

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN

JULIANE KOKOTT

vom 13. Dezember 2007¹

Inhaltsverzeichnis

I	— Einleitung	I - 4963
II	— Rechtlicher Rahmen	I - 4963
III	— Hintergrund des Rechtsstreits und Ablauf des Verfahrens	I - 4966
	A — Der Zusammenschluss	I - 4966
	B — Das Problem der kollektiven Marktbeherrschung	I - 4967
	C — Verwaltungsverfahren und erste Genehmigungsentscheidung der Kommission	I - 4969
	D — Erstinstanzliches Gerichtsverfahren	I - 4970
	E — Rechtsmittelverfahren	I - 4970
	F — Erneutes Verwaltungsverfahren und zweite Genehmigungsentscheidung der Kommission	I - 4971
IV	— Vorfragen zur Prüfung des Rechtsmittels	I - 4972
	A — Zulässigkeit der einzelnen Rechtsmittelgründe	I - 4972
	1. Zulässigkeit des fünften Rechtsmittelgrundes	I - 4973
	2. Zulässigkeit der übrigen Rechtsmittelgründe	I - 4974
	3. Zwischenergebnis	I - 4974
	B — Eignung des Rechtsmittels, das angestrebte Ziel zu erreichen	I - 4975
	1. Zum behaupteten Versäumnis der Rechtsmittelführer, eine entscheidende Passage des angefochtenen Urteils anzugreifen	I - 4975
	2. Zu den Gründen des angefochtenen Urteils, die dessen Tenor nicht tragen	I - 4976

1 — Originalsprache: Deutsch.

3. Zwischenergebnis	I - 4977
C — Fortbestand des Rechtsschutzinteresses	I - 4977
V — Begründetheit des Rechtsmittels	I - 4981
A — Ermittlungs- und Begründungsaufwand für Genehmigungsentscheidungen der Kommission (erster, zweiter, dritter und sechster Rechtsmittelgrund) ...	I - 4982
1. Zur Begründung von Genehmigungsentscheidungen in der Fusionskontroll- rolle (erster und dritter Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes)	I - 4982
a) Anfechtbarkeit von Genehmigungsentscheidungen wegen Begründungs- mangels	I - 4983
b) Umfang der Begründungspflicht	I - 4985
— Das angefochtene Urteil	I - 4986
— Würdigung	I - 4987
c) Sonstiges	I - 4991
d) Zwischenergebnis	I - 4993
2. Zu den Bezugnahmen des Gerichts auf die Mitteilung der Beschwerde- punkte (erster Rechtsmittelgrund und zweiter Teil des sechsten Rechts- mittelgrundes)	I - 4993
a) Zum allgemeinen Verständnis des Gerichts vom Verhältnis zwischen der Genehmigungsentscheidung und der Mitteilung der Beschwerde- punkte	I - 4994
— Das angefochtene Urteil	I - 4994
— Würdigung	I - 4994
b) Zu den konkreten Bezugnahmen des Gerichts auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte	I - 4997
c) Zwischenergebnis	I - 5002
3. Zum Beweiswert von in Beantwortung der Beschwerdepunkte vorge- brachten Tatsachen (zweiter Rechtsmittelgrund; erster Teil des dritten Rechtsmittelgrundes)	I - 5002
a) Das angefochtene Urteil	I - 5002
b) Würdigung	I - 5003
4. Zu den Beweisanforderungen für die Genehmigung von Zusammen- schlüssen (zweiter Teil des dritten Rechtsmittelgrundes)	I - 5006
	I - 4961

a) Zur behaupteten Asymmetrie der Anforderungen an Genehmigungs- und Untersagungsentscheidungen in der Fusionskontrollverordnung ..	I - 5007
— Fusionskontrollentscheidungen sind Prognoseentscheidungen	I - 5007
— Symmetrie der Anforderungen an Genehmigungen und Untersagungen	I - 5009
— Keine allgemeine Vermutung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt	I - 5011
— Zwischenergebnis	I - 5013
b) Zu den im vorliegenden Fall vom Gericht gestellten Beweisanforderungen	I - 5013
c) Zwischenergebnis	I - 5014
B — Grenzen der freien Tatsachen- und Beweiswürdigung des Gerichts (vierter Rechtsmittelgrund)	I - 5014
1. Der Beurteilungsspielraum der Kommission und seine gerichtliche Kontrolle	I - 5015
a) Das angefochtene Urteil	I - 5015
b) Würdigung	I - 5016
2. Zum Vorwurf der Verfälschung von Beweisen	I - 5018
a) Zu Randnr. 425 des angefochtenen Urteils	I - 5019
b) Zu Randnr. 427 des angefochtenen Urteils	I - 5020
c) Zu Randnr. 434 des angefochtenen Urteils	I - 5021
3. Zwischenergebnis	I - 5022
C — Zur Verwendung vertraulicher Informationen im angefochtenen Urteil (siebter Rechtsmittelgrund)	I - 5023
D — Zwischenergebnis	I - 5025
VI — Zum vermeintlichen Anschlussrechtsmittel	I - 5025
VII — Kosten	I - 5026
VIII — Ergebnis	I - 5027
I - 4962	

I — Einleitung

1. Der vorliegende Fall gibt Anlass, die Rechtsprechung des Gerichtshofs auf dem Gebiet der EG-Fusionskontrolle fortzuentwickeln. Im Wesentlichen geht es dabei um die — praktisch äußerst bedeutsame — Frage, welcher Ermittlungs- und Begründungsaufwand der Kommission abverlangt werden kann, wenn sie einen Unternehmenszusammenschluss *genehmigt*.

2. Hintergrund dieses Falls ist ein Fusionskontrollverfahren, das die Märkte für bespielte Tonträger, Online-Musik und das Musikverlagswesen betrifft. Die Konzerne Bertelsmann und Sony vereinbarten Ende 2003, ihr Tonträgergeschäft weltweit zusammenzulegen. Nach ursprünglichen Zweifeln genehmigte die Kommission dieses Zusammenschlussvorhaben mit Entscheidung vom 19. Juli 2004² (im Folgenden: die erste Genehmigungsentscheidung).

3. Dem Zusammenschluss widersetzte sich die Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), eine internationale Vereinigung belgischen Rechts, der 2 500 unabhängige Musikproduktionsunternehmen angehören. Auf ihre Klage hin erklärte das Gericht erster Instanz (im

Folgenden auch: Gericht) die erste Genehmigungsentscheidung mit Urteil vom 13. Juli 2006³ (im Folgenden: das angefochtene Urteil) für nichtig.

4. Der Gerichtshof ist nunmehr mit einem Rechtsmittel von Bertelsmann und Sony gegen das angefochtene Urteil befasst. Im Kern sind die Rechtsmittelführer der Auffassung, das Gericht habe die rechtlichen Anforderungen an eine Genehmigungsentscheidung der Kommission und an ihre gerichtliche Kontrolle überzogen.

5. Als Vorfrage ist allerdings zunächst zu erörtern, ob die Rechtsmittelführer überhaupt noch ein Rechtsschutzinteresse haben, nachdem ihr Zusammenschluss zwischenzeitlich — am 3. Oktober 2007 — erneut von der Kommission genehmigt wurde.

II — Rechtlicher Rahmen

6. Den rechtlichen Rahmen dieses Falls bildet die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (im Folgenden: Fusionskontroll-

2 — Entscheidung 2005/188/EG der Kommission vom 19. Juli 2004 zur Erklärung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen (Sache COMP/M.3333 — SONY/BMG), bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 2815 (ABl. 2005, L 62, S. 30).

3 — Urteil des Gerichts erster Instanz vom 13. Juli 2006, Impala/Kommission (T-464/04, Slg. 2006, II-2289).

verordnung — FkVO)⁴ in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1310/97⁵.

7. Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne der Fusionskontrollverordnung unterliegen einem Vollzugsverbot und sind bei der Kommission anzumelden (Art. 4 und 7 FkVO). Sie werden von dieser auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt hin überprüft (Art. 2 Abs. 1 FkVO).

8. Die Genehmigung oder Untersagung eines Zusammenschlusses hängt davon ab, ob er eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde. Dazu sieht Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 FkVO Folgendes vor:

„(2) Zusammenschlüsse, die keine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, sind für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.

(3) Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, sind für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.“

9. Das *Fusionskontrollverfahren* besteht aus zwei Phasen: In der ersten Phase wird lediglich eine Vorprüfung des Zusammenschlussvorhabens durchgeführt. Gibt diese Vorprüfung Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt, so schließt sich in der zweiten Phase ein von der Kommission gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. c FkVO einzuleitendes förmliches Prüfverfahren an⁶.

10. Die *Entscheidungsbefugnisse* der Kommission im förmlichen Prüfverfahren sind in Art. 8 FkVO wie folgt niedergelegt:

„(1) Jedes nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c eingeleitete Verfahren wird ... durch eine Entscheidung nach den Absätzen 2 bis 5 des vorliegenden Artikels abgeschlossen.

4 — ABL L 395, S. 1; nach Berichtigung erneut veröffentlicht im ABL 1990, L 257, S. 13.

5 — Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABL L 180, S. 1, mit Berichtigungen im ABL 1998, L 3, S. 16, und ABL 1998, L 40, S. 17).

6 — Gibt ein Zusammenschluss, wie dies in der Praxis häufig der Fall ist, schon gar keinen Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt, so erfolgt seine Genehmigung *ohne* Einleitung eines förmlichen Fusionskontrollverfahrens bereits aufgrund der Vorprüfung. Gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. b FkVO trifft die Kommission in solchen Fällen die *Entscheidung, keine Einwände zu erheben*, und erklärt den Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt.

(2) Stellt die Kommission fest, dass ein angemeldeter Zusammenschluss — gegebenenfalls nach entsprechenden Änderungen durch die beteiligten Unternehmen — dem in Artikel 2 Absatz 2 festgelegten Kriterium ... entspricht, so trifft sie eine Entscheidung, mit der der Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird.

...

(3) Stellt die Kommission fest, dass ein Zusammenschluss dem in Artikel 2 Absatz 3 festgelegten Kriterium entspricht, ... so trifft sie eine Entscheidung, mit der der Zusammenschluss für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird.

...“

11. Vor einer etwaigen Untersagungsentscheidung nach Art. 8 Abs. 3 FkVO werden die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen angehört. Zu diesem Zweck lässt ihnen die Kommission eine schriftliche *Mitteilung der Beschwerdepunkte* zukommen, zu der sie sich schriftlich und gegebenenfalls auch mündlich äußern können. Dazu ist in Art. 18 FkVO Folgendes bestimmt⁷:

„(1) Vor Entscheidungen aufgrund ... des Artikels 8 Absätze 3, 4 und 5 ... gibt die Kommission den betroffenen Personen,

Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Gelegenheit, sich zu den ihnen gegenüber geltend gemachten Einwänden in allen Abschnitten des Verfahrens bis zur Anhörung des Beratenden Ausschusses zu äußern.

...

(3) Die Kommission stützt ihre Entscheidungen nur auf die Einwände, zu denen die Betroffenen Stellung nehmen konnten. Das Recht der Betroffenen auf Verteidigung während des Verfahrens wird in vollem Umfang gewährleistet. ...“

12. Das gesamte Fusionskontrollverfahren ist von einem *Beschleunigungsgebot* geprägt, das vor allem durch ein fein austariertes, vergleichsweise strenges Fristenregime verwirklicht wird und eine Begrenzung der Dauer von Fusionskontrollverfahren bezweckt⁸. Entscheidet die Kommission nicht fristgemäß über die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt, so tritt eine *Genehmigungsfiktion* ein, die in Art. 10 Abs. 6 FkVO wie folgt ausgestaltet ist:

⁷ — Vgl. ergänzend Art. 11 bis 15 der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 1. März 1998 über die Anmeldungen, über die Fristen sowie über die Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 61, S. 1).

⁸ — Urteile vom 25. September 2003, Schlüsselverlag J. S. Moser u. a./Kommission (C-170/02 P, Slg. 2003, I-9889, Randnr. 33), und vom 22. Juni 2004, Portugal/Kommission (C-42/01, Slg. 2004, I-6079, Randnr. 51); vgl. auch die Urteile des Gerichts erster Instanz vom 27. November 1997, Kaysersberg/Kommission (T-290/94, Slg. 1997, II-2137, Randnr. 113), und vom 20. November 2002, Lagardère und Canal+/Kommission (T-251/00, Slg. 2002, II-4825, Randnr. 108), sowie meine Schlussanträge vom 26. April 2007 in der Rechtssache Cementbouw Handel & Industrie/Kommission (C-202/06 P, Nr. 41, beim Gerichtshof anhängig).

„Hat die Kommission innerhalb der in ... genannten Fristen keine Entscheidung nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b oder c oder nach Artikel 8 Absatz 2 oder 3 erlassen, so gilt der Zusammenschluss ... als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar.“

*rollverordnung*¹⁰ findet jedoch ausweislich ihres Art. 26 Abs. 1 erst seit dem 1. Mai 2004 Anwendung und ist folglich für den vorliegenden Fall nicht relevant; auf Fälle wie den vorliegenden findet nach Abs. 2 jener Vorschrift weiterhin die alte Rechtslage Anwendung.

13. Zu den Folgen der Nichtigerklärung einer Entscheidung der Kommission durch den Gemeinschaftsrichter ist in Art. 10 Abs. 5 FkVO Folgendes bestimmt:

„Wird eine nach dieser Verordnung erlassene Entscheidung der Kommission durch Urteil des Gerichtshofs ganz oder teilweise für nichtig erklärt, so beginnen die in dieser Verordnung festgelegten Fristen mit dem Tage der Verkündung des Urteils von neuem.“

14. In den meisten Fusionskontrollverfahren agiert die Kommission auch als Fusionskontrollbehörde des Europäischen Wirtschaftsraums⁹ und befindet über die Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem EWR-Abkommen.

15. Im Jahr 2004 wurde die Fusionskontrollverordnung in wesentlichen Punkten geändert. Die *neu gefasste EG-Fusionskont-*

III — Hintergrund des Rechtsstreits und Ablauf des Verfahrens

A — Der Zusammenschluss

16. Die Bertelsmann AG¹¹ ist ein international tätiges Medienunternehmen mit weltweiten Aktivitäten in den Bereichen Tonträger und Musikverlag, Fernsehen, Radio, Buch- und Zeitschriftenverlag, Druck- und Mediendienste sowie Buch- und Musikclubs. Im Tonträgerbereich ist Bertelsmann durch sein 100%iges Tochterunternehmen Bertelsmann Music Group (BMG) tätig¹².

9 — Art. 57 Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. a des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum („EWR-Abkommen“, ABl. 1994, L 1, S. 3).

10 — Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. L 24, S. 1 (im Folgenden auch: Verordnung Nr. 139/2004).

11 — Im Folgenden: Bertelsmann.

12 — Vgl. dazu und zum Folgenden die Randnrn. 3 bis 6 des angefochtenen Urteils.

17. Die Sony Corporation of America¹³ gehört zur Sony-Gruppe und ist weltweit aktiv in den Bereichen Tonträger, Musikverlag, Industrie- und Konsumentenelektronik sowie Unterhaltung. Im Musikbereich ist Sony durch die Firma Sony Music Entertainment tätig.

18. Bertelsmann und Sony vereinbarten laut Business Contribution Agreement (Unternehmensbeteiligungsvereinbarung) vom 11. Dezember 2003, ihr weltweites Tonträgergeschäft (ausgenommen lediglich das Japan-Geschäft von Sony) zusammenzulegen und in mindestens drei neue Unternehmen einzubringen. Diese Joint-Venture-Unternehmungen sollten unter dem Namen „Sony BMG“ geführt werden.

19. Nach der Vereinbarung sollte sich Sony BMG um die Talentsuche und Förderung von Künstlern¹⁴ sowie die Vermarktung und den Verkauf von bespielten Tonträgern kümmern. Nicht zu seinen Geschäftstätigkeiten sollten hingegen benachbarte Tätigkeiten wie Herausgabe, Produktion und Auslieferung der Tonträger gehören.

20. Wie Bertelsmann und Sony im Verfahren vor dem Gerichtshof bestätigt haben, wurde der Zusammenschluss im Jahr 2004 vollständig vollzogen.

B — Das Problem der kollektiven Marktbeherrschung

21. Wie alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung war das Vorhaben von Bertelsmann und Sony gemäß Art. 2 FkVO daraufhin zu überprüfen, ob es geeignet war, eine beherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde.

22. Konkret ging es dabei nicht um eine etwaige Einzelmarktbeherrschung von Sony BMG, sondern um die Gefahr der Begründung oder Verstärkung einer *kollektiven marktbeherrschenden Stellung* zwischen fünf weltweit tätigen Herstellern bespielter Tonträger¹⁵, den so genannten „Top-Konzernen“ („Majors“) des weltweiten Musikgeschäfts, deren Zahl sich durch den Zusammenschluss von fünf auf vier reduzierte.

23. Dass mit dem Begriff der beherrschenden Stellung im Sinne der Fusionskontrollverordnung nicht nur die individuelle, sondern auch die kollektive Marktbeherrschung gemeint ist, hat der Gerichtshof bereits in seinem Urteil „Kali & Salz“¹⁶ klargestellt.

13 — Im Folgenden: Sony.

14 — So genanntes „A & R“ („Artists and Repertoire“).

15 — Darunter werden in der ersten Genehmigungsentscheidung wie auch im angefochtenen Urteil folgende Hersteller verstanden: Bertelsmann Music Group (BMG), Sony Music Entertainment (SMEI), Universal Music Group (UMG), Warner Music Group (WMG) und EMI Group (ursprünglich: Electric and Musical Industries).

16 — Urteil vom 31. März 1998, Frankreich u. a./Kommission, „Kali & Salz“ (C-68/94 und C-30/95, Slg. 1998, I-1375, Randnrn. 164 bis 178); vgl. außerdem das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 25. März 1999, Gencor/Kommission (T-102/96, Slg. 1999, II-753, Randnrn. 123 bis 156).

Die Stellung der kollektiven Marktbeherrschung können zwei Unternehmen (Duopol) oder mehrere Unternehmen (Oligopol) innehaben¹⁷.

lung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung entwickelt und im hier angefochtenen Urteil wie folgt zusammengefasst hat:

24. Kollektive Marktbeherrschung bedeutet nicht notwendigerweise, dass die Mitglieder eines Oligopols *kollusiv* zusammenwirken müssten, indem sie etwa untereinander wettbewerbswidrige Absprachen im Sinne von Art. 81 EG treffen¹⁸. Vielmehr kann die kollektive Marktbeherrschung auch auf einer *stillschweigenden Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens*¹⁹ aller Mitglieder eines Oligopols beruhen. Die Oligopolisten begnügen sich dann jeweils mit den von ihnen erreichten Marktanteilen, und es kommt zu keinem wirksamen Binnenwettbewerb mehr unter ihnen²⁰.

„Erstens muss der Markt so transparent sein, dass die beteiligten Unternehmen in ausreichendem Maße überwachen können, ob die Modalitäten der Koordinierung eingehalten werden. Zweitens muss es aus Gründen der Disziplin eine Art Abschreckungsmechanismus gegen Abweichungen vom gemeinsamen Vorgehen geben. Drittens dürfen die Reaktionen von Unternehmen, die sich nicht an der Koordinierung beteiligen, wie z. B. von derzeitigen oder potenziellen Wettbewerbern, oder die Reaktionen von Kunden den voraussichtlichen Effekt der Koordinierung nicht in Frage stellen.“²²

25. Voraussetzung für die Annahme einer kollektiven Marktbeherrschung ist dann allerdings, dass der betroffene Markt eine stillschweigende Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Mitglieder des Oligopols überhaupt dauerhaft zulässt. Vor diesem Hintergrund sind die drei Kriterien zu sehen, die das Gericht erster Instanz in seinem Airtours-Urteil²¹ zum Zweck der Feststel-

26. Im vorliegenden Fall steht das erste dieser drei so genannten „Airtours-Kriterien“ im Mittelpunkt des Interesses, also die Frage, ob die Märkte für bespielte Tonträger hinreichend transparent sind, um eine stillschweigende Koordinierung unter den Top-Konzernen zu ermöglichen. Im Kern streiten die Verfahrensbeteiligten darüber, welchen Ermittlungs- und Begründungsaufwand das Gericht der Kommission diesbezüglich abverlangen durfte.

17 — Urteile Gencor/Kommission (zitiert in Fn. 16, Randnrn. 276 und 277) und vom 6. Juni 2002, Airtours/Kommission (T-342/99, Slg. 2002, II-2585, Randnrn. 59 bis 61).

18 — Urteil vom 16. März 2000, Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission (C-395/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000, I-1365, Randnr. 45), bezogen auf Art. 82 EG.

19 — Normalerweise geschieht dies durch ein *wettbewerbswidriges Parallelverhalten*. In der Sache COMP/M.2201 — MAN/Auwärter prüfte die Kommission allerdings einen Zusammenschluss darauf hin, ob er eine dauerhafte stillschweigende Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens zweier Duopolisten abseits der klassischen Formen wettbewerbswidrigen Parallelverhaltens ermöglichte (Entscheidung 2002/335/EG, ABl. 2002, ABl. L 116, S. 35, vgl. dort insbesondere den 33. bis 35. Erwägungsgrund).

20 — Vgl. zum Ganzen auch das Urteil Gencor/Kommission (zitiert in Fn. 16, Randnr. 276).

21 — Urteil Airtours/Kommission (zitiert in Fn. 17, Randnr. 62).

22 — Randnr. 247 des angefochtenen Urteils. Im selben Sinne Urteil vom 8. Juli 2003, Verband der freien Rohrwerke u. a./Kommission (T-374/00, Slg. 2003, II-2275, Randnr. 186), und — bezogen auf Art. 82 EG — Urteil vom 26. Januar 2005, Piau/Kommission (T-193/02, Slg. 2005, II-209, Randnr. 111).

C — Verwaltungsverfahren und erste Genehmigungsentscheidung der Kommission

27. Am 9. Januar 2004 ging die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens nach Art. 4 FkVO bei der Kommission ein²³.

28. In der Vorprüfungsphase („Phase I“ des Fusionskontrollverfahrens) versandte die Kommission am 20. Januar 2004 einen Fragebogen an eine Reihe von Marktteilnehmern.

29. Impala beantwortete diesen Fragebogen und reichte außerdem am 28. Januar 2004 einen gesonderten Schriftsatz ein, in dem sie die Gründe darlegte, weshalb die Kommission ihrer Ansicht nach das Vorhaben für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklären müsse. Impala äußerte in diesem Schriftsatz Bedenken wegen der höheren Marktkonzentration und der Auswirkungen, die diese auf den Zugang zum Markt, einschließlich des Vertriebssektors, der Medien und des Internets, sowie auf die Verbraucherentscheidung haben würde.

30. Daraufhin leitete die Kommission am 12. Februar 2004 gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. c FkVO das förmliche Prüfverfahren ein („Phase II“ des Fusionskontrollverfahrens), weil das angemeldete Vorhaben Anlass zu

ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen gebe.

31. Gemäß Art. 11 Abs. 5 der Fusionskontrollverordnung wurde das Verfahren vom 7. April bis 5. Mai 2004 ausgesetzt, da die Zusammenschlussparteien keine vollständige Antwort auf ein Auskunftsverlangen der Kommission gegeben hatten²⁴.

32. Am 24. Mai 2004 richtete die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Parteien des Zusammenschlusses, in der sie zu dem vorläufigen Ergebnis kam, dass das angemeldete Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen unvereinbar sei, weil es eine kollektive beherrschende Stellung auf dem Markt für bespielte Tonträger und auf dem Großhandelsmarkt für Online-Musiklizenzen verstärke und weil es das Verhalten der Muttergesellschaften in einer mit Art. 81 EG nicht zu vereinbarenden Weise koordiniere.

33. Die Parteien des Zusammenschlusses beantworteten die Mitteilung der Beschwerdepunkte; eine Anhörung der Parteien, an der auch Impala teilnahm, fand am 14. und 15. Juni 2004 vor dem Anhörungsbeauftragten der Kommission statt.

23 — Vgl. hierzu und zum Folgenden die Randnrn. 2 und 7 bis 11 des angefochtenen Urteils.

24 — Vgl. dazu den Abschlussbericht des Anhörungsbeauftragten (ABl. 2005, C 59, S. 2).

34. Mit ihrer ersten Genehmigungsscheidung vom 19. Juli 2004 erklärte die Kommission das Zusammenschlussvorhaben schließlich gemäß Art. 8 Abs. 2 FkVO für mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen vereinbar. Diese Genehmigung wurde ohne Bedingungen und Auflagen erteilt.

Kosten auferlegt. Die Streithelfer wurden zur Tragung ihrer eigenen Kosten verurteilt.

E — Rechtsmittelverfahren

D — Erstinstanzliches Gerichtsverfahren

37. Mit ihrem gemeinsam eingelegten Rechtsmittel, bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen am 13. Juli 2006, beantragen Bertelsmann und Sony (im Folgenden auch: die Rechtsmittelführer),

35. Gegen die erste Genehmigungsscheidung erhob Impala am 3. Dezember 2004 Klage zum Gericht erster Instanz und beantragte, jene Entscheidung für nichtig zu erklären²⁵ sowie der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Die Kommission beantragte ihrerseits, die Klage abzuweisen und Impala zur Kostentragung zu verurteilen. Dabei wurde sie von Bertelsmann und Sony sowie von Sony BMG Music Entertainment unterstützt, die das Gericht mit Beschluss des Präsidenten seiner Dritten Kammer vom 4. Februar 2005 als Streithelfer zugelassen hatte.

— das angefochtene Urteil aufzuheben,

— den Antrag von Impala auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission zurückzuweisen oder, hilfsweise, den Rechtsstreit zur erneuten Entscheidung an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen, und

36. Das Gericht hat die erste Genehmigungsentscheidung mit dem angefochtenen Urteil für nichtig erklärt und die Kommission zur Tragung ihrer eigenen Kosten sowie von drei Vierteln der Kosten Impalas verurteilt. Impala selbst wurde ein Viertel ihrer eigenen

— Impala die Kosten des vorliegenden Verfahrens aufzuerlegen.

25 — Hilfsweise beantragte Impala, die erste Genehmigungsentscheidung in bestimmten Punkten für nichtig zu erklären; vgl. dazu Randnr. 29, dritter Gedankenstrich, des angefochtenen Urteils.

38. Sony BMG Music Entertainment schließt sich dem Rechtsmittel sowie den Anträgen von Bertelsmann und Sony vollumfänglich an.

39. Die Kommission beantragt,

— das angefochtene Urteil aufzuheben,

— die Nichtigkeitsklage gegen die erste Genehmigungsentscheidung abzuweisen oder, hilfsweise, den Rechtsstreit zur erneuten Entscheidung an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen, und

— Impala zur Tragung der Kosten der Kommission im vorliegenden Verfahren zu verurteilen.

40. Impala beantragt ihrerseits,

— das Rechtsmittel als unbegründet und/oder als teilweise unzulässig oder als insgesamt unzulässig zurückzuweisen,

— das angefochtene Urteil aufrecht zu erhalten und

— den Rechtsmittelführern die Kosten des vorliegenden Verfahrens aufzuerlegen.

41. Vor dem Gerichtshof wurde über das Rechtsmittel zunächst schriftlich und sodann, am 6. November 2007, mündlich verhandelt.

F — *Erneutes Verwaltungsverfahren und zweite Genehmigungsentscheidung der Kommission*

42. Infolge der Nichtigserklärung der ersten Genehmigungsentscheidung durch das angefochtene Urteil führte die Kommission in dieser Sache erneut ein Fusionskontrollverfahren durch²⁶ (vgl. dazu auch Art. 10 Abs. 5 FkVO), das notwendigerweise *parallel zum vorliegenden Rechtsmittelverfahren* stattfand, da das Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 60 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs).

