

**WICHTIGER RECHTLICHER HINWEIS:** Für die Angaben auf dieser Website besteht Haftungsausschluss und Urheberrechtsschutz.

URTEIL DES GERICHTS (Dritte Kammer)

13. Juli 2006(\*)

„Wettbewerb – Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 – Entscheidung, mit der ein Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt worden ist – Märkte für Tonträger und für Online-Musik – Vorliegen einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung – Gefahr der Begründung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung – Voraussetzungen – Markttransparenz – Abschreckungsmaßnahmen – Begründung – Offensichtlicher Beurteilungsfehler“

In der Rechtssache T-464/04

**Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, internationale Vereinigung)**, mit Sitz in Brüssel (Belgien), Prozessbevollmächtigte: S. Crosby und J. Golding, Solicitors, sowie Rechtsanwalt I. Wekstein-Steg,

Klägerin,

gegen

**Kommission der Europäischen Gemeinschaften**, vertreten durch A. Whelan und K. Mojzesowicz als Bevollmächtigte,

Beklagte,

unterstützt durch

**Bertelsmann AG**, mit Sitz in Gütersloh (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: J. Boyce, Solicitor, sowie Rechtsanwälte P. Chappatte und D. Loukas,

sowie durch

**Sony BMG Music Entertainment BV**, mit Sitz in Vianen (Niederlande),

und

**Sony Corporation of America**, mit Sitz in New York, New York (Vereinigte Staaten),

Prozessbevollmächtigte: N. Levy, Barrister, sowie Rechtsanwälte R. Snelders und T. Graf,

Streithelferinnen,

wegen Nichtigerklärung der Entscheidung K(2004) 2815 der Kommission vom 19. Juli 2004 zur Erklärung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen (Sache COMP/M.3333 – Sony/BMG)

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ  
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten M. Jaeger sowie des Richters J. Azizi und der Richterin E. Cremona,

Kanzler: I. Natsinas, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 2005

folgendes

## Urteil

### Sachverhalt

- 1 Die Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) ist eine internationale Vereinigung belgischen Rechts, der 2 500 unabhängige Musikproduktionsunternehmen angehören.
- 2 Am 9. Januar 2004 ging die Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens nach Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 395, S. 1) in der berichtigten (ABl. 1990, L 257, S. 13) und durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997 (ABl. L 180, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Verordnung) bei der Kommission ein, wonach die Bertelsmann AG und die zum Sony-Konzern gehörende Sony Corporation of America (im Folgenden: Sony) beabsichtigten, ihr weltweites Tonträgergeschäft zusammenzulegen.
- 3 Bertelsmann ist ein international tätiges Medienunternehmen mit weltweiten Aktivitäten in den Bereichen Tonträger und Musikverlag, Fernsehen, Radio, Buch- und Zeitschriftenverlag, Druck- und Mediendienste sowie Buch- und Musikclubs. Bertelsmann ist im Tonträgerbereich durch sein hundertprozentiges Tochterunternehmen Bertelsmann Music Group (im Folgenden: BMG) tätig. Die Plattenlabels von BMG sind u. a. Arista Records, Jive Records, Zomba und Radio Corporation of America (RCA) Records.
- 4 Sony ist weltweit aktiv in den Bereichen Tonträger, Musikverlag, Industrie- und Konsumentenelektronik sowie Unterhaltung. Im Musikbereich ist Sony durch Sony Music Entertainment tätig. Sonys Plattenlabels sind u. a. Columbia Records Group, Epic Records Group und Sony Classical.
- 5 Laut Business Contribution Agreement (Unternehmensbeteiligungsvereinbarung) vom 11. Dezember 2003 soll bei dem Zusammenschlussvorhaben das weltweite Tonträgergeschäft der sich zusammenschließenden Unternehmen (ausgenommen lediglich das Japan-Geschäft von Sony) in mindestens drei neue Unternehmen eingebracht werden. Diese Joint-Venture-Unternehmungen sollen unter dem Namen Sony BMG geführt werden.
- 6 Nach der Vereinbarung wird Sony BMG sich um die Talentsuche und Förderung von Künstlern (A & R [Artist and Repertoire]) sowie die Vermarktung und den Verkauf von bespielten Tonträgern kümmern. Nicht zu seinen Geschäftstätigkeiten gehören benachbarte Tätigkeiten wie Herausgabe, Produktion und Auslieferung der Tonträger.
- 7 Am 20. Januar 2004 versandte die Kommission an eine Reihe von Marktteilnehmern einen Fragebogen. Die Klägerin beantwortete diesen Fragebogen und reichte am 28. Januar 2004 einen gesonderten Schriftsatz ein (Anlage A.5), in dem sie die Gründe darlegte, weshalb die Kommission ihrer Ansicht nach das Vorhaben für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklären müsse. Die Klägerin äußerte in diesem Schriftsatz ihre Bedenken wegen der höheren Marktkonzentration und der Auswirkungen, die diese auf den Zugang zum Markt, einschließlich des Vertriebssektors, der Medien und des Internets, sowie auf die Verbraucherentscheidung haben würde.
- 8 In der Entscheidung vom 12. Februar 2004 kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass das angemeldete Vorhaben Anlass zu ernsthaften Zweifeln gebe, ob es mit dem Gemeinsamen Markt und dem Funktionieren des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) vereinbar sei, und leitete das Verfahren nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung ein.
- 9 Am 24. Mai 2004 richtete die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Parteien des Zusammenschlusses, in der sie zu dem vorläufigen Ergebnis kam, dass das angemeldete Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt und dem Funktionieren des EWR-Abkommens unvereinbar sei, weil es eine kollektive beherrschende Stellung auf dem Markt für bespielte Tonträger und auf dem Großhandelsmarkt für Online-Musiklizenzen verstärke und weil es das Verhalten der Muttergesellschaften in einer mit Artikel 81 EG nicht zu vereinbarenden Weise koordiniere.

- 10 Die Parteien des Zusammenschlusses beantworteten die Mitteilung der Beschwerdepunkte; eine Anhörung vor dem Anhörungsbeauftragten fand am 14. und 15. Juni 2004 in Anwesenheit u. a. der Klägerin statt.
- 11 Mit Entscheidung vom 19. Juli 2004 erklärte die Kommission das Zusammenschlussvorhaben nach Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar (im Folgenden: Entscheidung).
- 12 Auf ihren Antrag vom 26. Juli 2004 erhielt die Klägerin am 23. September 2004 eine nicht vertrauliche Kopie der Entscheidung.

### **Verfahren und Anträge der Beteiligten**

- 13 Mit Klageschrift, die am 3. Dezember 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben.
- 14 Mit besonderem Schriftsatz, der am selben Tag eingegangen ist, hat die Klägerin gemäß Artikel 76a der Verfahrensordnung des Gerichts eine Entscheidung im beschleunigten Verfahren beantragt.
- 15 Mit Schreiben vom 17. Dezember 2004 hat die Kommission ihre Zweifel mitgeteilt, ob die vorliegende Klage für ein beschleunigtes Verfahren geeignet sei, und u. a. nicht nur auf die Komplexität der Rechtssache, sondern auch auf die Schwierigkeiten hingewiesen, die sich daraus ergäben, dass sie zur Erläuterung der Gründe ihrer Entscheidung ausgesprochen umfangreiche und komplexe Daten heranziehen müsse und dass diese Art der Verteidigung überdies schwierige Verhandlungen mit den Parteien des Zusammenschlusses und mit Dritten darüber erfordere, in welchem Umfang die Kommission zur Offenlegung vertraulicher Informationen verpflichtet sein könne.
- 16 Mit Schriftsätzen, die am 10., 11. und 19. Januar 2005 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen sind, haben Bertelsmann, Sony BMG Music Entertainment und Sony Corporation of America ihre Zulassung als Streithelferinnen zur Unterstützung der Anträge der Kommission beantragt. Den Anträgen ist mit Beschluss des Präsidenten der Dritten Kammer vom 4. Februar 2005 stattgegeben worden.
- 17 Zuvor hatte das Gericht mit Beschluss vom 13. Januar 2005 die Beteiligten im Rahmen der prozessleitenden Maßnahmen nach Artikel 64 § 3 Buchstabe e der Verfahrensordnung zu einer informellen Sitzung am 24. Januar 2005 geladen, um vor allem im Hinblick auf die Frage der Kommission nach der Vertraulichkeit bestimmter Aktenstücke die Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens zu prüfen.
- 18 Mit Schriftsatz, der am 18. Januar 2005 eingegangen ist, hat die Kommission im Einvernehmen mit der Klägerin einen Antrag auf prozessleitende Maßnahmen gestellt, mit denen der Kommission im Wesentlichen gestattet wird, vertraulich überlassene Unterlagen und Informationen vorzulegen, indem diese nur den Beiständen der Klägerin, nicht aber der Klägerin selbst mitgeteilt werden.
- 19 Mit Beschluss vom 24. Januar 2005 hat das Gericht angesichts insbesondere des Einvernehmens zwischen der Klägerin und den Streithelferinnen dem Antrag auf prozessleitende Maßnahmen stattgegeben. Das Gericht hat auch dem Antrag auf Entscheidung im beschleunigten Verfahren stattgegeben, jedoch darauf hingewiesen, dass die Entscheidung jederzeit im Hinblick auf den Fortgang der Angelegenheit und des Verfahrens überprüft werden könne. Auch die Fristen für die Einreichung der Schriftsätze sind festgelegt worden.
- 20 Mit Schriftsatz, der am 11. Februar 2005 eingegangen ist, hat die Klägerin einen Antrag auf Änderung der prozessleitenden Maßnahme eingereicht. Mit Schriftsatz vom 18. Februar 2005 haben die Beklagte und die Streithelferinnen zu diesem Antrag Stellung genommen. Mit Schriftsatz vom 22. Februar 2005 hat die Klägerin ihren Antrag auf Änderung der prozessleitenden Maßnahme zurückgenommen.
- 21 Inzwischen hatte die Kommission am 11. Februar 2005 ihre Klagebeantwortung eingereicht. Am 25. Februar 2005 haben Bertelsmann, Sony BMG und Sony ihren Streithilfeschriftsatz eingereicht.
- 22 Zuvor hatte die Klägerin mit Schriftsatz vom 15. Februar 2005 beantragt, zu den neuen

Informationen in der Klagebeantwortung der Kommission Stellung nehmen zu können. Mit Beschluss vom 21. Februar 2005 hat das Gericht diesem Antrag stattgegeben und der Beklagten Gelegenheit gegeben, bis zum 4. März 2005 eine weitere Stellungnahme zu beantragen, was diese auch getan hat. Mit Schriftsatz vom 1. März 2005 hat die Klägerin diesem Antrag widersprochen. Am 14. März 2005 hat die Kommission ihre weitere Stellungnahme abgegeben.

- 23 Auf Bericht des Berichterstatters hat das Gericht (Dritte Kammer) beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen. Es hat im Zuge prozessleitender Maßnahmen die Kommission aufgefordert, bestimmte Schriftstücke vorzulegen und schriftlich eine Reihe von Fragen zu beantworten.
- 24 Mit Schriftsatz vom 19. September 2005 hat die Kommission eine Verlängerung der Frist für die Beantwortung der Fragen des Gerichts beantragt, die ihr gewährt worden ist. Mit Schriftsatz vom 21. September 2005 hat die Kommission ihre Antworten auf die Fragen des Gerichts eingereicht.
- 25 Die Parteien haben in der Sitzung am 22. September 2005 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet.
- 26 Mit Schriftsatz vom 26. September 2005 hat die Kommission im Anschluss an die Sitzung Schriftstücke eingereicht und beantragt, sich zu einer etwaigen Stellungnahme der Klägerin zu ihren Antworten vom 21. September 2005 auf die schriftlichen Fragen schriftlich äußern zu können. Dem Antrag ist stattgegeben worden.
- 27 Am 29. September 2005 hat die Klägerin einen Schriftsatz zu den Antworten der Kommission auf die schriftlichen Fragen des Gerichts eingereicht.
- 28 Am 11. Oktober 2005 hat die Kommission ihre abschließende Stellungnahme zur Stellungnahme der Klägerin zu ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts abgegeben.
- 29 Die Klägerin beantragt,
  - die von der Kommission als Anlage zu ihrer Klagebeantwortung eingereichten Schriftstücke zurückzuweisen;
  - die Entscheidung für nichtig zu erklären;
  - hilfsweise, die Entscheidung für nichtig zu erklären, soweit sie sich bezieht auf
    - die kollektive beherrschende Stellung auf dem Markt für Online-Musiklizenzen,
    - die individuelle beherrschende Stellung auf dem Markt für Online-Musikvertrieb,
    - die Koordinierung der jeweiligen Tätigkeiten der Parteien des Zusammenschlusses im Musikverlagsbereich;
  - der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.
- 30 Die Kommission, unterstützt durch die Streithelferinnen, beantragt,
  - die Klage als unbegründet abzuweisen;
  - der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

### **Entscheidungsgründe**

- 31 Die Klägerin macht fünf Klagegründe geltend, die sich jeweils in mehrere Teile aufgliedern. Mit dem ersten Klagegrund trägt die Klägerin vor, die Kommission habe dadurch gegen Artikel 253 EG verstoßen sowie einen offenkundigen Beurteilungsfehler und einen Rechtsfehler begangen, dass sie nicht festgestellt habe, dass eine kollektive beherrschende Stellung auf dem Markt für bespielte Tonträger vor dem geplanten Zusammenschluss bestehe und dass diese Stellung verstärkt werde.

Mit dem zweiten Klagegrund macht die Klägerin geltend, die Kommission habe gegen Artikel 253 EG verstoßen sowie einen offenkundigen Beurteilungsfehler und einen Rechtsfehler begangen, indem sie nicht zu der Ansicht gelangt sei, dass der geplante Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung auf dem Markt für bespielte Tonträger begründe. Mit dem dritten Klagegrund wird ein Verstoß gegen Artikel 2 der Verordnung geltend gemacht, weil die Kommission die Auffassung vertrete, dass eine Begründung oder Verstärkung einer kollektiven beherrschenden Stellung auf dem Weltmarkt für Online-Musiklizenzen nicht gegeben sei. Mit dem vierten Klagegrund macht die Klägerin geltend, die Kommission habe gegen Artikel 253 EG verstoßen und einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, indem sie nicht zu der Ansicht gelangt sei, dass Sony eine individuelle beherrschende Stellung auf dem Markt für Online-Musikvertrieb erreichen werde. Mit dem fünften Klagegrund macht die Klägerin geltend, die Kommission habe einen offenkundigen Beurteilungsfehler begangen und gegen Artikel 81 EG in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 4 der Verordnung verstoßen, indem sie zu dem Ergebnis gelangt sei, dass der geplante Zusammenschluss nicht zu einer Koordinierung der jeweiligen Tätigkeiten der Parteien des Zusammenschlusses im Bereich des Musikverlags führen werde.

*I – Zu den der Klagebeantwortung als Anlagen beigefügten Beweismitteln*

*A – Vorbringen der Parteien*

- 32 Die Klägerin trägt vor, aus der Klagebeantwortung gehe hervor, dass sich die Kommission im Verwaltungsverfahren auf Schriftstücke und Informationen gestützt habe, zu denen die Klägerin erst mit der Klagebeantwortung Zugang erhalten habe, obwohl diese insofern von zentraler Bedeutung gewesen seien, als sie der Kommission als Rechtfertigung dafür dienten, die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte vertretene Auffassung aufzugeben, dass der geplante Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung begründe oder verstärke und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sei.
- 33 Hätte sie diese Schriftstücke, die unvollständige Informationen enthielten und irreführend seien, während des Verwaltungsverfahrens zu Gesicht bekommen, hätte sie deren grundlegende Mängel nachweisen können, und die Entscheidung wäre anders ausgefallen oder hätte zumindest eine ausdrückliche Begründung für die Zurückweisung ihrer Stellungnahme enthalten müssen. Sie wirft der Kommission vor, diese Schriftstücke zurückgehalten und sich auf sie gestützt zu haben, ohne sie jemals im Zusammenhang mit anderen Schriftstücken zu prüfen oder sie Dritten für eine Stellungnahme zugänglich zu machen.
- 34 Die Kommission sei zwar verpflichtet, die Geschäftsgeheimnisse zu schützen, und unterliege keinerlei Verpflichtung, Dritten während des Verwaltungsverfahrens der Fusionskontrolle alle in den Akten enthaltenen Informationen offenzulegen, doch erlaube ihr dies nicht, die Dritten um die Möglichkeit zu bringen, insoweit Stellung zu nehmen; sie könne z. B. eine nicht vertrauliche Fassung oder Zusammenfassung der fraglichen Informationen erstellen.
- 35 Die Klägerin stellt klar, dass sie sich nicht auf den Klagegrund eines Verstoßes gegen die wesentlichen Verfahrenserfordernisse berufe, sie ist jedoch der Meinung, dass die neuen Beweismittel zu spät vorgelegt worden seien, um die Entscheidung in der Sache retten zu können, und den Versuch darstellten, die Entscheidung im Nachhinein zu berichtigen. Sie weist darauf hin, dass die im Verwaltungsverfahren unterbliebene Vorlage von Schriftstücken im Gerichtsverfahren nicht geheilt werden könne (Urteil des Gerichtshofes vom 8. Juli 1999, C-51/92 P, Hercules Chemicals/Kommission, Slg. 1999, I-4235, Randnr. 78), und macht geltend, dass die betreffenden Schriftstücke zurückzuweisen seien.
- 36 Die Kommission beantragt die Zurückweisung dieses Antrags.

*B – Würdigung durch das Gericht*

- 37 Vorab ist festzustellen, dass die Beweismittel, deren Entfernung die Klägerin beantragt hat, als Anlagen zur Klagebeantwortung vorgelegt worden sind, die die Kommission nach Artikel 46 der Verfahrensordnung eingereicht hat. Die Klägerin hat nicht dargelegt, weshalb die Vorlage dieser Beweismittel durch die Kommission gegen die Verfahrensordnung verstoßen soll.
- 38 Festzustellen ist ferner, dass weder die Gründe, weshalb die Klägerin die Entfernung der Beweismittel aus der Akte beantragt, noch der Sinn ihres Antrags deutlich werden.

