

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Große Kammer)

10. Juli 2008*

Inhaltsverzeichnis

Rechtlicher Rahmen	I - 5032
Sachverhalt	I - 5035
Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil	I - 5037
Anträge der Parteien	I - 5040
Zum Rechtsmittel	I - 5043
Zur Zulässigkeit	I - 5043
Zur allgemeinen Unzulässigkeitsrüge	I - 5043
Zur Rüge der Unzulässigkeit, die darauf gestützt wird, dass die Rechtsmittelführerinnen versäumt hätten, eine entscheidende Passage des angefochtenen Urteils anzugreifen	I - 5044
Zur Begründetheit	I - 5045
Zum zweiten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes: Rechtsfehler des Gerichts, indem es bei Entscheidungen, mit denen Zusammenschlüsse genehmigt würden, überzogene Beweisanforderungen gestellt habe	I - 5046
— Angefochtenes Urteil	I - 5046
— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	I - 5046
— Würdigung durch den Gerichtshof	I - 5048
Zum ersten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler des Gerichts, indem es den Inhalt der streitigen Entscheidung auf der Grundlage der Mitteilung der Beschwerdepunkte beurteilt habe	I - 5051
— Angefochtenes Urteil	I - 5051

* Verfahrenssprache: Englisch.

- Vorbringen der Verfahrensbeteiligten I - 5053
- Würdigung durch den Gerichtshof I - 5054

Zum zweiten Rechtsmittelgrund und zum ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes: Rechtsfehler des Gerichts, indem es von der Kommission verlangt habe, im Anschluss an die Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte weitere Nachprüfungen anzustellen, und an die in Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgelegten Beweise überzogene Anforderungen gestellt habe I - 5060

- Angefochtenes Urteil I - 5060
- Vorbringen der Verfahrensbeteiligten I - 5061
- Würdigung durch den Gerichtshof I - 5062

Zum siebten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler des Gerichts, indem es den Beteiligten des Zusammenschlusses nicht bekannt gegebene Beweise herangezogen habe I - 5065

- Angefochtenes Urteil I - 5065
- Vorbringen der Verfahrensbeteiligten I - 5066
- Würdigung durch den Gerichtshof I - 5066

Zum fünften Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler des Gerichts, indem es die im Bereich der Begründung oder Verstärkung einer kollektiven beherrschenden Stellung geltenden einschlägigen rechtlichen Kriterien missachtet habe I - 5067

- Angefochtenes Urteil I - 5067
- Vorbringen der Verfahrensbeteiligten I - 5070
- Würdigung durch den Gerichtshof I - 5073

Zum vierten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler des Gerichts, indem es den Rahmen der ihm obliegenden gerichtlichen Kontrolle überschritten habe I - 5078

- Angefochtenes Urteil I - 5078
- Vorbringen der Verfahrensbeteiligten I - 5079
- Würdigung durch den Gerichtshof I - 5080

Zum sechsten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler des Gerichts, indem es an die Begründung von Entscheidungen über die Genehmigung von Zusammenschlüssen einen unzutreffenden Maßstab angelegt habe	I - 5082
— Angefochtenes Urteil	I - 5082
— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	I - 5086
— Würdigung durch den Gerichtshof	I - 5089
Zum vermeintlichen Anschlussrechtsmittel	I - 5094
Zur Zurückverweisung der Rechtssache an das Gericht	I - 5095

In der Rechtssache C-413/06 P

betreffend ein Rechtsmittel nach Art. 56 der Satzung des Gerichtshofs, eingelegt am 3. Oktober 2006,

Bertelsmann AG mit Sitz in Gütersloh (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: P. Chappatte und J. Boyce, Solicitors,

Sony Corporation of America mit Sitz in New York, (Vereinigte Staaten von Amerika), Prozessbevollmächtigte: N. Levy, Barrister, R. Snelders, avocat, und T. Graf, Rechtsanwalt,

Rechtsmittelführerinnen,

andere Verfahrensbeteiligte:

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) mit Sitz in Brüssel (Belgien), Prozessbevollmächtigte: S. Crosby und J. Golding, Solicitors, sowie I. Wekstein, advocate,

Klägerin im ersten Rechtszug,

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch: A. Whelan und K. Mojzesowicz als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagte im ersten Rechtszug,

Sony BMG Music Entertainment BV mit Sitz in Vianen (Niederlande), Prozessbevollmächtigte: N. Levy, Barrister, R. Snelders, avocat, und T. Graf, Rechtsanwalt,

Streithelferin im ersten Rechtszug,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Große Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten V. Skouris, der Kammerpräsidenten P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, G. Arestis und U. Löhmus sowie der Richter E. Juhász, A. Borg Barthet, M. Ilešič, J. Klučka, E. Levits und A. Ó Caoimh (Berichterstatter),

Generalanwältin: J. Kokott,
Kanzler: L. Hewlett, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 2007,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 13. Dezember 2007

folgendes

Urteil

- 1 Mit ihrem Rechtsmittel beantragen die Bertelsmann AG (im Folgenden: Bertelsmann) und die Sony Corporation of America (im Folgenden: Sony) die Aufhebung des Urteils des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 13. Juli 2006, Impala/Kommission (T-464/04, Slg. 2006, II-2289, im Folgenden: angefochtenes Urteil), mit dem das Gericht die Entscheidung 2005/188/EG der Kommission vom 19. Juli 2004 für nichtig erklärt hat, mit der ein Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Übereinkommen vereinbar erklärt wurde (Sache COMP/M.3333 — Sony/BMG) (ABl. 2005, L 62, S. 30, im Folgenden: streitige Entscheidung).

Rechtlicher Rahmen

- 2 Die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 395, S. 1, berichtigt im ABl. 1990, L 257, S. 13 und in ABl. 1998, L 3, S. 16) in der durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997 (ABl. L 180, S. 1, berichtigt in ABl. 1998, L 40, S. 17) geänderten Fassung (im Folgenden: Verordnung) bestimmt in Art. 2 Abs. 2 und 3:

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

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

3 Art. 6 Abs. 1 der Verordnung sieht vor:

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

...

c) Stellt die Kommission ... 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.“

4 Nach Art. 8 Abs. 2 bzw. 3 der Verordnung kann die Kommission im Rahmen des gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung eingeleiteten förmlichen Verfahrens zur Prüfung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt (im Folgenden: förmliches Verfahren) den Zusammenschluss durch Entscheidung entweder für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, gegebenenfalls nach entsprechenden Änderungen der angemeldeten Fusionsvorhaben durch

die beteiligten Unternehmen, oder für unvereinbar erklären. Nach Art. 8 Abs. 5 Buchst. a der Verordnung kann die Kommission Entscheidungen nach Art. 8 Abs. 2 widerrufen, wenn die Vereinbarkeitserklärung auf unrichtigen Angaben beruht, die von einem der beteiligten Unternehmen zu vertreten sind, oder wenn sie arglistig herbeigeführt worden ist.

5 Wie sich aus Art. 10 Abs. 1 der Verordnung ergibt, steht der Kommission, abgesehen von einigen hier nicht einschlägigen Tatbeständen, für die Entscheidung, ob sie das förmliche Verfahren einleitet, eine Frist von einem Monat zu. Nach Art. 10 Abs. 3 der Verordnung muss eine Entscheidung, mit der ein angemeldeter Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt wird, innerhalb einer Frist von höchstens vier Monaten nach der Einleitung des förmlichen Verfahrens erlassen werden. Nach Art. 10 Abs. 6 der Verordnung gilt der angemeldete Zusammenschluss als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, wenn die Kommission innerhalb der in Art. 10 Abs. 1 und 3 genannten Fristen keine Entscheidung über die Einleitung des förmlichen Verfahrens oder über die Vereinbarkeit dieses Zusammenschlusses erlassen hat.

6 Art. 11 der Verordnung regelt die Auskunftsverlangen, die die Kommission zur Erfüllung der ihr mit der Verordnung übertragenen Aufgaben u. a. an die Anmelder sowie sonstigen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen gegebenenfalls durch Entscheidung richten kann. Die Art. 14 und 15 der Verordnung sehen Geldbußen oder Zwangsgelder vor für den Fall, dass unrichtige oder irreführende Angaben gemacht werden.

7 Art. 18 Abs. 3 der Verordnung bestimmt:

„(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.“

- 8 Art. 19 der Verordnung betrifft die Verbindung zwischen der Kommission und den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten. Nach Abs. 3 ist vor jeder Entscheidung nach Art. 8 Abs. 2 bis 5 der Verordnung ein Beratender Ausschuss für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen anzuhören. Nach Abs. 6 gibt dieser Ausschuss seine Stellungnahme zu dem Entscheidungsentwurf der Kommission erforderlichenfalls durch Abstimmung ab.
- 9 Nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 1. März 1998 über die Anmeldungen, über die Fristen sowie über die Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 (ABl. L 61, S. 1, im Folgenden: Durchführungsverordnung) muss die Anmeldung eines beabsichtigten Zusammenschlusses die in dem der Verordnung beigefügten Formblatt CO verlangten Angaben und Unterlagen enthalten.
- 10 Art. 13 Abs. 2 der Durchführungsverordnung sieht u. a. vor, dass die Kommission ihre Einwände den Anmeldern schriftlich mitteilt und ihnen eine Frist zur schriftlichen Äußerung setzt.

Sachverhalt

- 11 Dem Rechtsstreit liegt nach der Schilderung des Gerichts in den Randnrn. 1 bis 11 des angefochtenen Urteils folgender Sachverhalt zugrunde:

„1 Die Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) ist eine internationale Vereinigung belgischen Rechts, der 2 500 unabhängige Musikproduktionsunternehmen angehören.

- 2 Am 9. Januar 2004 ging die Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens nach [der Verordnung] bei der Kommission ein, wonach [Bertelsmann] und ... [Sony] beabsichtigten, ihr weltweites Tonträgergeschäft zusammenzulegen.
- 3 Bertelsmann ... ein international tätiges Medienunternehmen ... ist im Tonträgerbereich durch sein hundertprozentiges Tochterunternehmen Bertelsmann Music Group (im Folgenden: BMG) tätig. ...
- 4 ... Im Musikbereich ist Sony durch Sony Music Entertainment tätig. ...
- 5 Laut Business Contribution Agreement (Unternehmensbeteiligungsvereinbarung) vom 11. Dezember 2003 soll bei dem Zusammenschlussvorhaben das weltweite Tonträgergeschäft der sich zusammenschließenden Unternehmen (ausgenommen lediglich das Japan-Geschäft von Sony) in mindestens drei neue Unternehmen eingebracht werden. Diese Joint-Venture-Unternehmungen sollen unter dem Namen Sony BMG geführt werden.
- 6 Nach der Vereinbarung wird Sony BMG sich um die Talentsuche und Förderung von Künstlern (A & R [Artist and Repertoire]) sowie die Vermarktung und den Verkauf von bespielten Tonträgern kümmern. Nicht zu seinen Geschäftstätigkeiten gehören benachbarte Tätigkeiten wie Herausgabe, Produktion und Auslieferung der Tonträger.
- 7 Am 20. Januar 2004 versandte die Kommission an eine Reihe von Marktteilnehmern einen Fragebogen. [Impala] beantwortete diesen Fragebogen und reichte am 28. Januar 2004 einen gesonderten Schriftsatz ein ..., in dem sie die Gründe darlegte, weshalb die Kommission ihrer Ansicht nach das Vorhaben für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklären müsse. [Impala] äußerte in diesem Schriftsatz ihre Bedenken wegen der höheren Marktkonzentration und der Auswirkungen, die diese auf den Zugang zum Markt, einschließlich des Vertriebs-

sektors, der Medien und des Internets, sowie auf die Verbraucherentscheidung haben würde.

- 8 In der Entscheidung vom 12. Februar 2004 kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass das angemeldete Vorhaben Anlass zu ernsthaften Zweifeln gebe, ob es mit dem Gemeinsamen Markt und dem Funktionieren des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) vereinbar sei, und leitete das [förmliche] Verfahren ... ein.
- 9 Am 24. Mai 2004 richtete die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Parteien des Zusammenschlusses, in der sie zu dem vorläufigen Ergebnis kam, dass das angemeldete Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt und dem Funktionieren des EWR-Abkommens unvereinbar sei, weil es eine kollektive beherrschende Stellung auf dem Markt für bespielte Tonträger und auf dem Großhandelsmarkt für Online-Musiklizenzen verstärke und weil es das Verhalten der Muttergesellschaften in einer mit Artikel 81 EG nicht zu vereinbarenden Weise koordine.
- 10 Die Parteien des Zusammenschlusses beantworteten die Mitteilung der Beschwerdepunkte; eine Anhörung vor dem Anhörungsbeauftragten fand am 14. und 15. Juni 2004 in Anwesenheit u. a. [von Impala] statt.
- 11 Mit [der streitigen Entscheidung] erklärte die Kommission das Zusammenschlussvorhaben nach Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ...“

Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil

- 12 Mit Klageschrift, die am 3. Dezember 2004 bei der Kanzlei des Gerichts einging, erhob Impala eine Klage auf Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung. Sie machte fünf Klagegründe geltend, die sich jeweils in mehrere Teile aufgliedern.

13 Zum ersten Klagegrund — Verstärkung einer bereits vorhandenen kollektiven beherrschenden Stellung — hat das Gericht nach einigen Ausführungen zum Begriff „kollektive beherrschende Stellung“ das Vorbringen geprüft, mit dem im Wesentlichen geltend gemacht wurde, die Entscheidung begründe nicht rechtlich hinreichend, weshalb die Preisnachlässe, insbesondere die Werberabatte, der für die Entstehung einer solchen Stellung erforderlichen Transparenz entgegenstünden.

14 Das Gericht ist in Randnr. 325 des angefochtenen Urteils zwar zu dem Ergebnis gelangt, dass die streitige Entscheidung in der Sache wegen unzureichender Begründung für nichtig zu erklären sei, es hat jedoch ergänzend die Argumente von Impala geprüft, die Feststellungen der Kommission, mit denen die unzureichende Transparenz der betroffenen Märkte für bespielte Tonträger bewiesen werden solle, seien mit einem offenkundigen Beurteilungsfehler behaftet.

15 Hierzu hat das Gericht in Randnr. 373 des angefochtenen Urteils insbesondere darauf hingewiesen, sowohl aus der streitigen Entscheidung selbst als auch aus dem Vorbringen der Kommission vor dem Gericht ergebe sich, dass der einzige Beleg für eine angeblich fehlende Transparenz des Marktes aus einer eingeschränkten Transparenz der Werberabatte hervorgehe. In den Randnrn. 377 und 378 des angefochtenen Urteils hat es festgestellt, dass die in der streitigen Entscheidung angeführten Beweise die von der Kommission aus ihnen gezogenen Schlüsse nicht stützen könnten und dass diese Schlüsse sich auch sehr deutlich von den in der Mitteilung der Beschwerdepunkte getroffenen Feststellungen abhoben.

16 In den Randnrn. 475 und 476 des angefochtenen Urteils ist das Gericht bezüglich des ersten Klagegrundes zu folgendem Ergebnis gelangt:

„475 ... die Behauptung, dass die Tonträgermärkte nicht so transparent seien, dass sie eine kollektive beherrschende Stellung ermöglichen, [ist] rechtlich nicht hinreichend begründet und weist einen offenkundigen Beurteilungsfehler auf, da die ihr zugrunde liegenden Gesichtspunkte unvollständig sind

und nicht alle relevanten Daten erfassen, die die Kommission hätte heranziehen müssen, und die hieraus gezogenen Schlussfolgerungen nicht stützen können. Da die genannte Behauptung ... einen tragenden Grund darstellt, aufgrund dessen die Kommission ... zu dem Ergebnis gelangt ist, dass eine kollektive beherrschende Stellung nicht besteht, ist die [streitige] Entscheidung allein aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

476 Da auch die Analyse bezüglich der Vergeltungsmaßnahmen rechtsfehlerhaft ist oder zumindest einen offenkundigen Beurteilungsfehler [aufweist] und diese Analyse den anderen tragenden Grund bildet, aufgrund dessen die Kommission in der [streitigen] Entscheidung zu dem Ergebnis gelangt ist, dass eine kollektive beherrschende Stellung nicht besteht, rechtfertigt auch dieser Fehler die Nichtigerklärung der [streitigen] Entscheidung.“

17 Mit ihrem zweiten Klagegrund machte Impala geltend, die Kommission habe gegen Art. 253 EG verstoßen sowie einen offenkundigen Beurteilungsfehler und einen Rechtsfehler begangen, indem sie nicht zu der Ansicht gelangt sei, dass der geplante Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung auf dem Markt für bespielte Tonträger begründe.

18 In Randnr. 527 des angefochtenen Urteils hat das Gericht die in der streitigen Entscheidung enthaltene Untersuchung zur Gefahr der Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung wiedergegeben und dann in Randnr. 528 festgestellt:

„Diese wenigen, derart oberflächlichen, ja rein formalen Feststellungen genügen nicht zur Erfüllung der Verpflichtung der Kommission, eine Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung durchzuführen ... und zwar insbesondere dann nicht, wenn, wie im vorliegenden Fall, der Zusammenschluss ernsthafte Schwierigkeiten bereitet. Unabhängig von der Würdigung des ersten Klagegrundes durch das Gericht ergibt sich nämlich sowohl aus dem Umstand, dass die Kommission in der [streitigen] Entscheidung lange Ausführungen machen musste, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass vor dem Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung nicht bestanden habe, als auch daraus, dass sie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nach fünfmonatiger Untersuchung zu dem Ergebnis gelangt war, dass eine solche Stellung bestanden habe, dass die Frage, ob der Zusammenschluss zwischen zwei der fünf Majors [große Unternehmen der Branche für bespielte Tonträger, im Folgenden: Majors] eine kollektive beherrschende Stellung begründen kann, erst

recht ernsthafte Schwierigkeiten bereitet, die eine aufmerksame Untersuchung erfordern. Da diese Untersuchung nicht durchgeführt wurde, folgt schon allein aus diesem Grund, dass der zweite Klagegrund begründet ist.“

- 19 Ergänzend hat das Gericht in Randnr. 539 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Kommission einen Rechtsfehler begangen habe, indem sie das Ergebnis, dass der Zusammenschluss keine kollektive beherrschende Stellung begründen könne, auf das Fehlen eines Nachweises dafür gestützt hat, dass in der Vergangenheit Vergeltungsmaßnahmen angewandt worden waren.
- 20 Unter diesen Umständen ist das Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der erste und der zweite Klagegrund begründet seien, und hat die streitige Entscheidung ohne Prüfung der Klagegründe 3 bis 5 für nichtig erklärt.

