

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Erste Kammer)

10. Februar 2011\*

In der Rechtssache C-260/09 P

betreffend ein Rechtsmittel nach Art. 56 der Satzung des Gerichtshofs, eingelegt am 10. Juli 2009,

**Activision Blizzard Germany GmbH**, vormals CD-Contact Data GmbH, mit Sitz in Burglengenfeld (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: J. K. de Pree und E. N. M. Raedts, advocaten,

Rechtsmittelführerin,

andere Verfahrensbeteiligte:

**Europäische Kommission**, vertreten durch S. Noë und F. Ronkes Agerbeek als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagte im ersten Rechtszug, erlässt

\* Verfahrenssprache: Englisch.

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten A. Tizzano sowie der Richter J.-J. Kasel, M. Ilešič (Berichterstatter), E. Levits und M. Safjan,

Generalanwalt: J. Mazák,  
Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

### Urteil

- <sup>1</sup> Mit ihrem Rechtsmittel beantragt die Activision Blizzard Germany GmbH (im Folgenden: Activision Blizzard) als Rechtsnachfolgerin der CD-Contact Data GmbH (im Folgenden: CD-Contact Data) die Aufhebung des Urteils des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 30. April 2009, CD-Contact Data/Kommission (T-18/03, Slg. 2009, II-1021, im Folgenden: angefochtenes Urteil), mit dem das Gericht die gegen CD-Contact Data verhängte Geldbuße herabgesetzt und im Übrigen deren Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung 2003/675/EG der Kommis-

sion vom 30. Oktober 2002 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen (COMP/35.587 — PO Video Games, COMP/35.706 — PO Nintendo Distribution und COMP/36.321 — Omega — Nintendo) (ABl. 2003, L 255, S. 33, im Folgenden: streitige Entscheidung) abgewiesen hat. Diese Entscheidung betraf eine Reihe von Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, mit denen Parallelausfuhren auf dem Markt für Nintendo-Videospielkonsolen und -Spielkassetten für diese Konsolen beschränkt werden sollten.

### Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 2 Die Nintendo Co. Ltd (im Folgenden: Nintendo), eine an der Börse notierte Gesellschaft mit Sitz in Kyoto (Japan), steht an der Spitze der Nintendo-Unternehmensgruppe, die auf die Herstellung und den Vertrieb von Konsolen für Videospiele und von Videospielkassetten für diese Konsolen spezialisiert ist. Die Geschäftstätigkeit von Nintendo im Europäischen Wirtschaftsraum wird in manchen Gebieten von ihr zu 100 % gehörenden Tochtergesellschaften betrieben, unter denen die wichtigste die Nintendo of Europe GmbH (im Folgenden: NOE) ist. Zur Zeit der fraglichen Vorgänge koordinierte NOE bestimmte Geschäftstätigkeiten von Nintendo in Europa und war ihre Alleinvertriebshändlerin in Deutschland. In anderen Absatzgebieten hatte Nintendo unabhängige Alleinvertriebshändler eingesetzt.
- 3 CD-Contact Data war von April 1997 bis mindestens 31. Dezember 1997 die Alleinvertriebshändlerin von Nintendo für Belgien und Luxemburg.
- 4 Im März 1995 leitete die Kommission der Europäischen Gemeinschaften eine Untersuchung der Videospiegelindustrie ein. Als Ergebnis ihrer vorläufigen Feststellungen leitete sie im September 1995 eine ergänzende Untersuchung speziell zum Vertriebssystem von Nintendo ein. Auf die Beschwerde eines Unternehmens hin, das

im Bereich der Einfuhr und des Verkaufs von elektronischen Spielen tätig ist und geltend machte, dass Nintendo in den Niederlanden den Parallelhandel behindere und ein System festgelegter Wiederverkaufspreise praktiziere, erweiterte die Kommission ihre Untersuchung. In ihrem Antwortschreiben vom 16. Mai 1997 auf ein Auskunftsverlangen der Kommission räumte Nintendo ein, dass bestimmte ihrer Vertriebsverträge und ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen Beschränkungen des Parallelhandels innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums enthielten. Mit Schreiben vom 23. Dezember 1997 teilte Nintendo der Kommission mit, ihr sei „ein schwerwiegendes Problem in Bezug auf den Parallelhandel innerhalb der Gemeinschaft“ bekannt geworden, und gab ihrem Wunsch Ausdruck, mit der Kommission zusammenzuarbeiten. Nach ihrem Geständnis ergriff Nintendo Maßnahmen, die die künftige Einhaltung des Unionsrechts gewährleisten sollten, und leistete an die durch ihr Handeln finanziell geschädigten Dritten Ausgleichszahlungen.

- 5 Mit Schreiben vom 9. Juni 1999 forderte die Kommission CD-Contact Data auf, ihr mitzuteilen, ob die zu den Akten der Kommission genommenen Unterlagen, soweit sie CD-Contact Data betrafen, vertrauliche Angaben enthielten. In diesem Schreiben wurde auch darauf hingewiesen, dass die Kommission die Eröffnung eines förmlichen Verfahrens gegen verschiedene Unternehmen, darunter CD-Contact Data, beabsichtige. Am 26. April 2000 sandte die Kommission an Nintendo und die anderen betroffenen Unternehmen, darunter CD-Contact Data, eine Mitteilung der Beschwerdepunkte wegen Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 53 Abs. 1 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 (ABl. 1994, L 1, S. 3). Der in der Mitteilung der Beschwerdepunkte dargelegte Sachverhalt wurde von Nintendo nicht bestritten.
  
- 6 Am 30. Oktober 2002 erließ die Kommission die streitige Entscheidung, in deren Art. 1 es heißt:

„Die nachstehenden Unternehmen haben gegen Artikel 81 Absatz 1 [EG] und Artikel 53 Absatz 1 [des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum] verstoßen, indem sie in den erwähnten Zeiträumen an einer Reihe von Vereinbarungen

und abgestimmten Verhaltensweisen auf den Märkten für Spielkonsolen und für mit Nintendo-Konsolen kompatiblen Spielkassetten beteiligt waren, wodurch die Parallelausfuhren von Nintendo-Spielkonsolen und -Spielkassetten eingeschränkt werden sollten und tatsächlich eingeschränkt wurden.

...

— [CD-Contact Data] vom 28. Oktober 1997 bis Ende Dezember 1997.“

- 7 In Art. 3 der streitigen Entscheidung wurde gegen CD-Contact Data eine Geldbuße in Höhe von 1 Million Euro festgesetzt.
  
- 8 In den Randnrn. 195 und 196 der streitigen Entscheidung stellte die Kommission zu den Parallelausfuhren aus Belgien und Luxemburg fest, es sei CD-Contact Data „klar [gewesen], dass [sie] dafür sorgen musste, dass [ihre] Abnehmer nicht parallel exportierten“. Dies ergebe sich aus einem Fax von CD-Contact Data an NOE vom 28. Oktober 1997, in dem sie versichert habe, dass sie keinen Export wolle. In Randnr. 317 der streitigen Entscheidung führte die Kommission aus, dieses Schreiben zeige, dass CD-Contact Data und Nintendo „zu der ‚Willensübereinstimmung‘ gelangt wären, dass keine Exporte aus dem Gebiet von [CD-Contact Data] stattfinden sollten und dass [CD-Contact Data] Lieferungen an Abnehmer ..., von denen Ausfuhren zu erwarten waren, überwachen sollte“. In Randnr. 319 der streitigen Entscheidung erklärte die Kommission, CD-Contact Data habe „den Beweis erbracht, dass [sie] der Vereinbarung, den Parallelhandel zu beschränken, nicht beigetreten ist“. Nach ihren eigenen Angaben habe CD-Contact Data „selber die Produkte [exportiert] bzw. ... diese an Unternehmen [verkauft], von denen [sie] wusste, dass sie dieselben Produkte

importieren würden“. In Randnr. 326 der streitigen Entscheidung befand die Kommission allerdings, dass der Umstand, dass CD-Contact Data in der Praxis bestimmte Parallelexporte zugelassen habe, lediglich zeige, dass diese selbst „täuschte“.

