URTEIL DES GERICHTS (Zweite erweiterte Kammer)

15. Dezember 1999 *

In der Rechtssache T-22/97

Kesko Oy, Gesellschaft finnischen Rechts mit Sitz in Helsinki, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt Gerwin van Gerven, Brüssel, und Solicitor Sarah Beeston, Zustellungsanschrift: Kanzlei der Rechtsanwälte Loesch und Wolter, 11, rue Goethe, Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Klaus Wiedner, Juristischer Dienst, im Beistand von Solicitor Stephen Kinsella, als Bevollmächtigte, Zustellungsbevollmächtigter: Carlos Gómez de la Cruz, Juristischer Dienst, Centre Wagner, Luxemburg-Kirchberg,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Englisch.

unterstützt durch

Republik Finnland, vertreten durch Tuula Pynnä, Rechtsberaterin im Ministerium für auswärtige Angelegenheiten, als Bevollmächtigte, im Beistand von David Vaughan, QC, zugelassen in England und Wales, Zustellungsanschrift: Finnische Botschaft, 2, rue Heinrich Heine, Luxemburg,

und

Französische Republik, vertreten durch Jean-François Dobelle, stellvertretender Direktor in der Direktion für Rechtsfragen des Ministeriums für auswärtige Angelegenheiten, Frédérik Million, Chargé de mission in derselben Direktion, und Kareen Rispal-Bellanger, Abteilungsleiterin in derselben Direktion, als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift: Französische Botschaft, 8 B, boulevard Joseph II, Luxemburg,

Streithelferinnen,

wegen Nichtigerklärung der Entscheidung 97/277/EG der Kommission vom 20. November 1996 zur Erklärung der Unvereinbarkeit eines Zusammenschlußvorhabens mit dem Gemeinsamen Markt (Sache IV/M.784 — Kesko/Tuko) (ABl. 1997, L 110, S. 53)

erläßt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Zweite erweiterte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten A. Potocki sowie der Richter K. Lenaerts, C. W. Bellamy, J. Azizi und A. W. H. Meij,

Kanzler: A. Mair, Verwaltungsrat

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 11. November 1998 und vom 2. Juni 1999,

folgendes

Urteil

Rechtlicher Rahmen

1 Artikel 22 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 395, S. 1, Berichtigung ABl. 1990, L 257, S. 13) bestimmt:

„(3) Stellt die Kommission auf Antrag eines Mitgliedstaates fest, daß ein Zusammenschluß im Sinne von Artikel 3, der jedoch keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne des Artikels 1 hat, eine beherrschende Stellung begrün-

det oder verstärkt, durch welche wirksamer Wettbewerb im Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats erheblich behindert würde, so kann die Kommission — sofern dieser Zusammenschluß den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt — die in Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 sowie in Artikel 8 Absätze 3 und 4 vorgesehenen Entscheidungen erlassen.

(4) Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a) und b), die Artikel 5, 6, 8 und 10 bis 20 finden Anwendung. Die Frist für die Eröffnung des Verfahrens nach Artikel 10 Absatz 1 beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Antrag des Mitgliedstaates eingeht. Das Verfahren muß spätestens binnen eines Monats nach der Unterrichtung des Mitgliedstaats über den Zusammenschluß oder dessen Durchführung eröffnet werden. Diese Frist beginnt mit der ersten der vorgenannten Handlungen.

(5) Die Kommission trifft in Anwendung von Absatz 3 nur die Maßnahmen, die unbedingt erforderlich sind, um wirksamen Wettbewerb im Gebiet des Mitgliedstaates zu wahren oder wiederherzustellen, auf dessen Antrag hin sie tätig geworden ist."

2 Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung Nr. 4064/89 bestimmt hinsichtlich der Beurteilung von Zusammenschlüssen folgendes:

„Zusammenschlüsse im Sinne dieser Verordnung sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu prüfen.

Bei dieser Prüfung berücksichtigt die Kommission:

a) die Notwendigkeit, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln, insbesondere im Hinblick auf die Struktur aller betroffenen Märkte und den tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft ansässige Unternehmen;

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

Sachverhalt und Verfahren

3 Die Klägerin, Kesko Oy (im folgenden: Kesko), ist eine Aktiengesellschaft finnischen Rechts, die Einzelhandel mit Verbrauchsgütern des täglichen Bedarfs und Spezialartikeln betreibt. Ihre Tätigkeit erstreckt sich auch auf den Großhandel und den Cash-and-carry-Handel mit diesen Gütern. Das Grundkapital von Kesko ist in Vorzugs- und Stammaktien aufgeteilt. Die Vorzugsaktien befinden sich unmittelbar oder mittelbar im Besitz von Kesko-Einzelhändlern. Aufgrund von zusätzlichen Stimmen, die nach der Satzung der Klägerin mit den Vorzugsaktien verbunden sind, kontrollieren die Kesko-Einzelhändler tatsächlich die Mehrheit der Stimmrechte in der Hauptversammlung. Nach der Unternehmenssatzung

besteht der Aufsichtsrat ausschließlich aus Kesko-Einzelhändlern. Er ernennt die sonstigen Entscheidungs- und Ausführungsorgane von Kesko.

4 Der Gegenstand von Kesko besteht hauptsächlich darin, für die Kesko-Einzelhändler den Einkauf und die Absatzförderung in einem größeren Rahmen vorzunehmen, als dies für die einzelnen Händler möglich wäre. Zur Tätigkeit von Kesko gehört daher das Aushandeln günstiger Bezugsbedingungen mit den Lieferanten, die Belieferung seiner Einzelhändler und die Erbringung zahlreicher ergänzender Dienstleistungen.

5 Die Kesko-Einzelhändler, die rechtlich unabhängige Unternehmen sind, sind vertraglich an Kesko gebunden. Sie betreiben Einzelhandel mit Verbrauchsgütern des täglichen Bedarfs und/oder Spezialartikeln und gliedern sich seit 1995 in fünf Ketten von Geschäften mit gemeinsamen Merkmalen, nämlich in die „Neighbourhood Stores", die „Kesko Supermarkets", die „Kesko Superstores", die „Kesko Citymarkets" und die „Rimi"-Geschäfte. Ein bedeutender Teil der Gewerbeflächen steht im Eigentum von Kesko.

6 Tuko Oy (im folgenden: Tuko) war ebenfalls eine im Bereich des Groß- und Einzelhandels mit Verbrauchsgütern des täglichen Bedarfs und Spezialartikeln tätige Aktiengesellschaft finnischen Rechts. Tuko war Eigentümerin von Verkaufsstätten und hatte mit einer großen Anzahl von rechtlich unabhängigen Einzelhändlern Kooperationsverträge geschlossen. Die Tuko-Einzelhändler gliederten sich in drei Gruppen, nämlich die Spar-Kette, die Anttila-Warenhäuser und die Tarmo-Läden. Tuko betrieb ebenfalls Großhandel und Cash-and-carry-Handel mit Verbrauchsgütern des täglichen Bedarfs.

7 Am 27. Mai 1996 schloß Kesko Vereinbarungen über den Erwerb von 56,3 % des Grundkapitals von Tuko, denen 59,3 % der Stimmrechte entsprachen. Später erweiterte Kesko ihre Beteiligung an Tuko auf mehr als 99 % des Grundkapitals.

8 Am 26. Juni 1996 stellte das finnische Wettbewerbsamt gemäß Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 bei der Kommission den Antrag, den Erwerb von Tuko durch Kesko zu prüfen.

9 Kesko erhob am 28. Juni 1996 beim Korkein hallinto-oikeus (Oberstes Verwaltungsgericht; im folgenden: KHO) Klage auf Feststellung, daß das finnische Wettbewerbsamt nicht dafür zuständig ist, bei der Kommission einen Antrag nach Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 zu stellen.

10 Am 19. Juli 1996 übersandte das finnische Ministerium für Handel und Industrie (im folgenden: MHI) der Kommission die Kopie eines Schriftsatzes, den es im Rahmen des von Kesko beim KHO angestrengten Verfahrens eingereicht hatte und in dem es die Auffassung vertrat, daß das finnische Wettbewerbsamt für die genannte Antragstellung zuständig gewesen sei.

11 Die Kommission war der Auffassung, daß ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des in Rede stehenden Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt beständen, und traf daher am 26. Juli 1996 die Entscheidung, das Verfahren gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 4064/89 „bis zum Erlaß des abschließenden Urteils des finnischen Obersten Verwaltungsgerichts" einzuleiten.

12 Am 17. September 1996 richtete die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte nach Artikel 18 Absatz 1 der Verordnung Nr. 4064/89 an die Klägerin. Diese nahm hierzu am 2. Oktober 1996 Stellung.

13 Das Urteil des KHO erging am 1. Oktober 1996. Das KHO äußerte sich nicht zur Begründetheit, da die Klage unzulässig war.

14 Die Klägerin schlug der Kommission mit Schreiben vom 23. Oktober 1996 die Übernahme bestimmter Verpflichtungen vor, um die Zweifel der Kommission an der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt auszuräumen.

15 Am 20. November 1996 erließ die Kommission gemäß u. a. den Artikeln 8 Absatz 3 und 22 der Verordnung Nr. 4064/89 die Entscheidung 97/277/EG zur Erklärung der Unvereinbarkeit eines Zusammenschlußvorhabens mit dem Gemeinsamen Markt (Sache IV/M.784 — Kesko/Tuko) (ABl. 1997, L 110, S. 53; im folgenden: streitige Entscheidung oder angefochtene Entscheidung).

16 In der angefochtenen Entscheidung stellte die Kommission u. a. folgendes fest:

— Der in Rede stehende Zusammenschluß dürfe nicht allein auf der Großhandelsebene geprüft werden; wegen der Verbindungen zwischen Kesko und Tuko einerseits und ihren jeweiligen Einzelhändlern andererseits, wie sie in den Randnummern 39 bis 66 dargelegt seien, müsse sich die Untersuchung vielmehr auch auf den Bereich des Einzelhandels erstrecken;

— der Zusammenschluß von Kesko und Tuko würde zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung auf dem finnischen Einzelhandelsmarkt für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs führen, durch die ein wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde (insbesondere Randnrn. 93 bis 138);

— durch den Zusammenschluß würde eine beherrschende Angebotsstruktur geschaffen, durch die ein wirksamer Wettbewerb auf dem finnischen Cash-and-carry-Markt und Großhandelsmarkt für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs erheblich behindert würde (Randnrn. 139 bis 145);

— die durch den Zusammenschluß begründete beherrschende Stellung auf dem Einzelhandels- und dem Cash-and-carry-Markt würde die Nachfragemacht von Kesko ansteigen lassen und damit ihre beherrschende Stellung auf diesem Markt noch verstärken (Randnrn. 146 bis 153);

— der Zusammenschluß würde die Marktzugangsschranken erhöhen und es äußerst unwahrscheinlich machen, daß ein neuer Konkurrent sich auf den betreffenden Märkten etabliere (Randnrn. 154 bis 161);

— die Veränderungen in der Struktur der finnischen Einzelhandels- und Cash-and-carry-Märkte für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs würde direkt oder indirekt spürbare gegenwärtige oder potentielle Auswirkungen auf die Struktur des Handels zwischen Mitgliedstaaten haben (Randnrn. 10 bis 13).

17 Die Kommission wies auch die von Kesko mit Schreiben vom 23. Oktober 1996 vorgeschlagene Übernahme von Verpflichtungen u. a. deshalb zurück, weil sie völlig unzureichend seien, um die beherrschende Stellung von Kesko auf dem finnischen Einzelhandelsmarkt für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs zu beseitigen (Randnrn. 162 bis 172).

18 In Randnummer 173 der angefochtenen Entscheidung führte die Kommission aus, sie werde „in einer getrennten Entscheidung gemäß Artikel 8 Absatz 4 der Fusionskontrollverordnung Maßnahmen anordnen, um die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen".

19 Artikel 1 der angefochtenen Entscheidung lautet: „Der Zusammenschluß, durch den Kesko Oy durch Aktienerwerb die alleinige Kontrolle über Tuko Oy erworben hat, wird für mit dem Gemeinsamen Markt und dem Funktionieren des EWR-Abkommens unvereinbar erklärt."

20 Die streitige Entscheidung wurde Kesko am Tag ihres Erlasses, also am 20. November 1996, mitgeteilt.

21 Am 21. November 1996 erklärte die Kommission in einer an Kesko gerichteten Mitteilung gemäß Artikel 18 Absatz 1 der Verordnung Nr. 4064/89, daß sie eine Entscheidung nach Artikel 8 Absatz 4 dieser Verordnung für angebracht halte, mit der Kesko aufgegeben werde, den Tuko-Geschäftsbereich für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs en bloc zu verkaufen.

22 Am 30. Januar 1997 machte Kesko der Kommission den Vorschlag, das Tuko-Konsumgütergeschäft mit Ausnahme der Anttila-Warenhäuser an ein Konsortium von Drittunternehmen zu veräußern.

