Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Siebte erweiterte Kammer)

23. Februar 2022*

„Außervertragliche Haftung – Wettbewerb – Markt der internationalen Expressversanddienstleistungen von kleinen Paketen innerhalb des EWR – Zusammenschluss – Beschluss zur Feststellung der Unvereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt – Nichtigerklärung des Beschlusses durch ein Urteil des Gerichts – Verteidigungsrechte – Hinreichend qualifizierter Verstoß gegen eine Rechtsnorm, die dem Einzelnen Rechte verleiht – Kausalzusammenhang“

In der Rechtssache T-834/17,

United Parcel Service, Inc. mit Sitz in Atlanta, Georgia (Vereinigte Staaten), vertreten durch A. Ryan, Solicitor, sowie Rechtsanwälte F. Hoseinian, W. Knibbeler, A. Pliego Selie und F. Roscam Abbing,

Klägerin,

gegen

Europäische Kommission, vertreten durch N. Khan, P. Berghe, M. Farley und R. Leupold Henning als Bevollmächtigte,

Beklagte,

betreffend eine Klage nach Art. 268 AEUV auf Ersatz des Schadens, der der Klägerin durch die Rechtswidrigkeit des Beschlusses C(2013) 431 der Kommission vom 30. Januar 2013 zur Feststellung der Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt und dem EWR-Abkommen (Sache COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) entstanden sein soll,

erlässt

DAS GERICHT (Siebte erweiterte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten S. Papasavvas, des Richters R. da Silva Passos, der Richterin I. Reine sowie der Richter L. Truchot und M. Sampol Pucurull (Berichterstatter),

Kanzler: E. Artemiou, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 2020

* Verfahrenssprache: Englisch.

folgendes

Urteil

I. Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Die Klägerin, die United Parcel Service, Inc. (im Folgenden: UPS oder Klägerin), und die TNT Express NV (im Folgenden: TNT) sind zwei im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) auf den Märkten für internationale Expressbeförderung von Kleinpaketen tätige Gesellschaften.

2 Am 26. Juni 2012 veröffentlichte die Europäische Kommission nach Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 2004, L 24, S. 1), durchgeführt durch die Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 21. April 2004 (ABl. 2004, L 133, S. 1), eine Bekanntmachung der vorherigen Anmeldung eines Zusammenschlusses (Sache COMP/M.6570– UPS/TNT Express) (ABl. 2012, C 186, S. 9).

3 Am 11. Januar 2013 teilte die Kommission UPS mit, dass sie beabsichtige, deren geplanten Zusammenschluss mit TNT zu untersagen.

4 Am 14. Januar 2013 gab UPS diese Information im Wege einer Pressemitteilung bekannt.

5 Am 18. Januar 2013 gab der in Art. 19 der Verordnung Nr. 139/2004 vorgesehene Beratende Ausschuss eine befürwortende Stellungnahme zu dem Beschlussentwurf der Kommission ab, mit dem der Zusammenschluss von UPS und TNT für unvereinbar erklärt wurde.

6 Am 30. Januar 2013 erließ die Kommission den Beschluss C(2013) 431 zur Feststellung der Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt und dem EWR-Abkommen (Sache COMP/M.6570 – UPS/TNT Express) (im Folgenden: streitiger Beschluss). Die Kommission war der Ansicht, dass der Zusammenschluss von UPS und TNT eine erhebliche Behinderung eines wirksamen Wettbewerbs auf den betreffenden Dienstleistungsmärkten in 15 Mitgliedstaaten darstelle, nämlich in Bulgarien, der Tschechischen Republik, Dänemark, Estland, Lettland, Litauen, Ungarn, Malta, den Niederlanden, Polen, Rumänien, Slowenien, der Slowakei, Finnland sowie Schweden.

7 Im Wege einer Pressemitteilung gab UPS am selben Tag bekannt, auf den geplanten Zusammenschluss zu verzichten.

8 Am 5. April 2013 erhob UPS beim Gericht Klage auf Nichtigerklärung des streitigen Beschlusses, die unter dem Aktenzeichen T-194/13 in das Register eingetragen wurde, und stellte einen Antrag auf Entscheidung im beschleunigten Verfahren, den das Gericht zurückgewiesen hat.

9 Am 7. April 2015 gab die FedEx Corp. ein Angebot für den Kauf von TNT bekannt.

10 Am 4. Juli 2015 veröffentlichte die Kommission eine Bekanntmachung der vorherigen Anmeldung eines Zusammenschlusses (Sache M.7630 – FedEx/TNT Express) (ABl. 2015, C 220, S. 15) betreffend den Zusammenschluss, mit dem TNT von FedEx übernommen werden sollte.

11 Am 8. Januar 2016 erließ die Kommission den Beschluss zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt und dem EWR-Abkommen (Sache M.7630 – FedEx/TNT Express), von dem eine Zusammenfassung im *Amtsblatt der Europäischen Union* (ABl. 2016, C 450, S. 12) veröffentlicht wurde.

12 Mit Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), erklärte das Gericht den streitigen Beschluss für nichtig.

13 Am 16. Mai 2017 legte die Kommission gegen das Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), ein Rechtsmittel ein, das der Gerichtshof mit Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), zurückwies.

II. Verfahren und Anträge der Parteien

14 Mit Klageschrift, die am 29. Dezember 2017 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat UPS die vorliegende Klage erhoben.

15 Mit Schriftsatz, der am 29. Januar 2018 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Kommission beantragt, das Verfahren auszusetzen, bis über das Rechtsmittel in der Rechtssache C-265/17 P entschieden wird, oder, hilfsweise, eine prozessleitende Maßnahme zu erlassen, mit der das Gericht feststellen soll, ob erstens die Voraussetzungen für eine Haftung der Europäischen Union nach Art. 340 AEUV, ausgenommen das Vorliegen eines Schadens, erfüllt sind und ob daher zweitens bis auf Weiteres kein Beitrag der Parteien zur Höhe des behaupteten Schadens erforderlich ist.

16 Mit Entscheidung vom 6. Februar 2018 hat der Kammerpräsident das Verfahren bis zur Verkündung der Entscheidung in der Rechtssache C-265/17 P ausgesetzt. Hingegen hat das Gericht dem Antrag der Kommission auf prozessleitende Maßnahmen nicht stattgegeben.

17 Mit Schriftsatz, der am 25. Januar 2019 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Kommission erneut den Erlass einer prozessleitenden Maßnahme beantragt, mit der das Gericht vorab feststellen soll, ob die Voraussetzungen für eine Haftung der Union nach Art. 340 AEUV erfüllt sind, unter Ausschluss der Frage, ob ein von UPS geltend gemachter Schaden vorliegt, und die Parteien somit von der Verpflichtung zu befreien, bis auf Weiteres Fragen zur Höhe des behaupteten Schadens zu behandeln.

18 Mit Schriftsatz, der am 14. Februar 2019 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, ist UPS diesem Antrag entgegengetreten und das Gericht hat dem Antrag der Kommission auf prozessleitende Maßnahmen nicht stattgegeben.

19 Im Zuge einer Änderung der Besetzung des Gerichts hat der Präsident des Gerichts mit Entscheidung vom 17. Oktober 2019 die Rechtssache gemäß Art. 27 Abs. 3 der Verfahrensordnung des Gerichts einem neuen, der Siebten Kammer zugeteilten Berichterstatter zugewiesen.

20 Auf Vorschlag der Siebten Kammer hat das Gericht gemäß Art. 28 der Verfahrensordnung beschlossen, die Rechtssache an einen erweiterten Spruchkörper zu verweisen.

21 Auf Vorschlag des Berichterstatters hat das Gericht (Siebte erweiterte Kammer) beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen, und den Parteien im Rahmen prozessleitender Maßnahmen nach Art. 89 der Verfahrensordnung schriftliche Fragen gestellt, die fristgerecht beantwortet worden sind. Außerdem hat das Gericht den Parteien schriftlich eine Frage gestellt und sie aufgefordert, diese in der mündlichen Verhandlung zu beantworten.

22 UPS beantragt,

– ihr die entstandenen Schäden in Höhe von 1,742 Mrd. Euro zuzüglich aufgelaufener Zinsen zu ersetzen;

– ihr die auf den erhaltenen Schadensersatz zu erhebenden Steuern auf der Grundlage des am Tag der Entscheidung des Gerichts anwendbaren Steuersatzes zu ersetzen;

– der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

23 Die Kommission beantragt,

– die Klage abzuweisen;

– der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

III. Rechtliche Würdigung

A. Zur Zulässigkeit bestimmter Klagegründe, Argumente und Beweise

24 Die Kommission macht geltend, die Schriftsätze der UPS seien unklar und entsprächen weder den Anforderungen von Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung noch denen von Art. 85 der Verfahrensordnung, so dass bestimmte Argumente und Beweise, auf die sie gestützt würden, für unzulässig zu erklären seien.

1. Zur Unklarheit des Vorbringens von UPS

25 Die Kommission beanstandet, UPS habe ihr Vorbringen verstreut erstattet, ohne die geltend gemachten Klagegründe zu beachten. Die Klage beruhe auf drei Klagegründen, die jede der Voraussetzungen für die außervertragliche Haftung der Union beträfen. UPS habe jedoch mehrere Argumente außerhalb des Klagegrundes vorgebracht, auf den sie sich ihrem Inhalt nach bezögen. UPS habe daher im Stadium der Klageschrift Argumente im Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit in den Teilen vorgebracht, in denen es um den Kausalzusammenhang gegangen sei. Im Stadium der Erwiderung habe UPS die beiden zusammen behandelt, wobei sie in dem Teil, der den Schaden betreffe, Argumente zu den beiden anderen Voraussetzungen der außervertraglichen Haftung der Union geltend gemacht habe. Die Kommission ist der Ansicht, dass das Gericht diese Argumente nicht umordnen dürfe, da sie inhaltlich nicht dem Klagegrund entsprächen, in dessen Rahmen sie geltend gemacht würden.

26 Im vorliegenden Fall trifft es zu, dass UPS in der Klageschrift einen Teil ihres Vorbringens zu den behaupteten Rechtsverstößen im Rahmen von Klagegründen dargelegt hat, die die anderen Voraussetzungen für die außervertragliche Haftung der Union betreffen, insbesondere in

demjenigen, der den Kausalzusammenhang betrifft. Ein solcher Mangel an Kohärenz kann zwar dazu beitragen, die Klage unklar zu machen, doch kann er nicht zu deren – auch nur teilweisen – Unzulässigkeit führen, wenn die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Umstände, auf denen die Anträge beruhen, in gedrängter Form, klar und bestimmt, gemäß Art. 21 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union und Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung, dargestellt werden, um dem Beklagten somit die Wahrung seiner Rechte und dem Gericht die Entscheidung des Rechtsstreits zu ermöglichen. Eine Klage, die, wie im vorliegenden Fall, auf den Ersatz der angeblich von Unionsorganen verursachten Schäden gerichtet ist, genügt diesen Erfordernissen nur, wenn sie Angaben enthält, anhand deren sich sowohl das Verhalten, das der Kläger diesen Organen vorwirft, als auch die Gründe bestimmen lassen, aus denen nach Auffassung des Klägers ein Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem angeblich von ihm erlittenen Schaden besteht (vgl. Urteil vom 14. Dezember 2005, FIAMM und FIAMM Technologies/Rat und Kommission, T-69/00, EU:T:2005:449, Rn. 68 und die dort angeführte Rechtsprechung).

27 Auch wenn bestimmte rechtliche und tatsächliche Argumente der Klägerin nicht klar gegliedert sind, sind das Gericht und die Kommission gleichwohl in der Lage, die tatsächlichen und rechtlichen Umstände zu bestimmen, auf denen die Anträge der Klägerin beruhen. Die Kommission beruft sich im Übrigen zur Stützung ihres Vorbringens, dass das Gericht Argumente, die formal in verstreuter Form vorgebracht worden seien, nicht nach ihrem Inhalt umordnen könne, auf keine spezielle Vorschrift. Jedenfalls lässt sich dieses Vorbringen schwer damit vereinbaren, dass das Gericht bei der Prüfung der in einer Klage enthaltenen Klagegründe keineswegs verpflichtet ist, in seiner Begründung die Reihenfolge einzuhalten, in der diese Gründe dargestellt worden sind (Urteil vom 25. März 2010, Sviluppo Italia Basilicata/Kommission, C-414/08 P, EU:C:2010:165, Rn. 57). Das Gericht kann, wenn es auf den Inhalt des Vorbringens abstellt, dieses umdeuten (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. November 1998, Parlament/Gaspari, C-316/97 P, EU:C:1998:558, Rn. 21, und vom 28. Juli 2011, Mediaset/Kommission, C-403/10 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2011:533, Rn. 92 und 93). Es kann daher auch, wenn es auf den wesentlichen Inhalt des Vorbringens abstellt, seine Prüfung in einer Reihenfolge vornehmen, die von derjenigen abweicht, in der es ausgeführt worden war.

28 Unter diesen Umständen wäre, wenn man einen Teil der Argumentation der Klägerin allein mit der Begründung zurückwiese, dass sein Inhalt nicht genau der Überschrift des Abschnitts des Schriftsatzes entspreche, in dem diese Argumentation ausgeführt sei, ein übertriebener Formalismus, der ein Hindernis für die Ausübung des durch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) garantierten Rechts auf gerichtlichen Rechtsschutz darstellen könnte.

29 Die auf die Unklarheit der Klage gestützte Unzulässigkeitseinrede der Kommission ist unbegründet und zurückzuweisen.

2. Zum Verstoß gegen Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung

30 Die Kommission trägt vor, die Schriftsätze von UPS entsprächen nicht Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung, so dass bestimmte Argumente und Beweise unzulässig seien.

31 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 21 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, der gemäß Art. 53 Abs. 1 dieser Satzung auf das Gericht anwendbar ist, und nach Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung die Klageschrift den Streitgegenstand und eine kurze Darstellung der Klagegründe enthalten muss.

32 Zur Gewährleistung der Rechtssicherheit und einer geordneten Rechtspflege muss die kurze Darstellung der Klagegründe so klar und deutlich sein, dass dem Beklagten die Vorbereitung seiner Verteidigung und dem zuständigen Gericht die Entscheidung über die Klage ermöglicht wird (Urteil vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, Rn. 41).

33 Für die Zulässigkeit einer beim Gericht erhobenen Klage ist es daher erforderlich, dass sich die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Umstände, auf die sie sich stützt, zumindest in gedrängter Form, aber zusammenhängend und verständlich aus dem Text der Klageschrift selbst ergeben. Zwar kann ihr Text zu speziellen Punkten durch Bezugnahmen auf bestimmte Abschnitte beigefügter Schriftstücke untermauert und ergänzt werden, doch kann eine pauschale Bezugnahme auf andere Schriftstücke, auch wenn sie der Klageschrift als Anlagen beigefügt sind, nicht das Fehlen der wesentlichen Bestandteile der Rechtsausführungen ausgleichen, die nach den oben genannten Vorschriften in der Klageschrift enthalten sein müssen (Urteil vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, Rn. 40).

34 Es ist nicht Sache des Gerichts, die Klagegründe und Argumente, auf die sich die Klage möglicherweise stützen lässt, in den Anlagen zu suchen und zu bestimmen, denn die Anlagen haben eine bloße Beweis- und Hilfsfunktion (Urteile vom 17. September 2007, Microsoft/Kommission, T-201/04, EU:T:2007:289, Rn. 94, und vom 9. März 2015, Deutsche Börse/Kommission, T-175/12, nicht veröffentlicht, EU:T:2015:148, Rn. 354). Entsprechende Erfordernisse gelten für ein zur Stützung eines Klagegrundes vorgebrachtes Argument (Urteile vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, Rn. 41, und vom 16. September 2020, BP/FRA, C-669/19 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2020:713, Rn. 54).

a) Zur Zulässigkeit des Vorbringens von UPS zur Verletzung der Verfahrensrechte

35 Die Kommission trägt vor, das Vorbringen von UPS, ihre Verfahrensrechte seien verletzt worden, weil ihr die Kriterien für die Bewertung der Effizienzvorteile nicht vor Erlass des streitigen Beschlusses mitgeteilt worden seien, sei unzulässig. UPS habe sich in Rn. 42 der Klageschrift darauf beschränkt, allgemeine und abstrakte Einwände gegen den streitigen Beschluss und bestimmte Handlungen aus der Zeit vor diesem Beschluss zu erheben. Da die streitigen Passagen nicht genau bezeichnet würden, genüge dieses Vorbringen nicht den Anforderungen von Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung.

36 Aus Rn. 42 der Klageschrift geht jedoch hervor, dass UPS der Kommission im Wesentlichen vorwirft, weder die Nachweisbarkeit der behaupteten Effizienzvorteile ernsthaft geprüft noch im Voraus die Kriterien angegeben zu haben, anhand deren diese Vorteile bewertet würden. UPS rügt somit einen Mangel der Prüfung der Kommission sowie fehlende Informationen über den Gegenstand und das erforderliche Beweismaß. Daher kann UPS nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie es unterlassen habe, in der Klageschrift Elemente unter den von der Kommission erlassenen Rechtsakten anzuführen, deren Fehlen UPS rüge.

37 Im Übrigen ist festzustellen, dass sich Rn. 42 der Klageschrift auf bestimmte Passagen der Mitteilung der Beschwerdepunkte und des streitigen Beschlusses bezieht. UPS hat somit die Gesichtspunkte genau bezeichnet, die sie für relevant erachtete, um sie miteinander zu vergleichen und darzutun, dass die Kommission ihre Analyse der Effizienzvorteile erst im Stadium des streitigen Beschlusses offengelegt habe.

38 Daraus folgt, dass die von der Kommission erhobenen Einreden der Unzulässigkeit unbegründet und daher zurückzuweisen sind.

b) Zur Zulässigkeit des Vorbringens von UPS zur fehlerhaften Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise

1) Zu den Rn. 34 bis 37 der Klageschrift

39 Die Kommission macht geltend, das Vorbringen von UPS zur Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise in den Rn. 34 bis 37 der Klageschrift sei so knapp, dass es nicht den Anforderungen von Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung entspreche. In der Klageschrift werde nicht dargelegt, weshalb UPS der Ansicht sei, dass das von der Kommission verwendete ökonometrische Modell fehlerhaft sei.

40 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass UPS in den Rn. 34 bis 37 der Klageschrift geltend macht, dass die Preiskonzentrationsanalyse mit schweren Fehlern behaftet sei. Aus diesen Randnummern und der Klageschrift insgesamt geht klar hervor, dass UPS geltend macht, die Kommission sei erheblich von der üblichen ökonometrischen Praxis abgewichen, indem sie im Stadium der Schätzung eine andere Art von Zusammenschlussvariable verwendet habe als im Stadium der Vorhersage, und als Beweis die Berichte der beiden Sachverständigen anführt (Anlagen A.8 und A.9 zur Klageschrift). Obwohl die Rn. 34 bis 37 der Klageschrift knapp gefasst sind, fassen sie klar und präzise den Inhalt der Rügen technischer Art zusammen, die gegen die von der Kommission getroffenen methodologischen Entscheidungen erhoben werden. Diese kurze Darstellung wird durch den Verweis auf die Berichte dieser Sachverständigen (Anlagen A.8 und A.9 zur Klageschrift) untermauert, die eingehende Erläuterungen zu den geltend gemachten technischen Fehlern enthalten.

41 Daraus folgt, dass die Rn. 34 bis 37 der Klageschrift den Anforderungen von Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung entsprechen. Folglich ist die von der Kommission erhobene Einrede der Unzulässigkeit als unbegründet zurückzuweisen.

2) Zum Verweis auf Anlage A.12 zur Klageschrift

42 Die Kommission macht geltend, UPS habe in Rn. 34 der Klageschrift auf Anlage A.12 zur Klageschrift Bezug genommen, die aus einem Schriftsatz bestehe, der in der Rechtssache vorgelegt worden sei, in der das Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), ergangen sei, ohne die Passagen zu bezeichnen, auf die sie sich speziell stützen wolle. Folglich führe dieser Verstoß gegen Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung zur Unzulässigkeit dieses Dokuments.

43 UPS hat jedoch mit der Bezugnahme in Rn. 34 der Klageschrift auf ein Dokument (Anlage A.12 zur Klageschrift), das im Rahmen der Rechtssache vorgelegt wurde, in der das Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), ergangen ist, nicht

versucht, einen Mangel der Darstellung in den Rn. 34 bis 37 der Klageschrift durch einen pauschalen Verweis auf dieses Schriftstück zu heilen. Vielmehr hat UPS darauf hingewiesen, dass ihre Kritik an dem gewählten ökonometrischen Modell bereits im Rahmen dieser Rechtssache vorgebracht worden sei. Dieser Anhang A.12 besteht nämlich aus den Erklärungen von UPS vom 8. Juni 2016 zu den Antworten der Kommission vom 26. April 2016 auf die Fragen des Gerichts in dieser Rechtssache. Im Rahmen dieser Stellungnahme hatte UPS nämlich die Verwendung eines Modells im Stadium der Vorhersage beanstandet, das sich von dem im Stadium der Schätzung verwendeten unterscheidet. UPS machte geltend, die Kommission habe auf diese Weise unkonventionell und willkürlich gehandelt. Dieses Vorbringen, das, wie aus den in der vorliegenden Rechtssache vorgelegten Dokumenten hervorgeht, von UPS auch im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens in der Rechtssache erstattet worden war, in der das Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), ergangen ist, stimmt im Wesentlichen mit demjenigen in den Rn. 34 bis 37 der Klageschrift überein.

44 Aus dem Kontext ergibt sich, dass UPS damit die Rügen, die in der Rechtssache erhoben wurden, in der das Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), ergangen ist, in Bezug auf die Gültigkeit des zur Stützung des streitigen Beschlusses verwendeten ökonometrischen Modells wiederholt hat, und dass diese Gesichtspunkte eine hinreichend klare und genaue Darstellung der Argumentation enthalten. Daher kann die Kommission nicht behaupten, sie sei nicht in der Lage gewesen, deren Inhalt zu verstehen oder ihre Verteidigung vorzubereiten. Die von der Kommission erhobene Einrede der Unzulässigkeit ist zurückzuweisen.

3) Zum Verweis auf die Anlagen A.8 und A.9 zur Klageschrift sowie auf die Anlagen C.1 und C.2 zur Erwiderung

45 Die Kommission trägt vor, UPS habe sich darauf beschränkt, allgemein auf den Inhalt gewisser Anlagen zu verweisen, anstatt ihre Argumentation in ihren Schriftsätzen klar und bestimmt darzulegen. In Beantwortung der schriftlichen Fragen des Gerichts macht die Kommission erstens geltend, sie habe in Rn. 22 der Klagebeantwortung die Zulässigkeit der Anlagen A.8 und A.9 zur Klageschrift bestritten. Die Gründe, aus denen UPS der Ansicht sei, dass das gewählte ökonometrische Modell fehlerhaft sei, müssten gemäß Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung in der Klageschrift selbst angegeben werden. Die Erläuterungen in Rn. 36 der Klageschrift seien insoweit unzureichend. Ein allgemeiner Verweis auf die Anlagen A.8 und A.9 zur Klageschrift könne diese Lücke nicht schließen, indem es der Kommission überlassen werde, die Argumente zu erahnen, die UPS geltend machen wolle. Die Kommission trägt vor, sie habe diesen Punkt in der Gegenerwiderung hervorgehoben. Zweitens macht die Kommission geltend, UPS habe diese Mängel im Stadium der Erwiderung nicht dadurch beheben können, dass sie die einschlägigen Passagen der Anlagen A.8 und A.9 zur Klageschrift sowie der Anlagen C.1 und C.2 zur Erwiderung genauer benannt habe.

46 Es ist jedoch festzustellen, dass die Kommission in den Rn. 24 bis 29 der Klagebeantwortung dem Inhalt dieser Sachverständigengutachten substantiiert entgegengetreten ist. Dies zeigt, dass die Kommission in der Lage war, ihre Interessen zu verteidigen, und dass sie es im Übrigen im Stadium der Klagebeantwortung nicht für erforderlich gehalten hat, ihrerseits ein oder mehrere Sachverständigengutachten vorzulegen, um denen von UPS zu widersprechen und damit das Gericht über die technischen Aspekte des gewählten ökonometrischen Modells zu informieren.

47 Die Kommission ist in den Rn. 25 bis 41 der Gegenerwiderung ausführlich auf das Vorbringen von UPS eingegangen, das in den Rn. 45 bis 49 der Erwiderung dargelegt und durch die beiden Gutachten dieser Sachverständigen (Anlagen A.8 und A.9 zur Klageschrift) sowie deren ergänzende Stellungnahmen (Anlagen C.1 und C.2 zur Erwiderung) untermauert wird. Die Behauptung der Kommission, der Verweis auf die Anlagen C.1 und C.2 zur Erwiderung sei nicht hinreichend präzise, steht unmittelbar im Widerspruch zu der Tatsache, dass die Kommission in Fn. 32 der Gegenerwiderung die von UPS in der Erwiderung speziell angeführten Passagen dieser Anlagen identifiziert hat. Um dem Vorbringen zur Gültigkeit ihres Modells entgegenzutreten, hat die Kommission als Anlage zur Gegenerwiderung zwei Sachverständigengutachten (Anlagen D.5 und D.6 der Gegenerwiderung) vorgelegt, deren Zulässigkeit im Hinblick auf Art. 85 Abs. 1 der Verfahrensordnung im Folgenden geprüft wird.

48 Unter diesen Umständen kann die Kommission nicht behaupten, sie sei nicht in der Lage gewesen, ihre Verteidigung vorzubereiten. Somit hat UPS, ohne gegen Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung zu verstoßen, in ihren Schriftsätzen auf die Anlagen A.8 und A.9 zur Klageschrift sowie auf die Anlagen C.1 und C.2 zur Erwiderung Bezug genommen, um die technischen Aspekte ihrer Kritik an dem von der Kommission herangezogenen ökonometrischen Modell zu untermauern. Da die von der Kommission insoweit erhobene Einrede der Unzulässigkeit unbegründet ist, ist sie zurückzuweisen.

4) Zu Rn. 84 der Klageschrift

49 Die Kommission macht geltend, das Vorbringen, mit dem UPS in Rn. 84 der Klageschrift die Verwendung der Daten zur Abdeckung der Märkte von FedEx von 2012 statt derjenigen für das Jahr 2015 beanstande, sei nach Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung unzulässig. Dieses Vorbringen sei nicht in der Klageschrift enthalten, sondern in den Schriftsätzen, die in der Rechtssache eingereicht worden seien, in der das Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), ergangen sei, ohne genau anzugeben, auf welche Passagen dieser Schriftsätze UPS sich zu stützen versuche.

50 Es ist jedoch festzustellen, dass UPS der Kommission in Rn. 84 der Klageschrift klar und bestimmt vorgeworfen hat, im Rahmen ihrer Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise Daten zur Situation von FedEx im Jahr 2012 verwendet zu haben, obwohl sie im Besitz der Prognosen von FedEx betreffend das Jahr 2015 gewesen sei.

51 Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass UPS versucht hat, eine Ungenauigkeit der Klageschrift durch einen pauschalen Verweis auf die Schriftsätze auszugleichen, die im Rahmen der Rechtssache eingereicht wurden, in der das Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), ergangen ist. Das Vorbringen von UPS war nicht nur verständlich, sondern war der Kommission auch seit dem Verfahren in dieser Rechtssache bekannt. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in Erwiderung auf das Vorbringen von UPS selbst auf ihre Schriftsätze in dieser Rechtssache verwiesen hat. Die Kommission kann daher nicht behaupten, sie sei nicht in der Lage gewesen, ihre Verteidigung vorzubereiten. Angesichts der Identität von Parteien und Rechtsgrund, nämlich die behauptete Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Kommission, der Nichtigkeitsklage und der vorliegenden Schadensersatzklage ist davon auszugehen, dass die Verweise in den – ihrerseits zulässigen – Ausführungen der Klageschrift auf die Darstellung der Klagegründe zur Begründung der Nichtigkeitsklage, die als Anlage zur Klageschrift in der

vorliegenden Rechtssache vorgelegt worden sind, zulässig sind (vgl. entsprechend Urteil vom 11. Juli 2007, Schneider Electric/Kommission, T-351/03, EU:T:2007:212, Rn. 96). Die von der Kommission erhobene Einrede der Unzulässigkeit ist daher zurückzuweisen.

c) Zur Zulässigkeit des Vorbringens von UPS zur fehlerhaften Beurteilung der Effizienzvorteile

1) Zu Rn. 46 der Klageschrift

52 Die Kommission hält das Vorbringen, mit dem UPS in Rn. 46 der Klageschrift erstens geltend macht, dass die im Verwaltungsverfahren vorgelegten Beweise eine Unvereinbarkeitsentscheidung ausschlössen, zweitens, dass die Kommission die Synergien grundsätzlich akzeptiert habe, und drittens, dass, wenn die Kommission auf die Effizienzvorteile den Ansatz angewandt hätte, der später bei der Kontrolle des Zusammenschlusses zwischen FedEx und TNT befolgt worden sei, sie einen viel höheren Anteil von Synergien hätte akzeptieren müssen, für unzulässig, weil es Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung widerspreche. Die Kommission hält dieses Vorbringen für unzureichend begründet und weist darauf hin, dass es bereits in der Rechtssache zurückgewiesen worden sei, in der das Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), ergangen sei.

53 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass sich diese Rügen der Kommission eher auf die Frage beziehen, ob das Vorbringen von UPS in Rn. 46 der Klageschrift zur Analyse der Effizienzvorteile hinreichend untermauert ist, um das Gericht zu überzeugen, als auf die Frage, ob die Klageschrift die nach Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung erforderliche kurze Darstellung der Klagegründe enthält.

54 Jedenfalls ist festzustellen, dass Rn. 46 der Klageschrift so klar und deutlich formuliert ist, dass dem Beklagten die Vorbereitung seiner Verteidigung und dem Gericht die Entscheidung über die Klage ermöglicht wird. Die Kommission ist daher in den Rn. 55 bis 97 der Klagebeantwortung erschöpfend auf das Vorbringen von UPS eingegangen. Das Vorbringen der Kommission ist daher unbegründet.