- 9 Zu den Paralleleinfuhren nach Belgien führte die Kommission in Randnr. 197 der streitigen Entscheidung aus, dass CD-Contact Data von September bis Dezember 1997 mit NOE einen Schriftwechsel über Parallelimporte in ihr Absatzgebiet geführt habe, weil sie erwartet habe, dass dieses „Problem“ gelöst würde. Die Kommission führte insoweit drei Schreiben vom 4. September, 3. November und 4. Dezember 1997 an.

### **Das angefochtene Urteil**

- 10 Mit dem angefochtenen Urteil hat das Gericht die streitige Entscheidung abgeändert, soweit darin nicht zugunsten von CD-Contact Data der mildernde Umstand ihrer ausschließlich passiven Rolle bei der Zuwiderhandlung anerkannt worden sei. Demgemäß hat das Gericht die gegen das Unternehmen festgesetzte Geldbuße auf 500 000 Euro herabgesetzt. Im Übrigen hat es die Klage auf Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung abgewiesen.
- 11 In den Randnrn. 46 bis 70 des angefochtenen Urteils hat das Gericht den ersten Teil des ersten Klagegrundes zurückgewiesen, mit dem ein Verstoß gegen Art. 81 EG geltend gemacht worden war. Im Rahmen ihres Rechtsmittels wendet sich Activision Blizzard gegen die Prüfung dieser Rüge durch das Gericht.
- 12 In Randnr. 52 seines Urteils hat das Gericht festgestellt, dass sich die Kommission für ihren Schluss, dass eine gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßende Vereinbarung bestan-

den habe, nicht auf den Wortlaut des Vertriebsvertrags zwischen Nintendo und CD-Contact Data als solchen gestützt habe. Das Gericht hat insoweit darauf verwiesen, dass die Kommission in Randnr. 196 der streitigen Entscheidung ausgeführt habe, dass „[d]er Wortlaut des Vertriebsvertrags zwischen [CD-Contact Data] und Nintendo ... es [CD-Contact Data gestattet habe], passiv zu exportieren“. Das Gericht hat in diesem Zusammenhang hervorgehoben, dass dieser Vertriebsvertrag, der zwei Jahre nach Beginn der Untersuchung der Kommission geschlossen worden sei und das fragliche Vertriebssystem betroffen habe, als solcher — und anders, als im Fall mancher von der streitigen Entscheidung betroffener Vertriebshändler festgestellt worden sei — keine durch Art. 81 Abs. 1 EG verbotene Klausel enthalten habe.

- 13 In Randnr. 53 des angefochtenen Urteils hat das Gericht klargestellt, dass sich die Kommission im Fall von CD-Contact Data nur auf den Abschluss eines Vertrags bezogen habe. In Randnr. 54 des Urteils hat das Gericht hinzugefügt, dass die Kommission mangels eines unmittelbaren Urkundenbeweises für den Abschluss einer schriftlichen Vereinbarung zwischen Nintendo und CD-Contact Data über die Beschränkung von Passivausfuhren angenommen habe, dass die Beteiligung von CD-Contact Data an einer Art. 81 Abs. 1 EG verletzenden Vereinbarung durch das Verhalten von CD-Contact Data, so wie es in dem von dieser geführten Schriftwechsel zum Ausdruck gelangt sei, belegt werde.
- 14 In Randnr. 55 des angefochtenen Urteils heißt es, dass unter diesen Umständen zu prüfen sei, ob die Kommission in Anbetracht des Wortlauts dieses Schriftwechsels rechtlich hinreichend bewiesen habe, dass zwischen CD-Contact Data und Nintendo eine Willensübereinstimmung hinsichtlich der Beschränkung des Parallelhandels zustande gekommen sei. In Randnr. 56 des Urteils wird darauf hingewiesen, dass die Kommission in der streitigen Entscheidung eine Reihe von Schriftstücken als Beweismittel angeführt habe, darunter insbesondere ein Fax von CD-Contact Data an NOE vom 28. Oktober 1997.
- 15 In Randnr. 58 des angefochtenen Urteils hat das Gericht ausgeführt, dass CD-Contact Data in diesem Fax mitgeteilt habe, dass sie nicht imstande gewesen sei, bestimmte Produktmengen an BEM, einen möglicherweise mit Parallelhandel befassten

Großhändler in Belgien, zu liefern. In Randnr. 59 des Urteils hat das Gericht festgestellt, dass sich entgegen dem Vorbringen der Kommission aus dem Wortlaut dieses Fax nicht eindeutig ergebe, dass CD-Contact Data bekannt gewesen sei, dass sie Parallelexporte habe unterbinden sollen, und dass sie sich gegen Behauptungen von Nintendo France über Parallelausfuhren aus Belgien habe verteidigen wollen. Insbesondere ließ sich nach Auffassung des Gerichts nicht mit der erforderlichen Gewissheit der Schluss ziehen, dass durch die von CD-Contact Data erwähnte „Vorsicht“ gegenüber generell mit Ausfuhren befassten Kunden belegt werde, dass CD-Contact Data die streitige Politik der Einschränkung des Parallelhandels gebilligt habe. Nach Ansicht des Gerichts ließ sich zudem nicht von vornherein die Darstellung von CD-Contact Data verwerfen, dass sie sich auf die ihr zur Verfügung stehenden begrenzten Produktmengen im Sinne einer Information darüber bezogen habe, dass ihr aktive Verkäufe über einen in Belgien ansässigen Großhändler faktisch unmöglich gewesen seien.

16 In Randnr. 60 des angefochtenen Urteils hat das Gericht dargelegt, dass das Fax, das CD-Contact Data am 28. Oktober 1997 an NOE gesandt habe, jedoch eine unmittelbare Reaktion auf das Schreiben vom 24. Oktober 1997 gewesen sei, mit dem sich Nintendo France über Parallelausfuhren aus Belgien — dem damaligen Alleinvertriebsgebiet von CD-Contact Data für die fraglichen Produkte — beschwert und NOE gebeten habe, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Nintendo France aus diesen Ausfuhren entstehenden „Probleme“ zu beheben. Das Gericht hat angenommen, dass es CD-Contact Data deshalb, auf diese Beschwerde über Parallelexporte aus Belgien hin, für notwendig gehalten habe, sich hinsichtlich der ihr verfügbaren Mengen sowie der Bedingungen zu rechtfertigen, zu denen sie die fraglichen Erzeugnisse exportiert habe.

