SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO TIZZANO vom 25. Mai 2004 [1]

Inhaltsverzeichnis

I — Rechtlicher Rahmen ..... I - 993

II — Sachverhalt und Verfahren ..... I - 994

Der angemeldete Zusammenschluss und das Verfahren bei der Kommission ..... I - 994

Die angefochtene Entscheidung ..... I - 996

Das angefochtene Urteil ..... I - 1002

Rechtsmittel und Verfahren vor dem Gerichtshof ..... I - 1009

III — Rechtliche Untersuchung ..... I - 1009

Allgemeine Erwägungen zur Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegen Urteile des Gerichts ..... I - 1010

Zum Rechtsmittelgrund bezüglich des Niveaus der Beweisanforderung und der Intensität der richterlichen Kontrolle ..... I - 1011

a) Die allgemeinen Rügen der Kommission ..... I - 1011

b) Das „konkrete Beispiel" für die Fehler des Gerichts ..... I - 1017

c) Ergebnis in Bezug auf den ersten Rechtsmittelgrund ..... I - 1023

Zum Rechtsmittelgrund bezüglich der Auferlegung der Verpflichtung, die Rechtswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen und bloße Verhaltensverpflichtungen zu berücksichtigen ..... I - 1024

Zum Rechtsmittelgrund bezüglich der Ermittlung verschiedener Märkte für SBM-Maschinen je nach deren Endverwendung ..... I - 1028

Zum Rechtsmittelgrund bezüglich der Verstärkung der beherrschenden Stellung von Tetra bei Karton ..... I - 1031

1 — Originalsprache: Italienisch.

Zum Rechtsmittelgrund bezüglich der Begründung einer beherrschenden Stellung von Tetra bei SBM-Maschinen ..... I - 1038

a) Die Rügen der Kommission ..... I - 1039

b) Die Auswirkung der Fehler in den Schlussfolgerungen des Gerichts ..... I - 1044

Abschließende Erwägungen zur Begründetheit des Rechtsmittels ..... I - 1045

Kosten ..... I - 1046

IV — Ergebnis ..... I - 1046

1. Die vorliegende Rechtssache befasst sich mit einem Rechtsmittel der Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 25. Oktober 2002 in der Rechtssache T-5/02 (Tetra Laval/Kommission, Slg. 2002, II-4381), mit dem die „Entscheidung K(2001) 3345 endg. der Kommission vom 30. Oktober 2001, mit der ein Zusammenschluss für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen erklärt wird (Sache COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel)", für nichtig erklärt wurde.

I — Rechtlicher Rahmen

2. Bekanntlich hat die Verordnung Nr. 4064/89/EG (nachstehend: Verordnung) [2], um zur Schaffung „ein[es] System[s], das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt" (Artikel 3 Buchstabe f EWG-Vertrag, nach Änderung Artikel 3 Buchstabe g EG-Vertrag, jetzt Artikel 3 Buchstabe g EG), beizutragen, eine Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen auf Gemeinschaftsebene eingeführt [3]. Sie hat zu diesem Zweck insbesondere festgelegt, dass solche Zusammenschlüsse vorab bei der Kommission anzumelden sind, die ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu prüfen hat.

3. Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung bestimmt:

„Bei dieser Prüfung berücksichtigt die Kommission

a) die Notwendigkeit, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb auf-

2 — Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 395, S. 1, berichtigte Fassung veröffentlicht im ABl. L 257 vom 21. September 1990, S. 13). Die Verordnung Nr. 4064/89 wurde geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997 (ABl. L 180, S. 1).

3 — Was unter „Zusammenschluss" zu verstehen ist, wird in Artikel 3 der Verordnung geregelt, während Artikel 1 Absätze 2 und 3 festlegt, wann ein Zusammenschluss „gemeinschaftsweite Bedeutung" aufweist.

rechtzuerhalten und zu entwickeln, insbesondere im Hinblick auf die Struktur aller betroffenen Märkte und den tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft ansässige Unternehmen;

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

4. In den folgenden Absätzen des Artikels 2 ist ferner festgelegt, dass

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

— und zum anderen, dass „Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, ... für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären [sind]" (Absatz 3).

II — Sachverhalt und Verfahren

Der angemeldete Zusammenschluss und das Verfahren bei der Kommission

5. Aus der Darstellung des Sachverhalts im angefochtenen Urteil ergibt sich, soweit hier von Interesse, Folgendes:

„9 Am 27. März 2001 gab die Tetra Laval SA, eine zu 100 % im Eigentum der Tetra Laval BV, einer zum Tetra-Laval-

Konzern gehörenden Holdinggesellschaft (im Folgenden: Tetra oder Klägerin), stehende private Gesellschaft französischen Rechts für Rechnung der Klägerin ein öffentliches Übernahmeangebot für sämtliche im Umlauf befindlichen Aktien der Sidel SA ab, einem in Frankreich börsennotierten Unternehmen. Am gleichen Tag erwarb die Tetra Laval SA etwa 9,75 % des Kapitals von Sidel, davon 5,56 % von Azeo und 4,19 % von der Geschäftsleitung von Sidel.

...

11 Im Anschluss an dieses Angebot erwarb die Klägerin etwa 81,3 % der im Umlauf befindlichen Aktien von Sidel. Nach Angebotsschluss erwarb sie einige zusätzliche Aktien, so dass sie derzeit etwa 95,20 % der Aktien und 95,93 % der Stimmrechte von Sidel hält.

12 Zur Klägerin gehört u. a. das Unternehmen Tetra Pak, das hauptsächlich im Bereich von Kartonverpackungen für Flüssignahrungsmittel tätig und in diesem Bereich das weltweit führende Unternehmen ist. Die Klägerin ist in begrenzterem Umfang auch im Bereich von Kunststoffverpackungen tätig, und zwar hauptsächlich als ‚Verarbeiter' (der leere Verpackungen herstellt und an die Produzenten liefert, die sie selbst befüllen), insbesondere im Bereich der Kunststoffverpackungen aus Polyethylen hoher Dichte (im Folgenden: HDPE).

13 Sidel konzipiert und produziert Verpackungsanlagen und -systeme, insbesondere so genannte ‚Stretch-Blow-Moulding-Maschinen' (Streckblasmaschinen, im Folgenden: SBM-Maschinen), die zur Herstellung von Kunststoffflaschen aus Polyethylenterephthalat (im Folgenden: PET) verwendet werden. Sie ist der weltweit führende Hersteller und Lieferant von SBM-Maschinen. Sie ist auch im Bereich der Barrieretechnik tätig, mit der die Verwendung von PET bei gas- und lichtempfindlichen Produkten ermöglicht werden soll, sowie im Bereich von Abfüllmaschinen für PET-Flaschen und, in geringerem Umfang, für HDPE-Flaschen.

14 Am 18. Mai 2001 wurden der Kommission die Transaktionen gemeldet, aufgrund deren die Klägerin ihre Beteiligung an Sidel erwarb.

15 Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Transaktionen (im Folgenden: Zusammenschluss oder angemeldeter Vorgang) einen Erwerb im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der

Verordnung darstellen und dass dieser Zusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne von Artikel 1 Absatz 2 der Verordnung hat.

16 Am 5. Juli 2001 beschloss die Kommission, ein eingehenderes Prüfverfahren gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung einzuleiten, da der Zusammenschluss ihres Erachtens Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt und dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) gab.

...

19 Am 25. September 2001 schlug die Klägerin eine Reihe von Verpflichtungen gemäß Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung vor, um den in der ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte angesprochenen Wettbewerbsproblemen abzuhelfen.

...

21 Am 9. Oktober 2001 unterbreitete die Klägerin eine Reihe neuer fester Verpflichtungen (im Folgenden: Verpflichtungen), die an die Stelle der Verpflichtungen vom 25. September 2001 traten.

...

24 Mit Entscheidung vom 30. Oktober 2001 (K[2001] 3345 endg. [Sache COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel], im Folgenden: angefochtene Entscheidung) erklärte die Kommission den angemeldeten Vorgang gemäß Artikel 8 Absatz 3 der Verordnung für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt und dem Funktionieren des EWR-Abkommens.

...

26 Im Licht der Schlussfolgerungen, zu denen die Kommission in der angefochtenen Entscheidung kam, erließ sie nach einem gesonderten Verwaltungsverfahren, das am 19. November 2001 mit einer Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Klägerin eingeleitet wurde, am 30. Januar 2002 eine Entscheidung über die zur Wiederherstellung wirksamer Wettbewerbsbedingungen erforderlichen Maßnahmen gemäß Artikel 8 Absatz 4 der Verordnung (Sache COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel)."

Die angefochtene Entscheidung

6. Unter Beschränkung auf die wesentlichen Passagen und mit dem Vorbehalt, dass ich mich mit einigen Aspekten, die für die

vorliegende Rechtssache von besonderer Bedeutung sind, noch eingehender befassen werde, lässt sich die angefochtene Entscheidung wie folgt kurz zusammenfassen.

7. Nach einer allgemeinen Beschreibung der Verpackungsindustrie für flüssige Lebensmittel hat die Kommission die relevanten Produktmärkte untersucht und dabei zunächst die der Substituierbarkeit der verschiedenen Verpackungsmaterialien und damit der verschiedenen Verpackungssysteme beurteilt.

8. Für diese Untersuchung hat sie es für sinnvoll erachtet, eine „Segmentierung nach dem Verwendungszweck" vorzunehmen, d. h., ... die Substituierbarkeit der verschiedenen Verpackungsmaterialien und -systeme nach der Art der abzufüllenden Flüssigkeit zu beurteilen [4]. Unter diesem Blickwinkel hat die Kommission, da Tetra und Sidel vor allem in den Verpackungssegmenten Karton und PET tätig sind, ihre Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Getränke durchgeführt, die mit diesen beiden Materialien verpackt werden konnten (die so genannten „allgemeinen" und die „empfindlichen" Produkte), d. h.: die flüssigen Molkereierzeugnisse (im Folgenden: FME, die im angefochtenen Urteil als „flüssige Milchprodukte" [5] bezeichnet werden), die „Säfte" und „Nektare" (die in der Entscheidung und im angefochtenen Urteil kurz als „Säfte" bezeichnet werden), die „Fruchtsaftaromagetränke ohne Kohlensäure" (die in der Entscheidung kurz als „Fruchtsaft-/aromatisierte Getränke" und im Urteil als „Fruchtsaftaromagetränke" bezeichnet werden) sowie die „trinkfertigen Tee-und Kaffeegetränke" (die in der Entscheidung und im Urteil einfach als „Tee-/Kaffeegetränke" bezeichnet werden) [6].

9. Bei der Untersuchung der Wechselbeziehung zwischen den beiden Materialien hat die Kommission zunächst hervorgehoben, dass, obwohl beide „bisher für die Abfüllung verschiedener Getränke verwendet wurden" [7], „PET ein Material [ist], das sich für sämtliche der traditionell in Karton verpackten Produkte eignet" [8]. Nach einer umfassenden Analyse, insbesondere „[v]or dem Hintergrund der jüngsten und noch kommenden technischen Entwicklungen sowie in Anbetracht der kosten- und absatzstrategischen Erwägungen", ist die Kommission zu dem Schluss gelangt, dass „die Verwendung von PET in den gemeinsamen Produktsegmenten innerhalb der nächsten fünf Jahre erheblich zunehmen wird" [9].

10. Die Kommission hat somit bekräftigt, dass „die Substituierbarkeit zwischen beiden Systemen [der Kartonverpackung und PET] derzeit zwar nicht so zwingend und unmittelbar ist, wie es für die Definition eines einzigen Marktes erforderlich wäre (d. h., sie sind schwache Substitute) doch kann sich

4 — Vgl. insbesondere 40. und 44. Begründungserwägungen der Entscheidung.

5 — [Betrifft nur die italienische Fassung]

6 — Vgl. insbesondere 12. und 45. Begründungserwägungen der Entscheidung.

7 — Begründungserwägung 55, wo es heißt: „PET und Karton wurden bisher für die Abfüllung verschiedener Getränke verwendet. Dies ist hauptsächlich auf die unterschiedlichen physikalischen Eigenschaften dieser Verpackungslösungen zurückzuführen. Karton ist undurchsichtig und daher für sauerstoff- und lichtempfindliche Produkte geeignet, er kann jedoch nicht für kohlensäurehaltige Produkte verwendet werden. PET ist durchsichtig und kann für kohlensäurehaltige Produkte verwendet werden, war jedoch bisher für sauerstoff- und lichtempfindliche Produkte weniger geeignet. Karton wurde daher hauptsächlich für FME (in erster Linie Trinkmilch) und Säfte verwendet, während PET hauptsächlich für Wasser (mit und ohne Kohlensäure) und kohlensäurehaltige Getränke verwendet wurde."

8 — 57. Begründungserwägung.

9 — 103. Begründungserwägung.

dies künftig ändern". Sie hat ferner den Schluss gezogen: „Da beide Systeme dieselben Produktsegmente im Bereich der Flüssignahrungsmittelverpackung bedienen, denselben Kundenkreis ansprechen und in zunehmendem Maße mit aseptischen Technologien arbeiten, bilden beide Verpackungssysteme zwei äußerst eng miteinander verwandte Märkte." [10].

11. Danach hat es die Kommission für notwendig erachtet, „ferner zu prüfen, ob es bestimmte relevante Produktmärkte für spezifische Ausrüstungsteile innerhalb der jeweiligen Verpackungssysteme gibt" [11].

12. Nach Abschluss dieser Untersuchung ist die Kommission bezüglich der PET-Verpackungssysteme [12] zu dem Ergebnis gelangt, dass 1. „SBM-Maschinen mit hohem Durchsatz ... einen von SBM-Maschinen mit niedrigem Durchsatz getrennten Markt [bilden]", und dass „[w]egen der spezifischen Eigenschaften der ‚empfindlichen' Produkte und der Möglichkeit der Preisdiskriminierung" „jeder Kundenkreis, der die Maschinen einem speziellen Verwendungszweck zuführt, einen gesonderten Produktmarkt bildet, ... insbesondere für die vier ‚empfindlichen' Produktsegmente [flüssige Molkereierzeugnisse], Saft, [Fruchtsaft-/aromatisierte Getränke] und Tee-/Kaffeegetränke" [13], dass 2. „die [verschiedenen] PET-Barriereretechniken ... Teil ein und desselben Produktmarktes sind" [14], dass 3. „keimfreie und nicht keimfreie PET-Abfüllmaschinen zwei unterschiedliche Produktmärkte darstellen" [15], und dass 4. „[PET-]Vorformlinge einen eigenen Produktmarkt bilden" [16].

13. Mit Bezug auf die Kartonverpackungssysteme hat die Kommission indessen geschlossen, „dass es vier unterschiedliche Produktmärkte gibt: keimfreie Kartonverpackungsmaschinen, keimfreie Kartons, nicht keim-

10 — 163. Begründungserwägung.

11 — 164. Begründungserwägung.

12 — Zu diesen Systemen ist auf Folgendes hinzuweisen: „Die Verpackung von Flüssignahrungsmitteln in PET-Flaschen erfordert den kombinierten Einsatz verschiedener Anlagen und Maschinen, ggf. in Verbindung mit einer Barriereteechnik [um das PET für sauerstoff- oder lichtempfindliche Produkte verwendbar zu machen]. Der Verpackungsprozess besteht aus drei Phasen: a) Herstellung von Kunststoffvorformlingen (‚Preforms'), d. h. Herstellung der vorgefertigten Kunststoffröhren, aus denen die PET-Flaschen geformt werden; b) Verarbeitung der Preforms zu leeren PET-Flaschen mit Hilfe spezieller Streckblasmaschinen, und c) Abfüllen der fertigen PET-Flaschen auf einer speziellen Abfüllanlage" (20. Begründungserwägung der Entscheidung). Bei den PET-Verpackungssystemen „gibt [es] zwei Hauptverfahrensarten bei der Verpackung von Flüssigkeiten: entweder ... durch die Hersteller des Flüssignahrungsmittels selbst oder durch unabhängige Flaschenhersteller. Verpackung durch den Hersteller selbst erfordert den Kauf von Verpackungsausrüstungen und -vorrichtungen, die im Werk des Getränkeherstellers installiert werden müssen. Im Gegensatz dazu stellen Flaschenhersteller leere Verpackungen her, die dann entweder durch Abfüllunternehmen abgefüllt werden oder an die Getränkehersteller zur hauseigenen Abfüllung verkauft werden" (15. Begründungserwägung der Entscheidung).

13 — 188. Begründungserwägung.

14 — 199. Begründungserwägung. Insoweit sei daran erinnert, dass „[f]ür sauerstoffempfindliche Produkte (wie Säfte oder Bier) ... die Gasbarriereeigenschaften einer PET-Flasche verbessert werden [müssen] ... [z]ur Verbesserung der Barriereeigenschaften von PET ... die herkömmliche PET-Flasche mit einer Barriereteechnik behandelt [wird] ... [und] [b]ei lichtempfindlichen Produkten wie z. B. H-Milch ... eine zusätzliche Lichtbarriere erforderlich [ist]" (22. bis 24. Begründungserwägungen der Entscheidung).

15 — 204. Begründungserwägung. Insoweit sei daran erinnert, dass „[n]icht keimfreie PET-Abfüllmaschinen ... im Allgemeinen für kohlensäurehaltige Erfrischungsgetränke, Speiseöle und Frischmilch ..., [k]eimfreie PET-Abfüllmaschinen für ungekühlte Getränke, Fruchtsaft-/aromatisierte Getränke ohne Kohlensäure, Fertigtee- oder -kaffeegetränke und flüssige Molkereierzeugnisse verwendet [werden]. (21. Begründungserwägung der Entscheidung)

16 — 206. Begründungserwägung.

freie Verpackungsmaschinen und nicht keimfreie Kartons" [17].

14. Nach diesen Feststellungen zu den relevanten Produktmärkten hat die Kommission dann eine rasche Prüfung der räumlichen Dimension dieser Märkte vorgenommen und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass für sie „der relevante geografische Markt ... der EWR ist" [18].

15. Die Beurteilung der Auswirkung des angemeldeten Vorgangs auf den Wettbewerb hat die Kommission mit der Feststellung begonnen, dass Tetra schon vor diesem Zusammenschluss „eine beherrschende Stellung auf dem Markt für keimfreie Verpackungsmaschinen und Kartons sowie eine führende Stellung auf dem Markt für nicht keimfreie Verpackungsmaschinen und Kartons" einnahm und „auch auf dem Kartonverpackungsmarkt als Ganzem eine beherrschende Stellung" innehatte [19]. Vor dem angemeldeten Vorgang habe Sidel demgegenüber „über eine führende Stellung auf dem Markt für SBM-Maschinen mit hohem und mit niedrigem Durchsatz in sämtlichen Endverwendungssegmenten verfügt sowie über eine starke Stellung bei sonstigen PET-Verpackungsausrüstungen, darunter vor allem keimfreie Abfüllmaschinen, Nebenanlagen und Serviceleistungen" [20].

16. Unter diesen Umständen hat die Kommission geprüft, ob der angemeldete Vorgang zur Schaffung oder Verstärkung einer oder mehrerer beherrschender Stellungen im Sinne von Artikel 2 der Verordnung führen würde.

17. Hierzu hat sie vor allem festgestellt, dass „[d]as angemeldete Vorhaben ... direkte horizontale Auswirkungen [hat], da beide Parteien auf drei eigenständigen Produktmärkten tätig sind: SBM-Maschinen (mit niedrigem Durchsatz), Barrieretechniken und keimfreie PET-Abfüllmaschinen". Nach Meinung der Kommission wäre „die ohnehin starke Stellung von Sidel durch die Fusion umgehend noch weiter verstärkt" worden [21].

18. Insbesondere bezüglich der „horizontalen Folgen" des Zusammenschlusses ist die Kommission zu dem Ergebnis gelangt, dass

17 — 209. Begründungserwägung. Für diese Systeme gilt: „Anders als die PET-Verpackungen mit ihren verschiedenen Produktionsstadien (Vorformlinge, leere Flaschen, Abfüllung) erfolgt das Formgeben, Abfüllen und Verschließen des Getränkekartons in einem einzigen Produktionsabschnitt ... Alle diese Vorgänge laufen auf einer einzigen Maschine im Betrieb des Getränkeherstellers ab ... Es gibt keimfreie und nicht keimfreie Kartonmaschinen, man unterscheidet für das gesamte Verpackungsverfahren ... zwischen [diesen beiden] Kartonverpackungsabläufen" (28. Begründungserwägung der Entscheidung).

18 — 212. Begründungserwägung.

19 — 231. Begründungserwägung.

20 — 259. Begründungserwägung.