- 39 Erstens trägt die Klägerin zwar vor, dass die vorgelegten Schriftstücke ein Versuch seien, die Entscheidung im Nachhinein zu berichtigen, sie behauptet indessen nicht, dass die Schriftstücke nach dem Erlass der Entscheidung beschafft oder erstellt worden seien, sondern führt im Gegenteil aus, dass die Schriftstücke im Verwaltungsverfahren insofern von zentraler Bedeutung gewesen seien, als die Kommission sich zur Begründung ihrer Entscheidung auf sie gestützt habe. Dieser Umstand jedoch – sein Vorliegen unterstellt – kann unter keinen Umständen zu einer Entfernung der genannten Schriftstücke führen. Im Übrigen wirft die Klägerin der Kommission zwar vor, sie versuche im Nachhinein, die Entscheidung zu berichtigen, sie macht jedoch nicht, zumindest nicht zur Begründung des vorliegenden Antrags, einen Verstoß gegen den Grundsatz geltend, dem zufolge eine Begründung in der Entscheidung selbst enthalten sein muss und nicht zum ersten Mal vor dem Gericht erörtert werden kann (Urteil des Gerichts vom 15. September 1998, T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, *European Night Services u. a./Kommission*, Slg. 1998, II-3141, Randnr. 95). Eine eventuell unzureichende Begründung wird ohnedies durch Nichtigerklärung der angefochtenen Handlung geahndet, nicht aber durch Entfernung der Schriftstücke. Die Frage, ob die Entscheidung rechtlich hinreichend begründet ist, wird im vorliegenden Fall im Rahmen der einzelnen von der Klägerin geltend gemachten Klagegründe zu prüfen sein.
- 40 Zweitens weist die Klägerin darauf hin, dass die Kommission nicht verpflichtet sei, im Verwaltungsverfahren der Fusionskontrolle Dritten alle in den Akten enthaltenen Informationen offenzulegen, erinnert aber daran, dass nach der Rechtsprechung die Vorlage von Schriftstücken, die im Verwaltungsverfahren unterblieben sei, im Gerichtsverfahren nicht nachgeholt werden könne. Ohne dass der Umfang der Verteidigungsrechte oder des Rechts auf Akteneinsicht Dritter im Verwaltungsverfahren der Fusionskontrolle geprüft werden müsste, genügt die Feststellung, dass die Klägerin ausdrücklich erklärt hat, sie wolle nicht den weiteren Klagegrund der Verletzung wesentlicher Formvorschriften geltend machen. Dem Antrag kann daher nicht stattgegeben werden, soweit er auf diesen Grund gestützt sein sollte. Eine Verletzung der Verteidigungsrechte kann ohnehin nur dann geahndet werden, wenn nachgewiesen ist, dass die unterlassene Offenlegung von Schriftstücken die betreffende Entscheidung für den Kläger nachteilig beeinflussen konnte, was nicht ohne Prüfung der genannten Schriftstücke geschehen könnte.
- 41 Drittens trägt die Klägerin vor, dass die Schriftstücke unvollständige Informationen enthielten und irreführend seien und dass, hätte sie die genannten Schriftstücke im Verwaltungsverfahren einsehen können, sie deren grundlegende Mängel hätte beweisen können, wodurch eine andere Entscheidung hätte herbeigeführt werden können. Dieser Umstand kann indes zwar dazu führen, dass die von der Kommission vorgelegten Beweismittel mit Vorsicht gewürdigt werden, er erlaubt aber nicht den Erlass der von der Klägerin beantragten Maßnahme. Die Maßnahme brächte die Klägerin ganz im Gegenteil um die Möglichkeit, den angeblichen Mangel an Verlässlichkeit oder Relevanz der streitigen Schriftstücke im Rahmen ihrer Klagegründe eines offensichtlichen Beurteilungsmangels zu beweisen.
- 42 Der Hilfsantrag der Klägerin schließlich, mit dem diese beantragt, die Schriftstücke für nicht beweiskräftig oder unerheblich zu erklären, ist aus denselben Gründen ebenfalls zurückzuweisen. Dieser Antrag beinhaltet ohnedies eine Grundsatzfrage, die im Rahmen der verschiedenen Klagegründe und Argumente der Klägerin zu prüfen sein wird.
- 43 Nach alledem ist der Antrag der Klägerin, die von der Kommission zur Begründung ihrer Klagebeantwortung vorgelegten Schriftstücke zu entfernen oder für unerheblich zu erklären, zurückzuweisen.

*II – Zum ersten Klagegrund: Verstärkung einer bereits vorhandenen kollektiven beherrschenden Stellung auf dem Tonträgermarkt*

- 44 Der erste Klagegrund besteht aus zwei Teilen: Erstens sei die Behauptung der Kommission, wonach es vor dem geplanten Zusammenschluss keine kollektive beherrschende Stellung auf dem Markt für bespielte Tonträger gegeben habe, unzutreffend; zweitens sei es fehlerhaft gewesen, die durch den geplanten Zusammenschluss eintretende Verstärkung der bereits vorhandenen kollektiven beherrschenden Stellung nicht festzustellen.

*A – Vorbringen der Klägerin*

1. Zum ersten Teil

- 45 Vorab weist die Klägerin darauf hin, dass es sowohl in der Mitteilung der Beschwerdepunkte als

auch in der Entscheidung zahlreiche Belege dafür gebe, dass der Markt für bespielte Tonträger vor dem Zusammenschluss alle Merkmale eines Marktes aufgewiesen habe, auf dem nach den Kriterien der Rechtsprechung eine kollektive beherrschende Stellung bestehe (Urteil des Gerichts vom 6. Juni 2002, T-342/99, Airtours/Kommission, Slg. 2002, II-2585).

- 46 Erstens trägt die Klägerin insoweit vor, die großen Unternehmen (im Folgenden: Majors) würden so beschrieben, dass sie alle Merkmale einer Gruppe mit beherrschender Stellung hätten: große Marktanteile, beträchtliche Finanzkraft (Randnr. 53 der Entscheidung), Beibehaltung hoher Preise (Randnr. 56 der Entscheidung), oligopolistische Struktur (Randnr. 148 der Entscheidung) und somit gegenseitige Abhängigkeit.
- 47 Zweitens habe die Kommission festgestellt, dass der Markt alle Merkmale aufgewiesen habe, die auf geheime Absprachen hindeuteten, und dass er die Überwachung dieser Koordinierung erleichtert habe (Randnrn. 93 bis 116 der Entscheidung). Sie habe zehn auf eine geheime Absprache hinweisende Faktoren geprüft (vgl. Anlage A.15), die sich seit der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht geändert hätten. Das Format des Produkts sei homogen, und der Verbraucher kaufe Tonträger verschiedener Künstler und verschiedener Genres, wodurch ein Kontinuum austauschbarer Produkte entstehe (Randnr. 110 der Entscheidung). Der Markt sei für die Koordinierung ausgesprochen geeignet, und die Koordinierung habe auch tatsächlich stattgefunden (Randnr. 112 der Entscheidung). Der Kundenstamm sei stabil (Randnr. 112 der Entscheidung), und die Parteien des Zusammenschlusses überwachten den Vertriebsmarkt (Randnr. 113 der Entscheidung).
- 48 Drittens legten die Preise das Vorhandensein einer kollektiven beherrschenden Stellung nahe. Es gebe eine Parallelität der realen Nettopreise (Randnrn. 76 bis 80 der Mitteilung der Beschwerdepunkte und Randnrn. 75, 82, 89, 96 und 103 der Entscheidung). Die Händlerlistenpreise seien bekannt, und die Anzahl der Referenzpreise sei beschränkt (Randnrn. 111 und 112 der Entscheidung). Zwischen den Nettoverkaufspreisen und den Händlerlistenpreisen bestehe ein enger Zusammenhang (Randnrn. 77, 84, 91, 98 und 105 der Entscheidung). Die Händlerlistenpreise und die realen Nettopreise seien stark angeglichen und transparent, und die Transparenz der durchschnittlichen realen Nettopreise werde von den Preisnachlässen nicht berührt (Randnrn. 88, 90 und 92 der Mitteilung der Beschwerdepunkte sowie Fußnoten 45, 49, 52, 55 und 57 der Entscheidung).
- 49 Viertens habe die Kommission festgestellt, dass es Abschreckungsmechanismen gebe, die wirksam werden könnten (Randnrn. 128 bis 132 der Mitteilung der Beschwerdepunkte und Randnr. 118 der Entscheidung), und für die Majors gebe es diesen wirksamen Wettbewerbsdruck nicht.
- 50 Die Klägerin führt aus, die von der Kommission vorgebrachten Gründe, die auf die Heterogenität des Inhalts der Alben, die fehlende Preistransparenz aufgrund von Preisaktionen und darauf gestützt seien, dass es an einem Beweis für irgendeine Vergeltungsmaßnahme fehle, rechtfertigten nicht das Ergebnis, dass eine kollektive beherrschende Stellung nicht bestehe. Die Beurteilung der Kommission weise einen Begründungsmangel und einen offensichtlichen Beurteilungsfehler auf und sei rechtsfehlerhaft.

a) Zum Verstoß gegen die Begründungspflicht

- 51 Die Entscheidung verstoße gegen Artikel 253 EG, denn sie enthalte nicht die Darstellung der tatsächlichen und rechtlichen Umstände, auf die sich das Organ gestützt habe, um so dem Gerichtshof die Ausübung seiner Rechtskontrolle und den Mitgliedstaaten sowie den Beteiligten die Unterrichtung darüber zu ermöglichen, in welcher Weise die Gemeinschaftsorgane den Vertrag angewandt hätten (Urteil des Gerichtshofes vom 26. März 1987, 45/86, Kommission/Rat, Slg. 1987, 1493).

Homogenität des Produkts

- 52 Was erstens die Homogenität des Produkts angeht, wirft die Klägerin der Kommission vor, sie habe nicht begründet, weshalb die Heterogenität des Inhalts ein größeres Gewicht habe als das „Kontinuum der Substituierbarkeit“, dem zufolge die meisten Verbraucher Musik ganz verschiedener Künstler und Genres kauften, oder als die Homogenität des Formats bezüglich der Preise und der Transparenz. Die Kommission begründe auch nicht, weshalb die Feststellung, dass der Preis für die Alben stark standardisiert sei, durch die allgemeine Feststellung erschüttert werde, dass die Preise von dem „Erfolg des Albums“ abhängig seien. Randnummer 110 der Entscheidung enthalte insoweit widersprüchliche Feststellungen.

## Transparenz

- 53 Was zweitens die Transparenz anbelange, sei das Vorbringen der Kommission zu den Preisnachlässen, mit dem diese alle Beweise zur Transparenz zu widerlegen meine, nicht hinreichend begründet.
- 54 So behaupte die Kommission, dass in den größeren Ländern die Preistransparenz, die sich aus den Händlerlistenpreisen ergebe, durch die Werberabatte beseitigt werde, ohne indessen Aufgabe und Bedeutung dieser Preisnachlässe für das Preissystem darzulegen.
- 55 Auch sei bezüglich der kleineren Länder nicht einleuchtend begründet, weshalb die Kommission den Werberabatten, nicht aber den Kundenrabatten eine so große Bedeutung beigelegt habe, während sie in Randnummer 150 der Mitteilung der Beschwerdepunkte behauptet habe, dass, „wie in den größeren Ländern, ... kundenbezogene Rabatte die wichtigsten Preisnachlässe in allen Ländern [sind]“. Es gebe ferner keine genaue Beschreibung dessen, was Kundenrabatte seien. Bei der Würdigung der Transparenz in den kleineren Ländern habe die Kommission ohne nähere Begründung abwechselnd die Kundenrabatte und die Werberabatte verglichen, so dass sich nicht bestimmen lasse, ob sich die Prüfung auf die Werberabatte oder die Kundenrabatte bezogen habe.
- 56 Überdies verweise die Entscheidung nur auf die Beweismittel, die die Preisnachlässe bei Sony und BMG betreffen, und erfasse nicht die sonstigen Majors (Randnr. 71 und Fußnote 43 der Entscheidung). Die Begründung sei daher unvollständig.

## Abschreckungsmaßnahmen

- 57 Was drittens die Abschreckungsmaßnahmen angehe, begründe die Kommission nicht, weshalb mit dem Umstand, dass sie die Anwendung von Vergeltungsmaßnahmen nicht beweisen können – selbst wenn er zuträfe –, alle Beweise für die Existenz wirksamer Abschreckungsmaßnahmen widerlegt werden könnten.

## Gegengewicht

- 58 Viertens schließlich würdige die Entscheidung im Gegensatz zur Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht das Bestehen eines Gegengewichts auf dem Markt und gebe für diese fehlende Würdigung auch keine Erklärung, was einem Fehlen jeder Begründung gleichkomme.

### b) Zum offensichtlichen Beurteilungsfehler

- 59 Die Klägerin erinnert an die Rechtsprechung, wonach die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begehe, wenn sie bei der Abwägung widerstreitender Argumente dem einen Argument mehr Gewicht als dem anderen beimesse (Urteil des Gerichts vom 10. Oktober 2001, T-111/00, British American Tobacco International [Investments]/Kommission, Slg. 2001, II-2997, Randnr. 58) oder wenn die zur Begründung der Entscheidung herangezogenen Gründe die Entscheidung in Wirklichkeit nicht trügen. Ferner sei, wenn die Beurteilung der Kommission nicht durch bestimmte Beweise oder Tatsachen untermauert sei, davon auszugehen, dass sie nicht auf angemessene und vertretbare Weise zustande gekommen sei (Urteil des Gerichtshofes vom 22. Oktober 1991, C-16/90, Nölle, Slg. 1991, I-5163). Die Feststellung aber, dass eine kollektive beherrschende Stellung nicht vorliege, werde durch keine relevanten Tatsachen, keine Erwägungen und keine Beweise untermauert, und die Kommission sei ihrer Pflicht, die einschlägigen Faktoren insgesamt zu beurteilen, nicht nachgekommen.
- 60 Die Entscheidung sei mit offensichtlichen Beurteilungsfehlern bei der Bestimmung der Homogenität des Produkts, der Transparenz, des Vorliegens von Abschreckungsmaßnahmen, der Bewertung des Gegengewichts und der Untersuchung der gemeinsamen Politik behaftet.

## Homogenität des Produkts

- 61 Die Kommission habe einen Beurteilungsfehler begangen, als sie die Auffassung vertreten habe, dass die Heterogenität des Inhalts größeres Gewicht als die Homogenität des Formats habe, jedoch eingeräumt habe, dass der Verbraucher Tonträger verschiedener Künstler und verschiedener Genres kaufe, und dass es daher ein „Kontinuum der Substituierbarkeit“ gebe. Der Parameter bezüglich der Heterogenität des Produkts sei ohnehin nur erheblich, wenn die Preise aufgrund individueller Titel

und nicht, wie vorliegend, aufgrund einiger Referenzpreise festgestellt worden seien (Randnrn. 110 und 111 der Entscheidung). Nach der Logik der Kommission könne es in den Wirtschaftszweigen des geistigen Eigentums niemals eine kollektive beherrschende Stellung geben, weil es niemals eine vollständige Homogenität des Inhalts geben könne.

#### Transparenz

- Allgemeines Vorbringen

62 Die Klägerin trägt vor, an den vorgelegten Beweisen zeige sich, dass die von den Majors angewandten Preise zweifellos so transparent seien, dass diese ihre Preise angleichen können. Die Kommission habe keinen Beweis beigebracht, der dieses Ergebnis entkräften könne, sondern habe lediglich aus den angeblichen Unterschieden bei den Rabatten den Schluss gezogen, dass die Transparenz so weit beseitigt oder eingeschränkt werden könne, dass eine Preisangleichung nicht mehr möglich sei.

63 Der Beurteilungsfehler ergebe sich aus den Schlussfolgerungen der Kommission, wonach

- es eine parallele und relativ ähnliche Preisentwicklung bei den Majors bezüglich der durchschnittlichen Nettopreise gebe (Randnrn. 75, 82, 89, 96 und 103 der Entscheidung);
- die Händlerlistenpreise möglicherweise als Anknüpfungspunkt für eine Preisangleichung herangezogen worden seien (Randnrn. 76, 83, 90, 97 und 104 der Entscheidung);
- die Händlerlistenpreise sich parallel zueinander entwickelt hätten (Randnrn. 77, 84, 91, 98 und 105 der Entscheidung).

64 Die Klägerin führt aus, dass die Händlerlistenpreise transparent seien, die Einzelhandelsverkaufspreise bekannt seien, die durchschnittlichen Nettopreise sich parallel zu den Händlerlistenpreisen entwickelten und die Händlerspannen hinreichend genau bekannt seien. Die Nettopreise des Einzelhandels (also die Händlerlistenpreise nach Abzug der Preisnachlässe) seien folglich trotz der Preisnachlässe transparent. Dies ergebe sich im Übrigen aus der Mitteilung der Beschwerdepunkte (Randnrn. 81 bis 92) und aus Randnummer 77 der Entscheidung, wonach, „[w]enn die Topkonzerne durch Preisnachlässe erheblich von ihrer Preispolitik abweichen würden, ... sich diese Abweichung in den durchschnittlichen Nettopreisen niederschlagen [würde]“.

65 Die Kommission habe einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, indem sie den Preisnachlässen, vor allem den Werberabatten, eine übertrieben große Bedeutung beigegeben habe, denn

- sie habe sich auf die Angaben von Sony und BMG über die Preisnachlässe, nicht aber auf die Angaben über den parallelen Verlauf von Händlerlistenpreisen und Nettopreisen bezüglich aller Majors gestützt (Fußnote 43 der Entscheidung);
- nach den Angaben der Einzelhändler seien die Preisnachlässe transparent; 20 der 26 von der Kommission befragten Einzelhändler hätten bestätigt, dass den Majors die Preisnachlässe der anderen bekannt seien. Dies gelte insbesondere für die Kundenrabatte, die wichtigsten Rabatte, da sie jedes Jahr ausgehandelt würden;
- Sony und BMG hätten wöchentliche Berichte zur Kontrolle des Einzelhandels eingeführt, die auch Informationen über die Wettbewerber enthielten (Randnr. 113 der Entscheidung);
- für Kompilationen hätten die Majors gemeinsame Vertriebs- und Partnerschaftsvereinbarungen, in deren Rahmen die Kundenrabatte offengelegt würden;
- der Transfer von Direktoren zwischen den Tonträgerunternehmen sei erheblich;
- die wöchentlichen Hitparaden lieferten Informationen über den Verkauf eines Titels und zeigten direkt, welche Titel zu Hits würden und den größten Anteil am Umsatz einbrächten (Randnr. 73 der Entscheidung);
- nach dem Bericht des Office of Fair Trading (Wettbewerbsbehörde des Vereinigten

Königreichs) seien Informationen über die Wettbewerber auf dem Markt für bespielte Tonträger viel leichter zugänglich als in jedem anderen Wirtschaftszweig (Anlage A.16 zur Klageschrift).

