Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Sechste Kammer)

16. Mai 2018*

„Wettbewerb – Zusammenschlüsse – Luftverkehrsmarkt – Beschluss, mit dem der Zusammenschluss vorbehaltlich der Einhaltung bestimmter Verpflichtungszusagen für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt wird – Antrag auf teilweise Befreiung von den eingegangenen Verpflichtungen – Verhältnismäßigkeit – Berechtigtes Vertrauen – Grundsatz der guten Verwaltung – Ermessensmissbrauch“

In der Rechtssache T-712/16

Deutsche Lufthansa AG mit Sitz in Köln (Deutschland), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt S. Völcker,

Klägerin,

gegen

Europäische Kommission, vertreten durch A. Biolan, H. Leupold und I. Zaloguin als Bevollmächtigte,

Beklagte,

betreffend eine Klage gemäß Art. 263 AEUV auf Nichtigerklärung des Beschlusses C(2016) 4964 final der Kommission vom 25. Juli 2016, mit dem der Antrag der Klägerin auf Befreiung von bestimmten Verpflichtungszusagen, die mit der Entscheidung der Kommission vom 4. Juli 2005 über die Genehmigung des Zusammenschlusses in der Sache COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss für verbindlich erklärt wurden, abgelehnt wurde,

erlässt

DAS GERICHT (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten G. Berardis, des Richters S. Papasavvas (Berichterstatter) und der Richterin O. Spineanu-Matei,

Kanzler: C. Heeren, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 14. September 2017

folgendes

* Verfahrenssprache: Englisch.

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Die Klägerin, die Deutsche Lufthansa AG (im Folgenden: Lufthansa oder Klägerin), ist die größte deutsche Fluggesellschaft. Sie ist Gründungsmitglied der Star Alliance, der größten Luftfahrtallianz der Welt.

2 Über ihre Beteiligung an der Star Alliance hinaus schloss Lufthansa mit Scandinavian Airlines System (im Folgenden: SAS) am 11. Mai 1995 eine bilaterale Allianzvereinbarung (im Folgenden: bilaterale Allianzvereinbarung) und am 1. Juli 1995 eine Code-Sharing-Vereinbarung, eine Vertriebs- und Verkaufsvereinbarung sowie eine bilaterale Joint-Venture-Vereinbarung (im Folgenden: Joint-Venture-Vereinbarung).

3 Desgleichen schloss Lufthansa über ihre Beteiligung an der Star Alliance hinaus mit der Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. (im Folgenden: LOT) am 1. Juni 2002 eine Vereinbarung über wechselseitiges Code-Sharing, am 25. August 2003 eine spezielle Pro-rata-Vereinbarung, am 26. September 2003 eine strategische Kooperationsvereinbarung, am 15. Juni 2004 eine Rahmenvereinbarung über ein Anreizprogramm und am 1. Oktober 2003 eine „Miles & More“-Kooperationsvereinbarung.

Entscheidung über die Genehmigung des Zusammenschlusses von Lufthansa und der Swiss International Air Lines Ltd

4 Mit Entscheidung vom 4. Juli 2005 (Sache COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss, im Folgenden: Entscheidung von 2005), die auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“) (ABl. 2004, L 24, S. 1) erging, erklärte die Kommission der Europäischen Gemeinschaften den Zusammenschluss, mit dem Lufthansa die Fluggesellschaft Swiss International Air Lines Ltd (im Folgenden: Swiss) übernahm, unter bestimmten Bedingungen und Auflagen für mit dem Binnenmarkt, dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr vereinbar.

5 Im Rahmen ihrer Prüfung des Zusammenschlusses untersuchte die Kommission zum einen die Überschneidungen zwischen den von den beiden Fluggesellschaften betriebenen Verbindungen. Zum anderen prüfte sie, inwieweit die Übernahme von Swiss durch Lufthansa auch den tatsächlichen Wettbewerb zwischen Swiss und anderen Fluggesellschaften beseitigen würde, die nicht zum Lufthansa-Konzern gehörten, aber Star-Alliance-Partner waren und zudem durch eine Reihe von bilateralen oder multilateralen Vereinbarungen verbunden waren, nämlich SAS, LOT, Austrian Airlines, British Midland Limited (im Folgenden: bmi), United Airlines und Air Canada.

6 In Anbetracht der verschiedenen oben in den Rn. 2 und 3 genannten Kooperationsvereinbarungen und des zu erwartenden Eintritts von Swiss in die Star Alliance gelangte die Kommission zu dem Ergebnis, dass SAS und LOT wenig Interesse daran hatten, nach dem Zusammenschluss mit Swiss zu konkurrieren.

7 Daher fügte die Kommission bei ihrer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Zusammenschlusses die Marktanteile von SAS und LOT denjenigen von Lufthansa hinzu, was zu zwei Überschneidungen auf den Linien Zürich–Stockholm (im Folgenden: ZRH-STO) und Zürich–Warschau (im Folgenden: ZRH-WAW) führte. Da nur Swiss und zwei Star-Alliance-Partner – SAS auf der Linie ZRH-STO sowie LOT auf der Linie ZRH-WAW – diese Linien bedienten und die Flughäfen Zürich (Schweiz)

und Stockholm (Schweden) bereits voll ausgelastet waren, befand die Kommission, dass für diese beiden Linien ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt bestünden.

8 Um diese ernsthaften Bedenken auszuräumen, boten Lufthansa und Swiss (im Folgenden zusammen: Parteien) am 13. Juni 2005 an, namentlich für die Linien ZRH-STO und ZRH-WAW bestimmte Verpflichtungen in Bezug auf Zeitnischen einzugehen.

9 Nachdem die interessierten Dritten Stellung genommen hatten, ergänzten die Parteien ihre auf Zeitnischen bezogenen Verpflichtungszusagen am 27. Juni 2005 um Tarifverpflichtungen in Klausel 11.1 dieser Zusagen, die dahin gehen, dass die Fusionseinheit jedes Mal, wenn sie einen veröffentlichten Tarif auf einer vergleichbaren Referenzlinie verringert, eine (in Prozent) gleichwertige Verringerung auf die entsprechenden Tarife der Linien ZRH-STO und ZRH-WAW vornimmt. In dieser Klausel heißt es weiter, dass diese Verpflichtung endet, sobald ein neuer Anbieter von Luftverkehrsdiensten den Flugbetrieb auf den genannten Linien aufnimmt.

10 Die von den Parteien angebotenen Verpflichtungen (im Folgenden: Verpflichtungszusagen) sehen die Bestellung eines Beauftragten vor, der die Aufgabe hat, unter der Aufsicht der Kommission die Einhaltung der Verpflichtungszusagen durch die Parteien zu kontrollieren (im Folgenden: Beauftragter).

11 Des Weiteren enthalten die Verpflichtungszusagen die Überprüfungsklauseln 15.1 und 15.2 (im Folgenden: Überprüfungsklausel 15.1 bzw. Überprüfungsklausel 15.2), die wie folgt lauten:

„15.1 Die Kommission kann auf Antrag der Fusionseinheit, der durch außergewöhnliche Umstände oder eine grundlegende Veränderung der Marktbedingungen wie den Betrieb einer wettbewerbsfähigen Flugverbindung auf einer ausgewiesenen europäischen Strecke oder Langstrecke begründet ist, eine oder mehrere der vorliegenden Verpflichtungszusagen aufheben, abändern oder ersetzen.

15.2 Auf Antrag der Fusionseinheit kann die Kommission aufgrund einer langfristigen Marktveränderung alle im vorliegenden Dokument angebotenen Verpflichtungszusagen überprüfen, aufheben oder abändern. Insbesondere hebt die Kommission die Verpflichtung, Zeitnischen zur Verfügung zu stellen, auf, sofern sie feststellt, dass sich die Vertragsbeziehungen, auf denen ihr Befund einer Verringerung der Anreize für den Wettbewerb zwischen der durch die Entscheidung [von 2005] fusionierten Einheit und den betroffenen Fluggesellschaften der Lufthansa-Allianz beruht, so wesentlich verändert haben, dass die von der Kommission angeführten Bedenken ausgeräumt sind.“

Angefochtener Beschluss

12 Am 4. November 2013 stellten die Parteien bei der Kommission einen Antrag auf Befreiung von den tariflichen Verpflichtungszusagen und, wenn möglich, von den Verpflichtungszusagen in Bezug auf Zeitnischen sowie von weiteren, auf den Zugang zu den Linien ZRH-STO und ZRH-WAW bezogenen Abhilfemaßnahmen. Die vorliegende Klage betrifft nur den Antrag auf Befreiung von den für die Linien ZRH-STO und ZRH-WAW geltenden tariflichen Verpflichtungszusagen (im Folgenden: Befreiungsantrag).

13 Der Befreiungsantrag wurde auf drei Gründe gestützt, nämlich erstens die Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung, zweitens die veränderte Politik der Kommission in Bezug auf die Behandlung der Allianzpartner bei der Prüfung von Zusammenschlüssen sowie die von der Kommission in dieser Hinsicht vorgenommene Beurteilung in ihrer Entscheidung K(2009) 4608 endgültig vom 22. Juni 2009 zur Erklärung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem

Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen (Sache COMP/M.5335 – Lufthansa/SN Airholding, im Folgenden: Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines) und drittens das Bestehen eines Wettbewerbs zwischen Swiss auf der einen und SAS sowie LOT auf der anderen Seite.

14 Lufthansa antwortete am 14. Februar 2014 auf Fragen der Kommission vom 22. November 2013 und am 27. April 2014 auf weitere Fragen vom 26. Februar 2014.

15 Bei einem Treffen, das am 12. September 2014 stattfand, schlug Lufthansa vor, die bilaterale Allianzvereinbarung aufzulösen, wenn dies es der Kommission ermögliche, dem Befreiungsantrag in Bezug auf die Linie ZRH-STO stattzugeben. Am 16. Oktober 2014 ergänzte Lufthansa ihren Befreiungsantrag um weitere Ausführungen. Am 26. Januar 2015 beantwortete sie eine von der Kommission per E-Mail gestellte Frage, und am 18. Mai 2015 informierte sie die Kommission über eine geplante Änderung ihrer Tarifstruktur.

16 Am 5. März 2015 teilte die Kommission Lufthansa mit, dass ihr die beantragte Befreiung gewährt werden könne, wenn sie bestimmte Änderungen an den Code-Sharing-Vereinbarungen mit SAS und LOT vornehme. Lufthansa antwortete mit E-Mail vom 28. April 2015, dass sie nicht die Absicht habe, derartige Änderungen vorzunehmen.

17 Am 29. Juni 2015 antwortete Lufthansa auf Fragen der Kommission vom 22. Mai 2015.

18 Am 22. Oktober 2015 gab die Kommission den Parteien ihre Absicht bekannt, den Befreiungsantrag abzulehnen. Hierzu nahmen die Parteien am 20. und am 24. November 2015 Stellung.

19 Der Beauftragte übermittelte am 27. Juni 2014 und am 3. Mai 2016 Stellungnahmen zum Befreiungsantrag von Lufthansa.

20 Mit dem Beschluss C(2016) 4964 final vom 25. Juli 2016 (im Folgenden: angefochtener Beschluss) lehnte die Kommission den Antrag von Lufthansa auf Befreiung von bestimmten Verpflichtungszusagen, die mit der Entscheidung von 2005 für verbindlich erklärt worden waren, ab.

21 Soweit der Befreiungsantrag der Parteien auf den zweiten Satz der Überprüfungsklausel 15.2 gestützt und mit einer Änderung der von Lufthansa abgeschlossenen Kooperationsvereinbarungen begründet wurde, war die Kommission der Auffassung, dass die Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung zwischen Lufthansa und SAS bezüglich des Flugverkehrs zwischen Deutschland und Skandinavien nicht ausreiche, um die in der Entscheidung von 2005 dargelegten Probleme hinsichtlich der Linie ZRH-STO zu beseitigen. Zudem könne bereits das fehlende Auftreten eines neuen Luftverkehrsunternehmens für sich genommen als Rechtfertigung für die Aufrechterhaltung der tariflichen Verpflichtungszusagen angesehen werden (Rn. 68 des angefochtenen Beschlusses). Sollten die Parteien tatsächlich die bilaterale Allianzvereinbarung auflösen, könne die Überprüfungsklausel 15.2 grundsätzlich – vorbehaltlich einer gesonderten Entscheidung der Kommission – zu einer Überprüfung der Verpflichtungszusagen hinsichtlich der Linie ZRH-STO führen. Allerdings sei klarzustellen, dass die Auflösung der bilateralen Allianzvereinbarung lediglich zur Anwendung der Überprüfungsklausel 15.2 führe, was für sich genommen noch nicht bedeute, dass die von den Parteien beantragte Befreiung tatsächlich zu gewähren sei (Rn. 69 des angefochtenen Beschlusses).

22 Soweit der Befreiungsantrag der Parteien auf den ersten Satz der Überprüfungsklausel 15.2 gestützt und damit begründet wurde, dass sich die Politik der Kommission in Bezug auf die Beurteilung der Rolle der Allianzpartner bei der Prüfung von Zusammenschlüssen seit der Entscheidung von 2005 geändert habe, hieß es, jeder Zusammenschluss werde anhand seiner eigenen Merkmale beurteilt (Rn. 77 des angefochtenen Beschlusses), die Kommission habe weder die Beziehungen zwischen den Allianzpartnern noch die Auswirkung dieser Beziehungen auf den Anreiz für ihre Partner, nach dem Zusammenschluss miteinander zu konkurrieren, generell von ihrer Zuständigkeit ausgeschlossen

(Rn. 79 des angefochtenen Beschlusses) und die im vorliegenden Fall angebotenen Verpflichtungszusagen erforderten eine langfristige Marktveränderung, deren Beweis die Parteien nicht erbracht hätten (Rn. 82 und 83 des angefochtenen Beschlusses).