17 In Randnr. 61 des angefochtenen Urteils hat das Gericht erläutert, dass sich die Kommission, was die Schriftstücke zu Paralleleinfuhren nach Belgien und Luxemburg angehe, darauf gestützt habe, dass zwischen Nintendo und bestimmten ihrer zugelassenen Vertriebshändler, darunter CD-Contact Data, im Hinblick auf den Parallelhandel ein System der praktischen Zusammenarbeit und des Informationsaustauschs geschaffen worden sei. In diesem Zusammenhang hat das Gericht bemerkt, dass sich

die Beteiligung von CD-Contact Data an dem System des Informationsaustauschs nach Auffassung der Kommission aus mehreren Schreiben ergeben habe, die in Randnr. 197 der angefochtenen Entscheidung angeführt seien.

- 18 In Randnr. 62 des angefochtenen Urteils hat das Gericht ausgeführt, dass der Wortlaut dieser verschiedenen Schreiben unter Weiterführung der in den vorangehenden Randnummern dieses Urteils niedergelegten Erwägungen den Schluss erlaube, dass mit diesen Schreiben die Paralleleinfuhren von Nintendo-Erzeugnissen nach Belgien hätten beanstandet werden sollen und dass diese Schreiben sich in das von Nintendo geschaffene System des Informationsaustauschs eingefügt hätten. Insoweit hat das Gericht in den Randnrn. 63 bis 66 seines Urteils zwei Schreiben von CD-Contact Data an NOE vom 4. September und 3. November 1997, ein Fax von CD-Contact Data an Nintendo France vom 12. November 1997 und ein Schreiben von NOE an CD-Contact Data vom 4. Dezember 1997 angeführt.
- 19 In Randnr. 67 des angefochtenen Urteils hat das Gericht befunden, dass dieser Schluss nicht durch den Umstand in Frage gestellt werden könne, dass sich CD-Contact Data in der Praxis am Parallelhandel beteiligt habe, indem sie Erzeugnisse an außerhalb von Belgien und Luxemburg ansässige Kunden exportiert habe. Es sei nämlich nicht zwangsläufig zu berücksichtigen, dass ein Unternehmen, dessen Beteiligung an einer nach Art. 81 Abs. 1 EG rechtswidrigen Abstimmung erwiesen sei, sich auf dem Markt nicht in der mit seinen Konkurrenten vereinbarten Weise verhalten habe. Ein Unternehmen, das trotz der Abstimmung mit seinen Konkurrenten eine andere als die vereinbarte Politik verfolge, versuche möglicherweise nur, die Vereinbarung zu seinem Vorteil auszunutzen.
- 20 Zu den Beweisen für das Verbot von Paralleleinfuhren nach Belgien und Luxemburg hat das Gericht in Randnr. 68 des angefochtenen Urteils bemerkt, CD-Contact Data könne nicht mit Erfolg geltend machen, dass die von der Kommission angeführten Schreiben fehlerhaft ausgelegt worden seien, weil sie sich mit diesen nur habe vergewissern wollen, dass der von ihr an Nintendo gezahlte Preis für die Produkte nicht zu hoch gewesen sei. Nach Auffassung des Gerichts ergab nämlich eine Gesamtschau

dieser Schreiben, insbesondere des Fax von CD-Contact Data an Nintendo France vom 12. November 1997, dass diese Schreiben die Frage der Produktpreise in mehr oder weniger direktem Zusammenhang mit der Existenz von Paralleleinfuhren behandelt hätten.

- <sup>21</sup> In den Randnrn. 69 und 70 des angefochtenen Urteils hat das Gericht aus diesen Überlegungen den Schluss gezogen, dass die Kommission fehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt sei, dass sich CD-Contact Data an einer Vereinbarung beteiligt habe, mit der eine Beschränkung des Parallelhandels bezweckt worden sei. Demgemäß hat das Gericht den ersten Teil des ersten Klagegrundes von CD-Contact Data zurückgewiesen.

### **Anträge der Verfahrensbeteiligten vor dem Gerichtshof**

- <sup>22</sup> Activision Blizzard beantragt,
- das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit darin die Klage auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung abgewiesen worden ist;
  - die streitige Entscheidung für nichtig zu erklären, zumindest soweit diese sie selbst betrifft;
  - hilfsweise, das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit darin die Klage auf Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung abgewiesen worden ist, und die Sache an das Gericht zurückzuverweisen;
  - der Kommission die Kosten beider Rechtszüge aufzuerlegen.

- <sup>23</sup> Die Kommission beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen und der Rechtsmittelführerin die Kosten des vorliegenden Verfahrens aufzuerlegen.

## **Zum Rechtsmittel**

- <sup>24</sup> Activision Blizzard macht drei Rechtsmittelgründe geltend, die sich gegen die Prüfung richten, der das Gericht in den Randnrn. 46 bis 70 des angefochtenen Urteils den ersten Teil des ersten Klagegrundes — Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG — unterzogen hat.

### *Zum ersten Rechtsmittelgrund*

#### Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- <sup>25</sup> Mit dem ersten Rechtsmittelgrund rügt Activision Blizzard einen Rechtsfehler des Gerichts, der darin liege, dass es zu seiner Schlussfolgerung, wonach zwischen NOE und CD-Contact Data eine rechtswidrige Vereinbarung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG bestanden habe, durch eine unrichtige rechtliche Einordnung der relevanten Tatsachen gelangt sei. Dieser Rechtsfehler rühre daher, dass das Gericht bei seiner Prüfung der von der Kommission angeführten Beweise nicht den Unterschied berücksichtigt habe, der unter dem Gesichtspunkt der Rechtsfolgen zwischen einer Beschränkung des aktiven Parallelhandels und einer Beschränkung des passiven Parallelhandels bestehe.

- 26 Activision Blizzard hebt insoweit hervor, dass der Vertriebsvertrag zwischen Nintendo und CD-Contact Data den aktiven Parallelhandel untersagt, den passiven Parallelhandel jedoch gestattet habe. Wie das Gericht in Randnr. 52 des angefochtenen Urteils bestätigt habe, sei dieser Vertrag im Hinblick auf Art. 81 Abs. 1 EG vollkommen rechtmäßig gewesen.
- 27 Angesichts des in dem Vertriebsvertrag vereinbarten Verbots des aktiven Parallelhandels sei es nicht überraschend, dass CD-Contact Data mit NOE Informationen über Paralleleinfuhren in Belgien ausgetauscht habe, wie dies durch das Fax von CD-Contact Data an Nintendo vom 28. Oktober 1997 in Verbindung mit den in Randnr. 197 der streitigen Entscheidung angeführten Schreiben belegt werde.
- 28 Für eine rechtlich fehlerfreie Prüfung des Sachverhalts hätte nach Auffassung der Rechtsmittelführerin das Gericht nach seiner Feststellung, dass CD-Contact Data an einem Informationsaustausch über Paralleleinfuhren teilgenommen habe, ermitteln müssen, ob dieses Verhalten im Einklang mit dem Vertriebsvertrag eine Beschränkung aktiver Parallelverkäufe betroffen habe oder ob es sich auch auf eine rechtswidrige Beschränkung passiver Parallelverkäufe bezogen habe. Ohne den Nachweis einer Vereinbarung, die über eine Beschränkung der aktiven Verkäufe hinausgegangen wäre, sei das Gericht nicht zu dem Schluss berechtigt gewesen, dass CD-Contact Data an einer gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßenden Vereinbarung beteiligt gewesen sei.
- 29 Da das Gericht es versäumt habe, diese Prüfung vorzunehmen, habe es nicht rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangen können, dass die Kommission hinreichend bewiesen habe, dass das Verhalten von CD-Contact Data auf eine Beschränkung der passiven Verkäufe gezielt habe.