43. Zum Zweck seiner erneuten wettbewerbsrechtlichen Prüfung wurde somit der Zusammenschluss am 31. Januar 2007 bei der Kommission angemeldet, und am 1. März 2007 leitete die Kommission gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. c FkVO das förmliche Prüfverfahren („Phase II“) ein.

44. Das Fusionskontrollverfahren wurde mit Entscheidung vom 3. Oktober 2007

²⁶ — Vgl. hierzu und zu den folgenden Angaben die Pressemitteilungen der Kommission vom 1. März 2007 (IP/07/272) und vom 3. Oktober 2007 (IP/07/1437).

abgeschlossen, in der die Kommission den Zusammenschluss erneut nach Art. 8 Abs. 2 FkVO für mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen vereinbar erklärte (im Folgenden: zweite Genehmigungsentscheidung). Diese Genehmigung wurde ohne Bedingungen und Auflagen erteilt.

IV — Vorfragen zur Prüfung des Rechtsmittels

45. Vor einer Prüfung des Rechtsmittels in der Sache ist zu erörtern, ob die einzelnen mit ihm erhobenen Rechtsmittelgründe zulässig sind (vgl. dazu sogleich unter A.), ob mit ihnen überhaupt das von den Rechtsmittelführern angestrebte Ziel erreicht werden kann (vgl. unten B.) und ob das Interesse der Rechtsmittelführer an der Fortführung des Rechtsmittelverfahrens nicht infolge der zwischenzeitlich ergangenen zweiten Genehmigungsentscheidung der Kommission entfallen ist (vgl. unten, C.).

A — Zulässigkeit der einzelnen Rechtsmittelgründe

46. Impala bestreitet die Zulässigkeit des Rechtsmittels in seiner Gesamtheit, weil mit ihm lediglich eine Überprüfung der vom Gericht vorgenommenen Tatsachenwürdigung begehrt werde.

47. Angesichts dieser Rüge erscheint es angebracht, den Prüfungsmaßstab in Erinnerung zu rufen, der sich aus Art. 225 Abs. 1 EG und Art. 58 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs ergibt und den der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung im Rechtsmittelverfahren anlegt²⁷: Das Rechtsmittel ist auf Rechtsfragen beschränkt. Daher ist allein das Gericht für die Feststellung und Beurteilung der relevanten Tatsachen sowie für die Beweiswürdigung zuständig, und die Würdigung der Tatsachen und Beweismittel ist, vorbehaltlich ihrer Verfälschung, keine Rechtsfrage, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs im Rahmen eines Rechtsmittels unterläge.

48. Ob hingegen das Gericht überzogene Anforderungen an die Begründung einer Entscheidung der Kommission gestellt hat, ob es bei seiner Tatsachen- und Beweiswürdigung die richtigen Kriterien angelegt und ganz allgemein das Recht in seinem Urteil zutreffend angewandt hat, ist eine Rechtsfrage, die Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens sein kann²⁸. Ebenso stellt es eine der Überprüfung durch den Gerichtshof

27 — Vgl. statt vieler die Urteile vom 22. Juni 2006, Storck/HABM (C-24/05 P, Slg. 2006, I-5677, Randnr. 36), und vom 22. Juni 2006, Storck/HABM (C-25/05 P, Slg. 2006, I-5719, Randnr. 40); vgl. auch die Urteile vom 21. September 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Kommission (C-105/04 P, Slg. 2006, I-8725, Randnrn. 69 und 70), vom 10. Mai 2007, SGL Carbon/Kommission (C-328/05 P, Slg. 2007, I-3921, Randnr. 41), und vom 25. Oktober 2007, Komninou u. a./Kommission (C-167/06 P, Slg. 2007, Randnr. 40).

28 — In diesem Sinne Urteil vom 25. Januar 2007, Sumitomo Metal Industries/Kommission (C-403/04 P, Slg. 2007, I-735, Randnr. 40); vgl. auch meine Schlussanträge vom 23. Februar 2006 in der Rechtssache British Airways/Kommission (C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331, Nr. 113). Speziell zu den Anforderungen an die Begründungspflicht vgl. Urteile vom 20. November 1997, Kommission/V (C-188/96 P, Slg. 1997, I-6561, Randnr. 24), und vom 20. Februar 1997, Kommission/Daffix (C-166/95 P, Slg. 1997, I-983, Randnr. 35).

zugängliche Rechtsfrage dar, ob das Gericht Tatsachen und Beweise rechtlich zutreffend qualifiziert und aus ihnen rechtlich zulässige Schlussfolgerungen gezogen hat²⁹, sowie, ob es die Vorschriften über die Beweislast und das Beweisverfahren eingehalten hat³⁰.

49. Legt man diesen Prüfungsmaßstab zugrunde, so kann das vorliegende Rechtsmittel entgegen der Auffassung von Impala nicht in seiner Gesamtheit als unzulässig angesehen werden. Vielmehr ist insoweit zwischen dem fünften Rechtsmittelgrund einerseits und den sonstigen Rechtsmittelgründen andererseits zu unterscheiden.

1. Zulässigkeit des fünften Rechtsmittelgrundes

50. Was zunächst den fünften Rechtsmittelgrund anbelangt, der sich mit den Voraussetzungen für die Feststellung kollektiver Marktbeherrschung befasst, so besteht dieser aus einem einleitenden Teil³¹ und mehreren Kritikpunkten im Detail³².

29 — Urteile vom 17. Dezember 1998, Baustahlgewebe/Kommission (C-185/95 P, Slg. 1998, I-8417, Randnr. 23), Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Kommission (zitiert in Fn. 27, Randnr. 69), Sumitomo Metal Industries/Kommission (zitiert in Fn. 28, Randnr. 39) und SGL Carbon/Kommission (zitiert in Fn. 27, Randnr. 41).

30 — Urteile Baustahlgewebe/Kommission (zitiert in Fn. 29, Randnr. 24), Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Kommission (zitiert in Fn. 27, Randnr. 70), Sumitomo Metal Industries/Kommission (zitiert in Fn. 28, Randnrn. 38 und 39), SGL Carbon/Kommission (zitiert in Fn. 27, Randnr. 41) und Komninou u. a./Kommission (zitiert in Fn. 27, Randnr. 40).

31 — Randnrn. 65 bis 69 der Rechtsmittelschrift.

32 — Randnrn. 70 bis 80 der Rechtsmittelschrift.

51. Mit dem *einleitenden Teil* wird im Wesentlichen die Frage aufgeworfen, ob die vom Gericht selbst seinerzeit im Urteil Airtours entwickelten Kriterien³³ zur Feststellung kollektiver Marktbeherrschung unterschiedlich streng zu handhaben sind, je nachdem, ob das Vorliegen einer bereits bestehenden kollektiven marktbeherrschenden Stellung nachzuweisen ist oder aber für die Zukunft eine Prognose über die Gefahr der Entstehung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung infolge eines Zusammenschlusses abzugeben ist. Damit betrifft dieser einleitende Teil des fünften Rechtsmittelgrundes die Auslegung der Airtours-Kriterien. Dies ist eine Rechtsfrage, die zulässigerweise Gegenstand eines Rechtsmittels sein kann.

52. Anders verhält es sich mit den verbleibenden *Kritikpunkten im Detail*, die im Rahmen des fünften Rechtsmittelgrundes geltend gemacht werden und die sich wie folgt zusammenfassen lassen: Das Gericht habe die für die Markttransparenz ausschlaggebenden Netto-Großhandelspreise sowie die Bedeutung von Preisnachlässen vernachlässigt und sich statt dessen mit einer bloßen Betrachtung der Listenpreise und der Einzelhandelspreise begnügt. Die Transparenz von Preisnachlässen leite das Gericht überdies unzutreffend aus den Auswirkungen dieser Preisnachlässe auf durchschnittliche Nettopreise ab. Außerdem halte das Gericht bei der Beurteilung von Transparenz komplexe Preisstrukturen zu Unrecht für unerheblich. Und schließlich sehe das Gericht Preisunterschiede und Preisschwankungen fälschlicherweise als für die Transparenzfrage unerheblich an.

33 — Vgl. dazu Nr. 25 dieser Schlussanträge sowie das Urteil Airtours/Kommission (zitiert in Fn. 17, Randnr. 62).

53. Diese Kritikpunkte im Detail zielen in Wahrheit nicht auf eine Überprüfung von Rechtsfragen ab, sondern vielmehr darauf, die konkrete Tatsachen- und Beweiswürdigung des Gerichts im vorliegenden Fall zu hinterfragen. Denn welche Aussagekraft Listenpreise, Einzelhandelspreise, Netto-Großhandelspreise, durchschnittliche Nettopreise, Preisnachlässe, die Komplexität der Preisstrukturen sowie bestimmte Preisunterschiede und -schwankungen für die Beurteilung der Transparenz eines bestimmten Marktes haben, lässt sich nicht allgemeinverbindlich beantworten, sondern hängt von der konkreten Würdigung aller Umstände des Einzelfalls ab, namentlich von den besonderen Gegebenheiten des jeweils betroffenen Marktes.

54. Der Gerichtshof soll hier mit anderen Worten veranlasst werden, seine eigene Tatsachen- und Beweiswürdigung im konkreten Einzelfall an die Stelle der Würdigung des Gerichts zu setzen. Dies ist jedoch im Rechtsmittelverfahren nicht zulässig. Vor dem Gerichtshof könnte allenfalls gerügt werden, das Gericht habe Tatsachen oder Beweismittel verfälscht oder im Rahmen seiner Tatsachen- und Beweiswürdigung gegen Denkgesetze verstoßen. Beides ist hier aber *nicht* geltend gemacht worden, und abgesehen von diesen Ausnahmen kann es nicht Aufgabe des Gerichtshofs als Rechtsmittelinstanz sein, selbst zu bewerten, welche Aussagekraft für die Beurteilung der Markttransparenz in einem Fall dieser Art Faktoren wie Listenpreisen, Einzelhandelspreisen, Netto-Großhandelspreisen, den durchschnittlichen Nettopreisen, Preisnachlässen, der Komplexität der Preisstrukturen sowie bestimmten Preisunterschieden und -schwankungen zukommt.

55. Nach alledem ist der fünfte Rechtsmittelgrund nur hinsichtlich seines einleitenden Teils zulässig, nicht aber hinsichtlich der Kritikpunkte im Detail.

2. Zulässigkeit der übrigen Rechtsmittelgründe

56. Die übrigen Rechtsmittelgründe halte ich hingegen uneingeschränkt für zulässig, weil sie nicht die Tatsachen- und Beweiswürdigung des Gerichts als solche zum Gegenstand haben. Vielmehr beziehen sich jene Rechtsmittelgründe auf die *Kriterien*, die das Gericht bei seiner Prüfung der Rechtmäßigkeit der ersten Genehmigungsentscheidung zur Anwendung gebracht hat. Außerdem geht es um die *Beweisanforderungen*, denen die Kommission bei der Genehmigung von Zusammenschlüssen unterliegt. All dies sind Rechtsfragen, die in zulässiger Weise zum Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens gemacht werden können.

3. Zwischenergebnis

57. Während also der fünfte Rechtsmittelgrund nur in seinem einleitenden Teil zulässig ist, sind die übrigen Rechtsmittelgründe vollumfänglich zulässig.

B — *Eignung des Rechtsmittels, das angestrebte Ziel zu erreichen*

58. Abgesehen von der soeben erörterten Frage der Zulässigkeit der einzelnen Rechtsmittelgründe wirft der vorliegende Fall die zusätzliche Frage auf, ob das Rechtsmittel überhaupt geeignet ist, das von den Rechtsmittelführern verfolgte Ziel, d. h. die Aufhebung des angefochtenen Urteils, zu erreichen. Einerseits haben es die Rechtsmittelführer möglicherweise versäumt, eine entscheidende Passage des angefochtenen Urteils anzugreifen (vgl. dazu sogleich unter 1.), andererseits richtet sich ihr Rechtsmittel möglicherweise gegen Teile der Urteilsbegründung, die keine tragenden Gründe für den Tenor des angefochtenen Urteils enthalten (vgl. dazu unten, 2.).

1. Zum behaupteten Versäumnis der Rechtsmittelführer, eine entscheidende Passage des angefochtenen Urteils anzugreifen

59. Zunächst bringt Impala vor, das Rechtsmittel sei insgesamt nicht geeignet, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils zu führen, weil die Rechtsmittelführer es versäumt hätten, eine entscheidende Passage des Urteils mit ihrem Rechtsmittel anzugreifen.

60. Nach Impalas Ansicht beschränkt sich nämlich das Rechtsmittel auf Angriffe gegen die Ausführungen des Gerichts zur Frage der *Verstärkung* einer bereits bestehenden kollektiven marktbeherrschenden Stellung, wohingegen es sich nicht gegen die Ausführungen des Gerichts in Randnr. 528 des

angefochtenen Urteils zur möglichen *Entstehung* einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung wendet. Selbst wenn also das Rechtsmittel in vollem Umfang Erfolg hätte, könnte es — so Impala — nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen, weil dann immer noch die in Randnr. 528 enthaltenen Feststellungen des Gerichts zu weiteren Rechtsfehlern in der ersten Genehmigungsentscheidung Bestand hätten.

61. Dieses Vorbringen überzeugt mich nicht.

62. Zwar sind die Rechtsmittelführer gehalten, die beanstandeten Teile des Urteils, dessen Aufhebung beantragt wird, sowie die rechtlichen Argumente, die diesen Antrag speziell stützen, genau zu bezeichnen³⁴. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie sich bei der Abfassung ihres Rechtsmittels in allen Einzelheiten an der Gliederung des angefochtenen Urteils orientieren und jeden Abschnitt dieses Urteils mit einem gesonderten Rechtsmittelgrund angreifen müssten.

63. Im vorliegenden Fall haben die Rechtsmittelführer ihr Rechtsmittel mit keinem Wort allein auf den ersten der hier in Frage stehenden Abschnitte jenes Urteils beschränkt, d. h. auf die Ausführungen des Gerichts zur Verstärkung einer bestehenden kollektiven beherrschenden Stellung auf dem Tonträgermarkt³⁵. Eine solche Beschränkung würde auch nicht ihrem erklärten Ziel entsprechen, mit ihrem Rechtsmittel das

34 — Ständige Rechtsprechung, vgl. nur Urteile vom 1. Februar 2007, Sison/Rat (C-266/05 P, Slg. 2007, I-1233, Randnr. 23), und vom 11. September 2007, Lindorfer/Rat (C-227/04 P, Slg. 2007, I-6767, Randnr. 45).

35 — Randnrn. 44 bis 481 des angefochtenen Urteils.

angefochtene Urteil in seiner Gesamtheit zu Fall zu bringen. Denn dieses Ziel ist nur erreichbar, wenn das Rechtsmittel als Angriff auf beide in Frage stehenden Abschnitte des angefochtenen Urteils³⁶ zu verstehen ist, also sowohl auf den Abschnitt zur Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung als auch auf jenen zur Begründung einer solchen Stellung.

64. Dafür, dass sich das Rechtsmittel nicht nur auf einen Abschnitt des Urteils bezieht, sprechen auch die einleitenden Bemerkungen der Rechtsmittelführer zu Beginn der Rechtsmittelschrift. In einer Aufzählung der besonders kritisierten Passagen des angefochtenen Urteils wird dort ausdrücklich auf die hier streitige Randnr. 528 Bezug genommen, ferner auf die Randnrn. 533, 539 und 541, die ebenfalls der Frage der *Entstehung* kollektiver Marktbeherrschung gewidmet sind³⁷. Außerdem beziehen die Rechtsmittelführer in ihrem Rechtsmittel mehrfach ausdrücklich das vom Gericht erster Instanz formulierte Gesamtergebnis in den Randnrn. 542 und 543 des angefochtenen Urteils mit in ihre Überlegungen ein³⁸.

65. Unter diesen Umständen kann nicht behauptet werden, das Rechtsmittel sei allein auf die Ausführungen des Gerichts zur Frage der *Verstärkung* einer bereits bestehenden kollektiven marktbeherrschenden Stellung beschränkt und müsse deshalb zur Gänze als wirkungslos (Französisch: „inopérant“) zurückgewiesen werden.

2. Zu den Gründen des angefochtenen Urteils, die dessen Tenor nicht tragen

66. Anders verhält es sich hingegen mit dem einleitenden Teil des fünften Rechtsmittelgrundes, der, wie bereits erwähnt³⁹, den einzig zulässigen Teil jenes Rechtsmittelgrundes darstellt.

67. Im Wesentlichen wird dort die Frage aufgeworfen, ob die vom Gericht selbst im Urteil Airtours entwickelten Kriterien⁴⁰ zur Feststellung kollektiver Marktbeherrschung unterschiedlich streng zu handhaben sind, je nachdem, ob das Vorliegen einer bereits bestehenden kollektiven marktbeherrschenden Stellung nachzuweisen ist oder aber für die Zukunft eine Prognose über die Gefahr der Entstehung einer solchen kollektiven marktbeherrschenden Stellung infolge eines Zusammenschlusses abzugeben ist. Im ersteren Fall spricht sich das Gericht für eine weniger strenge Handhabung der Airtours-Kriterien aus als im letzteren⁴¹.

68. Hauptangriffspunkt der Rechtsmittelführer ist dabei Randnr. 251 des angefochtenen Urteils. Dort führt das Gericht aus, das Vorliegen einer (bereits bestehenden) kollektiven marktbeherrschenden Stellung könne „gegebenenfalls mittelbar durch eine Reihe von unter Umständen sogar sehr heterogenen Indizien und Beweisen nachgewiesen werden, die sich auf untrennbar mit dem Vorliegen einer kollektiven beherrschenden

36 — Sowohl Randnrn. 44 bis 481 als auch Randnrn. 482 bis 541 des angefochtenen Urteils.

37 — Randnr. 17 der Rechtsmittelschrift. Ähnliche Bezugnahmen finden sich auch insbesondere in Randnrn. 26, 94 und in Fn. 6 der Rechtsmittelschrift.

38 — Randnrn. 17, 59 und 81 der Rechtsmittelschrift.

39 — Vgl. oben, Nrn. 50 bis 55 dieser Schlussanträge.

40 — Vgl. dazu Nr. 25 dieser Schlussanträge sowie das Urteil Airtours/Kommission (zitiert in Fn. 17, Randnr. 62).

41 — In diesem Sinne Randnrn. 249 bis 253 des angefochtenen Urteils.

Stellung verbundene Zeichen, Äußerungen und Phänomene beziehen“.

69. Wie aber die Rechtsmittelführer selbst zutreffend bemerkt haben⁴², handelt es sich bei der streitigen Passage, wie auch bei den mit ihr im Zusammenhang stehenden Rechtsausführungen des Gerichts, um *obiter dicta*. In dem gesamten Abschnitt von Randnr. 245 bis Randnr. 253 des angefochtenen Urteils prüft das Gericht nämlich nicht etwa einen von Impala in erster Instanz geltend gemachten Nichtigkeitsgrund, sondern gibt *obiter dicta* zur Handhabung der Kriterien für die Feststellung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung ab.

70. Dies wird besonders deutlich, wenn man die streitige Urteilspassage im Zusammenhang mit Randnr. 254 des angefochtenen Urteils liest, wo das Gericht seine Untersuchung der ersten Genehmigungsentscheidung ausdrücklich auf die Frage beschränkt, ob die Airtours-Kriterien erfüllt sind: „... [D]as Gericht [wird] bei der Prüfung der Klagegründe nur untersuchen, ob die Entscheidung die im Urteil Airtours aufgestellten Voraussetzungen richtig angewandt hat ...“. Hingegen geht das Gericht in seinem Urteil ausdrücklich nicht der Frage nach, ob das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auch angenommen werden kann, „ohne dass die Transparenz des Marktes positiv bewiesen werden müsste“. Diese Frage sei im erstinstanzlichen Verfahren „nicht erörtert worden“.

42 — Randnr. 67 der Rechtsmittelschrift.

71. Da sich also der einleitende Teil des fünften Rechtsmittelgrundes nicht auf tragende Urteilsgründe, sondern lediglich auf zusätzliche Erwägungen des Gerichts bezieht, kann er nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen. Gemäß ständiger Rechtsprechung ist dieser Teil des Rechtsmittels als wirkungslos („inopérant“) zurückzuweisen⁴³.

3. Zwischenergebnis

72. Damit ist nur der fünfte Rechtsmittelgrund, soweit er überhaupt zulässig ist, als wirkungslos zurückzuweisen. Alle anderen Rechtsmittelgründe sind hingegen geeignet, das von den Rechtsmittelführern verfolgte Ziel zu erreichen.

C — Fortbestand des Rechtsschutzinteresses

73. Hinsichtlich der zulässigen und nicht wirkungslosen Rechtsmittelgründe bleibt noch zu erörtern, ob nicht das Interesse der Rechtsmittelführer an der Fortführung des Rechtsmittelverfahrens zwischenzeitlich entfallen ist.

43 — Urteile vom 18. März 1993, Parlament/Frederiksen (C-35/92 P, Slg. 1993, I-991, Randnr. 31), vom 8. Mai 2003, T. Port/Kommission (C-122/01 P, Slg. 2003, I-4261, Randnr. 17), vom 28. Juni 2005, Dansk Rørintustri 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).

74. Mit dem Erfordernis eines Rechtsschutzinteresses wird auf prozessualer Ebene sichergestellt, dass die Gerichte nicht mit einer gutachtlichen Klärung rein hypothetischer Rechtsfragen befasst werden. Das Rechtsschutzinteresse ist deshalb eine zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung, die von Amts wegen zu prüfen ist und in verschiedenen Verfahrensabschnitten relevant werden kann. So muss das Rechtsschutzinteresse ohne Zweifel bereits zum Zeitpunkt der Einlegung einer Klage oder eines Rechtsmittels vorliegen; es muss jedoch auch über jenen Zeitpunkt hinaus bis zur Entscheidung des Richters in der Sache fortbestehen⁴⁴.

75. Ein Rechtsschutzinteresse besteht, solange das Rechtsmittel der Partei, die es eingelegt hat, im Ergebnis einen Vorteil verschaffen kann⁴⁵.

76. Unstreitig hatten die Rechtsmittelführer zum Zeitpunkt der Einlegung ihres Rechtsmittels ein Rechtsschutzinteresse. Denn seit der Nichtigerklärung der ersten Genehmigungsentscheidung durch das Gericht fehlte es Bertelsmann und Sony für ihren Zusammenschluss rückwirkend an der erforderlichen Genehmigung nach der Fusionskontrollverordnung. Mit der im Rechtsmittel begehrten Aufhebung des angefochtenen Urteils hätte diese Genehmigung wieder aufleben können. Diesen Vorteil hätte ihnen das Rechtsmittel also verschaffen können.

77. Seit dem Erlass der zweiten Genehmigungsentscheidung verfügen jedoch die beteiligten Unternehmen für ihren Zusammenschluss wieder über eine Genehmigung nach der Fusionskontrollverordnung. In ihrem verfügbaren Teil steht diese zweite Genehmigung der ersten in nichts nach, weil beide jeweils ohne Bedingungen und Auflagen den Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen vereinbar erklärten. Auch ist der seit der Nichtigerklärung der ersten Genehmigungsentscheidung bestehende *Schwebezustand*, in dem die beteiligten Unternehmen und die Märkte sich nicht sicher sein konnten, ob der Zusammenschluss rechtmäßig vollzogen war, mit der erneuten Genehmigung des Zusammenschlusses vorerst beendet. Nach dem in Art. 7 Abs. 5 FkVO enthaltenen Rechtsgedanken⁴⁶ wirkt nämlich die zweite Genehmigungsentscheidung auf den Zeitpunkt der Vornahme der Rechtsgeschäfte zurück, die für den Vollzug dieses Zusammenschlusses getätigt wurden („Ex-tunc-Wirkung“).

78. All dies bedeutet zwar nicht notwendigerweise, dass das vorliegende Rechtsmittel *gegenstandslos* wäre. Denn dieses Rechtsmittel richtet sich nicht unmittelbar gegen die erste Genehmigungsentscheidung der Kommission, sondern gegen das angefochtene Urteil des Gerichts, welches weiterhin Bestand hat. Dementsprechend findet auch die Möglichkeit, die Hauptsache für erledigt zu erklären (Art. 92 § 2 der Verfahrensordnung), im Rechtsmittelverfahren

44 — Zum Erfordernis eines Rechtsschutzinteresses im Rechtsmittelverfahren vgl. Urteil vom 19. Oktober 1995, Rendo u. a./Kommission (C-19/93 P, Slg. 1995, I-3319, Randnr. 13); im selben Sinne, bezogen auf das Rechtsschutzinteresse in erster Instanz, Urteil vom 7. Juni 2007, Wunenburg/Kommission (C-362/05 P, Slg. 2007, I-4333, Randnr. 42), und Beschluss vom 17. Oktober 2005, First Data u. a./Kommission (T-28/02, Slg. 2005, II-4119, Randnrn. 35 bis 37).

45 — Urteile Rendo u. a./Kommission (zitiert in Fn. 44, Randnr. 13), vom 13. Juli 2000, Parlament/Richard (C-174/99 P, Slg. 2000, I-6189, Randnr. 33), und vom 3. April 2003, Parlament/Samper (C-277/01 P, Slg. 2003, I-3019, Randnr. 28).

46 — Da der streitgegenständliche Zusammenschluss zu einem Zeitpunkt vollzogen wurde, zu dem die erste Genehmigungsentscheidung noch wirksam war, ist Art. 7 Abs. 5 FkVO tatbestandlich auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Der dieser Vorschrift zugrunde liegende Gedanke der schwebenden Unwirksamkeit und der rückwirkenden Heilung des Schwebezustands durch eine Genehmigungsentscheidung kann aber auch für den vorliegenden Fall fruchtbar gemacht werden.

keine Anwendung (vgl. Art. 118 der Verfahrensordnung)⁴⁷.

79. Gleichwohl wirft die Existenz der zweiten Genehmigungsentscheidung die Frage auf, ob das Rechtsmittel den Rechtsmittelführern noch einen Vorteil verschaffen kann, ob sie also noch ein Interesse an der Fortführung des Rechtsmittelverfahrens haben.

80. Der Umstand allein, dass die Rechtsmittelführer im angefochtenen Urteil zur Tragung ihrer eigenen Kosten aus dem erstinstanzlichen Verfahren verurteilt worden waren, begründet jedenfalls noch kein Rechtsschutzinteresse für sie. Denn ein Rechtsmittel nur gegen die Kostenentscheidung ist gemäß Art. 58 Abs. 2 der Satzung des Gerichtshofs unzulässig. Aus demselben Grund weist der Gerichtshof einen Rechtsmittelgrund zur erstinstanzlichen Kostenentscheidung als unzulässig zurück, wenn dies der einzig verbleibende von mehreren Rechtsmittelgründen ist und bereits feststeht, dass alle anderen Rechtsmittelgründe

keinen Erfolg haben⁴⁸. Ebenso wenig kann nach dem Sinn und Zweck von Art. 58 Abs. 2 der Satzung das bloße Interesse an der Beseitigung der erstinstanzlichen Kostenentscheidung die Fortführung eines Rechtsmittelverfahrens rechtfertigen. Für die Fortführung des Rechtsmittelverfahrens bedarf es deshalb eines über die Kosten aus erster Instanz hinaus gehenden Rechtsschutzinteresses der Rechtsmittelführer.