21 — 263. Begründungserwägung.

1. „der Markt für SBM-Maschinen mit niedrigem Durchsatz in Folge des Zusammenschlusses eine Konzentration erfahren würde" und dass „Tetra/Sidel ... mit Abstand die führende Gesellschaft im gesamten SBM-Maschinenspektrum [wäre], angefangen bei den einfachsten Maschinen mit niedrigem Durchsatz bis hin zu den leistungsfähigsten und technisch am weitesten entwickelten Maschinen" [22]; dass 2. „sich durch die Verbindung der ...[T]echniken der Parteien die Stellung des fusionierten Unternehmens auf dem Markt für Barrieretechniken erheblich verbessern würde", „jedoch nicht in dem Maße, dass dadurch eine beherrschende Stellung ... entstünde" [23] und dass 3. „das fusionierte Unternehmen über eine starke Stellung bei keimfreien PET-Abfüllmaschinen verfügen würde" [24].

19. Die Kommission hat sodann die „vertikalen" Wirkungen des Zusammenschlusses geprüft und festgestellt, dass dieser dazu führen würde, dass Tetra/Sidel bei drei Verpackungssystemen vertikal integriert wäre: Karton, HDPE und PET. Dies könne zu einem „Versorgungskonflikt im Verhältnis zu unabhängigen Flaschenherstellern mit möglichen wettbewerbswidrigen Auswirkungen ... führen". Nach Ansicht der Kommission ließ sich jedoch „aus den Bedenken im Zusammenhang mit der vertikalen Integration allein noch nicht auf eine beherrschende Stellung bei PET-Ausrüstungen oder Vorformlingen schließen" [25].

20. Nach diesen Ausführungen zu den „horizontalen" und den „vertikalen" Folgen des Zusammenschlusses hat die Kommission dann die möglichen wettbewerbswidrigen so genannten Konglomeratwirkungen beurteilt, die sich daraus ergeben, dass die durch den Zusammenschluss entstehende Einheit eine starke Stellung auf eng benachbarten Märkten wie denen für Karton und Kartonverpackungsmaschinen und denen der PET-Verpackungsmaschinen einnehmen würde. Eine solche Beurteilung sei insbesondere wegen des engen Zusammenahangs zwischen den verschiedenen Märkten notwendig geworden, die sich daraus ergebe, dass „sich PET auf den Märkten für ‚empfindliche' Produkte schon jetzt sowohl zu einer wichtigen Alternative als auch zu einer komplementären Lösung für Kartonverpackungen entwickelt und dass die Bedeutung von PET weiter zunehmen wird" [26].

21. Unter diesem Blickwinkel hat die Kommission vor allem untersucht, ob die durch den Zusammenschluss entstehende Einheit ihre führende Position im Kartonsektor dazu einsetzen könne, eine beherrschende Stellung auf den Märkten für PET-Verpackungen zu erlangen (sog. Hebelwirkung). Nach einer breit angelegten Untersuchung ist sie insofern zu dem Schluss gekommen, dass „durch den Zusammenschluss der beherrschenden Gesellschaft im Bereich Kartonverpackung, Tetra, und der führenden Gesellschaft im Bereich PET-Verpackungsausrüstungen, Sidel, eine Marktstruktur entstehen würde, die das fusionierte Unternehmen dazu verleiten könnte und ihm die

22 — 269. und 270. Begründungserwägungen.

23 — 282. Begründungserwägung.

24 — 290. Begründungserwägung.

25 — 324. Begründungserwägung.

26 — 337. Begründungserwägung.

Möglichkeit geben würde, aus seiner führenden Stellung im Bereich PET-Verpackungsausrüstungen und insbesondere bei SBM-Maschinen für die ‚empfindlichen' Produktsegmente (mit hohem und mit niedrigem Durchsatz) eine beherrschende Stellung zu machen, [und dass] sich [dadurch] die Stellung von Tetra/Sidel auf dem gesamten SBM-Maschinenmarkt insgesamt verbessern [würde], so dass wettbewerbswidrige Auswirkungen zu befürchten wären" [27].

22. Die Kommission hat sodann die möglichen Auswirkungen des angemeldeten Vorgangs auf die beherrschende Stellung von Tetra im Kartonsektor untersucht. ... Da „Karton- und PET-Verpackungssysteme verschiedene, jedoch eng benachbarte Produktmärkte bilden, die einen gewissen Wettbewerbsdruck aufeinander ausüben", ist sie zu dem Ergebnis gelangt, dass „durch die Ausschaltung von Sidel als Wettbewerber auf einem eng benachbarten Markt, der zunehmend Druck auf Tetra ausüben könnte, Tetras Stellung im Bereich der Kartonverpackung gestärkt [würde]" [28].

23. Die Kommission hat schließlich geprüft, ob die führende Position der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit bei Karton und PET-Verpackungsausrüstungen zu einer weiteren Verstärkung von deren beherrschenden Stellung führen könnte. Insoweit hielt sie es für „wahrscheinlich, dass infolge der Fusion die Stellung von Tetra/Sidel bei der Verpackung der ‚empfindlichen' Produkte zu einer Marginalisierung der Wettbewerber und zur Errichtung von Marktzutrittsschranken führen würde [und somit] ... die Fusion eine Verstärkung der beherrschenden Stellung auf den relevanten Märkten für Karton- und PET-Verpackungsausrüstungen für ‚empfindliche' Produkte — vor allem bei SBM-Maschinen — mit sich [brächte]" [29].

24. Nach diesen Beurteilungen der wettbewerblichen Auswirkungen des angemeldeten Vorgangs hat die Kommission dann die von Tetra angebotenen Verpflichtungen geprüft. Diese bestanden in 1. „der Veräußerung von Tetras SBM-Geschäft", 2. „der Veräußerung von Tetras PET-Vorformling-Geschäft", 3. „der Weiterführung Sidels als von den TetraPak-Gesellschaften getrenntes Unternehmen und der Aufrechterhaltung der Abhilfemaßnahmen nach Artikel 82 EG-Vertrag" sowie 4. „der Vergabe einer Lizenz für den Verkauf von SBM-Maschinen von Sidel an Kunden, die ‚empfindliche' Produkte abfüllen, sowie an Flaschenhersteller" [30].

25. Im Anschluss an eine rasche Überprüfung dieser Verpflichtungen hat die Kommission indessen die Auffassung vertreten, das diese „nicht aus[reichen], um die wichtigsten bezüglich der Märkte für PET-Verpackungsausrüstungen und Kartonverpackung festgestellten Wettbewerbsbedenken auszuräumen", und dies aus folgendem Gründen: „Die beiden Veräußerungen werden minimale Auswirkungen auf die Stellung des fusionierten Unternehmens haben"; die

27 — 389. Begründungserwagung.
28 — 397. und 399. Begründungserwagungen.
29 — 408. Begründungserwagung.
30 — 410. Begründungserwagung.

Lizenz „ist nicht nur unzureichend, um die Wettbewerbsbedenken der Kommission aus dem Weg zu räumen, sondern scheint zudem keine gangbare Option zu sein, weil dadurch komplexe Mechanismen auf dem Markt entstehen können, die zu einer künstlichen Regulierung führen würden"; schließlich seien „die beiden verhaltensbezogenen Verpflichtungen als solche unzureichend, um die Bedenken hinsichtlich der durch die Fusion entstehenden Marktstruktur auszuräumen" [31].

26. Die Kommission ist daher zu dem Schluss gelangt, dass „die vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen wegen fehlender Wirtschaftlichkeit und ihrer allgemeinen Unzulänglichkeit im Hinblick auf die Ausräumung der durch das Zusammenschlussvorhaben hervorgerufenen Wettbewerbsbedenken keine Grundlage für eine Positiventscheidung darstellen" [32].

27. Im Licht sämtlicher vorstehend zusammengefassten Erwägungen ist die Kommission daher insgesamt zu dem Schluss gelangt, dass „der angemeldete Zusammenschluss zu einer beherrschenden Stellung auf dem Markt für PET-Verpackungsausrüstungen und insbesondere für SBM-Maschinen führen würde, die in den ‚empfindlichen' Produktsegmenten zum Einsatz kommen, und dass er eine beherrschende Stellung in den Bereichen keimfreie Kartonverpackungsausrüstungen und keimfreie Kartonverpackungen im EWR verstärken würde, wodurch wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt und im EWR erheblich behindert würde" [33]. Da die vorgeschlagenen Verpflichtungen für eine Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen nicht ausreichten und somit keine Grundlage für eine Positiventscheidung bilden könnten, hat die Kommission den Zusammenschluss deshalb „für mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen unvereinbar" erklärt [34].

Das angefochtene Urteil

28. Mit Klageschrift, die am 15. Januar 2002 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat Tetra die Entscheidung der Kommission angefochten. Das Gericht hat mit Urteil vom 25. Oktober 2002 der Klage stattgegeben und die angefochtene Entscheidung für nichtig erklärt.

29. Unter Beschränkung auf die wesentlichen Passagen auch hier und mit dem Vorbehalt, dass ich mich mit einigen Aspekten noch eingehender befassen werde, lässt sich das angefochtene Urteil wie folgt kurz zusammenfassen.

30. Nach Zurückweisung des Klagegrundes „einer Verletzung des Rechts auf Akteneinsicht

31 — 424. Begründungserwägung.
32 — 451. Begründungserwägung.
33 — 452. Begründungserwägung.
34 — Artikel 1 der Entscheidungsformel.

sicht“ [35] hat sich das Gericht — soweit dies hier von unmittelbarem Interesse ist — befasst 1. mit dem „Klagegrund des Fehlens horizontaler und vertikaler wettbewerbswidriger Auswirkungen des geänderten Zusammenschlusses“ [36]; und 2. mit dem „Klagegrund des Fehlens voraussichtlicher Konglomeratwirkungen“.

31. Bezüglich des Klagegrundes, der die „horizontalen“ und „vertikalen“ Wirkungen des Zusammenschlusses betrifft, hat es zunächst festgestellt, dass „die Kommission die angefochtene Entscheidung zwar nicht auf diese horizontalen und vertikalen Auswirkungen stützt, [sie] gleichwohl ... zur Untermauerung ihrer Schlussfolgerung herangezogen [hat], dass der geänderte Zusammenschluss untersagt werden müsse“. [37]

32. Nach dieser Klarstellung hat das Gericht festgestellt, dass bei Berücksichtigung der von Tetra vorgeschlagenen Verpflichtungen „die von der Kommission in der angefochtenen Entscheidung angesprochenen nachteiligen horizontalen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die verschiedenen relevanten Märkte für PET-Verpackungsanlagen nur minimal oder fast gar nicht vorhanden [sind]“. Auf dieser Grundlage ist es zu dem Schluss gelangt, dass „die Kommission folglich einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen [hat], soweit sie ihre Schlussfolgerung, dass die durch den Zusammenschluss entstehende Einheit durch Ausübung einer Hebelwirkung auf den genannten PET-Märkten eine beherrschende Stellung erlangen würde, auf die horizontalen Auswirkungen des geänderten Zusammenschlusses stützt“ [38].

33. Entsprechend hat das Gericht festgestellt, es sei „nicht dargetan worden, dass der geänderte Zusammenschluss bedeutende oder zumindest erhebliche vertikale Auswirkungen auf den relevanten Märkten für PET-Verpackungsanlagen hätte“. Unter diesen Umständen habe „die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, soweit sie auf die vertikalen Auswirkungen des geänderten Zusammenschlusses ihre Schlussfolgerung stützt, dass die durch den Zusammenschluss entstehende Einheit durch Ausübung einer Hebelwirkung eine beherrschende Stellung auf den genannten PET-Märkten erlangen würde“ [39].

34. Nach Auffassung des Gerichts führten jedoch die „offensichtliche[n] Beurteilungsfehler[, die die Kommission] begangen hat, als sie sich auf die horizontalen und vertikalen Auswirkungen des geänderten Zusammenschlusses stützte, um ihre Analyse in Bezug auf die Begründung einer beherrschenden Stellung auf den relevanten PET-Märkten zu belegen“, „nicht zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung, da die von der Kommission behauptete Kon-

35 — Randnrn. 83 bis 118.

36 — Unter „geandertem Zusammenschluss“ versteht das Gericht den „Zusammenschluss in der durch die Verpflichtungen geanderten Form“.

37 — Randnr. 124.

38 — Randnr. 132.

39 — Randnr. 140.

glomeratwirkung für sich genommen zur Rechtfertigung dieser Entscheidung ausreichen könnte" [40].

35. Das Gericht ist dann im Rahmen des Klagegrundes „des Fehlens voraussichtlicher Konglomeratwirkungen" dazu übergegangen, „[d]ie drei Pfeiler der Argumentation der Kommission — Hebelwirkung, Beseitigung potenziellen Wettbewerbs und allgemeine Verstärkung der Wettbewerbsposition der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit — ... nacheinander zu prüfen" [41].

36. Zum ersten dieser Pfeiler hat das Gericht vor allem darauf hingewiesen, dass, wie die Kommission selbst eingeräumt habe, „die Ausübung einer Hebelwirkung durch die Klägerin mittels der [im Urteil] geschilderten [42] Verhaltensweisen einen Missbrauch ihrer bereits bestehenden beherrschenden Stellung auf den Märkten für keimfreien Karton darstellen könnte" [43]. In dieser Situation hätte die Kommission dem Gericht zufolge daher zu klären gehabt, „ob es trotz des Verbots dieser Verhaltensweisen wahrscheinlich ist, dass sich die durch den Zusammenschluss entstehende Einheit in derartiger Weise verhalten wird, oder ob die Rechtswidrigkeit des Verhaltens und/oder die Gefahr seiner Entdeckung eine solche Strategie im Gegenteil wenig wahrscheinlich machen. Dabei ist es zwar angebracht, den Anreizen für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen Rechnung zu tragen, wie sie sich im vorliegenden Fall für die Klägerin aus den zu erwartenden wirtschaftlichen Vorteilen auf den Märkten für PET-Anlagen ergeben (...) doch [habe] die Kommission auch zu prüfen [gehabt], in welchem Umfang diese Anreize aufgrund der Rechtswidrigkeit der fraglichen Verhaltensweisen, der Wahrscheinlichkeit ihrer Entdeckung, ihrer Verfolgung durch die zuständigen Behörden sowohl auf Gemeinschaftsebene als auch auf nationaler Ebene und möglicher finanzieller Sanktionen verringert oder sogar beseitigt [hätten werden können]" [44].

37. Da mithin „die Kommission eine solche Prüfung in der angefochtenen Entscheidung nicht vorgenommen hat", habe, so das Gericht, ihren Schlussfolgerungen, „soweit sie auf der Möglichkeit oder gar der Wahrscheinlichkeit eines solchen Verhaltens der Klägerin auf den Märkten für keimfreien Karton beruhen", nicht gefolgt werden können [45].

38. Entsprechend hat das Gericht festgestellt, dass „auch der Umstand, dass die

40 — Randnr. 141.

41 — Randnr. 145.

42 — Das Gericht hat insoweit in Zusammenfassung der Entscheidung darauf verwiesen, dass „die ... von den Märkten für keimfreien Karton ausgehende Hebelwirkung — neben der Möglichkeit der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit, verschiedene Praktiken wie die Verknüpfung des Verkaufs von Anlagen und Verbrauchsprodukten für Kartonverpackungen mit dem Verkauf von PET-Verpackungsanlagen unter Einschluss von Zwangsverkäufen anzuwenden ... — erstens darin bestehen [würde], dass diese Einheit vermutlich Kampfpreise festsetzen würde (‚predatory pricing'...), zweitens in einem Preiskrieg und drittens in der Gewährung von Treuerabatten" (Randnr. 156).

43 — Randnr. 158.

44 — Randnr. 159.

45 — Randnr. 160.

Klägerin im vorliegenden Fall Verpflichtungen in Bezug auf ihr künftiges Verhalten angeboten hat, ein Gesichtspunkt [war], den die Kommission bei der Beurteilung der Frage, ob sich die durch den Zusammenschluss entstehende Einheit wahrscheinlich in einer Weise verhalten würde, die zur Begründung einer beherrschenden Stellung auf einem oder mehreren der relevanten Märkte für PET-Anlagen führen könnte, hätte berücksichtigen müssen". Aus der angefochtenen Entscheidung gehe „aber nicht hervor, dass die Kommission die Auswirkungen dieser Verpflichtungen berücksichtigt hat, als sie prüfte, ob durch die voraussichtliche Ausübung der Hebelwirkung künftig eine solche Stellung entstehen wird." [46]

39. Das Gericht ist daher zu dem Schluss gelangt, dass im Rahmen der Prüfung, „ob die Kommission ihre Untersuchung der voraussichtlichen Wahrscheinlichkeit einer von den Märkten für keimfreien Karton ausgehenden Hebelwirkung sowie der Konsequenzen einer solchen ... Wirkung auf hinreichend eindeutige Beweise gestützt hat", „nur Verhaltensweisen zu berücksichtigen [sind], die — zumindest wahrscheinlich — nicht rechtswidrig wären" [47].

40. Danach hat das Gericht in Fortführung seiner Untersuchung erklärt, dass folglich „die Kommission keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen [hat], als sie die Ansicht vertrat, dass die durch den Zusammenschluss entstehende Einheit die Möglichkeit hätte, eine Hebelwirkung auszuüben" [48]. Insbesondere habe sie „in rechtlich hinreichender Weise dargetan, dass das im PET-Sektor zu erwartende Wachstum die angekündigte Hebelwirkung ermöglichen wird" [49].

41. Da sich indessen aus der angefochtenen Entscheidung ergab, dass „der Anreiz für die durch den Zusammenschluss entstehende Einheit, von einer Hebelwirkung Gebrauch zu machen, weitgehend davon ab[hing], mit welchem Wachstum der PET-Märkte zu rechnen ist", hat das Gericht es für notwendig erachtet, zu prüfen, ob, wie die Klägerin behauptete, „die voraussichtliche Menge empfindlicher Produkte, die im Jahr 2005 in PET verpackt werden, verglichen mit der künftigen Gesamtmenge der in PET verpackten Produkte diesen Anreiz unwahrscheinlich macht oder zumindest erheblich verringert" [50] ...

42. Nach Abschluss dieser Prüfung ist es zu dem Ergebnis gelangt, dass „die von der Kommission in der angefochtenen Entscheidung vorgenommenen Wachstumsschätzungen in Bezug auf flüssige Milchprodukte und Säfte rechtlich nicht hinreichend dargetan [sind]. Ein gewisses Wachstum in diesen Bereichen [ist] zwar vor allem bei Premium-Produkten wahrscheinlich, doch fehlen über-

46 — Randnr. 161.
47 — Randnr. 162.
48 — Randnr. 199.
49 — Randnr. 195.
50 — Randnr. 201.

zeugende Belege für den Umfang dieses Wachstums." [51] Allerdings konnte nach Meinung des Gerichts bei Berücksichtigung „der Tatsache, dass die Verwendung von PET bis 2005 wahrscheinlich zunehmen wird, wenn auch in geringerem als dem von der Kommission angenommenen Umfang, ... der Anreiz zur Ausübung einer Hebelwirkung nicht ausgeschlossen werden" [52].

43. Danach hat das Gericht geprüft, „in welcher Form die durch den Zusammenschluss entstehende Einheit von einer solchen Hebelwirkung Gebrauch [hätte] machen [können]" [53]. Hierzu hat es festgestellt, dass bei Beschränkung der Prüfung auf „nur solche Formen der Ausübung einer Hebelwirkung ..., die zumindest wahrscheinlich keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung auf den Märkten für keimfreien Karton darstellen" [54], und bei Berücksichtigung der von Tetra vorgeschlagenen Verpflichtungen im Ergebnis „die Möglichkeiten der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit zur Ausübung einer Hebelwirkung recht begrenzt [wären]" [55]. Dem sei indessen „[b]ei der Prüfung der voraussichtlichen Konsequenzen eines etwaigen derartigen Verhaltens ... Rechnung zu tragen" gewesen [56].

44. Bei der Prüfung dieser voraussichtlichen Konsequenzen war für das Gericht „zwischen den verschiedenen Märkten für PET-Anlagen und dem speziellen Markt für SBM-Maschinen zu unterscheiden" [57].

45. Bei den Erstgenannten ist das Gericht nach einer sorgsamen Untersuchung Markt für Markt zu dem Ergebnis gelangt, dass „die angefochtene Entscheidung keine hinreichend überzeugenden Anhaltspunkte dafür enthält, dass die durch den Zusammenschluss entstehende Einheit nach Ausübung einer von den Märkten für keimfreien Karton ausgehenden Hebelwirkung bis 2005 eine beherrschende Stellung auf den Märkten für Barrieretechnik, für Maschinen zur keimfreien und nicht keimfreien Verpackung, für Verschlusssysteme von Kunststoffflaschen und für Zusatzausstattungen erlangen würde" [58].