2) Zum Verweis auf Anlage C.6 zur Erwiderung

55 Die Kommission trägt vor, UPS verweise in Rn. 82 der Erwiderung auf Auszüge aus dem Anmeldeformular für den Zusammenschluss, die der Anlage C.6 zur Erwiderung beigefügt seien, ohne die einschlägigen Passagen dieser Anlage, auf die sie sich berufe, genau zu bezeichnen. Ein solcher Verweis verstoße gegen Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung.

56 Es ist jedoch festzustellen, dass UPS in den Rn. 41 bis 46 der Klageschrift zwar knapp, aber klar und bestimmt das Vorbringen dargelegt hat, mit dem sie der Kommission vorwirft, im Verwaltungsverfahren nicht die Kriterien offengelegt zu haben, die sie zur Bewertung der behaupteten Effizienzvorteile anzuwenden gedachte. Insbesondere hat UPS in Rn. 44 der Klageschrift zum einen geltend gemacht, dass die Kommission vor Erlass ihres Beschlusses verpflichtet gewesen sei, ihre Einwände gegen die Nachweisbarkeit der behaupteten Effizienzvorteile darzulegen und den Parteien, die einen Zusammenschluss angemeldet hätten, eine tatsächliche Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben. UPS hat zum anderen vorgetragen, aus den Akten ergebe sich, dass sie seit der Anmeldung über das Formblatt CO greifbare Beweise

für die Effizienzvorteile vorgelegt habe. Außerdem hat UPS in Rn. 82 der Erwiderung ausdrücklich auf den einschlägigen Abschnitt des Formblatts CO, insbesondere dessen Rn. 96, Bezug genommen.

57 Diese Darlegung der Rügen von UPS entspricht den Anforderungen an Klarheit und Bestimmtheit nach Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung. Unter diesen Umständen kann die Kommission vernünftigerweise nicht behaupten, sie sei nicht in der Lage gewesen, ihre Verteidigung vorzubereiten, unbeschadet der Frage, ob die Vorlage der Anlage C.6 zur Erwiderung im Stadium ihrer Einreichung verspätet und damit unzulässig war, die nachfolgend im Hinblick auf Art. 85 der Verfahrensordnung geprüft werden wird.

58 Daraus folgt, dass die Unzulässigkeitseinrede der Kommission zurückzuweisen ist.

3) Zum Verweis auf die Anlagen C.7 und C.37 zur Erwiderung

59 Die Kommission macht geltend, UPS habe unter Verstoß gegen Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung in den Rn. 90, 92 und 107 der Erwiderung allgemein auf ihre Erklärung vom 4. Juli 2019 zu den Synergien Bezug genommen (Anhang C.7 zur Erwiderung), ohne die von ihr geltend gemachten einschlägigen Passagen zu erläutern. Sie wendet sich mit demselben Vorbringen gegen die angeblich nicht hinreichend bestimmte Verweisung in den Rn. 106 und 108 bis 110 der Erwiderung auf das zweite Sachverständigengutachten von FTI Consulting, um drei Sachverständigengutachten zu bewerten, die die Kommission als Anlage zu ihrer Klagebeantwortung vorgelegt hat (im Folgenden: zweites FTI-Gutachten) (Anhang C.37 zur Erwiderung).

60 Es ist jedoch festzustellen, dass die Rn. 90 bis 98 der Erwiderung eine detaillierte und eingehende Darstellung des Vorbringens enthalten, mit dem UPS dem ersten Sachverständigengutachten von Oxera zur Bewertung der Synergien, die UPS aus der Übernahme von TNT ziehen würde (im Folgenden: erstes Oxera-Gutachten) (Anlage B.7 zur Klagebeantwortung), das die Kommission im Stadium der Klagebeantwortung vorgelegt hat, entgegentritt. Dieses Vorbringen von UPS wird durch Anlage C.7 zur Erwiderung untermauert und in seinen verschiedenen technischen Dimensionen ergänzt, in der die von UPS zur Ermittlung der Effizienzvorteile verwendeten Methoden dargelegt werden. Entgegen dem Vorbringen der Kommission hat UPS ihre Verpflichtung, ihr Vorbringen in gedrängter Form, klar und bestimmt darzustellen, nicht dadurch umgangen, dass sie pauschal und unbestimmt auf Anlage C.7 zur Erwiderung verweist oder dieses Dokument entgegen seiner bloßen Beweis- und Hilfsfunktion zweckentfremdet hat. Die Kommission kann daher nicht geltend machen, UPS habe gegen Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung verstoßen.

61 Zum Verweis auf das zweite FTI-Gutachten (Anlage C.37 zur Erwiderung) ist ebenfalls festzustellen, dass die Rn. 108 bis 110 der Erwiderung eine kurze, klare und bestimmte Darstellung des Vorbringens enthalten, mit dem UPS den beiden von der Kommission vorgelegten Sachverständigengutachten entgegentritt (erstes Oxera-Gutachten in Anlage B.7 zur Klagebeantwortung und erstes Schoutens-Gutachten in Anlage B.39 zur Klagebeantwortung). Aus denselben Gründen wie den soeben dargelegten betreffend den Verweis auf Anlage C.7 zur Erwiderung ist das Vorbringen der Kommission, es liege ein Verstoß gegen Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung vor, nicht begründet.

62 Nach alledem sind die auf einen Verstoß gegen Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung gestützten Rügen der Kommission unbegründet und daher zurückzuweisen.

3. Zum Verstoß gegen Art. 85 der Verfahrensordnung

63 Die Kommission wendet ein, dass mehrere von UPS verspätet vorgelegte Beweismittel unzulässig seien, was UPS wiederum in Abrede stellt, und macht ihrerseits geltend, dass bestimmte von der Kommission verspätet im Verfahren vorgelegte Beweise unzulässig seien.

64 Zur Entscheidung über diese Rügen ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 76 Buchst. f der Verfahrensordnung jede Klageschrift gegebenenfalls die Beweise und Beweisangebote enthalten muss. Nach Art. 81 Abs. 1 der Verfahrensordnung muss die Klagebeantwortung die geltend gemachten Verteidigungsgründe und -argumente sowie gegebenenfalls die Beweise und Beweisangebote enthalten.

65 Nach Art. 85 Abs. 1 der Verfahrensordnung sind Beweise und Beweisangebote im Rahmen des ersten Schriftsatzwechsels vorzulegen. Art. 85 Abs. 2 der Verfahrensordnung fügt hinzu, dass die Parteien für ihr Vorbringen noch in der Erwiderung oder in der Gegenerwiderung Beweise oder Beweisangebote vorlegen können, sofern die Verspätung der Vorlage gerechtfertigt ist.

66 Aufgrund der Präklusionsvorschrift in Art. 85 Abs. 1 der Verfahrensordnung müssen die Parteien die verspätete Vorlage neuer Beweise oder Beweisangebote begründen; jedoch ist der Unionsrichter befugt, die Stichhaltigkeit der Begründung für die Verspätung, mit der diese Beweise oder Beweisangebote vorgelegt worden sind, und gegebenenfalls deren Inhalt zu prüfen sowie sie zurückzuweisen, wenn die verspätete Vorlage rechtlich nicht hinreichend gerechtfertigt oder begründet ist. Die verspätete Vorlage von Beweisen oder Beweisangeboten kann u. a. dann gerechtfertigt sein, wenn die Partei zuvor nicht über die fraglichen Beweise verfügen konnte oder wenn die Verspätung, mit der die Gegenpartei Beweise vorgelegt hat, es rechtfertigt, die Verfahrensakten zur Wahrung des Grundsatzes des kontradiktorischen Verfahrens zu ergänzen (Urteil vom 16. September 2020, BP/FRA, C-669/19 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2020:713, Rn. 41).

a) Zur Zulässigkeit der Anlagen C.6, C.7 und C.37 zur Erwiderung

67 Die Kommission trägt vor, UPS habe die Anlagen C.6, C.7 und C.37 zur Erwiderung nur vorgelegt, um die Lücken in der Klageschrift zu schließen. Eine solche verspätete und ungerechtfertigte Vorlage müsse zur Unzulässigkeit dieser Anlagen nach Art. 85 der Verfahrensordnung führen.

68 Wie jedoch bereits festgestellt worden ist, geht aus Rn. 82 der Erwiderung hervor, dass Anlage C.6 zur Erwiderung vorgelegt wird, um dem Vorbringen der Kommission in Rn. 47 der Klagebeantwortung entgegenzutreten, wonach UPS die Frage der Effizienzvorteile im Formblatt CO nicht behandelt habe. Anlage C.7 zur Erwiderung soll das erste Oxera-Gutachten (Anlage B.7 zur Klagebeantwortung), das die Kommission vorgelegt hat, widerlegen. Mit dem zweiten FTI-Gutachten (Anlage C.37 zur Erwiderung) sollen zwei weitere von der Kommission vorgelegte Sachverständigengutachten widerlegt werden (erstes Oxera-Gutachten, in Anlage B.7 zur Klagebeantwortung, und erstes Schoutens-Gutachten, in Anlage B.39 zur Klagebeantwortung).

69 Der Gegenbeweis und die Erweiterung der Beweisangebote im Anschluss an einen Beweis der Gegenpartei in der Klagebeantwortung sind jedoch von der Präklusionsvorschrift von Art. 85 Abs. 1 der Verfahrensordnung nicht erfasst (Urteil vom 17. Dezember 1998, Baustahlgewebe/Kommission, C-185/95 P, EU:C:1998:608, Rn. 72, und Beschluss vom 21. Mai 2019, Le Pen/Parlament, C-525/18 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2019:435, Rn. 48).

70 Folglich können die Anlagen C.6, C.7 und C.37 nicht nach Art. 85 Abs. 1 der Verfahrensordnung als unzulässig angesehen werden.

b) Zur Zulässigkeit der von der Kommission vorgelegten Gutachten des Sachverständigen für Ökonometrie

71 In Beantwortung der schriftlichen Fragen des Gerichts bestreitet UPS die Zulässigkeit der beiden von der Kommission als Anlage zur Gegenerwiderung vorgelegten Gutachten eines Sachverständigen für Ökonometrie (Anlagen D.5 und D.6 zur Gegenerwiderung). UPS macht im Wesentlichen geltend, die Kommission habe diese Gutachten verspätet und ohne Rechtfertigung vorgelegt.

72 Die Kommission hält diese beiden Gutachten für zulässig.

73 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass nach Art. 81 Abs. 1 und Art. 85 Abs. 1 und 2 der Verfahrensordnung die Verteidigungsgründe und -argumente sowie die Beweise und Beweisangebote grundsätzlich in der Klagebeantwortung enthalten sein müssen, wobei der Beklagte die verspätete Vorlage neuer Beweise oder Beweisangebote zu begründen hat, sonst werden diese Beweismittel zurückgewiesen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. November 2007, Ungarn/Kommission, T-310/06, EU:T:2007:343, Rn. 164 und die dort angeführte Rechtsprechung).

74 Im vorliegenden Fall hat die Kommission in der Gegenerwiderung die beiden Gutachten eines Ökonomen vom 16. Oktober 2019, d. h. nach Einreichung der Klagebeantwortung, vorgelegt. Die Kommission hat diese Gutachten vorgelegt, um ihre Antwort auf Klagegründe und Argumente zu untermauern, die nicht in der Erwiderung, sondern in der Klageschrift vorgetragen worden sind.

75 Die Kommission hat nämlich in den Rn. 26 und 27 der Gegenerwiderung erklärt, dass sie auf das Vorbringen von UPS in den Rn. 35 und 36 der Klageschrift eingehen wolle, mit dem UPS im Wesentlichen die Frage aufwerfe, ob der Unterschied zwischen der im Stadium der Schätzung und der im Stadium der Vorhersage verwendeten Zusammenschlussvariable angesichts der spezifischen Umstände des geplanten Zusammenschlusses akzeptabel sei. Hierzu trug die Kommission im Wesentlichen zwei Argumente vor. Mit dem ersten, in den Rn. 28 bis 50 der Gegenerwiderung angeführten Teil wird geltend gemacht, dass keines der von UPS im Verwaltungsverfahren nacheinander vorgeschlagenen ökonometrischen Modelle akzeptabel sei. Zur Stützung dieses Vorbringens hat die Kommission das erste Gutachten dieses Sachverständigen vorgelegt (Anlage D.5 zur Gegenerwiderung). Mit einem zweiten Argument, das in den Rn. 39 bis 41 der Gegenerwiderung dargelegt wird, trägt die Kommission vor, dass das Modell, das sie letztlich angenommen habe, im Hinblick auf die besonderen Umstände des geplanten Zusammenschlusses gerechtfertigt und angemessen gewesen sei. Zur Stützung dieses Vorbringens beruft sich die Kommission auf das zweite Gutachten dieses Sachverständigen (Anlage D.6 zur Gegenerwiderung).

76 Dieses Vorbringen der Kommission unterscheidet sich jedoch nicht erheblich von dem Vorbringen in den Rn. 21 bis 31 der Klagebeantwortung.

77 Unter diesen Umständen ist einzuräumen, dass die beiden Gutachten des von der Kommission beauftragten Sachverständigen (Anlagen D.5 und D.6 zur Gegenerwiderung) verspätet vorgelegt worden sind, ohne dass die Kommission diese Verspätung in der Gegenerwiderung begründet hätte. Folglich ist festzustellen, dass diese Gutachten unzulässig sind.

78 In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission erklärt, dass diese beiden Gutachten, auch wenn sie idealerweise im Stadium der Klagebeantwortung hätten vorgelegt werden müssen, nur eine Widerlegung der Gutachten der Sachverständigen von UPS (Anlagen A.8 und A.9 zur Klageschrift) und ihrer ergänzenden Stellungnahmen (Anlagen C.1 und C.2 zur Erwiderung) darstellten. Da UPS auf eine prozessleitende Maßnahme des Gerichts hin schriftlich zur Zulässigkeit und zur Begründetheit der Gutachten des Sachverständigen der Kommission habe Stellung nehmen können, stelle sich die Frage der Zulässigkeit dieser Gutachten nicht mehr.

79 Entgegen dem Vorbringen der Kommission sollen die von ihr vorgelegten Sachverständigengutachten jedoch nicht speziell auf die beiden ergänzenden Stellungnahmen von Sachverständigen eingehen, die UPS im Stadium der Erwiderung vorgelegt hat (Anlagen C.1 und C.2 zur Erwiderung). Außerdem bedeutet der Umstand, dass das Gericht UPS im vorliegenden Fall aufgefordert hat, schriftlich zur Zulässigkeit und zum wesentlichen Inhalt des ersten Gutachtens des Sachverständigen der Kommission Stellung zu nehmen, nicht, dass dieses Gutachten zulässig wäre. Gemäß Art. 85 Abs. 4 der Verfahrensordnung wurde unbeschadet der späteren Entscheidung des Gerichts über die Zulässigkeit der verspätet vorgebrachten Beweise den anderen Parteien Gelegenheit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen.

80 Da das Vorbringen von UPS begründet ist, sind die von der Kommission vorgelegten Gutachten (Anlagen D.5 und D.6 zur Gegenerwiderung) wegen ihrer verspäteten und nicht gerechtfertigten Vorlage für unzulässig zu erklären.

B. Zur Begründetheit

1. Zu den Voraussetzungen der außervertraglichen Haftung der Union

81 Nach Art. 340 Abs. 2 AEUV ersetzt die Union im Bereich der außervertraglichen Haftung den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.

82 Nach ständiger Rechtsprechung hängt die außervertragliche Haftung der Europäischen Union vom Vorliegen von drei kumulativ erfüllten Voraussetzungen ab, nämlich davon, dass die Rechtsnorm, gegen die verstoßen wurde, bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, und der Verstoß hinreichend qualifiziert ist, dass der tatsächliche Eintritt des Schadens nachgewiesen ist und dass schließlich zwischen dem Verstoß gegen die dem Urheber der Handlung obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht (Urteil vom 13. Dezember 2018, Europäische Union/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, Rn. 117; vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 4. Juli 2000, Bergaderm und Goupil/Kommission, C-352/98 P, EU:C:2000:361, Rn. 39 bis 42). Da es sich um kumulative Voraussetzungen handelt, besteht keine außervertragliche Haftung der Union, wenn eine von ihnen nicht erfüllt ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 9. September 1999, Lucaccioni/Kommission, C-257/98 P, EU:C:1999:402, Rn. 63 und 64, sowie vom 15. Juni 2000, Dorsch Consult/Rat und Kommission, C-237/98 P, EU:C:2000:321, Rn. 54).

83 Ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen eine Rechtsnorm, die dem Einzelnen Rechte verleihen soll, ist gegeben, wenn das betreffende Organ die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat, wobei zu den insoweit zu berücksichtigenden Gesichtspunkten insbesondere die Komplexität der zu regelnden Sachverhalte, das Maß an

Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift sowie der Umfang des Ermessensspielraums gehören, den die verletzte Vorschrift dem Unionsorgan belässt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. April 2007, Holcim [Deutschland]/Kommission, C-282/05 P, EU:C:2007:226, Rn. 50, und vom 30. Mai 2017, Safa Nicu Sepahan/Rat, C-45/15 P, EU:C:2017:402, Rn. 30).

84 Ein qualifizierter Verstoß gegen eine Unionsrechtsnorm ist erforderlich, weil eine Abwägung zwischen dem Interesse des Einzelnen am Schutz gegen rechtswidrige Handlungen der Organe und dem Spielraum, der Letzteren belassen werden muss, damit sie in ihrem Handeln nicht gelähmt werden, geboten ist (Urteil vom 10. September 2019, HTTS/Rat, C-123/18 P, EU:C:2019:694, Rn. 34).

85 Eine solche Abwägung erweist sich als umso bedeutsamer, als es der Kommission obliegt, die Wettbewerbspolitik der Union festzulegen und durchzuführen, wofür sie über ein Ermessen verfügt (Urteil vom 23. April 2009, AEPI/Kommission, C-425/07 P, EU:C:2009:253, Rn. 31).

86 Würde der Eintritt der Haftung der Union dahin gehend vereinfacht, dass der Begriff des qualifizierten Verstoßes gegen das Unionsrecht auf jede Verletzung einer Rechtspflicht ausgedehnt wird, die, so bedauerlich sie auch sein mag, insbesondere mit objektiven Zwängen erklärt werden kann, denen die Kommission unterworfen ist, so würde dies zwar die Gefahr begründen, dass die Wahrnehmung der Fusionskontrollaufgaben durch die Kommission beeinträchtigt oder gar verhindert wird. Für Personen, die durch das Verhalten der Kommission einen Schaden erlitten haben, muss jedoch ein Ersatzanspruch bestehen, wenn dieses Verhalten in einem Rechtsakt Ausdruck findet, der offenkundig der Rechtslage widerspricht und die Interessen dieser Personen schwerwiegend beeinträchtigt, ohne dass dies objektiv gerechtfertigt oder erklärt werden könnte (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 11. Juli 2007, Schneider Electric/Kommission, T-351/03, EU:T:2007:212, Rn. 123 und 124, sowie vom 9. September 2008, MyTravel/Kommission, T-212/03, EU:T:2008:315, Rn. 42 und 43).

87 Diese Definition der Grenze, an der die außervertragliche Haftung der Union beginnt, kann den Spielraum und das Ermessen schützen, über das die Kommission sowohl bei ihren Ermessensentscheidungen als auch bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts im Bereich des Wettbewerbs verfügen muss, ohne insoweit Dritten die Folgen offenkundiger und unentschuldbarer Pflichtverletzungen aufzubürden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. Juli 2007, Schneider Electric/Kommission, T-351/03, EU:T:2007:212, Rn. 125).

88 Die außervertragliche Haftung der Union setzt mithin die Feststellung eines Verstoßes voraus, den eine durchschnittlich umsichtige und sorgfältige Behörde unter vergleichbaren Umständen nicht begangen hätte (Urteil vom 10. September 2019, HTTS/Rat, C-123/18 P, EU:C:2019:694, Rn. 43).

2. Zu den behaupteten Rechtsverletzungen

89 UPS macht geltend, der streitige Beschluss und das Verfahren, das zu seinem Erlass geführt habe, seien mit mehreren Rechtsverstößen behaftet, die hinreichend qualifizierte Verstöße gegen das Unionsrecht darstellten. Die Kommission habe die Verfahrensrechte von UPS verletzt, gegen ihre Begründungspflicht verstoßen und Fehler bei der inhaltlichen Beurteilung des Zusammenschlusses begangen, indem sie erstens von den konventionellen ökonometrischen

Methoden für die Preiskonzentrationsanalyse abgewichen sei, zweitens den von FedEx ausgeübten Wettbewerbsdruck statisch geprüft und drittens die Effizienzvorteile unangemessen bewertet habe.

90 Das Vorbringen zu den Verletzungen der Verfahrensrechte von UPS, zum Verstoß gegen die Begründungspflicht und zur Gültigkeit der im streitigen Beschluss enthaltenen Beurteilungen ist nacheinander zu prüfen.

a) Zur Verletzung der Verfahrensrechte von UPS

91 Zur Stützung der Rechtswidrigkeit betreffend die Verletzung ihrer Verfahrensrechte wirft UPS der Kommission erstens vor, dass das gewählte ökonometrische Modell nicht mitgeteilt worden sei, zweitens die Kriterien für die Bewertung der Effizienzvorteile nicht mitgeteilt worden seien und drittens bestimmte vertrauliche Dokumente von FedEx nicht übermittelt worden seien.

1) Zur fehlenden Mitteilung des gewählten ökonometrischen Modells

92 UPS macht geltend, das Gericht und sodann der Gerichtshof hätten bereits entschieden, dass die Kommission ihre Verteidigungsrechte dadurch verletzt habe, dass sie ihr nicht die endgültige Fassung des ökonometrischen Modells mitgeteilt habe, das der Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise gedient habe. Es handele sich um einen offensichtlichen und schwerwiegenden Verstoß gegen eine Rechtsnorm, die dem Einzelnen Rechte verleihen solle und die weder durch zeitliche Zwänge noch durch die Komplexität der Rechtssache gerechtfertigt werden könne.

93 Die Kommission macht geltend, die Verletzung der Verteidigungsrechte von UPS könne nicht als hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Unionsrecht eingestuft werden, da zum einen das Unionsrecht zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Beschlusses im Hinblick auf ihre Verpflichtung, die endgültige Fassung des ökonometrischen Modells zu übermitteln, unklar gewesen sei und zum anderen zeitliche Zwänge bei der Bewertung des geplanten Zusammenschlusses bestünden.

94 Es ist darauf hinzuweisen, dass die von UPS geltend gemachte Rechtswidrigkeit bereits endgültig festgestellt worden ist. Das Gericht hat nämlich den streitigen Beschluss in vollem Umfang für nichtig erklärt, weil die Kommission die Verteidigungsrechte von UPS dadurch verletzt hat, dass sie ihr nicht die endgültige Fassung ihres ökonometrischen Modells übermittelt hat (Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission, T-194/13, EU:T:2017:144, Rn. 221 und 222). Dieses Urteil ist rechtskräftig geworden, nachdem das Rechtsmittel der Kommission mit Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), zurückgewiesen worden war.

95 Es ist unstreitig, dass der Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte im Rahmen von Fusionskontrollverfahren zur Kategorie der Rechtsnormen gehört, die dem Einzelnen Rechte verleihen sollen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Juli 2009, Kommission/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, Rn. 162).

96 Dagegen streiten die Parteien darüber, ob die Verletzung der Verteidigungsrechte von UPS hinreichend qualifiziert ist, um die außervertragliche Haftung der Union auszulösen.

97 Insoweit ist festzuhalten, dass die Wahrung der Verteidigungsrechte einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts darstellt, der anwendbar ist, wann immer die Verwaltung beabsichtigt, gegenüber einer Person eine sie beschwerende Maßnahme zu erlassen (Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, Rn. 28).

98 Für die Fusionskontrollverfahren ist dieser Grundsatz in Art. 18 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 und, ausführlicher, in Art. 13 Abs. 2 der Verordnung Nr. 802/2004 enthalten. Diese Bestimmungen verlangen insbesondere, dass die Kommission Einwände den Anmeldern eines Zusammenschlusses schriftlich mitteilt und ihnen eine Frist zur schriftlichen Äußerung setzt (Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, Rn. 29).

99 Diese Bestimmungen werden durch jene über das Recht auf Akteneinsicht ergänzt, das einen Ausfluss des Grundsatzes der Wahrung der Verteidigungsrechte darstellt. So folgt aus Art. 18 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 und aus Art. 17 der Verordnung Nr. 802/2004, dass die unmittelbar Betroffenen nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte vorbehaltlich insbesondere der berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Recht auf Akteneinsicht haben, wobei sich diese Akteneinsicht weder auf vertrauliche Informationen noch auf interne Dokumente der Kommission oder der zuständigen mitgliedstaatlichen Behörden erstreckt (Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, Rn. 30).

100 Für die Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die für den Stand des Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten maßgebenden Faktoren ermöglicht es die Verwendung ökonometrischer Modelle, das Verständnis des geplanten Zusammenschlusses zu verbessern, indem einige seiner Wirkungen bestimmt und gegebenenfalls quantifiziert werden, und so einen Beitrag zur Qualität der Beschlüsse der Kommission zu leisten. Es ist somit erforderlich, die Anmelder eines Zusammenschlusses in die Lage zu versetzen, zu diesen Modellen Stellung nehmen zu können, wenn die Kommission ihren Beschluss darauf stützen möchte (Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, Rn. 33).

101 Die Übermittlung dieser Modelle sowie der ihrer Entwicklung zugrunde liegenden Methodenauswahl ist umso notwendiger, als sie zur Sicherstellung der Verfahrensgerechtigkeit gemäß dem Grundsatz der guten Verwaltung nach Art. 41 der Charta beiträgt (Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, Rn. 34).

102 Die Wahrung der Verteidigungsrechte vor Erlass eines Beschlusses im Fusionskontrollbereich erfordert es somit, dass die Anmelder eines Zusammenschlusses in die Lage versetzt werden, ihren Standpunkt bezüglich der Richtigkeit und Relevanz sämtlicher Umstände, auf die die Kommission ihren Beschluss zu stützen beabsichtigt, sachdienlich vorzutragen (Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, Rn. 31).

103 Die Kommission kann nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte das Wesen eines ökonometrischen Modells nicht ändern, auf dessen Grundlage sie ihre Einwände stützen möchte, ohne diese Änderung den beteiligten Unternehmen zur Kenntnis zu bringen und es ihnen zu ermöglichen, dazu Stellung zu nehmen. Eine solche Auslegung würde nämlich dem Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte sowie den Bestimmungen des Art. 18 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 zuwiderlaufen, die zum einen erfordern, dass die Kommission ihre Beschlüsse nur auf die Einwände stützt, zu denen die Betroffenen Stellung nehmen konnten, und

zum anderen ein Recht auf Akteneinsicht zumindest für die unmittelbar Betroffenen vorsehen. Auch ist ausgeschlossen, dass solche Umstände als interne Dokumente im Sinne von Art. 17 der Verordnung Nr. 802/2004 qualifiziert werden könnten (Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, Rn. 37).

104 Daraus folgt, dass die Kommission verpflichtet war, UPS vor Erlass des streitigen Beschlusses von den Änderungen des zur Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise verwendeten ökonometrischen Modells in Kenntnis zu setzen. Diese Verpflichtung ergibt sich aus der Anwendung von Art. 18 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004, der die Kommission verpflichtet, ihre Rügen so klar und deutlich zu formulieren, dass die Partei, die einen Zusammenschluss angemeldet hat, vor Erlass des streitigen Beschlusses angehört werden kann. Das Ermessen der Kommission war insoweit erheblich verringert oder gar auf null reduziert (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Juli 2009, Kommission/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, Rn. 166). Diese Erwägungen belegen, dass die Kommission dadurch, dass sie UPS ihr ökonometrisches Modell nicht übermittelt hat, die Grenzen, die ihrem Ermessen gesetzt waren, offenkundig und erheblich überschritten hat.

105 Die Kommission ist jedoch der Auffassung, dass dies vorliegend nicht der Fall sei, und trägt hierzu zwei Argumente vor.

106 Das erste Argument geht dahin, dass die Rechtsprechung zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Beschlusses noch nicht eindeutig auf die Verpflichtung zur Mitteilung der ökonometrischen Modelle festgelegt gewesen sei.

107 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Schwierigkeiten bei der Anwendung oder Auslegung der Vorschriften des Unionsrechts, die im Rahmen des Erlasses eines Rechtsakts, der später in Frage gestellt wird, zur Feststellung der außervertraglichen Haftung der Union relevant sind, bei der Beurteilung des Verhaltens des betreffenden Organs berücksichtigt werden, um festzustellen, ob es einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen eine Unionsrechtsnorm begangen hat. Diese Gesichtspunkte beziehen sich alle auf den Zeitpunkt, zu dem das betreffende Organ den Beschluss erlassen hat, bzw. auf den Zeitpunkt des Verhaltens des Organs. Für die Beurteilung der Frage, ob ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen eine Unionsrechtsnorm vorliegt, können mithin nur die Umstände maßgeblich sein, unter denen das Organ zum Zeitpunkt der Begehung des Verstoßes gehandelt hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. September 2019, HTTS/Rat, C-123/18 P, EU:C:2019:694, Rn. 44 und 46).

108 Es trifft zu, dass das Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), das erste ist, das die Frage geprüft hat, ob sich die Kommission auf ein ökonometrisches Modell stützen konnte, ohne zuvor dem Unternehmen, das einen Zusammenschluss angemeldet hat, Gelegenheit gegeben zu haben, zu Änderungen dieses Modells gehört zu werden. Die Rechtsprechung zur Beachtung des Grundsatzes der Wahrung der Verteidigungsrechte und zum Anspruch auf rechtliches Gehör war jedoch bereits vor der Verkündung dieses Urteils umfangreich. So hatten der Gerichtshof und das Gericht in einem anderen rechtlichen und tatsächlichen Kontext als dem der vorliegenden Rechtssache bereits im Wesentlichen festgestellt, dass die Kommission einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen eine Unionsrechtsnorm begangen hat, indem sie sich auf einen Bericht gestützt hat, den sie aus eigenem Antrieb geändert hatte, ohne sich die Mühe zu machen, das betroffene Unternehmen nach möglichen Auswirkungen ihres einseitigen Vorgehens auf die Zuverlässigkeit der von dieser

erteilten Auskünfte zu befragen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. Juli 2003, Kommission/Fresh Marine, C-472/00 P, EU:C:2003:399, Rn. 30, und vom 24. Oktober 2000, Fresh Marine/Kommission, T-178/98, EU:T:2000:240, Rn. 80 bis 82).