- 30 Hilfsweise macht die Rechtsmittelführerin geltend, dass das Gericht zumindest seine Begründungspflicht verletzt habe, da dem angefochtenen Urteil nichts zu der Frage entnommen werden könne, aus welchen Gründen die Unterscheidung zwischen dem aktiven Parallelhandel und dem passiven Parallelhandel unter den Umständen des vorliegenden Falls nicht habe berücksichtigt werden müssen.
- 31 Die Kommission räumt ein, dass es die — im vorliegenden Fall in zeitlicher Hinsicht anwendbare — Verordnung (EWG) Nr. 1983/83 der Kommission vom 22. Juni 1983 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen (ABl. L 173, S. 1) erlaube, einem Alleinvertriebshändler die aktive Suche nach Kunden außerhalb seines Vertriebsgebiets zu untersagen, und dass der Vertriebsvertrag zwischen CD-Contact Data und Nintendo ein solches Verbot aktiver Verkäufe enthalten habe, das als solches Art. 81 Abs. 1 EG nicht zuwiderlaufe. Jedoch sei diese Verordnung nicht anwendbar, wenn die Parteien vereinbarten, eine Situation des absoluten Gebietsschutzes herbeizuführen, in dessen Rahmen es Alleinvertriebshändlern vollständig untersagt sei, Verkäufe außerhalb ihres Gebiets oder an Kunden zu tätigen, die die Ausfuhr beabsichtigten. So habe es sich aber hier verhalten.
- 32 Es stelle keinen Rechtsfehler dar, dass das Gericht die streitige Entscheidung in diesem Punkt bestätigt habe. Da das Gericht das Bestehen einer Vereinbarung zwischen CD-Contact Data und Nintendo über die Beschränkung des Parallelhandels als solchen festgestellt habe, habe es in den Gründen seines Urteils keine weiteren Ausführungen zur Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Verkäufen durch Vertriebshändler zu machen brauchen.

#### Würdigung durch den Gerichtshof

- 33 Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund wirft die Rechtsmittelführerin dem Gericht im Wesentlichen vor, es habe rechtsfehlerhaft versäumt, zu prüfen, ob das Verhalten von

CD-Contact Data, so wie es in dem in der streitigen Entscheidung zur Begründung herangezogenen Schriftwechsel zum Ausdruck gekommen sei, lediglich — im Einklang mit dem Vertriebsvertrag zwischen CD-Contact Data und Nintendo — eine Beschränkung der aktiven Parallelverkäufe bezweckt habe oder ob sich dieses Verhalten auch auf eine Beschränkung der passiven Parallelverkäufe bezogen habe.

- 34 Es ist jedoch festzustellen, dass das Gericht in dem angefochtenen Urteil, anders als die Rechtsmittelführerin vorträgt, eine solche Prüfung vorgenommen hat und dass daher dem Rechtsmittelgrund die tatsächliche Grundlage fehlt.
- 35 So hat das Gericht zunächst in Randnr. 52 des angefochtenen Urteils ausgeführt, dass der fragliche Vertriebsvertrag als solcher im Unterschied zu vorher mit anderen Nintendo-Vertriebshändlern geschlossenen Vertriebsvereinbarungen keine durch Art. 81 Abs. 1 EG verbotene Klausel enthalten habe, da er CD-Contact Data gestattet habe, passiv zu exportieren.
- 36 In den Randnrn. 54 und 55 seines Urteils hat das Gericht sodann erläutert, dass mangels eines unmittelbaren Urkundenbeweises für den Abschluss einer schriftlichen Vereinbarung über die Beschränkung von Passivausfuhren zu prüfen sei, ob die Kommission damit, dass sie sich auf den in der streitigen Entscheidung angeführten Schriftwechsel zwischen CD-Contact Data, NOE und Nintendo France gestützt habe, rechtlich hinreichend bewiesen habe, dass CD-Contact Data an einer Art. 81 Abs. 1 EG zuwiderlaufenden Vereinbarung beteiligt gewesen sei.
- 37 Schließlich hat das Gericht in Randnr. 59 des angefochtenen Urteils ausdrücklich anerkannt, dass hinsichtlich des Fax von CD-Contact Data an NOE vom 28. Oktober 1997 nicht von vornherein die Darstellung der Rechtsmittelführerin verworfen werden dürfe, der zufolge der Hinweis auf die CD-Contact Data zur Verfügung stehenden begrenzten Produktmengen als eine Information darüber anzusehen sei, dass ihr aktive Verkäufe über einen in Belgien ansässigen Großhändler faktisch unmöglich gewesen seien.

- 38 Dem lässt sich entnehmen, dass das Gericht die von der Kommission angeführten Beweise im Licht der Tatsache gewürdigt hat, dass der zwischen CD-Contact Data und Nintendo geschlossene Vertriebsvertrag ein Verbot aktiver Parallelverkäufe enthielt, das als solches zunächst rechtmäßig war, und dass es hierbei das Argument von CD-Contact Data berücksichtigt hat, wonach sich der Inhalt des Fax vom 28. Oktober 1997 aus diesem Umstand erkläre.
- 39 Wenn das Gericht in Randnr. 69 des angefochtenen Urteils gleichwohl zu der Feststellung gelangt ist, dass CD-Contact Data an einer rechtswidrigen Vereinbarung beteiligt gewesen sei, so beruhte dies darauf, dass das Gericht auf der Grundlage einer in den Randnrn. 60 bis 68 seines Urteils vorgenommenen Prüfung der Gesamtheit des von der Kommission angeführten Schriftwechsels zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die Kommission das Bestehen einer Willensübereinstimmung zwischen CD-Contact Data und Nintendo nachgewiesen habe, die nicht nur auf eine Beschränkung aktiver Verkäufe, sondern des Parallelhandels allgemein gerichtet gewesen sei.
- 40 Unter diesen Umständen ist der erste von Activision Blizzard angeführte Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

### *Zum zweiten Rechtsmittelgrund*

#### Vorbringen der Parteien

- 41 Mit ihrem zweiten Rechtsmittelgrund macht Activision Blizzard geltend, das Gericht habe mit seiner Feststellung, wonach die in den Randnrn. 56 bis 68 des angefochtenen Urteils angeführten Schriftstücke belegten, dass ein rechtswidriges Ziel verfolgt worden sei, die Beweise verfälscht. Die Rechtsmittelführerin bezieht sich insbesondere auf die Faxe vom 4. September, 3. November und 12. November 1997, mit denen

CD-Contact Data beanstandet habe, dass unter Verletzung der ihr für Belgien im Vertriebsvertrag eingeräumten Ausschließlichkeitsrechte Ausfuhren nach Belgien stattfänden, und sich der Informationen über die Preise der eingeführten Produkte als eines Verhandlungsmittels bedient habe, um von NOE einen günstigeren Einkaufspreis zu erwirken. Der vom Gericht gezogene Schluss, dass diese Schriftstücke anderes zum Gegenstand gehabt hätten als eine rechtmäßige Beschränkung aktiver Verkäufe im Alleinvertriebsgebiet von CD-Contact Data oder die Art und Weise, in der diese zur Senkung des Einkaufspreises Druck auf ihren Lieferanten ausgeübt habe, stehe in Widerspruch zum Wortlaut dieser Schriftstücke.