46. In Bezug auf die Märkte für SBM-Maschinen ist das Gericht, ebenfalls aufgrund sorgsamer Untersuchung, zu folgenden Feststellungen gelangt:

— „Auf der Grundlage der in der angefochtenen Entscheidung gelieferten Nachweise hat die Kommission somit einen Fehler begangen, als sie zum einen feststellte, dass ‚die meisten

51 — Randnr. 214. Keinen Fehler hatte die Kommission indessen nach Meinung des Gerichts bei der Einschätzung der Zunahme der Verwendung von PET bei der Verpackung von Fruchtaromagetränken sowie Tee-/Kaffeegetränken begangen (Randnr. 215).

52 — Randnr. 216.

53 — Randnr. 216.

54 — Randnr. 218.

55 — Randnr. 224.

56 — Ebenda.

57 — Randnr. 225.

58 — Randnr. 254.

SBM-Maschinen ‚unspezifisch' sind' ..., und zum anderen eine Unterscheidung nach deren Endverwendung traf. Die angefochtene Entscheidung enthält keine hinreichenden Anhaltspunkte, um die SBM-Maschinen nach ihrer Endverwendung in verschiedene Teilmärkte zu untergliedern. Die einzigen Teilmärkte, zwischen denen zu trennen ist, sind folglich die Märkte für Maschinen mit geringer und mit hoher Kapazität." [59]

— „... die Kommission [hat] hinsichtlich der SBM-Maschinen mit geringer Kapazität einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, soweit sie es für wahrscheinlich hält, dass auf diesem Markt infolge der Ausübung einer Hebelwirkung bis 2005 eine beherrschende Stellung erlangt wird." [60]

— Es „rechtfertigen die Gesichtspunkte, auf die sich die Kommission in Bezug auf den Markt für SBM-Maschinen mit hoher Kapazität gestützt hat, nicht ihre Schlussfolgerung, dass sowohl die Konkurrenten der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit als auch die Verarbeiter bis 2005 dadurch verdrängt würden, dass diese Einheit eine Hebelwirkung gegenüber den gegenwärtigen Kunden der Klägerin auf den Kartonmärkten ausübe, die in diesem Zeitraum bei der Verpackung empfindlicher Produkte ganz oder teilweise zur Verwendung von PET übergehen wollten." [61]

47. Als „Zusammenfassendes Ergebnis in Bezug auf die Ausübung der Hebelwirkung" hat das Gericht festgehalten, dass „die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie ihre Schlussfolgerung, dass bis 2005 eine beherrschende Stellung auf den Märkten für PET-Verpackungsanlagen, insbesondere für SBM-Maschinen mit geringer und mit hoher Kapazität zur Verpackung empfindlicher Produkte, begründet werde, auf die Konsequenzen der Ausübung einer Hebelwirkung seitens der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit stützte" [62].

48. Das Gericht hat daher festgestellt: „Da die Voraussetzungen von Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung in Bezug auf die von der Kommission erwartete Hebelwirkung nicht erfüllt sind, ist zu prüfen, ob diese Voraussetzungen beim zweiten Pfeiler der Argumentation der Kommission hinsichtlich der Kartonmärkte vorliegen." [63]

59 — Randnr. 269.
60 — Randnr. 283.
61 — Randnr. 306.
62 — Randnr. 308.
63 — Randnr. 309.

49. Bei dieser Untersuchung hat das Gericht zunächst allgemein geäußert, dass „[d]ie Kommission ... keinen Fehler begangen [hat], als sie die Bedeutung einer Verringerung des von den Märkten für PET-Anlagen ausgehenden potenziellen Wettbewerbs für die Kartonmärkte prüfte. Sie hat jedoch darzutun, dass eine solche Verringerung, wenn sie besteht, die beherrschende Stellung der Klägerin gegenüber ihren Konkurrenten auf den Märkten für keimfreien Karton verstärken würde." [64]

50. Insoweit ist es nach Prüfung der Einschätzungen der Kommission zu dem Ergebnis gelangt, dass „die in der angefochtenen Entscheidung enthaltenen Nachweise nicht in rechtlich hinreichender Weise [belegen], dass sich der geänderte Zusammenschluss durch den Wegfall von Sidel als potenzieller Konkurrentin dergestalt auf die Stellung der Klägerin, insbesondere auf den Märkten für keimfreien Karton, auswirken würde, dass die Voraussetzungen von Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung erfüllt wären". Nach Auffassung des Gerichts war „nämlich nicht dargetan worden, dass die Stellung der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit gegenüber ihren Konkurrenten auf den Kartonmärkten gestärkt würde" [65].

51. Zum dritten Pfeiler der Argumentation der Kommission, den allgemeinen Wirkungen der Verstärkung der Stellung der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit im Sektor der Verpackung empfindlicher Produkte hat sich das Gericht schließlich mit der Feststellung begnügt, dass „[d]iese Auswirkungen des angemeldeten Vorgangs ... nicht gesondert von der Analyse beurteilt werden [können], die die angefochtene Entscheidung in Bezug auf die ersten beiden Pfeiler der Argumentation der Kommission enthält". Da diese Analyse „in Bezug auf diese beiden Pfeiler mit offensichtlichen Beurteilungsfehlern behaftet ist ..., ist auch der dritte Pfeiler zurückzuweisen, ohne dass er näher geprüft werden muss" [66].

52. Demgemäß ist das Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass „in der angefochtenen Entscheidung nicht in rechtlich hinreichender Weise dargetan [wird], dass der geänderte Zusammenschluss zu erheblichen wettbewerbswidrigen Konglomeratwirkungen führen würde". Folglich habe die „Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, als sie den geänderten Zusammenschluss auf der Grundlage der in der angefochtenen Entscheidung in Bezug auf die voraussichtliche Konglomeratwirkung enthaltenen Gesichtspunkte untersagte" [67].

53. Als „Gesamtergebnis" des Rechtsstreits hat das Gericht daher festgehalten, dass „die Klagegründe des Fehlens horizontaler und vertikaler wettbewerbswidriger Wirkungen

64 — Randnr. 323.
65 — Randnr. 333.
66 — Randnr. 335.
67 — Randnr. 336.

sowie wettbewerbswidriger Konglomeratwirkungen begründet [sind], so dass die übrigen Klagegründe nicht geprüft zu werden brauchen", und entschieden, dass „[f]olglich ... die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären [ist]" [68].

Rechtsmittel und Verfahren vor dem Gerichtshof

54. Mit Rechtsmittelschrift, die am 8. Januar 2003 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, hat die Kommission das Urteil des Gerichts angefochten und seine Aufhebung beantragt. Tetra hat diesem Antrag natürlich widersprochen und eine Rechtsmittelbeantwortung gemäß Artikel 115 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes eingereicht.

55. Mit dieser Beantwortung hat Tetra nicht nur die Zurückweisung des Rechtsmittels, sondern auch — als prozessleitende Verfügung nach Artikel 45 § 2 Buchstabe b der Verfahrensordnung — die Vorlage der französischen Übersetzung der Rechtsmittelschrift (die in Englisch, der Verfahrenssprache der Rechtssache beim Gericht und damit auch dieser Rechtssache, abgefasst war) beantragt. Dieser Verfahrensantrag ist vom Gerichtshof mit Beschluss vom 24. Juli 2003 zurückgewiesen worden.

68 — Randnrn. 337 und 338.

56. Mit Genehmigung des Präsidenten des Gerichtshofes hat die Kommission gemäß Artikel 117 der Verfahrensordnung eine Erwiderung eingereicht, der eine Gegenerwiderung von Tetra gefolgt ist. Die Beteiligten haben ferner schriftlich auf eine Frage des Gerichtshofes geantwortet und in der Sitzung vom 27. Januar 2004 mündlich verhandelt.

III — Rechtliche Untersuchung

57. Zur Stützung ihres Rechtsmittels macht die Kommission fünf Rechtsmittelgründe geltend:

1. Rechtsfehler bezüglich des Niveaus der Beweisanforderung und der Intensität der richterlichen Kontrolle;

2. Rechtsfehler und insbesondere Verletzung der Artikel 2 und 8 Absatz 2 der Verordnung über Unternehmenszusammenschlüsse dadurch, dass sie verpflichtet werde, die Rechtswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen und bloße Verhaltensverpflichtungen zu berücksichtigen;

3. Rechtsfehler wegen unterbliebener Bestätigung der Ermittlung unterschiedlicher Märkte für SBM-Maschinen je nach deren Endverwendung;

4. Verletzung des Artikels 2 der Verordnung, Verfälschung der Tatsachen und fehlende Berücksichtigung ihres Vorbringens wegen unterbliebener Bestätigung ihrer Schlussfolgerung bezüglich der Verstärkung der beherrschenden Stellung von Tetra im Kartonsektor durch das Gericht;

5. Rechtsirrtum wegen unterbliebener Bestätigung ihrer Schlussfolgerung bezüglich der Schaffung einer beherrschenden Stellung von Tetra bei SBM-Maschinen durch das Gericht.

58. Nach einigen kurzen allgemeinen Bemerkungen zur Zulässigkeit des Rechtsmittels gegen Urteile des Gerichts werde ich die vorstehenden Rechtsmittelgründe in der Reihenfolge prüfen, in der die Kommission sie vorgebracht hat.

Allgemeine Erwägungen zur Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegen Urteile des Gerichts

59. Da Tetra die Zulässigkeit eines großen Teils der Rechtsmittelgründe der Kommission in Zweifel zieht, ist vor einer Untersuchung dieser Gründe kurz daran zu erinnern, dass gemäß Artikel 225 EG und Artikel 51 der Satzung des Gerichtshofes Urteile des Gerichts mit einem „auf Rechtsfragen beschränkten" Rechtsmittel angefochten werden können.

60. Daraus folgt nach ständiger Rechtsprechung, dass das Gericht „[f]ür die Feststellung der Tatsachen — sofern sich nicht aus den Prozessakten ergibt, dass die Feststellungen tatsächlich falsch sind — und für ihre Würdigung ... allein zuständig [ist]. Hat das Gericht die Tatsachen festgestellt oder gewürdigt, ist der Gerichtshof gemäß Artikel 168a EG-Vertrag [jetzt Artikel 225 EG] zu einer Kontrolle der rechtlichen Qualifizierung und der rechtlichen Folgen befugt, die das Gericht aus ihnen abgeleitet hat ... Der Gerichtshof ist daher weder für die Feststellung der Tatsachen zuständig noch grundsätzlich befugt, die Beweise zu prüfen, auf die das Gericht diese Feststellung gestützt hat. Sofern diese Beweise nämlich ordnungsgemäß erhoben und die allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie die Vorschriften über die Beweislast und das Beweisverfahren eingehalten worden sind, ist es allein Sache

des Gerichts, den Beweiswert der ihm vorgelegten Beweismittel zu würdigen ... Diese Würdigung ist daher, sofern diese Beweismittel nicht verfälscht werden, keine Rechtsfrage, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofes unterliegt" [69].

61. Nur in den engen Grenzen, die in dieser gefestigten Rechtsprechung aufgewiesen werden, können die einzelnen Rechtsmittelgründe demnach vom Gerichtshof geprüft werden.

Zum Rechtsmittelgrund bezüglich des Niveaus der Beweisanforderung und der Intensität der richterlichen Kontrolle

62. Mit dem ersten Rechtsmittelgrund, der sich im Wesentlichen in zwei Teile gliedert, beanstandet die Kommission erstens allgemein die Intensität der richterlichen Kontrolle durch das Gericht und das von diesem geforderte Beweisniveau für das Verbot eines Zusammenschlusses und liefert zweitens ein „konkretes Beispiel" für die vom Gericht begangenen Fehler, indem sie die Art der von ihm durchgeführten Kontrolle der Einschätzungen des wahrscheinlichen PET-Wachstums durch die Kommission beanstandet. Der besseren Verständlichkeit wegen werden diese beiden Aspekte nachstehend getrennt untersucht.

a) Die allgemeinen Rügen der Kommission

63. Die von der Kommission erhobenen allgemeinen Rügen betreffen vor allem die Intensität der richterlichen Kontrolle durch das Gericht in Bezug auf die komplexen wirtschaftlichen Einschätzungen in der angefochtenen Entscheidung.

64. Die Kommission wirft dem Gericht insbesondere vor, sich nicht auf die Kontrolle, ob sie einen „offensichtlichen Beurteilungsfehler" begangen habe, und damit auf die Untersuchung beschränkt zu haben, ob die Tatsachen, auf die sich ihre Beurteilung gestützt habe, zutreffend gewesen seien, ob die aus diesen Tatsachen gezogenen Schlussfolgerungen nicht offensichtlich falsch oder unpassend gewesen seien und ob alle relevanten Faktoren Berücksichtigung gefunden hätten.

65. Statt sich auf die Prüfung dieser Aspekte zu beschränken, habe das Gericht eine viel tiefer greifende Kontrolle durchgeführt und sich zu prüfen angemaßt, ob ihre Schlussfolgerungen durch „überzeugende" [70] Beweise und Anhaltspunkte gestützt würden. Das Gericht habe daher zu Unrecht eine Art von Kontrolle durchgeführt, die, wenn man sie wörtlich verstehe, der Kommission auferlegt hätte, es von ihren Schlussfolgerungen „zu überzeugen", und es ihm folglich erlaubt

69 — Urteil des Gerichtshofes vom 28. Mai 1998 in der Rechtssache C-7/95 P (Deere/Kommission, Slg. 1998, I-3111, Randnrn. 21 und 22). Im gleichen Sinne, statt vieler, Urteile vom 2. März 1994 in der Rechtssache C-53/92 P (Hilti/Kommission, Slg. 1994, I-667, Randnrn. 42 und 43) und vom 28. Mai 1998 in der Rechtssache C-8/95 P (New Holland Ford/Kommission, Slg. 1998, I-3175, Randnr. 26).

70 — Hierzu sei darauf hingewiesen, dass der englische Ausdruck „convincing evidence" im italienischen manchmal mit „prove convincenti" [Anm. d. Ü.: im Deutschen „überzeugende Belege"] (vgl. z. B. Randnr. 214), manchmal mit „prove solide" [Anm. d. Ü.: im Deutschen „eindeutige Belege"] übersetzt wird (vgl. z. B. Randnr. 227).

hätte, auf den Sachgehalt der Fragen einzugehen und den Standpunkt der Kommission durch seinen eigenen zu ersetzen. Ihres Erachtens habe das Gericht überdies im vorliegenden Fall eine sehr viel strengere Kontrolle durchgeführt, als es der Gerichtshof im Urteil Kali & Salz [71] getan habe, das ebenfalls einen Zusammenschluss betroffen habe und in dem der Gemeinschaftsrichter lediglich untersucht habe, ob die Schlussfolgerungen der Kommission durch „hinreichend signifikante und überzeugende" Beweismittel erhärtet würden. (In der englischen Fassung des Urteils, auf die sich das Rechtsmittel der Kommission bezieht, spricht der Gerichtshof von einem „sufficiently cogent and consistent body of evidence" [72].)

66. Die Kommission wirft sodann dem Gericht vor, es sei davon ausgegangen, dass „die prospektive Analyse der Kommission zudem — ungeachtet ihres Beurteilungsspielraums — *besonders plausibel* sein [muss]" [73], wenn „die erwartete beherrschende Stellung erst nach einiger Zeit ... eintreten würde". Ein solcher Denkansatz reduziere nämlich ihren Beurteilungsspielraum bei komplexen wirtschaftlichen Beurteilungen in übertriebener Weise, weil ihr aufergelegt werde, sich nur auf solche Tatsachen und Gesichtspunkte zu stützen, die nur ein einziges, eindeutiges Verständnis zuließen.

67. Die Kommission wirft schließlich dem Gericht vor, es habe angenommen, dass sie sich beim Verbot eines Zusammenschlusses des Konglomerattyps auf Anhaltspunkte stützen müsse, die *„aller Wahrscheinlichkeit nach"* belegten, dass der Zusammenschluss die vorhergesehenen wettbewerbswidrigen Wirkungen hätte [74]. Auf diese Weise lasse das Gericht jedoch sehr wenig Möglichkeiten übrig, um diese Art von Zusammenschlüssen zu untersagen, und führe ein unterschiedliches Beweisniveau ein, je nachdem ob es um Verbots- oder um Genehmigungsentscheidungen gehe. Die Auslegung des Gerichts verstoße außerdem gegen Artikel 2 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 4064/89, der vollkommen symmetrische Rechtstatbestände formuliere, wenn Zusammenschlüsse für vereinbar oder unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt werden sollten [75].

68. Gegenüber diesen Rügen macht Tetra im Wesentlichen geltend, dieses Vorbringen sei nicht schlüssig, weil eine semantische Untersuchung der vom Gericht verwandten Terminologie in den Mittelpunkt stellten, statt konkret die Art der richterlichen Kontrolle dieses Gerichts zu prüfen. Auf jeden Fall träfen die Rügen der Kommission nicht ins Schwarze, weil sich die vom Gericht verwendeten Ausdrücke, selbst wenn man

71 — Urteil des Gerichtshofes vom 31. Mai 1998 in den verbundenen Rechtssachen C-68/94 und C-30/95 (Frankreich u. a./Kommission, „Kali & Salz", Slg. 1998, I-1375).

72 — Randnr. 228.

73 — Randnr. 162, Hervorhebung von mir.

74 — Randnr. 153, Hervorhebung von mir.

75 — Diese Vorschrift bestimmt, wie oben dargelegt, zum einen, dass „Zusammenschlüsse, die keine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, ... für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären [sind]" (Absatz 2), zum anderen, dass „Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, ... für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären [sind]" (Absatz 3).

die verschiedenen Sprachfassungen berücksichtige, nicht wesentlich von denen des Gerichtshofes in der Rechtssache Kali & Salz und denen der Kommission in ihren Entscheidungen unterschieden.

69. Ihres Erachtens habe das Gericht unabhängig von den verwendeten Ausdrücken im Wesentlichen den Ermessensspielraum beachtet, über den die Kommission bei komplexen wirtschaftlichen Beurteilungen verfüge. Es habe nicht anders als der Gerichtshof in der Rechtssache Kali & Salz einfach geprüft, ob die Kommission das Vorliegen der Voraussetzungen des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung gemäß ihrer Beweislast nachgewiesen habe.

70. Was schließlich das Vorbringen der Kommission zur völligen Symmetrie der Voraussetzungen nach den Absätzen 2 und 3 dieses Artikels betrifft, so macht Tetra geltend, dass die Kommission, wenn es ihr nicht gelinge, das Vorliegen der Voraussetzungen des Artikels 2 Absatz 3 zu belegen, den Zusammenschluss genehmigen müsse, ohne dass weiter bewiesen werden müsste, dass diese Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Wenn dem nicht so wäre, würde nämlich zu Unrecht den betroffenen Unternehmen die Pflicht auferlegt zu beweisen, dass der angemeldete Vorgang nicht mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sei.

71. Ich für mein Teil stimme mit Tetra darin überein, dass der Gerichtshof sich nicht mit einer bloß formalen Prüfung sprachlicher oder lexikalischer Art zufrieden geben darf, um festzustellen, ob das Gericht einen Rechtsfehler begangen hat, indem es eine übertrieben strenge richterliche Kontrolle vorgenommen oder für das Verbot von Zusammenschlüssen ein zu hohes Beweisniveau angesetzt hat. Ich bin vielmehr der Auffassung, dass der Gerichtshof die Substanz des Problems zu betrachten und konkret zu prüfen hat, ob das Gericht jenseits des Formalen tatsächlich eine Kontrolle durchgeführt hat, die gegen die einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften verstößt und mit der ihm vom Vertrag übertragenen besonderen Rechtsprechungsfunktion unvereinbar ist.

72. Bei dieser Beurteilung muss man vor allem bedenken, dass die Kommission nach Maßgabe des in der Verordnung Nr. 4064/89 umrissenen Systems einen Zusammenschluss — welcher Art auch immer — verbieten muss, wenn sie zu dem Ergebnis gelangt, dass dieser zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung führen würde, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde (Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung).