23 Kesko hat mit Klageschrift, die am 31. Januar 1997 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, die vorliegende Klage auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung erhoben. Die Rechtssache ist unter dem Aktenzeichen T-22/97 in das Register eingetragen worden.

24 Am 7. Februar 1997 schlossen Kesko, Tuko und einige von deren Tochtergesellschaften gemäß dem der Kommission am 30. Januar 1997 unterbreiteten Vorschlag mit Drittunternehmen eine Rahmenvereinbarung (im folgenden: Veräußerungsvereinbarung), die die Veräußerung des Tuko-Konsumgütergeschäfts mit Ausnahme der Anttila-Warenhäuser vorsah.

25 Punkt 4 der Veräußerungsvereinbarung sah vor, daß die darin genannten Transaktionen nur wirksam werden, sofern die Kommission ihre Zustimmung erteilt oder bis zum 30. April 1997 keine Einwände erhebt.

26 Am 19. Februar 1997 erließ die Kommission, gestützt auf die Artikel 8 Absatz 4 und 22 der Verordnung Nr. 4064/89, die Entscheidung 97/409/EG über Maßnahmen zur Wiederherstellung eines wirksamen Wettbewerbs (Sache Nr. IV/M.784 — Kesko/Tuko) (ABl. L 174, S. 47; im folgenden: Veräußerungsentscheidung). Randnummer 13 dieser Entscheidung zufolge wurde der Vorschlag von Kesko, Teile des Tuko-Geschäfts an eine Konsortium von Drittunternehmen zu veräußern, im Verfahren verspätet vorgelegt und stieß bei der Kommission noch immer auf Bedenken.

27 Die Veräußerungsentscheidung bestimmt:

„*Artikel 1*

Gegenüber Kesko wird angeordnet, das Tuko-Geschäft für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs an einen Käufer zu veräußern, bei dem es sich um einen von der Kesko-Gruppe unabhängigen und nicht mit ihr verbundenen, bereits bestehenden oder potentiellen leistungsfähigen Wettbewerber handeln muß, der über finanzielle Ressourcen und nachweislich über Erfahrungen verfügt, die ihn in die Lage versetzen, das erworbene Geschäft als eine im Wettbewerb mit dem Kesko-Geschäft im Bereich der Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs stehende aktive Wettbewerbskraft aufrechtzuerhalten und fortzuentwickeln (nachfolgend: ‚die Kaufvoraussetzungen'). ...

Artikel 2

(1) Kesko ernennt innerhalb von 30 Tagen nach Mitteilung dieser Entscheidung einen von der Kommission zu billigenden unabhängigen Vermögensverwalter zur Überwachung des Betriebs und der Verwaltung der gemäß Artikel 1 zu veräußernden Vermögenswerte.

(2) Kesko gewährleistet, daß zu dem unwiderruflichen Mandat des Vermögensverwalters folgende Rechte und Pflichten gehören:

...

d) Der Vermögensverwalter ... übermittelt [der Kommission] jeden Monat einen schriftlichen Bericht über den Betrieb und die Verwaltung des Übernahmepakets sowie über wichtige Entwicklungen in den Verhandlungen mit interessierten Käufern unter Angabe des Zeitrahmens, innerhalb dessen eine Vereinbarung mit interessierten Dritten durchgeführt würde; er übermittelt insbesondere ausreichende Informationen, die es der Kommission ermöglichen, zu beurteilen, ob die Bieter die Kaufvoraussetzungen erfüllen.

Würde ein Angebot, das die Voraussetzungen nach Artikel 1 nicht erfüllt, nach Ansicht des Vermögensverwalters zu demselben Ergebnis wie die En-bloc-Veräußerung führen, so legt dieser in seinem Bericht an die Kommission die diesbezüglichen Gründe dar. Äußert sich die Kommission nach Buchstabe e nicht ablehnend, so gilt ein derartiges Angebot für die Zwecke dieser Entscheidung als unzulässig.

...

Artikel 4

(1) Die Veräußerung gemäß Artikel 1 wird innerhalb von sechs Monaten nach der Mitteilung dieser Entscheidung durchgeführt. Kesko kommt dieser Entscheidung nach, wenn innerhalb dieser Frist eine verbindliche Vereinbarung über den Ver-

kauf des Übernahmepakets unterzeichnet ist, sofern die Veräußerung innerhalb von drei Monaten nach dem Datum der Unterzeichnung der Vereinbarung abgeschlossen wird.

...

(3) Erweist sich die Unterzeichnung einer verbindlichen Vereinbarung innerhalb von sechs Monaten als nicht möglich, so kann die Kommission auf Antrag von Kesko und unter Angabe eines triftigen Grundes durch den Vermögensverwalter die Frist verlängern. In diesem Fall erteilt Kesko dem Vermögensverwalter ein unwiderrufliches Mandat, das Übernahmepaket zu den bestmöglichen Bedingungen ... zu verkaufen. Die Veräußerung muß auf jeden Fall bis 31. Dezember 1997 abgeschlossen sein."

28 Am 3. März 1997 legte Kesko der Kommission einen Entwurf für die Festlegung der Rechte und Pflichten des Vermögensverwalters vor, wie sie in der Veräußerungsentscheidung vorgesehen war. Der Entwurf sah u. a. vor, daß Kesko den Vermögensverwalter anweisen kann, in die Vereinbarung über die Veräußerung des Tuko-Konsumgütergeschäfts eine Klausel aufzunehmen, mit der der Vollzug der Veräußerung davon abhängig gemacht wird, daß die von Kesko beim Gericht erhobene Klage auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung abgewiesen wird. Mit Telefax vom selben Tag wies die Kommission darauf hin, daß eine solche Klausel nicht akzeptiert werden könne.

29 Am 3. April 1997 legte der gemäß der Veräußerungsentscheidung ernannte Vermögensverwalter der Kommission einen Bericht vor, in dem er empfahl, die Veräußerungsvereinbarung mit der Änderung zu genehmigen, daß zum Ausgleich dafür, daß Kesko die Anttila-Warenhäuser behält, Geschäftsräume, die Kesko gehören und an zwei Kesko-Einzelhändler vermietet sind, an eines der betreffenden Drittunternehmen verkauft werden müssen.

30 Mit Telefax vom 17. April 1997 teilte die Kommission gemäß Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe d der Veräußerungsentscheidung Kesko mit, daß sie gegen die Vorschläge des Vermögensverwalters nichts einzuwenden habe.

31 Mit Klageschrift, die am 25. April 1997 bei der Kanzlei des Gerichts einging ist, erhob Kesko Klage auf Nichtigerklärung der Veräußerungsentscheidung. Die Rechtssache wurde unter dem Aktenzeichen T-134/97 in das Register eingetragen.

32 Mit Schreiben vom 14. August 1997 gab der Vermögensverwalter der Kommission Bescheid, daß die einzelnen in seinem Bericht vorgesehenen Transaktionen durchgeführt worden seien.

33 Mit Schreiben vom 26. August 1997 bestätigte die Kommission Kesko, daß diese ihre Pflichten aus der Veräußerungsentscheidung erfüllt habe.

34 Mit Schriftsatz, der am 1. September 1997 bei der Kanzlei des Gerichts einging, nahm Kesko in der Rechtssache T-134/97 die Klage zurück.

35 Mit Beschluß des Präsidenten der Zweiten Kammer des Gerichts vom 9. Oktober 1997 wurde die Rechtssache T-134/97 gemäß Artikel 99 der Verfahrensordnung im Register des Gerichts gestrichen.

36 Mit Beschluß des Präsidenten der Zweiten Kammer des Gerichts vom 8. Juni 1998 sind die Republik Finnland und die Französische Republik in der Rechtssache T-22/97 als Streithelferinnen zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen worden. Ferner hat der Präsident einem Antrag der Klägerin stattgegeben, bestimmte Informationen gegenüber den Streithelferinnen vertraulich zu behandeln.

37 Das Gericht hat nach Anhörung der Parteien die Rechtssache T-22/97 gemäß Artikel 51 der Verfahrensordnung an eine Kammer mit fünf Richtern verwiesen.

38 Auf Bericht des Berichterstatters hat das Gericht die mündliche Verhandlung gemäß Artikel 113 in Verbindung mit Artikel 114 §§ 3 und 4 der Verfahrensordnung nur über die Zulässigkeit der Klage und das Rechtsschutzinteresse der Klägerin eröffnet. Die Beteiligten haben in der öffentlichen Sitzung vom 11. November 1998 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts zu den zwei genannten Gesichtspunkten beantwortet.

39 Mit Beschluß vom 1. Dezember 1998 hat das Gericht die Fortsetzung des Verfahrens zur Verhandlung in der Sache angeordnet und der Republik Finnland gestattet, sich ergänzend zu ihrem Streithilfeschriftsatz zur Sache zu äußern.

40 Die Republik Finnland hat am 28. Dezember 1998 einen zweiten Streithilfeschriftsatz eingereicht.

41 Die Parteien haben auf Bericht des Berichterstatters in der öffentlichen Sitzung vom 2. Juni 1999 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts zur Begründetheit beantwortet.

Anträge der Parteien

42 Die Klägerin beantragt,

— die streitige Entscheidung für nichtig zu erklären;

— der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

43 Die Beklagte beantragt,

— die Klage als unzulässig abzuweisen;

— hilfsweise, die Klage als gegenstandslos abzuweisen;

— weiter hilfsweise, die Klage als unbegründet abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

44 Die Republik Finnland beantragt, die Klage abzuweisen.

45 Die Französische Republik beantragt, die Klage als unbegründet abzuweisen.

Zulässigkeit und Gegenstand der Klage

Vorbringen der Beteiligten

46 Die Kommission macht geltend, das Rechtsschutzinteresse der Klägerin an der Klage auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung sei entfallen. Sie beantragt daher, die Klage als unzulässig oder als gegenstandslos abzuweisen.

47 Durch die Veräußerungsvereinbarung vom 7. Februar 1997 habe sich die Klägerin unwiderruflich verpflichtet, eine Reihe von Vermögenswerten zu veräußern. Sie habe sich für den Abschluß dieser Vereinbarung entschieden, ohne daß sie nach der angefochtenen Entscheidung verpflichtet gewesen wäre, in irgendeiner Weise tätig zu werden. Darüber hinaus sei die einzige Voraussetzung, von der die Veräußerungsvereinbarung abhängig gemacht worden sei, die Zustimmung der Kommission gewesen; diese sei mit Schreiben vom 17. April 1997 erteilt worden.

48 Insoweit macht die Kommission geltend, daß nur der verfügende Teil einer Entscheidung angegriffen werden könne, nicht aber deren Begründung als solche (Urteil des Gerichts vom 17. September 1992 in der Rechtssache T-138/89, NBV und NVB/Kommission, Slg. 1992, II-2181, Randnr. 31).

49 Ferner genüge es zur Begründung eines Rechtsschutzinteresses nicht, zukünftige und unsichere Rechtssituationen anzuführen (Urteil NBV und NVB/Kommission, Randnr. 33). Wenn sie in einer Sache, die die Anwendung der Verordnung Nr. 4064/89 oder der Artikel 85 oder 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 EG und 82 EG) betreffe, die Art der zwischen Kesko und ihren Einzelhändlern bestehenden Verbindungen zu beurteilen hätte, so müßte sie dies nach Maßgabe aller dann

vorliegenden Umstände tun. Sofern die Klägerin die Rechtmäßigkeit einer solchen neuen Entscheidung bestreiten würde, müßte sie Klage auf deren Nichtigerklärung erheben.

50 Unerheblich sei das Vorbringen, das auf die Auswirkungen der angefochtenen Entscheidung auf die zukünftigen Maßnahmen des finnischen Wettbewerbsamts, auf die angebliche Schädigung des Rufes der Klägerin sowie darauf gestützt werde, daß ein etwaiges Nichtigkeitsurteil Grundlage für eine zukünftige Schadenersatzklage sein könnte.

51 Die Klägerin macht geltend, die Auffassung der Kommission, daß das Rechtsschutzinteresse eines Unternehmens entfalle, wenn es ein Unternehmen, das es erworben habe, aufgrund einer Erklärung der Unvereinbarkeit dieses Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt veräußere und sich hierbei nicht das Rückkaufsrecht für den Fall vorbehalte, daß es mit seiner Klage obsiege, komme einer Rechtsverweigerung gleich.

52 In der Klageschrift hat die Klägerin dargelegt, sie strebe keine erneute Kontrolle über Tuko an. In der Sitzung vom 11. November 1998 hat sie jedoch erklärt, sie wolle sicherstellen, daß sie weiterhin entweder alle oder einen Teil der Vermögenswerte von Tuko zurückkaufen dürfe, wenn sich die Gelegenheit hierfür ergebe. Ihr Hauptziel sei es jedenfalls, die Kommission oder das finnische Wettbewerbsamt daran zu hindern, sich bei einer zukünftigen Beurteilung ihrer Situation oder derjenigen der Kesko-Einzelhändler auf die ihrer Meinung nach fehlerhafte Analyse in der angefochtenen Entscheidung zu stützen. Sie wolle darüber hinaus ihren Ruf wiederherstellen und sich die Möglichkeit offenhalten, Schadensersatz zu verlangen.