- 42 In diesem Zusammenhang lasse sich dem Fax vom 3. November 1997 entnehmen, dass CD-Contact Data einen etwaigen Fall aktiver Verkäufe auf dem belgischen Markt von Deutschland aus habe melden wollen.
- 43 Im Fax an Nintendo France vom 12. November 1997 deute nichts darauf hin, dass CD-Contact Data Druck ausgeübt habe, um parallele Passiveinfuhren zu beschränken. Die Bezugnahme auf „Paralleleinfuhren“ impliziere insbesondere, dass diese Einfuhren rechtmäßig gewesen seien. Im Übrigen wäre nach der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. L 336, S. 21) selbst die Beschränkung passiver Verkäufe von Nintendo France zulässig gewesen, da es sich bei dieser um eine Tochtergesellschaft des Lieferanten gehandelt habe.
- 44 Das Fax vom 4. September 1997, soweit es trotz seiner Übersendung vor dem Zeitraum der angeblichen Zuwiderhandlung als Beweis tauglich sein könnte, enthalte keinerlei Beleg für eine Absicht, den passiven Parallelhandel zu behindern. Vielmehr gehe aus diesem Fax hervor, dass CD-Contact Data versucht habe, die Informationen über die Preise der eingeführten Produkte als Verhandlungsmittel zu nutzen, um bei NOE einen günstigeren Preis zu erreichen.

- 45 Die Rechtsmittelführerin meint, dass die Kommission mit ihrem Argument, es werde durch diese Schriftstücke nicht belegt, dass ihre Verfasser eine Unterscheidung zwischen aktiven Verkäufen und passiven Verkäufen getroffen hätten, die Beweislast umzukehren versuche, so als ob es Sache von CD-Contact Data wäre, die Rechtmäßigkeit ihres Handelns gemäß Art. 81 EG zu beweisen. In seinem Urteil vom 13. Juli 1966, Consten und Grundig/Kommission (56/64 und 58/64, Slg. 1966, 429), habe der Gerichtshof jedoch klar ausgesprochen, dass eine Beweislastumkehr insoweit nicht zulässig sei.
- 46 Die Rechtsmittelführerin hebt weiter hervor, dass der von CD-Contact Data unterzeichnete Vertriebsvertrag im Gegensatz zu den vorherigen Verträgen zwischen Nintendo und anderen Beteiligten, die ihre Beteiligung an dem rechtswidrigen System tatsächlich eingeräumt hätten, im Einklang mit den Gesprächen zwischen Nintendo und der Kommission gestanden und lediglich aktive Verkäufe untersagt habe. Unter diesen Umständen könne in Ermangelung eines Gegenbeweises nicht angenommen werden, dass CD-Contact Data den Vertrag anders als im Sinne des Verbots ausgelegt habe, Produkte aktiv in den Gebieten anderer Händler anzubieten und umgekehrt. Die Handlungsweise von CD-Contact Data habe dieser Auslegung auch entsprochen. So habe CD-Contact Data passive Verkäufe in Frankreich erleichtert, NOE aber über Verstöße gegen das im Vertriebsvertrag festgelegte Verbot aktiver Verkäufe unterrichtet.
- 47 Die Kommission hält den zweiten Rechtsmittelgrund für unzulässig, hilfsweise für unbegründet, da die Rechtsmittelführerin keinerlei Beleg dafür angeführt habe, dass das Gericht den offensichtlichen Aussagegehalt der Beweise verfälscht hätte.
- 48 Die Kommission weist insbesondere darauf hin, dass keines der drei von der Rechtsmittelführerin angeführten Schriftstücke, also der per Fax übermittelten Schreiben vom 4. September, 3. November und 12. November 1997, einen Beleg dafür enthalte, dass seine Verfasser zwischen aktiven und passiven Verkäufen unterschieden hätten. Das Gericht habe diese Schriftstücke auch nicht isoliert von ihrem Kontext gewürdigt, sondern die Beweise in ihrer Gesamtheit geprüft. In seiner Gesamtheit zeige der

Schriftwechsel, dass sich CD-Contact Data an einem Informationssystem beteiligt habe, das der Meldung sämtlicher Parallelimporte gedient habe. Damit bestätige der Schriftwechsel, dass das Unternehmen einer Vereinbarung beigetreten sei, mit der der Parallelhandel als solcher habe beschränkt werden sollen.

- 49 Die Kommission betont, dass der Kontext zu berücksichtigen sei, in den sich der Informationsaustausch zwischen CD-Contact Data und Nintendo eingefügt habe. Bereits vor der Einbeziehung von CD-Contact Data in das Vertriebsnetz von Nintendo hätten diese und bestimmte ihrer Händler ein System zur Verbesserung des Schutzes der Alleinvertriebshändler geschaffen, um einen absoluten Gebietsschutz herbeizuführen, und ein wesentliches Element hierfür sei das System des Austauschs von Informationen über den Parallelhandel gewesen. Überdies habe Nintendo dieses rechtswidrige Verhalten fortgeführt, selbst nachdem ihr die von der Kommission geführte Untersuchung zur Kenntnis gelangt sei.

#### Würdigung durch den Gerichtshof

- 50 Mit ihrem zweiten Rechtsmittelgrund rügt die Rechtsmittelführerin eine Verfälschung der Beweise durch das Gericht, und zwar insbesondere der Faxe von CD-Contact Data an NOE bzw. Nintendo France vom 4. September, 3. November und 12. November 1997.
- 51 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass aus Art. 225 EG und Art. 58 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs folgt, dass der Gerichtshof nicht für die Feststellung der Tatsachen zuständig und grundsätzlich nicht befugt ist, die Beweise zu prüfen, auf die das Gericht seine Feststellungen gestützt hat. Sind diese Beweise ordnungsgemäß erhoben und die allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie die Vorschriften über die Beweislast und das Beweisverfahren eingehalten worden, ist es nämlich allein Sache des

Gerichts, den Wert der ihm vorgelegten Beweise zu beurteilen. Diese Beurteilung ist somit, sofern die Beweise nicht verfälscht werden, keine Rechtsfrage, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs unterliegt (vgl. u. a. Urteil vom 18. März 2010, Trubowest Handel und Makarov/Rat und Kommission, C-419/08 P, Slg. 2010, I-2259, Randnrn. 30 und 31 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

- 52 Im vorliegenden Fall hat die Rechtsmittelführerin hinreichend substantiiert vorgetragen, dass die Beurteilung dieser Faxe durch das Gericht deren Wortlaut widerspreche. Unter diesen Umständen ist der zweite Rechtsmittelgrund entgegen der Auffassung der Kommission zulässig.
- 53 Hinsichtlich der Begründetheit dieses Rechtsmittelgrundes ist darauf hinzuweisen, dass sich nach ständiger Rechtsprechung eine Verfälschung in offensichtlicher Weise aus den Akten ergeben muss, ohne dass es einer neuen Tatsachen- und Beweiswürdigung bedarf (vgl. Urteile vom 6. April 2006, General Motors/Kommission, C-551/03 P, Slg. 2006, I-3173, Randnr. 54, Trubowest Handel und Makarov/Rat und Kommission, Randnr. 32, und vom 2. September 2010, Kommission/Deutsche Post, C-399/08 P, Slg. 2010, I-7831, Randnr. 64).
- 54 Selbst wenn jedoch die fraglichen Fernkopien in dem von der Rechtsmittelführerin vorgeschlagenen Sinne ausgelegt werden könnten, ist gleichwohl festzustellen, dass diese Auslegung nicht die einzig mögliche des Wortlauts dieser Schreiben ist und dass deren abweichende Beurteilung durch das Gericht keine Verfälschung ihres Inhalts erkennen lässt. Insbesondere hat die Rechtsmittelführerin im Rahmen ihres zweiten Rechtsmittelgrundes nicht aufgezeigt, dass das Verständnis dieser Fernkopien durch das Gericht eine sachliche Unrichtigkeit aufwies.