Anträge der Parteien

- 21 Mit ihrem Rechtsmittel beantragen die Rechtsmittelführerinnen,

- das angefochtene Urteil aufzuheben;

- den Antrag von Impala auf Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung zurückzuweisen oder, hilfsweise, die Rechtssache an das Gericht zurückzuverweisen; und

- Impala die Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen.

Sie werfen dem Gericht in sieben Rechtsmittelgründen, von denen einige in mehrere Teile untergliedert sind, Rechtsfehler vor, die darin bestünden, dass es in dem angefochtenen Urteil

- den Inhalt der streitigen Entscheidung auf der Grundlage der Mitteilung der Beschwerdepunkte beurteilt habe;
- von der Kommission verlangt habe, im Anschluss an die Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte weitere Nachprüfungen anzustellen;
- bei Entscheidungen über die Genehmigung von Zusammenschlüssen überzogene und falsche Beweisanforderungen gestellt habe;
- den Rahmen der ihm obliegenden gerichtlichen Kontrolle überschritten habe;
- die im Bereich der Begründung oder Verstärkung einer kollektiven beherrschenden Stellung geltenden einschlägigen rechtlichen Kriterien missachtet habe;
- an die Begründung von Entscheidungen über die Genehmigung von Zusammenschlüssen einen unzutreffenden Maßstab angelegt habe; und
- den Beteiligten des Zusammenschlusses nicht bekannt gegebene Beweise herangezogen habe.

- 23 Die Sony BMG Music Entertainment BV schließt sich dem Rechtsmittel sowie den Anträgen der Rechtsmittelführerinnen vollumfänglich an.
- 24 Die Anträge der Kommission entsprechen im Wesentlichen denen der Rechtsmittelführerinnen. Die Kommission unterstützt den ersten, den zweiten und den vierten Rechtsmittelgrund sowie den ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes.
- 25 Impala beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen und die Kosten den Rechtsmittelführerinnen aufzuerlegen. Sie macht zunächst geltend, das Rechtsmittel sei ganz oder teilweise unzulässig. Im Übrigen könne es ohnehin nicht zur Nichtigerklärung des angefochtenen Urteils führen, da die Rechtsmittelführerinnen versäumt hätten, Randnr. 528 des angefochtenen Urteils anzugreifen, die für sich allein als Begründung der Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung ausreiche.
- 26 Die Rechtsmittelführerinnen und die Kommission beantragen, sowohl die Einrede der Rechtswidrigkeit als auch das in vorstehender Randnummer zusammengefasste Vorbringen zu Randnr. 528 des angefochtenen Urteils zurückzuweisen.
- 27 Die Kommission schließt am Ende ihrer Rechtsmittelbeantwortung „Ergänzende Bemerkungen zu den ‚tragenden Gründen‘ der [streitigen] Entscheidung“ an. Impala weist diese Bemerkungen unter Berufung auf Art. 117 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs zurück. Die Rechtsmittelführerinnen unterstützen diese Bemerkungen.

Zum Rechtsmittel

Zur Zulässigkeit

Zur allgemeinen Unzulässigkeitsrüge

²⁸ Impala macht zunächst geltend, das Rechtsmittel sei insofern unzulässig, als damit versucht werde, eine erneute Prüfung der vom Gericht geklärten tatsächlichen Fragen zu erreichen, ob die Begründung der streitigen Entscheidung unzureichend sei und ob diese einen offensichtlichen Beurteilungsfehler aufweise. Das Rechtsmittel ziele nämlich sehr weitgehend auf die erneute Prüfung tatsächlicher Fragen ab, die nicht in die Zuständigkeit des Gerichtshofs fielen. Weiter trägt Impala hierzu vor, die Frage, ob eine Entscheidung hinreichend begründet sei, sei eine tatsächliche Frage. Ihre jeweiligen Antworten auf die Rechtsmittelgründe seien als Hilfsvorbringen zu verstehen.

²⁹ Hierzu ist daran zu erinnern, dass nach Art. 225 EG und Art. 58 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs das Rechtsmittel auf Rechtsfragen beschränkt ist. Daher ist allein das Gericht dafür zuständig, die Tatsachen festzustellen — sofern sich nicht aus den Prozessakten ergibt, dass seine Feststellungen tatsächlich falsch sind — und sie zu würdigen. Hat das Gericht die Tatsachen festgestellt oder gewürdigt, so ist der Gerichtshof gemäß Art. 225 EG zur Kontrolle der rechtlichen Qualifizierung dieser Tatsachen und der Rechtsfolgen, die das Gericht aus ihnen gezogen hat, befugt. Der Gerichtshof ist somit nicht für die Feststellung der Tatsachen zuständig und grundsätzlich nicht befugt, die Beweise zu prüfen, auf die das Gericht seine Feststellungen gestützt hat. Sind diese Beweise ordnungsgemäß erhoben und die allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie die Vorschriften über die Beweislast und das Beweisverfahren eingehalten worden, ist es nämlich allein Sache des Gerichts, den Beweiswert der ihm vorgelegten Beweismittel zu beurteilen. Diese Beurteilung ist somit, sofern die Beweismittel nicht verfälscht werden, keine Rechtsfrage, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs unterliegt (vgl. insbesondere Urteile vom 17. Dezember 1998, Baustahlgewebe/Kommission, C-185/95 P, Slg. 1998, I-8417, Randnrn. 23 und

24; vom 6. April 2006, *General Motors/Kommission*, C-551/03 P, Slg. 2006, I-3173, Randnrn. 51 und 52, sowie vom 10. Mai 2007, *SGL Carbon/Kommission*, C-328/05 P, Slg. 2007, I-3921, Randnr. 41).

30 Im Übrigen ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Frage des Umfangs der Begründungspflicht eine Rechtsfrage, die der Nachprüfung durch den Gerichtshof im Rahmen eines Rechtsmittels unterliegt, da bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung in diesem Rahmen notwendigerweise die Tatsachen berücksichtigt werden müssen, aufgrund deren das Gericht zu dem Schluss gelangt ist, dass eine Begründung ausreichend oder nicht ausreichend ist (vgl. Urteile vom 20. November 1997, *Kommission/V*, C-188/96 P, Slg. 1997, I-6561, Randnr. 24, sowie 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, Slg. 2005, I-5425, Randnr. 453).

31 In der vorliegenden Rechtssache wollen die Rechtsmittelführerinnen, wie sich aus Randnr. 22 des vorliegenden Urteils ergibt, entgegen dem Vorbringen von Impala mit ihrem Rechtsmittel nicht die Tatsachenwürdigungen des Gerichts als solche allgemein in Frage stellen. Vielmehr werfen sie Rechtsfragen auf, die nach den geltenden Bestimmungen Gegenstand eines Rechtsmittels sein können. Die von Impala erhobene allgemeine Unzulässigkeitsrüge ist daher zurückzuweisen. Soweit Impala im Übrigen konkreter die Unzulässigkeit einzelner Teile des Rechtsmittels rügt, sind diese Rügen im Rahmen der Prüfung der betroffenen Rechtsmittelgründe zu behandeln.

Zur Rüge der Unzulässigkeit, die darauf gestützt wird, dass die Rechtsmittelführerinnen versäumt hätten, eine entscheidende Passage des angefochtenen Urteils anzugreifen

32 Impala trägt vor, das Gericht habe jedenfalls in Randnr. 528 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Kommission keine Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung zu der Frage vorgenommen habe, ob der Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung begründen würde, und dass schon allein aus diesem Grund der zweite Klagegrund begründet sei, was für sich allein bereits für die Nichtigkeitserklärung der streitigen Entscheidung ausreiche. Daher wäre das Rechtsmittel selbst dann, wenn einer oder mehrere Rechtsmittelgründe als begründet anerkannt würden, zurückzuweisen, weil die Rechtsmittelführerinnen nicht die Feststellung

angriffen, dass keine Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung durchgeführt worden sei.

33 Insoweit genügt die Feststellung, dass in den einleitenden Bemerkungen der Rechtsmittelschrift in der Aufzählung der spezifisch kritisierten Passagen des angefochtenen Urteils ausdrücklich auf dessen Randnr. 528 sowie auf die Randnrn. 533, 539 und 541, die ebenfalls der Frage der Entstehung kollektiver Marktbeherrschung gewidmet sind, Bezug genommen wird.

34 Unter diesen Umständen kann nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, das Rechtsmittel sei allein auf die Ausführungen des Gerichts zur Frage der Verstärkung einer bereits bestehenden kollektiven beherrschenden Stellung beschränkt und müsse deshalb insgesamt als unzulässig zurückgewiesen werden.

Zur Begründetheit

35 Die sieben Rechtsmittelgründe überschneiden sich unter verschiedenen Aspekten. In der Sache betreffen die Rechtsmittelgründe 1 bis 4 und 7 die Art und Weise der Nachprüfung durch das Gericht, insbesondere in Bezug auf Beweisfragen. Der fünfte Rechtsmittelgrund betrifft den Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung. Gegenstand des sechsten Rechtsmittelgrundes ist die Würdigung der Rüge, die streitige Entscheidung sei unzureichend begründet, durch das Gericht.

36 Die Prüfung der Begründetheit des Rechtsmittels hat mit den Rechtsmittelgründen zu beginnen, die sich darauf beziehen, wie das Gericht die Beweismittel behandelt hat, und zwar an erster Stelle mit dem zweiten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes.

Zum zweiten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes: Rechtsfehler des Gerichts, indem es bei Entscheidungen, mit denen Zusammenschlüsse genehmigt würden, überzogene Beweisanforderungen gestellt habe

— Angefochtenes Urteil

³⁷ Wie u. a. aus den Randnrn. 289, 366 und 459 des angefochtenen Urteils hervorgeht, hat das Gericht untersucht, ob die der streitigen Entscheidung zugrunde liegenden Elemente die Beurteilung rechtfertigen können, zu der die Kommission in dieser Entscheidung gelangt ist, wonach die fraglichen Märkte nicht so transparent seien, dass eine kollektive beherrschende Stellung ermöglicht werde.

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

³⁸ Die Rechtsmittelführerinnen machen mit ihrem dritten Rechtsmittelgrund geltend, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, indem es bei Entscheidungen, mit denen Zusammenschlüsse genehmigt würden, falsche und überzogene Beweisanforderungen gestellt habe. Im Rahmen des zweiten Teils dieses Rechtsmittels tragen sie vor, das Gericht habe die für solche Entscheidungen geltenden Beweisanforderungen falsch interpretiert.

³⁹ Da es Sache der Kommission sei, eine Entscheidung, mit der ein Zusammenschluss untersagt werde, zu untermauern, müsse sie den beabsichtigten Zusammenschluss genehmigen, falls die von ihr gesammelten Beweise nicht dem erhöhten Maßstab genügen, den die Gemeinschaftsgerichte an die Begründung einer solchen Untersagung anlegten, insbesondere wenn die Kommission von einer kollektiven beherrschenden Stellung ausgehe. Wie sich insbesondere aus Art. 10 Abs. 6 der Verordnung ergebe, habe die Kommission nämlich nach dem System der Verordnung einen Zusammenschluss zu genehmigen, wenn sie nicht in der Lage sei, einen Wettbewerbsschaden anhand überzeugender Beweise nachzuweisen.

- 40 Die Rechtsmittelführerinnen machen hierzu ferner geltend, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, indem es nicht davon ausgegangen sei, dass die Kommission, wenn sie einen Zusammenschluss untersage, höhere Beweisanforderungen erfüllen müsse, als wenn sie ihn genehmige, da die Untersagung einen schweren Eingriff in die kommerzielle Freiheit der Anmelder darstelle und für Zusammenschlüsse eine Vermutung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gelte. Nach der Rechtsprechung müsse die Kommission die Begründetheit einer Entscheidung, mit der sie einen Zusammenschluss untersage, nach einem strengeren Kriterium als dem der bloßen Wahrscheinlichkeit („balance of probabilities“) nachweisen, so dass die Kommission bei der Entscheidung, mit der ein Zusammenschluss genehmigt werde, nicht derselben Beweispflicht unterliege wie bei einer Entscheidung, mit der ein Zusammenschluss untersagt werde. Gelte ein strengerer Maßstab als die bloße Wahrscheinlichkeit, habe die Kommission nämlich in Wirklichkeit bei einer Entscheidung, mit der ein Zusammenschluss untersagt werde, lediglich deren Begründetheit zu beweisen. Die Würdigung der streitigen Entscheidung und der von der Kommission herangezogenen Beweise durch das Gericht sei durch die Nichtanwendung eines solchen „asymmetrischen“ Beweismaßstabs geprägt.
- 41 Das Gericht habe folglich einen Rechtsfehler begangen, indem es die Kommission aufgefordert habe, die fehlende Transparenz des Markts für bespielte Tonträger zu beweisen; vielmehr hätte es prüfen müssen, ob anhand der Beweise im Zeitpunkt der streitigen Entscheidung das Bestehen dieser Transparenz rechtlich hinreichend nachweisbar gewesen sei. Dieser Fehler ziehe das gesamte angefochtene Urteil in Mitleidenschaft und betreffe insbesondere unter verschiedenen Gesichtspunkten, die in den einleitenden Bemerkungen der Rechtsmittelschrift ausführlich dargelegt seien, die Randnrn. 381 bis 387, 389, 420, 428, 429 und 433.
- 42 Nach Auffassung von Impala könnte, würde man dem Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen zur Stützung des zweitens Teils des dritten Rechtsmittelgrundes folgen und das Bestehen einer Vermutung zugunsten der Genehmigung von Zusammenschlüssen anerkennen, dies schwerwiegende Auswirkungen auf die Fusionskontrollregelung haben und etwa die Gefahr eines Missbrauchs des Systems mit sich bringen. Dieses Vorbringen berücksichtige weder das empfindliche Gleichgewicht, das die gemeinschaftliche Fusionskontrollregelung zwischen den Privatinteressen und den öffentlichen Interessen herstelle, noch trage es der symmetrischen Doppelverpflichtung der Kommission Rechnung, Zusammenschlüsse, die mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar seien, zu untersagen und mit diesem unvereinbare

Zusammenschlüsse zu genehmigen. Die insoweit gestellten Beweisanforderungen entsprächen dem Kriterium der Wahrscheinlichkeit, und es sei Sache der Kommission, darzutun, was am Wahrscheinlichsten sei. Im Übrigen habe das Gericht zum einen festgestellt, dass die Kommission zwar eine Reihe von überzeugenden Beweisen für die Transparenz der betroffenen Märkte aufgeführt habe, schließlich aber unter Hinweis auf Werberabatte, die „weniger transparent“ seien, zu der Auffassung gelangt sei, dass diese Transparenz nicht ausreiche. Zum anderen habe das Gericht weiter festgestellt, dass dieser Mangel an Transparenz durch die dafür angeführten Beweise nicht bestätigt werde.

43 Im Übrigen trägt Impala zu dem oben in Randnr. 41 wiedergegebenen Vorbringen vor, die Rechtsmittelführerinnen wollten den Gerichtshof dadurch anscheinend zur Überprüfung der Tatsachenwürdigungen des Gerichts veranlassen.

— Würdigung durch den Gerichtshof

44 Zunächst ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass die behauptete Verletzung von Beweisregeln eine Rechtsfrage ist, die mit einem Rechtsmittel angegriffen werden kann (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 8. Juli 1999, Hüls/Kommission, C-199/92 P, Slg. 1999, I-4287, Randnr. 65, und vom 25. Januar 2007, Sumitomo Metal Industries und Nippon Steel/Kommission, C-403/04 P und C-405/04 P, Slg. 2007, I-729, Randnr. 40). Daher kann diesem Vorbringen, soweit Impala im Rahmen ihrer allgemeinen Unzulässigkeitsrüge spezifisch die Unzulässigkeit des dritten Rechtsmittelgrundes insgesamt geltend macht, nicht gefolgt werden.

45 Sachlich steht im Mittelpunkt des zweiten Teils des dritten Rechtsmittelgrundes die These, dass die Beweisanforderungen unterschiedlich seien, je nachdem ob mit der fraglichen Entscheidung ein Zusammenschluss genehmigt oder untersagt wird. Insofern ist unter den Beteiligten unstrittig, dass das Gericht im angefochtenen Urteil in Bezug auf die streitige Entscheidung, mit der ein Zusammenschluss genehmigt wird, dieselben Beweisanforderungen angewandt hat, wie es dies bei einer Entscheidung getan hätte, mit der ein Zusammenschluss untersagt wird.

- 46 Hierzu ist zunächst festzustellen, dass aus dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 und 3 der Verordnung nicht hervorgeht, dass bei Entscheidungen, mit denen ein Zusammenschluss genehmigt wird, andere Beweisanforderungen gelten als bei Entscheidungen, mit denen ein Zusammenschluss untersagt wird.
- 47 Die bei der Fusionskontrolle gebotene Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung, die darin besteht, zu prüfen, inwieweit ein Zusammenschluss die für den Stand des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt maßgebenden Faktoren verändern könnte, um zu ermitteln, ob sich daraus ein erhebliches Hindernis für einen wirksamen Wettbewerb ergeben würde, erfordert es somit, wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, sich die verschiedenen Ursache-Wirkungs-Ketten vor Augen zu führen und von derjenigen mit der größten Wahrscheinlichkeit auszugehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval, C-12/03 P, Slg. 2005, I-987, Randnr. 43).
- 48 Entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen kann daher aus der Verordnung keine allgemeine Vermutung der Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit eines angemeldeten Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt abgeleitet werden.
- 49 Dieser Auslegung der Verordnung steht nicht deren Art. 10 Abs. 6 entgegen, wonach ein angemeldeter Zusammenschluss als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gilt, wenn die Kommission nicht innerhalb der maßgeblichen Frist eine Entscheidung über seine Vereinbarkeit erlassen hat. Diese Bestimmung ist nämlich eine spezifische Ausprägung des Beschleunigungsgebots, das die allgemeine Systematik der Verordnung kennzeichnet und die Kommission im Hinblick auf den Erlass der abschließenden Entscheidung zur Einhaltung strikter Fristen verpflichtet (vgl. insoweit Urteil vom 18. Dezember 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Kommission, C-202/06 P, Slg. 2007, I-12129, Randnr. 39). Sie stellt jedoch eine Ausnahme von der allgemeinen Systematik der Verordnung dar, wie sie sich u. a. aus deren Art. 6 Abs. 1 und 8 Abs. 1 ergibt, wonach die Kommission über die bei ihr angemeldeten Zusammenschlüsse ausdrücklich entscheidet.
- 50 Im Übrigen trifft es zwar zu, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Entscheidungen der Kommission über die Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen

mit dem Gemeinsamen Markt durch hinreichend signifikante und überzeugende Beweismittel erhärtet werden müssen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 31. März 1998, Frankreich u. a./Kommission, Kali & Salz, C-68/94 und C-30/95, Slg. 1998, I-1375, Randnr. 228) und dass im Zusammenhang der Untersuchung eines Zusammenschlusses des Konglomerattyps die Beschaffenheit der von der Kommission zum Nachweis der Erforderlichkeit einer Entscheidung, mit der dieser Zusammenschluss für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird, vorgelegten Beweismittel besonders bedeutsam ist (vgl. Urteil Kommission/Tetra Laval, Randnr. 44).