73. Es liegt trotzdem auf der Hand, dass das Urteil der Kommission bezüglich Begründung oder Verstärkung einer beherrschen-

den Stellung dieser Art nicht lediglich eine Feststellung von Tatsachen mit sich bringt, die das Vorliegen bestimmter Tatbestände in ihrer Tatsächlichkeit betrifft. Über eine solche Feststellung hinaus beinhaltet nämlich die Beurteilung eine komplexe technische Würdigung, die sich nicht auf die Anwendung genauer wissenschaftlicher Regeln, sondern auf diskutierbaren Kriterien und Grundsätzen wie denen der Wirtschaft stützt. Die Kommission ist insbesondere gehalten, eine komplexe Vorausschau bezüglich der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf Struktur und Dynamik des Wettbewerbs in den fraglichen Märkten vorzunehmen und dabei die zahlreichen, in ständiger Entwicklung begriffenen Faktoren zu berücksichtigen, die sich auf die künftigen Entwicklungen von Angebot und Nachfrage in diesen Märkten auswirken können.

74. Es lässt sich daher nicht sagen, dass die Kommission, um einen Zusammenschluss zu verbieten, mit absoluter Gewissheit festzustellen habe, dass dieser zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung führen würde, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde. Hierfür scheint mir vielmehr auszureichen, dass sich die Kommission auf der Grundlage solider Anhaltspunkte, die im Verlauf einer vertieften und gewissenhaften Untersuchung zusammengetragen wurden, und unter Einsatz ihres Sachverstandes davon überzeugt, dass der angemeldete Vorgang *sehr wahrscheinlich* zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung dieser Art führen würde. Wenn die Kommission nicht zu dieser Überzeugung gelangt, muss sie hingegen den Zusammenschluss genehmigen.

75. Im Gegensatz zur Kommission bin ich der Meinung, dass die Anwendung eines solchen *Tests* nicht im Widerspruch zu der vollkommenen Symmetrie der in Artikel 2 Absätze 2 und 3 der Verordnung vorgesehenen rechtlichen Voraussetzungen darsteht, für die Zusammenschlüsse für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar oder unvereinbar zu erklären.

76. Ich bin nämlich der Auffassung, dass die Symmetrie zwischen diesen Voraussetzungen nicht absolut sein kann, da zwischen den Fällen, in denen die angemeldeten Vorgänge sehr wahrscheinlich eine beherrschende Stellung im Sinne des Artikels 2 begründen oder verstärken würden, und den Fällen, in denen die angemeldeten Vorgänge sehr wahrscheinlich keine beherrschende Stellung im Sinne des Artikels 2 begründen oder verstärken würden, sozusagen eine „Grauzone" liegt, d. h. eine Zone mit Fällen, bei denen es besonders schwierig ist, die Auswirkungen der angemeldeten Vorgänge vorauszusehen, und in denen es daher nicht möglich ist, sich eine klare und eindeutige Überzeugung zu bilden, dass die Wahrscheinlichkeit der Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung erkennbar höher oder niedriger ist als die der ausbleibenden Begründung oder der ausbleibenden Verstärkung einer solchen Stellung. Das System der Verordnung muss daher notwendig ein Kriterium für die Lösung solcher Fälle zweifelhafter oder schwieriger Einstufung bereithalten.

77. Ich bin also der Auffassung, dass in solchen Fällen die sauberste Lösung ganz sicher die wäre, die angemeldeten Zusammenschlüsse zu genehmigen.

78. In dieser Richtung scheint mir die Aussage des Artikels 10 Absatz 6 der Verordnung zu gehen, der bestimmt, dass der Zusammenschluss „als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt [gilt]", falls die Kommission innerhalb der vorgesehenen Fristen keine Entscheidung über einen bei ihr angemeldeten Vorgang erlassen hat.

79. Mit der Festlegung, dass mangels rechtzeitiger Entscheidung der Kommission der Zusammenschluss als genehmigt anzusehen ist, hat nämlich der Gemeinschaftsgesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er auf dem Standpunkt steht, dass bei Ungewissheit über die Vereinbarkeit einer solchen Maßnahme mit dem Gemeinsamen Markt das Interesse der Unternehmen, die den Zusammenschluss durchzuführen beabsichtigen, den Vorrang verdient. In solchen Fällen hat man es mit anderen Worten als vorziehenswert betrachtet, die Gefahr in Kauf zu nehmen, dass ein mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbarer Zusammenschluss als genehmigt gilt, statt einen vereinbaren Zusammenschluss zu verbieten und damit die freie wirtschaftliche Initiative der Parteien zu Unrecht einzuschränken.

80. Das Gleiche sollte meines Erachtens in den zur besagten „Grauzone" gehörenden Fällen gelten, die ebenfalls durch die wesentliche Unsicherheit bezüglich der Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit der angemeldeten Vorgänge mit dem Gemeinsamen Markt gekennzeichnet sind.

81. Dass in solchen Fällen die angemeldeten Vorgänge genehmigt werden, scheint mir auch deshalb gerechtfertigt zu sein, weil, selbst wenn sie zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 2 der Verordnung führen würden, die Kommission und die zuständigen nationalen Behörden jedenfalls die Wettbewerbsverzerrungen begrenzen könnten, in dem sie *ex post* von ihren Befugnissen nach Artikel 86 des Vertrages Gebrauch machen.

82. Da nun diese Klarstellung zu den von der Kommission vorzunehmenden Beurteilungen erfolgt ist, kann ich jetzt zum Problem der Grenzen richterlicher Überprüfung übergehen.

83. Insoweit beginne ich mit dem Hinweis, dass nach ständiger Rechtsprechung „[d]ie von den Gemeinschaftsgerichten ausgeübte Kontrolle der Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten durch die Kommission ... sich ... notwendigerweise auf die Prüfung [beschränkt], ob die Vorschriften über das Verfahren und die Begründung eingehalten wurden, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt wurde und ob kein

offensichtlicher Beurteilungsfehler oder Ermessensmissbrauch vorliegt" [76].

84. Insbesondere zur Verordnung Nr. 4064/89 hat der Gerichtshof ferner in dem bereits genannten Urteil Kali & Salz Gelegenheit zu der Feststellung gefunden, dass „die Grundregeln der Verordnung, insbesondere Artikel 2, der Kommission ein bestimmtes Ermessen namentlich bei Beurteilungen wirtschaftlicher Art einräumen. Daher muss die Kontrolle der Ausübung einer solchen Befugnis, die bei der Beschreibung der Regeln für Zusammenschlüsse wesentlich ist, durch den Gemeinschaftsrichter unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums erfolgen, der den Bestimmungen wirtschaftlicher Art, die Teil der Regelung für Zusammenschlüsse sind, zugrunde liegt" [77].

85. Dieser Rechtsprechung ist somit zu entnehmen, dass die Gemeinschaftsrichter natürlich über die Kontrolle der Einhaltung der Rechtsvorschriften, insbesondere derjenigen über das Verfahren und die Begründungspflicht, hinaus eine Kontrolle vornehmen, die verschieden ist, je nachdem ob es sich um die Richtigkeit der Tatsachenfeststellungen oder der wirtschaftlichen Beurteilungen der Kommission handelt.

86. Bezüglich der Tatsachenfeststellungen ist die Kontrolle eindeutig intensiver, weil es darum geht, objektiv die Richtigkeit bestimmter Gesichtspunkte in ihrer Tatsächlichkeit und der Ableitungen zu überprüfen, die zur Klärung der Frage vorgenommen wurden, ob bestimmte bekannte Tatsachen den Nachweis des Vorliegens anderer festzustellender Tatsachen gestattet. Was dagegen die komplexen wirtschaftlichen Beurteilungen der Kommission betrifft, so ist die Kontrolle durch die Gemeinschaftsrichter notwendig zurückhaltender, da diese den mit dieser Art von Beurteilungen verbundenen weiten Beurteilungsspielraum achten müssen und ihren eigenen Standpunkt nicht an die Stelle desjenigen des Organs setzen dürfen, das institutionell für diese Beurteilungen zuständig ist.

87. Dass die Kommission über einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Beurteilung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt verfügt, besagt indessen gewiss nicht, dass diese ihre Überzeugung nicht immerhin auf solide Gesichtspunkte stützen müsste, die im Verlauf einer vertieften und gewissenhaften Untersuchung zusammengetragen wurden, und dass sie nicht verpflichtet wäre, ihre Entscheidung vollständig zu begründen und dabei die verschiedenen Denkschritte offenzulegen, die sie stützen. Die Kommission hat übrigens in ihrer Rechtsmittelschrift selbst eingeräumt, dass sie verpflichtet sei, den relevanten Markt aufmerksam zu untersuchen, ihre Beurteilung auf Gesichtspunkte, die die Wirklichkeit des Sachverhalts widerspiegelten, nicht eindeutig unerheblich seien und die aus ihnen gezogenen Schlussfolgerungen trügen, und auf eine angemessene Argumentation zu stützen sowie alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen.

76 — Urteil vom 7. Januar 2004 in den verbundenen Rechtssachen 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 (Aalborg Portland u. a./Kommission, Slg. 2004, I-123, Randnr. 279). Im gleichem Sinne, statt vieler, Urteile vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 42/84 (Remia u. a./Kommission, Slg. 1985, 2545, Randnr. 34) und vom 17. November 1987 in den verbundenen Rechtssachen 142/84 und 156/84 (BAT und Reynolds/Kommission, Slg. 1987, 4487, Randnr. 62).

77 — Urteil Kali & Salz (zitiert in Fußnote 70, Randnrn. 223 und 224).

88. Wie sich auch aus der Vorgehensweise des Gerichtshofes im Urteil „Kali & Salz" ergibt, lassen diese Verpflichtungen der Kommission daher eine angemessene Kontrolle durch die Gemeinschaftsrichter zu. Ohne sich mit der Richtigkeit der Beurteilungen der Kommission zu befassen, können diese insbesondere prüfen, ob die Tatsachenfeststellungen, auf denen diese Beurteilungen beruhen, zutreffen und ob die in tatsächlicher Hinsicht vorgenommenen Ableitungen richtig sind [78]; ob die Kommission eine vertiefte und gewissenhafte Untersuchung vorgenommen hat und insbesondere alle relevanten Faktoren sorgsam ermittelt und in angemessener Weise berücksichtigt hat [79] und ob die einzelnen Argumentationsschritte der Kommission, aufgrund denen diese zu ihren Schlussfolgerungen bezüglich der sachlichen Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gelangt ist, den Kriterien der Logik, der Kohärenz und der Angemessenheit entsprechen [80].

89. Die Bestimmungen über die Kompetenzverteilung zwischen der Kommission und den Gemeinschaftsrichtern, die dem institutionellen System der Gemeinschaft zugrunde liegen, erlauben diesen Richtern jedoch nicht, weiter zu gehen, und insbesondere nicht — wie ich gerade eben ausgeführt habe —, auf den Sachgehalt der komplexen wirtschaftlichen Beurteilungen einzugehen und ihren eigenen Standpunkt an die Stelle desjenigen dieses Organs zu setzen.

90. Nach diesen allgemeinen Klarstellungen gehe ich nunmehr zu der konkreten Prüfung über, ob das Gericht tatsächlich dadurch einen Rechtsfehler begangen hat, dass es eine übertrieben strenge richterliche Kontrolle vorgenommen oder für das Verbot von Zusammenschlüssen ein zu hohes Beweisniveau angesetzt hat (vgl. oben, Nr. 71).

b) Das „konkrete Beispiel" für die Fehler des Gerichts

91. Im Anschluss an die allgemein gehaltenen Rügen, die wir soeben behandelt haben, unternimmt es die Kommission im zweiten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes, ein „konkretes Beispiel" für die Fehler des Gerichts zu geben. In diesem Teil des Rechtsmittelgrundes widerspricht die Kommission nicht nur verschiedenen Passagen des angefochtenen Urteils, in denen das Gericht die Grenzen des richterlichen Prüfungsauftrags überschritten haben soll, sondern bringt weiter knappe Rügen zu den verschiedenen Fehlern vor, die das Gericht bei der Vornahme seiner eigenen Beurteilungen begangen haben soll.

78 — Das ist z. B. die Art von Kontrolle, die in den Randnrn. 229 bis 231 und 245 des Urteils Kali & Salz durchgeführt wurde.

79 — Diese Art von Kontrolle liegt beispielsweise der Feststellung im letzten Satz der Randnr. 241 des Urteils Kali & Salz zugrunde.

80 — Auf diese Art von Kontrolle dürften z. B. die Würdigungen des Gerichtshofes in den Randnrn. 228, 239, 241 (ausgenommen der letzte Satz), 246 und 247 des Urteils Kali & Salz zurückzuführen sein.

92. Mit einer ersten Rüge wirft die Kommission dem Gericht vor, die Grenzen des richterlichen Prüfungsauftrags überschritten zu haben, als es die Richtigkeit ihre Ansicht abgelehnt habe, dass das Wachstum von PET bei der Verpackung von UHT-Milch 1 % dieses Marktsegments erreichen werde. Das Gericht habe insbesondere rechtswidrig und grundlos ihrer Auffassung widersprochen, indem es einfach festgestellt habe, dass „bei UHT-Milch und damit bei etwa der Hälfte des Marktes für flüssige Milchprodukte nicht von einer wirklichen Zunahme der Verwendung von PET ausgegangen werden [kann]". (In der englischen Fassung des Urteils, auf die sich die Rechtsmittelschrift der Kommission bezieht, ist die Stellungnahme des Gerichts noch eindeutiger: „The Court finds that the use of PET will not actually increase for UHT milk and, consequently, for approximately half of the LDP market.") [81]

93. Die Rüge scheint mir ins Schwarze zu treffen. Ich pflichte in der Tat der Kommission darin bei, dass das Gericht mit dieser lapidaren Äußerung (insbesondere, wenn man von der Fassung des Urteils in der Verfahrenssprache ausgeht) zu Unrecht seinen eigenen Standpunkt an die Stelle desjenigen der Kommission gesetzt hat, indem es eine eigene selbständige Vorausschau der zukünftigen Marktentwicklungen vorgenommen hat.

94. Anders als Tetra vorgebracht hat, enthält die lapidare Äußerung des Gerichts keinerlei Kritik an Logik, Kohärenz und Angemessenheit der Argumentation der Kommission anhand der verfügbaren Gesichtspunkte. Diese Äußerung zeigt vielmehr eindeutig, dass das Gericht diese Gesichtspunkte unmittelbar berücksichtigt hat, um daraus seine eigene klare Schlussfolgerung zu ziehen, dass bei der Verwednung von PET für die Verpackung von UHT-Milch und damit bei etwa der Hälfte des Marktes für flüssige Milchprodukte nicht von einer wirklichen Zunahme ausgegangen werden könne. Damit hat das Gericht somit augenscheinlich die Grenzen des eigenen Prüfungsauftrags überschritten (vgl. Nrn. 82 bis 89 dieser Schlussanträge).

95. Ebenfalls begründet erscheinen mir die Rügen der Kommission bezüglich der Bewertung ihrer Wachstumserwartungen bei der PET-Verpackung von Frischmilch (bis zu 10 % bis 15 %) und von Milchmischgetränken und anderer Getränken (bis zu 25 %).

96. Insoweit bin ich mit der Kommission vor allem darin einig, dass die Schlussfolgerung, dass „[d]ie von ihr herangezogenen Wachstumsschätzungen ... nicht sehr überzeugend seien" [82], eine unvollständige und irrige

81 — Randnr. 211 des Urteils.

82 — Randnr. 212.

Beurteilung der erheblichen Gesichtspunkte darstellt und jedenfalls nicht angemessen begründet ist.

97. Wie von der Kommission richtig bemerkt, weist nämlich die Begründung dieser Schlussfolgerung folgende Mängel auf:

1. Das Gericht hat nicht einmal die von der Kommission durchgeführte umfassende Marktforschung berücksichtigt, aus der sich ergab, dass die Wirtschaftsteilnehmer des Sektors Wachstumsraten voraussahen, die noch höher waren als die letztlich von der Kommission zugrunde gelegten [83]. Insoweit liegt es auf der Hand, dass, anders als Tetra meint, der bloße Umstand, dass sich die Kommission für eher zurückhaltende Vorhersagen entschieden hat, in keiner Weise die verfehlte Beurteilung eines der von ihr für die eigene Meinungsbildung berücksichtigten Gesichtspunkte zu rechtfertigen vermag.

2. Das Gericht hat anscheinend den Inhalt einer der in der Entscheidung untersuchten (und auf ihr Ersuchen hin zu den Akten genommenen [84]) Studien verfälscht, als es bei der Prüfung des voraussichtlichen PET-Wachstums behauptete, dass „die Warrick-Studie für keimfreie Verpackungen zu dem Ergebnis kommt, dass es bei Milchmischgetränken nur ein minimales Wachstum von 1 % und bei den übrigen Getränken auf Milchbasis einen leichten Rückgang geben wird" [85]. Aus dieser Passage scheint nämlich hervorzugehen, dass die Voraussagen der Warrick-Studie sich auf das PET-Wachstum bei der Verpackung von Milchmischgetränken und der übrigen Getränke auf Milchbasis bezogen, während sich bei Durchsicht der Studie eindeutig ergibt (und übrigens von Tetra auch nicht in Frage gestellt wird), dass diese Voraussagen sich lediglich auf die Menge der betreffenden Erzeugnisse bezogen, die verpackt werden würden, und zwar ohne Rücksicht auf das verwendete Material.

3. Das Gericht hat die Argumentation der Kommission nicht ernsthaft kritisiert, sondern lediglich bemerkt, dass „die PCI-Studie, die einzige unabhängige Studie, die sich auf diesen Markt konzentriert, ein Wachstum prognostiziert, aufgrund dessen die Verwendung von PET auf dem Markt für Frischmilch ohne Zusätze 9,2 % im Jahr 2005 erreichen wird ..." (d. h. einen Prozentsatz, der nicht weit von dem von der Kommission vorausgesagten liegt); dass

83 — Hierzu heißt es in der 142. Begründungserwägung der Entscheidung: „Im Allgemeinen gingen die Marktteilnehmer von einer deutlichen kurzfristigen Zunahme der Verwendung von PET bei den ‚empfindlichen' Produkten aus. Den Angaben der Teilnehmer zufolge, die eine Prognose zum Anteil der ‚empfindlichen' Produkte wagten, die bis 2005 in PET verpackt sein werden, konnte die Kommission entnehmen, dass PET-Verpackungen bei Milch durchschnittlich zirka 40 %, bei Säften 30 %, bei FFDs 40 % und bei Eistee über 50 % ausmachen werden."

84 — Vgl. insoweit Randnrn. 75 und 76 des angefochtenen Urteils.

85 — Randnr. 212.

„die Warrick-Studie für keimfreie Verpackungen zu dem Ergebnis kommt, dass es bei Milchmischgetränken nur ein minimales Wachstum von 1 % und bei den übrigen Getränken auf Milchbasis einen leichten Rückgang geben wird" (was, wie wir sahen, abwegig war, weil sich diese Voraussagen nicht auf PET bezogen), „während die Pictet-Studie keine speziellen Vorausschätzungen in Bezug auf flüssige Milchprodukte enthält"; und dass „nach der PCI-Studie allein die Schätzung eines Marktanteils von PET bei den übrigen Getränken auf Milchbasis ... von 25 % im Jahr 2005 auf einer relativ sicheren Grundlage [beruht]" (dieser Prozentsatz entspricht genau dem von der Kommission vorausgesagten) [86]. Wie mühelos festzustellen ist, erklären diese knappen Äußerungen zu den „unabhängigen" Studien [87] nicht angemessen, weshalb nach Meinung des Gerichts die Voraussagen der Kommission „nicht sehr überzeugend" waren, vor allem wenn man bedenkt, dass diese Voraussagen — die auf einer Reihe von Gesichtspunkten beruhten — bereits vorsichtiger waren als die, die sich aus der Marktforschung der Kommission selbst ergeben hatten.

98. Unzureichend begründet scheint mir auch die Behauptung des Gerichts zu sein, dass „[g]enerell ... in der angefochtenen Entscheidung nicht angemessen erläutert [wird], wie PET, insbesondere im wichtigen Sektor der Verpackung von Frischmilch, bis 2005 HDPE als wichtigstes mit Karton konkurrierendes Material ablösen könnte" [88].

99. Das Gericht ist nämlich, wie die Kommission zu Recht unterstreicht, zu diesem Ergebnis gelangt, ohne deren — auf der Grundlage der Ergebnisse ihrer Marktforschung und der Angaben der unabhängigen Studien erzielte — Einschätzungen der Wettbewerbsvorteile von PET gegenüber HDPE irgendwie zu kritisieren, ja ohne diese überhaupt zu nennen [89].