- 55 Insoweit ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass aus dem Fax vom 3. November 1997, anders als die Rechtsmittelführerin offenbar meint, keineswegs in offensichtlicher Weise hervorgeht, dass CD-Contact Data mit diesem Fax lediglich einen Fall aktiver Verkäufe durch einen anderen Nintendo-Händler unter Verstoß gegen den Vertriebsvertrag melden wollte.
- 56 Was die Faxe vom 4. September und 12. November 1997 angeht, stellt die Rechtsmittelführerin mit dem Vorbringen, dass sich ein rechtswidriges Ziel dieser Schreiben ihrem Wortlaut nicht hinreichend klar entnehmen lasse, in der Sache deren Beweiswert in Abrede, ohne dass sie jedoch darzutun vermochte, dass der diesen Schreiben vom Gericht beigelegte Aussagegehalt in evidenten Weise ihrem Inhalt widerspräche.
- 57 Es ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass sich die Kontrolle, die der Gerichtshof bei der Beurteilung dieses Rechtsmittelgrundes einer Verfälschung der genannten Faxe ausübt, auf die Nachprüfung beschränkt, dass das Gericht mit seiner auf deren Grundlage getroffenen Feststellung, CD-Contact Data sei an einer rechtswidrigen Vereinbarung zur generellen Beschränkung des Parallelhandels beteiligt gewesen, die Grenzen einer vernünftigen Würdigung dieser Fernkopien nicht offensichtlich überschritten hat. Daher hat der Gerichtshof im vorliegenden Fall nicht selbständig zu prüfen, ob die Kommission eine solche Beteiligung rechtlich hinreichend nachgewiesen hat und ob sie damit der ihr hinsichtlich einer Zuwiderhandlung gegen die Regeln des Wettbewerbsrechts obliegenden Beweislast gerecht geworden ist, sondern festzustellen, ob das Gericht für seinen Schluss, dass es sich tatsächlich so verhalten habe, diese Faxe in einer Weise ausgelegt hat, die offensichtlich ihrem Wortlaut widerspricht, was nicht der Fall ist.
- 58 Demnach ist der zweite Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

*Zum dritten Rechtsmittelgrund*

## Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 59 Mit ihrem dritten Rechtsmittelgrund macht Activision Blizzard geltend, dass selbst dann, wenn nach Auffassung des Gerichtshofs die in den Randnrn. 56 bis 68 des angefochtenen Urteils angeführten Schriftstücke über eine rechtmäßige Beschränkung des aktiven Handels hinausgehen sollten, dem Gericht mit seinem Schluss, dass diese Schriftstücke einen ausreichenden Beweis für das Bestehen einer Vereinbarung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG zwischen CD-Contact Data und NOE darstellten, ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen sei. Nach der Rechtsprechung des Gerichts und des Gerichtshofs setze eine solche Vereinbarung nämlich erstens eine einseitige Politik von NOE voraus, mit der ein wettbewerbswidriges Ziel verfolgt werde und die die Form einer konkludenten oder ausdrücklichen Aufforderung gegenüber CD-Contact Data angenommen habe, dieses Ziel gemeinsam zu verfolgen, und zweitens zumindest eine stillschweigende Einwilligung Letzterer. In dem angefochtenen Urteil habe das Gericht diese Kriterien jedoch in fehlerhafter Weise angewandt oder zumindest die ihm insoweit obliegende Begründungspflicht verletzt.
- 60 Zu dem ersten der genannten Kriterien führt die Rechtsmittelführerin aus, dass sich das Gericht für seine Feststellung, Nintendo habe einseitig eine Politik verfolgt, mit der CD-Contact Data zur Unterbindung von Parallelverkäufen habe verpflichtet werden sollen, auf die bloße Tatsache gestützt habe, dass Nintendo im Jahr 1991 ein System des Informationsaustauschs geschaffen habe, um passive Paralleleinfuhren kontrollieren zu können. Das Gericht habe jedoch nicht erläutert, in welcher Weise Nintendo diese illegale Politik CD-Contact Data mit der Aufforderung, sich an dieser zu beteiligen, aufgezwungen habe.
- 61 Überdies habe das Gericht die Prüfung relevanter Fragen versäumt, nämlich die des Fehlens eindeutiger Beweise dafür, dass Nintendo diese Politik CD-Contact Data

aufgezwungen habe, des Fehlens eines Systems gegen CD-Contact Data angewandter nachträglicher Kontrollen und Strafzahlungen, des unterschiedlichen Wortlauts des Vertriebsvertrags zwischen Nintendo und CD-Contact Data und der vorherigen Vereinbarungen mit anderen Händlern und schließlich der engen Überwachung, der die Kommission die Beziehungen zwischen Nintendo und ihren Alleinvertriebshändlern zu dem Zeitpunkt, zu dem CD-Contact Data ihrerseits Nintendo-Händlerin geworden sei, bereits zwei Jahre lang unterstellt habe. Diese Faktoren ließen es als hochgradig unwahrscheinlich erscheinen, dass Nintendo CD-Contact Data zur Beteiligung an einem rechtswidrigen System des Informationsaustauschs aufgefordert und dieses System in gleicher Weise wie in ihrem Verhältnis zu anderen Händlern angewandt habe.

62 Hinsichtlich des zweiten angeführten Kriteriums macht Activision Blizzard geltend, dass das Gericht nicht ordnungsgemäß ermittelt habe, dass CD-Contact Data der einseitig von Nintendo verfolgten Politik zugestimmt habe.

63 Die Rechtsmittelführerin meint insbesondere, das Gericht habe in Randnr. 67 des angefochtenen Urteils zu Unrecht darin, dass sich CD-Contact Data in der Praxis am passiven Parallelhandel beteiligt habe, indem sie Erzeugnisse an außerhalb von Belgien und Luxemburg ansässige Kunden exportiert habe, keinen Umstand gesehen, der das Bestehen einer Willensübereinstimmung in Frage stellen könne. Soweit sich das Gericht in diesem Zusammenhang auf seine Rechtsprechung zu horizontalen Vereinbarungen gestützt habe, namentlich auf das Urteil vom 29. November 2005, Union Pigments/Kommission (T-62/02, Slg. 2005, II-5057), habe es verkannt, dass nach gefestigter Rechtsprechung im Fall vertikaler Vereinbarungen solche Ausfuhren geeignet seien, die Zustimmung des Händlers zu einer die rechtswidrige Behinderung des Parallelhandels verfolgenden Politik des Lieferanten in Frage zu stellen.

64 Überdies könnten Umstände, die hinreichende Beweise für das Vorliegen einer horizontalen Vereinbarung bildeten, nicht in allen Fällen auch als hinreichende Beweise für die Beteiligung eines Unternehmens an einer vertikalen Vereinbarung gelten,

insbesondere dann nicht, wenn die Willensübereinstimmung aus einer stillschweigenden Zustimmung zu einer einseitigen Politik hergeleitet werden müsse.