23 Des Weiteren hob die Kommission hervor, dass selbst dann, wenn die Voraussetzungen für die Beantragung der Aufhebung der Verpflichtungszusagen auf den Linien ZRH-STO und ZRH-WAW als erfüllt anzusehen wären, die Code-Sharing-Vereinbarungen, die Swiss mit den Lufthansa-Partnern abgeschlossen habe, nämlich 2006 mit SAS und 2007 mit LOT, bei der Prüfung des Befreiungsantrags zu berücksichtigen wären (Rn. 95 und 96 des angefochtenen Beschlusses). Aufgrund ihrer möglichen Auswirkung auf den Wettbewerb auf jeder der beiden Linien seien diese Code-Sharing-Vereinbarungen für die Beurteilung des Zusammenschlusses maßgeblich, und ihr Bestehen zeige, dass das Ausmaß der Zusammenarbeit zwischen Lufthansa, SAS und LOT nicht abgenommen habe (Rn. 99 und 100 des angefochtenen Beschlusses). Es lägen daher keine hinreichenden Gründe vor, die beantragte Befreiung zu gewähren. Zum einen sei keine neue konkurrierende Fluggesellschaft in den Markt eingetreten und es habe sich weder ein sonstiger außergewöhnlicher Umstand noch eine grundlegende Veränderung der Marktbedingungen ergeben, so dass die in der Überprüfungsklausel 15.1 vorgesehenen Voraussetzungen für die Aufhebung der Verpflichtungszusagen nicht vorlägen (Rn. 108 des angefochtenen Beschlusses). Zum anderen hätten die Parteien nicht nachgewiesen, dass die in der Überprüfungsklausel 15.2 genannten Voraussetzungen für die Überprüfung, Aufhebung oder Abänderung der Verpflichtungszusagen erfüllt seien (Rn. 109 des angefochtenen Beschlusses).

24 Die Kommission stützte diese Schlussfolgerung auf fünf Gründe, die sie wie folgt darlegte:

„111. Erstens berührt die Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung mit SAS nicht die in der Entscheidung [von 2005] untersuchte vertragliche Grundlage für eine weiter gehende Zusammenarbeit und reicht daher nicht aus, um eine Überprüfung aufgrund der Überprüfungsklausel 15.2 auszulösen.

112. Zweitens würde die Wettbewerbssituation auf den beiden Linien selbst dann, wenn die Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung im vorliegenden Fall als maßgeblich erachtet würde, immer noch ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt … aufwerfen, so dass die Voraussetzungen der Überprüfungsklausel 15.2 nicht erfüllt wären. Die Linien ZRH-STO und ZRH-WAW werden nämlich nur von zwei Fluggesellschaften bedient, und diese haben Vereinbarungen über paralleles Code-Sharing von Drehkreuz zu Drehkreuz geschlossen.

113. Drittens hat sich hinsichtlich der Linie ZRH-WAW seit der Entscheidung [von 2005] keinerlei vertragliche Veränderung ergeben.

114. Viertens kann der Umstand, dass die Kommission in bestimmten jüngeren Fällen des Zusammenschlusses von Fluggesellschaften, die andere Linien und Märkte betrafen als der vorliegende Beschluss, strukturelle tarifliche Verpflichtungszusagen – im Gegensatz zu verhaltensbezogenen Verpflichtungszusagen – anerkannt hat, weder als wesentliche Veränderung des Marktes angesehen werden noch in anderer Weise die beantragte Befreiung rechtfertigen. Ebenso wenig kann der bloße Umstand, dass tarifliche Verpflichtungszusagen in bestimmten jüngeren Fällen des Zusammenschlusses von Fluggesellschaften nicht in Betracht gezogen wurden, im vorliegenden Fall die Aufhebung der tariflichen Verpflichtungszusagen rechtfertigen.

115. Fünftens stellt der angeblich veränderte Umgang der Kommission mit den Allianzpartnern keine langfristige Marktveränderung im Sinne der Überprüfungsklausel 15.2 dar.

116. Insgesamt gelangt die Kommission daher zu dem Ergebnis, dass die in den Überprüfungsklauseln 15.1 und 15.2 (erster und zweiter Satz) genannten Voraussetzungen für die beantragte Aufhebung der Verpflichtungszusagen nicht erfüllt sind. Die Aufhebung würde auch nicht die allgemeine Wirksamkeit der Verpflichtungszusagen steigern. Infolgedessen hat die Kommission entschieden, den Antrag von Lufthansa auf teilweise Aufhebung der Verpflichtungszusagen … abzulehnen."

Verfahren und Anträge der Parteien

25 Mit Klageschrift, die am 5. Oktober 2016 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben.

26 Die Klägerin beantragt,

– den angefochtenen Beschluss für nichtig zu erklären;

– der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

27 Die Kommission beantragt,

– die Klage abzuweisen;

– der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

28 Das Gericht (Sechste Kammer) hat auf Vorschlag des Berichterstatters beschlossen, das mündliche Verfahren zu eröffnen, und es hat im Rahmen prozessleitender Maßnahmen nach Art. 89 der Verfahrensordnung des Gerichts schriftliche Fragen an Lufthansa und die Kommission gerichtet. Diese haben die Fragen fristgerecht beantwortet.

29 Lufthansa und die Kommission haben in der Sitzung vom 14. September 2017 mündlich verhandelt und mündliche Fragen des Gerichts beantwortet.

Rechtliche Würdigung

30 Die Klägerin macht drei Klagegründe geltend. Der erste Klagegrund betrifft die Anwendung eines falschen rechtlichen Maßstabs bei der Prüfung des Befreiungsantrags, offensichtliche Beurteilungsfehler sowie eine Verletzung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes. Mit dem zweiten Klagegrund wird ein Verstoß gegen den Grundsatz der guten Verwaltung und mit dem dritten ein Ermessensmissbrauch gerügt.

Vorbemerkungen

31 Die Verpflichtungen, die die Parteien eingehen, um ernsthafte Bedenken bezüglich eines Zusammenschlusses auszuräumen und dessen Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt herzustellen, enthalten gewöhnlich eine Überprüfungsklausel, in der die Voraussetzungen geregelt sind, unter denen die Kommission auf Antrag der Fusionseinheit eine Fristverlängerung gewähren oder diese Verpflichtungszusagen aufheben, abändern oder ersetzen kann. Wie aus Rn. 74 der Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen (ABl. 2008, C 267, S. 1, im Folgenden: Mitteilung über Abhilfemaßnahmen) hervorgeht, ist die Aufhebung oder Abänderung von Verpflichtungszusagen besonders für Verhaltenszusagen von Bedeutung, die mitunter eine Laufzeit von mehreren Jahren haben und für die zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung über den

Zusammenschluss, mit der sie für verbindlich erklärt werden, nicht alle Entwicklungen vorhergesehen werden können. In ihrer Gegenerwiderung hat die Kommission unter Bezugnahme auf ihren Beschluss K(2011) 2981 endg. vom 3. Mai 2011 (Sache IV/M.950 – Hoffmann-La Roche/Boehringer Mannheim) überdies vorgetragen, eine Abänderung oder Aufhebung von Verpflichtungszusagen könne selbst dann erfolgen, wenn es keine Überprüfungsklausel gebe, nämlich wenn die Verpflichtungszusagen aufgrund nachfolgender außergewöhnlicher Entwicklungen obsolet oder unverhältnismäßig würden. In der Tat dienen Verpflichtungszusagen dazu, die wettbewerbsrechtlichen Probleme zu beseitigen, die in der Entscheidung über die Genehmigung des Zusammenschlusses festgestellt wurden, so dass je nach Entwicklung der Marktverhältnisse ihr Inhalt einer Änderung bedürfen oder ihre Notwendigkeit entfallen kann. Im Rahmen der vorliegenden Klage macht die Klägerin jedoch nur geltend, dass ihr die beantragte Befreiung nach den in den Verpflichtungszusagen enthaltenen Überprüfungsklauseln 15.1 und 15.2 hätte gewährt werden müssen.

32 Vor der Prüfung der verschiedenen Klagegründe und Argumente, die die Klägerin gegen den angefochtenen Beschluss vorbringt, ist zu klären, über welchen Beurteilungsspielraum die Kommission bei der Prüfung eines Antrags auf Befreiung von Verpflichtungszusagen verfügt und inwieweit ihre hierüber getroffenen Entscheidungen der Kontrolle durch das Gericht unterliegen; zudem sind bestimmte Aspekte des Verfahrens zur Prüfung eines solchen Antrags darzulegen.

33 Nach ständiger Rechtsprechung räumen die Grundregeln der Verordnung Nr. 139/2004 der Kommission ein gewisses Ermessen namentlich bei Beurteilungen wirtschaftlicher Art ein (vgl. entsprechend Urteile vom 31. März 1998, Frankreich u. a./Kommission, C-68/94 und C-30/95, EU:C:1998:148, Rn. 223, vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, Rn. 38, und vom 18. Dezember 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Kommission, C-202/06 P, EU:C:2007:814, Rn. 53).

34 Dies gilt nicht nur für die Beurteilung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt, sondern auch für die Beurteilung, ob Zusagen einzuholen sind, um die gegen ein Zusammenschlussvorhaben bestehenden ernsthaften Bedenken zu zerstreuen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 30. September 2003, ARD/Kommission, T-158/00, EU:T:2003:246, Rn. 328, und vom 4. Juli 2006, easyJet/Kommission, T-177/04, EU:T:2006:187, Rn. 128), und für die Umsetzung solcher Zusagen (vgl. in diesem Sinne und entsprechend Urteil vom 3. April 2003, Petrolessence und SG 2R/Kommission, T-342/00, EU:T:2003:97, Rn. 102 und 103).

35 Speziell zu einem Antrag auf Befreiung von Verpflichtungszusagen, die mit einer Entscheidung über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt für verbindlich erklärt wurden, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass zwar die Prüfung eines Zusammenschlusses Prognosen über zukünftige Entwicklungen erfordert, die mit zunehmender Entfernung ihres zeitlichen Horizonts immer schwieriger und unsicherer werden, aber die Prüfung eines Antrags auf Befreiung von Verpflichtungszusagen nicht unbedingt dieselben Schwierigkeiten einer vorausschauenden Betrachtung aufwirft. Je nach Fall kann es bei der Prüfung eines solchen Antrags nämlich eher darauf ankommen, zu prüfen, ob die Voraussetzungen, die in der gewöhnlich in den Verpflichtungszusagen enthaltenen Überprüfungsklausel vorgesehen sind, erfüllt sind, oder rückblickend zu beurteilen, ob sich die zum Zeitpunkt der Genehmigung des Zusammenschlusses angestellten Prognosen als zutreffend erwiesen haben oder ob die durch den Zusammenschluss veranlassten ernsthaften Bedenken noch bestehen.

36 Sodann ist darauf hinzuweisen, dass die Prüfung eines Antrags auf Befreiung von Verpflichtungszusagen, wie die Klägerin vorträgt, nicht den strengen Fristen unterliegt, die bei der Prüfung eines Zusammenschlusses gelten. Es ist nämlich in keiner Vorschrift geregelt, innerhalb welcher Fristen das Verfahren zur Prüfung eines solchen Antrags oder bestimmte Abschnitte dieses Verfahrens abzuschließen sind; überhaupt wird dieses Verfahren durch keinerlei Vorschrift geregelt oder organisiert.

37 Dessen ungeachtet erfordert die Prüfung eines Antrags auf Befreiung von Verpflichtungszusagen, ebenso wie andere Entscheidungen im Bereich der Zusammenschlüsse, zuweilen komplexe wirtschaftliche Bewertungen, um insbesondere zu prüfen, ob sich die Marktsituation im weiteren Sinne maßgeblich und nachhaltig verändert hat, so dass die Verpflichtungszusagen nicht mehr notwendig sind, um die in der Entscheidung über den Zusammenschluss, mit der die Zusagen für verbindlich erklärt wurden, festgestellten wettbewerbsrechtlichen Probleme zu beseitigen.

38 Daher ist davon auszugehen, dass die Kommission auch bei einer mit komplexen wirtschaftlichen Bewertungen verbundenen Prüfung eines Antrags auf Befreiung von Verpflichtungszusagen über ein gewisses Ermessen verfügt.

39 Folglich muss die vom Gericht vorzunehmende Kontrolle der Ausübung eines solchen Ermessens unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums erfolgen, der den Bestimmungen wirtschaftlicher Art, die Teil der Regelung von Zusammenschlüssen sind, zugrunde liegt (Urteil vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, Rn. 38). Dies bedeutet allerdings nicht, dass das Gericht eine Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission unterlassen muss. Es muss nämlich nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen (Urteil vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, Rn. 39).