- 51 Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass die Kommission, insbesondere wenn sie von einer kollektiven beherrschenden Stellung ausgeht, bei Entscheidungen, mit denen Zusammenschlüsse untersagt werden, höhere Beweisanforderungen einhalten muss als bei Entscheidungen, mit denen sie genehmigt werden. In dieser Rechtsprechung kommt nämlich lediglich die Hauptfunktion des Beweises zum Ausdruck, die darin besteht, von der Richtigkeit einer These zu überzeugen oder, wie im Bereich der Fusionskontrolle, die Beurteilungen, auf denen die Entscheidungen der Kommission beruhen, zu untermauern (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Tetra Laval, Randnrn. 41 und 44). Zudem kann der alleinige Umstand, dass von einer kollektiven beherrschenden Stellung ausgegangen wird oder nicht, nicht die geltenden Beweisanforderungen beeinflussen. Insoweit stellt die Komplexität, die stets gegeben ist, wenn einem angemeldeten Zusammenschluss ein Wettbewerbshindernis entgegengehalten wird, einen Gesichtspunkt dar, der bei der Beurteilung der Plausibilität der verschiedenen Folgen dieses Zusammenschlusses, um unter ihnen die wahrscheinlichste zu bestimmen, zu berücksichtigen ist, doch beeinflusst diese Komplexität für sich allein nicht die Höhe der Beweisanforderungen.
- 52 Infolgedessen hat die Kommission, wenn sie gemäß der Verordnung mit einem Zusammenschluss befasst wird, grundsätzlich entweder für dessen Genehmigung oder für dessen Untersagung Stellung zu beziehen, je nachdem, welche wirtschaftliche Entwicklung des Zusammenschlusses sie für die wahrscheinlichste hält.
- 53 Folglich meinen die Rechtsmittelführerinnen zu Unrecht, das Gericht hätte, da es um eine Entscheidung gehe, mit der ein Zusammenschluss genehmigt werde, lediglich prüfen dürfen, ob die Kommission bei Anwendung erhöhter Beweisanforderungen den streitigen Zusammenschluss habe untersagen können. Daher ist zu den

spezifischen Rügen betreffend die oben in Randnr. 41 genannten Randnummern des angefochtenen Urteils, ohne dass über ihre Zulässigkeit zu befinden wäre, festzustellen, dass sie, da ihre Prämisse der Grundlage entbehrt, jedenfalls keinen Erfolg haben können.

54 Nach alledem ist der zweite Teil des dritten Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen.

Zum ersten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler des Gerichts, indem es den Inhalt der streitigen Entscheidung auf der Grundlage der Mitteilung der Beschwerdepunkte beurteilt habe

— Angefochtenes Urteil

55 In zahlreichen Passagen des angefochtenen Urteils, insbesondere den Randnrn. 379, 424 und 446, verweist das Gericht auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte, um seine Auffassung zu untermauern, und zwar sowohl hinsichtlich des Rechtsmittelgrundes, die Begründung der streitigen Entscheidung sei unzureichend, als auch des Rechtsmittelgrundes, der Entscheidung lägen offensichtliche Beurteilungsfehler zugrunde.

56 Im Rahmen der Prüfung des Rechtsmittelgrundes, die Begründung der streitigen Entscheidung sei unzureichend, hat das Gericht insbesondere Folgendes ausgeführt:

„282 Zunächst ist zu prüfen, welche Auswirkungen der von [Impala] hervorgehobene Umstand hat, dass die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte sehr deutlich zu dem Schluss kam, dass der Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sei, weil insbesondere bereits vor dem geplanten Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung bestanden habe und der Tonträgermarkt sehr transparent sei und die Koordinierung in besonderem Maße begünstige.

- 283 Dieser völlige Umschwung in der Auffassung der Kommission mag zwar überraschend sein, vor allem angesichts der Verspätung, mit der er erfolgte. Wie nämlich aus den Akten und der Verhandlung vor dem Gericht hervorgeht, vertrat die Kommission während des gesamten Verwaltungsverfahrens aufgrund der Informationen, die sie während der fünfmonatigen Untersuchung von den einzelnen Marktteilnehmern und den Parteien des Zusammenschlusses erhalten hatte, die Auffassung, dass der Markt so transparent sei, dass die Preise stillschweigend koordiniert werden könnten, und nahm erst nach dem Vorbringen der Parteien des Zusammenschlusses im Beistand ihres Wirtschaftsberaters bei der Anhörung vom [14.] und [15.] Juni 2004 ohne erneute Marktuntersuchungen den gegenteiligen Standpunkt ein und sandte den Entwurf der Entscheidung am 1. Juli 2004 an den Beratenden Ausschuss.
- 284 Wie die Kommission jedoch zu Recht ausführt, geht aus der Rechtsprechung hervor (Urteil [vom 17. November 1987], [British American Tobacco] und Reynolds [Industries]/Kommission, [142/84 und 156/84, Slg. 1987, 4487]), dass es für die Ablehnung eines gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [81] und [82] des Vertrages (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204), gestellten Antrags durch die Kommission ausreicht, dass diese darlegt, weshalb sie keinen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln glaubte feststellen zu können. Sie ist dabei nicht verpflichtet, eventuelle Abweichungen von der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erklären, da es sich bei dieser um ein vorbereitendes Schriftstück handelt, dessen Wertungen lediglich vorläufiger Natur sind und der Festlegung des Gegenstands des Verwaltungsverfahrens im Verhältnis zu den Unternehmen dienen, gegen die sich dieses Verfahren richtet; die Kommission braucht dabei auch nicht auf alle sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkte einzugehen, die im Verwaltungsverfahren behandelt worden sind. Im Urteil [vom 7. Januar 2004], Aalborg Portland u. a./Kommission ([C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, Slg. 2004, I-123]), habe der Gerichtshof auf die vorläufige Natur einer Mitteilung der Beschwerdepunkte und auf die Verpflichtung der Kommission hingewiesen, die Ergebnisse des Verwaltungsverfahrens zu berücksichtigen, um u. a. Beschwerdepunkte fallen zu lassen, die sich als nicht ausreichend begründet erwiesen haben.
- 285 Diese Rechtsprechung ist zwar zu den Verfahren zur Durchführung der Artikel 81 EG und 82 EG entwickelt worden und nicht im spezifischen Bereich der Fusionskontrolle, in dem das Erfordernis, dass die Kommission beim Erlass von Entscheidungen zwingende Fristen einzuhalten hat, diese

an einer Verlängerung ihrer Untersuchung hindert und damit eine völlige Änderung des Standpunkts umso unwahrscheinlicher macht, je weiter das Verwaltungsverfahren fortschreitet. In ihren Schlussbemerkungen wies die Kommission im Übrigen darauf hin, dass die nach der Anhörung durchgeführten Untersuchungsmaßnahmen im Wesentlichen darin bestanden hätten, die Marktteilnehmer wegen der vorgeschlagenen Verpflichtungen zu konsultieren, und nicht die Rügen betroffen hätten, die gegen das angemeldete Zusammenschlussvorhaben erhoben worden seien. Nichtsdestoweniger stellt die Mitteilung der Beschwerdepunkte jedoch nur eine vorbereitende Handlung dar, und die endgültige Entscheidung ist nur im Hinblick auf alle Umstände und Gesichtspunkte zu begründen, die für die Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb auf dem Referenzmarkt maßgeblich sind. Wenn die Kommission in ihrer Entscheidung die Änderungen ihres Standpunkts im Vergleich zu dem in der Mitteilung der Beschwerdepunkte vertretenen Standpunkt nicht begründet haben sollte, könnte darin allein somit keine fehlende oder unzureichende Begründung liegen.“

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 57 Die Rechtsmittelführerinnen machen geltend, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, indem es die Mitteilung der Beschwerdepunkte unter Verletzung der Verteidigungsrechte als Maßstab für die sachliche Bewertung der streitigen Entscheidung herangezogen habe.
- 58 Deshalb könne der Vergleich, den das Gericht zwischen der streitigen Entscheidung und den vorläufigen Ergebnissen, zu denen die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte gelangt sei, gezogen habe, nicht die im angefochtenen Urteil enthaltenen Ergebnisse hinsichtlich der Begründung der streitigen Entscheidung und der darin festgehaltenen Beurteilung der Kommission stützen. Die Rechtsmittelführerinnen führen insoweit hinsichtlich der Beurteilung der Begründung der streitigen Entscheidung durch das Gericht die Randnrn. 300, 302 und 308 des angefochtenen Urteils an. Darüber hinaus beanstanden sie hinsichtlich der Prüfung des offensichtliche Beurteilungsfehler betreffenden Vorbringens durch das Gericht in ihrer Rechtsmittelschrift die Randnrn. 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 491, 532 und 538 des angefochtenen Urteils.

59 Die Kommission macht zur Unterstützung des Vorbringens der Rechtsmittelführerinnen zu diesem Rechtsmittelgrund geltend, das Gericht prüfe entgegen der von ihm selbst in Randnr. 284 des angefochtenen Urteils angeführten Rechtsprechung, auf die es nur „rein der Form halber verweist“, hinsichtlich der Fragen, ob die streitige Entscheidung hinreichend begründet sei, und betreffend den Rechtsmittelgrund eines materiellen Fehlers, ob sie tatsächliche oder offensichtliche Beurteilungsfehler enthalte, nicht die streitige Entscheidung als solche, sondern konzentriere sich in seinem Urteil auf die Frage, ob die Mitteilung der Beschwerdepunkte etwa unbegründet sei. So folgere das Gericht daraus, dass in der Mitteilung der Beschwerdepunkte bestimmte Umstände nicht erwähnt worden seien, dass sie für die Beurteilung der Folgen des Zusammenschlusses allgemein keine Bedeutung haben könnten. Zudem habe das Gericht, obwohl die Kommission bestimmte Folgerungen, die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte eher als Behauptung formuliert gewesen seien, in der streitigen Entscheidung präziser dargelegt habe, bei seiner Kontrolle auf die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte enthaltene Beurteilung abgestellt.

60 Impala macht geltend, das Gericht habe sich darauf beschränkt, Auszüge aus der Mitteilung der Beschwerdepunkte anzuführen, um die Unstimmigkeiten innerhalb der streitigen Entscheidung und das Fehlen einer Grundlage für die in ihr enthaltenen Feststellungen hervorzuheben. Das Gericht habe ausdrücklich anerkannt, dass die Mitteilung der Beschwerdepunkte ein vorbereitendes Schriftstück sei, dass die darin enthaltenen Feststellungen rein vorläufiger Natur seien und dass die Kommission Abweichungen zwischen ihr und der streitigen Entscheidung nicht zu erklären brauche.

— Würdigung durch den Gerichtshof

61 Wie aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervorgeht, erfordert es der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens, der einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts darstellt und insbesondere Bestandteil der Verteidigungsrechte ist, dem betroffenen Unternehmen im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zu geben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der von der Kommission angeführten Tatsachen und Umstände sowie zu den von ihr zur Stützung ihrer Behauptung, dass eine Zuwiderhandlung gegen den EG-Vertrag vorliege, herangezogenen Schriftstücken sachgerecht Stellung zu nehmen (vgl. u. a. Urteile vom 23. Oktober 1974, *Transocean Marine Paint Association/Kommission*, 17/74, Slg. 1974, 1063, Randnr. 15, vom 7. Juni 1983, *Musique Diffusion française u. a./Kommission*, 100/80 bis 103/80,

Slg. 1983, 1825, Randnr. 10, Kali & Salz, Randnr. 174, sowie Aalborg Portland u. a./Kommission, Randnr. 66).

- 62 Für die der Verordnung unterliegenden Fusionskontrollverfahren ist dieser Grundsatz in Art. 18 Abs. 3 Satz 2 der Verordnung und, ausführlicher, in Art. 13 Abs. 2 der Durchführungsverordnung enthalten. Diese Bestimmungen verlangen im Wesentlichen insbesondere, dass die Kommission Einwände den Anmeldern schriftlich mitteilt und ihnen eine Frist zur schriftlichen Äußerung setzt.
- 63 Aus der Rechtsprechung zu den Artikeln 81 EG und 82 EG ergibt sich im Wege der Analogie, dass die Mitteilung der Beschwerdepunkte eine vorbereitende Verfahrenshandlung ist, die, um die wirksame Ausübung der Verteidigungsrechte zu ermöglichen, den Gegenstand des von der Kommission eingeleiteten Verwaltungsverfahrens festlegt und diese somit daran hindert, in ihrer das betreffende Verfahren abschließenden Entscheidung andere Beschwerdepunkte in Betracht zu ziehen (vgl. insbesondere Beschluss vom 18. Juni 1986, *British American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission*, 142/84 und 156/84, Slg. 1986, 1899, Randnrn. 13 und 14). Die Mitteilung der Beschwerdepunkte hat daher vorläufigen Charakter und ist Änderungen anlässlich der späteren Beurteilung zugänglich, die die Kommission auf der Grundlage der von den Beteiligten vorgelegten Stellungnahmen und weiterer Tatsachenfeststellungen vornimmt (vgl. in diesem Sinne Urteil *SGL Carbon/Kommission*, Randnr. 62). Die Kommission muss nämlich die Ergebnisse des gesamten Verwaltungsverfahrens berücksichtigen, sei es, um bestimmte Beschwerdepunkte fallen zu lassen, die nicht ausreichend begründet sind, sei es, um ihre Argumente, auf die sie die aufrechterhaltenen Beschwerdepunkte stützt, in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht neu zu ordnen oder zu ergänzen. Die Mitteilung der Beschwerdepunkte hindert daher die Kommission keineswegs daran, ihre Auffassung zugunsten der betroffenen Unternehmen zu ändern (vgl. Beschluss *British American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission*, Randnr. 13).
- 64 Somit ist die Kommission nicht an ihre tatsächlichen oder rechtlichen Beurteilungen in diesem Schriftstück gebunden. Im Gegenteil, sie muss ihre abschließende Entscheidung mit ihrer endgültigen Beurteilung, die auf den Ergebnissen ihrer gesamten Untersuchung beruht, wie sie beim Abschluss des förmlichen Verfahrens

vorliegen, begründen (vgl. entsprechend Beschluss British American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission, Randnr. 15).

- 65 Im Übrigen ist die Kommission nicht verpflichtet, eventuelle Unterschiede gegenüber ihrer vorläufigen Beurteilung in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erläutern (vgl. in diesem Sinne Beschluss British American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission, Randnr. 15, und Urteil British American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission, Randnr. 70).
- 66 An der vorläufigen Natur der Mitteilung der Beschwerdepunkte ändert auch der Umstand nichts, dass die Kommission bei der Fusionskontrolle, anders als im Anwendungsbereich der Art. 81 EG und 82 EG, strengen Verfahrensfristen unterliegt. Die wirksame Ausübung der Verteidigungsrechte erfordert es nämlich, dass das Vorbringen der an einem Zusammenschlussvorhaben Beteiligten im Fusionskontrollverfahren keine geringere Berücksichtigung finden darf als das der betroffenen Unternehmen in den Verfahren nach Art. 81 EG oder 82 EG.
- 67 Das Gericht hat zwar im angefochtenen Urteil, insbesondere in den Randnrn. 284 und 285, den vorbereitenden Charakter der Mitteilung der Beschwerdepunkte auch im Bereich der Fusionskontrolle ausdrücklich anerkannt. Es hat ferner anerkannt, dass die Kommission entsprechend der Rechtsprechung zu den Art. 81 EG und 82 EG nicht verpflichtet ist, eventuelle Abweichungen von der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erklären.
- 68 Angesichts des oben in den Randnrn. 58 und 59 dargelegten Vorbringens der Rechtsmittelführerinnen und der Kommission sind jedoch deren Vorwürfe zu einer Reihe konkreter Bezugnahmen des Gerichts auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte im Rahmen seiner Prüfung der Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung zu prüfen.
- 69 Insoweit geht aus der Rechtsprechung hervor, dass im Bereich der Fusionskontrolle, in dem die Kommission in Wirtschaftsfragen über einen Beurteilungsspielraum verfügt, die Kontrolle durch das Gericht zwar auf die Nachprüfung der materiellen Richtigkeit des Sachverhalts und auf offensichtliche Beurteilungsfehler beschränkt

ist, doch ist die Richtigkeit, Vollständigkeit und Belastbarkeit der einer Entscheidung zugrunde gelegten Tatsachen der gerichtlichen Prüfung zugänglich (vgl. in diesem Sinne Urteile Kommission/Tetra Laval, Randnr. 39, und vom 22. November 2007, Spanien/Lenzing, C-525/04 P, Slg. 2007, I-9947, Randnrn. 56 und 57). Insbesondere so kann der Gemeinschaftsrichter nämlich überprüfen, ob die für die Wahrnehmung des Beurteilungsspielraums maßgeblichen sachlichen und rechtlichen Umstände vorgelegen haben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. November 1991, Technische Universität München, C-269/90, Slg. 1991, I-5469, Randnr. 14). Folglich kann das Gericht ungeachtet des vorbereitenden und vorläufigen Charakters der Mitteilung der Beschwerdepunkte und trotz des Umstands, dass die Kommission nicht verpflichtet ist, eventuelle Abweichungen von der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erklären, nicht stets daran gehindert sein, zur Auslegung einer Entscheidung der Kommission, insbesondere bei der Prüfung von deren Tatsachenbasis, die Mitteilung der Beschwerdepunkte heranzuziehen.