- 66 Aufgrund dieser Faktoren sei die Kommission im Übrigen in Randnummer 81 der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu dem Ergebnis gekommen, dass „die Preisnachlässe ... größtenteils stabil [waren] und ... nicht dazu benutzt [wurden], die Preispolitik wirksam zu ändern“. Die Umstände hätten sich seither aber nicht geändert.
- 67 Die Werberabatte würden allgemein nicht für bespielte Tonträger eingeräumt, die in den Charts stünden und ungefähr 80 % der Einkünfte einbrächten, sondern würden nur gewährt, um den Verbrauchern einen Anreiz zu bieten, im Titelkatalog („back catalogue“) zu blättern (Anlage A.17 zur Klageschrift); sie hätten nur geringe Auswirkungen auf die Auswahl, die die Kommission untersucht habe (Randnrn. 70 und 71 der Entscheidung). Da außerdem die von der Kommission untersuchten Angaben bezüglich der genannten Werberabatte nur Sony und BMG betrafen, sei ihre Bedeutung sogar noch geringer.
- 68 Der Teil der Preisstruktur der Majors, der potenziell von einer mangelnden Transparenz betroffen sei, sei daher klein, wie dem der Klageschrift beigelegten Bericht zu entnehmen sei, der das europäische Preis- und Rabattsystem erläutere (Anlage A.17).
- 69 Die Kommission verfüge über ausreichend Schriftstücke, anhand deren sie ihre Untersuchungen überprüfen könne, doch habe sie dies nicht getan, vor allem nicht in Bezug auf die Beweismittel, die die Einzelhändler betreffen. Dadurch, dass sie den Sachverhalt nicht richtig gewürdigt habe und den Preisnachlässen, vor allem den Werberabatten, zu große Bedeutung beigelegt habe, habe die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen.
- Allgemeine Bemerkungen zu den neuen Beweismitteln
- 70 Ausgehend von neuen Informationen, die die Kommission in der Anlage zu ihrer Klagebeantwortung vorgelegt hat, gelangt die Klägerin zu der Auffassung, dass die Kommission ihre Beurteilung, dass der Markt nicht transparent sei, offensichtlich auf die Komplexität der zwischen den Kunden, den individuellen Titeln und je nach Zeitpunkt bestehenden individuellen Unterschiede in den Preisnachlässen gestützt habe. Derartige individuelle Unterschiede, die bisweilen beträchtlich seien, schlossen indessen nicht aus, dass sich die Preisfestsetzung nach einer beschränkten Anzahl bekannter Strukturen und Regeln bestimmen lasse; durch diese seien die durchschnittlichen Preise vorhersehbar, und jede erhebliche und systematische Abweichung von ihnen sei offensichtlich.
- 71 Aufgrund dieser Regeln sei es vielleicht nicht möglich, den Preis jeder dem individuellen Einzelhändler in Rechnung gestellten individuellen Veröffentlichung jederzeit vorherzusagen, doch sei es möglich, die aus einer Gruppe von Händlerlistenpreisen hervorgehenden Nettopreise hinreichend sicher zu kennen und festzustellen, ob sich die Wettbewerber an die genannten Regeln gehalten hätten. Die Regeln lieferten somit die Transparenz, die für die kollektive Marktbeherrschung Voraussetzung sei. Das abgestimmte Verhalten, das aus der parallelen Bewegung der Händlerlistenpreise und der durchschnittlichen Nettopreise hervorgehe, könne somit nur aufgrund allgemein bekannter und richtig verstandener Strukturen oder Regeln entstehen, die überwacht werden könnten, nicht aber aufgrund perfekter und vollständiger Kenntnis jeder individuellen Preisentscheidung.
- 72 Die Kommission habe nicht untersucht, ob die bei den durchschnittlichen (Brutto- und Netto-) Preisen beobachtete Parallelität möglicherweise das Ergebnis eines sich nach diesen Regeln ergebenden abgestimmten Verhaltens gewesen sei, sondern habe stattdessen geschlussfolgert, dass dies nicht der Fall sei, weil es individuelle Schwankungen gegeben habe, ohne dabei zu prüfen, ob diese statistisch signifikant gewesen seien und erhebliche Auswirkungen auf die Durchschnittswerte gehabt hätten.
- 73 Diese Regeln würden nicht für alle Fälle, aber für einen wesentlichen Teil des Absatzes in allen Kategorien der bespielten Tonträger eines jeden großen Tonträgerunternehmens gelten (Neuveröffentlichungen, neue Künstler, „Fullprice-Katalog“, „Midprice-Katalog“, „Budget-Katalog“ usw.), für die es jeweils eine beschränkte Anzahl allgemeiner Verkaufsstrategien gebe, die die überwiegende Anzahl der Umsätze bestimme (Ersatz eines bespielten Tonträgers in der Hitparade, Teilnahme an Absatzförderungskampagnen, Ankauf von Auslagenpositionierungen usw.). Diese Verkaufsstrategien könnten zwar in jedem Land und je nach den Kunden anders ausfallen (Supermärkte, Fachmärkte, unabhängige Händler), sie seien jedoch zahlenmäßig beschränkt und den Verkaufsleitern bekannt. Die Regeln und Strukturen würden ausreichen, um die Angleichung der

Preise zu ermöglichen, ohne dass eine besondere Kenntnis der Netto- und Bruttopreise für die individuellen Veröffentlichungen erforderlich wäre. Sie böten auch in einem Umfeld, in dem die Nachfrage nach individuellen Titeln schwanke und der Erfolg eines Albums nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden könne, die nötige Flexibilität, um sich dem individuellen Fall anzupassen, ohne die Preisstruktur im Ganzen zu gefährden.

74 Die individuellen Schwankungen dürften nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Nettopreise insgesamt stark an die Bruttopreise angeglichen seien und dass dies deswegen so sei, weil alle Unternehmen bestimmte allgemeine Regeln befolgten, die die Preise in ihrer Gesamtheit in hohem Maße vorhersehbar und die systematischen Unterschiede sichtbar machten. Eine Transparenz sei somit gegeben.

75 Die Untersuchung der neuen in der Anlage zur Klagebeantwortung bezeichneten Beweismittel zeige, dass sich die Kommission auf die individuellen Schwankungen konzentriert habe, ohne zu prüfen, ob diese statistisch signifikant seien. Die Kommission habe keine ordnungsgemäße statistische Untersuchung der zugrunde liegenden Daten durchgeführt und habe weder die Bedeutung der Preis- oder Rabattklassen oder die Erheblichkeit der Schwankungen innerhalb der gewöhnlichen Preisspannen geprüft noch die Einzelhändler danach befragt, ob sich die individuellen Schwankungen im Rahmen der allgemeinen Regeln des Preissystems hielten. Die Kommission sei zu Unrecht zu dem Ergebnis gekommen, dass die bloße Existenz von Schwankungen ausschließe, dass die Schwankung von einigen isolierten Fällen verursacht worden sein könne, während die Masse der Umsätze Preisen unterliege, die sich nach bekannten und vorhersehbaren Regeln bestimmten.

76 Überdies habe die Kommission die Beweismittel nach einer fehlerhaften Methode und ohne Durchführung der erforderlichen Tests untersucht.

77 Die Klägerin macht zu den neuen Beweismitteln der Kommission folgende allgemeine Anmerkungen:

- Ein großer Teil der Daten sei für die Beurteilung der Bedeutung der Preis- und Rabattklassen nicht nach Maßgabe der Umsätze berichtet worden. Dort, wo die Daten zutreffend zusammengefasst worden seien – also zwischen den Wirtschaftsteilnehmern, berichtet nach Maßgabe der Umsätze –, seien die Schwankungen durchaus weniger signifikant;
- die Daten seien größtenteils nicht statistisch untersucht worden, und es könne daher nicht beurteilt werden, ob die Schwankungen unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Produktkategorien signifikant seien;
- abgesehen von einigen Daten aus der Mitteilung der Beschwerdepunkte verglichen die Daten nur die Preise der Parteien des Zusammenschlusses. Das Argument der Kommission, wonach die Feststellung, dass es zwischen zwei Majors intransparente Rabattpraktiken gebe, ausreiche, um die Transparenz zu verringern, sei unzutreffend angesichts dessen, dass Sony und BMG sehr unterschiedliche Marktleistungen hervorgebracht hätten und dass bei unterschiedlichen Leistungen quer durch eine Reihe von Veröffentlichungen die Preis- und Rabattspanne auch in einem einheitlichen System schwanken würde. Zudem seien die Parteien des Zusammenschlusses die beiden Unternehmen, die historisch gesehen am unterschiedlichsten seien, so dass der Zusammenschluss nicht nur die Anzahl der Marktteilnehmer verringern würde, sondern diese auch angleichen würde;
- die Kommission habe keine Untersuchung darüber durchgeführt, ob es auf Seiten der Majors Daten gebe, die der angeblichen Unterschiedlichkeit und Komplexität der Preise direkt widersprächen, nämlich die Budgets oder sonstigen Daten, die die Netto- und Bruttopreise sowie die Preisnachlässe, deren Berechnung zwischen den Wettbewerbern parallel verlaufe und zeitlich stabil sei, exakt vorhersagen;
- die Aussagen der Führungskräfte der Parteien des Zusammenschlusses betreffen nicht die Schlüsselfragen – wie das Bestehen allgemeiner Preisregeln und die Preisüberwachung – und seien nicht überprüft worden.

78 Die Auffassung der Kommission, dass die durchschnittlichen Nettopreise Ausdruck einer Vielzahl recht unterschiedlicher individueller Entscheidungen seien und dass dies mit hinreichender Sicherheit zu beobachten sein müsse, damit eine wirkliche Koordinierung der Nettopreise möglich

sei, sei unzutreffend, denn es reiche aus, dass jedes Unternehmen prüfen könne, ob sich die Preisentscheidungen aller Unternehmen, gemessen an deren Veröffentlichungen, an bestimmte Preisregeln hielten, damit die Preisbewegungen dem Einzelnen bekannt würden und die stillschweigende Kollusion aufrechterhalten werde.

79 Die Schwankungen, die die Kommission aufgrund der von den Parteien des Zusammenschlusses zur Verfügung gestellten Daten festgestellt habe, könnten – abgesehen davon, dass sie weniger konkret seien, als die Kommission anzunehmen scheine – nicht als Beweis für die fehlende Transparenz der Preise angesehen werden, da, wie in jedem Industriezweig im Bereich des geistigen Eigentums, wo die Wertentwicklung eines individuellen Titels variabel sei und von verschiedenen Vermarktungstätigkeiten abhängen, wo aber aggregierte Reihen solcher Titel mit den allgemein anerkannten Regeln im Einklang stünden, jede Schwankung der Preisnachlässe und Preise ohne weiteres unter Bezug auf einige allgemein bekannte Grundsätze erklärt werden könne.

80 Die Klägerin zeigt sich ferner verwundert darüber, dass die Kommission von den Beweismitteln in der Mitteilung der Beschwerdepunkte, die zum Teil gewichtet seien und den gesamten Industriezweig abdeckten, nur sehr wenige übernommen habe, sich jedoch auf die von Sony und BMG vorgelegten Informationen konzentriert habe, die die genannten Eigenschaften nicht hätten. Die Differenzen müssten daher miteinander in Einklang gebracht werden, ehe die ursprünglichen Daten zurückgewiesen würden, und es sei nicht zu erkennen, dass die Beurteilung der Kommission ausgewogen sei.

– Einzelprüfung der verschiedenen Beweismittel

81 Die Aussagen der Führungskräfte von Sony und BMG, die in Anlage B.2 enthalten seien, hätten sich auf die Behauptung beschränkt, dass es unterschiedliche Preisnachlässe für unterschiedliche Kunden gebe, sie hätten sich jedoch nicht mit der Frage befasst, ob die Preisnachlässe weitgehend von einer Reihe allgemeiner Regeln bestimmt würden. Während in den Erklärungen betont worden sei, dass der Preisfestsetzungsmechanismus sehr komplex sei, widerlege Anlage B.14, mit der die Komplexität der Werberabatte belegt werden solle, diese Komplexität in Wirklichkeit, indem sie dort die Funktionsweise der Preisnachlässe auf einer einzigen Seite beschreibe. Es hätte die Frage gestellt werden müssen, ob es Standardmargen mit unterschiedlichen Preiskategorien gebe und ob die Preisnachlässe größtenteils dazu tendierten, sich um geringe Spannen herum anzusiedeln. Die Fragen seien offenbar so konzipiert worden, dass verborgen bleibe, dass die Margen als allgemeine Regeln bekannt sein könnten und somit nicht bei jeder Veröffentlichung einzeln bekannt zu sein brauchten und eine Rekonstruktion der individuellen Preise überhaupt nicht erforderlich sei, damit ein großes Tonträgerunternehmen in der Lage sei, den von seinen Mitbewerbern angewandten Preis zu überwachen. Diese Fragen seien auch den Einzelhändlern nicht gestellt worden, obwohl dies einen Vergleich der Antworten ermöglicht hätte.

82 Was Anlage B.3 betrifft, in der der Prozentsatz der Großhandelsumsätze der Parteien des Zusammenschlusses bezüglich ihrer zehn höchsten Händlerlistenpreise von 1998 bis 2003 dargestellt werde, der nach Auffassung der Kommission die Unvorhersehbarkeit des Erfolgs und somit die Notwendigkeit für jeden Major belege, die Händlerlistenpreise von mehr als 80 Alben seiner Wettbewerber zu überwachen, so stellt die Klägerin gewisse Unstimmigkeiten bei den Daten fest (wie Schwankungen im Verlauf der Zeit) und macht geltend, dass die Daten nur belegten, dass die Parteien des Zusammenschlusses ihre Produkte zu unterschiedlichen Händlerlistenpreisen verkauften. Dies sei unerheblich, da die Entscheidung feststelle, dass die Händlerlistenpreise recht transparent seien. Ferner gehe entgegen der von der Kommission vorgetragenen Auffassung aus Randnummer 111 der Entscheidung hervor, dass „[d]ie Majors ... jedoch lediglich die Referenzpreise einiger weniger Bestseller-Alben berücksichtigen [müssen], um den Großteil der Verkäufe zu erfassen“. Diese Informationen widersprächen auch nicht den Überlegungen, die die Kommission in der Anhörung geäußert habe, wonach sich die große Mehrheit der Umsätze der einzelnen Majors auf sehr wenige Händlerlistenpreise beziehe. Es sei nicht erforderlich, die Preise von mehr als 80 Alben zu überwachen: Da es allgemein verstandene Grundsätze und Regeln gebe, reiche es für die Überwachung einer globalen Einhaltung der Koordinierung nämlich aus, nur für einige Titel festzustellen, ob die Regeln eingehalten worden und ob die Regelwidrigkeiten systematisch seien. Die Schlussfolgerung, die die Kommission aus der Schwankung beim Prozentsatz der Bruttoumsätze der Parteien des Zusammenschlusses ziehe, sei somit nicht gerechtfertigt.

83 Ferner betonten diese Tabellen einen Umstand, nämlich die Unvorhersehbarkeit des Erfolgs, der im Gegensatz zu den zentralen Feststellungen der Entscheidung stehe, wonach erstens die Händlerlistenpreise transparent seien und einen Anknüpfungspunkt für die Preisangleichung bildeten (Randnrn. 76, 83, 90, 97 und 104 der Entscheidung), zweitens die Überwachung der Preislisten der anderen Majors möglich sei (Randnrn. 76, 83, 90, 97 und 104 der Entscheidung) und drittens die

- Majors lediglich die Referenzpreise einiger weniger Bestseller-Alben zu berücksichtigen brauchten, um den Großteil der Verkäufe zu erfassen (Randnr. 111 der Entscheidung). Selbst wenn schließlich die Händlerlistenpreise von mehr als 80 Alben (oder 60 Alben nach dem Zusammenschluss) überwacht werden müssten, so wäre dies nicht so aufwendig, wie die Kommission meine.
- 84 Was die Anlagen B.4 und B.5 bezüglich der durchschnittlichen Rabatte auf den Rechnungsbetrag angehe, die Sony und BMG ihren zehn besten Kunden in vier der fünf großen Mitgliedstaaten gewährten, so stelle sich die Klägerin zunächst die Frage, inwieweit die Unterschiede bei den durchschnittlichen Rabatten auf den Rechnungsbetrag auf unterschiedliche Behandlungen der unterschiedlichen Kunden, nicht aber auf Unterschiede in der Leistungsfähigkeit des Portfolios der Parteien des Zusammenschlusses hinwiesen, da die Stärke der Veröffentlichungen eines großen Tonträgerunternehmens sowie die Zusammensetzung seiner Aktivitäten (Sendungen in den Hitparaden, Katalog, Maßnahmen im Supermarkt, Sonder- und Werbeaktionen) die den Kunden gewährten durchschnittlichen Preisnachlässe beeinflussten. Etwaige Unterschiede in der Kundenbehandlung durch die Parteien des Zusammenschlusses bedeuteten auch nicht, dass ihre Preisentscheidungen intransparent seien, denn diese Unterschiede könnten systematisch, vorhersehbar und zeitlich stabil sein.
- 85 Anlage B.5, in der angeblich Beispiele aufgezeigt würden, bei denen es keine gegenseitige Abhängigkeit und keine parallele Bewegung gebe, sei unerheblich, da sie durch die unterschiedliche Leistung der Portfolios der Parteien des Zusammenschlusses zu erklären sei und überdies erhebliche Ähnlichkeiten zeige (geringere Preisnachlässe für denselben Kunden oder gleichzeitig sich ändernde Preisnachlässe oder zeitlich stabile Unterschiede). Nur das Beispiel des Kunden Nummer 1 in Deutschland entspreche der Auffassung, dass einer der Majors seine realen Preise senken könne, ohne dass ihm seine Wettbewerber darin folgten, doch sei nur eine bestimmte Schwankung im Laufe eines bestimmten Jahres in einem bestimmten Land im Hinblick auf einen bestimmten Kunden nicht überzeugend. Da in den Tabellen außerdem nur die Daten von Sony und BMG untersucht würden und diese Daten nicht gewichtet worden seien, seien die Schwankungen überbewertet. Dies gelte insbesondere für die Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung, die die Kommission hätte durchführen müssen, da der Zusammenschluss Unternehmen mit sehr unterschiedlicher Leistung zusammenführen werde und daher die Symmetrie und die Homogenität und damit die Wahrscheinlichkeit einer stillschweigenden Kollusion verstärken könne.
- 86 Was die Anlagen B.6 und B.7 angehe, in denen die angeblichen Beweise für die Schwankungen bei den Rabatten auf den Rechnungsbetrag angeführt würden, die die Parteien des Zusammenschlusses über einen Zeitraum von fünf Jahren ihren zehn besten Kunden für die 20 besten CDs gewährt hätten, weist die Klägerin darauf hin, dass die Tabellen nur Spannen aufwiesen und diese irreführend sein könnten, da sie die Extremwerte, nicht aber Durchschnittswerte und statistisch signifikante Schwankungen um diese Durchschnittswerte herum zeigten. Weite Rabattspannen könnten durch einige seltene Ausnahmen erklärt werden, während sich die große Masse der Rabatte auf demselben Niveau bewege. Über ihre methodologischen Unzulänglichkeiten hinaus offenbarten die Tabellen ferner interessante Regelmäßigkeiten. Ausweislich der Anlage B.6 gewährten z. B. im Land A die beiden Parteien des Zusammenschlusses den Großhändlern generell größere Preisnachlässe als den Supermärkten und den allgemeinen Einzelhändlern, und Anlage B.7 zur Klagebeantwortung zeige eine erstaunlich stark angegliche Beziehung zwischen den Rabattklassen.
- 87 Bezüglich der Anlagen B.8 und B.9, die nach Auffassung der Kommission belegten, dass die Parteien des Zusammenschlusses keiner einheitlichen Rabattpraxis folgten, dass sich ihre Praktiken im Laufe der Zeit änderten und dass sich im Jahr 2003 die Aufgliederungen der von den Parteien des Zusammenschlusses gewährten Rabatte nicht sehr ähnlich gewesen seien, hebt die Klägerin erneut hervor, dass die Unterschiede, die in den Rabattklassen zeitlich und zwischen den Parteien des Zusammenschlusses festzustellen seien, das Ergebnis von Unterschieden in der Leistung sein könnten, und dass dies in keiner Weise nahelege, dass die Rabatte nicht die Folge einer bekannten Reihe von Regeln sei. Ferner wiesen die Daten in der Anlage B.8 eher in eine Richtung, die der von der Kommission angegebenen entgegengesetzt sei (eher stabilere und ähnlichere bzw. sich annähernde Rabattstruktur, hoher Korrelationsfaktor).
- 88 Die Rabattstrukturen änderten sich zeitlich nicht so, wie es die Analyse der Kommission nahelege. Die in der Anlage D.3 dargestellten Zahlen zeigten den Korrelationskoeffizienten der Rabattstrukturen der einzelnen Parteien des Zusammenschlusses in einem bestimmten Jahr und die Rabattstrukturen des vorangegangenen Jahres. Selbst wenn die Zusammensetzung der Aktivitäten Auswirkungen auf die Rabatte habe, wiesen die hohen globalen Korrelationskoeffizienten darauf hin, dass die Rabattstrukturen zeitlich relativ stabil blieben und damit zu einigermaßen vorhersehbaren Nettopreisen anhand von transparenten Händlerlistenpreisen führten.