81. Im vorliegenden Fall haben die Rechtsmittelführer allerdings ein offensichtliches Interesse daran, möglichst bald nicht nur eine Genehmigung, sondern auch eine *bestandskräftige* Genehmigung für ihren Zusammenschluss zu erlangen. Erst dann besteht nämlich für die beteiligten Unternehmen, wie auch für die Märkte im Allgemeinen, endgültig Rechtssicherheit darüber, ob der Zusammenschluss rechtmäßig vollzogen ist.

82. Die zweite Genehmigungsentscheidung kann diese Rechtssicherheit derzeit nicht bieten, da sie auf absehbare Zeit nicht bestandskräftig werden dürfte. Die Entscheidung ist nämlich — zusätzlich zur Bekanntgabe an ihre Adressaten (Art. 254 Abs. 3

47 — Dessen ungeachtet erklärt der Gerichtshof gelegentlich Rechtsmittel für erledigt, wenn feststeht, dass der Rechtsmittelführer bereits sein Ziel erreicht hat (Beschlüsse vom 23. Oktober 2001, *Una Film „City Revue“/Parlament und Rat*, C-281/00 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnrn. 4 und 5, und *Davidoff/Parlament und Rat*, C-313/00 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnrn. 4 und 5), oder aber wenn feststeht, dass er sein Ziel nicht mehr erreichen kann (Urteil vom 15. Februar 2005, *Kommission/Tetra Laval*, C-13/03 P, Slg. 2005, I-1113, Randnrn. 21 bis 23; Beschlüsse vom 27. Februar 2002, *Reisebank/Kommission*, C-477/01 P [R], Slg. 2002, I-2117, Randnrn. 24 bis 28, und *Commerzbank/Kommission*, C-480/01 P [R], Slg. 2002, I-2129, Randnrn. 23 bis 27). Wie ich im Folgenden zeigen werde, ist hier jedoch weder das eine noch das andere der Fall.

48 — Vgl. etwa Urteile vom 14. September 1995, *Henrichs/Kommission* (C-396/93 P, Slg. 1995, I-2611, Randnr. 66), vom 12. Juli 2001, *Kommission und Frankreich/TF1* (C-302/99 P und C-308/99 P, Slg. 2001, I-5603, Randnr. 31), vom 30. September 2003, *Freistaat Sachsen u. a./Kommission* (C-57/00 P und C-61/00 P, Slg. 2003, I-9975, Randnr. 124), und vom 26. Mai 2005, *Tralli/EZB* (C-301/02 P, Slg. 2005, I-4071, Randnr. 88).

EG) — im *Amtsblatt der Europäischen Union* zu veröffentlichen (Art. 20 Abs. 1 FkVO). Erst nach einer solchen Veröffentlichung⁴⁹, die bislang nicht erfolgt ist, beginnt die Klagfrist für Dritte überhaupt zu laufen⁵⁰. Eine allgemeine Vorverlegung des Beginns der Klagfrist für Dritte käme nur dann in Betracht, wenn die zweite Genehmigungsentscheidung der Öffentlichkeit schon zu einem früheren Zeitpunkt anderweitig, beispielsweise im Internet, vollständig zugänglich gemacht würde und darauf im *Amtsblatt der Europäischen Union* angemessen hingewiesen würde⁵¹. Hingegen hat der bloße Umstand, dass der Wortlaut der Entscheidung einzelnen Dritten, namentlich Impala, gegebenenfalls vorab in Form einer nichtvertraulichen Fassung zur Kenntnis gebracht wird, keinen Einfluss auf den Beginn der Klag-

frist⁵² und damit auf den Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung gegebenenfalls bestandskräftig wird⁵³.

83. Sollte das Gericht auch die zweite Genehmigungsentscheidung auf Klage eines Dritten für nichtig erklären, so entstünde ferner erneut ein Schwebezustand, in dem die beteiligten Unternehmen für ihren Zusammenschluss keinerlei Genehmigung nach der Fusionskontrollverordnung hätten. Eine solcher Zustand der Unsicherheit über mehrere Monate oder gar Jahre hinweg könnte sich negativ auf die beteiligten Unternehmen und auf die Märkte insgesamt auswirken.

84. Um einen erneuten Schwebezustand mit seinen negativen Auswirkungen möglichst zu vermeiden, ist es für die Rechtsmittelführer von besonderer Bedeutung, das vorliegende Rechtsmittelverfahren fortzusetzen und möglichst rasch eine endgültige Entscheidung des Gemeinschaftsrichters zur Rechtmäßigkeit der *ersten Genehmigungsentscheidung* zu erwirken. Selbst wenn der Gerichtshof im Fall des Erfolgs des

49 — Genauer gesagt beginnt die Klagfrist des Art. 230 Abs. 5 EG gemäß Art. 102 § 1 der Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz mit dem Ablauf des vierzehnten Tages nach der Veröffentlichung der Entscheidung im *Amtsblatt der Europäischen Union* zu laufen. Dies setzt freilich voraus, dass die nichtvertrauliche Version der Entscheidungsgründe im vollen Wortlaut im *Amtsblatt* veröffentlicht oder jedenfalls zeitgleich im Internet der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde. Ist dies nicht der Fall, so beginnt die Klagfrist erst zu laufen, wenn dem potenziellen Kläger — sofern nicht ohnehin bereits geschehen — eine solche vollständige Version zugegangen ist (in diesem Sinne Urteil vom 6. Juli 1988, Dillinger Hüttenwerke/Kommission, 236/86, Slg. 1988, 3761, Randnr. 14).

50 — Urteile vom 6. Oktober 1999, Kneissl Dachstein/Kommission (T-110/97, Slg. 1999, II-2881, Randnrn. 41 und 42) und Salomon/Kommission (T-123/97, Slg. 1999, II-2925, Randnrn. 42 und 43), sowie Beschluss vom 25. Mai 2004, Schmoldt u. a./Kommission (T-264/03, Slg. 2004, II-1515, Randnrn. 51 bis 53 und 56).

51 — Urteil vom 15. Juni 2005, Olsen/Kommission (T-17/02, Slg. 2005, II-2031, Randnr. 80, bestätigt durch Beschluss vom 4. Oktober 2007, Olsen/Kommission, C-320/05 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), und Beschluss vom 19. September 2005, Air Bourbon/Kommission (T-321/04, Slg. 2005, II-3469, Randnrn. 34 und 37).

52 — Urteil Olsen/Kommission (zitiert in Fn. 51, Randnr. 81). Zur Subsidiarität des Zeitpunkts, zu dem der Kläger von einer im *Amtsblatt der Europäischen Union* zu veröffentlichenden Entscheidung Kenntnis erlangt, vgl. auch die Urteile vom 10. März 1998, Deutschland/Rat (C-122/95, Slg. 1998, I-973, Randnr. 35), und vom 12. Dezember 2000, Alitalia/Kommission (T-296/97, Slg. 2000, II-3871, Randnr. 61), sowie den Beschluss vom 11. Dezember 2006, MMT/Kommission (T-392/05, Slg. 2006, Randnr. 25).

53 — Nur der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass eine *förmliche Bekanntgabe* (Mitteilung) der Entscheidung an einen Dritten, mit der die für ihn geltende Klagfrist zu laufen beginnen könnte, nicht in Betracht kommt. Gemäß Art. 254 Abs. 3 EG werden nämlich Entscheidungen nur „denjenigen, für die sie bestimmt sind“, bekannt gegeben. Dies sind in der Fusionskontrolle die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten; im selben Sinne — für künftige Fälle — nunmehr Art. 8 Abs. 8 der Verordnung Nr. 139/2004.

Rechtsmittels den vorliegenden Rechtsstreit mangels Entscheidungsreife nicht selbst endgültig entscheiden sollte, sondern ihn an das Gericht zurückverwies (Art. 61 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs), wäre es durchaus wahrscheinlich, dass die endgültige gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der *ersten* Genehmigungsentscheidung zeitlich früher ergeht als diejenige über die Rechtmäßigkeit der *zweiten*.

85. Unter diesen Umständen spricht auch das Beschleunigungsgebot, das für die Fusionskontrolle auf Gemeinschaftsebene prägend ist⁵⁴, für die Fortführung des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens. Auf diese Weise kann überdies verhindert werden, dass Nichtigkeitsklagen Dritter den Eintritt von Rechtssicherheit für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen länger als nötig verzögern.

86. Insgesamt bin ich deshalb der Meinung, dass derzeit die Entscheidung des Gerichtshofs den Rechtsmittelführern durchaus noch einen Vorteil verschaffen kann und sie folglich ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse für die Fortsetzung des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens haben.

87. Sollte hingegen die zweite Genehmigungsentscheidung nach Abschluss des mündlichen Verfahrens, aber vor einer Entscheidung des Gerichtshofs in der vorliegenden Rechtssache in Bestandskraft erwachsen, so müsste dies nach den mir derzeit vorliegenden Informationen zum Wegfall des Rechtsschutzinteresses der Rechtsmittelführer führen. Ich würde es dann aber für erforderlich halten, die

Verfahrensbeteiligten zur Frage des Rechtsschutzinteresses erneut anzuhören.

88. Nicht überzeugend finde ich jedenfalls die in der mündlichen Verhandlung kursorisch erörterte Idee, das vorliegende Verfahren allein deswegen fortzuführen, weil die Kommission hier einzelne von Bertelsmann und Sony erhobene Rechtsmittelgründe unterstützt. Zwar sind Gemeinschaftsorgane hinsichtlich der von ihnen selbst eingelegten Rechtsmittel privilegiert (Art. 56 Abs. 2 und Abs. 3 der Satzung des Gerichtshofs), insbesondere müssen sie für solche Rechtsmittel kein Rechtsschutzinteresse nachweisen⁵⁵. Ist ein Organ hingegen nicht selbst Rechtsmittelführer, sondern nur anderer Verfahrensbeteiligter, so kann sein bloßes Interesse am Ausgang des Rechtsmittelverfahrens und an der Klärung bestimmter Rechtsfragen durch den Gerichtshof das etwa fehlende Rechtsschutzinteresse der Rechtsmittelführer nicht kompensieren.

V — Begründetheit des Rechtsmittels

89. Die Rechtsmittelführer greifen das angefochtene Urteil mit insgesamt sieben Rechtsmittelgründen an. In ihnen werden Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung für das System der Fusionskontrolle auf der Ebene der Gemeinschaft aufgeworfen. Zwar stellen

54 — Vgl. dazu Nr. 12 dieser Schlussanträge.

55 — Urteile vom 8. Juli 1999, Kommission/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, Randnr. 171), und vom 22. Februar 2005, Kommission/max.mobil (C-141/02 P, Slg. 2005, I-1283, Randnr. 48).

sich diese Rechtsfragen noch im Hinblick auf die „alte“ Fusionskontrollverordnung, gleichwohl ist ihre Lösung auch für die neu gefasste EG-Fusionskontrollverordnung (Verordnung Nr. 139/2004) maßgeblich, weil sich beide Verordnungen in den hier streitigen Punkten nicht wesentlich unterscheiden.

90. Da sich die einzelnen Rechtsmittelgründe teilweise überschneiden, ist es zweckmäßig, sie im Hinblick auf ihre jeweiligen inhaltlichen Berührungspunkte zu gruppieren und dementsprechend in veränderter Reihenfolge zu prüfen. Lediglich der fünfte Rechtsmittelgrund bedarf nachfolgend keiner Erörterung mehr, weil er, wie erwähnt, teils unzulässig, teils wirkungslos („inopérant“) ist⁵⁶.

A — Ermittlungs- und Begründungsaufwand für Genehmigungsentscheidungen der Kommission (erster, zweiter, dritter und sechster Rechtsmittelgrund)

91. Der erste, zweite, dritte und sechste Rechtsmittelgrund betreffen konkret den Ermittlungs- und Begründungsaufwand, den die Kommission treiben muss, wenn sie einen Unternehmenszusammenschluss genehmigt.

⁵⁶ — Vgl. oben, Nrn. 50 bis 55 und Nrn. 66 bis 71 dieser Schlussanträge.

92. Die Rechtsmittelführer sind im Kern der Auffassung, das Gericht habe die rechtlichen Anforderungen an eine Genehmigungsentscheidung der Kommission und an ihre gerichtliche Kontrolle überzogen. Dabei werden sie teilweise von der Kommission unterstützt⁵⁷. Impala hingegen verteidigt das angefochtene Urteil des Gerichts vollumfänglich.

1. Zur Begründung von Genehmigungsentscheidungen in der Fusionskontrolle (erster und dritter Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes)

93. Ich beginne meine Prüfung mit dem ersten und dritten Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes⁵⁸. Darin machen die Rechtsmittelführer geltend, das Gericht habe falsche und übertrieben hohe Anforderungen an die Begründung von Genehmigungsentscheidungen der Kommission in der Fusionskontrolle gestellt.

94. Zunächst ist zu klären, ob Genehmigungsentscheidungen der Kommission

⁵⁷ — Die Kommission unterstützt ausweislich ihrer Rechtsmittelbeantwortung den ersten und zweiten Rechtsmittelgrund sowie den ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes.

⁵⁸ — Soweit mit dem sechsten Rechtsmittelgrund die Bezugnahmen des Gerichts auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte als rechtsfehlerhaft gerügt werden (zweiter Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes), prüfe ich ihn später im Zusammenhang mit dem ersten Rechtsmittelgrund (vgl. Nrn. 145 bis 183 dieser Schlussanträge). Soweit mit dem sechsten Rechtsmittelgrund die inhaltlichen Anforderungen an eine Genehmigungsentscheidung thematisiert werden (vierter Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes), überschneidet er sich mit dem zweiten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes und mit dem vierten Rechtsmittelgrund und wird in deren Zusammenhang geprüft (Nrn. 201 bis 232 bzw. 233 bis 268 dieser Schlussanträge).

überhaupt wegen unzureichender Begründung für nichtig erklärt werden können. Bejahendenfalls ist zu erörtern, welchen Umfang die Begründungspflicht hat und ob diesbezüglich das Gericht im vorliegenden Fall Rechtsfehler begangen hat.

nur eine Fremdkontrolle des Handelns der Institutionen durch die Gemeinschaftsgerichte ermöglichen, sondern soll die Institutionen auch zur Selbstkontrolle anregen und vor unüberlegten oder mangelhaft durchdachten Maßnahmen bewahren. Die Begründung von Entscheidungen trägt außerdem zur Transparenz des Verwaltungshandelns bei⁶⁰.

a) Anfechtbarkeit von Genehmigungsentscheidungen wegen Begründungsmangels

95. Die Rechtsmittelführer sind der Meinung, eine Genehmigungsentscheidung der Kommission in der Fusionskontrolle könne überhaupt nicht wegen eines Begründungsmangels für nichtig erklärt werden.

96. Diese Auffassung überzeugt mich nicht.

97. Gemäß Art. 253 EG sind die Entscheidungen der Kommission mit Gründen zu versehen. Diese Begründungspflicht ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips und hat im Zusammenhang mit dem Recht auf eine gute Verwaltung auch in Art. 41 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁵⁹ ihren Niederschlag gefunden. Sie soll nicht

98. Die Begründungspflicht beschränkt sich keineswegs auf Entscheidungen, die ihre Adressaten belasten. Die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und der guten Verwaltung gebieten vielmehr auch eine Begründung von Entscheidungen, die ihre Adressaten begünstigen. Dies gilt umso mehr, als solche Entscheidungen sich nachteilig auf die Rechte und Interessen Dritter auswirken können, nicht zuletzt auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts. Dementsprechend unterscheiden auch weder Art. 253 EG noch der dritte Gedankenstrich von Art. 41 Abs. 2 der Charta der Grundrechte zwischen Entscheidungen, die ihren jeweiligen Adressaten begünstigen, und solchen, die sich nachteilig für ihn auswirken. Speziell für die Fusionskontrolle bedeutet dies, dass die Genehmigungsentscheidungen der Kommission ebenso zu begründen sind wie ihre Untersagungsentscheidungen.

99. Als Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift kann ein Verstoß gegen die Begründungspflicht u. a. mit der Nichtigkeitsklage unter den in Art. 230 EG genannten Voraussetzungen vor dem Gemeinschaftsrichter gerügt werden.

59 — ABl. 2000, C 364, S. 1. Die Charta der Grundrechte entfaltet zwar als solche noch keine dem Primärrecht vergleichbaren bindenden Rechtswirkungen, als Rechtskenntnisquelle gibt sie aber Aufschluss über die gemeinschaftsrechtlich garantierten Grundrechte; vgl. dazu auch das Urteil vom 27. Juni 2006, Parlament/Rat, „Familienzusammenführung“ (C-540/03, Slg. 2006, I-5769, Randnr. 38), und Nr. 108 meiner Schlussanträge vom 8. September 2005 in jener Rechtssache, ferner das Urteil vom 13. März 2007, Unibet (C-432/05, Slg. 2007, I-2271, Randnr. 37).

60 — Zum Transparenzprinzip vgl. auch Art. 1 Abs. 2 EU, wonach in der Europäischen Union „die Entscheidungen möglichst offen ... getroffen werden“.

100. Art. 10 Abs. 6 FkVO, auf den sich die Rechtsmittelführer im vorliegenden Fall berufen, enthält keine Ausnahme von der Anfechtbarkeit von Entscheidungen wegen Verletzung der Begründungspflicht. Schon aus der Normenhierarchie folgt, dass Bestimmungen des Sekundärrechts die Tragweite des Primärrechts, wozu auch die Art. 230 EG und Art. 253 EG zählen, nicht einschränken können. Vielmehr ist Art. 10 Abs. 6 FkVO im Lichte höherrangigen Rechts, insbesondere im Lichte von Art. 230 EG und Art. 253 EG, auszulegen und anzuwenden⁶¹.

101. Ohnehin entspricht es aber weder dem Wortlaut noch den Zielen und dem Regelungszusammenhang von Art. 10 Abs. 6 FkVO, eine Ausnahme von der Begründungspflicht einzuführen oder gar Genehmigungsentscheidungen der Kommission gegen die Rüge des Begründungsmangels zu „immunisieren“.

102. Art. 10 Abs. 6 FkVO führt lediglich eine *Genehmigungsfiktion* für den Fall ein, dass die Kommission nicht rechtzeitig über die Vereinbarkeit eines bei ihr angemeldeten Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt entscheidet⁶². Die Vorschrift entbindet die Kommission also nicht etwa

von ihrer gesetzlichen Verpflichtung⁶³, über alle bei ihr angemeldeten Zusammenschlüsse im Wege einer begründeten Entscheidung ausdrücklich zu befinden⁶⁴. Ganz im Gegenteil sieht die Vorschrift Abhilfe für den Fall vor, dass die Kommission jener Verpflichtung einmal nicht fristgemäß nachkommen sollte.

103. Sicherlich ist Art. 10 Abs. 6 FkVO daneben auch Ausdruck des für das gesamte Fusionskontrollverfahren prägenden Beschleunigungsgebots. Zusammen mit den im selben Artikel normierten strengen Verfahrensfristen trägt diese Vorschrift zur möglichst raschen Schaffung von Rechtssicherheit bei, was nicht nur den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, sondern auch den Märkten im Allgemeinen zugute kommt.

104. Gleichwohl kann das legitime Bedürfnis nach Rechtssicherheit nicht so weit gehen, dass die Entscheidung über einen Zusammenschluss ganz oder teilweise der richterlichen Kontrolle entzogen wird. Erst wenn die Klagefrist gemäß Art. 230 Abs. 5 EG verstrichen ist oder eine etwa eingelegte Nichtigkeitsklage erfolglos war, wird die Genehmigung des Zusammenschlusses bestandskräftig und schafft endgültig Rechtssicherheit für alle Beteiligten.

61 — Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Bestimmung des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts möglichst so auszulegen, dass sie mit dem Vertrag und den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist; vgl. Urteile vom 25. November 1986, Klensch u. a. (201/85 und 202/85, Slg. 1986, 3477, Randnr. 21), vom 27. Januar 1994, Herbrink (C-98/91, Slg. 1994, I-223, Randnr. 9), vom 1. April 2004, Borgmann (C-1/02, Slg. 2004, I-3219, Randnr. 30), und vom 4. Oktober 2007, Schutzverband der Spirituosen-Industrie (C-457/05, Slg. 2007, I-8075, Randnr. 22).

62 — Es gilt dann die *Vermutung*, dass der Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist (zum Begriff der Vermutung vgl. auch Art. 7 Abs. 1 und Abs. 5 FkVO).

63 — Diese Verpflichtung folgt für die Vorprüfungsphase aus Art. 6 Abs. 1 FkVO und für das förmliche Prüfverfahren aus Art. 8 Abs. 1 FkVO.

64 — Von dieser Verpflichtung ist die Kommission nur entbunden, soweit sie den Zusammenschluss gemäß Art. 9 FkVO an eine nationale Wettbewerbsbehörde verweist, außerdem bei Rücknahme der Anmeldung wegen Aufgabe des Zusammenschlussvorhabens.

105. Entgegen der Auffassung der Rechtsmittelführer geht Art. 10 Abs. 6 FkVO auch keineswegs seiner praktischen Wirksamkeit („*effet utile*“) verlustig, nur weil die — ausdrückliche oder fingierte — Genehmigung von Zusammenschlüssen gerichtlich überprüfbar bleibt. Vom drohenden Eintritt einer Genehmigungsfiktion im Fall der Fristüberschreitung („Guillotine-Effekt“) geht vielmehr in jedem Fusionskontrollverfahren eine nicht zu unterschätzende disziplinierende Wirkung auf die Kommission als Fusionskontrollbehörde aus⁶⁵. Außerdem steht es den beteiligten Unternehmen frei, ihren Zusammenschluss zu vollziehen, sobald dieser von der Kommission genehmigt ist oder eine Genehmigungsfiktion eingetreten ist⁶⁶; von dieser Möglichkeit haben auch die Rechtsmittelführer nach eigenen Angaben Gebrauch gemacht.

106. Insgesamt komme ich daher zu dem Schluss, dass die Genehmigung eines Zusammenschlusses — gleichviel, ob sie ausdrücklich oder implizit erfolgte — wegen Verletzung der Begründungspflicht für nichtig erklärt werden kann.

b) Umfang der Begründungspflicht

107. Die Rechtsmittelführer sind außerdem der Meinung, das Gericht sei im vorliegenden Fall zu Unrecht von einer unzureichenden Begründung der ersten Genehmigungsentscheidung ausgegangen. Das Gericht habe sich damit in Widerspruch zur gefestigten Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte gesetzt.

108. Im Kern dreht sich der Streit um die Frage, wie detailliert die Kommission in der ersten Genehmigungsentscheidung ihre Feststellung begründen musste, der Markt sei nicht so transparent, als dass die Preise koordiniert werden könnten⁶⁷.

109. Diese Feststellung war von Bedeutung für die Einschätzung der Kommission, dass keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine kollektive marktbeherrschende Stellung der fünf Top-Konzerne auf diversen nationalen Märkten für bespielte Tonträger bestünden und dass der Zusammenschluss auch voraussichtlich nicht zur Schaffung einer solchen kollektiven Marktbeherrschung führen dürfte⁶⁸. Nicht zuletzt auf jener Einschätzung basiert die Genehmigung des Zusammenschlusses.

65 — Soweit ersichtlich, ist es erst ein einziges Mal in der langjährigen Geschichte der europäischen Fusionskontrolle vorgekommen, dass die Kommission — aufgrund eines Berechnungsfehlers — eine Verfahrensfrist versäumte (Sache IV/M.330 — McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann); vgl. dazu Von Koppenfels, U., in: Drauz/Jones (Hrsg.), *EU Competition Law*, Band II — *Mergers and Acquisitions*, Leuven 2006, Randnr. 6.27.

66 — Etwaige Nichtigkeitsklagen Dritter haben nach Art. 242 S. 1 EG keine aufschiebende Wirkung.

67 — Vgl. dazu Randnrn. 278 bis 325, insbesondere Randnrn. 287 und 325, des angefochtenen Urteils.

68 — 153., 158. und 183. Erwägungsgrund der ersten Genehmigungsentscheidung.

— Das angefochtene Urteil

110. Im angefochtenen Urteil hat das Gericht verschiedene Abschnitte der ersten Genehmigungsentscheidung daraufhin überprüft, ob sie eine ausreichende Begründung für die Feststellung mangelnder Markttransparenz enthielten, und hat dies jeweils verneint.

111. Zunächst hat das Gericht den der Markttransparenz gewidmeten speziellen Abschnitt der ersten Genehmigungsentscheidung⁶⁹ untersucht und festgestellt, die Kommission komme dort „nicht zu dem Ergebnis, dass der Markt nicht oder nicht so transparent war, dass er eine kollektive beherrschende Stellung ermöglicht“. Zudem beziehe sich die Kommission in jenem Abschnitt „nur auf Faktoren, die eine starke Markttransparenz herstellen und die Überwachung einer Kollusion erleichtern können, mit Ausnahme nur der nicht sehr aussagekräftigen und unsubstantiierten Behauptung, dass die Werberabatte die Transparenz einschränken und die geheimen Abmachungen erschweren könnten“. Allein dieser spezielle Abschnitt der ersten Genehmigungsentscheidung könne somit „offensichtlich nicht als rechtlich hinreichende Begründung für die Behauptung angesehen werden, dass der Markt nicht ausreichend transparent sei“⁷⁰.

112. Sodann hat sich das Gericht den Ausführungen der Kommission zu einer

etwaigen „gemeinsamen Preispolitik“⁷¹ zwischen den fünf Top-Konzernen⁷² zugewandt und sie ebenfalls auf Anhaltspunkte überprüft, die geeignet wären, den behaupteten Mangel an Markttransparenz zu erklären⁷³. Dabei hat es sowohl die Angaben der Kommission zu den Listenpreisen als auch jene zu den Preisnachlässen (Kundenrabatte und Werberabatte) untersucht. Diesbezüglich hat das Gericht zum einen festgestellt, „dass nach dem Wortlaut der Entscheidung der Listenpreis ... einen Faktor der Markttransparenz bildet“⁷⁴. Zum anderen könnten „die wenigen Ausführungen über die Werberabatte ..., soweit sie ungenau oder unsubstantiiert sind oder gar mit anderen Feststellungen der Entscheidung im Widerspruch stehen, weder die fehlende Transparenz des Marktes noch die der Werberabatte belegen“⁷⁵. Schließlich enthalte „auch der Abschnitt über die kleinen Länder keine Begründung für die Feststellung, dass der Markt wegen der Werberabatte nicht transparent sei“⁷⁶.

113. Speziell zu den von der Kommission ins Feld geführten Werberabatten hat das Gericht konkretere Darlegungen in der ersten Genehmigungsentscheidung vermisst,

71 — Die deutsche Übersetzung des 69. Erwägungsgrundes der ersten Genehmigungsentscheidung ist insoweit ungenau, verwendet sie doch für „common price policy“ das Wort „Preisabsprachen“.

72 — Jene Ausführungen der Kommission finden sich im Kern im 74. bis 80. Erwägungsgrund der ersten Genehmigungsentscheidung; das Gericht prüft die dort gemachten Angaben zur Lage im Vereinigten Königreich stellvertretend für die Begründung der Entscheidung im Übrigen.

73 — Randnrn. 295 bis 324 des angefochtenen Urteils.

74 — Randnr. 303 des angefochtenen Urteils.

75 — Randnr. 320 des angefochtenen Urteils.

76 — Randnr. 324 des angefochtenen Urteils.

69 — 111. bis 113. Erwägungsgrund der ersten Genehmigungsentscheidung.

