführt, dass der Gerichtshof die Begründetheit einer Unzulässigkeitseinrede, die vom Streithelfer anstatt vom Beklagten erhoben wird, nur dann prüft, wenn es um eine unverzichtbare Prozessvoraussetzung geht.<sup>31</sup>

66. Mit dem zweiten Teil ihres Vorbringens will die Post im Wesentlichen erneut die Begründetheit der beim Gericht erhobenen Unzulässigkeitseinrede dartun. Es wäre mit der oben angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs unvereinbar, im Rechtsmittelverfahren ein Vorbringen zu prüfen, das in der ersten Instanz unzulässig war.

67. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, den ersten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen und den zweiten Teil für unzulässig zu erklären.

31 — Urteile vom 11. Juli 1990, Neotype Techmasheport/Kommission und Rat (C-305/86 und C-160/87, Slg. 1990, I-2945, Randnr. 18), und vom 24. März 1993, CIRFS u. a./Kommission (C-313/90, Slg. 1993, I-1125, Randnr. 23). In den genannten Fällen wurde die Einrede der Unzulässigkeit damit begründet, dass dem Kläger die Klagebefugnis fehle. In dem wesentlich älteren Urteil vom 22. März 1961, SNUPAT/Hohe Behörde (42 und 49/59, Slg. 1961, 53, S. 159), stellte der Gerichtshof nicht ausdrücklich fest, dass es um eine unverzichtbare Prozessvoraussetzung ging, erkannte aber das Recht des Streithelfers an, die Einrede der Unzulässigkeit gegen eine Klage auf Nichtigerklärung eines Rechtsakts zu erheben, mit dem lediglich ein anderer Rechtsakt bestätigt wird, für den die Frist bereits abgelaufen war.

**Dritter Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler ...  
bei der Beurteilung der Begründung der  
angefochtenen Entscheidung**

*Kontext*

68. Zunächst sind die relevanten Passagen der angefochtenen Entscheidung und des angefochtenen Urteils näher darzustellen.

[iii] Um die Gesamthöhe der Unterstützung für SFMI-Chronopost zu ermitteln, errechnet die Post zunächst ihre direkten Betriebskosten — ohne Kostenaufwand des Hauptsitzes und der regionalen Direktionen — ausgehend von der Produktpalette (Ablaufkette der Grundleistungsvorgänge) entsprechend der tatsächlichen Leistung und dem tatsächlichen Handelsvolumen. Dann werden die Aufwendungen des Hauptsitzes und der regionalen Direktionen proportional zu den Gestehungskosten für jede Leistung angesetzt.<sup>[34]</sup>

Die angefochtene Entscheidung

69. Im 33. Erwägungsgrund<sup>32</sup> der angefochtenen Entscheidung werden u. a. die logistische und kommerzielle Unterstützung beschrieben, welche die Post der SFMI-Chronopost gewährt hat, sowie die Berechnung und buchhalterische Erfassung ihrer Kosten erläutert:

„[i<sup>33</sup>] 1. Eine *logistische Unterstützung*, die darin besteht, dass SFMI-Chronopost die Infrastrukturen der Post für die Annahme, das Sortieren, die Beförderung und die Verteilung ihrer Sendungen zur Verfügung gestellt wurden.

[iv] Was die Produktpalette anbelangt, so verfügte die französische Post damals über kein Betriebsbuchführungssystem, das ihr ermöglichte, die Istkosten für die SFMI-Chronopost gewährte logistische Unterstützung zu berechnen. Bis 1992 wurden diese Kosten auf der Grundlage von Schätzungen ermittelt. Die Leistungen für SFMI-Chronopost waren in eine Abfolge von Grundleistungsvorgängen zerlegt, die vor 1992 nicht zeitlich gemessen wurden. Um diese Kosten zu ermitteln, setzte die Post diese Leistungen ähnlich gearbeteten vorhandenen Postdiensten gleich, bei denen die einzelnen Vorgänge bereits zeitlich gemessen und bewertet worden waren (z. B. Einlieferung eines Einschreibens). 1992 wurden Dauer und

32 — Teil D der angefochtenen Entscheidung.

33 — Zur leichteren Orientierung habe ich die Absätze dieser Begründung mit kleinen römischen Ziffern nummeriert.

34 — Im 42. Erwägungsgrund erklärt die Kommission ferner, dass die Fixkosten im Verhältnis zu den Leistungen, die die Post für ihre Tochtergesellschaft erbracht habe, entrichtet worden seien.



Kosten der betreffenden Leistungsvorgänge unter Berücksichtigung des tatsächlichen Handelsvolumens im Expressdienstverkehr errechnet. Diese Berechnungen ermöglichten es der Post, die Istkosten ihrer logistischen Unterstützung zu schätzen.“

In Absatz [vi] heißt es, dass die von SFMI-Chronopost gezahlte Vergütung — kumuliert berechnet — die Gesamtkosten für den Zeitraum 1986 bis 1991 zu 116,1 % und für den Zeitraum 1986 bis 1995 zu 119 % deckte. 1986 und 1987 betrug die Deckungsrate 70,3 % bzw. 84,3 %. In diesen beiden Jahren deckten die Einnahmen die direkten Kosten vor Kostenaufwand des Hauptsitzes und der regionalen Direktionen.

„[x] 2. Eine *kommerzielle Unterstützung*, d. h. SFMI-Chronopost hat Zugang zum Kundenstamm der Post und ihr kommt deren Goodwill zugute. Der Beschwerdeführer behauptet, die Post habe 1986 den Kundenstamm ihres Postadex-Produkts ohne Gegenleistung an SFMI-Chronopost übergeben (an die Stelle des Postadex-Produkts trat 1986 das EMS-Chronopost-Produkt). Darüber hinaus seien SFMI-Chronopost von der Post durchgeführte Absatzförderungs- und Werbemaßnahmen zugutegekommen.“

70. In Absatz [xi] wird erläutert, dass die von SFMI-Chronopost für die erhaltene logistische Unterstützung gezahlten Preise die von der Post getragenen Kosten, einschließlich

der Kosten der kommerziellen Unterstützung, vollständig decken.