- 89 Die Darstellung der Daten in sehr engen Spalten in Verbindung mit bestimmten Abgrenzungen könne zudem die Unterschiede verstärken (steige z. B. der Rabatt von ein wenig unter 15 % auf ein wenig mehr als 15 %, finde ein Spaltenwechsel ohne signifikante Änderung des tatsächlichen Rabatts statt). Würde die Wertentwicklung auf dem Erfolg basieren, den die Parteien des Zusammenschlusses mit den 20 meistverkauften Titeln erzielten, wäre auf einem Markt mit starkem Wettbewerb eine Preisänderung festzustellen. Da dies nicht der Fall sei, sei das Rabattsystem nicht wirklich ein starker Wettbewerbsfaktor oder eine Quelle fehlender Transparenz.
- 90 Bezüglich der Anlage B.10, die die Aufteilung der Nettopreise unter den fünf besten Kunden von Sony und BMG für das Jahr 2003 wiedergebe, sei die Relevanz der von der Kommission gezogenen Schlussfolgerung, dass unterschiedliche Kunden in den verschiedenen Nettopreisklassen sehr unterschiedliche Teile ihrer Einkäufe bei einem Major tätigten, fragwürdig, weil die Transparenz und die Vorhersehbarkeit der Preise nicht voraussetzten, dass Kaufneigungen unter den Kunden der beiden Tonträgerunternehmen identisch oder ähnlich seien. Da die bestimmenden Faktoren für die Höhe der Rabatte, die zur Erreichung der Umsatzziele erforderlich seien, die Produktmischung und das Abschneiden neuer Topveröffentlichungen bei den Kunden seien, sei schwer zu verstehen, wie die Kommission zu dem Ergebnis gelangt sei, dass es in der Nettopreisaufteilung für die Majors allgemein einen Unterschied gegeben habe.
- 91 Außerdem beträfen diese Daten zwar nur Sony und BMG, sie seien aber gleichwohl aussagekräftiger, weil sie gewichtet worden seien. Eine ausführlichere Untersuchung der Aufteilungen nach Ländern weise bemerkenswerte Ähnlichkeiten auf, die in Form eines Diagramms in Anlage D.4 dargestellt worden seien.
- 92 Die Schlussfolgerung der Kommission, dass Anlage B.10 die Unterschiedlichkeit der beiden Parteien des Zusammenschlusses belege, sei zudem nicht mit der Beurteilung in den Randnummern 74 und 75 der Entscheidung vereinbar, wonach die durchschnittlichen Nettopreise von Sony und BMG relativ ähnlich seien, was unter Wahrscheinlichkeitsaspekten die Verwendung von Preisfestsetzungsregeln nahelege, die sicherstellten, dass die Preise ganz überwiegend in der Nähe einiger Referenzpreise angesiedelt seien. Diese Beweismittel stützten nicht die Auffassung, dass eine komplexe Preisfestsetzung die Preise intransparent werden lasse, sondern die gegenteilige Auffassung, wonach die Preise trotz der sichtbaren Komplexität der individuellen Preisfestsetzungen einigermaßen vorhersehbar und ähnlich seien.
- 93 Anlage B.11, die die vierteljährlichen Durchschnittsnettopreise je Album in den meistgenutzten Händlerlistenpreisen aufführe, liefere keinen Hinweis auf fehlende Transparenz, da die Tabelle unter dem für die Verwendung von Spannen charakteristischen Problem leide, nämlich dem Problem, dass sie nur Extremwerte ausweise, ohne die gewichteten Durchschnittswerte und Schwankungen der Durchschnittswerte zu untersuchen. Die Anlage sei ferner unerheblich, da sie nur Sony betreffe und keine Vergleiche anstelle.
- 94 Die folgende Anlage (B.12) sei ebenfalls unerheblich, da sie keinen Vergleich ziehe und nur belegen solle, dass BMG den Einzelhändlern unterschiedliche Rabattsätze anbiete.
- 95 Die Klägerin wirft der Kommission auch vor, sie habe nicht festgestellt, ob die offensichtlichen Schwankungen der Höhe der Werberabatte durch einige einfache Grundsätze erklärbar seien. Dies sei erstaunlich, da die von der Kommission in einer Anlage zu ihrer Klagebeantwortung (Anlage B.14) aufgestellten Grundsätze darauf hindeuteten, dass es solche Regeln bezüglich der Werberabatte gebe und dass sie sehr einfach seien:
- Die Werberabatte schwankten je nach Umfang der Bestellung (nicht im speziellen Fall von Frankreich);
  - die Werberabatte schwankten je nach Art des Verbrauchers (in Deutschland z. B. erhielten die Großhändler und die Musikklubs im Allgemeinen größere Preisnachlässe);
  - die Werberabatte schwankten je nach Art der Titel oder der Veröffentlichung (z. B. je nach der Popularität des Künstlers oder des Zielpublikums);
  - die Werberabatte konzentrierten sich auf die Kunden, von denen, ausgehend von der Art des Einzelhändlers und den demografischen Merkmalen seines Kundenstamms, bekannt sei, dass sie eine besondere Gattung verkauften;

- die Werberabatte änderten sich mit der Art der Kampagne (z. B. nur ein Titel oder ein Titelsortiment, gewöhnlich ein Katalog);
  - die Werberabatte änderten sich je nach Höhe der Vermarktungskosten, die der Einzelhändler zu tragen bereit sei.
- 96 Wenn diese Regeln allgemein bekannt seien, könne es nicht schwer sein, recht genau die Höhe der Rabatte vorherzusehen, die von einem Major im Hinblick auf einen bestimmten Kunden für einen bestimmten Titel im Rahmen einer bestimmten Kampagne erwartet werden könnten, und somit festzustellen, ob die tatsächlichen Preisnachlässe mit diesen Regeln übereinstimmten. Die Kommission habe insoweit offensichtlich keine Untersuchungen angestellt.
- 97 Da Anlage B.13 Daten nur für ein einziges Jahr zur Verfügung stelle, sei die Anlage nicht beweiskräftig, denn es sei nicht möglich, aufgrund dieser Anlage zu beurteilen, ob die jeweilige Rabatthöhe stabil und somit vorhersehbar sei.
- 98 Zur Anlage B.15, die bestimmte dem Gericht von den Parteien des Zusammenschlusses vorgelegte Überwachungsberichte zusammenfasse, führt die Klägerin aus, diese Beweismittel deuteten nicht darauf hin, dass es keine Preisfestsetzungsmechanismen gebe, die aus einer Reihe allgemeiner Regeln und Orientierungen über die Art der Preisfestsetzung bestünden. Die Kommission hätte sich somit nicht auf die Frage konzentrieren sollen, ob es eine spezifische Überwachung der individuellen Preisnachlässe gegeben habe, sondern darauf, ob eine solche Überwachung insofern erforderlich gewesen sei, als die Schwankungen im Preisfestsetzungssystem Ausnahmen von den für die große Mehrheit der Umsätze geltenden Preisreferenzen seien.
- 99 Was die Anlage B.17 betreffe, die eine Studie der Beratungsgesellschaft RBB Economics (im Folgenden: RBB-Studie) enthalte, der zufolge ein Tonträgerunternehmen nicht in der Lage sei, die Großhandelspreise aus den beobachteten Verkaufspreisen, zu denen die Produkte der Wettbewerber angeboten würden, abzuleiten, konzentriere sich die Studie im Wesentlichen auf die Preise der individuellen Veröffentlichungen, nicht aber auf die Frage, ob es für die große Mehrheit der Veröffentlichungen über einen angemessenen Zeitraum hinweg eine systematische Verbindung zwischen den Händlerlistenpreisen und den Nettogroßhandelspreisen gebe. Zwar könnten unterschiedliche Einzelhändler bei ihrer Preisfestsetzung unterschiedliche Strategien verfolgen, es sei jedoch verwunderlich, dass es zwischen den durchschnittlichen Nettopreisen der Veröffentlichungen in einer bestimmten Kategorie, die an einen bestimmten Einzelhändler verkauft würden, und deren realen Großhandelspreisen für ein hinreichend breites Titelsortiment während eines angemessenen Zeitraums keine eindeutige und systematische Beziehung gebe. Der Umstand, dass es keinen einheitlichen Aufschlag gebe, der automatisch auf die Großhandelspreise angewandt werde, bedeute nicht, dass die Einzelhandelsverkaufspreise und die Großhandelspreise derart ohne Bezug zueinander stünden, dass es unmöglich sei, die Einhaltung der allgemeinen Grundsätze der Preisfestsetzung zu überwachen. Es gebe bei den Aufschlägen ein allgemeines Niveau für unterschiedliche Produktkategorien (top price, super top price, mid price, developing artists, Budget usw.).
- 100 Die Studie gehe einer Untersuchung der Regeln des Preisfestsetzungssystems aus dem Weg, und es sei zu bezweifeln, dass die Kommission die Studie unter Beteiligung von Einzelhändlern oder Dritten geprüft habe und dass sie die zusammengefassten Daten über die Preise und Preisnachlässe angefordert habe, die jedes große Tonträgerunternehmen in seinen Finanzplan eingestellt haben müsse. Es gebe auch keinen Vergleich mit den anderen bereits gesammelten Daten. Eine solche Prüfung hätte entgegen den Feststellungen der Studie Folgendes ergeben:
- Es gebe eine systematische Verbindung zwischen den Produktkategorien, wenn die Produkte richtig definiert würden, um ihre Leistung, ihre Reife und ihre Bedeutung für den Kundenstamm wiederzugeben;
  - die Feststellung, dass die Einzelhändler keinen Standardaufschlag auf die Großhandelspreise vornähmen, sei irreführend, da sie unterschlage, dass es Produktkategorien und Verkaufskampagnen gebe, die unter den Majors bekannt und kohärent seien. Die Studie lasse außer Acht, dass erklärt werden müsse, weshalb die aggregierten Rabattniveaus sich in der Nähe einer beschränkten Zahl von Preis- und Rabattniveaus ansiedelten. Die Schwankungen bei den Preisauflägen seien nur Ausdruck davon, dass sich die Regeln der Nachfrage anpassen;
  - allgemein habe es die Kommission unterlassen, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sie

einen Industriezweig im Bereich des geistigen Eigentums auf dem Tonträgermarkt untersuche. Der Umstand, dass individuelle Veröffentlichungen im Lauf ihres Lebens durch verschiedene bekannte und verstandene Preis- und Rabattkategorien wanderten, bedeute nicht zwangsläufig, dass es keine Transparenz oder nicht zumindest Koordinierung geben könne.

#### Abschreckungsmaßnahmen

- 101 Die Klägerin führt aus, die Kommission habe nicht detailliert alle möglichen Formen von Vergeltungsmaßnahmen untersucht, sondern nur diejenigen, die im Zusammenhang mit den Partnerschaftsvereinbarungen für die Kompilationen ständen. Müsse daher ein großes Tonträgerunternehmen gegenüber den Einzelhändlern zu einer Niedrigpreispolitik übergehen, könnten die anderen es dadurch bestrafen, dass sie die Einzelhändler dazu bewegten, die Niedrigpreispolitik zurückzuweisen, indem sie ihnen größere Rabatte und eine verstärkte Gemeinschaftswerbung anböten. Eine andere Abschreckungsmaßnahme bestehe darin, die Charts-Eignung der Niedrigpreisprodukte des „devianten“ Tonträgerunternehmens oder der Produkte, die eine einseitige Neuerung darstellten, einzuschränken. Die Eignungskriterien für die nationalen Charts würden allgemein durch Ausschüsse festgelegt, die sich im Großen und Ganzen aus Tonträgerunternehmen, gelegentlich darüber hinaus auch aus Einzelhändlern zusammensetzten und sich insbesondere mit den Formaten und den Mindestpreisen befassten.
- 102 Die Kommission habe einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, als sie zwar das Bestehen glaubhafter Abschreckungsmechanismen festgestellt habe, jedoch zu dem Ergebnis gekommen sei, dass es solche nicht gebe, weil sie keinen Beweis für ihre Anwendung gefunden habe. Das wirksamste Abschreckungsmittel sei aber gerade jenes, welches nicht angewandt werden müsse.

#### Gegengewicht

- 103 Die Klägerin führt aus, die Untersuchung der Kommission sei insoweit unvollständig, als in der Entscheidung nicht die Gegengewichte auf dem Markt geprüft würden. Außerdem habe die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte festgestellt, dass weder die unabhängigen Händler noch die Einzelhändler auf die Majors Wettbewerbsdruck ausgeübt hätten.

#### Fehlen einer echten Untersuchung der gemeinsamen Politik

- 104 Die Kommission habe ihre Untersuchung auf den Preiswettbewerb konzentriert und eine Reihe anderer Fragen völlig außer Acht gelassen, obwohl nach der Mitteilung über die horizontalen Zusammenschlüsse (ABl. 2004, C 31, S. 5) die Abstimmung unterschiedliche Formen annehmen könne.
- 105 Die Kommission hätte daher prüfen müssen, ob es für die Majors günstiger sei, sich nachdrücklich für den Erwerb von Marktanteilen einzusetzen, als sich einer gemeinsamen Politik anzuschließen. Der Umstand, dass die Marktanteile der Majors relativ stabil seien und die Änderungen grundsätzlich die Folge von Übernahmen unabhängiger Händler oder von Zusammenschlüssen untereinander seien, bedeute, dass ein wirklicher Wettbewerb bei den Preisen fehle oder eine gemeinsame Politik verfolgt werde, die vor allem darin bestehe, wettbewerblich dort, wo der Markt oligopolistisch sei, nicht tätig zu werden (Urteil vom 17. November 1987, 142/84 und 156/84, BAT und Reynolds/Kommission, Slg. 1987, 4487, Randnr. 43).
- 106 Die Kommission habe auch nicht geprüft, ob die Majors eine parallele Lizenzpolitik für Online-Musik oder für die Verträge mit den Künstlern verfolgten hätten. Sie habe nicht alle in den Randnummern 96 bis 116 der Mitteilung der Beschwerdepunkte einzeln aufgeführten Merkmale geprüft, die belegten, dass der Tonträgermarkt „die Koordinierung in besonderem Maße begünstigt und die Überwachung dieser Koordinierung fördert“ (Randnr. 94 der Mitteilung der Beschwerdepunkte). Die Kommission habe gleichwohl zehn Faktoren festgestellt, die auf eine geheime Absprache einschließlich der strukturellen Verbindungen, der Lizenz- und Vertriebsvereinbarungen sowie der Partnerschaftsvereinbarungen und der Kompilationen hinwiesen (vgl. die Liste, die als Anlage A.15 der Klageschrift beigefügt ist).
- 107 Die Kommission habe ebenfalls nicht geprüft, ob durch den Zusammenschluss die Möglichkeit begründet werden könnte, das Angebot im Hinblick auf die Anzahl neuer Titel oder im Hinblick auf die Originalität neuer Veröffentlichungen zu reduzieren, oder ob der Zusammenschluss die Kreativität, Qualität und Vielfalt bei der Musikauswahl schmälern würde (vgl. Entscheidung 2004/422/EG der Kommission vom 7. Januar 2004 zur Erklärung der Vereinbarkeit eines

Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum [COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP], ABI. L 125, S. 54, Randnr. 674) oder Auswirkungen auf die Verbraucherentscheidungen haben würde, wie dies der Fall gewesen sei in der Mitteilung der Beschwerdepunkte in der Sache Time Warner/EMI (COMP/M.1852 – Time Warner/EMI) (ABI. 2000, C 136, S. 4) (vgl. Randnr. 55 im Hinblick auf die Verdrängung der unabhängigen Händler und die Auswirkungen auf die Auswahl und die Vielfalt der dem Publikum angebotenen Musik). Die Untersuchung habe schließlich weder Artikel 151 Absatz 4 EG noch die kulturelle Vielfalt berücksichtigt.

c) Fehlerhafte Anwendung des Rechts betreffend die kollektiven beherrschenden Stellungen

108 Die Klägerin macht geltend, die Kommission habe drei Rechtsfehler begangen.

109 Erstens sei die Kommission zu dem Ergebnis gekommen, dass die Preise nicht transparent seien, weil nicht sicher sei, dass die Transparenz vollkommen gewesen sei, obwohl nach Randnummer 62 des Urteils Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt) die Frage dahin gehe, ob der Markt „so transparent [sei]“, dass jedes Mitglied des Oligopols „mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit“ die Entwicklung des Verhaltens aller anderen Mitglieder auf dem Markt in Erfahrung bringen könne. Im vorliegenden Fall aber sei der Markt hinreichend transparent.

110 Zweitens habe die Kommission die Auffassung vertreten, dass es angesichts der Preisnachlässe keine gemeinsame Politik gebe, ohne allerdings festgestellt zu haben, dass die Preisnachlässe zu bedeutsamen Preisreduzierungen geführt hätten, so dass, wie die Klägerin ausführt, der Wettbewerb mittels Rabattgewährung marginal sei. Nach Randnummer 60 des Urteils Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt) entkräfte jedoch ein marginaler Wettbewerb nicht schon für sich genommen die Feststellung einer kollektiven beherrschenden Stellung. Der Marktbeteiligte müsse sich bewusst sein, „dass jede auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, stark wettbewerbsorientierte Maßnahme (z. B. eine Preissenkung) seinerseits die gleiche Maßnahme seitens der anderen auslösen würde“. Insbesondere müsse die Kommission lediglich „das Fehlen eines wirksamen Wettbewerbs zwischen den ... dem Oligopol angehörenden Marktbeteiligten“, nicht aber die Beseitigung jedes Wettbewerbs beweisen (vgl. insoweit Urteil des Gerichts vom 30. September 2003, T-191/98 und T-212/98 bis T-214/98, Atlantic Container Line u. a./Kommission, Slg. 2003, II-3275, Randnr. 645).

111 Drittens habe die Kommission einen Rechtsfehler begangen, indem sie ihre Untersuchung auf das Fehlen früherer Nachweise für Vergeltungsmaßnahmen gestützt habe, obwohl nach Randnummer 195 des Urteils Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt) die Kommission nicht unbedingt das Bestehen eines bestimmten, mehr oder weniger strengen „Sanktionsmechanismus“ nachweisen müsse, sondern beweisen müsse, dass es Abschreckungsmittel gebe.