- <sup>65</sup> Erstens seien im Gegensatz zu Kontakten zwischen Wettbewerbern Kontakte zwischen Lieferanten und Händlern zur Erörterung von Fragen der Vertriebspraxis besonders im Rahmen von Alleinvertriebssystemen normal und sogar nötig. Zweitens würden im Rahmen vertikaler Beziehungen Vereinbarungen, die auf eine Beschränkung des Wettbewerbs zielten, nicht notwendig im Interesse des Händlers geschlossen. Drittens seien im Unterschied zum Verhältnis unter Wettbewerbern in einer vertikalen Beziehung Händler von den Lieferungen durch ihren Lieferanten abhängig und daher diesem gegenüber in einer Position der Schwäche, die es ihnen erschwere, offen von dessen Politik abzurücken.
- <sup>66</sup> Dass ein Händler nicht offen von der Politik seines Lieferanten abrücke, dürfe darum nicht zu rasch als eine Zustimmung zu einer Vereinbarung gewertet werden, besonders wenn der Händler in der Praxis erwiesenermaßen nicht gemäß den Wünschen des Lieferanten gehandelt habe.
- <sup>67</sup> Nach Auffassung der Kommission lässt sich weder im EG-Vertrag noch in der Rechtsprechung irgendeine Stütze für das Vorbringen finden, dass in Fällen, in denen es um vertikale Vereinbarungen gehe, der Nachweis einer Willensübereinstimmung ein anderes Beweiseniveau erfordere als im Fall horizontaler Vereinbarungen. Die Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen sei von Bedeutung, was die Beurteilung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen anbelange, aber ohne Interesse für die Feststellung einer Willensübereinstimmung.

- 68 Die Kommission hält keinen der drei Gründe für überzeugend, aus denen nach Ansicht der Rechtsmittelführerin das Gericht die von dieser benannte Unterscheidung hätte vornehmen müssen. Erstens habe das Gericht das Vorliegen einer Vereinbarung nicht daraus geschlossen, dass CD-Contact Data und Nintendo Kontakte unterhalten hätten, sondern aus dem Umstand, dass der Inhalt der in den Randnrn. 56 bis 66 seines Urteils angeführten Schriftstücke eine Willensübereinstimmung dahin, dass der Parallelhandel beschränkt werden solle, habe erkennen lassen. Zweitens könnten wettbewerbswidrige vertikale Vereinbarungen, die den Parallelhandel beschränkten, ebenso wie wettbewerbswidrige horizontale Vereinbarungen den daran Beteiligten auch dann zugutekommen, wenn sich nicht alle von ihnen an diese Vereinbarungen hielten. Drittens sei nicht nachvollziehbar, wieso es in einer vertikalen Beziehung schwerer sein solle als in einer horizontalen, von einem wettbewerbswidrigen Verhalten abzurücken.
- 69 Nach Auffassung der Kommission hat daher das Gericht keinen Rechtsfehler begangen und in dem angefochtenen Urteil seine Feststellung genügend begründet, dass die Kommission das Vorliegen einer Vereinbarung zwischen CD-Contact Data und Nintendo zur Beschränkung des Parallelhandels rechtlich hinreichend nachgewiesen habe. Die Kommission meint, dass die Rechtsmittelführerin überdies mit ihrem Vorbringen den Gerichtshof zu einer neuen Würdigung des Sachverhalts bewegen wolle, was unzulässig sei.

#### Würdigung durch den Gerichtshof

- 70 Mit ihrem dritten Rechtsmittelgrund macht Activision Blizzard in erster Linie geltend, dass die Feststellung des Gerichts, der zufolge die von der Kommission angeführten Schriftstücke einen hinreichenden Beweis für das Bestehen einer gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßenden Vereinbarung zwischen CD-Contact Data und Nintendo darstellten, auf einem offensichtlichen Beurteilungsfehler beruhe. Die Rechtsmittelführerin wirft dem Gericht insbesondere vor, dass es in dem gegebenen Kontext einer vertikalen Beziehung nicht in richtiger Weise die Rechtsprechung herangezogen habe, nach der der Abschluss einer solchen Vereinbarung zum einen die konkludente oder ausdrückliche Aufforderung eines der Beteiligten, gemeinsam ein wettbewerbswidriges Ziel zu

verfolgen, und zum anderen die zumindest stillschweigende Zustimmung hierzu seitens des anderen Beteiligten erfordere. Hilfsweise rügt die Rechtsmittelführerin, dass das Gericht das angefochtene Urteil nicht hinreichend begründet habe.

- 71 Es ist vorab festzustellen, dass für den Nachweis des Bestehens einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung im Rahmen einer vertikalen Beziehung, anders als die Rechtsmittelführerin offenbar meint, grundsätzlich kein höheres Beweisniveau zu verlangen ist als im Rahmen einer horizontalen Beziehung.
- 72 Zwar können sich Umstände, aus denen im Rahmen einer horizontalen Beziehung gegebenenfalls auf das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung zwischen Konkurrenten geschlossen werden kann, als unzureichend erweisen, um das Vorliegen einer solchen Vereinbarung im Rahmen einer vertikalen Beziehung zwischen Hersteller und Händler zu erweisen, da in einem solchen Verhältnis bestimmte Kontakte legitim sind. Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Bestehen einer rechtswidrigen Vereinbarung anhand aller maßgeblichen Umstände sowie des besonderen wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts jedes Einzelfalls beurteilt werden muss. Die Frage, ob aus einem bestimmten Beweis auf den Abschluss einer gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßenden Vereinbarung geschlossen werden kann oder nicht, kann daher nicht abstrakt danach, ob es sich um eine vertikale Beziehung oder eine horizontale Beziehung handelt, und unter Isolierung dieses Gesichtspunkts vom Kontext und von den anderen maßgeblichen Umständen des Einzelfalls beurteilt werden.
- 73 Im vorliegenden Fall geht insbesondere aus Randnr. 55 des angefochtenen Urteils hervor, dass das Gericht den in der streitigen Entscheidung herangezogenen Schriftwechsel analysiert hat, um zu ermitteln, ob dieser das Bestehen einer Willensübereinstimmung zwischen CD-Contact Data und Nintendo hinsichtlich der Beschränkung des Parallelhandels bewies. Auf der Grundlage einer Beurteilung dieses Schriftwechsels in seiner Gesamtheit sowie des gesamten Kontexts, in den sich dieser einfügte, ist das Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass eine solche Willensübereinstimmung tatsächlich vorlag.

- 74 Die Prüfung des Vorbringens der Rechtsmittelführerin im Rahmen ihres dritten Rechtsmittelgrundes lässt keinen Rechtsfehler in dieser vom Gericht vorgenommenen Beurteilung erkennen.
- 75 Was erstens die Beurteilung der Frage angeht, ob Nintendo CD-Contact Data konkludent oder stillschweigend zu einer Zusammenarbeit zur Behinderung des Parallelhandels aufforderte, ist festzustellen, dass sich das Gericht insoweit entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin nicht nur auf den Umstand gestützt hat, dass Nintendo in den 1990er Jahren ein System des Informationsaustauschs zur Beschränkung des Parallelhandels aufgebaut hatte, sondern hauptsächlich darauf, dass der Schriftwechsel zwischen NOE, Nintendo France und CD-Contact Data die Beteiligung von CD-Contact Data an diesem System belege, was notwendig eine entsprechende Aufforderung durch Nintendo voraussetzt.
- 76 Die Rechtsmittelführerin kann dem Gericht auch nicht anlasten, dass es bei seiner Beurteilung, ob es eine solche Aufforderung gab, maßgebliche Gesichtspunkte nicht geprüft habe.
- 77 Zunächst hat der Gerichtshof bereits festgestellt, dass die Prüfung des Vorliegens eines Systems nachträglicher Kontrollen und von Sanktionen nicht in allen Fällen Voraussetzung für die Annahme ist, dass eine gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßende Vereinbarung zustande gekommen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Januar 2004, BAI und Kommission/Bayer, C-2/01 P und C-3/01 P, Slg. 2004, I-23, Randnr. 84).
- 78 Weiter geht aus Randnr. 52 des angefochtenen Urteils hervor, dass das Gericht die Tatsache berücksichtigt hat, dass der Vertriebsvertrag zwischen Nintendo und CD-Contact Data im Gegensatz zu Nintendos vorherigen Vertriebsverträgen mit anderen Händlern keine verbotene Klausel enthielt.