40 Entgegen dem Vorbringen der Kommission ist diese im Urteil vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), dargelegte Rechtsprechung für den vorliegenden Fall nicht deshalb unbeachtlich, weil die Rechtssache, in der sie vom Gerichtshof entwickelt wurde, nicht die Überprüfung von Verpflichtungszusagen betraf, die durch eine Fusionskontrollentscheidung für verbindlich erklärt worden waren. Diese Rechtsprechung ist nämlich ganz allgemein formuliert und ist im Übrigen namentlich in den verschiedenen Arten von Streitsachen, die sich aus der Anwendung der Verordnung Nr. 139/2004 ergeben, herangezogen worden. Zudem kommt nach ständiger Rechtsprechung, soweit die Unionsorgane über einen Beurteilungsspielraum verfügen, der Beachtung der Garantien, die die Unionsrechtsordnung in Verwaltungsverfahren gewährt, eine umso größere Bedeutung zu. Zu diesen Garantien gehören insbesondere die Verpflichtung der Kommission, sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls zu untersuchen, das Recht des Betroffenen, seinen Standpunkt zu Gehör zu bringen, und das Recht auf eine ausreichende Begründung der angefochtenen Entscheidung (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 21. November 1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, Rn. 14, und vom 20. März 2002, ABB Asea Brown Boveri/Kommission, T-31/99, EU:T:2002:77, Rn. 99).

41 Demnach verfügt die Kommission für die Prüfung eines Antrags auf Befreiung von Verpflichtungszusagen zwar über ein gewisses Ermessen, ist aber dennoch verpflichtet, diesen Antrag sorgfältig zu prüfen, bei Bedarf eine Untersuchung durchzuführen, die geeigneten Ermittlungsmaßnahmen zu ergreifen und ihre Schlussfolgerungen auf alle relevanten Daten zu stützen.

42 Hinsichtlich des geeigneten rechtlichen Maßstabs für die Prüfung eines Befreiungsantrags macht die Kommission unter Verweis auf die Rechtsprechung, wonach der rückwirkende Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsakts, mit dem subjektive Rechte oder gleichartige Vorteile eingeräumt wurden, in der Regel gegen die allgemeinen Rechtsgrundsätze verstößt (Urteil vom 20. November 2002, Lagardère und Canal+/Kommission, T-251/00, EU:T:2002:278, Rn. 139), geltend, dass rechtmäßige Fusionskontrollentscheidungen, mit denen Rechte oder gleichartige Vorteile eingeräumt würden, wie es bei der Entscheidung von 2005 der Fall sei, nur unter bestimmten außergewöhnlichen, eng definierten Umständen abgeändert oder widerrufen werden könnten. Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Die Entscheidung über einen Antrag auf Befreiung von Verpflichtungszusagen setzt einen Widerruf der Fusionskontrollentscheidung, mit der die Zusagen für verbindlich erklärt

wurden, nicht voraus und besteht auch nicht in einem solchen Widerruf. Ihr Gegenstand ist vielmehr die Prüfung, ob die in der Überprüfungsklausel, die in den Verpflichtungszusagen enthalten ist, vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind, oder gegebenenfalls, ob sich die in der Entscheidung, mit der der Zusammenschluss unter Auflagen genehmigt wurde, festgestellten wettbewerbsrechtlichen Probleme erledigt haben.

43 Allerdings ist klarzustellen, dass die Klägerin, da die Entscheidung von 2005 bestandskräftig geworden ist, im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht indirekt deren Rechtmäßigkeit – auch nicht, soweit sie die Verpflichtungszusagen betrifft – in Frage stellen kann.

44 Im Übrigen ist das Argument der Klägerin, die Kommission sei stets gehalten, regelmäßig – sogar von sich aus – zu prüfen, ob die Abhilfemaßnahmen immer noch gerechtfertigt seien, im vorliegenden Fall irrelevant, da die Klägerin die Aufhebung der Verpflichtungszusagen beantragt hat.

45 Schließlich ist klarzustellen, dass es den durch die Verpflichtungszusagen gebundenen Parteien obliegt, hinreichende Beweise vorzulegen, um nachzuweisen, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Zusagen erfüllt sind. Soweit die Parteien aber Beweise vorlegen, die zum Nachweis geeignet sind, dass die Voraussetzungen der in den Verpflichtungszusagen enthaltenen Überprüfungsklauseln erfüllt sind, ist es Sache der Kommission, darzulegen, inwiefern diese Beweise nicht ausreichend oder nicht tragfähig sind, und erforderlichenfalls eine Untersuchung durchzuführen, um die von den Parteien vorgelegten Beweise zu prüfen, zu vervollständigen oder zu widerlegen.

46 Im Licht all dieser Erwägungen sind die von der Klägerin vorgebrachten Klagegründe und Argumente zu prüfen.

Zum ersten Klagegrund: Anwendung eines falschen rechtlichen Maßstabs, offensichtliche Beurteilungsfehler sowie Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes

47 Der erste Klagegrund gliedert sich in fünf Teile. Der erste Teil betrifft die Anwendung eines falschen rechtlichen Maßstabs bei der Prüfung des Befreiungsantrags sowie einen Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes. Mit dem zweiten Teil werden offensichtliche Fehler bei der Beurteilung der von Lufthansa geschlossenen Allianzvereinbarungen gerügt. Mit dem dritten Teil wird beanstandet, die Kommission habe außer Acht gelassen, dass der Wettbewerb zwischen Swiss auf der einen und SAS sowie LOT auf der anderen Seite eine „langfristige Marktveränderung“ darstelle. Mit dem vierten Teil wird gerügt, die Kommission habe die Änderung ihrer Politik in Bezug auf die Behandlung der Allianzpartner unberücksichtigt gelassen. Mit dem fünften Teil wird geltend gemacht, die Kommission habe sich hinsichtlich der tariflichen Abhilfemaßnahmen nicht an ihre allgemeine Politik im Bereich der Fusionskontrolle gehalten.

48 Zunächst ist der erste Teil zu prüfen, dann der zweite und der vierte Teil zusammen, anschließend der dritte und schließlich der fünfte Teil. Welche Schlussfolgerung für die Beurteilung des ersten Klagegrundes insgesamt zu ziehen ist, wird im Anschluss an die Prüfung der einzelnen Teile dargelegt.

Zum ersten Teil: Anwendung eines falschen rechtlichen Maßstabs bei der Prüfung des Befreiungsantrags sowie Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes

49 Die Klägerin trägt im Wesentlichen vor, dem angefochtenen Beschluss liege insofern ein falscher rechtlicher Maßstab zugrunde, als die Kommission bei der Prüfung von Anträgen auf Befreiung von Verpflichtungszusagen nicht über ein uneingeschränktes Ermessen verfüge. Zudem unterliege die Kommission nach Maßgabe des Urteils vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval (C-12/03 P,

EU:C:2005:87), sowie der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes einer besonders strengen Pflicht zur sorgfältigen Prüfung der langfristigen Verpflichtungszusagen und zur Durchführung einer Untersuchung.

50 Hierzu ist erstens festzustellen, dass das Vorbringen zur Stützung des vorliegenden Teils des ersten Klagegrundes keinen eigenständigen Gehalt hat, soweit die Klägerin mit diesem Teil – wie sie in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat – der Kommission vorwirft, ihre Pflicht, den Befreiungsantrag sorgfältig zu prüfen, erforderlichenfalls eine Untersuchung durchzuführen und ihre Schlussfolgerungen auf alle relevanten Daten zu stützen, verletzt zu haben. Dieses Vorbringen ist daher im Zusammenhang mit den materiell-rechtlichen Rügen zu prüfen, die in den weiteren Teilen des ersten Klagegrundes ausgeführt werden.

51 Zweitens trägt die Klägerin vor, dass die Verpflichtungszusagen, die ihr endlos währende Einschränkungen bei der Festlegung der Preise auferlegten, mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und mit einem System des unverfälschten Wettbewerbs unvereinbar seien und daher von der Kommission regelmäßig überprüft werden müssten.

52 Dieses Vorbringen ist zurückzuweisen. Abgesehen davon, dass die in Rede stehenden Verpflichtungen nicht endlos währen, sondern lediglich unbefristet sind, ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin aufgrund der Bestandskraft der Entscheidung von 2005, wie oben in Rn. 43 dargelegt, im Rahmen der vorliegenden Klage nicht die Rechtmäßigkeit dieser Verpflichtungszusagen in Frage stellen kann.

53 Überdies bringen die Überprüfungsklauseln 15.1 und 15.2, wie die Kommission hervorhebt, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum Ausdruck, indem sie es unter außergewöhnlichen Umständen zulassen, die Verpflichtungszusagen aufzuheben, abzuändern oder zu ersetzen, wenn sie erwiesenermaßen nicht mehr notwendig oder verhältnismäßig sind, wobei der bloße Umstand, dass sie seit mehreren Jahren in Kraft sind, für sich genommen nicht belegt, dass die ihnen zugrunde liegenden ernsthaften Bedenken ausgeräumt und die Verpflichtungszusagen nicht mehr gerechtfertigt sind.

54 Schließlich ist die Kommission, wie oben in Rn. 44 ausgeführt, nicht verpflichtet, langfristige Verpflichtungszusagen von Amts wegen regelmäßig zu überprüfen, sondern es ist Sache der Parteien, die diesen Verpflichtungszusagen unterliegen, deren Aufhebung oder Abänderung zu beantragen und nachzuweisen, dass die Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

55 Drittens trägt die Klägerin zum Grundsatz des Vertrauensschutzes vor, die Kommission habe die tariflichen Verpflichtungszusagen verlangt, sie habe diese nur widerwillig im Gegenzug zur Einfügung der Überprüfungsklausel 15.2 akzeptiert und sie erwarte daher berechtigterweise, dass die Kommission die Verpflichtungszusagen tatsächlich aufhebe und unvoreingenommen prüfe, ob die Erfordernisse der Überprüfungsklausel erfüllt seien.

56 Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Zum einen beruht es auf einer unzutreffenden Prämisse. Wie sich insbesondere aus dem 30. Erwägungsgrund und aus Art. 6 Abs. 2 der Verordnung Nr. 139/2004 ergibt, sind es nämlich die von einem Zusammenschluss betroffenen Unternehmen, die Verpflichtungszusagen vorschlagen können, um den Zusammenschluss in Einklang mit dem Binnenmarkt zu bringen, und die Kommission kann diesen Unternehmen keine Zusagen aufzwingen. Zum anderen ist das Vorbringen insofern irrelevant, als die Rechtmäßigkeit der mit der Entscheidung von 2005 für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Überdies geht aus den Akten nicht hervor, dass die Kommission in Bezug auf die Aufhebung der Verpflichtungszusagen genaue Zusicherungen gemacht hätte. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Überprüfungsklausel für sich genommen der Klägerin nicht garantieren kann, dass ihrem Befreiungsantrag automatisch stattgegeben wird, da die Aufhebung der Verpflichtungszusagen nur dann gewährt werden kann, wenn die Voraussetzungen dafür tatsächlich erfüllt sind.

57 Demnach ist der erste Teil zurückzuweisen, mit Ausnahme der Rüge, die Kommission habe ihre Pflicht verletzt, den Befreiungsantrag sorgfältig zu prüfen, erforderlichenfalls eine Untersuchung durchzuführen und ihre Schlussfolgerungen auf alle relevanten Daten zu stützen; diese Rüge wird im Rahmen der weiteren Teile des ersten Klagegrundes geprüft.

Zum zweiten und zum vierten Teil: offensichtlicher Fehler bei der Beurteilung der von Lufthansa geschlossenen Allianzvereinbarungen im Hinblick auf den zweiten Satz der Überprüfungsklausel 15.2 und Außerachtlassung der veränderten Politik der Kommission in Bezug auf die Behandlung der Allianzpartner

58 Die Klägerin trägt im Wesentlichen vor, die Kommission habe einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, maßgebliche Umstände außer Acht gelassen, sich auf unbewiesene Vermutungen gestützt und den Befreiungsantrag nicht unvoreingenommen geprüft, als sie befunden habe, dass die Änderungen der zwischen Lufthansa und SAS geschlossenen Allianzvereinbarungen nicht ausreichten, um die tarifliche Verpflichtungszusage bezüglich der Linie ZRH-STO aufzuheben. Erstens lasse der angefochtene Beschluss die von der Kommission selbst in der Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines vorgenommene Beurteilung ebendieser Vereinbarungen zwischen Lufthansa und SAS (sowie weiteren Star-Alliance-Partnern) völlig außer Acht, zweitens habe die Kommission die Änderung ihrer Politik in Bezug auf die Behandlung der Allianzpartner unberücksichtigt gelassen, drittens sei die im Beschluss C(2012) 2320 der Kommission vom 30. März 2012 (COMP/M.6447 – IAG/bmi, im Folgenden: Beschluss IAG/bmi) untersuchte Code-Sharing-Vereinbarung für den vorliegenden Fall unbeachtlich und viertens umfasse die Code-Sharing-Vereinbarung zwischen Swiss und SAS nicht die Formen der Zusammenarbeit, auf die sich die Behandlung der Lufthansa-Partner in der Entscheidung von 2005 stütze.