53 Die Republik Finnland schließt sich im wesentlichen dem Vortrag der Kommission an.

54 Die Französische Republik hat sich zur Zulässigkeit und zum Gegenstand der Klage nicht geäußert.

Würdigung durch das Gericht

55 Was zunächst die Zulässigkeit der Klage betrifft, ist daran zu erinnern, daß bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses für eine Nichtigkeitsklage auf den Zeitpunkt der Klageerhebung abzustellen ist (Urteil des Gerichtshofes vom 16. Dezember 1963 in der Rechtssache 14/63, Forges de Clabecq/Hohe Behörde, Slg. 1963, 769, 799).

56 Im Zeitpunkt der Klageerhebung am 31. Januar 1997 hatte Kesko noch die Kontrolle über Tuko, die sie durch den Zusammenschluß vom 27. Mai 1996 erworben hatte. Zwar hatte sie der Kommission am 30. Januar 1997 einen Entwurf für die Veräußerung des Tuko-Konsumgütergeschäfts mit Ausnahme der Anttila-Warenhäuser unterbreitet, jedoch waren die für die Durchführung dieser Transaktion erforderlichen Vereinbarungen noch nicht geschlossen worden.

57 Der Umstand, daß die streitige Entscheidung an die Klägerin gerichtet ist, genügt, um dieser ein Rechtsschutzbedürfnis und ein Interesse an der Prüfung der Rechtmäßigkeit der genannten Entscheidung durch den Gemeinschaftsrichter zu verleihen (Urteil des Gerichts vom 25. März 1999 in der Rechtssache T-102/96, Gencor/Kommission, Slg. 1999, II-753, Randnrn. 40 bis 42). Hieraus folgt, daß Kesko jedenfalls im Zeitpunkt der Klageerhebung ein tatsächlich bestehendes Rechtsschutzinteresse in bezug auf die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung hatte.

58 Was die Frage anbelangt, ob das Interesse der Klägerin an der Aufrechterhaltung der Klage bestehen blieb (vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 19. Oktober 1995 in der Rechtssache C-19/93 P, Rendo u. a./Kommission, Slg. 1995, I-3319, Randnr. 13), so ist darauf hinzuweisen, daß der Wegfall der vertraglichen Grundlage des Zusammenschlusses für sich allein kein Gesichtspunkt ist, der eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung der Kommission, mit der ein Zusammenschluß für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wurde, ausschließen könnte (Urteil Gencor/Kommission, Randnr. 45).

59 In bezug auf das Vorbringen der Kommission, auf den in Rede stehenden Zusammenschluß sei nach der Klageerhebung freiwillig verzichtet worden, ist daran zu erinnern, daß eine Gesellschaft das Rechtsschutzbedürfnis für ihre Bemühung um Nichtigerklärung dieser Entscheidung in keiner Weise dadurch verliert, daß sie lediglich pflichtgemäß der Entscheidung der Kommission nachkommt (Urteil des Gerichtshofes vom 19. September 1985 in den Rechtssachen 172/83 und 226/83, Hoogovens Groep/Kommission, Slg. 1985, 2831, Randnr. 19).

60 Im vorliegenden Fall schloß die Klägerin die Veräußerungsvereinbarung erst am 7. Februar 1997 und damit nach dem 20. November 1996, dem Tag des Erlasses der angefochtenen Entscheidung, in deren Randnummer 173 von der Absicht der Kommission die Rede ist, in einer getrennten Entscheidung gemäß Artikel 8 Absatz 4 der Verordnung Nr. 4064/89 Maßnahmen anzuordnen, um die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen (oben, Randnrn. 15 bis 18).

61 Später wurde die Klägerin durch die Veräußerungsentscheidung vom 19. Februar 1997 eigens verpflichtet, das Tuko-Konsumgütergeschäft unter der Kontrolle eines Vermögensverwalters innerhalb von sechs Monaten oder bis zum 31. Dezember 1997 zu veräußern (oben, Randnr. 27).

62 Am 3. März 1997 lehnte die Kommission den Vorschlag der Klägerin ab, der es dieser ermöglicht hätte, den Vermögensverwalter zum Abschluß einer Vereinbarung des Inhalts zu veranlassen, daß die Veräußerung nur wirksam wird, wenn die Klage auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung abgewiesen wird (oben, Randnr. 28).

63 Die unbedingte Veräußerung des Tuko-Geschäfts wurde schließlich entsprechend den Vorschlägen des Vermögensverwalters und mit Zustimmung der Kommission erst im August 1997 vollzogen (oben, Randnrn. 31 bis 33).

64 Somit können entgegen dem Vorbringen der Kommission weder die Veräußerungsvereinbarung vom 7. Februar 1997 noch die nachfolgenden Transaktionen, mit denen die Klägerin die Veräußerung des Tuko-Konsumgütergeschäfts in Angriff nahm, als „freiwilliger Verzicht" auf den Zusammenschluß angesehen werden. Diese Transaktionen sind ganz im Gegenteil die direkte Folge der angefochtenen Entscheidung und der späteren Veräußerungsentscheidung sowie der Bemühungen der Klägerin, diesen nachzukommen.

65 Es ist daher festzustellen, daß die Klage zulässig ist und daß das Rechtsschutzinteresse der Klägerin für die Klage auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung fortbesteht.

Begründetheit

66 Die Klägerin macht in ihrer Klageschrift vier Klagegründe geltend. Erstens sei die Kommission für den Erlaß der angefochtenen Entscheidung nicht zuständig, zweitens habe die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungs- und/oder Rechtsfehler begangen, als sie zu dem Ergebnis gekommen sei, daß sich der fragliche Zusammenschluß auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten auswirken könne, drittens habe die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungs- und/oder Rechtsfehler begangen, als sie zu dem Ergebnis gelangt sei, daß angesichts der Verbindungen zwischen Kesko einerseits und den Tuko- und den Tuko-Einzelhändlern andererseits eine beherrschende Stellung vorliege, und viertens fehle es an einer angemessenen Begründung. Der letztgenannte Klagegrund wird im Rahmen der Prüfung der ersten beiden Klagegründe durch den Gerichtshof untersucht werden.

Erster Klagegrund: Unzuständigkeit der Kommission

Vorbringen der Beteiligten

67 Die Klägerin macht geltend, die Kommission habe gegen Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 und den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung verstoßen, als sie das Verfahren nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c dieser Verordnung auf Antrag des finnischen Wettbewerbsamts vom 26. Juni 1996 eingeleitet habe.

68 Erstens sei nach Artikel 40 Absatz 1 der finnischen Verfassung allein der Staatsrat für die Wahrnehmung der den Mitgliedstaaten vom Gemeinschaftsrecht zugewiesenen Aufgaben zuständig, sofern diese Aufgaben nicht aufgrund besonderer Gesetzesvorschriften ausdrücklich einer anderen Stelle übertragen seien. Auch wenn Artikel 10 des finnischen Gesetzes zur Umsetzung des EWR-Abkommens, der später durch Artikel 20 des finnischen Wettbewerbsgesetzes ersetzt worden sei, dem finnischen Wettbewerbsamt bestimmte Aufgaben zuweise, die nach der Verordnung Nr. 4064/89 von der „zuständigen Behörde" wahrgenommen würden (siehe z. B. die Artikel 9, 12, 13, 18 und 19 dieser Verordnung), gebe es im finnischen Recht keine Vorschrift, aufgrund deren es befugt sei, einen Antrag nach Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 zu stellen.

69 Da das finnische Wettbewerbsamt nicht für die Stellung eines solchen Antrags zuständig sei, sei die Kommission auch nicht für die Durchführung einer Untersuchung des in Rede stehenden Zusammenschlusses zuständig.

70 Zweitens habe die Kommission gegen Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 und den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung verstoßen, als sie die Prüfung unterlassen habe, ob eine wirksame Antragstellung eines Mit-

gliedstaats vorgelegen habe. Zwar sei es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes „nicht Aufgabe der Kommission, sich zur Verteilung der Zuständigkeiten aufgrund der organisationsrechtlichen Vorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten ... zu äußern" (Urteil des Gerichtshofes vom 12. Juni 1990 in der Rechtssache C-8/88, Deutschland/Kommission, Slg. 1990, I-2321, Randnr. 13); doch dürfe die Kommission einem Antrag nach Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 nicht stattgeben, ohne zuvor zu prüfen, ob dieser Antrag wirksam gestellt worden sei.

71 Sie habe die Kommission auf die Bedenken hinsichtlich der Zuständigkeit des finnischen Wettbewerbsamts in ihrem Schreiben vom 10. Juli 1996 und bei späteren Kontakten mit der Beklagten aufmerksam gemacht. Sie habe der Kommission in dem genannten Schreiben auch mitgeteilt, daß sie bei dem KHO Klage auf Feststellung der Unzuständigkeit des finnischen Wettbewerbsamts erhoben habe (oben, Randnr. 11). Daher sei es für die Kommission auch nicht möglich gewesen, sich jedenfalls auf den ersten Blick für zuständig zu halten.

72 Die Kommission habe sich zu Unrecht auf den Schriftsatz des MHI vom 19. Juli 1996 gestützt, durch den bestätigt worden sei, daß das finnische Wettbewerbsamt für die Stellung des Antrags gemäß Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 zuständig sei. Das MHI sei nämlich nach finnischen Recht für die Entscheidung über den Umfang der Befugnisse des finnischen Wettbewerbsamts nicht zuständig. Es sei auch nicht in der Lage, eine unparteiische Stellungnahme abzugeben, da es selbst das finnische Wettbewerbsamt beauftragt habe, den Antrag bei der Kommission zu stellen. Dadurch, daß die Kommission sich auf die Feststellungen des finnischen Wettbewerbsamts und des MHI gestützt habe, habe sie gegen den Grundsatz der Nichteinmischung verstoßen.

73 Das Urteil des KHO vom 1. Oktober 1996 bestätige implizit die geltend gemachte Unzuständigkeit des finnischen Wettbewerbsamts, auch wenn es sich nicht über die Begründetheit der Klage äußere. Die Mitteilung des KHO an den Staatsrat vom 20. Dezember 1996, in der das Gericht auf die hinsichtlich der Antragstellung gemäß Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 bestehende Lückenhaftigkeit des finnischen Wettbewerbsrechts aufmerksam gemacht habe, bestätige gleichfalls die oben genannte Ansicht.

74 Da die Kommission in ihrer Entscheidung vom 26. Juli 1996 gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 4064/89 zu erkennen gegeben habe, daß sie bis zum Erlaß des abschließenden Urteils des KHO ihre Zuständigkeit für gegeben halte, hätte sie auf jeden Fall nach dem Urteil des KHO vom 1. Oktober 1996, in dem die Frage der Befugnis des finnischen Wettbewerbsamts für eine Antragstellung nach Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung nicht entschieden worden sei, erneut Maßnahmen zur Prüfung ihrer Zuständigkeit ergreifen müssen.

75 Die Kommission hätte sich insbesondere mit der Ständigen Vertretung Finnlands bei den Europäischen Gemeinschaften in Verbindung setzen müssen. Im finnischen Recht sei nämlich ein Verfahren vorgesehen, das von der genannten Vertretung eingeleitet werden könne und mit dem eine Stellungnahme des Präsidenten der Republik oder des Staatsrats zur Zuständigkeit einer finnischen Einrichtung herbeigeführt werden könne. Überdies habe der Kommission der Nachweis oblegen, daß sie tatsächlich für die Durchführung einer Untersuchung des fraglichen Zusammenschlusses zuständig sei.

76 Schließlich habe die Kommission gegen Artikel 190 EG-Vertrag (jetzt Artikel 253 EG) verstoßen, als sie es unterlassen habe, in der angefochtenen Entscheidung anzugeben, weshalb sie sich für zuständig halte. Außerdem sei sie verpflichtet gewesen, sich in Anbetracht der Vorläufigkeit des Ergebnisses, zu dem sie in der Entscheidung vom 26. Juli 1996 in bezug auf ihre Zuständigkeit gekommen sei, in der angefochtenen Entscheidung erneut mit dieser Frage zu befassen.

77 Die Kommission hat sich zur Zuständigkeit des finnischen Wettbewerbsamts nach finnischem Recht nicht geäußert. Unter Bezugnahme auf das oben angeführte Urteil Deutschland/Kommission macht sie geltend, daß es nicht Aufgabe des Gerichts sei, diese Frage zu prüfen.

