



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
JULIANE KOKOTT
vom 25. Juli 2018¹

Rechtssache C-265/17 P

**Europäische Kommission
gegen**

United Parcel Service, Inc.

„Rechtsmittel – Wettbewerb – Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen –
Verteidigungsrechte – Rechtliches Gehör – Gelegenheit zur Stellungnahme –
Ökonometrische Analyse – Preiskonzentrationsmodell – Wesentliche Änderungen am
Preiskonzentrationsmodell während des laufenden Verwaltungsverfahrens – Markt der internationalen
Expressbeförderung von Kleinpaketen im EWR – Art. 18 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 – Art. 13
und 17 der Verordnung (EG) Nr. 802/2004“

I. Einleitung

1. Nicht selten zeichnen sich die Fusionskontrollverfahren, welche die Europäische Kommission in ihrer Eigenschaft als Wettbewerbsbehörde führt, durch die hohe Komplexität der zu erörternden wirtschaftlichen Zusammenhänge aus. Um zu beurteilen, ob durch einen geplanten Unternehmenszusammenschluss wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, sind bisweilen schwierige Prognosen über die zu erwartende Marktentwicklung anzustellen. In geeigneten Fällen bedient sich die Kommission zu diesem Zweck ökonometrischer Modelle. Auf eben ein solches Modell stützte sie sich auch im vorliegenden Fall, um die Übernahme des Paketlieferdienstes TNT Express N.V. (TNT) durch United Parcel Service Inc. (UPS) zu untersagen.

2. Nunmehr streiten sich die Kommission und UPS darüber, welche prozeduralen Garantien die Wettbewerbsbehörde beim Rückgriff auf derartige ökonometrische Analysen einzuhalten hat. Konkret geht es um die Frage, ob die Kommission während des laufenden Verwaltungsverfahrens wesentliche Änderungen an dem von ihr zugrunde gelegten ökonometrischen Modell – einem sogenannten Preiskonzentrationsmodell – vornehmen durfte, ohne UPS darüber zu informieren und dem Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

3. In erster Instanz hat UPS obsiegt. Der Beschluss der Kommission vom 30. Januar 2013 zur Untersagung des Zusammenschlussvorhabens² (im Folgenden auch: streitiger Beschluss) wurde vom Gericht mit Urteil vom 7. März 2017³ (im Folgenden auch: angefochtenes Urteil) wegen Verletzung der Verteidigungsrechte von UPS für nichtig erklärt. Dagegen hat die Kommission ihrerseits das vorliegende Rechtsmittel eingelegt.

¹ Originalsprache: Deutsch.

² Beschluss vom 30. Januar 2013 zur Feststellung der Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt und dem EWR-Abkommen (Sache COMP/M.6570 – UPS/TNT Express), bekanntgegeben unter Aktenzeichen C(2013) 431 final und zusammengefasst in ABl. 2014, C 137, S. 8.

³ Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144).

4. Entscheidend für den Erfolg des Rechtsmittels ist nun, welche Tragweite den Verteidigungsrechten von Unternehmen im Fusionskontrollverfahren beizumessen ist. Gebieten es die Verteidigungsrechte, diese Unternehmen über wesentliche Änderungen an ökonomischen Modellen während des laufenden Verwaltungsverfahrens zu informieren und sie dazu anzuhören, bevor ein Fusionsverbot ergeht?

5. Der vorliegende Fall zeigt einmal mehr, mit welchen Herausforderungen sich Wettbewerbsbehörden konfrontiert sehen, wenn es gilt, eine wirtschaftliche Analyse im Einklang mit den rechtlichen Anforderungen durchzuführen. Gleich wie der Gerichtshof in diesem Verfahren entscheidet, sein Urteil wird über den konkreten Einzelfall hinaus wegweisend für die künftige Verwaltungspraxis der Kommission in komplexen Fusionskontrollverfahren sein, aber auch für die der nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte, die sich in der Fusionskontrolle nicht selten sehr eng an die auf Unionsebene geltenden Standards anlehnen.

II. Rechtlicher Rahmen

6. Der rechtliche Rahmen dieses Falles wird auf primärrechtlicher Ebene durch Art. 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und auf sekundärrechtlicher Ebene durch Art. 18 der EG-Fusionskontrollverordnung⁴ (FkVO) bestimmt. Daneben ist auf die Durchführungsverordnung⁵ zur FkVO (FkVO-DVO) und insbesondere auf ihre Art. 13 und 17 hinzuweisen.

A. Die Fusionskontrollverordnung

7. Art. 18 FkVO ist der „Anhörung Beteiligter und Dritter“ gewidmet und lautet auszugsweise wie folgt:

„(1) Vor Entscheidungen nach Artikel 6 Absatz 3, Artikel 7 Absatz 3, Artikel 8 Absätze 2 bis 6, Artikel 14 und Artikel 15 gibt die Kommission den betroffenen Personen, Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Gelegenheit, sich zu den ihnen gegenüber geltend gemachten Einwänden in allen Abschnitten des Verfahrens bis zur Anhörung des Beratenden Ausschusses zu äußern.

(2) ...

(3) Die Kommission stützt ihre Entscheidungen nur auf die Einwände, zu denen die Betroffenen Stellung nehmen konnten. Das Recht der Betroffenen auf Verteidigung während des Verfahrens wird in vollem Umfang gewährleistet. Zumindest die unmittelbar Betroffenen haben das Recht der Akteneinsicht, wobei die berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse zu berücksichtigen sind.

(4) ...“

B. Die Durchführungsverordnung zur Fusionskontrollverordnung

8. In Kapitel IV der FkVO-DVO, das die Überschrift „Wahrnehmung des Anspruchs auf rechtliches Gehör; Anhörungen“ trägt, findet sich folgender Art. 13 Abs. 2:

„Die Kommission teilt ihre Einwände den Anmeldern schriftlich mit.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 2004, L 24, S. 1).

⁵ Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 2004, L 133, S. 1).

In der Mitteilung der Einwände setzt die Kommission den Anmeldern eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme.

...“

9. Schließlich ist in Kapitel V der FkVO-DVO über „Akteneinsicht und Behandlung vertraulicher Angaben“ ein Art. 17 enthalten, der diesen Wortlaut hat:

„(1) Die Kommission gewährt den Beteiligten, an die sie eine Mitteilung ihrer Einwände gerichtet hat, auf Antrag Einsicht in die Verfahrensakte, um ihre Verteidigungsrechte zu gewährleisten. Die Akteneinsicht wird nach Zustellung der Mitteilung der Einwände gewährt.

(2) ...

(3) Von der Akteneinsicht ausgenommen sind vertrauliche Informationen sowie interne Unterlagen der Kommission und der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten. ...

(4) ...“

III. Hintergrund des Rechtsstreits

10. UPS und TNT sind weltweit im Sektor für spezialisierte Transport- und Logistikdienstleistungen tätig. Im Europäischen Wirtschaftsraum sind sie auf dem Gebiet der internationalen Expressbeförderung von Kleinpaketen aktiv.

A. Verwaltungsverfahren

11. Am 15. Juni 2012 meldete UPS bei der Kommission nach der FkVO und der FkVO-DVO die geplante Übernahme von TNT an.

12. Mit dem streitigen Beschluss erklärte die Kommission diese Übernahme am 30. Januar 2013 für unvereinbar mit dem Binnenmarkt und dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), weil sie in 15 Mitgliedstaaten auf dem Markt für internationale Expresszustellungen von Kleinpaketen innerhalb des EWR zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde.