- 79 Soweit die Rechtsmittelführerin schließlich vorträgt, dass der vom Gericht analysierte Schriftwechsel keinen hinreichend eindeutigen Beweis darstelle und dass es das Fehlen eines Systems nachträglicher Kontrollen, der Unterschied zwischen dem Vertriebsvertrag von CD-Contact Data und den vorher geschlossenen Vertriebsverträgen sowie die Überwachung der Beziehungen zwischen Nintendo und ihren Händlern durch die Kommission seit 1995 als hochgradig unwahrscheinlich erscheinen ließen, dass Nintendo CD-Contact Data zur Beteiligung an einem rechtswidrigen System des Informationsaustauschs aufgefordert habe, genügt die Feststellung, dass die Rechtsmittelführerin den Gerichtshof mit diesem Vorbringen ersucht, seine eigene Beurteilung an die Stelle der vom Gericht vorgenommenen Beurteilung zu setzen, und dass dieses Vorbringen daher nach der in Randnr. 51 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung unzulässig ist.
- 80 Was zweitens die Beurteilung der Frage angeht, ob CD-Contact Data zumindest stillschweigend die Aufforderung Nintendos akzeptierte, sich an einer Vereinbarung zur Beschränkung des Parallelhandels zu beteiligen, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass insbesondere aus den Randnrn. 59 bis 66 des angefochtenen Urteils hervorgeht, dass das Gericht, anders als die Rechtsmittelführerin vorträgt, das Vorliegen einer solchen Zustimmung nicht daraus hergeleitet hat, dass sich CD-Contact Data nicht gegen die wettbewerbswidrige Politik von Nintendo verwahrte, sondern aus dem von der Kommission angeführten Schriftwechsel und insbesondere daraus, dass die Faxe von CD-Contact Data an NOE bzw. Nintendo France vom 4. September, 3. November und 12. November 1997 dem Zweck gedient hätten, Parallelimporte nach Belgien, also in das Vertriebsgebiet von CD-Contact Data, zu beanstanden.
- 81 Es ist ferner festzustellen, dass das Gericht in Randnr. 67 des angefochtenen Urteils rechtsfehlerfrei befunden hat, dass das Bestehen einer Willensübereinstimmung nicht durch den Umstand in Frage gestellt werde, dass CD-Contact Data in der Praxis am passiven Parallelhandel teilgenommen habe, indem sie Erzeugnisse an außerhalb von Belgien und Luxemburg ansässige Kunden exportiert habe.

- 82 Dieser Umstand ist zwar einer der maßgeblichen Gesichtspunkte, die für die Beurteilung einer etwaigen Zustimmung von CD-Contact Data zu dem Ansinnen Nintendos zu berücksichtigen sind, aber dies ändert nichts daran, dass er für sich allein nicht ausschlaggebend ist und das Vorliegen einer solchen Zustimmung nicht von vornherein auszuschließen vermag. So kann entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin ein Alleinvertriebshändler nicht nur ein Interesse daran haben, mit dem Hersteller eine Beschränkung des Parallelhandels zu vereinbaren, um sein eigenes Vertriebsgebiet stärker zu schützen, sondern auch daran, heimlich Verkäufe vorzunehmen, die dieser Vereinbarung zuwiderlaufen, um so zu versuchen, Letztere ausschließlich zu seinen Gunsten zu nutzen. Folglich konnte das Gericht rechtsfehlerfrei zu dem Schluss gelangen, dass sich aus einer Gesamtbeurteilung aller maßgeblichen Gesichtspunkte und insbesondere des von der Kommission angeführten Schriftwechsels im besonderen Kontext des vorliegenden Falls ergebe, dass CD-Contact Data tatsächlich das Angebot von Nintendo angenommen habe, zur Beschränkung des Parallelhandels zusammenzuarbeiten.
- 83 Soweit die Rechtsmittelführerin schließlich dahin argumentiert, dass das Gericht angesichts des nicht eindeutigen Charakters dieses Schriftwechsels und der beträchtlichen Ausföhren von CD-Contact Data zu dem Ergebnis hätte gelangen müssen, dass eine Zustimmung von CD-Contact Data zur wettbewerbswidrigen Politik von Nintendo nicht erwiesen sei, genügt die Feststellung, dass dieses Vorbringen nach der in Randnr. 51 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung unzulässig ist, da mit ihm der Gerichtshof ersucht wird, seine eigene Beurteilung an die Stelle der vom Gericht vorgenommenen zu setzen.
- 84 Soweit die Rechtsmittelführerin hilfsweise eine unzureichende Begründung des angefochtenen Urteils rügt, ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung die dem Gericht obliegende Begründungspflicht nicht verlangt, dass das Gericht bei seinen Ausführungen alle von den Parteien des Rechtsstreits vorgetragene Argumente nacheinander erschöpfend behandelt. Die Begründung durch das Gericht kann daher implizit erfolgen, sofern sie es den Betroffenen ermöglicht, die Gründe zu erkennen, aus denen das Gericht ihrer Argumentation nicht gefolgt ist, und dem Gerichtshof ausreichende Angaben liefert, damit er seine Kontrolle ausüben kann (vgl. u. a. Urteile vom 22. Mai 2008, Evonik Degussa/Kommission und Rat,

C-266/06 P, Randnr. 103, und vom 20. Mai 2010, Gogos/Kommission, C-583/08 P, Slg. 2010, I-4469, Randnr. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- <sup>85</sup> Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich jedoch, dass das angefochtene Urteil hinreichend begründet worden ist, um zum einen dem Gerichtshof die Ausübung einer Kontrolle seiner Rechtmäßigkeit zu erlauben und um zum anderen die Rechtsmittelführerin die Gründe erkennen zu lassen, aus denen das Gericht zu dem Schluss gelangt ist, dass sie an einer Vereinbarung zur Beschränkung des Parallelhandels teilgenommen habe.
- <sup>86</sup> Der dritte Rechtsmittelgrund ist daher als teils unzulässig, teils unbegründet zurückzuweisen.
- <sup>87</sup> Da keiner der drei Rechtsmittelgründe durchgreift, ist das Rechtsmittel insgesamt zurückzuweisen.

## **Kosten**

- <sup>88</sup> Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung, der nach deren Art. 118 auf das Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da Activision Blizzard mit ihren Anträgen unterlegen ist, sind ihr entsprechend dem Antrag der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Erste Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Activision Blizzard Germany GmbH trägt die Kosten.**

Unterschriften