78 Da es auf den ersten Blick gute Gründe für die Annahme gegeben habe, daß die Einrichtung, die den Antrag nach Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 gestellt habe, für die Stellung eines solchen Antrags im Namen des

betroffenen Mitgliedstaats zuständig war — was vorliegend auch der Fall gewesen sei —, sei die Kommission dafür zuständig gewesen, eine Untersuchung des in diesem Antrag genannten Zusammenschlusses einzuleiten. Zur Begründung trägt die Kommission vor, sie habe die Gründe, aus denen sich ihre Zuständigkeit ergebe, in ihrer Entscheidung vom 26. Juli 1996 ausreichend dargelegt.

79 Die Republik Finnland schließt sich im wesentlichen den Ausführungen der Kommission an. Sie macht u. a. geltend, daß mit der Klage vor dem Gericht einzig und allein die Zuständigkeit der Kommission, nicht aber die des finnischen Wettbewerbsamts in Frage gestellt werden könne; der Hinweis auf die in Finnland unternommenen Schritte, vor allem auf die Klage vor dem KHO, sei somit grundsätzlich unerheblich.

80 Die Französische Republik trägt vor, es sei nach dem Grundsatz der Nichteinmischung nicht Aufgabe der Kommission, die Rechtmäßigkeit ihrer Befassung durch das finnische Wettbewerbsamt im Hinblick auf das finnische Recht zu überprüfen.

Würdigung durch das Gericht

81 Im vorliegenden Fall ist unstreitig, daß das finnische Wettbewerbsamt am 26. Juni 1996 bei der Kommission den Antrag auf Prüfung des Erwerbs von Tuko durch Kesko gemäß Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 gestellt hat.

82 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist es nicht Aufgabe der Kommission, über die Verteilung der Zuständigkeiten aufgrund der organisationsrechtlichen Vorschriften des jeweiligen Mitgliedstaats zu befinden (Urteil Deutschland/Kommission, Randnr. 13).

83 Es ist ebenfalls daran zu erinnern, daß im Rahmen einer gemäß Artikel 173 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 230 EG) erhobenen Klage der Gemeinschaftsrichter nicht für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit von Handlungen nationaler Behörden zuständig ist (Urteil des Gerichtshofes vom 3. Dezember 1992 in der Rechtssache C-97/91, Oleificio Borelli/Kommission, Slg. 1992, I-6313, Randnr. 9).

84 Somit war es nicht Aufgabe der Kommission, im Verwaltungsverfahren darüber zu entscheiden, ob das finnische Wettbewerbsamt nach finnischen Recht für die Stellung eines Antrags nach Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 zuständig ist. Sie hatte vielmehr lediglich zu prüfen, ob der Antrag, mit dem sie befaßt war, auf den ersten Blick der Antrag eines Mitgliedstaats im Sinne des Artikels 22 der Verordnung war.

85 Das Gericht hat zu kontrollieren, ob die Kommission dieser Prüfungspflicht nachgekommen ist.

86 Insoweit ist erstens darauf hinzuweisen, daß es sich bei einem Antrag „eines Mitgliedstaates" im Sinne des Artikels 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 nicht lediglich um einen Antrag einer Regierung oder eines Ministeriums handelt, sondern daß dieser Begriff auch die Anträge einer nationalen Behörde wie das finnische Wettbewerbsamt erfaßt.

87 Zweitens ist daran zu erinnern, daß der Kommission im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung folgende Erkenntnisse vorlagen:

— Das finnische Wettbewerbsamt ist die für die Anwendung des Wettbewerbsrechts normalerweise zuständige finnische Behörde;

— das für den Wettbewerb zuständige finnische Ministerium für Handel und Industrie hatte im Rahmen des von Kesko beim KHO angestrengten Verfahrens einen Schriftsatz eingereicht, in dem es die Ansicht vertrat, daß das finnische Wettbewerbsamt für die Stellung des Antrags nach Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 zuständig gewesen sei (oben, Randnr. 10);

— mit Urteil des KHO war die Klage der Klägerin als unzulässig abgewiesen worden (oben, Randnr. 13); die Klägerin war somit nicht in der Lage, das Urteil eines finnischen Gerichts vorzulegen, in dem die Unzuständigkeit des finnischen Wettbewerbsamts für die fragliche Antragstellung festgestellt wurde;

— die Klägerin hatte weder in ihrer Stellungnahme zur Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 2. Oktober 1996 Erklärungen zur Frage der Zuständigkeit des finnischen Wettbewerbsamts abgegeben noch nach Erlaß des Urteils des KHO neue Gesichtspunkte vorgebracht.

88 Angesichts all dessen ist festzustellen, daß die Kommission im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung am 20. November 1996 gute Gründe für die Annahme hatte, daß das finnische Wettbewerbsamt auf den ersten Blick für die Stellung des Antrags nach Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 zuständig war. Demgemäß bestand für die Kommission keine Veranlassung, die finnischen Behörden um ergänzende Auskünfte zu dieser Frage zu ersuchen.

89 Somit ist nicht dargetan, daß die Kommission mit der Entscheidung, das Verfahren gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 4064/89 einzuleiten, rechtsfehlerhaft gehandelt hat. Der Klagegrund der Unzuständigkeit der Kommission greift somit nicht durch.

90 Was die Begründung der angefochtenen Entscheidung bezüglich der Zuständigkeit der Kommission anbelangt, so geht aus der Rechtsprechung des Gerichts-

hofes hervor, daß nicht verlangt werden kann, daß in der Begründung eines Rechtsakts die verschiedenen tatsächlichen und rechtlichen Einzelheiten dargelegt werden, die Gegenstand des Rechtsakts sind, wenn dieser sich im systematischen Rahmen der Gesamtregelung hält, zu der er gehört, und daß das Begründungserfordernis nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen ist (Urteil des Gerichtshofes vom 14. Mai 1998 in der Rechtssache C-48/96 P, Windpark Groothusen/Kommission, Slg. 1998, I-2873, Randnrn. 34 und 35).

91 In ihrer Entscheidung vom 26. Juli 1996 gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 4064/89 führte die Kommission aus:

„Kesko Oy hat gegen den Antrag des Wettbewerbsamts vor dem finnischen Obersten Verwaltungsgericht Klage erhoben, da das finnische Wettbewerbsamt für die Antragstellung nach Artikel 22 nicht zuständig sei. Der Kommission ist die Stellungnahme des Ministers für Handel und Industrie, derzufolge der Antrag des finnischen Wettbewerbsamts wirksam war, zur Kenntnis gebracht worden. Mangels gegenteiligen Beweises geht die Kommission bis zum Erlaß des abschließenden Urteils des finnischen Obersten Verwaltungsgerichts davon aus, daß sie im vorliegenden Fall zuständig ist."

92 Wie bereits festgestellt worden ist, brachte die Klägerin nach Abweisung ihrer Klage vor dem KHO am 1. Oktober 1996 keine neuen Gesichtspunkte bezüglich der Zuständigkeit des finnischen Wettbewerbsamts für die fragliche Antragstellung vor (oben, Randnr. 91). Demgemäß war die Kommission nicht verpflichtet, zu diesem Punkt eine ergänzende Begründung in die streitige Entscheidung aufzunehmen.

93 Der erste Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

Zweiter Klagegrund: offensichtlicher Beurteilungs- oder Rechtsfehler hinsichtlich der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten

Vorbringen der Beteiligten

94 Die Klägerin ist der Auffassung, die Beurteilung der Kommission in den Randnummern 11 bis 13 der angefochtenen Entscheidung erbringe nicht den Nachweis, daß der Zusammenschluß, wie behauptet, Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel habe. Sie verstoße somit gegen die Begründungspflicht gemäß Artikel 190 EG-Vertrag.

95 Erstens müsse bei der Prüfung des Erfordernisses der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den innergemeinschaftlichen Handel der Ausnahmecharakter der Zuständigkeit der Kommission nach Artikel 22 der Verordnung Nr. 4064/89 berücksichtigt werden. Angesichts der Tatsache, daß 99 % des gemeinsamen Umsatzes von Kesko und Tuko in Finnland erzielt würden, hätte die Kommission besonders überzeugende Nachweise dafür beibringen müssen, daß der fragliche Zusammenschluß den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtige; dies habe sie jedoch nicht getan.

96 Zweitens sei die von der Kommission im Zusammenhang mit dem Erlaß der Verordnung Nr. 4064/89 herausgegebene Erklärung (siehe *Neunzehnter Bericht über die Wettbewerbspolitik*, S. 275 bis 278), daß der innergemeinschaftliche Handel normalerweise nicht beeinträchtigt werde, wenn jedes der vom Zusammenschluß betroffenen Unternehmen mehr als zwei Drittel seines Gesamtumsatzes in der Gemeinschaft innerhalb ein und desselben Mitgliedstaats erziele, auch im vorliegenden Fall anwendbar. Die Kommission habe in Randnummer 10 der angefochtenen Entscheidung zu Unrecht ausgeführt, daß diese Erklärung nur die Wahrnehmung verbleibender Befugnisse nach Artikel 89 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 85 EG) betreffe. Außerdem sei die Kommission durch ihre

eigene Erklärung gebunden (Urteil des Gerichts vom 17. Dezember 1991 in der Rechtssache T-7/89, Hercules Chemicals/Kommission, Slg. 1991, II-1711).

97 Drittens habe die Kommission Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 dadurch fehlerhaft angewandt, daß sie zur Beurteilung der Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel die herkömmliche Untersuchung anhand der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag auf den vorliegenden Fall übertragen habe. Aus dem Unterschied zwischen dem Wortlaut dieser zwei Artikel, die sich auf Vereinbarungen und Verhaltensweisen bezögen, die „geeignet" seien, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und dem Wortlaut des Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89, der Anwendung finde, „sofern [der] Zusammenschluß den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt", gehe hervor, daß eine tatsächliche Auswirkung erforderlich sei, um die Voraussetzungen für eine Anwendung des Artikels 22 der Verordnung zu erfüllen, während für die Erfassung von Fällen durch die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag eine potentielle Auswirkung genüge. Dieser Unterschied erkläre sich zum einen daraus, daß die Zuständigkeit der Kommission, wenn sie mit einem Antrag nach Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 befaßt sei, Ausnahmecharakter habe, und zum anderen aus der Notwendigkeit, die Mitgliedstaaten, die über keine innerstaatlichen Verfahren zur Kontrolle von Zusammenschlüssen verfügten, daran zu hindern, eine solche Kontrolle durch die Hintertür einzuführen, indem sie bei der Kommission den Antrag stellen, sich mit den Zusammenschlüssen zu befassen. Die in den Randnummern 11 bis 13 der angefochtenen Entscheidung bezeichneten Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten seien aber alle nur potentiell.

98 Viertens seien die Ausführungen der Kommission in der angefochtenen Entscheidung, mit denen habe nachgewiesen werden sollen, daß der Zusammenschluß Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel habe, nicht mit der Wettbewerbsanalyse zu vereinbaren, die in derselben Entscheidung enthalten sei. In den Randnummern 21 und 22 der angefochtenen Entscheidung habe die Kommission die Auffassung vertreten, daß der maßgebliche räumliche Markt allerhöchstens der nationale Markt sei. Da 70 % der im Einzelhandel verkauften Waren in Finnland hergestellt seien und alle nicht in Finnland ansässigen großen Warenlieferanten bis auf eine Ausnahme ihre eigenen Vertriebszentren in Finnland hätten, habe der Zusammenschluß ausschließlich Auswirkungen auf die finnischen Wirtschaftsteilnehmer.

99 Fünftens hätte die Kommission, um zu einer zutreffenden Beurteilung zu kommen, in bezug auf jeden einzelnen Markt für Konsumgüter prüfen müssen, da es

sich bei den betreffenden Märkten je nach dem Erzeugnis teils um lokale, teils um nationale oder internationale Märkte handele. Die Kommission habe aber eine solche Prüfung nicht vorgenommen.

100 In Randnummer 154 der angefochtenen Entscheidung schließlich räume die Kommission selbst ein, daß bestimmte potentielle Hindernisse, die einer Etablierung neuer Unternehmen auf dem finnischen Markt entgegenstünden, wie z. B. die Nachfrageposition von Kesko und die geographische Lage Finnlands, nicht zwangsläufig die Folge des in Rede stehenden Zusammenschlusses seien. Diese angeblich vorhandenen Hindernisse könnten somit nicht den Nachweis bilden, daß sich der Zusammenschluß auf den innergemeinschaftlichen Handel auswirke.

101 Die Kommission macht geltend, daß in dem seltenen Fall einer Befassung nach Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 das Erfordernis der Auswirkung des Zusammenschlusses auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten so auszulegen sei wie dasjenige im Rahmen der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag. Mit der Verwendung des Begriffs der potentiellen Auswirkungen habe die Kommission in den Randnummern 11 bis 13 der angefochtenen Entscheidung festgestellt, daß der in Rede stehende Zusammenschluß die Etablierung neuer Unternehmen auf dem finnischen Markt erschwere und daß er auch auf der Angebotsebene Auswirkungen auf den Handel habe. Er beeinträchtige somit den innergemeinschaftlichen Handel.

102 Die Französische Republik und die Republik Finnland schließen sich im wesentlichen den Ausführungen der Kommission an.