100. Sodann lässt der Umstand, dass das Gericht sich in besonderer Weise auf die Verpackung von Frischmilch bezogen hat, Zweifel daran entstehen, dass es diese Einschätzungen überhaupt in Betracht gezogen hat, wo sich doch aus der angefochtenen Entscheidung ergab, dass dieses Produkt eines derjenigen war, für die PET größere Wettbewerbsvorteile gegenüber HDPE hatte. In der Entscheidung hieß es nämlich ganz eindeutig: „Die Marktuntersuchung der Kommission bestätigte die Theorie von PCI, wonach PET Vermarktungsvorteile gegenüber HDPE aufweist, insbesondere dort, wo es auf die Sichtbarkeit des Produkts ankommt" [90], d. h. insbesondere bei den

86 — Die Zitate entstammen weiterhin Randnr. 212 des Urteils.

87 — Unter unabhängigen Studien sind diejenigen zu verstehen, die nicht von Tetra in Auftrag gegeben wurden.

88 — Randnr. 212.

89 — Vgl. insbesondere Randnrn. 80, 95 bis 97 und 101 f. des Urteils.

90 — 97. Begründungserwägung der Entscheidung.

Produkten wie Frischmilch, bei denen keine Lichtbarriere erforderlich war [91]. Die unterbliebene Berücksichtigung dieser Einschätzungen scheint im Übrigen, worauf die Kommission hinweist, in dem Teil des Urteils bestätigt zu werden, das sich mit den möglichen Folgen der „Hebelwirkung" befasst und in dem das Gericht, die Beurteilungen der Kommission durch die eigenen ersetzend, lapidar behauptet, dass „Frischmilch ... kein Produkt [ist], bei dem die Vorteile von PET bei der Vermarktung besondere Bedeutung haben" [92].

101. Weiter kann auch die Schlussfolgerung des Gerichts zur Begründung der Entscheidung keine gültige Rechtfertigung in der nachfolgenden Behauptung finden, dass „[i]nsoweit ... die Kommission weder die von Canadean für das Jahr 2000 angegebene Gesamtzahl für die Verwendung von HDPE bei flüssigen Milchprodukten von 17,3 % ... [bestreitet] noch die Schätzung, wonach diese Zahl bis 2005 auf 19,5 % steigen könnte" [93].

102. Ich pflichte der Kommission darin bei, dass sich das Gericht auf die (von Tetra in Auftrag gegebene) Canadean-Studie bezogen hat, ohne zu bedenken, dass die Kommission erklärt hatte, dass sie die in dieser Studie getroffenen Voraussagen allgemein nicht für zuverlässig halte. Das Gericht hätte im Gegenteil die Beanstandungen der Kommission berücksichtigen müssen, wonach zum einen diese Studie zu Unrecht „ein Modell zum Einsatz [gebracht hatte], welches das frühere Wachstum als Indikator für zukünftiges Wachstum zugrunde legt und die künftigen technischen Entwicklungen auf dem Gebiet der Barrieretechnik außer Acht lässt", und wonach zum anderen, „[da] es ... heißt, dass die Entscheidung, Produkte in PET zu verpacken, vom Verbraucherwunsch abhängig ist, ... sich eine Studie, die die Ansichten der Verbraucher außer Acht lässt, als nicht sonderlich verlässlich [erweist]" [94].

103. Demgemäß bin ich der Auffassung, dass den verschiedenen Rügen der Kommission bezüglich der Beurteilung des voraussichtlichen PET-Wachstums bei der Verpackung flüssiger Molkereierzeugnisse stattzugeben ist.

104. Demgegenüber glaube ich nicht, dass die Rüge bezüglich der Beurteilung des voraussichtlichen PET-Wachstums bei der Verpackung von Säften durchgreift.

91 — Aus der Entscheidung ergibt sich eindeutig, dass, während „weiße H-Milch eine Lichtbarriere erfordert", „[f]rische Milch ... bereits erfolgreich in herkommliches PET ohne Barriereeigenschaften verpackt [werden kann und wird]" (76. und 77. Begründungserwagungen). Nach Meinung von Tetra selbst galten die Beschränkungen bei der Verwendung von PET wegen der Notwendigkeit einer Lichtbarriere „nur für weiße H-Milch". Tetra erklärte insoweit, dass „technische Lösungen zur Herstellung einer Lichtbarriere für PET ..." „hohe Kosten [verursachten], ... eine komplizierte Herstellungstechnik [erforderten], ... Recyclingprobleme mit sich [brachten] und ... dazu [führten], dass die Durchsichtigkeit der Flasche, einer der Hauptvorteile von PET-Flaschen, verloren gehe" (74. Begründungserwagung der Entscheidung).

92 — Randnr. 289.

93 — Randnr. 212 a. E.

94 — 123. Begründungserwagung der Entscheidung.

105. Mit dieser Rüge wirft die Kommission dem Gericht insbesondere vor, festgestellt zu haben, dass sie, „[o]bwohl sie selbst einräumt, dass das fragliche Wachstum hauptsächlich auf den Wechsel von Glas zu PET zurückzuführen wäre, ... keine Analyse des Glasmarkts vor[nimmt]“ [95]. Damit habe das Gericht wichtige Gesichtspunkte für den Rückgang von Glas als Verpackung für Niedrigpreisprodukte („non-premium products“) außer Acht gelassen, auf die sich die Kommission in der angefochtenen Entscheidung gestützt und die sie anschließend ausführlicher in ihrer Klagebeantwortung geprüft habe. Diese Vorgehensweise bestätige die fehlerhafte Tendenz des Gerichts, wichtige Gesichtspunkte nicht zu berücksichtigen, die in der angefochtenen Entscheidung nicht erwähnt, aber in der Klagebeantwortung zur Stützung notwendig allgemeinerer Erwägungen in der Entscheidung angeführt seien.

106. In dieser Hinsicht muss ich jedoch Tetra darin beipflichten, dass das Gericht keinen Fehler begangen hat, als es behauptete, die Kommission habe keine Analyse des Glasmarkts vorgenommen, denn von einigen flüchtigen und dunklen Hinweisen abgesehen ist in der Entscheidung keine Spur einer solchen Analyse zu finden. Entgegen dem Vorbringen der Kommission konnte auch einer solchen vom Gericht festgestellten Lücke der Untersuchung gewiss nicht durch spätere Angaben in der Klagebeantwortung abgeholfen werden, da die Gesichtspunkte und Beurteilungen, auf die sich die Entscheidung stützte, in ihr selbst klar angegeben werden mussten und nicht erst nachträglich im Verfahren vor dem Gericht dargelegt werden konnten [96].

107. Begründet erscheint mir schließlich die letzte Rüge der Kommission, mit der dem Gericht vorgeworfen wird, bei der Bewertung der Wahrscheinlichkeit, dass infolge einer Hebelwirkung die Kunden von Tetra im Milchsektor den Karton zugunsten von PET aufgeben würden, berücksichtigt zu haben, dass „die Kosten von PET höher sind als die von Karton und HDPE“ [97].

108. Ich stimme nämlich mit der Kommission darin überein, dass die angefochtene Entscheidung keine eindeutige Schlussfolgerung zur strittigen Frage des Kostenunterschieds zwischen PET und Karton enthält und dass das Gericht sich daher nicht mit der inhaltlichen Richtigkeit dieser komplexen wirtschaftlichen Beurteilung hätte befassen und selbst feststellen dürfen, dass PET höhere Kosten als Karton aufweise.

95 — Randnr. 213.

96 — Der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist nämlich zu entnehmen, dass „das Fehlen der Begründung nicht dadurch geheilt werden kann, dass der Betroffene die Gründe für die Entscheidung während des Verfahrens vor dem Gerichtshof erfährt“ (Urteil vom 26. November 1981 in der Rechtssache 195/80, Michel/Parlament, Slg. 1981, 2861, Randnr. 22). Vgl. im Kern in gleichem Sinne auch z. B. Urteile des Gerichtshofes vom 7. Februar 1990 in der Rechtssache C-343/87 (Culin/Kommission, Slg. 1990, I-225, Randnr. 15) und vom 19. Oktober 2000 in den Rechtssachen C-15/98 und C-105/99 (Italien und Sardegna Lines/Kommission, Slg. 2000, I-8855, Randnr. 70).

97 — Randnr. 288 des angefochtenen Urteils. Diese Aussage zum Kostenunterschied zwischen PET und Karton wird vom Gericht nochmals in Randnr. 326 bei der Beurteilung der Schwächung der potenziellen Konkurrenz auf den Kartonmärkten wiederholt.

109. Insoweit bin ich, anders als dies Tetra vorgebracht hatte und als in einer späteren Passage des angefochtenen Urteils bekräftigt wurde, nicht der Meinung, dass die Kommission das Ergebnis der Warrick-Studie stillschweigend übernommen hat, wonach bei keimfreien Verpackungen PET um 30 % bis 40 % teurer ist als Karton [98]. Nach Wiedergabe der Schlüsse, zu denen diese Studie gelangt war, hat die Kommission nämlich festgestellt, dass ihre „Marktuntersuchung ... kein klares Bild der relativen Kosten von PET- und Kartonverpackungssystemen [ergab]", da die Befragten voneinander abweichende Antworten gegeben hätten [99]. Es liegt für mich daher klar zutage, dass die letztgenannte Äußerung, mag sie auch die Ergebnisse der Warrick-Studie in keiner Weise in Zweifel ziehen, jedenfalls nicht die Annahme zulässt, die Kommission habe diese stillschweigend gebilligt.

110. Ich glaube im Übrigen nicht, dass sich eine Bestätigung für die höheren Kosten von PET, wie Tetra annehmen will, in der Äußerung der Kommission finden lässt, dass einige Kunden angegeben hätten, „dass sie eine Umstellung von Karton auf PET nur dann in Erwägung ziehen würden, wenn die Preise für Karton deutlich, d. h. um 20 % oder mehr ansteigen würden" [100]. Diese Äußerung gibt lediglich den Standpunkt einiger von der Kommission im Rahmen ihrer Marktuntersuchung befragten Kunden wieder, die aber, wie oben dargelegt, „kein klares Bild der relativen Kosten von PET- und Kartonverpackungssystemen [ergab]".

111. Unter diesen Umständen hätte das Gericht zwar eventuell eine Lücke in der Untersuchung der Kommission feststellen oder Logik, Kohärenz oder Angemessenheit ihrer Argumentation beanstanden können, sicherlich aber keine eigenständige Bewertung der im Besitz der Kommission befindlichen Daten durchführen und feststellen dürfen, dass PET „höhere Kosten als Karton aufweist".

c) Ergebnis in Bezug auf den ersten Rechtsmittelgrund

112. Im Licht der vorstehenden Erwägungen komme ich daher zu dem Ergebnis, dass der erste Rechtsmittelgrund teilweise begründet und insbesondere den Rügen der Kommission bezüglich des voraussichtlichen Wachstums von PET bei der Verpackung von flüssigen Molkereierzeugnissen und des Kostenunterschieds zwischen PET und Karton stattzugeben ist.

98 — Randnr. 326.

99 — 92. Begründungserwägung. Mit Bezug auf die Ergebnisse ihrer Marktuntersuchung hat die Kommission insbesondere geäußert: „Einige Marktteilnehmer gaben an, dass für die meisten Anwendungen und insbesondere für Produkte, die eine Barriere erfordern, PET teurer sei. Die Mehrheit der Befragten war jedoch nicht in der Lage, die genauen Kostenunterschiede anzugeben, meistenteils deshalb, weil sie über keine Erfahrungen mit beiden Materialien verfügten. Dennoch erklärten einige (hauptsächlich diejenigen, die über größere Erfahrungen mit PET verfügen) gegenüber der Kommission, dass für sie PET tatsächlich billiger sei als Karton" (92. Begründungserwägung).

100 — 397. Begründungserwägung der Entscheidung.

Zum Rechtsmittelgrund bezüglich der Auferlegung der Verpflichtung, die Rechtswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen und bloße Verhaltensverpflichtungen zu berücksichtigen

113. Mit dem zweiten Rechtsmittelgrund rügt die Kommission einige allgemeine Äußerungen des Gerichts in Bezug auf die „Hebelwirkung" (vgl. Nrn. 36 bis 39 dieser Schlussanträge) und wirft ihm vor, von ihr verlangt zu haben, als mögliche Abschreckung gegenüber dieser Praktik 1. die Rechtswidrigkeit bestimmter mit dieser Praktik verbundener Verhaltensweisen, die zur missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung geführt hätten [101], und 2. die von Tetra angebotenen bloßen Verhaltensverpflichtungen in Form des schlichten Versprechens, keine missbräuchlichen Verhaltensweisen an den Tag zu legen, in Erwägung zu ziehen.

114. Zum ersten Aspekt weist die Kommission darauf hin, dass die Verordnung Nr. 4064/89 eine Vorabkontrolle der Zusammenschlüsse eingeführt habe, um strukturelle Veränderungen des Marktes zu verhindern, die zu missbräuchlichen Verhaltensweisen führen könnten. Wenn ein beherrschendes Unternehmen auf einem bestimmten Markt ein Unternehmen erwerbe, das auf einem zweiten, diesem eng benachbarten Markt tätig sei, müsse der Zusammenschluss verboten werden, wenn die durch den Zusammenschluss entstehende neue Einheit über Mittel und Anreize verfüge, missbräuchliche Verhaltensweisen an den Tag zu legen, die ihr gestatteten, ihre Konkurrenten auf dem zweiten Markt zu verdrängen [102]. Mit seiner an sie gerichteten Forderung, auch zu prüfen, ob die wirtschaftlichen Anreize, die von der durch den Zusammenschluss entstehenden neuen Einheit gehaltene beherrschende Stellung zu missbrauchen, nicht durch negative, aus der Rechtswidrigkeit des Missbrauchs abgeleitete Anreize ausgeglichen werden könnten, habe das Gericht eine fehlerhafte Auslegung des Artikels 2 der Verordnung zugrunde gelegt.

115. Außerdem habe eine weitere fehlerhafte Auslegung dieser Vorschrift das Gericht zu der Feststellung veranlasst, es sei „zu unterscheiden zwischen einer Situation, in der ein Zusammenschluss mit Konglomeratwirkung die Wettbewerbsbedingungen auf dem zweiten Markt sofort ändert und dort wegen einer auf dem ersten Markt bereits bestehenden beherrschenden Stellung zur Begründung oder Verstärkung der beherrschenden Stellung führt, und einer Situation, in der die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung auf dem zweiten Markt nicht sofort aus dem Zusammenschluss resultiert, sondern erst nach gewisser Zeit infolge des Verhaltens der

101 — Insoweit verweise ich darauf, dass „die ... von den Märkten für keimfreien Karton ausgehende Hebelwirkung — neben der Möglichkeit der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit, verschiedene Praktiken wie die Verknüpfung des Verkaufs von Anlagen und Verbrauchsprodukten für Kartonverpackungen mit dem Verkauf von PET-Verpackungsanlagen unter Einschluss von Zwangsverkäufen anzuwenden ... — erstens darin bestehen [würde], dass diese Einheit vermutlich Kampfpreise festsetzen würde [predatory pricing], zweitens in einem Preiskrieg und drittens in der Gewährung von Treuerabatten" (Randnr. 156 des angefochtenen Urteils).

102 — Hierzu hat die Kommission in der Rechtsmittelerwiderung und in der Sitzung vorgetragen, dass eine strukturelle Veränderung der Marktbedingungen, die für den Erwerb dieser Mittel und Anreize durch die neue Einheit, die durch den Zusammenschluss entstehe, entscheidend sei, zur sofortigen Begründung einer beherrschenden Stellung auf dem zweiten Markt führen würde.

durch den Zusammenschluss entstandenen Einheit auf dem ersten Markt eintritt, auf dem sie bereits eine beherrschende Stellung einnimmt. Im letztgenannten Fall beruht die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung nicht auf der aus dem Zusammenschluss resultierenden Struktur selbst, sondern auf den fraglichen zukünftigen Verhaltensweisen." [103] Nach ihrer Auffassung sei auch im letztgenannten Fall entgegen der Auffassung des Gerichts der Zusammenschluss ursächlich für die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, weil er unmittelbar und sofort die Bedingungen schaffe, unter denen missbräuchliche Verhaltensweisen nicht nur möglich, sondern auch wirtschaftlich zweckmäßig wären.

116. Die Kommission macht schließlich geltend, es gebe unüberwindbare Hindernisse rechtlicher und tatsächlicher Art für die Durchführung einer Analyse des möglichen negativen Anreizes infolge der Rechtswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen. Es sei nämlich nicht möglich, mit einem hinreichenden Grad an Gewissheit die Neigung bestimmter Unternehmen zu rechtswidrigen Verhaltensweisen und die Auswirkung zu beurteilen, die die Gefahr des Entdecktwerdens und der Bestrafung auf ihr Verhalten habe.

117. Bezüglich des zweiten Aspekts, der von Tetra angebotenen Verhaltensverpflichtungen (vgl. Nr. 113 dieser Schlussanträge), weist die Kommission darauf hin, dass angesichts der Zweckrichtung der in der Verordnung Nr. 4064/89 vorgesehenen Vorabkontrolle Verpflichtungen, eine beherrschende Stellung, die durch einen Zusammenschluss begründet oder verstärkt würde, nicht zu missbrauchen, unannehmbar seien, da sie die strukturellen Probleme, die die Verordnung verhindern wolle, nicht zu beheben vermöchten. Das Gericht habe folglich dadurch, dass es ihr aufgegeben habe, solche Verpflichtungen zu berücksichtigen, die Vorschriften der Verordnung, insbesondere die Artikel 2 und 8 Absatz 2, verletzt. Auf jeden Fall habe das Gericht zu Unrecht behauptet, dass sie die von Tetra angebotenen Verhaltensverpflichtungen nicht beachtet habe, denn aus der Entscheidung ergebe sich, dass diese Verpflichtungen geprüft und verworfen worden seien, und zwar nicht nur aus prinzipiellen Gründen, sondern auch, weil sie „sich nur schwer oder gar nicht wirksam überwachen [lassen]" [104].

118. Diese Argumente der Kommission überzeugen mich nicht.

119. Die gegen das Gericht erhobenen Rügen wären nämlich nur dann gerechtfertigt, wenn sich aus der Entscheidung, wie von der Kommission in ihrer Erwiderung und in der Sitzung behauptet, ergeben hätte, dass der Zusammenschluss strukturelle Veränderungen des Marktes herbeigeführt hätte, die für sich allein zur unmittelbaren Begründung einer zweiten beherrschenden Stellung geführt hätten, die die neue Einheit mit Hilfe

103 — Randnr. 154 des angefochtenen Urteils.

104 — 431. Begründungserwägung der Entscheidung.

ihrer voraussehbaren Verhaltensweisen hätte missbrauchen können.

120. In der Entscheidung ist indessen, wie Tetra zu Recht hervorhebt, nicht die Rede davon gewesen, dass die neue Einheit aufgrund des Zusammenschlusses unmittelbar eine beherrschende Stellung auf den Märkten für PET-Verpackungsanlagen erlangen würde, sondern es ist vorausgesagt worden, dass dies erst in einer zweiten Stufe durch Ausnutzung der beherrschenden Stellung erfolgen würde, die Tetra bereits bei Karton innehatte.

121. Dies ergibt sich z. B. eindeutig aus der Passage der Entscheidung, in der es heißt, dass „Tetras beherrschende Stellung bei der Kartonverpackung in Kombination mit Sidels führender Stellung bei PET-Verpackungsausrüstungen ... zur Bildung einer Marktstruktur führen [würde], die das fusionierte Unternehmen in die Lage versetzen würde, ihre beherrschende Stellung bei der keimfreien Kartonverpackung auf den PET-Verpackungsmarkt ... zu übertragen“ [105]. Dieser Passage lässt sich nämlich entnehmen, dass der Zusammenschluss *unmittelbar* eine Marktstruktur geschaffen hätte, die der neuen Einheit die Mittel und Anreize verschafft hätte, bestimmte „Hebel-Praktiken“ in Gang zu bringen und *anschließend* mit Hilfe solcher Praktiken eine beherrschende Stellung auf den Märkten für PET-Verpackungsanlagen zu erwerben.

122. Folglich hat das Gericht zutreffend festgestellt, dass die Kommission die verschiedenen Gesichtspunkte hätte berücksichtigen müssen, die sich auf die Wahrscheinlichkeit hätten auswirken können, dass die Einheit aufgrund des Zusammenschlusses Verhaltensweisen an den Tag legen werde, die es ihr ermöglichen würden, die geplante beherrschende Stellung auf den Märkten für PET-Verpackungsanlagen zu erreichen.

123. Das Gericht hat mit anderen Worten, wie Tetra unterstreicht, zutreffend festgestellt, dass die Kommission, so wie sie die wirtschaftlichen Anreize zu den besagten Verhaltensweisen beurteilt hatte, den möglichen negativen Anreiz durch die Rechtswidrigkeit der betreffenden Verhaltensweisen (die zu einem Missbrauch einer bereits bestehenden beherrschenden Stellung von Tetra bei Karton hätten führen können) oder durch die Verpflichtungen hätte berücksichtigen müssen, die dieses Unternehmen zu übernehmen angeboten hatte.