71. Der 34. Erwägungsgrund<sup>35</sup> enthält die von der Kommission gegebene zusammenfassende Darstellung des Vorwurfs, es handele sich um staatliche Beihilfen, den der SFEI aufgrund der von ihm in Auftrag gegebenen Wirtschaftsgutachten erhoben hatte. Die staatlichen Beihilfen hätten sich für den Zeitraum 1986 bis 1991 auf einen Betrag in Höhe von insgesamt 1,516 Mrd. FRF belaufen, der sich zusammensetze aus 1,048 Mrd. FRF Beihilfe für die logistische Unterstützung und 468 Mio. FRF für die kommerzielle Unterstützung.<sup>36</sup> Hinsichtlich des Gesamtbetrags der Beihilfe erläutert die Kommission den vom SFEI gewählten Ansatz des „normalen Marktpreises“. Bei der logistischen Unterstützung habe der SFEI die Kosten nach dem Maßstab eines Unternehmens berechnet, das ein bei der Post vergleichbares Netz aufbaue und nutze. Für die kommerzielle Unterstützung fasst die Kommission die vom SFEI angewandte Methode so weit zusammen, wie sie ihrer Meinung nach in der Beschwerde dargelegt wurde.

72. In ihrer Würdigung verwirft die Kommission zunächst den vom SFEI gewählten *Ex-novo*-Ansatz bei der Bewertung der logistischen Unterstützung sowie seine Bewertung einzelner Elemente der kommerziellen Unterstützung.<sup>37</sup> Bezüglich der Bewertung führt die Kommission die Gründe dafür an, dass die Übertragung von

35 — Teil E der angefochtenen Entscheidung.

36 — Diese Beträge entsprechen ungefähr 231 Mio. Euro, 160 Mio. Euro bzw. 71 Mio. Euro.

37 — 45. bis 48. Erwägungsgrund.

Postadex, die der SFEI mit 38 Mio. FRF<sup>38</sup> bewertet habe, ihrer Meinung nach keine staatliche Beihilfe darstelle. Sie bringe keinen geldwerten Vorteil für SFMI-Chronopost mit sich. Jede Beziehung innerhalb eines Unternehmenszusammenschlusses bedinge die Möglichkeit, dass eine Tochtergesellschaft Zugang zum Kundenstamm der Muttergesellschaft habe und Nutzen aus weiteren Elementen des Goodwill derselben ziehe. Die Übergabe sei die logische Konsequenz der Gründung der SFMI-Chronopost zwecks Betriebs des Expresszustellungsdienstes der Post.

73. Sodann verwirft die Kommission den Grundansatz des SFEI für die Bewertung staatlicher Beihilfe.<sup>39</sup> In der Argumentation des SFEI komme zum Ausdruck, dass er einen grundlegenden Fehler<sup>40</sup> bei seiner Auslegung des Urteils SFEI<sup>41</sup> mache. Der SFEI — so die Kommission — lege den Begriff „normaler Marktpreis“ so aus, dass darunter der Preis zu verstehen sei, zu dem ein vergleichbares privatwirtschaftliches Unternehmen dieselben Dienste für ein Unternehmen erbringen würde, mit dem es nicht verbunden sei, einschließlich einer Gebühr für den Zugang zum Postnetz. In der Rechtsprechung des Gerichtshofs gebe es jedoch keinen einzigen Hinweis darauf, dass die Kommission die strategischen Erwägungen und die Synergieeffekte außer Acht lassen solle, die sich daraus ableiteten, dass die französische Post und SFMI-Chronopost demselben Unternehmenszusammenschluss angehörten. Derartige Erwägungen spielten im Gegenteil sogar eine erhebliche Rolle bei Investitionsentscheidungen einer Holdinggesellschaft und seien somit auf den Streitfall direkt anzuwenden, da es um das Verhalten

einer Muttergesellschaft und ihrer Tochtergesellschaft gehe. Der Gerichtshof habe nie einen Hinweis darauf gegeben, dass eine andere Methode anzuwenden sei, wenn eine der beteiligten Parteien eine Monopolstellung inne habe. Die Kommission fährt fort:

„[56] Demzufolge geht es um die Beantwortung der Frage, ob die Bedingungen des Geschäfts zwischen der Post und SFMI-Chronopost mit denen eines gleichwertigen Geschäfts zwischen einer privatrechtlichen Muttergesellschaft, die sehr wohl eine Monopolstellung einnehmen kann (wenn sie z. B. Alleinrechte besitzt), und ihrer Tochtergesellschaft vergleichbar sind. ...

[57] Die Kommission vertritt die Auffassung, dass die internen Preise für den Austausch von Waren und Dienstleistungen zwischen zwei derselben Gruppe angehörenden Unternehmen keinen finanziellen Vorteil welcher Art auch immer mit sich bringen, wenn diese Preise auf der Grundlage der Gesamtkosten (d. h. Gesamtkosten plus Eigenkapitalverzinsung) kalkuliert werden. Im vorliegenden Fall deckten die von SFMI-Chronopost geleisteten Zahlungen zwar in den ersten beiden Geschäftsjahren nicht die Gesamtkosten, aber sie deckten die Kosten ohne Kostenaufwand des Hauptsitzes und der regionalen Direktionen. Die Kommission erachtet eine solche Situation nicht als anormal, da der Ertrag der Tätigkeit eines neuen zu einem Unternehmenszusammenschluss gehörenden Unternehmens in der Anlaufphase nur die variablen Kosten decken kann. Hat das Unternehmen seine Marktposition gefestigt, muss der von ihm erwirtschaftete Ertrag höher als die variablen Kosten sein, damit es zur Deckung der

38 — Ungefähr 5,8 Mio. Euro.

39 — 49. bis 57. Erwägungsgrund.

40 — 53. Erwägungsgrund.

41 — In Fn. 8 angeführt. Siehe auch oben, Nr. 4.

Fixkosten der Gruppe beiträgt. In den ersten beiden Geschäftsjahren (1986 und 1987) deckten die von SFMI-Chronopost geleisteten Zahlungen nicht nur die variablen, sondern auch bestimmte fixe Kosten (z. B. für Gebäude und Fahrzeuge). Frankreich hat nachgewiesen, dass ab 1988 die von SFMI-Chronopost für die gewährte Unterstützung gezahlte Vergütung alle dafür von der Post bestrittenen Kosten gedeckt hat und darüber hinaus ein Beitrag zur Eigenkapitalverzinsung geleistet wurde. Demnach erfolgte die von der Post ihrer Tochter gewährte logistische und kommerzielle Unterstützung zu normalen Marktbedingungen und stellt keine staatliche Beihilfe dar.“

74. Die Kommission gelangte ferner zu der Auffassung, dass die Gewährung logistischer und kommerzieller Unterstützung auch nicht im Hinblick auf den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers als staatliche Beihilfe zu betrachten sei.<sup>42</sup> Die interne Rentabilität — gemessen anhand der von SFMI-Chronopost gezahlten Dividenden zuzüglich des Wertzuwachses der ursprünglichen Kapitalspritze der Post — sei höher gewesen als die Eigenkapitalaufwendungen der SFMI-Chronopost im Jahr 1986. Dies gelte selbst dann, wenn man die 38 Mio. FRF, die Postadex laut SFEI wert gewesen sei, als Kapitalspritze in die Berechnung der internen Rentabilität einfließen lasse und den vom SFEI veranschlagten Wert des bevor-

rechtigten Zugangs der SFMI-Chronopost zum Postnetz berücksichtige.