13. Die dem streitigen Beschluss zugrunde liegende Prognose der Kommission über die zu erwartende nachteilige Entwicklung des Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten stützte sich maßgeblich auf eine ökonometrische Analyse mittels eines Preiskonzentrationsmodells. Nach den Feststellungen des Gerichts wies allerdings das Preiskonzentrationsmodell, das letztlich von der Kommission herangezogen wurde, gegenüber jenem, das im Lauf des Verwaltungsverfahrens Gegenstand von Erörterungen mit UPS gewesen war, hinsichtlich der zugrunde gelegten Variablen (sogenannte „diskrete Variablen“ bzw. „kontinuierliche Variablen“) erhebliche Unterschiede auf⁶. Wie das Gericht weiter feststellt, gab die Kommission UPS keine Gelegenheit, während des Verwaltungsverfahrens zu den am Preiskonzentrationsmodell vorgenommenen wesentlichen Änderungen Stellung zu nehmen⁷.

⁶ Rn. 205 bis 208 des angefochtenen Urteils.

⁷ Rn. 203 und 208 des angefochtenen Urteils.

B. Erstinstanzliches Gerichtsverfahren

14. Gegen den streitigen Beschluss hat UPS am 5. April 2013 vor dem Gericht Klage erhoben. Der Präsident der Vierten Kammer des Gerichts hat am 21. Oktober 2013 FedEx Corp. (FedEx) im erstinstanzlichen Verfahren als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen.

15. Mit dem nunmehr angefochtenen Urteil hat das Gericht am 7. März 2017 den streitigen Beschluss der Kommission für nichtig erklärt und der Kommission ihre eigenen Kosten sowie jene von UPS auferlegt, während FedEx zur Tragung ihrer eigenen Kosten verurteilt wurde.

16. Die Nichtigkeitserklärung des streitigen Beschlusses stützte sich allein auf den Umstand, dass die Kommission UPS die endgültige Fassung des von ihr zugrunde gelegten Preiskonzentrationsmodells nicht übermittelt habe⁸, obwohl sie sich schon am 21. November 2012, d. h. mehr als zwei Monate vor Erlass des angefochtenen Beschlusses, auf diese endgültige Fassung festgelegt hatte⁹, die von der ursprünglichen Fassung in einer nicht zu vernachlässigenden Weise abwich¹⁰. Darin sah das Gericht eine Verletzung der Verteidigungsrechte von UPS¹¹.

IV. Verfahren vor dem Gerichtshof

17. Mit Schriftsatz vom 16. Mai 2017 hat die Kommission das vorliegende Rechtsmittel gegen das Urteil des Gerichts vom 7. März 2017 eingelegt. Sie beantragt,

- das Urteil aufzuheben,
- die Rechtssache an das Gericht zurückzuverweisen und
- die Kostenentscheidung vorzubehalten.

18. UPS beantragt ihrerseits,

- das Rechtsmittel für teilweise unzulässig bzw. wirkungslos zu erklären,
- das Rechtsmittel zurückzuweisen, soweit es zulässig und wirksam ist, und hilfsweise, die Rechtssache durch Aufrechterhaltung des Tenors des angefochtenen Urteils unter Ersetzung der Urteilsgründe zu entscheiden, sowie
- der Kommission wie auch jedem möglichen Streithelfer die Kosten dieses Rechtsmittelverfahrens und des erstinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen.

19. Über das Rechtsmittel der Kommission wurde vor dem Gerichtshof schriftlich verhandelt. FedEx hat sich nicht am Rechtsmittelverfahren beteiligt.

⁸ Rn. 203 und 208 des angefochtenen Urteils.

⁹ Rn. 202 und 220 des angefochtenen Urteils.

¹⁰ Rn. 205 bis 208 des angefochtenen Urteils.

¹¹ Rn. 210 und 221 des angefochtenen Urteils.

V. Würdigung

20. Zuallererst ist klarzustellen, dass weder die Zweckmäßigkeit des Rückgriffs auf eine ökonometrische Analyse noch die inhaltliche Richtigkeit des von der Kommission für diese Analyse verwendeten Preiskonzentrationsmodells Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens sind. Wenn also die Parteien in ihren Schriftsätzen passagenweise in eine Diskussion darüber abgleiten, ob die Kommission aus Sicht der Ökonometrie *lege artis* gehandelt hat, so bringt dies keinen erkennbaren Mehrwert für die Lösung des vorliegenden Rechtsstreits.

21. Dementsprechend werde ich diesen Aspekt im Folgenden nicht weiter vertiefen und mich statt dessen ausschließlich den verfahrensrechtlichen Garantien für die Verwendung ökonometrischer Analysen in der Fusionskontrolle widmen, wie sie im vorliegenden Fall exemplarisch problematisiert werden.

A. Prozessuale Vorfragen

22. In ihrer Rechtsmittelbeantwortung wirft UPS drei prozessuale Vorfragen auf, die es ihrer Ansicht nach rechtfertigen würden, das Rechtsmittel der Kommission teils für unzulässig, teils für wirkungslos (französisch: „inopérant“) zu erklären und jedenfalls ohne Zurückverweisung an das Gericht endgültig über den Rechtsstreit zu entscheiden.

23. Erstens macht UPS geltend, die Kommission wolle den Gerichtshof zu einer Neubewertung der Tatsachen bewegen, was nach ständiger Rechtsprechung im Rechtsmittelstadium unzulässig ist, es sei denn, es läge eine Verfälschung von Tatsachen oder Beweismitteln vor¹².

24. Dieses Vorbringen von UPS ist nicht überzeugend. Keineswegs beschränkt sich nämlich die Kommission hier auf eine bloße Hinterfragung der Tatsachen- und Beweiswürdigung des Gerichts. Vielmehr wirft die Kommission eine genuine Rechtsfrage auf, nämlich jene nach der Reichweite der Verteidigungsrechte von Unternehmen in Fusionskontrollverfahren der Union. In diesem Zusammenhang problematisiert die Kommission nicht zuletzt die rechtliche Qualifizierung der Tatsachen durch das Gericht: Im Kern geht es um die Frage, ob das Gericht aus der fehlenden Anhörung von UPS zu dem endgültigen Preiskonzentrationsmodell rechtlich zutreffend auf eine Verletzung der Verteidigungsrechte schließen durfte. Mit dieser Frage kann und muss sich der Gerichtshof als Rechtsmittelinstanz auseinandersetzen¹³.

25. Zweitens bringt UPS vor, die Kommission wiederhole hier lediglich ihre Argumente aus dem erstinstanzlichen Verfahren, was im Rechtsmittelstadium ebenfalls unzulässig sei.

26. Auch dieser Vorwurf von UPS greift jedoch nicht durch. Denn wie der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, wäre das Rechtsmittelverfahren eines Teils seiner Wirkung beraubt, könnte eine Partei nicht in der zweiten Instanz ihre bereits in erster Instanz dargelegte Argumentation weiterverfolgen¹⁴. Zwar trifft es zu, dass der Rechtsmittelführerin in diesem Zusammenhang abverlangt

¹² Urteile vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 29), vom 16. Juli 2009, Kommission/Schneider Electric (C-440/07 P, EU:C:2009:459, Rn. 103 und 104), und vom 26. Juni 2012, Polen/Kommission (C-335/09 P, EU:C:2012:385, Rn. 83 und 84).