2. Zum zweiten Teil

112 Die Klägerin weist darauf hin, dass die Kommission für die Feststellung, ob ein Zusammenschluss eine beherrschende Stellung verstärke, die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Referenzmärkte anhand einer Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung prüfen müsse (Urteil Airtours/Kommission, oben in Randnr. 45 angeführt, Randnrn. 58 und 59). Die Kommission habe aber eine Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung nicht vorgenommen und die Frage der Verstärkung der beherrschenden Stellung überhaupt nicht geprüft, denn am Ende ihrer rückblickenden Untersuchung habe sie zu Unrecht festgestellt, dass es eine bereits vorhandene kollektive beherrschende Stellung, die hätte verstärkt werden können, nicht gegeben habe.

113 Soweit die Verstärkung der beherrschenden Stellung anhand einer rückblickenden Untersuchung geprüft worden sei, weise die Entscheidung aus den im ersten Teil genannten Gründen einen Begründungsmangel oder einen offensichtlichen Beurteilungsfehler auf, während das Fehlen einer Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung einen Rechtsfehler darstelle.

*B – Vorbringen der Kommission*

114 Die Kommission ist der Auffassung, dass die drei Gründe für die Aufhebung der Entscheidung, die die Klägerin im Hinblick auf den Tonträgermarkt geltend gemacht habe, sich weitgehend überschneiden und dass es daher zweckdienlich sei, zunächst die Begründung der Entscheidung und die Beweismittel, auf die die Kommission ihr Ergebnis gestützt habe, darzustellen und sodann bestimmte fehlerhafte Darstellungen des Inhalts der Entscheidung zu prüfen, die in der Klageschrift

enthalten seien, sowie schließlich die spezifischen Argumente der Klägerin zu untersuchen.

1. Die Entscheidung der Kommission und die Beweismittel, auf die sie gestützt ist

a) Kontext

115 Bezüglich des für das Tonträgergeschäft geltenden Preisfestsetzungssystems trägt die Kommission vor, dass jeder Major und jedes unabhängige Tonträgerunternehmen in regelmäßigen Zeitabständen ein Sortiment verschiedener Preislisten für die CD-Alben festlege, die so genannten „Listenpreise für Händler“. Jeder Major verfüge normalerweise über mehr als 50 Händlerlistenpreise dieser Art mit unterschiedlicher Bedeutung, die den Preiskategorien „voller Preis“, „Midpreis“ und „preisgünstig“ zugeordnet werden könnten, und setze den Listenpreis für jedes von ihm hergestellte CD-Album unter Bezugnahme auf einen dieser Händlerlistenpreise fest. Der dem Kunden (Einzel- oder Großhändler) tatsächlich in Rechnung gestellte Nettopreis sei jedoch wegen der Rabatte auf den Rechnungsbetrag (Kundenrabatte oder Werberabatte), die für einen bestimmten Kunden je nach Zeitpunkt und Art des Albums (bei Werberabatten) unterschiedlich ausfallen könnten, niedriger als der Listenpreis. Jedes Tonträgerunternehmen handele mit jedem seiner Kunden einen auf das ganze Jahr bezogenen Rechnungsrabatt aus (eventuell mit besonderen Rabattsätzen für Popmusik, klassische Musik und Alben, für die im Fernsehen geworben werde), der für alle Umsätze des betreffenden Kunden gelte. Die Werberabatte dagegen würden von Fall zu Fall für unterschiedliche Zeiträume, für individuelle Alben und Gruppen von Alben festgesetzt, deren Verkauf das Tonträgerunternehmen steigern möchte; sie würden nicht unbedingt allen Kunden gewährt, und die Höhe dieser Rabatte sei nicht unbedingt dieselbe. Die Kommission macht darauf aufmerksam, dass der Nettopreis eines bestimmten Albums für einen bestimmten Kunden zu unterscheiden sei von dem durchschnittlichen Nettopreis aller Alben, die von einem bestimmten großen Tonträgerunternehmen während eines bestimmten Jahres abgesetzt würden; dieser Preis bestehe aus dem Quotienten, der aus der Summe aller (potenziell sehr unterschiedlichen) Nettopreise der an die individuellen Kunden verkauften individuellen Alben gebildet werde, geteilt durch die Gesamtzahl der von dem betreffenden Tonträgerunternehmen verkauften Alben.

116 Die Kommission habe einen erheblichen Nachfrage- und Preisrückgang für Musik-CDs seit 1999 festgestellt (Randnrn. 55 bis 59 der Entscheidung).

b) Die fünf großen Märkte (Deutschland, Vereinigtes Königreich, Frankreich, Italien, Spanien)

117 Die Kommission habe erstens geprüft, ob eine bestehende geheime Preisabsprache zwischen den fünf Majors in den fünf großen Mitgliedstaaten festgestellt werden könne (Randnrn. 69 bis 108 der Entscheidung). Sie habe untersucht, ob es zwischen den Preisen Parallelen gebe, indem sie die Entwicklung der realen durchschnittlichen Nettopreise der Majors beobachtet habe, und ob etwaige feststellbare Parallelen durch ein abgestimmtes Verhalten erklärt werden könnten. Zu diesem Zweck habe sie zunächst die Händlerlistenpreise als mögliche zentrale Punkte geprüft und habe sodann untersucht, ob die Rabatte einander angeglichen und so transparent gewesen seien, dass sich die eventuelle einheitliche Gestaltung der Nettopreise wirksam überwachen ließe (Randnr. 73 der Entscheidung).

Angleichung der durchschnittlichen Nettopreise und der Händlerlistenpreise

118 Auf den fünf großen Märkten habe die Kommission nur eine teilweise parallele Entwicklung der durchschnittlichen realen Nettopreise festgestellt. In den einzelnen Ländern bewegten sich die durchschnittlichen realen Nettopreise der einzelnen großen Tonträgerunternehmen die meiste Zeit innerhalb einer Spanne von ungefähr 10 % oder mehr im Verhältnis zueinander. Die Kommission sei der Ansicht gewesen, dass dieser Grad von paralleler Entwicklung aus einleuchtenden Gründen kein schlüssiger Beweis sei (Randnrn. 75, 82, 89, 96 und 103 der Entscheidung). Erstens sei die parallele Entwicklung der durchschnittlichen realen Preise in keiner Weise erwiesen. Zweitens genüge ein paralleles Marktverhalten allgemein nicht als Beweis für ein abgestimmtes Verhalten, wenn die Mechanismen des abgestimmten Verhaltens nicht ermittelt werden könnten. Drittens sei die Kommission im vorliegenden Fall nicht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Entwicklung der durchschnittlichen Nettopreise des einzelnen Majors den anderen Majors bekannt gewesen sei oder gewesen sein könnte. Die durchschnittlichen Nettopreise seien Ausdruck einer sehr großen Vielfalt individueller Entscheidungen zur Preisfestsetzung (vgl. z. B. Anlage B.10), und für eine signifikante Angleichung der Nettopreise müssten die individuellen Entscheidungen mit hinreichender Gewissheit festgestellt werden können.

119 Die Kommission habe in der Tat einige Hinweise darauf gefunden, dass die Listenpreise (d. h. die

Händlerlistenpreise) als Ausgangspunkt für eine Preisangleichung herangezogen werden könnten. In jedem der fünf großen Mitgliedstaaten seien die Gesamtumsätze der einzelnen großen Tonträgerunternehmen (mehr als 55 % und in einem Land sogar 85 %) 2003 mit fünf Händlerlistenpreisen oder sogar mit nur ein bis drei Händlerlistenpreisen für mindestens die Hälfte des Umsatzes mit den Top-100-Einzel-CDs (mit Ausnahme von Spanien) erwirtschaftet worden. Ferner seien die Händlerlistenpreise relativ transparent, da sie in den Katalogen der Majors veröffentlicht seien (Randnrn. 76, 83, 90, 97 und 104 der Entscheidung).

120 Die Kommission habe jedoch zwei Arten von Hindernissen festgestellt, die einer Verwendung der Händlerlistenpreise als Ausgangspunkt für eine stillschweigende Nettopreiskoordinierung und als Überwachungsinstrument für die Einhaltung dieser Preiskoordinierung entgegenstünden – das eine Hindernis sei auf den den Händlerlistenpreisen selbst innewohnenden Grad an Komplexität zurückzuführen, das andere auf die Komplexität und die fehlende Transparenz der Beziehung zwischen den Listen- und den Nettopreisen.

#### Komplexität und Händlerlistenpreise

121 Im Hinblick auf die Händlerlistenpreise seien die CD-Alben wegen ihres unterschiedlichen Inhalts kein völlig homogenes Produkt (Randnr. 110 der Entscheidung). Zwar könnten aufgrund eines „Kontinuums der Substituierbarkeit“ zumindest die Alben ein und desselben Genres als zu einem einzigen Produktmarkt gehörig angesehen werden (Randnrn. 9 bis 13 und 110 der Entscheidung), doch seien die CD-Alben gleichwohl unterschiedliche heterogene Produkte. Selbst wenn daher die Preisbildung und die Vermarktung der CD-Alben auf der Ebene des Großhandels relativ standardisiert sei (die Standardisierungsfaktoren der Großhandelspreisfestsetzung seien die drei großen Preiskategorien, die standardisierte Reihe von Händlerlistenpreisen der einzelnen großen Tonträgerunternehmen sowie der Umstand, dass die für jeden Kunden für das ganze Jahr festgesetzten kundenbezogenen Rabatte und die vereinbarten Rücksendungszahlungen im Allgemeinen anhand einer beschränkten Anzahl von Parametern festgelegt würden), sei das Maß des erwarteten oder des tatsächlichen Erfolgs der individuellen Alben unterschiedlich, wodurch die anfängliche Festsetzung des Händlerlistenpreises bei der Veröffentlichung des Albums und sein späterer Verlauf beeinflusst würden.

122 Darüber hinaus mache es die Unvorhersehbarkeit des Erfolgs wahrscheinlich erforderlich, dass jedes große Tonträgerunternehmen, das die Einhaltung der Nettopreiskoordinierung durch die anderen großen Tonträgerunternehmen genauestens kontrollieren wolle, die Händlerlistenpreise von mehr als 80 Alben überwache, die seine Wettbewerber pro Jahr in einem bestimmten Land herstellten (oder mehr als 60 Alben dieser Art pro Jahr nach dem Zusammenschluss, da die 20 meistverkauften Alben jedes großen Tonträgerunternehmens mindestens 30 % und in zahlreichen Fällen mehr als 50 % seines Gesamtumsatzes ausmachten) (Randnr. 111 der Entscheidung). Ein Tonträgerunternehmen, das sich ein vollständigeres Bild des Marktes verschaffen wolle, müsse mit einer erheblich umfangreicheren Überwachungstätigkeit rechnen, da die 100 meistverkauften Alben der einzelnen großen Tonträgerunternehmen jährlich normalerweise 70 % bis 80 % ihres Gesamtumsatzes mit bespielten Tonträgern ausmachten (Randnr. 71 der Entscheidung), und diese abschließende Prüfung erfordere die Überwachung von fast 400 Alben. Die Parteien des Zusammenschlusses hätten Beweismittel vorgelegt, aus denen hervorgehe, dass sich die Kombination der Händlerlistenpreise für ihre 20 Millionen Einzel-CD-Alben oft von einem Vierteljahr auf das andere sehr stark ändere (vgl. Anlage B.3). Zwar förderten die wöchentlichen Hit-Charts die Überwachung dadurch, dass sie die Titel herausstellten, die zu Hits würden (Randnr. 112 der Entscheidung), sie beseitigten jedoch das Problem nicht.

123 Was die Feststellung in der Entscheidung angehe, dass „einige Hinweise darauf [hindeuteten], dass die Listenpreise für Händler möglicherweise als Anknüpfungspunkt für eine Angleichung der Preise der Topkonzerne ... herangezogen wurden“, betont die Kommission, dass es sich nicht um eine abschließende Feststellung handle. Sie habe zwar festgestellt, dass die Überwachung der Listenpreise möglich sei, die Änderungen bei der Anwendung verschiedener Händlerlistenpreise, die in Anlage B.3 zur Klagebeantwortung aufgeführt seien, belegten jedoch, dass die Überwachung, die mit dem Bemühen um Aufdeckung von Rabattpraktiken einhergehe, zumindest sehr aufwendig sei.

#### Angleichung und Komplexität der Rabatte

124 In den fünf großen Mitgliedstaaten habe die Kommission einen engen Zusammenhang zwischen der Entwicklung der durchschnittlichen Bruttopreise und der durchschnittlichen realen Nettopreise von Sony und BMG über einen Zeitraum von sechs Monaten mit einem zeitlich sehr stabilen Verhältnis von Netto- zu Bruttopreis unabhängig von der Art des Albums festgestellt (Randnrn. 77, 84, 91, 98

und 105 der Entscheidung). Das stabile Verhältnis zwischen den Bruttopreisen und den durchschnittlichen Nettopreisen (d. h. der durchschnittliche Rabatt) der einzelnen Parteien des Zusammenschlusses unabhängig von der Art des Albums in einem bestimmten Land begrenze jedoch zwangsläufig die Wirkungen der verschiedenen Arten von Rechnungsrabatten (Kundenrabatte und Werberabatte), der Unterschiede zwischen den Rechnungsrabatten (Kundenrabatte und Werberabatte), die den einzelnen Kunden gewährt würden, sowie der Unterschiede zwischen den Rechnungsrabatten, die für individuelle Alben gewährt würden. Das Ergebnis bezüglich des stabilen Verhältnisses der durchschnittlichen Netto- und Bruttopreise müsse auch aufgrund der methodisch bedingten Beschränkungen der Untersuchung differenziert werden. Es seien nur die Daten von Sony und BMG berücksichtigt worden, da die anderen Majors mitgeteilt hätten, dass sie nur Nettopreise fakturierten; um das Problem zu lösen, das darin bestehe, dass ein bestimmtes Album im Laufe eines Jahres mehrere Händlerlistenpreise haben könne, hätten die Parteien des Zusammenschlusses jedem Album einen Einheitsbruttopreis zugewiesen, der dem Händlerlistenpreis entspreche, zu dem das Album in dem betreffenden Jahr am häufigsten verkauft worden sei (die Bruttoumsätze je Album seien somit einfach durch Multiplikation des Händlerlistenpreises mit der Anzahl der verkauften Alben errechnet worden). Der Bruttopreis, der für jedes Album festgehalten und für die Berechnung des durchschnittlichen Bruttopreises des einzelnen Majors verwendet worden sei, sei somit ein Näherungswert.

125 Ein stabiles Verhältnis der durchschnittlichen Bruttopreise zu den durchschnittlichen Nettopreisen reiche als Beweis für eine frühere oder eine wahrscheinlich zukünftig stattfindende Preiskoordinierung nicht aus, wenn nicht bewiesen werden könne, dass die Majors über einen Mechanismus verfügten, um das Entstehen dieses Verhältnisses zwischen Bruttopreisen und Nettopreisen als Folge einer Vielzahl individueller Preisfestsetzungsentscheidungen überwachen zu können. Die Kommission habe keine hinreichenden Beweise für einen solchen Mechanismus gefunden.

126 Die Kommission habe zunächst festgestellt, dass die von Sony und BMG auf den Rechnungsbetrag gewährten Rabatte (Kundenrabatte und Werberabatte) in allen großen Mitgliedstaaten mit Abstand die wichtigste Form des Preisnachlasses gewesen seien (mit Ausnahme von Frankreich im Fall von BMG). Die allgemeine Höhe ihrer Rechnungsrabatte sei bis zu einem gewissen Grad unterschiedlich gewesen, wenn die Rabatte als Anteil an ihrem jeweiligen Bruttogesamtumsatz mit den 20 besten Kunden in diesen Mitgliedstaaten berechnet worden seien (der Unterschied in den Rabatthöhen habe sich auf [vertraulich] Prozentpunkte ihrer jeweiligen Bruttogesamtumsätze in Italien, auf [vertraulich] Prozentpunkte im Vereinigten Königreich und in Spanien, auf [vertraulich] Prozentpunkte in Deutschland und auf [vertraulich] Prozentpunkte in Frankreich belaufen).

127 Die Kommission habe keine Beweise gefunden, dass die Rabatte auf den Rechnungsbetrag zwischen den Parteien des Zusammenschlusses mit Blick auf den Kunden so angeglichen gewesen seien, dass auf Koordinierung und Transparenz geschlossen werden könnte. In den Randnummern 79, 86, 93, 100 und 107 der Entscheidung werde auf diese Unterschiede zwischen den auf den Rechnungsbetrag gewährten Gesamtrabatten der beiden Parteien des Zusammenschlusses auf der Ebene der einzelnen Kunden eingegangen, berechnet jeweils als Anteil an den Bruttoumsätzen mit diesen Kunden. Bei den durchschnittlichen Rabatten auf den Rechnungsbetrag, die die Parteien des Zusammenschlusses jeweils ihren zehn besten gemeinsamen Kunden in den großen Mitgliedstaaten, mit Ausnahme von Frankreich, in den Jahren 2000 bis 2003 gewährt hätten, habe es Unterschiede in einer Größenordnung von 2 % bis 5 % (Vereinigtes Königreich, Deutschland, Spanien) bzw. 1 % bis 3 % (Italien) gegeben. Im Vereinigten Königreich, in Deutschland und in Spanien hätten die durchschnittlichen Rabatte der beiden Parteien des Zusammenschlusses für bestimmte wichtige Kunden in bestimmten Jahren jährlich um mehr als 5 % ihres jeweiligen Bruttoumsatzes mit diesen Kunden variiert. In Frankreich (Randnr. 86 der Entscheidung) habe es bei den durchschnittlichen Rabatten auf den Rechnungsbetrag, die die beiden Parteien des Zusammenschlusses ihren 15 besten gemeinsamen Kunden gewährt hätten, deutlichere Unterschiede gegeben, die bis zu 10 % betragen hätten. Angesichts der Bedeutung der rückwirkenden Rabatte und der „auftragsbezogenen Rabatte“ von BMG in Frankreich habe die Kommission auch die Gesamtrabatte geprüft. Sie habe zwischen den Parteien des Zusammenschlusses Unterschiede von 3 % im Jahr 2003 bei dieser Kundengruppe und ungefähr 5 % bei drei dieser Kunden festgestellt. Diese Schwankungen seien in allen großen Mitgliedstaaten hauptsächlich auf Werberabatte zurückzuführen.