– *Vorbemerkungen*

59 Einleitend ist zunächst festzustellen, dass im zweiten Satz der Überprüfungsklausel 15.2 nur von der Aufhebung der Verpflichtung, Zeitnischen zur Verfügung zu stellen, ausdrücklich die Rede ist, und nicht von der Aufhebung der Tarifverpflichtung. Allerdings resultiert dieser Umstand daraus, dass, wie oben in Rn. 9 dargelegt, die tariflichen Verpflichtungszusagen erst am Ende der Verhandlung über die Abhilfemaßnahmen eingefügt wurden, als der zweite Satz der Überprüfungsklausel 15.2 schon ausformuliert war. Wie die Klägerin – insoweit von der Kommission unwidersprochen – geltend macht, wurde die Überprüfungsklausel also aus Unachtsamkeit, und nicht mit Absicht, nicht dahin gehend verändert, dass sie dieser Hinzufügung der tariflichen Verpflichtungszusagen Rechnung trägt. Infolgedessen ist der zweite Satz der Überprüfungsklausel 15.2 so auszulegen, dass er nicht nur für die Verpflichtungszusagen bezüglich der Zeitnischen gilt, sondern auch für die tariflichen Verpflichtungszusagen. Diese Auslegung ist umso mehr geboten, als die tariflichen Zusagen eine ungewöhnliche Verpflichtung darstellen, die die unternehmerische Freiheit der Parteien besonders stark einschränkt, so dass es umso wichtiger und gerechtfertigter erscheint, die Möglichkeit vorzusehen, ihr ein Ende zu setzen. Im Übrigen hat die Kommission in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt, dass sie diese Auslegung des zweiten Satzes der Überprüfungsklausel 15.2 nicht beanstande.

60 Außerdem ist festzustellen, dass der erste Satz der Überprüfungsklausel 15.2, die einer standardmäßigen Überprüfungsklausel entspricht, vorsieht, dass die Kommission die Verpflichtungszusagen im Fall einer langfristigen Marktveränderung aufheben oder abändern kann, wohingegen es im zweiten Satz dieser Klausel heißt, dass die Kommission die Verpflichtungszusagen im Fall der Änderung der vertraglichen Beziehungen aufhebt. Allerdings bedeutet dieser zweite Satz, auch wenn er verbindlicher formuliert ist, entgegen dem Vorbringen der Klägerin nicht, dass jede beliebige Änderung der Vertragsbeziehungen die Kommission automatisch dazu zwingt, die Verpflichtungszusagen aufzuheben. Die Aufhebung der Zusagen nach dem zweiten Satz der

Überprüfungsklausel 15.2 setzt nämlich voraus, dass sich die vertraglichen Beziehungen, auf denen die Feststellung der Kommission beruht, dass ein verringerter Anreiz zum Wettbewerb bestehe, so stark verändert haben, dass die in der Entscheidung von 2005 festgestellten Probleme beseitigt sind.

61 Insoweit ist daran zu erinnern, dass die in Rede stehende Tarifverpflichtung eingegangen wurde, um die ernsthaften Bedenken auszuräumen, die sich aus der Überschneidung der Tätigkeiten nicht etwa der Beteiligten des Zusammenschlusses, sondern von Swiss und SAS ergaben, wobei Letztere nicht zum Lufthansa-Konzern gehörte, sondern Star-Alliance-Partner war und darüber hinaus durch eine Reihe bilateraler Vereinbarungen mit Lufthansa verbunden war (siehe oben, Rn. 2 und 5 bis 8). Dementsprechend hat die Kommission in Rn. 22 der Entscheidung von 2005 ausgeführt, angesichts der sich aus den bilateralen Vereinbarungen mit Lufthansa ergebenden intensiven Zusammenarbeit könnten die Star-Alliance-Partner „Austrian, bmi, SAS und United Airlines nicht als Konkurrenten von Lufthansa angesehen werden“ und hätten „wenig oder sogar überhaupt kein Interesse daran, nach dem Zusammenschluss mit Swiss zu konkurrieren“.

62 Es ist festzustellen, dass die Begründung insoweit sehr knapp ist, denn in der Entscheidung von 2005 wird ohne jegliche Untersuchung der verschiedenen Vereinbarungen lediglich ausgeführt, dass die von Lufthansa mit den oben in Rn. 61 genannten Fluggesellschaften geschlossenen bilateralen Vereinbarungen „eine weltweite gemeinsame Preispolitik, die gemeinsame Planung des Streckennetzes und der Flüge, die Organisation eines gemeinsamen Drehkreuzsystems und eine einheitliche Vertriebsstrategie“ vorsähen und „somit die rechtliche Grundlage für die weltweite Integration der Streckennetze und der Unternehmenspolitiken der Gesellschaften“ herstellten, da „der Geltungsbereich und der Zweck dieser Vereinbarungen über das Bündel von Strecken zwischen Deutschland und dem jeweiligen Land ihres Sitzes“ hinausgingen. Im letzten Satz von Rn. 22 der Entscheidung von 2005 heißt es, dass „dieselben Erwägungen … für LOT und Air Canada [gelten], deren Vereinbarungen mit Lufthansa zumindest eine gemeinsame Planung des Streckennetzes und eine gemeinsame Preispolitik über das jeweilige Land ihres Sitzes hinaus vorsehen“.

63 Die Entscheidung von 2005 enthält also weder eine individuelle Untersuchung oder Beurteilung der verschiedenen bilateralen Vereinbarungen zwischen Lufthansa und SAS noch eine Darlegung der Gründe, aus denen diese Vereinbarungen den Wettbewerb zwischen SAS und Swiss auf anderen als den von den Vereinbarungen betroffenen Linien beeinträchtigen, so dass aus dieser Entscheidung nicht klar hervorgeht, wie sich die Auflösung der einen oder der anderen Vereinbarung auswirken würde. Ungeachtet dessen beruht die Beurteilung, dass die Star-Alliance-Partner wie SAS und LOT nicht als Konkurrenten von Lufthansa angesehen werden könnten und nur wenig oder sogar überhaupt kein Interesse daran hätten, nach dem Zusammenschluss mit Swiss zu konkurrieren, auf einer Gesamtheit von Vereinbarungen, die zu einer sehr weitgehenden Zusammenarbeit führen. Folglich erscheint eine Änderung oder Auflösung dieser Vereinbarungen, mit denen einen vertiefte Integration verwirklicht wird, geeignet, die in der Entscheidung von 2005 festgestellten wettbewerbsrechtlichen Probleme zu beseitigen und somit auch, die Aufhebung der Verpflichtungszusagen zu rechtfertigen.

64 Im Licht dieser Ausführungen sind die Rügen und Argumente zu prüfen, die die Änderungen der vertraglichen Beziehungen zwischen Lufthansa und SAS betreffen.

– Änderungen der vertraglichen Beziehungen zwischen Lufthansa und SAS

65 Zur Stützung ihres Befreiungsantrags machen die Partien u. a. geltend, dass die am 1. Juni 2013 erfolgte Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung und Beendigung jeder über eine standardmäßige Code-Sharing-Vereinbarung hinausgehenden Zusammenarbeit zwischen Lufthansa und SAS eine Änderung der vertraglichen Beziehungen im Sinne der Überprüfungsklausel 15.2 darstelle, die die Aufhebung der tariflichen Verpflichtungszusagen bezüglich der Linie ZRH-STO rechtfertige. Die Kommission erkennt in den Rn. 39 und 40 des angefochtenen Beschlusses an, dass die Auflösung der

Joint-Venture-Vereinbarung in der Tat eine Änderung der bei Erlass der Entscheidung von 2005 bestehenden vertraglichen Beziehung zwischen Lufthansa und SAS darstelle. Der Beauftragte hat in seinem Bericht vom 27. Juni 2014 festgestellt, dass die Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung „eine wesentliche Marktveränderung“ im Sinne der Überprüfungsklausel 15.2 darstelle, da sie die gemeinsame Unternehmenspolitik der beiden Gesellschaften beende, die die Festlegung der Preise und die Planung des Streckennetzes von Lufthansa und SAS beinhalte.

66 Hierzu ist festzustellen, dass die Kommission zwar nicht an die Stellungnahme des Beauftragten gebunden ist, sie aber grundsätzlich dennoch berücksichtigen muss, zumal sie diese selbst angefordert hat, nämlich ein erstes Mal am 16. Juni 2014 und ein zweites Mal am 5. April 2016. In den Rn. 30 bis 46 des angefochtenen Beschlusses, in denen sie ihre Bewertung der Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung darlegt, unterlässt die Kommission aber nicht nur jegliche Prüfung der in diesen Stellungnahmen enthaltenen Beurteilung, sondern erwähnt die Stellungnahmen nicht einmal. Zudem spiegelt die Darlegung in den Rn. 27 und 29 des angefochtenen Beschlusses nicht exakt die der Klagebeantwortung der Kommission beigefügten Stellungnahmen des Beauftragten wider. Zum einen hat der Beauftragte nämlich, anders als in Rn. 27 des angefochtenen Beschlusses angegeben, in seiner Stellungnahme vom 27. Juni 2014 nicht die Auffassung vertreten, dass die Frage, ob die sich aus der Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung zwischen Lufthansa und SAS bezüglich der Linie ZRH-STO ergebende wesentliche Marktveränderung die Aufhebung der Verpflichtungszusagen rechtfertige, jenseits seines Auftrags liege, sondern er war der Ansicht, dass die Frage, ob die Kommission in der Entscheidung von 2005 hinsichtlich der Linie ZRH-WAW ihre Beurteilung der Beziehungen zwischen Lufthansa und LOT auf ihre damalige rechtliche Praxis oder auf eine Vermutung gestützt habe, sein Mandat überschreite. Zum anderen heißt es in Rn. 29 des angefochtenen Beschlusses, der Beauftragte habe am 3. Mai 2016 seine ursprüngliche Stellungnahme geändert und erklärt, er habe bezüglich der Linien ZRH-STO und ZRH-WAW keine Kenntnis von irgendeinem außergewöhnlichen Umstand im Sinne der Überprüfungsklausel 15.1 erlangt; jedoch ist festzustellen, dass das Dokument vom 3. Mai 2016 nicht die zweite Stellungnahme des Beauftragten, sondern die Beantwortung einer Reihe von Fragen zur Überprüfungsklausel 15.1 – und nicht zur Überprüfungsklausel 15.2 – darstellt. Im Gegenteil hat der Beauftragte in seiner zweiten Stellungnahme, die vom 13. April 2016 datiert, im Wesentlichen – wie die Kommission übrigens in ihrer Klagebeantwortung ausdrücklich ausführt – seine vorhergehenden Schlussfolgerungen vom 27. Juni 2014 wiederholt und klargestellt, dass nach der Einführung der neuen Tarife auch die Business-Class-Tarife auf beiden Linien erheblich verringert worden seien. Im Übrigen untersucht die Kommission im angefochtenen Beschluss auch nicht die Tragweite und Auswirkung der Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung, obwohl es sich dabei um ein wesentliches Element der Zusammenarbeit zwischen Swiss und SAS handelte.

67 Insoweit heißt es in Rn. 43 des angefochtenen Beschlusses, da sich die Beurteilung in der Entscheidung von 2005 nicht nur auf die Joint-Venture-Vereinbarung, sondern auch auf eine Gesamtbewertung der Zusammenarbeit zwischen Lufthansa und SAS stütze und die diese Zusammenarbeit ermöglichende bilaterale Allianzvereinbarung von 1995 immer noch bestehe, lasse die bloße Auflösung der den Flugverkehr zwischen Deutschland und Skandinavien betreffenden Joint-Venture-Vereinbarung nicht den Schluss zu, dass sich die gegenwärtigen Vertragsbeziehungen zwischen den beiden Unternehmen so wesentlich verändert hätten, dass die in der Entscheidung von 2005 hinsichtlich der Linie ZRH-STO dargelegten Bedenken ausgeräumt wären. Somit scheint der Grund für die Ablehnung des Befreiungsantrags im Fortbestehen der bilateralen Allianzvereinbarung von 1995 zu liegen.

68 Hierzu heißt es übrigens in Rn. 48 des angefochtenen Beschlusses, da die bilaterale Allianzvereinbarung von 1995 die Grundlage für alle weiteren bilateralen Vereinbarungen zwischen diesen beiden Gesellschaften bilde, könnte ihre Auflösung in Verbindung mit der Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung im Prinzip eine wesentliche Veränderung der in der Entscheidung von 2005 beurteilten Vertragsbeziehung darstellen.

69 Wie in den Rn. 4, 32 und 47 des angefochtenen Beschlusses ausdrücklich dargelegt wird, hat Lufthansa aber im Verwaltungsverfahren angeboten, die bilaterale Allianzvereinbarung aufzulösen, wenn dies es der Kommission ermögliche, ihrem Befreiungsantrag bezüglich der Linie ZRH-STO stattzugeben.

70 Folglich durfte die Kommission in Rn. 43 des angefochtenen Beschlusses nicht davon ausgehen, dass die Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung nicht als wesentliche Veränderung der Vertragsbeziehungen gewertet werden könne, weil die bilaterale Allianzvereinbarung fortbestehe.

71 Die Kommission macht insoweit geltend, die bilaterale Allianzvereinbarung sei niemals aufgelöst worden und der Vorschlag von Lufthansa, diese Vereinbarung aufzulösen, habe niemals eine förmliche Zusage dargestellt. Der angefochtene Beschluss habe nicht auf einen unverbindlichen mündlichen Vorschlag von Lufthansa, die bilaterale Allianzvereinbarung eventuell aufzulösen, gestützt werden können.

72 Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Wie die Klägerin geltend macht und aus den Rn. 4, 32 und 47 des angefochtenen Beschlusses hervorgeht, beruht dieser Beschluss auf der Annahme, dass Lufthansa die Allianzvereinbarung auflösen werde, wenn die Kommission damit dazu bewogen werden könne, die tariflichen Verpflichtungszusagen aufzuheben. Zudem war es Sache der Kommission, falls sie es für notwendig hielt, im Verwaltungsverfahren zu verlangen, dass Lufthansa diese Zusage nach den ihr geeignet erscheinenden Modalitäten erfüllen möge.

