



Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Große Kammer)

13. Juli 2023*

Inhaltsverzeichnis

Rechtlicher Rahmen	5
Verordnung (EG) Nr. 139/2004	5
Verordnung (EG) Nr. 802/2004	9
Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse	10
Vorgeschichte des Rechtsstreits und streitiger Beschluss	13
Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil	15
Verfahren vor dem Gerichtshof	16
Anträge der Parteien	17
Zum Rechtsmittel	17
Zum ersten Rechtsmittelgrund	17
Vorbringen der Parteien	17
Würdigung durch den Gerichtshof	19
Zum zweiten Rechtsmittelgrund	23
Zum ersten Teil	23
– Vorbringen der Parteien	23
– Würdigung durch den Gerichtshof	23
Zum zweiten Teil	24
– Vorbringen der Parteien	24

* Verfahrenssprache: Englisch.

– Würdigung durch den Gerichtshof	25
Zum dritten Rechtsmittelgrund	27
Zum ersten Teil	27
– Vorbringen der Parteien	27
– Würdigung durch den Gerichtshof	28
Zum zweiten Teil	30
– Vorbringen der Parteien	30
– Würdigung durch den Gerichtshof	31
Zum dritten Teil	35
– Vorbringen der Parteien	35
– Würdigung durch den Gerichtshof	36
Zum vierten Rechtsmittelgrund	38
Zum ersten Teil	39
– Vorbringen der Parteien	39
– Würdigung durch den Gerichtshof	40
Zum zweiten Teil	42
– Vorbringen der Parteien	42
– Würdigung durch den Gerichtshof	43
Zum fünften Rechtsmittelgrund	45
Vorbringen der Parteien	45
Würdigung durch den Gerichtshof	46
Zum sechsten Rechtsmittelgrund	48
Zur Erheblichkeit des sechsten Rechtsmittelgrundes	49
– Vorbringen der Parteien	49
– Würdigung durch den Gerichtshof	49
Zum ersten Teil	50
– Vorbringen der Parteien	50

– Würdigung durch den Gerichtshof	52
Zum zweiten Teil	54
– Vorbringen der Parteien	54
– Würdigung durch den Gerichtshof	56
Zur Zurückverweisung der Sache an das Gericht	58
Kosten	58

„Rechtsmittel – Wettbewerb – Verordnung (EG) Nr. 139/2004 – Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen – Mobile Telekommunikationsdienste – Beschluss, mit dem ein Zusammenschluss für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt wird – Oligopolistischer Markt – Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs – Nicht koordinierte Auswirkungen – Beweismaß – Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission in Wirtschaftsfragen – Grenzen der gerichtlichen Kontrolle – Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse – Für den Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs relevante Faktoren – Begriffe ‚wichtige Wettbewerbskraft‘ und ‚nahe Wettbewerber‘ – Nähe des Wettbewerbs zwischen den Parteien des Zusammenschlusses – Quantitative Analyse der Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auf die Preise – Effizienzvorteile – Verfälschung – Vom Gericht der Europäischen Union von Amts wegen geprüfte Rüge – Nichtigerklärung“

In der Rechtssache C-376/20 P

betreffend ein Rechtsmittel nach Art. 56 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, eingelegt am 7. August 2020,

Europäische Kommission, zunächst vertreten durch G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski und C. Urraca Caviedes, dann durch F. Castillo de la Torre, G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski und C. Urraca Caviedes als Bevollmächtigte,

Rechtsmittelführerin,

unterstützt durch

EFTA-Überwachungsbehörde, zunächst vertreten durch C. Simpson, M. Sánchez Rydelski und C. Zatschler, dann durch C. Simpson und M. Sánchez Rydelski als Bevollmächtigte,

Streithelferin im Rechtsmittelverfahren,

andere Parteien des Verfahrens:

CK Telecoms UK Investments Ltd mit Sitz in London (Vereinigtes Königreich), zunächst vertreten durch J. Aitken, K. Asakura, A. Coe, M. Davis und S. Prichard, Solicitors, O. W. Brouwer, Advocaat, B. Kennelly, SC, A. Müller, Advocate, sowie Rechtsanwalt T. Wessely, dann durch J. Aitken, K. Asakura, A. Coe und M. Davis, Solicitors, O. W. Brouwer, Advocaat, B. Kennelly, SC, A. Müller, Advocate, sowie Rechtsanwalt T. Wessely,

Klägerin im ersten Rechtszug,

Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland, zunächst vertreten durch S. Brandon,
dann durch F. Shibli als Bevollmächtigte,

EE Ltd mit Sitz in Hatfield (Vereinigtes Königreich),

Streithelfer im ersten Rechtszug,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Große Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten K. Lenaerts, des Vizepräsidenten L. Bay Larsen, des
Kammerpräsidenten A. Arabadjiev (Berichterstatter), der Kammerpräsidentin A. Prechal, der
Kammerpräsidenten M. Safjan, P. G. Xuereb und D. Gratsias, der Kammerpräsidentin
M. L. Arastey Sahún sowie der Richter J.-C. Bonichot, S. Rodin, F. Biltgen, J. Passer und Z. Csehi,

Generalanwältin: J. Kokott,

Kanzler: M. Longar, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 2022,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 20. Oktober 2022

folgendes

Urteil

- 1 Mit ihrem Rechtsmittel begehrt die Europäische Kommission die Aufhebung des Urteils des Gerichts der Europäischen Union vom 28. Mai 2020, CK Telecoms UK Investments/Kommission (T-399/16, im Folgenden: angefochtenes Urteil, EU:T:2020:217), mit dem dieses den Beschluss C(2016) 2796 final der Kommission vom 11. Mai 2016 zur Feststellung der Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt (Sache COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK), als Zusammenfassung veröffentlicht im *Amtsblatt der Europäischen Union* vom 29. September 2016 (ABl. 2016, C 357, S. 15, im Folgenden: streitiger Beschluss), für nichtig erklärt hat.

Rechtlicher Rahmen

Verordnung (EG) Nr. 139/2004

2 In den Erwägungsgründen 5, 6, 24, 25, 28 und 29 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“) (ABl. 2004, L 24, S. 1) heißt es:

„(5) [Es] ist zu gewährleisten, dass der Umstrukturierungsprozess nicht eine dauerhafte Schädigung des Wettbewerbs verursacht. Das Gemeinschaftsrecht muss deshalb Vorschriften für solche Zusammenschlüsse enthalten, die geeignet sind, wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich zu beeinträchtigen.

(6) Daher ist ein besonderes Rechtsinstrument erforderlich, das eine wirksame Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der Gemeinschaft ermöglicht und das zugleich das einzige auf derartige Zusammenschlüsse anwendbare Instrument ist. Mit der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 [des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 1989, L 395, S. 1)] konnte eine Gemeinschaftspolitik in diesem Bereich entwickelt werden. Es ist jedoch nunmehr an der Zeit, vor dem Hintergrund der gewonnenen Erfahrung die genannte Verordnung neu zu fassen, um den Herausforderungen eines stärker integrierten Markts und der künftigen Erweiterung der Europäischen Union besser gerecht [zu] werden. Im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Artikel 5 [EUV] geht die vorliegende Verordnung nicht über das zur Erreichung ihres Ziels, der Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt entsprechend dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, erforderliche Maß hinaus.

...

(24) Zur Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt im Rahmen der Fortführung einer Politik, die auf dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb beruht, muss diese Verordnung eine wirksame Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse entsprechend ihren Auswirkungen auf den Wettbewerb in der Gemeinschaft ermöglichen. Entsprechend wurde in der Verordnung ... Nr. 4064/89 der Grundsatz aufgestellt, dass Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch welche ein wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben in erheblichem Ausmaß behindert wird, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären sind.

(25) In Anbetracht der Auswirkungen, die Zusammenschlüsse in oligopolistischen Marktstrukturen haben können, ist die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs in solchen Märkten umso mehr geboten. Viele oligopolistische Märkte lassen ein gesundes Maß an Wettbewerb erkennen. Unter bestimmten Umständen können Zusammenschlüsse, in deren Folge der beträchtliche Wettbewerbsdruck beseitigt wird, den die fusionierenden Unternehmen aufeinander ausgeübt haben, sowie der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber gemindert wird, zu einer

erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen, auch wenn eine Koordinierung zwischen Oligopolmitgliedern unwahrscheinlich ist. Die Gerichte der Gemeinschaft haben jedoch bisher die Verordnung ... Nr. 4064/89 nicht ausdrücklich dahin gehend ausgelegt, dass Zusammenschlüsse, die solche nicht koordinierten Auswirkungen haben, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären sind. Daher sollte im Interesse der Rechtssicherheit klargestellt werden, dass diese Verordnung eine wirksame Kontrolle solcher Zusammenschlüsse dadurch vorsieht, dass grundsätzlich jeder Zusammenschluss, der einen wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würde, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären ist. Für die Anwendung der Bestimmungen des Artikels 2 Absätze 2 und 3 wird beabsichtigt, den Begriff ‚erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs‘ dahin gehend auszulegen, dass er sich über das Konzept der Marktbeherrschung hinaus ausschließlich auf diejenigen wettbewerbsschädigenden Auswirkungen eines Zusammenschlusses erstreckt, die sich aus nicht koordiniertem Verhalten von Unternehmen ergeben, die auf dem jeweiligen Markt keine beherrschende Stellung haben würden.

...

- (28) Um deutlich zu machen und zu erläutern, wie die Kommission Zusammenschlüsse nach dieser Verordnung beurteilt, sollte sie Leitlinien veröffentlichen, die einen soliden wirtschaftlichen Rahmen für die Beurteilung der Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt bieten sollten.
- (29) Um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt bestimmen zu können, sollte begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung getragen werden, die von den beteiligten Unternehmen dargelegt werden. Es ist möglich, dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen, so dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben, insbesondere durch Begründung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung, nicht erheblich behindert würde. Die Kommission sollte Leitlinien veröffentlichen, in denen sie die Bedingungen darlegt, unter denen sie Effizienzvorteile bei der Prüfung eines Zusammenschlusses berücksichtigen kann.“

3 Art. 2 („Beurteilung von Zusammenschlüssen“) dieser Verordnung bestimmt:

„(1) Zusammenschlüsse im Sinne dieser Verordnung sind nach Maßgabe der Ziele dieser Verordnung und der folgenden Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu prüfen.

Bei dieser Prüfung berücksichtigt die Kommission:

- a) die Notwendigkeit, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln, insbesondere im Hinblick auf die Struktur aller betroffenen Märkte und den tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft ansässige Unternehmen;

b) die Marktstellung sowie die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, ihren Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittsschranken, die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen, die Interessen der Zwischen- und Endverbraucher sowie die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert.

(2) Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben nicht erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären.

(3) Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.

(4) Soweit die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das einen Zusammenschluss gemäß Artikel 3 darstellt, die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt, wird eine solche Koordinierung nach den Kriterien des Artikels [101] Absätze 1 und 3 [AEUV] beurteilt, um festzustellen, ob das Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.

(5) Bei dieser Beurteilung berücksichtigt die Kommission insbesondere, ob

- es auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens oder auf einem diesem vor- oder nachgelagerten Markt oder auf einem benachbarten oder eng mit ihm verknüpften Markt eine nennenswerte und gleichzeitige Präsenz von zwei oder mehr Gründerunternehmen gibt;
- die unmittelbar aus der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens erwachsende Koordinierung den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren und Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten.“

4 In Art. 3 („Definition des Zusammenschlusses“) Abs. 1 Buchst. b der Verordnung heißt es:

„Ein Zusammenschluss wird dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle in der Weise stattfindet, dass

...

b) eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, oder ein oder mehrere Unternehmen durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben.“

- 5 Art. 4 („Vorherige Anmeldung von Zusammenschlüssen und Verweisung vor der Anmeldung auf Antrag der Anmelder“) Abs. 1 Unterabs. 1 der Verordnung sieht vor:

„Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne dieser Verordnung sind nach Vertragsabschluss, Veröffentlichung des Übernahmeangebots oder Erwerb einer die Kontrolle begründenden Beteiligung und vor ihrem Vollzug bei der Kommission anzumelden.“

- 6 Art. 6 („Prüfung der Anmeldung und Einleitung des Verfahrens“) Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 139/2004 bestimmt:

„(1) Die Kommission beginnt unmittelbar nach dem Eingang der Anmeldung mit deren Prüfung.

- a) Gelangt sie zu dem Schluss, dass der angemeldete Zusammenschluss nicht unter diese Verordnung fällt, so stellt sie dies durch Entscheidung fest.
- b) Stellt sie fest, dass der angemeldete Zusammenschluss zwar unter diese Verordnung fällt, jedoch keinen Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt, so trifft sie die Entscheidung, keine Einwände zu erheben[,] und erklärt den Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt.

Durch eine Entscheidung, mit der ein Zusammenschluss für vereinbar erklärt wird, gelten auch die mit seiner Durchführung unmittelbar verbundenen und für sie notwendigen Einschränkungen als genehmigt.

- c) Stellt die Kommission unbeschadet des Absatzes 2 fest, dass der angemeldete Zusammenschluss unter diese Verordnung fällt und Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt, so trifft sie die Entscheidung, das Verfahren einzuleiten. Diese Verfahren werden unbeschadet des Artikels 9 durch eine Entscheidung nach Artikel 8 Absätze 1 bis 4 abgeschlossen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen haben der Kommission gegenüber glaubhaft gemacht, dass sie den Zusammenschluss aufgeben haben.

(2) Stellt die Kommission fest, dass der angemeldete Zusammenschluss nach Änderungen durch die beteiligten Unternehmen keinen Anlass mehr zu ernsthaften Bedenken im Sinne des Absatzes 1 Buchstabe c) gibt, so erklärt sie gemäß Absatz 1 Buchstabe b) den Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt.

Die Kommission kann ihre Entscheidung gemäß Absatz 1 Buchstabe b) mit Bedingungen und Auflagen verbinden, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind.“

- 7 In Art. 7 („Aufschub des Vollzugs von Zusammenschlüssen“) Abs. 1 der Verordnung heißt es:

„Ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung ... darf weder vor der Anmeldung noch so lange vollzogen werden, bis er aufgrund einer Entscheidung gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b) oder Artikel 8 Absätze 1 oder 2 oder einer Vermutung gemäß Artikel 10 Absatz 6 für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt worden ist.“

8 Art. 8 („Entscheidungsbefugnisse der Kommission“) Abs. 1 bis 3 der Verordnung sieht vor:

„(1) Stellt die Kommission fest, dass ein angemeldeter Zusammenschluss dem in Artikel 2 Absatz 2 festgelegten Kriterium und – in den in Artikel 2 Absatz 4 genannten Fällen – den Kriterien des Artikels [101] Absatz 3 [AEUV] entspricht, so erlässt sie eine Entscheidung, mit der der Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird.

Durch eine Entscheidung, mit der ein Zusammenschluss für vereinbar erklärt wird, gelten auch die mit seiner Durchführung unmittelbar verbundenen und für sie notwendigen Einschränkungen als genehmigt.

(2) Stellt die Kommission fest, dass ein angemeldeter Zusammenschluss nach entsprechenden Änderungen durch die beteiligten Unternehmen dem in Artikel 2 Absatz 2 festgelegten Kriterium und – in den in Artikel 2 Absatz 4 genannten Fällen – den Kriterien des Artikels [101] Absatz 3 [AEUV] entspricht, so erlässt sie eine Entscheidung, mit der der Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird.

Die Kommission kann ihre Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind.

Durch eine Entscheidung, mit der ein Zusammenschluss für vereinbar erklärt wird, gelten auch die mit seiner Durchführung unmittelbar verbundenen und für sie notwendigen Einschränkungen als genehmigt.

(3) Stellt die Kommission fest, dass ein Zusammenschluss dem in Artikel 2 Absatz 3 festgelegten Kriterium entspricht oder – in den in Artikel 2 Absatz 4 genannten Fällen – den Kriterien des Artikels [101] Absatz 3 [AEUV] nicht entspricht, so erlässt sie eine Entscheidung, mit der der Zusammenschluss für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird.“

9 Art. 10 („Fristen für die Einleitung des Verfahrens und für Entscheidungen“) Abs. 6 der Verordnung bestimmt:

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

10 Art. 21 („Anwendung dieser Verordnung und Zuständigkeit“) Abs. 2 der Verordnung Nr. 139/2004 sieht vor:

„Vorbehaltlich der Nachprüfung durch den Gerichtshof ist die Kommission ausschließlich dafür zuständig, die in dieser Verordnung vorgesehenen Entscheidungen zu erlassen.“

Verordnung (EG) Nr. 802/2004

11 Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung Nr. 139/2004 (ABl. 2004, L 133, S. 1, berichtigt in ABl. 2004, L 172, S. 9) in der durch die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1269/2013 der Kommission vom 5. Dezember 2013 (ABl. 2013, L 336, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Verordnung

Nr. 802/2004) sieht vor, dass für die Zwecke der Kontrolle von Zusammenschlüssen für Anmeldungen das in Anhang I abgedruckte Formblatt CO in der darin beschriebenen Art und Weise zu verwenden ist.

12 Abschnitt 9 („Effizienzvorteile“) dieses Anhangs I lautet:

„Wenn Sie möchten, dass die Kommission von vornherein ... prüft, ob die mit dem Zusammenschluss erzielten Effizienzvorteile die Fähigkeit und den Anreiz für das neue Unternehmen verbessern, sich zum Wohle der Verbraucher wettbewerbsfördernd zu verhalten, müssen die erwarteten Effizienzvorteile (z. B. Kosteneinsparungen, Einführung neuer Produkte oder Verbesserung von Waren oder Dienstleistungen) für jedes relevante Produkt beschrieben und durch entsprechende Unterlagen belegt werden ...

Für jeden geltend gemachten Effizienzvorteil sind folgende Informationen zu übermitteln:

- i) eine ausführliche Erläuterung, wie das neue Unternehmen mit dem Zusammenschluss den Effizienzvorteil erzielen kann; führen Sie aus, welche Schritte die beteiligten Unternehmen zu diesem Zweck zu unternehmen gedenken, welche Risiken damit verbunden sind und in welchem Zeit- und Kostenrahmen dieses Ziel erreicht werden soll;
- ii) sofern mit zumutbarem Aufwand möglich, eine Quantifizierung des Effizienzvorteils und eine ausführliche Erläuterung der Berechnungsmethode; schätzen Sie gegebenenfalls auch die Höhe der mit der Einführung neuer Produkte oder Qualitätsverbesserungen erzielten Effizienzvorteile; bei Effizienzvorteilen in Form von Kosteneinsparungen sind die Einsparungen aufgeschlüsselt nach einmaligen Fixkosten, laufenden Fixkosten und variablen Kosten auszuweisen (in Euro pro Stück und Euro pro Jahr);
- iii) Angaben zum voraussichtlichen Umfang des Nutzens für die Kunden und eine ausführliche Erläuterung, worauf sich diese Annahme stützt;
- iv) eine Begründung, weshalb die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Effizienzvorteile ähnlichen Umfangs nicht auf andere Weise als durch den geplanten Zusammenschluss, die keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt, erzielen könnten.“

Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse

13 In der Mitteilung der Kommission mit dem Titel „Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen“ (ABl. 2004, C 31, S. 5, im Folgenden: Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse) heißt es in einem Abschnitt über nicht koordinierte Wirkungen:

„Nicht koordinierte Wirkungen ...

24. Ein Zusammenschluss kann den Wettbewerb in einem Markt spürbar behindern, indem wichtiger Wettbewerbsdruck für einen oder mehrere... Anbieter beseitigt werden, welche dadurch erhöhte Marktmacht erlangen. Die unmittelbarste Wirkung der Fusion liegt im Verlust des Wettbewerbs zwischen den fusionierenden Unternehmen. Wenn z. B. eines

dieser Unternehmen vor dem Zusammenschluss seine Preise erhöht hätte, hätte es einen Teil seines Absatzes an den anderen Fusionsteilnehmer verloren. Mit dem Zusammenschluss wird dieser Wettbewerbsdruck beseitigt. Auch den übrigen Unternehmen des betreffenden Marktes können Vorteile aus dem Rückgang des Wettbewerbsdrucks aufgrund der Fusion erwachsen, da sich durch die Preiserhöhung der fusionierenden Unternehmen ein Teil der Nachfrage zu den Wettbewerbern verlagern kann, die es wiederum einträglich finden könnten, ihre Preise zu erhöhen ... Der Rückgang dieses Wettbewerbsdrucks könnte zu spürbaren Preiserhöhungen in dem relevanten Markt führen.

25. Im Allgemeinen würde ein Zusammenschluss, welcher eine solche nicht koordinierte Wirkung zeigt, einen wirksamen Wettbewerb dadurch erheblich behindern, dass hierdurch die beherrschende Stellung eines Unternehmens begründet oder verstärkt wird, welches typischer Weise einen deutlich größeren Marktanteil als ein anderer Wettbewerber nach dem Zusammenschluss hätte. Darüber hinaus können Zusammenschlüsse in oligopolistischen Märkten ..., die zur Beseitigung wichtiger Wettbewerbszwänge, die von den fusionierenden Parteien vorher gegeneinander ausgeübt wurden, sowie zu einer Verringerung des Wettbewerbsdruck[s] auf die verbleibenden Wettbewerber führen, selbst bei geringer Wahrscheinlichkeit einer Abstimmung zwischen den Mitgliedern des Oligopols eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs darstellen. Die Fusionskontrollverordnung stellt klar, dass alle Zusammenschlüsse, welche zu solchen nicht koordinierten Wirkungen führen, ebenfalls für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären sind ...
26. Eine Reihe von Faktoren, die für sich genommen nicht unbedingt Ausschlag gebend sind, können darüber entscheiden, ob spürbare nicht koordinierte Wirkungen von einem Zusammenschluss zu erwarten sind. Es müssen nicht alle Faktoren gegeben sein, damit diese Wirkungen angenommen werden können. Auch ist dies nicht als eine erschöpfende Aufzählung anzusehen.

Hohe Marktanteile der fusionierenden Unternehmen

27. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Unternehmen Marktmacht ausübt, nimmt mit seinem Marktanteil zu. Mit dem Umfang der Marktanteilsadditionen wächst auch die Wahrscheinlichkeit, dass ein Zusammenschluss zu einer spürbaren Erhöhung an Marktmacht führt. Mit der zunehmenden Größe der Absatzbasis, auf der höhere Gewinnspannen nach einer Preiserhöhung erzielt werden können, wird es auch wahrscheinlicher, dass die fusionierenden Unternehmen eine Preiserhöhung trotz der damit einhergehenden Verringerung des Absatzes als Gewinn bringend ansehen. Die Marktanteile und addierten Marktanteile sind zwar nur [erste] Anhaltspunkte für Marktmacht und hinzugewonnene Marktmacht, bleiben jedoch wichtige Bewertungsfaktoren ...