#### Das angefochtene Urteil

75. Nach einer Zusammenfassung der einschlägigen Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte<sup>43</sup> macht das Gericht Ausführungen zur Dichte seiner Kontrolle hinsichtlich der Begründung der angefochtenen Entscheidung<sup>44</sup>. In Anbetracht des Urteils Chronopost I habe es insbesondere zu untersuchen, ob die angefochtene Entscheidung hinreichend begründet sei hinsichtlich der Frage, ob die von der SFMI-Chronopost zu erbringende Gegenleistung für die Unterstützung alle variablen Zusatzkosten der Post, einen angemessenen Beitrag zu den Festkosten infolge der Nutzung des Postnetzes und eine angemessene Vergütung des Eigenkapitals bezüglich der wettbewerblichen Tätigkeit der SFMI-Chronopost umfasse.

76. Das Gericht führt aus, „dass sich die Gründe, aus denen die Kommission die von den Klägerinnen vorgeschlagene Methode zur Berechnung der Kosten abgelehnt hat, ... klar aus [dem 49. bis 56. Erwägungsgrund] der angefochtenen Entscheidung ergeben“.<sup>45</sup> Es habe jedoch auch die Begründung der Kommission (i) zur Art und Weise, wie die Kommission die Kosten der Post nach der „Gesamtkosten“-Methode berechnet und

42 — 58. bis 63. Erwägungsgrund.

43 — Randnrn. 63 bis 71.

44 — Randnrn. 72 f.

45 — Randnr. 73.

geschätzt habe, und (ii) zu der zu erbringenden Gegenleistung zu untersuchen.

77. Zunächst stellt das Gericht hinsichtlich der variablen Zusatzkosten<sup>46</sup> fest, der 33. und 57. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung ließen nicht genau genug erkennen, welche Bedeutung die Kommission den verwendeten wirtschaftlichen und buchhalterischen Begriffen beizumessen beabsichtige, noch, welcher Art die von ihr zur Begründung, dass keine Beihilfe vorliege, untersuchten Kosten seien, dass eine Prüfung möglich sei, ob diese Kosten tatsächlich den variablen Zusatzkosten, die durch die Gewährung der logistischen und kommerziellen Unterstützung entstanden seien, im Sinne des Urteils Chronopost I entsprächen. Nach Ansicht des Gerichts bekräftigen die später von der Kommission vorgelegten Erläuterungen noch, dass die Begründung der angefochtenen Entscheidung in sich viel zu allgemein sei.

78. Es ließen sich weder die „direkten Betriebskosten“ noch die Kosten ersehen, die in der Buchführung der Post unmittelbar den verschiedenen Tätigkeiten zuzurechnen seien. Der Hinweis im 57. Erwägungsgrund auf „bestimmte fixe Kosten“ sei zu ungenau, um daraus entnehmen zu können, welche Kosten genau die SFMI-Chronopost in den ersten beiden Geschäftsjahren gedeckt habe. Darüber hinaus werde nicht erläutert, wie die von der Post erbrachten Leistungen in eine Abfolge von Grundleistungsvorgängen zerlegt oder wie diese Leistungen ähnlichen vorhandenen Postdiensten gleichgesetzt worden seien. Da die vor 1992 entstandenen

Kosten auf der Grundlage von Schätzungen ermittelt worden seien, hätte nach Auffassung des Gerichts erläutert werden müssen, auf welche Art und Weise diese Gleichsetzung erfolgt sei, um etwaige Tatsachenirrtümer oder Beurteilungsfehler feststellen zu können. Schließlich ergebe sich auch nicht, wie die kommerzielle Unterstützung bei der Berechnung der Gesamtkosten berücksichtigt worden sei.

79. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass die angefochtene Entscheidung hierfür eine angemessene Begründung, zumindest aber eine zusammenfassende Darstellung der betriebsbuchhalterischen Berechnungen zu den der SFMI-Chronopost gewährten Leistungen, gegebenenfalls unter Entfernung geheimer Daten, hätte enthalten müssen. Die angefochtene Entscheidung enthalte daher keine hinreichende Begründung für die Würdigung der Kommission hinsichtlich variabler Zusatzkosten, die durch die Gewährung der logistischen und kommerziellen Unterstützung entstanden seien.

80. Als Nächstes befasst sich das Gericht mit den Festkosten.<sup>47</sup> Es stellt fest, dass diese in der angefochtenen Entscheidung nicht ausreichend erläutert worden seien. Es lasse sich nicht prüfen, ob die Kosten des Hauptsitzes und der regionalen Direktionen Festkosten infolge der Nutzung des Postnetzes enthielten. Dies sei jedoch von besonderer Bedeutung, da die von der SFMI-Chronopost gezahlte Vergütung in den ersten beiden Geschäftsjahren die Gesamtkosten nicht zu

46 — Randnrn. 77 bis 85.

47 — Randnrn. 86 bis 89.

100 % gedeckt habe. Zweitens lasse sich nicht bestimmen, ob es andere Festkosten der Post bei der Nutzung des Postnetzes gebe, die die gezahlte Vergütung habe decken sollen. Es habe daher nicht festgestellt werden können, ob der Beitrag zu den Festkosten den im Urteil Chronopost I aufgestellten Anforderungen entsprochen habe.

81. Schließlich stellt das Gericht fest, in der angefochtenen Entscheidung werde nicht angegeben, welchen Beitrag die SFMI-Chronopost zur Verzinsung des Eigenkapitals der Post geleistet habe.<sup>48</sup> Es sei nicht angegeben, ob die Kommission die interne Rentabilität berechnet habe, um zu belegen, dass das Kriterium des privaten Investors erfüllt gewesen sei, und/oder um die Vergütung des Eigenkapitals zu berechnen.

82. Bei der Berechnung der internen Rentabilität gebe die Kommission nicht an, von welchem Kapital sie annehme, dass es für die Tätigkeit eingesetzt werde. Die Kommission führe lediglich aus, dass sie zum einen die Kapitalspritze der Post im Jahr 1986 und zum anderen die von SFMI-Chronopost im Zeitraum 1986 bis 1991 gezahlten Dividenden herangezogen habe, ohne dass sie hinreichend klar angebe, um welche Geschäfte es sich handele. Selbst wenn die interne Rentabilität die Vergütung des Eigenkapitals, soweit es zur wettbewerblichen Tätigkeit der SFMI-Chronopost eingesetzt werde, hinreichend genau widerspiegeln würde, ließe sich doch nicht überprüfen, ob diese etwaige Vergütung des Eigenkapitals angemessen im Sinne der Randnr. 40 des Urteils Chronopost I gewesen sei, da sich der angefochtenen Entscheidung keine zahlenmäßige

Berechnung der internen Rentabilität entnehmen lasse.