73 Demnach hat die Kommission, indem sie die Auswirkung der Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung weder für sich genommen noch in Verbindung mit der Zusage, auch die bilaterale Allianzvereinbarung aufzulösen, untersucht hat, bei der Prüfung des auf eine Veränderung der Vertragsbeziehungen zwischen Lufthansa und SAS gestützten Befreiungsantrags nicht alle relevanten Umstände berücksichtigt.

74 Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Ablehnung des Antrags, wie sich aus anderen Randnummern des angefochtenen Beschlusses ergibt, noch auf andere Gründe als die Nichtauflösung der bilateralen Allianzvereinbarung gestützt wurde.

75 So hat die Kommission in den Schlussfolgerungen des den vertraglichen Änderungen gewidmeten Teils des angefochtenen Beschlusses (Rn. 68 bis 70) nach dem Hinweis, dass die Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung nicht ausreiche, festgestellt, dass es „hinsichtlich der Linie ZRH-WAW, bei der die Zusammenarbeit zwischen Lufthansa und LOT offenbar weniger eng ist als bei der Linie ZRH-STO, keinerlei Veränderung der Wettbewerbsbedingungen“ gebe, woraus sie schrittweise geschlossen hat, dass die tariflichen Verpflichtungszusagen bezüglich der Linie ZRH-WAW aufrechterhalten werden müssten, und demzufolge auch diejenigen bezüglich der Linie ZRH-STO. Diese Begründung ist zurückzuweisen, da sie nur auf Mutmaßungen beruht, nicht die geringste konkrete Prüfung der relevanten Aspekte jeder der beiden Linien enthält und auf einer Argumentation basiert, die insofern einen gewissen Zirkelschluss aufweist, als der Vergleich der beiden Linien die Ablehnung des Antrags für die erstgenannte Linie und diese Ablehnung ihrerseits die Ablehnung des Antrags für die zweitgenannte Linie rechtfertigt. Des Weiteren hat die Kommission in Rn. 68 des angefochtenen Beschlusses hervorgehoben, dass darüber hinaus bereits das fehlende Auftreten eines neuen Luftverkehrsunternehmens für sich genommen als Rechtfertigung für die Aufrechterhaltung der tariflichen Verpflichtungszusagen auf den beiden Linien ZRH-STO und ZRH-WAW angesehen werden könne. Auch diese Begründung ist fehlerhaft. Das Auftreten eines neuen Luftverkehrsunternehmens auf der Linie ZRH-STO oder der Linie ZRH-WAW ist keine nach den Überprüfungsklauseln notwendige Voraussetzung für die Aufhebung der Verpflichtungszusagen, sondern ein separater, zusätzlicher Aspekt, der nach Klausel 11.1 der Verpflichtungszusagen automatisch zur Beendigung der tariflichen Verpflichtungen führt.

76 Allerdings ergibt sich aus den Rn. 49, 70, 95 und 112 des angefochtenen Beschlusses, dass die Kommission der Auffassung war, dass die Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung und der Vorschlag, auch die bilaterale Allianzvereinbarung aufzulösen, insbesondere wegen des 2006 erfolgten Abschlusses der Code-Sharing-Vereinbarung zwischen Swiss und SAS nicht ausreichten. In Rn. 95 des angefochtenen Beschlusses heißt es sogar, dass „selbst dann, wenn die Voraussetzungen, unter denen die Aufhebung der Verpflichtungszusagen beantragt werden kann, als erfüllt anzusehen wären", bei der Prüfung des Befreiungsantrags auch noch der Abschluss dieser Code-Sharing-Vereinbarung zu berücksichtigen wäre. Die Bedeutung, die die Kommission dieser Vereinbarung beigemessen hat, ergibt sich auch aus den Rn. 5 und 104 des angefochtenen Beschlusses, denen zufolge die Kommission der Klägerin am 5. März 2015 mitgeteilt hat, dass ihr die Befreiung gewährt werden könne, wenn sie bestimmte Änderungen an der Code-Sharing-Vereinbarung zwischen Swiss und SAS vornehme – nämlich deren Anwendung auf Transitreisende beschränke –, ohne dass dieser Vorschlag unter irgendeinen Vorbehalt oder unter die Bedingung der Auflösung der bilateralen Allianzvereinbarung oder der Durchführung einer Untersuchung gestellt worden wäre.

77 Auch wenn die Begründung des angefochtenen Beschlusses zumindest verworren ist, bleibt dennoch zu prüfen, ob die Kommission den Schluss ziehen durfte, dass die Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung in Verbindung mit dem Vorschlag, die bilaterale Allianzvereinbarung aufzulösen, aufgrund der von Swiss im Jahr 2006 geschlossenen Code-Sharing-Vereinbarung mit SAS nicht ausreichte, um dem Befreiungsantrag stattzugeben.

78 Hiergegen bringt die Klägerin zwei Argumentationslinien vor. Deren erste betrifft die von der Kommission in der Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines vorgenommene Beurteilung derselben Vereinbarungen und eine vorgeblich geänderte Politik in Bezug auf die Behandlung der Allianzpartner, die zweite die Code-Sharing-Vereinbarung zwischen Swiss und SAS.

– Zur Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines und zur vorgeblich geänderten Politik der Kommission in Bezug auf die Behandlung der Allianzpartner

79 Die Klägerin wirft der Kommission vor, ihre in der Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines vorgenommene Beurteilung derselben von Lufthansa mit SAS und den anderen Star-Alliance-Partnern geschlossenen Vereinbarungen nicht berücksichtigt zu haben. Allgemeiner trägt die Klägerin vor, die Kommission habe seit der Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines ihre Politik in Bezug auf die Behandlung der Allianzpartner geändert, so dass die Linien ZRH-STO und ZRH-WAW, wenn der Zusammenschluss Lufthansa/Swiss heute angemeldet würde, nicht als betroffene Märkte angesehen würden und die Verpflichtungszusagen nicht notwendig gewesen wären, um die Genehmigung des Zusammenschlusses zu erreichen.

80 Hervorzuheben ist, dass die oben in Rn. 79 dargelegten Rügen im Gegensatz zu den Rügen, die die eigentlichen vertraglichen Veränderungen und die Code-Sharing-Vereinbarung zwischen Swiss und SAS betreffen, von der Klägerin vorgebracht wurden, um die Beurteilung der Kommission in Bezug auf sowohl die Linie ZRH-STO als auch die Linie ZRH-WAW anzugreifen.

81 Die Kommission weist zunächst darauf hin, dass jeder Zusammenschluss individuell anhand der ihm eigenen tatsächlichen und rechtlichen Umstände geprüft werde. Die Klägerin könne sich daher nicht auf angebliche Unterschiede in der Beurteilung der Kommission im Vergleich zu anderen Verfahren berufen.

82 Im Übrigen stehe der angefochtene Beschluss nicht im Widerspruch zur Beurteilung in der Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines und ihre Vorgehensweise bei der Bewertung der Beziehungen zwischen den Beteiligten eines Zusammenschlusses und Dritten im Luftverkehrssektor

habe sich seit der Entscheidung von 2005 kaum verändert. Jedenfalls könne von einer langfristigen Marktveränderung keine Rede sein, geschweige denn von einer Änderung der zugrunde liegenden Vereinbarungen zwischen Lufthansa und ihren Allianzpartnern.

83 Insoweit ist zunächst auf die ständige Rechtsprechung hinzuweisen, wonach ein Kläger, wenn die Kommission über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt anhand einer diesem Zusammenschluss eigenen Anmeldung und Aktenlage entscheidet, gegen die Feststellungen der Kommission nicht einwenden kann, dass diese von früher in einer anderen Sache anhand einer anderen Anmeldung und Aktenlage getroffenen Feststellungen abweichen, was auch dann gilt, wenn die betreffenden Märkte in den beiden Sachen ähnlich oder gar identisch sind (Urteile vom 14. Dezember 2005, General Electric/Kommission, T-210/01, EU:T:2005:456, Rn. 118, und vom 13. Mai 2015, Niki Luftfahrt/Kommission, T-162/10, EU:T:2015:283, Rn. 142). Nach dieser Rechtsprechung ist weder die Kommission noch gar das Gericht durch die Sachfeststellungen und wirtschaftlichen Beurteilungen in den früheren Entscheidungen gebunden.

84 Im vorliegenden Fall führt die Heranziehung der oben in Rn. 83 angeführten Rechtsprechung jedoch nicht zur Zurückweisung des Vorbringens der Klägerin.

85 Zum einen macht die Klägerin nicht nur eine unterschiedliche Beurteilung im Vergleich zwischen dem angefochtenen und irgendeinem anderen Beschluss geltend, sondern eine veränderte Politik in dem Sinne, dass die Kommission die Allianzpartner bei der Bestimmung der betroffenen Märkte nicht mehr berücksichtige.

86 Zum anderen beruft sich die Klägerin auf die Würdigung derselben Vereinbarungen zwischen denselben Parteien, die von der Kommission in der Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines, deren Adressatin ebenfalls die Klägerin war, in demselben Kontext und in Bezug auf eine ähnliche Problematik vorgenommen wurde.

87 Auch wenn eine etwaige unterschiedliche Würdigung im Vergleich zwischen der Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines und dem angefochtenen Beschluss oder eine vorgebliche Änderung der Politik der Kommission für sich genommen nicht auf die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Beschlusses schließen lassen, erfordern sie doch eine Prüfung, ob die Kommission wenigstens das Vorbringen der Klägerin, dass die Allianzpartner bei der Bestimmung der betroffenen Märkte nicht mehr berücksichtigt würden, eingehend geprüft hat.

88 Zudem waren, wie oben in Rn. 13 dargelegt, gerade die Beurteilung in der Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines und die veränderte Politik der Kommission in Bezug auf die Behandlung der Allianzpartner einer der drei Gründe – zusammen mit der Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung und dem Bestehen eines Wettbewerbs zwischen Swiss auf der einen und SAS sowie LOT auf der anderen Seite –, auf die sich der Befreiungsantrag stützte. Den Akten zufolge stand diese Frage zudem während des gesamten Verwaltungsverfahrens im Mittelpunkt der Debatte.

89 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die geltend gemachte Änderung der Politik der Kommission gegenüber den Allianzpartnern in einem gesamten Abschnitt des angefochtenen Beschlusses (Rn. 71 bis 83) geprüft wurde und die Begründung des Beschlusses maßgeblich auf dieser Prüfung beruht, die somit von der Klägerin angegriffen werden kann.

90 Demzufolge kann das Vorbringen der Klägerin, soweit es sich auf die Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines und die nachfolgende Änderung der Politik der Kommission gegenüber den Allianzpartnern bezieht, nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, dass frühere Entscheidungen nicht zum maßgeblichen rechtlichen Rahmen gehören; es muss folglich in der Sache geprüft werden.

91 Insoweit ist erstens festzustellen, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss überhaupt nicht auf das die Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines betreffende Argument eingeht, obwohl sie es in den Rn. 73 und 74 dieses Beschlusses darlegt. Dieses Versäumnis fällt umso schwerer ins Gewicht, als es einen der Grundpfeiler der Begründung des Befreiungsantrags betrifft und die Klägerin in ihrem Schreiben vom 20. November 2015 betont hat, wie bedeutsam die von der Kommission vorzunehmende (Neu-)Bewertung der in der Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines untersuchten Vereinbarungen zwischen Lufthansa und SAS sowie LOT sei.

92 Die Gesichtspunkte, die die Kommission in ihren Schriftsätzen vor dem Gericht anführt, können die unterschiedliche Bewertung im Vergleich zwischen dem angefochtenen Beschluss und der Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines nicht rechtfertigen, da sie in Wirklichkeit in beiden Verfahren vorliegen.

93 Die Kommission macht nämlich lediglich geltend, sie habe in der Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines festgestellt, dass keine fusionsspezifischen Nebenwirkungen zu erwarten seien, da die von Lufthansa u. a. mit SAS und LOT geschlossenen Kooperationsvereinbarungen wahrscheinlich nicht auf die andere Partei des Zusammenschlusses ausgeweitet würden. Dies gilt aber, wie die Klägerin geltend macht, genauso für das vorliegende Verfahren, da es dieselben Kooperationsvereinbarungen zwischen denselben Parteien betrifft und da feststeht, dass diese Vereinbarungen keine Klauseln enthalten, die eine automatische Ausweitung ohne Neuverhandlung vorsehen, und dass die Kooperationsvereinbarungen zwischen Lufthansa auf der einen und SAS sowie LOT auf der anderen Seite tatsächlich nicht auf Swiss ausgeweitet wurden. Die Kommission macht wiederum geltend, sie sei davon ausgegangen, dass Swiss eine Tochtergesellschaft von Lufthansa werde und sich der Star Alliance anschließe. Auch insoweit besteht aber kaum ein Unterschied, da auch Brussels Airlines eine Tochtergesellschaft von Lufthansa geworden ist und sich der Star Alliance angeschlossen hat.

94 Was zweitens die veränderte Politik in Bezug auf die Behandlung der Allianzpartner anbelangt, verweist die Kommission im angefochtenen Beschluss auf den Beschluss IAG/bmi, um darzutun, dass sie weder die Beziehungen zwischen den Allianzpartnern noch die Auswirkung dieser Beziehungen auf den Anreiz für diese Partner, nach dem Zusammenschluss miteinander zu konkurrieren, prinzipiell von ihrer Prüfungskompetenz ausgeschlossen habe.