Die fusionierenden Unternehmen sind nahe Wettbewerber

28. Die Produkte können in dem relevanten Markt so differenziert sein ..., dass bestimmte Produkte nähere Substitute als andere sind ... Mit dem zunehmenden Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen wird es wahrscheinlicher, dass diese ihre Preise spürbar erhöhen werden ... So könnte ein Zusammenschluss zwischen zwei Herstellern, deren Produkte für eine große Anzahl von Kunden die erste und die zweite Kaufwahl sind, zu spürbaren Preiserhöhungen führen. Ein zentraler Faktor für die Untersuchung kann somit die Tatsache sein, dass die Rivalität zwischen den Parteien eine wichtige Antriebskraft des Wettbewerbs im Markt war ... Auch

hohe Gewinnspannen vor dem Zusammenschluss ... können spürbare Preiserhöhungen wahrscheinlicher machen. Der Anreiz für die fusionierenden Unternehmen, die Preise zu erhöhen, wird stärker eingeschränkt, wenn konkurrierende Unternehmen nahe Substitute zu den Produkten der fusionierenden Unternehmen herstellen, als wenn sie weniger nahe Substitute anbieten ... Es besteht deshalb eine geringere Wahrscheinlichkeit, dass ein Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb, vor allem durch die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, erheblich behindert, wenn ein hohes Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen und den Produkten der Wettbewerber besteht.

29. Wenn Daten verfügbar sind, kann der Grad an Substituierbarkeit durch Erhebungen der Kundenpräferenzen, Analysen des Kaufverhaltens, Schätzungen der Kreuzpreiselastizitäten der betreffenden Produkte ... oder der Umlenkungskennziffern ... bewertet werden. In Bietermärkten ist es möglich zu ermitteln, ob in der Vergangenheit die von einer der bietenden Parteien abgegebenen Gebote durch das Vorhandensein der anderen fusionierenden Partei beeinflusst wurden ...
30. In einigen Märkten kann es für die aktiven Unternehmen relativ einfach und nicht zu kostspielig sein, ihre Produkte neu zu positionieren oder ihre Produktpalette zu erweitern. Insbesondere untersucht die Kommission, ob die Möglichkeit der Neupositionierung oder Erweiterung der Produktpalette durch die Wettbewerber oder die fusionierenden Parteien den Anreiz der fusionierten Einheit beeinflusst, ihre Preise zu erhöhen. Die Neupositionierung der Produkte oder Erweiterung der Produktpalette bedingt jedoch häufig Risiken und umfangreiche verlorene Kosten ... und kann weniger rentabel als die bisherige Produktpalette sein.

...

Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft durch den Zusammenschluss

37. Einige Unternehmen haben auf den Wettbewerbsprozess einen größeren Einfluss, als anhand ihrer Marktanteile oder ähnlicher Messgrößen zu vermuten wäre. Ein Zusammenschluss unter Beteiligung eines solchen Unternehmens könnte die Wettbewerbsdynamik in einer spürbar wettbewerbswidrigen Weise verändern, insbesondere, wenn es sich um einen bereits konzentrierten Markt handelt ... So kann z. B. ein Unternehmen jüngst in den Markt eingetreten sein, von dem zu erwarten ist, dass es in Zukunft spürbaren Wettbewerbsdruck auf die übrigen im Markt tätigen Unternehmen ausübt.
38. In Märkten, wo Innovation einen wichtigen Wettbewerbsfaktor darstellt, kann ein Zusammenschluss die Fähigkeit und die Anreize für die Unternehmen erhöhen, Innovationen auf den Markt zu bringen, und damit den Wettbewerbsdruck für die Wettbewerber erhöhen, ihrerseits Innovationen auf diesen Markt zu bringen. Wirksamer Wettbewerb kann hingegen erheblich behindert werden, wenn sich zwei wichtige Innovatoren zusammenschließen, zum Beispiel zwei Unternehmen, deren Produkte für einen bestimmten Markt kurz vor der Einführung stehen. Auch ein Unternehmen mit einem relativ kleinen Marktanteil kann eine bedeutende Wettbewerbskraft werden, wenn Erfolg versprechende Produkte kurz vor der Einführung stehen ...“

Vorgeschichte des Rechtsstreits und streitiger Beschluss

- 14 Die Vorgeschichte des Rechtsstreits ist in den Rn. 1 bis 25 des angefochtenen Urteils dargelegt und lässt sich wie folgt zusammenfassen.
- 15 Am 11. September 2015 ging bei der Kommission nach Art. 4 der Verordnung Nr. 139/2004 die Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens (im Folgenden: geplanter Zusammenschluss) ein, durch den die CK Hutchison Holdings Ltd über ihre indirekte Tochtergesellschaft Hutchison 3G UK Investments Ltd, die zur CK Telecoms UK Investments Ltd (im Folgenden: CK Telecoms) wurde, im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b dieser Verordnung die alleinige Kontrolle über die Telefónica Europe plc (im Folgenden: O2) übernehmen sollte.
- 16 Damals waren vier Mobilfunknetzbetreiber auf dem Endkundenmarkt für mobile Telekommunikationsdienste im Vereinigten Königreich (im Folgenden: Endkundenmarkt) tätig, nämlich die EE Ltd, eine Tochtergesellschaft der BT Group plc, die von Letzterer im Jahr 2016 erworben wurde (im Folgenden: BT/EE), O2, Vodafone und die Hutchison 3G UK Ltd (im Folgenden: Three), eine indirekte Tochtergesellschaft von CK Hutchison Holdings, deren Marktanteile nach Kunden jeweils ungefähr zwischen 30 % und 40 %, zwischen 20 % und 30 %, zwischen 10 % und 20 % sowie zwischen 10 % und 20 % betragen. Nach Durchführung des geplanten Zusammenschlusses hätten Three und O2 ungefähr zwischen 30 % und 40 % des Endkundenmarktes vertreten und somit zum wichtigsten Akteur auf diesem Markt werden können, vor dem früheren etablierten Betreiber BT/EE und vor Vodafone.
- 17 Der Endkundenmarkt umfasste auch mehrere Betreiber virtueller Mobilfunknetze, die nicht Eigentümer eines Mobilfunknetzes waren, wie Tesco Mobile, ein Unternehmen, das zu gleichen Teilen von Tesco und O2, Virgin Mobile und TalkTalk gehalten wurde. Diese Betreiber hatten Vereinbarungen mit Mobilfunknetzbetreibern geschlossen, um zu Vorleistungspreisen Zugang zu deren Netzen zu erhalten. Der Endkundenmarkt umfasste auch Vertragshändler und unabhängige Vertriebspartner wie Dixons.
- 18 Der Endkundenmarkt war dadurch gekennzeichnet, dass BT/EE und Three auf der einen sowie Vodafone und O2 auf der anderen Seite Vereinbarungen über die gemeinsame Netznutzung (die als MBNL-Vereinbarung und als Beacon-Vereinbarung bezeichnet werden) geschlossen hatten, die es ihnen ermöglichten, die Kosten des Aufbaus ihrer Netze zu teilen und gleichzeitig im Endkundenmarkt in Wettbewerb zueinander zu bleiben.
- 19 Am 2. Oktober 2015 beantragte das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland bei der Kommission durch die Competition and Markets Authority (Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde, Vereinigtes Königreich), den geplanten Zusammenschluss aufgrund von Art. 9 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 139/2004 an das Vereinigte Königreich zu verweisen. Es machte geltend, dass dieser Zusammenschluss den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt sowie auf dem Vorleistungsmarkt für den Zugang und den Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen im Vereinigten Königreich (im Folgenden: Vorleistungsmarkt) erheblich zu beeinträchtigen drohe. Das Vereinigte Königreich machte außerdem geltend, dass es zur Behandlung des Zusammenschlusses am besten geeignet sei.
- 20 Mit dem Beschluss C(2015) 8534 final der Kommission vom 4. Dezember 2015 betreffend Art. 9 der Verordnung Nr. 139/2004 in der Sache M.7612 Hutchison 3G UK/Telefónica UK wurde dieser Antrag auf Verweisung abgelehnt. Zur Begründung dieses Beschlusses wies die Kommission insbesondere darauf hin, dass sie für eine kohärente und einheitliche

Vorgehensweise bei der Prüfung von Zusammenschlüssen im Telekommunikationssektor in verschiedenen Mitgliedstaaten sorgen müsse und zudem über große Erfahrung in der Prüfung von Zusammenschlüssen auf den europäischen Mobilfunkmärkten verfüge.

- 21 Wegen ernsthafter Zweifel an der Vereinbarkeit des geplanten Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt beschloss die Kommission am 30. Oktober 2015, das Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 139/2004 einzuleiten.
- 22 Am 4. Februar 2016 übermittelte die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte. Am 26. Februar 2016 nahm CK Telecoms zu dieser Mitteilung der Beschwerdepunkte schriftlich Stellung.
- 23 Um die von der Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte festgestellten wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen, legte CK Telecoms am 2. März 2016 ein erstes Verpflichtungspaket vor.
- 24 Auf Antrag von CK Telecoms fand am 7. März 2016 eine mündliche Anhörung statt.
- 25 Am 15. März 2016 reichte CK Telecoms ein überarbeitetes Verpflichtungspaket ein (im Folgenden: zweite Verpflichtungszusagen).
- 26 Mit Schreiben vom 17. und 23. März 2016 wies die Kommission CK Telecoms auf zusätzliche Beweismittel in der Kommissionsakte hin, die die vorläufigen Ergebnisse der Mitteilung der Beschwerdepunkte stützten. Am 29. März und am 4. April 2016 nahm CK Telecoms zu diesen Schreiben schriftlich Stellung.
- 27 Am 6. April 2016 legte CK Telecoms ein drittes Verpflichtungspaket vor.
- 28 Am 27. April 2016 gab der Beratende Ausschuss für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen eine befürwortende Stellungnahme zum Beschlussentwurf der Kommission ab.
- 29 Am 11. Mai 2016 erließ die Kommission den streitigen Beschluss, der auf der Feststellung zweier relevanter Märkte beruht, nämlich des Endkundenmarkts und des Vorleistungsmarkts.
- 30 Die Kommission entwickelte drei Schadenstheorien, die alle auf dem Vorliegen nicht koordinierter Auswirkungen auf einem oligopolistischen Markt beruhten.
- 31 Die erste Schadenstheorie betrifft das Vorliegen nicht koordinierter Auswirkungen auf dem Endkundenmarkt aufgrund der Beseitigung starken Wettbewerbsdrucks. Im Wesentlichen hätte nach Ansicht der Kommission die starke Verringerung des Wettbewerbs, die sich aus dem geplanten Zusammenschluss ergeben hätte, wahrscheinlich zu einer Erhöhung der Preise der mobilen Telekommunikationsdienste im Vereinigten Königreich und zu einer Begrenzung der Auswahl für die Verbraucher geführt.
- 32 Die zweite Schadenstheorie betrifft das Vorliegen nicht koordinierter Auswirkungen auf dem Endkundenmarkt im Zusammenhang mit der gemeinsamen Netznutzung. Nach Ansicht der Kommission hätte der geplante Zusammenschluss die Qualität der Dienstleistungen für die Verbraucher negativ beeinflussen können, indem die Entwicklung der Mobilfunknetzinfrastruktur im Vereinigten Königreich aufgehalten worden wäre.

- 33 Die dritte Schadenstheorie betrifft das Vorliegen nicht koordinierter Auswirkungen aufgrund der Beseitigung starken Wettbewerbsdrucks auf dem Vorleistungsmarkt. Auf diesem Markt stellen vier Mobilfunknetzbetreiber Hosting-Dienste für Betreiber, die nicht Eigentümer eines Mobilfunknetzes sind, bereit, wobei Letztere ihrerseits Dienste für Endkunden anbieten. Insbesondere hätte der geplante Zusammenschluss dem streitigen Beschluss zufolge erhebliche nicht koordinierte Auswirkungen auf den Vorleistungsmarkt haben können, die aus einer Verringerung der Zahl der Mobilfunknetzbetreiber von vier auf drei, aus der Beseitigung von Three als „wichtiger Wettbewerbskraft“, der Beseitigung des bedeutenden Wettbewerbsdrucks, den die Parteien zuvor aufeinander ausübten, und aus einer Verringerung des Wettbewerbsdrucks auf die übrigen Wettbewerber resultierten.
- 34 Zu den von CK Telecoms geltend gemachten Effizienzsteigerungen meinte die Kommission, dass diese weder nachprüfbar noch für den Zusammenschluss spezifisch seien und auch keinen Vorteil für die Verbraucher bringen würden.
- 35 Im letzten Abschnitt des streitigen Beschlusses prüfte die Kommission die von CK Telecoms angebotenen Verpflichtungszusagen. Sie war im Wesentlichen der Ansicht, dass die zweiten und die dritten Verpflichtungszusagen die festgestellten Wettbewerbsprobleme nicht oder nicht vollständig beseitigen würden.
- 36 Die Kommission stellte daher fest, dass der geplante Zusammenschluss mit dem Binnenmarkt unvereinbar sei.

Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil

- 37 Mit Klageschrift, die am 25. Juli 2016 bei der Kanzlei des Gerichts einging, erhob CK Telecoms Klage auf Nichtigerklärung des streitigen Beschlusses.
- 38 Zur Stützung der Klage machte CK Telecoms fünf Klagegründe geltend.
- 39 Der erste und der vierte Klagegrund betrafen die erste und die dritte Schadenstheorie, die den Wegfall des Wettbewerbs zwischen Three und O2 auf dem Endkundenmarkt bzw. auf dem Vorleistungsmarkt betreffen. Der zweite Klagegrund betraf die Bewertung des kontrafaktischen Szenarios durch die Kommission, auf dem die Beurteilung des Endkunden- und des Vorleistungsmarktes beruhte. Der dritte Klagegrund betraf die zweite Schadenstheorie, die sich auf den Endkundenmarkt im Hinblick auf die gemeinsame Netznutzung bezog, sowie die insoweit abgegebenen Verpflichtungszusagen. Der fünfte Klagegrund betraf die übrigen Verpflichtungszusagen von CK Telecoms.
- 40 Das Gericht hat zunächst nacheinander den ersten, den dritten und den vierten Klagegrund und sodann den zweiten und den fünften Klagegrund geprüft.
- 41 Mit dem angefochtenen Urteil hat das Gericht zunächst im Wesentlichen dem ersten Teil des ersten Klagegrundes stattgegeben, der sich auf den Umfang der gerichtlichen Kontrolle von Zusammenschlüssen durch das Gericht, den anwendbaren rechtlichen Rahmen nach dem Erlass der Verordnung Nr. 139/2004 sowie die Beweislast und die Beweisanforderungen bezog, denen die Kommission nachkommen muss, wenn sie eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 2 Abs. 3 der Verordnung beweisen muss. Des Weiteren hat das Gericht dem zweiten Teil des ersten Klagegrundes, der sich auf die Einstufung von Three als „wichtige

Wettbewerbskraft“ bezog, sowie dem dritten und dem fünften Teil dieses Klagegrundes stattgegeben, die sich auf die Bewertung der Nähe des Wettbewerbs bzw. auf die Bewertung der quantitativen Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auf die Preise bezogen. Außerdem ist das Gericht dem Vorbringen von CK Telecoms im siebten Teil dieses Klagegrundes gefolgt, wonach die Kommission in ihrem Beschluss nicht erläutert habe, auf welcher Grundlage sie zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die angeblichen Behinderungen des Wettbewerbs infolge des Zusammenschlusses erheblich seien. Sodann hat es dem ersten, dem dritten, dem vierten, dem fünften und dem sechsten Teil des dritten Klagegrundes stattgegeben, mit dem Fehler betreffend die durch die gemeinsame Netznutzung hervorgerufenen nicht koordinierten horizontalen Auswirkungen gerügt wurden. Schließlich hat das Gericht den ersten drei Teilen des vierten Klagegrundes stattgegeben, die sich auf die nicht koordinierten Auswirkungen auf dem Vorleistungsmarkt bezogen. Folglich hat das Gericht den streitigen Beschluss für nichtig erklärt.

Verfahren vor dem Gerichtshof

- 42 Mit Schriftsatz, der am 7. August 2020 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen ist, hat die Kommission das vorliegende Rechtsmittel eingelegt.
- 43 Mit gesondertem Schriftsatz, der am selben Tag eingegangen ist, hat die Kommission beantragt, bestimmte Passagen der Rechtsmittelschrift, die Informationen enthielten, die unter das Geschäftsgeheimnis fielen und Informationen entsprächen, deren vertrauliche Behandlung das Gericht gewährt habe, gegenüber EE, einer der beiden Streithelferinnen im ersten Rechtszug, vertraulich zu behandeln. Mit Beschluss vom 1. Oktober 2020, Kommission/CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2020:789), hat der Präsident des Gerichtshofs diesem Antrag stattgegeben. Somit wurde EE nur eine nicht vertrauliche Fassung der Rechtsmittelschrift zugestellt.
- 44 Mit Schriftsatz, der am 20. November 2020 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen ist, hat CK Telecoms beantragt, bestimmte Informationen in ihrer Rechtsmittelbeantwortung, die unter das Geschäftsgeheimnis fielen und daher nicht an ihren Wettbewerber EE weitergegeben werden dürften und die Informationen entsprächen, für die das Gericht eine vertrauliche Behandlung gegenüber EE gewährt habe, gegenüber EE vertraulich zu behandeln. Mit Beschluss vom 26. Januar 2021, Kommission/CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2021:81), hat der Präsident des Gerichtshofs beschlossen, dass die Rechtsmittelbeantwortung gegenüber EE vertraulich zu behandeln ist, so dass dieser nur eine nicht vertrauliche Fassung dieses Schriftsatzes zugestellt wurde.
- 45 Mit am 24. März 2021 gemäß Art. 40 Abs. 3 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union und Art. 130 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, der nach Art. 190 Abs. 1 dieser Verfahrensordnung auf das Rechtsmittelverfahren Anwendung findet, bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingereichtem Schriftsatz hat die EFTA-Überwachungsbehörde beantragt, in der vorliegenden Rechtssache als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen zu werden. Mit Beschluss vom 4. Juni 2021, Kommission/CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2021:488), hat der Präsident des Gerichtshofs diesem Antrag stattgegeben und ihr gestattet, ihre Stellungnahme in der mündlichen Verhandlung abzugeben. Dieser Behörde ist eine Kopie aller Verfahrensschriftstücke zugestellt worden.
- 46 Der Präsident des Gerichtshofs hat der Kommission auf deren Antrag vom 12. Februar 2021 hin gestattet, eine Erwiderung einzureichen.

47 Nach Einreichung der Gegenerwidmung von CK Telecoms ist das schriftliche Verfahren in der vorliegenden Rechtssache am 19. Mai 2021 geschlossen worden.

Anträge der Parteien

48 Die Kommission beantragt,

- das angefochtene Urteil aufzuheben,
- die Sache an das Gericht zurückzuverweisen,
- CK Telecoms die Kosten des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen und
- die Entscheidung über die im ersten Rechtszug entstandenen Kosten vorzubehalten.

49 CK Telecoms beantragt,

- das Rechtsmittel zurückzuweisen und
- der Kommission und den Streithelferinnen die Kosten sowohl des Verfahrens vor dem Gericht als auch des Verfahrens vor dem Gerichtshof aufzuerlegen.

Zum Rechtsmittel

50 Die Kommission stützt ihr Rechtsmittel auf sechs Rechtsmittelgründe. Mit dem ersten Rechtsmittelgrund wird ein Rechtsfehler gerügt, der darin liege, dass das Gericht ein strengeres Beweiserfordernis angewandt habe, als es sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Zusammenschlüssen ergebe. Mit dem zweiten Rechtsmittelgrund wird eine fehlerhafte Auslegung von Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 gerügt. Mit dem dritten Rechtsmittelgrund wird gerügt, das Gericht habe die Grenzen der gerichtlichen Kontrolle überschritten, indem es die Begriffe „wichtige Wettbewerbskraft“ und „nahe Wettbewerber“ ausgelegt, diese Begriffe falsch ausgelegt und sowohl den streitigen Beschluss als auch die Klagebeantwortung der Kommission verfälscht habe. Mit dem vierten Rechtsmittelgrund werden eine Verfälschung des Vorbringens der Kommission zur quantitativen Analyse der Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auf die Preise sowie Rechtsfehler des Gerichts bei seiner Beurteilung dieser Analyse gerügt, und mit dem fünften Rechtsmittelgrund wird gerügt, das Gericht habe nicht alle relevanten Faktoren gewürdigt. Mit dem sechsten Rechtsmittelgrund werden Fehler betreffend die gemeinsame Netznutzung gerügt.

Zum ersten Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Parteien

51 Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund macht die Kommission geltend, das Gericht habe mit seiner Feststellung in Rn. 118 des angefochtenen Urteils, dass sie verpflichtet sei, hinreichende Beweise vorzulegen, um mit ernsthafter Wahrscheinlichkeit das Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs darzutun, ein besonders hohes Beweiserfordernis angewandt, das über

das hinausgehe, das sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Bereich der Kontrolle von Zusammenschlüssen ergebe, und damit einen Rechtsfehler begangen. Dieser Fehler habe das Gericht zu der Feststellung in den Rn. 119, 172, 216, 268, 281 und 396 des angefochtenen Urteils veranlasst, dass die Kommission nicht rechtlich hinreichend nachgewiesen habe, dass der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde.