109 Im Übrigen ist hervorzuheben, wie der Gerichtshof das Vorbringen der Kommission gegen die Gründe des Urteils vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), zurückgewiesen hat, das dazu geführt hat, dass der streitige Beschluss wegen Verletzung der Verteidigungsrechte von UPS für nichtig erklärt wurde. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass unter dem Blickwinkel der Wahrung der Verteidigungsrechte die Frage, ob die unterlassene Übermittlung eines ökonometrischen Modells an die Zusammenschlussbeteiligten die Nichtigerklärung des Beschlusses der Kommission rechtfertigte, nicht von der Vorabqualifikation dieses Modells als be- oder entlastendes Beweismittel abhing. Unter Berücksichtigung der Bedeutung der ökonometrischen Modelle für die Untersuchung der voraussichtlichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses würde eine Erhöhung der zur Nichtigerklärung eines Beschlusses aufgrund einer Verletzung der Verteidigungsrechte durch – wie im vorliegenden Fall – eine fehlende Übermittlung der ausgewählten methodologischen Grundlagen, im Besonderen in Bezug auf die diesen Modellen innewohnenden statistischen Techniken, erforderlichen Beweisschwelle, wie es im Wesentlichen die Kommission befürwortet, dem Ziel zuwiderlaufen, die Kommission zu Transparenz bei der Erarbeitung der in den Fusionskontrollverfahren verwendeten ökonometrischen Modelle anzuhalten, und die Effektivität der nachfolgenden gerichtlichen Kontrolle ihrer Entscheidungen mindern (Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, Rn. 54 und 55).

110 Das Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), lässt daher nicht den Schluss zu, dass zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Beschlusses eine Unsicherheit hinsichtlich der Auslegung sowohl des Grundsatzes der Wahrung der Verteidigungsrechte, u. a. nach Art. 18 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004, als auch der Folgen aus einer Verletzung der Verteidigungsrechte aufgrund der unterbliebenen Übermittlung eines ökonometrischen Modells wie dem in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehenden bestand.

111 Unter diesen Umständen ist das Vorbringen der Kommission zurückzuweisen, dass die Verletzung der Verteidigungsrechte von UPS wegen angeblich fehlender Klarheit des Unionsrechts zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Beschlusses als entschuldbar anzusehen sei.

112 Das zweite Argument der Kommission geht dahin, dass in Anbetracht der zeitlichen Zwänge, mit denen sie den Zusammenschluss von UPS und TNT in seiner gesamten Komplexität habe bewerten müssen, die Verletzung der Verteidigungsrechte von UPS nicht als hinreichend qualifizierter Verstoß angesehen werden könne. Nach Ansicht der Kommission können diese zeitlichen Zwänge nicht heruntergespielt werden. Erst zwei Monate vor dem Erlass des streitigen Beschlusses habe die Kommission zusätzliche Änderungen am ökonometrischen Modell vorgenommen. Im Lauf dieser zwei Monate habe sie die Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte (346 Seiten) prüfen, die Treffen zum Verfahrensstand organisieren, UPS ihre vorläufigen Schlussfolgerungen mitteilen und ihre Verpflichtungszusagen bewerten, die Mitgliedstaaten konsultieren und den streitigen Beschluss (450 Seiten) verfassen müssen, obwohl UPS ihre Preisanalyse des Zusammenschlusses erst in einem späten Stadium des Verfahrens vorgelegt habe.

113 Die Kommission ist zwar verpflichtet, das Beschleunigungsgebot, das die allgemeine Systematik der Verordnung Nr. 139/2004 kennzeichnet, mit der Einhaltung der Verteidigungsrechte in Einklang zu bringen (Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, Rn. 38).

114 Hinsichtlich der Umstände der vorliegenden Rechtssache ist jedoch bereits entschieden worden, dass die endgültige Fassung des ökonometrischen Modells am 21. November 2012, also mehr als zwei Monate vor Erlass des streitigen Beschlusses, angenommen worden war. Obwohl diese Änderungen nicht unerheblich waren, wurden sie UPS nicht mitgeteilt. Die Kommission hat keine Anhaltspunkte dafür geliefert, aufgrund welcher konkreten Gründe es ihr zu jenem Zeitpunkt praktisch unmöglich gewesen sein soll, UPS unter Setzung einer kurzen Antwortfrist zu gestatten, zu diesen Änderungen Stellung zu nehmen (Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, Rn. 41 und 42), obwohl eine Mitteilung der Änderung des ökonometrischen Modells keine technischen oder administrativen Schwierigkeiten mit sich brachte und die Kommission somit über genügend Zeit verfügte, um den streitigen Beschluss nach einer Anhörung von UPS zu erlassen.

115 In Anbetracht dessen ist die von der Kommission angeführte Rechtfertigung des Bestehens zeitlicher Zwänge nicht begründet.

116 Die Kommission wendet jedoch ein, dass die unterbliebene Mitteilung der letzten Änderungen am ökonometrischen Modell angesichts des Kontexts, in dem der streitige Beschluss erlassen worden sei, nicht den Schluss zulasse, dass ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen eine Unionsrechtsnorm vorliege. Die Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise im streitigen Beschluss sei das Ergebnis eines kontinuierlichen Dialogs mit UPS gewesen, was den begangenen Fehler abschwächen könne. Nachdem die Kommission die Vorschläge von UPS berücksichtigt habe, habe sie schließlich aus den in den Erwägungsgründen 727 bis 740 des streitigen Beschlusses dargelegten Gründen beschlossen, das geeignetste Modell heranzuziehen.

117 Um festzustellen, ob der von der Kommission begangene Rechtsverstoß die Haftung der Union auslösen kann, ist neben der besonderen Bedeutung, die den grundlegenden Garantien in der Unionsrechtsordnung zukommt, darauf hinzuweisen, dass die methodologischen Grundlagen der ökonometrischen Modelle zur Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung eines Zusammenschlusses möglichst objektiv sein müssen, um das Ergebnis dieser Untersuchung nicht in die eine oder die andere Richtung zu verzerren. Diese Faktoren tragen so zur Unparteilichkeit und zur Qualität der Entscheidungen der Kommission bei, wovon letztlich das Vertrauen der Öffentlichkeit und der Unternehmen in die Legitimität des unionsrechtlichen Fusionskontrollverfahrens abhängt (Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, Rn. 53).

118 Indem sie sich somit über ein zwingendes Verfahrenserfordernis hinwegsetzte, das die Legitimität des unionsrechtlichen Fusionskontrollverfahrens und die Verfahrensgerechtigkeit gewährleisten sollte, hat die Kommission auch UPS in eine Lage versetzt, die es ihr nicht gestattete, einen Teil der Begründung des streitigen Beschlusses zu verstehen.

119 Zum Vorbringen der Kommission, der Verstoß gegen die Verteidigungsrechte sei nicht hinreichend qualifiziert, weil UPS in der Lage gewesen sei, die Änderungen zu verstehen, die in der endgültigen Fassung des ökonometrischen Modells aufgrund der Diskussionen vor dessen Ausarbeitung vorgenommen worden seien, ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht bereits endgültig entschieden hat, dass zwar zahlreiche Ähnlichkeiten zwischen dem endgültigen

ökonometrischen Modell und den zuvor erörterten Modellen bestanden hatten, die vorgenommenen Änderungen jedoch nicht vernachlässigbar waren, und dass zu keinem Zeitpunkt des Verwaltungsverfahrens die Anwendung verschiedener Zusammenschlussvariablen in verschiedenen Stadien der Analyse Gegenstand wiederholter Diskussionen war (Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission, T-194/13, EU:T:2017:144, Rn. 204 bis 209).

120 Erst im Rahmen des Verfahrens in der Rechtssache, in der das Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), ergangen ist, konnte UPS nämlich aufgrund einer prozessleitenden Maßnahme des Gerichts vom 11. April 2016 von den Änderungen des ökonometrischen Modells in seiner endgültigen Fassung Kenntnis nehmen.

121 Das Vorbringen der Kommission, die Verletzung der Verteidigungsrechte werde dadurch abgemildert, dass der Ausarbeitung des ökonometrischen Modells ein mehrmaliger Austausch mit UPS vorausgegangen sei, ist daher unbegründet.

122 Da UPS die endgültige Fassung des ökonometrischen Modells nicht übermittelt wurde, wurde ihr eine Information vorenthalten, die ihr, wenn sie ihr rechtzeitig übermittelt worden wäre, erlaubt hätte, andere Ergebnisse der Auswirkungen des Vorhabens auf die Preise geltend zu machen, die zu einer Neubewertung der Tragweite der von der Kommission berücksichtigten qualitativen Informationen und somit zu einer Senkung der Zahl der von einer erheblichen Behinderung eines wirksamen Wettbewerbs betroffenen Staaten hätten führen können (Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission, T-194/13, EU:T:2017:144, Rn. 218). Daher ist festzustellen, dass die Verletzung der Verteidigungsrechte von UPS offensichtlich und schwerwiegend ist.

123 Die Verletzung der Verteidigungsrechte von UPS stellt daher einen hinreichend qualifizierten Verstoß der Kommission gegen eine Unionsrechtsnorm dar, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen.

2) Zur fehlenden Mitteilung der Kriterien für die Bewertung der Effizienzvorteile

124 UPS räumt zwar ein, dass die Beweislast für Effizienzvorteile bei der Partei liege, die einen Zusammenschluss angemeldet habe, meint aber, dass die Kommission verpflichtet sei, vor Erlass der endgültigen Entscheidung die Beweisschwelle festzulegen, die sie verlange, damit die behaupteten Vorteile als nachprüfbar im Sinne der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 2004, C 31, S. 5, im Folgenden: Leitlinien) angesehen werden könnten. Ohne vorherige Übermittlung dieser Kriterien verfüge die Kommission über eine willkürliche Befugnis, die es ihr erlaube, die behaupteten Effizienzvorteile anzunehmen oder abzulehnen, ohne dass die Partei, die einen Zusammenschluss angemeldet habe, oder der Unionsrichter in der Lage seien, eine Kontrolle auszuüben. Die Kommission hätte im Stadium der Mitteilung der Beschwerdepunkte oder des Tatbestandsschreibens, das diese Mitteilung gemäß Rn. 111 der Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV (ABl. 2011, C 308, S. 6) ergänzt habe, erläutern können, warum sie bestimmte Effizienzvorteile annehmen und andere habe ablehnen wollen. Dies habe sie jedoch nicht getan.

125 Wie bereits zur unterbliebenen Mitteilung des ökonometrischen Modells entschieden worden sei, habe die unterbliebene Mitteilung der Kriterien für die Bewertung der Effizienzvorteile zu einer Verletzung der Verteidigungsrechte von UPS geführt. Die Kommission müsse ihre Einwände

gegen die Nachweisbarkeit der behaupteten Effizienzvorteile darlegen und den Parteien, die einen Zusammenschluss angemeldet hätten, die Möglichkeit geben, hierzu Stellung zu nehmen. Die Kommission habe gegen diese Verpflichtung verstoßen und ihr damit den Nachweis von Effizienzvorteilen unmöglich gemacht.

126 Im Übrigen habe die Kommission, obwohl sie seit der Einreichung des Anmeldeformulars zahlreiche Nachweise für die Effizienzvorteile geliefert habe, diese lediglich als unzureichend zurückgewiesen, ohne ein Auskunftsverlangen zu stellen. Erst am Ende des Verwaltungsverfahrens habe die Kommission versucht, einen begrenzten Dialog mit ihr über Effizienzvorteile zu eröffnen. Es sei jedoch wenig plausibel, dass die Kommission Zeit gehabt habe, die von ihr zuletzt am 20. November 2012 vorgelegten Beweise zu berücksichtigen, wenn man den Standpunkt berücksichtige, den sie beim Treffen zum Verfahrensstand vom selben Tag zum Ausdruck gebracht habe.

127 Schließlich sei UPS erst im Stadium des streitigen Verfahrens in der Rechtssache, in der das Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), ergangen sei, in der Lage gewesen, in der Sache über diesen Punkt mit der Kommission zu diskutieren.

128 Die Kommission tritt diesem Vorbringen entgegen.

129 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission, um einen Zusammenschluss für unvereinbar mit dem Binnenmarkt zu erklären, nach Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 nachweisen muss, dass durch die Durchführung des angemeldeten Zusammenschlusses ein wirksamer Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung (Urteil vom 6. Juli 2010, Ryanair/Kommission, T-342/07, EU:T:2010:280, Rn. 26).

130 Nach der Rechtsprechung müssen die Entscheidungen der Kommission über die Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Binnenmarkt durch hinreichend signifikante und überzeugende Beweismittel erhärtet werden. Wenn die Kommission der Auffassung ist, dass ein Zusammenschluss untersagt werden muss, hat sie eindeutige Beweise für eine solche Schlussfolgerung zu liefern (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 50, und vom 6. Juni 2002, Airtours/Kommission, T-342/99, EU:T:2002:146, Rn. 63).

131 In diesem Zusammenhang ist die Beschaffenheit der von der Kommission zum Nachweis der Erforderlichkeit einer Entscheidung, mit der der Zusammenschluss für unvereinbar mit dem Binnenmarkt erklärt wird, vorgelegten Beweismittel besonders bedeutsam. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass die Kommission bei Entscheidungen, mit denen Zusammenschlüsse untersagt werden, höhere Beweisanforderungen einhalten muss als bei Entscheidungen, mit denen sie genehmigt werden. In der oben in 130 angeführten Rechtsprechung kommt nämlich lediglich die Hauptfunktion des Beweises zum Ausdruck, die darin besteht, von der Richtigkeit einer These zu überzeugen oder, wie im Bereich der Fusionskontrolle, die Beurteilungen, auf denen die Entscheidungen der Kommission beruhen, zu untermauern. Insoweit stellt die Komplexität, die stets gegeben ist, wenn einem angemeldeten Zusammenschluss ein Wettbewerbshindernis entgegengehalten wird, einen Gesichtspunkt dar, der bei der Beurteilung der Plausibilität der verschiedenen Folgen dieses Zusammenschlusses, um unter ihnen die wahrscheinlichste zu bestimmen, zu berücksichtigen ist, doch beeinflusst diese Komplexität für sich allein nicht die Höhe der Beweisanforderungen (Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 50 und 51).

132 Die Verordnung Nr. 139/2004 enthält keine Bestimmung über Effizienzvorteile. Im 29. Erwägungsgrund heißt es jedoch:

„Um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt bestimmen zu können, sollte begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung getragen werden, die von den beteiligten Unternehmen dargelegt werden. Es ist möglich, dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen, so dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben, insbesondere durch Begründung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung, nicht erheblich behindert würde. Die Kommission sollte Leitlinien veröffentlichen, in denen sie die Bedingungen darlegt, unter denen sie Effizienzvorteile bei der Prüfung eines Zusammenschlusses berücksichtigen kann."

133 Die Leitlinien der Kommission, die im 29. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 139/2004 genannt werden, finden sich in den Ziff. 76 bis 88 der Leitlinien.

134 Aus den Ziff. 76 und 77 der Leitlinien geht hervor, dass es möglich ist, dass die Effizienzvorteile die nachteiligen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb ausgleichen. Die Kommission kann daher zu dem Ergebnis gelangen, dass ein Zusammenschluss nicht für unvereinbar zu erklären ist, wenn sie auf der Grundlage ausreichender Beweismittel feststellen kann, dass die mit der Fusion herbeigeführten Effizienzvorteile geeignet sind, die Fähigkeit und den Anreiz des fusionierten Unternehmens zu verstärken, den Wettbewerb zum Vorteil für die Verbraucher zu beleben.

135 Dazu geht aus Ziff. 78 der Leitlinien hervor, dass drei kumulative Voraussetzungen erfüllt sein müssen: Die Effizienzvorteile müssen erstens den Verbrauchern zugutekommen, zweitens fusionsspezifisch und drittens überprüfbar sein.

136 Die Voraussetzung der Nachprüfbarkeit der Effizienzvorteile ist Gegenstand der Ausführungen in den Ziff. 86 bis 88 der Leitlinien. Aus Ziff. 86 dieser Leitlinien geht hervor, dass der Zweck dieser Voraussetzung darin besteht, dass die Kommission „davon ausgehen kann, dass [die Effizienzvorteile] sich einstellen werden, und so erheblich sein [werden], dass sie einer möglichen Benachteiligung der Verbraucher durch den Zusammenschluss entgegenwirken". In derselben Ziffer der Leitlinien heißt es, dass die behaupteten Effizienzvorteile, je präziser und überzeugender sie dargelegt würden, desto besser von der Kommission angemessen gewürdigt werden könnten. Die Effizienzvorteile und die daraus resultierenden Vorteile für die Verbraucher sollten insoweit nach Möglichkeit „mit Zahlenangaben untermauert" werden und, „[s]ind keine Daten vorhanden, um eine genaue Zahlenanalyse vorzunehmen, müssen klar identifizierbare und nicht lediglich marginale positive Wirkungen auf die Verbraucher vorhersehbar sein".

137 Schließlich sind die Frage der Beweislast und die Darstellung der für die Bewertung der behaupteten Effizienzvorteile geeigneten Nachweise Gegenstand der Ziff. 87 und 88 der Leitlinien, die wie folgt lauten:

„87. Die Informationen, anhand deren die Kommission bewerten kann, ob eine Fusion die Art Effizienzvorteile erbringt, die ihr die Freigabe des Zusammenschlusses ermöglicht, befinden sich ganz überwiegend im Besitz der Zusammenschlussparteien. Es ist deshalb Sache der Anmelder, rechtzeitig alle erforderlichen Angaben vorzulegen, die nachweisen, dass die behaupteten

Effizienzvorteile fusionsspezifisch sind und sich wahrscheinlich einstellen werden. Auch haben die Anmelder darzulegen, in welchem Maße die Effizienzvorteile geeignet sind, den nachteiligen Wirkungen der Fusion auf den Wettbewerb entgegenzuwirken, und damit den Verbrauchern zugutekommen.

88. Zu den für die Bewertung der behaupteten Effizienzvorteile geeigneten Nachweisen zählen interne Unterlagen, die von der Unternehmensführung herangezogen wurden, um über den Zusammenschluss zu beschließen, Ausführungen der Unternehmensleitung an die Eigentümer und Finanzmärkte zu den erwarteten Effizienzvorteilen, Beispiele für zurückliegende Effizienzvorteile und Verbrauchervorteile und vor dem Zusammenschluss erstellte Studien außenstehender Sachverständiger über die Art und den Umfang der Effizienzgewinne und das Ausmaß der Vorteile für die Verbraucher."

138 Aus den Leitlinien geht somit klar hervor, dass es Sache des Anmelders ist, präzise und überzeugende Beweise beizubringen, die es ermöglichen, die erwarteten Effizienzvorteile soweit wie möglich zu quantifizieren. Diese Situation unterscheidet sich von der Beweislast für die voraussichtlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses, die der Kommission obliegt und aus der sich ergibt, dass die zu diesem Zweck verwendeten ökonometrischen Modelle den Anmeldern eines Zusammenschlusses mitgeteilt werden, da sie ein Instrument für eine Entscheidungshilfe darstellen (Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, Rn. 33).

139 Zwar legen diese Hinweise in den Leitlinien allgemein dar, dass nur Effizienzvorteile, die durch Beweise untermauert werden, es objektiv ermöglichen, deren Umfang und Wahrscheinlichkeit zu bewerten. Diese Leitlinien enthalten Beispiele insoweit einschlägiger Informationen, insbesondere interne Unterlagen für die betroffenen Unternehmen. Dass die Formulierungen in den Leitlinien allgemein sind, ist jedoch verständlich, wenn nicht unvermeidbar, weil die individuellen Situationen der Unternehmen, die zu erwartenden Effizienzvorteile und die Merkmale der Märkte, auf denen die Kommission ihre Kontrolle auszuüben hat, wenn ein Zusammenschluss bei ihr angemeldet wird, unterschiedlich sind. Es kann daher vernünftigerweise nicht erwartet werden, dass die Kommission mittels eines Instruments wie der Leitlinien im Voraus eingehend und detailliert alle Kriterien festlegt, anhand deren diese Effizienzvorteile als überprüfbar angesehen werden können.

140 Ebenso verpflichtet keine Bestimmung der Verordnung Nr. 139/2004 und der Leitlinien die Kommission, wenn die Anmelder eines Zusammenschlusses Argumente zu Effizienzvorteilen vortragen, im Voraus abstrakt die spezifischen Kriterien festzulegen, anhand deren sie zu der Annahme gelangen möchte, dass ein Effizienzvorteil als nachprüfbar angesehen werden kann.

141 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass im Kontext des Antidumpingrechts bereits entschieden worden ist, dass das Organ, wenn es von dem durch diese Regelung eingeräumten Ermessensspielraum Gebrauch macht, ohne die Kriterien, die es in jedem konkreten Fall anzuwenden gedenkt, im Einzelnen und im Voraus darzulegen, damit nicht gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstößt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 5. Oktober 1988, Brother Industries/Rat, 250/85, EU:C:1988:464, Rn. 29, und vom 7. Mai 1991, Nakajima/Rat, C-69/89, EU:C:1991:186, Rn. 118). Diese Situation entspricht derjenigen des vorliegenden Falls, in dem die Verordnung Nr. 139/2004 der Kommission ein Ermessen bei der Beurteilung der von den Anmeldern eines Zusammenschlusses vorgetragenen Effizienzvorteile einräumt, ohne ihr vorzuschreiben, die hierfür maßgeblichen Kriterien im Voraus und abstrakt festzulegen.

142 Unter diesen Umständen entbehrt das Vorbringen von UPS, mit dem dargetan werden soll, dass die Kommission verpflichtet gewesen sei, ihr die spezifischen Kriterien und die Beweisschwellen mitzuteilen, die sie anwenden wollte, um festzustellen, ob jeder der geltend gemachten Effizienzvorteile nachprüfbar sei, einer rechtlichen Grundlage.

143 Nach alledem ist das Vorbringen, die Kommission habe die Verfahrensrechte von UPS bei der Analyse der Effizienzvorteile verletzt, weil sie die Kriterien für die Bewertung dieser Vorteile nicht mitgeteilt habe, als unbegründet zurückzuweisen.

3) Zur fehlenden Übermittlung bestimmter vertraulicher Dokumente von FedEx

144 UPS beanstandet, die Kommission habe ihr keinen Zugang zu allen von FedEx im Verwaltungsverfahren gelieferten Auskünften gewährt oder zumindest ihren Anwälten keinen solchen Zugang gewährt, um ihnen eine unabhängige Prüfung ihres Inhalts zu ermöglichen. UPS ist der Ansicht, ihr sei die Möglichkeit genommen worden, den Beweiswert der von FedEx gelieferten Informationen zu beurteilen, obwohl diese den Beschluss der Kommission beeinflusst hätten, für 14 nationale Märkte die Rügen des Vorliegens einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs aufzugeben und sie auf 15 anderen nationalen Märkten aufrechtzuerhalten.

145 UPS ist der Ansicht, dass diese mit FedEx zusammenhängenden Umstände auch auf den 15 anderen Märkten relevant gewesen sein könnten, für die die Kommission zu Unrecht ihre Rügen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs aufrechterhalten habe. UPS trägt vor, ihr Verdacht werde durch die Wechselhaftigkeit der Gründe, auf die sich die Kommission im Lauf des Verfahrens nacheinander berufen habe, um die Relevanz der internen Dokumente von FedEx in Abrede zu stellen, verstärkt.

146 Weder UPS noch das Gericht seien in der Lage gewesen, die Richtigkeit der von FedEx übermittelten Informationen zu überprüfen. Wenn UPS davon hätte Kenntnis erlangen können, hätte sie nachweisen können, dass die 15 nationalen Märkte, für die die Kommission eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs festgestellt habe, nicht von den 14 anderen unterschieden werden könnten. UPS vermutet, dass FedEx versucht habe, die Kommission davon zu überzeugen, das Zusammenschlussvorhaben zwischen UPS und TNT zu verbieten, indem sie ihre Expansionsprojekte in Europa heruntergespielt habe. UPS macht bestimmte Widersprüche zwischen den Stellungnahmen von FedEx im Verwaltungsverfahren und ihren öffentlichen Erklärungen gegenüber den Investoren geltend.

147 UPS führt aus, ihr Vorbringen beziehe sich nicht auf den Zugang zu den vertraulichen Unterlagen von FedEx, die als belastendes Material herangezogen worden seien, sondern auf die Frage, ob ihr der Zugang zu den anderen vertraulichen Dokumenten von FedEx verweigert werden könne, die für die Beurteilung des Beweiswerts der belastenden Schriftstücke nützlich seien. Es sei nicht Sache der Kommission, zu entscheiden, welche Unterlagen der Verteidigung des Unternehmens, das einen Zusammenschluss angemeldet habe, dienlich seien.

148 Erst nach den Maßnahmen, die das Gericht im Rahmen der Rechtssache getroffen habe, in der das Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), ergangen sei, habe sie von bestimmten Informationen Kenntnis nehmen können, die FedEx der Kommission übermittelt habe. Die wenigen Dokumente, die sie auf diese Weise eingesehen habe,

widersprächen der von der Kommission getroffenen Unterscheidung zwischen den nationalen Märkten, je nachdem, ob sie eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darstellten oder nicht.

149 UPS macht geltend, die Kommission könne weder geltend machen, dass sie zu beweisen habe, dass sich die Schriftstücke, zu denen sie nie Zugang gehabt habe, auf den streitigen Beschluss ausgewirkt hätten, wie sich aus Rn. 63 des Urteils vom 25. Oktober 2011, Solvay/Kommission (C-109/10 P, EU:C:2011:686), ergebe, noch sich auf das Urteil vom 14. Dezember 2005, General Electric/Kommission (T-210/01, EU:T:2005:456), berufen, da dieses nicht den Zugang zu Dokumenten betreffe, die dem belastenden Wert der Erklärungen eines Dritten widersprächen.

150 Die Kommission habe die Dokumente von FedEx fünf Monate vor Erlass des streitigen Beschlusses in Besitz genommen. Unter diesen Umständen könne sich die Kommission nicht auf zeitliche Zwänge berufen, um die Verletzung der Verteidigungsrechte von UPS zu entschuldigen.

151 Erst ab dem Zeitpunkt, zu dem sie Zugang zu diesen Dokumenten erhalten haben werde, werde UPS in der Lage sein, das kontrafaktische Szenario genau darzulegen. Sie beantragt, der Kommission im Wege einer prozessleitenden Maßnahme oder einer Beweiserhebung aufzugeben, alle ihr vorliegenden internen Dokumente von FedEx vorzulegen.

152 Die Kommission verneint eine Verletzung der Verfahrensrechte von UPS.

153 Es ist darauf hinzuweisen, dass UPS nicht behauptet, dass die Kommission es unterlassen habe, die internen Dokumente von FedEx zu übermitteln, auf denen die Entscheidung über die Unvereinbarkeit des Zusammenschlusses von UPS und TNT beruht. UPS bestreitet auch nicht die Vertraulichkeit der internen Dokumente von FedEx, zu denen sie im Verwaltungsverfahren Zugang beantragt hat oder die ihr in bereinigten Fassungen oder als Zusammenfassungen übermittelt wurden. UPS macht dagegen geltend, ihre Verteidigungsrechte seien verletzt worden, da die Kommission ihr nicht gestattet habe, sämtliche zu den Akten gereichte internen Dokumente von FedEx in deren nicht bereinigten vertraulichen Fassungen einzusehen. UPS ist der Ansicht, dass alle diese Dokumente möglicherweise entlastende Schriftstücke seien, und macht geltend, die Kommission hätte ihr zumindest einen sogenannten „beschränkten“ Zugang gewähren müssen, der es ihren externen Rechtsberatern gestatten solle, ihren Beweiswert unter Wahrung ihrer Vertraulichkeit unabhängig zu prüfen.

154 Im Fusionskontrollbereich ist die Kommission verpflichtet, den Anmeldern eines Zusammenschlusses sämtliche Umstände mitzuteilen, auf die sie ihren Beschluss zu stützen beabsichtigt, damit die Anmelder gehört werden können (Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, Rn. 31). Vor dem Erlass eines Beschlusses wie des streitigen Beschlusses ist die Kommission nämlich nach Art. 18 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 verpflichtet, „den betroffenen Personen, Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Gelegenheit [zu geben], sich zu den ihnen gegenüber geltend gemachten Einwänden in allen Abschnitten des Verfahrens bis zur Anhörung des Beratenden Ausschusses zu äußern“. Nach Art. 18 Abs. 3 dieser Verordnung „[stützt d]ie Kommission … ihre Entscheidungen nur auf die Einwände, zu denen die Betroffenen Stellung nehmen konnten“, und „[d]as Recht der Betroffenen auf Verteidigung während des Verfahrens wird in vollem Umfang gewährleistet“.

155 Bei anderen Schriftstücken als denjenigen, auf die die Einwände der Kommission gestützt werden, erfolgt die Akteneinsicht nicht automatisch, sondern ist zu beantragen. Art. 17 Abs. 1 der Verordnung Nr. 802/2004 sieht nämlich vor, dass „[d]ie Kommission … den Beteiligten, an die sie eine Mitteilung ihrer Einwände gerichtet hat, auf Antrag Einsicht in die Verfahrensakte [gewährt], um ihre Verteidigungsrechte zu gewährleisten“ und dass die Akteneinsicht „nach Zustellung der Mitteilung der Einwände gewährt [wird]“. Diese Bestimmungen spiegeln sich in Ziff. 7 der Mitteilung der Kommission über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung der Artikel [101] und [102 AEUV], Artikel 53, 54 und 57 des EWR-Abkommens und der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 (ABl. 2005, C 325, S. 7, im Folgenden: Mitteilung der Kommission über die Akteneinsicht) wider, wonach „den jeweiligen Personen, Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen …, an die die Kommission ihre Beschwerdepunkte richtet …, auf Antrag Akteneinsicht gewährt“ wird.