95 Wie die Klägerin feststellt, hat die Kommission aber in Rn. 160 des Beschlusses IAG/bmi ausdrücklich erklärt, dass „im Einklang mit den früheren Entscheidungen der Kommission die Allianzpartner von IAG bei der Bestimmung der betroffenen Märkte nicht berücksichtigt“ worden seien.

96 Auch wenn die Kommission im angefochtenen Beschluss und in ihren beim Gericht eingereichten Schriftsätzen geltend macht, im Beschluss IAG/bmi seien die bestehenden Code-Sharing-Vereinbarungen zwischen einer der Parteien und Dritten bei der Beurteilung der Wettbewerbssituation berücksichtigt worden, ist festzustellen, dass in Wirklichkeit – wie die Klägerin hervorgehoben und die Kommission schriftsätzlich vor dem Gericht eingeräumt hat – die in jenem Verfahren maßgebliche Überschneidung von Tätigkeiten die Parteien des Zusammenschlusses selbst betraf, d. h. bmi und British Airways – Letztere als Vertriebsunternehmen, das Tickets für Flüge von Royal Jordanian verkaufte –, und nicht bmi und Royal Jordanian, die Allianzpartnerin von British Airways war. Wie die Klägerin geltend macht, stellt der Beschluss IAG/bmi eher eine klassische Prüfung eines Zusammenschlusses dar als eine Anwendung des in der Entscheidung von 2005 entwickelten Prüfungsansatzes, nach dem unabhängige Allianzpartner in die Bestimmung der Märkte einzubeziehen sind.

97 Außerdem hat die Klägerin im Verwaltungsverfahren und vor dem Gericht hervorgehoben, dass die Kommission in ihrer Entscheidung K(2009) 6690 endgültig vom 28. August 2009 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen (Sache COMP/M.5440 – Lufthansa/Austrian Airlines) denselben Ansatz wie in der Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines verfolgt und somit nicht die Überschneidungen von Linien geprüft habe,

die sich ausschließlich aus den Überschneidungen zwischen den Flügen von Austrian Airlines und den Flügen der Star-Alliance-Partner, insbesondere LOT und SAS, ergeben hätten. Desgleichen habe die Kommission in ihrem Beschluss C(2010) 5008 vom 14. Juli 2010 (Sache COMP/M.5747 – Iberia/British Airways) nicht die Überschneidungen von Linien geprüft, die sich ausschließlich aus den Flügen der Allianzpartner von Iberia und British Airways ergeben hätten. Es ist festzustellen, dass die Kommission weder im angefochtenen Beschluss – obwohl das Argument der Klägerin dort wiedergegeben wird – noch in ihren beim Gericht eingereichten Schriftsätzen in irgendeiner Weise auf dieses Vorbringen eingegangen ist.

– *Zur Code-Sharing-Vereinbarung zwischen Swiss und SAS*

98 Zunächst ist festzustellen, dass Swiss zwar Code-Sharing-Vereinbarungen sowohl 2006 mit SAS als auch 2007 mit LOT geschlossen hat, die Klägerin aber in der Klageschrift ausdrücklich nur die Beurteilung der Kommission in Bezug auf die Linie ZRH-STO angegriffen und keine Rüge gegen die Beurteilung der die Linie ZRH-WAW betreffenden Code-Sharing-Vereinbarung zwischen Swiss und LOT erhoben hat.

99 Die Code-Sharing-Vereinbarung zwischen Swiss und SAS wurde 2006 geschlossen und daher von der Kommission in der Entscheidung von 2005, mit der die Verpflichtungszusagen für verbindlich erklärt wurden, nicht zur Begründung der Auffassung herangezogen, dass SAS angesichts der verschiedenen Kooperationsvereinbarungen zwischen Lufthansa und ihr nur wenig Interesse daran habe, nach dem Zusammenschluss mit Swiss zu konkurrieren.

100 Dies allein bedeutet aber entgegen dem Vorbringen der Klägerin nicht, dass die Code-Sharing-Vereinbarung zwischen Swiss und SAS bei der Prüfung des Befreiungsantrags überhaupt nicht zu berücksichtigen wäre.

101 Denn auch wenn in der Überprüfungsklausel 15.2 von einer Veränderung der Vereinbarungen die Rede ist, auf die die Kommission ihre Feststellung einer Verringerung der Wettbewerbsanreize gestützt hat, könnte die Code-Sharing-Vereinbarung im vorliegenden Fall dennoch relevant sein, um umfassend zu beurteilen, ob sich die vertraglichen Beziehungen stark genug verändert haben, um die in der Entscheidung von 2005 festgestellten wettbewerbsrechtlichen Probleme auszuräumen, die Anlass der Verpflichtungszusagen waren.

102 Eine streng förmliche Lesart der Überprüfungsklausel 15.2, die dahin ginge, ausschließlich auf Änderungen der bei Erlass der Entscheidung von 2005 bestehenden Vereinbarungen abzustellen, würde es nämlich, wie in Rn. 103 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt wird, den Parteien ermöglichen, die Anwendung der Verpflichtungszusagen zu umgehen, indem sie die alten Kooperationsvereinbarungen durch ähnliche neue Vereinbarungen ersetzen.

103 Es ist also zu prüfen, ob die Code-Sharing-Vereinbarung zwischen Swiss und SAS hinreichend enge Bezüge zu den vertraglichen Beziehungen und den wettbewerbsrechtlichen Problemen aufweist, die Gegenstand der Entscheidung von 2005 waren.

104 Insoweit ist festzustellen, dass sich – wie die Klägerin zu Recht geltend macht und die Kommission einräumt – die Code-Sharing-Vereinbarung und die Kooperationsvereinbarungen hinsichtlich ihres Geltungsbereichs, ihres Inhalts und ihrer Vertragsparteien unterscheiden.

105 So umfasst die bilaterale Allianzvereinbarung zwischen Lufthansa und SAS die Kooperation zwischen diesen beiden Fluggesellschaften in ihrer damaligen Verfassung und schließt nicht die später übernommenen Gesellschaften wie Swiss ein, wohingegen die Code-Sharing-Vereinbarung 2006 zwischen Swiss und SAS geschlossen wurde und nur die von Swiss und SAS betriebenen Linien umfasst, und nicht die von Lufthansa betriebenen Linien.

106 Der Gegenstand der bilateralen Allianzvereinbarung und derjenige der Code-Sharing-Vereinbarungen sind ebenfalls grundlegend verschieden. Denn wie in Rn. 22 der Entscheidung von 2005 dargelegt wird, sahen die von Lufthansa geschlossenen Kooperationsvereinbarungen – darunter insbesondere die bilaterale Allianzvereinbarung, die die Grundlage der Zusammenarbeit bildete – „eine weltweite gemeinsame Preispolitik, die gemeinsame Planung des Streckennetzes und der Flüge, die Organisation eines gemeinsamen Drehkreuzsystems und eine einheitliche Vertriebsstrategie“ vor und bildeten „somit die rechtliche Grundlage für die weltweite Integration der Streckennetze und der Unternehmenspolitiken der Gesellschaften“. Demgegenüber handelt es sich bei der Code-Sharing-Vereinbarung um eine im Luftverkehrssektor gängige Vereinbarung, nach der Swiss über die Tickets für die von ihr selbst durchgeführten Flüge hinaus auch Tickets unter ihrem eigenen Identifikationscode (d. h. als „Vertriebsunternehmen“) für von der SAS durchgeführte Flüge verkaufen darf, und umgekehrt.

107 Wie die Klägerin – insoweit von der Kommission unwidersprochen – betont, gibt es also im Rahmen der Code-Sharing-Vereinbarung keine „gemeinsame Preispolitik“. Ebenso wenig gibt es in diesem Rahmen eine „gemeinsame Planung des Streckennetzes und der Flüge“, da jede Fluggesellschaft ihre eigenen Flüge frei planen kann. Auch sieht die Code-Sharing-Vereinbarung keine „Organisation eines gemeinsamen Drehkreuzsystems“ vor, sondern jede Fluggesellschaft betreibt ihr eigenes Drehkreuz nach ihren eigenen Prioritäten. Schließlich besteht im Rahmen der Code-Sharing-Vereinbarung keine „einheitliche Vertriebsstrategie“, sondern jede Fluggesellschaft verkauft ihre eigenen Tickets über ihre eigenen Vertriebswege.

108 Die Kommission macht dennoch geltend, dass sowohl die Code-Sharing-Vereinbarung als auch die bilaterale Allianzvereinbarung integrale Bestandteile der umfassenderen Vertragsbeziehung seien, die der Beurteilung der Linie ZRH-STO zugrunde liege, und daher für die Anwendbarkeit der Überprüfungsklausel 15.2 maßgeblich seien.

109 Auch wenn man unterstellt, dass die Code-Sharing-Vereinbarung als für die Anwendbarkeit der Überprüfungsklausel 15.2 maßgeblich erachtet werden kann, bleibt aber zu prüfen, ob diese Vereinbarung darauf schließen lässt, dass SAS nicht als Konkurrentin von Swiss angesehen werden kann, oder ob sie zumindest geeignet ist, den Wettbewerb zwischen Swiss und SAS einzuschränken.

110 Insoweit ist festzustellen, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss keine konkrete Prüfung der Code-Sharing-Vereinbarung vornimmt und nicht einmal Anhaltspunkte nennt, die darauf schließen lassen könnten, dass diese Vereinbarung den Wettbewerb zwischen Swiss und SAS einschränkt, sondern sich mit hypothetischen Erwägungen begnügt. So heißt es in Rn. 99 des angefochtenen Beschlusses:

„Was die mögliche Auswirkung solcher Code-Sharing-Vereinbarungen auf den Wettbewerb auf jeder dieser beiden Linien angeht, ist die Kommission der Auffassung, dass die bestehenden Code-Sharing-Vereinbarungen für die Beurteilung des Zusammenschlusses maßgeblich sind. Würde ein ähnlicher Vorgang heute angemeldet, könnten die Code-Sharing-Vereinbarungen zwischen Swiss, SAS und LOT wettbewerbsrechtliche Probleme aufwerfen und die Parteien könnten gezwungen sein, Verpflichtungszusagen anzubieten, um diese Probleme auszuräumen …“

111 Vor dem Gericht trägt die Kommission vor, die Gestaltung der Code-Sharing-Vereinbarungen zeige, dass die Parteien generell nur in beschränktem Maße Wettbewerbsdruck aufeinander ausübten. Bei Vereinbarungen über paralleles Code-Sharing, wie sie hier vorlägen, sei von den beiden Fluggesellschaften, die ihre Codes teilten, angesichts des Umsatzrückgangs, der sich dann ergäbe, kaum zu erwarten, dass eine von ihnen im Wege des Code-Sharings Plätze auf Flügen der anderen zu geringeren Tarifen verkaufe.

112 Es ist festzustellen, dass diese Aspekte einmal mehr rein hypothetisch sind und sich nicht aus einer konkreten Untersuchung der betreffenden Code-Sharing-Vereinbarung und ihrer Auswirkungen ergeben. Zudem haben Swiss und SAS, wie die Kommission einräumt, vereinbart, dass sie die von der anderen Partei getätigten Reservierungen sowie die von der anderen Partei für diese Reservierungen in Rechnung gestellten Tarife akzeptieren. Des Weiteren hebt die Klägerin in dieser Hinsicht – ohne Widerspruch der Kommission – hervor, dass die Betriebsunternehmen häufig geringere Tarife für die von ihnen selbst durchgeführten Flüge als für die vom Code-Sharing-Partner durchgeführten Flüge anböten, da sie das Risiko der nicht verkauften Plätze trügen, wohingegen das Vertriebsunternehmen für den Verkauf eines Platzes auf einem von einem anderen Unternehmen durchgeführten Flug allenfalls eine geringe Provision erhalte.

113 Überdies ist darauf hinzuweisen, dass die von der Kommission angeführten Gesichtspunkte, wenn man sie als zutreffend unterstellt, jedenfalls nur belegen können, dass der Wettbewerb zwischen dem Vertriebs- und dem Betriebsunternehmen schwach ausgeprägt ist, nicht aber, dass die Code-Sharing-Vereinbarung die Wirkung hat, den Wettbewerb zwischen den beiden Gesellschaften für die von ihnen selbst durchgeführten Flüge zu beschränken. Mit anderen Worten mag die Code-Sharing-Vereinbarung zwar dazu führen, dass für den Verkauf von Code-Sharing-Tickets nur ein schwach ausgeprägter Wettbewerb besteht, jedoch hat die Kommission nichts vorgetragen, was belegen könnte, dass die Code-Sharing-Vereinbarung eine Schwächung des Wettbewerbs für die von jeder der beiden Gesellschaften durchgeführten Flüge bewirkt. Die Kommission will zwar festgestellt haben, dass die vom Betriebsunternehmen angebotenen Preise nahezu identisch mit den vom Vertriebsunternehmen angebotenen Preisen für die Code-Sharing-Plätze auf demselben Flug seien, jedoch beruft sich die Klägerin ihrerseits unwidersprochen auf Preisunterschiede zwischen Flügen, die am selben Tag von verschiedenen Gesellschaften durchgeführt würden. Gerade der Wettbewerb zwischen Flügen, die jeweils von Swiss und SAS durchgeführt werden, ist aber von größerer Relevanz für die Prüfung des Bestehens eines Wettbewerbs zwischen den beiden Fluggesellschaften.