83. Sodann folgen einige allgemeine Ausführungen des Gerichts zur Kostendeckung<sup>49</sup>. Nach Auffassung des Gerichts handelt es sich bei den Schlussfolgerungen der Kommission im 57. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung um reine Behauptungen. Es gebe nämlich weder eine eingehende Untersuchung der einzelnen Schritte zur Berechnung der Vergütung für die in Rede stehende Unterstützung oder der dieser Unterstützung zuzurechnenden Infrastrukturkosten noch eine bezifferte Analyse der entsprechenden Kosten. Die Kommission beschränke sich darauf, zu behaupten, dass die Gegenleistung der SFMI-Chronopost die Gesamtkosten der Post gedeckt habe, ohne die Zahlen und Berechnungen anzugeben, auf die sie ihre Analyse und ihre Schlussfolgerungen stütze. Somit sei es dem Gericht nicht möglich, zu überprüfen, ob die von der Kommission angewandte Methode und die einzelnen Schritte ihrer Analyse fehlerfrei und mit den im Urteil Chronopost I für die Ermittlung, ob eine staatliche Beihilfe vorliege, aufgestellten Grundsätzen vereinbar seien.

84. Das Gericht schließt seine Würdigung des zweiten Klagegrundes mit dem Hinweis, dass in dem ihm vorliegenden Rechtsstreit drei Gründe dafür sprächen, eine eingehendere Begründung zu verlangen:

„97 Im vorliegenden Fall ist eine eingehendere Begründung erforderlich, erstens,

48 — Randnrn. 90 bis 93.

49 — Randnrn. 94 f.

weil es sich um eine der ersten Entscheidungen handelt, die im Rahmen der Anwendung der beihilferechtlichen Vorschriften die komplexe Frage der Berechnung der Kosten einer auf einem vorbehaltenen Markt tätigen Muttergesellschaft behandelt, die ihrer nicht auf einem vorbehaltenen Markt tätigen Tochtergesellschaft logistische und kommerzielle Unterstützung leistet. Zweitens hätte die Rücknahme der ersten, die Beschwerde zurückweisenden Entscheidung der Kommission vom 10. März 1992 nach Erhebung einer Nichtigkeitsklage und dem Urteil SFEI des Gerichtshofes die Kommission dazu veranlassen müssen, ihre Vorgehensweise in den streitigen Punkten besonders sorgfältig und genau zu begründen. Schließlich hätte auch der Umstand, dass die Klägerinnen im Verwaltungsverfahren mehrere Wirtschaftsgutachten vorgelegt haben, dazu führen müssen, dass die Kommission eine sorgfältige Begründung erarbeitet und dabei auf die wesentlichen, durch diese Wirtschaftsgutachten gestützten Argumente der Klägerinnen eingeht.“

85. Daher kommt das Gericht zu folgendem Ergebnis:

„98 [D]ie Begründung der angefochtenen Entscheidung, die sich auf eine sehr allgemeine Erläuterung der von der Kommission angewandten Methode zur Beurteilung der Kosten und des erzielten Endergebnisses beschränkt, ohne mit der erforderlichen Genauigkeit die jeweiligen der Post durch die Gewährung der logistischen und kommerziellen Unterstützung an die SFMI-Chronopost entstandenen Kosten sowie die Festkosten infolge der Nutzung des Postnetzes zuzuordnen und die Vergütung des Eigenkapitals näher zu bestimmen, [genügt nicht] den Erfordernissen des Artikels 190 EG-Vertrag ...

...

100 Die angefochtene Entscheidung ermöglicht es dem Gericht somit nicht, zu überprüfen, ob die einzelnen Kosten, die unter den Begriff der Gesamtkosten fallen, wie er in der angefochtenen Entscheidung der Kommission definiert ist, bestehen und wie hoch sie sind. Die Begründung der angefochtenen Entscheidung ermöglicht es dem Gericht daher nicht, die Rechtmäßigkeit der entsprechenden Würdigung der Kommission sowie ihre Vereinbarkeit mit den vom Gerichtshof in seinem Rechtsmittelurteil für die Feststellung, dass keine staatliche Beihilfe vorliegt, aufgestellten Anforderungen zu prüfen.

101 Daraus folgt, dass die angefochtene Entscheidung wegen fehlender Begründung für nichtig zu erklären ist, soweit festgestellt wird, dass die der SFMI-Chronopost von der Post gewährte logistische und kommerzielle Unterstützung keine staatliche Beihilfe darstellt.“

#### *Vorbringen*

86. Die Rechtsmittelführerinnen machen geltend, das Gericht sei bei der Feststellung, dass die Begründung der angefochtenen Entscheidung mangelhaft sei, über die in Art. 253 EG und in der Rechtsprechung des Gerichtshofes aufgestellten Anforderungen hinausgegangen. Chronopost ist der

Auffassung, das Gericht habe unter dem Deckmantel einer Überprüfung der Begründung offensichtliche Beurteilungsfehler untersucht und versucht, die Eignung der von der Kommission eingesetzten Methoden zu bewerten.

87. UFEX vertritt die Ansicht, das Gericht habe nicht die mit der angefochtenen Entscheidung vorgenommene Beurteilung angezweifelt, sondern sich auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob die zugrunde liegenden Überlegungen hinreichend genau genug, vollständig und verständlich seien. Es habe zu Recht festgestellt, dass die Begründung mangelhaft sei. Es seien eingehendere Überlegungen erforderlich, um überprüfen zu können, ob in der angefochtenen Entscheidung das vom Gerichtshof in Randnr. 40 des Urteils Chronopost I aufgeführte Entscheidungskriterium „normale Marktbedingungen“ richtig angewandt worden sei.