156 Dieser Antrag auf Akteneinsicht ist bei der Generaldirektion (GD) Wettbewerb zu stellen, bevor er gegebenenfalls an den Anhörungsbeauftragten gerichtet wird. Art. 3 Abs. 7 des Beschlusses 2011/695/EU des Präsidenten der Europäischen Kommission vom 13. Oktober 2011 über Funktion und Mandat des Anhörungsbeauftragten in bestimmten Wettbewerbsverfahren (ABl. 2011, L 275, S. 29) sieht nämlich vor, dass im Fall von Fragen oder Problemen bezüglich der effektiven Wahrung der Verfahrensrechte der Parteien sich diese Personen zunächst an die GD Wettbewerb zu wenden haben, und wenn die Fragen bzw. Probleme nicht gelöst werden können, so kann der Anhörungsbeauftragte angerufen werden. Art. 7 Abs. 1 des Beschlusses 2011/695 sieht insoweit vor, dass, wenn ein Beteiligter, der sein Recht auf Einsicht in die Akte ausgeübt hat, Grund zu der Annahme hat, dass die Kommission über Unterlagen verfügt, die ihm nicht offengelegt wurden, und dass diese Unterlagen für die ordentliche Wahrnehmung des Rechts auf Anhörung erforderlich sind, er beim Anhörungsbeauftragten einen begründeten Antrag auf Zugang zu diesen Unterlagen stellen kann. Diese Bestimmungen sind im Wesentlichen Gegenstand von Ziff. 47 der Mitteilung der Kommission über die Akteneinsicht. Zur Erleichterung der Akteneinsicht sieht Ziff. 45 der Mitteilung der Kommission über die Akteneinsicht vor, dass die Betroffenen von der Kommission „ein Inhaltsverzeichnis der Kommissionsakte“ erhalten.

157 Um die Wirksamkeit des Rechts auf Akteneinsicht in Fusionskontrollverfahren zu gewährleisten, muss ein Antrag auf Akteneinsicht rechtzeitig gestellt werden. Wie in Ziff. 28 der Mitteilung der Kommission über die Akteneinsicht ausgeführt wird, ergibt sich aus Art. 18 Abs. 1 und 3 der Verordnung Nr. 139/2004 in Verbindung mit Art. 17 Abs. 1 der Verordnung Nr. 802/2004, dass die Anmelder eines Zusammenschlusses auf Antrag Einsicht in die Kommissionsakte in jedem Stadium des Verfahrens zwischen dem Zeitpunkt der Zustellung der Beschwerdepunkte und der Anhörung des Beratenden Ausschusses erhalten. Art. 3 Abs. 7 des Beschlusses 2011/695 sieht außerdem vor, dass Anträge in Bezug auf Maßnahmen, die mit einer Frist verbunden sind, rechtzeitig innerhalb der ursprünglichen Frist gestellt werden müssen. Daraus folgt, dass ein Antrag auf Akteneinsicht, der bei der GD Wettbewerb oder dem Anhörungsbeauftragten gestellt wird, nachdem der Beratende Ausschuss seine Stellungnahme zum Beschlussentwurf der Kommission abgegeben hat, als verspätet anzusehen ist.

158 Im vorliegenden Fall ist das Vorbringen von UPS teilweise zu allgemein, um den Schluss zu erlauben, dass die nicht übermittelten Dokumente für die Ausübung ihrer Verteidigungsrechte zumindest potenziell erforderlich waren. UPS macht nämlich geltend, dass ihr alle vertraulichen internen Dokumente von FedEx hätten übermittelt werden müssen, da sie ihr ermöglicht hätten,

zu verstehen, auf welche Gesichtspunkte sich die Kommission gestützt habe, um das Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf 15 nationalen Märkten zu bejahen und sie für 14 weitere auszuschließen, ohne weitere Erläuterungen zu geben.

159 UPS beruft sich jedoch speziell auf zwei Gruppen vertraulicher interner Dokumente, die FedEx der Kommission übermittelt habe, und zwar die einen vor der Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 19. Oktober 2012 und die anderen nach dieser Mitteilung. Nach Ansicht von UPS ließen diese Dokumente erkennen, warum die Kommission die ursprünglich in der Mitteilung der Beschwerdepunkte geäußerten Bedenken gegenüber 14 nationalen Märkten fallen gelassen habe.

160 Die erste Gruppe besteht nach Angaben von UPS aus 484 internen Dokumenten von FedEx, die die Kommission seit dem 10. August 2012 besaß. Die zweite Gruppe betrifft bestimmte Dokumente, die FedEx der Kommission am 9. und 15. November 2012 zu ihren Expansionsplänen vorgelegt hat und zu denen die Anwälte von UPS nach ihren Angaben im Anschluss an eine prozessleitende Maßnahme des Gerichts vom 11. April 2016 in der Rechtssache, in der das Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), ergangen ist, teilweise Zugang gehabt haben.

i) Zur Einsicht in die am 10. August 2012 zu den Akten gereichten 484 vertraulichen internen Dokumente von FedEx

161 UPS macht in Rn. 52 der Klageschrift geltend, dass die Kommission ihr, die seit dem 10. August 2012 im Besitz des größten Teils der internen Dokumente von FedEx gewesen sei, spätestens zum Zeitpunkt des Tatbestandsschreibens Zugang zu entlastenden Beweismitteln hätte gewähren können. Sie habe dies jedoch unterlassen und damit die Verteidigungsrechte offensichtlich und schwerwiegend verletzt. In ihrer Erwiderung hat UPS beantragt, der Kommission aufzugeben, alle ihr vorliegenden internen Dokumente von FedEx vorzulegen. Auf eine schriftliche Frage zu diesem Punkt hat sich UPS auf 484 interne Dokumente von FedEx zu den Expansionsprojekten dieses Unternehmens berufen.

162 Die Kommission entgegnet im Wesentlichen, der streitige Beschluss stütze sich auf kein Dokument von FedEx, zu dem UPS keinen Zugang gehabt habe, und im Übrigen habe UPS im Verwaltungsverfahren keinen Zugang zu den fraglichen 484 Dokumenten beantragt.

163 Es ist festzustellen, dass zwischen den Parteien unstreitig ist, dass FedEx die fraglichen 484 Dokumente am 10. August 2012 in Beantwortung eines Auskunftsverlangens der Kommission vom 2. August 2012 übermittelt hat. UPS behauptet nicht, dass diese Dokumente nicht im Inhaltsverzeichnis der Kommissionsakte enthalten seien. In Fn. 49 der Anlage A.14 zur Klageschrift weist UPS darauf hin, dass es ihr gelungen sei, das Vorhandensein dieser Dokumente durch Einsichtnahme in das nicht vertrauliche Schreiben der Anwälte von FedEx vom 10. August 2012 festzustellen, das der Übermittlung der fraglichen Dokumente beigefügt gewesen sei (Dokument mit dem Aktenzeichen ID 6459). Obwohl UPS in der mündlichen Verhandlung nicht angegeben hat, zu welchem Zeitpunkt sie von dem Vorhandensein dieser Dokumente hätte Kenntnis nehmen können, hat UPS erklärt, dass sie im Verwaltungsverfahren Zugang zu ihnen beantragt und den Anhörungsbeauftragten hierzu am 30. Oktober 2012 angerufen habe.

164 Es ist jedoch festzustellen, dass der Antrag auf Akteneinsicht, den UPS am 25. Oktober 2012 an die GD Wettbewerb richtete, keine Bezugnahme auf diese Dokumente enthält. In ihrem Antrag beantragte UPS Zugang zu den 1 122 von Dritten stammenden Dokumenten, die ohne Begründung seitens der Kommission nicht verbreitet wurden, von 7 299 Dokumenten im Inhaltsverzeichnis der Verwaltungsakte.

165 Die Kommission antwortete UPS mit E-Mail vom 25. Oktober 2012, dass von allen in der Akte enthaltenen Dokumenten, zu denen sie seit der Mitteilung der Beschwerdepunkte ein Recht auf Zugang gehabt habe, nur 323 Dokumente wegen Geschäftsgeheimnissen nicht zugänglich seien und 1 177 weitere Dokumente in einer nicht vertraulichen Fassung zugänglich seien.

166 Es ist festzustellen, dass UPS in ihrem Antrag vom 30. Oktober 2012 an den Anhörungsbeauftragten neben den Anträgen auf Zugang zu bestimmten spezifischen Dokumenten, die durch ihre Bezugnahme bestimmt oder zumindest bestimmbar waren, lediglich allgemein ihr Recht geltend gemacht hat, „unmittelbar oder durch ihre Anwälte von allen potenziell entlastenden Schriftstücken in der Kommissionsakte, insbesondere von den internen Daten über die Strategie von FedEx“, Kenntnis zu nehmen.

167 UPS verfügt aber nicht nur über kein solches unbeschränktes und absolutes Recht auf Zugang zu den vertraulichen Informationen, die in den Akten enthalten sind, sondern sie konnte vernünftigerweise nicht erwarten, dass der Anhörungsbeauftragte diesen vagen und abstrakten Antrag dahin auslegt, dass er spezifisch die 484 Dokumente betrifft, die FedEx ihrer Antwort vom 10. August 2012 auf die Fragen der Kommission beigefügt hatte.

168 UPS hat nicht nachgewiesen, dass sie im weiteren Verlauf des Verwaltungsverfahrens Zugang zu den fraglichen 484 Dokumenten beantragt hatte, weder in dem an die Kommission gerichteten Antrag auf Zugang vom 26. November 2012 noch in dem vom 4. Januar 2013 als Antwort auf das Tatbestandsschreiben.

169 Daraus ergibt sich, dass UPS, da sie nicht nachgewiesen hat, dass sie einen entsprechenden Antrag gestellt hat, ihr Recht auf Zugang zu den 484 Dokumenten, die FedEx der Kommission am 10. August 2012 übermittelte und die zu den Akten genommen wurden, nicht gemäß Art. 3 Abs. 7 des Beschlusses 2011/695 ausübte.

170 Das Gericht hat jedoch im Zusammenhang mit Verfahren nach Art. 101 AEUV einen Nichtigkeitsgrund, mit dem eine Verletzung des Rechts auf Akteneinsicht gerügt wurde, bereits mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Partei, die sich darauf berufen hat, von diesem Recht im Verwaltungsverfahren keinen Gebrauch gemacht hatte (Urteil vom 9. Dezember 2014, SP/Kommission, T-472/09 und T-55/10, EU:T:2014:1040, Rn. 294). Das Gericht hat auch entschieden, dass eine Partei, die im Verwaltungsverfahren erfährt, dass die Kommission Unterlagen besitzt, die für ihre Verteidigung nützlich sein könnten, bei der Kommission ausdrücklich Einsicht in diese Unterlagen beantragen muss. Wird ein solcher Antrag im Verwaltungsverfahren nicht gestellt, so tritt in diesem Punkt in Bezug auf eine gegen die endgültige Entscheidung etwa erhobene Nichtigkeitsklage Verwirkung ein (Urteile vom 15. März 2000, Cimenteries CBR u. a./Kommission, T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, EU:T:2000:77, Rn. 383, und vom 26. April 2007, Bolloré u. a./Kommission, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 und T-136/02, EU:T:2007:115, Rn. 49 und 59).

171 Diese Lösungen lassen sich auf eine Klage auf Ersatz des Schadens, der sich aus einer angeblichen Verletzung des Rechts auf Akteneinsicht in einem Fusionskontrollverfahren ergibt, übertragen. Ein Anmelder eines Zusammenschlusses, der es unterlässt, die GD Wettbewerb zu befassen, und sodann, im Fall der Ablehnung seines Antrags, den Anhörungsbeauftragten mit einem Antrag auf Akteneinsicht, kann später nicht geltend machen, dass er die Voraussetzungen für den Ersatz eines Schadens erfüllt, der sich aus der Verletzung des Akteneinsichtsrechts ergeben soll, obwohl er dieses Recht nicht rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form ausgeübt hat.

172 Daher ist das Vorbringen von UPS zurückzuweisen, mit dem sie eine Verletzung des Rechts auf Zugang zu den 484 vertraulichen internen Dokumenten von FedEx, die der Kommission am 10. August 2012 übermittelt wurden, geltend macht.

ii) Zum Zugang zu den von FedEx am 9. und 15. November 2012 übermittelten Dokumenten

173 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 19. Oktober 2012 festgestellt hat (vgl. insbesondere die Abschnitte 7.1.3.2 und 7.1.3.7 dieser Mitteilung), dass einer der Gründe, aus denen FedEx kein ausreichend starker Wettbewerber gewesen sei, um ein Gegengewicht zu Auswirkungen des Zusammenschlusses zwischen UPS und TNT zu bilden, auf die schwache Abdeckung ihres Netzes im Vergleich zu denen ihrer Wettbewerber zurückzuführen sei. In Abschnitt 7.1.3.8 dieser Mitteilung wies die Kommission auch darauf hin, dass die jüngsten Übernahmen und Expansionspläne von FedEx dieser nicht gestatteten, in naher Zukunft die Lücke zu schließen, die sie von ihren Hauptkonkurrenten trenne. Auf der Grundlage dieser Gesichtspunkte kam die Kommission in Abschnitt 7.1.3.9 dieser Mitteilung zu dem Ergebnis, dass die Marktstellung von FedEx zu schwach sei, um einen erheblichen Wettbewerbsdruck auszuüben, der es erlaube, die negativen Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auf den Wettbewerb auszugleichen.

174 Aus den Akten geht hervor, dass die Kommission mit E-Mail vom 26. Oktober 2012 ein ergänzendes Auskunftsverlangen betreffend die Infrastrukturen dieses Unternehmens an FedEx richtete. Dieses Auskunftsverlangen, das insbesondere dazu diente, der Kommission Klarheit über die Expansionspläne von FedEx zu verschaffen, war speziell darauf gerichtet, für jedes EWR-Land Folgendes zu erhalten:

– eine Karte mit Angaben zum Standort der von FedEx für die Kleinpaketlieferdienste genutzten Infrastrukturen sowie der Infrastrukturen, deren Nutzung vor Ende 2015 geplant war;

– die Liste der Subunternehmer, die für die Abholung und Lieferung von Kleinpaketen verwendet werden (pick up and delivery, im Folgenden: PUD), sowie der Subunternehmer, die FedEx bis Ende 2015 heranziehen wollte, indem sie für jeden einzelnen ihren Standort und ihr Einzugsgebiet angibt. Diese Informationen sollten in Form einer Tabelle vorgelegt werden, die nach Rubriken gegliedert ist, die es ermöglichen, jedes Unternehmen zu identifizieren und zu lokalisieren und Daten über seine Marktstellung und sein Gewicht im Netz von FedEx (Luft, Land oder lokal) zu liefern, wobei u. a. seine Verarbeitungskapazität im Jahr 2011, sein Einzugsgebiet, die Zahl der bedienten Straßen, die tägliche Bewegung von Lastkraftwagen und die Größe der Flotte von Lieferfahrzeugen anzugeben waren. Die Kommission forderte FedEx außerdem auf, den voraussichtlichen Zeitpunkt für den Beginn der geplanten Tätigkeiten in den noch nicht betriebsbereiten Anlagen zu präzisieren.

175 Mit diesem Auskunftsverlangen sollten die Informationen ergänzt werden, auf deren Grundlage die vorläufige Analyse der Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zur Wettbewerbsstellung von FedEx auf dem Markt für Expresslieferungen innerhalb des EWR beruhte.

176 Daraufhin übermittelte FedEx der Kommission die angeforderten Karten und Tabellen am 9. November 2012. Am 15. November 2012 legte FedEx eine überarbeitete Fassung dieser Dokumente vor.

177 Es steht fest, dass die Kommission UPS diese Dokumente im Verwaltungsverfahren nicht übermittelt hat. Erst im Rahmen des Verfahrens in der Rechtssache, in der das Urteil vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), ergangen ist, konnte UPS aufgrund einer prozessleitenden Maßnahme des Gerichts vom 11. April 2016 schließlich von diesen Dokumenten in ihrer nicht vertraulichen Fassung Kenntnis nehmen.

178 In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission jedoch geltend gemacht, dass eine Verletzung der Verteidigungsrechte von UPS in dieser Hinsicht ausgeschlossen werden könne, da diese den Anhörungsbeauftragten nicht angerufen habe, um die Ablehnung durch die GD Wettbewerb zu beanstanden. Da diese Ablehnung am 11. Januar 2013 erfolgt sei, habe UPS sich noch bis zum 18. Januar 2013, dem Tag der Sitzung des Beratenden Ausschusses, an den Anhörungsbeauftragten wenden können, was UPS nicht getan habe.

179 Zwar hat UPS von ihrem Recht auf Akteneinsicht Gebrauch gemacht, da sie sich am 4. Januar 2013 in ihrer Antwort auf das Tatbestandsschreiben mit einem Antrag auf eingeschränkten Zugang in einem Datenraum an die GD Wettbewerb wandte, wobei sich dieser Antrag insbesondere auf die Antworten auf die Auskunftsverlangen mit den Aktenzeichen Q30 und Q31 bezog.

180 Aus den Akten geht jedoch hervor, dass UPS den Anhörungsbeauftragten nicht mit der Ablehnung der GD Wettbewerb vom 11. Januar 2013 befasste, obwohl UPS über eine Frist verfügte, die nach Art. 18 Abs. 1 und 3 der Verordnung Nr. 139/2004 und Art. 17 Abs. 1 der Verordnung Nr. 802/2004 zum Zeitpunkt der Sitzung des Beratenden Ausschusses, hier am 18. Januar 2013, ablief. Außerdem hat UPS nicht geltend gemacht, dass diese Regeln in irgendeiner Weise rechtswidrig seien.

181 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass UPS, da sie den Anhörungsbeauftragten nicht mit einem Antrag auf Akteneinsicht befasste, später nicht geltend machen kann, sie erfülle die Voraussetzungen für den Ersatz eines Schadens, der sich aus der Verletzung dieses Rechts ergeben soll, das sie nicht rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form ausgeübt hat.

182 Aus dem Vorstehenden folgt, dass das Vorbringen von UPS zu einer Verletzung ihres Rechts auf Zugang zu den Antworten von FedEx vom 9. und 15. November 2012 unbegründet ist.

183 Da UPS außerdem nicht zuvor bei der GD Wettbewerb oder, im Fall der Ablehnung, beim Anhörungsbeauftragten einen Antrag auf Zugang zu den 484 internen vertraulichen Dokumenten von FedEx, die der Kommission am 10. August 2012 übermittelt worden waren, und einen Antrag auf Zugang zu den Antworten von FedEx vom 9. und 15. November 2012 stellte, ist es nicht erforderlich, dem Antrag von UPS auf prozessleitende Maßnahmen in Bezug auf die Vorlage dieser Dokumente stattzugeben.

b) Zum Verstoß gegen die Begründungspflicht

184 UPS trägt vor, die Kommission habe den streitigen Beschluss hinsichtlich der Beweisanforderungen für die Unterscheidung der 15 nationalen Märkte, auf denen eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs erfolge, von den 14 anderen nationalen Märkten auf der Grundlage der Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise, der Effizienzvorteile und der Wettbewerbsfähigkeit von FedEx nicht ausreichend begründet. Folglich sei weder sie noch das Gericht in der Lage gewesen, zu überprüfen, wie die Kommission, indem sie sich auf diese drei Gesichtspunkte gestützt habe, zwischen diesen Märkten unterschieden habe, und die Stichhaltigkeit der Schlussfolgerungen zur Nähe des Wettbewerbs zu beurteilen. Zwar führe eine unzureichende Begründung nicht für sich genommen zu Schäden, doch zeige eine solche Unzulänglichkeit im vorliegenden Fall einen schwerwiegenden Verstoß der Kommission gegen den Grundsatz des Vorrangs des Rechts.

185 Die Kommission hält dem entgegen, dass eine unzureichende Begründung nicht geeignet sei, die außervertragliche Haftung der Union auszulösen.

186 Es ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht, um festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß die außervertragliche Haftung der Union auslösen kann, in der Lage sein muss, die Tragweite des geltend gemachten Verstoßes zu verstehen. Es ist nämlich Sache der Klägerin, das vorgeworfene Verhalten zu bestimmen; andernfalls ist die Klage unzulässig. Dem Vorbringen von UPS in Rn. 73 der Klageschrift lässt sich jedoch nicht entnehmen, inwiefern der gerügte Verstoß gegen die Begründungspflicht einen hinreichend qualifizierten Verstoß darstellen soll. Unter diesen Umständen ist die vorliegende Rüge unzulässig.

187 Jedenfalls ist festzustellen, dass sich das Vorbringen von UPS zum Begründungsmangel in Rn. 73 der Klageschrift in Wirklichkeit mit dem Vorbringen deckt, mit dem die Rechtswidrigkeit der fehlenden Mitteilung der Kriterien für die Bewertung der Effizienzvorteile, die Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise und das Gegengewicht im Wettbewerb, das FedEx ausüben könnte, dargetan werden soll. UPS macht geltend, die Beurteilung des Zusammenschlusses zwischen ihr und TNT sei auf Fehler bei der Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise und Effizienzvorteile, auf eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zum Zusammenschluss von FedEx und TNT sowie auf Beurteilungsfehler in Bezug auf die Situation von FedEx zurückzuführen. UPS beruft sich auf das Vorliegen eines oder mehrerer hinreichend qualifizierter Verstöße, da die Kommission im streitigen Beschluss das Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf den Märkten für die fraglichen Dienstleistungen in 15 Mitgliedstaaten festgestellt habe.

188 Insoweit ist zu beachten, dass es sich bei der in Art. 296 AEUV vorgesehenen Begründungspflicht um ein wesentliches Formerfordernis handelt, das von der Frage der sachlichen Richtigkeit der Begründung zu unterscheiden ist, die zur materiellen Rechtmäßigkeit des streitigen Rechtsakts gehört. Die Begründung einer Entscheidung soll nämlich förmlich die Gründe zum Ausdruck bringen, auf denen diese Entscheidung beruht. Sind diese Gründe nicht untermauert oder weisen sie Fehler auf, so beeinträchtigen diese Mängel die materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung, nicht aber deren Begründung (Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, Rn. 181).

189 Die Verletzung des wesentlichen Formerfordernisses im Zusammenhang mit der Pflicht zur Begründung von Rechtsakten der Union kann keinen anderen materiellen Schaden zur Folge haben als denjenigen, der sich aus der fehlenden Grundlage des fraglichen Rechtsakts ergibt. Die

Haftung der Union kann grundsätzlich nicht allein durch eine möglicherweise unzureichende Begründung eines Rechtsakts der Union ausgelöst werden (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 30. September 2003, Eurocoton u. a./Rat, C-76/01 P, EU:C:2003:511, Rn. 98 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 10. September 2019, HTTS/Rat, C-123/18 P, EU:C:2019:694, Rn. 103).

190 Nach alledem ist das Vorbringen von UPS, mit dem sie eine Verletzung der Begründungspflicht geltend macht, zurückzuweisen und ihr Vorbringen zu prüfen, mit dem sie Fehler bei der Beurteilung des geplanten Zusammenschlusses geltend macht.

c) Zu den Fehlern bei der Beurteilung des geplanten Zusammenschlusses

191 UPS macht geltend, die Beurteilung des Zusammenschlusses zwischen ihr und TNT sei auf Fehler bei der Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise und Effizienzvorteile, auf eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zum Zusammenschluss von FedEx und TNT sowie auf Beurteilungsfehler in Bezug auf die Situation von FedEx zurückzuführen, die einzeln oder zusammen geeignet seien, die außervertragliche Haftung der Union auszulösen.

1) Zur Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise

192 UPS macht zwei Arten von Fehlern geltend, die das von der Kommission gewählte Modell betreffen. Es handelt sich zum einen um die Nichtberücksichtigung bestimmter Daten von FedEx und zum anderen um Fehler bei der Gestaltung des ökonometrischen Modells der Kommission.

i) Zur Nichtberücksichtigung bestimmter Daten von FedEx

193 Nach Ansicht von UPS hat die Kommission bestimmte Daten von FedEx ausgeschlossen, obwohl sie für die Modellierung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise nützlich seien. Während das Ziel der Preiskonzentrationsanalyse darin bestanden habe, die Auswirkungen auf die Preise für das Jahr 2015 vorherzusehen, habe die Kommission die Daten von FedEx für das Jahr 2012 berücksichtigt. Sie habe jedoch über Informationen zu den Projekten von FedEx bis zum Jahr 2015 verfügt, diese aber nicht berücksichtigt. Ohne diesen offensichtlichen Fehler hätte das Modell in 13 der 15 Staaten, in denen die Kommission das Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs festgestellt habe, praktisch keine Preiserhöhung angegeben. Hätte die Kommission die ihr vorliegenden Daten verwendet, so hätte sie feststellen können, dass Preiserhöhungen nicht zuverlässig vorhersehbar gewesen seien und dass eine negative Entscheidung unbegründet sei.

194 Es ist festzustellen, dass sich die Kommission für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen dem Konzentrationsniveau und den beobachteten Preisen auf die zum Zeitpunkt der Ausarbeitung des Modells, d. h. im Jahr 2012, verfügbaren Daten gestützt hat. Was insbesondere die Zusammenschlussvariable angeht, hat die Kommission den Deckungsgrad der jeweiligen Netze der Wettbewerber berücksichtigt, wie er seinerzeit festgestellt werden konnte, um ein zuverlässiges Bild davon zu vermitteln. In diese Daten prospektive Elemente einzubeziehen, die naturgemäß rein hypothetisch sind, wie die Prognosen von FedEx über die Expansion ihres Netzes nach fast drei Jahren, hätte einen zusätzlichen Grad an Unsicherheit geschaffen, der mit dem Ziel, ein zuverlässiges Modell zu erreichen, schwer vereinbar gewesen wäre. Dies bedeutet jedoch nicht, dass diese Daten für die Prüfung des geplanten Zusammenschlusses nicht relevant waren, da die Kommission im Rahmen ihrer allgemeinen oder „qualitativen“ Analyse

untersuchte, ob FedEx in Zukunft ein Gegengewicht im Wettbewerb zu der aus dem geplanten Zusammenschluss hervorgehenden Einheit ausüben kann. Unter diesen Umständen ist das Vorbringen von UPS, wonach die Prognosen von FedEx in Bezug auf die Expansion ihres Netzes bis zum Jahr 2015 für das ökonometrische Modell nicht berücksichtigt worden seien, zurückzuweisen.

ii) Zu den Fehlern bei der Gestaltung des ökonometrischen Modells der Kommission

195 UPS trägt vor, die Kommission habe die Grenzen ihres Ermessens verkannt, indem sie ein Modell verwendet habe, das erheblich von der üblichen Praxis in der Ökonometrie abweiche, die darin bestehe, dasselbe Modell in beiden Stadien der Untersuchung zu verwenden. Die Kommission habe im Stadium der Vorhersage ein anderes Modell als das im Stadium der Schätzung verwendet.

196 UPS macht im Wesentlichen geltend, die Kommission habe dadurch, dass sie eine diskrete – d. h. in Form einer ganzen Zahl dargestellte – Zusammenschlussvariable im Stadium der Schätzung verwendet habe, jedoch eine kontinuierliche – in Form einer Dezimalzahl dargestellte – im Stadium der Vorhersage, einen offensichtlichen und schwerwiegenden Fehler begangen, der die Zuverlässigkeit des Modells als Ganzes beeinträchtige. Um die Auswirkungen des Zusammenschlusses vorherzusehen, habe sich die Kommission auf ein Modell gestützt, das der einschlägigen Praxis zuwiderlaufe und keine empirischen Grundlagen habe. Keine durchschnittlich umsichtige und sorgfältige Behörde unter vergleichbaren Umständen sage unter Zugrundelegung eines solchen Modells die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise vorher.

197 UPS stützt ihr Vorbringen auf zwei Gutachten von Sachverständigen für Ökonometrie, Wirtschaftsprofessoren in den Vereinigten Staaten, an der Universität von Chicago bzw. am Massachussetts Institute of Technology. Diese Gutachten vom 30. November 2017 bzw. vom 1. Dezember 2017 wurden ursprünglich auf Ersuchen von UPS erstellt, um UPS im Rahmen der Rechtssache zu unterstützen, in der das Urteil vom 16. Januar 2019, Kommission/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23), ergangen ist, und wurden sodann der Klageschrift im vorliegenden Verfahren als Anlage beigefügt (Anlagen A.8 und A.9 zur Klageschrift). UPS hat im Stadium der Erwiderung zwei zusätzliche Gutachten dieser Sachverständigen vorgelegt (Anlagen C.1 und C.2 zur Erwiderung).

198 Nach Ansicht dieser Sachverständigen ist das von der Kommission verwendete Modell kontraintuitiv, unkonventionell und willkürlich. Aus den beiden Gutachten gehe nämlich hervor, dass die Standardmethode für die Modelle zur Quantifizierung der voraussichtlichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf das Preisniveau darin bestehe, dass in beiden Stadien dasselbe Modell und nicht in jedem Stadium ein anderes Modell verwendet werde.

199 In beiden Gutachten wird auch gerügt, dass das von der Kommission verwendete Prognosemodell nicht geprüft worden sei, was eine Abweichung von den üblichen Methoden für die Entwicklung ökonometrischer Modelle darstelle.

200 Die Kommission hat keine zulässigen Sachverständigengutachten zur Widerlegung dieser Gesichtspunkte vorgelegt. Sie macht jedoch geltend, dass die Frage, ob das Modell der üblichen ökonometrischen Praxis entspreche, für die vorliegende Klage unerheblich sei. Es komme allein auf die Frage an, ob in Anbetracht der Umstände des vorliegenden Falls die Kombination einer diskreten Zusammenschlussvariable im Stadium der Schätzung und einer kontinuierlichen Zusammenschlussvariable im Stadium der Vorhersage einen hinreichend qualifizierten Verstoß

gegen das Unionsrecht darstelle. Um diese Frage beantworten zu können, komme es darauf an, ob diese Kombination nicht im Hinblick auf die übliche Praxis der ökonometrischen Modelle annehmbar sei, sondern im Hinblick auf die spezifischen Umstände des geprüften Zusammenschlusses. Die Kommission räumt zwar ein, dass sie einen Verfahrensfehler begangen hat, indem sie UPS das endgültige ökonometrische Modell nicht übermittelt habe, macht aber geltend, dass ihre Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise nicht mit einem schweren materiellen Fehler behaftet sei und dass die Verwendung verschiedener Arten von Variablen in beiden Schritten der Analyse nicht hinreichend qualifiziert sei, um die Haftung der Union auszulösen.