- 52 Insoweit gehe aus Rn. 52 des Urteils vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), hervor, dass die Kommission, wenn sie mit einem Zusammenschluss befasst sei, grundsätzlich entweder für dessen Genehmigung oder für dessen Untersagung Stellung zu beziehen habe, je nachdem, welche wirtschaftliche Entwicklung des angemeldeten Zusammenschlusses sie für die wahrscheinlichste halte.
- 53 Das Beweismaß, das das Gericht in Rn. 118 des angefochtenen Urteils für den Nachweis einer etwaigen erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs verlange, verleihe dem Beweiserfordernis, das sich aus Art. 2 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 139/2004 ableiten lasse, zwangsläufig einen asymmetrischen Charakter, da diese Bestimmung weder eine allgemeine Vermutung der Vereinbarkeit noch eine allgemeine Vermutung der Unvereinbarkeit eines angemeldeten Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt aufstelle.
- 54 CK Telecoms erwidert erstens, dass der erste Rechtsmittelgrund ins Leere gehe.
- 55 Insbesondere aus dem angefochtenen Urteil gehe nämlich hervor, dass die Kommission die Begriffe „wichtige Wettbewerbskraft“ und „nahe Wettbewerber“ in einem Stadium ihrer Bewertung, das der Prüfung der Beweise vorausgegangen sei, aufgrund deren sie das Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs festgestellt habe, rechtsfehlerhaft ausgelegt habe. Diese Fehler würden daher durch das angeblich falsche Beweismaß, das das Gericht verlange, nicht berührt.
- 56 Außerdem habe die Kommission nicht dargetan, dass ein geringeres Beweismaß als das vom Gericht geforderte zu einem anderen Ergebnis geführt hätte.
- 57 Zweitens macht CK Telecoms geltend, das vom Gericht geforderte Beweismaß stehe im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs.
- 58 Im Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), sei der Gerichtshof den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott nicht gefolgt und habe das „Kriterium der Wahrscheinlichkeit“ nicht als für die Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs gefordertes Beweismaß herangezogen.
- 59 Ein solches Beweismaß würde bedeuten, dass es genügen würde, dass sich die Kommission auf Beweise stütze, die nicht besonders kohärent oder eindeutig seien, um darzutun, dass das Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich sei.
- 60 Aus den Rn. 27, 39, 41 und 45 des Urteils vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), gehe jedoch hervor, dass für die Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs eindeutige Beweise vorliegen müssten, um von der Richtigkeit der in einer Entscheidung im Bereich der Kontrolle von Zusammenschlüssen enthaltenen These zu überzeugen, was die Prüfung der sachlichen Richtigkeit, der Zuverlässigkeit und der Kohärenz dieser Beweise voraussetze.

- 61 CK Telecoms macht geltend, die Kommission müsse zwar sowohl für die Genehmigung als auch für das Verbot eines Zusammenschlusses dasselbe Beweismaß anwenden, doch beeinträchtigt es nicht die Neutralität nach Art. 2 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 139/2004, wenn der Kommission ein höheres Beweismaß auferlegt werde als das bloße „Kriterium der Wahrscheinlichkeit“, um das etwaige Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs darzutun.
- 62 Unter diesen Umständen macht CK Telecoms geltend, das Gericht habe keinen Rechtsfehler begangen, indem es in Rn. 118 des angefochtenen Urteils auf einen Umkehrschluss aus den Nrn. 209 bis 211 der Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790) verwiesen und festgestellt habe, dass das für die Kommission geltende Beweiserfordernis strenger sei als das bloße „Kriterium der Wahrscheinlichkeit“.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 63 Zum Vorbringen von CK Telecoms, der erste Rechtsmittelgrund gehe ins Leere, ist festzustellen, dass sich insbesondere aus den Rn. 119, 172, 216, 281, 282, 372 und 396 des angefochtenen Urteils ergibt, dass das Gericht über das etwaige Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs entschieden hat, indem es u. a. die Begriffe „wichtige Wettbewerbskraft“ und „nahe Wettbewerber“ im Hinblick auf das in Rn. 118 des angefochtenen Urteils genannte Beweismaß herangezogen hat. Somit kann die Kommission unabhängig von der Frage, ob, wie sie im Rahmen ihres dritten Rechtsmittelgrundes geltend macht, die Auslegung dieser Begriffe rechtsfehlerhaft ist, dem Gericht auch wirksam vorwerfen, ein höheres Beweismaß verlangt zu haben als das, das sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Bereich von Zusammenschlüssen ergebe.
- 64 Des Weiteren ist das Vorbringen von CK Telecoms zurückzuweisen, die Kommission habe nicht dargetan, dass ein anderes Beweismaß als das vom Gericht angewandte zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Zum einen obliegt es nämlich grundsätzlich CK Telecoms, darzutun, dass der erste Rechtsmittelgrund ins Leere geht. Zum anderen kann, da das Gericht, wie sich aus den Rn. 118 und 119 des angefochtenen Urteils ergibt, das Erfordernis einer ernsthaften Wahrscheinlichkeit im Zusammenhang mit dem Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf alle von ihm geprüften Beweise angewandt hat, nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die Anwendung eines weniger strengen Beweismaßes zur Abweisung der Klage hätte führen können.
- 65 Folglich ist das Vorbringen von CK Telecoms, der erste Rechtsmittelgrund gehe ins Leere, zurückzuweisen und die Begründetheit dieses Rechtsmittelgrundes zu prüfen.
- 66 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich insbesondere aus dem fünften Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 139/2004 ergibt, dass mit dieser gewährleistet werden soll, dass Umstrukturierungen von Unternehmen keine dauerhafte Schädigung des Wettbewerbs verursachen.
- 67 Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass zum einen nach Art. 2 Abs. 2 dieser Verordnung ein Zusammenschluss, der wirksamen Wettbewerb nicht erheblich behindern würde, für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären sind. Zum anderen ergibt sich aus Art. 2 Abs. 3 dieser Verordnung, dass im umgekehrten Fall ein Zusammenschluss, der eine solche Wirkung hätte, für mit dem Binnenmarkt unvereinbar zu erklären ist.

- 68 Der Unionsgesetzgeber hat daher in Art. 8 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 vorgesehen, dass die Kommission, wenn sie feststellt, dass ein angemeldeter Zusammenschluss dem in Art. 2 Abs. 2 dieser Verordnung festgelegten Kriterium entspricht, eine Entscheidung erlässt, mit der der Zusammenschluss für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt wird. Hingegen trifft die Kommission, wie sich aus Art. 8 Abs. 3 dieser Verordnung ergibt, wenn sie feststellt, dass ein Zusammenschluss dem in Art. 2 Abs. 3 dieser Verordnung festgelegten Kriterium entspricht, eine Entscheidung, mit der der Zusammenschluss für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt wird.
- 69 Aus dem Wortlaut sowohl von Art. 2 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 139/2004 als auch von Art. 8 Abs. 1 und 3 dieser Verordnung ergibt sich somit, dass diese Bestimmungen symmetrisch sind, was die Beweiserfordernisse anbelangt, die der Kommission für den Nachweis auferlegt sind, dass ein angemeldeter Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb erheblich behindern oder nicht erheblich behindern würde und daher mit dem Binnenmarkt für unvereinbar oder vereinbar zu erklären ist.
- 70 Hierzu ist erstens festzustellen, dass aus dem Wortlaut dieser Vorschriften nicht hervorgeht, dass nach der Verordnung Nr. 139/2004 bei Entscheidungen, mit denen ein Zusammenschluss genehmigt wird, andere Beweisanforderungen gelten als bei Entscheidungen, mit denen ein Zusammenschluss untersagt wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 46).
- 71 In diesem Zusammenhang kann aus dieser Verordnung keine allgemeine Vermutung der Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit eines angemeldeten Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt abgeleitet werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 48).
- 72 Zwar sieht Art. 10 Abs. 6 der genannten Verordnung vor, dass ein angemeldeter Zusammenschluss als mit dem Binnenmarkt vereinbar gilt, wenn die Kommission nicht innerhalb der maßgeblichen Frist eine Entscheidung über seine Vereinbarkeit erlassen hat, jedoch ist diese Bestimmung zum einen eine spezifische Ausprägung des Beschleunigungsgebots, das die allgemeine Systematik der Verordnung kennzeichnet, und stellt zum anderen eine Ausnahme von der allgemeinen Systematik der Verordnung dar, wonach die Kommission über die bei ihr angemeldeten Zusammenschlüsse ausdrücklich entscheidet (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 49).
- 73 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Kommission nicht verpflichtet ist, bei Entscheidungen über die Untersagung von Zusammenschlüssen höhere Beweisanforderungen einzuhalten als bei Entscheidungen über deren Genehmigung (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 51).
- 74 Daraus folgt, dass sich die Anforderungen an die Beweisführung einschließlich des Beweismaßes nicht je nach Art der von der Kommission im Bereich der Kontrolle von Zusammenschlüssen erlassenen Entscheidung unterscheiden.

- 75 Zweitens müssen nach der Rechtsprechung die Entscheidungen der Kommission über die Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Binnenmarkt durch hinreichend signifikante und überzeugende Beweismittel erhärtet werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 50 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 76 Zwar hat der Gerichtshof entschieden, dass im Zusammenhang der Untersuchung eines Zusammenschlusses des Typs „Konglomerat“ die Beschaffenheit der von der Kommission zum Nachweis der Erforderlichkeit einer Entscheidung, mit der der Zusammenschluss für unvereinbar mit dem Binnenmarkt erklärt wird, vorgelegten Beweismittel besonders bedeutsam ist (vgl. Urteil vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, Rn. 44).
- 77 Jedoch hat der Gerichtshof klargestellt, dass in dieser Rechtsprechung nur die Hauptfunktion des Beweises zum Ausdruck kommt, die darin besteht, von der Richtigkeit einer These zu überzeugen oder, wie im Bereich der Kontrolle von Zusammenschlüssen, die Beurteilungen, auf denen die Entscheidungen der Kommission beruhen, zu untermauern (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, Rn. 41, und vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 51 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die besonderen Anforderungen an die Beschaffenheit der Beweismittel haben daher grundsätzlich keine Auswirkung auf das erforderliche Beweismaß.
- 78 Im Übrigen hat der Gerichtshof auch klargestellt, dass die Komplexität, die stets gegeben ist, wenn gegen einen angemeldeten Zusammenschluss eine Annahme eines Wettbewerbshindernisses geltend gemacht wird, einen Gesichtspunkt darstellt, der bei der Beurteilung der Plausibilität der verschiedenen Folgen dieses Zusammenschlusses, um unter ihnen die wahrscheinlichste zu bestimmen, zu berücksichtigen ist, diese Komplexität für sich allein aber nicht die Höhe der Beweisanforderungen beeinflusst (Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 51).
- 79 Wie die Generalanwältin in Nr. 59 ihrer Schlussanträge im Kern ausgeführt hat, ist daher festzustellen, dass sich das Beweismaß für die Anwendung von Art. 2 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 139/2004 weder nach der Art des von der Kommission geprüften Zusammenschlusses noch nach der Komplexität unterscheidet, die stets gegeben ist, wenn gegen einen angemeldeten Zusammenschluss eine Annahme eines Wettbewerbshindernisses geltend gemacht wird.
- 80 Drittens und letztens ergibt sich aus Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004, der die Anmeldung eines Zusammenschlusses vor seinem Vollzug vorschreibt, und aus Art. 7 Abs. 1 dieser Verordnung, der die Verpflichtung vorsieht, den Zusammenschluss vor seiner Anmeldung und Genehmigung nicht zu vollziehen, dass mit dieser Verordnung ein System der präventiven Kontrolle von Zusammenschlüssen eingeführt wird.
- 81 Diese Kontrolle unterscheidet sich folglich von der *Ex-post*-Kontrolle von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Art. 101 AEUV sowie von Missbräuchen einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV.

- 82 Im Rahmen der Ausübung dieser *Ex-ante*-Kontrolle von Zusammenschlüssen verfügt die Kommission in Wirtschaftsfragen bei der Anwendung der Grundregeln der Verordnung Nr. 139/2004, insbesondere von deren Art. 2, über einen Beurteilungsspielraum (Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 144), da sie prospektive wirtschaftliche Analysen vornimmt, um die Wahrscheinlichkeit bestimmter Entwicklungen auf dem relevanten Markt binnen absehbarer Zeit zu ermitteln.
- 83 Diese prospektiven Analysen, die zumeist komplex sind, sind aber zwangsläufig ungewisser als *Ex-post*-Analysen.
- 84 Die bei der Fusionskontrolle gebotene prospektive Analyse, die darin besteht, zu prüfen, inwieweit ein Zusammenschluss die Parameter des Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten verändern könnte, um zu ermitteln, ob sich daraus ein erhebliches Hindernis für einen wirksamen Wettbewerb ergeben würde, erfordert es somit, sich die verschiedenen Ursache-Wirkungs-Ketten vor Augen zu führen und von derjenigen mit der größten Wahrscheinlichkeit auszugehen (Urteile vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, Rn. 43, vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 47, und vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, Rn. 32). Diese prospektive Analyse fällt in den Beurteilungsspielraum in Wirtschaftsfragen, über den die Kommission bei der Anwendung der Grundregeln der Verordnung Nr. 139/2004, insbesondere von deren Art. 2, verfügt, was es rechtfertigt, dass sich die Kontrolle einer Entscheidung der Kommission im Bereich der Zusammenschlüsse durch den Unionsrichter auf die Nachprüfung der materiellen Richtigkeit des Sachverhalts und auf offensichtliche Beurteilungsfehler beschränkt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 144 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 85 Eine solche Analyse muss zwar mit großem Bedacht durchgeführt werden, da es nicht darum geht, vergangene Ereignisse, in Bezug auf die häufig zahlreiche Anhaltspunkte vorliegen, die ein Verständnis ihrer Ursachen ermöglichen, oder auch gegenwärtige Ereignisse zu prüfen, sondern darum, Ereignisse vorherzusehen, die künftig mit mehr oder weniger großer Wahrscheinlichkeit eintreten werden, wenn keine Entscheidung ergeht, mit der der Zusammenschluss zu den geplanten Bedingungen untersagt wird oder diese näher festgelegt werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, Rn. 42).
- 86 Die prospektive Natur der wirtschaftlichen Analyse, die die Kommission vorzunehmen hat, steht jedoch dem entgegen, dass dieses Organ für den Nachweis, dass ein Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb erheblich behindern oder im Gegenteil nicht erheblich behindern würde, ein besonders hohes Beweismaß beachten muss.
- 87 Unter diesen Umständen ist unter Berücksichtigung insbesondere der symmetrischen Struktur von Art. 2 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 139/2004 und des prospektiven Charakters der wirtschaftlichen Analyse der Kommission im Bereich der Fusionskontrolle davon auszugehen, dass es für die Feststellung, dass ein Zusammenschluss mit dem Binnenmarkt unvereinbar oder vereinbar ist, genügt, wenn die Kommission anhand hinreichend signifikanter und überzeugender Beweismittel dartut, dass es eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich ist, dass der betreffende Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würde.

- 88 Folglich hat das Gericht mit seiner Feststellung in Rn. 118 des angefochtenen Urteils, dass die Kommission „mit ernsthafter Wahrscheinlichkeit [nachweisen]“ müsse, dass infolge des Zusammenschlusses „erhebliche Behinderungen vorliegen werden“, und dass „das im vorliegenden Fall anwendbare Beweiserfordernis folglich strenger [ist] als das, wonach eine erhebliche Behinderung eines wirksamen Wettbewerbs, auf der Grundlage eines ‚Kriteriums der Wahrscheinlichkeit‘, ‚eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich‘ ist“, ein Beweiserfordernis angewandt, das sich nicht aus der Verordnung Nr. 139/2004 in ihrer Auslegung durch den Gerichtshof ergibt, und hat somit einen Rechtsfehler begangen.
- 89 Der erste Rechtsmittelgrund greift daher durch.

Zum zweiten Rechtsmittelgrund

- 90 Der zweite Rechtsmittelgrund besteht aus zwei Teilen, mit denen die Kommission die Auslegung von Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 durch das Gericht im angefochtenen Urteil beanstandet.

Zum ersten Teil

– Vorbringen der Parteien

- 91 Mit dem ersten Teil ihres zweiten Rechtsmittelgrundes macht die Kommission geltend, das Gericht habe in Rn. 90 des angefochtenen Urteils die Voraussetzungen für die Annahme, dass ein Zusammenschluss nicht koordinierte Auswirkungen haben könne, mit den für den Nachweis des Vorliegens einer beherrschenden Stellung erforderlichen Voraussetzungen gleichgesetzt.
- 92 Die Kommission stellt klar, dass sie nicht in Abrede stelle, dass der für den Nachweis einer etwaigen erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs aufgrund nicht koordinierter Auswirkungen erforderliche Grad der Schädigung derselbe sei wie derjenige, der für den Nachweis einer solchen Behinderung aufgrund der Begründung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung erforderlich sei. Allerdings habe das Gericht mit dem in Rn. 90 des angefochtenen Urteils in Verbindung mit dem Ausdruck „aus dem Zusammenschluss hervorgehende... Einheit“ verwendeten Wort „selbst“ festgestellt, dass die Kommission einen Zusammenschluss nur verbieten könne, wenn sie nachweisen könne, dass diese Einheit über eine Marktmacht verfügen werde, die derjenigen einer beherrschenden Stellung gleichwertig sei.
- 93 CK Telecoms entgegnet, die Kommission wende sich gegen eine allgemeine Feststellung des Gerichts, die nicht als Grundlage für eine konkrete Prüfung gedient habe, so dass der erste Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes der Kommission ins Leere gehe.

– Würdigung durch den Gerichtshof

- 94 In Rn. 90 des angefochtenen Urteils hat das Gericht festgestellt, dass Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 „es der Kommission erlaubt, unter bestimmten Umständen auf oligopolistischen Märkten Zusammenschlüsse zu verbieten, die zwar nicht zur Begründung oder Verstärkung einer individuellen oder kollektiven beherrschenden Stellung führen, aber die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt in einem Maß beeinträchtigen können, das vergleichbar ist mit demjenigen der beherrschenden Stellung, indem der aus dem

Zusammenschluss hervorgehenden Einheit eine Macht verschafft wird, die es ihr gestattet, selbst die Wettbewerbsparameter zu bestimmen und insbesondere die Preise festzusetzen, statt sie zu akzeptieren“.

- 95 Wie CK Telecoms ausgeführt hat, enthält Rn. 90 aber eine allgemeine Erwägung des Gerichts, ohne dass damit ein Zusammenhang mit einem Fehler hergestellt würde, den die Kommission bei der Anwendung des Begriffs „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ im Sinne von Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 begangen hätte. Außerdem benennt die Kommission, wie die Generalanwältin in Nr. 70 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, keine Randnummer des angefochtenen Urteils, die auf dieser Erwägung beruhen würde.
- 96 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs Rügen, die gegen nicht tragende Gründe einer Entscheidung des Gerichts gerichtet sind, nicht zur Aufhebung dieser Entscheidung führen und daher ins Leere gehen (Urteil vom 23. März 2023, PV/Kommission, C-640/20 P, EU:C:2023:232, Rn. 191 und die dort angeführte Rechtsprechung). Selbst wenn der erste Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes begründet wäre, könnte er nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen, da dieser Teil einen Grund dieses Urteils betrifft, für den nicht nachgewiesen worden ist, dass er zur Stützung des Tenors dieses Urteils beiträgt.
- 97 Daraus folgt, dass der erste Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes als ins Leere gehend zurückzuweisen ist.

Zum zweiten Teil

– Vorbringen der Parteien

- 98 Mit dem zweiten Teil ihres zweiten Rechtsmittelgrundes macht die Kommission geltend, das Gericht habe in den Rn. 95 und 96 des angefochtenen Urteils einen Rechtsfehler begangen, indem es festgestellt habe, dass Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 im Licht von deren 25. Erwägungsgrund dahin auszulegen sei, dass in einem Fall, in dem ein Zusammenschluss nicht zur Begründung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung führe, eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs nur dann festgestellt werden könne, wenn die beiden in diesem Erwägungsgrund vorgesehenen kumulativen Bedingungen erfüllt seien, nämlich zum einen die Beseitigung eines beträchtlichen Wettbewerbsdrucks, den die Parteien des Zusammenschlusses aufeinander ausgeübt hätten, und zum anderen die Minderung des Wettbewerbsdrucks auf die verbleibenden Wettbewerber.
- 99 Nach Ansicht der Kommission gefährdet eine solche Auslegung das im 24. Erwägungsgrund der Verordnung genannte Ziel einer wirksamen Kontrolle von Zusammenschlüssen und würde sie insbesondere daran hindern, Schadenstheorien zu entwickeln, die nicht die in Rn. 96 des angefochtenen Urteils genannten Voraussetzungen erfüllten, wie z. B. die zweite im vorliegenden Fall vorgebrachte Schadenstheorie, die auf einer Minderung des von den verbleibenden Wettbewerbern auf die aus dem Zusammenschluss hervorgehende Einheit ausgeübten Wettbewerbsdrucks aufgrund der Marktstellung dieser Einheit nach dem Zusammenschluss beruhe.
- 100 CK Telecoms entgegnet, aus dem Wortlaut des 25. Erwägungsgrundes der Verordnung Nr. 139/2004, insbesondere der Konjunktion „sowie“, die in die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse und den streitigen Beschluss übernommen worden sei, ergebe

sich, dass dieser Erwägungsgrund zwei kumulative Voraussetzungen aufstelle. Eine gegenteilige Auslegung würde es der Kommission ermöglichen, sämtliche horizontalen Zusammenschlüsse zu verbieten, da diese zwangsläufig zu einer Verringerung des Wettbewerbs zwischen den Beteiligten führten.

– *Würdigung durch den Gerichtshof*

- 101 Das Gericht hat in Rn. 96 des angefochtenen Urteils im Wesentlichen festgestellt, dass Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 im Licht des 25. Erwägungsgrundes dieser Verordnung auszulegen sei. Es ging insoweit von der Prämisse aus, dass dieser Erwägungsgrund zwei kumulative Voraussetzungen dafür vorsieht, dass nicht koordinierte Auswirkungen aus einem Zusammenschluss unter bestimmten Umständen eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zur Folge haben können, nämlich zum einen die Beseitigung des beträchtlichen Wettbewerbsdrucks, den die fusionierenden Unternehmen aufeinander ausgeübt haben, und zum anderen die Minderung des Wettbewerbsdrucks auf die verbleibenden Wettbewerber.
- 102 In Rn. 97 des angefochtenen Urteils hat das Gericht daraus abgeleitet, dass „die bloße Wirkung der Minderung des Wettbewerbsdrucks auf die verbleibenden Wettbewerber für sich genommen grundsätzlich nicht ausreicht, um eine erhebliche Behinderung eines wirksamen Wettbewerbs im Rahmen einer Schadenstheorie, die auf nicht koordinierten Auswirkungen beruht, nachzuweisen“.
- 103 Das Gericht hat den ersten, den dritten und den vierten Klagegrund im Licht dieser Auslegung von Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 geprüft, wie sich aus Rn. 105 des angefochtenen Urteils ergibt.
- 104 Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Erwägungsgründe eines Unionsrechtsakts den Inhalt von dessen Bestimmungen präzisieren können und ein wichtiges Auslegungselement sind, das den Willen des Gesetzgebers erhellen kann (Urteil vom 19. Dezember 2019, Puppinck u. a./Kommission, C-418/18 P, EU:C:2019:1113, Rn. 75 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 105 Die Erwägungsgründe eines Unionsrechtsakts sind jedoch rechtlich nicht verbindlich und können weder herangezogen werden, um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich widerspricht (Urteil vom 19. Dezember 2019, Puppinck u. a./Kommission, C-418/18 P, EU:C:2019:1113, Rn. 76 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 106 Wie sich aus ihren Erwägungsgründen 6 und 24 ergibt, bezweckt die Verordnung Nr. 139/2004 die Einführung einer wirksamen Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der Union, um insbesondere einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt zu gewährleisten und eine Politik, die auf dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb beruht, sicherzustellen.
- 107 Insoweit geht aus dem 25. Erwägungsgrund dieser Verordnung im Wesentlichen hervor, dass diese auch die Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses von auf einem oligopolistischen Markt tätigen Unternehmen mit dem Binnenmarkt bezweckt, wenn der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde, ohne dass die aus dem Zusammenschluss hervorgehende Einheit eine beherrschende Stellung innehatte.