### *Würdigung*

88. Nach Art. 253 EG sind Entscheidungen der Kommission mit Gründen zu versehen.

89. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs muss die Begründung „der Natur des betreffenden Rechtsakts angepasst sein und die Überlegungen des Gemeinschaftsorgans, das den Rechtsakt erlassen hat, so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die Betroffenen ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können und der Gerichtshof seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann. In der Begründung brauchen nicht alle tatsächlich oder rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte genannt zu werden, da die Frage, ob die Begründung

eines Rechtsakts den Erfordernissen des Art. 253 EG genügt, nicht nur anhand seines Wortlauts zu beurteilen ist, sondern auch anhand seines Kontextes sowie sämtlicher Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet ...“<sup>50</sup>

90. In einer Entscheidung, mit der verneint wird, dass es sich bei einer von einem Beschwerdeführer gerügten Maßnahme um eine staatliche Beihilfe handelt, „[hat] die Kommission dem Beschwerdeführer jedenfalls in hinreichender Weise die Gründe darzulegen ..., aus denen die in der Beschwerde angeführten rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte nicht zum Nachweis des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe genügt haben. Die Kommission braucht jedoch nicht zu den Gesichtspunkten Stellung zu nehmen, die offensichtlich neben der Sache liegen oder keine oder eindeutig untergeordnete Bedeutung haben.“<sup>51</sup>

91. Nebenbei sei bemerkt, dass die Rechtsprechung, die UFEX zur Erhärtung der These anführt, dass die Kommission eine eingehende Untersuchung auf der Grundlage eindeutiger Beweise<sup>52</sup> sowie signifikanter und überzeugender Beweismittel<sup>53</sup> vorzunehmen habe, nicht staatliche Beihilfen, sondern die zukunftsorientierte Untersuchung zu den Auswirkungen von Zusammenschlüssen und angeblichen Kartellen betrifft.

50 — Urteil vom 11. September 2003, Belgien/Kommission (C-197/99 P, Slg. 2003, I-8461, Randnr. 72 und die dort angeführte Rechtsprechung).

51 — Urteil vom 2. April 1998, Kommission/Sytraval und Brink's France (C-367/95 P, Slg. 1998, I-1719, Randnr. 64).

52 — Urteil des Gerichts vom 13. Juli 2006, Independent Music Publishers and Labels Association/Kommission (T-464/04, Slg. 2006, II-2289, Randnr. 248). Gegen das Urteil ist derzeit ein Rechtsmittel anhängig.

53 — Urteil vom 31. März 1998, Frankreich u. a./Kommission (C-68/94 und C-30/95, Slg. 1998, I-1375, Randnr. 228).

92. Im vorliegenden Rechtsmittelverfahren ist unstreitig und wurde im Übrigen auch vom Gericht im angefochtenen Urteil anerkannt<sup>54</sup>, dass die relevante Fragestellung in diesem Zusammenhang lautet, ob in der angefochtenen Entscheidung die vom Gerichtshof in Randnr. 40 des Urteils Chronopost I definierten rechtlichen Voraussetzungen des Begriffs „normale Marktbedingungen“ beachtet worden sind.<sup>55</sup>

93. Der vom Gerichtshof im Urteil Chronopost I angewandte Maßstab ist allgemeiner Art. Er legt die Grundsätze fest, die bei Beurteilung der Frage, ob es sich bei der Gewährung kommerzieller und logistischer Unterstützung um staatliche Beihilfe handelt, zu beachten sind. Dabei werden keine bestimmten wirtschaftlichen, buchhalterischen oder finanziellen Kriterien aufgezählt. Mit dem Erfordernis, dass „alle“ variablen Zusatzkosten zu erfassen sind, wird nicht vorgegeben, welche Kosten als variabel zu betrachten sind. Es wird auch nicht angegeben, worin ein „angemessener“ Beitrag zu den Festkosten oder eine „angemessene“ Vergütung des Eigenkapitals bestehen würde.

94. Meiner Meinung nach rechtfertigt der im angefochtenen Urteil angegebene *erste Grund* für das Erfordernis einer eingehenderen Begründung (nämlich dass es sich bei der angefochtenen Entscheidung um eine der ersten gehandelt habe, die die anstehende komplexe Frage behandelt habe<sup>56</sup>) im Gegenteil gerade eine pauschalere und allgemeinere Begründung. Es ist sinnlos, in alle Details zu gehen, wenn der Gesamtansatz nicht stimmt. Außerdem erging die ange-

fochtene Entscheidung etliche Jahre vor dem Urteil Chronopost I. Anstatt zu untersuchen, ob die Überlegungen der Kommission in allen Einzelheiten und in jeder Hinsicht dem genauen Wortlaut der (später) im Urteil Chronopost I aufgestellten Voraussetzungen entsprechen (die daher dem Verfasser der Entscheidung nicht bekannt sein konnten), sollte sich aus meiner Sicht die richterliche Kontrolle der Begründung der Entscheidung im vorliegenden Fall darauf konzentrieren, ob der von der Kommission verfolgte Gesamtansatz richtig war — d. h., ob die Entscheidung in ihrer Substanz den im Urteil Chronopost I aufgestellten Grundsätzen entspricht.

95. Diese Sicht wird durch die Vorgeschichte des vorliegenden Rechtsstreits bei den Gemeinschaftsgerichten bestätigt. Dreh- und Angelpunkt sowohl im Urteil UFEX I als auch im Urteil Chronopost I, mit dem das Urteil UFEX I aufgehoben wurde, war die richtige Auslegung des Begriffs „normale Marktbedingungen“ bezogen auf das Verhältnis zwischen der Post und SFMI-Chronopost.

96. Meines Erachtens ist daher zu prüfen, ob die Begründung ausreicht, um feststellen zu können, ob die Kommission ihrer Entscheidung die richtigen Kriterien zur Ermittlung normaler Marktbedingungen nach der Definition des Gerichtshofs im Urteil Chronopost I zugrunde gelegt hat.

97. Mit dem angefochtenen Urteil wird die angefochtene Entscheidung jedoch im Wesentlichen deshalb für nichtig erklärt, weil die von der Kommission angegebenen

54 — In Randnr. 72.

55 — Siehe oben, Nr. 14.

56 — Randnr. 97.



Begründungen und Zahlen zu allgemein und ungenau seien.<sup>57</sup> Bemängelt wird insbesondere, dass die Bedeutung der verwendeten wirtschaftlichen und buchhalterischen Begriffe, die Art der untersuchten Kosten und die einzelnen Schritte der durchgeführten finanziellen Berechnungen nicht genau zu erkennen seien. Es habe nicht geprüft werden können, ob Tatsachenirrtümer oder Beurteilungsfehler unterlaufen seien, und die angefochtene Entscheidung hätte zumindest eine zusammenfassende Darstellung der betriebsbuchhalterischen Berechnungen zu den gewährten Leistungen enthalten müssen.

98. Zweifellos ist Transparenz an sich wichtig. Es trifft auch zu, dass offensichtliche Einschätzungsfehler der Kommission in ihrer Methodik oder in der Richtigkeit der von ihr verwendeten Daten umso wahrscheinlicher erkennbar sind, je mehr Einzelheiten angegeben werden. So gesehen würde beispielsweise eine zusammenfassende Darstellung der buchhalterischen Berechnungen nicht unbedingt die Entdeckung offensichtlicher Fehler garantieren.