201 Zunächst ist zum Umfang des Ermessens der Kommission darauf hinzuweisen, dass die Kommission im Fusionskontrollbereich einen gewissen Spielraum bei der Wahl der ihr zu Gebote stehenden ökonometrischen Instrumente und bei der Wahl geeigneter Vorgehensweisen für die Untersuchung eines Phänomens hat, sofern die gewählten Mittel nicht offensichtlich gegen die anerkannten wirtschaftswissenschaftlichen Grundsätze verstoßen und folgerichtig durchgeführt werden (Urteil vom 9. September 2008, MyTravel/Kommission, T-212/03, EU:T:2008:315, Rn. 83).

202 Außerdem ist festzustellen, dass die Definition des ökonometrischen Modells, das die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf das Preisniveau vorhersagen soll, sowie die Kontrolle der Daten, auf die es sich stützt, und die verschiedenen Phasen und Tests, die zu seiner Ausarbeitung erforderlich sind, auf Entscheidungen beruhen, die sowohl technische als auch komplexe Elemente betreffen und die in das Ermessen der Kommission fallen.

203 Folglich ist das Vorbringen von UPS zur Vereinbarkeit des Modells mit der in diesem Bereich üblichen Praxis ein relevanter Gesichtspunkt für die Prüfung, ob ein qualifizierter Verstoß gegen das Unionsrecht vorliegt. Wie die Kommission jedoch zu Recht ausführt, reicht nicht jede Abweichung von den anerkannten Regeln der Wirtschaftswissenschaft als solche aus, um auf das Vorliegen einer hinreichend qualifizierten Rechtsverletzung zu schließen, die die außervertragliche Haftung der Union auslösen könnte.

204 Sodann stimmen die Parteien darin überein, dass das von der Kommission im vorliegenden Fall verwendete ökonometrische Modell auf der Grundlage der auf dem relevanten Markt festgestellten Daten über den Zusammenschluss und das Preisniveau in einem ersten Stadium der „Schätzung“ eine Funktion erstellen soll, die das Verhältnis zwischen diesen beiden Variablen erläutert. In einem zweiten Stadium der „Vorhersage“ ist es möglich, die Auswirkungen einer bestimmten Änderung des Konzentrationsniveaus auf das Preisniveau zu bestimmen, wobei diese Wirkung nicht konstant ist, sondern je nach dem ursprünglichen Konzentrationsniveau variieren kann.

205 Die Kommission macht geltend, der im Rahmen ihres ökonometrischen Modells verfolgte Ansatz sei angesichts der Umstände und der Merkmale des Zusammenschlusses von UPS und TNT gerechtfertigt gewesen. Zum Stadium der Schätzung führt sie aus, sie sei davon ausgegangen, dass die Verwendung einer kontinuierlichen Zusammenschlussvariable ökonometrische Schwierigkeiten bereite. Um sie unter den für sie geltenden zeitlichen Zwängen zu lösen, war die Kommission der Ansicht, dass im Stadium der Schätzung eine diskrete Zusammenschlussvariable anzuwenden sei, um einen materiellen Fehler zu vermeiden.

206 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass UPS den Rückgriff auf die von der Kommission im Stadium der Schätzung verwendete diskrete Zusammenschlussvariable nicht beanstandet.

207 Zum Stadium der Vorhersage trägt die Kommission vor, sie habe nicht auf die im Stadium der Schätzung verwendete diskrete Variable zurückgreifen können. Mit drei Konzentrationsintervallen hätte eine solche diskrete Variable dazu geführt, keine Auswirkungen auf die Preise vorherzusagen, wenn die Veränderung des Konzentrationsniveaus innerhalb eines bestimmten Intervalls geblieben wäre. Ein solches Ergebnis sei unrealistisch und stehe im Widerspruch zu den Ausführungen im Stadium der Schätzung. Unter diesen Umständen sei die Kommission der Ansicht gewesen, dass sie zur Vermeidung eines materiellen Fehlers keine andere Wahl gehabt habe, als im Stadium der Vorhersage eine kontinuierliche Variable heranzuziehen, obwohl sie im Stadium der Schätzung eine diskrete Zusammenschlussvariable verwendet habe. Diese Lösung sei angemessen und vernünftig gewesen. Es liege daher kein wesentlicher und erst recht kein qualifizierter Fehler vor, und zwar unabhängig davon, ob diese Methode der ökonometrischen Praxis entspreche.

208 Die Behauptung eines der Sachverständigen von UPS, die Kommission habe die Koeffizienten des Modells zwischen Schätzung und Vorhersage geändert, sei unzutreffend. Die Kommission trägt vor, sie habe die aus der Schätzung hervorgegangenen Koeffizienten verwendet und im Stadium der Vorhersage ihre Interpolation vorgenommen. Es handele sich um eine im Stadium der Vorhersage hinzugefügte Hypothese. Diese Hypothese einer stückweisen linearen Interpolation habe das Modell der Schätzung vervollständigen sollen, um ein Modell der Vorhersage zu erhalten. Das im Stadium der Vorhersage herangezogene segmentierte lineare Modell sei eine Form der nicht linearen Funktion.

209 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission mit diesem Vorbringen die Gründe erläutert, die sie veranlasst haben, das Modell der Schätzung zu ändern, um die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise vorherzusagen. Die Kommission räumt ein, dem für die Schätzung verwendeten Modell mehrere Merkmale hinzugefügt zu haben, um unter Verwendung einer kontinuierlichen Zusammenschlussvariable Vorhersagen abgeben zu können. Daher ist entsprechend dem Vorbringen der Sachverständigen von UPS festzustellen, dass die Schätzung und die Vorhersage auf Modellen beruhen, die nicht identisch sind.

210 Die Kommission tritt den Sachverständigen von UPS auch nicht entgegen, soweit diese ausführen, die Kommission sei nicht der üblichen ökonometrischen Praxis gefolgt, die jedoch den Regeln über bewährte Vorgehensweisen, die die Kommission selbst festgelegt habe, zugrunde liege.

211 Hierzu ist festzustellen, dass die Kommission ihre Vorgehensweise bei der Vorlage von Beweisen und der Erhebung von Wirtschaftsdaten festgelegt hat, indem sie ein Dokument SEC(2011) 1216 final vom 17. Oktober 2011 mit dem Titel „Best practices for the submisssion of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases“ (Bewährte Vorgehensweisen für die Vorlage wirtschaftlichen Beweismaterials und die Datenerhebung in Verfahren nach den Art. 101 und 102 AEUV und in Fällen von Zusammenschlüssen, im Folgenden: Best Practices) veröffentlicht hat, das der Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV (ABl. 2011, C 308, S. 6) beigefügt ist. Es ist bereits entschieden worden, dass die Kommission durch derartige Bekanntmachungen die Ausübung ihres Ermessens beschränkt hat und nicht von diesen Normen abweichen kann, ohne dass dies gegebenenfalls wegen eines Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie die der Gleichbehandlung oder des Vertrauensschutzes geahndet würde (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, EU:C:2005:408, Rn. 211, und vom 13. Dezember 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, Rn. 28).

212 Die Best Practices sollen einen Rahmen für die wirtschaftliche Analyse bilden, um es der Kommission und den Unionsgerichten zu ermöglichen, deren Relevanz und Bedeutung zu beurteilen. Sie gelten insbesondere für die Fusionskontrolle sowohl gegenüber den Verfahrensbeteiligten als auch gegenüber der Kommission (Nrn. 2 und 6 der Best Practices). Nach Nr. 15 der Best Practices hat eine wirtschaftliche oder ökonometrische Analyse, die nicht genau den in den Best Practices festgelegten Standards entspricht, normalerweise nur einen geringeren Beweiswert und könnte möglicherweise nicht berücksichtigt werden.

213 Zu den Mitteln, die von den Best Practices zur Gewährleistung einer effizienten Verwendung verlässlicher und relevanter Beweise in Betracht gezogen werden, gehört in erster Linie die Einhaltung der Standardtechniken, die für die wirtschaftliche oder ökonometrische Analyse gelten (Nrn. 2 und 3 der Best Practices). Neben der Qualität der Daten (Nrn. 20 und 33 der Best Practices) beziehen sich die Best Practices auf die Notwendigkeit, in Bezug auf die Merkmale des untersuchten Marktes nur geprüfte und kohärente Annahmen zugrunde zu legen, die Qualität der empirischen Daten und Methoden zu überprüfen und die denkbaren Alternativen sowie die Belastbarkeit der erzielten Ergebnisse zu prüfen (Nrn. 3, 10, 13, 15, 24 und 26 der Best Practices). Die zahlreichen Bezugnahmen auf die Belastbarkeit der Ergebnisse und auf die Empfindlichkeit von Datenänderungen oder auf die Wahl einer empirischen Methode und genauer Annahmen für die Modellierung (Nrn. 15, 32, 40 und 41 sowie Abschnitte C und E des Anhangs 1 der Best Practices) zeigen die Bedeutung, die die Kommission diesem Begriff beimisst. Insbesondere sieht Anhang 1 Abschnitt E der Best Practices vor, dass jeder empirischen Studie eine eingehende Untersuchung über die Belastbarkeit beigefügt sein muss und dass ein Wirtschaftsmodell im Allgemeinen mit einer Sensitivitätsanalyse einhergehen muss, die sich auf die Schlüsselvariablen bezieht, da nur der plausible Wert und nicht der genaue Wert jeder Variable ermittelt werden kann.

214 Die Best Practices räumen auch der Transparenz besondere Bedeutung ein (vgl. Nrn. 6, 10, 15, 24, 26, 28, 29 und 43 sowie Abschnitt C und D von Anhang 1 der Best Practices), die als ein Faktor der Verantwortlichkeit und Glaubwürdigkeit angesehen wird (Nrn. 6 und 43 der Best Practices). Die Methodenentscheidungen müssten erläutert und begründet werden, um ihre Vor- und Nachteile deutlich zu machen (Nrn. 24, 26, 28 der Best Practices), aber auch ihre Grenzen (Nrn. 43 der Best Practices). Die Verwendung statistischer Techniken, die von den allgemein anerkannten Methoden abweichen, ist substantiiert zu begründen (Nr. 29 der Best Practices).

215 Im vorliegenden Fall hat die Kommission ihre eigenen Regeln der Best Practices nicht beachtet, da sie sich auf eine unkonventionelle Methode gestützt hat, die auf nicht getesteten und nicht geprüften Hypothesen beruhte, ohne die Belastbarkeit ihrer Ergebnisse und die Sensitivität des Modells zu prüfen und den Parteien diese Entscheidungen und die Gründe, die sie rechtfertigen könnten, bekannt zu geben. Es ist auf den Gegensatz zwischen der Bedeutung, die die Best Practices der Transparenz beimessen, und der Art und Weise, in der die Kommission im vorliegenden Fall das Modell im Stadium der Vorhersage einseitig änderte, ohne den Parteien die Art dieser Änderungen offenzulegen, hinzuweisen. Diese Abweichung von den Grundsätzen der Best Practices wird im Übrigen durch das Vorbringen der Kommission im vorliegenden Verfahren bestätigt, wenn diese einräumt, dass, wenn UPS Kenntnis vom überarbeiteten Modell hätte nehmen können, spätere Diskussionen wahrscheinlich die Probleme im Zusammenhang mit diesen Änderungen betroffen hätten.

216 Trotz dieser Gesichtspunkte reicht der Umstand, dass der streitige Beschluss teilweise auf dem ökonometrischen Modell beruht, nicht aus, um auf eine Rechtswidrigkeit zu schließen, die die außervertragliche Haftung der Union auslösen könnte. Die Kommission weist zu Recht darauf

hin, dass das ökonometrische Modell nur einer der Gesichtspunkte ist, die bei der Beurteilung des geplanten Zusammenschlusses berücksichtigt wurden. So nützlich sie auch sein mag, um das Verständnis der Funktionsweise der vom geplanten Zusammenschluss betroffenen Märkte zu verfeinern, kann eine quantitative Analyse, die auf einem ökonometrischen Modell beruht, schon ihrer Natur nach im Allgemeinen nicht der einzige Beweis für eine Unvereinbarkeitsentscheidung sein. Jedes Modell beruht nämlich auf Vereinfachungen der Wirklichkeit, wie die Kommission in Nr. 12 der Best Practices zutreffend hervorhebt. Diese der Modellierungstechnik innewohnende Beschränkung bedeutet, dass ökonometrischen Studien ein Beweiswert beizumessen ist, der nicht mit dem materiellen Beweis einer Tatsache gleichgesetzt werden kann.

217 Im vorliegenden Fall stützte sich die Kommission für ihre Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf 15 nationalen Märkten aufgrund nicht koordinierter Auswirkungen im streitigen Beschluss zum einen auf eine allgemeine Analyse der Merkmale des relevanten Marktes und zum anderen auf eine quantitative Analyse, die es gestattete, den Umfang der voraussichtlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf das Preisniveau zu erkennen, nachdem sie die behaupteten Effizienzvorteile in diese Analyse einbezogen hatte.

218 Nach Ziff. 24 der Leitlinien erfordert die Kontrolle nicht koordinierter Auswirkungen auf einem oligopolistischen Markt im Wesentlichen die Prüfung der unmittelbaren Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Anreize der fusionierenden Unternehmen, ihre Preise zu erhöhen, und der Auswirkungen, die der Zusammenschluss auf die Anreize der anderen Oligopolisten haben kann, auf den Zusammenschluss durch Erhöhung ihrer Preise zu reagieren.

219 Die Kommission hat auf die oligopolistische Struktur des relevanten Marktes hingewiesen, auf dem DHL, UPS, TNT und FedEx gemeinsam Anteile zwischen 90 % und 95 % hielten (509. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses). DHL war der wichtigste Wettbewerber hinsichtlich Marktanteile, geografische Abdeckung sowie die Entwicklung und Dichte des Netzes innerhalb des EWR. TNT und UPS waren enge Konkurrenten von DHL (Erwägungsgründe 626 und 630 des streitigen Beschlusses). Aufgrund von viel eingeschränkteren Netzen sei FedEx hingegen zu weit entfernt gewesen, um mit DHL sowie UPS und TNT vollständig in Wettbewerb zu treten (Erwägungsgründe 511 bis 625, 631 bis 635 und 702 bis 711 des streitigen Beschlusses).

220 Die Kommission vertrat die Auffassung, der Zusammenschluss verringere die Anzahl der Anbieter von vier auf drei (Erwägungsgründe 712 bis 714 des streitigen Beschlusses) und auf bestimmten nationalen Märkten angesichts der schwachen Stellung von FedEx von drei auf zwei (Erwägungsgründe 715 bis 720 des streitigen Beschlusses). Dies ist, von den 15 nationalen Märkten, auf denen eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs erfolgen würde, bei den folgenden Mitgliedstaaten der Fall: Tschechische Republik (1061. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses), Dänemark (1135. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses), Estland (1186. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses), Lettland (1359. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses), Litauen (1411. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses), Malta (1430. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses), Polen (1627. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses), Slowenien (1788. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses), Slowakei (1734. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses), Finnland (1226. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses) und Schweden (1839. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses).

221 Auf vier nationalen Märkten, auf denen eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs erfolge (Tschechische Republik, Dänemark, Litauen und Niederlande), würde die aus UPS und TNT gebildete Einheit Marktführer mit einem Marktanteil von über 50 % (Erwägungsgründe 1048 bis 1049, 1121, 1393 bis 1394 und 1502 bis 1503 des streitigen Beschlusses).

222 Außerdem stellte die Kommission fest, dass der relevante Markt durch hohe Zutritts- und Expansionsschranken gekennzeichnet sei. Wegen der Notwendigkeit, eine Infrastruktur im gesamten EWR zu errichten und über Sortieranlagen und Computernetze, Abhol- und Liefernetze sowie Netze für den Luftverkehr und den Landtransport zu verfügen, habe es auf diesem Markt keinen wichtigen Neuzugang innerhalb der letzten 20 Jahre gegeben, da diese Schranken kumulativ gewesen seien. Auf der Grundlage dieser Gesichtspunkte stellte die Kommission fest, dass weder die Expansionsprojekte von FedEx noch jene der anderen Betreiber eine Aufhebung der von den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen verfolgten wettbewerbswidrigen Strategie ermöglichten (Erwägungsgründe 741 bis 788 des streitigen Beschlusses).

223 Die Kommission stellte auch fest, dass die Kunden nicht in der Lage seien, eine ausgleichende Nachfragemacht auszuüben, um einer Preissteigerung auf dem Markt nach dem Zusammenschluss zu begegnen (Erwägungsgründe 791 bis 799 des streitigen Beschlusses).

224 Diese Gesichtspunkte, die die allgemeine Beurteilung des Zusammenschlusses betreffen, hängen hauptsächlich mit der Struktur des Marktes zusammen und werden von UPS nicht bestritten. Sie ermöglichen es, die Bedeutung der Ausführungen in den Erwägungsgründen 721 bis 740 des streitigen Beschlusses zu relativieren, die der Quantifizierung der voraussichtlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf das Preisniveau gewidmet sind.

225 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass bestimmte Grenzen der Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise im Licht der Besonderheiten bestimmter nationaler Märkte zutage getreten sind. Die Kommission hat z. B. darauf hingewiesen, dass das Modell weder gestattete, die Besonderheiten des niederländischen Marktes zu erfassen, noch die des schwedischen Marktes (Erwägungsgründe 1545 und 1844 bis 1845 des streitigen Beschlusses).

226 Unter diesen Umständen beruht das Vorbringen von UPS, dass sich ohne die Unregelmäßigkeiten bei der Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise keine Wettbewerbsbehörde gegen den geplanten Zusammenschluss ausgesprochen hätte, auf einem falschen Verständnis des streitigen Beschlusses. Entgegen dem Vorbringen von UPS reicht der bloße Umstand, dass die Kommission ein mit Unregelmäßigkeiten behaftetes Modell verwendet hat, nicht aus, um diese Unregelmäßigkeiten als hinreichend qualifiziert anzusehen, um die außervertragliche Haftung der Union auslösen zu können.

227 Zu berücksichtigen ist auch der Nutzen der ökonometrischen Modelle, insbesondere im Kontext der Kontrolle eines Zusammenschlusses, der zu nicht koordinierten Auswirkungen auf einem oligopolistischen Markt führen kann. Die Kommission muss über einen Spielraum verfügen, um ihr Handeln nicht zu lähmen oder ihren Rückgriff auf solche quantitativen Instrumente zu hemmen, die aufgrund ihrer Strenge und ihrer Objektivität zur Qualität der wirtschaftlichen Analyse beitragen.

228 Nach alledem ist nach Abwägung der bestehenden Interessen festzustellen, dass die von UPS behaupteten Unregelmäßigkeiten in Bezug auf das ökonometrische Modell der Kommission nicht hinreichend qualifiziert sind, um die außervertragliche Haftung der Union auslösen zu können. Das Vorbringen von UPS ist daher zurückzuweisen.

2) Zu den Effizienzvorteilen

i) Vorbemerkungen

229 UPS macht geltend, die Analyse der Effizienzvorteile im streitigen Beschluss sei mit einer Rechtswidrigkeit behaftet, die einen hinreichend qualifizierten Verstoß darstelle. Keine durchschnittlich umsichtige und sorgfältige Wettbewerbsbehörde wäre zu dem Ergebnis gekommen, dass man aufgrund der Art und der Menge der im Verwaltungsverfahren vorgelegten Beweismittel nicht im Sinne von Ziff. 86 der Leitlinien davon ausgehen könne, dass die Effizienzvorteile sich einstellen würden.

230 Hätte die Kommission auch nur einen Teil der anderen geltend gemachten Effizienzvorteile als die 65 Mio. Euro der Synergien im Zusammenhang mit dem Luftnetz und der Bodendienstabfertigung in Europa akzeptiert, wäre sie trotz ihrer fehlerhaften und unkonventionellen Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise nicht mehr in der Lage gewesen, den Zusammenschluss zu verbieten. Hätte die Kommission den Zusammenschluss zwischen ihr und TNT mit der gleichen Methode bewertet, wie sie in dem den Zusammenschluss zwischen FedEx und TNT betreffenden Fall angewandt worden sei, hätte sie einen größeren Anteil der geltend gemachten Synergien akzeptieren müssen.

231 UPS bestreitet, dass die Beweislast bei Effizienzvorteilen in vollem Umfang bei dem Anmelder eines Zusammenschlusses liege. Eine solche Auslegung würde es der Kommission gestatten, jede geltend gemachte Synergie zurückzuweisen, ohne Erläuterungen zu geben.

232 Wie bereits bei der Prüfung der Rügen in Bezug auf die fehlende Mitteilung der Kriterien für die Bewertung der Effizienzvorteile dargelegt, ist es Sache des Anmelders, präzise und überzeugende Beweise beizubringen, die es ermöglichen, die erwarteten Effizienzvorteile soweit wie möglich zu quantifizieren, ungeachtet der Verpflichtung der Kommission, sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte zu untersuchen und ihre Beurteilung hinreichend zu begründen. Das auf einen Verstoß gegen die Beweislastregeln gestützte Vorbringen von UPS ist daher unbegründet.

ii) Zur Bewertung der von UPS behaupteten Effizienzvorteile

233 UPS trägt vor, wenn sie von den Kriterien hätte Kenntnis nehmen können, auf deren Grundlage die meisten Synergien, die sie aus dem Zusammenschluss zwischen ihr und TNT zu ziehen erwartet habe, von der Kommission als nicht überprüfbar zurückgewiesen worden seien, wäre sie in der Lage gewesen, die Kommission von der Existenz dieser Vorteile zu überzeugen.

234 Dieses Vorbringen ist jedoch bereits nach Prüfung der Rügen in Bezug auf die fehlende Mitteilung der Kriterien für die Bewertung der Effizienzvorteile zurückgewiesen worden.

235 UPS fügt hinzu, dass diese Synergien den Grund für ihre geplante Übernahme von TNT dargestellt hätten. Aufgrund der Komplementarität der Netze dieser Unternehmen wäre UPS in der Lage gewesen, ihre Kosten zu senken und wirksamer mit DHL, ihrem wichtigsten Konkurrenten auf dem europäischen Markt, in Wettbewerb zu treten. Bei ihren Verhandlungen hätten ihr Vorstand und der Vorstand von TNT auf der Grundlage von Sachverständigenanalysen mit Vorsicht und im Einklang mit der anwendbaren niederländischen Regelung Synergien zwischen 400 Mio. Euro und 550 Mio. Euro pro Jahr (der Median habe bei 503 Mio. Euro jährlich gelegen) vorhergesehen, was im Preis des öffentlichen Übernahmeangebots von 9,50 Euro pro Aktie Ausdruck gefunden habe.

236 UPS legt dar, diese Prognosen der Kommission vorgelegt zu haben, damit diese sie gemäß Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 139/2004 und den Ziff. 76 ff. der Leitlinien bei ihrer Beurteilung des geplanten Zusammenschlusses berücksichtigen könne. Die Kommission habe sich jedoch damit einverstanden erklärt, nur Synergien im Zusammenhang mit dem europäischen Flugnetz und der Bodendienstabfertigung in den ersten drei Jahren nach Abschluss der Transaktion in Höhe von 65 Mio. Euro jährlich zu berücksichtigen.

237 UPS trägt vor, die Kommission habe, indem sie auf diese Weise den Saldo von 438 Mio. Euro jährliche Synergien mit der Begründung abgelehnt habe, dass sie nicht überprüfbar gewesen seien, einen schweren Beurteilungsfehler begangen.

238 UPS wirft der Kommission vor, folgende Synergien nicht berücksichtigt zu haben, die nachstehend eingehender untersucht werden:

– Luftnetz und Bodendienstabfertigung in Europa (viertes Jahr): 43 Mio. Euro;

– Verwaltungskosten: 210 Mio. Euro;

– transatlantischer Luftverkehr: 25 Mio. Euro;

– Luftverkehr für Rechnung Dritter: 33 Mio. Euro;

– Straßentransporte im Netz zwischen Drehkreuzflughäfen und Zubringern: 22 Mio. Euro;

– Anlagen: 17 Mio. Euro;

– Netz im Bereich PUD (im Folgenden: PUD-Netz): 40 Mio. Euro;

– externe Dienstleistungen: 48 Mio. Euro.

239 UPS bringt vor, selbst wenn nur ein kleiner Teil der abgelehnten Effizienzvorteile als nachprüfbar akzeptiert worden wäre, sei klar, dass es für den Erlass eines Verbotsbeschlusses nicht die geringste Grundlage gegeben habe.

– *Zum Luftnetz und zur Bodendienstabfertigung in Europa (viertes Jahr)*

240 UPS beanstandet, dass die Kommission im 905. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses die Synergien im Zusammenhang mit dem Luftnetz und der Bodendienstabfertigung über die drei Jahre nach dem Zusammenschluss zwischen ihr und TNT hinaus mit der Begründung zurückgewiesen habe, dass ein solcher Zeithorizont größere Unsicherheiten und weniger

schnelle Vorteile für die Verbraucher mit sich bringe. Diese Beurteilung sei offensichtlich fehlerhaft und widersprüchlich, da die Kommission im 902. Erwägungsgrund dieses Beschlusses anerkannt habe, dass die Synergien im vierten Jahr dieselben seien, und die schrittweise Umsetzung der Integration widerspiegele.

241 Zur Beantwortung dieses Vorbringens ist darauf hinzuweisen, dass die Berücksichtigung der behaupteten Synergien definitionsgemäß in der Bewertung des Wertes zukünftiger Geldströme in Form von Gewinnen oder Einsparungen besteht, wobei diese Bewertung zwangsläufig vom Zeithorizont und von der Wahrscheinlichkeit abhängt, dass diese Gewinne oder Einsparungen erzielt werden. So wird in den Ziff. 83 und 87 der Leitlinien hervorgehoben, dass, je weiter die Erbringung von Effizienzvorteilen in die Zukunft projiziert werde, die Kommission ihnen umso weniger Gewicht einräumen könne, und desto unwahrscheinlicher sei es, ihr Eintreten festzustellen. In den Erwägungsgründen 905 und 906 des streitigen Beschlusses entschied die Kommission, die Berücksichtigung der erwarteten Effizienzvorteile grundsätzlich auf die ersten drei Jahre zu beschränken. Dagegen erklärte die Kommission bei ihrer allgemeinen Bewertung, die Prognosen für das vierte Jahr zu berücksichtigen und dabei das Gewicht zu reduzieren, das ihnen in Anbetracht der Unsicherheiten und Komplexität der Integration dem Luftnetz und der Bodendienstabfertigung beizumessen sei.

242 Die Argumentation von UPS geht im Wesentlichen dahin, dass die Glaubwürdigkeit ihrer Prognosen für künftige Effizienzvorteile höher sei als die, die ihr die Kommission tatsächlich zuerkannt habe. In Anbetracht der Ungewissheit dieser Vorteile und des Zeithorizonts, auf den UPS sich beruft, lässt jedoch keines ihrer Argumente den Schluss zu, dass die Kommission einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen eine Rechtsnorm begangen hat, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der die außervertragliche Haftung der Union auslösen kann.

– *Zu den Verwaltungskosten*

243 Laut UPS ergeben sich Verwaltungssynergien für sie und TNT aus der Verbindung der Hauptsitze und der Hauptaufgaben in Europa. Die erwarteten Effizienzvorteile hätten den Betrag von 210 Mio. Euro innerhalb von vier Jahren erreichen müssen, durch eine Kürzung der kombinierten Beschäftigtenzahl um 11 % für Managementaufgaben und um 12 % für die Verwaltungsaufgaben, wobei diese Ziele unter ihrer Erfahrung gelegen hätten.

244 Im 891. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses habe die Kommission diese Einsparungen mit der Begründung zurückgewiesen, dass sie Fixkosten beträfen, die nicht an die Verbraucher weitergegeben werden könnten. UPS hält diese Argumentation für falsch und widersprüchlich. Während die Kommission eine Durchsatzquote der Effizienzvorteile von 67 % auf die durchschnittlichen Gesamtkosten (variable Kosten und Fixkosten) angewandt habe, hätte sie diese Quote auf die Verwaltungskosten anwenden und davon ausgehen müssen, dass 67 % der auf diesen Kosten erzielten Einsparungen an die Verbraucher weitergegeben würden und der Rest von ihr aufgenommen werde. Umgekehrt hätte die Kommission, wenn sie gemäß dem 891. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses die Anwendung dieser Quote auf die Fixkosten ablehnen wollte, aus Gründen der Kohärenz eine höhere Durchsatzquote auf die variablen Kosten anwenden müssen. Dies hätte dann zu größeren Effizienzvorteilen für sie und zu einer Verringerung der Zahl der Märkte geführt, die möglicherweise durch eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs beeinträchtigt würden.

245 Es ist jedoch daran zu erinnern, dass die Kommission im 891. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses im Wesentlichen anerkannt hat, dass die Verwaltungskosten buchhalterisch nach der Menge der Pakete auf die verschiedenen nationalen Dienste und Märkte aufgeteilt werden könnten. Aus wirtschaftlicher Sicht ließe sich anhand dieser Aufteilung jedoch nicht bestimmen, wie diese Fixkosten zur Bestimmung des Preises jedes zusätzlichen Vertrags beitrügen. Da die Kommission der Ansicht war, dass die Antwort auf die Frage, inwieweit die Einsparungen der Verwaltungskosten die Preise der relevanten Produkte beeinflussen könnten, um ihre Berücksichtigung zu rechtfertigen, unsicher sei, vertrat sie im 892. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses die Auffassung, dass diese Einsparungen, wie sie UPS dargestellt habe, nicht nachprüfbar seien und daher nicht berücksichtigt werden könnten. Aus diesem Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses geht auch hervor, dass die Erwägungen zur Weitergabe der mit den Verwaltungskosten verbundenen Einsparungen auf die Verbraucher nur hilfsweise für den Fall vorgebracht wurden, dass diese Einsparungen nachprüfbar gewesen wären.