70 — Randnr. 294 des angefochtenen Urteils.

namentlich „zur Natur der Werberabatte, zu den Umständen, unter denen die Werberabatte Anwendung finden können, zum Maß ihrer fehlenden Transparenz, zu ihrem Umfang oder ihren Auswirkungen auf die Preistransparenz“⁷⁷. Wie das Gericht ferner bemängelt, „beschränken sich [die Ausführungen der Kommission zu den Werberabatten in den großen Ländern] zudem auf die Feststellung, dass die Werberabatte weniger transparent als die Kundenrabatte seien, begründen hingegen nicht, warum sie für die Markttransparenz relevant sind, und lassen nicht erkennen, wie die Werberabatte für sich allein genommen alle anderen in der Entscheidung bezeichneten Faktoren der Markttransparenz aufwiegen und damit die für eine kollektive beherrschende Stellung erforderliche Transparenz ausschließen können“⁷⁸.

— Würdigung

114. Im Rechtsmittelverfahren ist es nicht Aufgabe des Gerichtshofs, die vom Gericht vorgenommene Bewertung der ersten Genehmigungsentscheidung durch seine eigene zu ersetzen. Dementsprechend hat der Gerichtshof nicht etwa selbst die Genehmigungsentscheidung zu prüfen und zu beurteilen, ob ihre Begründung mangelhaft oder ausreichend war. Vielmehr hat der Gerichtshof zu entscheiden, ob dem Gericht im angefochtenen Urteil seinerseits Rechtsfehler bei der Prüfung der Begründung der Genehmigungsentscheidung unterlaufen sind, insbesondere, ob das Gericht seiner Prüfung zutreffende oder aber übermäßig strenge Kriterien zugrunde gelegt hat.

77 — Randnr. 289, letzter Satz, des angefochtenen Urteils.

78 — Randnr. 320, letzter Satz, des angefochtenen Urteils.

115. Nach ständiger Rechtsprechung muss die nach Art. 253 EG vorgeschriebene 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 das zuständige Gericht seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann⁷⁹.

116. Das Begründungserfordernis ist nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Inhalt des Rechtsakts, der Art der angeführten Gründe und nach dem Interesse zu beurteilen, das die Adressaten oder andere durch den Rechtsakt unmittelbar und individuell betroffene Personen an Erläuterungen haben können. 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 Kontexts sowie sämtlicher Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet⁸⁰.

117. Zu den besonderen Umständen eines Fusionskontrollverfahrens gehört der Zeitdruck, dem die Kommission wegen des dort

79 — Vgl. nur Urteile vom 2. April 1998, Kommission/Sytraval und Brink's France (C-367/95 P, Slg. 1998, I-1719, Randnr. 63), vom 24. November 2005, Italien/Kommission (C-138/03, C-324/03 und C-431/03, Slg. 2005, I-10043, Randnr. 54), und Sison/Rat (zitiert in Fn. 34, Randnr. 80).

80 — Urteile Kommission/Sytraval und Brink's France (zitiert in Fn. 79, Randnr. 63), Italien/Kommission (zitiert in Fn. 79, Randnr. 55) und Sison/Rat (zitiert in Fn. 34, Randnr. 80).

geltenden Beschleunigungsgebots und der strengen Verfahrensfristen ausgesetzt ist⁸¹. Auch darf die Kommission sich bei der Begründung ihrer Entscheidungen im Wettbewerbsrecht am Schwierigkeitsgrad des jeweiligen Falls orientieren und dabei vom Kenntnisstand verständiger Wirtschaftsteilnehmer ausgehen, die mit den Marktverhältnissen vertraut sind⁸²; dies gilt umso mehr, wenn Rechte oder Interessen von Marktteilnehmern betroffen sind, die — wie Impala im vorliegenden Fall — selbst am Verfahren beteiligt waren⁸³. Auf beide Gesichtspunkte haben zu Recht die Rechtsmittelführer hingewiesen.

118. Deshalb kann der Kommission sicherlich nicht abverlangt werden, in ihrer Entscheidung über einen bei ihr angemeldeten Zusammenschluss auch zu Gesichtspunkten Stellung zu nehmen, die offensichtlich neben der Sache liegen oder keine oder eindeutig untergeordnete Bedeutung haben⁸⁴. Offenkundiges bedarf in der Entscheidung keiner besonderen Erwähnung. Außerdem muss die Kommission ihre Entscheidung nicht ausführlicher begründen, als dies dem Schwierigkeitsgrad des jeweiligen Falls angemessen ist und aus der Sicht

eines verständigen, mit den Marktverhältnissen vertrauten Wirtschaftsteilnehmers unbedingt erforderlich erscheint.

119. Jedenfalls die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen für eine Entscheidung müssen sich aber stets aus ihrer Begründung nachvollziehen lassen⁸⁵. Deshalb darf die Begründung nicht so knapp sein, dass ihre Klarheit und Schlüssigkeit beeinträchtigt werden⁸⁶. Sie muss ferner folgerichtig sein⁸⁷ und darf keine inneren Widersprüche aufweisen⁸⁸.

120. Gerade eine solch schlüssige, nachvollziehbare und widerspruchsfreie Begründung vermisst das Gericht jedoch im vorliegenden Fall.

121. Im Kern bemängelt das Gericht hier ein Missverhältnis in der Begründung der ersten Genehmigungsentscheidung: Sie enthalte eine Reihe von Anhaltspunkten für das Vorliegen von Markttransparenz und erläutere diese auch ausführlich⁸⁹, wohingegen zum Faktor der Werberabatte, der

81 — Zum Einfluss der zeitlichen Bedingungen, unter denen eine Entscheidung ergeht, auf die Begründungspflicht vgl. Urteile vom 1. Dezember 1965, Schwarze (16/65, Slg. 1965, 1152, 1167), vom 14. Februar 1990, Delacre u. a./Kommission (C-350/88, Slg. 1990, I-395, Randnr. 16), und Verband der freien Rohrwerke u. a./Kommission (zitiert in Fn. 22, Randnr. 186).

82 — In diesem Sinne Urteile vom 28. Oktober 1981, Krupp Stahl/Kommission (275/80 und 24/81, Slg. 1981, 2489, Randnr. 13), und — für den Bereich der Medienpolitik — Urteil vom 19. Februar 1998, DIR International Film u. a./Kommission (T-369/94 und T-85/95, Slg. 1998, II-357, Randnrn. 119 bis 121).

83 — Urteile vom 7. April 1987, SISMA/Kommission (32/86, Slg. 1987, 1645, Randnr. 9), und vom 22. Oktober 1996, Skibssværforsforeningen u. a./Kommission (T-266/94, Slg. 1996, II-1399, Randnr. 239).

84 — Urteile Kommission/Sytraval und Brink's France (zitiert in Fn. 79, Randnr. 64, letzter Satz); vgl. auch Urteile vom 25. Oktober 2005, Deutschland und Dänemark/Kommission, „Feta“, (C-465/02 und C-466/02, Slg. 2005, I-9115, Randnr. 106), und Verband der freien Rohrwerke u. a./Kommission (zitiert in Fn. 22, Randnr. 186, letzter Satz).

85 — Urteile vom 21. März 1955, Niederlande/Hohe Behörde (6/54, Slg. 1955, 215, 232), vom 4. Juli 1963, Deutschland/Kommission (24/62, Slg. 1963, 143, 155), vom 15. Juli 1970, ACF Chemiefarma/Kommission (41/69, Slg. 1970, 661, Randnr. 78), und vom 21. März 2001, Métropole télévision/Kommission (T-206/99, Slg. 2001, II-1057, Randnr. 44, letzter Satz).

86 — Urteil Deutschland/Kommission (zitiert in Fn. 85, S. 155).

87 — Urteil ACF Chemiefarma/Kommission (zitiert in Fn. 85, Randnr. 78).

88 — Urteile Deutschland/Kommission (zitiert in Fn. 85, S. 156) und vom 7. Juli 1981, Rewe-Markt Steffen, „Butterfahrten“ (158/80, Slg. 1981, 1805, Randnr. 26).

89 — Vgl. etwa Randnrn. 294, 303, 319, 320, zweiter Satz, und 321, letzter Satz, des angefochtenen Urteils.

vermeintlich *gegen* hinreichende Markttransparenz spricht, nur vage Behauptungen gemacht würden⁹⁰. Dabei werde nicht erklärt, warum die Werberabatte für die Markttransparenz relevant sind, und es sei nicht erkennbar, wie die Werberabatte für sich allein genommen alle anderen in der Entscheidung bezeichneten Faktoren der Markttransparenz aufwiegen und damit die für eine kollektive beherrschende Stellung erforderliche Transparenz ausschließen könnten⁹¹. Abgesehen davon weist das Gericht auf interne Widersprüche in der Begründung der Entscheidung hin⁹².

122. Ich stimme dem Gericht zu, dass die Kommission in einer Entscheidung, in der sie zunächst ausführlich eine Reihe von Anhaltspunkten *für* Markttransparenz beschrieben hat, nicht ohne nähere Begründung von mangelnder Markttransparenz ausgehen darf. Gibt es gar nur einen einzigen nennenswerten Faktor — hier: die Werberabatte —, der *gegen* das Bestehen hinreichender Markttransparenz und damit gegen die Annahme kollektiver Marktbeherrschung spricht, so muss umso ausführlicher begründet werden, wie dieser Faktor sich auf den Markt auswirkt und inwieweit gerade dieser Faktor alle anderen, zugunsten von Markttransparenz sprechenden Faktoren aufwiegen kann.

123. Insbesondere genügt es nicht, darzulegen, dass ein bestimmter Faktor zu *weniger* Markttransparenz führt oder *führen könnte*; vielmehr ist zumindest zu erläutern, warum eben dieser Faktor den Markt so intransparent macht, dass kollektive Marktbeherrschung nicht angenommen werden kann. Sonst mangelt es den Entscheidungsgründen an Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit. Eben darauf hat das Gericht in seinem angefochtenen Urteil⁹³ zutreffend hingewiesen.

124. Vereinfacht gesagt ist in einer Fusionskontrollentscheidung, die sich über weite Strecken wie eine Untersagungsentscheidung liest, eine hinreichend genaue Darstellung derjenigen Erwägungen, aufgrund derer sich das Blatt schließlich wendet, auch für den verständigen, mit den Marktverhältnissen vertrauten Leser unerlässlich.

125. Die vom Gericht festgestellten Defizite in der Begründung wiegen umso schwerer, als die zwischen den Verfahrensbeteiligten umstrittene Frage der Markttransparenz keine bloße Nebensächlichkeit war, sondern ihr erhebliche Bedeutung für den Ausgang des Fusionskontrollverfahrens zukam⁹⁴. Denn die Feststellung der Kommission, der Markt sei nicht so transparent, als dass die Preise koordiniert werden könnten, stand im Mittelpunkt ihrer Erwägungen für ihre erste

90 — Randnr. 289, letzter Satz, des angefochtenen Urteils.

91 — Randnr. 320, zweiter Satz, des angefochtenen Urteils; im selben Sinne Randnr. 289, letzter Satz, des angefochtenen Urteils.

92 — Randnr. 320, erster Satz, des angefochtenen Urteils.

93 — Vgl. nochmals insbesondere Randnrn. 289, 294 und 320, jeweils letzter Satz, des angefochtenen Urteils.

94 — Dies unterscheidet den vorliegenden Fall von der Rechtsache Kayserberg/Kommission (Urteil zitiert in Fn. 8, Randnrn. 159 und 160), wo der gerügte Begründungsmangel sich nach Ansicht des Gerichts nicht auf einen grundlegenden Bestandteil der Entscheidung der Kommission bezog.

Genehmigungsentscheidung⁹⁵. Zu Recht hat deshalb das Gericht in diesem Punkt hohe Anforderungen an die Begründung der ersten Genehmigungsentscheidung gestellt und diese Begründung einer intensiven Prüfung unterzogen.

126. Hohe Anforderungen waren hier auch deshalb gerechtfertigt, weil der Kommission im Hinblick auf die Markttransparenz die Bewertung komplexer wirtschaftlicher Zusammenhänge abverlangt war, wofür ihr — wie regelmäßig in der Fusionskontrolle — ein nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum zusteht⁹⁶. Verfügt aber die Kommission über einen derartigen Beurteilungsspielraum, so kommt der Beachtung der Garantien, die die Gemeinschaftsrechtsordnung in Verwaltungsverfahren gewährt, umso größere Bedeutung zu. Zu diesen Garantien gehört nicht zuletzt die Verpflichtung, eine Entscheidung ausreichend zu begründen⁹⁷.

127. Berücksichtigt die Kommission im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums

Faktoren, die Einfluss auf die Funktionsweise des Marktes haben, so hat sie diese Faktoren in ihrer Entscheidung nicht nur zu benennen, sondern auch deren Wirkungen anzugeben⁹⁸.

128. Diese Überlegung lässt sich ohne Weiteres auch auf das Wettbewerbsrecht und die Fusionskontrolle übertragen: Misst die Kommission im Rahmen ihrer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung eines Zusammenschlusses bestimmten marktrelevanten Faktoren eine besondere Bedeutung zu, so hat sie diese Faktoren in ihrer Entscheidung nicht nur zu benennen, sondern auch deren Auswirkungen auf die Funktionsweise der betroffenen Märkte hinreichend genau zu beschreiben.

129. In einem Fall, in dem alle anderen Faktoren auf die Transparenz des Marktes hindeuten, darf der aus Sicht der Kommission entscheidende, *gegen* hinreichende Markttransparenz sprechende Faktor nicht nur unter ferner liefen erwähnt werden. Wie das Gericht zutreffend unterstreicht, muss die Kommission vielmehr die Auswirkungen dieses Faktors in ihrer Entscheidung mit konkreten Darlegungen untermauern⁹⁹; sie darf sich nicht lediglich auf die zögerlich geäußerte Vermutung zurückziehen, „dass dieser Faktor den Markt weniger transparent machen und eine geheime Kollusion erschweren *könnte*“¹⁰⁰, ebenso wenig auf die bloße Mutmaßung, „Sonderaktionen

95 — Vgl. dazu Randnrn. 286 und 289 des angefochtenen Urteils, wonach — auch nach der von der Kommission im erstinstanzlichen Verfahren geäußerten Auffassung — „die Transparenz der entscheidende bzw. einzige Grund ist, der die Feststellung trägt, dass auf den Tonträgermärkten keine kollektive beherrschende Stellung bestehe“ (Randnr. 289).

96 — Urteile „Kali & Salz“ (zitiert in Fn. 16, Randnr. 223) und vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval (C-12/03 P, Slg. 2005, I-987, Randnr. 38); vgl. außerdem die Urteile Gencor/Kommission (zitiert in Fn. 16, Randnr. 246) und vom 14. Dezember 2005, General Electric/Kommission (T-210/01, Slg. 2005, II-5575, Randnr. 60), des Gerichts erster Instanz.

97 — Urteile vom 21. November 1991, Technische Universität München (C-269/90, Slg. 1991, I-5469, Randnr. 14), vom 7. Mai 1992, Pesqueras De Bermeo und Naviera Laida/Kommission (C-258/90 und C-259/90, Slg. 1992, I-2901, Randnr. 26), und vom 22. November 2007, Spanien/Lenzing (C-525/04 P, Slg. 2007, I-9947, Randnr. 58). Vgl. außerdem bereits Urteil vom 15. Juli 1960, Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft u. a./Hohe Behörde (36/59 bis 40/59, Slg. 1960, 887, 921 f.).

98 — In diesem Sinne, am Beispiel eines Falls aus der Landwirtschaftspolitik, das Urteil vom 7. April 1992, Compagnia italiana alcool/Kommission (C-358/90, Slg. 1992, I-2457, Randnr. 42).

99 — Randnr. 289, letzter Satz, des angefochtenen Urteils.

100 — Vgl. dazu den 111. Erwägungsgrund der ersten Genehmigungsentscheidung, zitiert in Randnr. 289 des angefochtenen Urteils (Hervorhebung von mir).

*dürften ... weniger transparent als Kundenrabatte sein*¹⁰¹.

130. Insgesamt hat das Gericht deshalb zu Recht ausgeführt, die Kommission dürfe sich hinsichtlich der für ihre Entscheidung ausschlaggebenden Faktoren nicht nur auf „vage Behauptungen“¹⁰² beschränken, die „unsubstanziert“, „nicht sehr aussagekräftig“¹⁰³ und zudem in sich widersprüchlich¹⁰⁴ seien.

131. Vor diesem Hintergrund bin ich der Auffassung, dass das Gericht keinen Rechtsfehler begangen hat, als es von einer unzureichenden Begründung der ersten Genehmigungsentscheidung im Hinblick auf die Feststellungen der Kommission zur (mangelnden) Markttransparenz ausging¹⁰⁵.

c) Sonstiges

132. Nur der Vollständigkeit halber wende ich mich im Folgenden noch einigen weiteren Argumenten zu, die die Rechtsmittelführer im Rahmen ihres sechsten Rechtsmittelgrundes vorgebracht haben.

133. Erstens machen die Rechtsmittelführer geltend, an die Begründung einer Genehmigungsentscheidung seien geringere Anforderungen zu stellen als an die einer Untersagungsentscheidung, weil Dritte aufgrund ihrer schwächeren Stellung im Verfahren nicht denselben Grad an Genauigkeit in der Begründung erwarten dürften wie die am Zusammenschluss Beteiligten im Fall einer Untersagung.

134. Dieses Argument ist nicht stichhaltig. Weder Art. 253 EG noch der dritte Gedankenstrich von Art. 41 Abs. 2 der Charta der Grundrechte unterscheiden in den Begründungsanforderungen zwischen Entscheidungen, die ihren jeweiligen Adressaten begünstigen, und solchen, die sich nachteilig für ihn auswirken.

135. Jedenfalls dann, wenn ein Dritter ins Fusionskontrollverfahren einbezogen und formell von der Kommission angehört wird — so wie dies bei Impala hier der Fall war —, dient die Begründungspflicht auch dem Schutz seiner Rechte und Interessen. Zumindest eine schlüssige, nachvollziehbare und widerspruchsfreie Begründung in Bezug auf die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen der Kommission für ihre Genehmigungsentscheidung darf der Dritte dann erwarten. Genau um diese Mindestanforderungen geht es im vorliegenden Fall¹⁰⁶.

101 — Vgl. dazu den 80. Erwägungsgrund der ersten Genehmigungsentscheidung, zitiert in Randnrn. 315 und 316 des angefochtenen Urteils (Hervorhebung von mir).

102 — Randnr. 289, letzter Satz, des angefochtenen Urteils.

103 — Randnr. 294 des angefochtenen Urteils.

104 — Randnr. 320 des angefochtenen Urteils.

105 — Randnr. 325 des angefochtenen Urteils.

106 — Vgl. oben, Nrn. 119 ff. dieser Schlussanträge.

136. Zwar trifft es zu, dass die verfahrensrechtliche Stellung Dritter in der Fusionskontrolle *im Hinblick auf ihre Anhörung* weniger ausgeprägt ist als die der Zusammenschlussbeteiligten¹⁰⁷. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass ein Dritter *hinsichtlich der Geltendmachung von Begründungsmängeln* ebenfalls Beschränkungen unterläge. Denn wer als Dritter aufgrund seiner unmittelbaren und individuellen Betroffenheit die Hürde der Klageberechtigung überwinden kann, der darf unter den gleichen Voraussetzungen Klage erheben wie alle anderen Kläger auch (Art. 230 Abs. 4 EG); er darf dieselben Nichtigkeitsgründe geltend machen wie sie, einschließlich des Begründungsmangels.

137. Zweitens machen die Rechtsmittelführer geltend, sowohl Impala als auch das Gericht hätten im vorliegenden Fall ohne Schwierigkeiten die Gründe für die erste Genehmigungsentscheidung verstanden. Daraus schließen sie, die besagte Entscheidung sei ausreichend begründet gewesen.

138. Dieses Argument ist ebenfalls nicht zielführend. Zwar mag es in der Tat ein erster Anhaltspunkt für eine ausreichende Begründung sein, wenn der Kläger seine sonstigen Rügen vor Gericht hinreichend zur Geltung bringen konnte¹⁰⁸. Mehr als eine widerlegliche Vermutung kann darin jedoch nicht gesehen werden.

139. Ob nämlich eine Begründung letztlich den rechtlichen Anforderungen von Art. 253 EG entspricht, hängt von objektiven Kriterien ab, zu denen insbesondere die Schlüssigkeit, Nachvollziehbarkeit und Widerspruchsfreiheit der wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen gehört¹⁰⁹. Fehlt es einer Begründung, wie hier, in einem wesentlichen Punkt an Schlüssigkeit, Nachvollziehbarkeit und Widerspruchsfreiheit, so ist die betreffende Entscheidung selbst dann für nichtig zu erklären, wenn der Rechtsschutz des Klägers im Hinblick auf seine übrigen Rügen keinen Schaden genommen hat. Ansonsten wäre es einem Kläger praktisch unmöglich, einen Begründungsmangel im Wege der Nichtigkeitsklage neben anderen Nichtigkeitsgründen erfolgreich geltend zu machen.

140. Anders als die Rechtsmittelführer meinen, ist es im Übrigen keineswegs in sich widersprüchlich, dass das Gericht im vorliegenden Fall zugleich einen Begründungsmangel und einen offensichtlichen Beurteilungsfehler der Kommission festgestellt hat. Eine Entscheidung der Kommission kann sowohl mit formalen als auch mit materiellrechtlichen Mängeln behaftet sein. Dass die Begründung einer Entscheidung — beispielsweise wegen fehlender Schlüssigkeit — mangelhaft ist, schließt nicht aus, dass dieselbe Entscheidung überdies inhaltlich fehlerhaft war.

141. Drittens machen die Rechtsmittelführer geltend, bei der Festlegung der Anforderungen an die Begründung einer Fusionskontrollentscheidung müsse der Vertraulichkeit sensibler Geschäftsdaten Rechnung getragen werden. Deshalb habe das Gericht einen Rechtsfehler begangen, als es der Kommission in Randnr. 411 des angefochtenen

¹⁰⁷ — Urteil Kayserberg/Kommission (zitiert in Fn. 8, Randnr. 105).

¹⁰⁸ — In diesem Sinne etwa die Urteile vom 10. März 2005, Spanien/Rat (C-342/03, Slg. 2005, I-1975, Randnr. 59), und Kayserberg/Kommission (zitiert in Fn. 8, Randnr. 160).

¹⁰⁹ — Vgl. oben, Nr. 119 dieser Schlussanträge.

Urteils abverlangt habe, Details zur Preis- und Rabattpolitik der anderen Top-Konzerne zu veröffentlichen.

d) Zwischenergebnis

142. Auch dieses Vorbringen überzeugt nicht. Es beruht offenbar auf einer Fehlinterpretation von Randnr. 411 des angefochtenen Urteils. Das Gericht hat dort nämlich keineswegs von der Kommission verlangt, Geschäftsgeheimnisse einzelner Marktteilnehmer preiszugeben. Es hat lediglich — und dies zu Recht — das Argument der Kommission zurückgewiesen, bestimmte Zahlen hätten aufgrund ihres vertraulichen Charakters gar nicht in die erste Genehmigungsentscheidung aufgenommen werden können. Denn die Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses (Art. 287 EG) kann nicht so extensiv ausgelegt werden, dass dadurch das Erfordernis der Begründung von Entscheidungen ausgehöhlt würde¹¹⁰.

143. Soweit Zahlenmaterial Geschäftsgeheimnisse enthält, entspricht es der gängigen Praxis der Kommission im Wettbewerbsrecht, diese Zahlen in ihrer Entscheidung durch Bandbreiten zu ersetzen oder sonstwie zusammenzufassen oder zu umschreiben. Zutreffend weist das Gericht darauf hin¹¹¹, dass die Kommission an anderen Stellen in ihrer ersten Genehmigungsentscheidung sehr wohl bezifferte Angaben zur Preispolitik von einzelnen Marktbeteiligten gemacht hat¹¹².

144. Insgesamt hat das Gericht folglich keinen Rechtsfehler begangen, als es in Randnrn. 325 und 542 des angefochtenen Urteils zu dem Schluss kam, die erste Genehmigungsentscheidung sei unzureichend begründet und müsse aus diesem Grund für nichtig erklärt werden. Der erste und dritte Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes sind somit unbegründet.

2. Zu den Bezugnahmen des Gerichts auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte (erster Rechtsmittelgrund und zweiter Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes)

145. Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund und dem zweiten Teil ihres sechsten Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführer geltend, das Gericht habe zu Unrecht die Mitteilung der Beschwerdepunkte zum Maßstab für die gerichtliche Überprüfung der ersten Genehmigungsentscheidung gemacht und der Kommission zu Unrecht abverlangt, etwaige Abweichungen von den Beschwerdepunkten in ihrer Entscheidung zu begründen.

146. Unstreitig enthält das angefochtene Urteil zahlreiche Bezugnahmen auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte. Im Folgenden wende ich mich in einem ersten Schritt allgemein dem Verständnis des Gerichts vom Verhältnis zwischen der Genehmigungsentscheidung und der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu, bevor ich in einem zweiten Schritt die konkreten

110 — Urteil vom 13. März 1985, Niederlande u. a./Kommission (296/82 und 318/82, Slg. 1985, 809, Randnr. 27).

111 — Randnr. 413 des angefochtenen Urteils.

112 — Vgl. dazu etwa den 74., 81., 88., 95. und 102. Erwägungsgrund der ersten Genehmigungsentscheidung.

Bezugnahmen des Gerichts auf einzelne Passagen der Mitteilung der Beschwerdepunkte näher untersuche.

a) Zum allgemeinen Verständnis des Gerichts vom Verhältnis zwischen der Genehmigungsentscheidung und der Mitteilung der Beschwerdepunkte

147. Ganz allgemein beanstanden die Rechtsmittelführer, unterstützt von der Kommission, die Ausführungen des Gerichts zum Verhältnis zwischen der Genehmigungsentscheidung und der Mitteilung der Beschwerdepunkte. Ihrer Ansicht nach hat das Gericht die Natur und die Funktion einer Mitteilung der Beschwerdepunkte verkannt, was auf den Rest des Urteils „abgefärbt“ habe.

— Das angefochtene Urteil

148. Anlässlich seiner Prüfung der Rüge des Begründungsmangels ruft das Gericht im Rahmen einer Vorbemerkung in Erinnerung, dass die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte „sehr deutlich zu dem Schluss kam, dass der Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sei, weil insbesondere bereits vor dem geplanten Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung bestanden habe und der Tonträgermarkt sehr transparent sei und die Koordinierung in besonderem Maße begünstige“¹¹³.

149. Die letztlich erfolgte Genehmigung des Zusammenschlusses bezeichnet das Gericht als „völligen Umschwung in der Auffassung der Kommission“, der „überraschend sein [mag], vor allem angesichts der Verspätung, mit der er erfolgte“¹¹⁴; außerdem wird auf das Erfordernis der Einhaltung zwingender Fristen im Fusionskontrollverfahren verwiesen, was die Kommission nach Auffassung des Gerichts „an einer Verlängerung ihrer Untersuchung hindert und damit eine völlige Änderung des Standpunkts umso unwahrscheinlicher macht, je weiter das Verwaltungsverfahren fortschreitet“¹¹⁵.

— Würdigung

150. Wie in kartellrechtlichen Verfahren, so ist auch in Fusionskontrollverfahren die Beachtung der Verteidigungsrechte vor dem Erlass jeder Entscheidung, die die betroffenen Unternehmen beschweren kann, zwingend¹¹⁶.

151. Zu diesen Verteidigungsrechten gehört insbesondere der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, der einen fundamentalen Grundsatz

¹¹⁴ — Randnrn. 282 und 283 des angefochtenen Urteils.

¹¹⁵ — Randnr. 285 des angefochtenen Urteils.