¹³ In diesem Sinne Urteile vom 15. Mai 1997, Siemens/Kommission (C-278/95 P, EU:C:1997:240, Rn. 44 und 45), vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, Rn. 60), und vom 4. April 2017, Bürgerbeauftragter/Staelen (C-337/15 P, EU:C:2017:256, Rn. 53 und 54).

¹⁴ Urteile vom 12. September 2006, Reynolds Tobacco u. a./Kommission (C-131/03 P, EU:C:2006:541, Rn. 51), vom 3. Oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami u. a./Parlament und Rat (C-583/11 P, EU:C:2013:625, Rn. 47), und vom 19. Januar 2017, Kommission/Total und Elf Aquitaine (C-351/15 P, EU:C:2017:27, Rn. 31).

wird, sich mit dem erstinstanzlichen Urteil konkret auseinanderzusetzen¹⁵. Genau das tut die Kommission aber in ihrem Rechtsmittel, wenn auch nicht in einer sonderlich strukturierten Weise. Im Wesentlichen wirft die Kommission dem Gericht vor, sich nicht hinreichend mit ihrem Vorbringen aus erster Instanz auseinandergesetzt und außerdem die Rechtslage in Sachen Verteidigungsrechte verkannt zu haben. Solche Rügen sind im Rechtsmittelstadium durchaus zulässig.

27. Drittens meint UPS, das Rechtsmittel der Kommission sei wirkungslos, weil die Nichtigerklärung des streitigen Beschlusses auch noch aus anderen Gründen als der vom Gericht identifizierten Verletzung der Verteidigungsrechte geboten sei. Insbesondere weist UPS auf eine Reihe von Begründungsmängeln hin, die dem streitigen Beschluss ihrer Ansicht nach anhaften.

28. Dazu ist jedoch zweierlei anzumerken. Zum einen berührt die Frage, ob ein Rechtsmittel ganz oder teilweise wirkungslos ist, die Begründetheit dieses Rechtsmittels¹⁶. Sie kann deshalb nicht losgelöst von der Stichhaltigkeit der einzelnen im Rechtsmittel erhobenen Rügen erörtert werden. Zum anderen waren die von UPS gerügten Begründungsmängel, an denen der streitige Beschluss leiden soll, nicht Gegenstand einer Prüfung durch das Gericht im angefochtenen Urteil. Im Rechtsmittelverfahren befasst sich der Gerichtshof nur mit der Lösung, die das Gericht dem Rechtsstreit in erster Instanz gegeben hat¹⁷.

29. Insgesamt ist das Rechtsmittel somit zulässig und könnte auch, sofern es sich als begründet erweisen sollte, sehr wohl zur Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie zur Zurückverweisung der Rechtssache an das Gericht führen.

B. Begründetheit des Rechtsmittels

30. Inhaltlich dreht sich der Rechtsstreit zwischen der Kommission und UPS im Wesentlichen um die Frage, ob es rechtlich geboten war, UPS während des Verwaltungsverfahrens über die Änderung des Preiskonzentrationsmodells der Kommission zu informieren und dem Unternehmen diesbezüglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, so wie vom Gericht in seinem Urteil angenommen.

31. Die Kommission verneint dies und bringt in diesem Zusammenhang diverse Kritikpunkte gegen das angefochtene Urteil vor, die in vier separaten Rechtsmittelgründen enthalten sind. Mir scheint allerdings, dass diese vier Rechtsmittelgründe nicht sonderlich klar sortiert sind und sich überdies in vielerlei Hinsicht überschneiden. Deshalb schlage ich dem Gerichtshof vor, das Vorbringen der Kommission drei großen Themenkreisen zuzuordnen:

- den Verteidigungsrechten (siehe dazu sogleich in Abschnitt 1),
- den Auswirkungen einer etwaigen Verletzung der Verteidigungsrechte (siehe dazu weiter unten in Abschnitt 2) und
- den Begründungsanforderungen an das erstinstanzliche Urteil (siehe dazu abschließend in Abschnitt 3),

¹⁵ Urteile vom 13. Juli 2000, Salzgitter/Kommission (C-210/98 P, EU:C:2000:397, Rn. 43), vom 7. Juni 2007, Wunenburger/Kommission (C-362/05 P, EU:C:2007:322, Rn. 92), und vom 3. Oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami u. a./Parlament und Rat (C-583/11 P, EU:C:2013:625, Rn. 47).

¹⁶ Urteile vom 30. September 2003, Eurocoton u. a./Rat (C-76/01 P, EU:C:2003:511, Rn. 52), und vom 29. September 2011, Arkema/Kommission (C-520/09 P, EU:C:2011:619, Rn. 31); im selben Sinne Urteil vom 14. Oktober 2014, Buono u. a./Kommission (C-12/13 P und C-13/13 P, EU:C:2014:2284, Rn. 64).

¹⁷ Urteile vom 1. Juni 1994, Kommission/Brazzelli Lualdi u. a. (C-136/92 P, EU:C:1994:211, Rn. 59), vom 11. Dezember 2008, Kommission/Département du Loiret (C-295/07 P, EU:C:2008:707, Rn. 95), und vom 12. September 2017, Anagnostakis/Kommission (C-589/15 P, EU:C:2017:663, Rn. 55).

wobei der Schwerpunkt der Erörterungen auf die Problematik der Verteidigungsrechte zu legen sein wird.

1. Die Verteidigungsrechte

32. Der Hauptvorwurf der Kommission, vorgebracht vor allem mit dem zweiten und dem dritten Teil ihres ersten Rechtsmittelgrundes, richtet sich gegen die Feststellung des Gerichts, die Verteidigungsrechte von UPS seien im Verwaltungsverfahren verletzt worden¹⁸. Die Kommission meint, das Gericht habe zu Unrecht eine solche Verletzung der Verteidigungsrechte angenommen.

33. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Beachtung der Verteidigungsrechte in allen Verfahren, die zu einer den Betroffenen beschwerenden Maßnahme führen können, ein allgemeiner, ja sogar ein fundamentaler Grundsatz des Unionsrechts¹⁹. Dieser Grundsatz ist Ausfluss des Rechts auf eine gute Verwaltung, welches in Art. 41 der Charta der Grundrechte verankert ist²⁰.

34. Für die von der Kommission durchzuführenden Fusionskontrollverfahren werden die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen, soweit hier relevant, in Art. 18 FkVO und in Art. 13 FkVO-DVO konkretisiert. Gemäß Art. 18 Abs. 1 FkVO muss die Kommission den betroffenen Unternehmen Gelegenheit geben, sich zu den ihnen gegenüber geltend gemachten Einwänden zu äußern. Art. 13 Abs. 2 FkVO-DVO ergänzt, dass diese Einwände den betroffenen Unternehmen schriftlich mitzuteilen sind. Und Art. 18 Abs. 3 Satz 1 FkVO stellt klar, dass die Kommission belastende Entscheidungen in der Fusionskontrolle nur auf die Einwände stützt, zu denen die Betroffenen Stellung nehmen konnten.