99. Im vorliegenden Zusammenhang ist jedoch nicht ersichtlich, dass die Details, deren Fehlen das Gericht festgestellt hat, für die Beurteilung, ob die Kommission den Begriff „normale Marktbedingungen“ im Sinne des Urteils Chronopost I falsch angewendet hat, unbedingt notwendig sind.

100. Zugegebenermaßen ist es nicht abwegig, die Voraussetzungen dahin auszu legen, dass damit die Beachtung allgemein anerkannter Buchführungs-, Geschäfts- und Investitionskriterien verlangt wird. Auch der im Gemeinschaftsrecht angewandte Grundsatz des privaten Investors beruht darauf. Insoweit könnten die vom Gericht verlangten Angaben theoretisch Abweichungen von allgemein anerkannten Grundsätzen aufdecken, die möglicherweise offensichtliche Fehler darstellen könnten. Diese Grundsätze sind ihrerseits jedoch allgemein und vielfältig genug, um erheblichen Diskussionspielraum zuzulassen, während der Gerichtshof lediglich einen allgemeinen Prüfmaßstab für das Vorliegen „normaler Marktbedingungen“ vorgegeben hat. Folglich fände diese Diskussion in einem Bereich statt, in dem das Gericht ein weites Ermessen der Kommission anerkennt<sup>58</sup>.

101. Im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits scheinen mir daher die Elemente, deren Fehlen in der Begründung der Kommission vom Gericht beanstandet wird, von untergeordneter Bedeutung zu sein. Die angefochtene Entscheidung ist mit hinreichenden Gründen und Angaben versehen, um ihre Rechtmäßigkeit im Licht des Urteils Chronopost I überprüfen zu können.

57 — Randnrn. 75 bis 95.

58 — In Randnr. 128 des angefochtenen Urteils führt das Gericht aus, dass die Prüfung, wie die Kosten, die der Post durch die Gewährung logistischer und kommerzieller Unterstützung an ihre Tochtergesellschaft entstanden seien, in Ermangelung einer Betriebsbuchführung zu berechnen seien, eine komplexe wirtschaftliche Beurteilung umfasse. Die Kommission besitze dabei ein weites Ermessen.

102. Was die Kosten der Unterstützung betrifft, so ergibt sich aus den Absätzen [iii] und [xi] des 33. Erwägungsgrundes sowie aus dem 42. und dem 57. Erwägungsgrund<sup>59</sup>, dass bei der Berechnung der „Gesamthöhe“ sowohl der logistischen als auch der kommerziellen Unterstützung alle variablen Kosten sowie ein anteiliger Beitrag zu den fixen Kosten berücksichtigt wurden.

103. Laut Absatz [iii] des 33. Erwägungsgrundes hat die Post die Gesamtkosten in „direkte Betriebskosten“ sowie einen Anteil an den „Aufwendungen des Hauptsitzes und der regionalen Direktionen“ aufgeschlüsselt. Diese Aufschlüsselung entspricht nicht der Aufteilung in variable und fixe Kosten, denn gemäß dem 57. Erwägungsgrund gehören zu den fixen Kosten auch die Kosten für Gebäude und Fahrzeuge. Aus diesem Erwägungsgrund geht jedoch klar hervor, dass variable Kosten vom ersten Geschäftsjahr an gedeckt waren. Der Aussage, dass in den ersten beiden Geschäftsjahren (1986 bis 1987) nur „bestimmte fixe Kosten“ und ab 1988 „alle ... von der Post bestrittenen Kosten“ gedeckt wurden, ist zu entnehmen, dass von diesem Jahr an alle fixen Kosten gedeckt waren. Außerdem ergibt sich aus dem 42. Erwägungsgrund, dass die Fixkosten proportional angesetzt worden sind.

104. Entsprechend Randnr. 40 des Urteils Chronopost I sollte die „angemessene Vergütung des Eigenkapitals“ aus der verlangten Gegenleistung für die gewährte kommerzielle und logistische Unterstützung stammen.

Ausgehend von der Definition des Begriffs „Gesamtkosten“ im 57. Erwägungsgrund lässt sich die von der Kommission vorgenommene Prüfung des Beitrags der SFMI-Chronopost zum Eigenkapital der Post mit dem Ansatz des Gerichtshofs vergleichen.

105. Die angefochtene Entscheidung erläutert dem Beschwerdeführer SFEI auch hinreichend die Gründe, warum die von ihm vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte keinen Beweis für das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe liefern.

106. Im 45. bis 62. Erwägungsgrund legt die Kommission die Gründe für die Zurückweisung des vom SFEI erhobenen und im 34. Erwägungsgrund zusammengefassten Vorwurfs dar. Im Wesentlichen bemängelt die Kommission den vom SFEI gewählten Ansatz bei der Bewertung der verschiedenen Elemente der angeblichen staatlichen Beihilfe. Der angefochtenen Entscheidung<sup>60</sup> lässt sich insbesondere entnehmen, dass die detaillierten Wirtschaftsgutachten, die der Beschwerdeführer zum Beweis des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe vorgelegt hatte, auf das Kriterium des „normalen Marktpreises“ abstellten, was die Kommission als grundlegenden Fehler betrachtet<sup>61</sup>. Angesichts dessen wäre eine detaillierte Auseinandersetzung mit den in diesen Gutachten zugrunde gelegten Annahmen und Berechnungen zur Gesamthöhe der angeblichen staatlichen Beihilfe irrelevant.

59 — Siehe oben, Nrn. 69 und 73 sowie Fn. 34.

60 — 34. Erwägungsgrund.

61 — 53. Erwägungsgrund.

107. Ich bin daher der Ansicht, dass der *dritte Grund* für die Erforderlichkeit einer eingehenderen Begründung nicht durchgreift<sup>62</sup>. Das Gericht räumt selbst ein, dass die Gründe, aus denen die Kommission die vom SFEI vorgeschlagene Methode zur Berechnung der Kosten abgelehnt habe, klar aus der angefochtenen Entscheidung hervorgingen.<sup>63</sup> Meines Erachtens ist die Kommission auf die „wesentlichen, auf [die] Wirtschaftsgutachten gestützten Argumente der Klägerinnen“ eingegangen. Die Kommission gelangte im Wesentlichen zu der Auffassung, dass Ansatz und Methodik des SFEI insgesamt verfehlt gewesen seien. Welchen Sinn hätte es nach einer solchen Feststellung noch, eine „sorgfältige Begründung“ zu verlangen, in der bestimmte Punkte näher untersucht werden sollen? Ich füge hinzu, dass das Gericht nicht ausgeführt hat, auf welche Teile der vom SFEI eingelegten Beschwerde die angefochtene Entscheidung nicht angemessen eingegangen sein soll. Dies steht in scharfem Gegensatz zu dem Ansatz, den das Gericht in der Rechtssache Sytraval und Brink's France<sup>64</sup> verfolgt hat.