128 Die Kommission habe auch die Informationen aus allen großen Mitgliedstaaten berücksichtigt (Randnrn. 79, 86, 93, 100 und 107 der Entscheidung), die belegten, dass es bei den Preisnachlässen der beiden Parteien des Zusammenschlusses drei Arten von Schwankungen gebe (diese Schlussfolgerungen seien auf die Daten in den Anlagen B.A bis B.14 gestützt):

- Für einen bestimmten Kunden variierten die Preisnachlässe je nach Zeitpunkt;

- für einen bestimmten Kunden variierten die Preisnachlässe je nach Art des Albums;
  - für ein bestimmtes Album variierten die Preisnachlässe je nach Kunde.
- 129 Die Anlage B.4, die aus Grafiken bestehe, die der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigelegt gewesen seien, und die die durchschnittlichen Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag wiedergebe, die die Parteien des Zusammenschlusses ihren zehn besten gemeinsamen Einzelhändlern (d. h. für jedes Jahr die gesamten Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag für einen bestimmten Kunden, geteilt durch den mit diesem Kunden erzielten Bruttogesamtumsatz) im Vereinigten Königreich, in Deutschland, Italien und Spanien zwischen 2000 und 2003 gewährt hätten, belege zwar eine umfassende und dauerhafte Stabilität der Preisnachlässe (Randnr. 88 der Mitteilung der Beschwerdepunkte), doch hätten die Parteien des Zusammenschlusses aufgrund dieser Grafiken gleichwohl geltend gemacht, ihr Umgang mit bestimmten Kunden im Vereinigten Königreich, in Deutschland und Spanien habe jeweils erheblichen Schwankungen unterlegen (vgl. Anlage B.5, Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte, Randnr. 4.21).
- 130 Was die Ausführungen der Klägerin angehe, wonach „[e]s ... keineswegs eindeutig [ist], dass die Unterschiede bei den Preisnachlässen für die zehn größten Abnehmer Ausdruck einer unterschiedlichen Behandlung und nicht Ausdruck unterschiedlicher Ergebnisse der Portfolios der Parteien des Zusammenschlusses sind“, so sei dies zwar selbst für einen Beobachter, der Zugang zu allen Daten habe, keineswegs eindeutig, doch sei schwer vorstellbar, wie die Majors unter den Bedingungen einer stillschweigenden Koordinierung und einer völlig unzureichenden Marktinformation die durch die Zusammensetzung des Portfolios verursachten „Interferenzen“ eliminieren könnten, um eine genaue Vorstellung von der zugrunde liegenden Rabattpraxis oder Rabattpolitik zu bekommen.
- 131 Anlage B.6 zur Klagebeantwortung, in der die von den Parteien des Zusammenschlusses vorgelegten Beweismittel für einen Zeitraum von fünf Jahren aufgeführt seien, zeige in jedem der fünf großen Mitgliedstaaten die teilweise erheblichen Schwankungen der Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag, die die Parteien des Zusammenschlusses während eines bestimmten Jahres ihren zehn besten Kunden für ihre 20 besten Einzel-CD-Alben gewährt hätten, die einen wichtigen Teil des Gesamtumsatzes der Majors ausmachten, so dass eine sichtbare und gleichwertige Behandlung auf der Ebene der Händlerlistenpreise und der Preisnachlässe ein Hauptbestandteil der eventuellen Nettopreiskordinierung sei. Jede Tabelle solle für ein bestimmtes Tonträgerunternehmen in einem bestimmten Land nachweisen, dass bestimmte Kunden während eines bestimmten Jahres oder während einer bestimmten Reihe von Jahren sehr unterschiedliche Preisnachlässe für diese meistverkauften Alben erhalten hätten und dass deutliche Unterschiede zwischen den höchsten und/oder niedrigsten Preisnachlässen beständen, die während eines bestimmten Jahres unterschiedlichen Kunden gewährt worden seien, und zwar sogar für Kunden, die derselben Kategorie angehörten (z. B. Großhändler, Facheinzelhändler, Supermärkte).
- 132 Ein Vergleich der Tabellen der genannten Anlage bezüglich Sony und BMG in Bezug auf ein beliebiges Land lasse ferner den Schluss zu, dass die Preisnachlässe, die beide einem beliebigen Kunden in einem beliebigen Jahr gewährt hätten, sowohl hinsichtlich der Höhe des höchsten und des niedrigsten in diesem Zeitraum gewährten Preisnachlasses als auch hinsichtlich des Abstands zwischen diesen beiden Zahlen oft erheblich voneinander abwichen.
- 133 Die Kommission bezweifelt die Stichhaltigkeit der Schlussfolgerungen der Klägerin, wonach die Tabellen „interessante Regelmäßigkeiten“ offenbarten, und weist darauf hin, dass eine derartige „Regelmäßigkeit“ nichts an der Bedeutung ändere, die die Schwankung der Preisnachlässe als Beweis für die Komplexität und die fehlende Transparenz der Nettopreisfestsetzung habe.
- 134 Anhand der Anlage B.8, die eine stufenmäßige Aufgliederung der Preisnachlässe vornehme, die die Parteien des Zusammenschlusses für ihre jeweils 20 besten CD-Alben zwischen 1998 und 2003 in den fünf größten Mitgliedstaaten eingeräumt hätten, habe die Kommission prüfen können, wie sich die Umsätze ihrer jeweiligen 20 besten Einzel-CD-Alben mit allen Kunden, die die beiden Majors mit einem bestimmten Preisnachlass (ausgedrückt in engen Stufen von 2,5 %) erzielt hätten, in Bezug auf die Listenpreise der betreffenden Alben verteilten. Allgemein zeige die senkrechte Spalte in diesen Tabellen, die jeweils einem Jahr entspreche, dass unabhängig von dem Jahr oder dem Land keiner der beiden Majors bei den Preisnachlässen einer einheitlichen Rabattpraxis gefolgt sei, auch nicht für die beschränkte Auswahl seiner meistverkauften Alben. Die horizontalen Zeilen für die unterschiedlichen engen Rabattstufen zeigten auch, dass die jeweilige Rabattpraxis der beiden Parteien des Zusammenschlusses über die Jahre je nach Zeitpunkt unterschiedlich gewesen sei.

- 135 Eine Anlage zur Klagebeantwortung (Anlage B.9) belege, dass sich die Aufteilung der jeweiligen Preisnachlässe von Sony und BMG für ihre 20 besten Alben im Jahr 2003 erheblich unterschieden habe.
- 136 Der Vortrag der Klägerin, die Unterschiede in den Rabattklassen schlossen nicht aus, dass den Preisnachlässen eine Reihe bekannter Regeln zugrunde läge, beruhe auf der unzutreffenden Annahme, dass es ausreiche, wenn eine Reihe von Regeln bekannt sei, um allen Majors die Sicherheit zu geben, dass die Regeln auch eingehalten würden.
- 137 Die Untersuchung der Korrelation, die die Klägerin in Anlage D.3 durchgeführt habe, betreffe die Preisnachlässe einer einzigen Partei in zeitlicher Hinsicht, nicht aber die Angleichung zwischen den Parteien des Zusammenschlusses. Auch wenn diese Untersuchung zeigen würde, dass die Rabattstrukturen der einzelnen Partei des Zusammenschlusses in zeitlicher Hinsicht trotz der Änderungen in der Zusammensetzung der Tätigkeiten relativ stabil wären, so würde dies in Wirklichkeit das Vorbringen der Kommission unterstreichen, dass die Zahlen der durchschnittlichen Nettopreise die erheblichen Schwankungen bei den Alben oder den Kunden verschleiern könnten. Entgegen der Ansicht der Klägerin schließlich bewirkten die engen Rabattspannen (von 2,5 %) in den Grafiken, dass die Untersuchung gegenüber geringfügigen Preisnachlassänderungen tatsächlich weniger empfindlich sei.
- 138 Die Ausführungen der Klägerin zu bestimmten Grafiken, wonach aus diesen eher Stabilität der Preisnachlässe bzw. ein hoher Korrelationsfaktor zwischen den Parteien des Zusammenschlusses hervorgehe, seien unbegründet.
- 139 Anlage B.10, die die Aufteilung der Nettopreise unter den fünf besten Kunden der beiden Parteien des Zusammenschlusses für die fünf großen Mitgliedstaaten wiedergebe, zeige Folgendes:
- Bei der Aufteilung der Nettopreise gebe es starke Unterschiede zwischen den beiden Majors sowohl im Allgemeinen als auch in Bezug auf spezifische Kunden;
  - die Art, wie sich die Einkäufe unterschiedlicher Kunden bei einem bestimmten Unternehmen auf die verschiedenen Nettopreisspannen verteilten, sei sehr unterschiedlich; diese Feststellung gelte auch für die Kunden, die derselben Kategorie angehörten (wie die Großhändler, die Facheinzelhändler, die Supermärkte), sofern mehr als ein Kunde einer bestimmten Kategorie in der Tabelle aufgeführt werde.
- 140 Die Kommission stimmt mit der Klägerin darin überein, dass die Schwankungen in der Verteilung der Nettopreise, die die wichtigen Kunden an die verschiedenen Majors zahlten, auf die Unterschiede in den Kaufgewohnheiten und im Produktsortiment des Tonträgerunternehmens zurückgeführt werden könnten. Die Schwankungen seien jedoch keineswegs unerheblich. Selbst wenn nämlich ein großes Tonträgerunternehmen die verschiedenen Nettopreise herausfinden könnte, die ein gemeinsamer Kunde für unterschiedliche Alben eines anderen großen Tonträgerunternehmens zahle (was nach den verfügbaren Beweismitteln nicht wahrscheinlich sei), so könnte es dennoch nicht sagen, ob diese Preise Ausdruck dessen seien, dass die zwangsläufig komplexen Regeln, die die Klägerin postuliere, eingehalten würden, oder dessen, dass sie nicht eingehalten würden, solange es nicht zumindest über sehr viel weiter gehende Informationen bezüglich der Alben verfüge, auf die sich die Preise bezögen.
- 141 Sollten das Produktsortiment und die schwankenden Erfolgsraten die in der genannten Anlage aufgeführten gewichteten Schwankungen in der Preisverteilung insgesamt oder größtenteils erklären, so würde dies auch beweisen, dass eine Koordinierung anhand aller durchschnittlichen Nettopreise, wie die Klägerin es postuliere, nicht möglich sei.
- 142 Die Kommission bestreitet die Relevanz der Beweismittel, die die Klägerin zum Beweis dafür vorgelegt hat, dass die der Klagebeantwortung beigefügten Schriftstücke kein Beleg für eine erhebliche Preisschwankung seien.
- 143 Die Kommission verfüge auch über Beweismittel zu den Händlerlistenpreisen aus der Hochpreiskategorie (vgl. Anlage B.11), die belegten, dass bestimmte sehr wichtige Kunden einer der beiden Parteien des Zusammenschlusses dieser Partei im Laufe eines Jahres (2003) jeweils unterschiedliche Nettopreise für Alben mit demselben Händlerlistenpreis gezahlt (anders gesagt, unterschiedliche Preisnachlässe erhalten) hätten. Die Spanne zwischen dem höchsten und dem niedrigsten Nettopreis, der für Alben eines bestimmten Händlerlistenpreises gezahlt werde, sei oftmals beträchtlich.

- 144 Aus den von BMG vorgelegten Beweismitteln (vgl. Anlage B.12) bezüglich des Anteils des durchschnittlichen Gesamtpreisnachlasses, der jeweils den zehn besten Kunden von BMG eingeräumt worden sei, gehe hervor, dass in einem Land (Land F) die durchschnittlichen Werberabatte je Kunde zwischen ungefähr 8,5 % und 13 % geschwankt hätten und weit über die durchschnittlichen Kundenrabatte für praktisch alle Kunden (die zwischen 3 % und 10 % lägen) hinausgegangen seien, während in einem anderen Land (Land C) der durchschnittliche Werberabatt (der zwischen 2 % und 5 % schwanke) ungefähr die Hälfte oder mehr des allgemein geltenden Höchststrabatts ausgemacht habe, d. h. unter Ausschluss des spezifischen Großhandelsrabatts. In den drei anderen Ländern (Land B, D und A) habe es bei den durchschnittlichen Werberabatten je nach Kunde deutliche Schwankungen gegeben, die jeweils zwischen 0,5 % und 12,5 %, 0,5 % und 13 % sowie ungefähr 2,5 % und 14,5 % gelegen hätten. In den drei Ländern seien die durchschnittlichen Werberabatte über die durchschnittlichen Kundenrabatte für einen der besten Kunden hinausgegangen, während sie für andere Kunden weit geringer ausgefallen seien.
- 145 Entgegen der Behauptung der Klägerin bedeute der Umstand, dass alle diese Anlagen Unterschiede nur in den Nettopreisen oder Preisnachlässen einer der anmeldenden Parteien auswiesen, nicht, dass die Anlagen unerheblich seien. Der Umstand, dass die Preisnachlässe eines einzigen großen Tonträgerunternehmens je nach Kunde (einschließlich der Kunden derselben Kategorie, bei denen davon ausgegangen werden könne, dass sie sich für ähnliche Gegenstände seines Produktsortiments interessierten) unterschiedlich ausfielen, weise nämlich darauf hin, dass, selbst wenn ein Wettbewerber Kenntnis von den Preisnachlässen, die dieses große Tonträgerunternehmen einem Kunden eingeräumt habe, erlangen sollte, aus dieser Kenntnis nicht auf allgemeine Rabattpraktiken des Tonträgerunternehmens geschlossen werden könne. Außerdem seien die Modalitäten für ein abgestimmtes Verhalten, das einzelne Kunden wie auch Kundenkategorien erfasse, zu komplex.
- 146 Die Kommission habe auch „Erklärungen von Zeugen“ erhalten, aus denen hervorgehe, dass im Hinblick auf dasselbe Tonträgerunternehmen Werberabatte sowohl für die Präsentationsalben als auch für den Titeltitelkatalog gewährt würden (Anlage B.2).
- 147 Dies werde durch Anlage B.13 bestätigt, die aus Grafiken der Parteien des Zusammenschlusses bestehe, die für jedes der fünf großen Länder die rechnungsbezogenen Preisnachlässe, die die beiden Parteien jeweils ihren besten gemeinsamen Kunden für ihre im Jahr 2002 meistverkauften Alben gewährt hätten, mit sehr ähnlichen Händlerlistenpreisen der Hochpreiskategorie aufführten. Die Kommission weist darauf hin, dass für jedes Tonträgerunternehmen und jeden Kunden der Kundenrabatt für alle Alben in einem bestimmten Jahr stabil sein müsse, und leitet hieraus ab, dass die Schwankung der rechnungsbezogenen Rabatte, die ein großes Tonträgerunternehmen einem bestimmten Kunden für unterschiedliche Alben mit demselben Händlerlistenpreis einräume, Werberabatten zuzuschreiben sei, die zu einem bestimmten Zeitpunkt für die in Rede stehenden Präsentationsalben gewährt würden. Die Grafiken machten diese Schwankungen in den Fakturierungspraktiken der beiden anmeldenden Tonträgerunternehmen zumindest in Bezug auf bestimmte Kunden in allen betreffenden Ländern deutlich.
- 148 Die Klägerin werfe der Kommission vor, sie habe „einige einfache Grundsätze, die eine Differenzierung von Alben mit demselben Referenzpreis bewirken und die unterschiedliche Höhe der Werberabatte erklären könnten“, nicht geprüft, führe jedoch zur Beschreibung dieser Grundsätze sechs Kriterien an, die, weil sie prinzipiell miteinander vereinbar seien, die Zahl möglicher Verbindungen von Regeln, die nur auf die Werberabatte angewandt werden könnten, stark erhöhten. Die Klägerin unternehme im Übrigen keinen Versuch einer Quantifizierung, obwohl eine solche unabdingbar wäre, wenn die Modalitäten einer Preisabstimmung die Möglichkeit geben sollten, während einer bestimmten Werbeaktion für einen bestimmten Titel mit angemessener Sicherheit die Höhe des Preisnachlasses vorauszusehen – und natürlich festzustellen, ob die effektiven Preisnachlässe mit den genannten Regeln im Einklang stünden oder sich von den gemeinsamen Grundsätzen der Preisfestsetzung entfernten.
- 149 Die Schwankungen der Werberabatte zeigten sich in einer Reihe von Beispielen: Unterschiedliche Arten von Kunden hätten unterschiedlich hohe Preisnachlässe für Alben derselben Musikgattung erhalten; unterschiedliche Kunden hätten unterschiedliche Preisnachlässe für dasselbe Album erhalten; ein und derselbe Kunde habe unterschiedliche Preisnachlässe für unterschiedliche Alben erhalten; ein und derselbe Kunde habe zeitlich beschränkte Preisnachlässe für ein bestimmtes Album erhalten.
- 150 Die allgemeine Feststellung der Kommission, dass auf den großen Märkten „die Topkonzerne nicht unbedingt dieselben Rabatte einräumen“ (Randnrn. 78, 85, 92, 99 und 106 der Entscheidung), werde auch durch wirtschaftswissenschaftliche Beweise zu den Preisnachlässen der fünf Majors bestätigt. Aufgrund der Informationen, die die Kommission von den fünf Majors über ihre

rechnungsbefugten Preisnachlässe im Jahr 2003 erhalten habe, seien die Wirtschaftssachverständigen der Parteien des Zusammenschlusses in der RBB-Studie zu folgendem Ergebnis gekommen:

„Wir vergleichen auch die Verteilung der rechnungsbezogenen Preisnachlässe, die die Parteien A, B, C, D und E in jedem der fünf großen Länder 2003 eingeräumt haben. Die Untersuchung zeigt erhebliche Unterschiede in der Verteilung der rechnungsbezogenen Preisnachlässe der Majors. Dies bestätigt, dass ihre Preisbildungspolitik gegenwärtig nicht angeglichen ist.“

#### Transparenz der Preisnachlässe

- 151 In der Entscheidung sei festgestellt worden, dass nach den Aussagen mehrerer Kunden aus den großen Mitgliedstaaten die Majors „mehr oder weniger wüssten“, welche (stabileren) kundenbezogenen Rabatte ihre Wettbewerber gewährten (vgl. Fußnoten 45, 49, 52, 55 und 57 der Entscheidung). Diese Frage sei bei der Anhörung durch die Kommission ausführlich erörtert worden. Die Parteien des Zusammenschlusses hätten geltend gemacht, dass eine Reihe positiver Antworten nur die Händlerlistenpreise betreffen oder nicht zwischen den Händlerlistenpreisen und den Preisnachlässen unterschieden habe. Nur in fünf Antworten (aus Belgien, Frankreich und Italien) von insgesamt 36 erreichbaren Antworten aus allen Ländern sei ausdrücklich erklärt worden, dass es eine gewisse Transparenz der Preisnachlässe gebe; die gegenteilige Auffassung sei ausdrücklich in elf Antworten vertreten worden. Aufgrund der Antworten der Einzelhändler, der „Erklärungen von Zeugen“ der nationalen Führungskräfte von Sony und BMG (vgl. die einschlägigen Auszüge in Anlage B.2) und aufgrund des Fehlens von Rabattinformationen aus den der Kommission vorgelegten Kontrollberichten der Handelsvertreter (vgl. Anlage B.15) sei die Kommission zu dem Ergebnis gekommen, dass einige Einzelhändler zwar festgestellt hätten, dass die Majors eine gewisse Kenntnis von der Preisbildungspolitik der anderen großen Tonträgerunternehmen hätten, diese Kenntnis sich aber nur auf die relativ transparenten Händlerlistenpreise und in gewissem Umfang auf die jährlich ausgehandelten Kundenrabatte erstrecken könne, wahrscheinlich aber nicht die Werberabatte erfasse, die im Einzelfall ausgehandelt würden. Die Beziehungen zwischen den Majors und einem stabilen Kundenstamm (Randnr. 112 der Entscheidung) könnten zu bestimmten Informationen über die jährlichen Preisnachlässe führen, förderten indessen nicht die Transparenz bei kurz andauernden Werbeaktionen.
- 152 Die Kommission habe festgestellt, dass die Werberabatte weniger transparent seien als die Kundenrabatte und dass deren Überwachung eine genaue Beobachtung der Sonderaktionen im Einzelhandel erfordere (Randnrn. 80, 87, 94, 101 und 108 der Entscheidung). Die von Sony und BMG für das Verkaufspersonal eingeführte wöchentliche Berichtspflicht (zu der auch die Beobachtung der Wettbewerber gehöre) habe allerdings nicht das erforderliche Maß an Transparenz dieser Preisnachlässe hergestellt. Die Kommission habe insbesondere keine hinreichenden Beweise dafür gefunden, dass die Majors aufgrund der Überwachung der Einzelhandelspreise oder der Verbindung zu den Einzelhändlern in der Lage gewesen seien, den Mangel an Transparenz der Preisnachlässe, insbesondere der Werberabatte, auszugleichen.
- 153 Die von den Parteien des Zusammenschlusses vorgelegten Kontrollberichte über den Markt, die in Anlage B.15 aufgeführt seien, enthielten nicht die Art detaillierter Information über die Preisnachlässe der Wettbewerber, aufgrund deren die Nettopreise, die für die individuellen Alben von den verschiedenen Kunden gefordert würden, überwacht werden könnten. In anderen Ländern seien die Berichte viel kürzer oder es gebe sie gar nicht. Insbesondere die Vertreter von BMG legten förmliche Kontrollberichte nur in Frankreich und Österreich vor.
- 154 Die Kommission könne zwar nicht ohne weiteres beweisen, dass es einen Preisfestsetzungsmechanismus, bestehend aus einer Reihe allgemeiner Regeln, nicht gebe. Die Klägerin habe sich aber nicht die Mühe gemacht, einen positiven Beweis dafür zu erbringen, wie dieser Preisfestsetzungsmechanismus konzipiert sein solle und wie er auf zahllose Einzelverträge angewandt und wie seine Einhaltung sichergestellt werden solle.
- 155 Die Kommission zeigt sich verwundert darüber, dass die Klägerin direkt bestreite, dass für die Feststellung einer kollektiven beherrschenden Stellung eine Überwachung erforderlich sei.
- 156 Die Schlussfolgerung der Kommission bezüglich der Unwirksamkeit der Überwachung des Einzelhandels stütze sich ebenfalls auf die Komplexität und die fehlende Transparenz der Einzelhandelspreisfestsetzung. Eine von den Parteien des Zusammenschlusses vorgelegte Studie (Anlage B.17) zeige, dass es bei den Einzelhandelspreisen, die die wichtigsten Einzelhändler für vergleichbare CD-Alben festsetzten, in jedem großen Preissegment (voller Preis, Midpreis, preisgünstig) starke Schwankungen gebe und dass die Festsetzung der Einzelhandelspreise genauso

komplex sei wie die der Großhandelspreise. Für ein bestimmtes Album dieser Auswahl der fünf besten Umsätze variierten die Einzelhandelspreise häufig sowohl je nach Zeitpunkt – unabhängig von einem bestimmten Einzelhändler – als auch, in stärkerem Maße, je nach Einzelhändler – unabhängig vom Zeitpunkt.