35. Im Folgenden werde ich ausgehend von den Rügen der Kommission zum einen prüfen, ob die Verteidigungsrechte auf ökonometrische Analysen überhaupt Anwendung finden (siehe dazu sogleich Abschnitt a), und zum anderen, welche Anforderungen sich bejahendenfalls aus den Verteidigungsrechten für die Durchführung solcher Analysen ergeben (siehe dazu unten Abschnitt b).

a) Zur Anwendung der Verteidigungsrechte auf ökonometrische Analysen

36. Als Erstes verwenden die Parteien erheblichen Argumentationsaufwand auf die Frage, ob die Verteidigungsrechte auf ein ökonometrisches Modell wie das hier verwendete Preiskonzentrationsmodell überhaupt anwendbar sind. Während die Kommission behauptet, es handle sich bei einem solchen Modell lediglich um das Handwerkszeug, mit dem die Wettbewerbsbehörde die wettbewerbsrechtliche Beurteilung eines geplanten Zusammenschlusses vornehme und zu dem die betroffenen Unternehmen nicht eigens angehört werden müssten, entgegnet UPS, ökonometrische Modelle seien den Tatsachen und Beweisen zuzuordnen, in Bezug auf die die Unternehmen selbstverständlich Stellung nehmen dürften.

37. Mir scheint, dass der Streit um die Zuordnung ökonometrischer Modelle zur einen oder anderen dieser Kategorien einen Nebenkriegsschauplatz darstellt, der für die Lösung des vorliegenden Rechtsstreits ohne Bedeutung ist.

18 Rn. 210 und 221 des angefochtenen Urteils.

19 Urteile vom 24. Oktober 1996, Kommission/Lisrestal u. a. (C-32/95 P, EU:C:1996:402, Rn. 21), vom 22. Oktober 2013, Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, Rn. 38), und vom 14. Juni 2016, Marchiani/Parlament (C-566/14 P, EU:C:2016:437, Rn. 51); vgl. auch Urteil vom 25. Oktober 2011, Solvay/Kommission (C-109/10 P, EU:C:2011:686, Rn. 52).

20 Vgl. dazu bereits meine Schlussanträge in der Rechtssache Solvay/Kommission (C-109/10 P, EU:C:2011:256, Rn. 152).

38. Denn nach ständiger Rechtsprechung gebietet es die Wahrung der Verteidigungsrechte, dass die Adressaten von Entscheidungen, die ihre Interessen spürbar beeinträchtigen, in die Lage versetzt werden, ihren Standpunkt zu allen *Elementen*, auf die die Verwaltung ihre Entscheidung zu stützen beabsichtigt, sachdienlich vorzutragen²¹.

39. Zweifelsohne handelt es sich bei einem ökonomischen Modell wie dem hier in Rede stehenden Preiskonzentrationsmodell um ein *Element*, auf das sich die Kommission bei ihrer wettbewerbsrechtlichen Analyse im Hinblick auf den Erlass des streitigen Beschlusses ganz maßgeblich gestützt hat. Oder, um es mit den Worten von Art. 18 Abs. 1 und 3 FkVO auszudrücken: Das besagte Modell war eine der wesentlichen Grundlagen für die Einwände, welche die Kommission dem geplanten Unternehmenszusammenschluss entgegengesetzt hat. Unter diesen Umständen erscheint es mir selbstverständlich, dass die Kommission UPS zur Wahrung von deren Verteidigungsrechten in die Lage versetzen musste, ihren Standpunkt zu diesem Preiskonzentrationsmodell sachdienlich vorzutragen. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass ein solches ökonomisches Modell – wie der vorliegende Fall eindrucksvoll zeigt – zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen führen kann, je nachdem, wie man dieses Modell konkret ausgestaltet und anwendet.

40. Es ist auch müßig, darüber zu sinnieren, ob es sich bei dem verwendeten ökonomischen Modell um ein belastendes Element oder um ein entlastendes Element handelte²². Zur Wahrung der Verteidigungsrechte ist es unverzichtbar, die betroffenen Unternehmen in die Lage zu versetzen, ihren Standpunkt zu *allen* Elementen sachdienlich vorzutragen, auf die sich die Kommission in einer Fusionskontrollentscheidung zu stützen beabsichtigt. Nicht die Kommission, sondern das betroffene Unternehmen selbst prüft, ob ihm bestimmte Elemente aus der Verfahrensakte für seine Verteidigung dienlich sein können²³. Damit das Unternehmen diese Wahl treffen kann, müssen ihm ohne Unterschied alle Elemente zur Kenntnis gebracht werden, auf die die Kommission sich zu stützen gedenkt. Mehr noch, es müssen ihm alle von der Kommission in dem besagten Fusionskontrollverfahren *ermittelten Elemente* zugänglich gemacht werden, also letztlich auch solche, auf die sich die Kommission ihrerseits womöglich nicht stützen will.

41. Besonders wenig überzeugend ist schließlich der Versuch der Kommission, ihre ökonomischen Analysen in Anlehnung an Art. 17 Abs. 3 Satz 1 FkVO-DVO als reine Interna einzustufen, die sie den betroffenen Unternehmen nicht – und schon gar nicht vor dem Erlass ihrer Fusionskontrollentscheidung – zur Kenntnis bringen müsse.

42. Auf einem Gebiet wie der Fusionskontrolle, auf dem die Kommission inhaltlich über einen weiten Beurteilungsspielraum verfügt, kommt der Einhaltung der Verfahrensgarantien besondere Bedeutung zu²⁴. Die Verteidigungsrechte würden ihres Sinnes entleert, wenn die Kommission die betroffenen Unternehmen über die wesentlichen gedanklichen Schritte und über die Berechnungen im Unklaren ließe, auf denen ihre Prognose einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch das Zusammenschlussvorhaben fußt. Die Unternehmen könnten dann ihren Standpunkt nicht *in sachdienlicher Weise* geltend machen²⁵.

21 Urteile vom 24. Oktober 1996, Kommission/Lisrestal u. a. (C-32/95 P, EU:C:1996:402, Rn. 21), vom 22. Oktober 2013, Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, Rn. 38), und vom 14. Juni 2016, Marchiani/Parlament (C-566/14 P, EU:C:2016:437, Rn. 51).

22 Wie der Austausch zwischen der Kommission und UPS vor dem Gerichtshof erkennen lässt, hat sich das Preiskonzentrationsmodell im vorliegenden Fall teils belastend, teils entlastend für UPS ausgewirkt: Zum einen stützte sich die Kommission im streitigen Beschluss maßgeblich auf dieses Modell, um den geplanten Zusammenschluss zu untersagen. Zum anderen ergab die endgültige Version dieses Modells aber auch, dass der geplante Zusammenschluss auf weniger Märkten als ursprünglich angenommen zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde.

23 Urteil vom 25. Oktober 2011, Solvay/Kommission (C-109/10 P, EU:C:2011:686, Rn. 54).

24 Urteile vom 21. November 1991, Technische Universität München (C-269/90, EU:C:1991:438, Rn. 14), vom 19. Juli 2012, Rat/Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group (C-337/09 P, EU:C:2012:471, Rn. 107), und vom 4. April 2017, Fahimian (C-544/15, EU:C:2017:255, Rn. 46).

25 Vgl. dazu nochmals Urteile vom 24. Oktober 1996, Kommission/Lisrestal u. a. (C-32/95 P, EU:C:1996:402, Rn. 21), vom 22. Oktober 2013, Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, Rn. 38), und vom 14. Juni 2016, Marchiani/Parlament (C-566/14 P, EU:C:2016:437, Rn. 51).