108. Ich bin nicht überzeugt, dass der vom Gericht angegebene *zweite Grund*<sup>65</sup> für die Erforderlichkeit einer eingehenderen Begründung in der Entscheidung der Kommission einer näheren Prüfung standhält. Es mag angehen, von einem Entscheider zu verlangen, einschlägigen Gerichtsurteilen gebührend Beachtung zu schenken, die Konsequenzen für die Formulierung der Entscheidung haben, die er gerade vorbereitet. In der Tat hat sich die Kommission bei ihrer Prüfung am Urteil SFEI orientiert.<sup>66</sup>

Meiner Meinung nach ändert die bloße Rücknahme einer früheren Entscheidung den Umfang der Begründungspflicht nach Art. 253 EG jedoch nicht wesentlich. Der genaue Umfang der Begründungspflicht ergibt sich vielmehr weiterhin aus dem Zusammenhang sowie aus den für die fragliche Angelegenheit geltenden Rechtsregeln.

109. Ich komme zu dem Ergebnis, dass das Gericht mit seiner Feststellung, die Begründung der angefochtenen Entscheidung sei mangelhaft, einen Rechtsfehler begangen hat. Dementsprechend schlage ich dem Gerichtshof vor, dem dritten Rechtsmittelgrund zu folgen.

#### **Vierter Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler bei der Beurteilung des Begriffs der staatlichen Beihilfe bezüglich der Übertragung von Postadex**<sup>67</sup>

##### *Die Würdigung durch das Gericht*<sup>68</sup>

110. Das Gericht wies zunächst darauf hin, dass der Begriff der staatlichen Beihilfe

62 — Randnr. 97 des angefochtenen Urteils.

63 — Randnr. 73.

64 — Urteil des Gerichts vom 28. September 1995 (T-95/94, Slg. 1995, II-2651, Randnrn. 62 f.); vgl. das dazu im Rechtsmittelverfahren ergangene Urteil des Gerichtshofs, in Fn. 51 angeführt, Randnrn. 74 bis 77.

65 — Randnr. 97.

66 — Siehe oben, Nr. 73.

67 — Expresszustelldienst der Post. Vgl. Fn. 6.

68 — Randnrn. 158 bis 171 des angefochtenen Urteils.

im Sinne von Art. 92 EG-Vertrag (jetzt Art. 87 EG) einen sehr weiten Anwendungsbereich habe, da diese Bestimmung verhindern solle, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch von staatlichen Stellen gewährte Vergünstigungen beeinträchtigt werde, die in verschiedenartiger Weise durch die Bevorzugung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschten oder zu verfälschen drohten.<sup>69</sup> Der Begriff umfasse auch Maßnahmen, die in verschiedener Weise die Belastungen verminderten, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen habe. Nach ständiger Rechtsprechung beschreibe der Vertrag staatliche Maßnahmen nach ihren Wirkungen.

111. Das Gericht wies das Vorbringen der Kommission zurück, die Übergabe des Kundenstamms von Postadex sei eine logische Konsequenz der Gründung einer Tochtergesellschaft gewesen und stelle deshalb keine staatliche Beihilfe dar<sup>70</sup>. Der Kundenstamm von Postadex habe einen immateriellen Vermögenswert dargestellt, der einen wirtschaftlichen Wert gehabt habe, selbst wenn dieser schwer zu quantifizieren sein sollte. Die Post habe den Postadex-Dienst mit den Mitteln eines Staatsmonopols errichten können. SFMI-Chronopost<sup>71</sup> habe keine Gegenleistung an die Post gezahlt. Die Übertragung eines solchen Vermögenswerts stelle einen Vorteil für den Empfänger dar. Sie könne dem Staat zugerechnet werden. Folglich stelle die Übertragung eine staatliche Beihilfe dar.

112. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass die Kommission einen Rechtsfehler

begangen habe, als sie angenommen habe, dass die Übergabe des Kundenstamms von Postadex keine staatliche Beihilfe darstelle, weil sie keinen geldwerten Vorteil mit sich gebracht habe. Die angefochtene Entscheidung sei daher für nichtig zu erklären, soweit die Kommission festgestellt habe, dass die Übertragung von Postadex auf die SFMI-Chronopost durch die Post keine staatliche Beihilfe darstelle.

### *Vorbringen*

113. Die Rechtsmittelführerinnen sind der Auffassung, das Gericht habe zu Unrecht erkannt, dass die angefochtene Entscheidung einen Rechtsfehler enthalte, insoweit darin angenommen werde, dass die Übertragung von Postadex auf SFMI-Chronopost keine staatliche Beihilfe darstelle. Nach Ansicht der Rechtsmittelführerinnen lässt sich die Situation mit dem Verhalten einer im Privatsektor tätigen Muttergesellschaft einer bereits existierenden Tochtergesellschaft nicht vergleichen. Die Post habe vielmehr eine Tochtergesellschaft errichtet und eine Wirtschaftstätigkeit auf eine eigenständige, speziell zu diesem Zweck gegründete Einrichtung übertragen. Zum Zeitpunkt der Gründung einer Tochtergesellschaft gebe es keinen Begünstigten. Die Kommission fördere derartige Auslagerungen, um das Funktionieren des Marktwettbewerbs zu verbessern.

114. UFEX macht geltend, die unentgeltliche Übertragung des bestehenden Kundenstamms von Postadex sei für SFMI-Chronopost als Marktneuling unzweifelhaft von Vorteil gewesen. Für die Übertragung von Vermögenswerten sei stets eine

69 — Das Gericht erster Instanz verweist auf die Urteile des Gerichtshofs vom 2. Juli 1974, Italien/Kommission (173/73, Slg. 1974, 709, Randnrn. 26/28), und vom 15. März 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Slg. 1994, I-877, Randnr. 12).

70 — 48. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung. Siehe oben, Nr. 72.

71 — Ich erinnere daran, dass die errichtete Tochtergesellschaft SFMI hieß. Vgl. Fn. 7.

Gegenleistung zu erbringen. Der Vorteil sei anhand der vom Gerichtshof im Urteil Chronopost I entwickelten Leitlinien zu ermitteln gewesen.

### Würdigung

115. Die Kommission erkennt in der angefochtenen Entscheidung an, dass der Kundenstamm von Postadex eine immaterielle Hilfe darstelle.<sup>72</sup> Die Tatsache, dass ein Faktor schwer zu quantifizieren sein mag, bedeutet nicht — wie das Gericht bemerkt —, dass er wertlos ist.<sup>73</sup> Ich persönlich gehe davon aus, dass der Kundenstamm zum Zeitpunkt der Übertragung an die SFMI-Chronopost im Jahr 1985 einen positiven wirtschaftlichen Wert hatte.