124. Das Gericht hat mit der Forderung, die Kommission hätte die Rechtswidrigkeit be-

105 — 342. Begründungserwägung. In gleichem Sinne vgl. auch 330. Begründungserwägung, wo es heißt: „Durch die Übernahme von Sidel würde Tetra sicherstellen, dass ihre beherrschende Stellung bei keimfreiem Karton erhalten bliebe und gestärkt würde, indem der Wettbewerbsdruck durch Sidel entfiele. Überdies *hätte* Tetra/Sidel durch die Ausnutzung ihrer beherrschenden Stellung bei Karton *die Möglichkeit, einen bestimmten Grad von Marktbeherrschung bei PET-Ausrüstungen* und insbesondere bei SBM-Maschinen mit hohem und niedrigem Durchsatz in den relevanten Endverwendungssegmenten zu erlangen“ (Hervorhebung von mir). Ähnliche Äußerungen finden sich in zahlreichen Passagen der Entscheidung, vgl. z. B. 331., 359. und 389. Begründungserwägungen.

stimmter Verhaltensweisen, in denen sich die „Hebelwirkung" konkretisiert hätte, und die insoweit von Tetra angebotenen Verpflichtungen berücksichtigen müssen, nicht etwa, wie die Kommission meint, verlangt, dass die Kommission die Wahrscheinlichkeit hätte bewerten sollen, dass die neue Einheit die durch den Zusammenschluss geschaffene beherrschende Stellung missbrauchen werde. Es hat im Gegenteil von der Kommission lediglich verlangt, die Wahrscheinlichkeit einzuschätzen, dass die neue Einheit unter Ausnutzung der schon bestehenden beherrschenden Stellung von Tetra bei Karton eine beherrschende Stellung auf den Märkten für PET-Verpackungsanlagen erlangen könne, mithin abzuwägen, ob der Zusammenschluss zur Begründung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 2 der Verordnung Nr. 4064/89 führen würde.

125. Ich glaube im Übrigen nicht, dass es unüberwindbare Hindernisse rechtlicher und tatsächlicher Art für die vom Gericht geforderte Einschätzung gibt. Das Gericht hat nämlich nicht gefordert, dass die Kommission mit Sicherheit feststellt, ob die Rechtswidrigkeit der betreffenden Verhaltensweisen oder die von Tetra angebotenen Verpflichtungen dieses Unternehmen von solchen Verhaltensweisen abbringen würde, so wie es andererseits nicht verlangt hat, dass die Kommission nachweist, dass die in der Entscheidung festgestellten wirtschaftlichen Anreize Tetra mit Sicherheit dazu bringen würden, sich an die besagten Verpflichtungen zu halten. Das Gericht hat von der Kommission lediglich verlangt, diese Gesichtspunkte im Rahmen ihrer Vorausschau zu berücksichtigen, beispielsweise aufgrund der Überlegung, ob — angesichts der üblichen Handelspraktiken des Sektors — die Kommission, die zuständigen nationalen Behörden oder geschädigte Konkurrenten etwaige rechtswidrige Verhaltensweisen leicht würden in Erfahrung bringen können.

126. Schließlich scheint mir das Argument der Kommission nicht überzeugend zu sein, das Gericht habe fehlerhaft ihre Untersuchung der von Tetra angebotenen Verhaltenspflichten außer Acht gelassen. Die Kommission hat nämlich, wie dieses Unternehmen zu Recht bemerkt hat, lediglich kurz und ohne Begründung geäußert, dass diese Verpflichtungen „sich nur schwer oder gar nicht wirksam überwachen [lassen]", ohne ihre mögliche Auswirkung auf das künftige Verhalten der Einheit nach dem Zusammenschluss und insbesondere die Frage angemessen zu überdenken, ob diese einen bedeutungsvollen negativen Anreiz für die vorausgesagten „Hebel"-Praktiken darstellen könnten.

127. Nach dem Vorstehenden muss ich deshalb feststellen, dass die Rügen der Kommission nicht gerechtfertigt sind. Dies wäre wie gesagt anders gewesen, wenn der Entscheidung zu entnehmen gewesen wäre, dass der Zusammenschluss solche strukturellen Veränderungen des Marktes bewirkt hätte, dass er von selbst zur sofortigen Entstehung einer beherrschenden Stellung auf den PET-Märkten geführt hätte. Dies hat die Kommission in ihrer Erwiderung und in der Sitzung zwar geltend gemacht, es ergibt sich aber, wie dargelegt, nicht aus der angefochtenen Entscheidung.

128. Im Licht der vorstehenden Erwägungen meine ich daher, dass der zweite Rechtsmittelgrund zurückzuweisen ist.

Zum Rechtsmittelgrund bezüglich der Ermittlung verschiedener Märkte für SBM-Maschinen je nach deren Endverwendung

129. Mit dem dritten Rechtsmittelgrund rügt die Kommission, dass das Gericht ihre Beurteilung bezüglich der Ermittlung besonderer Märkte für SBM-Maschinen (mit hohem und mit niedrigem Durchsatz) für die Verpackung „empfindlicher" Produkte nicht bestätigt habe. Die Kommission erhebt insoweit mehrere Rügen, bei denen sie zwischen denen bezüglich der Merkmale des Angebots solcher Maschinen und denen bezüglich der Merkmale der Nachfrage nach solchen Maschinen unterscheidet.

130. Mit den Erstgenannten widerspricht die Kommission der Feststellung „Die angefochtene Entscheidung enthält keine hinreichend eindeutigen Beweise für die angeblichen besonderen Eigenschaften der zur Verpackung empfindlicher Produkte verwendeten SBM-Maschinen" [106]. Unter äußerster Verknappung sei das Gericht zu dieser Feststellung gelangt, ohne die Angaben in der Entscheidung und in der Klagebeantwortung zur Anpassung der SBM-Maschinen an die besonderen Bedürfnisse der Kunden zu berücksichtigen, und es habe sich seine Überzeugung zu Unrecht aufgrund der gegenteiligen Behauptungen von Tetra in der Sitzung gebildet.

131. Dieses Unternehmen hat jedoch meines Erachtens wenig Mühe, dem entgegenzuhalten, dass in der Entscheidung klar festgestellt werde, dass „die Mehrzahl der SBM-Maschinen ‚produktneutral' sind", dass aber dennoch „eine PET-Verpackungsanlage, wovon die SBM-Maschine nur eine Komponente darstellt, für gewöhnlich auf die spezifischen vom Kunden abgefüllten Produkte zugeschnitten [ist]" [107]. Im Gegensatz zu dem, was die Kommission vorgebracht hat, ergibt sich aus der Entscheidung, dass die SBM-Maschinen in ihrer Mehrzahl „produktneutral", d. h. für die Verpackung unterschiedlicher Produktarten geeignet waren, während im Allgemeinen die PET-Verpackungsanlagen, zu denen die besagten Maschinen als nur eine Komponente gehören, mit Blick auf besonders zu verpackende Waren „maßgeschneidert" sind.

132. Angesichts dieser Begründung der Entscheidung hat das Gericht mithin zu Recht feststellen dürfen, dass „[d]ie bloße Tatsache, dass jede SBM-Maschine in einer PET-Produktionslinie installiert sein muss, um für ihren Käufer von Nutzen zu sein, ... es nicht [rechtfertigt], die besonderen Merkmale anderer Bestandteile dieser PET-Produktionslinie und insbesondere die Merkmale der keimfreien PET-Abfüllung den SBM-Maschinen selbst zuzurechnen" [108].

133. Bezüglich der weiteren in der Klagebeantwortung vorgetragenen Informationen zu den technischen Anpassungen, die auch die

106 — Randnr. 261.

107 — 177. Begründungserwägung.

108 — Randnr. 265.

SBM-Maschinen hätten erfahren müssen, um in besondere PET-Verpackungsanlagen integriert werden zu können, hat das Gericht zutreffend festgestellt, dass „die angefochtene Entscheidung keinen Hinweis auf diese Informationen enthält“ [109]. Wie bereits gesagt, mussten nämlich die Gesichtspunkte und Beurteilungen, auf die sich die Entscheidung stützte, in ihr selbst klar angegeben werden und konnten nicht erst nachträglich im Verfahren vor dem Gericht dargelegt werden (vgl. Nr. 106 dieser Schlussanträge).

134. Demgemäß sind die weiteren Beurteilungen des Gerichts, mit denen im Licht der von Tetra angeführten Gesichtspunkte die weiteren technischen Argumente, wie sie in der Klagebeantwortung vorgebracht worden waren, widerlegt werden sollten, als unerheblich anzusehen. Auch wenn das Gericht besser daran getan hätte, sich nicht auf diese Art von Beurteilungen einzulassen, ändert dies nichts daran, dass die Kommission trotzdem vor diesem Gericht keine Gesichtspunkte vorbringen durfte, die sie in der angefochtenen Entscheidung überhaupt nicht angesprochen hatte.

135. Nach diesen Ausführungen zu den Rügen bezüglich der Merkmale des Angebots von SBM-Maschinen komme ich nunmehr zu den Rügen bezüglich der Nachfragemerkmale.

136. Insoweit ist klarzustellen, dass diese Rügen sich auf die Argumentation der Kommission beziehen, mit der wegen der Preisdiskriminierungen von Sidel in der Vergangenheit gegenüber Kunden, die die empfindlichen Produkte verpacken wollten, und der möglichen Fortführung dieser Politik seitens der neuen Einheit besondere Märkte für SBM-Maschinen für die Verpackung solcher Produkte ausgemacht werden sollten.

137. Diese Argumentation stützte sich insbesondere auf die doppelte theoretische Prämisse, dass „eine bestimmte Gruppe von Abnehmern für das jeweilige Produkt einen engeren, eigenen Produktmarkt bilden [kann], wenn diese Gruppe der Preisdiskriminierung unterworfen werden könnte“, und dass dies „für gewöhnlich dann der Fall [ist], wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: a) die Gruppe, zu der ein bestimmter Kunde zu dem Zeitpunkt gehört, zu dem er die relevanten Produkte kauft, kann eindeutig ausgemacht werden, und b) ein Handel unter den Abnehmern oder Arbitrage durch Dritte sind nicht möglich“ [110]. Aufgrund dieser Prämisse und der Erwägung, dass die angegebenen Bedingungen im vorliegenden Fall erfüllt seien, war die Kommission eben zu dem Ergebnis gelangt, dass es besondere Märkte für SBM-Maschinen für die Verpackung empfindlicher Produkte gebe.

138. Mit den besagten Rügen greift die Kommission die Bewertungen dieser Argumentation im angefochtenen Urteil an und wirft dem Gericht insbesondere Folgendes

109 — Ebenda.

110 — 178. Begründungserwägung der Entscheidung.

vor: 1. Es habe zu Unrecht die von Sidel in der Vergangenheit praktizierten Preisdiskriminierungen aufgrund der Annahme unberücksichtigt gelassen, dass diese „keinen hinreichend eindeutigen Beweis für die Fortsetzung eines ähnlichen Verhaltens der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit darstellen", da Letztere „im Unterschied zu Sidel vor dem Zusammenschluss nicht nur an die Verpflichtungen gebunden [wäre], sondern auch an die verschiedenen das Verhalten der Klägerin einschränkenden Pflichten" [111]. 2. Es habe zu Unrecht einen Großteil ihrer Überlegungen zur Möglichkeit, die Kunden zu ermitteln, die SBM-Maschinen einsetzen wollten, um empfindliche Produkte zu verpacken, unberücksichtigt gelassen oder jedenfalls deren Erheblichkeit verkannt. 3. Es habe ihre Überlegungen zu der Unmöglichkeit, Maschinen eines bestimmten Erzeugers bei anderen Personen (insbesondere anderen Kunden, die sie gebraucht verkaufen möchten) zu erwerben, falsch verstanden und zu Unrecht unberücksichtigt gelassen.

139. Auch diese Rügen scheinen mir nicht begründet zu sein.

140. Bei der ersten Rüge muss ich Tetra beipflichten, dass die streitige Äußerung nichts mit der Ermittlung von besonderen Märkten für SBM-Maschinen für die Verpackung empfindlicher Produkte zu tun hat. Da diese Äußerung nämlich nicht etwa die Definition der relevanten Märkte betrifft, steht sie in dem Teil des Urteils, der sich mit der Prüfung befasst, „in welcher Form die durch den Zusammenschluss entstehende Einheit von einer solchen Hebelwirkung Gebrauch machen könnte", und bezieht sich insbesondere auf die Notwendigkeit, bei dieser Prüfung „nur solche Formen der Ausübung einer Hebelwirkung [zu] berücksichtigen, die zumindest wahrscheinlich keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung auf den Märkten für keimfreien Karton darstellen", und die von Tetra angebotenen Verpflichtungen in Rechnung zu stellen (vgl. Nr. 43 dieser Schlussanträge).

141. Entgegen der Beanstandung in der Rechtsmittelschrift glaube ich sodann, dass das Gericht die einzelnen Passagen, in denen die Argumentation der Kommission zum Ausdruck kam, untersucht und richtig verstanden hat. Das Gericht hat allerdings festgestellt, dass diese Argumentation im Kern einen Denkfehler aufweise, da die Möglichkeit für die neue Einheit, die Kunden zu ermitteln, die empfindliche Produkte verpacken wollten (und damit ihnen gegenüber Preisdiskriminierungen anzuwenden), „nicht aus[schließt], dass sich diese Kunden an andere Lieferanten von SBM-Maschinen wenden könnten, wenn sie mit den von der neuen Einheit gebotenen Konditionen nicht mehr zufrieden sind" [112].

142. Diese Beurteilung des Gerichts scheint mir zwar sehr knapp, aber in der Sache billigenswert. Ich bin nämlich der Meinung, dass die neue Einheit auch dann, wenn sie

111 — Randnr. 223 des angefochtenen Urteils.

112 — Randnr. 268.

die neue Einheit in der Lage gewesen wäre, die Kunden zu ermitteln, die empfindliche Produkte verpacken wollten, und sich, da diese Kunden ihre Maschinen nicht bei anderen Personen hätten erwerben können, entschlossen hätte, von ihnen einen höheren Preis als bei anderen Kunden zu fordern, dies für sich betrachtet noch nicht erlaubt hätte, besondere Märkte für SBM-Maschinen zur Verpackung empfindlicher Produkte auszumachen, weil — wie das Gericht bemerkt hat — die „diskriminierten" Kunden sich an andere Lieferanten von SBM-Maschinen hätten wenden können, die nicht die gleiche Preispolitik verfolgten.

143. Meines Erachtens lässt es mit anderen Worten der Umstand, dass ein einziger Wirtschaftsteilnehmer (dem seine Konkurrenten nicht folgen) eine Politik der Preisdiskriminierung gegenüber einer besonderen Gruppe von Kunden betreibt, für sich allein nicht zu, einen besonderen Markt für diese Kundengruppe festzulegen, weil die Marktpräsenz anderer Wirtschaftsteilnehmer, die nicht die gleiche Politik verfolgen, die Entstehung sachlich unterschiedlicher Marktbedingungen für die betreffende Kundengruppe verhindern kann.

144. Ich glaube daher nicht, dass das Gericht mit seiner Kritik an der Argumentation der Kommission, die auf der in der Vergangenheit von Sidel betriebenen Preisdiskriminierung und der möglichen Fortführung dieser Politik von Seiten der neuen Einheit aufgebaut war, Rechtsfehler begangen hat.

145. Im Licht der vorstehenden Erwägungen bin ich daher der Meinung, dass der dritte Rechtsmittelgrund zurückzuweisen ist.

Zum Rechtsmittelgrund bezüglich der Verstärkung der beherrschenden Stellung von Tetra bei Karton

146. Mit dem vierten Rechtsmittelgrund beanstandet die Kommission die Schlussfolgerung des Gerichts, dass „die in der angefochtenen Entscheidung enthaltenen Nachweise nicht in rechtlich hinreichender Weise [belegen], dass sich der geänderte Zusammenschluss durch den Wegfall von Sidel als potenzieller Konkurrentin dergestalt auf die Stellung [von Tetra], insbesondere auf den Märkten für keimfreien Karton, auswirken würde, dass die Voraussetzungen von Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung erfüllt wären" [113].

147. Insoweit wirft die Kommission dem Gericht vor allem vor, es habe nicht anerkannt, dass eine Verringerung des „potenziellen" Wettbewerbs von Seiten der PET-Märkte von ganz allein zu einer Verstärkung der beherrschenden Stellung von Tetra bei Karton geführt hätte. Zu Unrecht habe das Gericht ihr dann auferlegt darzutun, dass eine solche Verringerung des „potenziellen"

113 — Randnr. 333.

Wettbewerbs „die beherrschende Stellung [von Tetra] *gegenüber ihren Konkurrenten* auf den Märkten für keimfreien Karton verstärken würde“ [114]. Diese Verstärkung sei nämlich nicht mit Bezug auf die Wettbewerber von Tetra zu beurteilen gewesen, sondern im Hinblick auf die unvermeidbaren Auswirkungen, die die Verringerung des von PET ausgeübten „potenziellen“ Wettbewerbs für Kunden und Verbraucher in Form einer Erhöhung (oder unterbliebenen Senkung) der Kartonpreise oder einer geringeren Innovation der Produkte gehabt hätte.

148. Ferner habe das Gericht in Anbetracht ihres Vorbringens im Rahmen des ersten Rechtsmittelgrundes zu Unrecht festgestellt, dass ihre Beurteilung der Verringerung des „potenziellen“ Wettbewerbs deshalb fehlerhaft sei, weil das Wachstum von PET bei der Verpackung empfindlicher Produkte „wesentlich geringer sein [dürfte] als von der Kommission angenommen“ [115].

149. Die Kommission beanstandet weiter die Feststellung des Gerichts, es sei „nicht dargetan worden, dass [Tetra] im Fall der Beseitigung oder Verringerung des von den PET-Märkten ausgehenden Wettbewerbsdrucks Veranlassung hätte, ihre Preise für Kartonverpackungen nicht zu senken und keine Innovationen mehr vorzunehmen“ [116].

150. Hierzu weist sie zunächst darauf hin, dass die Beurteilung der Auswirkungen der Verringerung des „potenziellen“ Wettbewerbs auf die Kartonpreise durch das Gericht von der falschen Überzeugung geprägt gewesen sei, dass die Kosten von PET höher seien als die von Karton. (Auch insoweit verweist sie auf ihr Vorbringen im Rahmen des ersten Rechtsmittelgrundes.) Immer noch bezüglich dieser Beurteilung beanstandet die Kommission sodann die an sie gerichteten Hinweise des Gerichts, weil es ihr vorgeworfen habe, nicht erklärt zu haben, weshalb die Konkurrenten von Tetra keinen Gewinn aus einer Erhöhung der Kartonpreise hätten ziehen können; das Gericht habe nämlich nicht bedacht, dass die Konkurrenten durch die starke beherrschende Stellung von Tetra buchstäblich an den Rand gedrängt würden. Die Kommission wirft dem Gericht weiter vor, nicht berücksichtigt zu haben, dass Tetra nach dem Erwerb des wichtigsten PET-Marktbeteiligten in aller Ruhe hätte abwarten können, dass große Teile ihrer von Karton zu PET übergelaufenen Kunden auf jeden Fall über Sidel „wieder eingefangen“ worden wären.

151. Auch bezüglich der Auswirkungen der Verringerung des „potenziellen“ Wettbewerbs auf die Innovation wirft die Kommis-

114 — Randnr. 323. Hervorhebung der Kommission.
115 — Randnr. 324.
116 — Randnr. 325.

sion dem Gericht vor, die mögliche Reaktion der durch die beherrschende Stellung von Tetra marginalisierten Konkurrenten überschätzt zu haben. Schließlich sei dem Gericht ein Irrtum unterlaufen: zum einen durch die Verkennung des Unterschieds zwischen dem Innovationsdruck infolge des PET-Wachstums und dem Druck der Konkurrenten von Tetra auf den Kartonmärkten und zum anderen durch die Behauptung, dass die neueren Innovationen dieses Unternehmens nicht auf den PET-Druck zurückzuführen seien.