Würdigung durch das Gericht

103 Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts zu den Artikeln 85 und 86 EG-Vertrag ist eine Vereinbarung zwischen Unternehmen — wie im übrigen auch eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden

Stellung — geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß sie den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell in einem der Erreichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteiligen Sinne beeinflussen kann (Urteile des Gerichtshofes vom 15. Dezember 1994 in der Rechtssache C-250/92, DLG, Slg. 1994, I-5641, Randnr. 54, und des Gerichts vom 8. Oktober 1996 in den Rechtssachen T-24/93 bis T-26/93 und T-28/93, Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission, Slg. 1996, II-1201, Randnr. 201). Dabei ist es nicht erforderlich, daß das beanstandete Verhalten den Handel zwischen Mitgliedstaaten tatsächlich spürbar beeinträchtigt hat; es genügt der Nachweis, daß dieses Verhalten geeignet ist, eine derartige Wirkung zu entfalten (zu Artikel 86 EG-Vertrag Urteil des Gerichtshofes vom 6. April 1995 in den Rechtssachen C-241/91 P und C-242/91 P, RTE und ITP/Kommission, Slg. 1995, I-743, Randnr. 69, und zu Artikel 85 EG-Vertrag Urteil des Gerichts vom 21. Februar 1995 in der Rechtssache T-29/92, SPO u. a./Kommission, Slg. 1995, II-289, Randnr. 235).

104 Ferner wird der Handel zwischen Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts vor allem durch eine Vereinbarung beeinträchtigt, die das Tätigwerden von Herstellern oder Verkäufern auf dem nationalen Markt oder ihr Eindringen in diesen erschwert oder die verhindert, daß Konkurrenten aus anderen Mitgliedstaaten auf dem betreffenden Markt Fuß fassen (Urteile des Gerichtshofes vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65, Société technique minière, Slg. 1966, 282, 304, vom 17. Oktober 1972 in der Rechtssache 8/72, Cementhandelaren/Kommission, Slg. 1972, 977, Randnrn. 29 und 30, vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89, Delimitis, Slg. 1991, I-935, Randnrn. 12 bis 14, und Urteile des Gerichts vom 8. Juni 1995 in der Rechtssache T-9/93, Schöller/Kommission, Slg. 1995, II-1611, Randnrn. 76 bis 78, und vom 14. Mai 1997 in der Rechtssache T-77/94, VGB u. a./Kommission, Slg. 1997, II-759, Randnrn. 132 und 140).

105 Im Rahmen des Artikels 86 haben der Gerichtshof und das Gericht außerdem entschieden, daß, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Konkurrenten den Zugang zum Markt verwehrt, der Umstand, daß sich dieses Verhalten auf das Hoheitsgebiet eines einzigen Mitgliedstaats beschränkt, dann keine Rolle spielt, wenn es Auswirkungen auf die Handelsströme und auf den Wettbewerb innerhalb

des Gemeinsamen Marktes haben könnte (Urteil des Gerichtshofes vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81, Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461, Randnr. 103; siehe auch Urteil des Gerichts vom 1. April 1993 in der Rechtssache T-65/89, BPB Industries und British Gypsum/Kommission, Slg. 1993, II-389, Randnrn. 134 und 135).

106 Es ist davon auszugehen, daß diese Rechtsprechung auch für das in Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 aufgeführte Erfordernis der Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten gilt. Wie nämlich insbesondere aus den ersten acht Begründungserwägungen der Verordnung Nr. 4064/89 hervorgeht, stellen diese Verordnung, die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag und die Verordnungen zu deren Durchführung ein Ganzes dar, das Bestandteil des gemeinschaftlichen Systems ist, das gemäß Artikel 3 Buchstabe g EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 3 Buchstabe g EG) den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützen soll. Das Erfordernis der Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne des Artikels 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 und das entsprechende Erfordernis im Rahmen der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag sind daher einheitlich auszulegen.

107 Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, daß die in den Artikeln 85 und 86 EG-Vertrag genannten Wörter „geeignet" und „kann" in Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 nicht vorkommen. Gerade aus der Art der durch die Verordnung Nr. 4064/89 eingeführten Kontrolle von Zusammenschlüssen ergibt sich nämlich, daß die Kommission die voraussichtlichen Auswirkungen des betreffenden Zusammenschlusses und somit im Rahmen des Artikels 22 Absatz 3 der Verordnung die künftigen Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten untersuchen muß. In diesem Rahmen berücksichtigt die Kommission daher zu Recht die potentiellen Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten, sofern sie hinreichend spürbar und vorhersehbar sind, ohne daß der Nachweis erforderlich wäre, daß der Zusammenschluß den innergemeinschaftlichen Handel tatsächlich beeinträchtigt hat.

108 Für den vorliegenden Fall stellte die Kommission in den Randnummern 11 bis 13 der angefochtenen Entscheidung fest, daß sich der in Rede stehende Zusammenschluß auf die Struktur der finnischen Groß- und Einzelhandelsmärkte für

Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs auswirken werde, so daß er direkt oder indirekt spürbare gegenwärtige oder potentielle Auswirkungen auf die Struktur des Handels zwischen Mitgliedstaaten haben werde (siehe Urteil Société technique minière, S. 304). Im einzelnen führte die Kommission aus:

„(11) ... Mit dem Erwerb von Tuko durch Kesko werden Abschottungseffekte gegenüber Neuzugängern auch aus anderen Mitgliedstaaten insbesondere auf den finnischen Märkten der täglichen Verbrauchsgüter verbunden sein. Außerdem haben rund 30 % der von Kesko und von Tuko verkauften Erzeugnisse ihren Ursprung außerhalb Finnlands. Das Vorhaben wird den Handel zwischen Mitgliedstaaten insofern beeinträchtigen, als die Lieferanten aus anderen Mitgliedstaaten Zugang zu den Vertriebswegen von Kesko benötigen werden, um ihre Produkte in Finnland erfolgversprechend verkaufen zu können.

(12) Außerdem sind beide Gesellschaften Mitglieder verschiedener internationaler Einkaufsorganisationen gemeinsam mit ähnlichen Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten. Seit dem Frühjahr 1996 hat Kesko seine Tätigkeiten mit der Eröffnung von Einzelhandelsgeschäften auch auf Schweden erweitert."

109 Die Anwendung der angeführten Rechtsprechung (oben, Randnrn. 103 bis 105 und 108) auf den vorliegenden Fall ergibt, daß die Gesamtheit der von der Kommission in Randnummer 11 der angefochtenen Entscheidung angeführten Tatsachen — d. h., daß der fragliche Zusammenschluß Abschottungseffekte gegenüber ausländischen Unternehmen auf den finnischen Märkten der täglichen Verbrauchsgüter haben wird, daß ein hoher Prozentsatz der von Kesko und von Tuko verkauften Erzeugnisse seinen Ursprung außerhalb Finnlands hat und daß die Lieferanten aus anderen Mitgliedstaaten sich an Kesko wenden müssen, um ihre Produkte in Finnland erfolgversprechend verkaufen zu können — das Vorhandensein von Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne des Artikels 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 hinreichend beweist.

110 Überdies sind die in Randnummer 12 der angefochtenen Entscheidung genannten Tatsachen, daß Kesko wie auch Tuko Mitglieder verschiedener internationaler Einkaufsorganisationen sind und daß Kesko ihre Tätigkeiten auf Schweden ausgedehnt hat, zusätzliche Umstände, die im vorliegenden Fall ebenfalls diese Auswirkungen bestätigen können.

111 Zu dem Vorbringen, daß die Kommission keinen überzeugenden Nachweis für die behaupteten Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten erbracht habe, ist darauf hinzuweisen, daß für den finnischen Einzelhandel freiwillige Einzelhandelsketten charakteristisch waren, von denen es nur zwei gab: den Kesko-Block und den Tuko-Block. In der angefochtenen Entscheidung stellte die Kommission u. a. folgendes fest:

— Auf dem Einzelhandelsmarkt für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs hielten Kesko und Tuko einen Marktanteil von mindestens 55 %, sei es auf lokaler, regionaler oder nationaler Ebene (Randnr. 106). Diese Position wurde noch dadurch verstärkt, daß Kesko und Tuko durch die Kontrolle eines bedeutenden Teils der für den Einzelhandel mit Verbrauchsgütern des täglichen Bedarfs genutzten Geschäftsräume sowie aufgrund zahlreicher anderer Faktoren, wie z. B. der Kundenbindungsprogramme, der Bedeutung der Eigenmarken und der Vorteile aus der erhöhten Nachfragemacht, über 69 % der Verkaufsstätten von mehr als 1 000 m^2 verfügten (Randnrn. 106 bis 138).

— Auf dem Cash-and-carry-Markt und dem Großhandelsmarkt für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs lag der gemeinsame Marktanteil von Kesko und Tuko in allen Gebieten Finnlands zwischen 50 und 100 %, und auf nationaler Ebene betrug er fast 80 %. Kesko und Tuko verfügten über 56 Cash-and-carry-Märkte, während ihre drei übrigen Wettbewerber insgesamt

nicht mehr als elf besaßen. In ganz Nordfinnland, d. h. in neun Gebieten, war die Klägerin die einzige Großhändlerin und Cash-and-carry-Händlerin (Randnrn. 139 bis 146).

— Andere als die von Kesko und Tuko beherrschten Vertriebswege stellten für die meisten Lieferanten vor allem im Nonfood-Sektor keine gangbaren Lösungen dar (Randnrn. 146 bis 153).

— Der Zusammenschluß wird zu einer beherrschenden Stellung auf den Einzelhandelsmärkten sowie auf den Großhandels- und Cash-and-carry-Märkten und zu einem Zuwachs an Nachfragemacht für Kesko führen, wobei letzterer wiederum die beherrschende Stellung verstärken wird (Randnrn. 144 bis 153).

— Infolge des Zusammenschlusses ist es äußerst unwahrscheinlich, daß sich ausländische Unternehmen, sei es im Einzel-, im Groß- oder im Cash-and-carry-Handel, auf den finnischen Märkten für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs etablieren könnten (Randnrn. 154 bis 161).

112 Vorbehaltlich der Frage, ob die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler bezüglich der zwischen Kesko und ihren Einzelhändlern bestehenden Verbindungen begangen hat, ist festzustellen, daß die vorstehend genannten Tatsachen die Schlußfolgerung der Kommission hinreichend stützen, daß der Zusammenschluß insbesondere zur Abschottung des finnischen Marktes gegenüber potentiellen Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten geführt hätte und daß die Lieferanten aus anderen Mitgliedstaaten genötigt sein würden, die Vertriebswege von Kesko und Tuko in Anspruch zu nehmen, um ihre Produkte in Finnland zu verkaufen.

113 Ferner beging die Kommission nach alledem keine offensichtlichen Beurteilungsfehler, als sie zu dem Ergebnis kam, daß der Zusammenschluß Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten habe, ohne den Markt in bezug auf jedes einzelne Erzeugnis des Konsumgüterbereichs zu prüfen.

114 Selbst wenn der finnische Markt, wie die Klägerin behauptet, vor dem fraglichen Zusammenschluß bestimmte Zugangsschranken hatte, geht aus den oben genannten Tatsachen gleichfalls hervor, daß der Zusammenschluß diese Schranken zum Nachteil vor allem der Lieferanten aus anderen Mitgliedstaaten erheblich verstärken würde.

115 Entgegen der Behauptung der Klägerin liegt nichts Widersprüchliches darin, daß die Kommission bei der Prüfung die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten die Folgen des Zusammenschlusses für die Lieferanten aus anderen Mitgliedstaaten untersuchte, während sie im Rahmen der Untersuchung der wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses nur die finnischen Märkte berücksichtigte. Es handelt sich dabei nämlich um zwei verschiedene Fragen. Um die Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel festzustellen, mußte die Kommission diese zwangsläufig im Hinblick auf die Struktur des Handels zwischen Mitgliedstaaten prüfen. Die Frage dagegen, ob der in Rede stehende Zusammenschluß eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb im Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats im Sinne des Artikels 22 Absatz 3 erheblich behindert würde, bezieht sich naturgemäß auf die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den nationalen Markt.

116 Was das Vorbringen angeht, das aus der Erklärung der Kommission auf den Seiten 275 bis 278 des *Neunzehnten Berichts über die Wettbewerbspolitik* hergeleitet wird, so ist daran zu erinnern, daß es darin heißt:

„*Zu Artikel 22*

— Die Kommission erklärt, daß sie normalerweise nicht beabsichtigt, die Artikel 85 und 86 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemein-

schaft auf Zusammenschlüsse im Sinne von Artikel 3 anders als im Wege dieser Verordnung anzuwenden.

Sie behält sich jedoch vor, gegenüber Zusammenschlüssen im Sinne von Artikel 3, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne von Artikel 1 haben, in den nicht in Artikel 22 vorgesehenen Fällen nach den Verfahren des Artikels 89 des Vertrags tätig zu werden.