- 108 Insbesondere geht aus diesem 25. Erwägungsgrund hervor, dass zwar „[v]iele oligopolistische Märkte ... ein gesundes Maß an Wettbewerb erkennen [lassen,] [u]nter bestimmten Umständen ... Zusammenschlüsse, in deren Folge der beträchtliche Wettbewerbsdruck beseitigt wird, den die fusionierenden Unternehmen aufeinander ausgeübt haben, sowie der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber gemindert wird, [aber] zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen [können], auch wenn eine Koordinierung zwischen Oligopolmitgliedern unwahrscheinlich ist“.
- 109 Aus dem vorletzten Satz dieses 25. Erwägungsgrundes geht jedoch im Wesentlichen hervor, dass sich die in der Verordnung Nr. 139/2004 vorgesehene wirksame Kontrolle auf alle Zusammenschlüsse erstreckt, die einen wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würden, einschließlich von Zusammenschlüssen mit nicht koordinierten Auswirkungen. Diese wirksame Kontrolle fügt sich in das allgemeine Ziel der Verordnung Nr. 139/2004 ein, das in deren fünften Erwägungsgrund zum Ausdruck kommt und darin besteht, zu verhindern, dass ein Umstrukturierungsprozess den Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben dauerhaft schädigt.
- 110 Um einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt zu gewährleisten und eine Politik im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb sicherzustellen, soll mit der Verordnung Nr. 139/2004 eine wirksame Kontrolle aller Zusammenschlüsse eingeführt werden, durch die wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, einschließlich derjenigen, die nicht koordinierte Auswirkungen auf oligopolistische Märkte hätten. Abgesehen davon, dass ein Erwägungsgrund dieser Verordnung jedenfalls die Tragweite der Bestimmungen dieser Verordnung nicht beschränken kann, kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass die wirksame Kontrolle von auf solchen Märkten erfolgenden Zusammenschlüssen, die zu nicht koordinierten Auswirkungen führen können, auf die Situationen zu beschränken ist, die gleichzeitig unter die beiden im 25. Erwägungsgrund der Verordnung genannten Fallgestaltungen fallen.
- 111 Wie die Generalanwältin in den Nrn. 74 bis 76 ihrer Schlussanträge im Kern ausgeführt hat, genügt die Konjunktion „sowie“ nicht, um diese Auslegung zu entkräften. Eine Auslegung von Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 im Licht des 25. Erwägungsgrundes dieser Verordnung dahin, dass es sich bei diesen beiden Fallgestaltungen um kumulative Voraussetzungen für die Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch einen Zusammenschluss mit nicht koordinierten Auswirkungen auf einem oligopolistischen Markt handelt, hätte nämlich zur Folge, dass die Wirksamkeit der Kontrolle dieser Art von Zusammenschlüssen auf die Fälle reduziert würde, in denen die Kommission nachweisen kann, dass der betreffende Zusammenschluss geeignet ist, sowohl den beträchtlichen Wettbewerbsdruck zwischen den Parteien des Zusammenschlusses zu beseitigen als auch den Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden auf dem betreffenden Markt tätigen Wettbewerber zu mindern.
- 112 Eine solche Auslegung würde bedeuten, dass die Beseitigung des beträchtlichen Wettbewerbsdrucks, den die Parteien des Zusammenschlusses aufeinander ausübten, und die einseitige Preiserhöhung, die sich daraus ergeben könnte, für sich allein niemals genügen würden, um eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darzutun.

- 113 Eine solche restriktive Auslegung von Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 wäre jedoch mit dem in Rn. 109 des vorliegenden Urteils genannten Ziel dieser Verordnung unvereinbar, eine wirksame Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse einzuführen, die einen wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würden, einschließlich von Zusammenschlüssen mit nicht koordinierten Auswirkungen.
- 114 Unter diesen Umständen hat das Gericht einen Rechtsfehler begangen, indem es in Rn. 96 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, dass Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 im Licht ihres 25. Erwägungsgrundes dahin auszulegen sei, dass, wenn ein Zusammenschluss auf einem oligopolistischen Markt nicht zur Begründung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung führe, eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs nur dann festgestellt werden könne, wenn die Kommission nachweise, dass zwei kumulative Voraussetzungen erfüllt seien, nämlich zum einen die Beseitigung eines beträchtlichen Wettbewerbsdrucks, den die Parteien des Zusammenschlusses aufeinander ausgeübt hätten, und zum anderen die Minderung des Wettbewerbsdrucks auf die verbleibenden Wettbewerber.
- 115 In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen ist dem zweiten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes stattzugeben.
- 116 Daraus folgt, dass der zweite Rechtsmittelgrund, mit dem eine fehlerhafte Auslegung von Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 gerügt wird, begründet ist.

Zum dritten Rechtsmittelgrund

- 117 Der dritte Rechtsmittelgrund besteht aus vier Teilen, wobei mit dem ersten Teil gerügt wird, das Gericht habe die Grenzen der ihm obliegenden gerichtlichen Kontrolle überschritten, indem es die Begriffe „wichtige Wettbewerbskraft“ und „nahe Wettbewerber“ ausgelegt habe, mit dem zweiten Teil eine Verfälschung sowohl des streitigen Beschlusses als auch der Klagebeantwortung der Kommission sowie eine fehlerhafte Auslegung des Begriffs „wichtige Wettbewerbskraft“ gerügt werden, mit dem dritten Teil eine fehlerhafte Auslegung des Begriffs „nahe Wettbewerber“ und eine Verfälschung des streitigen Beschlusses gerügt werden und mit dem vierten Teil, der hilfsweise geltend gemacht wird, eine Verletzung der Begründungspflicht in Bezug auf eine etwaige Unvereinbarkeit der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse mit der Verordnung Nr. 139/2004 gerügt wird.

Zum ersten Teil

– Vorbringen der Parteien

- 118 Mit dem ersten Teil ihres dritten Rechtsmittelgrundes macht die Kommission im Wesentlichen geltend, das Gericht sei, indem es in den Rn. 174 und 242 des angefochtenen Urteils eine Auslegung der Begriffe „wichtige Wettbewerbskraft“ und „nahe Wettbewerber“ vorgenommen habe, von den Definitionen dieser wirtschaftlichen Begriffe in den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse sowie von dem dort festgelegten wirtschaftlichen Rahmen abgewichen. Folglich habe es den Beurteilungsspielraum der Kommission in Wirtschaftsfragen verkannt und deren wirtschaftliche Beurteilung durch seine eigene ersetzt. Damit habe das

Gericht die Grenzen der gerichtlichen Kontrolle von Beschlüssen der Kommission, mit denen ein Zusammenschluss für mit dem Binnenmarkt vereinbar oder unvereinbar erklärt werde, überschritten.

- 119 Insbesondere sei das Gericht weder befugt noch fachkundig, um von den wirtschaftlichen Begriffen in den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse abzuweichen und einen anderen wirtschaftlichen Ansatz zu verfolgen, als er in diesen Leitlinien vorgesehen sei. Die Zuständigkeit des Gerichts sei auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit dieser Leitlinien beschränkt.
- 120 CK Telecoms entgegnet, das Gericht habe bei seiner Auslegung und Anwendung der Begriffe „wichtige Wettbewerbskraft“ und „nahe Wettbewerber“ die Grenzen der gerichtlichen Kontrolle nicht überschritten. Vielmehr habe es im angefochtenen Urteil die Beweise anhand des sich aus einer gefestigten Rechtsprechung ergebenden Kriteriums gewürdigt, wonach der Beurteilungsspielraum der Kommission in Wirtschaftsfragen die Zuständigkeit des Unionsrichters für die Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission unberührt lasse.

– *Würdigung durch den Gerichtshof*

- 121 Im 28. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 139/2004 heißt es, dass die Kommission, um deutlich zu machen und zu erläutern, wie sie Zusammenschlüsse nach dieser Verordnung beurteilt, Leitlinien veröffentlichen sollte, die einen soliden wirtschaftlichen Rahmen für die Beurteilung der Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Binnenmarkt bieten sollten.
- 122 Die Kommission hat daher die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse erlassen, die die Regelung des Verfahrens enthalten, das sich die Kommission für ihre Beurteilung, ob eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Sinne der Verordnung Nr. 139/2004 vorliegt, auferlegt hat.
- 123 Zwar darf die Kommission von solchen Leitlinien nicht ohne Rechtfertigung abweichen, ohne dass dies gegebenenfalls wegen eines Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze geahndet würde, jedoch können diese Leitlinien nicht als Rechtsnorm qualifiziert werden, die die Verwaltung auf jeden Fall zu beachten hätte, und sie stellen nicht die Rechtsgrundlage der Entscheidungen dar, die die Kommission in dem betreffenden Bereich trifft (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, EU:C:2005:408, Rn. 209, 211 und 213). Der Unionsrichter bleibt aber gleichwohl für ihre Auslegung zuständig, namentlich, wenn sich die Kommission in ihren Entscheidungen, mit denen ein Zusammenschluss genehmigt oder untersagt wird, bei der Feststellung, ob der betreffende Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde, auf diese Leitlinien gestützt hat.
- 124 Zwar verfügt die Kommission, wie in Rn. 84 des vorliegenden Urteils ausgeführt, bei der Anwendung der Grundregeln der Verordnung Nr. 139/2004, insbesondere von deren Art. 2, in Wirtschaftsfragen über einen Beurteilungsspielraum, was es rechtfertigt, dass sich die Kontrolle einer Entscheidung der Kommission im Bereich der Zusammenschlüsse durch den Unionsrichter auf die Nachprüfung der materiellen Richtigkeit des Sachverhalts und auf offensichtliche Beurteilungsfehler beschränkt.

- 125 Dies bedeutet aber nicht, dass der Unionsrichter eine Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission unterlassen müsste. Der Unionsrichter, der, wie die Generalanwältin in den Nrn. 73 und 85 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, nicht an die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse als solche gebunden sein kann, 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 (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 145 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 126 Der Beurteilungsspielraum der Kommission bedeutet auch nicht, dass der Unionsrichter eine Kontrolle der von der Kommission vorgenommenen Auslegung unionsrechtlicher Begriffe, die bei ihrer Anwendung eine wirtschaftliche Analyse erfordern, unterlassen müsste.
- 127 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der Unionsrichter auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts bereits mehrfach Begriffe, die bei ihrer Anwendung eine wirtschaftliche Analyse erfordern, ausgelegt hat, wie den Begriff „beherrschende Stellung“ (Urteil vom 14. Februar 1978, United Brands und United Brands Continentaal/Kommission, 27/76, EU:C:1978:22, Rn. 65 und 66), den Begriff „relevanter Markt“ (Urteile vom 9. November 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission, 322/81, EU:C:1983:313, Rn. 37, und vom 6. Oktober 1994, Tetra Pak/Kommission, T-83/91, EU:T:1994:246, Rn. 63) und den Begriff „Beschneidung der Margen der Wettbewerber“ (Urteil vom 25. März 2021, Slovak Telekom/Kommission, C-165/19 P, EU:C:2021:239, Rn. 73 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 128 Die Begriffe „wichtige Wettbewerbskraft“ und „nahe Wettbewerber“, auf die in den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse Bezug genommen wird, gehören aber zu den Faktoren, die die Wahrscheinlichkeit, dass ein Zusammenschluss erhebliche nicht koordinierte Auswirkungen haben wird, und folglich auch die Feststellung des möglichen Vorliegens einer „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ im Sinne von Art. 2 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 139/2004 beeinflussen können.
- 129 Daraus folgt, dass, obwohl die Begriffe „wichtige Wettbewerbskraft“ und „nahe Wettbewerber“ bei ihrer Anwendung eine wirtschaftliche Analyse erfordern, der Unionsrichter dafür zuständig ist, sie im Rahmen der Ausübung seiner Kontrolle über die Entscheidungen der Kommission im Bereich der Fusionskontrolle auszulegen.
- 130 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass das Gericht im vorliegenden Fall mit der Auslegung der Begriffe „wichtige Wettbewerbskraft“ und „nahe Wettbewerber“ die Grenzen seiner gerichtlichen Kontrolle nicht überschritten hat.
- 131 Demnach ist der erste Teil des dritten Rechtsmittelgrundes der Kommission als unbegründet zurückzuweisen.

Zum zweiten Teil

– Vorbringen der Parteien

- 132 Mit dem zweiten Teil ihres dritten Rechtsmittelgrundes bringt die Kommission drei Rügen vor, mit denen sie erstens eine Verfälschung des streitigen Beschlusses, zweitens eine Verfälschung ihrer Klagebeantwortung und drittens eine fehlerhafte Auslegung des Begriffs „wichtige Wettbewerbskraft“ geltend macht.
- 133 Mit ihrer ersten Rüge wirft die Kommission dem Gericht vor, in Rn. 171 des angefochtenen Urteils zu Unrecht festgestellt zu haben, dass aus dem streitigen Beschluss hervorgehe, dass die Einstufung einer Partei des Zusammenschlusses als „wichtige Wettbewerbskraft“ auf einem oligopolistischen Markt ausreiche, um davon auszugehen, dass der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde. Diese Feststellung des Gerichts stehe im Widerspruch zu Rn. 155 dieses Urteils, wonach aus dem Wortlaut des streitigen Beschlusses, insbesondere aus dessen 777. Erwägungsgrund, hervorgehe, dass der Umstand, dass „Three eine wichtige Wettbewerbskraft auf dem Endkundenmarkt ... im Sinne von Ziff. 37 der Leitlinien [darstellt] oder jedenfalls starken Wettbewerbsdruck im Markt [ausübt]“, nur einer der Faktoren sei, anhand deren die Kommission zu dem Ergebnis gelangt sei, dass der Zusammenschluss zu erheblichen nicht koordinierten Auswirkungen führen würde.
- 134 Mit ihrer zweiten Rüge macht die Kommission geltend, das Gericht habe in Rn. 170 des angefochtenen Urteils Rn. 39 ihrer Klagebeantwortung verfälscht, was es veranlasst habe, eine eigene Definition des Begriffs „wichtige Wettbewerbskraft“ zu entwickeln, die von der Definition in Ziff. 37 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse verschieden sei. Insbesondere aus Rn. 39 der Klagebeantwortung und aus Rn. 13 der Gegenerwiderung der Kommission gehe jedoch hervor, dass diese darin nur ein Beispiel genannt habe, ohne zu behaupten, dass eine „wichtige Wettbewerbskraft“ zwangsläufig einen besonders aggressiven Wettbewerb betreiben und seine Wettbewerber dazu zwingen müsse, diesem Verhalten zu folgen.
- 135 Aus den Rn. 170 und 216 des angefochtenen Urteils gehe aber hervor, dass das Gericht dieses Beispiel übernommen und in eine Definition des Begriffs „wichtige Wettbewerbskraft“ umgewandelt habe.
- 136 Mit ihrer dritten und letzten Rüge wirft die Kommission dem Gericht vor, in den Rn. 170 und 216 des angefochtenen Urteils zu Unrecht überzogene Anforderungen an die Einstufung eines Unternehmens als „wichtige Wettbewerbskraft“ gestellt zu haben, nach denen sich das betreffende Unternehmen von seinen Wettbewerbern hinsichtlich der Auswirkungen auf den Wettbewerb unterscheiden und insbesondere einen besonders aggressiven Wettbewerb im Hinblick auf die Preise verfolgen und die anderen Marktteilnehmer zwingen müsse, ihre Preise anzupassen.
- 137 Auf die erste Rüge der Kommission entgegnet CK Telecoms, dass die Kommission in ihrer früheren Praxis und insbesondere in den in Rn. 164 des angefochtenen Urteils genannten Rechtssachen eine oder zwei der Parteien der geprüften Zusammenschlüsse als „wichtige Wettbewerbskraft (bzw. -kräfte)“ eingestuft habe und dass dies für die Annahme genügt habe, dass der betreffende Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen könnte.

- 138 Zur zweiten Rüge der Kommission macht CK Telecoms geltend, Rn. 39 der Klagebeantwortung der Kommission beschränke sich nicht darauf, ein Beispiel für eine „wichtige Wettbewerbskraft“ zu geben.
- 139 Zur dritten und letzten Rüge der Kommission macht CK Telecoms geltend, das Gericht sei nicht von den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse abgewichen und habe zu Recht festgestellt, dass sich eine „wichtige Wettbewerbskraft“ hinsichtlich der Auswirkungen auf den Wettbewerb von ihren Wettbewerbern abheben müsse.
- 140 Zu verlangen, dass sich eine „wichtige Wettbewerbskraft“ hinsichtlich der Auswirkungen auf den Wettbewerb von ihren Wettbewerbern unterscheide, sei nämlich das Minimum, das erforderlich sei, um davon auszugehen, dass ein Unternehmen auf einem oligopolistischen Markt unter diesen Begriff fallen könne. Andernfalls könnte jeder Wettbewerber, der auf einem oligopolistischen Markt tätig sei, als „wichtige Wettbewerbskraft“ eingestuft werden, und die Kommission wäre in der Lage, gegen fast alle horizontalen Zusammenschlüsse vorzugehen.
- 141 Um ein Unternehmen als „wichtige Wettbewerbskraft“ auf einem oligopolistischen Markt einstufen zu können, müsse daher nachgewiesen werden, dass es besonders starken Druck auf die anderen Wettbewerber ausübe.

– *Würdigung durch den Gerichtshof*

- 142 Zur ersten Rüge, mit der eine Verfälschung des streitigen Beschlusses geltend gemacht wird, ist darauf hinzuweisen, dass sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Verfälschung in offensichtlicher Weise aus den Akten ergeben muss, ohne dass es einer neuen Tatsachen- und Beweiswürdigung bedarf (vgl. Urteil vom 25. Juli 2018, Orange Polska/Kommission, C-123/16 P, EU:C:2018:590, Rn. 75).
- 143 Im vorliegenden Fall hat das Gericht in Rn. 171 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass „[a]us dem [streitigen] Beschluss ... hervor[geht], dass die Kommission in Bezug auf das Verschwinden einer ‚wichtigen Wettbewerbskraft‘ der Ansicht ist, dass die einfache Verringerung des Wettbewerbsdrucks, die sich insbesondere aus dem Verschwinden eines Unternehmens mit einem größeren Einfluss, als seine Marktanteile vermuten ließen, ergebe, für sich genommen zum Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs hinreiche“.
- 144 Das Gericht hat diese Feststellung auf eine Gesamtbetrachtung der Erwägungsgründe des streitigen Beschlusses gestützt, die sich insbesondere mit der Natur des Begriffs „wichtige Wettbewerbskraft“ befassen.
- 145 Anders als das Gericht in Rn. 171 festgestellt hat, geht aus dem streitigen Beschluss aber nicht hervor, dass die Kommission das Verschwinden einer „wichtigen Wettbewerbskraft“ für sich genommen als ausreichend angesehen hätte, um eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs nachzuweisen.
- 146 Vielmehr ergibt sich aus den Hauptelementen in den Abschnitten „Wettbewerbsrechtliche Würdigung“ und „Materiell-rechtliches Kriterium“ und insbesondere aus den Erwägungsgründen 313 und 321 des streitigen Beschlusses, dass die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse mehrere Faktoren nennen, die für die Feststellung relevant sind, ob ein Zusammenschluss nicht koordinierte Auswirkungen haben kann.

- 147 Zwar hat die Kommission in diesen beiden Erwägungsgründen u. a. ausgeführt, dass nicht alle diese Faktoren zwingend erfüllt sein müssten, damit solche Auswirkungen wahrscheinlich seien. Wie die Generalanwältin in Nr. 97 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, hat die Kommission daraus jedoch nicht abgeleitet, dass das Vorhandensein eines einzigen dieser Faktoren für die Feststellung ausreiche, dass der geprüfte Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen könnte.
- 148 In Fn. 263 zu Rn. 313 des streitigen Beschlusses hat die Kommission nämlich ausdrücklich auf Ziff. 26 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse Bezug genommen, wonach der Umstand, dass eine der Parteien des Zusammenschlusses als „wichtige Wettbewerbskraft“ eingestuft werden könne, einer der in diesen Leitlinien genannten Faktoren sei, die bei der Feststellung, ob der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen könne, berücksichtigt werden könnten.
- 149 Zudem weist das Gericht, wie die Kommission ausführt, in Rn. 155 des angefochtenen Urteils selbst darauf hin, dass aus dem streitigen Beschluss hervorgehe, dass die Einstufung von Three als „wichtige Wettbewerbskraft“ einer der Faktoren sei, die die Kommission herangezogen habe, um zu dem Schluss zu gelangen, dass der Zusammenschluss nicht koordinierte Auswirkungen haben würde.
- 150 Daraus folgt, dass das Gericht diesen Beschluss in Rn. 171 des angefochtenen Urteils verfälscht hat.
- 151 Somit greift die erste Rüge des zweiten Teils des dritten Rechtsmittelgrundes durch.
- 152 Zur zweiten Rüge, mit der geltend gemacht wird, das Gericht habe in Rn. 170 des angefochtenen Urteils Rn. 39 der Klagebeantwortung der Kommission verfälscht, was das Gericht veranlasst habe, ein Beispiel für den Begriff „wichtige Wettbewerbskraft“ zu einer Definition dieses Begriffs zu machen, genügt die Feststellung, dass, selbst wenn das Gericht in Rn. 170 die Klagebeantwortung der Kommission verfälscht haben sollte, eine solche Verfälschung nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen könnte, insbesondere, weil die schriftlichen Ausführungen der Kommission im Verfahren vor dem Gericht zum Begriff „wichtige Wettbewerbskraft“ nicht als entscheidend für die Bestimmung des Inhalts dieses Begriffs angesehen werden können.
- 153 Folglich ist die zweite Rüge des zweiten Teils des dritten Rechtsmittelgrundes als ins Leere gehend zurückzuweisen.
- 154 Was die dritte und letzte Rüge betrifft, mit der geltend gemacht wird, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, weil es überzogene Anforderungen an die Einstufung eines Unternehmens als „wichtige Wettbewerbskraft“ gestellt habe, ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht in den Rn. 170 und 216 des angefochtenen Urteils eine Definition des Begriffs „wichtige Wettbewerbskraft“ zugrunde gelegt hat, wonach sich das betreffende Unternehmen von seinen Wettbewerbern hinsichtlich der Auswirkungen seiner Preispolitik auf die Wettbewerbsdynamik auf dem betreffenden Markt unterscheiden und insbesondere einen besonders aggressiven Wettbewerb im Hinblick auf die Preise verfolgen und die anderen Marktteilnehmer zwingen müsse, ihre Preise anzupassen.