- 70 So haben beispielsweise die Bezugnahmen auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte, die das Gericht in den Randnrn. 300, 302 und 308 des angefochtenen Urteils im Rahmen der Beurteilung der Begründung der streitigen Entscheidung vornimmt, wie die Generalanwältin in den Nrn. 165 und 166 ihrer Schlussanträge feststellt, rein illustrativen Charakter oder sind sogar überflüssig. Gleiches gilt für einige der von den Rechtsmittelführerinnen angeführten Randnummern des angefochtenen Urteils zur Beurteilung des offensichtliche Beurteilungsfehler betreffenden Vorbringens durch das Gericht, nämlich die Randnrn. 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 und 538 des angefochtenen Urteils, die lediglich illustrieren und ergänzen sollen, was das Gericht ohnehin bereits unmittelbar aus der streitigen Entscheidung abgeleitet hatte.
- 71 Jedoch geht aus einigen im angefochtenen Urteil enthaltenen Bezugnahmen auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte hervor, dass das Gericht trotz seiner eigenen Aussagen zu deren vorläufigem Charakter den Inhalt dieser Mitteilung, den es in Randnr. 410 des angefochtenen Urteils als „früher getroffene Tatsachenfeststellungen“ einordnet, für belastbarer und maßgeblicher erachtet hat als die Feststellungen in der streitigen Entscheidung selbst.
- 72 Das Gericht hat sich insoweit auf eine Unterscheidung gestützt zwischen solchen „früher getroffenen Tatsachenfeststellungen“ einerseits und „Beurteilungen“, bei

denen eine rechtswirksame Änderung eher möglich sei, andererseits. Insbesondere ordnet das Gericht die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte enthaltene Feststellung, dass „hinreichend Beweise dafür vorliegen, dass die Majors Einblick in die Konditionen des jeweils anderen Unternehmens haben“, nicht als „Beurteilung der Kommission ..., die Änderungen unterliegen könnte“ ein, sondern als „Tatsachenfeststellung, die sich aus der Untersuchung der Kommission ergibt“. Diese Feststellung des Gerichts ist vor dem Hintergrund anderer Feststellungen zu verstehen, die es im angefochtenen Urteil vorher getroffen hat. So führt das Gericht in Randnr. 335 insbesondere aus, dass „die Beurteilungen in der [streitigen] Entscheidung mit den Tatsachenfeststellungen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte vereinbar sein [müssen], sofern nicht erwiesen ist, dass diese unzutreffend waren“. Zudem führt das Gericht in Randnr. 378 aus: „Die Schlüsse, die aus [den angeführten Beweisen] in der [streitigen] Entscheidung gezogen wurden, heben sich auch sehr deutlich von den Feststellungen ab, die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte getroffen worden waren.“

73 Das Gericht hat sich somit nicht damit begnügt, die Mitteilung der Beschwerdepunkte als Instrument zur Überprüfung der Richtigkeit, Vollständigkeit und Belastbarkeit der Tatsachenbasis der streitigen Entscheidung heranzuziehen. Denn es hat eine bestimmte Kategorie von in der Mitteilung der Beschwerdepunkte enthaltenen Feststellungen, obwohl sie nur als vorläufig angesehen werden können, als nachgewiesen eingestuft.

74 Diese Betrachtungsweise der Mitteilung der Beschwerdepunkte ergibt sich auch aus weiteren Randnummern des angefochtenen Urteils. So beanstandet das Gericht in den Randnrn. 409 und 410, dass die Kommission „früher [in der Mitteilung der Beschwerdepunkte] getroffene Tatsachenfeststellungen“ nicht widerrufen hat. Weiter wirft es den Rechtsmittelführerinnen und der Kommission in Randnr. 424 des angefochtenen Urteils vor, sie hätten nicht „behauptet oder gar bewiesen“, dass eine in der Mitteilung der Beschwerdepunkte enthaltene „Feststellung“ unzutreffend sei. Ebenso heißt es in Randnr. 446 des angefochtenen Urteils: „Die Behauptung, es habe keinen Beweis dafür gegeben, dass die Preisnachlässe die Preise erheblich beeinflusst hätten, stellt ... eher eine Tatsachenfeststellung als eine Beurteilung dar.“ Im Übrigen wird der Kommission in den Randnrn. 398, 419, 447 und 451 des angefochtenen Urteils vorgeworfen, sich in der streitigen Entscheidung in erheblichem Maße auf den Einfluss von „Werberabatten“ gestützt zu haben, während sie es, wie das Gericht in Randnr. 447 ausführt, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte „nicht einmal für nötig [hielt], die Werberabatte zu erwähnen“.

- 75 Wie jedoch die Kommission hervorhebt, kann es sein, dass die Anmelder durch ihre Antworten auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte ihren „Standpunkt“ zum Funktionieren des oder der fraglichen Märkte in einer Weise ergänzen oder klarstellen, dass neue Umstände berücksichtigt oder von der Kommission bereits geprüfte Tatsachen von einer völlig anderen Warte aus betrachtet werden können. Unter solchen Umständen kann die Kommission bestimmte, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte getroffene konkrete Feststellungen, auch ohne deren Unbegründetheit nachzuweisen, in dem geänderten Kontext ganz anders beurteilen. Diese Möglichkeit hat das Gericht in dem angefochtenen Urteil, indem es sich auf die Abweichungen zwischen der vor ihm angefochtenen streitigen Entscheidung und den „früher [in der Mitteilung der Beschwerdepunkte] getroffenen Tatsachenfeststellungen“ konzentriert, offenbar ausgeschlossen. Wie von der Kommission geltend gemacht, scheint nämlich der Ansatz des Gerichts, wie er sich aus bestimmten Randnummern des angefochtenen Urteils ergibt, auf der Annahme zu beruhen, dass die vorläufigen Ergebnisse der Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nach wie vor auf eindeutige Beweise gestützt sind. Abgesehen von etwaigen unbestrittenen Umständen, die z. B. aufgrund ihrer empirischen und nachprüfbaren Natur so offensichtlich sind, dass sie unbestreitbar sind, kann jedoch nicht unterstellt werden, dass die Feststellungen in einer Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht aufgrund der Antworten auf sie geändert werden können. Im Übrigen ist selbst für den Fall, dass das Gericht befugt wäre, zwischen tatsächlichen Feststellungen und Beurteilungen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu unterscheiden, festzustellen, dass es in den Randnrn. 379 und 446 des angefochtenen Urteils bestimmte komplexe Beurteilungen, die keineswegs als unveränderliche tatsächliche Feststellungen angesehen werden können, als tatsächliche Feststellungen eingeordnet hat.
- 76 Daher ist festzustellen, dass das Gericht einen Rechtsfehler begangen hat, soweit es bestimmte Feststellungen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte bei der Prüfung des offensichtliche Beurteilungsfehler betreffenden Vorbringens als nachgewiesen betrachtet hat, ohne die Gründe anzuführen, aus denen sie ungeachtet des von der Kommission in der streitigen Entscheidung eingenommenen endgültigen Standpunkts als unbestreitbar nachgewiesen anzusehen sein sollten.
- 77 Dieser Fehler ist allerdings für sich allein nicht geeignet, die Würdigung des Gerichts in Randnr. 377 des angefochtenen Urteils in Frage zu stellen, dass „[d]ie in der [streitigen] Entscheidung angeführten Beweise ... die aus ihnen gezogenen Schlüsse nicht stützen [können]“. Er kann folglich nicht für sich allein zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen. Daher sind die weiteren Rechtsmittelgründe zu prüfen.

Zum zweiten Rechtsmittelgrund und zum ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes: Rechtsfehler des Gerichts, indem es von der Kommission verlangt habe, im Anschluss an die Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte weitere Nachprüfungen anzustellen, und an die in Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgelegten Beweise überzogene Anforderungen gestellt habe

— Angefochtenes Urteil

- 78 Das Gericht stellt in Randnr. 414 des angefochtenen Urteils im Rahmen der Prüfung des offensichtliche Beurteilungsfehler betreffenden Klagegrundes insbesondere fest, dass „die Parteien des Zusammenschlusses nicht bis zum letzten Augenblick warten können, um der Kommission Beweise vorzulegen, mit denen die von der Kommission rechtzeitig vorgebrachten Beschwerdepunkte widerlegt werden sollen, denn die Kommission wäre dann nicht mehr in der Lage, die erforderlichen Ermittlungen anzustellen. Zumindest müssen in diesem Fall die Beweise besonders zuverlässig, objektiv, relevant und überzeugend sein, wenn sie geeignet sein sollen, die von der Kommission vorgebrachten Beschwerdepunkte mit Erfolg zu widerlegen.“
- 79 Weiter führt das Gericht in Randnr. 415 des angefochtenen Urteils aus, dass die Kommission „nicht so weit gehen [darf], dass sie die Verantwortung für die Durchführung bestimmter Teile der Untersuchung ohne Aufsicht an die Parteien des Zusammenschlusses delegiert, insbesondere wenn, wie im vorliegenden Fall, diese Teile den ausschlaggebenden Gesichtspunkt darstellen, auf dem die [streitige] Entscheidung beruht, und wenn die von den Parteien des Zusammenschlusses vorgebrachten Angaben und Beurteilungen den von der Kommission während ihrer Untersuchung eingeholten Informationen und den hieraus gezogenen Schlüssen diametral entgegengesetzt sind“.
- 80 An verschiedenen Stellen im angefochtenen Urteil, u. a. in dessen Randnrn. 398, 428 und 451, stellt das Gericht fest, die Kommission habe im Anschluss an die Antwort der an dem Zusammenschluss Beteiligten auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte keine neuen Marktuntersuchungen zur Prüfung der Stichhaltigkeit der Neuorientierung ihrer Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens durchgeführt.

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 81 Mit dem zweiten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, indem es entschieden habe, die Kommission sei verpflichtet, im Anschluss an die Mitteilung der Beschwerdepunkte neue Marktuntersuchungen durchzuführen. Daher sei seine Feststellung, die Kommission habe Beurteilungs- und Begründungsfehler begangen, weil sie keine weiteren Nachprüfungen angestellt habe, ohne Grundlage.
- 82 Mit dem ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes, der gemeinsam mit dem zweiten Rechtsmittelgrund zu behandeln ist, machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, das Gericht habe in Randnr. 414 des angefochtenen Urteils in Wirklichkeit suggeriert, dass von den Anmeldern in Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgelegte Entlastungsbeweise höheren Anforderungen unterlägen als die von der Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zur Untermauerung ihrer Einwände angeführten Beweise.
- 83 Die Kommission trägt zur Unterstützung der Rechtsmittelführerinnen erstens vor, angesichts der kurzen Fristen, an die sie nach der Verordnung gebunden sei, müsse sie sich auf die von den Rechtsmittelführerinnen in der Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte, die zum förmlichen Verfahren gehöre, vorgelegten Beweise stützen können. Ebenso wie die Rechtsmittelführerinnen erinnert sie daran, dass die Verordnung Geldbußen oder Zwangsgelder für den Fall vorsehe, dass unrichtige oder irreführende Angaben gemacht würden, und der Kommission die Befugnis verleihe, eine Entscheidung zu widerrufen, wenn sie auf unrichtigen Angaben beruhe, die von einem der beteiligten Unternehmen zu vertreten seien, oder wenn sie arglistig herbeigeführt worden sei.
- 84 Zweitens weise die Randnr. 414 des angefochtenen Urteils, in der das Gericht seinen in den Randnrn. 415 bis 457 bei einer Reihe von Beweisen verfolgten Ansatz erläutert, mehrere Rechtsfehler auf, die insbesondere die Beweiskraft der in Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgelegten Beweise betreffen.

85 Impala trägt vor, das Gericht habe die nach der Verordnung vorgesehenen strikten Fristen berücksichtigt. Es habe lediglich festgestellt, dass die Kommission keine zusätzliche Marktuntersuchung durchgeführt habe, ohne zu erläutern, ob nach der Anhörung Marktuntersuchungen durchzuführen gewesen wären. Nach Auffassung von Impala hätte die Kommission die Problematik der Transparenz und der Rabatte vor der Mitteilung der Beschwerdepunkte untersuchen müssen.

86 Zum ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes macht Impala geltend, aus Randnr. 414 des angefochtenen Urteils gehe hervor, dass das Gericht auf eine theoretische Situation verweise, in der die Beteiligten eines Zusammenschlusses Beweise im allerletzten Augenblick vorlegten und der Kommission keine Möglichkeit ließen, die erforderlichen Ermittlungen anzustellen. Ferner ergebe sich aus dieser Randnummer zwingend, dass das Gericht nicht gemeint habe, dass die Kommission diese Problematik nach der Anhörung hätte untersuchen müssen, sondern dass sie dies vielmehr während des förmlichen Verfahrens hätte tun müssen.

— Würdigung durch den Gerichtshof

87 Die oben in Randnr. 86 dargelegte Auffassung von Impala, die Randnr. 414 des angefochtenen Urteils beziehe sich auf eine hypothetische Situation, ist ohne Weiteres zurückzuweisen. Eine solche Auslegung der Randnr. 414 wird bereits durch deren Wortlaut widerlegt, aus dem hervorgeht, dass die im Rahmen des ersten Teils des dritten Rechtsmittelgrundes beanstandeten Bemerkungen des Gerichts sich auf das Verfahren bezogen, das zum Erlass der streitigen Entscheidung führte.

88 Sodann ist daran zu erinnern, dass, wie aus den Randnrn. 61 und 62 des vorliegenden Urteils hervorgeht, in Fusionskontrollverfahren die Beachtung der Verteidigungsrechte vor dem Erlass jeder Entscheidung, die die betroffenen Unternehmen beschweren kann, zwingend ist.

89 Deshalb kann es den Anmeldern grundsätzlich nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie bestimmte, möglicherweise fallentscheidende Argumente, Tatsachen oder

Beweismittel erst im Rahmen ihres Vorbringens in Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte präsentieren. Denn erst dieser Mitteilung können die Beteiligten des Zusammenschlusses im Detail entnehmen, welche Einwände die Kommission gegen ihr Zusammenschlussvorhaben erhebt und auf welche Argumente und Beweismittel sie sich hierzu stützt. Wie aus Randnr. 62 des vorliegenden Urteils hervorgeht, folgt aus den in Art. 18 Abs. 3 Satz 2 der Verordnung und Art. 13 Abs. 2 der Durchführungsverordnung verankerten Verteidigungsrechten der anmeldenden Unternehmen, dass diese das Recht haben, im Rahmen ihrer schriftlichen und mündlichen Anhörung nach Erhalt der Mitteilung der Beschwerdepunkte alles vorzubringen, was sie für geeignet halten, um die Beschwerdepunkte der Kommission zu entkräften und diese zu einer Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens zu bewegen. Entgegen der Auffassung des Gerichts, wie sie u. a. aus Randnr. 414 des angefochtenen Urteils hervorgeht, ist Vorbringen in der Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte Teil der im Rahmen des förmlichen Verfahrens durchzuführenden Untersuchung. Ein solches Vorbringen ist nicht verspätet, sondern erfolgt zum dafür vorgesehenen Zeitpunkt im Fusionskontrollverfahren.

- 90 Im Übrigen ist auch daran zu erinnern, dass, wie aus Randnr. 49 des vorliegenden Urteils hervorgeht, das Beschleunigungsgebot, das die allgemeine Systematik der Verordnung kennzeichnet, die Kommission im Hinblick auf den Erlass der abschließenden Entscheidung zur Einhaltung strikter Fristen verpflichtet.
- 91 Daher kann die Kommission insbesondere angesichts der zeitlichen Zwänge, die aus den in der Verordnung vorgesehenen Verfahrensfristen folgen, grundsätzlich nicht in jedem Einzelfall verpflichtet sein, nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte und der Anhörung der betroffenen Unternehmen kurz vor der Übersendung ihres Entscheidungsentwurfs an den Beratenden Ausschuss für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen gemäß Art. 19 der Verordnung noch umfangreiche Auskunftsverlangen an zahlreiche Marktteilnehmer zu versenden.
- 92 Zudem kann, wie die Kommission hervorhebt, in der Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte besonderes Augenmerk auf Gesichtspunkte gerichtet werden, die die Anmelder als für den Ausgang des förmlichen Verfahrens ausschlaggebend ansehen. Solche Gesichtspunkte wurden möglicherweise in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht als ausschlaggebend betrachtet. Die Nichtberücksichtigung dieser Gesichtspunkte kann jedoch Teil der Beanstandungen sein, die die anmeldenden Unternehmen gegen die vorläufige Beurteilung der Kommission vorbringen.

Im Hinblick auf die Erfordernisse der Verteidigungsrechte dürfen an das Vorbringen der Anmelder in der Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte keine höheren Anforderungen in Bezug auf seinen Beweiswert und seine Überzeugungskraft gestellt werden als an das Vorbringen von Wettbewerbern, Kunden und sonstigen Dritten, die von der Kommission im Lauf des Verwaltungsverfahrens befragt werden, oder an das Vorbringen der anmeldenden Unternehmen in einem früheren Stadium der Untersuchung der Kommission.

93 Außerdem stellt es keine „Delegation“ der Ermittlungen an die anmeldenden Unternehmen dar, wenn die Kommission in ihrer Entscheidung deren Verteidigungsvorbringen prüft und es zum Anlass nimmt, ihre in der Mitteilung der Beschwerdepunkte enthaltenen vorläufigen Schlussfolgerungen zu überdenken und gegebenenfalls davon abzuweichen. Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Art. 14 und 15 der Verordnung Geldbußen oder Zwangsgelder für den Fall vorsehen, dass unrichtige oder irreführende Angaben gemacht werden, und dass die Kommission nach Art. 8 Abs. 5 Buchst. a der Verordnung eine Entscheidung widerrufen kann, wenn sie auf unrichtigen Angaben beruht, die von einem der beteiligten Unternehmen zu vertreten sind, oder wenn sie arglistig herbeigeführt worden ist.

94 Zwar ist die Kommission gehalten, das Vorbringen der Beteiligten des Zusammenschlusses sorgfältig auf seine Richtigkeit, Vollständigkeit und Überzeugungskraft zu überprüfen und es bei berechtigten Zweifeln daran unberücksichtigt zu lassen. Außerdem trifft es zu, dass nach Art. 3 Abs. 1 der Durchführungsverordnung die Angaben in der Anmeldung des Zusammenschlusses vollständig und richtig sein müssen, dass nach Art. 11 der Verordnung die Anmelder verpflichtet sind, etwaige Auskunftsverlangen der Kommission umfassend, wahrheitsgemäß und fristgerecht zu beantworten, und dass die Kommission, falls die fraglichen Auskünfte durch Entscheidung verlangt wurden, bei Verstoß dagegen nach den Art. 14 und 15 der Verordnung Geldbußen und Zwangsgelder festsetzen kann. Doch muss die Kommission im Stadium der Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte, da sonst die Verteidigungsrechte der Anmelder entwertet würden, dieselben Kriterien wie bei der Überprüfung des Vorbringens Dritter oder wie die in einem früheren Stadium der Untersuchung der Kommission geltenden Kriterien anwenden, wobei es ihr unbenommen bleibt, die geeigneten Folgerungen zu ziehen, falls sich in einem sehr fortgeschrittenen Verfahrensstadium herausstellt, dass die Anmeldung nicht den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 der Durchführungsverordnung genügt.