Sie beabsichtigt auf jeden Fall kein Tätigwerden gegenüber Zusammenschlüssen mit einem weltweiten Umsatz unter 2 Mrd. ECU oder einem gemeinschaftsweiten Umsatz von weniger als 100 Mio. ECU oder gegenüber Zusammenschlüssen, die nicht der Zweidrittelschwelle gemäß Artikel 1 Absatz 2 letzter Satzteil genügen, da solche Zusammenschlüsse normalerweise den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht nennenswert beeinflussen dürften.

— Der Rat und die Kommission stellen fest, daß der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft keine spezifische Bestimmung über die vorherige Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen enthält.

Der Rat hat dementsprechend auf Vorschlag der Kommission nach dem in Artikel 235 des Vertrags vorgesehenen Verfahren beschlossen, eine neuartige Regelung zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen einzuführen.

Der Rat und die Kommission sind der Auffassung, daß diese neue Verordnung aus zwingenden Gründen der Rechtssicherheit einzig und allein für die Zusammenschlüsse im Sinne von Artikel 3 gilt.

— Der Rat und die Kommission erklären, daß durch die Bestimmungen von Artikel 22 Absätze 3 bis 5 im Falle der Mitgliedstaaten, die nicht das Tätigwerden der Kommission veranlaßt haben, in keiner Weise die Befugnis zur Anwendung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften im jeweiligen Hoheitsgebiet beeinträchtigt wird."

117 Der zweite Absatz dieser Erläuterungen erwähnt ausdrücklich ein Tätigwerden der Kommission nach den Verfahren des Artikels 89 EG-Vertrag in den „nicht in Artikel 22 [der Verordnung Nr. 4064/89] vorgesehenen Fällen". Es zeigt sich damit, daß der zweite und der dritte Absatz der genannten Erläuterungen die Voraussetzungen eines Tätigwerdens der Kommission im Bereich von Zusammenschlüssen außerhalb des vorstehend genannten rechtlichen Rahmens verdeutlichen sollen. Ausweislich dieser Erläuterungen bezog sich die Erklärung daher nicht auf den Fall des Antrags eines Mitgliedstaats nach Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89.

118 Auf jeden Fall kann eine solche Erklärung die Kommission nicht binden, wenn sich im Rahmen einer Sache, die unter Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 fällt, herausstellt, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch den Zusammenschluß spürbar beeinträchtigt ist, obwohl die beteiligten Unternehmen im Sinne des Artikels 1 Absatz 2 der Verordnung Nr. 4064/89 jeweils mehr als zwei Drittel ihres Umsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen. Zum einen nämlich gibt die oben genannte Erklärung nur die Auffassung wieder, die die Kommission unter den in Betracht gezogenen Umständen „normalerweise" vertritt, was nicht ausschließt, daß sie im Einzelfall einer anderen Auffassung folgen kann. Zum anderen kann eine Erklärung nicht von höherem Rang sein als die Verpflichtung der Kommission, das Erfordernis der Auswirkung des Zusammenschlusses auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten nach Maßgabe der oben genannten Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts auszulegen (Randnrn. 103 bis 105 und 108).

119 Aus alledem folgt, daß die Kommission in bezug auf die Auswirkung des Zusammenschlusses auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht gegen die in Artikel 190 EG-Vertrag geregelte Begründungspflicht verstoßen hat.

120 Der zweite Klagegrund der Klägerin ist daher zurückzuweisen.

Dritter Klagegrund: offensichtlicher Beurteilungs- oder Rechtsfehler bezüglich der Bestehens einer beherrschenden Stellung

Vorbringen der Beteiligten

121 Mit dem ersten Teil des Klagegrundes macht die Klägerin geltend, die Kommission vertrete in den Randnummern 15, 65 und 66 der angefochtenen Entscheidung zu Unrecht die Auffassung, daß die Großhändler Tuko und Kesko vertikal mit den von ihnen mit Waren und Dienstleistungen versorgten Einzelhändlern verflochten seien. Die Kommission sei somit fälschlicherweise zu dem Ergebnis gekommen, daß die Gesamtheit dieser Unternehmen nach dem betreffenden Zusammenschluß eine einzige wirtschaftliche Einheit bilde und daß dieser Zusammenschluß auf dem Einzelhandelsmarkt für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs zu einer beherrschenden Stellung führe.

122 Die Kommission habe ihr zu Unrecht die Marktanteile der Kesko- und der Tuko-Einzelhändler umfassend zugerechnet, ohne zuvor eine Kontrolle im Sinne des Artikels 3 der Verordnung Nr. 4064/89 nachzuweisen. Es müsse nämlich unterschieden werden zwischen der auf Kontrolle beruhenden vertikalen Kooperation im Konzern oder im Rahmen einer Franchisevereinbarung einerseits und der horizontalen Kooperation innerhalb der freiwilligen Ketten selbständiger Einzelhändler andererseits.

123 Der Begriff der Kontrolle insbesondere im Sinne des Artikels 3 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 beruhe auf der Vorstellung, daß ein bestimmender Einfluß auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens ausgeübt werde. Es sei

nicht folgerichtig, die von Artikel 3 der Verordnung aufgestellte Voraussetzung der „Kontrolle" bei der Entscheidung über das Vorliegen eines Zusammenschlusses zu berücksichtigen und sie dann bei der Prüfung der wirtschaftlichen Macht und der Finanzkraft des beteiligten Unternehmens im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 der Verordnung Nr. 4064/89 außer acht zu lassen.

124 Sowohl die Bekanntmachung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses (ABl. 1994, C 385, S. 5) als auch die Entscheidungspraxis der Kommission zeigten die Bedeutung der Voraussetzung einer Kontrolle (vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 48/69, ICI/Kommission, Slg. 1972, 619, und Urteil des Gerichts vom 12. Januar 1995 in der Rechtssache T-102/92, Viho/Kommission, Slg. 1995, II-17). Außerdem betrachteten die für die Anwendung des finnischen und des schwedischen Wettbewerbsrechts zuständigen nationalen Behörden die freiwilligen Ketten als eine Form der horizontalen Kooperation zwischen selbständigen Einzelhändlern. Von diesen Behörden könne erwartet werden, daß sie den betreffenden Markt kennen.

125 Im übrigen seien die Beteiligten des Zusammenschlusses nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 4064/89 zu bestimmen. Die Kommission habe somit die in Artikel 2 der Verordnung Nr. 4064/89 vorgesehene Prüfung einzig und allein auf den Zusammenschluß von Kesko und Tuko im Bereich des Großhandels zu erstrecken gehabt. Sie habe daher einen Rechtsfehler begangen, als sie davon ausgegangen sei, daß der Zusammenschluß zwischen dem Kesko-Block und dem Tuko-Block unter Einschluß auch der Einzelhändler stattgefunden habe. Wenn die Kommission ihre Prüfung auf den Großhandel erstreckt hätte, was sie hätte tun müssen, wäre sie zu einem deutlich anderen Ergebnis gekommen, da in diesem Bereich die gemeinsamen Anteile von Kesko und Tuko ungefähr 25 % betrügen.

126 Mit dem zweiten Teil des Klagegrundes macht die Klägerin geltend, die Kommission habe sich bei der Prüfung der Verbindungen zwischen ihr und ihren Einzelhändlern geirrt.

127 Erstens habe die Kommission den Einfluß überbewertet, den sie durch das Eigentum an den Geschäftsräumen und an bestimmten von den Einzelhändlern

genutzten Gegenständen auf deren Tätigkeit ausgeübt habe. Der größte Teil dieser Gegenstände (Geldmittel, Warenlager, Einrichtung usw.) gehöre nämlich den jeweiligen Einzelhändlern, die in den meisten Fällen eigenes Personal beschäftigten. Nur ungefähr 32 % der Geschäftsräume ihrer Einzelhändler stünden in ihrem Eigentum (was etwa 60 % ihres Umsatzes entspreche), während Tuko nur zu 20 % Eigentümerin der von ihren Einzelhändlern genutzten Läden sei. Außerdem gäben ihr die Gegenstände, die in ihrem Eigentum stünden, vor allem das Eigentum am Kesko-Logo und an bestimmten Geschäftsräumen, nur eine begrenzte Möglichkeit der Einflußnahme auf die Einzelhändler.

128 Zweitens habe die Kommission zu Unrecht aus bestimmten Verbindungen rechtlicher und tatsächlicher Art, die nicht bestritten würden, geschlossen, daß sie und ihre Einzelhändler eine einzige wirtschaftliche Einheit bildeten und daß diese Verbindungen ihr die Möglichkeit gäben, die Geschäfte ihrer Einzelhändler zu führen und zu kontrollieren. Die „Kesko-Einzelhändlervereinbarung" (K Retailer Agreement) sei nämlich rechtlich nicht bindend und bestimme außerdem, daß der Einzelhändler unabhängig sei und den Wettbewerb der anderen Kesko-Einzelhändler dulden müsse. Die „Kooperationsvereinbarung" (Collaboration Agreement) sei nur von den Einzelhändlern unterzeichnet worden, die ihr gehörende Geschäftsräume nutzten. Sie räume ihr nicht die Kontrolle über die genannten Einzelhändler ein. Die „Kettenvereinbarungen" (Chain Agreements) seien horizontale Vereinbarungen und für sie daher kein Mittel zur Kontrolle der Einzelhändler. Außerdem seien an diesen Vereinbarungen weniger als 50 % ihrer Einzelhändler beteiligt.

129 Drittens habe die Kommission ihre Bedeutung als Großhändlerin der Kesko-Einzelhändler überwertet. Diese kauften ungefähr 63 % ihrer Waren direkt beim Hersteller ein und seien nicht zum Einkauf bei ihr verpflichtet, deren Preise nur geringfügig unter denen ihrer Mitbewerber lägen. Die zentrale Rechnungsstellung und das hiermit verbundene Rabattsystem deuteten angesichts der geringen Rabattgewährung und der Freiwilligkeit der Inanspruchnahme dieser Dienstleistung für die Einzelhändler nicht auf eine Integration zwischen ihr und den Kesko-Einzelhändlern hin. Die zentrale Rechnungsstellung durch sie gebe ihr nicht das Recht, auf die Preisfestsetzung und sonstige Handelskonditionen der Einzelhändler Einfluß zu nehmen.

130 Viertens habe die Kommission den Nutzen der unter der Marke Kesko verkauften Erzeugnisse falsch bewertet. Diese Erzeugnisse seien im allgemeinen Imitationen vorhandener Markenerzeugnisse, die zu einem niedrigeren Preis verkauft würden und so den Wettbewerb im Einzelhandel nicht einschränkten, sondern steigerten.

131 Fünftens sei ihre Kundenkarte entgegen der Behauptung der Kommission kein Element eines „Kundenbindungsprogramms". Sie sei lediglich eine Zahlungsmodalität, deren Benutzung gelegentlich zu Vorteilen durch Sonderangebote berechtige; sie habe für die meisten Verbraucher keine große Bedeutung. Außerdem könnten die Informationen über Kaufgewohnheiten, die aufgrund der Kartenbenutzung gesammelt werden könnten, nicht für wettbewerbswidrige Zwecke verwendet werden.

132 Sechstens trägt die Klägerin vor, die Kesko-Einzelhändler hätten zwar als Aktionäre von Kesko Stimmrechte und übten so eine Art von Kontrolle über Kesko aus; diese Kontrolle bestehe aber nur „theoretisch", da die Interessen der Einzelhändler oft auseinandergingen. Die Verpflichtung der Einzelhändler, Kesko-Aktien (im Gesamtwert von ungefähr 12 280 EUR) zu halten, solle hauptsächlich den ihnen von ihr gewährten Kredit absichern und hindere die Einzelhändler nicht daran, durch Verkauf der Aktien den Kesko-Block zu verlassen.

133 Siebtens habe die Kommission ein einheitliches Vorgehen der Kesko-Einzelhandelsketten nicht nachgewiesen. Auch wenn der Wettbewerb innerhalb der Ketten beschränkt sei, gebe es zwischen ihnen keine strukturelle Verbindung, und jede Kette funktioniere unabhängig von der anderen. Die Klägerin bezieht sich insoweit auf eine Studie des finnischen Nationalen Rates für Konsumforschung und auf zwei Studien von London Economics.

134 Schließlich habe die Kommission das Bestehen von Schranken für den Zugang zum Großhandelsmarkt nicht nachgewiesen.

135 Die Kommission widerspricht der von der Klägerin vorgenommenen Auslegung des Gemeinschaftsrechts bezüglich der Bedeutung, die die Voraussetzung einer Kontrolle für das Bestehen einer beherrschenden Stellung hat. Es seien in diesem Stadium der Prüfung nur die in Artikel 2 der Verordnung Nr. 4064/89, vor allem die in dessen Absatz 1 Buchstabe b genannten Faktoren relevant. Die Kommission widerspricht auch der Kritik der Klägerin an ihrer Tatsachenwürdigung und meint, daß ihre Feststellungen ihre Schlußfolgerung bezüglich des Bestehens einer beherrschenden Stellung hinreichend rechtfertigten. Die drei von der Klägerin angeführten Studien wiesen lediglich auf die Unterschiede zwischen den Ketten innerhalb des Kesko-Blocks hin, die sie berücksichtigt habe.