- 157 Die Beweise (Anlage B.17 Abschnitt 2) zeigten, dass eine intensivere Überwachung der Entwicklung der Einzelhandelspreise, die jeder Einzelhändler für jedes wichtige Album festsetze, einem großen Tonträgerunternehmen nicht erlaube, auf die Praktiken der Nettopreisfestsetzung (Händlerlistenpreis abzüglich Preisnachlass auf den Rechnungsbetrag) seiner wichtigsten Wettbewerber in Bezug auf ein bestimmtes Album zu schließen. Die Einzelhändler praktizierten nämlich weder bei sämtlichen Albumskategorien noch gar bei sämtlichen Alben der beschränkteren Hochpreiskategorie (Tabelle 2.1) zu einem bestimmten Zeitpunkt alle systematisch denselben Aufschlag auf den Großhandelspreis.
- 158 Die Kommission habe keinerlei nachweisbare Verbindung zwischen den Einzelhandelspreisen und den für Alben mit demselben Händlerlistenpreis eingeräumten Preisnachlässen auf den Rechnungsbetrag festgestellt. Die von den Parteien des Zusammenschlusses vorgelegte Studie solle im Gegenteil beweisen, dass bezüglich der Alben der Hochpreiskategorie ebenso wie der sonstigen Alben die Schwankungen des Einzelhandelspreises eines bestimmten Albums zu einem bestimmten Zeitpunkt in unterschiedlichen Einzelhandelsverkaufsstellen in keiner bestimmten Verbindung zu den Preisnachlässen auf den Rechnungsbetrag stünden, die den Einzelhändlern für dieses Album gewährt worden seien (Tabelle 3.1).
- 159 Angesichts dieser unterschiedlichen und unvorhersehbaren Praktiken der Einzelhandelspreisfestsetzung könne ein großes Tonträgerunternehmen nicht mit Sicherheit zu dem Ergebnis kommen, dass ein bestimmter Einzelhändler bei den entsprechenden Alben der anderen großen Tonträgerunternehmen einen Aufschlag in derselben Höhe oder nach demselben Schema wie bei seinen eigenen Alben vornehme; er könne sich weder für ein bestimmtes Album noch allgemein aufgrund des Verhältnisses von Einzelhandels- zu Großhandelspreis, das ein bestimmter Einzelhändler bei seinen eigenen Alben anwende, im Einzelnen oder im Ganzen eine zuverlässige Vorstellung von den Nettopreisen der Wettbewerber machen.
- 160 Die Behauptung der Klägerin, dass „es ... verwunderlich [wäre], wenn es zwischen den durchschnittlichen Einzelhandelspreisen der an einen bestimmten Einzelhändler verkauften Alben einer bestimmten Kategorie und deren effektiven Großhandelspreisen, bezogen auf ein hinreichend breites Sortiment und einen angemessenen Zeitraum, keine genau festgelegte systematische Beziehung gäbe“, werde durch keinerlei Beweis belegt. Eine hinreichend starke, die Alben und die Zeit betreffende Aggregation solle die Schwankung auf der Ebene der – oft hohe Umsätze aufweisenden – Einzeltitel verschleiern, die für eine stillschweigende Preiskoordinierung zwangsläufig von Bedeutung sein müsse. Ein großes Tonträgerunternehmen könne nicht aufgrund des Verhältnisses von Einzelhandels- zu Großhandelspreis seiner eigenen Alben – die, wie die Klägerin in ihren Ausführungen betone, zu jeder Zeit ein spezifisches Produktsortiment darstellten – zuverlässig feststellen, ob dieses Verhältnis auch für die anderen Majors gelte.
- 161 Die Kommission macht geltend, die Beanstandungen der Klägerin, die sich auf die RBB-Studie und darauf bezögen, dass die Kommission die Studie angeblich nicht den Marktbeteiligten vorgelegt habe, beschränkten sich auf eine Reihe von nicht belegten Behauptungen.

#### Strukturelle Verbindungen

- 162 Bezüglich der Kompilationen hätten die Parteien des Zusammenschlusses gezeigt, dass die Partner eines Gemeinschaftsunternehmens nur den (nicht nach Art des Preisnachlasses oder nach Kunden aufgeschlüsselten) Mittelwert der Preisnachlässe auf die Umsätze der betreffenden Kompilationsalben erhielten. Angesichts der beobachteten Schwankungen in der Praxis der Preisnachlässe je nach Album, Kunden und Zeitpunkt, angesichts der Bedeutung der Werberabatte und angesichts der wahrscheinlichen Unterschiede bei Werberabatten für Kompilationen und Einzel-CDs könnten die Kompilationen nicht die erforderliche Transparenz garantieren und seien somit für ihre Untersuchung unerheblich.
- 163 Die Vertriebs- und Lizenzvereinbarungen schlossen selten mehr als zwei Majors zusammen und seien daher keine geeigneten Mittler im multilateralen Austausch sehr komplexer Informationen über die Nettopreisfestsetzung aller Majors, die für eine stillschweigende Preiskoordinierung auf dieser Grundlage erforderlich seien. Da ferner die Gebührenverhandlungen im Musikverlagsbereich kollektiv geführt würden und zwischen nationalen Verbänden der Tonträgerunternehmen (große

Tonträgerunternehmen und unabhängige Tonträgerunternehmen) und den nationalen Verwertungsgesellschaften (die die Verleger und Autoren vertreten) stattfinden und sich nicht mit der Preisfestsetzung für Tonträger befassen, sei die Kommission zu dem Schluss gekommen, dass sie für die Untersuchung der Transparenz nicht relevant seien.

#### Vergeltungsmaßnahmen

- 164 Aus den Randnummern 114 und 118 der Entscheidung gehe hervor, dass es der Kommission nicht um die Feststellung gegangen sei, dass gegebenenfalls glaubwürdige Vergeltungsmechanismen beständen (sie habe eine Reihe potenziell glaubwürdiger Mechanismen festgestellt), sondern vor allem um die Prüfung, ob die auf bestimmten sehr allgemeinen Untersuchungsebenen beobachtete Parallelität und Stabilität der Preisnachlässe trotz der Komplexität der Einzelentscheidungen über die Nettopreisfestsetzung, der unterschiedlichen Gestaltung der individuellen Nettopreise in mehreren Größenordnungen und des offensichtlichen Mangels an hinreichender Transparenz einer stillschweigenden Preis koordinierung zuzuschreiben sei. Klare Beweise für Vergeltungsmaßnahmen, die die anderen Majors als Reaktion auf eine „Abweichung“ von der üblichen Höhe der durchschnittlichen Nettopreise oder der durchschnittlichen Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag ergriffen, hätten ein (wenn auch ganz offensichtlich nicht entscheidendes) Indiz für eine Koordinierung sein können. Das Fehlen von Beweisen für Vergeltungsmaßnahmen angesichts eines allgemein schärferen Wettbewerbs im Bereich der Preise, der Kompilationen, der Online-Musik oder des Musikverlags könne als ein „negatives“ Indiz dafür angesehen werden, dass die beobachtete Angleichung an ein Gesamtniveau nicht die Folge einer stillschweigenden Koordinierung sei.
- 165 Bezüglich der allgemeineren Frage, ob hinreichend glaubwürdige Vergeltungsmechanismen beständen, um eine dauerhafte Koordinierung auf dem Tonträgermarkt zu gewährleisten, habe die Kommission den Ausschluss des abweichenden Unternehmens von den Kompilationsalben oder die Verweigerung einer Beteiligung an den Kompilationen dieser Unternehmen (abgesehen von der Rückkehr zum Preiswettbewerb) offensichtlich als die mögliche Methode angesehen, die die meiste Aufmerksamkeit verdiene. Die Umstände, die die Kommission in den Randnummern 116 und 117 der Entscheidung vorgebracht habe, seien nicht überzeugend. Die Majors verfügten zum einen tatsächlich über ein Netz von Kompilationsvereinbarungen (Randnr. 116 der Entscheidung), und diese Alben machten einen großen Anteil am Tonträgermarkt aus (zwischen 15 % und 20 %) und erzielten meist beträchtliche Umsätze (Randnr. 115 der Entscheidung). Zum anderen sei die Einbeziehung von Künstlern, die unterschiedlichen Tonträgerunternehmen angehörten, offensichtlich ein wesentlicher Faktor für diesen Erfolg (Randnr. 115 der Entscheidung), da sich Kompilationen, an denen zwei oder mehr Majors beteiligt seien, mit Abstand am besten verkauften (Randnr. 116 der Entscheidung). Ganz offensichtlich könne die Anwendung dieses Vergeltungsmechanismus zu einem Verlust der zusätzlichen Gewinne führen, die aus einer Kompilation mit Künstlern aus dem ausscherehenden Unternehmen erwachsen könnten. Angesichts dieser Verbindung anspornender und abschreckender Umstände und in Ermangelung von Nachweisen dafür, dass Vergeltungsmaßnahmen dieser Art in der Vergangenheit angewandt oder angedroht worden seien, habe sich die Kommission nicht in der Lage gesehen, den Schluss zu ziehen, dass ein Mechanismus, zu dem „die Majors durchaus greifen“ könnten, hinreichend glaubwürdig sei oder sein würde, um eine in der Vergangenheit liegende oder zukünftige Koordinierung zu gewährleisten.

#### c) Andere Mitgliedstaaten

- 166 In den anderen kleineren Mitgliedstaaten sei der größte Teil der Gesamtumsätze jedes großen Tonträgerunternehmens (zwischen 50 % bis 60 % und 90 % bis 100 %) unter Verwendung von fünf Händlerlistenpreisen erzielt worden, und (mit Ausnahme von Österreich) zwei Händlerlistenpreise jedes großen Tonträgerunternehmens hätten zwischen 30 % bis 40 % und 60 % bis 70 % der CD-Gesamtumsätze der einzelnen großen Tonträgerunternehmen im Jahr 2003 ausgemacht.
- 167 Die Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag seien bei beiden Parteien des Zusammenschlusses je nach Kunde starken Schwankungen unterworfen gewesen. Die kleinste Spanne zwischen den höchsten und den niedrigsten durchschnittlichen Preisnachlässen, die eine der Parteien des Zusammenschlusses ihren zehn besten Kunden (fünf besten Kunden in Irland) gewährt habe, habe sich auf 5,7 % belaufen, während die Spanne zwischen den höchsten und den niedrigsten durchschnittlichen Preisnachlässen, die einem der zu den zehn besten Kunden zählenden Kunden gewährt worden sei, für beide anmeldenden Parteien in keinem Land unter 10 % gelegen habe.
- 168 Die Kommission habe eine Reihe von Ähnlichkeiten zwischen den Märkten der kleinen Länder und den fünf großen Märkten festgestellt (Randnrn. 148 bis 152 der Entscheidung). Aufgrund der Beweismittel, die im Hinblick auf die kleinen Länder vorgelegt worden seien, könne nicht

nachgewiesen werden, dass es eine echte stillschweigende Koordinierung zwischen den Majors auf diesen Märkten gebe.

## 2. Unzutreffende Darstellung der Entscheidung in der Klageschrift

- 169 Die Kommission weist vorab darauf hin, dass eine Mitteilung der Beschwerdepunkte nur eine vorbereitende Handlung mit vorläufigem Charakter sei (Urteil des Gerichtshofes vom 11. November 1981, 60/81, International Business Machines/Kommission, Slg. 1981, 2639) und dass die Kommission nicht besonders erklären müsse, weshalb sie ihren Standpunkt nicht aufrechterhalte. Es genüge nicht, dass die Klägerin vortrage, dass sich die Merkmale des Marktes in der Zeit zwischen der Mitteilung der Beschwerdepunkte und dem Erlass der Entscheidung nicht geändert hätten. Dies könne zwar objektiv gesehen weitgehend zutreffend sein, es treffe jedoch nicht für die Kenntnis und das Verständnis der Kommission vom Markt zu. Die Kommission habe, um ihren endgültigen Standpunkt festzulegen, sorgfältig die ausführlichen Stellungnahmen gewürdigt, die die Parteien des Zusammenschlusses in Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte abgegeben hätten.
- 170 Die Kommission führt aus, die Klägerin zeichne in mehreren Punkten ein schiefes Bild der Entscheidung.
- 171 Erstens werde in der Entscheidung nicht festgestellt, dass die Majors „alle Merkmale einer Gruppe mit beherrschender Stellung“ hätten.
- 172 Zweitens stelle die Entscheidung nicht fest, dass die Majors hohe Preise beibehalten könnten. Randnummer 56 der Entscheidung weise vielmehr darauf hin, dass die Preise gesunken seien, jedoch in geringerem Maße als die Parteien des Zusammenschlusses behauptet hätten, und Randnummer 58 befasse sich nur mit den hohen Preisen für CDs.
- 173 Drittens habe die Kommission in der Entscheidung nicht festgestellt, dass der Markt alle Merkmale aufweise, die auf eine stillschweigende Koordinierung hindeuteten. In der Entscheidung werde insbesondere nicht behauptet, dass eine Koordinierung tatsächlich stattgefunden habe, sondern allenfalls, dass die Kommission bestimmte Anhaltspunkte für eine Koordinierung gefunden habe (Randnr. 109 der Entscheidung). Die Kommission führe zwar in den Randnummern 112 und 113 der Entscheidung aus, dass der Kundenstamm mehr oder weniger stabil sei und dass eine Überwachung stattfinde, sie vertrete jedoch nicht die Auffassung, dass die Überwachung den Mangel an Transparenz bei den Preisnachlässen, insbesondere bei den Werberabatten, ausgleichen könne.

## 3. Zum ersten Teil

### a) Zum Verstoß gegen die Begründungspflicht

- 174 Die Kommission hält es für sachdienlich, vor Prüfung der speziellen Argumente der Klägerin die allgemeinen Voraussetzungen des Artikels 253 EG darzulegen.
- 175 Erstens weist die Kommission darauf hin, dass zwischen dem angeblichen Fehlen einer hinreichend klaren Begründung für den Erlass eines Rechtsakts und der Angabe von Gründen zu unterscheiden sei, die auf Sachverhaltsirrtümern, Beurteilungsfehlern oder Rechtsfehlern beruhten, wobei der zweite Fall eine Frage der Begründetheit, nicht aber eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften betreffe und keinen Verstoß gegen Artikel 253 EG darstelle (Urteile des Gerichts vom 7. November 1997, T-84/96, Cipeke/Kommission, Slg. 1997, II-2081, Randnrn. 46 und 47, und vom 14. Mai 1998, T-295/94, Buchmann/Kommission, Slg. 1998, II-813, Randnrn. 44 und 45).
- 176 Zweitens weist die Kommission darauf hin, dass nach ständiger Rechtsprechung die nach Artikel 253 EG vorgeschriebene Begründung der Natur des betreffenden Rechtsakts angepasst sein müsse und die Überlegungen des Gemeinschaftsorgans klar und eindeutig zum Ausdruck bringen müsse und dass die Kommission nicht auf alle tatsächlichen und rechtlichen Fragen einzugehen brauche, die von den einzelnen Beteiligten im Verwaltungsverfahren vorgebracht worden seien, dass sie aber den Kontext sowie sämtliche Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet zu berücksichtigen habe.
- 177 Zu den einschlägigen Kontextfaktoren gehöre der Umfang der Kenntnis, den die von einem Rechtsakt betroffenen Personen zuvor von den Beurteilungen und dem relevanten Sachverhalt gehabt hätten, wobei eine Kenntnis des Wirtschaftszweigs von bestimmten Personen erwartet

werden könne oder durch die enge Beteiligung der betroffenen Personen an dem zum Erlass des Rechtsakts führenden Verfahren oder einem damit zusammenhängenden Verfahren erworben werden könne. Das zwingende Erfordernis der Zügigkeit bei der Fusionskontrolle sei für die Feststellung, ob eine Begründung angemessen sei, ebenfalls als relevant angesehen worden.