- 155 In den Rn. 173 und 175 des angefochtenen Urteils hat das Gericht ausgeführt, dass der von der Kommission im streitigen Beschluss verfolgte Ansatz in der Praxis darauf hinauslaufe, den Begriff „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ in Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004, den Begriff „Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks“ im 25. Erwägungsgrund dieser Verordnung und den Begriff des Verschwindens einer „wichtigen Wettbewerbskraft“ zu verwechseln. Eine solche Verwechslung würde zu einer weiten Auslegung von Art. 2 Abs. 3 führen, wonach jedes Verschwinden einer „wichtigen Wettbewerbskraft“ der Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks gleichkäme, die ihrerseits den Schluss rechtfertigen würde, dass eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs vorliege.
- 156 Außerdem hat das Gericht in Rn. 174 des angefochtenen Urteils im Wesentlichen festgestellt, dass, wenn es nicht erforderlich sei, dass sich ein Unternehmen hinsichtlich der Auswirkungen auf den Wettbewerb von seinen Wettbewerbern unterscheide, um als „wichtige Wettbewerbskraft“ eingestuft werden zu können, jedes Unternehmen auf einem oligopolistischen Markt, das einen Wettbewerbsdruck erzeuge, unter diesen Begriff fallen könne.
- 157 In diesem Zusammenhang hat das Gericht in Rn. 216 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Kommission nicht rechtlich hinreichend nachgewiesen habe, dass Three unter diesen Begriff falle.
- 158 Insoweit ist erstens darauf hinzuweisen, dass die Verordnung Nr. 139/2004, wie sich aus ihren Erwägungsgründen 6, 24 und 25 ergibt, die Einführung einer wirksamen Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse bezweckt, die einen wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würden, einschließlich von Zusammenschlüssen mit nicht koordinierten Auswirkungen.
- 159 Zweitens wird die unmittelbarste Wirkung eines Zusammenschlusses, wie Ziff. 24 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse bestätigt, im Verlust des Wettbewerbs zwischen den Parteien des Zusammenschlusses liegen.
- 160 Drittens ist nach Ziff. 26 in Verbindung mit den Ziff. 37 und 38 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse der Verlust einer „wichtigen Wettbewerbskraft“ grundsätzlich einer der Faktoren, die die Wahrscheinlichkeit beeinflussen können, dass ein Zusammenschluss erhebliche nicht koordinierte Auswirkungen hat, und anhand deren sich somit u. a. beurteilen lässt, ob der Zusammenschluss zur Beseitigung des beträchtlichen Wettbewerbsdrucks führen würde, den die fusionierenden Parteien aufeinander ausübten.
- 161 In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass die Anforderungen für die Einstufung eines Unternehmens als „wichtige Wettbewerbskraft“, die sich unmittelbar auf die Heranziehung dieser Einstufung als relevanter Faktor für die Feststellung einer etwaigen erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auswirken, nicht geeignet sein dürften, für die Kommission die Möglichkeit auszuschließen, Zusammenschlüsse, die zu spürbaren nicht koordinierten Auswirkungen führen und folglich einen wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen könnten, für mit dem Binnenmarkt unvereinbar zu erklären. Andernfalls könnten nämlich die volle Wirksamkeit von Art. 2 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 139/2004 und insbesondere die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmungen in Frage gestellt werden.
- 162 Insoweit bedeutet der Umstand, dass sich eine Partei eines Zusammenschlusses auf einem oligopolistischen Markt nicht von ihren Wettbewerbern abhebt, indem sie sich hinsichtlich der Preise als „besonders aggressiv“ erweist, nicht, dass ein Zusammenschluss, an dem ein solches

- Unternehmen beteiligt wäre, die Dynamik des Wettbewerbs nicht erheblich nachteilig verändern könnte. Es steht nämlich fest, dass mit der Kontrolle von Zusammenschlüssen gerade geprüft werden soll, inwiefern ein Zusammenschluss die für den Stand des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt maßgebenden Faktoren verändern könnte, um festzustellen, ob sich daraus eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs ergeben würde, ohne dass es insoweit darauf ankommt, ob ein unter den Zusammenschluss fallendes Unternehmen ein „besonders aggressives“ Unternehmen auf diesem Markt ist.
- 163 Im Übrigen kann, wie Ziff. 38 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse im Wesentlichen bestätigt, nicht ausgeschlossen werden, dass auf einem bestimmten oligopolistischen Markt mehrere Unternehmen als „wichtige Wettbewerbskraft“ eingestuft werden können.
- 164 Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die frühere Entscheidungspraxis der Kommission nicht den anwendbaren rechtlichen Rahmen für die Kontrolle von Zusammenschlüssen bildet und lediglich Hinweischarakter hat (vgl. entsprechend Urteil vom 24. September 2009, Erste Group Bank u. a./Kommission, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P, EU:C:2009:576, Rn. 233 sowie die dort angeführte Rechtsprechung). Somit bedeutet der Umstand, dass die Kommission in früheren Entscheidungen bestimmte Unternehmen, die in ihrer „Aggressivität“ auf dem betreffenden Markt einzigartig waren und ihre Präsenz auf diesem Markt schneller erhöht haben als jeder andere Wettbewerber, als „wichtige Wettbewerbskraft“ eingestuft hat, nicht, dass dies die einzigen Fallgestaltungen sind, die zu einer solchen Einstufung führen können.
- 165 Schließlich ist der Preis oft nicht der einzige wichtige Parameter für die Beurteilung der Wettbewerbsdynamik, insbesondere auf differenzierten Produktmärkten, auf denen Qualität und Innovation eine entscheidende Rolle bei der Positionierung der betreffenden Produkte spielen könnten. Daher wäre ein ausschließlich auf die Preise ausgerichteter Ansatz für die Einstufung eines Unternehmens als „wichtige Wettbewerbskraft“ zwangsläufig unvollständig.
- 166 Folglich kann der Begriff „wichtige Wettbewerbskraft“ nicht ausschließlich auf Unternehmen angewandt werden, die einen besonders aggressiven Preiswettbewerb betreiben und ihre Wettbewerber auf dem Markt dazu zwingen, sich ihren Preisen anzupassen, oder auf Unternehmen, deren Preispolitik die Wettbewerbsdynamik auf dem betreffenden Markt erheblich verändern könnte.
- 167 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass es für die Einstufung eines Unternehmens als „wichtige Wettbewerbskraft“ genügt, dass es, wie in Ziff. 37 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse dargelegt, auf den Wettbewerbsprozess einen größeren Einfluss hat, als anhand seiner Marktanteile oder ähnlicher Messgrößen zu vermuten wäre.
- 168 Somit hat das Gericht im vorliegenden Fall einen Rechtsfehler begangen, indem es in den Rn. 170 und 216 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, dass die Kommission für die Einstufung von Three als „wichtige Wettbewerbskraft“ nachweisen müsse, dass dieses Unternehmen einen besonders aggressiven Wettbewerb im Hinblick auf die Preise verfolgt und die anderen Marktteilnehmer gezwungen habe, ihre Preise anzupassen, oder dass seine Preispolitik die Dynamik des Wettbewerbs auf dem Markt erheblich habe verändern können.
- 169 In Anbetracht der in den Rn. 151 und 168 des vorliegenden Urteils getroffenen Feststellungen ist dem zweiten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes stattzugeben.

Zum dritten Teil

– Vorbringen der Parteien

- 170 Mit dem dritten Teil ihres dritten Rechtsmittelgrundes bringt die Kommission zwei Rügen vor.
- 171 Mit ihrer ersten Rüge macht die Kommission geltend, das Gericht habe dadurch, dass es ihr in Rn. 242 des angefochtenen Urteils den Nachweis auferlegt habe, dass die Parteien des Zusammenschlusses keine „nahen Wettbewerber“, sondern „besonders nahe Wettbewerber“ seien, eine übermäßige Anforderung an die Beurteilung der Nähe des Wettbewerbsverhältnisses zwischen diesen Parteien gestellt.
- 172 Das Gericht habe in Rn. 247 des angefochtenen Urteils fälschlich angenommen, dass auf einem oligopolistischen Markt wie dem Mobilfunkmarkt im Vereinigten Königreich, dem vier Mobilfunknetzbetreiber angehörten, alle diese Betreiber naturgemäß mehr oder weniger nahe Wettbewerber seien.
- 173 Insoweit weist die Kommission darauf hin, dass jeder Markt eine eigene Dynamik habe. So sei es auf einem oligopolistischen Markt, der durch ein Angebot unterschiedlicher Produkte gekennzeichnet sei, möglich, dass die von zwei Unternehmen dieses Marktes angebotenen Produkte einen verhältnismäßig geringen Grad an Substituierbarkeit aufwiesen oder fast ausschließlich auf unterschiedliche Marktsegmente ausgerichtet seien. Diese beiden Unternehmen könnten daher nicht als nahe Wettbewerber angesehen werden. Daher könne sich die Kommission im Fall eines Zusammenschlusses zwischen ihnen nicht auf die Nähe des Wettbewerbs als relevanten Faktor stützen, um auf das Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu schließen. Wenn diese beiden Unternehmen hingegen in denselben Segmenten dieses oligopolistischen Marktes in engem Wettbewerb stünden und damit zeigten, dass „die Rivalität zwischen [ihnen] eine wichtige Antriebskraft des Wettbewerbs im Markt“ im Sinne von Ziff. 28 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gewesen sei, könne die Kommission nicht verpflichtet sein, nachzuweisen, dass die Parteien des Zusammenschlusses die „nächsten Wettbewerber“ oder „besonders nahe Wettbewerber“ seien.
- 174 Mit ihrer zweiten Rüge wirft die Kommission dem Gericht vor, den streitigen Beschluss verfälscht zu haben, indem es insbesondere in Rn. 249 des angefochtenen Urteils angenommen habe, dass sie sich auf die Prämisse gestützt habe, dass die Nähe des Wettbewerbs zwischen Three und O2 für die Annahme ausreiche, dass der geplante Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde. Wie das Gericht in Rn. 227 des angefochtenen Urteils ausgeführt habe, sei die Nähe des Wettbewerbs zwischen Three und O2 nämlich nur einer der Faktoren, die im streitigen Beschluss herangezogen worden seien, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass der geplante Zusammenschluss zu nicht koordinierten Auswirkungen führen würde.
- 175 CK Telecoms entgegnet, dass die erste Rüge der Kommission auf einem isolierten und fehlerhaften Verständnis des angefochtenen Urteils beruhe. Das Gericht habe nämlich die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse und den Umstand gebührend berücksichtigt, dass die Nähe des Wettbewerbs zwischen Three und O2 im vorliegenden Fall ein wichtiger Faktor sei.
- 176 Allerdings legten diese Leitlinien nicht genau fest, welcher Grad der Nähe erforderlich sei, um die betreffenden Unternehmen als „nahe Wettbewerber“ einzustufen.

- 177 Außerdem habe die Kommission im streitigen Beschluss nicht die in diesen Leitlinien festgelegten Kriterien angewandt, um die Nähe des Wettbewerbs zwischen Three und O2 zu prüfen.
- 178 Nach Ansicht von CK Telecoms entspricht das Erfordernis einer „besonderen“ Nähe dem allgemeinen Kriterium des Verbots einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Nur ein besonderer Grad der Nähe des Wettbewerbs könne einen Beweis für eine solche Behinderung darstellen.
- 179 Zur zweiten Rüge vertritt CK Telecoms die Auffassung, das Gericht habe den streitigen Beschluss in Rn. 249 des angefochtenen Urteils nicht verfälscht.

– *Würdigung durch den Gerichtshof*

- 180 Zur ersten Rüge, mit der geltend gemacht wird, das Gericht habe von der Kommission u. a. in Rn. 242 des angefochtenen Urteils fälschlicherweise den Nachweis verlangt, dass die Parteien des Zusammenschlusses im vorliegenden Fall „besonders nahe Wettbewerber“ seien, ist festzustellen, dass die vom Gericht vorgenommene Beurteilung des Grades der Nähe des Wettbewerbs zwischen den Parteien des Zusammenschlusses Bestandteil seiner Prüfung der ersten von der Kommission im streitigen Beschluss vorgebrachten Schadenstheorie ist, die die nicht koordinierten Auswirkungen auf dem Endkundenmarkt betrifft.
- 181 In Rn. 128 des angefochtenen Urteils hat das Gericht festgestellt, dass sich die Kommission im Rahmen dieser Theorie auf den von Three und O2 ausgeübten starken Wettbewerbsdruck, die Nähe des Wettbewerbs zwischen diesen beiden Unternehmen, ihre Marktanteile und die Anreize für die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit, die Preise zu erhöhen, sowie auf die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Wettbewerber gestützt habe, um im 1226. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses zu dem Ergebnis zu gelangen, dass der geplante Zusammenschluss „nicht koordinierte wettbewerbswidrige Auswirkungen auf dem Endkundenmarkt entfalten kann“.
- 182 In diesem Zusammenhang hat das Gericht erstens in Rn. 234 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass sich der Begriff „naher Wettbewerber“ nicht in der Verordnung Nr. 139/2004, sondern nur in den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse finde.
- 183 Zweitens hat das Gericht in den Rn. 235 und 241 dieses Urteils im Wesentlichen festgestellt, dass die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 im Licht ihres 25. Erwägungsgrundes die Beseitigung des beträchtlichen Wettbewerbsdrucks erfordere, den die Parteien des Zusammenschlusses aufeinander ausgeübt hätten, was die unmittelbarste einseitige Auswirkung eines Zusammenschlusses auf einem oligopolistischen Markt darstelle.
- 184 Drittens hat das Gericht in den Rn. 242, 247 und 249 dieses Urteils im Wesentlichen festgestellt, dass die Kommission bei einem oligopolistischen Markt, auf dem alle Teilnehmer naturgemäß mehr oder weniger nahe beieinander seien, nicht nachweisen müsse, dass diese Parteien nahe Wettbewerber seien, sondern dass sie „besonders nahe“ Wettbewerber seien.
- 185 Schließlich ist das Gericht in den Rn. 249 und 250 des angefochtenen Urteils der Argumentation von CK Telecoms hinsichtlich der geringen Beweiskraft der Analyse der Nähe des Wettbewerbs zwischen Three und O2 gefolgt. Das Gericht hat dies damit begründet, dass Three und O2 nur relativ nahe Wettbewerber auf einem Teil der Segmente eines konzentrierten Marktes seien, dem vier Mobilfunknetzbetreiber angehörten. Dieser Gesichtspunkt allein reiche im

vorliegenden Fall aber nicht aus, um die Beseitigung des beträchtlichen Wettbewerbsdrucks, den die Parteien des geplanten Zusammenschlusses aufeinander ausübten, nachzuweisen und um eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darzutun, es sei denn, dass grundsätzlich jeder Zusammenschluss, aus dem sich ein Übergang von vier Betreibern auf drei ergebe, untersagt würde.

- 186 Wie in Rn. 159 des vorliegenden Urteils ausgeführt, ist die unmittelbarste Auswirkung eines Zusammenschlusses auf einem oligopolistischen Markt der Verlust des Wettbewerbs zwischen den Parteien des Zusammenschlusses.
- 187 Wie die Ziff. 26 und 28 bis 30 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse bestätigen, ist zwar die Nähe des Wettbewerbs zwischen den Parteien eines Zusammenschlusses ein wichtiges Indiz für die Beurteilung des etwaigen Verlusts des zwischen diesen Parteien ausgeübten starken Wettbewerbsdrucks, doch ist diese Nähe nur einer der Faktoren, anhand deren die Wahrscheinlichkeit beurteilt werden kann, dass ein Zusammenschluss erhebliche nicht koordinierte Auswirkungen hätte.
- 188 Insoweit hat die Kommission in Ziff. 28 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse zu Recht darauf hingewiesen, dass die Produkte in dem relevanten Markt so differenziert sein könnten, dass bestimmte Produkte nähere Substitute als andere seien, und dass es mit dem zunehmenden Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen wahrscheinlicher werde, dass diese ihre Preise nach dem Zusammenschluss spürbar erhöhen würden. Daher kann, wie die Generalanwältin in Nr. 121 ihrer Schlussanträge im Kern ausgeführt hat, ein höherer Grad der Nähe des Wettbewerbs zwischen den Parteien eines Zusammenschlusses ein Indiz dafür sein, dass es eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich ist, dass der Zusammenschluss einen wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern wird, während ein geringerer Grad an Nähe des Wettbewerbs zwischen diesen Parteien ein Indiz für das Gegenteil sein kann.
- 189 In diesem Zusammenhang bedeutet die Anforderung bei der Beurteilung der Nähe des Wettbewerbs zwischen den Parteien eines Zusammenschlusses, dass es sich bei diesen um „besonders nahe“ Wettbewerber handeln müsse, das Vorliegen eines sehr hohen Maßes an Substituierbarkeit zwischen den Produkten dieser Parteien auf einem differenzierten Produktmarkt. Ein solches Maß an Substituierbarkeit ist aber nicht zwingend erforderlich. Denn selbst wenn die Substituierbarkeit zwischen den Produkten der Parteien des Zusammenschlusses nicht besonders hoch ist, kann auch zwischen den Produkten dieser Parteien und denen der nicht an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ein geringeres Maß an Substituierbarkeit bestehen, was die Parteien des Zusammenschlusses dazu veranlassen kann, die Preise ihrer Produkte zu erhöhen.
- 190 Außerdem können, wie es in Ziff. 28 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse im Wesentlichen heißt, hohe Gewinnspannen vor dem Zusammenschluss spürbare Preiserhöhungen nach dem Zusammenschluss wahrscheinlicher machen. Diese Margen können aber auch darauf hindeuten, dass die Parteien des betreffenden Zusammenschlusses weder die engsten Wettbewerber noch besonders nahe Wettbewerber sind.
- 191 Daher kann nicht der Schluss gezogen werden, dass nur ein Zusammenschluss zwischen besonders nahen Wettbewerbern einen wirksamen Wettbewerb auf dem betreffenden Markt erheblich behindern könnte.

- 192 Folglich hat das Gericht einen Rechtsfehler begangen, indem es namentlich in den Rn. 242 und 247 des angefochtenen Urteils der Kommission den Nachweis auferlegt hat, dass die Parteien des Zusammenschlusses keine nahen, sondern „besonders nahe“ Wettbewerber sind.
- 193 Die erste Rüge des dritten Teils des dritten Rechtsmittelgrundes greift daher durch.
- 194 Was die zweite Rüge anbelangt, so wirft die Kommission dem Gericht damit vor, den streitigen Beschluss verfälscht zu haben, indem es insbesondere in Rn. 249 des angefochtenen Urteils angenommen habe, dass sie sich in diesem Beschluss auf die Prämisse gestützt habe, dass die Nähe des Wettbewerbs zwischen Three und O2 auf dem betreffenden oligopolistischen Markt für sich genommen für die Annahme ausreiche, dass der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde.
- 195 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht in dieser Rn. 249 festgestellt hat, dass „sich [zwar] nachweisen [lässt], dass Three und O2 auf einem Teil der Segmente eines konzentrierten Marktes, dem vier Mobilfunknetzbetreiber angehören, relativ nahe Wettbewerber sind, ... dieser Gesichtspunkt im vorliegenden Fall [aber] nicht aus[reicht], um die Beseitigung des beträchtlichen Wettbewerbsdrucks, den die Parteien des Zusammenschlusses aufeinander ausübten, nachzuweisen, und ... nicht aus[reicht], um eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darzutun, es sei denn, dass grundsätzlich jeder Zusammenschluss, aus dem sich ein Übergang von vier Betreibern auf drei ergibt, untersagt würde“.
- 196 Wie die Kommission geltend macht, enthält der streitige Beschluss nichts, was es erlauben würde, ihn dahin auszulegen, dass die Nähe des Wettbewerbs zwischen Three und O2 für sich genommen ausreichte, um davon auszugehen, dass der geplante Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen könnte. Vielmehr hat die Kommission, wie in Rn. 146 des vorliegenden Urteils ausgeführt, in den Erwägungsgründen 313 und 321 des streitigen Beschlusses ausgeführt, dass in den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse mehrere Faktoren genannt seien – darunter der der Nähe des Wettbewerbs –, die für die Frage relevant seien, ob ein Zusammenschluss nicht koordinierte Auswirkungen haben könne.
- 197 Daher ist der zweiten Rüge und folglich dem dritten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes insgesamt stattzugeben.
- 198 Somit ist dem zweiten und dem dritten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes stattzugeben, ohne dass der hilfsweise geltend gemachte vierte Teil geprüft zu werden braucht.

Zum vierten Rechtsmittelgrund

- 199 Der vierte Rechtsmittelgrund besteht aus zwei Teilen. Mit dem ersten Teil wird zum einen eine Verfälschung des Vorbringens der Kommission zu ihrer quantitativen Analyse der Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auf die Preise gerügt und zum anderen, das Gericht habe fälschlich angenommen, dass die Preiserhöhung im vorliegenden Fall nicht erheblich gewesen sei. Mit dem zweiten Teil wird gerügt, das Gericht habe der Kommission zu Unrecht auferlegt, sogenannte „standardmäßige“ Effizienzsteigerungen in ihre Prüfung einzubeziehen.