136 Die Französische Republik und die Republik Finnland schließen sich im wesentlichen den Ausführungen der Kommission an.

Würdigung durch das Gericht

— Zum ersten Teil des Klagegrundes

137 Die Klägerin macht im wesentlichen geltend, daß die Kommission für die Prüfung der Auswirkungen des fraglichen Zusammenschlusses die Marktanteile der Kesko- und der Tuko-Einzelhändler nicht zusammenrechnen dürfe, ohne nachzuweisen, daß Kesko und Tuko „Kontrolle" im Sinne des Artikels 3 der Verordnung Nr. 4064/89 über diese Einzelhändler ausübten, und daß sich, da der einzige „Zusammenschluß" im Sinne des Artikels 3 der Verordnung derjenige von Kesko und Tuko sei, die Prüfung der Auswirkungen dieses Zusammenschlusses nur auf den Markt erstrecken dürfe, auf dem Kesko und Tuko tätig seien, d. h. auf den Großhandelsmarkt.

138 In diesem Zusammenhang ist festzustellen, daß Artikel 3 der Verordnung Nr. 4064/89 einzig und allein die Voraussetzungen eines „Zusammenschlusses" bestimmt. Wenn die Kommission dagegen im Rahmen eines Verfahrens nach

Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 feststellt, daß eine Transaktion ein Zusammenschluß im Sinne des genannten Artikels 3 ist, muß die Frage, ob diese Transaktion eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb im Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats erheblich behindert würde, unter Berücksichtigung der in Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a und b der Verordnung Nr. 4064/89 aufgestellten Voraussetzungen nach Artikel 22 Absatz 4 Satz 1 der Verordnung Nr. 4064/89 beurteilt werden.

139 Die Kommission war somit im Rahmen der Prüfung der Auswirkungen des betreffenden Zusammenschlusses auf den Wettbewerb in keiner Weise verpflichtet, bei der Entscheidung darüber, ob die Marktanteile der Kesko- und der Tuko-Einzelhändler zusammenzurechnen sind, die in Artikel 3 der Verordnung Nr. 4064/89 genannte Voraussetzung einer Kontrolle zugrunde zu legen. Da nämlich der Zusammenschluß von Kesko und Tuko feststand, hatte die Kommission sämtliche Tatsachen des vorliegenden Falles, vor allem aber die Verbindungen zwischen Kesko und Tuko einerseits und ihren jeweiligen Einzelhändlern andererseits, heranzuziehen, um zu prüfen, ob dieser Zusammenschluß eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb auf den maßgeblichen Märkten in Finnland erheblich behindert würde. Auch war die Kommission keineswegs verpflichtet, ihre Prüfung nur auf den Großhandelsmarkt zu beschränken, da sie zu dem Ergebnis gelangt war, daß der Zusammenschluß von Kesko und Tuko angesichts der engen Verbindungen zwischen Kesko und Tuko einerseits und ihren Einzelhändlern andererseits auch Auswirkungen auf den Einzelhandelsmarkt für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs hatte.

140 Der erste Teil des Klagegrundes, mit dem im wesentlichen ein Rechtsfehler durch einen Verstoß gegen die Artikel 2, 3 und 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 geltend gemacht wird, ist daher zurückzuweisen.

— Zum zweiten Teil des Klagegrundes

141 Was den angeblichen offensichtlichen Fehler der Kommission bei der Beurteilung der Verbindungen zwischen Kesko und ihren Einzelhändlern anbelangt, so ist

darauf hinzuweisen, daß die Kommission im Rahmen eines Antrags nach Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 anhand einer Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung der Referenzmärkte prüfen muß, ob der Zusammenschluß, mit dem sie befaßt ist, zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung führt, durch die wirksamer Wettbewerb im Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats erheblich behindert wird.

142 In diesem Zusammenhang räumen die Grundregeln der Verordnung, insbesondere Artikel 2, der Kommission ein gewisses Ermessen namentlich bei wirtschaftlichen Beurteilungen ein. Daher muß die vom Gemeinschaftsrichter vorzunehmende Kontrolle der Ausübung eines solchen — für den Inhalt der Regeln für Zusammenschlüsse wesentlichen — Ermessens unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums erfolgen, der den Bestimmungen wirtschaftlicher Art, die Teil der Regelung für Zusammenschlüsse sind, zugrunde liegt (in diesem Sinn Urteil des Gerichtshofes vom 31. März 1998 in den Rechtssachen C-68/94 und C-30/95, Frankreich u. a./Kommission, Slg. 1998, I-1375, Randnrn. 221 bis 224, und Urteil Gencor/Kommission, Randnrn. 164 und 165).

143 Im vorliegenden Fall legt die Kommission in den Randnummern 39 bis 66 der angefochtenen Entscheidung zahlreiche Tatsachen zur Stützung ihrer Feststellung dar, daß der Kesko-Block und der Tuko-Block ein „zentral geplantes Strukturmerkmal des finnischen Einzelhandelsmarktes" seien, so daß der betreffende Zusammenschluß auf der Ebene des Einzelhandels und nicht allein auf der Stufe des Großhandels zu prüfen sei (Randnrn. 15 und 66 der angefochtenen Entscheidung). In den Randnummern 93 bis 135 und 146 bis 161 der angefochtenen Entscheidung führt die Kommission im übrigen zahlreiche Tatsachen zur Begründung ihrer Feststellung auf, daß Kesko infolge des Zusammenschlusses eine beherrschende Stellung auf dem finnischen Einzelhandelsmarkt innehabe (Randnrn. 136 bis 138, 153 und 161 der angefochtenen Entscheidung).

144 So bringt die Kommission in der angefochtenen Entscheidung folgende Umstände vor: die Verträge, durch die die Einzelhändler an Kesko gebunden würden (Randnrn. 40 und 44); die Verpflichtung der Einzelhändler, das Kesko-Logo zu

verwenden, sowie die Hilfsleistungen von Kesko (Randnr. 45); die Prämien und Rabatte als Anreiz, um die Einzelhändler an die Strategie der Kesko-Gruppe zu binden (Randnr. 46); die Machtbefugnisse, über die Kesko verfüge, um die Befolgung der gemeinsamen Ziele durch die Einzelhändler durchzusetzen (Randnr. 41); die Tatsache, daß die Kesko-Einzelhändler als Aktionäre von Kesko die Stimmenmehrheit hätten und sämtlich Mitglieder des Kesko-Aufsichtsorgans seien, der alle Mitglieder der übrigen Entscheidungsorgane ernenne (Randnrn. 4 und 43); die Zusammenfassung von Kesko in fünf freiwillige Ketten, deren Einkauf und Verkaufsförderung vor allem über ein gemeinsames Logo für jede Kette zentral koordiniert würden und die insbesondere mit modernen Informationssystemen ausgestattet seien, die weiterhin Kesko gehörten (Randnrn. 47 bis 50, 54 bis 57 und 67 bis 72); die Tatsache, daß die Lieferanten Kesko und ihre Einzelhändler vor allem wegen des Kesko-Abrechnungssystems als eine Einheit ansähen (Randnrn. 51 bis 53 und 148); die Strategie von Kesko hinsichtlich des Eigentums an den Geschäftsräumen, in denen die Einzelhändler ihren Tätigkeiten nachgingen (Randnr. 58 bis 61 und 116 bis 118), sowie die finanziellen Verpflichtungen der Kesko-Einzelhändler gegenüber Kesko (Randnr. 62).

145 Die Kommission hat ferner darauf hingewiesen, daß der überwiegende Teil der vorstehenden Ausführungen auch für die Beziehung zwischen Tuko und den Tuko-Einzelhändlern gelte und daß Kesko nach dem in Rede stehenden Zusammenschluß auf jeden Fall in der Lage sein werde, die Tuko-Einzelhändler in der gleichen Weise wie die Kesko-Einzelhändler zusammenzufassen (Randnr. 65).

146 Zu der Frage, ob der Zusammenschluß unter diesen Umständen eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken würde, durch die wirksamer Wettbewerb auf dem finnischen Einzelhandelsmarkt für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs erheblich behindert würde, führt die Kommission in der angefochtenen Entscheidung u. a. an: die wichtige Rolle der freiwilligen Einzelhandelsketten in Finnland, von denen im Bereich der Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs jedoch nur der Kesko-Block und der Tuko-Block übriggeblieben seien (Randnr. 39); die Tatsache, daß nach dem Zusammenschluß auf den Kesko-Block zumindest 55 % sämtlicher Verkäufe von derartigen Verbrauchsgütern in Finnland entfallen würden, d. h. ein fast dreimal so großer Marktanteil wie der ihres wichtigsten Wettbewerbers (Randnrn. 93 bis 98 und 106); die starke Stellung von Kesko und Tuko im Bereich der großen Einzelhandelsgeschäfte in Finnland (Randnrn. 107 bis 115); die beachtliche Zahl von Geschäftsräumen, die sich für den Einzelhandel mit Verbrauchsgütern des täglichen Bedarfs eigneten (Randnrn. 116 bis 118); das Kundenbindungsprogramm unter Einsatz der Kesko-Kundenkarte

(Randnrn. 119 bis 125); die Bedeutung der von Kesko und Tuko verkauften Eigenmarkenerzeugnisse sowie die sich hieraus ergebenden Wettbewerbsvorteile (Randnrn. 126 bis 130); die von Kesko und Tuko betriebenen Vertriebssysteme vor allem für Tiefkühlkost (Randnrn. 131 und 132); die erhöhte Nachfragemacht von Kesko nach dem Erwerb von Tuko (Randnrn. 133 bis 135 und 146 bis 153) sowie die Tatsache, daß es höchst unwahrscheinlich sei, daß ein ausländisches Unternehmen versuchen werde, sich auf dem finnischen Einzelhandelsmarkt für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs zu etablieren (Randnrn 154 bis 161).

147 Angesichts der vorstehend genannten Umstände können die Feststellungen der Kommission zur Notwendigkeit einer Prüfung der Auswirkungen der Transaktion auf den Wettbewerb im Bereich des Einzelhandels (Randnrn. 39 bis 66 der angefochtenen Entscheidung), zur Notwendigkeit, die Marktanteile aller Einzelhändler des Kesko- und des Tuko-Blocks Kesko zuzurechnen (Randnrn. 93 bis 105), und zu der Frage, ob der Zusammenschluß eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken würde, durch die wirksamer Wettbewerb auf dem finnischen Markt für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs erheblich behindert würde (Randnrn. 106 bis 161), durch das Vorbringen der Klägerin nicht in Frage gestellt werden. Die Klägerin hat nämlich lediglich vorgetragen, die Kommission hätte die Untersuchung anders vornehmen müssen, ohne konkrete Umstände vorzubringen, die die in den Randnummern 39 bis 161 der angefochtenen Entscheidung durchgeführte Untersuchung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses hätten entkräften können.

148 Zur ersten Rüge der Klägerin, wonach die Kommission den Einfluß überbewertet hat, den sie durch das Eigentum an den Geschäftsräumen und an bestimmten, von den Einzelhändlern genutzten Gegenständen auf diese ausgeübt habe, ist darauf hinzuweisen, daß mehr als 60 % des Gesamtumsatzes der Kesko-Einzelhändler in Geschäftsräumen erzielt werden, die sich im Eigentum von Kesko befinden (Randnr. 59 der angefochtenen Entscheidung). Auch geht aus den Randnummern 59 bis 61 der angefochtenen Entscheidung hervor, daß die Einzelhändler, die ihre Tätigkeiten in der Klägerin gehörenden Geschäftsräumen ausüben, mit dieser eine Kooperationsvereinbarung geschlossen haben, in der die Grundsätze für die Geschäftsführung in den genannten Räumen und die Berechnung des Mietzinses anhand des Umsatzes oder der Gewinnspanne festgelegt sind. Au-

ßerdem kann der Einzelhändler sein Geschäft nicht ohne Zustimmung von Kesko übertragen.

149 Unter diesen Umständen ist die Tatsache, daß Kesko Eigentümerin eines erheblichen Teils der von den Kesko-Einzelhändlern genutzten Geschäftsräume ist, als ein bedeutender Faktor für die Bindung dieser Einzelhändler anzusehen. Es ist daher keineswegs nachgewiesen worden, daß die Kommission diesen Faktor bei der Beurteilung der Verbindungen zwischen Kesko und ihren Einzelhändlern überbewertet hat.