95 Folglich hat das Gericht einen Rechtsfehler begangen, indem es zum einen im Wesentlichen verlangt, dass die Kommission an die Überzeugungskraft der

Beweismittel und des Vorbringens der Anmelder in der Antwort auf eine Mitteilung der Beschwerdepunkte besonders hohe Ansprüche stellt, und zum anderen daraus schließt, dass, wenn die Kommission, ohne nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte weitere Marktuntersuchungen durchzuführen, das Verteidigungsvorbringen der Rechtsmittelführerinnen übernimmt, dies einer rechtswidrigen Delegation der Untersuchung an die Beteiligten des Zusammenschlusses gleichkommt.

- 96 Dieser Rechtsfehler betrifft jedoch nicht das gesamte angefochtene Urteil, insbesondere nicht dessen Teil über die unzureichende Begründung der streitigen Entscheidung und die Würdigung des Gerichts in Randnr. 377 des angefochtenen Urteils, dass „[d]ie in der [streitigen] Entscheidung angeführten Beweise ... die aus ihnen gezogenen Schlüsse nicht stützen [können]“. Daher sind die weiteren Rechtsmittelgründe zu prüfen.

Zum siebten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler des Gerichts, indem es den Beteiligten des Zusammenschlusses nicht bekannt gegebene Beweise herangezogen habe

— Angefochtenes Urteil

- 97 In Randnr. 352 des angefochtenen Urteils hebt das Gericht im Rahmen der Nachprüfung der Preistransparenz und insbesondere der Möglichkeit einer Überwachung des Einzelhandelsmarktes durch die Majors mit Hilfe von wöchentlichen Kontrollberichten ihrer Handelsvertreter eine Feststellung der Kommission in der streitigen Entscheidung hervor, wonach die Rechtsmittelführerinnen ein System wöchentlicher Berichte eingeführt hätten, in denen auch Informationen über Wettbewerber enthalten seien. Ergänzend hierzu bezieht sich das Gericht in den Randnrn. 356 bis 360 des angefochtenen Urteils auf bestimmte von Impala vorgelegte, als vertraulich eingestufte Schriftstücke. So enthalten die Randnrn. 356 bis 360 der in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Fassung des angefochtenen Urteils lediglich die Angabe „[*vertraulich*]“. Außerdem wird in den Randnr. 389 und 451 des angefochtenen Urteils auf wöchentliche Kontrollberichte Bezug genommen, wobei ein Teil der Randnr. 389 der in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Fassung als „[*vertraulich*]“ gekennzeichnet ist.

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 98 Die Rechtsmittelführerinnen machen geltend, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, indem es in den Randnrn. 356 bis 360 des angefochtenen Urteils Beweise herangezogen habe, die der Kommission bei Erlass der streitigen Entscheidung nicht zur Verfügung gestanden hätten und ihnen zu keiner Zeit bekannt gegeben worden seien. Es sei insoweit schwer nachvollziehbar, warum das Gericht diese Schriftstücke in fünf Randnummern seines Urteils angeführt und noch zweimal, in den Randnrn. 389 und 451 des angefochtenen Urteils, auf sie Bezug genommen habe, wenn es sie für das Ergebnis seiner Nachprüfung nicht für erheblich gehalten habe.
- 99 Impala trägt vor, die in Rede stehenden Beweisstücke seien in der Anhörung vom 14. und 15 Juni 2004 im Beisein der Beteiligten erwähnt und der Kommission nach dieser Erörterung vertraulich übermittelt worden. So seien die Rechtsmittelführerinnen bei dieser Erörterung informiert worden, dass es um ihre eigenen Praktiken zur Überwachung der Preise in Frankreich gehe, und sie hätten zu diesem Aspekt des Systems zur Ermittlung der Preise sowohl im Verwaltungsverfahren als auch im Verfahren vor dem Gericht zahlreiche Bemerkungen abgegeben. Jedenfalls könnten die von den Rechtsmittelführerinnen im Rahmen dieses Rechtsmittelgrundes erhobenen Vorwürfe, selbst wenn sie zuträfen, nicht berücksichtigt werden, da diese Beweisstücke auf das Ergebnis des angefochtenen Urteils keinen Einfluss gehabt hätten.

— Würdigung durch den Gerichtshof

- 100 Zunächst ist das oben in Randnr. 99 dargelegte Vorbringen von Impala zurückzuweisen, die Rechtsmittelführerinnen seien über den Inhalt der Schriftstücke, die Gegenstand der Randnrn. 356 bis 360 des angefochtenen Urteils sind, bei der Anhörung vor der Kommission ausreichend informiert worden. Aus der Rechtsmittelbeantwortung von Impala im Verfahren vor dem Gerichtshof geht nämlich hervor, dass „[d]iese Information in der Anhörung ... erwähnt und der Kommission nach der Anhörung vertraulich übermittelt wurde“. Daher kann nicht behauptet werden, dass der Inhalt dieser Schriftstücke rechtzeitig und so genau und kohärent beschrieben worden sei, dass die Rechtsmittelführerinnen gegebenenfalls auf die Vorschläge sachgerecht hätten antworten können, die Impala aufgrund dieser Schriftstücke vor der Kommission abgegeben habe.

- 101 Nach Art. 18 Abs. 3 der Verordnung kann die Kommission ihre Entscheidungen, die sie gemäß dieser Verordnung erlässt, nur auf Einwände stützen, zu denen die Betroffenen Stellung nehmen konnten. Folglich durfte sich die Kommission, da die Rechtsmittelführerinnen vom Inhalt der fraglichen vertraulichen Schriftstücke nicht rechtzeitig Kenntnis nehmen konnten, für die streitige Entscheidung nicht auf diese Schriftstücke stützen.
- 102 Das Gericht hat daher einen Rechtsfehler begangen, indem es sich zur Nichtigklärung der streitigen Entscheidung auf von Impala vertraulich vorgelegte Schriftstücke gestützt hat, da die Kommission diese wegen ihres vertraulichen Charakters selbst nicht für den Erlass der streitigen Entscheidung hätte heranziehen dürfen.
- 103 Es kann dahingestellt bleiben, ob die Berücksichtigung dieser Schriftstücke das Ergebnis der Prüfung des die offensichtlichen Beurteilungsfehler der Kommission betreffenden Vorbringens durch das Gericht hätte beeinflussen können; vielmehr genügt der Hinweis, dass der im Rahmen dieses siebten Rechtsmittelgrundes festgestellte Rechtsfehler nicht geeignet ist, das Ergebnis, zu dem das Gericht in Randnr. 325 des angefochtenen Urteils gelangt ist, in Zweifel zu ziehen, wonach die streitige Entscheidung wegen unzureichender Begründung für nichtig zu erklären ist. Daher sind die weiteren Rechtsmittelgründe zu prüfen.

Zum fünften Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler des Gerichts, indem es die im Bereich der Begründung oder Verstärkung einer kollektiven beherrschenden Stellung geltenden einschlägigen rechtlichen Kriterien missachtet habe

— Angefochtenes Urteil

- 104 In den Randnrn. 250 bis 254 des angefochtenen Urteils hat das Gericht zum Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung Folgendes ausgeführt:

- „250 ... Die Feststellung des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung muss sich auf eine Reihe bewiesener, in der Vergangenheit oder Gegenwart liegender Tatsachen stützen, die bestätigen, dass der Wettbewerb auf dem Markt wegen der Fähigkeit bestimmter Unternehmen, in beträchtlichem Umfang unabhängig von ihren Wettbewerbern, ihrer Kundschaft und den Verbrauchern gemeinsam in gleicher Weise auf diesem Markt vorzugehen, erheblich behindert ist.
- 251 Im Rahmen der Beurteilung des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung sind daher die drei vom Gericht im Urteil [vom 6. Juni 2002,] *Airtours/Kommission* ([T-342/99, *Airtours/Kommission*, Slg. 2002, II-2585]) aufgestellten Voraussetzungen, die aus einer theoretischen Analyse des Begriffs der kollektiven beherrschenden Stellung abgeleitet wurden, zwar auch erforderlich, sie können jedoch gegebenenfalls mittelbar durch eine Reihe von unter Umständen sogar sehr heterogenen Indizien und Beweisen nachgewiesen werden, die sich auf untrennbar mit dem Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung verbundene Zeichen, Äußerungen und Phänomene beziehen.
- 252 So könnte insbesondere eine starke Preisangleichung über einen längeren Zeitraum hinweg, vor allem wenn die Preise sich über dem Wettbewerbsniveau halten, in Verbindung mit anderen für eine kollektive beherrschende Stellung typischen Faktoren mangels einer anderen vernünftigen Erklärung als Beweis dafür genügen, dass eine kollektive beherrschende Stellung vorliegt, selbst wenn es keine überzeugenden unmittelbaren Beweise für eine starke Markttransparenz gäbe, da diese unter solchen Umständen vermutet werden kann.
- 253 Die Angleichung sowohl der Brutto- als auch der Nettopreise während der letzten sechs Jahre, obwohl die Produkte nicht identisch sind (da jeder Tonträger einen anderen Inhalt hat), sowie die Tatsache, dass die Preise auf einem ziemlich gleichbleibenden Niveau gehalten wurden, das trotz eines erheblichen Nachfragerückgangs als hoch angesehen wird, in Verbindung mit anderen Faktoren (Macht der Unternehmen in Oligopolstellung, Stabilität der Marktanteile usw.), wie sie von der Kommission in der [streitigen] Entscheidung festgestellt wurden, könnten daher im vorliegenden Fall mangels einer anderen Erklärung nahelegen oder ein Indiz dafür sein, dass die Preisangleichung nicht das Ergebnis eines normal wirksamen Wettbewerbs ist und dass der Markt insofern hinreichend transparent ist, als er eine stillschweigende Koordinierung der Preise ermöglicht hat.

254 Da jedoch [Impala] ihr Vorbringen auf eine fehlerhafte Anwendung der einzelnen im Urteil Airtours/Kommission ... festgelegten Voraussetzungen einer kollektiven beherrschenden Stellung, insbesondere auf die Voraussetzung der Markttransparenz, nicht aber auf die Auffassung gestützt hat, dass eine gemeinsame Politik während eines langen Zeitraums in Verbindung mit einer Reihe anderer, für eine kollektive beherrschende Stellung charakteristischer Faktoren unter bestimmten Umständen und mangels einer anderen Erklärung als Beweis für das Vorliegen einer solchen beherrschenden Stellung — nicht aber für deren Begründung —, genügen könnte, ohne dass die Transparenz des Marktes positiv bewiesen werden müsste, wird das Gericht bei der Prüfung der Klagegründe nur untersuchen, ob die [streitige] Entscheidung die im Urteil Airtours aufgestellten Voraussetzungen richtig angewandt hat. Dieses Vorgehen ist nach dem Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens erforderlich, da diese Frage vor dem Gericht nicht erörtert worden ist; dabei braucht nicht die Frage erörtert zu werden, ob das gegenteilige Verhalten das Gericht dazu führen würde, den von den Parteien festgelegten Rahmen zu überschreiten, oder ob damit im Rahmen eines von [Impala] geltend gemachten Klagegrundes nur das Recht angewandt würde.“

105 Randnr. 309 des angefochtenen Urteils lautet:

„Aus dem letzten Satz der Randnummer 77 [der streitigen Entscheidung] geht überdies hervor, dass die Preisnachlässe die Markttransparenz bei den Preisen, die sich insbesondere aus den öffentlichen Listenpreisen ergeben, nicht wirklich beeinflussen können, da festgestellt wurde, dass, [w]enn die Topkonzerne durch die Preisnachlässe erheblich von ihrer Preispolitik abweichen würden, ... sich diese Abweichung in den durchschnittlichen Nettopreisen niederschlagen [würde].“

106 Zur Frage des Einflusses der Preisnachlässe auf die Markttransparenz stellt das Gericht in Randnr. 420 des angefochtenen Urteils insbesondere fest, dass „wie [Impala] vorträgt, die Unterschiede bei den Preisnachlassspannen je nach Zeitpunkt die Folge unterschiedlicher Leistungen sein könnten und nicht ausschließen, dass die Preisnachlässe auf einer bekannten Reihe von Regeln beruhen“.

107 In Randnr. 427 des angefochtenen Urteils stellt das Gericht fest, dass bestimmte, von der Kommission herangezogene Beweismittel „nicht ausschließen, dass sich die Schwankungen [der Preisnachlässe je nach Kunde] zumindest für einen Fachmann in dem Sektor relativ leicht aus einer Reihe allgemeiner oder besonderer Regeln für die Gewährung von Preisnachlässen erklären lassen“.

108 In Randnr. 428 des angefochtenen Urteils heißt es:

„[Impala] hat zwar, worauf die Kommission hingewiesen hat, nicht genau dargelegt, worin diese verschiedenen Regeln für die Gewährung der Werberabatte bestehen, oder hat — nach Ansicht der Kommission — eine zu große Anzahl von Regeln genannt, wodurch deren Anwendung komplex und somit wenig transparent wäre, doch hat die Kommission, wie bereits ausgeführt, insoweit weder eine Marktuntersuchung durchgeführt noch zumindest einen Beweis für die fehlende Transparenz der Werberabatte vorgelegt, mit Ausnahme der Tabellen der Parteien des Zusammenschlusses, die, abgesehen von ihren Unzulänglichkeiten, jedenfalls nur den Zweck hatten, bestimmte Schwankungen der genannten Rabatte zu beweisen, aber nicht belegen, dass sich die Schwankungen für einen Fachmann in diesem Sektor nicht relativ leicht erklären lassen. ...“

109 In Randnr. 429 des angefochtenen Urteils stellt das Gericht fest: „Die Kombination der Variablen lässt zwar notwendigerweise mehr Möglichkeiten entstehen, die Kommission hat jedoch nicht dargetan, dass die Anwendung für einen Marktfachmann übermäßig schwierig wäre.“

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

110 Die Rechtsmittelführerinnen machen geltend, das Gericht habe den gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts zum Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung außer Acht gelassen, indem es festgestellt habe, dass die Kommission offensichtliche Beurteilungsfehler begangen und die streitige Entscheidung hinsichtlich der Markttransparenz unzureichend begründet habe. Nach dem Kriterium der

Markttransparenz als Indiz für eine kollektive beherrschende Stellung, wie es das Gericht im Urteil *Airtours/Kommission* aufgestellt habe und dem zu folgen es im angefochtenen Urteil erkläre, hätte die Kommission erstens nachweisen müssen, dass die Majors über einen plausiblen Mechanismus zur Überwachung ihrer jeweiligen Nettogroßhandelspreise verfügten, und zweitens, dass sie, da es in der streitigen Entscheidung hauptsächlich um die Frage des Bestehens einer stillschweigenden Kollusion gehe, in Wirklichkeit einen solchen Mechanismus nutzten.

- 111 Praktisch habe das Gericht, wie insbesondere aus Randnr. 251 des angefochtenen Urteils hervorgehe, für die Feststellung der Markttransparenz auf ein abgeschwächtes Kriterium zurückgegriffen, indem es die Transparenz aus einer Reihe von Faktoren abgeleitet habe, die rechtlich nicht hinreichten, um das erforderliche Maß an Transparenz festzustellen. Insbesondere habe es, da es die Relevanz der Nachlässe für die Beurteilung der Transparenz hinsichtlich der Nettogroßhandelspreise übersehen habe, einen Rechtsfehler begangen, indem es keine Methode genannt habe, mit der sich die erheblichen Änderungen der Nettogroßhandelspreise der anderen Majors hinreichend genau und zeitgerecht überwachen ließen, um jegliche Abweichung von den stillschweigend vereinbarten Preisniveaus genau und schnell festzustellen.
- 112 Die Annahme, dass bereits eine stillschweigende Kollusion bestanden habe, bedeute, dass die Rechtsmittelführerinnen und die anderen Majors ihre Nettogroßhandelspreise tatsächlich überwacht und über hinreichend genaue und zeitgerechte Informationen über die Änderungen ihrer jeweiligen Nettogroßhandelspreise verfügt hätten. Indes hätten weder das Gericht noch Impala, noch die Kommission einen Mechanismus nennen können, mit dem die Majors die Nettogroßhandelspreise überwacht hätten, oder beweisen können, dass ein solcher Mechanismus genutzt worden sei.
- 113 Im Gegenteil habe das Gericht bei seiner Beurteilung des Maßes an Transparenz, das erforderlich sei, um auf das Bestehen einer kollektiven beherrschenden Stellung auf den fraglichen Märkten für Tonträger schließen zu können, ein falsches Kriterium angewandt. Es habe nämlich auf Gesichtspunkte abgestellt, die für das Kriterium der Markttransparenz unerheblich seien, und andere Gesichtspunkte, obwohl sie hierfür

offensichtlich erheblich seien, nicht berücksichtigt. Insoweit habe das Gericht insbesondere Rechtsfehler begangen, indem es

- in Randnr. 309 des angefochtenen Urteils die Transparenz der Nachlässe aus ihrem Einfluss auf die durchschnittlichen Nettopreise abgeleitet habe;
- in Randnr. 429 des angefochtenen Urteils die Erheblichkeit der komplexen Preisstrukturen für seine Beurteilung der Transparenz verneint habe; und
- in den Randnrn. 298, 306, 310 und 395 des angefochtenen Urteils die Erheblichkeit der Preisschwankungen für die Beurteilung der Transparenz verneint habe.

114 Impala trägt zunächst vor, die Rechtsmittelführerinnen versuchten mit dem fünften Rechtsmittelgrund, die Tatsachenwürdigungen des Gerichts in Frage zu stellen, ohne Rechtsfehler geltend zu machen.