116. Was genau ist geschehen, als die Post die SFMI-Chronopost gründete? Mir scheint, dass vor allem zwischen *Tätigkeiten* im Bereich des Expresszustelldienstes einerseits und dem *Wert* dieser Tätigkeiten andererseits zu differenzieren ist.

117. Fest steht, dass die neue Einrichtung *Tätigkeiten* übernahm. Zu diesen gehörte auch die Verwaltung und Nutzung des Kundenstamms. Mit Gründung der

Tochtergesellschaft kam der wirtschaftliche *Wert* ihrer Tätigkeiten ihren Anteilseignern zugute. Die Post behielt somit einen Anteil des Wertes, der einem Gesellschaftsanteils-paket von 66 % entsprach. Die TAT erhielt den restlichen Wertanteil als Gegenleistung für ihre Kapitalspritze. Mit anderen Worten, der Wert der Tätigkeiten schlug sich im Wert der an die Anteilseigner ausgegebenen und danach von ihnen gehaltenen Gesellschaftsanteile nieder.

118. Insofern unterscheidet sich die Situation von einer Privatisierung. Wenn der Staat Vermögenswerte an einen externen Investor abgibt, erhält er dafür eine Gegenleistung. Nach dem Grundsatz des privaten Investors liegt eine staatliche Beihilfe vor, wenn der eingenommene Betrag geringer ist als der Wert der veräußerten Vermögenswerte.<sup>74</sup> Bei der Gründung der SFMI-Chronopost sollte als einziger externer Investor die TAT beteiligt werden, die 34 % der Gesellschaftsanteile übernahm. Hätte SFMI-Chronopost Geld an die Post gezahlt, hätte das einfach nur den Wert der Tochtergesellschaft und dementsprechend den Wert der von der Post gehaltenen Gesellschaftsanteile herabgesetzt.

119. Meines Erachtens ist der Grundsatz des privaten Investors auch auf die von einer staatlichen Einrichtung vorgenommene Umwandlung eines Tätigkeitsbereichs in eine Tochtergesellschaft anwendbar.<sup>75</sup> Es stellt sich die Frage, ob ein privater Investor

72 — 48. Erwägungsgrund.

73 — Randnr. 169 des angefochtenen Urteils.

74 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 28. Januar 2003, Deutschland/Kommission (C-334/99, Slg. 2003, I-1139, Randnrn. 133 f.), zum Verkauf eines Unternehmens in der früheren DDR zu einem negativen Kaufpreis.

75 — Umgekehrt gelten die im Urteil Chronopost I aufgestellten Voraussetzungen dann nicht, da diese sich auf die Kostendeckung bei kommerziellen Geschäften zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft im Staatssektor beziehen.

genauso gehandelt oder etwa eher das Unternehmen an einen Außenstehenden abgestoßen hätte. In der angefochtenen Entscheidung behandelt die Kommission diese Frage der Sache nach, indem sie die interne Rentabilität der von der Post 1986 geleisteten Kapitalspritze untersucht.<sup>76</sup>

120. Das Gericht stellt im angefochtenen Urteil völlig zu Recht fest, dass in der Vertragsbestimmung, die heute in Art. 87 Abs. 1 EG niedergelegt ist, bei staatlichen Maßnahmen nach ihrer Wirkung unterschieden wird.<sup>77</sup> Allerdings vermag ich kaum zu erkennen, wie die Gründung der SFMI-Chronopost den Wettbewerb hätte verfälschen können. Die Gesellschaft war nur insofern ein neuer Marktteilnehmer, als es sich um ein neu gegründetes Unternehmen mit einem neuen Namen handelte. Die Tätigkeiten und der Kundenstamm waren diejenigen von Postadex. Es ist weitaus wahrscheinlicher, dass die Gründung einer separaten Tochtergesellschaft, die Tätigkeiten ausüben soll, die zuvor von einem staatlichen Monolithen wahrgenommen wurden, letztlich eine Stärkung des Marktwettbewerbs zur Folge hat, vorausgesetzt, die Geschäfte mit der Muttergesellschaft werden nach den im Urteil Chronopost I aufgestellten Grundsätzen abgewickelt.

121. Aus allen diesen Gründen bin ich nicht der Meinung, dass die Post zum Zeitpunkt der Umwandlung von Postadex in eine Tochtergesellschaft der SFMI-Chronopost den Wert von Postadex überlassen hat. Demzufolge hat das Gericht zu Unrecht festgestellt, dass die Übertragung von Postadex auf die SFMI-Chronopost eine staatliche Beihilfe

darstelle, weil die Post von der SFMI-Chronopost keine Gegenleistung erhalten habe<sup>78</sup>.

122. Ich schlage demnach dem Gerichtshof vor, auch dem vierten Rechtsmittelgrund zu folgen.

### Schlussbemerkungen

123. Gemäß Art. 61 seiner Satzung kann der Gerichtshof, wenn er die Entscheidung des Gerichts aufhebt, sodann den Rechtsstreit selbst endgültig entscheiden, wenn dieser zur Entscheidung reif ist, oder die Sache zur Entscheidung an das Gericht zurückverweisen.

124. Da das Gericht es nicht für möglich hielt, einige Argumente im Rahmen des ersten Teils des vierten Klagegrundes zu prüfen, weil es die Begründung der angefochtenen Entscheidung für mangelhaft hielt<sup>79</sup>, kann meines Erachtens der Gerichtshof nicht selbst endgültig entscheiden, weil der Rechtsstreit insoweit nicht entscheidungsreif ist. Ich schlage daher vor, die Sache an das Gericht zurückzuverweisen und die Kostenentscheidung vorzubehalten.

76 — 59. bis 63. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung.  
77 — Randnr. 160.

78 — Randnr. 167 des angefochtenen Urteils.  
79 — Randnr. 102.

## Ergebnis

125. Aus den vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor,

- das Urteil des Gerichts vom 7. Juni 2006, UFEX u. a./Kommission (T-613/97) aufzuheben, soweit es die Entscheidung 98/365/EG der Kommission vom 1. Oktober 1997 über angebliche Beihilfen Frankreichs zugunsten von SFMI-Chronopost „insoweit“ für nichtig erklärt, „als dort festgestellt wird, dass weder die von der französischen Post an ihre Tochtergesellschaft SFMI-Chronopost gewährte logistische und kommerzielle Unterstützung noch die Übertragung von Postadex staatliche Beihilfen zugunsten der SFMI-Chronopost darstellen“;
  
- die Rechtssache an das Gericht zurückzuverweisen;
  
- die Kostenentscheidung vorzubehalten.