150 Die erste Rüge der Klägerin ist daher zurückzuweisen.

151 Zur zweiten Rüge der Klägerin, wonach die Kommission die Bedeutung der einzelnen Vereinbarungen zwischen Kesko und ihren Einzelhändlern verkannt hat, ist folgendes festzustellen:

— In der Einzelhändlervereinbarung verpflichtet sich der Kesko-Einzelhändler insbesondere, „bestrebt zu sein, die Vorteile aus dem gemeinsamen Einkauf der Kesko-Gruppe und ihren Eigenmarken zu erzielen. Der Einzelhändler darf Kesko ohne Begründung nicht weniger günstiger behandeln als andere Lieferanten" (Randnr. 44 der angefochtenen Entscheidung).

— Eine beachtliche Zahl von Kesko-Einzelhändlern ist darüber hinaus durch eine „Kettenvereinbarung" zwischen dem betreffenden Einzelhändler und der Kesko-Kette, der er angehört, gebunden (Randnr. 5). Hauptzweck dieser Kettenvereinbarung ist die Förderung des Warenhandels zwischen Kesko und

dem Einzelhändler. Nach den Kettenvereinbarungen ist der Kesko-Einzelhändler an die Entscheidungen des Direktoriums einer Kette betreffend Absatzförderung, Einbeziehung von Waren in die Grundauswahl und Einzelhandelspreise bei Werbeprodukten gebunden (Randnrn. 44, 47 bis 50 und 54 bis 57 der angefochtenen Entscheidung).

— Die Kesko-Einzelhändler, die die im Eigentum von Kesko stehenden Geschäftsräume nutzen, sind durch eine „Kooperationsvereinbarung" gebunden, deren Inhalt in Randnummer 148 dieses Urteils untersucht worden ist.

— Die Kesko-Einzelhändler sind verpflichtet, die Kesko-Logos zu benutzen; sie erhalten auch Hilfeleistungen von Kesko (Randnr. 45 der angefochtenen Entscheidung).

— Die Kesko-Einzelhändler erhalten Prämien und Rabatte von Kesko, die gemäß den bezogenen Mengen festgesetzt werden (Randnr. 46 der angefochtenen Entscheidung).

152 Es ist daher davon auszugehen, daß zwar die Kesko-Einzelhändler rechtlich selbständige Unternehmen sind und das finanzielle Risiko ihres Geschäfts tragen, daß die Kommission jedoch keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler beging, als sie in Randnummer 64 der angefochtenen Entscheidung feststellte, daß die Einzelhändler durch die Vereinbarungen zwischen Kesko und ihren Einzelhändlern gezwungen sind, die von der Klägerin festgelegte Politik der Absatzförderung zu befolgen und sich gegenüber Kesko und der Kette, in die sie eingereiht wurden, loyal zu verhalten.

153 Die zweite Rüge der Klägerin ist daher zurückzuweisen.

154 Zur dritten Rüge der Klägerin, wonach die Kommission die Bedeutung von Kesko als Großhändlerin überbewertet hat, ist darauf hinzuweisen, daß die Kesko-Einzelhändler 37 % ihrer Einkäufe direkt bei Kesko tätigen und daß Kesko gerade diese Zahl besonders herausstellt. Außerdem werden die Einkäufe, die die Kesko-Einzelhändler bei anderen Lieferanten vornehmen, in einem Umfang von 46 % der gesamten Einkäufe über die Klägerin verrechnet, so daß nur 17 % der gesamten Einkäufe der Kesko-Einzelhändler unabhängig von Kesko getätigt werden. Bezüglich der über Kesko verrechneten Einkäufe führte die Kommission in Randnummer 52 der angefochtenen Entscheidung ferner aus, daß a) diese Verrechnungen in Vereinbarungen geregelt sind, die zwischen Kesko und ihren Lieferanten geschlossen wurden, daß b) die Waren in das Eigentum von Kesko übergehen und an den Einzelhändler weiterverkauft werden und daß diese Geschäfte in der Gewinn- und Verlustrechnung von Kesko als Verkäufe verbucht werden, daß c) die Gebühren und Rabatte, die Kesko von ihren Lieferanten erhält, aufgrund des Gesamteinkaufs der Kesko-Gruppe errechnet werden, d. h. aufgrund der Verkäufe an Kesko in ihrer Eigenschaft als Großhandelsunternehmen und aufgrund der Einkäufe, die von den Kesko-Einzelhändlern im Rahmen der oben genannten Verrechnungsvereinbarungen unmittelbar getätigt werden, und daß d) die Abwicklung der Verrechnung Kesko die Möglichkeit gibt, wichtige Informationen über die Preise und über sonstige Konditionen der einzelnen Lieferanten zu erhalten.

155 Die Klägerin hat somit nicht nachgewiesen, daß die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie in Randnummer 53 der angefochtenen Entscheidung feststellte, daß die Einkäufe der Kesko-Einzelhändler, die zwar von Kesko in Rechnung gestellt werden, jedoch keine Warenlieferungen von Kesko zur Grundlage haben, als von Kesko unabhängige Einkäufe der Einzelhändler einzustufen seien.

156 Die dritte Rüge ist daher zurückzuweisen.

157 Zur vierten Rüge der Klägerin ist zu sagen, daß die Ausführungen der Klägerin nicht geeignet sind, die Feststellungen der Kommission zur Bedeutung der unter Keskos Eigenmarken verkauften Erzeugnisse zu entkräften. Zwar trägt das Vorhandensein von händlereigenen Marken zum Wettbewerb gegenüber den Markenerzeugnissen bei. Die starke Position der unter den Eigenmarken von Kesko und Tuko verkauften Erzeugnisse wirkt sich jedoch zugunsten dieser beiden Unternehmen positiv auf die Kundentreue aus und gibt ihnen die Möglichkeit, die Preise für einen größeren Teil ihres Umsatzes festzulegen, ohne der Reaktion ihrer Wettbewerber Rechnung tragen zu müssen (Randnr. 130 der angefochtenen Entscheidung). Außerdem hätte die Zusammenlegung der bei den Kunden sehr beliebten Eigenmarken von Kesko und Tuko eine Stärkung eine Stärkung der Verhandlungsposition gegenüber ihren Lieferanten zur Folge gehabt und so Kesko die Möglichkeit eröffnet, neue und bessere Konditionen, insbesondere Preisnachlässe auf Kosten ihrer Wettbewerber, zu erhalten (Randnrn. 129 bis 133 der angefochtenen Entscheidung).

158 Die vierte Rüge der Klägerin ist daher zurückzuweisen.

159 Zur fünften Rüge der Klägerin, wonach die Kommission die Bedeutung der Kesko-Kundenkarte überbewertet hat, ist zu bemerken, daß diese Karte als solche zwar kein entscheidender Faktor ist, daß die Kommission aber zu Recht — ohne daß die Klägerin dem hat widersprechen können — festgestellt hat, daß die

Kesko-Kundenkarte Kunden bindet und für Kesko auch ein wichtiges Absatzinstrument ist (Randnrn. 119 bis 125).

160 Die fünfte Rüge ist daher zurückzuweisen.

161 Zur sechsten Rüge der Klägerin, wonach die Stimmrechte der Kesko-Einzelhändler und die diesen auferlegte Verpflichtung zum Erwerb einer Mindestanzahl von Kesko-Vorzugsaktien in der Praxis wenig Bedeutung haben, ist darauf hinzuweisen, daß die Vorzugsaktien, die die Kesko-Einzelhändler und die mit ihnen verbundenen Aktionäre innehaben, die tatsächliche Kontrolle über die Mehrheit der Kesko-Stimmrechte verleihen (Randnr. 4 der angefochtenen Entscheidung). Hierdurch können die Kesko-Einzelhändler insbesondere den Kesko-Aufsichtsrat kontrollieren, der sämtliche Entscheidungs- und Ausführungsorgane von Kesko ernennt (Randnr. 43 der angefochtenen Entscheidung). Außerdem sind diese Aktien an Kesko als Sicherheit für deren Ansprüche gegenüber den Einzelhändlern verpfändet (Randnr. 62 der angefochtenen Entscheidung).

162 Angesichts dieser Umstände ist festzustellen, daß die Klägerin nicht nachgewiesen hat, daß die Kommission bei der Beurteilung der rechtlichen Struktur des Kesko-Blocks und der finanziellen Verpflichtung der Kesko-Einzelhändler einen offensichtlichen Fehler begangen hat. Insbesondere ist das Vorbringen der Klägerin nicht geeignet, die Feststellung der Kommission zu entkräften, daß der Kesko-Block in Wirklichkeit ein zentral geplantes Strukturmerkmal des finnischen Einzelhandelsmarktes darstellt, das vor allem auf Vereinbarungen beruht, die eine horizontale Zusammenarbeit zwischen den Kesko-Einzelhändlern vorsehen und die darauf abzielen, das Verhalten der Händler zu vereinheitlichen und damit deren Unabhängigkeit in Bereichen wie Einkauf, Image, Werbung und Verkauf im

Namen des gemeinsamen Interesses beschränken (Randnrn. 39 bis 41 und 63 bis 66 der angefochtenen Entscheidung).

163 Die sechste Rüge ist daher zurückzuweisen.

164 Zur siebten Rüge der Klägerin, derzufolge ein einheitliches Vorgehen der Kesko-Einzelhandelsketten nicht nachgewiesen ist, ist festzustellen, daß die Klägerin der Feststellung der Kommission, daß innerhalb der fünf nationalen Kesko-Ketten kein nennenswerter Wettbewerb besteht, nicht widersprochen hat (Randnrn. 47 bis 50 und 54 bis 57 der angefochtenen Entscheidung). Aus der angefochtenen Entscheidung geht hervor, daß die einzelnen nationalen Ketten jeweils ein aus den betreffenden Einzelhändlern bestehendes Direktorium und eine ausschließlich von Kesko-Mitarbeitern geführte „Kontrolleinheit" besitzen. Dieser Aufbau ermöglicht die Koordinierung der Einzelhändler einer Kette bei Einkauf, Verkaufsförderung und Absatz (Randnr. 48 der angefochtenen Entscheidung). Die Koordinierung sollte später durch die Ausstattung der Verkaufsstätten der Einzelhändler mit modernen, im Eigentum von Kesko stehenden Informationssystemen verbessert werden (Randnr. 50 der angefochtenen Entscheidung).

165 Was den Wettbewerb zwischen den einzelnen in Frage stehenden Ketten anbelangt, so scheint zwar die von der Klägerin vorgelegte Studie des finnischen Nationalen Rates für Konsumforschung (Anhang XI zur Klageschrift) auf den ersten Blick den Nachweis dafür zu erbringen, daß die einzelnen Kesko-Einzel-

händler ein und dasselbe Erzeugnis zu unterschiedlichen Preisen anbieten und daß somit in bestimmtem Umfang Wettbewerb zwischen ihnen besteht. Daß aber die Struktur von Kesko ein bestimmtes Wettbewerbsniveau vor allem zwischen den einzelnen Kesko-Ketten zuläßt — anscheinend, wie die Klägerin in Randnummer 133 der Klageschrift vorgetragen hat, um dem finnischen Wettbewerbsrecht nachzukommen —, reicht allein nicht aus, um die Feststellung der Kommission zu entkräften, daß Kesko und ihre Einzelhändler angesichts sämtlicher in den Randnummern 39 bis 66 der angefochtenen Entscheidung dargelegten Umstände als ein zentral geplantes wesentliches Strukturmerkmal des finnischen Einzelhandelsmarktes anzusehen sind.

166 Die Klägerin hat daher nicht nachgewiesen, daß die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie zu dem Ergebnis kam, daß die Auswirkungen des Zusammenschlusses von Kesko und Tuko auf den Wettbewerb angesichts der Verbindungen zwischen Kesko und Tuko einerseits und ihren jeweiligen Einzelhändlern andererseits sowohl auf der Ebene des Großhandels als auch auf der des Einzelhandels in Finnland untersucht werden müssen.

167 Die Klägerin hat schließlich nichts vorgebracht, was die Feststellung der Kommission in den Randnummern 154 bis 161 der angefochtenen Entscheidung entkräften könnte, daß der Zusammenschluß die Marktzugangsschranken zu den finnischen Einzel- und Großhandelsmärkten für Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs erhöhen würde.

168 Aus alledem folgt, daß der zweite Teil des dritten Klagegrundes zurückzuweisen ist.

169 Die Klage ist daher insgesamt abzuweisen.

Kosten

170 Gemäß Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr gemäß dem entsprechenden Antrag der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

171 Jedoch tragen die Mitgliedstaaten, die dem Rechtsstreit als Streithelfer beigetreten sind, nach Artikel 87 § 4 Absatz 1 der Verfahrensordnung ihre eigenen Kosten. Demnach sind der Republik Finnland und der Französischen Republik ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Zweite erweiterte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Klage wird abgewiesen.**

2. **Die Klägerin trägt ihre eigenen Kosten und die der Kommission.**

3. **Die Republik Finnland und die Französische Republik tragen jeweils ihre eigenen Kosten.**

Potocki Lenaerts Bellamy

Azizi Meij

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 15. Dezember 1999.

Der Kanzler

H. Jung

Der Präsident

A. Potocki