115 Hilfsweise trägt Impala vor, das Gericht habe im angefochtenen Urteil für die Feststellung der Markttransparenz ein zutreffendes, nämlich das in Randnr. 62 des Urteils Airtours/Kommission genannte, Kriterium angewandt. Insbesondere habe die Kommission nur zu einem Gesichtspunkt, dem der Werberabatte, festgestellt, dass er „weniger“ transparent sei. Das Gericht habe jedoch festgestellt, dass die entscheidenden Beweismittel, die die Kommission ihrer Feststellung zugrunde gelegt habe, obwohl sie erschöpfend geprüft worden seien, diese Feststellung nicht stützten. Der fünfte Rechtsmittelgrund betreffe in Wirklichkeit nicht das rechtliche Kriterium für die Markttransparenz, sondern die Bewertung der tatsächlichen Faktoren für die Feststellung dieser Transparenz durch das Gericht. Das in Randnr. 62 des Urteils Airtours/Kommission aufgestellte Kriterium sei im angefochtenen Urteil nicht falsch angewandt worden, da das Gericht weder ein abgeschwächtes Kriterium angewandt noch es unterlassen habe, die Transparenz im gebotenen Umfang zu prüfen.

116 Impala weist im Übrigen die oben in Randnr. 113 zusammengefassten Behauptungen zurück.

— Würdigung durch den Gerichtshof

117 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs stellt die Frage, ob das Gericht bei der Prüfung der Beweismittel die zutreffende Rechtsnorm angewandt hat, eine Rechtsfrage dar, die als solche im Rahmen eines Rechtsmittels aufgeworfen werden kann (vgl. Urteil Sumitomo Metal Industries und Nippon Steel/Kommission, Randnr. 40). In der vorliegenden Rechtssache kann daher das oben in den Randnrn. 110 bis 112 dargelegte Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen das Rechtsmittel stützen.

118 Von den drei oben in Randnr. 113 zusammengefassten Kritikpunkten sind nur der zweite und der dritte zulässig. Der erste Kritikpunkt betrifft nicht die Erheblichkeit eines bestimmten, zum Nachweis des Bestehens einer kollektiven beherrschenden Stellung herangezogenen Gesichtspunkts, sondern ist in Wirklichkeit auf eine erneute Tatsachenwürdigung gerichtet, die nach der oben in Randnr. 29 angeführten ständigen Rechtsprechung nicht in die Zuständigkeit des Gerichtshofs im Rechtsmittelverfahren fällt (vgl. zudem in diesem Sinne entsprechend Urteil vom 22. November 2007, Sniace/Kommission, C-260/05 P, Slg. 2007, I-10005, Randnrn. 34 und 35). Mit dem zweiten und dem dritten Kritikpunkt werden dagegen Rechtsfehler geltend gemacht.

119 Zur Begründetheit dieses Rechtsmittelgrundes ist zunächst daran zu erinnern, dass der Gerichtshof in der Sache bereits entschieden hat, dass der Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung von dem der „beherrschenden Stellung“ im Sinne von Art. 2 der Verordnung umfasst wird (vgl. in diesem Sinne Urteil Kali & Salz, Randnrn. 166 und 178). Insoweit ist das Vorliegen einer Vereinbarung oder anderer rechtlicher Bindungen zwischen den betroffenen Unternehmen für die Feststellung einer kollektiven beherrschenden Stellung nicht unerlässlich. Diese Feststellung kann sich aus anderen verbindenden Faktoren ergeben und hängt von einer wirtschaftlichen Beurteilung und insbesondere einer Beurteilung der Struktur des fraglichen Marktes ab (vgl. Urteil vom 16. März 2000, Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission, C-95/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000, I-1365, Randnr. 45).

- 120 In Bezug auf eine angebliche Begründung oder Verstärkung einer kollektiven beherrschenden Stellung muss die Kommission anhand einer Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung des Referenzmarktes prüfen, ob der Zusammenschluss, mit dem sie befasst ist, zu einer Situation führt, in der ein wirksamer Wettbewerb auf dem relevanten Markt von den zusammengeschlossenen Unternehmen und einem oder mehreren dritten Unternehmen erheblich behindert wird, die insbesondere aufgrund der zwischen ihnen bestehenden verbindenden Faktoren zusammen die Macht zu einheitlichem Vorgehen auf dem Markt besitzen (vgl. Urteil Kali & Salz, Randnr. 221), um aus einer kollektiven wirtschaftlichen Machtstellung Nutzen ziehen zu können, ohne dass die tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber oder die Kunden und Verbraucher wirksam reagieren können.
- 121 Zu diesen verbindenden Faktoren gehört insbesondere die Wechselbeziehung zwischen den Mitgliedern eines beschränkten Oligopols, in dessen Rahmen diese auf einem Markt mit den entsprechenden Merkmalen, insbesondere im Hinblick auf Marktkonzentration, Transparenz und Homogenität des Erzeugnisses in der Lage sind, ihre jeweiligen Verhaltensweisen vorherzusehen, und daher unter einem starken Druck stehen, ihr Marktverhalten einander anzupassen, um insbesondere ihren gemeinsamen Gewinn durch Erhöhung der Preise, Beschränkung der Produktion, des Angebots oder der Qualität von Gütern und Dienstleistungen, Verringerung der Innovation oder Beeinflussung der Wettbewerbsfaktoren auf andere Weise zu maximieren. In einem solchen Kontext weiß nämlich jeder Marktbeteiligte, dass eine stark wettbewerbsorientierte Maßnahme seinerseits eine Reaktion seitens der anderen auslösen würde, so dass er keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte.
- 122 Eine kollektive beherrschende Stellung, durch die der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, kann sich daher aus einem Zusammenschluss ergeben, wenn dieser — aufgrund der Merkmale des relevanten Marktes und deren Änderung durch den Zusammenschluss — dazu führt, dass jedes Mitglied des betreffenden Oligopols es in Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen für möglich, wirtschaftlich vernünftig und daher ratsam hält, dauerhaft einheitlich auf dem Markt vorzugehen, um zu höheren als den Wettbewerbspreisen zu verkaufen, ohne zuvor eine Vereinbarung im Sinne von Artikel 81 EG treffen oder auf eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne dieser Vorschrift zurückgreifen zu müssen und ohne dass die tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber oder die Kunden und Verbraucher wirksam reagieren können.

- 123 Eine solche stillschweigende Koordinierung ist wahrscheinlicher, wenn die Wettbewerber hinsichtlich der Funktionsweise einer solchen Koordinierung, insbesondere der zu koordinierenden Parameter, leicht zu einer gemeinsamen Vorstellung gelangen können. Denn ohne die Möglichkeit, stillschweigend zu einem Einverständnis über die Modalitäten der Koordinierung zu gelangen, müssten die Wettbewerber eventuell zu nach Art. 81 EG verbotenen Praktiken greifen, um auf dem Markt einheitlich vorgehen zu können. Zudem ist insbesondere im Hinblick darauf, dass einzelne Teilnehmer an einer stillschweigenden Koordinierung versucht sein könnten, davon zur kurzfristigen Steigerung ihres Nutzens abzuweichen, zu beurteilen, ob eine solche Koordinierung von Dauer sein kann. Hierzu müssen die Unternehmen, die ihr Verhalten koordinieren, in der Lage sein, in hinreichendem Maße zu überwachen, ob die Modalitäten der Koordinierung eingehalten werden. Der Markt müsste daher so transparent sein, dass u. a. jedes beteiligte Unternehmen mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit die Entwicklung des Verhaltens aller anderen an der Koordinierung Beteiligten auf dem Markt in Erfahrung bringen kann. Zudem muss es aus Gründen der Disziplin eine Art Abschreckungsmechanismus geben, der glaubwürdig ist und im Fall eines abweichenden Verhaltens ausgelöst werden kann. Überdies dürfen die Reaktionen von Unternehmen, die sich nicht an der Koordinierung beteiligen, wie z. B. von derzeitigen oder potenziellen Wettbewerbern, oder die Reaktionen von Kunden den voraussichtlichen Effekt der Koordinierung nicht in Frage stellen.
- 124 Die Voraussetzungen, die das Gericht in Randnr. 62 seines Urteils *Airtours/Kommission* aufgestellt hat und deren Anwendung in dem vor ihm anhängigen Rechtsstreit es für geboten erklärt hat, verstoßen nicht gegen die in der vorstehenden Randnummer dargelegten Kriterien.
- 125 Bei der Anwendung dieser Kriterien darf jedoch nicht mechanisch in einer Weise vorgegangen werden, bei der jedes Kriterium einzeln für sich allein geprüft wird, ohne den wirtschaftlichen Gesamtmechanismus einer unterstellten stillschweigenden Koordinierung zu beachten.
- 126 Insoweit dürfte z. B. die Transparenz eines bestimmten Marktes nicht isoliert und abstrakt, sondern müsste in Bezug auf einen Mechanismus einer unterstellten stillschweigenden Koordinierung beurteilt werden. Denn nur bei Berücksichtigung eines solchen Falles lässt sich nachprüfen, ob etwaige Faktoren der Transparenz auf einem Markt tatsächlich dazu geeignet sind, die stillschweigende Festlegung eines gemeinsamen Vorgehens zu erleichtern und/oder es den beteiligten Wettbewerbern zu ermöglichen, in hinreichendem Maße zu überwachen, ob die Modalitäten eines

solchen Vorgehens eingehalten werden. In dieser letztgenannten Hinsicht ist es zur Untersuchung, ob eine postulierte stillschweigende Koordinierung von Dauer ist, erforderlich, die Überwachungsmechanismen zu berücksichtigen, die den an dieser Koordinierung Beteiligten möglicherweise zugänglich sind, um nachzuprüfen, ob sie aufgrund dieser Mechanismen etwa mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit die Entwicklung des Verhaltens aller anderen an der Koordinierung Beteiligten auf dem Markt in Erfahrung bringen könnten.

127 In der vorliegenden Rechtssache machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, dass das Gericht, obwohl es in Randnr. 254 des angefochtenen Urteils erklärt habe, es werde dem Vorgehen in seinem Urteil *Airtours/Kommission* folgen, einen Rechtsfehler begangen habe, indem es das Vorliegen einer hinreichenden Transparenz aus einer Reihe von Faktoren abgeleitet habe, die aber für die Feststellung des Bestehens einer kollektiven beherrschenden Stellung nicht erheblich seien. In diesem Zusammenhang beanstanden sie insbesondere, dass das Gericht in Randnr. 251 des angefochtenen Urteils festgestellt habe, dass die in Randnr. 62 des Urteils *Airtours/Kommission* aufgestellten Voraussetzungen „gegebenenfalls mittelbar durch eine Reihe von unter Umständen sogar sehr heterogenen Indizien und Beweisen nachgewiesen werden [können], die sich auf untrennbar mit dem Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung verbundene Zeichen, Äußerungen und Phänomene beziehen“.

128 Hierzu ist festzustellen, dass, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung bemerkt hat, die Randnr. 251 als solche nicht zu beanstanden ist, da es sich um eine allgemeine Feststellung handelt, die der freien Würdigung verschiedener Beweise durch das Gericht entspricht. Nach ständiger Rechtsprechung ist es nämlich grundsätzlich allein Sache des Gerichts, den Wert der ihm vorgelegten Beweise zu beurteilen (vgl. u. a. Urteile vom 1. Juni 1994, *Kommission/Brazzelli Lualdi u. a.*, C-136/92 P, Slg. 1994, I-1981, Randnr. 66, und vom 15. Juni 2000, *Dorsch Consult/Rat und Kommission*, C-237/98 P, Slg. 2000, I-4549, Randnr. 50).

129 So kann die Untersuchung einer bereits bestehenden kollektiven beherrschenden Stellung, bei der auf eine Reihe von Faktoren abgestellt wird, die gewöhnlich als Anhaltspunkte für das Vorliegen oder die Wahrscheinlichkeit einer stillschweigenden Koordinierung zwischen Wettbewerbern angesehen werden, als solche nicht in Frage gestellt werden. Jedoch ist, wie aus Randnr. 125 des vorliegenden Urteils hervorgeht, diese Untersuchung mit Vorsicht und vor allem im Rahmen eines Ansatzes zu führen, der auf der Analyse der möglichen plausiblen Koordinierungsstrategien beruht.

- 130 Vorliegend ist jedoch festzustellen, dass das Gericht auf das Vorbringen von Impala insbesondere zu den Teilen der streitigen Entscheidung über die Markttransparenz diese Teile nicht im Hinblick auf einen postulierten Überwachungsmechanismus, der in eine plausible Theorie der stillschweigenden Koordinierung eingebettet ist, analysiert hat.
- 131 Das Gericht verweist zwar in Randnr. 420 des angefochtenen Urteils auf die Möglichkeit, dass die von den Majors gewährten Preisnachlässe auf einer „bekannten Reihe von Regeln“ beruhen. Es begnügt sich dann allerdings, wie die Rechtsmittelführerinnen im Rahmen des oben in Randnr. 113 genannten zweiten Kritikpunkts hervorheben, hinsichtlich der Frage, ob bestimmte von der Kommission in der streitigen Entscheidung festgestellte Schwankungen der Nachlässe die Möglichkeit einer angemessenen Überwachung der Modalitäten einer etwaigen stillschweigenden Koordinierung in Frage stellen konnten, in den Randnrn. 427 bis 429 des angefochtenen Urteils mit nicht belegten Feststellungen, die auf einen hypothetischen Fachmann in dem Sektor Bezug nehmen. In Randnr. 428 des angefochtenen Urteils räumt das Gericht jedoch selbst ein, dass Impala, die Klägerin im Verfahren vor ihm, „nicht genau dargelegt [hat], worin diese verschiedenen Regeln für die Gewährung der Werberabatte bestehen“.
- 132 Hierzu ist daran zu erinnern, dass Impala Unternehmen vertritt, die zwar nicht zu dem von den Majors gebildeten Oligopol gehören, aber auf denselben Märkten aktiv sind. Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass das Gericht den Umstand außer Acht gelassen hat, dass die Beweislast für die behauptete Qualifikation dieses hypothetischen „Fachmanns in dem Sektor“ Impala oblag.
- 133 Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist, ohne dass es erforderlich wäre, über die Begründetheit des oben in Randnr. 113 angeführten dritten Kritikpunkts zu befinden, festzustellen, dass das Gericht einen Rechtsfehler begangen hat, indem es die Grundsätze außer Acht gelassen hat, die für seine Analyse der vor ihm zur Markttransparenz im Kontext einer behaupteten kollektiven beherrschenden Stellung vorgebrachten Argumente gelten.
- 134 Dieser Fehler betrifft den Teil des angefochtenen Urteils, in dem das Gericht das Vorbringen zu den offensichtlichen Beurteilungsfehlern der Kommission prüft,

einschließlich der Feststellung des Gerichts in Randnr. 377 des angefochtenen Urteils. Dieser Fehler ist jedoch für sich allein nicht geeignet, das Ergebnis, zu dem das Gericht in Randnr. 325 des angefochtenen Urteils gelangt ist, in Zweifel zu ziehen, wonach die streitige Entscheidung wegen unzureichender Begründung für nichtig zu erklären ist. Daher sind die weiteren Rechtsmittelgründe zu prüfen.

Zum vierten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler des Gerichts, indem es den Rahmen der ihm obliegenden gerichtlichen Kontrolle überschritten habe

— Angefochtenes Urteil

¹³⁵ In einigen Randnummern des angefochtenen Urteils, z. B. den Randnrn. 347 und 361, verwendet das Gericht Ausdrücke wie „starke Preistransparenz“ oder „starke Markttransparenz“. Im Übrigen charakterisiert das Gericht die in der streitigen Entscheidung getroffene Feststellung, die Listenpreise seien „mehr oder weniger gleich“, als eine „zumindest vorsichtige Schlussfolgerung, denn die Angleichung ist tatsächlich sehr deutlich“. In Randnr. 307 des angefochtenen Urteils stellt das Gericht fest, dass „die in Randnummer 78 der [streitigen] Entscheidung angeführte Schwankung der allgemeinen Höhe der von den Parteien des Zusammenschlusses eingeräumten Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag nur sehr geringfügig ist“. In Randnr. 317 des angefochtenen Urteils schließt das Gericht aus der streitigen Entscheidung, dass „die Werberabatte ... nur einen beschränkten Einfluss auf die Preise [haben]“.

¹³⁶ In Randnr. 425 des angefochtenen Urteils stellt das Gericht zur streitigen Entscheidung fest, dass „[d]ie Berechnung der Differenz zwischen den Mindestrabatten und den Höchststrabatten je Kunde ..., die für jede der Parteien des Zusammenschlusses durchgeführt wurde, ... irrtümlich ... vorgenommen [wurde]“. In Randnr. 427 des angefochtenen Urteils stellt das Gericht hinsichtlich der Daten zu den Nachlässen der Parteien des Zusammenschlusses fest, dass ihre „Relevanz ... zweifelhaft [ist]“.

137 In Randnr. 434 des angefochtenen Urteils heißt es u. a.:

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

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

138 Die Rechtsmittelführerinnen machen, insoweit mit Unterstützung der Kommission, geltend, das Gericht habe unter Verstoß gegen Art. 230 EG und gegen eine ständige Rechtsprechung den Rahmen der ihm obliegenden gerichtlichen Kontrolle überschritten, indem es seine eigene Würdigung an die Stelle derjenigen der Kommission gesetzt habe, und dies, ohne nachzuweisen, dass die streitige Entscheidung offensichtliche Beurteilungsfehler aufweise, und ohne Gutachten von Wirtschaftssachverständigen einzuholen.

139 Zudem seien dem Gericht bei der Prüfung der streitigen Entscheidung selbst offensichtliche Beurteilungsfehler unterlaufen, und es habe die ihm zu wesentlichen Aspekten der Rechtssache, darunter insbesondere die Relevanz der Nachlässe, deren Komplexität und fehlende Transparenz, vorgelegten Beweismittel völlig falsch ausgelegt.

140 Im Übrigen habe das Gericht in den Randnrn. 425, 427 und 434 des angefochtenen Urteils dadurch auch Beweismittel verfälscht.

- 141 Impala ist der Auffassung, dieser Rechtsmittelgrund sei, zumindest in erheblichem Umfang, ein Versuch der Rechtsmittelführerinnen, die Tatsachenwürdigung des Gerichts in Frage zu stellen, ohne dass sie den Nachweis erbrächten, dass das Gericht die ihm vorgelegten Beweismittel falsch ausgelegt habe.
- 142 Hilfsweise trägt Impala vor, das Gericht habe, als es bei der Prüfung der streitigen Entscheidung in Randnr. 328 des angefochtenen Urteils auf die Randnr. 39 des Urteils *Kommission/Tetra Laval* Bezug genommen habe, dies vor dem Hintergrund der einschlägigen Rechtsprechung zum Umfang seiner Kontrolle getan und es habe daher nicht den Rahmen der ihm obliegenden gerichtlichen Kontrolle überschritten.