¹¹⁶ — Urteil vom 4. März 1999, *Assicurazioni Generali und Unicredito/Kommission* (T-87/96, Slg. 1999, II-203, Randnr. 88).

¹¹³ — Randnr. 282 des angefochtenen Urteils.

des Gemeinschaftsrechts darstellt¹¹⁷ und nunmehr auch in Art. 41 Abs. 2 der Charta der Grundrechte Eingang gefunden hat. Für Fusionskontrollverfahren ist dieser Grundsatz überdies einfachgesetzlich in Art. 18 Abs. 3 S. 2 FkVO niedergelegt.

152. Dass den betroffenen Unternehmen in kartellrechtlichen Verfahren und in Fusionskontrollverfahren eine so genannte Mitteilung der Beschwerdepunkte schriftlich zugestellt wird¹¹⁸, ist Ausfluss ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Durch diese Mitteilung der Beschwerdepunkte wird es ihnen ermöglicht, von den Beweismitteln, über die die Kommission verfügt, Kenntnis zu nehmen und ihre Verteidigungsrechte wirksam auszuüben¹¹⁹. Sie erhalten Gelegenheit, schriftlich und, auf begründeten Antrag, mündlich zu den Beschwerdepunkten Stellung zu nehmen¹²⁰. Art. 18 Abs. 3 S. 1 FkVO stellt überdies klar, dass die Kommission ihre Entscheidungen nur auf Einwände stützen darf, zu denen die Betroffenen Stellung nehmen konnten.

153. Aus ihrer Funktion im Verwaltungsverfahren folgt, dass es sich bei einer Mitteilung der Beschwerdepunkte um ein vorbereitendes Schriftstück handelt, dessen tatsächliche und rechtliche Wertungen lediglich vorläufiger Natur sind. Aus diesem Grund kann und muss die Kommission die Ergebnisse des Verwaltungsverfahrens

berücksichtigen, um unter anderem Beschwerdepunkte fallen zu lassen, die sich als nicht ausreichend begründet erwiesen haben¹²¹.

154. An dieser vorläufigen Natur der Mitteilung der Beschwerdepunkte ändert auch der Umstand nichts, dass die Kommission in der Fusionskontrolle, anders als im Anwendungsbereich der Art. 81 EG und 82 EG, strengen Verfahrensfristen unterliegt. Auch für die betroffenen Unternehmen führt das Beschleunigungsgebot im Fusionskontrollverfahren naturgemäß zu besonders kurzen Fristen, innerhalb derer sie ihre Verteidigungsrechte ausüben können. Die umfassende Wahrung der Verteidigungsrechte gebietet es aber, dass das Verteidigungsvorbringen der Betroffenen im Fusionskontrollverfahren keine geringere Berücksichtigung finden darf als im kartellrechtlichen Verfahren. Dementsprechend kann ein solches Vorbringen in der Fusionskontrolle ebenso gut wie im kartellrechtlichen Verfahren zu einer Änderung des Standpunkts der Kommission führen, selbst kurz vor Ablauf der Frist für eine Genehmigungs- oder Untersagungsentscheidung.

155. Vor diesem Hintergrund war es sicherlich unglücklich, dass das Gericht im angefochtenen Urteil den Vorfeld der ersten Genehmigungsentscheidung erfolgten „völligen Umschwung in der Auffassung der

117 — Ständige Rechtsprechung seit den Urteilen vom 13. Februar 1979, Hoffmann-La Roche/Kommission (85/76, Slg. 1979, 461, Randnrn. 9 und 11), und vom 7. Juni 1983, Musique Diffusion française u. a./Kommission (100/80 bis 103/80, Slg. 1983, 1825, Randnr. 10).

118 — Gemäß Art. 13 Abs. 2 der Verordnung Nr. 447/98 teilt die Kommission im Verfahren der Fusionskontrolle ihre Einwände den Anmeldern und anderen Beteiligten schriftlich mit und setzt ihnen eine Frist zur schriftlichen Äußerung.

119 — Urteil SGL Carbon/Kommission (zitiert in Fn. 27, Randnr. 55).

120 — Vgl. Art. 13 Abs. 2 und Art. 14 der Verordnung Nr. 447/98.

121 — Urteil vom 7. Januar 2004, Aalborg Portland u. a./Kommission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, Slg. 2004, I-123, Randnr. 67); im selben Sinne bereits die Urteile Musique Diffusion française u. a./Kommission (zitiert in Fn. 117, Randnr. 14) und vom 17. November 1987, BAT und Reynolds/Kommission (142/84 und 156/84, Slg. 1987, 4487, Randnr. 70).

Kommission“ angesichts seiner „Verspätung“ als „überraschend“ ansah¹²² und allgemein eine völlige Änderung des Standpunkts der Kommission als „umso unwahrscheinlicher“ bezeichnete, „je weiter das Verwaltungsverfahren fortschreitet“¹²³.

156. Ändert die Kommission ihre Bewertung eines bei ihr angemeldeten Zusammenschlusses im Gefolge des Verteidigungsvorbringens der Beteiligten auf die Beschwerdepunkte, so erfolgt diese Neuorientierung des Falls keineswegs „verspätet“, sondern zu einem im Fusionskontrollverfahren üblichen Zeitpunkt. Ein solcher Vorgang ist auch nicht „überraschend“ oder „unwahrscheinlich“¹²⁴, sondern Ausdruck der Beachtung der Verteidigungsrechte und stellt unter Beweis, dass die Anhörung der Betroffenen keine Farce ist.

157. Anders als die Rechtsmittelführer und die Kommission bin ich jedoch nicht der Meinung, dass das angefochtene Urteil aufgrund jener etwas unglücklichen Formulierungen des Gerichts mit einem Rechtsfehler behaftet wäre, in dem ein rechtlich unzutreffendes Grundverständnis von der Natur und der Funktion einer Mitteilung der Beschwerdepunkte zum Ausdruck kommt.

158. Im gleichen Atemzug mit seinen Äußerungen zum „überraschenden“ und „verspäteten“ Charakter des „Umschwungs in der Auffassung der Kommission“ betont nämlich das Gericht ausdrücklich den vorbereitenden Charakter der Mitteilung der Beschwerdepunkte, auch in der Fusionskontrolle; es erkennt zudem an, dass die Kommission gemäß der zu Art. 81 EG und 82 EG ergangenen Rechtsprechung nicht verpflichtet sei, eventuelle Abweichungen von der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erklären¹²⁵.

159. Deshalb bin ich der Auffassung, dass das Gericht in seinen allgemeinen Ausführungen zum Verhältnis zwischen der Genehmigungsentscheidung und der Mitteilung der Beschwerdepunkte die Natur und Funktion dieser Mitteilung letztlich nicht verkannt hat.

160. Selbst wenn man aber einen solchen Rechtsfehler annehmen wollte, würde dieser nicht die Aufhebung des angefochtenen Urteils rechtfertigen, weil er sich, wie ich im Folgenden zeigen werde¹²⁶, nicht in einer rechtsfehlerhaften Bewertung der ersten Genehmigungsentscheidung niedergeschlagen hat und damit von vornherein keine Auswirkungen auf den Tenor des angefochtenen Urteils haben konnte¹²⁷.

122 — Randnr. 283 des angefochtenen Urteils.

123 — Randnr. 285 des angefochtenen Urteils.

124 — In der Geschichte der europäischen Fusionskontrolle gibt es zahlreiche Beispiele für Genehmigungsentscheidungen, denen eine Mitteilung der Beschwerdepunkte vorausging. Zu Recht weisen die Rechtsmittelführer in diesem Zusammenhang beispielhaft auf folgende Fälle hin: COMP/M.1940 — Framatome/Siemens/Cogema/JV, COMP/M.2499 — Norske Skog/Pareco/Walsum, COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl, COMP/M.2314 — BASF/Pantochim/Eurodiol, COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, COMP/M.2706 — Carnival Corporation/P&O Princess, COMP/M.3056 — Celanese/Degussa/European OXO Chemicals und COMP/M.3216 — Oracle/Peoplesoft.

125 — Randnrn. 284 und 285 des angefochtenen Urteils; im selben Sinne Randnrn. 300, 335, 410 und 446 des angefochtenen Urteils.

126 — Nrn. 161 bis 182 dieser Schlussanträge.

127 — Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Rechtsmittel zurückzuweisen, wenn zwar die Gründe des Urteils des Gerichts eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts erkennen lassen, die Urteilsformel sich aber aus anderen Rechtsgründen als richtig erweist (vgl., statt vieler, Urteil vom 21. September 2006, JCB Service/Kommission, C-167/04 P, Slg. 2006, I-8935, Randnr. 186; ähnlich das Urteil Kommission/Tetra Laval, zitiert in Fn. 96, Randnr. 89).

b) Zu den konkreten Bezugnahmen des Gerichts auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte

161. Zu prüfen bleibt die Kritik der Rechtsmittelführer und der Kommission an einer Reihe konkreter Bezugnahmen des Gerichts auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte im Rahmen seiner Prüfung der Rechtmäßigkeit der ersten Genehmigungsentscheidung. Dem Gericht wird vorgeworfen, seine Annahme, die erste Genehmigungsentscheidung sei rechtswidrig, stütze sich zu Unrecht auf einen Vergleich zwischen der Entscheidung und der Mitteilung der Beschwerdepunkte, statt sich allein an der Entscheidung zu orientieren.

162. Auch dieses Vorbringen ist nicht stichhaltig.

163. Zwar trifft es zu, dass im angefochtenen Urteil verschiedentlich auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte verwiesen wird. Insbesondere betont das Gericht mehrfach, die Kommission habe in der ersten Genehmigungsentscheidung ihre Darstellung und Bewertung bestimmter Tatsachen im Vergleich zur Mitteilung der Beschwerdepunkte abgeschwächt¹²⁸ oder geändert¹²⁹.

164. Nur bei vordergründiger Betrachtung hat sich aber das Gericht hinsichtlich der von ihm festgestellten Rechtsfehler in

der ersten Genehmigungsentscheidung auf solche bloßen Divergenzen zur Mitteilung der Beschwerdepunkte gestützt. Bei näherer Betrachtung ergibt sich nämlich, dass sowohl der vom Gericht festgestellte Begründungsmangel als auch der von ihm festgestellte offensichtliche Beurteilungsfehler aus der Genehmigungsentscheidung selbst hergeleitet sind.

165. Was den *Begründungsmangel* anbelangt, so enthalten die Ausführungen des Gerichts zum speziellen Abschnitt der ersten Genehmigungsentscheidung, welcher sich mit Markttransparenz befasst¹³⁰, keinerlei Bezugnahme auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte¹³¹. Auch in den sonstigen Ausführungen des Gerichts zum Begründungsmangel¹³² sind Hinweise auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte selten; sie finden sich lediglich in Randnrn. 300, 302 und 308 des angefochtenen Urteils, und keiner von ihnen ist ausschlaggebend für die Annahme des Gerichts, die erste Genehmigungsentscheidung sei hinsichtlich der dort behaupteten mangelnden Markttransparenz unzureichend begründet:

— In Randnr. 308 des angefochtenen Urteils, die der Entwicklung der Brutto- und Netto-Listenpreise für Händler gewidmet ist, stützt sich das Gericht auf den Inhalt der ersten Genehmigungsentscheidung. Es zieht keinerlei Vergleich zwischen dieser Entscheidung und der Mitteilung der Beschwerdepunkte und stellt dementsprechend auch keine Divergenz zwischen ihnen fest. Vielmehr

128 — Vgl. etwa Randnrn. 300, 302 und 338 des angefochtenen Urteils.

129 — Vgl. etwa Randnrn. 378, 379, 398 und 447 des angefochtenen Urteils.

130 — 111. bis 113. Erwägungsgrund der ersten Genehmigungsentscheidung.

131 — Randnrn. 289 bis 294 des angefochtenen Urteils.

132 — Randnrn. 295 bis 324 des angefochtenen Urteils.

scheint das Gericht beiden Dokumenten tendenziell die gleiche Aussage entnehmen zu wollen; die Mitteilung der Beschwerdepunkte dient dem Gericht insoweit also nur zur zusätzlichen Illustration seiner aus der Entscheidung selbst gewonnenen Erkenntnisse.

- Auch in Randnr. 302 des angefochtenen Urteils hat die Bezugnahme auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte rein illustrativen Charakter, da sich nach Ansicht des Gerichts selbst aus der abgeschwächten Beurteilung der Händlerlistenpreise in der ersten Genehmigungsentscheidung noch „ein weiterer Beleg für die Markttransparenz“ ergibt.
- Dass schließlich die Bezugnahme auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte in Randnr. 300 des angefochtenen Urteils nicht entscheidend für die Argumentation des Gerichts war, stellt das Gericht sogar selbst in der unmittelbar folgenden Randnummer ausdrücklich klar: „Jedenfalls ist die Kommission, *auch wenn nur die in die Entscheidung aufgenommenen Feststellungen berücksichtigt werden*, zu dem Ergebnis gelangt, dass die Listenpreise mehr oder weniger gleich seien“¹³³.

166. Für die Annahme des Begründungsmangels durch das Gericht, der für sich allein bereits zur Nichtigkeitsklärung der ersten Genehmigungsentscheidung geführt hat¹³⁴, spielten folglich etwaige Divergenzen zwischen jener Entscheidung und der Mitteilung der Beschwerdepunkte keine Rolle. Entgegen der Auffassung der Rechtsmittelführer und der Kommission

diente also die Mitteilung der Beschwerdepunkte dem Gericht hier nicht als Maßstab für die Überprüfung der ersten Genehmigungsentscheidung.

167. Was nun den vom Gericht festgestellten *offensichtlichen Beurteilungsfehler* anbelangt, so sind die Bezugnahmen im angefochtenen Urteil auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte zugegebenermaßen zahlreicher; sie finden sich in den Randnrn. 335, 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 528, 532 und 538 des angefochtenen Urteils¹³⁵.

168. Unproblematisch dienen die in den Randnrn. 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 und 538 des angefochtenen Urteils enthaltenen Bezugnahmen auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte wiederum lediglich der Illustration und Ergänzung dessen, was das Gericht ohnehin bereits unmittelbar aus der ersten Genehmigungsentscheidung entnommen hat. Der rein ergänzende Charakter dieser Bezugnahmen auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte wird in den genannten Randnummern des Urteils auch durch sprachliche Zusätze wie „überdies“, „im Übrigen“, „ferner“, „außerdem“, „vgl. auch“ und „[d]ies gilt umso mehr, als ...“ verdeutlicht. An keiner Stelle wird ein irgendwie gearteter Widerspruch zwischen der Genehmigungsentscheidung und der Mitteilung der Beschwerdepunkte kritisiert. Die Mitteilung der Beschwerdepunkte wurde

133 — Randnr. 301 des angefochtenen Urteils (Hervorhebung von mir).

134 — Randnr. 325 des angefochtenen Urteils.

135 — Die von den Rechtsmittelführern und der Kommission außerdem kritisierte Randnr. 491 des angefochtenen Urteils enthält zwar unstreitig ebenfalls einen Verweis auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte. In ihr kann jedoch von vornherein kein Rechtsfehler des Gerichts begründet sein, weil dort ausschließlich der Parteivortrag von Impala zusammengefasst wird. Deshalb wird diese Randnummer des angefochtenen Urteils im Folgenden nicht näher untersucht.

nicht zum Maßstab der gerichtlichen Überprüfung der Genehmigungsentscheidung.

169. Dasselbe gilt für die Randnrn. 378 und 379 des angefochtenen Urteils. Liest man sie im Zusammenhang mit der unmittelbar vorausgehenden Randnr. 377 des angefochtenen Urteils, so dienen auch sie lediglich der Illustration und Ergänzung dessen, was das Gericht zuvor — im Hinblick auf die Transparenz der Preisnachlässe — einzig und allein der Genehmigungsentscheidung entnommen und wie folgt zusammengefasst hat: „Die in der Entscheidung angeführten Beweise können somit die aus ihnen gezogenen Schlüsse nicht stützen.“¹³⁶

170. Problematischer scheinen hingegen die Bezugnahmen auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte in den Randnrn. 335, 398, 408 bis 410, 419, 424, 446, 447, 451 und 528 des angefochtenen Urteils. Auf den ersten Blick wirkt es in der Tat so, als wolle das Gericht dort der Kommission zum Vorwurf machen, sie sei ohne hinreichende Erläuterungen in ihrer ersten Genehmigungsentscheidung von der Mitteilung der Beschwerdepunkte abgerückt¹³⁷.

171. Nach einer Rechtsprechung, auf die auch die Rechtsmittelführer und die Kommission im vorliegenden Verfahren hingewiesen haben, ist die Kommission in ihrer Entscheidung *nicht verpflichtet*,

eventuelle Abweichungen von ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erklären, da es sich bei dieser Mitteilung um ein vorbereitendes Schriftstück handelt, dessen Wertungen lediglich vorläufiger Natur sind¹³⁸. Eine Entscheidung der Kommission in einem kartellrechtlichen Verfahren oder in einem Fusionskontrollverfahren darf folglich nicht lediglich deshalb als rechtsfehlerhaft angesehen und für nichtig erklärt werden, weil sie ohne nähere Erläuterung inhaltlich von der Mitteilung der Beschwerdepunkte abweicht.

172. Dies schließt allerdings nicht aus, dass eine von der Mitteilung der Beschwerdepunkte abweichende Entscheidung *aus anderen Gründen*, die in jener Entscheidung selbst liegen, rechtsfehlerhaft ist und deshalb auf eine Klage hin für nichtig erklärt wird.

173. In diesem Zusammenhang ist insbesondere daran zu erinnern, dass der Kommission in der Fusionskontrolle die Bewertung komplexer wirtschaftlicher Zusammenhänge abverlangt wird. Dabei steht ihr zwar, wie bereits erwähnt, ein nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum zu¹³⁹, dennoch unterliegt sie stets der Kontrolle durch den Gemeinschaftsrichter. Dieser hat die Aufgabe, nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz zu prüfen, sondern auch zu kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heran-

¹³⁶ — Randnr. 377 des angefochtenen Urteils.

¹³⁷ — Nachfolgend schenke ich der Randnr. 335 des angefochtenen Urteils besonderes Augenmerk, weil sie von den Rechtsmittelführern mit besonderem Nachdruck kritisiert wurde. Meine Ausführungen gelten aber für die anderen hier in Frage stehenden Randnummern des angefochtenen Urteils entsprechend.

¹³⁸ — Urteil BAT und Reynolds/Kommission (zitiert in Fn. 121, Randnr. 70).

¹³⁹ — Vgl. dazu die in Fn. 96 angeführte Rechtsprechung.

zuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen¹⁴⁰.

ihnen gezogenen Schlussfolgerungen zu stützen vermögen (*Belastbarkeit der Tatsachenbasis*)¹⁴¹.

174. Selbst wenn also die Kommission in ihrer Entscheidung über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt nicht zu erklären braucht, warum sie inhaltlich von ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte abgerückt ist, muss sich doch aus ihrer Entscheidung Dreierlei nachvollziehen lassen:

— erstens, dass die der Entscheidung zugrunde gelegten Tatsachen sachlich richtig waren, insbesondere, dass sie auf einer zuverlässigen und kohärenten Beweisführung beruhten (*Richtigkeit der Tatsachenbasis*),

— zweitens, dass in der Entscheidung keine relevanten Daten unberücksichtigt blieben, die bei der Bewertung des Zusammenschlusses heranzuziehen gewesen wären (*Vollständigkeit der Tatsachenbasis*), und

— drittens, dass die der Entscheidung zugrunde gelegten Tatsachen die aus

175. Anhaltspunkte, ob die Kommission in einem konkreten Fall die relevanten Daten vollständig berücksichtigt hat, können sich aus sämtlichen Umständen des Einzelfalls ergeben, insbesondere aus allen Schriftstücken, die Bestandteil der Verfahrensakte im Verwaltungsverfahren waren. Zu jenen Schriftstücken gehört nicht zuletzt auch die Mitteilung der Beschwerdepunkte. Denn dieser Mitteilung lässt sich eine Zusammenfassung aller Tatsachen und Beweise entnehmen, die die Kommission beim damaligen Stand des Verfahrens für entscheidungserheblich hielt.

176. In diesem Sinne durfte das Gericht also im angefochtenen Urteil ohne Rechtsfehler annehmen, dass die Mitteilung der Beschwerdepunkte trotz ihrer vorläufigen Natur nicht „völlig bedeutungslos oder unerheblich ist“¹⁴².

177. Zweifelsohne kann sich im weiteren Verlauf des Verfahrens — insbesondere aufgrund des Verteidigungsvorbringens der

140 — Urteil Kommission/Tetra Laval (zitiert in Fn. 96, Randnr. 39); ebenso Urteil Spanien/Lenzing (zitiert in Fn. 97, Randnr. 57).

141 — Vgl. zu diesen drei Punkten nochmals die Urteile Kommission/Tetra Laval (zitiert in Fn. 96, Randnr. 39) und Spanien/Lenzing (zitiert in Fn. 97, Randnr. 57); speziell zur Vollständigkeit der Tatsachenbasis vgl. auch die Urteile Technische Universität München (zitiert in Fn. 97, Randnr. 14), Spanien/Lenzing (zitiert in Fn. 97, Randnr. 58) und Komninou u. a./Kommission (zitiert in Fn. 27, Randnr. 51), wo die Verpflichtung des zuständigen Organs betont wird, sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls zu untersuchen.

142 — Randnr. 335, vorletzter Satz, des angefochtenen Urteils; vgl. auch Randnrn. 410, 419 und 446 jenes Urteils.

beteiligten Unternehmen — ergeben, dass die der Mitteilung der Beschwerdepunkte zugrunde gelegten Tatsachen und Beweise unvollständig oder unzutreffend waren oder dass sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse nicht zu stützen vermochten. Dies erkennt auch das Gericht richtigerweise an, wenn es im angefochtenen Urteil ausführt, die Kommission habe „die im Verwaltungsverfahren zusammengetragenen Beweismittel sowie die Argumente der betroffenen Unternehmen zu berücksichtigen, um Beschwerdepunkte fallen zu lassen, die sich letztlich als unbegründet erweisen“¹⁴³.

178. Allerdings kann und muss sich der Gemeinschaftsrichter vergewissern, ob die Kommission bestimmte von ihr ermittelte Tatsachen, auf die sie sich noch in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte gestützt hatte, im weiteren Verlauf des Verfahrens zu Recht als unzutreffend oder unzuverlässig einstufte und fallen ließ. Ebenso kann und muss der Gemeinschaftsrichter prüfen, ob etwaige neue Tatsachen, auf die sich die Kommission nunmehr stützt, sachlich richtig sind, ob der so ermittelte Sachverhalt vollständig ist und ob er die von der Kommission gezogenen Schlüsse zu tragen vermag.

179. Die Richtigkeit, Vollständigkeit und Belastbarkeit des einer Entscheidung zugrunde gelegten Tatsachenmaterials muss der gerichtlichen Prüfung zugänglich sein¹⁴⁴. Ohne eine derartige Prüfung der Tatsachenbasis der Entscheidung ließe sich überhaupt nicht sinnvoll beurteilen, ob sich die Kommission in den Grenzen des

ihr eingeräumten Beurteilungsspielraums gehalten oder einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat.

180. Zu Recht hat deshalb das Gericht im angefochtenen Urteil eben diese Prüfung vorgenommen und dabei ausgeführt, die Kommission müsse „zumindest im Rahmen des Verfahrens vor dem Gericht die Gründe nennen können, weshalb sie der Meinung ist, dass ihre vorläufigen Beurteilungen fehlerhaft waren“, und vor allem müssten „die Beurteilungen in der Entscheidung mit den Tatsachenfeststellungen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte vereinbar sein, sofern nicht erwiesen ist, dass diese unzutreffend waren“¹⁴⁵.

181. Anders als die Rechtsmittelführer und die Kommission meinen, wird die Fusionskontrollbehörde dadurch vor Gericht keiner Doppelbelastung ausgesetzt. Es wird ihr nicht abverlangt, ihre Entscheidung zu verteidigen und außerdem noch die gegebenenfalls davon abweichende Mitteilung der Beschwerdepunkte zu entkräften. Sie muss lediglich — auf den substantiierten Vortrag eines Klägers hin — darlegen können, dass die Tatsachenbasis *ihrer Entscheidung* richtig und vollständig war und die in der Entscheidung gezogenen Schlüsse zu tragen vermochte. Etwaige Erläuterungen, warum bestimmte Sachverhaltselemente im Lauf des Verwaltungsverfahrens ergänzt oder fallen gelassen oder neu bewertet wurden, sind mit der Frage der Richtigkeit, Vollständigkeit

143 — Randnr. 335, zweiter Satz, des angefochtenen Urteils.

144 — Vgl. dazu nochmals die Urteile Kommission/Tetra Laval (zitiert in Fn. 96, Randnr. 39) und Spanien/Lenzing (zitiert in Fn. 97, Randnr. 56); im selben Sinne die Urteile Technische Universität München (zitiert in Fn. 97, Randnr. 14), Spanien/Lenzing (zitiert in Fn. 97, Randnr. 58) und Komninou u. a./Kommission (zitiert in Fn. 27, Randnr. 51).

145 — Randnr. 335, letzter Satz, des angefochtenen Urteils; im selben Sinne Randnrn. 410, 419 und 446 jenes Urteils.

und Belastbarkeit der Tatsachenbasis der Entscheidung untrennbar verbunden.

3. Zum Beweiswert von in Beantwortung der Beschwerdepunkte vorgebrachten Tatsachen (zweiter Rechtsmittelgrund; erster Teil des dritten Rechtsmittelgrundes)

182. Alles in allem hat also das Gericht die Mitteilung der Beschwerdepunkte in zulässiger Weise *als Anhaltspunkt* herangezogen, als es zu prüfen galt, ob die erste Genehmigungsentscheidung auf einer richtigen und vollständigen Tatsachenbasis erging, welche die von der Kommission gezogenen Schlüsse zu tragen vermochte. *Für nichtig erklärt* hat das Gericht die erste Genehmigungsentscheidung aber nicht wegen etwaiger Abweichungen von der Mitteilung der Beschwerdepunkte, sondern wegen ihrer unzureichenden Begründung und wegen eines offensichtlichen Beurteilungsfehlers. Den Beurteilungsfehler nahm das Gericht an, weil die Tatsachenbasis der Entscheidung unvollständig gewesen sei und sie die von der Kommission gezogenen Schlussfolgerungen zur mangelnden Markttransparenz nicht zu stützen vermocht habe¹⁴⁶.