43. Im Übrigen verpflichtet das Recht auf eine gute Verwaltung, wie es in Art. 41 der Charta der Grundrechte verankert ist, die Kommission zur Durchführung eines *gerechten* Verfahrens. Mit diesem fundamentalen Gebot der Fairness ließe es sich in keiner Weise vereinbaren, wenn die betroffenen Unternehmen letztlich erraten müssten, wogegen sie sich verteidigen sollen.

44. Die Kommission entgegnet noch, den betroffenen Unternehmen stehe es frei, gegebenenfalls den Anhörungsbeauftragten zu befragen und bei ihm Einsicht in bestimmte Aktenstücke zu beantragen, die ihnen vorenthalten wurden. Auch dieses Argument ist allerdings zurückzuweisen. Denn die Wettbewerbsbehörde ist nach Art. 18 Abs. 1 FkVO gesetzlich verpflichtet, aus eigener Initiative den betroffenen Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme zu den von ihr erhobenen Einwänden zu geben und ihnen die dahinter stehenden wesentlichen gedanklichen Schritte und Berechnungen – einschließlich der verwendeten Variablen – zu erläutern. Keineswegs müssen die Unternehmen diesbezüglich die Initiative ergreifen oder gar als Bittsteller auftreten.

45. Alles in allem fällt also ein Preiskonzentrationsmodell wie das hier in Rede stehende eindeutig in den Anwendungsbereich der Verteidigungsrechte. Das Gericht hat insoweit keinen Rechtsfehler begangen.

b) Zu den sich aus den Verteidigungsrechten ergebenden Anforderungen

46. Als Zweites setzen sich die Parteien intensiv darüber auseinander, welche Anforderungen genau sich aus den Verteidigungsrechten ergeben, wenn die Kommission sich in einer Fusionskontrollentscheidung wie dem hier streitigen Beschluss auf eine ökonomische Analyse stützen will. Im Kern lautet die Streitfrage, ob es wirklich in jedem Fall erforderlich ist, den betroffenen Unternehmen die *endgültige Version* eines ökonomischen Modells zur Kenntnis zu bringen und ihnen diesbezüglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, bevor die Kommission ihre verfahrensabschließende Entscheidung trifft.

– Zu dem Argument der Kommission, eine Fusionskontrollentscheidung dürfe von der vorausgegangenen Mitteilung der Einwände abweichen

47. Zunächst erinnert die Kommission an die ständige Rechtsprechung²⁶, nach der die verfahrensabschließende Entscheidung in einem Wettbewerbsfall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht in jedem Punkt der vorausgegangenen Mitteilung der Einwände entsprechen muss und etwaige Abweichungen von dieser Mitteilung auch nicht näher begründet werden müssen. Gestützt auf jene Rechtsprechung versucht sie zu argumentieren, die Wettbewerbsbehörde sei in einem Fusionskontrollverfahren nicht gehalten, den betroffenen Unternehmen die endgültige Version des von ihr verwendeten ökonomischen Modells vorab zur Kenntnis zu bringen und sie zu diesem Modell anzuhören.

48. Dieses Vorbringen erscheint mir nicht stichhaltig. Zwar trifft es zu, dass die Mitteilung der Einwände in Wettbewerbsverfahren lediglich vorläufigen Charakter hat und die verfahrensabschließende Entscheidung ohne nähere Begründung von ihr abweichen kann²⁷. Es versteht sich jedoch von selbst, dass solche Abweichungen nur in den Grenzen der Verteidigungsrechte erlaubt sind.

²⁶ Die Kommission bezieht sich auf die Urteile vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, insbesondere Rn. 61, 63 und 64), und vom 9. März 2015, Deutsche Börse/Kommission (T-175/12, EU:T:2015:148, insbesondere Rn. 246, 253 bis 258, 314 und 344).

²⁷ Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 63 bis 65).

49. Weicht die Kommission *zugunsten* der betroffenen Unternehmen von der Mitteilung der Einwände ab, indem sie einzelne Einwände fallen lässt, so braucht sie die Unternehmen naturgemäß nicht erneut anzuhören. Gleiches gilt, wenn die Kommission ihre Einwände im Lichte der von den Unternehmen vorgebrachten Gegenargumente verfeinert oder weiterentwickelt. Weicht die Kommission jedoch *zulasten* der betroffenen Unternehmen von der Mitteilung der Einwände ab, indem sie gänzlich neue Elemente, Theorien oder Berechnungsmodelle ins Feld führt, zu denen sie die Unternehmen noch nicht angehört hat, so ist sie verpflichtet, den Unternehmen diesbezüglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Denn die Kommission darf sich in ihrer verfahrensabschließenden Entscheidung nur auf solche Einwände stützen, zu denen die Betroffenen Stellung nehmen konnten (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 FkVO)²⁸.

50. Wie das Gericht festgestellt hat²⁹, unterschied sich das ökonometrische Modell, das die Kommission dem streitigen Beschluss zugrunde gelegt hat, in einer nicht zu vernachlässigenden Weise – nämlich hinsichtlich der verwendeten Variablen für die ökonometrischen Berechnungen – von demjenigen Modell, das sie zuvor mit UPS diskutiert hatte. An dieser Feststellung muss sich die Kommission, die insoweit keine Rüge einer Verfälschung von Tatsachen oder Beweismitteln vorgebracht hat, festhalten lassen.

51. Damit steht fest, dass sich die Kommission in dem streitigen Beschluss auf *andere Einwände* als die stützte, zu denen UPS Stellung genommen hatte, mag sie auch im Ergebnis an ihrer Prognose einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs mit Preissteigerungen in einer Reihe von Mitgliedstaaten und somit an ihrem negativen Gesamturteil über das Zusammenschlussvorhaben festgehalten haben.

52. Unter diesem Blickwinkel ist also dem Gericht kein Rechtsfehler unterlaufen.

– *Zu den Besonderheiten der Fusionskontrolle und ihren Auswirkungen auf die Verteidigungsrechte*

53. Sodann betont die Kommission die Besonderheiten der Fusionskontrolle auf Unionsebene. Sie hebt hervor, dass das Fusionskontrollverfahren durch ein Beschleunigungsgebot geprägt ist, welches sich nicht zuletzt in strengen Verfahrensfristen niederschlägt³⁰. Daraus schließt sie, dass es während des Fusionskontrollverfahrens nicht zu endlosen Debatten zwischen der Kommission und den betroffenen Unternehmen über die anzuwendenden ökonometrischen Modelle kommen dürfe.

54. Es trifft zu, dass die Zwänge, denen die europäische Wettbewerbsbehörde in der Fusionskontrolle unterliegt (nicht zuletzt erheblicher Zeitdruck, aber auch begrenzte Ressourcen), nicht ohne Folgen sein können für die Art und Weise, in der die betroffenen Unternehmen von ihren Verteidigungsrechten Gebrauch machen.

55. Deshalb dürfen die betroffenen Unternehmen in inhaltlicher Hinsicht nicht mehr als eine kurze und bündige Beschreibung des von der Kommission zugrunde gelegten ökonometrischen Modells erwarten. Diese Beschreibung muss so gehalten sein, dass sie von einer in ökonometrischen Fragen fachkundigen Person problemlos verstanden werden kann.

²⁸ In diesem Sinne auch Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 63 am Ende), wonach die Mitteilung der Einwände die Kommission nicht daran hindert, ihre Auffassung *zugunsten* der betroffenen Unternehmen zu ändern.