152. Vor der Prüfung dieser Rügen ist festzuhalten, dass der *potenzielle* Wettbewerb, auf den im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittelgrundes Bezug genommen wird, wie Tetra vorgebracht hat, nicht in dem Wettbewerb bestand, der von Unternehmen ausging, die in die Märkte für Kartonverpackung hätten eintreten und somit potenzielle Konkurrenten von Tetra auf diesen Märkten hätten sein können. Es handelte sich vielmehr offenbar um *mittelbaren* Wettbewerb von Unternehmen, die auf anderen Märkten als denen für Kartonverpackungen (oder auf diesen eng benachbarten Märkten) tätig waren und Maschinen für die Verpackung mit dem Material PET herstellten, das in kommerzieller Hinsicht von der Kommission nur als „schwaches Substitut" für Karton eingestuft worden war [117]. Im Folgenden werde ich daher von *mittelbarem* statt von *potenziellem* Wettbewerb sprechen, der von PET ausgeht.

153. Nach dieser Klarstellung muss ich Tetra darin beipflichten, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Verringerung des mittelbaren Wettbewerbs infolge des Erwerbs des wichtigsten Unternehmens auf einem eng benachbarten Markt *für sich betrachtet* eine Verstärkung einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 2 der Verordnung Nr. 4064/89 herbeiführt. Angesichts des in der Rechtsprechung des Gerichtshofes wohlbekannten Begriffs der „beherrschenden Stellung" ist vielmehr zu prüfen, ob eine solche Verringerung des mittelbaren Wettbewerbs die „Wirtschaftskraft" des beherrschenden Unternehmens mit der Folge verstärken könnte, dass dieses in der Lage wäre, noch stärker oder mit weniger Aufwand „die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich *seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber* in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten" [118].

154. Auf diesen Begriff hätte sich daher das Gericht in seiner Prüfung eigentlich korrekterweise beziehen müssen, statt von der Kommission den Nachweis zu fordern, dass eine Verringerung des mittelbaren Wettbe-

117 — Vgl. insbesondere 332. Begründungserwägung der angefochtenen Entscheidung, wo es heißt: „Karton und PET sind technisch austauschbar, da die relevanten Endverwendungssegmente in beiden Materialien verpackt werden können. Außerdem können [sie] in kommerzieller Hinsicht als ‚schwache Substitute' gelten." In diesem Sinne vgl. auch Begründungserwägung 163 der Entscheidung (zitiert in Nr. 10 dieser Schlussanträge), wo auch darauf hingewiesen wird, dass die Definition der Märkte für die PET- und die Kartonverpackungssysteme sich in Zukunft ändern könne.

118 — Vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76 (Hoffmann-La Roche/Kommission, Slg. 1979, 461, Randnr. 38, Hervorhebung von mir).

werbs von PET die „beherrschende Stellung [von Tetra] *gegenüber ihren Konkurrenten* auf den Märkten für keimfreien Karton verstärken würde". Ich bin jedoch der Meinung, dass es sich hier nicht um eine besonders schwere Ungenauigkeit handelt, die die Schlussfolgerung des Gerichts beeinträchtigen könnte, denn dieses hat immerhin die Argumentation der Kommission, mit der diese die Auswirkungen sichtbar machen wollte, die die vorhergesehene Verringerung des von PET ausgeübten mittelbaren Wettbewerbs für Kunden und Verbraucher in Form einer Erhöhung (oder unterbliebenen Senkung) der Kartonpreise und einer geringeren Innovation der Produkte gehabt hätte, geprüft und dabei mehrere Fehler festgestellt.

155. Entsprechend bin ich der Auffassung, dass die Schlussfolgerung, zu der das Gericht gelangt ist, nicht durch die Fehler beeinträchtigt wird, die es allerdings bei der Beurteilung des voraussichtlichen PET-Wachstums bei der Verpackung flüssiger Molkereierzeugnisse begangen hat (vgl. Nrn. 103 und 112 dieser Schlussanträge) [119].

156. Gewiss hatte die Feststellung, dass das Wachstum von PET für die Verpackung empfindlicher Produkte „außer bei Fruchtaromagetränken und Tee-/Kaffeegetränken, wesentlich geringer sein [dürfte] als von der Kommission angenommen", das Gericht zu der Schlussfolgerung bewogen, dass es „auf der Grundlage der in der angefochtenen Entscheidung genannten Gesichtspunkte nicht möglich [ist], mit der zur Rechtfertigung des Verbots eines Zusammenschlusses erforderlichen Sicherheit festzustellen, ob die Durchführung des geänderten Zusammenschlusses [Tetra] in eine Lage versetzen würde, in der sie von ihren Konkurrenten auf den Märkten für keimfreien Karton unabhängiger wäre als in der Vergangenheit" [120]. Das Gericht hat sich aber mit dieser Feststellung nicht begnügt, sondern seine Prüfung fortgesetzt und geschlossen, dass „[d]ie beiden tatsächlichen Gesichtspunkte hinsichtlich des künftigen Verhaltens [von Tetra], auf die sich die Kommission zum Nachweis der angeblichen negativen Auswirkungen des geänderten Zusammenschlusses auf die Märkte für keimfreien Karton stützt, ... *jedenfalls* nicht in rechtlich hinreichender Weise erwiesen [sind]" (Hervorhebung von mir). Insbesondere ist nach Auffassung des Gerichts, wie oben erwähnt, „nicht dargetan worden, dass die Klägerin im Fall der Beseitigung oder Verringerung des von den PET-Märkten ausgehenden Wettbewerbsdrucks Veranlassung hätte, ihre Preise für Kartonverpackungen nicht zu senken und keine Innovationen mehr vorzunehmen" [121].

157. Wenn ich nun zur Prüfung der Rügen der Kommission bezüglich dieser Schlussfolgerung übergehe, möchte ich zunächst darauf hinweisen, dass entgegen dem Vorbringen der Kommission die Beurteilung der

119 — Insoweit sei daran erinnert, dass sich die Rüge der Kommission bezüglich der angeblichen Fehler des Gerichts bei der Beurteilung des voraussichtlichen Wachstums von PET bei der Verpackung von Säften als unbegründet erwiesen hat (vgl. Nr. 104 dieser Schlussanträge).

120 — Randnr. 324.

121 — Randnr. 325.

Wirkungen der Verringerung des mittelbaren Wettbewerbs von PET auf die Kartonpreise durch das Gericht meines Erachtens nicht durch die falsche Überzeugung entwertet wird, dass die Kosten für PET höher seien als die für Karton (wegen des wirklichen Fehlers des Gerichts hierbei vgl. Nrn. 111 und 112 dieser Schlussanträge).

158. Das Gericht hat nämlich zu der Auffassung der Kommission, der zufolge der Zusammenschluss Tetra erlaubt hätte, eine sonst unumgängliche Senkung der Kartonpreise zu vermeiden, Folgendes festgestellt:

1. „Was die ‚preissensibleren' Kunden auf den Kartonmärkten anbelangt, die der Kommission bei ihrer Marktuntersuchung mitteilten, ‚dass sie einen Wechsel von Karton zu PET nur in Betracht ziehen würden, wenn die Kartonpreise in erheblichem Umfang, d. h. um 20 % oder mehr, stiegen', so ist klar ersichtlich, dass es keiner Senkung der Kartonpreise bedarf, um sie auf den Kartonmärkten zu halten. Mit der bloßen Feststellung, dass, [d]iese preissensiblen Kunden ... vermutlich auch dann von einem Wechsel von Karton zu PET abgehalten [würden], wenn aufgrund einer Senkung des Kartonpreises der Preisunterschied zwischen einer Karton- und einer PET-Verpackungslinie zunehmen würde' ..., wird in der angefochtenen Entscheidung nicht erläutert, weshalb die Klägerin ohne den Zusammenschluss gezwungen sein sollte, solche Preissenkungen vorzunehmen, um die Kunden zu behalten. Diese würden nämlich nur zu PET wechseln, wenn der Kartonpreis um mindestens 20 % steigen oder der PET-Preis entsprechend fallen würde." [122]

2. „Soweit die Kommission vor dem Gericht darauf verweist, dass die Klägerin nach dem Zusammenschluss ihre Preise auf den Märkten für keimfreien Karton gegenüber solchen Kunden leichter erhöhen könnte, erläutert sie insbesondere nicht, weshalb die Konkurrenten [von Tetra] auf den Kartonmärkten, die wie SIG und Elopak auch auf den PET-Märkten tätig sind, davon nicht profitieren könnten." [123]

3. „Zu den Getränkeherstellern, die aus wirtschaftlichen Erwägungen von Karton zu PET wechseln, obwohl PET spürbar teurer ist als Karton, ist festzustellen, dass diese ‚nicht preissensiblen'

122 — Randnr. 327.
123 — Ebenda.

Kunden durch eine Senkung des Kartonpreises nicht zwangsläufig dazu gebracht würden, an diesem Verpackungsmaterial festzuhalten." [124]

4. „In der angefochtenen Entscheidung wird nicht dargelegt, weshalb die auf den Märkten für PET-Anlagen tätigen Unternehmen, von denen ohne den geänderten Zusammenschluss ‚zu erwarten [wäre], dass [sie] einen lebhaften Wettbewerb führen, um Karton Marktanteile abzunehmen' ..., ihr Verhalten nach dem Zusammenschluss ändern sollten. Für den Fall, dass der von Sidel ausgeübte Druck wegfallen sollte, wird in der angefochtenen Entscheidung nicht erläutert, weshalb — wenn die Konkurrenten von Sidel nicht durch die erfolgreiche Ausübung einer Hebelwirkung verdrängt wurden — die übrigen auf den Märkten für PET-Anlagen tätigen Unternehmen nicht mehr in der Lage wären, bei den Kunden [von Tetra] auf den Kartonmärkten mit den Vorteilen von PET zu werben." [125]

159. Wie leicht festzustellen ist, hat das Gericht mit diesen Ausführungen Denkfehler in der Argumentation der Kommission angezeigt, ohne je seine Beurteilung auf die falsche Überzeugung zu stützen, dass die PET-Kosten höher seien als die für Karton, und dies nicht einmal in Punkt 3, wo allein dieser Aspekt erwähnt wird. Bei aufmerksamer Durchsicht dieses Punktes wird nämlich deutlich, dass das Gericht lediglich auf die Behauptung der Kommission eingegangen ist, dass einige Kunden ohnehin auf PET umgestellt hätten, „obgleich [dieses Material bei] PET teurer ist, und dies auch tun würden, selbst wenn die Kartonpreise völlig unverändert blieben" [126], und dass es daraus logisch abgeleitet hat, dass „diese ‚nicht preissensiblen' Kunden durch eine Senkung des Kartonpreises nicht zwangsläufig dazu gebracht würden, an diesem Verpackungsmaterial festzuhalten".

160. Da somit klargestellt ist, dass die Beurteilung des Gerichts nicht durch die falsche Überzeugung, dass die PET-Kosten höher seien als die für Karton, entwertet wird, möchte ich darauf hinweisen, dass mir die Rüge der Kommission zu Punkt 2, mit der sie dem Gericht vorwirft, fehlerhaft verkannt zu haben, dass die Konkurrenten von Tetra auf den Kartonmärkten durch die starke beherrschende Stellung dieses Unternehmens buchstäblich an den Rand gedrängt würden, ebenfalls nicht begründet erscheint.

161. Insoweit stimme ich vor allem mit Tetra darin überein, dass diese Rüge Gefahr

124 — Randnr. 328.

125 — Ebenda.

126 — Das Zitat ist der 397. Begründungserwägung der Entscheidung entnommen, wo es heißt, dass zahlreiche der bei der Marktforschung der Kommission befragten Unternehmen ausgesagt hätten, „dass sie bereits auf PET umgestellt haben oder auf PET umstellen würden, obgleich PET teurer ist, und dies auch tun würden, selbst wenn die Kartonpreise völlig unverändert blieben".

läuft, zu viel zu beweisen. Wenn die Kommission sich nämlich damit begnügt hätte, theoretisch zu erwägen, dass Tetra dank seiner beherrschenden Stellung per definitionem die Möglichkeit habe, „sich [auf den Kartonmärkten] seinen Wettbewerbern ... gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten" [127], und somit auch ohne Furcht vor deren Reaktionen die Preise erhöhen könnte, so wäre schwer zu erklären, weshalb das Unternehmen ohne den Zusammenschluss — aber bei Weiterbestehen seiner beherrschenden Stellung bei Karton — nicht das Gleiche hätte tun können und statt dessen den mittelbaren Wettbewerb der ausschließlich auf eng benachbarten Märkten tätigen Wirtschaftsteilnehmer (wie Sidel) hätte fürchten müssen, die Maschinen für die Verpackung mit einem Material herstellten, das nur als „schwaches Substitut" für Karton gesehen wurde.

162. Ich möchte ferner darauf hinweisen, dass das Gericht entgegen dem, was sich anscheinend aus der Rechtsmittelschrift der Kommission ergibt, nicht nur die Konkurrenten von Tetra auf den Kartonmärkten berücksichtigt hat, sondern auch die Konkurrenten, die „auch auf den PET-Märkten tätig sind". Es hat sich damit auf Wirtschaftsteilnehmer bezogen, die aus einer Erhöhung der Kartonpreise auch auf den PET-Märkten hätten Nutzen ziehen und auf jeden Fall aufgrund der gleichzeitigen Präsenz auf den Märkten der beiden Verpackungsmaterialien einen höheren Wettbewerbsdruck hätten ausüben können, zumal wenn man bedenkt, dass sie „im Gegensatz zu der neuen Einheit keinen Beschränkungen in Bezug auf gemeinsame Angebote von Karton und SBM-Maschinen unterliegen würde[n]" [128].

163. Schließlich halte ich — immer noch in Zusammenhang mit den Wirkungen der Verringerung des mittelbaren Wettbewerbs von PET auf die Kartonpreise — auch die Rüge der Kommission nicht für stichhaltig, mit der sie dem Gericht vorwirft, nicht erwogen zu haben, dass Tetra nach dem Erwerb des wichtigsten PET-Marktbeteiligten die Kartonpreise viel freier hätte erhöhen können, da sie gewusst habe, dass sie über Sidel große Teile ihrer deshalb zu PET übergelaufenen Kunden hätte zurückgewinnen können.

164. Wie Tetra zu Recht unterstrichen hat, kann man nämlich dem Gericht nicht vorwerfen, diesen Aspekt nicht beachtet zu haben, denn zu diesem war in der angefochtenen Entscheidung nichts ausgeführt. Jedenfalls ist zu bemerken, dass auch nach dem Erwerb von Sidel der Übergang von Tetra-Kunden von Karton zu PET mit Sicherheit für die neue Einheit wirtschaftlich nicht gleichgültig gewesen wäre. Es liegt doch auf der Hand, dass der sichere Verlust von Kunden von Tetra auf Märkten, die von dieser beherrscht wurden und auf denen sie

127 — Vgl. Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission, zitiert in Fußnote 118, Randnr. 38.

128 — Randnr. 330.

hohe Gewinnspannen erzielen konnte, nur teilweise durch die Hoffnung aufgewogen worden wäre, diese Kunden auf Märkten wiederzugewinnen, die wie die PET-Märkte in voller Entwicklung und durch lebhaften Wettbewerb gekennzeichnet waren [129].

165. Damit komme ich zu den Auswirkungen der Verringerung des mittelbaren Wettbewerbs von PET auf die Innovation und bin der Auffassung, dass die Rüge der Überbewertung der möglichen Reaktionen der Konkurrenten von Tetra mutatis mutandis aus den gleichen Gründen zurückzuweisen ist, wie sie bezüglich der ähnlichen Rüge betreffend die Auswirkungen auf die Kartonpreise dargelegt worden sind (vgl. Nrn. 161 und 162 dieser Schlussanträge).

166. Was schließlich die Rüge betrifft, mit der die Kommission dem Gericht vorwirft, die Art des Drucks des PET-Wachstums auf die Innovation nicht angemessen bedacht und zu Unrecht festgestellt zu haben, dass die neueren Innovationen von Tetra nicht auf den Druck seitens dieses Materials zurückzuführen seien, bin auch ich der Meinung, dass die Kommission in Wirklichkeit tatsächliche Fragen aufwirft, für deren Beantwortung der Gerichtshof nicht zuständig ist (vgl. Nrn. 59 bis 61 dieser Schlussanträge).

167. Im Licht der vorstehenden Erwägungen stehe ich daher auf dem Standpunkt, dass der vierte Rechtsmittelgrund zurückzuweisen ist.

Zum Rechtsmittelgrund bezüglich der Begründung einer beherrschenden Stellung von Tetra bei SBM-Maschinen

168. Mit ihrem letzten Rechtsmittelgrund beanstandet die Kommission die Schlussfolgerung des Gerichts, dass „in der angefochtenen Entscheidung nicht in rechtlich hinreichender Weise dargetan worden [ist], dass sich die durch den Zusammenschluss entstehende Einheit bis 2005 eine beherrschende Stellung auf den Märkten für [SBM-] Maschinen mit geringer und mit hoher Kapazität verschaffen könnte, so dass die Voraussetzungen von Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung in Bezug auf diese Märkte erfüllt wären“ [130].

169. Im Folgenden werde ich kurz die zusammengefassten Rügen der Kommission prüfen, die angebliche Fehler des Gerichts

129 — Natürlich hätten die Dinge (zumindest teilweise) anders ausgesehen, wenn es der neuen Einheit gelungen wäre, die Stellung von Tetra als Hebel einzusetzen, um ihre Kunden, die zu PET übergehen wollten, auf Sidel umzupolen und damit eine beherrschende Stellung in allen oder einigen PET-Märkten zu erlangen. Da indessen die dies betreffenden Beurteilungen der Kommission vom Gericht zu Fall gebracht worden sind, kann dieses Szenario keine Berücksichtigung finden.

130 — Randnr. 307.

bezüglich der beiden Märkte für SBM-Maschinen (mit geringer und mit hoher Kapazität) betreffen, um dann zu untersuchen, ob die Fehler, die tatsächlich gefunden wurden, die Schlussfolgerung des Gerichts entwerten könnten.

a) Die Rügen der Kommission

170. Die Kommission beginnt mit den Rügen bezüglich des Marktes für SBM-Maschinen mit geringer Kapazität und wirft dem Gericht insbesondere vor, sich auf den Marktanteil von Sidel im Zeitraum 1998 bis 2000 (unter 40 %) bezogen zu haben, ohne zu bemerken, dass dieser Anteil 2001 ausweislich der Entscheidung auf zwischen 40 % und 50 % angestiegen gewesen sei [131].

171. Ich glaube indessen, dass das Gericht, wie auch Tetra unterstreicht, berechtigterweise den Zeitraum 1998 bis 2000 zugrunde legen konnte, da dies der zeitliche Rahmen war, auf den sich die Kommission im Wesentlichen bezogen hatte. In der von der Kommission zitierten Begründungserwägung der Entscheidung (wie übrigens auch in einer vom Gericht angeführten früheren Begründungserwägung) [132] waren nämlich die Marktanteile von Sidel, Tetra und ihrer größten Konkurrenten im Zeitraum „1998-2000" angegeben, während die Anteile von Sidel und Tetra im Jahr 2001 nur in einer Fußnote angeführt waren (wo ihnen allerdings nicht die ihrer wichtigsten Konkurrenten im selben Zeitraum gegenübergestellt waren).

172. Ebenfalls unbegründet scheint mir die folgende Rüge zu sein, mit der die Kommission dem Gericht vorwirft, es habe bekräftigt, dass „nach dem Ausstieg [von Tetra] aus diesem Markt [für SBM-Maschinen mit geringer Kapazität] die Stellung der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit im Wesentlichen der bisherigen Stellung von Sidel entsprechen wird" [133], ohne die unmittelbare Verstärkung der Stellung von Sidel aufgrund einer Reihe von in der Entscheidung genannten Faktoren zu berücksichtigen (Finanz- und Geschäftskraft von Tetra, ihr Ruf bei der keimfreien Verpackung, ihr Vorteil als „Vorreiter" bei Kunden, die von Karton zu PET übergehen wollten, und ihre beherrschende Stellung bei Karton) [134].

131 — Die Kommission scheint sich auf Randnr. 272 des angefochtenen Urteils zu beziehen, wo es heißt, dass „die Kommission in der angefochtenen Entscheidung ein [raumt], dass Sidel auf dem Markt für SBM-Maschinen mit geringer Kapazität einen ‚Marktanteil von [30 % bis 40 %], gemessen an der Kapazität und der Zahl der im EWR im Jahr 2000 verkauften Einheiten', habe (233. Begründungserwägung)". Um den Fehler des Gerichts zu belegen, verweist die Kommission indessen auf die 266. Begründungserwägung der Entscheidung. Da aus Gründen der Geheimhaltung in deren im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlichten Fassung kein genauer Anteil, sondern nur eine Marge angegeben ist, dürfte es angemessen sein, in diesen Schlussanträgen dem gleichen Kriterium zu folgen.