184. Der zweite Rechtsmittelgrund steht in engem Zusammenhang mit dem ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes; ich schlage deshalb vor, beide gemeinsam zu prüfen. Im Wesentlichen werfen die Rechtsmittelführer dem Gericht hier vor, überzogene Anforderungen an die Beweiskraft ihres Vorbringens zur Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte gestellt zu haben. Zu Unrecht gehe das Gericht ferner von einer Pflicht der Kommission aus, nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte neue Marktuntersuchungen durchzuführen.

c) Zwischenergebnis

183. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der erste Rechtsmittelgrund und der zweite Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes unbegründet sind.

a) Das angefochtene Urteil

185. Im Rahmen seiner Überprüfung der ersten Genehmigungsentscheidung auf offensichtliche Beurteilungsfehler in Bezug auf die Markttransparenz führt das Gericht u. a. aus, „dass die Parteien des Zusammenschlusses nicht bis zum letzten Augenblick warten können, um der Kommission Beweise vorzulegen, mit denen die von der Kommission rechtzeitig vorgebrachten Beschwerdepunkte widerlegt werden sollen, denn die Kommission wäre dann nicht mehr in der Lage, die erforderlichen Ermittlungen anzustellen. Zumindest müssen in diesem Fall die Beweise besonders zuverlässig, objektiv, relevant und überzeugend sein, wenn sie geeignet sein sollen, die von der Kommission

¹⁴⁶ — Randnrn. 459 und 475 des angefochtenen Urteils.

vorgebrachten Beschwerdepunkte mit Erfolg zu widerlegen.“¹⁴⁷ b) Würdigung

186. Das Gericht ist ferner der Auffassung, die Kommission dürfe „nicht so weit gehen, dass sie die Verantwortung für die Durchführung bestimmter Teile der Untersuchung ohne Aufsicht an die Parteien des Zusammenschlusses delegiert, insbesondere wenn, wie im vorliegenden Fall, diese Teile den ausschlaggebenden Gesichtspunkt darstellen, auf dem die Entscheidung beruht, und wenn die von den Parteien des Zusammenschlusses vorgebrachten Angaben und Beurteilungen den von der Kommission während ihrer Untersuchung eingeholten Informationen und den hieraus gezogenen Schlüssen diametral entgegengesetzt sind.“¹⁴⁸

187. An verschiedenen Stellen im angefochtenen Urteil macht das Gericht der Kommission überdies zum Vorwurf, sie habe im Anschluss an die Antwort der Zusammenschlussbeteiligten auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte keine neuen Marktuntersuchungen zur Prüfung der Stichhaltigkeit der Neuorientierung ihrer Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens durchgeführt.¹⁴⁹

188. Wie bereits im Zusammenhang mit dem ersten Rechtsmittelgrund erwähnt, ist in Fusionskontrollverfahren die Beachtung der Verteidigungsrechte vor dem Erlass jeder Entscheidung, die die betroffenen Unternehmen beschweren kann, zwingend¹⁵⁰ (vgl. auch Art. 18 Abs. 3 S. 2 FkVO).

189. Deshalb kann es den betroffenen Unternehmen nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie bestimmte, möglicherweise fallentscheidende Argumente, Tatsachen oder Beweismittel nicht schon bei Anmeldung des Zusammenschlusses oder während der Marktuntersuchung der Kommission, sondern erst im Rahmen ihres Verteidigungsvorbringens gegen die Mitteilung der Beschwerdepunkte präsentieren¹⁵¹. Erst dieser Mitteilung der Beschwerdepunkte können die Zusammenschlussbeteiligten nämlich im Detail entnehmen, welche Einwände die Kommission gegen ihr Zusammenschlussvorhaben erhebt und auf welche

147 — Randnr. 414 des angefochtenen Urteils.

148 — Randnr. 415 des angefochtenen Urteils; ähnlich Randnr. 452 des angefochtenen Urteils.

149 — Vgl. etwa Randnrn. 398, 428 und 451 des angefochtenen Urteils.

150 — Vgl. dazu oben, insbesondere Nrn. 150 bis 152 dieser Schlussanträge.

151 — Davon unberührt bleibt selbstverständlich die Pflicht der betroffenen Unternehmen, für ihren Zusammenschluss eine inhaltlich richtige und vollständige Anmeldung einzureichen (vgl. dazu Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 447/98). Außerdem sind die Zusammenschlussbeteiligten verpflichtet, etwaige Auskunftsverlangen der Kommission umfassend, wahrheitsgemäß und fristgerecht zu beantworten (Art. 11 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 4 und Abs. 5 FkVO).

Argumente und Beweismittel sie sich hierzu im Einzelnen stützt¹⁵².

190. Der Umstand allein, dass die Zusammenschlussbeteiligten bestimmte Argumente, Tatsachen oder Beweismittel erst als Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte vorbringen, berechtigt somit keineswegs zu der Annahme, sie hätten diese Informationen „bis zum letzten Augenblick“ zurückgehalten¹⁵³. Aus den Verteidigungsrechten der betroffenen Unternehmen folgt vielmehr ihr Recht, im Rahmen ihrer schriftlichen und mündlichen Anhörung, d. h. nach Erhalt der Mitteilung der Beschwerdepunkte, alles vorzubringen, was sie für geeignet halten, um die Beschwerdepunkte zu entkräften und die Kommission zu einer Genehmigung ihres Zusammenschlusses zu bewegen. Ein solches Vorbringen ist nicht verspätet, sondern erfolgt zum eigens dafür vorgesehenen Zeitpunkt im Fusionskontrollverfahren.

191. Ebenso wenig dürfen an das Vorbringen der betroffenen Unternehmen in Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte

höhere Anforderungen in Bezug auf seinen Beweiswert und seine Überzeugungskraft gestellt werden als an das Vorbringen von Wettbewerbern, Kunden und sonstigen Dritten, die von der Kommission im Lauf des Fusionskontrollverfahrens befragt werden. Zwar ist die Kommission gehalten, das Vorbringen der Zusammenschlussbeteiligten sorgsam auf seine Richtigkeit, Vollständigkeit und Überzeugungskraft zu überprüfen und es bei berechtigten Zweifeln daran unberücksichtigt zu lassen, doch hat sie hierbei dieselben Maßstäbe anzulegen wie bei der Überprüfung des Vorbringens Dritter.

192. Es würde die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen entwerten, wenn diese mit ihrem Verteidigungsvorbringen zu einzelnen Beschwerdepunkten der Kommission präkludiert wären oder wenn ihrem Verteidigungsvorbringen von vornherein ein geringerer Beweiswert und eine geringere Überzeugungskraft unterstellt würde als etwa den von Dritten im Rahmen der Marktuntersuchung gemachten Angaben.

193. Außerdem hat es nichts mit einer „Delegation“ der Ermittlungen an die betroffenen Unternehmen zu tun, wenn die Kommission in ihrer Entscheidung auf deren Verteidigungsvorbringen eingeht und es zum Anlass nimmt, ihre bisherigen Ermittlungsergebnisse und ihre vorläufigen Schlussfolgerungen aus der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu überdenken sowie gegebenenfalls davon abzuweichen.

194. Schließlich kann die Kommission nicht in jedem Einzelfall verpflichtet sein, nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte und nach der Anhörung der betroffenen Unternehmen

152 — Vor der Mitteilung der Beschwerdepunkte werden die Zusammenschlussbeteiligten zwar ebenfalls über den Fortgang des Verfahrens in Kenntnis gesetzt (es finden Besprechungen statt, ferner erfahren die Anmelder mit Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. c FkVO, auf welchen Gebieten die Kommission *ernsthafte Bedenken* hinsichtlich der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt hat), diese Informationen sind jedoch sehr viel weniger detailliert als eine Mitteilung der Beschwerdepunkte und können sich je nach Fortgang der Marktuntersuchung auch noch laufend ändern.

153 — Sollte sich freilich erweisen, dass die betroffenen Unternehmen im Rahmen der Anmeldung ihres Zusammenschlusses oder bei der Beantwortung von Auskunftsverlangen der Kommission unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht haben, so wäre dies zum einen ein Verstoß gegen ihre Obliegenheit, mit der Kommission im Fusionskontrollverfahren zu kooperieren, und könnte zum anderen die in Art. 8 Abs. 5 Buchst. a FkVO und in Art. 14 Abs. 1 Buchst. b und c FkVO dargelegten Rechtsfolgen nach sich ziehen (Widerruf der Genehmigungsentscheidung und Verhängung von Geldbußen).

noch weitere Marktuntersuchungen anzustellen. Schon die zeitlichen Zwänge, die aus den vergleichsweise strengen Verfahrensfristen folgen, machen es der Kommission unmöglich, kurz vor der Übersendung ihres Entscheidungsvorentwurfs an den Beratenden Ausschuss für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen¹⁵⁴ noch umfangreiche Auskunftsverlangen zu komplexen wirtschaftlichen Fragen an zahlreiche Marktteilnehmer zu versenden. Realistischerweise dürften in der kurzen verbleibenden Zeit auch nur selten brauchbare Ermittlungsergebnisse zu erwarten sein. Außerdem müssten die betroffenen Unternehmen zu den Ermittlungsergebnissen erneut angehört werden, wollte man beispielsweise eine Verbotsentscheidung auf sie stützen. Zu Recht haben die Rechtsmittelführer deshalb angemerkt, dass die Rechtsfolge einer unklaren Beweislage *nach* Anhörung der betroffenen Unternehmen nicht die Einleitung neuer Marktuntersuchungen sein kann, sondern die Annahme einer Entscheidung auf der Grundlage der vorliegenden Informationen; dafür spricht auch Art. 10 Abs. 6 FkVO, der eine Genehmigungsfiktion für den Fall vorsieht, dass die Kommission innerhalb der ihr vorgegebenen Fristen keine Entscheidung trifft.

195. Vor diesem Hintergrund bin ich der Auffassung, dass das Gericht die Rechtslage verkannt hat, als es ausführte, die Parteien des Zusammenschlusses könnten nicht „bis zum letzten Augenblick warten ...“, um der Kommission Beweise vorzulegen, mit denen die von der Kommission rechtzeitig vorgebrachten Beschwerdepunkte widerlegt werden sollen“, und solche Beweise müssten „*besonders* zuverlässig, objektiv, relevant und überzeugend sein“, um die Beschwerdepunkte der Kommission mit Erfolg zu widerlegen; auch hat das Gericht zu Unrecht das

Fehlen weiterer Marktuntersuchungen nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte gerügt und das Aufgreifen des Verteidigungsvorbringens der Rechtsmittelführer durch die Kommission mit einer unzulässigen Delegation der Untersuchung an die Parteien des Zusammenschlusses gleichgesetzt¹⁵⁵.

196. Damit sind der zweite Rechtsmittelgrund und der erste Teil des dritten Rechtsmittelgrundes der Sache nach begründet.

197. Daraus folgt jedoch noch nicht, dass das angefochtene Urteil aufzuheben wäre¹⁵⁶. Das Gericht beanstandet nämlich nicht nur, dass sich die Kommission bei ihrer Beurteilung der Markttransparenz auf das Verteidigungsvorbringen von Bertelsmann und Sony gestützt und von neuen Marktuntersuchungen abgesehen habe. Es überprüft vielmehr auch inhaltlich die Überlegungen der Kommission zur Markttransparenz auf offensichtliche Beurteilungsfehler.

198. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass das Gericht nicht erst in den hier streitigen Passagen des angefochtenen Urteils, sondern bereits deutlich früher, in Randnr. 377, einen offensichtlichen Beurteilungsfehler feststellt: „Die in der Entscheidung angeführten Beweise können somit die aus ihnen gezogenen Schlüsse nicht

154 — Art. 19 Abs. 3 bis 7 FkVO.

155 — Vgl. dazu nochmals insbesondere Randnrn. 414 und 415 des angefochtenen Urteils (Hervorhebung von mir).

156 — Vgl. dazu nochmals die in Fn. 127 angeführte Rechtsprechung.

stützen.“ Diese Feststellung steht noch in keinem Zusammenhang mit dem hier streitigen Verteidigungsvorbringen der Zusammenschlussbeteiligten zu den Werberabatten und mit seiner Berücksichtigung durch die Kommission.

199. Auch in den Randnrn. 384 bis 387 des angefochtenen Urteils stellt das Gericht einen offensichtlichen Beurteilungsfehler der Kommission fest, der nicht mit der Berücksichtigung des Verteidigungsvorbringens der Zusammenschlussbeteiligten zu den Werberabatten begründet ist, sondern mit der inhaltlich fehlerhaften Auswertung der Ergebnisse der Marktuntersuchung, insbesondere der Antworten von Einzelhändlern, durch die Kommission.

200. Jeder dieser beiden offensichtlichen Beurteilungsfehler trägt bereits für sich allein die Nichtigerklärung der ersten Genehmigungsentscheidung durch das Gericht. Abgesehen davon rechtfertigte, wie bereits erwähnt, auch der vom Gericht rechtsfehlerfrei festgestellte Begründungsmangel die Nichtigerklärung der ersten Genehmigungsentscheidung¹⁵⁷.

4. Zu den Beweisanforderungen für die Genehmigung von Zusammenschlüssen (zweiter Teil des dritten Rechtsmittelgrundes)

201. Mit dem zweiten Teil ihres dritten Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführer geltend, das Gericht habe rechtsfehlerhaft falsche und überzogene Beweisanforderungen an die Genehmigung von Zusammenschlüssen durch die Kommission gestellt¹⁵⁸.

202. Ihre Kritik an dem angefochtenen Urteil begründen die Rechtsmittelführer wie folgt: Allgemein habe das Gericht verkannt, dass die Kommission bei Genehmigungsentscheidungen und Untersagungsentscheidungen nicht denselben Beweisanforderungen unterliege; sie behaupten, es bestehe eine Asymmetrie der Beweisanforderungen und eine allgemeine Vermutung der Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt. Konkret im vorliegenden Fall habe das Gericht der Kommission zu Unrecht abverlangt, den positiven Nachweis des *Fehlens von Markttransparenz* zu führen; richtigerweise hätte das Gericht nach Ansicht der Rechtsmittelführer lediglich prüfen dürfen, ob die Kommission zum Zeitpunkt der ersten Genehmigungsentscheidung über hinreichende Beweise für das *Vorhandensein von Markttransparenz* verfügte.

¹⁵⁷ — Vgl. oben, Nrn. 93 bis 144 dieser Schlussanträge.

¹⁵⁸ — Die folgenden Ausführungen gelten auch für den in Randnrn. 98 bis 100 sowie 102 der Rechtsmittelschrift enthaltenen Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes.

a) Zur behaupteten Asymmetrie der Anforderungen an Genehmigungs- und Untersagungsentscheidungen in der Fusionskontrollverordnung

203. Ich wende mich zunächst dem Argument der Rechtsmittelführer zu, die Beweisanforderungen in der Fusionskontrollverordnung seien asymmetrisch, und es bestehe eine allgemeine Vermutung der Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt.

— Fusionskontrollentscheidungen sind Prognoseentscheidungen

204. Einleitend ist hervorzuheben, dass sich die Fusionskontrollentscheidungen der Kommission von solchen in Kartellverfahren gemäß Art. 81 EG und in Verfahren zur Ahndung von Missbräuchen einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 82 EG in einem wesentlichen Punkt unterscheiden: In der Fusionskontrolle wird der Kommission nicht abverlangt, das — vermeintlich rechtswidrige — Verhalten von Unternehmen in der Vergangenheit zu bewerten und gegebenenfalls zu ahnden, sondern vielmehr, eine *Prognose* über die künftige Marktentwicklung abzugeben. Sie hat zu beurteilen, ob ein Zusammenschluss geeignet ist, eine beherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde (Art. 2 Abs. 2 und 3 sowie Art. 8 Abs. 2 und 3 FkVO).

205. Die Entscheidung der Kommission, einen bestimmten Zusammenschluss zu genehmigen oder zu verbieten, stützt sich also notwendigerweise auf ein *ex ante* gefälltes Wahrscheinlichkeitsurteil. Dies erkennt auch der Gerichtshof im Urteil Kommission/Tetra Laval an, wenn er ausführt, dass es in der Fusionskontrolle gilt, „Ereignisse vorherzusehen, die künftig mit mehr oder weniger großer Wahrscheinlichkeit eintreten werden“¹⁵⁹.

206. Bei der gerichtlichen Überprüfung eines solchen Wahrscheinlichkeitsurteils kann es nicht so sehr um die *Beweisbarkeit*, als vielmehr um die *Plausibilität* der Prognose der Kommission gehen, ein Zusammenschluss werde sich positiv oder negativ auf den Wettbewerb auswirken. Beweise muss die Kommission nur für die Tatsachen vorlegen können, auf die sie ihre Prognose gestützt hat, so etwa für die von ihr ermittelten Marktstrukturelemente (im vorliegenden Fall z. B. die diversen Faktoren, die für bzw. gegen die Annahme von Markttransparenz sprechen). In diesem Sinne stellt der Gerichtshof im Urteil Kommission/Tetra Laval fest, dass „Beweise die Beurteilungen der Kommission stützen sollen, wonach ... das Szenario der wirtschaftlichen Entwicklung, von dem sie ausgeht, *plausibel* wäre“¹⁶⁰.

207. Der Standard, nach dem eine Prognose der Kommission über die zu erwartende Marktentwicklung als *plausibel* oder

159 — Urteil Kommission/Tetra Laval (zitiert in Fn. 96, Randnr. 42); vgl. auch Urteil General Electric/Kommission (zitiert in Fn. 96, Randnr. 64).

160 — Urteil Kommission/Tetra Laval (zitiert in Fn. 96, Randnr. 44; Hervorhebung von mir).

implausibel anzusehen ist, sollte mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Fusionskontrollverfahrens definiert werden. Die Kommission verhängt in ihren Fusionskontrollentscheidungen gemäß Art. 8 FkVO keine Sanktionen, ebenso wenig nimmt sie Eingriffe in die körperliche Bewegungsfreiheit oder die körperliche Unversehrtheit von natürlichen Personen vor. Vielmehr erteilt oder verweigert die Kommission lediglich Genehmigungen verwaltungsrechtlicher Art für eine wirtschaftliche Betätigung, nämlich den Zusammenschluss von Unternehmen. Zudem geschieht dies in einem Verfahren, das von einem Beschleunigungsgebot geprägt ist und sich durch ein fein austariertes, vergleichsweise strenges Fristenregime auszeichnet¹⁶¹.

208. Angesichts dieser Eigenschaften des Fusionskontrollverfahrens scheint es mir eine angemessene Richtschnur zu sein, dass die Kommission von derjenigen Marktentwicklung auszugehen hat, die sie am Ende einer mehrmonatigen vertieften Prüfung eines Zusammenschlusses für die wahrscheinlichste hält (Englisch: „balance of probabilities“). Sehr treffend hat dies etwa das Gericht erster Instanz vor nicht allzu langer Zeit im Urteil General Electric/Kommission auf den Punkt gebracht: „Die Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung ... erfordert es, sich die verschiedenen Kausalketten vor Augen zu führen *und von denjenigen mit der größten Wahrscheinlichkeit auszugehen*“¹⁶².

209. Ist also die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

wahrscheinlicher als deren Ausbleiben, so ist der Zusammenschluss zu untersagen; ist hingegen die Begründung oder Verstärkung einer solchen Stellung weniger wahrscheinlich als deren Ausbleiben, so ist der Zusammenschluss zu genehmigen. Aufgabe des Gemeinschaftsrichters ist es, die jeweilige Prognose der Kommission auf offensichtliche Beurteilungsfehler zu überprüfen, also darauf, ob die Kommission ihr eine richtige und vollständige Tatsachenbasis zugrunde gelegt hat und ob diese Tatsachenbasis die Prognose zu stützen vermag¹⁶³.

210. Ich halte es für wenig sachgerecht, die Messlatte in der Fusionskontrolle höher zu legen und etwa zu verlangen, dass die von der Kommission prognostizierte Marktentwicklung „sehr wahrscheinlich“ oder „besonders wahrscheinlich“ sein muss, um vor Gericht Bestand zu haben¹⁶⁴. Zum einen würde ein solcher erhöhter Wahrscheinlichkeitsstandard die Kommission in ihrer wettbewerbspolitischen Funktion deutlich schwächen. Die Kommission müsste dann nämlich sehenden Auges Zusammenschlüsse genehmigen, obwohl diese wahrscheinlich zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen und sich somit wettbewerbsschädlich auswirken würden. Eingreifen könnte die Kommission nur noch in denjenigen Fällen, in denen ein Zusammenschluss „sehr wahrscheinlich“ oder „besonders wahrscheinlich“ solche wettbewerbsschädlichen Auswirkungen hätte. Zum anderen würde ein derart

¹⁶¹ — Vgl. Nr. 12 dieser Schlussanträge.

¹⁶² — Urteil General Electric/Kommission (zitiert in Fn. 96, Randnr. 64, letzter Satz; Hervorhebung von mir).

¹⁶³ — Urteile Kommission/Tetra Laval (zitiert in Fn. 96, Randnr. 39), Spanien/Lenzing (zitiert in Fn. 97, Randnr. 57) und General Electric/Kommission (zitiert in Fn. 96, Randnr. 63); vgl. ferner Nrn. 173 und 174 dieser Schlussanträge.

¹⁶⁴ — Anders Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen vom 25. Mai 2004 in der Rechtssache Kommission/Tetra Laval (C-12/03 P, zitiert in Fn. 96, Nr. 74), der für eine Untersagung verlangt, dass der angemeldete Zusammenschluss *sehr wahrscheinlich* zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung führen würde.

erhöhter Wahrscheinlichkeitsstandard sich nur schlecht mit dem Beurteilungsspielraum vertragen, den die Kommission bei der Bewertung komplexer wirtschaftlicher Zusammenhänge genießt¹⁶⁵ und zu dessen Kernbereich ihre Prognose über die zu erwartende Marktentwicklung infolge eines Unternehmenszusammenschlusses gehört.

Abs. 1 Buchst. b und Buchst. c FkVO)¹⁶⁷. Nach einer solchen vertieften Prüfung muss der Zusammenschluss jedoch trotz etwa verbleibender Zweifel genehmigt werden, vorausgesetzt, die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ist nach der Prognose der Kommission weniger wahrscheinlich als ihr Ausbleiben. Umgekehrt muss der Zusammenschluss trotz etwa verbleibender Zweifel untersagt werden, wenn die Kommission nach einer vertieften Prüfung die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung für wahrscheinlicher hält als ihr Ausbleiben.

211. Erst recht kann es nicht darauf ankommen, ob die Kommission am Ende ihrer mehrmonatigen vertieften Prüfung eines Zusammenschlusses in der Lage ist, die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung *ohne vernünftigen Zweifel* anzunehmen bzw. auszuschließen¹⁶⁶. Dieser besonders hohe Standard ist vor allem aus strafrechtlichen oder strafrecht-sähnlichen Verfahren bekannt. Im Fusionskontrollverfahren findet er allein in der Vorprüfungsphase („Phase I“) Anwendung, als Ausgleich dafür, dass in jenem Verfahrensabschnitt ein Zusammenschluss lediglich summarisch untersucht werden kann. „Ernsthafte Bedenken“ an seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt verhindern dann auch nur, dass der Zusammenschluss *vorschnell genehmigt wird*, und zwingen die Kommission dazu, zunächst eine vertiefte Prüfung im förmlichen Prüfverfahren („Phase II“) durchzuführen (Art. 6

— Symmetrie der Anforderungen an Genehmigungen und Untersagungen

212. Was nun die rechtlichen Anforderungen an Genehmigungsentscheidungen einerseits und an Untersagungsentscheidungen andererseits anbelangt, so kann ich keinen Unterschied zwischen ihnen erkennen. Entgegen der Auffassung der Rechtsmittelführer besteht ein solcher Unterschied weder in Bezug auf den Grad an Plausibilität der von der Kommission zu treffenden Prognose noch in Bezug auf die Solidität der sie stützenden Tatsachenbasis.

165 — Vgl. dazu bereits Nrn. 126 und 173 des angefochtenen Urteils.

166 — Ähnlich Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen vom 25. Mai 2004 in der Rechtssache Kommission/Tetra Laval (C-12/03 P, zitiert in Fn. 96, Nr. 74): „Es lässt sich daher nicht sagen, dass die Kommission, um einen Zusammenschluss zu verbieten, *mit absoluter Gewissheit* festzustellen habe, dass dieser zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung führen würde, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde“ (Hervorhebung von mir).

213. Sowohl Art. 2 FkVO, der das allgemeine Prüfprogramm für die Kontrolle eines Zusammenschlussvorhabens durch

167 — Für ein Beispiel aus dem Umweltrecht vgl. Urteil vom 7. September 2004, Waddenvereniging und Vogelbeschermingsvereniging (C-127/02, Slg. 2004, I-7405, Randnrn. 44 und 55 bis 59).

die Kommission vorgibt, als auch Art. 8 FkVO, der die Entscheidungsbefugnisse der Kommission aufzählt, sind in ihren jeweiligen Absätzen 2 und 3 völlig symmetrisch aufgebaut.

214. In dieser Symmetrie spiegelt sich letztlich wider, dass die Kommission in jedem Einzelfall gleichrangige, im Primärrecht verankerte Schutzgüter zu einem gerechten Ausgleich bringen muss¹⁶⁸, nämlich einerseits die Rechte und Interessen der am Zusammenschluss Beteiligten und andererseits das öffentliche Interesse am Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen (Art. 3 Abs.1 Buchst. g EG)¹⁶⁹. So beinhalten zwar die unternehmerische Freiheit der beteiligten Unternehmen wie auch die Eigentumsrechte ihrer Anteilseigner (Art. 16 und 17 der Charta der Grundrechte) ohne Zweifel das Recht, Unternehmenszusammenschlüsse zu verwirklichen; dies gilt jedoch nur, soweit nicht zum Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen bestimmte Bedingungen oder Auflagen oder gar die Untersagung des jeweiligen Zusammenschlusses gerechtfertigt sind.

215. Das von den Rechtsmittelführern bemühte Urteil Kommission/Tetra Laval

spricht nicht gegen diese Symmetrie der Anforderungen an Genehmigungs- und Untersagungsentscheidungen. Denn mit dem dort aufgestellten Erfordernis „überzeugender Beweise“ (Englisch: „convincing evidence“)¹⁷⁰ wird lediglich angemahnt, dass die Kommission ihr Wahrscheinlichkeitsurteil auf eine verlässliche Tatsachenbasis stützt. Dies zeigt sich übrigens auch an anderer Stelle im Urteil Kommission/Tetra Laval, wo der Gerichtshof die „Beschaffenheit“ der von der Kommission vorgelegten Beweismittel als „besonders bedeutsam“ bezeichnet, „da diese Beweise die Beurteilungen der Kommission stützen sollen, wonach ... das Szenario der wirtschaftlichen Entwicklung, von dem sie ausgeht, plausibel wäre.“¹⁷¹

216. Das Erfordernis „überzeugender“ Beweise darf nicht etwa dahin gehend missverstanden werden, dass damit die Messlatte für Verbotsentscheidungen höher gelegt würde als für Genehmigungsentscheidungen. Wie nämlich der Gerichtshof im Urteil Kommission/Tetra Laval klargestellt hat, wird durch das Erfordernis „überzeugender“ Beweise „keineswegs eine Voraussetzung in Bezug auf die Beweisanforderungen hinzugefügt, sondern lediglich an die Hauptfunktion des Beweises erinnert, die darin besteht, von der Richtigkeit einer These oder ... einer Entscheidung ... zu überzeugen“¹⁷².

168 — Vgl. dazu den dritten und vierten Erwägungsgrund der Fusionskontrollverordnung einerseits sowie ihren fünften Erwägungsgrund andererseits.

169 — Vgl. ferner den ersten, zweiten und fünften Erwägungsgrund der Fusionskontrollverordnung. Der Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen dient den Interessen aller Marktbeteiligten, einschließlich der Verbraucher (vgl. dazu Urteile vom 21. Februar 1973, Europemballage und Continental Can/Kommission, 6/72, Slg. 1973, 215, Randnr. 25, vom 9. November 1983, Michelin/Kommission, 322/81, Slg. 1983, 3461, Randnr. 125, und vom 15. März 2007, British Airways/Kommission, C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331, Randnr. 106).

170 — Urteil Kommission/Tetra Laval (zitiert in Fn. 96, Randnr. 41); vgl. außerdem das Urteil „Kali & Salz“ (zitiert in Fn. 16, Randnr. 228), wo von „signifikanten und überzeugenden Beweisen“ (Englisch: „cogent and consistent evidence“) die Rede ist. Die deutsche Übersetzung des Urteils Kommission/Tetra Laval, in der von „eindeutigen“ Beweisen die Rede ist, scheint mir den englischen Ausdruck „convincing evidence“ nicht richtig wiederzugeben; ich verwende deshalb hier und im Folgenden für „convincing“ stets das Adjektiv „überzeugend“.