246 Ihrer Natur nach konkretisieren sich die Synergien, die mit der Senkung der Verwaltungskosten infolge des Zusammenschlusses verbunden sind, in einer Senkung der Fixkosten des Unternehmens. Wie in Ziff. 80 der Leitlinien ausgeführt wird, fallen Rückgänge bei den variablen und den Grenzkosten stärker ins Gewicht als eine Senkung der Fixkosten, da erstere grundsätzlich eher zu niedrigeren Preisen zugunsten der Verbraucher führen. Die Kommission hat daher keinen Fehler begangen, als sie die mit der Senkung der Verwaltungskosten verbundenen Synergien mit der Begründung zurückwies, dass sie für die Beurteilung der Effizienzvorteile nicht relevant seien. Da sich die Einwände von UPS gegen die Weitergabe dieser Einsparungen auf die Verbraucher gegen Hilfsbeurteilungen richten, sind sie unerheblich und zurückzuweisen.

247 Daraus folgt, dass kein von UPS geltend gemachter Gesichtspunkt zu den Effizienzvorteilen im Zusammenhang mit der Senkung der Verwaltungskosten die Annahme zulässt, dass die Kommission einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen eine Rechtsnorm begangen hat, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der die außervertragliche Haftung der Union auslösen kann.

– *Zum transatlantischen Luftverkehr*

248 UPS beanstandet die Beurteilung, mit der die Kommission in den Erwägungsgründen 882 und 883 des streitigen Beschlusses die auf 25 Mio. Euro geschätzten Einsparungen für den transatlantischen Luftverkehr mit der Begründung abgelehnt habe, dass diese Schätzung nicht überprüft worden sei. UPS weist darauf hin, dass sie die einzige Transatlantikstrecke von TNT zwischen Lüttich (Belgien) und New York (Vereinigte Staaten) habe streichen wollen, da sie über eine ausreichende Kapazität zur Aufnahme von 75 % des Volumens dieser Strecke verfügt habe. Die Kommission habe die Berechnungen, die zu einer Schätzung von 25 Mio. Euro geführt hätten, mit der Begründung zurückgewiesen, sie beruhten auf der Annahme, dass TNT eine Boeing 767 betrieben habe, während sie in Wirklichkeit eine Boeing 777 betrieben habe. Da die Kosten der Letzteren höher seien als die Kosten des anderen Flugzeugs, wären die erzielten Einsparungen nur noch größer gewesen.

249 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Kommission in den Erwägungsgründen 881 bis 883 des streitigen Beschlusses das Vorliegen der behaupteten Effizienzvorteile nicht verneint hat. Sie war der Ansicht, diese Gewinne seien nicht nachprüfbar, da UPS ihre Berechnungen auf die Situation des Netzes von TNT im Jahr 2007 gestützt habe, ohne zu berücksichtigen, dass TNT später Flugzeuge mit größerer Kapazität verwendet habe.

250 Um die Fehlerhaftigkeit dieser Beurteilung darzutun, hat UPS zur Stützung der Klageschrift mehrere Berechnungen vorgelegt, die den Umfang der Gewinne belegen sollten, die sie aus den Synergien aus den transatlantischen Luftverkehrsdiensten erwartete. Es ist jedoch festzustellen, dass diese Angaben der Kommission im Verwaltungsverfahren nicht vorgelegt wurden, obwohl in Rn. 725 der Mitteilung der Beschwerdepunkte UPS darauf hingewiesen wurde, dass ihre Schätzungen der Effizienzvorteile nur schwer nachprüfbar seien. So legt UPS mehrere Berechnungsbögen für die Nutzung ihrer Kapazität im transatlantischen Luftverkehr im Jahr 2012 vor (Anlage A.35 zur Klageschrift), die, wie UPS selbst einräumt, im Verwaltungsverfahren nicht vorgelegt wurden. UPS oblag es jedoch nicht nur, im Verwaltungsverfahren den Nachweis für das Vorliegen der von ihr behaupteten Effizienzvorteile zu erbringen, sondern auch die nachprüfbaren Beweismittel, auf die sie sich für ihre Quantifizierung stützte. Das Vorbringen von UPS zu den transatlantischen Flugdiensten ist unbegründet und zurückzuweisen.

– *Zur Beförderung für Rechnung Dritter*

251 UPS erwartete Einsparungen, indem sie die Pakete, die TNT auf durch Dritte betriebenen, gewerblichen Flügen transportierte, in ihren eigenen Flugzeugen beförderte. Die Kommission habe im 889. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses diese Einsparungen mit der Begründung außer Acht gelassen, dass UPS nicht nachgewiesen habe, dass sie die Mengen von TNT in ihren eigenen Flugzeugen aufnehmen könne. UPS beanstandet, dass die Kommission diese Frage nicht im Verwaltungsverfahren aufgeworfen habe, obwohl ihr alle Informationen vorgelegen hätten, um sie überzeugend zu beantworten.

252 Entgegen dem Vorbringen von UPS war es jedoch nicht Sache der Kommission, UPS aufzufordern, Beweise für die behaupteten Effizienzvorteile vorzulegen. UPS oblag es nicht nur, den Nachweis für das Vorliegen der von ihr behaupteten Effizienzvorteile zu erbringen, sondern auch die nachprüfbaren Beweismittel, auf die sie sich für ihre Quantifizierung stütze. Das Vorbringen von UPS ist unbegründet und daher zurückzuweisen.

– *Zu den Straßentransporten im Netz*

253 Nach Ansicht von UPS hätte es der geplante Erwerb ihr ermöglicht, ihr Netz von Straßentransporten innerhalb des EWR zu rationalisieren, indem sie es mit dem von TNT verbunden hätte, dank ihres Logistikmodells „hub feeder network optimisation model“ (Modell zur Optimierung des Drehkreuz-Zubringer-Netzes, im Folgenden: HFNO-Modell), das auf die Daten von drei Märkten (Deutschland, Italien und Vereinigtes Königreich) angewandt worden sei, die eine gute Stichprobe der verschiedenen europäischen Netze darstellten. In den Erwägungsgründen 866 und 867 des streitigen Beschlusses habe die Kommission diese Einsparungen mit der Begründung außer Acht gelassen, dass die angeführten Rechtfertigungsgründe unvollständig und unzuverlässig gewesen seien. UPS tritt dieser Beurteilung entgegen. Die Schätzungen ihres zukünftigen einzigen Netzes seien zutreffend, vorsichtig und zuverlässig gewesen. UPS legt dar, dass sie, mit einer Sicherheitsmarge, zu einer Schätzung von Kostensynergien von etwa 15 % gelangt sei. Auch wenn sie sie im Licht der von TNT vorgelegten Daten habe ändern müssen, seien die festgestellten Unterschiede jedoch nicht erheblich und ließen sich durch methodologische Unterschiede zwischen UPS und TNT erklären.

254 Die Kommission tritt diesem Vorbringen entgegen. Sie trägt u. a. vor, UPS behaupte, belege aber nicht, dass die Märkte in Deutschland, Italien und dem Vereinigten Königreich eine „gute Stichprobe“ darstellten, da keine Anhaltspunkte vorlägen, anhand deren die Richtigkeit dieser Behauptung überprüft werden könne.

255 Hierzu ist festzustellen, dass nach den Erwägungsgründen 865 und 866 des streitigen Beschlusses die behaupteten Effizienzvorteile von UPS aufgrund ihres HFNO-Modells anhand der Daten über drei nationale Märkte berechnet wurden. UPS war der Ansicht, dass diese Ergebnisse auf alle anderen Märkte ausgedehnt werden könnten, ohne dies zu begründen. Die Kommission hat sich somit im Wesentlichen auf das Fehlen eines Beweises für die Repräsentativität der von UPS verwendeten Stichprobe berufen.

256 UPS hat jedoch in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte ein Dokument (Anlage 4.8 zur Mitteilung der Beschwerdepunkte) vorgelegt, das die Gründe erläutert, die zur Auswahl der drei nationalen Märkte, aus denen die Stichprobe gebildet wurde, geführt haben. Aus diesem Dokument geht nämlich hervor, dass diese Märkte drei Fallgruppen veranschaulichen, die die Beziehungen zwischen den Mengen von UPS und denen von TNT kennzeichnen, nämlich größere Mengen (Deutschland), kleinere (Italien) und gleiche (Vereinigtes Königreich). Diese drei Märkte wurden sodann als ein einziges Netz in einem Modell erfasst. Unter diesen Umständen kann die Kommission nicht behaupten, UPS habe es im Verwaltungsverfahren unterlassen, die Methode zur Auswahl einer Stichprobe der drei von ihr für repräsentativ erachteten Märkte zu erläutern.

257 Abgesehen von diesem Fehler ist festzustellen, dass die Kommission nach dem 867. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses UPS aufforderte, ihre auf dieser Stichprobe beruhenden Berechnungen unter Berücksichtigung der Daten von TNT zu präzisieren. Nach dieser weiteren Berechnung stellte sich heraus, dass die so erzielten Ergebnisse bei einigen nationalen Märkten erhebliche Unterschiede zu den ursprünglichen Schätzungen von UPS aufwiesen. Aufgrund dieser Unterschiede war die Kommission der Ansicht, dass die Quantifizierung der erwarteten Effizienzvorteile ungewiss sei.

258 Es ist festzustellen, dass das Vorliegen dieser als „erheblich“ eingestuften Unterschiede geeignet ist, Zweifel an der Richtigkeit der Schätzung der von UPS behaupteten Effizienzvorteile ausgehend von ihrem HFNO-Modell zu wecken. UPS bestreitet zwar die Bedeutung dieser Unterschiede, doch hat sie hierzu weder konkrete Argumente vorgetragen noch bezifferte Angaben gemacht, die die Richtigkeit der Feststellung im 867. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses in Frage stellen könnten. UPS räumte zwar ein, dass solche Unterschiede bestünden, machte aber geltend, dass diese nicht auf wesentliche Unterschiede zwischen den geschätzten Daten und den tatsächlichen Daten zurückzuführen seien, sondern vielmehr auf die Wahl einer anderen Grundlage, auf der TNT ihre Kosten aufgeteilt habe.

259 Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ist festzustellen, dass UPS der Nachweis nicht gelungen ist, dass die Kommission einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen eine Rechtsnorm begangen hat, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der die außervertragliche Haftung der Union auslösen kann, als sie entschied, dass die Schätzung der Effizienzvorteile beim Netz von Straßentransporten zu ungewiss sei, um als überprüft angesehen werden zu können. Das Vorbringen von UPS ist daher zurückzuweisen.

– *Zu den Anlagen*

260 UPS wirft der Kommission vor, im 863. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses die geplanten Einsparungen in Bezug auf die Rationalisierung der infolge des geplanten Zusammenschlusses überflüssig gewordenen Anlagen als nicht bestätigt ausgeschlossen zu haben, weil sich die

vorgelegten Daten auf einige Länder erstreckt hätten. UPS macht geltend, dass diese Beurteilung falsch sei: Sie habe der Kommission detaillierte Berechnungen für 112 der 118 Anlagen vorgelegt, die sie zu schließen beabsichtigt habe.

261 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission im 862. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses ausgeführt hat, UPS habe die erwarteten Einsparungen bei der Rationalisierung ihrer Anlagen anhand einer Schätzung der jährlichen Kosten pro Anlage, multipliziert mit der Gesamtzahl der stillgelegten Anlagen, berechnet. Die so erreichte Zahl sei sodann mit dem jährlichen Durchschnittswert der Betriebskosten einer Anlage multipliziert worden, der auf 330 000 Euro geschätzt worden sei. Das Ergebnis dieser Berechnung (18 Mio. Euro) wurde anschließend angepasst und auf 17 Mio. Euro herabgesetzt.

262 Die Kommission stellte in den Erwägungsgründen 863 und 864 des streitigen Beschlusses fest, dass diese Methode in zweifacher Hinsicht ungenau sei. Erstens stütze sich diese Methode auf die Daten zu einer geringen Zahl oder zu einer Gruppe von Ländern, obwohl die erwarteten Einsparungen für jedes Land spezifisch gewesen seien. Zweitens beruhe diese Methode auf der Prämisse, dass sämtliche Kosten, die mit einem stillgelegten Standort verbunden seien, eine Einsparung darstellten. Da aber die mit diesen Anlagen behandelten Mengen an andere Anlagen hätten übertragen werden müssen, hätte die Nettoersparnis durch einen Vergleich der Bearbeitungskosten vor dem Zusammenschluss mit den zusätzlichen Kosten nach dem Zusammenschluss berechnet werden müssen.

263 Dieser zweite Einwand der Kommission läuft im Wesentlichen auf den Vorwurf an UPS hinaus, sie habe bei ihrer Bewertung der geplanten Einsparungen nicht hinreichend zwischen den Einsparungen bezüglich der Fixkosten und denen bezüglich der variablen Kosten unterschieden. Wie bereits in Bezug auf Effizienzvorteile im Zusammenhang mit den Synergien der Verwaltungskosten ausgeführt, fallen Rückgänge bei den variablen und den Grenzkosten stärker ins Gewicht als eine Senkung der Fixkosten.

264 Es ist jedoch festzustellen, dass das Vorbringen von UPS diese Frage nicht behandelt und sich ausschließlich auf das erste von der Kommission aufgeworfene Problem konzentriert. Unter diesen Umständen lässt dieses Vorbringen nicht den Schluss zu, dass die Kommission einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen eine Rechtsnorm begangen hat, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der die außervertragliche Haftung der Union auslösen kann, indem sie davon ausgegangen ist, dass die Schätzung der Einsparungen im Zusammenhang mit der Schließung von Anlagen wegen mangelnder Zuverlässigkeit nicht herangezogen werden könne.

– *Zum PUD-Netz*

265 UPS wirft der Kommission vor, in den Erwägungsgründen 853 und 854 des streitigen Beschlusses die Quantifizierung der erwarteten Synergien aus der Rationalisierung des PUD-Netzes mit der Begründung verworfen zu haben, dass ihre Berechnungen nicht überprüft werden könnten.

266 UPS macht erstens geltend, die Kommission habe das Vorliegen dieser Synergien nicht in Frage gestellt, sondern nur ihre Bewertung. Die Kommission habe es unterlassen, das Kriterium darzulegen, auf dessen Grundlage sie bereit sei, solche Berechnungen anzunehmen und Fragen an sie zu richten.

267 Es war jedoch nicht Sache der Kommission, UPS aufzufordern, Beweise für die behaupteten Effizienzvorteile vorzulegen. UPS oblag es nicht nur, den Nachweis für das Vorliegen der von ihr behaupteten Effizienzvorteile zu erbringen, sondern auch die nachprüfbaren Beweismittel, auf die sie sich für ihre Quantifizierung stützte. Dieses erste Argument von UPS ist daher zurückzuweisen.

268 Zweitens ist das Vorbringen von UPS, wonach die Gründe, auf die sich die Kommission für die Zurückweisung der Effizienzvorteile berufen habe, ihr im Verwaltungsverfahren nie mitgeteilt worden seien, bereits nach Prüfung der Rügen betreffend die fehlende Mitteilung der Kriterien für die Bewertung der Effizienzvorteile zurückgewiesen worden.

269 Drittens macht UPS geltend, die Gründe, aus denen die Kommission die Berücksichtigung der Effizienzvorteile aus dem PUD-Netz abgelehnt habe, seien offensichtlich fehlerhaft.

270 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in den Erwägungsgründen 851 und 852 des streitigen Beschlusses das Vorliegen von Effizienzvorteilen aus den Synergien der Kombination der PUD-Netze anerkannt hat. In den Erwägungsgründen 853 und 854 dieses Beschlusses wies sie jedoch die Schätzung ihres Betrags durch UPS wegen mangelnder Zuverlässigkeit zurück. Die Kommission wies insbesondere auf die geringe Repräsentativität und das Alter der von UPS vorgelegten Daten hin.

271 Zur Repräsentativität der Daten geht aus dem 824. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses hervor, dass sich UPS auf eine Schätzung der auf jedem nationalen Markt erzielten Einsparungen der Fahrer (45 Mio. Euro) stützte, die nach unten angepasst wurde, um zu einer Schätzung von 40 Mio. Euro zu gelangen. Die Kommission wies jedoch darauf hin, dass diese Berechnung nur für den deutschen, den französischen, den Benelux-Markt (der Belgien, Luxemburg und die Niederlande umfasst) sowie für den Markt Irlands und des Vereinigten Königreichs auf detaillierten Angaben beruhe. Der Rest des Marktes wurde in zwei Gruppen aufgeteilt, nämlich demjenigen „Osteuropas“ und dem des „übrigen Europas“, für die UPS eine Schätzung der durchschnittlichen Verringerung der Fahrer vornahm, ohne dies zu erläutern. Da die Einsparungen im Zusammenhang mit dem PUD-Netz in engem Zusammenhang mit den Bedingungen jedes einzelnen Marktes stünden, vertrat die Kommission im 853. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses die Auffassung, dass UPS sich auf die Daten für jeden einzelnen Markt hätte stützen müssen, anstatt eine Schätzung für eine Gruppe von Ländern vorzunehmen. Die Kommission schloss daraus, dass die Schätzung der Synergien in Bezug auf das PUD-Netz für diese beiden Gruppen nicht zuverlässig sei.

272 In diesem Zusammenhang weist UPS darauf hin, dass die Länder der Kategorien „Osteuropa“ und „übriges Europa“ nur neun von 40 Mio. an erwarteten Einsparungen ausgemacht hätten, während die anderen Länder je nach den Merkmalen ihrer Netze (d. h. Anzahl der Fahrer und Anzahl der Haltestellen pro Meile) in vier Gruppen aufgeteilt worden seien.

273 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass UPS den Haupteinwand der Kommission, dass die Daten des jeweiligen einzelnen Marktes trotz der Kostenunterschiede zwischen diesen Märkten nicht berücksichtigt worden seien, nicht bestreitet. Mit der Bewertung der behaupteten Effizienzvorteile soll jedoch auf Märkten, die zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen, geprüft werden, ob diese Vorteile geeignet sind, die wettbewerbswidrigen Wirkungen auszugleichen, die der Zusammenschluss haben könnte. Wenn diese

wettbewerbswidrigen Wirkungen wie im vorliegenden Fall auf dem Gebiet bestimmter Mitgliedstaaten eintreten, muss auf jedem dieser nationalen Märkte überprüft werden können, ob die behaupteten Vorteile zu einem Nettovorteil für die Verbraucher führen werden.

274 Da UPS kein gegenteiliges Indiz beigebracht hat, ist daher festzustellen, dass der Ansatz von UPS, der darin besteht, der Anwendung eines einheitlichen Satzes eines aus vier Gruppen von nationalen Märkten gebildeten Modells für eine Gesamtheit von Ländern den Vorzug zu geben, weniger genau und weniger zuverlässig erscheint als der Ansatz, sich auf die Daten des einzelnen Marktes zu stützen, um zu einer für alle geltenden Durchschnittswertschätzung zu gelangen.

275 Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass von den 15 nationalen Märkten mit einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs nur die Niederlande weder in die Kategorie „Osteuropa“ noch in die Kategorie „übriges Europa“ fielen. Wie UPS aber selbst eingeräumt hat, belief sich der Gesamtwert der mit dem PUD-Netz verbundenen Effizienzvorteile für diese beiden Gruppen von nationalen Märkten nur auf 9 Mio. Euro. Es ist daher sehr unwahrscheinlich, dass der niederländische Markt für sich genommen zu Einsparungen führen könnte, die es rechtfertigen, die Synergien auf die von UPS behaupteten 40 Mio. Euro zu schätzen. Daraus folgt, dass die Effizienzvorteile, die für die Beurteilung der Situation der nationalen Märkte relevant sind, auf denen die Kommission das Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs festgestellt hat, wahrscheinlich erheblich unter den geltend gemachten 40 Mio. an Effizienzvorteilen liegen. Das Vorbringen von UPS vermag daher die Stichhaltigkeit der Beurteilung im 855. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses, wonach die Daten zu anderen Märkten als Deutschland, Frankreich, Irland und das Vereinigte Königreich nicht den Nachweis erlauben, dass die geschätzten Effizienzvorteile für die anderen Märkte nachprüfbar seien, nicht in Frage zu stellen.

276 Zum Alter der Daten geht aus dem 854. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses hervor, dass sich UPS nach den Feststellungen der Kommission auf ein im Jahr 2007 auf der Grundlage von Daten von 2002 entwickeltes Modell stützte, um die Vorteile aus der Optimierung des PUD-Netzes im Rahmen von Gesprächen zu bewerten, die bereits die Möglichkeit eines Erwerbs von TNT betroffen hätten.

277 Um diese Ergebnisse entsprechend der Situation im Jahr 2011 zu aktualisieren, habe UPS diese Schätzungen in von Markt zu Markt unterschiedlichem Ausmaß verringert, ohne die angewandte Methode zu erläutern, außer sie als „konservativ“ einzustufen.

278 UPS trägt vor, ihre Berechnungen seien detailliert und zuverlässig gewesen und hätten ihre Wachstumsrate zwischen 2007 und 2011 sowie die Schwankungen in der Dichte des PUD-Netzes berücksichtigt.

279 Die beiden von UPS zur Stützung dieses Vorbringens angeführten Dokumente (Anlagen A.38.1 und A.38.2 zur Klageschrift) bestätigen jedoch die Beschreibung der Methode im 854. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses. Diese Dokumente enthalten keine genauen Angaben dazu, wie die Ergebnisse der 2007 durchgeführten Studie im Jahr 2011 aktualisiert wurden. Sie legen lediglich dar, UPS habe, da die Grundlagen dieser Analyse solide gewesen seien, die Entscheidung getroffen, diese ursprünglichen Schätzungen der Kosteneinsparungen einfach nach unten anzupassen, um die sich aus den Änderungen der Marktbedingungen ergebenden Unsicherheiten widerzuspiegeln.

280 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass UPS der Nachweis nicht gelungen ist, dass die Kommission insoweit einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen eine Rechtsnorm begangen hat, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der die außervertragliche Haftung der Union auslösen kann.

– *Zu den externen Dienstleistern*

281 In den Erwägungsgründen 857 bis 861 des streitigen Beschlusses wies die Kommission darauf hin, dass die Schätzung der Effizienzvorteile durch UPS im Zusammenhang mit der Rationalisierung der Kosten im Bereich des an Subunternehmer vergebenen PUD noch ungewisser sei als die der Effizienzvorteile aus ihrem eigenen PUD-Netz, da diese Schätzung auf äußerst vereinfachten Annahmen statt auf Daten des jeweiligen nationalen Marktes beruhe. UPS habe die behauptete Verringerung um 6 % nicht erläutert, sondern lediglich behauptet, dass dieser Satz die höheren kombinierten Mengen und die sich daraus ergebenden Gewinne für das Sortieren widerspiegele. Außerdem hätten die von UPS beauftragten Berater gezeigt, dass sich die Daten zu den Mengen von TNT von denen unterschieden, die für die Berechnung der Effizienzvorteile verwendet worden seien, ohne dass UPS jedoch versucht hätte, diese Daten zu verwenden, um zu einem realistischeren Ausmaß der Effizienzvorteile zu gelangen. Die Kommission schloss daraus, dass sie nicht in der Lage sei, die Größenordnung der mit externen Dienstleistern verbundenen Effizienzvorteile zu überprüfen, und wies die von UPS behaupteten Vorteile als nicht nachprüfbar zurück.

282 UPS wirft der Kommission vor, sie sei davon ausgegangen, dass ihre Prognosen nicht auf einer eingehenden Analyse nach Ländern, sondern auf einem Durchschnittssatz von 6 % beruhten und wenig zuverlässig erschienen. UPS hält diese Analyse für offensichtlich fehlerhaft.

283 UPS macht erstens geltend, dass die Anwendung eines Durchschnittssatzes für alle Länder im Einklang mit dem oben beschriebenen Ansatz für das PUD-Netz für die Länder der Kategorie „übriges Europa“ stehe.

284 Es ist darauf hinzuweisen, dass nach den Grundsätzen der Beweislast für die Effizienzvorteile UPS die Anwendung des Satzes von 6 % auf alle nationalen Märkte, insbesondere wegen der Kostenunterschiede zwischen diesen Märkten, zu rechtfertigen hatte. Wie bereits zum PUD-Netz ausgeführt, scheint die Verwendung eines Durchschnittssatzes der Einsparung, der für eine Gesamtheit von Ländern ohne besondere Rechtfertigung gilt, weniger genau und weniger zuverlässig zu sein als der Ansatz, der ausgehend von den Daten des einzelnen Marktes eine für alle geltende Durchschnittsschätzung berechnet. Folglich hat das Vorbringen von UPS nichts ergeben, was die Annahme zuließe, dass die von der Kommission im 858. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses dargelegten Gründe fehlerhaft wären.

285 Zweitens rügt UPS eine methodologische Inkohärenz. Die Kommission habe die Anwendung von Durchschnittssätzen für ein und dieselbe Ländergruppe für das Luftnetz und die Bodendienstabfertigung in Europa (viertes Jahr) akzeptiert, sie aber hinsichtlich der Abholung und Lieferung durch externe Dienstleister abgelehnt.

286 Wie jedoch bereits zu den Effizienzvorteilen im Zusammenhang mit den Kosten im Bereich PUD ausgeführt worden ist, geht aus den Erwägungsgründen 824, 853 und 858 des streitigen Beschlusses hervor, dass diese Kosten eng mit den lokalen Bedingungen verbunden sind, die auf jedem nationalen Markt herrschen. Die Kommission weist darauf hin, dass diese Situation weder mit der des europäischen Luftnetzes noch mit der der Bodendienstabfertigung vergleichbar sei,

ohne dass UPS dem entgegengetreten wäre. In Anbetracht dieser Rechtfertigungsgründe ist festzustellen, dass aufgrund dieser Unterschiede das Vorbringen von UPS es nicht erlaubt, das Vorliegen einer methodologischen Inkohärenz aufzuzeigen, die einen offensichtlichen und schwerwiegenden Beurteilungsfehler darstellen könnte.

287 Drittens erläutert UPS die Gründe, aus denen die Ergebnisse ihres Modells nach der Nutzung der Daten von TNT nicht signifikant verändert worden seien. Die Hauptänderung habe sich auf das Kriterium der Verteilung der Synergien bezogen, ohne dass die Gesamtbewertung ihres Betrags geändert worden wäre.

288 Dieses Vorbringen vermag jedoch die in den Erwägungsgründen 859 und 860 des streitigen Beschlusses angeführten Gesichtspunkte nicht in Frage zu stellen, aus denen sich ergibt, dass UPS trotz der Angaben zu den aktuellen Mengen von TNT, die sich von den ursprünglich von UPS geschätzten erheblich unterschieden, und folglich einer erheblichen Änderung der ursprünglich geplanten Einsparungen insbesondere für den deutschen Markt und die Märkte Irlands sowie des Vereinigten Königreichs, nicht versuchte, die für jeden der relevanten nationalen Märkte erwarteten Vorteile genauer zu bewerten.

289 Nach alledem ist festzustellen, dass UPS das Vorliegen von Fehlern bei der Beurteilung der Nachweisbarkeit der behaupteten Effizienzvorteile, die die außervertragliche Haftung der Union auslösen könnten, nicht nachgewiesen hat.

3) Zur Ungleichbehandlung im Verhältnis zum Zusammenschluss von FedEx und TNT

290 UPS rügt eine unterschiedliche Behandlung des Zusammenschlusses von ihr und TNT und des Zusammenschlusses von FedEx und TNT. Während sie nach einer sorgfältigen Schätzung öffentlich bekannt gegeben habe, dass sie erwarte, ab dem ersten Jahr 503 Mio. Euro an Synergien aus der Übernahme von TNT zu erzielen, habe FedEx der Öffentlichkeit ihrerseits keine Schätzung offengelegt. Die Kommission habe jedoch die von FedEx geltend gemachten Synergien akzeptiert, nachdem sie ihr Fragen gestellt habe, und zwar auf der Grundlage der Arbeiten von für das Verfahren zur Kontrolle dieses Zusammenschlusses eingestellten Beratern, die nie öffentlich verbreitet worden seien, was für ein börsennotiertes Unternehmen unerklärlich sei.

291 UPS wirft der Kommission insoweit vor, die Synergien auf der Grundlage eines viel strengeren Kriteriums beurteilt zu haben, als sie es für den Zusammenschluss von FedEx und TNT verwendet habe. Hätte die Kommission UPS ebenso behandelt wie FedEx, hätte sie alle behaupteten Effizienzvorteile akzeptieren müssen. Im Rahmen des Zusammenschlusses von FedEx und TNT habe die Kommission eine Reihe von Synergien akzeptiert, die jedoch nicht durch Beweise belegt worden seien, die ebenso beweiskräftig seien wie die von ihr angeführten. FedEx habe es abgelehnt, eine Quantifizierung der potenziellen Synergien bereits mit ihrem Kaufangebot zu veröffentlichen, und hierzu nie interne Unterlagen vorgelegt.

292 Die Kommission habe in dem Beschluss über den Zusammenschluss zwischen FedEx und TNT Synergien in Bezug auf den transatlantischen Luftverkehr aus den Transportkapazitäten des Erwerbers akzeptiert, ohne detaillierte Berechnungen zu verlangen. Mangels weiterer Informationen in der öffentlichen Fassung des Beschlusses über den Zusammenschluss von FedEx und TNT schlägt UPS dem Gericht vor, diese Auskünfte im Wege einer Beweiserhebung zu erhalten.

293 Zum PUD-Netz weist UPS darauf hin, dass die Kommission in der Sache betreffend den Zusammenschluss von FedEx und TNT akzeptiert habe, diese Art von Synergien zu berücksichtigen, obwohl weniger detaillierte Beweise als die von ihr vorgelegten beigebracht worden seien.

294 Es ist daran zu erinnern, dass die Kommission jeden Zusammenschluss im Licht seiner eigenen Merkmale und der Merkmale des relevanten Marktes zu prüfen hat. Jeder Zusammenschluss wird nämlich individuell und anhand der jeweiligen tatsächlichen und rechtlichen Umstände geprüft (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Mai 2018, Deutsche Lufthansa/Kommission, T-712/16, EU:T:2018:269, Rn. 131). Ein Kläger kann, 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, dass sie von in einer anderen Sache anhand einer anderen Anmeldung und anderer Unterlagen getroffenen Feststellungen abweichen; dies gilt selbst dann, wenn die betreffenden Märkte in den beiden Fällen ähnlich oder sogar identisch sind (vgl. in diesem Sinne 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).