²⁹ Rn. 205 bis 208 des angefochtenen Urteils.

³⁰ Urteile vom 18. Dezember 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Kommission (C-202/06 P, EU:C:2007:814, Rn. 39), und vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 49 und 90).

56. Und in zeitlicher Hinsicht darf es nicht zu einer Art Pingpongspiel kommen, in dem die Unternehmen nach und nach immer neue Bedenken gegen das von der Kommission favorisierte ökonomische Modell vorbringen und die Kommission ihnen dann bezüglich immer neuer Versionen dieses Modells Gelegenheit zur Stellungnahme geben muss.

57. Ich füge aber sogleich hinzu, dass den betroffenen Unternehmen trotz der unbestreitbaren Zwänge des Fusionskontrollverfahrens stets hinreichend Raum für ihre Verteidigung belassen werden muss und ihre Verteidigungsrechte nicht in ihrem Wesensgehalt berührt werden dürfen³¹. Der Wunsch, mehr wirtschaftlichen Sachverstand in die Beurteilung von Wettbewerbsfällen einfließen zu lassen, darf nicht auf Kosten grundlegender Verfahrensgarantien verwirklicht werden.

58. Wenn die Kommission sich also dazu entschließt, in Wettbewerbsverfahren im Sinne eines „*more economic approach*“ komplexe wirtschaftliche Analysen durchzuführen, so obliegt es zuallererst ihr selbst, diese Analysen zum einen sorgfältig und unparteiisch³² sowie zum anderen so rechtzeitig durchzuführen, dass sie sich problemlos in den vom Unionsgesetzgeber vorgesehenen Verfahrensablauf einfügen.

59. Grundsätzlich ist den betroffenen Unternehmen das von der Kommission zugrunde gelegte ökonomische Modell in der Mitteilung der Einwände gemäß Art. 18 Abs. 1 und 3 FkVO sowie Art. 13 Abs. 2 FkVO-DVO bekanntzugeben und in seinen wesentlichen Zügen zu erläutern. Die nötige Feineinstellung dieses Modells im Lichte der von der Kommission angestellten Ermittlungen und ihrer etwaigen Diskussionen mit den betroffenen Unternehmen muss zum Zeitpunkt der Mitteilung der Einwände abgeschlossen sein. Die betroffenen Unternehmen haben dann Gelegenheit, im Rahmen ihrer Antwort auf die Mitteilung der Einwände auch zu dem ökonomischen Modell der Kommission Stellung zu nehmen.

60. Legt sich die Kommission ausnahmsweise erst zu einem späteren Zeitpunkt auf die endgültige Version des von ihr zugrunde gelegten ökonomischen Modells fest, so kann diese Verzögerung nicht zulasten der Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen gehen. Vielmehr muss die Kommission die betroffenen Unternehmen bei einer solchen Sachlage nochmals gesondert zu diesem Punkt anhören, es sei denn, die endgültige Version unterscheidet sich nicht mehr erheblich von den zuvor mit den Unternehmen erörterten Versionen oder stellt lediglich eine Fortentwicklung dieser Versionen im Lichte der Argumente der Unternehmen dar³³.

61. Im vorliegenden Fall lag die endgültige Version des in Rede stehenden Preiskonzentrationsmodells, das sich in Bezug auf die verwendeten Variablen in einer nicht zu vernachlässigenden Weise von früheren Versionen unterschied³⁴, nach den Feststellungen des Gerichts ab dem 21. November 2012 vor³⁵. Die Kommission hat keine Anhaltspunkte dafür geliefert, aufgrund welcher konkreten Zwänge des Fusionskontrollverfahrens es ihr zu jenem Zeitpunkt, der noch gut zwei Monate vor der Untersagung des Zusammenschlusses durch den streitigen Beschluss lag, praktisch unmöglich gewesen sein soll, UPS zu dem besagten Modell unter Setzung einer kurzen Antwortfrist anzuhören.

62. Vor diesem Hintergrund kann dem Gericht nicht vorgeworfen werden, es habe den Besonderheiten der Fusionskontrolle und insbesondere dem in diesem Bereich geltenden Beschleunigungsgebot zu wenig Gewicht beigemessen.

31 In diesem Sinne Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 66), wonach das Vorbringen der an einem Zusammenschlussvorhaben Beteiligten im Fusionskontrollverfahren keine geringere Berücksichtigung finden darf als das der betroffenen Unternehmen in den Verfahren der Kommission nach Art. 101 oder 102 AEUV.

32 Vgl. dazu nochmals die oben in Fn. 24 angeführte Rechtsprechung.

33 Vgl. dazu oben, Rn. 49 dieser Schlussanträge.

34 Rn. 205 bis 208 des angefochtenen Urteils.

35 Rn. 202 und 220 des angefochtenen Urteils.

– Zu den vermeintlich intuitiv nachvollziehbaren Änderungen an dem von der Kommission verwendeten Preiskonzentrationsmodell

63. Schließlich argumentiert die Kommission, von einer Anhörung von UPS zu der endgültigen Version des von ihr verwendeten Preiskonzentrationsmodells habe man absehen können, da die Funktionsweise jenes Modells für UPS intuitiv nachvollziehbar gewesen sei.

64. Es trifft zu, dass die Kommission nicht verpflichtet ist, die betroffenen Unternehmen zu einer bloßen Fortentwicklung oder Verfeinerung der von ihr zugrunde gelegten Elemente, Theorien oder Berechnungsmodelle anzuhören, zu denen diese Unternehmen bereits Stellung nehmen konnten³⁶. Im vorliegenden Fall hat das Gericht jedoch festgestellt, dass sich die endgültige Fassung des von der Kommission zugrunde gelegten Preiskonzentrationsmodells in Bezug auf die verwendeten Variablen in einer nicht zu vernachlässigenden Weise von derjenigen unterschied, die zuvor Gegenstand von Diskussionen mit UPS gewesen war³⁷. An dieser Feststellung muss sich die Kommission, die insoweit keine Rüge einer Verfälschung von Tatsachen oder Beweismitteln vorgebracht hat, festhalten lassen.

65. Unter diesen Umständen lässt sich selbst bei wohlwollender Betrachtung nicht argumentieren, die Funktionsweise der endgültigen Fassung des von der Kommission zugrunde gelegten Preiskonzentrationsmodells sei für UPS intuitiv nachvollziehbar gewesen. Dem Gericht ist also auch insoweit kein Rechtsfehler unterlaufen.

2. Die Auswirkungen der festgestellten Verletzung der Verteidigungsrechte auf den Bestand des streitigen Beschlusses

66. Mit einem separaten Angriffspunkt rügt die Kommission im Rahmen ihres zweiten und vierten Rechtsmittelgrundes, selbst im Falle der Feststellung einer Verletzung der Verteidigungsrechte von UPS hätte das Gericht den streitigen Beschluss nicht für nichtig erklären dürfen. Die Kommission argumentiert, ihre Prognose einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs habe jedenfalls für zwei Mitgliedstaaten – Dänemark und die Niederlande – selbst unter Außerachtlassung der Ergebnisse des Preiskonzentrationsmodells Bestand.

67. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass ein Verfahrensfehler nur dann die Nichtigkeitserklärung eines Beschlusses der Kommission rechtfertigt, wenn die Möglichkeit besteht, dass das Verwaltungsverfahren ohne diesen Verfahrensfehler zu einem anderen Ergebnis geführt hätte³⁸. Mit anderen Worten darf es nicht ausgeschlossen sein, dass sich der Verfahrensfehler auf den Inhalt des Beschlusses der Kommission ausgewirkt hat, dass also der Beschluss einen anderen Inhalt hätte haben können³⁹.