171 — Urteil Kommission/Tetra Laval (zitiert in Fn. 96, Randnr. 44).

172 — Urteil Kommission/Tetra Laval (zitiert in Fn. 96, Randnr. 41); Hervorhebung von mir.

217. Dass für die *Untersagung* eines Zusammenschlussvorhabens strengere Anforderungen gelten würden als für seine Genehmigung, kann aus den zitierten Passagen des Urteils Kommission/Tetra Laval ebenso wenig geschlussfolgert werden wie aus der Mahnung des Gerichtshofs, die Kommission habe bei ihrer Prognoseentscheidung „mit Bedacht“ vorzugehen¹⁷³. Keineswegs darf nämlich die Kommission bei der *Genehmigung* eines Zusammenschlusses „ohne Bedacht“ vorgehen und sich auf weniger „überzeugende“ Beweise stützen als bei seiner Untersagung. Ansonsten würde sie ihrer Kernaufgabe nicht gerecht, den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen zu schützen.

218. Ist also die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung wahrscheinlicher als deren Ausbleiben, so ist der Zusammenschluss zu untersagen; ist hingegen die Begründung oder Verstärkung einer solchen Stellung weniger wahrscheinlich als deren Ausbleiben, so ist der Zusammenschluss zu genehmigen. Diese beiden Wahrscheinlichkeitsurteile sind zwei Seiten derselben Medaille. Jedes von ihnen ist mit Bedacht zu fällen und auf eine Tatsachenbasis zu stützen, die nicht nur richtig und vollständig ist — dazu bedarf es „überzeugender“ Beweise —, sondern auch die aus ihr gezogenen Schlussfolgerungen zu stützen vermag¹⁷⁴.

— Keine allgemeine Vermutung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt

219. Aus der oben beschriebenen Symmetrie und aus der Gleichrangigkeit der betroffenen Schutzgüter¹⁷⁵ folgt auch, dass der Fusionskontrollverordnung eine *allgemeine Vermutung* zugunsten der Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt fremd ist. Die Kommission muss in jedem Einzelfall über die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit des jeweiligen Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt ausdrücklich befinden¹⁷⁶, und vor einer solchen Entscheidung ist es den beteiligten Unternehmen ausdrücklich verboten, ihren Zusammenschluss zu vollziehen (Art. 7 Abs. 1 und Abs. 5 FkVO).

220. Nichts anderes ergibt sich aus dem Urteil EDP/Kommission¹⁷⁷, auf das die Rechtsmittelführer Bezug nehmen. Dort stellt das Gericht zwar klar, dass bloße Zweifel der Kommission noch nicht die Untersagung eines Zusammenschlusses rechtfertigen. Daraus kann jedoch keineswegs im Umkehrschluss eine allgemeine Vermutung der Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt gefolgert werden. Dies zeigt auch ein Blick auf den 15. Erwägungsgrund der Fusionskontrollverordnung, wonach allenfalls bei Zusammenschlüssen mit einem geringen Marktanteil davon ausgegangen werden

173 — Urteil Kommission/Tetra Laval (zitiert in Fn. 96, Randnr. 42).

174 — Urteile Kommission/Tetra Laval (zitiert in Fn. 96, Randnr. 39) und General Electric/Kommission (zitiert in Fn. 96, Randnr. 63); vgl. ferner Nrn. 173 und 174 dieser Schlussanträge.

175 — Diese Schutzgüter sind einerseits die Rechte und Interessen der am Zusammenschluss Beteiligten und andererseits das öffentliche Interesse am Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen; vgl. dazu nochmals Nr. 214 dieser Schlussanträge.

176 — So auch Urteil General Electric/Kommission (zitiert in Fn. 96, Randnr. 61).

177 — Urteil vom 21. September 2005, EDP/Kommission (T-87/05, Slg. 2005, II-3745, Randnr. 64).

kann, dass sie mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind.

221. Nur höchst ausnahmsweise kann meines Erachtens in den folgenden beiden Fallgruppen die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt vermutet werden.

222. Die erste Fallgruppe betrifft angemeldete Zusammenschlüsse, über die die Kommission entgegen ihrer gesetzlichen Pflicht nicht fristgemäß entschieden hat. Die Vereinbarkeit solcher Zusammenschlüsse mit dem Gemeinsamen Markt wird gemäß Art. 10 Abs. 6 FkVO schon kraft Gesetzes vermutet (vgl. auch Art. 7 Abs. 1 und Abs. 5 FkVO). Eine weiter gehende *allgemeine* Vermutung der Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt kann der Vorschrift des Art. 10 Abs. 6 FkVO aber aufgrund ihres Ausnahmecharakters und ihrer systematischen Stellung im Zusammenhang mit der Regelung der Verfahrensfristen *nicht* entnommen werden¹⁷⁸.

223. Die zweite Fallgruppe betrifft Zusammenschlüsse, deren Untersuchung durch die Kommission eine derart unklare Beweislage ergeben hat, dass keine verlässliche Prognose darüber möglich ist, ob sie letztlich zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen werden oder

nicht. Generalanwalt Tizzano hat für diese Fälle den Begriff der „Grauzone“ geprägt¹⁷⁹. Meines Erachtens darf dieser Begriff aber nicht dahin missverstanden werden, dass es sich um eine größere Anzahl von Fällen handeln würde. Ich meine, es kann nur um einige wenige und seltene Grenzfälle gehen, in denen auch nach aufwändigen Marktuntersuchungen nicht klar ist, auf welcher Seite sich die Waagschale senkt. Nur solche Fälle des „*non liquet*“ sollten nach dem Grundsatz „*in dubio pro libertate*“ für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt und genehmigt werden. Eine weiter gehende *allgemeine* Vermutung der Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt kann aber auch aus der Existenz dieser Fallgruppe nicht folgen.

224. Unabhängig von der genauen Reichweite letzterer beiden Fallgruppen steht aber fest, dass der vorliegende Fall unter keine von ihnen fällt. Weder hat die Kommission die Frist zur Entscheidung über den Zusammenschluss pflichtwidrig verstreichen lassen, noch bestand nach den Feststellungen des Gerichts eine unklare Beweislage¹⁸⁰. Auch die Kommission selbst hat zwar an mehreren Stellen in ihrer ersten Genehmigungsentcheidung von einem Mangel an Beweisen für bestimmte Tatsachen gesprochen¹⁸¹, sie hat den vorliegenden Fall jedoch, soweit ersichtlich, niemals als Grenzfall eingestuft, in dem es zu einem „*non liquet*“ gekommen

178 — Vgl. zu Art. 10 Abs. 6 FkVO auch das oben in Nr. 102 dieser Schlussanträge Gesagte.

179 — Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano vom 25. Mai 2004 in der Rechtssache Kommission/Tetra Laval (C-12/03 P, zitiert in Fn. 96, Nrn. 76 bis 81, insbesondere Nr. 76).

180 — Vgl. statt vieler die Randnrn. 290, 294, 303, 347, 362, 407 und 435 des angefochtenen Urteils.

181 — Vgl. etwa den 80., 87., 94., 101., 108., 111., 113., 150., 153. und 158. Erwägungsgrund der ersten Genehmigungsentscheidung.

wäre. Vielmehr hat sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof ausdrücklich betont, die Diskussion über Grenzfälle, in denen sich die Beweislage als unklar darstelle, sei eine rein hypothetische¹⁸².

— Zwischenergebnis

225. Insgesamt ist somit das Vorbringen der Rechtsmittelführer zurückzuweisen, der Fusionskontrollverordnung liege eine Asymmetrie der Anforderungen an Genehmigungs- und Verbotsentscheidungen sowie eine allgemeine Vermutung der Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt zugrunde. Auch ist nicht anzunehmen, dass der vorliegende Fall zu einer der beiden Fallgruppen gehören könnte, in denen ausnahmsweise eine Vermutung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gilt.

b) Zu den im vorliegenden Fall vom Gericht gestellten Beweisanforderungen

226. Zu prüfen bleibt, ob das Gericht im vorliegenden Fall an die Feststellungen der Kommission zur Markttransparenz die richtigen Beweisanforderungen gestellt hat.

227. Die Rechtsmittelführer argumentieren, das Gericht hätte der Kommission nicht den positiven Nachweis des *Fehlens von Markttransparenz* abverlangen dürfen; vielmehr hätte sich das Gericht damit begnügen müssen, zu prüfen, ob die Kommission zum Zeitpunkt der ersten Genehmigungsentscheidung über hinreichende Beweise für das *Vorhandensein von Markttransparenz* verfügte¹⁸³. Dieser Argumentation liegt erkennbar die Vorstellung zugrunde, dass die Beweisanforderungen für die Genehmigung eines Zusammenschlusses geringer sein müssten als jene für seine Untersagung.

228. Diese Argumentation überzeugt mich aus zwei Gründen nicht.

229. Zum einen folgt aus der Symmetrie der Beweisanforderungen für Genehmigungs- und Untersagungsentscheidungen¹⁸⁴, dass es keinen Unterschied machen kann, ob die Kommission die Transparenz eines Marktes mit Blick auf die etwaige Genehmigung oder aber mit Blick auf die etwaige Untersagung eines Zusammenschlusses untersucht. Die negative Feststellung, ein Markt sei *nicht so transparent, als dass er eine kollektive beherrschende Stellung ermöglicht*, führt zum gleichen Ergebnis und bedarf desselben Beweisaufwands wie die positive Feststellung, der besagte Markt sei *so intransparent, dass er die Annahme einer kollektiven beherrschenden Stellung ausschließt*. Beide Feststellungen sind zwei Seiten derselben Medaille. Und beide rechtfertigen es, die Gefahr der

182 — Auch im erstinstanzlichen Verfahren hat die Kommission betont, sie fühle sich in der Lage, ihre erste Genehmigungsentscheidung nach den Grundsätzen der „balance of probabilities“ zu verteidigen (vgl. Randnr. 7 ihrer Klagebeantwortung aus erster Instanz).

183 — Im Einzelnen beziehen sich die Rechtsmittelführer auf die Randnrn. 289, 366, 381 bis 387, 389, 407, 420, 428, 429, 433, 449 bis 457 und 459 des angefochtenen Urteils.

184 — Vgl. oben, Nrn. 212 bis 218 dieser Schlussanträge.

Begründung oder Verstärkung kollektiver Marktbeherrschung auszuschließen, vorausgesetzt, die ihnen jeweils zugrunde gelegten Tatsachen sind richtig, vollständig und geeignet, die aus ihnen gezogenen Schlussfolgerungen zu stützen.

230. Zum anderen scheint mir die Kritik der Rechtsmittelführer an den Beweisanforderungen des Gerichts auf einer Fehlinterpretation des angefochtenen Urteils zu beruhen. Bei näherer Betrachtung wirft das Gericht der Kommission nämlich gar nicht vor, sie habe in ihrer wettbewerblichen Beurteilung des Zusammenschlusses den Beweisanforderungen nicht genügt. Vielmehr orientiert sich das Gericht selbst bei seiner Prüfung der ersten Genehmigungsentscheidung an der Feststellung der Kommission, der Markt sei „nicht so transparent, als dass er eine kollektive beherrschende Stellung ermögliche“¹⁸⁵. Das Gericht hat also sogar, wie von den Rechtsmittelführern gefordert, geprüft, ob es tatsächlich den behaupteten Mangel an hinreichenden Beweisen für das Vorhandensein von Markttransparenz gab.

231. Der vom Gericht festgestellte offensichtliche Beurteilungsfehler bestand nicht im Unterlassen eines positiven Nachweises mangelnder Markttransparenz, sondern vielmehr darin, dass in der ersten Genehmigungsentscheidung nicht alle relevanten Daten berücksichtigt wurden und dass auch die berücksichtigten Tatsachen die von der Kommission selbst gezogene Schlussfolgerung nicht zu stützen vermochten¹⁸⁶.

c) Zwischenergebnis

232. Der zweite Teil des dritten Rechtsmittelgrundes ist somit unbegründet. Dasselbe gilt für die in Randnrn. 98 bis 100 und 102 der Rechtsmittelschrift gemachten Ausführungen, die sich inhaltlich mit dem zweiten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes überschneiden.

B — Grenzen der freien Tatsachen- und Beweiswürdigung des Gerichts (vierter Rechtsmittelgrund)

233. Mit ihrem vierten Rechtsmittelgrund werfen die Rechtsmittelführer dem Gericht vor, es habe den Umfang gerichtlicher Überprüfung der Entscheidung der Kommission überdehnt, indem es den Beurteilungsspielraum der Kommission nicht beachtet und deren Tatsachen- und Beweiswürdigung mehrfach durch seine eigene ersetzt habe, wobei es offensichtliche Fehler begangen und die Beweise verfälscht habe¹⁸⁷.

234. Während die Kommission diesen Rechtsmittelgrund unterstützt, verteidigt Impala das angefochtene Urteil.

185 — Randnrn. 289 und 459 des angefochtenen Urteils; vgl. außerdem Randnrn. 287, 366 und 371 jenes Urteils.

186 — Vgl. insbesondere Randnrn. 377, 390, 459 und 542 des angefochtenen Urteils.

187 — Die folgenden Ausführungen gelten auch für den in Randnrn. 101 und 102 der Rechtsmittelschrift enthaltenen Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes.

1. Der Beurteilungsspielraum der Kommission und seine gerichtliche Kontrolle

- Den Werberabatten habe das Gericht „nur einen beschränkten Einfluss auf die Preise“ zugeschrieben¹⁹⁰.

a) Das angefochtene Urteil

235. Als Beleg für ihre Rüge, das Gericht habe den Beurteilungsspielraum der Kommission nicht beachtet und deren Tatsachen- und Beweiswürdigung mehrfach durch seine eigene ersetzt, weisen die Rechtsmittelführer auf folgende Beispiele aus dem angefochtenen Urteil hin:

- Das Gericht habe die Angleichung der Listenpreise als „tatsächlich sehr deutlich“ bezeichnet, wohingegen die Kommission nur von „mehr oder weniger gleichen“ Listenpreisen gesprochen habe¹⁸⁸.

- Das Gericht spreche von einer „starken Preistransparenz“ bzw. von einer „starken Markttransparenz“¹⁹¹ und sehe in den wöchentlichen Berichten der Handelsvertreter einen „zusätzlichen Beleg für die Markttransparenz“¹⁹²; Werberabatte halte das Gericht für „dazu bestimmt, öffentlich bekannt zu werden“¹⁹³ und für „allgemein bekannt und transparent“¹⁹⁴.

- Unterschiede bei den Preisnachlassspannen könnten laut dem Gericht „die Folge unterschiedlicher Leistungen“ sein, und es sei nicht auszuschließen, „dass die Preisnachlässe auf einer bekannten Reihe von Regeln beruhen“¹⁹⁵.

- Das Gericht habe die Schwankung der allgemeinen Höhe der von den Parteien des Zusammenschlusses eingeräumten Preisnachlässe als „nur sehr geringfügig“ eingestuft¹⁸⁹.

- Zu Unrecht spreche das Gericht den vorgelegten wirtschaftlichen Daten ihre Relevanz für die Frage ab, ob Werbera-

188 — Randnr. 299 des angefochtenen Urteils.

189 — Randnr. 307 des angefochtenen Urteils; die Rechtsmittelführer verweisen außerdem auf Randnrn. 421, 419, 424, 444 und 457 des angefochtenen Urteils, wo sie ähnliche Aussagen des Gerichts identifizieren.

190 — Randnr. 317 des angefochtenen Urteils.

191 — Randnrn. 347 und 361 des angefochtenen Urteils.

192 — Randnr. 354 des angefochtenen Urteils.

193 — Randnr. 402 des angefochtenen Urteils. Es ist darauf hinzuweisen, dass dieser Vorwurf auf der — verbindlichen — englischen Sprachfassung des Urteils beruht („destined to become *public knowledge*“), während es in der französischen Sprachfassung heißt, ein Werberabatt „semble, par essence, avoir vocation à revêtir un caractère de *publicité*“, was mit dem englischen Ausdruck „*public knowledge*“ eher wenig zu tun hat; Hervorhebungen von mir.

194 — Randnrn. 403, 405, 406 und 436 des angefochtenen Urteils.

195 — Randnr. 420 des angefochtenen Urteils.

batte auch für die meistverkauften Alben von Bedeutung sind¹⁹⁶.

dungen auf *offensichtliche Beurteilungsfehler* hin zieht¹⁹⁹.

b) Würdigung

236. Wie bereits an anderer Stelle erwähnt¹⁹⁷, steht der Kommission in der Fusionskontrolle ein nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum für die Bewertung komplexer wirtschaftlicher Zusammenhänge zu. Nach ständiger Rechtsprechung hat sich die vom Gemeinschaftsrichter diesbezüglich ausgeübte Kontrolle auf die Prüfung zu beschränken, ob die Verfahrens- und Begründungsvorschriften eingehalten worden sind, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob kein offensichtlicher Beurteilungsfehler und kein Ermessensmissbrauch vorliegen¹⁹⁸.

238. Dazu hat sich der Gerichtshof erst jüngst im Urteil *Kommission/Tetra Laval* wie folgt geäußert:

„Auch wenn der Gerichtshof anerkennt, dass der Kommission in Wirtschaftsfragen ein Beurteilungsspielraum zusteht, bedeutet dies nicht, dass der Gemeinschaftsrichter eine Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission unterlassen muss. Er muss 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.“²⁰⁰

237. Mit ihrer Kritik an den in Nr. 235 zitierten Passagen des angefochtenen Urteils werfen die Rechtsmittelführer letztlich die Frage auf, welche Grenzen der Beurteilungsspielraum der Kommission der richterlichen Überprüfung ihrer Fusionskontrollentschei-

239. Angesichts dieses Prüfungsmaßstabs wäre es ein Irrtum, anzunehmen, dass der

¹⁹⁶ — Randnr. 456 des angefochtenen Urteils.

¹⁹⁷ — Vgl. insbesondere die Ausführungen zum ersten und sechsten Rechtsmittelgrund in Nrn. 126 und 173 des angefochtenen Urteils.

¹⁹⁸ — Urteile vom 3. April 2003, *Petrolescence und SG2R/Kommission* (T-342/00, Slg. 2003, II-1161, Randnr. 101), *EDP/Kommission* (zitiert in Fn. 177, Randnr. 151), und vom 4. Juli 2006, *easyJet/Kommission* (T-177/04, Slg. 2006, II-1931, Randnr. 44).

¹⁹⁹ — Nur am Rande sei erwähnt, dass einige der von den Rechtsmittelführern kritisierten Feststellungen, namentlich jene in Randnrn. 299, 307 und 317 des angefochtenen Urteils, ihrer systematischen Stellung nach zur *formellen Prüfung* der ersten Genehmigungsentscheidung auf *Begründungsmängel* gehören. Für sie gilt in erster Linie das oben zum dritten Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes Gesagte (vgl. insbesondere Nrn. 114 bis 131 dieser Schlussanträge). Da aber die Rechtsmittelführer anzunehmen scheinen, dass die Randnrn. 299, 307 und 317 des angefochtenen Urteils darüber hinaus Elemente einer inhaltlichen Prüfung der ersten Genehmigungsentscheidung auf offensichtliche Beurteilungsfehler enthalten, prüfe ich sie im Folgenden auch unter diesem Gesichtspunkt mit.

²⁰⁰ — Urteil *Kommission/Tetra Laval* (zitiert in Fn. 96, Randnr. 39); vgl. nunmehr auch Urteile *Spanien/Lenzing* (zitiert in Fn. 97, Randnrn. 56 und 57) und *General Electric/Kommission* (zitiert in Fn. 96, Randnr. 63).

Beurteilungsspielraum der Kommission dem Gemeinschaftsrichter von vornherein jede eigene Tatsachen- und Beweiswürdigung verwehren würde. Ganz im Gegenteil ist eine solche eigene Bewertung des Gemeinschaftsrichters unerlässlich, wenn es zu ermitteln gilt, ob das der Kommissionsentscheidung zugrunde gelegte Tatsachenmaterial richtig, zuverlässig, kohärent und vollständig war und ob dieses Tatsachenmaterial die von der Kommission gezogenen Schlüsse zu stützen vermochte. Andernfalls könnte der Gemeinschaftsrichter überhaupt nicht sinnvoll beurteilen, ob sich die Kommission in den Grenzen des ihr eingeräumten Beurteilungsspielraums gehalten oder einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat²⁰¹.

240. Die Grenzen der richterlichen Überprüfung einer Entscheidung der Kommission in der Fusionskontrolle überschreitet das Gericht erst dann, wenn die Tatsachen- und Beweislage verschiedene Beurteilungen als vertretbar erscheinen lässt, die Kommission sich für eine davon entschieden hat und das Gericht gleichwohl seine eigene, anders lautende Beurteilung an die Stelle derjenigen der Kommission setzt.

241. Betrachtet man die von den Rechtsmittelführern angeführten Beispiele aus dem angefochtenen Urteil unter diesem Blickwinkel, so erweist sich, dass das Gericht zwar jeweils eine eigene Bewertung der Tatsachen- und Beweislage vorgenommen hat, dass es sich aber sehr wohl in den Grenzen der richterlichen Kontrolle einer Entscheidung der Kommission in der Fusionskontrolle gehalten hat.

242. Zum einen ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Gericht das von der Kommission ermittelte Tatsachenmaterial daraufhin überprüft hat, ob und in welchem Ausmaß es Anzeichen für bzw. gegen Markttransparenz enthält. Feststellungen wie die von den Rechtsmittelführern kritisierten in den Randnrn. 299, 307, 317, 347, 354 und 361 des angefochtenen Urteils waren somit rechters, beispielsweise die Aussage, „dass drei in der Entscheidung angeführte Faktoren ... eine starke Preistransparenz begründen können“ (Randnr. 347).

243. Zum anderen durfte sich das Gericht auch seine eigene Meinung zu der Frage bilden, ob und in welchem Ausmaß das von der Kommission ermittelte Tatsachenmaterial zu den Preisnachlässen, insbesondere zu den Werberabatten, ausreichte, um eine hinreichende Markttransparenz für die Annahme kollektiver Marktbeherrschung auszuschließen. Feststellungen des Gerichts wie die von den Rechtsmittelführern kritisierten in den Randnrn. 402, 403, 405, 406, 419, 420, 421, 424, 436, 444, 456 und 457 des angefochtenen Urteils waren somit ebenfalls rechters, beispielsweise die Aussage, dass die Werberabatte nur einen sehr kleinen Teil des Bruttoverkaufspreises der Alben ausmachten (Randnr. 457).

244. Im Kern hat das Gericht in den streitigen Randnummern des angefochtenen Urteils nämlich die vom Gerichtshof selbst entwickelten Kriterien²⁰² angewandt und insbesondere überprüft, ob die der ersten

201 — Vgl. dazu bereits — in anderem Zusammenhang — Nr. 179 dieser Schlussanträge.

202 — Vgl. nochmals das Urteil Kommission/Tetra Laval (zitiert in Fn. 96, Randnr. 39), jüngst bestätigt im Urteil Spanien/Lenzing (zitiert in Fn. 97, Randnr. 57).

Genehmigungsentscheidung zugrunde gelegte Tatsachenbasis die Schlussfolgerung der Kommission zu stützen vermochte, der Markt sei nicht hinreichend transparent, um eine kollektive beherrschende Stellung zu ermöglichen.

245. Das Gericht hat nicht etwa seine eigene Beurteilung der Markttransparenz an die Stelle einer ebenfalls vertretbaren Beurteilung der Kommission gesetzt, und es hat sich auch keineswegs angemäßt, selbst über die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit des streitigen Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt zu urteilen²⁰³. Es ist lediglich zu der Einschätzung gelangt, dass die von der Kommission gezogenen Schlussfolgerungen im vorliegenden Fall nicht von der Tatsachenbasis ihrer ersten Genehmigungsentscheidung getragen waren²⁰⁴. Letztere Einschätzung des Gerichts ist Teil seiner Tatsachen- und Beweiswürdigung im erstinstanzlichen Verfahren und ist als solche im Rechtsmittelverfahren — vorbehaltlich der sogleich noch zu erörternden Frage der Verfälschung von Tatsachen und Beweisen — nicht mehr überprüfbar.

246. Insgesamt komme ich zu dem Schluss, dass das Gericht bei der inhaltlichen Prüfung der ersten Genehmigungsentscheidung den Beurteilungsspielraum der Kommission nicht missachtet hat.

2. Zum Vorwurf der Verfälschung von Beweisen

247. Die Rechtsmittelführer rügen ferner, das Gericht habe in den Randnrn. 425, 427 und 434 des angefochtenen Urteils Beweise verfälscht. In den streitigen Passagen des angefochtenen Urteils setzt sich das Gericht mit der Ansicht der Kommission auseinander, die Werberabatte seien intransparent.

248. Bevor ich mich den besagten Randnummern des angefochtenen Urteils im Einzelnen zuwende, erlaube ich mir, die strengen Kriterien in Erinnerung zu rufen, die der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung bei der Prüfung des Vorwurfs der Verfälschung von Beweisen anlegt. Danach ist eine Verfälschung von Beweisen gegeben, wenn *ohne die Erhebung neuer Beweise* die Würdigung der vorliegenden Beweismittel *offensichtlich unzutreffend* ist²⁰⁵. Es geht also nicht darum, zu prüfen, ob die vom Gericht vorgenommene Beweiswürdigung aus Sicht des Gerichtshofs *überzeugend* ist; ansonsten würde der Gerichtshof nämlich seine eigene Beweiswürdigung an die Stelle der Würdigung des Gerichts setzen, was im Rechtsmittelverfahren nicht seine Aufgabe ist. Solange die Beweiswürdigung des Gerichts zumindest *vertretbar* ist, liegt keine Verfälschung von Beweisen vor.

203 — Vgl. Randnr. 479 des angefochtenen Urteils: „Es ist nämlich nicht Aufgabe des Gerichts, über die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt zu entscheiden, sondern die Rechtmäßigkeit der in der Entscheidung getroffenen Feststellungen zu überprüfen.“

204 — Randnr. 452 des angefochtenen Urteils.

205 — Urteile vom 18. Januar 2007, PKK und KNK/Rat (C-229/05 P, Slg. 2007, I-445, Randnr. 37), vom 18. Juli 2007, Industrias Químicas del Vallés/Kommission (C-326/05 P, Slg. 2007, I-6557, Randnr. 60), und vom 22. November 2007, Sniace/Kommission (C-260/05 P, Slg. 2007, I-10005, Randnr. 37).