295 Im vorliegenden Fall beziehen sie sich zwar auf denselben Markt, doch betreffen der Zusammenschluss von UPS und TNT und der von FedEx und TNT, die in einem zeitlichen Abstand von etwa drei Jahren angemeldet wurden, nicht dieselben Parteien. Die Effizienzvorteile stehen jedoch ihrer Natur nach in unmittelbarem Zusammenhang mit den individuellen Merkmalen der Parteien des Zusammenschlusses.

296 Aufgrund insbesondere der Merkmale von FedEx sowie des engen Wettbewerbs zwischen UPS und TNT gelangte die Kommission zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss von FedEx und TNT nicht zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führe. Die aus diesem Zusammenschluss hervorgehende Einheit steht weiterhin zwei starken Mitbewerbern, DHL und UPS, gegenüber (Erwägungsgründe 444 bis 446 und 630 bis 689 des Beschlusses über den Zusammenschluss von FedEx und TNT), während FedEx und TNT, obwohl sie miteinander konkurrieren, in gewissem Umfang ergänzende Dienstleistungen anbieten und keine nahen Wettbewerber sind. FedEx ist auf die Strecken zwischen dem EWR und der übrigen Welt spezialisiert, während sich das Angebot von TNT auf die internationalen Strecken innerhalb des EWR konzentriert (Erwägungsgründe 590, 591 und 687 bis 689 des Beschlusses über den Zusammenschluss von FedEx und TNT), ohne dass TNT im Übrigen als Wettbewerber angesehen werden könnte, der eine besondere Wettbewerbsstellung als „Einzelgänger“ hat, oder als eine wichtige Quelle der Expansion auf dem Markt (Erwägungsgründe 650, 692 bis 714 des Beschlusses über den Zusammenschluss von FedEx und TNT). Die Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise habe keine statistisch signifikanten Auswirkungen auf die Preise ergeben, und die Kommission weist darauf hin, dass die erwarteten Effizienzvorteile diese Auswirkungen jedenfalls ausgleichen würden (Erwägungsgründe 468 bis 497, 515 bis 588 und 771 bis 805 des Beschlusses über den Zusammenschluss von FedEx und TNT).

297 Somit ist festzustellen, dass die Zusammenschlüsse von UPS und TNT sowie von FedEx und TNT in vielfacher Hinsicht erheblich voneinander abweichen, insbesondere in Bezug darauf, dass FedEx und TNT keine nahen Wettbewerber waren, was für die Prüfung der Synergien, die sich aus der Kombination dieser Unternehmen ergeben, von Bedeutung ist und von UPS nicht bestritten wird.

298 Außerdem untermauert die Klägerin ihr Vorbringen nicht, dass die Beweise, die sie der Kommission in Bezug auf die erwarteten Synergien vorgelegt habe, anhand eines anderen Beweismaßstabs beurteilt worden seien als dem, der im Rahmen des Zusammenschlusses von FedEx und TNT angewandt worden sei. Insbesondere weist sie nicht nach, dass die Beweise, die sie für den transatlantischen Luftverkehr und das PUD-Netz vorlegte, ähnliche Beweiskraft und Relevanz wie diejenigen hatten, die im Rahmen dieses Zusammenschlusses akzeptiert worden waren, so dass die Kommission gleiche oder ähnliche Beweise unterschiedlich behandelt hätte.

299 In Ermangelung eines Anhaltspunkts für eine Ungleichbehandlung oder eines Vorbringens oder eines Beweises betreffend einen anderen Rechtswidrigkeitsgrund lässt die Feststellung von Unterschieden bei der Beurteilung der Effizienzvorteile zwischen dem Beschluss über den Zusammenschluss von FedEx und TNT und dem streitigen Beschluss nicht den Schluss auf die von UPS geltend gemachte Ungleichbehandlung zu. Daher ist das Vorbringen von UPS zu diesem Punkt zurückzuweisen, ohne dass es erforderlich wäre, den Anträgen von UPS auf Anordnung einer Beweiserhebung stattzugeben.

4) Zur Situation von FedEx

i) Zur Enge des Wettbewerbsverhältnisses von FedEx und UPS

300 UPS macht geltend, die Kommission habe dadurch, dass sie im streitigen Beschluss festgestellt habe, dass, im Gegensatz zu FedEx, UPS, TNT und DHL nahe Wettbewerber seien, einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht begangen. Diese Feststellung habe auf der Annahme beruht, dass DHL sich an die Preiserhöhungen, die sich aus dem Zusammenschluss von UPS und TNT ergäben, anpassen würde, dass FedEx aber nicht in der Lage wäre, diesen entgegenzutreten. Die Kommission verfügte aber nach Ansicht von UPS über keine Grundlage, die den Schluss erlaubt habe, dass sich aus dem Zusammenschluss von UPS und TNT eine Preiserhöhung ergebe. Die Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise und die Untersuchung der Effizienzvorteile hätten vielmehr gezeigt, dass der Zusammenschluss wettbewerbsfördernd sei.

301 UPS weist darauf hin, dass sie im Rahmen des dritten Klagegrundes ihrer Klage in der Rechtssache T-194/13 in diesem Sinne argumentiert und die mangelnde Genauigkeit dargetan habe, mit der die Kommission die Antworten auf den Marktfragebogen insbesondere in Bezug auf den tschechischen, den bulgarischen, den dänischen und den maltesischen Markt geprüft habe. Die Weigerung der Kommission zu erläutern, inwiefern die Antworten auf den Fragebogen für diese Mitgliedstaaten die Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs rechtfertigten, mache es unmöglich, die Beweisschwelle zu verstehen, die erforderlich sei, um zu einer solchen Feststellung zu gelangen. UPS legt in ihrer Erwiderung einen Bericht über die Antworten der großen und kleinen Kunden auf die Marktstudie der Phase II für den bulgarischen, den tschechischen, den dänischen und den maltesischen Markt vor, die bestätigten, dass die Schlussfolgerung, dass FedEx kein naher Wettbewerber von UPS sei, nicht vernünftig sei.

302 UPS beanstandet, dass die Kommission davon ausgegangen sei, dass TNT ein naher Wettbewerber von UPS sei, FedEx aber nicht. Selbst auf dem tschechischen Markt, für den die Kommission angenommen habe, dass ihre Analyse besonders gut sei, gehe aus den Antworten auf den Fragebogen eindeutig hervor, dass es keinen Beweis dafür gebe, dass sie und TNT in engem Wettbewerb miteinander stünden. Die Antworten deuteten vielmehr darauf hin, dass die Unternehmen UPS, TNT, FedEx und DHL, aufgrund bestimmter Merkmale der angebotenen

Dienstleistungen, als vollkommen austauschbar betrachteten oder dass ihre engsten Wettbewerber oder die von TNT keine Dienstleistungen mit diesen Merkmalen erbrächten. Gleiches gelte für den bulgarischen, den dänischen und den maltesischen Markt.

303 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission im streitigen Beschluss, nachdem sie zu dem Schluss gelangt war, dass der Markt für Expresslieferungen von Kleinpaketen innerhalb des EWR von vier Integratoren, nämlich DHL, UPS, TNT und FedEx, beherrscht werde (510. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses), festgestellt hat, dass FedEx unter diesen Unternehmen ein viel schwächerer und von UPS, TNT und DHL entfernter Wettbewerber sei. Die Kommission stützte sich auf den Umsatz von FedEx auf dem Markt innerhalb des EWR (Erwägungsgründe 513 bis 517 des streitigen Beschlusses), auf die Abdeckung des EWR-Markts für Expresslieferung von Kleinpaketen (Erwägungsgründe 518 bis 527 des streitigen Beschlusses) und auf die Schwäche ihres Netzes im EWR im Verhältnis zu dem der drei anderen Integratoren (Erwägungsgründe 528 bis 533 des streitigen Beschlusses). Im Übrigen wies die Kommission darauf hin, dass FedEx, da sie in geringerem Umfang tätig sei, deutlich höhere Abholungs- und Lieferkosten gehabt habe als ihre Wettbewerber und damit ihre Fähigkeit beschränkt habe, einen Wettbewerbsdruck auf dem Markt auszuüben, und zwar trotz der Annahme eines organischen Expansionsplans im Jahr 2011, der sich bis 2017 erstreckt habe (Erwägungsgründe 534 bis 546 und 599 bis 625 des streitigen Beschlusses).

304 Außerdem wies die Kommission auf die geringe Präsenz von FedEx auf den Inlandsmärkten und auf dem Gebiet der verzögerten Zustellungen hin (Erwägungsgründe 547 bis 552 des streitigen Beschlusses), wobei ihre Präsenz im Segment der Dienstleistungen mit Bestimmungsorten außerhalb des EWR deutlich stärker sei (Erwägungsgründe 553 bis 564 des streitigen Beschlusses). Diese Umstände seien durch die Marktuntersuchung, die zeige, dass die Kunden FedEx auf dem Markt für Expresslieferungen innerhalb des EWR als schwächer als die anderen Integratoren wahrnähmen (Erwägungsgründe 565 bis 576 und 590 bis 598 des streitigen Beschlusses), sowie durch die Erklärungen ihrer Wettbewerber bestätigt worden (Erwägungsgründe 578 bis 589 des streitigen Beschlusses).

305 Im Gegensatz zur Situation von FedEx zeigt der streitige Beschluss, dass UPS und TNT nahe Wettbewerber sind (Erwägungsgründe 631 bis 702 des streitigen Beschlusses). Um diese Feststellung zu untermauern, zog die Kommission die Antworten der Kunden auf die Marktuntersuchung (Erwägungsgründe 636 bis 652 des streitigen Beschlusses) sowie die Ähnlichkeit zwischen DHL, UPS und TNT in Bezug auf Dienstleistungsangebote und Abdeckung (Erwägungsgründe 653 bis 659 des streitigen Beschlusses) heran. Nach dem letztgenannten Kriterium sei FedEx das schwächste dieser vier Unternehmen in 21 Märkten des EWR, und in 17 dieser Märkte liege der Abstand zwischen FedEx und ihrem nächsten Wettbewerber bei mindestens 20 Prozentpunkten (654. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses).

306 Die Kommission wies auch auf die Ähnlichkeiten zwischen UPS und TNT in Bezug auf die Angebote von Morgenlieferungen (Erwägungsgründe 660 bis 665 des streitigen Beschlusses) sowie auf die qualitativen Merkmale der angebotenen Dienstleistungen hin (666. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses). Zu den Verfahren der Angebotslegung wies die Kommission darauf hin, dass DHL, UPS und TNT nahe Wettbewerber seien, während die Situation von FedEx weiter entfernt sei (Erwägungsgründe 667 bis 684 des streitigen Beschlusses).

307 Die Kommission wies die Schlussfolgerungen aus einer Analyse von TNT in Bezug auf die Angaben ihrer ehemaligen Kunden zu der Frage, welche Unternehmen konkurrierende Dienstleistungen anböten, zurück und vertrat die Auffassung, dass diese Meinungsumfrage wegen der mit der angewandten Methodik verbundenen Beschränkungen von geringem Nutzen sei (Erwägungsgründe 685 bis 701 des streitigen Beschlusses).

308 In den Erwägungsgründen 705 bis 707 des streitigen Beschlusses wies die Kommission die Stellungnahme zur Mitteilung der Beschwerdepunkte zurück, in der UPS geltend machte, dass die Analyse der Nähe des Wettbewerbs den Einfluss der Unterschiedlichkeit der Dienstleistungen auf die Repräsentativität der Marktanteile als Indikator für die Enge des Wettbewerbsverhältnisses nicht hinreichend berücksichtige, aber auch die Umlenkungskennziffern der Wettbewerber und die fehlende Quantifizierung der Zahl der Kunden, für die DHL keine geeignete Alternative zulasten von ihr selbst und TNT sei.

309 Schließlich wies die Kommission in den Erwägungsgründen 708 bis 711 des streitigen Beschlusses bestimmte zusätzliche Argumente von UPS in Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte betreffend die Prüfung der Nähe des Wettbewerbs zurück. UPS machte nämlich geltend, sie sei kein naher Wettbewerber von TNT, da die beiden Unternehmen völlig unterschiedliche Profile aufwiesen. Sie warf der Kommission vor, einen binären Ansatz („in“ oder „out“) verfolgt und sich nur auf das Langstreckensegment des Marktes konzentriert zu haben.

310 UPS beanstandet die von der Kommission vorgenommene Bewertung der Antworten auf die Fragebögen für den bulgarischen, den tschechischen, den dänischen und den maltesischen Markt. Selbst wenn diese Fehler erwiesen wären, genügt jedoch auf der Grundlage aller soeben angeführten Bestandteile des streitigen Beschlusses die Feststellung, dass die Marktfragebögen nur einer der Gesichtspunkte sind, auf die sich die Kommission gestützt hat. Auch wenn derartige Untersuchungen es erlauben, die Wahrnehmung der Verbraucher oder der Hersteller ihrer jeweiligen Positionen zu bestimmen und diesbezüglich Daten zu erheben, besteht ihr Nutzen darin, dass sie das Verständnis objektiver Elemente, wie die Marktanteile, Netzwerkdichte oder Angebotsstruktur, ergänzen und verbessern können, ohne diese Elemente zu ersetzen. Selbst wenn bei der Analyse der Antworten auf die Fragebögen zu diesen vier Märkten ein Beurteilungsfehler festgestellt werden könnte, wäre ein solcher Fehler unter diesen Umständen jedenfalls nicht geeignet, die anderen Gesichtspunkte in Frage zu stellen, auf deren Grundlage die Kommission zu dem Ergebnis gelangt ist, dass FedEx kein naher Wettbewerber von UPS, TNT und DHL war, wobei UPS diese Gesichtspunkte im Übrigen nicht bestritten hat.

311 Somit kann keines der von UPS im Rahmen der vorliegenden Klage vorgebrachten Argumente die Gültigkeit der Beurteilung der Enge des Wettbewerbsverhältnisses von FedEx in Frage stellen.

ii) Zu den Expansionsprojekten von FedEx

312 UPS wendet sich gegen die Gründe, aus denen die Kommission die Auffassung vertrat, es sei wenig wahrscheinlich, dass FedEx sich in Europa so entwickle, dass den Auswirkungen des Zusammenschlusses zwischen ihr und TNT, mit dem eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs in 15 Mitgliedstaaten geschaffen würde, entgegengewirkt würde. UPS legt ihr Vorbringen zu jedem der sechs nachstehend wiedergegebenen Punkte zur Rolle von FedEx genauer dar.

– *Zur Entwicklung von FedEx in Europa*

313 Nach Ansicht von UPS ist die Behauptung der Kommission im 611. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses, dass die Expansionsprojekte von FedEx in Europa zurückgegangen seien, falsch. Dieser Beurteilung widersprächen unmittelbar die Erklärungen der Führungskräfte von FedEx vom 19. Juni 2012 sowie vom 9. und 10. Oktober 2012, wonach FedEx damit gerechnet habe, fast 75 % der 350 Mio. US-Dollar (USD) an zusätzlichen Gewinnen aus ihren internationalen Tätigkeiten ab Ende des Geschäftsjahrs 2015 zu erzielen. UPS betont, dass solchen öffentlichen Erklärungen aufgrund der Rechtsvorschriften der Vereinigten Staaten für Wertpapiere besondere Bedeutung beizumessen sei.

314 Zwar können Erklärungen von Führungskräften von Unternehmen, die für Investoren bestimmt sind, relevante Anhaltspunkte für die Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens darstellen. Der Umstand, dass diese Erklärungen in den Anwendungsbereich einer Regelung über Wertpapiere fallen, die – gegebenenfalls unter Androhung von Sanktionen – u. a. ihre Richtigkeit sicherstellen soll, bedeutet jedoch nicht, dass die Kommission aufgrund dieser Regelung verpflichtet wäre, die Richtigkeit oder Glaubhaftigkeit solcher Erklärungen zu vermuten. Wie bei jedem anderen relevanten Umstand ist es nämlich Sache der Kommission, mit der gebotenen Sorgfalt vorzugehen, um die Relevanz, aber auch die Glaubhaftigkeit und die Nachprüfbarkeit solcher Erklärungen für das Kontrollverfahren zu prüfen.

315 Im vorliegenden Fall geht aus den Akten hervor, dass die Kommission von Äußerungen von Führungskräften von FedEx Kenntnis erlangte, die sich an die Investoren gerichtet hatten und den Fortgang und die Prognosen zu den Expansionsplänen optimistischer beschrieben hatten, als es bisher im Rahmen des Verfahrens betreffend den Zusammenschluss von UPS und TNT der Fall war. Angesichts dieses von UPS beanstandeten Widerspruchs ersuchte die Kommission FedEx um ergänzende Auskünfte, insbesondere zu den Erklärungen vom Oktober 2012 (Dokumente mit den Aktenzeichen ID 7399 und 7400), und diesem Ersuchen kam FedEx nach (Dokument mit dem Aktenzeichen ID 7418). Die Kommission gewährte UPS in einem Datenraumverfahren vom 26. und 29. Oktober 2012 einen eingeschränkten Zugang zu dieser vertraulichen Antwort.

316 Die Kommission setzte ihre Ermittlungen fort, indem sie FedEx am 16. November 2012 um zusätzliche Informationen (Ersuchen mit dem Aktenzeichen Q30) zu den Änderungen der Expansionsprojekte sowie den letzten Bericht über den Fortgang dieser der Unternehmensleitung vorgelegten Projekte bat. In ihrer Antwort vom 19. November 2012 bestätigte FedEx, dass ihre ursprünglichen Ziele nicht erreicht würden, weil sie zum einen auf Annahmen beruhten, die sich als übertrieben optimistisch erwiesen hätten, und zum anderen aufgrund einer Verschlechterung ihrer Ergebnisse und wirtschaftlichen Verhältnisse.

317 Aus dieser Antwort geht hervor, dass FedEx ihre Marktanteils- und Umsatzziele auf dem Markt für Dienstleistungen innerhalb des EWR nach unten korrigiert hat. Daraus folgt, dass die FedEx im 611. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses zugerechneten Äußerungen genau dem Wortlaut in der Antwort von FedEx vom 19. November 2012 entsprechen, zu der UPS im Stadium des Tatbestandsschreibens in nicht vertraulicher Form Zugang hatte.

318 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass sich die von UPS angeführten Erklärungen der Führungskräfte von FedEx nicht auf den relevanten Markt, sondern auf sämtliche Tätigkeiten von FedEx mit Ausnahme der Vereinigten Staaten bezogen. Entgegen dem Vorbringen von UPS widerlegen diese Erklärungen, die von den Führungskräften von FedEx im Rahmen ihrer regelmäßigen Treffen mit

den Investoren abgegeben wurden, weder den Wert der von der Kommission gesammelten Beweise, die die Schwierigkeiten belegen sollen, denen FedEx bei der Umsetzung ihres Planes für die organische Expansion ausgesetzt war, noch bestätigen sie sie.

319 Das Vorbringen von UPS ist daher unbegründet und zurückzuweisen.

– *Zur Kostendifferenz zwischen FedEx und ihren Wettbewerbern*

320 UPS wirft der Kommission vor, im 545. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses die Auffassung vertreten zu haben, dass FedEx durch ihre Abhol- und Lieferkosten mittelfristig daran gehindert worden sei, UPS gegenüber wettbewerbsfähig zu sein. Sie macht geltend, dass

– die Kommission sich darauf beschränkt habe, den Behauptungen von FedEx zu folgen, ohne die zugrunde liegenden Beweise zu prüfen;

– da die Abhol- und Lieferkosten nur einen Teil der relevanten Kosten innerhalb des EWR ausmachten, es keinen logischen Grund gebe, sie getrennt zu prüfen, obwohl z. B. die Flugkosten von FedEx wahrscheinlich näher an ihren eigenen Kosten lägen;

– die von der Kommission angeführte Kostendifferenz dadurch widerlegt werde, dass es 14 nationale Märkte ohne eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs gebe.

321 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Kommission im 545. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses festgestellt hat, dass FedEx im Rahmen ihres systematischen Expansionsplans von 2011 begonnen habe, in neue Infrastrukturen wie Sortieranlagen zu investieren, um ihre Gesamtkapazität zu steigern und eine geografische Abdeckung und eine Netzdichte zu erreichen, die es ihr ermöglicht hätten, ihre Kosten zu senken. Trotz dieser Investitionen geht aus der Antwort von FedEx vom 19. November 2012 hervor, dass FedEx erwartete, dass ihre Kosten für die Abholung und Lieferung weit höher blieben als die ihrer Wettbewerber.

322 Entgegen dem Vorbringen von UPS geht aus dem streitigen Beschluss hervor, dass die Analyse der Kommission auf einem Bündel von Anhaltspunkten beruht, mit dem sich die Unterschiede bei den Kosten der Behandlung pro Einheit von FedEx und ihren Wettbewerbern bestätigen lassen, die natürlich durch die relative Schwäche der Abdeckung und der Dichte ihres Netzes hervorgerufen werden können. Die Kommission hat sich somit auf interne Dokumente von FedEx gestützt, die ihrer Antwort vom 19. November 2012 als Anlage beigefügt waren. Wie aus den Erwägungsgründen 535 und 536 des streitigen Beschlusses hervorgeht, stützte sich die Kommission auch auf interne Datenbanken über die geschäftlichen Angebote von FedEx sowie auf die Ausschreibungen, an denen sie teilnahm, da diese Datenbanken es ermöglichten, die Wettbewerbsfähigkeit der Preise von FedEx im Vergleich zu denen ihrer Wettbewerber zu beurteilen.

323 In Anbetracht der objektiven Unterschiede in Art und Funktion dieser beiden Arten von Netzen erscheint es nicht unlogisch, dass sich die Kommission auf diese Weise eher auf das PUD-Netz als auf das Luftnetz konzentriert hat, um die Unterschiede der Wettbewerbsfähigkeit zwischen FedEx und ihren Wettbewerbern aufzuzeigen. Die Tatsache, dass UPS betont, dass ihre Flugkosten wahrscheinlich nahe bei denen von FedEx liegen, bestätigt diese Analyse im Übrigen.

324 Schließlich ist festzustellen, dass die Frage der Kostendifferenz zwischen FedEx und ihren Wettbewerbern nur einer der Faktoren ist, anhand deren die Fähigkeit und Anreize dieses Unternehmens beurteilt werden können, auf eine Erhöhung der Preise durch die Einheit, die sich aus dem Zusammenschluss von UPS und TNT ergibt, zu reagieren. Diese Differenz ist kein unmittelbarer Grund für die Feststellung einer erheblichen Behinderung, aber ein Indiz, anhand dessen beurteilt werden kann, warum es wenig wahrscheinlich war, dass FedEx sich in Europa so entwickeln würde, dass den Auswirkungen des Zusammenschlusses von UPS und TNT in kurzer Zeit entgegengewirkt würde. Das Vorbringen von UPS, die Analyse der Abhol- und Lieferkosten von FedEx stehe im Widerspruch zum Bestehen von 14 nationalen Märkten ohne eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs, beruht daher auf einer falschen Prämisse.

325 Das Vorbringen von UPS ist daher zurückzuweisen.

– *Zum geplanten Mengenwachstum von FedEx*

326 UPS wirft der Kommission vor, sich im 614. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses damit begnügt zu haben, die Wachstumsprognosen von FedEx mit der Begründung zurückzuweisen, dass es schwierig sei, mit Sicherheit vorherzusehen, ob die Entwicklungsstrategie von FedEx erfolgreich sein werde, ohne die Erfolgsaussichten dieser Strategie gründlich analysiert zu haben.

327 Dieses Vorbringen von UPS beruht jedoch auf einem falschen Verständnis des streitigen Beschlusses. Wie bereits in Bezug auf die Entwicklung von FedEx in Europa und die Kostendifferenz zwischen FedEx und ihren Wettbewerbern dargelegt, hat die Kommission eine eingehende Analyse der voraussichtlichen Auswirkungen der Durchführung des Expansionsplans von FedEx und der Anreize für FedEx, ihre Expansionspläne nach dem Zusammenschluss zwischen UPS und TNT weiterzuverfolgen oder sogar zu beschleunigen, auf der Grundlage der Dokumente von FedEx durchgeführt, zu denen UPS im Verwaltungsverfahren Zugang hätte haben können oder zu denen sie tatsächlich Zugang hatte, wenn auch nur in eingeschränkter Form.

328 Dieses Vorbringen ist daher zurückzuweisen.

– *Zu den Ländern, auf die FedEx in der ersten Phase ihrer Expansionsprojekte nicht abzielte*

329 UPS beanstandet die Feststellung der Kommission im 613. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses, dass FedEx beschlossen habe, bestimmte Länder (wie z. B. Bulgarien) mangels ausreichender Infrastruktur nicht in ihre erste Expansionsphase einzubeziehen. Da es kein nachprüfbares Beweismittel gebe und es UPS nicht gestattet gewesen sei, sich im Verwaltungsverfahren zu dieser „ersten Phase“ zu äußern, hätte diese Analyse nicht in den streitigen Beschluss einbezogen werden dürfen.

330 Mit diesem Vorbringen beschränkt sich UPS darauf, die im 613. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses angeführten tatsächlichen Umstände zu beanstanden, da der Beschluss auf Beweisen beruhe, zu denen sie keinen vollständigen Zugang gehabt habe. Diese Angaben zu den verschiedenen Phasen des Expansionsplans von FedEx wurden UPS jedoch im Tatbestandsschreiben und in Form von Tabellen im Anhang zu diesem Schreiben mitgeteilt. Zwar wurden die meisten Zahlenangaben wegen ihrer vertraulichen Natur unkenntlich gemacht. Einige von ihnen wurden jedoch durch Angaben in Form von Wertunterschieden ersetzt, die es

somit ermöglichten, über eine Größenordnung zu verfügen. So hieß es im Tatbestandsschreiben, dass FedEx in den nächsten zwei Jahren weder die Eröffnung neuer Sortieranlagen in Bulgarien noch eine Erhöhung ihrer Verarbeitungskapazität geplant habe.

331 Die Kommission hat hinzugefügt, dass die Pläne von FedEx nunmehr gegenüber den Originalplänen reduziert seien, und dazu bezifferte Angaben gemacht. Obwohl diese Angaben in Form von Unterschieden gemacht werden, sind sie hinreichend genau, um UPS zu gestatten, ihren Umfang zu erkennen. Im Übrigen wird das Vorbringen von UPS durch keinen rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt untermauert, der die Annahme zuließe, dass die Kommission einen hinreichend qualifizierten Verstoß begangen hat, der die außervertragliche Haftung der Union auslösen kann. Unter diesen Umständen ist das Vorbringen von UPS zurückzuweisen.

– *Zu den von FedEx abgedeckten Bestimmungsorten*

332 UPS wendet sich gegen die Beurteilung der Kommission im 1008. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses, dass FedEx aufgrund der geringen Anzahl der von ihr abgedeckten Bestimmungsorte keinen erheblichen Wettbewerbsdruck auf die aus dem Zusammenschluss von UPS und TNT hervorgehende Einheit ausüben könne. Diese Beurteilung sei fehlerhaft. Die Kommission habe die Pläne von FedEx, die ab 2015 mehr Geschäftsadressen im EWR abdecken wolle als sie, nicht berücksichtigt.

333 Es ist jedoch festzustellen, dass sich das Vorbringen von UPS darauf beschränkt, das Vorliegen eines Beurteilungsfehlers zu rügen, der „insbesondere“ den 1008. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses betreffe, ohne jedoch anzugeben, welche anderen Erwägungsgründe wegen dieses Fehlers ebenfalls fehlerhaft sein sollen. Abgesehen von dieser Ungenauigkeit trägt UPS keinen tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkt zum Nachweis dafür vor, dass der 1008. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses mit einem Fehler behaftet wäre, der die Annahme zuließe, dass die Kommission einen hinreichend qualifizierten Verstoß begangen hat, der geeignet wäre, die Haftung der Union auszulösen. Dieses Vorbringen ist daher zurückzuweisen.

– *Zur Analyse nach Ländern*

334 UPS ist der Ansicht, dass die von der Kommission in Abschnitt 7.11 des streitigen Beschlusses vorgenommene Analyse nach Ländern nicht den Schluss zulasse, dass FedEx in einem bestimmten Land keinen wirksamen Wettbewerbsdruck ausübe. Die Kommission habe sich auf einige Ausführungen beschränkt, die unzureichend begründet seien, weil sie vage oder oberflächlich und jedenfalls fehlerhaft seien. UPS beruft sich z. B. auf die Analyse von Schweden, für das die im streitigen Beschluss enthaltene Beurteilung dadurch widerlegt werde, dass FedEx nach allen damals verfügbaren Prognosen im Jahr 2015 das Erreichen eines Deckungsgrades und eines Marktanteils größer oder gleich dem von TNT erwartet habe.

335 Es ist jedoch festzustellen, dass Abschnitt 7.11 des streitigen Beschlusses entgegen dem Vorbringen von UPS eine detaillierte und eingehende Analyse aller relevanten Gesichtspunkte enthält, auf deren Grundlage die Kommission das Vorliegen einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs feststellen konnte. Das Beispiel der von FedEx vorgelegten Prognosen in Bezug auf den schwedischen Markt, auf das sich UPS beruft, kann jedenfalls nicht die Feststellung entkräften, die die Kommission anhand einer Vielzahl nationaler Märkte zur relativen Schwäche des Wettbewerbsdrucks getroffen hat, der von FedEx gegenüber DHL und einer aus UPS und TNT bestehenden Einheit ausgeübt werde. Das Vorbringen von UPS

beschränkt sich auf eine vage und allgemeine Kritik an dieser Analyse. Da keine tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkte für die Annahme vorliegen, dass diese Analyse fehlerhaft ist, so dass davon ausgegangen werden könnte, dass die Kommission einen hinreichend qualifizierten Verstoß begangen hat, der die Haftung der Union auslösen kann, ist dieses Vorbringen zurückzuweisen.

d) Zu den Schlussfolgerungen zu den behaupteten Rechtsverletzungen

336 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass von allen behaupteten Rechtsverletzungen nur die fehlende Mitteilung des ökonometrischen Modells hinreichend qualifiziert ist, um die außervertragliche Haftung der Union auslösen zu können.