68. Es mag sein, dass in Kartellverfahren ein Verfahrensfehler in Bezug auf ein bestimmtes Beweisstück unerheblich ist, wenn der Kommission zum Nachweis einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 oder 102 AEUV noch andere hinreichend überzeugende Beweismittel zur Verfügung stehen, in Bezug auf die kein Verfahrensfehler begangen wurde⁴⁰.

³⁶ Vgl. dazu nochmals oben, Rn. 49 dieser Schlussanträge.

³⁷ Rn. 205 bis 208 des angefochtenen Urteils.

³⁸ Urteile vom 10. Juli 1980, *Distillers Company/Kommission* (30/78, EU:C:1980:186, Rn. 26), und vom 14. Februar 1990, *Frankreich/Kommission* (C-301/87, EU:C:1990:67, Rn. 31); im selben Sinne Urteile vom 7. Januar 2004, *Aalborg Portland u. a./Kommission* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, EU:C:2004:6, Rn. 73) und vom 29. Juni 2006, *SGL Carbon/Kommission* (C-308/04 P, EU:C:2006:433, Rn. 97 und 98).

³⁹ Urteile vom 29. Oktober 1980, *van Landewyck u.a./Kommission* (209/78 bis 215/78 und 218/78, EU:C:1980:248, Rn. 47), und vom 23. April 1986, *Bernardi/Parlament* (150/84, EU:C:1986:167, Rn. 28); im selben Sinne Urteile vom 25. Oktober 2011, *Solvay/Kommission* (C-109/10 P, EU:C:2011:686, Rn. 57 und 62), und vom 6. September 2017, *Intel/Kommission* (C-413/14 P, EU:C:2017:632, Rn. 96 bis 98).

⁴⁰ In diesem Sinne insbesondere das Urteil vom 7. Januar 2004, *Aalborg Portland u. a./Kommission* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, EU:C:2004:6, Rn. 72 und 73), auf das sich die Kommission beruft.

69. Die Fusionskontrolle zeichnet sich jedoch durch die Besonderheit aus, dass die Kommission in ihren Beschlüssen über die Genehmigung oder Untersagung von Zusammenschlussvorhaben Prognoseentscheidungen zu treffen hat, die stets auf der Gesamtwürdigung einer Vielzahl von quantitativen und qualitativen Faktoren beruhen.

70. Im vorliegenden Fall zeigt der Ablauf der Geschehnisse eindrucksvoll, dass von der konkreten Ausgestaltung eines Preiskonzentrationsmodells maßgeblich abhängen kann, in wie vielen Mitgliedstaaten die Kommission eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs prognostizieren wird. Während nämlich die Kommission noch in ihrer Mitteilung der Einwände für 29 nationale Märkte von einer derart negativen Auswirkung des Zusammenschlussvorhabens auf den Wettbewerb ausging, stützt sich der streitige Beschluss zur Untersagung dieses Vorhabens – nicht zuletzt aufgrund der vorgenommenen Veränderungen an dem zugrunde gelegten Preiskonzentrationsmodell – nur noch auf eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs in 15 Mitgliedstaaten.

71. Außerdem weist UPS sehr zutreffend darauf hin, dass in einem Fall wie dem vorliegenden die Prognose einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs in bestimmten Mitgliedstaaten stärker oder schwächer ausfallen kann, je nachdem, ob sich die Kommission neben sonstigen Elementen zusätzlich auch auf eine Preiskonzentrationsanalyse stützen kann. Die von der Kommission vor dem Gerichtshof besonders betonten qualitativen Faktoren, aus denen sich negative Auswirkungen für den Wettbewerb ableiten lassen, können in der Gesamtbetrachtung weniger stark ins Gewicht fallen, wenn plötzlich quantitative ökonometrische Berechnungen ins Wanken geraten, durch die jene qualitativen Faktoren ursprünglich verstärkt worden waren.

72. Ich füge hinzu, dass sich ein betroffenes Unternehmen gegen den Einwand der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs in nur zwei Mitgliedstaaten (hier: Dänemark und die Niederlande, wo die Kommission auch unabhängig von ihrer ökonometrischen Analyse aufgrund von qualitativen Erwägungen erhebliche Wettbewerbsprobleme prognostizierte) normalerweise leichter verteidigen kann als gegen den Einwand der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs in 15 Mitgliedstaaten (wie ihn die Kommission hier im streitigen Beschluss zugrunde gelegt hat) oder gar in 29 Staaten (wovon die Kommission noch in ihrer Mitteilung der Einwände ausgegangen war).

73. Auch die Aussichten, Einwände der Kommission durch geeignete Zusagen zu entkräften und auf diese Weise den Weg für eine Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens unter Bedingungen und Auflagen zu bereiten, verbessern sich normalerweise, wenn das betroffene Unternehmen spezifische Zusagen für nur zwei nationale Märkte vorzulegen hat und nicht für 15 solche Märkte oder gar für das gesamte Unionsgebiet bzw. den gesamten EWR.

74. Damit hat das Gericht völlig zu Recht festgestellt, dass UPS sich sachdienlicher hätte verteidigen können, wenn das Unternehmen schon vor dem Erlass des streitigen Beschlusses über die endgültige Fassung der von der Kommission gewählten ökonometrischen Analyse verfügt hätte⁴¹. Es war also nur folgerichtig, dass das Gericht unter diesen Umständen den streitigen Beschluss für nichtig erklärte.

3. Die Begründungsanforderungen an das erstinstanzliche Urteil

75. Zu guter Letzt wirft die Kommission dem Gericht mit diversen Teilen ihrer vier Rechtsmittelgründe vor, auf bestimmte Aspekte ihres Vorbringens aus erster Instanz nicht eingegangen zu sein. Im Wesentlichen handelt es sich um folgende Punkte:

- das „Hauptargument“ der Kommission, sie sei nicht verpflichtet gewesen, UPS Änderungen an dem von ihr zugrunde gelegten ökonometrischen Modell mitzuteilen (erster Teil des ersten Rechtsmittelgrundes),

⁴¹ Rn. 215 des angefochtenen Urteils.

- das Argument der Kommission, selbst eine etwaige Verletzung der Verteidigungsrechte von UPS könne nicht zur Nichtigerklärung des streitigen Beschlusses führen (zweiter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes),
- das Argument der Kommission, die vorgenommenen Änderungen an ihrem ökonometrischen Modell seien für UPS intuitiv nachvollziehbar gewesen (erster Teil des dritten Rechtsmittelgrundes),
- das Argument der Kommission, wonach der erfolgte Austausch zwischen den Kommissionsdienststellen und den von UPS beschäftigten Ökonomen jede Verletzung der Verteidigungsrechte ausschließe (zweiter Teil des dritten Rechtsmittelgrundes), sowie
- das Argument der Kommission, wonach die Angriffe von UPS gegen den streitigen Beschluss jedenfalls in Bezug auf Dänemark und die Niederlande wirkungslos seien (zweiter Teil des vierten Rechtsmittelgrundes).