Zum ersten Teil

– *Vorbringen der Parteien*

- 200 Mit dem ersten Teil ihres vierten Rechtsmittelgrundes macht die Kommission zwei Rügen geltend.
- 201 Mit ihrer ersten Rüge wirft die Kommission dem Gericht vor, ihre Schriftsätze verfälscht zu haben, indem es in Rn. 273 des angefochtenen Urteils festgestellt habe, es sei unstreitig, dass die Preiserhöhung, die sich aus dem geplanten Zusammenschluss ergeben könne, [vertraulich]¹ % betrage, obwohl sowohl aus Rn. 157 der Klagebeantwortung als auch aus Rn. 61 der Gegenerwiderung hervorgehe, dass die Kommission diese Zahl vor dem Gericht bestritten habe. Aus diesen Randnummern gehe nämlich klar hervor, dass die Kommission die von CK Telecoms vorgelegten Zahlen bestritten und vor dem Gericht geltend gemacht habe, dass diese Preiserhöhung [vertraulich] % betragen habe.
- 202 Mit ihrer zweiten Rüge wirft die Kommission dem Gericht vor, in Rn. 273 des angefochtenen Urteils einen Rechtsfehler begangen zu haben, indem es zu verstehen gegeben habe, dass die Preiserhöhung, die sich aus dem geplanten Zusammenschluss ergeben könne, nicht erheblich gewesen sei, weil sie niedriger gewesen sei als die, mit der in bestimmten früheren Entscheidungen, mit denen Zusammenschlüsse unter Bedingungen genehmigt worden seien, gerechnet worden sei.
- 203 Insoweit macht die Kommission geltend, das Gericht hätte den geplanten Zusammenschluss nicht mit den geplanten Zusammenschlüssen vergleichen dürfen, zu denen zum einen der Beschluss C(2014) 3561 final der Kommission vom 28. Mai 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt und dem EWR-Abkommen (Sache M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland), veröffentlicht in zusammengefasster Form im *Amtsblatt der Europäischen Union* vom 13. August 2014 (ABl. 2014, C 264, S. 6, im Folgenden: irische Sache), und zum anderen der Beschluss C(2014) 4443 der Kommission vom 2. Juli 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt und dem EWR-Abkommen (Sache M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus), veröffentlicht in zusammengefasster Form im *Amtsblatt der Europäischen Union* vom 13. März 2015 (ABl. 2015, C 86, S. 10, im Folgenden: deutsche Sache), ergangen seien. Der Vergleich, den das Gericht vorgenommen habe, beruhe auf einem offensichtlich falschen Verständnis der Entscheidungen der Kommission in diesen beiden Sachen. Anders als in der vorliegenden Rechtssache habe die Kommission nämlich die Zusammenschlüsse, die von der irischen und der deutschen Sache betroffen gewesen seien, genehmigt, da die dortigen Parteien Abhilfemaßnahmen vorgeschlagen hätten, die als ausreichend angesehen worden seien, um eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu beseitigen.
- 204 CK Telecoms entgegnet erstens, dass die Kommission mit dem ersten Teil ihres vierten Rechtsmittelgrundes Tatsachen rüge und dieser Teil daher unzulässig sei.
- 205 Zweitens macht CK Telecoms geltend, der erste Teil des vierten Rechtsmittelgrundes gehe ins Leere. In den Rn. 264 bis 281 des angefochtenen Urteils habe das Gericht eine Beurteilung vorgenommen, die es in Rn. 282 zu der Feststellung veranlasst habe, dass es der im vorliegenden Fall vorgenommenen quantitativen Analyse an Beweiskraft mangle, da die Kommission nicht

¹ Nicht wiedergegebene vertrauliche Daten.

nachgewiesen habe, dass sich die Preise infolge der Beseitigung des starken Wettbewerbsdrucks, den die Parteien des Zusammenschlusses aufeinander ausübten, erheblich erhöhen würden. CK Telecoms führt aus, das Gericht habe in Rn. 268 des angefochtenen Urteils den Beweiswert der quantitativen Analyse der Kommission verneint, was die Kommission nicht rüge.

206 Drittens und letztens macht CK Telecoms geltend, das Gericht habe bei seiner Beurteilung der quantitativen Analyse der Kommission keinen Rechtsfehler begangen. Es habe insoweit die Notwendigkeit gerechtfertigt, eine Schwelle festzulegen, oberhalb deren das Ergebnis dieser Prüfung darauf hindeuten könne, dass ein Zusammenschluss zu erheblichen Preiserhöhungen führen könne.

– *Würdigung durch den Gerichtshof*

207 Mit ihrer ersten Rüge beanstandet die Kommission keine Tatsachen, sondern eine Verfälschung des Inhalts ihrer Schriftsätze im ersten Rechtszug. Daher kann diese Rüge nicht als unzulässig zurückgewiesen werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. November 2018, Alcohol Countermeasure Systems [International]/EUIPO, C-340/17 P, EU:C:2018:965, Rn. 39).

208 Zur Zulässigkeit der zweiten Rüge genügt die Feststellung, dass die Kommission mit dieser Rüge eine Rechtsfrage aufwirft, soweit sie dem Gericht vorwirft, die Preiserhöhung, die sich aus dem geplanten Zusammenschluss ergeben könne, zu Unrecht mit den Preiserhöhungen verglichen zu haben, die in der irischen und in der deutschen Sache ermittelt worden seien, in denen die Kommission die betreffenden Zusammenschlüsse vorbehaltlich der Erfüllung bestimmter Bedingungen genehmigt habe. Diese Rüge ist daher zulässig.

209 Was die Erheblichkeit des ersten Teils des vierten Rechtsmittelgrundes anbelangt, hat das Gericht zwar in Rn. 268 des angefochtenen Urteils ausgeführt, dass die quantitative Analyse kein entscheidendes Beweismittel für den Nachweis einer etwaigen erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs sei. Es hat jedoch nicht entschieden, dass diese Analyse grundsätzlich keine Beweiskraft habe. Das Gericht hat nämlich festgestellt, dass diese Analyse nicht genüge, um eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darzutun.

210 Um aber zu der Feststellung in Rn. 282 des angefochtenen Urteils zu gelangen, wonach die Kommission nicht nachgewiesen habe, dass sich die Preise infolge des geplanten Zusammenschlusses erheblich erhöhen würden, hat das Gericht erstens in Rn. 273 dieses Urteils darauf hingewiesen, dass in der vorliegenden Rechtssache die Preiserhöhung, die sich aus diesem Zusammenschluss ergeben könne, [vertraulich] % betrage und dass diese Zahl von der Kommission nicht bestritten worden sei. Zweitens hat das Gericht diese Erhöhung, um zu prüfen, ob sie als erheblich angesehen werden kann, mit den Preiserhöhungen verglichen, mit denen in der irischen und der deutschen Sache gerechnet wurde, nämlich 6,6 % bzw. 9,5 %. Das Gericht hat aber festgestellt, dass die Kommission in diesen Sachen die betreffenden Zusammenschlüsse vorbehaltlich der Erfüllung bestimmter Bedingungen genehmigt habe.

211 Daher ist festzustellen, dass die Kommission dem Gericht mit Erfolg vorwerfen kann, zum einen ihr Vorbringen zum genauen Wert der Preiserhöhung, die sich aus dem geplanten Zusammenschluss ergeben könnte, verfälscht und zum anderen den vorliegenden Fall fälschlich mit früheren Entscheidungen der Kommission in anderen Fusionsfällen verglichen zu haben. Diese Rügen können nicht als ins Leere gehend zurückgewiesen werden, da nämlich, wie die Generalanwältin in Nr. 141 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, jedes dieser Argumente die

Feststellung des Gerichts in Rn. 282 des angefochtenen Urteils in Frage stellen könnte. Daher ist das Vorbringen von CK Telecoms, der erste Teil des vierten Rechtsmittelgrundes gehe ins Leere, zurückzuweisen und die Begründetheit dieses Teils zu prüfen.

- 212 Insoweit ist zur ersten Rüge dieses Teils, mit der geltend gemacht wird, das Gericht habe in Rn. 273 des angefochtenen Urteils das Vorbringen der Kommission in Rn. 157 ihrer Klagebeantwortung und in Rn. 61 ihrer Gegenerwiderung verfälscht, darauf hinzuweisen, dass ein Rechtsmittelführer, der behauptet, dass das Gericht sein Vorbringen verfälscht habe, nach Art. 256 AEUV, Art. 58 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union und Art. 168 Abs. 1 Buchst. d der Verfahrensordnung des Gerichtshofs genau angeben muss, welche Ausführungen das Gericht verfälscht haben soll, und die Beurteilungsfehler darlegen muss, die das Gericht seines Erachtens zu dieser Verfälschung veranlasst haben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 1. Juli 2010, Knauf Gips/Kommission, C-407/08 P, EU:C:2010:389, Rn. 31 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 213 Im vorliegenden Fall geht aus Rn. 273 des angefochtenen Urteils hervor, dass das Gericht festgestellt hat, dass „in der vorliegenden Rechtssache die vorhergesehene Preiserhöhung nach Ansicht [von CK Telecoms], der in diesem Punkt von der Kommission nicht widersprochen wird, [vertraulich] betrage, obwohl eine in der irischen Sache vorhergesehene Preiserhöhung von 6,6 % und in der deutschen Sache von 9,5 % die Kommission nicht daran hinderte, diese Transaktionen unter bestimmten Voraussetzungen zu genehmigen“.
- 214 Aus Rn. 157 der Klagebeantwortung der Kommission geht jedoch klar hervor, dass die Kommission im ersten Rechtszug die von CK Telecoms vorgeschlagene Zahl tatsächlich bestritten und vorgebracht hat, dass die Preiserhöhung, die sich aus dem geplanten Zusammenschluss ergeben könnte, in diesem Fall [vertraulich] % betragen würde. Diese Feststellung wird auch durch die Rn. 159 und 160 dieses Schriftsatzes sowie durch Rn. 61 der Gegenerwiderung der Kommission bestätigt.
- 215 Aus den Akten ergibt sich somit, dass das Gericht in Rn. 273 des angefochtenen Urteils die Schriftsätze der Kommission im ersten Rechtszug verfälscht hat.
- 216 Die erste Rüge des ersten Teils des vierten Rechtsmittelgrundes greift daher durch.
- 217 Zur zweiten Rüge des ersten Teils des vierten Rechtsmittelgrundes, mit der geltend gemacht wird, das Gericht habe die vorliegende Rechtssache zu Unrecht mit der irischen und der deutschen Sache verglichen und folglich in Rn. 273 des angefochtenen Urteils zu Unrecht festgestellt, dass die Preiserhöhung von [vertraulich] %, die sich aus dem geplanten Zusammenschluss ergeben könnte, nicht erheblich sei, weil sie niedriger sei als die Preiserhöhungen, mit denen in der irischen und der deutschen Sache gerechnet worden sei, ist zum einen festzustellen, dass diese Beurteilung des Gerichts, wie sich aus Rn. 215 des vorliegenden Urteils ergibt, auf der Verfälschung der Klagebeantwortung der Kommission in Bezug auf den genauen Wert dieser Preiserhöhung durch das Gericht beruht.
- 218 Zum anderen waren, wie die Generalanwältin in Nr. 147 ihrer Schlussanträge im Kern ausgeführt hat, die irische und die deutsche Sache in einem wesentlichen Punkt nicht mit der vorliegenden Rechtssache vergleichbar, da im Unterschied zu dieser die Parteien der in den erstgenannten Sachen in Rede stehenden Zusammenschlüsse Verpflichtungszusagen angeboten hatten, die als ausreichend angesehen wurden, um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Kommission auszuräumen.

- 219 Jedenfalls ist festzustellen, dass, wie in Rn. 164 des vorliegenden Urteils ausgeführt, die frühere Entscheidungspraxis der Kommission nicht den anwendbaren rechtlichen Rahmen für die Kontrolle von Zusammenschlüssen bildet und lediglich Hinweisscharakter hat.
- 220 Das Gericht hat somit einen Rechtsfehler begangen, indem es in Rn. 273 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, dass die Preiserhöhung von [vertraulich] %, die sich aus dem Zusammenschluss ergeben könnte, nicht erheblich sei, weil sie niedriger sei als die Preiserhöhungen, mit denen in der irischen und der deutschen Sache gerechnet worden sei.
- 221 Folglich greift die zweite Rüge des ersten Teils des vierten Rechtsmittelgrundes durch.
- 222 Nach alledem ist dem ersten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes insgesamt stattzugeben.

Zum zweiten Teil

– Vorbringen der Parteien

- 223 Mit dem zweiten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes macht die Kommission geltend, das Gericht habe in den Rn. 277 bis 279 des angefochtenen Urteils zu Unrecht angenommen, dass sie in ihre quantitative Analyse die „standardmäßigen“ Effizienzsteigerungen hätte einbeziehen müssen, die „jedem Zusammenschluss eigen“ seien.
- 224 Die Kommission weist darauf hin, dass es nach dem 29. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 139/2004 den beteiligten Unternehmen obliege, alle geltend gemachten Effizienzvorteile zu beschreiben und entsprechende Belege vorzulegen.
- 225 Entgegen den Feststellungen des Gerichts in Rn. 277 des angefochtenen Urteils habe der Unionsgesetzgeber keine Vermutung aufgestellt, wonach jeder Zusammenschluss zwangsläufig zu Effizienzsteigerungen führe, die im Rahmen der quantitativen Analyse der Kommission systematisch berücksichtigt werden müssten. Aus den Ziff. 77 bis 87 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ergebe sich nämlich im Wesentlichen, dass Effizienzvorteile den Verbrauchern zugutekommen, fusionsspezifisch sein und überprüfbar sein müssten.
- 226 Außerdem ist die Kommission der Ansicht, dass in der Verordnung Nr. 139/2004 nicht zwischen verschiedenen Arten von Effizienzvorteilen unterschieden werde.
- 227 Jedenfalls habe sie in ihrer quantitativen Analyse die Effizienzvorteile berücksichtigt, die unter den vom Gericht in Rn. 277 des angefochtenen Urteils zugrunde gelegten Begriff der „standardmäßigen Effizienzsteigerungen“ fallen könnten, und sie aus dem Grund ausgeschlossen, dass sie sich nicht auf die Anreize für die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit zur Erhöhung der Preise auswirken könnten.
- 228 CK Telecoms entgegnet erstens, das Vorbringen der Kommission gehe ins Leere, da die Schlussfolgerung des Gerichts, dass die quantitative Analyse im streitigen Beschluss fehlerhaft gewesen sei, nicht ausschließlich auf der Feststellung beruhe, dass die Kommission die durch den geplanten Zusammenschluss erzielten Effizienzvorteile nicht gebührend berücksichtigt habe.

- 229 Zweitens macht CK Telecoms zunächst geltend, dass das Vorbringen der Kommission auf einem fehlerhaften Verständnis des angefochtenen Urteils beruhe. Das Gericht habe nämlich im Wesentlichen die Auffassung vertreten, dass der Beweiswert einer quantitativen Analyse gemindert sei, wenn dabei nicht auch die Ausgleichsfaktoren einschließlich der Effizienzvorteile berücksichtigt würden. Das Gericht sei zu dem Ergebnis gelangt, dass der Beweiswert der quantitativen Analyse erhöht wäre, wenn die Kommission ein gewisses Maß an Effizienzvorteilen annehme, die sich aus dem geplanten Zusammenschluss ergeben könnten.
- 230 Sodann trägt CK Telecoms vor, die Beurteilung des Gerichts entspreche der Natur der quantitativen Analyse, die mit dem Ziel konzipiert worden sei, sowohl die beschränkenden Wirkungen als auch die wettbewerbsfördernden Wirkungen von Zusammenschlüssen zu messen. Daher seien die nachgewiesenen oder angenommenen Effizienzvorteile zu berücksichtigen.
- 231 Außerdem berücksichtige die Verordnung Nr. 139/2004, dass Zusammenschlüsse im Allgemeinen wettbewerbsfördernde Wirkungen und wettbewerbswidrige Wirkungen hätten. Die Feststellung des Gerichts, dass den Ergebnissen der quantitativen Analyse der Kommission ein begrenzter Beweiswert zukomme, weil diese Analyse die „standardmäßigen“ Effizienzsteigerungen nicht berücksichtige, stehe daher im Einklang mit den dieser Verordnung zugrunde liegenden Grundsätzen.
- 232 Schließlich macht CK Telecoms geltend, dass die Feststellungen des Gerichts zum Beweiswert der quantitativen Analyse der Kommission aufgrund dessen, dass die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse nicht vorschrieben, wie diese Analyse durchzuführen sei, nicht als im Widerspruch zu diesen Leitlinien stehend angesehen werden könnten.

– *Würdigung durch den Gerichtshof*

- 233 Was die Erheblichkeit des zweiten Teils des vierten Rechtsmittelgrundes anbelangt, geht aus Rn. 279 des angefochtenen Urteils im Wesentlichen hervor, dass nach Ansicht des Gerichts die „standardmäßigen“ Effizienzsteigerungen „jedem Zusammenschluss eigen“ sind und „nur Teil eines quantitativen Modells [sind], mit dem festgestellt werden soll, ob ein Zusammenschluss ... beschränkende... Wirkungen haben kann“.
- 234 Angesichts der Bedeutung, die das Gericht dieser Kategorie von Effizienzvorteilen für die quantitative Analyse beigemessen hat, ist somit davon auszugehen, dass die Kommission dem Gericht mit Erfolg vorwerfen kann, es habe ihr in den Rn. 277 bis 279 des angefochtenen Urteils auferlegt, die „standardmäßigen“ Effizienzsteigerungen, die nach Ansicht des Gerichts jedem Zusammenschluss eigen sind, in diese Analyse einzubeziehen.
- 235 Das Vorbringen von CK Telecoms, der zweite Teil des vierten Rechtsmittelgrundes gehe ins Leere, ist daher zurückzuweisen.
- 236 Zur Begründetheit dieses Teils ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht in Rn. 277 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, dass jeder Zusammenschluss zu Effizienzsteigerungen führe, deren Umfang ebenfalls vom externen Wettbewerbsdruck abhängen. Nach Ansicht des Gerichts ergeben sich diese Steigerungen insbesondere aus der Rationalisierung und Integration der Produktions- und Vertriebsprozesse durch die aus dem Zusammenschluss hervorgehende Einheit, was diese Einheit zu einer Senkung ihrer Preise veranlassen könnte.

- 237 In den Rn. 278 und 279 des angefochtenen Urteils hat das Gericht zwischen zwei Arten von Effizienzsteigerungen unterschieden, nämlich zum einen den in den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse genannten, deren Vorliegen vom Anmelder nachzuweisen sei und die bei der umfassenden wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Zusammenschlusses zu berücksichtigen seien, um festzustellen, ob sie geeignet seien, die beschränkenden Wirkungen des Zusammenschlusses auszugleichen, und zum anderen den in Rn. 277 dieses Urteils genannten, die jedem Zusammenschluss eigen seien und „Teil eines quantitativen Modells [sind], mit dem festgestellt werden soll, ob ein Zusammenschluss solche beschränkenden Wirkungen haben kann“. Wie aus Rn. 278 des angefochtenen Urteils hervorgeht, hat das Gericht im Wesentlichen festgestellt, dass die Kommission im Rahmen ihrer quantitativen Analyse verpflichtet sei, die letztgenannte Kategorie „standardmäßiger“ Effizienzsteigerungen von Amts wegen zu berücksichtigen.
- 238 Aus dem 29. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 139/2004 geht aber hervor, dass, um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb im Binnenmarkt bestimmen zu können, begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung getragen werden sollte, die von den beteiligten Unternehmen dargelegt werden.
- 239 Aus Anhang I Abschnitt 9 der Verordnung Nr. 802/2004 geht ferner hervor, dass es dem betroffenen Unternehmen obliegt, alle geltend gemachten Effizienzvorteile einzeln zu beschreiben und zu belegen.
- 240 Die Kriterien für die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen sind in den Ziff. 76 bis 88 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse aufgeführt.
- 241 Somit ist festzustellen, dass sich, wie die Generalanwältin in Nr. 153 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, weder die Verordnung Nr. 139/2004 noch die Verordnung Nr. 802/2004 noch die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse auf eine Kategorie von „standardmäßigen“ Effizienzsteigerungen wie die in den Rn. 277 bis 279 des angefochtenen Urteils angeführte beziehen oder eine Vermutung dafür aufstellen, dass jeder Zusammenschluss zu solchen Effizienzvorteilen führt.
- 242 Zwar können bestimmte Zusammenschlüsse zu ihnen eigenen Effizienzvorteilen führen. Diese Möglichkeit bedeutet jedoch keineswegs, dass alle Zusammenschlüsse zu solchen Effizienzvorteilen führen. Jedenfalls obliegt es den Anmeldern, solche Effizienzvorteile darzutun, damit die Kommission sie bei ihrer Kontrolle berücksichtigen kann.
- 243 Anzuerkennen, dass jeder Zusammenschluss zu „standardmäßigen“ Effizienzsteigerungen führt, liefe zudem darauf hinaus, für eine bestimmte Kategorie von Effizienzsteigerungen eine Vermutung und damit eine Beweislastumkehr zu schaffen, obwohl diese Beweislast, wie sich aus den Rn. 238 und 239 des vorliegenden Urteils ergibt, bei den Unternehmen liegt.
- 244 Eine solche Umkehr der Beweislast könnte die Wirksamkeit der Fusionskontrolle verringern und folglich die praktische Wirksamkeit von Art. 2 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 139/2004 in Frage stellen. Das mit dieser Verordnung verfolgte, in Rn. 106 des vorliegenden Urteils angeführte Ziel einer wirksamen Kontrolle von Zusammenschlüssen, insbesondere das Ziel, zum einen zu vermeiden, dass Zusammenschlüsse untersagt werden, die keine Gefahr wettbewerbswidriger Wirkungen mit sich bringen würden, und zum anderen zu vermeiden, dass Zusammenschlüsse

genehmigt werden, die einem wirksamen Wettbewerb abträglich wären, wird nämlich u. a. durch die vom Unionsgesetzgeber eingeführte Beweislastverteilung im Bereich der Fusionskontrolle gewährleistet.

- 245 Die Umkehr der Beweislast, die mit der Anerkennung einer Vermutung verbunden wäre, wonach jeder Zusammenschluss zu solchen Effizienzvorteilen führt, würde dieses Gleichgewicht beeinträchtigen.
- 246 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass das Gericht einen Rechtsfehler begangen hat, indem es in den Rn. 277 bis 279 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, dass die Kommission in ihre quantitative Analyse die allen Zusammenschlüssen eigenen „standardmäßigen“ Effizienzsteigerungen hätte einbeziehen müssen.
- 247 Nach alledem ist auch dem zweiten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes und damit dem vierten Rechtsmittelgrund insgesamt stattzugeben.

Zum fünften Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Parteien

- 248 Mit ihrem fünften Rechtsmittelgrund wirft die Kommission dem Gericht vor, nicht geprüft zu haben, ob die Gesamtheit der relevanten Faktoren die Annahme erlaubt hätte, dass ihr im vorliegenden Fall der Nachweis gelungen sei, dass der geplante Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs geführt hätte. Das Gericht habe seine Prüfung fälschlicherweise auf bestimmte Faktoren beschränkt, die die erste Schadenstheorie stützten, sowie auf die Frage, ob diese Faktoren für sich genommen ausreichten, um eine solche Behinderung festzustellen. Damit habe das Gericht den streitigen Beschluss verfälscht, die wirtschaftliche Beurteilung der Kommission durch seine eigene ersetzt, die relevanten rechtlichen Kriterien falsch angewandt und seine Begründungspflicht verletzt.
- 249 Konkret macht die Kommission geltend, das Gericht habe nur vier der Faktoren geprüft, die die im streitigen Beschluss vorgebrachte erste Schadenstheorie stützten. Konkret habe das Gericht die Größe und die Entwicklung der Marktanteile, die Einstufung von Three als „wichtige Wettbewerbskraft“, die Nähe des Wettbewerbs zwischen Three und O2 und die quantitative Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses geprüft.
- 250 Indem das Gericht seine Prüfung auf diese Weise beschränkt und den streitigen Beschluss allein auf dieser Grundlage für nichtig erklärt habe, habe es nicht geprüft, ob diese vier Faktoren in Verbindung mit den anderen Faktoren und Feststellungen im streitigen Beschluss den Schluss zuließen, dass der geplante Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde.
- 251 In den Rn. 149, 171 bis 173, 249 und 268 des angefochtenen Urteils habe das Gericht diese vier Faktoren getrennt geprüft, um zu ermitteln, ob jeder von ihnen für sich genommen ausreiche, um eine solche Behinderung festzustellen. Die Kommission habe aber im streitigen Beschluss keineswegs die Auffassung vertreten, dass jeder dieser Faktoren für sich genommen für die Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs ausreiche.