— Würdigung durch den Gerichtshof

- 143 Zunächst ist das Vorbringen von Impala zur Unzulässigkeit des vierten Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen. Entgegen ihrer Auffassung wird mit diesem Rechtsmittelgrund nicht die Tatsachenwürdigung der ersten Instanz in Frage gestellt, vielmehr werden Rechtsfragen aufgeworfen, die mit dem Rechtsmittel angegriffen werden können.
- 144 In der Sache ist zunächst daran zu erinnern, dass die Kommission in Wirtschaftsfragen über einen Beurteilungsspielraum bei der Anwendung der Grundregeln der Verordnung, insbesondere deren Art. 2, verfügt. Daher beschränkt sich die Kontrolle einer Entscheidung der Kommission im Bereich der Zusammenschlüsse durch den Gemeinschaftsrichter auf die Nachprüfung der materiellen Richtigkeit des Sachverhalts und auf offensichtliche Beurteilungsfehler (vgl. Urteil *Kali & Salz*, Randnrn. 223 und 224, sowie *Kommission/Tetra Laval*, Randnr. 38).
- 145 So darf zwar das Gericht bei der Anwendung der Grundregeln der Verordnung nicht seine eigene wirtschaftliche Beurteilung an die Stelle derjenigen der Kommission setzen, doch bedeutet dies nicht, dass der Gemeinschaftsrichter eine Kontrolle der rechtlichen Einordnung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission unterlassen muss. Der Gemeinschaftsrichter 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 Urteile Kommission/Tetra Laval, Randnr. 39, sowie Spanien/Lenzing, Randnrn. 56 und 57).

- 146 In der vorliegenden Rechtssache ist daher festzustellen, dass das Gericht, soweit es im Rahmen der vor ihm geltend gemachten Argumente die der streitigen Entscheidung zugrunde liegenden Beweismittel eingehend geprüft hat, im Einklang mit den Anforderungen der oben in den Randnrn. 144 und 145 dargelegten Rechtsprechung gehandelt hat.
- 147 Diese Feststellung genügt jedoch als solche nicht, um den vierten Rechtsmittelgrund zurückzuweisen. Denn die Rechtsmittelführerinnen machen neben der Frage, ob das Gericht hinsichtlich des Umfangs seiner Nachprüfung der Tatsachenbasis der streitigen Entscheidung den Rahmen der ihm obliegenden Kontrolle überschritten habe, noch geltend, wie aus Randnr. 139 des vorliegenden Urteils hervorgeht, dass dem Gericht bei seiner Prüfung der der streitigen Entscheidung zugrunde liegenden Faktoren selbst offensichtliche Beurteilungsfehler unterlaufen seien und es die ihm vorgelegten Beweismittel völlig falsch ausgelegt habe.
- 148 Diese Behauptungen überschneiden sich teilweise mit anderen Rechtsmittelgründen, nämlich zum einen dem ersten, dem zweiten und dem siebten Rechtsmittelgrund sowie dem ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes, die sich darauf beziehen, wie das Gericht einige ihm vorgelegte Beweismittel behandelt hat, und zum anderen dem fünften Rechtsmittelgrund, wonach das Gericht die im Bereich der kollektiven beherrschenden Stellung geltenden rechtlichen Kriterien missachtet habe.
- 149 Insoweit genügt es, festzustellen, dass das Gericht, wie aus den Randnrn. 95, 102 und 133 des vorliegenden Urteils hervorgeht, bei seiner Prüfung des Vorliegens von offensichtlichen Beurteilungsfehlern Rechtsfehler begangen hat, und zwar sowohl hinsichtlich der Behandlung einiger Beweismittel als auch hinsichtlich der

rechtlichen Kriterien für eine kollektive beherrschende Stellung, die sich aus einer stillschweigenden Koordinierung ergibt.

150 Folglich ist, ohne dass es erforderlich wäre, über die Behauptungen der Rechtsmittelführerinnen zur Verfälschung der Beweismittel und darüber zu befinden, ob das Gericht im angefochtenen Urteil tatsächlich seine eigene wirtschaftliche Beurteilung an die Stelle derjenigen der Kommission gesetzt hat, festzustellen, dass jedenfalls der Teil des angefochtenen Urteils Rechtsfehler aufweist, in dem das Vorbringen zum Bestehen offensichtlicher Beurteilungsfehler geprüft wird. Hinsichtlich des die unzureichende Begründung der streitigen Entscheidung betreffenden Teils des angefochtenen Urteils ist noch auf den sechsten Rechtsmittelgrund einzugehen.

Zum sechsten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler des Gerichts, indem es an die Begründung von Entscheidungen über die Genehmigung von Zusammenschlüssen einen unzutreffenden Maßstab angelegt habe

— Angefochtenes Urteil

151 In den Randnrn. 255 bis 276 des angefochtenen Urteils fasst das Gericht die für die Prüfung des ersten Klagegrundes einschlägigen Elemente der streitigen Entscheidung zusammen. Randnr. 275 des angefochtenen Urteils lautet:

„Aus alledem ergibt sich somit, dass die Kommission unter Berücksichtigung der Produkthomogenität, der Markttransparenz und der Anwendung der Vergeltungsmaßnahmen zu dem Ergebnis gelangte, dass eine kollektive beherrschende Stellung nicht vorliege.“

152 Das Gericht überprüft im angefochtenen Urteil verschiedene Abschnitte der streitigen Entscheidung darauf, ob sie eine ausreichende Begründung für die Feststellung

mangelnder Transparenz des fraglichen Marktes enthielten, und verneint dies jeweils.

153 Das Gericht prüft zunächst den Abschnitt der streitigen Entscheidung, in dem spezifisch die Markttransparenz behandelt wird. Es führt hierzu in den Randnrn. 289, 290 und 294 des angefochtenen Urteils folgendes aus:

„289 Was den speziellen Abschnitt angeht, so ist vorab darauf hinzuweisen, dass er nur drei Randnummern umfasst, obwohl nach der [streitigen] Entscheidung und stärker noch nach der von der Kommission in ihren Schriftsätzen vor dem Gericht vertretenen Auffassung im vorliegenden Fall die Transparenz der entscheidende bzw. einzige Grund ist, der die Feststellung trägt, dass auf den Tonträgermärkten keine kollektive beherrschende Stellung bestehe. Auch wird dort nicht der Schluss gezogen, dass der Markt nicht transparent sei, noch, dass er nicht so transparent sei, dass eine stillschweigende Kollusion ermöglicht werde. Allenfalls wird in Randnummer 111 am Ende ausgeführt, dass der Umstand, dass eine Überwachung der einzelnen Alben vor allem bei den Werberabatten erforderlich sei, ‚den Markt weniger transparent machen und eine geheime Kollusion erschweren könnte‘, und in Randnummer 113 am Ende, dass die ‚Kommission ... jedoch keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür gefunden [hat], dass die Topkonzerne durch die Überwachung der Einzelhandelspreise und durch die Kontakte zum Einzelhandel die Transparenzdefizite in der Preisnachlasspolitik überwunden haben, insbesondere was Preisaktionen anbelangt, wie oben für die fünf großen Mitgliedstaaten beschrieben‘. Derartig vage Behauptungen ohne jede konkrete Darlegung zur Natur der Werberabatte, zu den Umständen, unter denen die Werberabatte Anwendung finden können, zum Maß ihrer fehlenden Transparenz, zu ihrem Umfang oder ihren Auswirkungen auf die Preistransparenz können ganz offensichtlich die Feststellung, dass der Markt nicht so transparent sei, dass er eine kollektive beherrschende Stellung ermögli­che, rechtlich nicht hinreichend begründen.

290 Es zeigt sich weiterhin, dass außer den beiden oben genannten Passagen alle in den Randnummern 111 bis 113 [der streitigen Entscheidung] aufgeführten Faktoren nicht die fehlende Transparenz des Marktes belegen, sondern im Gegenteil auf dessen Transparenz hinweisen.

...

294 Nach alledem gelangte die Kommission in dem speziellen Abschnitt der [streitigen] Entscheidung, der sich mit der Prüfung der Transparenz befasst, nicht nur nicht zu dem Ergebnis, dass der Markt nicht oder nicht so transparent war, dass er eine kollektive beherrschende Stellung ermöglicht, sondern bezog sich zudem nur auf Faktoren, die eine starke Markttransparenz herstellen und die Überwachung einer Kollusion erleichtern können, mit Ausnahme nur der nicht sehr aussagekräftigen und unsubstantiierten Behauptung, dass die Werberabatte die Transparenz einschränken und die geheimen Abmachungen erschweren könnten. Dieser Abschnitt allein kann somit offensichtlich nicht als rechtlich hinreichende Begründung für die Behauptung angesehen werden, dass der Markt nicht ausreichend transparent sei.“

154 Sodann wendet sich das Gericht den in der streitigen Entscheidung enthaltenen Ausführungen zu einer etwaigen „gemeinsamen Preispolitik“ zwischen den fünf Majors zu und prüft sie in den Randnrn. 295 bis 324 des angefochtenen Urteils auf Anhaltspunkte, die geeignet sein könnten, den behaupteten Mangel an Transparenz auf den fraglichen Märkten zu erklären. Hierzu stellt das Gericht insbesondere fest:

„315 Es zeigt sich somit, dass der einzige in der [streitigen] Entscheidung enthaltene Hinweis auf eine fehlende Transparenz in der Feststellung in Randnummer 80 (und in den entsprechenden Randnummern bezüglich der anderen großen Länder) besteht, dass ‚Sonderaktionen ... hingegen weniger transparent als Kundenrabatte sein [dürften]; hierzu müssten beispielsweise die verschiedenen Sonderangebote für Endkunden aufmerksam verfolgt werden‘.

...

318 Zudem wird in der [streitigen] Entscheidung auch nicht festgestellt, dass der Markt nicht transparent oder nicht so transparent sei, dass eine

Preiskoordinierung möglich sei, sondern allenfalls, dass die Werberabatte weniger transparent seien, ohne dass die [streitige] Entscheidung auch nur irgendeine Information über die Art der Werberabatte, über die Umstände, unter denen sie eingeräumt werden, über ihre konkrete Bedeutung für die Nettopreise oder über ihre Wirkungen auf die Preistransparenz liefern würde.

319 Ferner hat die Kommission in der [streitigen] Entscheidung, wie oben dargelegt, eine Reihe von Gesichtspunkten und Faktoren aufgeführt, die die Markttransparenz fördern und die Überwachung einer Absprache erleichtern.

320 Folglich können die wenigen Ausführungen über die Werberabatte in dem Abschnitt der [streitigen] Entscheidung, der sich mit der Prüfung der Preiskoordinierung in den großen Ländern befasst, soweit sie ungenau oder unsubstantiiert sind oder gar mit anderen Feststellungen der [streitigen] Entscheidung im Widerspruch stehen, weder die fehlende Transparenz des Marktes noch die der Werberabatte belegen. Die Ausführungen beschränken sich zudem auf die Feststellung, dass die Werberabatte weniger transparent als die Kundenrabatte seien, begründen hingegen nicht, warum sie für die Markttransparenz relevant sind, und lassen nicht erkennen, wie die Werberabatte für sich allein genommen alle anderen in der [streitigen] Entscheidung bezeichneten Faktoren der Markttransparenz aufwiegen und damit die für eine kollektive beherrschende Stellung erforderliche Transparenz ausschließen können.

...

324 Somit enthält auch der Abschnitt über die kleinen Länder keine Begründung für die Feststellung, dass der Markt wegen der Werberabatte nicht transparent sei. Jedenfalls kann die Lage in den kleinen Ländern keine triftige Begründung für die Feststellungen sein, die sich mit dem Grad der Transparenz der Märkte in den großen Ländern befassen.

325 Nach alledem ist die Rüge, mit der eine unzureichende Begründung der Feststellung bezüglich der Markttransparenz geltend gemacht wird, begründet, was bereits für sich genommen die Nichtigerklärung der [streitigen] Entscheidung rechtfertigt.“

155 Randnr. 411 des angefochtenen Urteils lautet:

„In ihrer Klagebeantwortung hat die Kommission zwar geltend gemacht, dass sie die Preisnachlässe der anderen Majors geprüft habe, die Zahlen aber nicht in die [streitige] Entscheidung habe aufnehmen können, weil diese den Parteien des Zusammenschlusses nicht hätten offengelegt werden dürfen. Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden.“

156 Randnr. 530 des angefochtenen Urteils lautet:

„Aus Randnummer 157 der [streitigen] Entscheidung, insbesondere aus dem letzten Satz dieser Randnummer, geht hervor, dass die Schlussfolgerung der Kommission, dass die durch den Zusammenschluss bewirkten Änderungen nicht so erheblich sein würden, dass die Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung wahrscheinlich wäre, auf den Voraussetzungen bezüglich der Markttransparenz und den Vergeltungsmaßnahmen beruht.“

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

157 Die Rechtsmittelführerinnen tragen in erster Linie vor, nach dem gemeinschaftlichen System der Fusionskontrolle und insbesondere Art. 10 Abs. 6 der Verordnung sei es dem Gericht verwehrt, eine Entscheidung über die Genehmigung eines Zusammenschlusses wegen unzureichender Begründung für nichtig zu erklären.

- 158 Hilfsweise machen sie geltend, das Gericht habe an die Begründung einen überzogenen Maßstab angelegt, der nicht mit der ständigen Rechtsprechung vereinbar sei und den besonderen Kontext und die Natur des Fusionskontrollverfahrens nicht berücksichtige. Zum einen habe das Gericht einen Fehler begangen, indem es der Kommission auferlegt habe, die Abweichungen gegenüber der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erklären.
- 159 Zum anderen habe das Gericht einen Fehler begangen, indem es bei der Prüfung der Begründung der streitigen Entscheidung nicht den besonderen Kontext einer Entscheidung über die Genehmigung eines Zusammenschlusses berücksichtigt habe. Die Rechtsmittelführerinnen tragen hierzu mehrere Erwägungen vor. Erstens seien an die Begründung einer Entscheidung, mit der ein Zusammenschluss genehmigt werde, geringere Anforderungen zu stellen als an die einer Entscheidung, mit der ein Zusammenschluss untersagt werde. Zweitens habe das Gericht die Begründung der streitigen Entscheidung zu Unrecht nicht aus der Sicht von über den Sektor gut unterrichteten Fachleuten geprüft. Drittens sei angesichts der kurzen Zeitspanne zwischen der Mitteilung der Beschwerdepunkte und der Entscheidung über die Genehmigung eines Zusammenschlusses bei der Prüfung von deren Begründung eine gewisse Zurückhaltung geboten. Viertens stehe der Umstand, dass die Rechtsmittelführerinnen zur Durchführung des angemeldeten Zusammenschlusses berechtigt seien, der Nichtigerklärung von Entscheidungen über die Genehmigung von Zusammenschlüssen wegen unzureichender Begründung entgegen. Fünftens habe das Gericht in Randnr. 411 des angefochtenen Urteils, indem es die Kommission zur Veröffentlichung von Details über die Preise und die Nachlässe verpflichtet habe, im Hinblick darauf, dass diese vertraulich und sensibel seien, einen Rechtsfehler begangen.
- 160 Jedenfalls deute entgegen der Würdigung des Gerichts eine ständige Rechtsprechung darauf hin, dass die streitige Entscheidung angemessen begründet sei, denn sie habe Impala die Nachprüfung der Gründe der Entscheidung und dem Gericht die Wahrnehmung seiner Kontrollaufgabe ermöglicht. Die Rechtsmittelführerinnen machen hierzu insbesondere geltend, die Feststellung des Gerichts, dass die streitige Entscheidung unzureichend begründet sei, sei schwerlich mit seiner Einschätzung in Einklang zu bringen, dass die streitige Entscheidung offensichtliche Beurteilungsfehler aufweise.
- 161 Schließlich werfen die Rechtsmittelführerinnen dem Gericht Fehler bei der Prüfung der Begründung der streitigen Entscheidung vor, weil es einen unzutreffenden

Beweismaßstab angelegt, den zutreffenden Umfang der gerichtlichen Kontrolle außer Acht gelassen und in Bezug auf die Transparenz ein unzutreffendes Kriterium angewandt habe.

- 162 Impala macht unbeschadet ihrer allgemeinen Unzulässigkeitsrüge erstens geltend, die Rechtsmittelführerinnen könnten die Ausnahmeregelung des Art. 10 Abs. 6 der Verordnung nicht zu einer allgemeinen Regel heraufstufen. Zweitens behaupteten die Rechtsmittelführerinnen zu Unrecht, die Anwendung von Art. 253 EG hänge davon ab, ob mit einer Entscheidung ein Zusammenschluss genehmigt oder untersagt werde. Drittens bestimme sich der erforderliche Begründungsumfang nach dem Kontext und dem rechtlichen Rahmen, in dem der jeweilige Rechtsakt erlassen werde. Es stehe mit diesem Grundsatz völlig in Einklang, dass die Anforderungen an die Begründung der Art der Sache entsprechend angepasst würden. Hier gehe es um eine Sache, in der das förmliche Verfahren eingeleitet worden sei und die zu ernsthaftem Widerspruch eines Dritten und zu einer Mitteilung der Beschwerdepunkte geführt habe.
- 163 Zum Hilfsvorbringen der Rechtsmittelführerinnen betreffend den vom Gericht an die Begründung angelegten Maßstab macht Impala zum einen geltend, das Gericht beschränke sich, um darzutun, dass die Begründung der Entscheidung unzureichend und in sich unstimmig sei, auf die Wiedergabe von Auszügen aus der Mitteilung der Beschwerdepunkte und stütze seine Feststellung, dass die Begründung unzureichend sei, auf die Argumentation, die in der streitigen Entscheidung selbst angeführt sei, statt auf einen Vergleich mit der Argumentation in der Mitteilung der Beschwerdepunkte. Zum anderen habe das Gericht den Kontext des Fusionskontrollverfahrens außer Acht gelassen.
- 164 Überdies ergebe sich aus dem Umstand, dass das Gericht zu einer umfassenden Prüfung der streitigen Entscheidung in der Lage gewesen sei, nicht, dass diese zureichend begründet sei. Das Gericht sei ganz offensichtlich nicht in der Lage gewesen, u. a. nachzuvollziehen, warum die Kommission, wo doch aus den Beweisen eine Transparenz hervorgehe, die für die Feststellung einer kollektiven beherrschenden Stellung ausreiche, dennoch zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die Beweise für die Transparenz nicht ausreichten, weil die Werberabatte weniger transparent als andere Arten von Nachlässen seien. Nach Ansicht von Impala sind die wahren Gründe der angefochtenen Entscheidung nach wie vor nicht bekannt.