76. Im Rechtsmittelverfahren richtet sich die Kontrolle durch den Gerichtshof insbesondere darauf, zu prüfen, ob das Gericht auf alle von den Parteien vorgebrachten Argumente rechtlich hinreichend eingegangen ist⁴². Geht das Gericht auf einen zentralen Punkt der Argumentation einer Partei im erstinstanzlichen Verfahren überhaupt nicht ein, so verstößt es gegen die ihm obliegende Begründungspflicht⁴³ (Art. 36 in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs).

77. Nach ständiger Rechtsprechung muss das Gericht allerdings nicht jedes einzelne von den Parteien vorgebrachte Argument nacheinander erschöpfend abhandeln, insbesondere, wenn diese nicht hinreichend klar und bestimmt waren⁴⁴; vielmehr kann seine Urteilsbegründung zu einzelnen Punkten auch implizit erfolgen⁴⁵. Entscheidend ist, ob sich das Gericht mit dem Vorbringen der Parteien hinreichend auseinandergesetzt hat⁴⁶.

78. Meines Erachtens geht aus dem angefochtenen Urteil mit der gebotenen Klarheit hervor, dass das Gericht die Kommission für verpflichtet hielt, UPS die endgültige Fassung ihres ökonometrischen Modells zur Kenntnis zu bringen sowie das Unternehmen dazu anzuhören, und zwar, weil die Kommission an diesem Modell nicht zu vernachlässigende Änderungen vorgenommen hatte, die sich nicht auf frühere Diskussionen mit UPS zurückführen ließen⁴⁷. Anders als die Kommission im Verfahren vor dem Gerichtshof behauptet hat, war ihr erstinstanzliches Vorbringen zu diesem Thema nur sehr knapp gefasst sowie keineswegs klar in ein Hauptargument und sonstige Argumente gegliedert⁴⁸. Unter diesen Umständen kann dem Gericht nicht vorgeworfen werden, es hätte sich intensiver mit der Argumentation der Kommission auseinandersetzen müssen.

42 Urteile vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, EU:C:2005:408, Rn. 244), und vom 2. April 2009, France Télécom/Kommission (C-202/07 P, EU:C:2009:214, Rn. 41).

43 In diesem Sinne Urteile vom 1. Oktober 1991, Vidrányi/Kommission (C-283/90 P, EU:C:1991:361, Rn. 29), vom 17. Dezember 1992, Moritz/Kommission (C-68/91 P, EU:C:1992:531, Rn. 37 bis 39), und vom 20. Mai 2010, Gogos/Kommission (C-583/08 P, EU:C:2010:287, Rn. 29).

44 Urteile vom 6. März 2001, Connolly/Kommission (C-274/99 P, EU:C:2001:127, Rn. 121), vom 9. September 2008, FIAMM u. a./Rat und Kommission (C-120/06 P und C-121/06 P, EU:C:2008:476, Rn. 91), und vom 19. März 2015, Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission (C-286/13 P, EU:C:2015:184, Rn. 83).

45 Urteile vom 7. Januar 2004, Aalborg Portland u. a./Kommission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, EU:C:2004:6, Rn. 372), vom 26. November 2013, Gascogne Sack Deutschland/Kommission (C-40/12 P, EU:C:2013:768, Rn. 35), und vom 7. Juni 2018, Ori Martin/Gerichtshof der Europäischen Union (C-463/17 P, EU:C:2018:411, Rn. 26).

46 Urteil vom 11. April 2013, Mindo/Kommission (C-652/11 P, EU:C:2013:229, Rn. 41); im selben Sinne Urteil vom 25. Oktober 2007, Komninou u. a./Kommission (C-167/06 P, EU:C:2007:633, Rn. 22).

47 Rn. 209 in Verbindung mit den Rn. 205 bis 208 des angefochtenen Urteils.

48 Es handelt sich in Wahrheit um nur gut eine Seite (die Rn. 27 bis 29) der Klagebeantwortung der Kommission vor dem Gericht. Diese Ausführungen beginnen mit einem Hinweis auf den Gedankenaustausch, der im Verwaltungsverfahren zwischen der Kommission und UPS zum Preiskonzentrationsmodell stattgefunden hat, und auf die vermeintliche Verspätung der Stellungnahmen von UPS zu jenem Modell. Erst dann widmet sich die Kommission der Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen der Mitteilung der Einwände und der das Verfahren beendenden Entscheidung.

79. Ebenfalls wird aus dem angefochtenen Urteil hinreichend deutlich, dass die von der Kommission vorgenommenen Änderungen an ihrem Preiskonzentrationsmodell für UPS nicht intuitiv nachvollziehbar waren und sich insbesondere nicht auf den zuvor stattgefundenen Austausch mit den Beratern dieses Unternehmens zurückführen ließen⁴⁹.

80. Schließlich sind die Ausführungen des Gerichts zu den quantitativen und qualitativen Informationen, auf denen die Schlussfolgerungen des streitigen Beschlusses beruhten, zumindest implizit eine Antwort auf das Vorbringen der Kommission zu Dänemark und den Niederlanden⁵⁰.

81. Damit hat das Gericht seiner Begründungspflicht nach Art. 36 in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs vollauf Genüge getan. Anders als die Kommission sehe ich auch keinerlei Widersprüche in der Begründung des angefochtenen Urteils.

82. In Wirklichkeit scheint mir die Kommission mit den von ihr gerügten Mängeln weniger die formalen Begründungserfordernisse als vielmehr inhaltlich die Stichhaltigkeit der Gründe ansprechen zu wollen, auf die das Gericht das angefochtene Urteil gestützt hat. Der Umstand allein, dass das Gericht in der Sache zu einem anderen Ergebnis gelangt ist, als dies der Rechtsmittelführerin genehm sein mag, stellt jedoch keine geeignete Grundlage für die Rüge eines Begründungsmangels dar⁵¹.

83. Alles in allem ist somit der Vorwurf zurückzuweisen, das Gericht sei im angefochtenen Urteil nicht hinreichend auf die Argumente der Kommission eingegangen.

C. Zusammenfassung

84. Da keiner der von der Kommission vorgebrachten Angriffe gegen das angefochtene Urteil zum Erfolg führt, ist das Rechtsmittel in seiner Gesamtheit zurückzuweisen.

VI. Kosten

85. Gemäß Art. 184 Abs. 2 seiner Verfahrensordnung entscheidet der Gerichtshof über die Kosten, wenn er das Rechtsmittel zurückweist.

86. Aus Art. 138 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 184 Abs. 1 der Verfahrensordnung folgt, dass die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen ist. Da UPS entsprechende Anträge gestellt hat und die Kommission mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind der Kommission die Kosten dieses Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen.

87. FedEx, die erstinstanzliche Streithelferin der Kommission, hat sich am Rechtsmittelverfahren nicht beteiligt und kann folglich gemäß Art. 184 Abs. 4 der Verfahrensordnung nicht mit Kosten aus dem Rechtsmittelverfahren belastet werden.

VII. Ergebnis

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

1) Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.

⁴⁹ Rn. 208 des angefochtenen Urteils.

⁵⁰ Rn. 216 bis 218 des angefochtenen Urteils.

⁵¹ Urteile vom 7. Juni 2007, Wunenburger/Kommission (C-362/05 P, EU:C:2007:322, Rn. 80), und vom 20. Mai 2010, Gogos/Kommission (C-583/08 P, EU:C:2010:287, Rn. 35).

2) Die Europäische Kommission trägt die Kosten des Verfahrens.