- 252 Zudem gehe aus Ziff. 26 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse hervor, dass die in den Ziff. 27 bis 38 dieser Leitlinien genannten Faktoren für sich genommen nicht unbedingt ausschlaggebend seien.
- 253 CK Telecoms macht zunächst geltend, es sei nicht Sache des Gerichts, sondern der Kommission, eine Gesamtwürdigung aller relevanten Faktoren vorzunehmen, die Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit haben könnten, dass der Zusammenschluss erhebliche nicht koordinierte Auswirkungen habe. Somit sei der fünfte Rechtsmittelgrund unzulässig und gehe ins Leere, insbesondere, weil die Kommission mit diesem Rechtsmittelgrund im Wesentlichen die Feststellung begehre, dass das Gericht die Lücken des streitigen Beschlusses schließen und den geplanten Zusammenschluss erneut prüfen müsse, was mit dem Umfang seiner gerichtlichen Kontrolle nicht vereinbar sei.
- 254 Sodann macht CK Telecoms geltend, das Gericht habe alle relevanten Faktoren im Zusammenhang mit der im streitigen Beschluss angeführten ersten Schadenstheorie geprüft. Sie betont insoweit, das Gericht habe in Rn. 139 des angefochtenen Urteils zu Recht festgestellt, dass die Kommission in der mündlichen Verhandlung klargestellt habe, dass diese erste Theorie im Wesentlichen auf drei Faktoren beruhe, nämlich auf der Tatsache, dass Three eine „wichtige Wettbewerbskraft“ sei, auf der Nähe des Wettbewerbs zwischen Three und O2 sowie auf der quantitativen Analyse der Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auf die Preise. Es sei daher legitim und logisch gewesen, dass das Gericht seine Prüfung auf diese Gesichtspunkte konzentriert habe.
- 255 Schließlich bringt CK Telecoms vor, das Gericht habe nicht die Auffassung vertreten, dass jeder der Faktoren, die sich auf die erste Schadenstheorie der Kommission bezögen, für sich genommen ausreichen müsse, um eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs nachzuweisen. Es habe nämlich festgestellt, dass die Kommission nicht dargetan habe, dass diese Faktoren für die Annahme ausreichten, dass der geplante Zusammenschluss zu einer solchen Behinderung führen würde.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 256 Zum Vorbringen von CK Telecoms, der fünfte Rechtsmittelgrund sei unzulässig und gehe ins Leere, ist festzustellen, dass die Kommission mit diesem Rechtsmittelgrund eine Rechtsfrage aufwirft, deren Beantwortung Auswirkungen auf die Richtigkeit der Feststellung des Gerichts haben kann, dass es ihr nicht gelungen sei, eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs rechtlich hinreichend nachzuweisen. Mit diesem Rechtsmittelgrund wirft die Kommission dem Gericht nämlich im Wesentlichen vor, den streitigen Beschluss für nichtig erklärt zu haben, ohne eine Gesamtbetrachtung oder eine Gewichtung aller im streitigen Beschluss berücksichtigten relevanten Faktoren vorgenommen zu haben, sondern sich stattdessen darauf beschränkt zu haben, bestimmte Faktoren zu prüfen, die u. a. die erste Schadenstheorie und ihre Hinlänglichkeit für diese Prüfung stützten.
- 257 Folglich ist die Begründetheit dieses fünften Rechtsmittelgrundes zu prüfen.
- 258 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission, wie aus Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 139/2004 hervorgeht, bei der Kontrolle eines Zusammenschlusses die Marktstellung sowie die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der Parteien des Zusammenschlusses sowie die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, ihren Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittsschranken,

die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen, die Interessen der Zwischen- und Endverbraucher sowie die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert, zu berücksichtigen hat.

- 259 Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die Ziff. 26 bis 38 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse Faktoren nennen, die die Wahrscheinlichkeit, dass von einem Zusammenschluss erhebliche nicht koordinierte Auswirkungen zu erwarten sind, tatsächlich beeinflussen können.
- 260 In Ziff. 26 der Leitlinien heißt es insoweit zu Recht, dass diese Faktoren für sich genommen nicht unbedingt ausschlaggebend sind. Zudem müssen nicht alle diese Faktoren gegeben sein, damit erhebliche nicht koordinierte Auswirkungen angenommen werden können.
- 261 In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass diese Faktoren grundsätzlich Indizien dafür, dass von einem Zusammenschluss erhebliche nicht koordinierte Auswirkungen zu erwarten sind, darstellen können, die einer Gesamtwürdigung zu unterziehen sind.
- 262 Um eine wirksame gerichtliche Kontrolle der Beschlüsse der Kommission, mit denen ein Zusammenschluss für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt wird, vornehmen zu können, hat der Unionsrichter daher nach Prüfung der Begründetheit der gegen die Beurteilung der relevanten Faktoren durch die Kommission gerichteten Rügen und im Hinblick auf das daraus folgende Ergebnis zu beurteilen, ob alle relevanten Faktoren und Gesichtspunkte, auf die sich die Kommission gestützt hat und die als erwiesen angesehen werden können, einschließlich der nicht bestrittenen, für den Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs ausreichen. Diese Gesamtwürdigung bedeutet nicht, dass der Unionsrichter verpflichtet wäre, die Richtigkeit der Beurteilung von Faktoren oder anderen Gesichtspunkten, die von den Parteien nicht in Frage gestellt worden sind, von Amts wegen zu prüfen.
- 263 Was die erste Schadenstheorie der Kommission betrifft, enthalten die Rn. 128 bis 136 des angefochtenen Urteils im vorliegenden Fall eine Zusammenfassung des streitigen Beschlusses.
- 264 In den Rn. 141 bis 283 des angefochtenen Urteils hat das Gericht das Vorbringen von CK Telecoms im Rahmen des ersten Klagegrundes geprüft, das im Wesentlichen die Faktoren betraf, die die Wahrscheinlichkeit beeinflussen könnten, dass von dem geplanten Zusammenschluss erhebliche nicht koordinierte Auswirkungen zu erwarten sind, nämlich die Analyse der Marktanteile, die Einstufung von Three als „wichtige Wettbewerbskraft“, die Beurteilung der Nähe des Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien des Zusammenschlusses sowie die quantitative Analyse der Auswirkungen dieses Zusammenschlusses auf die Preise.
- 265 In Rn. 154 des angefochtenen Urteils hat das Gericht den vierten Teil des ersten Klagegrundes zurückgewiesen. Wie sich im Wesentlichen aus Rn. 152 des angefochtenen Urteils ergibt, hat das Gericht festgestellt, dass die Kommission entgegen dem Vorbringen der Klägerin im ersten Rechtszug im streitigen Beschluss die Auffassung vertreten habe, dass die Größe und die Entwicklung der Marktanteile von Three und O2 Anhaltspunkte für den von Three und O2 ausgeübten starken Wettbewerbsdruck seien, der durch den geplanten Zusammenschluss beseitigt würde.

- 266 Dagegen hat das Gericht in den Rn. 176, 190, 198, 216, 226, 250 und 283 des angefochtenen Urteils bestimmten Rügen und Teilen des ersten Klagegrundes stattgegeben, die die Einstufung von Three als „wichtige Wettbewerbskraft“, die Beurteilung der Nähe des Wettbewerbsverhältnisses zwischen Three und O2 sowie die quantitative Analyse der Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auf die Preise betrafen.
- 267 In den Rn. 284 bis 291 des angefochtenen Urteils hat das Gericht schließlich den siebten Teil des ersten Klagegrundes geprüft und ihm stattgegeben, wonach die Kommission zum einen keine umfassende Beurteilung des Vorliegens nicht koordinierter Auswirkungen vorgenommen und zum anderen nicht erläutert habe, auf welcher Grundlage sie zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die angeblichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs infolge des geplanten Zusammenschlusses erheblich seien.
- 268 Zu der Frage, ob die Kommission im vorliegenden Fall eine umfassende Beurteilung des Vorliegens nicht koordinierter Auswirkungen vorgenommen hat, hat das Gericht in Rn. 287 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Kommission im streitigen Beschluss eine solche Beurteilung vorgenommen habe. Das Gericht hat klargestellt, dass die Kommission zum Nachweis des Vorliegens nicht koordinierter Auswirkungen auf dem Endkundenmarkt nacheinander verschiedene relevante Faktoren geprüft habe.
- 269 Allerdings hat das Gericht nicht selbst geprüft, ob in Anbetracht zum einen des Ergebnisses seiner Prüfung des Vorbringens von CK Telecoms im ersten Rechtszug zu bestimmten relevanten Faktoren und zum anderen der anderen relevanten Faktoren und Feststellungen, die Teil der Gesamtbeurteilung der Kommission waren und die, da sie nicht bestritten wurden, als erwiesen angesehen werden konnten, wie z. B. die spezifische Beurteilung des von O2 ausgeübten Wettbewerbsdrucks, das wahrscheinliche Verhalten der aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehenden Einheit sowie die Beurteilung der Wettbewerbsposition sowohl der Mobilfunknetzbetreiber als auch der Betreiber virtueller Mobilfunknetze in den Erwägungsgründen 778 bis 1174 des streitigen Beschlusses, davon ausgegangen werden konnte, dass die Kommission das Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs rechtlich hinreichend nachgewiesen hatte.
- 270 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass das Gericht dadurch einen Rechtsfehler begangen hat, dass es nach seiner Prüfung der Stichhaltigkeit der von CK Telecoms im ersten Rechtszug beanstandeten Faktoren und Feststellungen und in Anbetracht des daraus folgenden Ergebnisses keine Gesamtwürdigung der Faktoren und Feststellungen vorgenommen hat, die für die Prüfung der Frage relevant sind, ob die Kommission das Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs nachgewiesen hat.
- 271 Dem fünften Rechtsmittelgrund ist somit stattzugeben.

Zum sechsten Rechtsmittelgrund

- 272 Der sechste Rechtsmittelgrund umfasst zwei Teile. Mit dem ersten Teil wirft die Kommission dem Gericht vor, den streitigen Beschluss verfälscht zu haben, indem es in den Rn. 358 bis 361 des angefochtenen Urteils zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die Kommission eine etwaige Verschlechterung der Qualität des Netzes der aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehenden Einheit nicht geprüft habe. Mit dem zweiten Teil dieses Rechtsmittelgrundes macht die Kommission geltend, das Gericht habe von Amts wegen eine Rüge geprüft, die im sechsten Teil des dritten Klagegrundes nicht enthalten gewesen sei.

Zur Erheblichkeit des sechsten Rechtsmittelgrundes

– Vorbringen der Parteien

- 273 CK Telecoms macht geltend, der sechste Rechtsmittelgrund gehe ins Leere, da die Kommission nicht die wesentlichen Erwägungen des Gerichts in Frage stelle, die es dazu veranlasst hätten, die zweite Schadenstheorie der Kommission in Bezug auf die Vereinbarungen über die gemeinsame Netznutzung zurückzuweisen.
- 274 Zum einen habe die Kommission im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittels die Erwägungen in den Rn. 325, 330, 340, 344 und 346 bis 348 des angefochtenen Urteils nicht in Frage gestellt, mit denen das Gericht im Wesentlichen festgestellt habe, dass die Kommission zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt sei, dass eine mögliche fehlende Abstimmung der Interessen zwischen den Partnern einer Vereinbarung über die gemeinsame Netznutzung und die dauerhafte Störung der Vereinbarungen über die gemeinsame Netznutzung für sich genommen nach einer Schadenstheorie, die auf nicht koordinierten Auswirkungen beruhe, eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darstellen könnten.
- 275 Zum anderen habe die Kommission im Rahmen ihres Rechtsmittels die Analyse des Gerichts in den Rn. 362 bis 397 des angefochtenen Urteils betreffend die Auswirkungen des fraglichen Zusammenschlusses auf BT/EE und Vodafone nicht beanstandet.
- 276 Alle diese nicht beanstandeten Erwägungen hätten das Gericht aber veranlasst, die zweite Schadenstheorie abzulehnen.
- 277 Die Kommission macht geltend, der sechste Rechtsmittelgrund sei erheblich.

– Würdigung durch den Gerichtshof

- 278 Als Erstes ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht in den Rn. 325, 330, 340, 344 und 346 bis 348 des angefochtenen Urteils die Frage geprüft hat, ob die dauerhafte Störung des guten Funktionierens der Vereinbarungen über die gemeinsame Netznutzung, insbesondere durch eine etwaige fehlende Abstimmung der Interessen der Partner dieser Vereinbarungen, als solche eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darstellen könnte.
- 279 Die Kommission ist jedoch nicht ausschließlich auf der Grundlage einer solchen fehlenden Abstimmung der Interessen zu dem Ergebnis gelangt, dass eine solche Behinderung vorliege, da die fehlende Abstimmung der Interessen nur einer der Faktoren ist, die im streitigen Beschluss berücksichtigt wurden.
- 280 Der Umstand, dass die Kommission nicht die Feststellung des Gerichts beanstandet, dass die fehlende Abstimmung der Interessen der Partner der Vereinbarungen über die gemeinsame Netznutzung als solche nicht ausreiche, um eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs nachzuweisen, kann daher nicht dazu führen, dass der sechste Rechtsmittelgrund der Kommission ins Leere geht.
- 281 Als Zweites ist zum Vorbringen von CK Telecoms, der sechste Rechtsmittelgrund gehe ins Leere, weil die Kommission die Analyse des Gerichts in den Rn. 362 bis 397 des angefochtenen Urteils zu den Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auf BT/EE und Vodafone nicht

beanstandet habe, festzustellen, dass das Gericht, wie sich insbesondere aus Rn. 361 dieses Urteils ergibt, geprüft hat, ob die Analyse der Kommission zu den Auswirkungen des Zusammenschlusses auf BT/EE und Vodafone besonders solide und überzeugend war. Das Gericht hat es jedoch für erforderlich gehalten, diese Prüfung ausgehend von der in den Rn. 358 bis 361 des angefochtenen Urteils wiedergegebenen und im Rahmen des ersten Teils des vorliegenden Rechtsmittelgrundes beanstandeten Prämisse vorzunehmen, dass der streitige Beschluss keine Prüfung einer „Verschlechterung der angebotenen Dienstleistungen oder der Qualität des Netzes des fusionierten Unternehmens“ enthalte.

- 282 Da die Erwägungen des Gerichts in den Rn. 358 bis 361 des angefochtenen Urteils die Grundlage für die in den Rn. 362 bis 397 dieses Urteils vorgenommene Beurteilung der Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auf BT/EE und Vodafone bilden, kann unter diesen Umständen, wie die Generalanwältin in Nr. 181 ihrer Schlussanträge im Kern ausgeführt hat, der Umstand, dass die Kommission diese Beurteilung des Gerichts nicht unmittelbar beanstandet, nicht dazu führen, dass der sechste Rechtsmittelgrund ins Leere geht.
- 283 Das Vorbringen von CK Telecoms, der sechste Rechtsmittelgrund gehe ins Leere, ist daher zurückzuweisen, so dass dessen Begründetheit zu prüfen ist.

Zum ersten Teil

– Vorbringen der Parteien

- 284 Mit dem ersten Teil ihres sechsten Rechtsmittelgrundes macht die Kommission geltend, dass das Gericht, indem es in den Rn. 358 bis 361 des angefochtenen Urteils zu Unrecht festgestellt habe, dass sie keine Beurteilung einer möglichen Verschlechterung der Qualität des Netzes der aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehenden Einheit vorgenommen habe, den streitigen Beschluss verfälscht habe und zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die zweite Schadenstheorie abzulehnen sei.
- 285 Die Kommission betont insoweit, dass die wahrscheinliche Verringerung der Anreize für Mobilfunknetzbetreiber, einschließlich der aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehenden Einheit, aufgrund dieses Zusammenschlusses in die Verbesserung der Netzqualität zu investieren, ein grundlegendes Element der im streitigen Beschluss enthaltenen Analyse sei.
- 286 Erstens gehe aus den Erwägungsgründen 1293 bis 1297 des streitigen Beschlusses hervor, dass die Kommission die Hauptannahme einer wahrscheinlichen Verringerung des Anreizes für die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit, in die Verbesserung der Qualität ihres Netzes im Vergleich zur Situation vor diesem Zusammenschluss zu investieren, geprüft habe.
- 287 Zweitens habe die Kommission mehrere mögliche Szenarien geprüft, die hauptsächlich auf die von Three postulierten Pläne zur Konsolidierung der Netze gestützt seien. Zum einen gehe aus den Erwägungsgründen 1558 bis 1562 des streitigen Beschlusses hervor, dass die Kommission die Verringerung der Anreize für die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit zu Investitionen im Rahmen des Plans [A] geprüft habe. Zum anderen gehe aus den Erwägungsgründen 1732 bis 1742 dieses Beschlusses hervor, dass die Kommission im Rahmen des Plans [B] eine Verringerung der Gesamtinvestition in die Netze aufgrund der größeren

Transparenz der von den einzelnen Mobilfunknetzbetreibern getätigten Investitionen, einschließlich der Investitionen der aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehenden Einheit, geprüft habe.

- 288 In diesem Zusammenhang macht die Kommission geltend, sie habe die Gefahr einer Verringerung der Qualität des Netzes der aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehenden Einheit sowie die daraus resultierende Minderung des Wettbewerbsdrucks auf die anderen Mobilfunknetzbetreiber beurteilt.
- 289 CK Telecoms entgegnet, das Gericht habe den Inhalt des streitigen Beschlusses nicht verfälscht und die Erwägungsgründe dieses Beschlusses, auf die die Kommission Bezug nehme, nicht außer Acht gelassen.
- 290 Das Unternehmen betont, dass, um die Argumente der Kommission zu verstehen, die Struktur der zweiten Schadenstheorie berücksichtigt werden müsse.
- 291 Insoweit sei darauf hinzuweisen, dass diese Schadenstheorie zwei Untertheorien betreffend die Vereinbarungen über die gemeinsame Netznutzung umfasse. Die erste Untertheorie betreffe die mögliche Minderung des Wettbewerbsdrucks, den die anderen Wettbewerber (BT/EE und/oder Vodafone) auf die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit (Three) ausüben würden, während sich die zweite Untertheorie auf die sich aus diesem Zusammenschluss ergebende Situation der gemeinsamen Netznutzung beziehe, die die Gesamttransparenz erhöhen und die Investitionen auf der Ebene des Netzinfrastruktursektors verringern würde.
- 292 Die Kommission habe diese beiden den Schaden betreffenden Untertheorien anhand der von CK Telecoms vorgelegten Pläne zur Netzkonsolidierung geprüft.
- 293 In diesem Zusammenhang beziehen sich nach Auffassung dieses Unternehmens die Erwägungsgründe des streitigen Beschlusses, auf die die Kommission verweise und die nach Ansicht der Kommission eine Analyse der Verschlechterung des Netzes der aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehenden Einheit umfassten, nicht auf die erste, sondern auf die zweite den Schaden betreffende Untertheorie.
- 294 Die Rn. 358 bis 361 des angefochtenen Urteils seien aber Teil der vom Gericht vorgenommenen Analyse der ersten den Schaden betreffenden Untertheorie, nach der sich der von den anderen Wettbewerbern, nämlich BT/EE und/oder Vodafone, auf die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit ausgeübte Wettbewerbsdruck vermindern würde.
- 295 Daher könne dem Gericht nicht vorgeworfen werden, es habe in diesen Randnummern die Erwägungsgründe des streitigen Beschlusses, auf die die Kommission verweise, nicht berücksichtigt und damit den Beschluss verfälscht.
- 296 Unter diesen Umständen habe das Gericht die zweite den Schaden betreffende Untertheorie nicht in den Rn. 358 bis 361 des angefochtenen Urteils, sondern in den Rn. 398 bis 418 dieses Urteils geprüft und zurückgewiesen und genau die Erwägungsgründe des streitigen Beschlusses, auf die die Kommission verweise, u. a. in den Rn. 400 bis 403 dieses Urteils berücksichtigt.

– *Würdigung durch den Gerichtshof*

- 297 Mit dem ersten Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes macht die Kommission im Wesentlichen geltend, dass das Gericht, indem es in den Rn. 358 bis 361 des angefochtenen Urteils zu Unrecht festgestellt habe, dass sie keine Beurteilung einer möglichen Verschlechterung der Qualität des Netzes der aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehenden Einheit vorgenommen habe, den streitigen Beschluss verfälscht habe und zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die zweite Schadenstheorie abzulehnen sei.
- 298 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Three, wie aus Rn. 292 des angefochtenen Urteils hervorgeht, während des Verwaltungsverfahrens zwei Pläne zur Konsolidierung der Netze vorgelegt hat, nämlich den „Plan [A]“ und den „Plan [B]“. Diese Pläne beruhten auf den beiden in Rn. 18 des vorliegenden Urteils angeführten Vereinbarungen über die gemeinsame Netznutzung, nämlich zum einen der MBNL-Vereinbarung zwischen BT/EE und Three und zum anderen der zwischen Vodafone und O2 geschlossenen Beacon-Vereinbarung. Mit diesen Vereinbarungen hatten diese Betreiber ihre jeweiligen Netze konsolidiert, um die Aufbaukosten teilen und auf dem Endkundenmarkt weiterhin miteinander konkurrieren zu können. Nach diesen Plänen sollte die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit nicht langfristig zwei getrennte Netze aufrechterhalten, sondern es sollte ein einziges konsolidiertes Netz geschaffen werden.
- 299 In Rn. 295 des angefochtenen Urteils hat das Gericht klargestellt, dass die Kommission im Rahmen der zweiten, die Vereinbarungen über die gemeinsame Netznutzung betreffenden Schadenstheorie zwei Untertheorien entwickelt habe.
- 300 Aus Rn. 298 dieses Urteils geht hervor, dass die erste Untertheorie im Wesentlichen in der Annahme besteht, dass nach dem geplanten Zusammenschluss der von den anderen Wettbewerbern (BT/EE und/oder Vodafone) auf die aus dem Zusammenschluss hervorgehende Einheit (Three) ausgeübte Wettbewerbsdruck vermindert würde.
- 301 Was die zweite Untertheorie anbelangt, geht aus Rn. 299 des angefochtenen Urteils hervor, dass diese Untertheorie im Wesentlichen in der Annahme besteht, dass die sich aus dem geplanten Zusammenschluss ergebende Situation der gemeinsamen Netznutzung zu einem Rückgang der Investitionen auf der Ebene des Netzinfrasektors führen würde. Im 1233. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses macht die Kommission nämlich geltend, dass dieser Zusammenschluss zu einem Rückgang der Synergieeffekte führen könne, der die Partner der Vereinbarungen über die gemeinsame Netznutzung beeinträchtigen und ein opportunistisches Investitionsverhalten der aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Einheit gestatten würde, was die Investitionen auf der Ebene des Sektors und folglich den tatsächlichen Wettbewerb, der ohne den Zusammenschluss bestanden hätte, verringern würde.
- 302 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission zunächst in den Erwägungsgründen 1235 bis 1243 des streitigen Beschlusses die Bedeutung einer Abstimmung der Interessen der Parteien einer Vereinbarung über die gemeinsame Netznutzung hervorgehoben und sodann in den Erwägungsgründen 1244 bis 1784 dieses Beschlusses die Pläne zur Konsolidierung der Netze im Licht dieser beiden Untertheorien geprüft hat.