249. Der Gerichtshof nimmt seine Prüfung ausschließlich nach Aktenlage vor²⁰⁶.

nungsbetrag berechnet habe, die eine Partei des Zusammenschlusses ein und demselben Kunden für jedes ihrer Top-20 Alben gewährt habe. Dies ergebe sich aus Randnrn. 19 bis 22 des Schriftsatzes der Kommission vom 21. September 2005²⁰⁷ und folge eindeutig aus Anlage E.2 zu diesem Schriftsatz.

a) Zu Randnr. 425 des angefochtenen Urteils

250. In Randnr. 425 des angefochtenen Urteils setzt sich das Gericht mit einigen von der Kommission vorgelegten Tabellen auseinander und stellt fest:

„... Die Berechnung der Differenz zwischen den Mindestrabatten und den Höchststrabatten je Kunde ... wurde irrtümlich in den meisten Fällen unter Berücksichtigung der von der anderen Partei gewährten Rabatte vorgenommen, obwohl ... diese Berechnung auf der Grundlage der Differenz zwischen den Mindestrabatten und den Höchststrabatten, die ein und dieselbe Partei ihren verschiedenen Kunden gewährt hat, vorgenommen werden muss.“

251. Nach Ansicht der Rechtsmittelführer liegt darin eine Verfälschung von Beweisen. Die Kommission habe nämlich im erstinstanzlichen Verfahren dem Gericht gegenüber erklärt, dass sie die Differenz zwischen Mindestrabatten und Höchststrabatten anhand der Preisnachlässe auf den Rech-

252. Um den Vorwurf der Verfälschung sinnvoll prüfen zu können, ist zunächst zu ermitteln, auf welche Tabellen genau sich das Gericht in Randnr. 425 des angefochtenen Urteils bezieht. Bedauerlicherweise ist die verbindliche englische Sprachfassung des Urteils hier in höchstem Maße ungenau. Immerhin ergibt sich aber schon aus dieser englischen Sprachfassung der Randnr. 425, dass sich das Gericht auf Tabellen bezieht, „die die höchsten Werberabatte belegen sollen, die Sony und BMG für ihre meistverkauften Alben einräumten“²⁰⁸, und in denen eine Differenz zwischen Mindest- und Höchststrabatten je Kunde berechnet wird.

253. Präziser ist insoweit die französische Sprachfassung des angefochtenen Urteils. Wenngleich sie im vorliegenden Fall nicht verbindlich ist, kann diese Sprachfassung, in der das angefochtene Urteil entworfen und beraten wurde, doch zusätzliche Anhaltspunkte dafür bieten, worauf sich das Gericht in Wahrheit in Randnr. 425 beziehen wollte,

206 — Urteile vom 6. April 2006, General Motors/Kommission (C-551/03 P, Slg. 2006, I-3173, Randnr. 54), JCB Service/Kommission (zitiert in Fn. 127, Randnr. 108) und Wunnenburger/Kommission (zitiert in Fn. 44, Randnr. 67).

207 — Schriftsatz der Kommission vom 21. September 2005 zur Beantwortung der schriftlichen Fragen des Gerichts.

208 — „As regards the tables, which are intended to show the maximum campaign discounts granted by Sony and BMG for their best-selling albums, ...“ (Hervorhebung von mir).

nämlich auf „die Tabellen der Anlage E.4.2“²⁰⁹. Tatsächlich findet sich auch in der Verfahrensakte auf dem Deckblatt der Anlage E.4.2 ein Titel, der den einleitenden Worten von Randnr. 425 des angefochtenen Urteils deutlich ähnelt²¹⁰, und in den Tabellen der Anlage E.4.2 wird die in Randnr. 425 erwähnte Differenz zwischen Mindest- und Höchststrabatten je Kunde aufgezeigt.

254. Ich gehe deshalb davon aus, dass sich Randnr. 425 des angefochtenen Urteils auf die Tabellen der Anlage E.4.2 bezieht. Dieser Anlage lässt sich jedoch nichts entnehmen, was für eine *offensichtliche Unrichtigkeit* der Ausführungen des Gerichts in Randnr. 425 spräche. Zwar enthalten die in dieser Anlage abgedruckten Tabellen — mit Ausnahme des Titels auf dem Deckblatt der Anlage — keinerlei erläuternden Zusätze. Doch zeigt schon ein flüchtiger Blick auf die erste und die zweite Tabelle in der Anlage E.4.2, dass die Kritik des Gerichts berechtigt ist: Bei der Berechnung der Differenz zwischen Mindest- und Höchststrabatten je Kunde sind tatsächlich bisweilen die Werte von Bertelsmann und Sony in einen Topf geworfen worden; umgangssprachlich könnte man sagen, es wurden Äpfel mit Birnen verglichen²¹¹.

255. Auch aus den Ausführungen der Kommission in Randnrn. 19 bis 22 ihres Schriftsatzes vom 21. September 2005 folgt nicht, dass das Gericht die Tabellen in Anlage E.4.2 offensichtlich unzutreffend interpretiert hätte. Jene Ausführungen der Kommission beziehen sich nämlich schon ihrem Wortlaut nach allein auf die Anlagen B.6, B.8 und E.2. Hingegen finden sich in der von den Rechtsmittelführern zitierten Passage des Schriftsatzes der Kommission keine Erläuterungen zu den hier in Frage stehenden Tabellen der Anlage E.4.2.

256. Vor diesem Hintergrund halte ich die Rüge der Verfälschung von Beweisen im Hinblick auf Randnr. 425 des angefochtenen Urteils für unbegründet.

b) Zu Randnr. 427 des angefochtenen Urteils

257. In Randnr. 427 des angefochtenen Urteils führt das Gericht aus:

209 — In der französischen Sprachfassung beginnt Randnr. 425 des angefochtenen Urteils wie folgt : „S’agissant des tableaux de l’annexe E 4.2 qui ont pour objet de montrer les remises promotionnelles maximales accordées par Sony et BMG pour leurs albums les mieux vendus, ...“ (Hervorhebung von mir).

210 — Der Titel auf dem Deckblatt der Anlage E.4.2 lautet: „Invoice discounts granted to each major customer for each top album listed in Annex B.13, with an estimate of the highest campaign discount granted to each customer for such albums“.

211 — Beispielsweise wird in der dritten Spalte der ersten Tabelle der Anlage E.4.2 der niedrigste von Sony (SMEI) gewährte Rabatt mit dem höchsten von Bertelsmann (BMG) gewährten Rabatt verglichen; ebenso wird in der dritten Spalte der zweiten Tabelle der Anlage E.4.2 verfahren.

„Selbst wenn die einzelnen, von den Parteien des Zusammenschlusses erstellten und von der Kommission vorgelegten Tabellen tatsächlich die angeblichen mehr oder weniger starken Schwankungen beweisen könnten, ist ... die Relevanz dieser Schwankungen jedenfalls insofern zweifelhaft, als die Tabellen ... nur Spannen zeigen, ohne die gewichteten Durchschnittswerte und die Schwankungen im Verhältnis zu den Durchschnittswerten zu analysieren ...“

258. Nach Ansicht der Rechtsmittelführer basierten hingegen viele der Daten in den Tabellen und Grafiken, die die Kommission in ihrer Klagebeantwortung vom 11. Februar 2005 in erster Instanz dem Gericht vorgelegt habe, auf gewichteten Durchschnittswerten. Sie verweisen dazu auf die Anlagen B.4, B.8, B.9, B.10 und B.13 sowie auf die zusätzlichen Erläuterungen der Kommission in deren Schriftsatz vom 14. März 2007 in erster Instanz.

259. Hierzu ist anzumerken, dass das Gericht in seinem Urteil sprachlich deutlich zwischen *Tabellen* und *Grafiken* unterscheidet²¹². In Randnr. 427 des angefochtenen Urteils bezieht sich das Gericht ausdrücklich auf die verschiedenen von der Kommission vorgelegten *Tabellen*. Ich hätte deshalb erwartet, dass sich die Rechtsmittelführer zum Nachweis ihres Vorwurfs der Beweisverfälschung ebenfalls auf Teile der Verfahrensakte beziehen, die *Tabellen* enthalten. Nach Sichtung der Anlagen B.4, B.8, B.9, B.10 und B.13 muss ich jedoch feststellen, dass sich dort zwar eine Vielzahl von *Grafiken* findet, aber keine der genannten Anlagen irgendeine *Tabelle* enthält. Unter diesen Umständen sind die genannten Anlagen ebenso wenig geeignet, die behauptete Verfälschung von Beweisen zu belegen, wie etwaige Erläuterungen der Kommission zu eben diesen Anlagen.

260. Viel wahrscheinlicher ist es, dass das Gericht sich in Randnr. 427 auf Tabellen

wie etwa die in den Anlagen B.6 und B.7 abgedruckten bezog, die sich mit Preisnachlässen auf den Rechnungsbetrag („invoice discounts“) beschäftigen und in denen sich übrigens auch die vom Gericht erwähnten „Spannen“ finden. Dazu tragen aber die Rechtsmittelführer gerade nichts vor.

261. Vor diesem Hintergrund halte ich die Rüge der Verfälschung von Beweisen im Hinblick auf Randnr. 427 des angefochtenen Urteils für unbegründet.

c) Zu Randnr. 434 des angefochtenen Urteils

262. In den Randnrn. 431 bis 434 des angefochtenen Urteils geht das Gericht der Frage nach, ob sich Einzelhändlern gegenüber angewandte Nettoverkaufspreise im Wege einer „gegenläufigen Schlussfolgerung“ (so genanntes „reverse engineering“) anhand der jeweiligen Einzelhandelsverkaufspreise ermitteln lassen. Hintergrund ist das Vorbringen Impalas in erster Instanz, die Margen der Einzelhändler seien im Allgemeinen transparent und sehr genau bekannt²¹³.

263. Randnr. 434 des angefochtenen Urteils lautet auszugsweise wie folgt:

212 — Vgl. etwa Randnrn. 393, 401, 415, 416, 420 bis 428 und 455 bis 457 des angefochtenen Urteils, wo von Tabellen (Englisch: „tables“) die Rede ist, wohingegen beispielsweise in Randnrn. 129 und 419 jenes Urteils von Grafiken (Englisch: „charts“) gesprochen wird.

213 — Dieser Kontext ergibt sich aus Randnrn. 431 und 433 des angefochtenen Urteils.

„... enthält die von den Wirtschaftsexperten der Parteien des Zusammenschlusses erstellte Studie keine hinreichend zuverlässigen, relevanten und vergleichbaren Angaben ... Zwar ist es wahrscheinlich, dass die verschiedenen Arten von Einzelhändlern (Supermärkte, unabhängige Händler, Fachmärkte usw.) eine unterschiedliche Margenpolitik anwenden und dass es Unterschiede innerhalb jeder Kategorie von Marktbeteiligten und sogar für jeden einzelnen Marktbeteiligten Unterschiede je nach Art des Albums oder dessen Erfolg gibt. Sehr unwahrscheinlich ist jedoch, und die Studie enthält insoweit keine Angaben, dass ein Einzelhändler für dieselbe Art von Album eine unterschiedliche Verkaufspolitik betreibt ...“

264. Die Rechtsmittelführer kritisieren, das Gericht habe die von ihren Wirtschaftsexperten erstellte und von der Kommission als Anlage B.17²¹⁴ vorgelegte Studie, insbesondere deren Abschnitt 2, ignoriert. Dort sei umfassendes wirtschaftliches Datenmaterial enthalten gewesen, aus dem sich die Unrichtigkeit der Annahme des Gerichts ergebe, Einzelhändler würden eine einheitliche Margenpolitik verfolgen.

265. Dieses Vorbringen überzeugt mich nicht. Schon bei bloßer Lektüre der hier streitigen Randnr. 434 des angefochtenen Urteils lässt sich erkennen, dass das Gericht dort die besagte Studie keineswegs ignoriert, sondern sich im Gegenteil mit ihr auseinandersetzt.

266. Was nun den Inhalt der Studie anbelangt, so trifft es zwar zu, dass sich deren Abschnitt 2 mit der *Margenpolitik* der Einzelhändler auseinandersetzt und insbesondere mit der Frage, ob Einzelhändler standardisierte Margen („standard mark-ups“) anwenden. Das Gericht hat jedoch in der Studie Angaben zu der Frage vermisst, ob „ein Einzelhändler für dieselbe Art von Album eine unterschiedliche *Verkaufspolitik* betreibt“²¹⁵. Nach Sichtung der Studie in Anlage B.17 komme ich diesbezüglich zum selben Ergebnis wie das Gericht.

267. Vor diesem Hintergrund halte ich die Rüge der Verfälschung von Beweisen im Hinblick auf Randnr. 434 des angefochtenen Urteils für unbegründet.

3. Zwischenergebnis

268. Damit ist der vierte Rechtsmittelgrund insgesamt unbegründet. Dasselbe gilt für die in den Randnrn. 101 und 102 der Rechtsmittelschrift gemachten Ausführungen, die sich inhaltlich mit diesem vierten Rechtsmittelgrund überschneiden.

214 — Es handelt sich um Anlage B.17 der Klagebeantwortung der Kommission aus erster Instanz.

215 — Randnr. 434 des angefochtenen Urteils (Hervorhebung von mir).

C — Zur Verwendung vertraulicher Informationen im angefochtenen Urteil (siebter Rechtsmittelgrund)

269. Mit ihrem siebten Rechtsmittelgrund werfen die Rechtsmittelführer dem Gericht vor, sein Urteil rechtsfehlerhaft auf Beweise gestützt zu haben, die ihnen nicht offengelegt worden seien, zu denen sie nie hätten Stellung nehmen können und die auch der Kommission beim Erlass der ersten Genehmigungsentscheidung nicht vorgelegen hätten. Da derartige Beweismittel keine Entscheidungsgrundlage für die Kommission sein könnten, hätte auch die Nichtigerklärung der ersten Genehmigungsentscheidung nicht auf sie gestützt werden dürfen.

270. Hauptangriffspunkt dieses Rechtsmittelgrundes sind die Ausführungen des Gerichts zur Preistransparenz und insbesondere zur — umstrittenen — Möglichkeit einer Überwachung des Einzelhandelsmarktes durch die Top-Konzerne mit Hilfe von wöchentlichen Kontrollberichten ihrer Handelsvertreter²¹⁶. Dabei hebt das Gericht zunächst eine Feststellung der Kommission hervor, wonach bei Sony und Bertelsmann ein *System wöchentlicher Berichte* bestehe, in denen auch Informationen über Wettbewerber enthalten seien²¹⁷. Ergänzend hierzu bezieht sich das Gericht in seinem Urteil aber auch auf bestimmte von Impala vorgelegte und als vertraulich eingestufte Schriftstücke²¹⁸.

216 — Randnrn. 352 bis 361 und 451 des angefochtenen Urteils.

217 — Vgl. Randnr. 352 des angefochtenen Urteils, in der aus dem 113. Erwägungsgrund der ersten Genehmigungsentscheidung zitiert wird.

218 — Randnrn. 356 bis 360, 389 und 451 des angefochtenen Urteils.

271. Da die Rechtsmittelführer u. a. rügen, sie hätten zu letzteren Schriftstücken *vor Gericht* nicht Stellung nehmen können, ist zunächst eine mögliche Verletzung des Grundsatzes des kontradiktorischen Verfahrens *vor Gericht* zu erörtern.

272. Zweifellos darf eine gerichtliche Entscheidung nicht auf Tatsachen und Schriftstücke gegründet werden, von denen *die Parteien selbst* — oder eine von ihnen — keine Kenntnis nehmen und zu denen sie daher auch nicht Stellung nehmen konnten²¹⁹. Im vorliegenden Fall hatten die Rechtsmittelführer jedoch im erstinstanzlichen Verfahren gar nicht die Stellung einer *Partei* des Rechtsstreits, sondern waren dem Rechtsstreit lediglich auf Seiten der Kommission als *Streithelfer* beigetreten. Als solche haben sie im Verfahren eine schwächere Stellung als Kläger und Beklagter.

273. Insbesondere ist in Art. 116 § 2 S. 2 der Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz ausdrücklich vorgesehen, dass der Präsident auf Antrag einer Partei geheime oder vertrauliche Unterlagen von der Übermittlung an den Streithelfer ausnehmen kann, was gerade in wettbewerbsrechtlichen Verfahren nicht selten geschieht²²⁰. Speziell in Wettbewerbssachen der Gemeinschaft

219 — Urteile vom 22. März 1961, Snuapat/Hohe Behörde (42/59 und 49/59, Slg. 1961, 111, 169), vom 10. Januar 2002, Plant u. a./Kommission und South Wales Small Mines (C-480/99 P, Slg. 2002, I-265, Randnr. 24), und vom 2. Oktober 2003, Corus UK/Kommission (C-199/99 P, Slg. 2003, I-11177, Randnr. 19). Vgl. auch die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 29. Mai 1986, Feldbrugge/Niederlande (Serie A, Nr. 99, S. 16, § 44), und vom 31. Oktober 2006, Aksoy (Eroğlu)/Türkei (Nr. 59741/00, § 21 und die dort angeführte Rechtsprechung).

220 — Vgl. etwa Beschluss vom 15. Juni 2006, Deutsche Telekom/Kommission (T-271/03, Slg. 2006, II-1747).

ist nämlich die Beweisführung dadurch gekennzeichnet, dass die geprüften Unterlagen oft Geschäftsgeheimnisse oder andere Informationen enthalten, die nicht oder nur mit großen Einschränkungen veröffentlicht werden dürfen²²¹. Es ist somit bereits im System der Verfahrensordnung angelegt, dass das Gericht seinem Urteil gegebenenfalls Beweismittel zugrunde legen kann, die den Streithelfern nicht zugänglich waren (vgl. dazu auch Art. 67 § 3 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz, ferner Art. 287 EG).

274. Die vertrauliche Behandlung der von Impala eingereichten Schriftstücke ist denn auch — anders als es auf den ersten Blick scheinen mag — weniger ein Problem des kontradiktorischen Verfahrens *vor Gericht* als vielmehr eine Frage der Beachtung der Verteidigungsrechte der am Zusammenschluss Beteiligten *im Verwaltungsverfahren*.

275. Zu Recht machen die Rechtsmittelführer geltend, das Gericht hätte sich zur Nichtigerklärung der ersten Genehmigungsentscheidung nicht auf die streitigen von Impala vorgelegten Schriftstücke stützen dürfen, weil die Kommission ihrerseits diese Schriftstücke aufgrund ihres vertraulichen Charakters nicht hätte verwenden dürfen. Hält nämlich das Gericht bestimmte Schriftstücke für derart vertraulich, dass es ihren Inhalt den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen vollständig vorenthält²²², so kann auch von der Kommission vernünftigerweise nicht erwartet werden, dass sie sich

im Verwaltungsverfahren darauf stützen würde, um eine etwaige Verbotsentscheidung damit zu begründen oder auch nur bestimmte Argumente der Zusammenschlussbeteiligten damit zu entkräften.

276. Vor diesem Hintergrund war es rechtsfehlerhaft, dass das Gericht sich zur Nichtigerklärung der ersten Genehmigungsentscheidung auf die von Impala vorgelegten vertraulichen Schriftstücke stützte.

277. Zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führt dieser Rechtsfehler gleichwohl nicht. Für die vom Gericht gemachten Ausführungen gab es nämlich noch andere Gründe, die nichts mit den von Impala vorgelegten vertraulichen Schriftstücken zu tun hatten. So stellten die Bezugnahmen auf jene Schriftstücke letztlich nur einen von mehreren Faktoren dar, aus denen nach Auffassung des Gerichts folgt, „dass die ohnehin starke Transparenz ... noch stärker ist“²²³. Selbst wenn also das Gericht mit Rücksicht auf die Verteidigungsrechte auf die von Impala vorgelegten vertraulichen Schriftstücke verzichtet hätte, würde dies seinen im angefochtenen Urteil gezogenen Schlussfolgerungen in keiner Weise den Boden entziehen²²⁴.

278. Folglich ist auch der siebte Rechtsmittelgrund unbegründet.

221 — Urteil vom 25. Januar 2007, Salzgitter Mannesmann/Kommission (C-411/04 P, Slg. 2007, I-959, Randnr. 43).

222 — Wenngleich ich nach Sichtung der Verfahrensakte aus erster Instanz erhebliche Zweifel habe, ob ein solches Vorgehen in diesem Fall gerechtfertigt war, ist es nicht Aufgabe des Gerichtshofs im vorliegenden Rechtsmittelverfahren, die vom Gericht getroffene Einschätzung zur Vertraulichkeit der besagten Schriftstücke zu hinterfragen.

223 — Randnrn. 348 bis 362, insbesondere Randnr. 362, des angefochtenen Urteils.

224 — Im selben Sinne die Urteile Aalborg Portland u. a./Kommission (zitiert in Fn. 121, Randnr. 72), Musique Diffusion française u. a./Kommission (zitiert in Fn. 117, Randnr. 30) und vom 29. Juni 1995, Solvay/Kommission (T-30/91, Slg. 1995, II-1775, Randnr. 58).

D — Zwischenergebnis

279. Das Rechtsmittel ist somit in seiner Gesamtheit zurückzuweisen.

VI — Zum vermeintlichen Anschlussrechtsmittel

280. In der Rechtsmittelbeantwortung der Kommission findet sich gegen Ende ein gesonderter Abschnitt mit „zusätzlichen Bemerkungen“²²⁵ zu den vom Gericht so genannten „tragenden Gründen“ der ersten Genehmigungsentscheidung.

281. Die Kommission macht dort geltend, das Gericht habe ihre Feststellungen zu den Vergeltungsmaßnahmen²²⁶ in den Randnrn. 474 und 476 des angefochtenen Urteils zu Unrecht als tragenden Grund der ersten Genehmigungsentscheidung eingestuft. Sollte sich nämlich im vorliegenden Verfahren herausstellen, dass die Feststellungen der Kommission zur mangelnden Markttransparenz entgegen der Auffassung des Gerichts rechtsfehlerfrei waren, so müsse die erste Genehmigungsentscheidung Bestand haben, gleichviel, ob sie in Bezug auf die Vergeltungsmaßnahmen Rechtsfehler enthalte.

225 — Randnrn. 37 bis 39 der Rechtsmittelbeantwortung der Kommission, die mit der Überschrift „6. Additional observations: On the ‘essential grounds’ of the Decision“ versehen sind.

226 — Randnrn. 114 bis 118 der ersten Genehmigungsentscheidung.

282. Diese Ausführungen der Kommission hat Impala als *Anschlussrechtsmittel* aufgefasst und unter Berufung auf Art. 117 § 2 der Verfahrensordnung mit gesondertem Schriftsatz auf sie geantwortet. Mit Genehmigung des Präsidenten des Gerichtshofs wurden weitere Schriftsätze zu diesem Thema eingereicht.

283. Dies allein bedeutet jedoch noch keineswegs, dass der Gerichtshof im vorliegenden Fall die Existenz eines Anschlussrechtsmittels bereits verbindlich festgestellt hätte. Die Qualifizierung eines Vorbringens als Anschlussrechtsmittel setzt nach Art. 117 § 2 der Verfahrensordnung voraus, dass mit ihm die vollständige oder teilweise Aufhebung des angefochtenen Urteils unter einem Gesichtspunkt beantragt wird, der in der Rechtsmittelschrift nicht geltend gemacht wird. Ob dies hier der Fall ist, ist anhand von Wortlaut, Ziel und Zusammenhang der fraglichen Passage der Rechtsmittelbeantwortung der Kommission zu ermitteln.

284. Insoweit ist hervorzuheben, dass der Begriff „Anschlussrechtsmittel“ von der Kommission in ihrem Schriftsatz an keiner Stelle gebraucht wird. Vielmehr deutet die Überschrift „zusätzliche Bemerkungen“ darauf hin, dass es sich um ergänzende Ausführungen handelt, die lediglich dem besseren Verständnis des eigentlichen Vorbringens der Kommission zur Beantwortung des Rechtsmittels von Bertelsmann und Sony dienen. Insbesondere zielen ihre „zusätzlichen Bemerkungen“ darauf ab, zu verdeutlichen, welche Folgen es für den Bestand der ersten Genehmigungsentscheidung hätte, wenn das angefochtene Urteil auf Antrag von Bertelsmann und Sony hin (gegebenenfalls teilweise) aufgehoben würde²²⁷.

227 — Vgl. insbesondere Randnr. 39, letzter Satz, der Rechtsmittelbeantwortung der Kommission.

285. Die Kommission selbst hat im weiteren Verlauf des Verfahrens klargestellt, dass sie mit ihren „zusätzlichen Bemerkungen“ keineswegs beabsichtigt habe, ein Anschlussrechtsmittel einzulegen, und hat sich im Übrigen ausdrücklich gegen die Übernahme etwaiger Kosten dafür verwahrt; sie hat ferner betont, dass ihre „zusätzlichen Bemerkungen“ keine eigenständige Bedeutung hätten, sondern nur für den Fall des (gegebenfalls teilweisen) Erfolgs des von Bertelsmann und Sony eingelegten Rechtsmittels relevant würden²²⁸.

286. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die „zusätzlichen Bemerkungen“ der Kommission schon gar kein Anschlussrechtsmittel enthalten und sich eine gesonderte Entscheidung des Gerichtshofs über sie erübrigt, ja sogar *ultra petita* wäre.

VII — Kosten

287. Wird das Rechtsmittel, wie ich es im vorliegenden Fall vorschlage, zurückgewiesen, so entscheidet der Gerichtshof über die Kosten (Art. 122 Abs. 1 der Verfahrensordnung), wobei sich die Einzelheiten aus Art. 69 in Verbindung mit Art. 118 der Verfahrensordnung ergeben.

288. Gemäß Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen; besteht der unterliegende Teil aus mehreren Personen, so entscheidet der Gerichtshof über die Verteilung der Kosten. Hiervon abweichend kann der Gerichtshof die Kosten nach Art. 69 § 3 Abs. 1 der Verfahrensordnung teilen, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt; dies gilt auch, wenn ein Rechtsmittel zwar zurückgewiesen wird, aber der Rechtsmittelführer mit einem Teil seines Vorbringens durchgedrungen ist²²⁹.

289. Da die Rechtsmittelführer Bertelsmann und Sony mit ihrem Rechtsmittel im Ergebnis unterlegen sind, aber immerhin ein Teil ihrer Rechtsmittelgründe inhaltlich begründet war, sollten die Kosten geteilt werden. Ich schlage deshalb vor, Bertelsmann und Sony jeweils ihre eigenen Kosten und drei Viertel der Kosten Impalas aufzuerlegen; soweit sie die Kosten Impalas tragen, erscheint es überdies angemessen, Bertelsmann und Sony als Gesamtschuldner haften zu lassen²³⁰. Impala hingegen sollte ein Viertel ihrer eigenen Kosten tragen.

290. Weiteren Verfahrensbeteiligten, die ein Rechtsmittel mit Anträgen vor dem Gerichtshof unterstützen, können in entsprechender Anwendung von Art. 69 § 4 jeweils ihre eigenen Kosten auferlegt werden. Da die Kommission und Sony BMG

228 — Schreiben der Kommission vom 15. Mai 2007 an den Kanzler des Gerichtshofs.

229 — Urteile vom 30. September 2003, Biret International/Rat (C-93/02 P, Slg. 2003, I-10497, Randnr. 72) und Biret und Cie/Rat (C-94/02 P, Slg. 2003, I-10565, Randnr. 75).

230 — Urteil vom 31. Mai 2001, D und Schweden/Rat (C-122/99 P und C-125/99 P, Slg. 2001, I-4319, Randnr. 65).

Music Entertainment das Rechtsmittel von Bertelsmann und Sony mit ihren Anträgen unterstützt haben und dabei im Ergebnis unterlegen sind, erscheint es angemessen, sie jeweils zur Tragung ihrer eigenen Kosten zu verurteilen²³¹.

VIII — Ergebnis

291. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

- 1) Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.
- 2) Die Bertelsmann AG und die Sony Corporation of America tragen jeweils ihre eigenen Kosten sowie als Gesamtschuldner drei Viertel der Kosten der Independent Music Publishers and Labels Association; die Independent Music Publishers and Labels Association trägt ein Viertel ihrer eigenen Kosten.
- 3) Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften und Sony BMG Music Entertainment BV tragen jeweils ihre eigenen Kosten.

²³¹ — In diesem Sinne etwa Urteile vom 26. Februar 2002, Rat/Boehringer (C-23/00 P, Slg. 2002, I-1873, Randnr. 56), und vom 2. Oktober 2003, International Power u. a./NALOO (C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P und C-180/01 P, Slg. 2003, I-11421, Randnr. 187).