114 Schließlich hat die Kommission vor dem Gericht eingeräumt, nicht im Detail geprüft zu haben, wie sich die Code-Sharing-Vereinbarung zwischen Swiss und SAS hinsichtlich der Linie ZRH-STO auf den Wettbewerb zwischen diesen beiden Gesellschaften auswirkt. Insoweit macht die Kommission geltend, sie sei nicht verpflichtet gewesen, die von der Klägerin vorgebrachten Gesichtspunkte zu prüfen, da die Klägerin nicht nachgewiesen habe, dass sich die vertraglichen Beziehungen stark genug verändert hätten, um die in der Entscheidung von 2005 festgestellten Probleme auszuräumen. Tatsächlich war es aber gerade notwendig, die Auswirkung der Code-Sharing-Vereinbarung auf den Wettbewerb auf der in Rede stehenden Linie zu prüfen, um zu beurteilen, ob und inwieweit diese Vereinbarung geeignet war, den Wettbewerb zwischen Swiss und SAS einzuschränken oder zu beseitigen.

115 Nach alledem kann die Code-Sharing-Vereinbarung zwar berücksichtigt werden, aber weder die im angefochtenen Beschluss angeführten Gesichtspunkte noch die von der Kommission in ihren Schriftsätzen vor dem Gericht dargelegten Argumente können, was die tariflichen Verpflichtungszusagen bezüglich der Linie ZRH-STO angeht, die Ablehnung des Befreiungsantrags rechtfertigen.

Zum dritten Teil: fehlende Berücksichtigung des Umstands, dass der Wettbewerb zwischen Swiss auf der einen und SAS sowie LOT auf der anderen Seite eine „langfristige Marktveränderung“ im Sinne des ersten Satzes der Überprüfungsklausel 15.2 darstellt

116 Die Klägerin wirft der Kommission vor, nicht geprüft zu haben, ob sich anhand der Beweise, die das Fortbestehen des Wettbewerbs zwischen Swiss auf der einen und SAS sowie LOT auf der anderen Seite belegten, eine „langfristige Marktveränderung“ feststellen lasse, obwohl es sich dabei um einen Befreiungsgrund handele, der im ersten Satz der Überprüfungsklausel 15.2 ausdrücklich genannt sei.

117 Insoweit macht die Klägerin geltend, die Preise auf den Linien ZRH-STO und ZRH-WAW seien deutlich niedriger als 2005, die Zahl der Fluggäste auf diesen Linien habe sich verdoppelt und die Parteien hätten Beweise vorgelegt, die belegten, dass sich die Preise, die Swiss für die von ihr selbst durchgeführten Flüge verlange, von denen unterschieden, die LOT für Plätze auf den von ihr selbst durchgeführten Flüge verlange.

118 Eingangs ist zum einen festzustellen, dass die „langfristige Marktveränderung" einen eigenständigen Befreiungsgrund darstellt, der im ersten Satz der Überprüfungsklausel 15.2 genannt ist, und zum anderen, dass die Kommission nicht bestreitet, dass das Bestehen eines Wettbewerbs zwischen Swiss und SAS sowie LOT als eine langfristige Marktveränderung angesehen werden kann. Unter diesen Umständen ist das oben wiedergegebene Vorbringen in Rn. 53 des angefochtenen Beschlusses zu Unrecht mit der Begründung zurückgewiesen worden, dass es, „da die Vorbedingungen für die positive Bescheidung des Befreiungsantrags nicht vorliegen, … nicht notwendig [ist], die Frage der Preisentwicklungen im vorliegenden Beschluss zu prüfen". Allerdings bleibt dieser Fehler folgenlos, da die Kommission die Preisentwicklung und das Ausmaß des Wettbewerbs in den Rn. 54 bis 59 des angefochtenen Beschlusses „der Vollständigkeit halber" dennoch geprüft hat.

119 Insoweit hat die Kommission im angefochtenen Beschluss zwar anerkannt, dass die von der Klägerin und Swiss vorgelegten Grafiken tatsächlich gewisse Preisunterschiede zwischen Flügen, die am selben Tag von verschiedenen Gesellschaften durchgeführt würden, zu zeigen schienen, jedoch bleibe die Verlässlichkeit dieser Darstellung ungewiss, so dass eine zusätzliche wirtschaftliche Analyse vorzunehmen wäre.

120 Wie die Kommission geltend macht, obliegt es zwar dem fusionierten Unternehmen, das eine Befreiung von Verpflichtungszusagen beantragt, Beweise vorzulegen, die belegen können, dass die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, und die Kommission kann nicht gehalten sein, für jeden Befreiungsantrag eine neue Marktuntersuchung durchzuführen. Jedoch verfügt die Kommission über Untersuchungsbefugnisse und wirksame Ermittlungsinstrumente und hätte, wenn sie der Auffassung war, dass die von den Parteien vorgelegten Beweise nicht verlässlich oder aussagekräftig genug seien oder durch weitere Daten ergänzt werden müssten, genauere Informationen anfordern oder eine entsprechende Untersuchung durchführen müssen. Dies gilt umso mehr, als Lufthansa bereits in ihrem Antwortschreiben vom 20. November 2015 betont hatte, dass sich die Kommission nicht einfach auf die Aussage beschränken könne, dass „das tatsächliche Ausmaß des Tarifwettbewerbs auf den beiden Linien offen bleiben" könne.

121 Die Parteien haben unter Berufung auf die Schlussfolgerungen des Beauftragten außerdem geltend gemacht, dass die Verdoppelung der Zahl der Fluggäste und der deutliche Preisrückgang zwischen 2005 und 2014 davon zeugten, dass zwischen Swiss auf der einen und LOT sowie SAS auf der anderen Seite ein starker Wettbewerb bestehe.

122 Hierzu hat die Kommission im angefochtenen Beschluss lediglich ausgeführt, die Parteien hätten keinen zwingenden Beweis dafür vorgelegt, dass diese Preisrückgänge durch den Wettbewerb zwischen Swiss und LOT verursacht worden seien. Die Rückgänge könnten nämlich auch auf die nachlassenden Treibstoffpreise oder die Wirkung der tariflichen Verpflichtungszusagen zurückzuführen sein.

123 Wie oben dargelegt, darf sich die Kommission aber nicht darauf beschränken, zwingende Beweise zu verlangen – noch dazu, ohne zu erläutern, worin sie bestehen sollen –, sondern sie muss die Mangelhaftigkeit der von den Parteien vorgelegten Beweise feststellen, Ermittlungsmaßnahmen ergreifen oder, falls erforderlich, eine Untersuchung durchführen, um die Beweise zu vervollständigen oder deren Stichhaltigkeit zu widerlegen.

124 Überdies ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, dass sie nicht dem Vorbringen der Klägerin entgegentrete, wonach 17 von 32 Preisermäßigungen auf der Linie ZRH-STO und 4 von 13 Ermäßigungen auf der Linie ZRH-WAW freiwillig erfolgt, d. h. nicht durch die Abhilfemaßnahmen bedingt seien.

125 Nach alledem ist die Kommission nicht ihrer Verpflichtung nachgekommen, alle relevanten Daten sorgfältig zu prüfen, Ermittlungsmaßnahmen zu ergreifen oder die notwendigen Untersuchungen durchzuführen, um das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen Swiss auf der einen und SAS sowie LOT auf der anderen Seite zu prüfen.

Zum fünften Teil: Nichtbeachtung der allgemeinen Fusionskontrollpolitik hinsichtlich der tariflichen Abhilfemaßnahmen

126 Die Klägerin trägt vor, die Kommission habe nicht berücksichtigt, dass die tariflichen Verpflichtungszusagen mit ihrer in Rn. 18 der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen dargelegten und durch die Praxis bestätigten Handhabung von Abhilfemaßnahmen unvereinbar seien. In den letzten Jahren habe die Kommission übrigens die von den Parteien vorgeschlagenen Tarifverpflichtungen systematisch abgelehnt.

127 Die tariflichen Verpflichtungszusagen seien in zweifacher Hinsicht geeignet, den Wettbewerb zu verzerren, nämlich zum einen, indem sie den Fluggästen der Referenzlinien die Vorteile der Preisermäßigungen nähmen, die Swiss in Betracht ziehen könnte, wenn es die zusätzlichen Kosten nicht gäbe, die durch die entsprechende Preisermäßigung, die auf den „Überschneidungslinien“ verlangt werde, hervorgerufen würden, und zum anderen, indem sie den Markteintritt einer konkurrierenden Gesellschaft verhinderten, weil die Tarife auf den „Überschneidungslinien“ künstlich niedrig gehalten würden.

128 Die Klägerin wirft der Kommission vor, diese Aspekte nicht gewürdigt zu haben, sondern sich auf den Hinweis beschränkt zu haben, dass die Linien ZRH-STO und ZRH-WAW schwach ausgelastete Verbindungen seien, auf denen trotz der Abhilfemaßnahmen in Bezug auf Zeitnischen keine neue Gesellschaft in den Markt eingetreten sei.

129 Insoweit ist erstens zu dem Argument, dass die tariflichen Verpflichtungszusagen mit der Politik der Kommission in Bezug auf Abhilfemaßnahmen unvereinbar seien, zunächst daran zu erinnern, dass die Klägerin im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht die Rechtmäßigkeit der Verpflichtungszusagen in Frage stellen kann, die durch die bestandskräftig gewordene Entscheidung von 2005 für verbindlich erklärt wurden.

130 Des Weiteren verbietet die Mitteilung über Abhilfemaßnahmen, wie die Kommission zutreffend anmerkt, tarifliche Verpflichtungszusagen nicht, sondern sie hebt hervor, dass diese die auf horizontalen Überschneidungen beruhenden wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Allgemeinen nicht beseitigen und dass diese Art von Abhilfemaßnahmen nur ausnahmsweise zugelassen werden kann, wenn sie von wirksamen Umsetzungs- und Kontrollmechanismen flankiert wird und nicht die Gefahr besteht, dass sie eine Verfälschung des Wettbewerbs bewirkt.

131 Schließlich kann, da jeder Zusammenschluss individuell und anhand der jeweiligen tatsächlichen und rechtlichen Umstände geprüft wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Mai 2015, Niki Luftfahrt/Kommission, T-162/10, EU:T:2015:283, Rn. 142 und 144), der Umstand, dass Verpflichtungszusagen in bestimmten – oder gar in den meisten – Verfahren abgelehnt wurden, nicht ausschließen, dass sie in einem Einzelfall doch angenommen werden, sofern sie es ermöglichen, die festgestellten wettbewerbsrechtlichen Probleme zu lösen.

132 Was zweitens das Vorbringen anbelangt, dass die tariflichen Verpflichtungszusagen geeignet seien, Verzerrungen sowohl auf den Referenzlinien als auch auf den „Überschneidungslinien“ hervorzurufen, ist festzustellen, dass die Kommission weder im angefochtenen Beschluss noch vor dem Gericht irgendetwas vorgetragen hat, was dieses Vorbringen entkräften könnte, sondern nur dessen hypothetischen Charakter hervorgehoben hat. Überdies könnte die Verpflichtung, die auf den Referenzlinien vorgenommenen Preisermäßigungen auf die Linien ZRH-STO und ZRH-WAW zu übertragen, dritte Fluggesellschaften davon abhalten, diese Linien zu betreiben. Somit könnte es sein, dass die tariflichen Verpflichtungszusagen das strukturelle Marktproblem, dem sie eigentlich abhelfen sollen, keineswegs lösen, sondern im Gegenteil dazu beitragen, dass ihr Fortbestand für unbegrenzte Zeit notwendig bleibt.

133 Indessen geht es im vorliegenden Fall nicht darum, die Rechtmäßigkeit der mit der bestandskräftigen Entscheidung von 2005 für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen zu beurteilen, sondern es ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Aufhebung dieser Verpflichtungszusagen erfüllt sind.

134 Insoweit kann die geltend gemachte Wettbewerbsverzerrung, selbst wenn man sie als erwiesen unterstellt, weder mit einer wesentlichen Marktveränderung im Sinne des ersten Satzes der Überprüfungsklausel 15.2 noch mit einer Veränderung der vertraglichen Beziehungen im Sinne des zweiten Satzes dieser Klausel gleichgesetzt werden. Allgemeiner betrachtet, erlaubt sie nicht die Feststellung, dass die in der Entscheidung von 2005 bezeichneten wettbewerbsrechtlichen Probleme, die den Verpflichtungszusagen zugrunde liegen, beseitigt sind.

135 Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass, auch wenn die Geltendmachung einer drohenden Wettbewerbsverzerrung nicht für den Nachweis geeignet ist, dass die in der Überprüfungsklausel 15.2 genannten Voraussetzungen für die Aufhebung der Verpflichtungszusagen erfüllt sind, dieses Vorbringen gleichwohl die Notwendigkeit verstärkt, dass die Kommission den Befreiungsantrag sorgfältig und eingehend prüft und sich vergewissert, ob die Verpflichtungszusagen noch erforderlich oder angemessen sind.

Schlussfolgerung zum ersten Klagegrund

136 Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass die Kommission das Vorbringen, das auf die Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines, eine veränderte Politik gegenüber den Allianzpartnern und das Bestehen eines Wettbewerbs zwischen Swiss auf der einen und SAS sowie LOT auf der anderen Seite gestützt ist, nicht sorgfältig geprüft hat.