- 303 In den Erwägungsgründen 1293 bis 1297 des streitigen Beschlusses hat die Kommission die Hauptannahme einer wahrscheinlichen Verringerung des Anreizes für die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit, in die Verbesserung der Qualität ihres Netzes im Vergleich zur Situation vor diesem Zusammenschluss zu investieren, geprüft.
- 304 Die möglichen Marktentwicklungen infolge des geplanten Zusammenschlusses sind in den Erwägungsgründen 1368 bis 1784 des streitigen Beschlusses dargelegt, dessen Erwägungsgründe 1391 bis 1567 auf die Auswirkungen von Plan [A] und Erwägungsgründe 1598 bis 1749 auf die Auswirkungen von Plan [B] abstellen. In diesem Rahmen hat die Kommission jeweils die genannten Auswirkungen untersucht, und zwar erstens auf BT/EE und insbesondere auf das MBNL-Netz, zweitens auf Vodafone und insbesondere auf das Beacon-Netz und drittens auf die Gesamtinvestitionen in die betreffenden Netze.
- 305 Im Rahmen ihrer Analyse der Auswirkungen der genannten Pläne auf die Gesamtinvestitionen in die Mobilfunknetze hat die Kommission insbesondere in den Erwägungsgründen 1556 bis 1562 bzw. 1732 bis 1742 des streitigen Beschlusses darauf hingewiesen, dass die größere Transparenz der Investitionen zwischen den Mobilfunknetzbetreibern ihren Anreiz, in die Netze zu investieren, verringern und somit erhebliche negative Auswirkungen auf die Investitionen in diese Netze auf der Ebene des Sektors haben könnte.
- 306 Konkret hat die Kommission zum einen in den Erwägungsgründen 1559 bis 1561 und 1734 des streitigen Beschlusses im Wesentlichen festgestellt, dass die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit aufgrund dieser größeren Transparenz Kenntnis von Investitionen von BT/EE in eine Technologie zugunsten des MBNL-Netzes erlangen und somit entscheiden könnte, selbst eine solche Technologie zugunsten des Beacon-Netzes einzuführen [vertraulich]. Dem streitigen Beschluss zufolge könnte Vodafone Kenntnis davon erlangen, dass die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit die Einführung dieser Technologie plane, und somit einen Anreiz haben, von solchen technologischen Investitionen abzusehen, bis diese Einheit sie tätigt.
- 307 Zum anderen hat die Kommission in den Erwägungsgründen 1735 und 1736 des streitigen Beschlusses die Auffassung vertreten, dass die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit aufgrund des Plans [B] über die von BT/EE oder Vodafone geplanten Investitionen informiert werden und einen Anreiz haben könnte, ähnliche Investitionen sowohl im Osten als auch im Westen des Vereinigten Königreichs zu tätigen [vertraulich]. Im 1737. Erwägungsgrund dieses Beschlusses hat sie festgestellt, dass die größere Transparenz die Gefahr mit sich bringe, dass BT/EE und Vodafone abwarten würden, bis die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit solche Investitionen in die Entwicklung wichtiger neuer Technologien tätige, bevor sie ihrerseits in diese Technologien investierten.
- 308 In diesem Zusammenhang ist, wie die Generalanwältin in Nr. 189 ihrer Schlussanträge im Kern ausgeführt hat, davon auszugehen, dass die Kommission eine Analyse der möglichen Verschlechterung der Qualität sowohl des MBNL-Netzes als auch des Beacon-Netzes durchgeführt hat. Bei dieser Analyse ist die Kommission von der im 1275. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses genannten Prämisse ausgegangen, dass ein weiteres Mittel zur Minderung des von einem Partner einer Vereinbarung über die gemeinsame Netznutzung ausgeübten Wettbewerbsdrucks darin besteht, die Qualität des Netzes zu verschlechtern, indem Investitionen in das Netz durch einen anderen Partner dieser Vereinbarung verhindert oder verzögert würden. Daraus folgt, dass die Kommission von Anfang an davon ausging, dass die

Minderung des Wettbewerbsdrucks insbesondere darin bestehen könnte, dass die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit die Qualität ihres eigenen Netzes verschlechtert.

- 309 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass aus dem streitigen Beschluss hervorgeht, dass die Kommission eine mögliche Verschlechterung der Qualität des Netzes der aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehenden Einheit geprüft hat.
- 310 Somit hat das Gericht, indem es in den Rn. 358 bis 361 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, dass die Kommission eine solche Prüfung nicht vorgenommen habe, diesen Beschluss verfälscht.
- 311 Wie die Generalanwältin in Nr. 191 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, kann diese Feststellung nicht durch das Argument von CK Telecoms entkräftet werden, dass die Kommission, in Anbetracht des Aufbaus des streitigen Beschlusses, die Auswirkungen der Pläne [A] und [B] auf die Gesamtinvestitionen in die jeweiligen Netze unter zwei verschiedenen Überschriften beurteilt habe.
- 312 Da die Kommission die Auswirkungen des Plans [A] und des Plans [B] auf die Gesamtinvestitionen in die jeweiligen Netze in zwei Abschnitten dieses Beschlusses mit den Überschriften „Die Auswirkungen des Plans [A] auf die Gesamtinvestitionen in die Netze“ bzw. „Die Auswirkungen des Plans [B] auf die Gesamtinvestitionen in die Netze“ beurteilt hat, könnte es zwar scheinen, dass sie eher mit der zweiten den Schaden betreffenden Untertheorie in Zusammenhang stehen. Außerdem enthalten die von der Kommission beanstandeten Rn. 358 bis 361 des angefochtenen Urteils allgemeine Erwägungen des Gerichts in Bezug auf die erste den Schaden betreffende Untertheorie, wonach eine Minderung des auf die Wettbewerber der aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehenden Einheit ausgeübten Wettbewerbsdrucks beobachtet werden könnte. Jedoch hat die Kommission in ihrer Analyse der Auswirkungen der beiden Pläne zur Konsolidierung der Netze auf BT/EE und Vodafone sowie auf die Gesamtinvestitionen in diese Netze nicht formal danach unterschieden, welche Untertheorie jeweils vorgebracht wurde, sondern im Gegenteil Querverweise auf die verschiedenen relevanten Teile des streitigen Beschlusses vorgenommen.
- 313 Nach alledem ist dem ersten Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes stattzugeben.

Zum zweiten Teil

– Vorbringen der Parteien

- 314 Mit dem zweiten Teil ihres sechsten Rechtsmittelgrundes macht die Kommission unter Berufung auf einen Begründungsmangel im Wesentlichen geltend, dass das Gericht, um dem sechsten Teil des dritten Klagegrundes von CK Telecoms in Rn. 417 des angefochtenen Urteils stattzugeben, von Amts wegen eine Frage geprüft habe, die von diesem Unternehmen nicht aufgeworfen worden sei, und dass folglich die Erwägungen in den Rn. 408 bis 416 des angefochtenen Urteils nicht den von CK Telecoms im Rahmen dieses Teils erhobenen Rügen entsprächen.
- 315 Insoweit weist die Kommission darauf hin, dass CK Telecoms mit dem sechsten Teil ihres dritten Klagegrundes zum einen geltend gemacht habe, dass die Kommission einen Rechtsfehler begangen habe, indem sie die etwaige Verringerung der Gesamtinvestitionen, die sich aus einer

- größeren Transparenz der Investitionen zwischen den Mobilfunknetzbetreibern ergäbe, als nicht koordinierte Auswirkung eingestuft habe, und zum anderen, dass die Kommission die von CK Telecoms abgegebenen Verpflichtungszusagen nicht in vollem Umfang berücksichtigt habe.
- 316 Nach Ansicht der Kommission lassen die in den Rn. 398 bis 416 des angefochtenen Urteils dargelegten Gründe nicht erkennen, weshalb das Gericht in Rn. 417 dieses Urteils entschieden hat, dass die Kommission einen Rechtsfehler begangen habe, indem sie die etwaige Verringerung der Gesamtinvestitionen, die sich aus einer größeren Transparenz der Investitionen zwischen den Mobilfunknetzbetreibern ergäbe, als nicht koordinierte Auswirkung eingestuft habe.
- 317 Die Kommission führt aus, das Gericht habe sich in den Rn. 408 bis 416 des angefochtenen Urteils von Amts wegen mit einer weiteren, von CK Telecoms im ersten Rechtszug nicht aufgeworfenen Frage befasst, nämlich der Frage, ob die Kommission es versäumt habe, im streitigen Beschluss den geeigneten zeitlichen Rahmen für den Nachweis einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs darzulegen.
- 318 Unter diesen Umständen macht die Kommission geltend, die Argumentation des Gerichts in den Rn. 404 bis 416 des angefochtenen Urteils entspreche nicht der Feststellung, zu der es in Rn. 417 des angefochtenen Urteils gelangt sei. Das Urteil enthalte daher keine Ausführungen zu der Frage, ob die Kommission die etwaige Verringerung der Gesamtinvestitionen, die sich aus einer größeren Transparenz der Investitionen zwischen den Mobilfunknetzbetreibern ergäbe, fehlerhaft als nicht koordinierte Auswirkung eingestuft habe und ob sie bei ihrer Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Investitionen auf der Ebene des Sektors offensichtliche Beurteilungsfehler begangen habe.
- 319 CK Telecoms entgegnet, das Gericht habe klar und erschöpfend die Erwägungen dargelegt, die es dazu veranlasst hätten, die zweite den Schaden betreffende Untertheorie zurückzuweisen, so dass die Betroffenen die Gründe für die Entscheidung des Gerichts erkennen könnten und der Gerichtshof seine Kontrollaufgabe wahrnehmen könne.
- 320 Insoweit macht CK Telecoms erstens geltend, das Gericht habe in Rn. 408 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Kommission den Zeitraum, in dem ihrer Ansicht nach eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs vorliegen würde, nicht angegeben habe. Um zu dieser Feststellung zu gelangen, habe das Gericht in Rn. 415 dieses Urteils die Auffassung vertreten, dass die Prüfung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf einem oligopolistischen Markt im Telekommunikationssektor, in dem langfristige Investitionen erforderlich seien und die Kunden oft durch mehrjährige Verträge gebunden seien, eine dynamische prospektive Analyse sei, die die Berücksichtigung etwaiger koordinierter oder einseitiger Auswirkungen über einen relativ langen künftigen Zeitraum erfordere.
- 321 Zweitens habe das Gericht festgestellt, dass die Kommission auch nicht angegeben habe, welches der zahlreichen Szenarien der Konsolidierung der Netze, die im streitigen Beschluss in Betracht gezogen würden, das wahrscheinlichste sei.
- 322 Insoweit habe das Gericht in den Rn. 410 bis 413 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit unabhängig von dem von den Parteien dieses Zusammenschlusses letztlich angenommenen Plan zur Konsolidierung der Netze nicht langfristig zwei getrennte Netze aufrechterhalten würde. Diese Einheit würde sich daher langfristig auf eine der beiden Vereinbarungen über die gemeinsame Netznutzung konzentrieren.

323 Unter diesen Umständen sei das Gericht zu Recht davon ausgegangen, dass die zweite den Schaden betreffende Untertheorie abzulehnen sei, weil sie auf der – den Tatsachenfeststellungen des Gerichts widersprechenden – Annahme beruhe, dass es langfristig zwei getrennte Netze gäbe.

– *Würdigung durch den Gerichtshof*

324 Aus den Vorschriften, die das Verfahren vor den Unionsgerichten regeln, insbesondere aus Art. 21 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union sowie aus Art. 76 und Art. 84 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichts, ergibt sich, dass der Rechtsstreit grundsätzlich von den Parteien bestimmt und begrenzt wird und dass der Unionsrichter nicht *ultra petita* entscheiden darf (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Dezember 2013, Kommission/Irland u. a., C-272/12 P, EU:C:2013:812, Rn. 27).

325 Zwar können oder müssen manche Klagegründe sogar von Amts wegen geprüft werden, etwa eine fehlende oder unzureichende Begründung der fraglichen Entscheidung, die zu den wesentlichen Formvorschriften gehört; ein Klagegrund, der die materielle Rechtmäßigkeit einer Entscheidung betrifft und mit dem die Verletzung der Verträge oder einer bei ihrer Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm im Sinne von Art. 263 AEUV gerügt wird, darf aber vom Unionsrichter nur geprüft werden, wenn sich der Kläger darauf beruft (Urteil vom 10. Dezember 2013, Kommission/Irland u. a., C-272/12 P, EU:C:2013:812, Rn. 28).

326 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass CK Telecoms mit dem sechsten Teil ihres dritten Klagegrundes zum einen geltend machte, dass die Kommission einen Rechtsfehler begangen habe, indem sie die etwaige Verringerung der Gesamtinvestitionen, die sich aus einer größeren Transparenz der Investitionen zwischen den Mobilfunknetzbetreibern ergäbe, als nicht koordinierte Auswirkung eingestuft habe, und zum anderen, dass die Kommission die von CK Telecoms abgegebenen Verpflichtungszusagen nicht in vollem Umfang berücksichtigt habe.

327 In den Rn. 398 bis 401 des angefochtenen Urteils hat das Gericht im Wesentlichen auf diesen sechsten Teil des dritten Klagegrundes sowie auf das Vorbringen der Kommission hingewiesen. In den Rn. 402 bis 407 dieses Urteils hat das Gericht die Erwägungsgründe des streitigen Beschlusses geprüft, die sich auf eine mögliche Verringerung der Gesamtinvestitionen in die Netze aufgrund der größeren Transparenz der Investitionen zwischen den Mobilfunknetzbetreibern infolge des geplanten Zusammenschlusses beziehen.

328 In diesem Zusammenhang hat das Gericht aber, anstatt zu prüfen, ob die Kommission diese etwaige Verringerung der Investitionen zu Unrecht als nicht koordinierte Auswirkung eingestuft und die von CK Telecoms abgegebenen Verpflichtungszusagen nicht in vollem Umfang berücksichtigt hat, in Rn. 408 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass es im vorliegenden Fall hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle, die es über den streitigen Beschluss auszuüben habe, mit einer „besonderen Schwierigkeit“ konfrontiert gewesen sei, da die Kommission nicht den geeigneten zeitlichen Rahmen dargelegt habe, in dem sie eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs habe nachweisen wollen.

329 In Rn. 410 des angefochtenen Urteils hat das Gericht im Wesentlichen festgestellt, dass die Kommission im streitigen Beschluss den langfristigen Zeitraum nicht als geeigneten zeitlichen Rahmen für die Beurteilung der Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses angesehen habe.

- 330 Insoweit hat das Gericht in Rn. 415 dieses Urteils klargestellt, dass die Prüfung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf einem oligopolistischen Markt im Telekommunikationssektor, in dem langfristige Investitionen erforderlich seien und die Kunden oft durch mehrjährige Verträge gebunden seien, eine dynamische prospektive Analyse sei, die die Berücksichtigung etwaiger koordinierter oder einseitiger Auswirkungen über einen relativ langen künftigen Zeitraum erfordere.
- 331 In den Rn. 416 und 417 des angefochtenen Urteils gelangte das Gericht im Wesentlichen zu dem Ergebnis, dass die Kommission in Anbetracht des Umstands, dass die Parteien des Zusammenschlusses langfristig nicht zwei getrennte Netze beibehalten würden, einen Rechtsfehler begangen habe, indem sie die Auswirkungen einer stärkeren Transparenz auf die Gesamtinvestitionen in die Netze als nicht koordinierte Auswirkung eingestuft habe, „da [die zweite Untertheorie] auf der [unzutreffenden] Annahme des Bestehens von zwei getrennten Netzen beruht“.
- 332 Wie aber die Generalanwältin in Nr. 200 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, ist festzustellen, dass CK Telecoms der Kommission im Rahmen ihrer Schriftsätze im ersten Rechtszug nicht vorgeworfen hat, den geeigneten zeitlichen Rahmen, in dem diese das Vorliegen nicht koordinierter Auswirkungen und einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs nachweisen wollte, nicht präzisiert oder analysiert zu haben.
- 333 Somit ist festzustellen, dass das Gericht ohne Prüfung der Rügen, die CK Telecoms im Rahmen des betreffenden Klagegrundes vorgebracht hatte, von Amts wegen die Rüge der mangelnden Genauigkeit des zeitlichen Rahmens und der Prüfung der nicht koordinierten langfristigen Auswirkungen geprüft hat.
- 334 Es ist jedoch offensichtlich, dass diese Rüge nicht als Gesichtspunkt zwingenden Rechts im Sinne der in Rn. 325 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs eingestuft werden kann.
- 335 Da das Gericht, um dem sechsten Teil des dritten Klagegrundes von CK Telecoms in Rn. 417 des angefochtenen Urteils stattzugeben, in den Rn. 408 bis 416 des angefochtenen Urteils von Amts wegen eine Rüge geprüft hat, die nicht als Gesichtspunkt zwingenden Rechts eingestuft werden kann, und die Argumentation in diesen Randnummern folglich nicht den von CK Telecoms im Rahmen dieses Teils erhobenen Rügen entspricht, ist festzustellen, dass das Gericht einen Rechtsfehler begangen hat.
- 336 Folglich ist der zweite Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes begründet, so dass dem sechsten Rechtsmittelgrund insgesamt stattzugeben ist.
- 337 Nach alledem und unter Berücksichtigung des Umfangs, der Art und der Tragweite der im vorliegenden Urteil festgestellten Fehler des Gerichts, die sich auf die Argumentation des Gerichts insgesamt auswirken, ist das angefochtene Urteil aufzuheben.

Zur Zurückverweisung der Sache an das Gericht

- 338 Gemäß Art. 61 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union hebt der Gerichtshof die Entscheidung des Gerichts auf, wenn das Rechtsmittel begründet ist. Er kann sodann den Rechtsstreit selbst endgültig entscheiden, wenn dieser zur Entscheidung reif ist, oder die Sache zur Entscheidung an das Gericht zurückverweisen.
- 339 Im vorliegenden Fall geht aus den Rn. 291, 397, 417, 418, 454 und 455 des angefochtenen Urteils hervor, dass das Gericht, da es den in Rn. 41 des vorliegenden Urteils aufgeführten Klagegründen stattgegeben hat, den streitigen Beschluss für nichtig erklärt und festgestellt hat, dass der sechste Teil des ersten Klagegrundes nicht zu prüfen sei, mit dem geltend gemacht wurde, die Kommission habe zu Unrecht angenommen, dass die Anreize für die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit, in Wettbewerb zu treten, wahrscheinlich geringer seien als die Anreize für Three und O2 vor diesem Zusammenschluss. Es hat auch weder den zweiten Klagegrund betreffend die Bewertung des kontrafaktischen Szenarios durch die Kommission, auf dem die Beurteilung des Endkunden- und des Vorleistungsmarktes beruhen soll, noch den zweiten und den siebten Teil des dritten Klagegrundes betreffend zum einen die Entwicklung der beiden bestehenden Vereinbarungen über die gemeinsame Netznutzung im kontrafaktischen Szenario und zum anderen die Bewertung der Verpflichtungszusagen betreffend die gemeinsame Netznutzung geprüft. Das Gericht hat auch nicht den vierten, den fünften und den sechsten Teil des vierten Klagegrundes geprüft, die sich bezogen auf die Beurteilung der Kommission, dass die aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehende Einheit weniger Anreize zum Wettbewerb gehabt hätte, auf die Beurteilung der Kommission, dass die Wettbewerber dieser Einheit weder die Fähigkeit noch die Anreize gehabt hätten, die erforderlich seien, um mit ihr zu konkurrieren, bzw. auf die Berücksichtigung bestimmter Stellungnahmen Dritter durch die Kommission. Schließlich hat das Gericht nicht über den fünften Klagegrund entschieden, mit dem CK Telecoms die Beurteilung einiger ihrer Verpflichtungszusagen durch die Kommission beanstandet hat.
- 340 Die vom Gericht nicht geprüften Klagegründe implizieren die Prüfung mehrerer tatsächlicher und rechtlicher Fragen auf der Grundlage von Gesichtspunkten, die zum einen vom Gericht im angefochtenen Urteil nicht gewürdigt und zum anderen vor dem Gerichtshof nicht erörtert worden sind. Zudem sind die im vorliegenden Urteil festgestellten Fehler des Gerichts solcher Art und solchen Umfangs, dass die Prüfung der im ersten Rechtszug geltend gemachten Klagegründe, die aufgrund dieser Fehler ebenfalls fehlerhaft ist, es erforderlich macht, dass das Gericht diese Klagegründe im Wesentlichen einer erneuten Prüfung unterzieht, die sich wesentlich von der im angefochtenen Urteil enthaltenen unterscheidet.
- 341 Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass der Gerichtshof im vorliegenden Fall nicht über die erforderlichen Angaben verfügt, um endgültig über alle im ersten Rechtszug geltend gemachten Klagegründe zu entscheiden.
- 342 Unter diesen Umständen ist die Sache an das Gericht zurückzuverweisen und die Kostenentscheidung vorzubehalten.

Kosten

- 343 Da die Sache an das Gericht zurückverwiesen wird, ist die Kostenentscheidung vorzubehalten.

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

- 1. Das Urteil vom 28. Mai 2020, CK Telecoms UK Investments/Kommission (T-399/16, EU:T:2020:217), wird aufgehoben.**
- 2. Die Sache wird an das Gericht der Europäischen Union zurückverwiesen.**
- 3. Die Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.**

Unterschriften