165 Zu dem oben in Randnr. 161 zusammengefassten Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen macht Impala geltend, die Ausführungen des Gerichts zu einigen Aspekten der Begründung der streitigen Entscheidung beruhten auf einer eingehenden Prüfung der von der Kommission angestellten Untersuchung, vor allem aber auf den inneren Unstimmigkeiten der streitigen Entscheidung selbst.

— Würdigung durch den Gerichtshof

166 Nach ständiger Rechtsprechung muss die nach Art. 253 EG vorgeschriebene Begründung der Natur des betreffenden Rechtsakts angepasst sein und die Überlegungen des Gemeinschaftsorgans, das den Rechtsakt erlassen hat, so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die Betroffenen ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können und das zuständige Gericht seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann. Das Begründungserfordernis ist nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Inhalt des Rechtsakts, der Art der angeführten Gründe und nach dem Interesse zu beurteilen, das die Adressaten oder andere von dem Rechtsakt unmittelbar und individuell betroffene Personen an Erläuterungen haben können. In der Begründung brauchen nicht alle tatsächlich oder rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte genannt zu werden, da die Frage, ob die Begründung eines Rechtsakts den Erfordernissen des Art. 253 EG genügt, nicht nur anhand seines Wortlauts zu beurteilen ist, sondern auch anhand seines Kontextes sowie sämtlicher Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet (vgl. insbesondere Urteile vom 2. April 1998, Kommission/Sytraval und Brink's France, C-367/95 P, Slg. 1998, I-1719, Randnr. 63, vom 22. Juni 2004, Portugal/Kommission, C-42/01, Slg. 2004, I-6079, Randnr. 66, und vom 15. April 2008, Nuova Agricast, C-390/06, Slg. 2008, I-2577, Randnr. 79).

167 Der Urheber eines solchen Rechtsakts braucht jedoch nicht zu Gesichtspunkten Stellung zu nehmen, die eindeutig untergeordnete Bedeutung haben, oder mögliche Einwände vorwegzunehmen (Urteil vom 25. Oktober 2005, Deutschland und Dänemark/Kommission, „Feta“, C-465/02 und C-466/02, Slg. 2005, I-9115, Randnr. 106). Außerdem müssen die Anforderungen, die an die Begründung einer Entscheidung zu stellen sind, den tatsächlichen Möglichkeiten sowie den technischen und zeitlichen Bedingungen angepasst werden, unter denen die Entscheidung ergeht (vgl. Urteile vom 1. Dezember 1965, Schwarze, 16/65, Slg. 1965, 1152, 1167 und 1168, sowie vom 14. Februar 1990, Delacre u. a. /Kommission, C-350/88, Slg. 1990, I-395, Randnr. 16). So verstößt die Kommission nicht gegen ihre Begründungspflicht, wenn sie bei der Ausübung ihrer Kontrollbefugnis hinsichtlich der Zusammenschlüsse in ihrer Entscheidung nicht genau die Gründe für die Würdigung bestimmter Aspekte des Zusammenschlusses darlegt, die ihrer Ansicht nach offenkundig neben der Sache liegen oder keine oder eine eindeutig untergeordnete Bedeutung für die Einschätzung

dieses Zusammenschlusses haben (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Sytraval und Brink's France, Randnr. 64). Ein solches Erfordernis wäre nämlich schwerlich vereinbar mit dem Beschleunigungsgebot und den kurzen Verfahrensfristen, denen die Kommission bei der Ausübung ihrer Kontrollbefugnis hinsichtlich der Zusammenschlüsse nachkommen muss und die zu den besonderen Umständen eines Verfahrens zu deren Kontrolle gehören.

168 Daher ist, sofern die Kommission nach Art. 6 Abs. 2 der Verordnung einen Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt, der Begründungspflicht genügt, wenn in der Entscheidung deutlich dargelegt ist, aus welchen Gründen die Kommission der Meinung ist, dass der fragliche Zusammenschluss, gegebenenfalls nach entsprechenden Änderungen durch die beteiligten Unternehmen, keine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde.

169 In diesem Zusammenhang muss die Kommission jedoch, auch wenn sie in der Begründung von Entscheidungen, die gemäß der Verordnung erlassen werden, nicht auf alle vor ihr geltend gemachten Faktoren und Argumente, einschließlich jener, die für die vorzunehmende Würdigung eindeutig untergeordnete Bedeutung haben, einzugehen braucht, die Tatsachen und rechtlichen Erwägungen anführen, denen nach dem Aufbau der Entscheidung eine wesentliche Bedeutung zukommt. Ferner muss die Begründung folgerichtig sein und darf insbesondere keine inneren Widersprüche aufweisen (vgl. in diesem Sinne entsprechend Urteile vom 18. Mai 1962, Geitling u. a./Hohe Behörde, 13/60, Slg. 1962, 179, 236, vom 15. Juli 1970, ACF Chemiefarma/Kommission, 41/69, Slg. 1970, 661, Randnr. 78, vom 7. Juli 1981, Rewe-Handelsgesellschaft Nord und Rewe-Markt Steffen, 158/80, Slg. 1981, 1805, Randnr. 26, sowie vom 17. Mai 1988, Arendt/Parlament, 28/87, Slg. 1988, 2633, Randnrn. 7 und 8).

170 Anhand dieser Grundsätze sind die von den Rechtsmittelführerinnen im Rahmen des sechsten Rechtsmittelgrundes vorgebrachten Rügen zu prüfen.

171 In erster Linie machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, eine Entscheidung der Kommission, mit der ein Zusammenschluss genehmigt werde, könne keinesfalls

wegen unzureichender Begründung für nichtig erklärt werden. Sie stützen sich hierzu insbesondere auf Art. 10 Abs. 6 der Verordnung.

- 172 Aus Randnr. 49 des vorliegenden Urteils geht hervor, dass diese Bestimmung die Rechtssicherheit in dem Fall gewährleisten soll, dass die Kommission ausnahmsweise nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist eine Entscheidung erlassen hat. So stünde es den betroffenen Unternehmen frei, den Zusammenschluss durchzuführen, sobald eine stillschweigende Genehmigung vorliegt.
- 173 Wie Impala hervorhebt, läuft das auf Art. 10 Abs. 6 der Verordnung gestützte Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen darauf hinaus, dass Entscheidungen, mit denen Zusammenschlüsse genehmigt werden, gar nicht begründet werden müssen, da sie nicht wegen fehlender Begründung angegriffen werden können.
- 174 Es ist jedoch daran zu erinnern, dass eine unzureichende Begründung, die gegen Art. 253 EG verstößt, eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften im Sinne des Art. 230 EG darstellt und überdies ein Gesichtspunkt ist, den der Gemeinschaftsrichter von Amts wegen prüfen kann und muss (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 20. Februar 1997, Kommission/Daffix, C-166/95 P, Slg. 1997, I-983, Randnr. 24). Im Übrigen ist nach ständiger Rechtsprechung eine Bestimmung des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts möglichst so auszulegen, dass sie mit dem Vertrag und den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist (Urteil vom 4. Oktober 2007, Schutzverband der Spirituosen-Industrie, C-457/05, Slg. 2007, I-8075, Randnr. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung). Folglich ist Art. 10 Abs. 6 der Verordnung im Licht der Art. 230 EG und 253 EG auszulegen und anzuwenden.
- 175 Wie aus Randnr. 49 des vorliegenden Urteils hervorgeht, stellt Art. 10 Abs. 6 der Verordnung eine Ausnahme von der allgemeinen Systematik der Verordnung dar, wie sie sich u. a. aus deren Art. 6 Abs. 1 und 8 Abs. 1 ergibt, wonach die Kommission über die bei ihr angemeldeten Zusammenschlüsse ausdrücklich befundet, gleich ob ihre Entscheidung negativ oder positiv ausfällt. Daher kann aus Art. 10 Abs. 6 der Verordnung nicht nur keine allgemeine Vermutung für die Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt hergeleitet werden, sondern ebenso wenig eine Ausnahme von der Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit einer

Entscheidung, mit der ein Zusammenschluss genehmigt wird, wegen eines Verstoßes gegen die Begründungspflicht in Frage zu stellen. Das legitime Bedürfnis nach Rechtssicherheit in Ausnahmesituationen, das in dieser Bestimmung zum Ausdruck kommt, kann nicht so weit gehen, dass Entscheidungen über Zusammenschlüsse ganz oder teilweise der Kontrolle durch den Gemeinschaftsrichter entzogen werden.

176 Das auf Art. 10 Abs. 6 der Verordnung gestützte Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen ist daher zurückzuweisen.

177 Hilfsweise machen die Rechtsmittelführerinnen insbesondere geltend, das Gericht sei, da die streitige Entscheidung Impala die Nachprüfung der Gründe der erteilten Genehmigung und dem Gericht die Wahrnehmung seiner Kontrollaufgabe ermöglicht habe, nicht der ständigen Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte zu den Anforderungen an die Begründung gefolgt.

178 Wie aus Randnr. 166 des vorliegenden Urteils hervorgeht, soll nach ständiger Rechtsprechung die nach Art. 253 EG vorgeschriebene Begründung den Betroffenen gestatten, ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme zu entnehmen, und dem zuständigen Gericht ermöglichen, seine Kontrollaufgabe wahrzunehmen; dieses Begründungserfordernis ist nach der Art des betreffenden Rechtsakts und den Umständen, unter denen er erlassen wurde, zu beurteilen (vgl. außerdem Urteile vom 7. April 1987, Sisma/Kommission, 32/86, Slg. 1987, 1645, Randnr. 8, vom 4. Juni 1992, Consorgan/Kommission, C-181/90, Slg. 1992, I-3557, Randnr. 14, vom 15. April 1997, Irish Farmers Association u. a., C-22/94, Slg. 1997, I-1809, Randnrn. 39 bis 41, vom 19. September 2002, Spanien/Kommission, C-114/00, Slg. 2002, I-7657, Randnrn. 62 und 63, vom 2. Oktober 2003, Krupp Hoesch/Kommission, C-195/99 P, Slg. 2003, I-10937, Randnr. 110, sowie Aalborg Portland u. a./Kommission, Randnr. 372).

179 Vorliegend mag es zwar bedauerlich erscheinen, dass in der streitigen Entscheidung zwischen der Darstellung der Faktoren, die für eine ausreichende Transparenz sprechen, und der Darstellung des gegen sie sprechenden Einflusses der Werberabatte ein gewisses Missverhältnis besteht. Doch konnte das Gericht angesichts, erstens, des Kontextes, in dem die streitige Entscheidung erlassen wurde, der insbesondere durch die kurze Zeit zwischen der schriftlichen Antwort auf die Mitteilung der

Beschwerdepunkte und dem Ende des förmlichen Verfahrens gekennzeichnet ist, und, zweitens, der oben in den Randnrn. 166 bis 169, insbesondere Randnrn. 166 und 167, dargelegten Anforderungen der Rechtsprechung nicht rechtsfehlerfrei annehmen, dass die Kommission im vorliegenden Fall die Verpflichtung zur hinreichenden Begründung der streitigen Entscheidung verletzt habe (vgl. entsprechend Urteile vom 28. Oktober 1981, Krupp Stahl/Kommission, 275/80 und 24/81, Slg. 1981, 2489, Randnr. 13, sowie vom 13. März 1985, Niederlande und Leeuwarder Papierwarenfabrik/Kommission, 296/82 und 318/82, Slg. 1985, 809, Randnr. 21).

180 Erstens nämlich ließ sich die Argumentation der Kommission der streitigen Entscheidung entnehmen, so dass deren Begründetheit später vor dem zuständigen Gericht angefochten werden konnte, wie Impala dies getan hat. Es wäre insoweit übertrieben, wie es das Gericht in Randnr. 289 des angefochtenen Urteils getan hat, eine ausführliche Beschreibung jedes einzelnen der streitigen Entscheidung zugrunde liegenden Aspekts zu verlangen, wie z. B. der Natur der Werberabatte, der Umstände, unter denen die Werberabatte Anwendung finden können, des Maßes ihrer fehlenden Transparenz, ihres Umfangs oder ihrer spezifischen Auswirkungen auf die Preistransparenz (vgl. in diesem Sinne entsprechend Urteile vom 16. November 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Kommission, C-286/98 P, Slg. 2000, I-9925, Randnrn. 59 bis 61, sowie vom 1. Juli 2008, Chronopost und La Poste/UFEX u. a., C-341/06 P und C-342/06 P, Slg. 2008, I-4777, Randnr. 108). Dies gilt umso mehr, als Impala, wie insbesondere aus den Randnrn. 7 und 10 des angefochtenen Urteils hervorgeht, an dem förmlichen Verfahren eng beteiligt (vgl. entsprechend Urteile vom 25. Oktober 2001, Italien/Rat, C-120/99, Slg. 2001, I-7997, Randnr. 29, und vom 9. September 2004, Spanien/Kommission, C-304/01, Slg. 2004, I-7655, Randnr. 50) und zudem durchaus in der Lage war, vor dem Gericht die sachliche Richtigkeit der von der Kommission in der streitigen Entscheidung vorgenommenen Würdigung in Frage zu stellen.

181 Zweitens kannte das Gericht, wie insbesondere aus den Randnrn. 275, 289 und 530 des angefochtenen Urteils hervorgeht, die Gründe für die Entscheidung der Kommission, den in Rede stehenden Zusammenschluss zu genehmigen. Es hat überdies in zahlreichen Randnummern seines Urteils die Stichhaltigkeit dieser Gründe untersucht. Insoweit ist zu beachten, dass es sich bei der Verpflichtung, Entscheidungen zu begründen, um ein wesentliches Formerfordernis handelt, das von der Frage der sachlichen Richtigkeit der Begründung zu unterscheiden ist, die zur materiellen Rechtmäßigkeit des streitigen Rechtsakts gehört (vgl. Urteile Kommission/Sytraval und Brink's France, Randnr. 67, sowie vom 7. März 2002, Italien/Kommission, C-310/99, Slg. 2002, I-2289, Randnr. 48). Die Begründung einer Entscheidung soll nämlich förmlich die Gründe zum Ausdruck bringen, auf denen diese Entscheidung

beruht. Weisen die Gründe Fehler auf, so beeinträchtigen diese die materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung, nicht aber deren Begründung, die, obwohl sie fehlerhafte Gründe enthält, zureichend sein kann. Daher kann nicht behauptet werden, es sei dem Gericht unmöglich gewesen, seine Kontrollaufgabe wahrzunehmen (vgl. entsprechend Urteil Chronopost und La Poste/UFEX u. a., Randnr. 112).

182 Der sechste Rechtsmittelgrund greift daher durch; auf die oben in den Randnrn. 158, 159 und 161 dargelegten Vorwürfe braucht dabei nicht eingegangen zu werden.

183 Nach alledem ist das vorliegende Rechtsmittel für begründet zu erklären.

Zum vermeintlichen Anschlussrechtsmittel

184 Die Rechtsmittelbeantwortung der Kommission enthält einen gesonderten Abschnitt „Ergänzende Bemerkungen“ zu den „tragenden Gründen“ der streitigen Entscheidung. Die Kommission macht darin geltend, das Gericht habe in den Randnrn. 474 und 476 des angefochtenen Urteils ihre Feststellungen zu den Vergeltungsmaßnahmen zu Unrecht als tragenden Grund der streitigen Entscheidung eingestuft. Falls sich im vorliegenden Verfahren herausstelle, dass die in der Entscheidung getroffenen Feststellungen zur mangelnden Markttransparenz rechtsfehlerfrei gewesen seien, müsse die angefochtene Entscheidung für rechtmäßig befunden werden, gleich, ob sie in Bezug auf die Vergeltungsmaßnahmen Rechtsfehler enthalte oder nicht.

185 Impala hat diese Ausführungen in der Rechtsmittelbeantwortung der Kommission als Anschlussrechtsmittel aufgefasst und unter Berufung auf Art. 117 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs mit gesondertem Schriftsatz vom 23. März 2007 darauf geantwortet. Den Beteiligten ist daraufhin gestattet worden, weitere Schriftsätze hierzu einzureichen — der letzte ist am 16. Juli 2007 bei der Kanzlei

des Gerichtshofs eingereicht worden —, wobei offen gelassen worden ist, ob Impala berechtigt war, sich auf Art. 117 § 2 zu berufen.

186 Die Einstufung eines Vorbringens als Anschlussrechtsmittel setzt nach Art. 117 § 2 der Verfahrensordnung voraus, dass mit ihm die vollständige oder teilweise Aufhebung des angefochtenen Urteils unter einem Gesichtspunkt beantragt wird, der in der Rechtsmittelschrift nicht geltend gemacht wird. Ob dies hier der Fall ist, ist anhand von Wortlaut, Ziel und Zusammenhang der fraglichen Passage der Rechtsmittelbeantwortung der Kommission zu ermitteln.

187 Hierzu ist hervorzuheben, dass die Kommission in ihrem Schriftsatz an keiner Stelle den Ausdruck „Anschlussrechtsmittel“ verwendet. Überdies hat die Kommission während des Verfahrens, insbesondere in der mündlichen Verhandlung, eindeutig erklärt, sie habe mit ihren „Ergänzenden Bemerkungen“ keineswegs ein Anschlussrechtsmittel einlegen wollen.

188 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass die genannten Bemerkungen kein Anschlussrechtsmittel darstellen. Entgegen der Auffassung von Impala ist daher nicht auf sie einzugehen.

Zur Zurückverweisung der Rechtssache an das Gericht

189 Nach Art. 61 Abs. 1 seiner Satzung hebt der Gerichtshof, wenn das Rechtsmittel begründet ist, die Entscheidung des Gerichts auf. Er kann sodann den Rechtsstreit selbst endgültig entscheiden, wenn dieser zur Entscheidung reif ist, oder die Sache zur Entscheidung an das Gericht zurückverweisen.

190 Da das Gericht lediglich zwei der fünf von Impala vorgetragene Klagegründe geprüft hat, hält der Gerichtshof den vorliegenden Rechtsstreit nicht für entscheidungsreif. Deshalb ist die Sache an das Gericht zurückzuverweisen.

191 Da die Sache an das Gericht zurückverwiesen wird, ist die Entscheidung über die Kosten des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens vorzubehalten.

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

- 1. Das Urteil des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 13. Juli 2006, Impala/Kommission (T-464/04), wird aufgehoben.**

- 2. Die Rechtssache wird an das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften zurückverwiesen.**

- 3. Die Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.**

Unterschriften