3. Zum Kausalzusammenhang

337 UPS macht im Wesentlichen geltend, die Kommission hätte den geplanten Zusammenschluss nicht verbieten dürfen. Nach dem Erwerb von TNT durch FedEx macht UPS geltend, dass sie diesen Zusammenschluss nicht mehr habe anmelden können. Für die Zwecke der vorliegenden Klage habe sie zu beweisen, dass die Verwaltungsakten es der Kommission nicht erlaubten, den Zusammenschluss zwischen ihr und TNT für unvereinbar zu erklären. Zu verlangen, dass sie nachweise, dass die Kommission eine Vereinbarkeitsentscheidung erlassen hätte, liefe darauf hinaus, ihr eine unerfüllbare Beweislast aufzubürden.

338 UPS ist der Ansicht, Anspruch auf Ersatz des gesamten Schadens zu haben, der ihr durch den Erlass des streitigen Beschlusses entstanden sei. Dieser Ersatz würde die Kosten decken, die ihr ohne diesen Beschluss nicht entstanden wären, sowie den sich daraus ergebenden entgangenen Gewinn, dessen Betrag sie nach Steuern auf 1 638 Mio. Euro schätze, entsprechend dem Nettowert der Synergien des geplanten Zusammenschlusses.

339 UPS trägt vor, sie sei vertraglich verpflichtet gewesen, TNT aufgrund einer im geschäftlichen Verkehr üblichen Kündigungsklausel zu entschädigen. Ihr Kaufangebot habe nicht umgesetzt werden können, da die aufschiebende Bedingung der Genehmigung dieses Zusammenschlusses durch die Kommission nicht erfüllt gewesen sei. Folglich hätte sie TNT ein Reugeld in Höhe von 200 Mio. Euro, zu Nettokosten nach Steuern in Höhe von 131 Mio. Euro zahlen müssen. Außerdem seien vom Wert des geltend gemachten Schadens 29 Mio. Euro als vermiedene Transaktionskosten abzuziehen.

340 UPS macht geltend, sie habe für ihre Beteiligung am Verfahren zur Kontrolle des Zusammenschlusses von FedEx und TNT 3 708 813,61 Euro Rechtskosten, d. h. einen Verlust nach Steuern in Höhe von 2,4 Mio. Euro, erlitten.

341 Es ist darauf hinzuweisen, dass sich die von Art. 340 Abs. 2 AEUV aufgestellte Voraussetzung des Kausalzusammenhangs darauf bezieht, dass ein hinreichend unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Verhalten der Unionsorgane und dem Schaden in der Weise besteht, dass das gerügte Verhalten die entscheidende Ursache für den Schaden sein muss, wobei der Kläger die Beweislast für diesen Zusammenhang trägt (Urteil vom 13. Dezember 2018, Europäische Union/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, Rn. 52).

342 Im vorliegenden Fall macht UPS drei verschiedene Schäden geltend, deren Ersatz sie wegen der Unmöglichkeit der Durchführung des geplanten Zusammenschlusses verlangt, nämlich erstens die Kosten im Zusammenhang mit ihrer Beteiligung am Verfahren zur Kontrolle des Zusammenschlusses von FedEx und TNT, zweitens die Zahlung eines vertraglichen Reugeldes an TNT und drittens den entgangenen Gewinn. UPS macht im Wesentlichen geltend, die von ihr behaupteten Rechtsverletzungen seien die unmittelbare Ursache für diese drei Schäden.

343 Was zunächst die Beteiligung von UPS am Verfahren zur Kontrolle des Zusammenschlusses von FedEx und TNT angeht, so beruht diese offensichtlich auf ihrer freien Entscheidung. Es handelt sich nicht um eine unmittelbare Folge des streitigen Beschlusses und erst recht nicht um eine Verletzung ihrer Verfahrensrechte. Daher können weder die Verletzung ihrer Verfahrensrechte noch die anderen von ihr behaupteten Verstöße als entscheidende Ursache für den Schaden angesehen werden, der durch die Kosten ihrer Beteiligung an dem Verfahren betreffend den Zusammenschluss von FedEx und TNT entstanden ist. Der Antrag auf Ersatz dieses Schadens ist daher zurückzuweisen.

344 Was sodann das Reugeld betrifft, steht fest, dass die Zahlung dieser Entschädigung auf eine vertragliche Verpflichtung zurückgeht, die sich aus dem Fusionsvertrag zwischen UPS und TNT vom 19. März 2012 ergibt (Anlage C.3 zur Erwiderung).

345 Dieser Vertrag sah nämlich vor (Klausel in Nr. 4.3.b des Vertrags), dass das öffentliche Angebot von UPS zum Kauf der Anteile an TNT unter der aufschiebenden Bedingung eines positiven Beschlusses der Kommission geschlossen wurde. Wenn diese Bedingung nicht erfüllt wurde, hatte UPS die Aufgabe, das zu erklären. Die Nichterfüllung dieser aufschiebenden Bedingung stellte auch einen Grund für die Beendigung des Fusionsvertrags (Klausel in Nr. 15.1.c des Vertrags) dar, die es TNT ermöglichte, auf erste Anforderung die Zahlung eines Reugelds von 200 Mio. Euro von UPS zu erhalten (Klausel in Nr. 16 des Vertrags), nachdem sie ihr die Beendigung dieses Vertrags mitgeteilt hatte.

346 Diese vertragliche Verpflichtung beruht auf dem Willen der Parteien, nach ihrer freien Einschätzung das Risiko, dass der geplante Zusammenschluss nicht die vorherige Zustimmung der Kommission erhält, untereinander aufzuteilen, wobei dieses Risiko, wie der Gerichtshof festgestellt hat, jedem Verfahren zur Kontrolle eines Zusammenschlusses innewohnt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Juli 2009, Kommission/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, Rn. 203).

347 Es ist bereits entschieden worden, dass die nachteiligen Folgen vertraglicher Verpflichtungen, die der Adressat eines Beschlusses der Kommission freiwillig eingegangen ist, nicht die entscheidende Ursache für den Schaden darstellen können, der durch Rechtsverstöße entstanden ist, mit denen dieser Beschluss behaftet ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Juli 2009, Kommission/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, Rn. 205).

348 Ebenso ergibt sich dann, wenn eine Entscheidung, mit der eine Geldbuße auferlegt wird, mit der Möglichkeit versehen wird, bis zur Entscheidung über eine Klage gegen diese Entscheidung eine Kaution zur Absicherung der Zahlung der Geldbuße und der Verzugszinsen zu stellen, der in den Kosten für die Sicherheit bestehende Schaden nicht aus dieser Entscheidung, sondern aus der eigenen Entscheidung des Betroffenen, eine Sicherheit zu bestellen, anstatt seine Rückzahlungspflicht sofort zu erfüllen. Unter diesen Umständen hat der Gerichtshof befunden, dass zwischen dem der Kommission vorgeworfenen Verhalten und dem behaupteten Schaden kein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestand (vgl. in diesem Sinne Urteile vom

28. Februar 2013, Inalca und Cremonini/Kommission, C-460/09 P, EU:C:2013:111, Rn. 118 und 120; vom 21. April 2005, Holcim [Deutschland]/Kommission, T-28/03, EU:T:2005:139, Rn. 123, und Beschluss vom 12. Dezember 2007, Atlantic Container Line u. a./Kommission, T-113/04, nicht veröffentlicht, EU:T:2007:377, Rn. 38).

349 Diese Lösung ist anwendbar, wenn sich der behauptete Schaden unter vergleichbaren Umständen nicht aus der Stellung einer Bankbürgschaft, sondern aus der Aufrechterhaltung einer Bankbürgschaft ergibt, da sich ein solcher Schaden aus der eigenen Entscheidung des Unternehmens ergibt, diese Bürgschaft trotz der finanziellen Folgen, die dies bedeutete, nicht aufzuheben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Dezember 2018, Europäische Union/Kendrion, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, Rn. 59).

350 Da sich die Zahlung eines Reugelds in Höhe von 200 Mio. Euro durch UPS zugunsten von TNT unmittelbar aus dem Vertrag zwischen diesen beiden Unternehmen ergibt, ist nicht erwiesen, dass die Verletzung der Verfahrensrechte von UPS oder die anderen von ihr behaupteten Verstöße deren entscheidende Ursache sind. Daher ist der Antrag auf Ersatz dieses Schadens zurückzuweisen.

351 Was schließlich den Schaden wegen entgangenen Gewinns infolge der Unmöglichkeit der Durchführung des geplanten Zusammenschlusses angeht, so führt UPS infolge schriftlicher und mündlicher Fragen des Gerichts aus, dass dieser Schaden dem Nettowert der Synergien entspricht, die sie mit diesem Zusammenschluss zu verwirklichen erwarte, oder zumindest dem Verlust einer Chance, diese Synergien zu verwirklichen.

352 Die Kommission bestreitet die Zulässigkeit des Vorbringens zum Verlust einer Chance und macht geltend, dass die Klageschrift nicht auf ein solches Vorbringen gestützt gewesen sei, sondern auf die Gewissheit, dass die Gewinne, die sich aus den erwarteten Synergien ergeben hätten, vorenthalten worden seien.

353 Wie aus der Klageschrift hervorgeht, macht die Klägerin geltend, ohne einen oder mehrere der behaupteten Verstöße hätte sie TNT erworben und die sich aus dem Zusammenschluss ergebenden Vorteile konkretisiert. So macht sie einen Schaden in Höhe von 1 638 Mio. Euro geltend, „der dem Nettowert nach Steuern der infolge des Verbots des Zusammenschlusses entgangen Kostensynergien entspricht“. Der Schadensersatzantrag der Klägerin beruht somit auf der Überzeugung, dass die Rechtsverstöße, mit denen der streitige Beschluss behaftet ist, sie daran gehindert hätten, TNT im Rahmen des fraglichen Zusammenschlusses zu erwerben. Ein solcher Antrag ist dahin auszulegen, dass er nicht auf die Entschädigung für den Verlust der Chance abzielt, den Zusammenschluss abzuschließen, sondern auf die Entschädigung für den sicheren Verlust der Kostensynergien. Dies wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Klägerin in Beantwortung von Fragen des Gerichts erklärt hat, dass der Schadensersatzantrag in gewisser Weise einen Verlust einer Chance einschließe. Dieser neue Schadensersatzanspruch ist nämlich verspätet geltend gemacht worden und daher unzulässig (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 20. September 2011, Evropaïki Dynamiki/EIB, T-461/08, EU:T:2011:494, Rn. 210).

354 Für den materiellen Schaden im Zusammenhang mit dem entgangenen Gewinn, für den UPS Ersatz begehrt, kommt es entscheidend darauf an, ob der Verstoß gegen die Verfahrensrechte von UPS die Ursache für diesen Schaden darstellt.

355 Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass der Zusammenschluss ohne die Verletzung der Verfahrensrechte von UPS für vereinbar erklärt worden wäre. Die Untersuchung des Kausalzusammenhangs kann nämlich nicht von der unzutreffenden Prämisse ausgehen, dass das Organ ohne die rechtswidrige Maßnahme von einer Maßnahme abgesehen oder eine gegenteilige Maßnahme getroffen hätte, was wiederum ein rechtswidriges Verhalten des Organs darstellen könnte, sondern sie muss anhand eines Vergleichs zwischen der Lage, wie sie sich für den betroffenen Dritten aufgrund des pflichtwidrigen Verhaltens darstellt, und der Lage erfolgen, die sich für ihn aus einem die Rechtsnorm wahrenden Verhalten des Organs ergeben hätte (Urteil vom 11. Juli 2007, Schneider Electric/Kommission, T-351/03, EU:T:2007:212, Rn. 264).

356 Dass die unterbliebene Mitteilung des ökonometrischen Modells zur Nichtigerklärung des streitigen Beschlusses geführt hat, bedeutet somit nicht, dass die Kommission ohne diese Unregelmäßigkeit verpflichtet gewesen wäre, den Zusammenschluss zwischen UPS und TNT für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären.

357 Bei einer Verletzung der Verteidigungsrechte durch einen Beschluss, mit dem ein Unternehmenszusammenschluss für unvereinbar mit dem Binnenmarkt erklärt wird, ist nicht davon auszugehen, dass ohne diesen Verstoß der angemeldete Zusammenschluss ausdrücklich oder stillschweigend für vereinbar erklärt worden wäre, sondern es sind die Wirkungen zu prüfen, die der Mangel auf den Inhalt des Beschlusses haben konnte. Um über das Bestehen eines hinreichenden Kausalzusammenhangs zwischen dem festgestellten Verstoß und dem behaupteten Schaden zu entscheiden, ist somit die Wirkung der Verletzungen der Verteidigungsrechte auf das weitere Verfahren zur Kontrolle des Zusammenschlusses zu prüfen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. Juli 2007, Schneider Electric/Kommission, T-351/03, EU:T:2007:212, Rn. 266 und 268).

358 Im vorliegenden Fall konnten zwar die behaupteten Fehler bei der Gestaltung des ökonometrischen Modells dazu beitragen, dessen Beweiswert zu schwächen, doch hat die Klägerin weder nachgewiesen noch Beweise vorgelegt, die dem Gericht mit der erforderlichen Sicherheit den Schluss erlaubten, dass diese Fehler ausreichten, um die wirtschaftliche Analyse des Zusammenschlusses zwischen UPS und TNT insgesamt und die Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu entkräften. Außerdem beruht die Entscheidung der Kommission, den geplanten Zusammenschluss nicht zu genehmigen, wie sich aus den vorstehenden Rn. 216 bis 226 ergibt, auf der wirtschaftlichen Analyse mehrerer Bestandteile und nicht nur auf der Analyse, die ausgehend von dem verwendeten ökonometrischen Modell durchgeführt wurde. Daher kann nicht festgestellt werden, dass sich diese Verletzung der Verteidigungsrechte entscheidend auf den Ausgang des Verfahrens zur Prüfung des geplanten Zusammenschlusses ausgewirkt hat.

359 Über die vorstehenden Erwägungen hinaus ist darauf hinzuweisen, dass eine Unvereinbarkeitsentscheidung in jedem Fall der Kontrolle durch den Unionsrichter unterworfen bleibt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Juli 2009, Kommission/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, Rn. 203).

360 Art. 10 Abs. 5 der Verordnung Nr. 139/2004 sieht für den Fall, dass eine Entscheidung der Kommission durch Urteil des Gerichtshofs für nichtig erklärt wird, vor, dass der Zusammenschluss erneut von der Kommission geprüft wird; die Prüfung wird mit einer Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 dieser Verordnung abgeschlossen. Dieser Mechanismus gewährleistet somit dem Unternehmen, das einen Zusammenschluss angemeldet hat, dass es in

Durchführung der gerichtlichen Entscheidung eine neue Beurteilung des angemeldeten Zusammenschlusses erlangt, da dieser Zusammenschluss jedenfalls nicht ohne vorherige Kontrolle durch die Kommission durchgeführt werden kann.

361 Verzichtet das Unternehmen, das einen Zusammenschluss angemeldet hat, auf den Zusammenschluss, ohne nach Abschluss des wiederaufgenommenen Verfahrens eine neue Entscheidung der Kommission abzuwarten, so ist dieser Verzicht die unmittelbare Ursache für die Aufgabe des Zusammenschlusses und die sich daraus möglicherweise ergebenden materiellen Folgen. Dies war der dem Urteil vom 16. Juli 2009, Kommission/Schneider Electric (C-440/07 P, EU:C:2009:459), zugrunde liegende Sachverhalt. In dieser Rechtssache hat das Unternehmen, das einen Zusammenschluss angemeldet hatte, es nach der Nichtigerklärung der Unvereinbarkeitsentscheidung durch das Gericht vorgezogen, den geplanten Zusammenschluss aufzugeben, bevor das wiederaufgenommene Verfahren abgeschlossen war. So ist entschieden worden, dass die unmittelbare Ursache des geltend gemachten Schadens betreffend die Wertverluste aus der Übertragung nach der Nichtigerklärung einer Negativentscheidung und einer Trennungsentscheidung die vom Unternehmen, das einen Zusammenschluss angemeldet hatte, getroffene Entscheidung war, die fragliche Übertragung wirksam werden zu lassen, aufgrund ihrer Befürchtung, dass sie im wiederaufgenommenen Verfahren keine Entscheidung erreichen würde, die den Zusammenschluss für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären würde (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Juli 2009, Kommission/Schneider Electric, C-440/07 P, EU:C:2009:459, Rn. 202 bis 205).

362 Im vorliegenden Fall hätte die Kommission nach Art. 10 Abs. 5 der Verordnung Nr. 139/2004 nach der Nichtigerklärung des streitigen Beschlusses das Verfahren zur Kontrolle des Zusammenschlusses zwischen UPS und TNT wieder aufnehmen und UPS in Durchführung des Urteils vom 7. März 2017, United Parcel Service/Kommission (T-194/13, EU:T:2017:144), das ökonometrische Modell mitteilen müssen, das sie verwenden wollte, um die voraussichtlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise zu quantifizieren. Darüber hinaus musste die Kommission noch immer für die Kontrolle des angemeldeten Zusammenschlusses zuständig sein. In Ermangelung eines Zusammenschlusses ist sie nämlich nicht befugt, eine Entscheidung nach der Verordnung Nr. 139/2004 zu erlassen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 28. September 2004, MCI/Kommission, T-310/00, EU:T:2004:275, Rn. 96).

363 Der Fusionsvertrag verpflichtete UPS jedoch nicht nur, eine Negativentscheidung der Kommission bekannt zu geben, die der Erfüllung der aufschiebenden Bedingung, von der das Kaufangebot abhängig war, entgegensteht, sondern darüber hinaus sah dieser Vertrag (Klausel in Nr. 2.10.b des Vertrags) in einem solchen Fall vor, dass UPS ihr ursprüngliches Angebot nur nach ihrem Ermessen und vorbehaltlich der Zustimmung der niederländischen Finanzmarktbehörde für einen oder mehrere Zeiträume hätte ausdehnen können, die die Parteien als erforderlich betrachteten, damit die aufschiebende Bedingung einer Vereinbarkeitserklärung durch die Kommission erfüllt werde. Der Fusionsvertrag gab UPS somit die Möglichkeit, ihr Angebot an TNT im Fall einer Unvereinbarkeitserklärung zu verlängern, und zwar allein nach ihrem Ermessen.

364 UPS gab mit Pressemitteilung vom 14. Januar 2013 bekannt, dass sie von der Kommission über deren Absicht unterrichtet worden sei, das geplante Vorhaben zu untersagen. UPS berichtete in ihrer Pressemitteilung über die Äußerungen ihres Vorstandsvorsitzenden und wies eindeutig darauf hin, dass sie beschlossen habe, den geplanten Zusammenschluss aufzugeben. Nach dem

Erlass des streitigen Beschlusses kündigte UPS mit einer zweiten Pressemitteilung vom 30. Januar 2013 zum einen die Rücknahme ihres Angebots für TNT an und zum anderen, dass die beiden Unternehmen beschlossen hätten, ihren Fusionsvertrag zu beenden.

365 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass UPS bereits am 14. Januar 2013 darauf verzichtete, TNT zu erwerben, d. h. mehr als zwei Jahre, bevor FedEx ihr Kaufangebot für TNT bekannt gab. Der Sachverhalt zeigt auch, dass UPS diesen Verzicht zu keiner Zeit zurückgenommen hat. UPS reichte nach dem Erlass des streitigen Beschlusses weder ein neues Angebot für TNT ein, noch reagierte sie auf das Angebot von FedEx durch Abgabe eines Konkurrenzangebots. Selbst wenn man unterstellt, dass die Unregelmäßigkeit, die die Kommission beim Erlass des streitigen Beschlusses begangen hat, der Klägerin einen entgangenen Gewinn verursacht haben sollte, hätte der Umstand, dass dieses Unternehmen bereits bei der Bekanntgabe des streitigen Beschlusses auf den geplanten Zusammenschluss verzichtet hat, dazu geführt, dass jeder unmittelbare Kausalzusammenhang zwischen dieser Unregelmäßigkeit und dem geltend gemachten Schaden unterbrochen wurde.

366 UPS macht jedoch geltend, dass, als das Gericht den streitigen Beschluss für nichtig erklärt habe, es für die Abgabe eines neuen Angebots zu spät gewesen sei, da FedEx zwischenzeitlich TNT erworben habe. Das gerichtliche Verfahren sei nicht auf die Prüfung von Fusionskontrollentscheidungen abgestimmt.

367 Der Umstand, dass der streitige Beschluss nach dem Erwerb von TNT durch FedEx für nichtig erklärt wurde, hat jedoch keinen Einfluss auf den angeblichen Kausalzusammenhang zwischen dem festgestellten Verfahrensfehler und dem behaupteten Schaden. Abgesehen davon, dass UPS ihre geplante Übernahme von TNT mehr als zwei Jahre, bevor FedEx ihr Angebot für TNT bekannt gab, aufgegeben hatte, und zu keinem Zeitpunkt ein Konkurrenzangebot abgab, war UPS angesichts des eigenständigen Charakters der Schadensersatzklage keineswegs verpflichtet, zuvor eine Nichtigkeitsklage zu erheben.

368 Im Übrigen hat UPS in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, dass es ihr aufgrund der niederländischen Regelung über öffentliche Übernahmeangebote unmöglich gewesen sei, den Zusammenschluss mit TNT fortzusetzen, nachdem die Kommission dies abgelehnt habe. Es ist jedoch festzustellen, dass das Vorbringen von UPS zu diesem Punkt nicht untermauert ist, da UPS keinen nationalen Gesetzestext zur Stützung dieses Vorbringens vorgelegt hat und daher nicht auf eine von ihrem Willen unabhängige Verpflichtung, den Zusammenschluss mit TNT aufzugeben, geschlossen werden kann.

369 Die Kritik von UPS an dem Gerichtssystem der Union im Allgemeinen und der Wirksamkeit der Rechtsbehelfe im Bereich der Fusionskontrolle im Besonderen stützt sich auf keinerlei rechtliche Argumentation. Soweit diese Rügen dahin verstanden werden können, dass mit ihnen die Rechtmäßigkeit des im AEU-Vertrag geregelten Rechtsschutzsystems mit der Begründung in Frage gestellt wird, dass es nicht gestatte, ihr einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz im Sinne von Art. 47 der Charta zu gewährleisten, genügt der Hinweis, dass der Umstand, dass die Klägerin nicht in der Lage ist, ein rechtswidriges Verhalten der Unionsorgane, einen behaupteten Schaden oder einen Kausalzusammenhang zwischen einem solchen Verhalten und einem solchen Schaden zu beweisen, nicht bedeutet, dass ihr ein effektiver gerichtlicher Rechtsschutz versagt würde (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. September 2006, Reynolds Tobacco u. a./Kommission, C-131/03 P, EU:C:2006:541, Rn. 84).

370 Im Übrigen ist es allein Sache der Mitgliedstaaten, das Rechtsschutzsystem des Vertrags zu reformieren, da eine solche Befugnis die den Unionsgerichten durch den Vertrag verliehenen Befugnisse überschreitet (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. Juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Rat, C-50/00 P, EU:C:2002:462, Rn. 44 und 45, und Beschluss vom 24. November 2016, Petraitis/Kommission, C-137/16 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2016:904, Rn. 24).

371 Daraus folgt, dass nicht nachgewiesen ist, dass die Verletzung der Verfahrensrechte von UPS oder die anderen von ihr behaupteten Verstöße die entscheidende Ursache für ihren angeblichen entgangenen Gewinn sind. Daher ist der Antrag auf Ersatz dieses Schadens zurückzuweisen.

372 Nach alledem ist die Klage insgesamt abzuweisen.

IV. Kosten

373 Nach Art. 134 Abs. 1 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Nach Art. 135 Abs. 2 der Verfahrensordnung kann das Gericht auch eine obsiegende Partei zur Tragung eines Teils der Kosten oder sämtlicher Kosten verurteilen, wenn dies wegen ihres Verhaltens, auch vor Klageerhebung, gerechtfertigt erscheint; dies gilt insbesondere für Kosten, die sie der Gegenpartei nach Ansicht des Gerichts ohne angemessenen Grund oder böswillig verursacht hat.

374 Nach der Rechtsprechung ist Art. 135 Abs. 2 der Verfahrensordnung anzuwenden, wenn die Entstehung des Rechtsstreits durch das Verhalten eines Organs oder einer Einrichtung der Union begünstigt wurde (Urteile vom 8. Juli 2015, European Dynamics Luxembourg u. a./Kommission, T-536/11, EU:T:2015:476, Rn. 391 [nicht veröffentlicht], und vom 23. April 2018, CRM/Kommission, T-43/15, nicht veröffentlicht, EU:T:2018:208, Rn. 105). Im vorliegenden Fall hat die Kommission UPS dadurch, dass sie die endgültige Fassung des zur Stützung des streitigen Beschlusses gewählten ökonometrischen Modells nicht übermittelt hat, in eine Lage gebracht, die es ihr nicht gestattete, die Methode zu verstehen, auf die sich die Kommission zur Quantifizierung der voraussichtlichen Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auf das Preisniveau stützte. Nachdem UPS die Nichtigerklärung des streitigen Beschlusses erwirkt hatte, erhob sie die vorliegende Klage auf Ersatz des Schadens, der ihr entstanden sein soll. UPS ist zwar unterlegen, hat aber nachweisen können, dass die Kommission ihre Verfahrensrechte hinreichend qualifiziert verletzt hat. Unter diesen Umständen sind der Kommission gemäß Art. 135 Abs. 2 der Verfahrensordnung ihre eigenen Kosten sowie ein Drittel der Kosten von UPS aufzuerlegen und UPS zwei Drittel ihrer eigenen Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Siebte erweiterte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Klage wird abgewiesen.**

2. **Die Europäische Kommission trägt ihre eigenen Kosten sowie ein Drittel der Kosten, die der United Parcel Service, Inc. entstanden sind.**

3. **United Parcel Service trägt zwei Drittel ihrer eigenen Kosten.**

Papasavvas da Silva Passos Reine

Truchot Sampol Pucurull

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 23. Februar 2022.

Unterschriften

Inhaltsverzeichnis

I. Vorgeschichte des Rechtsstreits . . . 2

II. Verfahren und Anträge der Parteien . . . 3

III. Rechtliche Würdigung . . . 4

A. Zur Zulässigkeit bestimmter Klagegründe, Argumente und Beweise . . . 4

1. Zur Unklarheit des Vorbringens von UPS . . . 4

2. Zum Verstoß gegen Art. 76 Buchst. d der Verfahrensordnung . . . 5

a) Zur Zulässigkeit des Vorbringens von UPS zur Verletzung der Verfahrensrechte . . . 6

b) Zur Zulässigkeit des Vorbringens von UPS zur fehlerhaften Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise . . . 7

1) Zu den Rn. 34 bis 37 der Klageschrift . . . 7

2) Zum Verweis auf Anlage A.12 zur Klageschrift . . . 7

3) Zum Verweis auf die Anlagen A.8 und A.9 zur Klageschrift sowie auf die Anlagen C.1 und C.2 zur Erwiderung . . . 8

4) Zu Rn. 84 der Klageschrift . . . 9

c) Zur Zulässigkeit des Vorbringens von UPS zur fehlerhaften Beurteilung der Effizienzvorteile . . . 10

1) Zu Rn. 46 der Klageschrift . . . 10

2) Zum Verweis auf Anlage C.6 zur Erwiderung . . . 10

3) Zum Verweis auf die Anlagen C.7 und C.37 zur Erwiderung . . . 11

3. Zum Verstoß gegen Art. 85 der Verfahrensordnung . . . 12

a) Zur Zulässigkeit der Anlagen C.6, C.7 und C.37 zur Erwiderung . . . 12

b) Zur Zulässigkeit der von der Kommission vorgelegten Gutachten des Sachverständigen für Ökonometrie . . . 13

B. Zur Begründetheit . . . 14

1. Zu den Voraussetzungen der außervertraglichen Haftung der Union . . . 14

2. Zu den behaupteten Rechtsverletzungen . . . 15

a) Zur Verletzung der Verfahrensrechte von UPS . . . 16

1) Zur fehlenden Mitteilung des gewählten ökonometrischen Modells 16

2) Zur fehlenden Mitteilung der Kriterien für die Bewertung der Effizienzvorteile. 21

3) Zur fehlenden Übermittlung bestimmter vertraulicher Dokumente von FedEx . 25

i) Zur Einsicht in die am 10. August 2012 zu den Akten gereichten 484 vertraulichen internen Dokumente von FedEx 28

ii) Zum Zugang zu den von FedEx am 9. und 15. November 2012 übermittelten Dokumenten 30

b) Zum Verstoß gegen die Begründungspflicht 32

c) Zu den Fehlern bei der Beurteilung des geplanten Zusammenschlusses 33

1) Zur Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Preise . 33

i) Zur Nichtberücksichtigung bestimmter Daten von FedEx 33

ii) Zu den Fehlern bei der Gestaltung des ökonometrischen Modells der Kommission 34

2) Zu den Effizienzvorteilen 40

i) Vorbemerkungen 40

ii) Zur Bewertung der von UPS behaupteten Effizienzvorteile 40

– Zum Luftnetz und zur Bodendienstabfertigung in Europa (viertes Jahr) . 41

– Zu den Verwaltungskosten 42

– Zum transatlantischen Luftverkehr 43

– Zur Beförderung für Rechnung Dritter 44

– Zu den Straßentransporten im Netz 44

– Zu den Anlagen 45

– Zum PUD-Netz 46

– Zu den externen Dienstleistern 49

3) Zur Ungleichbehandlung im Verhältnis zum Zusammenschluss von FedEx und TNT 50

4) Zur Situation von FedEx 52

i) Zur Enge des Wettbewerbsverhältnisses von FedEx und UPS 52

ii) Zu den Expansionsprojekten von FedEx 54

– Zur Entwicklung von FedEx in Europa 55

– Zur Kostendifferenz zwischen FedEx und ihren Wettbewerbern 56

– Zum geplanten Mengenwachstum von FedEx 57

– Zu den Ländern, auf die FedEx in der ersten Phase ihrer Expansionsprojekte nicht abzielte 57

– Zu den von FedEx abgedeckten Bestimmungsorten 58

– Zur Analyse nach Ländern 58

d) Zu den Schlussfolgerungen zu den behaupteten Rechtsverletzungen 59

3. Zum Kausalzusammenhang 59

IV. Kosten 65