137 Allerdings können diese Versäumnisse, so bedauerlich sie auch sein mögen, hinsichtlich der Linie ZRH-WAW nicht als ausreichend angesehen werden, um zur Nichtigerklärung des angefochtenen Beschlusses zu führen, da es keinerlei Veränderung der vertraglichen Beziehungen zwischen Swiss und LOT gibt, in Anbetracht deren die tariflichen Verpflichtungszusagen mit der Entscheidung von 2005 für verbindlich erklärt wurden.

138 Was die Linie ZRH-STO anbelangt, ist nicht nur auf das Fehlen einer angemessenen Prüfung der oben in Rn. 136 genannten Gesichtspunkte und die Auflösung der Joint-Venture-Vereinbarung zwischen Lufthansa und SAS hinzuweisen, sondern auch darauf, dass die Kommission weder die Zusage der Klägerin, ihre bilaterale Allianzvereinbarung mit SAS aufzulösen, noch die Stellungnahme des Beauftragten, in der eine wesentliche Marktveränderung auf der Linie ZRH-STO festgestellt wurde, berücksichtigt hat und die Auswirkung der Code-Sharing-Vereinbarung auf den Wettbewerb zwischen Swiss und SAS nicht ausreichend geprüft hat. Infolgedessen ist festzustellen, dass die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, indem sie nicht alle relevanten Daten berücksichtigt hat, und dass die im angefochtenen Beschluss dargelegten Gesichtspunkte hinsichtlich der Linie ZRH-STO nicht geeignet sind, die Ablehnung des Befreiungsantrags zu rechtfertigen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, Rn. 39).

139 Demzufolge ist der angefochtene Beschluss für nichtig zu erklären, soweit er die Linie ZRH-STO betrifft, ohne dass die weiteren von der Klägerin vorgebrachten Klagegründe und Argumente geprüft werden müssten. Hingegen sind diese weiteren Klagegründe und Argumente zu prüfen, soweit sie die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Beschlusses in Bezug auf die Linie ZRH-WAW betreffen.

Zum zweiten Klagegrund: Verletzung des Grundsatzes der guten Verwaltung

140 Die Klägerin trägt vor, die Kommission habe ihre Pflicht zur sorgfältigen und unvoreingenommenen Prüfung aller maßgeblichen Aspekte des Einzelfalls und damit den Grundsatz der guten Verwaltung gemäß Art. 41 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verletzt.

141 Die Kommission habe ihre rechtlichen Argumente überhaupt nicht berücksichtigt und hinsichtlich des Wettbewerbs auf den in Rede stehenden Linien auf Vermutungen und Unterstellungen zurückgegriffen, anstatt eine seriöse Untersuchung des Sachverhalts vorzunehmen. Auch habe sie hinsichtlich der Preisentwicklung und des Ausmaßes des Wettbewerbs keine eigene Untersuchung durchgeführt und nicht einmal in sinnvoller Weise mit dem für die Überwachung zuständigen Beauftragten zusammengearbeitet, sondern es vorgezogen, zu mutmaßen, dass die Code-Sharing-Vereinbarungen den Wettbewerb einschränkten.

142 Die Weigerung, die Argumente von Lufthansa sorgfältig zu prüfen, werde auch darin deutlich, dass die Kommission immer wieder haltlose rechtliche Argumente wiederhole, die Lufthansa bereits im Verwaltungsverfahren entkräftet habe.

143 Es ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 41 Abs. 1 der Charta der Grundrechte „[j]ede Person … ein Recht darauf [hat], dass ihre Angelegenheiten von den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist behandelt werden“.

144 Soweit die Klägerin der Kommission vorwirft, zur Stützung ihrer Beurteilung nicht alle maßgeblichen Aspekte berücksichtigt zu haben, ist diese Rüge im Rahmen des ersten Klagegrundes geprüft worden.

145 Was die Rüge anbelangt, dass die Kommission ihren Unwillen, den Befreiungsantrag sorgfältig zu prüfen, deutlich zu erkennen gegeben habe, indem sie die rechtlichen Argumente von Lufthansa überhaupt nicht berücksichtigt habe, ist festzustellen, dass allein der Umstand, dass die Kommission der Argumentation von Lufthansa entgegengetreten ist und sie verworfen hat, für sich genommen nicht belegt, dass sie gegenüber dem Befreiungsantrag voreingenommen gewesen wäre. Desgleichen zeugt der Umstand, dass die Kommission rechtliche Argumente wiederholt, die laut Lufthansa haltlos sind und die sie schon im Verwaltungsverfahren entkräftet haben will, eher von einer unterschiedlichen Rechtsauffassung, belegt aber als solcher und für sich genommen keine Weigerung, den Befreiungsantrag unvoreingenommen zu prüfen.

146 Im Übrigen kann nicht behauptet werden, dass die Kommission den Antrag überhaupt nicht geprüft hätte, da sie, wie aus den obigen Rn. 14 bis 19 hervorgeht, mehrere Auskunftsersuchen an Lufthansa gerichtet und im Verwaltungsverfahren mehrere Begegnungen mit ihr abgehalten hat.

147 Demnach ist der zweite Klagegrund zurückzuweisen.

Zum dritten Klagegrund: Ermessensmissbrauch

148 Die Klägerin trägt vor, die Kommission habe das Befreiungsverfahren als Druckmittel verwendet, um Swiss dazu zu zwingen, eine vertragliche Vereinbarung aufzulösen, die in keinem konkreten Bezug zum Zusammenschluss gestanden habe. Die Kommission versuche, hinsichtlich der 2007 zwischen Swiss und LOT geschlossenen Code-Sharing-Vereinbarung die Verfahren zu umgehen, die nach der

Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 101 und 102 [AEUV] niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1) für die Prüfung und Ahndung etwaiger Verstöße gegen Art. 101 AEUV vorgesehen seien. Insbesondere aus Rn. 104 des angefochtenen Beschlusses werde deutlich, dass diese Code-Sharing-Vereinbarung und ihre potenziellen wettbewerbsschädlichen Wirkungen der Hauptgrund gewesen seien, aus dem die Kommission den Befreiungsantrag abgelehnt habe.

149 Die Kommission versuche auf diese Weise, die Verpflichtung zu umgehen, zum einen die behaupteten wettbewerbsschädlichen Wirkungen der von Swiss geschlossenen Code-Sharing-Vereinbarung tatsächlich zu beweisen und zum anderen eine gerichtlich überprüfbare Entscheidung zu erlassen. Insoweit sei anzumerken, dass die Kommission im Februar 2011 von Amts wegen ein Verfahren gegen Code-Sharing-Vereinbarungen zwischen Lufthansa und Turkish Airlines sowie zwischen Brussels Airlines und TAP Air Portugal, die sich auf Linien von Drehkreuz zu Drehkreuz bezögen, eingeleitet habe, aber nach fünfeinhalbjähriger „vorrangiger“ Ermittlung immer noch zu keinem Ergebnis gelangt sei.

150 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass eine Rechtshandlung nach ständiger Rechtsprechung nur dann ermessensmissbräuchlich ist, wenn aufgrund objektiver, schlüssiger und übereinstimmender Indizien anzunehmen ist, dass sie ausschließlich oder zumindest vorwiegend zu anderen Zwecken als denen, zu denen die betreffende Befugnis eingeräumt wurde, oder mit dem Ziel erlassen worden ist, ein Verfahren zu umgehen, das die Verträge speziell vorsehen, um die konkrete Sachlage zu bewältigen (vgl. Urteil vom 16. April 2013, Spanien und Italien/Rat, C-274/11 und C-295/11, EU:C:2013:240, Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).

151 Es ist festzustellen, dass die Klägerin keine objektiven, schlüssigen und übereinstimmenden Indizien vorgelegt hat, die belegen könnten, dass die Kommission das Befreiungsverfahren als Druckmittel mit dem ausschließlichen oder hauptsächlichen Ziel verwendet hat, Swiss zur Auflösung der Code-Sharing-Vereinbarung mit LOT zu zwingen, um die für die Prüfung und Ahndung von Verstößen gegen Art. 101 AEUV vorgesehenen Verfahren zu umgehen.

152 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission das Verfahren nicht von sich aus eingeleitet hat, sondern auf Antrag der Klägerin.

153 Ferner geht zwar aus den Akten hervor, dass die in Rede stehende Code-Sharing-Vereinbarung nach Auffassung der Kommission im vorliegenden Fall wettbewerbsrechtliche Probleme aufwirft und dass, wie sich insbesondere aus den Rn. 5, 49, 69 und 95 des angefochtenen Beschlusses ergibt, die Ablehnung des Befreiungsantrags im Wesentlichen mit dem Fortbestand bzw. der fehlenden Änderung dieser Vereinbarung begründet wird, jedoch kann daraus nicht geschlossen werden, dass sich die Kommission eines Ermessensmissbrauchs schuldig gemacht hätte.

154 Wie oben in den Rn. 101 bis 103 dargelegt, hat die Kommission die Code-Sharing-Vereinbarung zwischen Swiss und LOT bei ihrer Prüfung des Befreiungsantrags zu Recht berücksichtigt. Diese Vereinbarung ist nämlich integraler Bestandteil der umfassenderen Vertragsbeziehung, die der Beurteilung des Wettbewerbs auf der Linie ZRH-WAW zugrunde liegt. Nachdem die Kommission in der Entscheidung von 2005 befunden hat, dass LOT angesichts all ihrer Kooperationsvereinbarungen mit Lufthansa wenig Interesse daran habe, mit Swiss zu konkurrieren, kann die Code-Sharing-Vereinbarung für die Beurteilung des Wettbewerbs auf dieser Linie in der Tat relevant sein, unabhängig davon, ob diese Vereinbarung die Ablehnung des Antrags letztendlich rechtfertigen kann.

155 Außerdem ist festzustellen, dass die Kommission die Klägerin nicht dazu verpflichtet hat, die Code-Sharing-Vereinbarung aufzulösen, sondern den Parteien lediglich vorgeschlagen hat, sie aufzulösen, um die Bewilligung der Befreiung zu erleichtern, oder zumindest ihren Geltungsbereich auf die vor- und nachgelagerten Verbindungen zu beschränken und damit das Ausmaß der Kooperation zwischen der Fusionseinheit und LOT zu verringern.

156 Folglich können die von der Klägerin geltend gemachten Gesichtspunkte nicht als objektive, schlüssige und übereinstimmende Indizien für einen Ermessensmissbrauch angesehen werden; der dritte Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

157 Nach alledem ist der angefochtene Beschluss für nichtig zu erklären, soweit er die Linie ZRH-STO betrifft; im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

Kosten

158 Nach Art. 134 Abs. 3 der Verfahrensordnung trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt, jede Partei ihre eigenen Kosten.

159 Unter den vorliegenden Umständen ist zu entscheiden, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Sechste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Der Beschluss C(2016) 4964 final der Kommission vom 25. Juli 2016, mit dem der Antrag der Deutschen Lufthansa AG auf Befreiung von bestimmten Verpflichtungszusagen, die mit der Entscheidung der Kommission vom 4. Juli 2005 über die Genehmigung des Zusammenschlusses in der Sache COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss für verbindlich erklärt wurden, abgelehnt wurde, wird für nichtig erklärt, soweit er die Linie Zürich–Stockholm betrifft.**

2. **Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**

3. **Jede Partei trägt ihre eigenen Kosten.**

Berardis Papasavvas Spineanu-Matei

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 16. Mai 2018.

Unterschriften

Inhaltsverzeichnis

Vorgeschichte des Rechtsstreits 1

Entscheidung über die Genehmigung des Zusammenschlusses von Lufthansa und der Swiss International Air Lines Ltd 2

Angefochtener Beschluss 3

Verfahren und Anträge der Parteien 6

Rechtliche Würdigung 6

Vorbemerkungen 6

Zum ersten Klagegrund: Anwendung eines falschen rechtlichen Maßstabs, offensichtliche Beurteilungsfehler sowie Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes 9

Zum ersten Teil: Anwendung eines falschen rechtlichen Maßstabs bei der Prüfung des Befreiungsantrags sowie Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes 9

Zum zweiten und zum vierten Teil: offensichtlicher Fehler bei der Beurteilung der von Lufthansa geschlossenen Allianzvereinbarungen im Hinblick auf den zweiten Satz der Überprüfungsklausel 15.2 und Außerachtlassung der veränderten Politik der Kommission in Bezug auf die Behandlung der Allianzpartner 11

– Vorbemerkungen 11

– Änderungen der vertraglichen Beziehungen zwischen Lufthansa und SAS 12

– Zur Entscheidung Lufthansa/Brussels Airlines und zur vorgeblich geänderten Politik der Kommission in Bezug auf die Behandlung der Allianzpartner 15

– Zur Code-Sharing-Vereinbarung zwischen Swiss und SAS 18

Zum dritten Teil: fehlende Berücksichtigung des Umstands, dass der Wettbewerb zwischen Swiss auf der einen und SAS sowie LOT auf der anderen Seite eine „langfristige Marktveränderung“ im Sinne des ersten Satzes der Überprüfungsklausel 15.2 darstellt 20

Zum fünften Teil: Nichtbeachtung der allgemeinen Fusionskontrollpolitik hinsichtlich der tariflichen Abhilfemaßnahmen 22

Schlussfolgerung zum ersten Klagegrund 23

Zum zweiten Klagegrund: Verletzung des Grundsatzes der guten Verwaltung 24

Zum dritten Klagegrund: Ermessensmissbrauch 24

Kosten 26