132 — Vgl. die vorstehende Fußnote.

133 — Randnr. 280 des angefochtenen Urteils.

134 — Die Kommission verweist insoweit auf die 376. bis 387. Begründungserwägung der Entscheidung.

173. Ich stimme nämlich mit Tetra darin überein, dass diese Faktoren allgemein in der Entscheidung (die allerdings die von diesem Unternehmen angebotenen Verpflichtungen nicht berücksichtigte) aufgeführt waren, um die Marktführerschaft und die globale Stärke der neuen Einheit zu belegen, die sich auch aufgrund ihrer Präsenz auf allen maßgebenden Märkten ergab, und nicht, um eine besondere und sofortige Verstärkung der Stellung von Sidel auf dem Markt für SBM-Maschinen mit geringer Kapazität herauszustellen. Demgemäß bin ich der Auffassung, dass das Gericht zu Recht feststellen konnte, dass nach Tetras Ausscheiden aus diesem Markt die Stellung der neuen Einheit gegenüber der von Sidel im Wesentlichen unverändert geblieben wäre.

174. Ich glaube schließlich auch der Rüge nicht folgen zu können, die der Feststellung des Gerichts gilt, dass die angefochtene Entscheidung „keine ausreichende Analyse der gegenwärtigen und künftigen Nutzung von SBM-Maschinen mit geringer Kapazität [enthält]“ [135].

175. Mit dieser Rüge wirft die Kommission dem Gericht insbesondere vor, seine Entscheidung auf zwei unerhebliche Aspekte gestützt zu haben: zum einen auf die Bedeutung der SBM-Maschinen mit geringer Kapazität für die Verpackung nichtempfindlicher Produkte, was unerheblich sei, wenn man der von ihr vorgeschlagenen Segmentierung der Märkte für SBM-Maschinen folge; zum anderen auf den Anteil der Kunden, die sich für SBM-Maschinen mit geringer oder hoher Kapazität für die Verpackung empfindlicher Produkte entschieden hätten [136], der ebenfalls unerheblich sei, um die Fähigkeit von Tetra zu beurteilen, ihre beherrschende Stellung bei Karton auszunützen, um eine solche Stellung auch auf dem Markt der SBM-Maschinen mit niedriger Kapazität zu erlangen.

176. Mit Bezug auf den ersten Aspekt ist jedoch ohne weiteres festzustellen, dass die Beurteilung der Kommission bezüglich der Ermittlung besonderer Märkte für SBM-Maschinen für die Verpackung empfindlicher Produkte keine Zustimmung gefunden hat (vgl. Nr. 145 dieser Schlussanträge). Zum zweiten Aspekt weise ich darauf hin, dass es gar nicht offensichtlich ist, dass die Entscheidungen der Kunden, die empfindliche Produkte in PET verpacken wollten, für die Einschätzung der Marktentwicklung der SBM-Maschinen mit geringer Kapazität und der Möglichkeit der neuen Einheit, sich eine beherrschende Stellung zu schaffen, unerheblich gewesen sind. Ganz allgemein sehe ich sodann nicht, inwiefern dem

135 — Randnr. 280.

136 — Hierzu verweist die Kommission insbesondere auf die Äußerung des Gerichts, dass „es sich bei einem erheblichen Teil der zur Verpackung empfindlicher Produkte verwendeten SBM-Maschinen höchstwahrscheinlich um Maschinen mit geringer Kapazität handeln wird“ (Randnr. 279 des Urteils).

Gericht vorzuwerfen sein soll, dass es nachgeprüft hat, ob die Beurteilung der Kommission bezüglich der Erlangung einer solchen Stellung auf einer genauen und vertieften Untersuchung der Dynamik des relevanten Marktes beruhte.

177. Ich komme damit zu den Rügen betreffend den Markt für SBM-Maschinen mit hoher Kapazität. Hier möchte ich gleich sagen, dass die Rüge, mit der die Kommission dem Gericht vorwirft, die unmittelbare Verstärkung der Stellung von Sidel aufgrund der in Nummer 172 aufgeführten Faktoren nicht berücksichtigt zu haben, mutatis mutandis aus eben den Gründen, wie sie in Nummer 173 angeführt wurden, zurückzuweisen ist [137].

178. Zum Teil begründet scheint mir indessen die Rüge zu sein, die sich gegen die Äußerung des Gerichts richtet, dass „der Vorteil des ‚Vorreiters' [den Tetra bei den Kunden gehabt hätte, die zu PET übergehen wollten] im vorliegenden Fall überschätzt [wird]" [138].

179. Ich bin nämlich der Meinung, dass die Kommission, soweit es die Verpackung flüssiger Molkereierzeugnisse betrifft, mit Recht geltend macht, dass die Beurteilung des Gerichts durch die Fehler entwertet wird, die es in Zusammenhang mit seinen Vorhersagen zum PET-Wachstum (vgl. Nr. 103 dieser Schlussanträge) und insbesondere mit den Beziehungen zwischen diesem Material und HDPE (vgl. Nr. 98 dieser Schlussanträge) begangen hat. Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich nämlich, dass bezüglich der Verpackung der betreffenden Produkte für das Gericht der Vorteil des „Vorreiters" „im Wesentlichen deshalb" „überschätzt" wird, weil 1. „[d]as voraussichtliche Wachstum bei der Verwendung von PET durch die bestehenden Kunden [von Tetra] auf den Märkten für keimfreien Karton ... nicht sehr groß [ist]" [139] und weil 2. „[s]peziell in Bezug auf Frischmilch ... in der angefochtenen Entscheidung das Verhältnis zwischen HDPE und PET nicht angemessen erläutert [wird]" [140].

180. Ich bin indessen nicht der Meinung, dass der Rüge der Kommission insoweit stattgegeben werden sollte, als sie die Beurteilung des Vorteils des „Vorreiters" bei den Kunden, die zu PET übergehen wollen, kritisiert und hierbei dem Gericht insbesondere vorwirft, dass es 1. nicht berücksichtigt habe, dass nur selten Kunden, die ihre Getränke in Glas verpacken, ausschließlich dieses Material verwenden, und dass es 2. die Tatsachen verdreht habe, als es festgestellt

137 — Insoweit verweist die Kommission insbesondere auf die Äußerung des Gerichts, wonach „[Tetra] in Bezug auf diesen Markt keinen Beitrag zu der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit leisten [wurde]" (Randnr. 284 des Urteils).

138 — Randnr. 288.

139 — Randnr. 288.

140 — Randnr. 289. Zum Verhältnis zwischen HDPE und PET stellt das Gericht insbesondere fest, dass „es zumindest ebenso wahrscheinlich [ist], dass die bestehenden Kunden [von Tetra], die mit einem Teil ihrer Frischmilchproduktion zu Kunststoff wechseln mochten, HDPE statt PET wählen" (ebenda).

habe, dass bei diesen Kunden die Konkurrenten von Tetra, die wie SIG, Krones und KHS „alle auf den Märkten für Glas- und PET-Verpackungen tätig seien", „einen erheblichen Vorteil als ‚Vorreiter'" erlangen könnten [141].

181. Mit Tetra bin ich nämlich der Ansicht, dass dieses Vorbringen der Kommission zurückzuweisen ist, weil es sich auf Gesichtspunkte stützt, die nicht in der angefochtenen Entscheidung zu finden sind (vgl. Nr. 106 dieser Schlussanträge) [142], und ohnehin, insbesondere soweit es Punkt 2 betrifft, tatsächliche Fragen berührt, für die der Gerichtshof nicht zuständig ist (vgl. Nrn. 59 bis 61 dieser Schlussanträge).

182. Unbegründet erscheint mir sodann die Rüge, mit der die Kommission dem Gericht vorwirft, es habe zum einen festgestellt, dass „in der angefochtenen Entscheidung eingehender [hätte] geprüft werden müssen, inwieweit dieser Wettbewerb der möglichen Ausübung einer Hebelwirkung seitens der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit Widerstand bieten könnte" [143], und zum anderen ausgeführt, dass „die Kommission folglich einen Fehler begangen [hat], indem sie die Bedeutung der gegenwärtigen Stellung von SIG auf dem Markt für Maschinen mit hoher Kapazität unterschätzte und die Stellung der übrigen Hauptkonkurrenten der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit, insbesondere von SIPA und Krones, herunterspielte" [144].

183. Ich bin nämlich im Gegensatz zur Kommission nicht der Meinung, dass das Gericht den Inhalt der Entscheidung verfälscht hat (insbesondere indem es festgestellt hat, dass diese keine Untersuchung der Stellung von Sidel auf den Märkten für SBM-Maschinen gegenüber ihren Konkurrenten enthalte) [145] oder nachdem es den Standpunkt der Kommission durch seinen eigenen ersetzt hat.

184. Das Gericht hat vielmehr schlicht festgestellt, dass sich die Kommission wegen der erheblichen und unbestrittenen Zunahme der Marktanteile dieser drei Konkurrenten von Sidel (SIG, SIPA und Krones) in den letzten Jahren und angesichts der eingehenden Ausführungen von Tetra im Verwaltungsverfahren nicht mit den allgemeinen Ausführungen, wie sie die Entscheidung enthalte, hätte begnügen dürfen, sondern die Wettbewerbskraft und die Reaktionsfä-

141 — Randnr. 290.

142 — Lediglich in Bezug auf Punkt 1 versucht die Kommission, eine Stütze für ihr Vorbringen in der Entscheidung zu finden (14. und 335. Begründungserwägung). Statt jedoch irgendwie zu belegen, dass dort festgehalten ist, dass nur selten Kunden, die ihre Getränke in Glas verpacken, ausschließlich dieses Material verwenden, zitiert die Kommission Passagen, in denen allgemein behauptet wird, dass „Getränkehersteller ... zunehmend eine Mischung verschiedener Materialien zur Verpackung ihrer Produkte [verwenden]", und als einziges Beispiel Coca Cola angeführt wird, das „in Glas-, PET-Flaschen und Aluminiumdosen auf den Markt [kommt]" (14. Begründungserwägung).

143 — Randnr. 294.

144 — Randnr. 297.

145 — Die Kommission verweist insoweit insbesondere auf die 232. bis 248., 293. bis 300., 303. bis 310. und 369. bis 387. Begründungserwägung der Entscheidung.

higkeit dieser drei Unternehmen hätte prüfen müssen. Es hat nämlich festgehalten, dass die Entscheidung lediglich zu SIG einige besondere Beurteilungen enthalte (was für mich in der Sache nicht bestritten werden kann), und ohnehin festgestellt, dass diese Beurteilungen keine angemessene Antwort auf die genauen und sachbezogenen Äußerungen von Tetra seien [146]. Unter diesem Blickwinkel ist daher die Äußerung zu sehen, dass in der Entscheidung die Stellung dieser drei Unternehmen „unterschätzt" oder „heruntergespielt" worden sei, d. h., dass die Kommission der Prüfung dieser Stellung nicht die Aufmerksamkeit gewidmet habe, die angesichts der gegebenen Umstände erforderlich gewesen wäre.

185. Ich füge noch hinzu, dass diese Rüge, soweit sie dem Gericht eine Verfälschung der Tatsachen bei der Ermittlung einiger Vorteile vorwirft, die die drei Konkurrenten von Sidel angeblich hatten, tatsächliche Fragen aufwirft, für die der Gerichtshof nicht zuständig ist (vgl. Nrn. 59 bis 61 dieser Schlussanträge).

186. Begründet erscheint mir hingegen die letzte Rüge, die sich auf die Möglichkeit der Verarbeiter bezieht, der „Hebelwirkung" zu widerstehen, und mit der die Kommission dem Gericht vorwirft, es habe seine Feststellungen nicht angemessen begründet, sei auf die von ihr in der Entscheidung dargelegten Argumente nicht eingegangen und habe zu Unrecht den Standpunkt des Organs durch seinen eigenen ersetzt.

187. Ich stimme nämlich mit der Kommission darin überein, dass das Gericht nicht angemessen erklärt hat, welche Versehen, Untersuchungslücken oder Denkfehler es gewesen sein sollen, die nach seinem Urteil die Schlussfolgerung der Kommission entwerteten, wonach die „Verarbeiter" „bis zu einem gewissen Grad von Sidel abhängig sind" und weiterhin „von dem fusionierten Unternehmen ... abhängig sein würden" [147]. Ohne die ausführliche Analyse der Kommission zur Untermauerung dieser Schlussfolgerung [148] zu würdigen, hat sich das Gericht nämlich damit begnügt, festzustellen, dass 1. „[a]ngesichts des auch auf dem Markt für SBM-Maschinen mit hoher Kapazität herrschenden Wettbewerbs ... die Annahme, dass die Verarbeiter von Sidel abhängig seien, ... nicht überzeugend [ist]", und dass 2., „[s]ollten die von der neuen Einheit angebotenen Verkaufsbedingungen weniger attraktiv werden, ... die Verarbeiter immer noch die Möglichkeit [hätten], solche Maschinen bei den derzeitigen Konkurrenten von Sidel zu kaufen" [149].

146 — Vgl. insbesondere die Äußerungen in Randnr. 295 des angefochtenen Urteils.

147 — 310. Begründungserwägung.

148 — Vgl. 303. bis 310. Begründungserwägung der Entscheidung.

149 — Randnr. 305 des Urteils. Für unsere Zwecke scheint die weitere Feststellung keine besondere Bedeutung zu haben, wonach „SIG und Elopak [den Verarbeitern] auch Kartonanlagen anbieten konnten, falls [deren] Kunden ... eine gemeinsame Lieferung von PET- und Kartonverpackungsanlagen wünschen", da die Kommission in keiner Weise die Abhängigkeit der „Verarbeiter" von Sidel und der neuen Einheit von der Notwendigkeit einer gemeinsamen Lieferung von PET- und Kartonverpackungsanlagen abhängig gemacht hatte.

188. Das Gericht hat daher, wie dies wohl zu verstehen ist, die Annahme der Kommission, dass die Verarbeiter von Sidel abhängig seien, allein deshalb als „nicht überzeugend" eingestuft, weil diese SBM-Maschinen bei Konkurrenten dieses Unternehmens hätten kaufen können. Damit hat das Gericht aber nicht bedacht, dass die Kommission zwar selbst eingeräumt hatte, dass die Verarbeiter „für den Kauf neuer Maschinen und den Entwurf und die Erprobung von Vorformlingen zu anderen Anbietern von SBM-Maschinen wechseln [können]", aber doch — im Licht ihrer Marktuntersuchung — bei dem Standpunkt geblieben war, dass „aufgrund der Kosten dieses Umstiegs und des notwendigen Weiterbetriebs der bereits gekauften Sidel-Maschinen der derzeitige Grad der Abhängigkeit von Sidel noch länger erhalten bleiben [wird]" [150].

189. Es scheint mir daher offenkundig, dass das Gericht zwar gegebenenfalls Versehen, Untersuchungslücken oder Denkfehler der Argumentation der Kommission aufdecken durfte, nicht aber deren Schlussfolgerung ablehnen konnte, ohne eine angemessene Begründung dafür zu geben. Im Übrigen ist es so, dass die Argumente von Tetra zur Rechtfertigung des Standpunktes des Gerichts betreffend die Möglichkeit einer Reaktion der Verarbeiter ganz unabhängig davon, ob sie begründet sind, den Begründungsmangel, den das angefochtene Urteil aufweist, nicht zu heilen vermögen.

b) Die Auswirkung der Fehler in den Schlussfolgerungen des Gerichts

190. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen sind meines Erachtens im Ergebnis folgende Rügen als begründet anzusehen: 1. die Rüge in Bezug auf den Vorteil des „Vorreiters" bei der Verpackung flüssiger Molkereierzeugnisse (vgl. Nrn. 178 und 179 dieser Schlussanträge) und 2. die Rüge, die sich auf die Möglichkeit der Verarbeiter bezieht, der „Hebelwirkung" zu widerstehen (vgl. Nr. 186 dieser Schlussanträge).

191. Ich bin allerdings der Auffasssung, dass die mit diesen Rügen aufgedeckten Fehler des Gerichts nicht geeignet sind, dessen Schlussfolgerung zu beeinträchtigen, dass „in der angefochtenen Entscheidung nicht in rechtlich hinreichender Weise dargetan worden [ist], dass sich die durch den Zusammenschluss entstehende Einheit bis 2005 eine beherrschende Stellung auf den Märkten für [SBM-]Maschinen mit geringer und mit hoher Kapazität verschaffen könnte, so dass die Voraussetzungen von Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung in Bezug auf diese Märkte erfüllt wären" [151].

150 — 310. Begründungserwägung der Entscheidung.

151 — Randnr. 307.

192. Diese Feststellung scheint mir in der Tat wegen der zahlreichen Fehler der Entscheidung ohne weiteres gerechtfertigt, die insofern vom Gericht aufgrund von Beurteilungen festgestellt worden sind, die im Rahmen der vorliegenden Rechtssache entweder gar nicht oder aber mit Rügen beanstandet worden sind, die sich als unbegründet erwiesen haben. Ohne dass es notwendig wäre, sich hierüber zu verbreiten und eine lange Liste der fraglichen Fehler aufzustellen, kann ich mich auf den Hinweis beschränken, dass neben den Fehlern, die mit Feststellungen aufgezeigt wurden, die im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens erfolglos beanstandet worden sind, die folgenden Fehler festzuhalten sind: 1. fehlende Berücksichtigung der Rechtswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen und der von Tetra angebotenen Verhaltensverpflichtungen als möglicher negativer Anreiz gegenüber der „Hebelwirkung" (Fehler aufgrund von Feststellungen, die im Rahmen des zweiten Rechtsmittelgrundes erfolglos angegriffen worden sind) und 2. Ermittlung besonderer Märkte für SBM-Maschinen für die Verpackung empfindlicher Produkte (Fehler aufgrund von Feststellungen, die im Rahmen des dritten Rechtsmittelgrundes erfolglos angegriffen worden sind).

193. Diesen Ausführungen ist mithin zu entnehmen, dass die in Nummer 190 dieser Schlussanträge festgehaltene Bestätigung der beiden Rügen für sich genommen nicht die Schlussfolgerung beeinträchtigen kann, zu der das Gericht bezüglich der Begründung einer beherrschenden Stellung auf den Märkten für SBM-Maschinen mit niedriger und hoher Kapazität gelangt ist.

Abschließende Erwägungen zur Begründetheit des Rechtsmittels

194. Im Licht all dieser Erwägungen muss deshalb festgehalten werden, dass sich zwar verschiedene Rügen der Kommission als begründet erwiesen haben, sie insgesamt aber nicht ausreichen, um die Schlussfolgerungen zu erschüttern, zu denen das Gericht bezüglich der Verstärkung der beherrschenden Stellung von Tetra auf den Kartonmärkten und der Begründung einer beherrschenden Stellung auf den Märkten für SBM-Maschinen mit niedriger oder hoher Kapazität gelangt ist.

195. Bei dieser Sachlage muss ich darauf hinweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung „ein Rechtsmittel zurückzuweisen ist, wenn zwar die Gründe eines Urteils des Gerichts eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts erkennen lassen, die Urteilsformel sich aber aus anderen Rechtsgründen als richtig darstellt" [152].

152 — Urteil des Gerichtshofes vom 10. Dezember 2002 in der Rechtssache C-312/00 P (Kommission/Camar und Tico, Slg. 2002, I-11355, Randnr. 57). In gleichem Sinne vgl. auch Urteile des Gerichtshofes vom 9. Juni 1992 in der Rechtssache C-30/91 P (Lestelle/Kommission, Slg. 1992, I-3755, Randnr. 28), vom 15. Dezember 1994 in der Rechtssache C-320/92 P (Finsider/Kommission, Slg. 1994, I-5697, Randnr. 37) und vom 13. Juli 2000 in der Rechtssache C-210/98 P (Salzgitter/Kommission, Slg. 2000, I-5843, Randnr. 58).

196. Da sich der Tenor des angefochtenen Urteils, mit dem die Entscheidung für nichtig erklärt wurde, wegen der zahlreichen Rechtsgründe, die die Feststellungen des Gerichts bezüglich der Verstärkung der beherrschenden Stellung von Tetra auf den Kartonmärkten und der Begründung einer beherrschenden Stellung auf den Märkten für SBM-Maschinen mit niedriger oder hoher Kapazität tragen, daher mit Gewissheit als richtig darstellt, bin ich der Auffassung, dass das Rechtsmittel der Kommission zurückzuweisen ist.

Kosten

197. Gemäß Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung sind angesichts der Anträge auf Zurückweisung des Rechtsmittels der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

IV — Ergebnis

198. Demgemäß schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

— das Rechtsmittel wird zurückgewiesen;

— die Kommission trägt die Kosten.