- 178 Würden bestimmte relevante Umstände von der Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses nach Artikel 287 EG erfasst, so habe das zuständige Organ gleichwohl Sorge dafür zu tragen, dass der Kern der Begründung den Beteiligten mitgeteilt werde.
- 179 Sei der Sinn des Textes nicht auf den ersten Blick erkennbar, liege kein Verstoß gegen Artikel 253 EG vor, wenn aufgrund normaler Bemühungen bei der Auslegung Unklarheiten in der Begründung beseitigt werden könnten.
- 180 Auch habe der Gerichtshof festgestellt, dass „die Kommission nicht verpflichtet [ist], eventuelle Abweichungen von ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erklären, da es sich bei dieser um ein vorbereitendes Schriftstück handelt, dessen Wertungen lediglich vorläufiger Natur sind und der Festlegung des Gegenstands des Verwaltungsverfahrens im Verhältnis zu den Unternehmen dienen, gegen die sich dieses Verfahren richtet“.
- 181 Ändere schließlich ein Zusammenschluss nicht oder nur sehr begrenzt die Wettbewerbsverhältnisse auf einem bestimmten Markt, könne von der Kommission insoweit keine besondere Begründung verlangt werden. Die Kommission verstoße auch nicht gegen ihre Begründungspflicht, wenn sie in ihrer Entscheidung nicht genau die Gründe für die Würdigung bestimmter Aspekte des Zusammenschlusses darlege, die ihrer Ansicht nach offenkundig neben der Sache lägen, aber keine oder eine eindeutig untergeordnete Bedeutung für die Einschätzung dieses Zusammenschlusses hätten.

#### Homogenität des Produkts

- 182 Zu dem Vorwurf der Klägerin, die Feststellung zur Homogenität des Produkts sei unzureichend begründet, trägt die Kommission vor, sie habe nicht festgestellt, dass „die Heterogenität des Inhalts ... ein größeres Gewicht ... als die Homogenität des Formats [haben sollte]“, sondern sei lediglich zu dem Schluss gelangt, dass beide Aspekte zu berücksichtigen seien. Ferner werde die Standardisierung zahlreicher Aspekte des Verfahrens zur Festsetzung der CD-Großhandelspreise (durch Verwendung der gängigsten Händlerlistenpreise und Kundenrabatte für den einzelnen Kunden) durch den Hinweis auf die Bedeutung des Erfolgs bei der Preisfestsetzung für individuelle Alben nicht „erschüttert“, sondern relativiert. Mit einem Wort, Einzel-CD-Alben seien nicht mit Ölfässern vergleichbar, und aus der Sicht des Produkts oder des Preisfestsetzungsverfahrens würden CD-Alben durch die Möglichkeit, mehrere von ihnen als zum selben Markt gehörig anzusehen (über ein „Kontinuum der Substituierbarkeit“), nicht völlig homogen. Das Ergebnis sei nicht eine „Reihe widersprüchlicher Feststellungen“, sondern Ausdruck einer komplexen Wirklichkeit.

#### Transparenz

- 183 Die Klägerin könne nicht behaupten, sie habe die angefochtene Entscheidung deswegen nicht verstanden, weil die Kommission nicht definiert habe, was sie unter „Werberabatten“ verstehe, denn die Klägerin sei eine sektorielle Vereinigung, die sich an den Diskussionen bei der Anhörung durch die Kommission aktiv beteiligt habe und sich selbst als mit der Funktionsweise dieser Preisnachlässe vertraut darstelle. Jedenfalls erkläre die Entscheidung rechtlich hinreichend, worauf sich die verschiedenen Preisnachlassarten erstreckten (Randnrn. 78, 79, 85, 92, 93, 99, 100, 106, 107 und 113).
- 184 Die Klägerin behaupte auch zu Unrecht, dass sich die allgemeine Untersuchung der kleineren Länder in den Randnummern 148 ff. der Entscheidung nicht mit den Kundenrabatten befasse. Die Kommission habe in Randnummer 150 der Entscheidung lediglich ausgeführt, dass die Kundenrabatte in allen Ländern die wichtigsten Preisnachlässe seien, habe jedoch sodann die umfangreichere Kategorie der Rabatte auf den Rechnungsbetrag untersucht (die die Kundenrabatte und die Werberabatte umfasse), wie sie dies bereits in den Randnummern 119 bis 146 für die einzelnen Länder getan habe. Es gebe dort weder Verwirrung noch Unsicherheit.
- 185 In der Entscheidung weise die Kommission den Werberabatten eine große Bedeutung zu, da die Nettopreise für eine wirksame Koordinierung von Bedeutung seien. Eine „gewisse Kenntnis“ der Kundenrabatte genüge nicht, wenn die Werberabatte für Schwankungen verantwortlich seien, die bei den Preisnachlässen für bestimmte Kunden je nach Zeitpunkt und Art des Albums einträten und

so stark wie die in den Randnummern 79, 86, 100 und 107 der Entscheidung genannten Schwankungen seien.

186 Die Kommission habe die Preisnachlässe der anderen Majors geprüft. Da jedoch diese Zahlen den anmeldenden Parteien nicht offengelegt werden dürften, sei es nicht möglich gewesen, sie in die Entscheidung aufzunehmen. Dies sei auch nicht erforderlich gewesen, da die Rabattpraktiken der beiden Majors so undurchsichtig gewesen seien, dass eine wirksame Überwachung der Nettopreise durch alle Majors ausgeschlossen gewesen sei. Die Behauptungen der Klägerin über die in Anlage A.17 genannte Preisfestsetzung beruhten überdies auf der Vorstellung, dass alle Tonträgerunternehmen ihre Preise auf dieselbe Weise festlegten.

#### Abschreckungsmaßnahmen

187 Aus der Entscheidung (insbesondere Randnr. 114) gehe hervor, dass die Kommission für die Untersuchung, ob ein gewisser Grad von Preisangleichung einer stillschweigenden Koordinierung zuzuschreiben sei, zusätzlich geprüft habe, ob in der Vergangenheit eventuelle Vergeltungsmaßnahmen angedroht oder tatsächlich angewandt worden seien. Da es für ihre tatsächliche Anwendung keine Beweise gegeben habe, habe die Kommission nicht endgültig entscheiden können, ob die in der Entscheidung genannten eventuellen Vergeltungsmechanismen zulänglich seien.

#### Gegengewicht

188 Da die Voraussetzungen für die Feststellung einer gegenwärtigen oder zukünftigen kollektiven beherrschenden Stellung kumulativ vorliegen müssten, habe die Kommission keine Feststellungen zu einer Gegenmacht der Wettbewerber und Verbraucher treffen und daher insoweit keine Begründung abgeben müssen.

#### b) Zum offenkundigen Beurteilungsfehler und zum Rechtsfehler

189 Nach Auffassung der Kommission überschneiden sich die Nichtigkeitsgründe des offenkundigen Beurteilungsfehlers und des Rechtsfehlers; die Kommission prüft diese Gründe daher zusammen.

190 Vorab macht die Kommission zwei Anmerkungen.

191 Was erstens das Vorbringen angehe, dass die Kommission, wenn sie widerstreitende Argumente abzuwägen habe, keinem der beiden Argumente ein zu großes Gewicht beilegen dürfe, erinnert die Kommission an das Ermessen, das ihr bei komplexen wirtschaftlichen Beurteilungen zustehe, und macht geltend, dass die Entscheidung in ihren Ergebnissen gleichwohl äußerst abgewogen sei und dass die Klägerin insoweit von den Beweisen, über die die Kommission verfügt habe, keinen bezeichne, der nach ihrer Auffassung zu stark oder zu schwach gewichtet worden sei.

192 Was zweitens die Behauptung angehe, dass eine Entscheidung, die für ihre Schlussfolgerungen keine hinreichend detaillierten materiellen Beweise anführe, mit einem offenkundigen Beurteilungsfehler behaftet sei, so weist die Kommission darauf hin, dass es sich im Wesentlichen um eine Frage der Begründung handele, und führt aus, dass sie nicht verpflichtet sei, in ihren Entscheidungen die von ihr berücksichtigten, oft umfangreichen (und vertraulichen) Beweise in allen Einzelheiten darzulegen. Es genüge, dass sie den allgemeinen Tenor der von ihr geprüften Beweise und die Gründe der aus ihnen gezogenen Schlussfolgerungen deutlich darstelle, so dass sich die Beteiligten, insbesondere diejenigen, die Kenntnis von dem Wirtschaftszweig hätten und bereits eng an demungsverfahren beteiligt gewesen seien, ihre eigene Meinung über die Rechtmäßigkeit der Schlussfolgerungen bilden könnten. Im vorliegenden Fall seien die unterschiedlichen Beurteilungen in der Entscheidung über das Funktionieren der Tonträgermärkte durch eine große Zahl komplexer Beweise untermauert worden.

#### Homogenität des Produkts

193 Die Klägerin irre, wenn sie meine, dass die Heterogenität des Inhalts deswegen nicht relevant sei, weil die Preise anhand einer begrenzten Anzahl von Referenzpreisen festgelegt würden. Die Referenzpreise beträfen nämlich nur die Listenpreise der Alben, nicht aber die Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag. Insbesondere die Werberabatte variierten u. a. je nach Art des Albums.

194 Eine kollektive beherrschende Stellung könne auf den Märkten, die durch eine Differenzierung der

Produkte gekennzeichnet seien, schwer aufgedeckt werden, vor allem wenn die Differenzierung „die Informationsschwierigkeiten auf nicht transparenten Märkten verstärkt“ (vgl. Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [ABl. 2004, C 31, S. 5], Randnr. 45).

#### Transparenz

- 195 Bevor die Kommission die verschiedenen Behauptungen der Klägerin prüfe, müsse sie zu vier grundlegenden Fehlern in der Klageschrift Stellung nehmen, nämlich zu zwei rechtlichen und begrifflichen Fehlern und zwei Fehlern bei der Auslegung der Entscheidung.
- 196 Erstens begehe die Klägerin einen grundlegenden begrifflichen Fehler, wenn sie davon ausgehe, dass die Feststellung, dass die durchschnittlichen Nettopreise der Majors annähernd parallel verliefen oder die durchschnittlichen Preisnachlässe eines bestimmten Tonträgerunternehmens dauerhaft stabil seien, ein hinreichender Beweis sowohl für die stillschweigende Koordinierung sei als auch für die Transparenz, die erforderlich sei, um diese Koordinierung zu den festgelegten Bedingungen dauerhaft zu sichern. Ein gewisser Grad an Angleichung und Stabilität auf einem Gesamtniveau könne aussagekräftige und schlüssige Beweise für eine Transparenz, die so ausgeprägt sei, dass die Unternehmen in Oligopolstellung ihr Marktverhalten gegenseitig überwachen könnten, nicht ersetzen, und ohne Beweis für eine ausreichende Transparenz könne nicht davon ausgegangen werden, dass jedes Unternehmen in Oligopolstellung bei der Entscheidung über sein Marktverhalten das Verhalten der Wettbewerber genau kenne.
- 197 Zweitens begehe die Klägerin einen grundlegenden rechtlichen Fehler, wenn sie der Kommission vorwerfe, sie habe sich auf Beweismittel zu den Preisnachlässen gestützt, ohne indessen festzustellen, dass die praktizierten Preisnachlässe zu erheblichen Preissenkungen geführt hätten, und wenn sie behaupte, dass der Wettbewerb im Hinblick auf die Preisnachlässe in Wirklichkeit völlig marginal sei. Diese Behauptung finde im Sachverhalt keine Grundlage: Die durchschnittlichen Rabatte auf den Rechnungsbetrag der Parteien des Zusammenschlusses machten im Gegenteil einen sehr hohen Anteil an ihren durchschnittlichen Bruttoumsätzen aus (Randnrn. 56, 78, 85, 92, 99, 122, 125, 128, 131, 134, 137, 140, 143 und 146 der Entscheidung), und bei bestimmten Kunden und Alben seien die Preisnachlässe noch größer (Randnrn. 79, 86, 93, 100 und 107 der Entscheidung). Die Preisnachlässe seien somit ein äußerst wichtiger Bestandteil des Preisbildungsvorgangs und vielleicht das wahrscheinlichste und sicherlich das am wenigsten transparente Mittel, durch das ein großes Unternehmen eine „auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, stark wettbewerbsorientierte Maßnahme (z. B. eine Preissenkung)“ ergreifen könne. Das Interesse der Kommission an der Transparenz der Preisnachlässe richte sich nicht unmittelbar auf die Frage, ob sich die Majors in der Vergangenheit an ein hypothetisches gemeinsames Vorgehen gehalten hätten, sondern darauf, ob sich die Unternehmen in Oligopolstellung an ein solches gemeinsames Vorgehen aufgrund einer angemessenen gegenseitigen Überwachung auf Dauer hätten halten können (oder auf Dauer nach dem Zusammenschluss halten könnten). Es brauche somit nicht nachgewiesen zu werden, dass ein oder mehrere Majors ihre Preise mittels bedeutender zusätzlicher Preisnachlässe im Vergleich zu den Preisen der anderen Unternehmen gesenkt hätten.
- 198 Drittens begehe die Klägerin einen grundlegenden Fehler bei der Auslegung der Entscheidung, wenn sie der Kommission vorwerfe, sie verwechsle die hinreichende Markttransparenz in der Rechtssache, die zum Urteil Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt) geführte habe, mit dem in der Entscheidung aufgestellten Erfordernis der völligen Transparenz. Die Entscheidung beziehe sich nämlich durchweg auf ein „ausreichendes Maß an Transparenz“ (Randnrn. 73, 80, 87, 94, 108 und 120 der Entscheidung). Die Klägerin verkenne ferner den Charakter der Studie, die die Kommission zum Preisfestsetzungssystem durchgeführt habe. Die Kommission habe die Bestandteile des Nettopreises für ein individuelles, an einen individuellen Kunden verkauftes Album geprüft (Händlerlistenpreis, Kundenrabatt, eventueller Werberabatt) und sei zu dem Ergebnis gelangt, dass ein großes Tonträgerunternehmen nur dann leidlich sicher sein könne, die Praktiken der Nettopreisfestsetzung eines anderen Tonträgerunternehmens, wie sie bei den Kunden und den Alben zum Ausdruck kämen, tatsächlich zu kennen, wenn alle Preisbestandteile hinreichend transparent seien. Die Kommission habe diesen Schluss nicht ziehen können, da es zum einen Beweise für eine relative Transparenz der Händlerlistenpreise, zum anderen einzelne Beweise für eine gewisse Transparenz der Kundenrabatte und schließlich überzeugende Beweise für die fehlende Transparenz und Komplexität der Werberabatte gegeben habe.
- 199 Viertens begehe die Klägerin einen weiteren grundlegenden Auslegungsfehler, wenn sie behaupte, die Kommission habe festgestellt, dass sich die Händlerlistenpreise und die durchschnittlichen Nettopreise parallel zueinander entwickelten. Diese Behauptung sei unzutreffend. Die Kommission habe festgestellt, dass sich auf den einzelnen großen Märkten die durchschnittlichen realen

Bruttopreise und die durchschnittlichen realen Nettopreise der anmeldenden Parteien parallel zueinander entwickelt hätten (Randnrn. 77, 84, 91, 98 und 105 der Entscheidung), nicht aber, dass die durchschnittlichen Preisnachlässe bei den beiden Parteien des Zusammenschlusses gleich gewesen seien (Randnrn. 78, 85, 92 und 99 der Entscheidung sowie Ausführungen zur Anlage B.6). Die Preisnachlässe variierten je nach Kunde, Album und Zeitpunkt (Randnrn. 79, 86, 93, 100 und 107 der Entscheidung sowie Erläuterungen zu den zugrunde liegenden Beweismitteln). Die betreffenden Beweismittel zeigten nicht, dass ein bestimmter Händlerlistenpreis systematisch um einen festen und vorhersehbaren Rabatt unabhängig von den genannten Variablen herabgesetzt werde (vgl. insbesondere Anlage B.13).

200 Die Kommission meint, sie müsse die Ausführungen der Klägerin in einigen Punkten richtigstellen:

- Die relativ ähnlichen Preisentwicklungen der Majors lägen innerhalb einer Spanne, die im Allgemeinen 10 % überschreite (vgl. z. B. Anlage B.10);
- die Verwendung einer begrenzten Anzahl von Händlerlistenpreisen mit Schlüsselfunktion als Grundlage werde dadurch eingeschränkt, dass jährlich mindestens 80 erfolgreiche Alben mit schwankenden Händlerlistenpreisen überwacht werden müssten;
- die Einzelhandelspreise seien öffentlich und könnten somit grundsätzlich beobachtet werden, doch sei es für die Majors schwierig, ihre Entwicklung je nach Einzelhändler und Zeitpunkt ständig zu verfolgen;
- es gebe keinen Beweis dafür, dass die Kontrollberichte der Parteien des Zusammenschlusses über bestimmter Märkte sachdienliche Informationen über die Nettopreise der Wettbewerber oder über die Einzelhändlerspannen enthielten;
- die Klägerin lege keinen Beweis für ihre Behauptung vor, dass die Einzelhändlerspannen transparent und sehr genau bekannt seien; dieser nicht untermauerten Behauptung stünden die in den Akten enthaltenen Beweise entgegen (Anlage B.17), die zeigten, dass die Einzelhandelspreisfestsetzung komplex und nicht vorhersehbar sei. Die Feststellung der Kommission, dass es sich in den durchschnittlichen Nettopreisen eines großen Tonträgerunternehmens niederschlage, wenn mithilfe von Preisnachlässen von der Preispolitik erheblich abgewichen werde, stehe mit dieser Frage in keinem Zusammenhang. Sie sei aus zwei Gründen unerheblich: Erstens beziehe sie sich auf ein Phänomen, das die Kommission, wenn es sich eingestellt hätte, unter Einsatz ihrer Untersuchungsbefugnisse hätte beobachten können, das aber das einzelne große Tonträgerunternehmen individuell nicht hätte erkennen können, da weder das allgemeine Rabattniveau der Majors noch ihre durchschnittlichen Nettopreise transparent seien, und zweitens gebe die Wechselwirkung zwischen dem allgemeinen Rabattniveau und dem der durchschnittlichen Nettopreise keine Auskunft darüber, ob zwischen den Einzelhändlerpreisen und den Nettogroßhändlerpreisen ein festes und transparentes Verhältnis bestehe;
- es gebe nur wenige zuverlässige Beweise dafür, dass den Majors wechselseitig die Höhe ihrer Kundenrabatte und die ihrer Werberabatte im Detail bekannt sei, dagegen zahlreiche Beweise, die das Gegenteil belegten, u. a. die objektive Komplexität der Werberabatte, die je nach Kunde, Album und Zeitpunkt variierten;
- die Kommission habe sich hinreichend mit den Preisnachlässen der Parteien des Zusammenschlusses befasst, um zu dem Schluss zu kommen, dass es das Maß an gegenseitiger Transparenz, das zwischen Unternehmen in Oligopolstellung für eine funktionierende stillschweigende Koordinierung erforderlich sei, nicht gebe;
- die Zusammenarbeit zwischen bestimmten Majors bei den Kompilationen und dem Vertrieb sei kaum geeignet, ausreichende Informationen über die komplexen individuellen Rabattentscheidungen aller Majors zu liefern;
- die Klägerin lege keinen Beweis dafür vor, dass die Häufigkeit eines Wechsels von Führungskräften zwischen Majors hoch oder höher als in anderen Wirtschaftszweigen mit Zusammenschlüssen sei oder dass die Kenntnis, die eine Führungskraft von den komplexen und bei den individuellen Alben mit einer begrenzten Lebensdauer unterschiedlichen Rabattpraktiken zu dem Zeitpunkt habe, zu dem sie ein großes Tonträgerunternehmen verlasse, sehr lange von Nutzen sei oder auf Dauer die Koordinierung zwischen den Majors ermögliche;

- zwar erleichterten die veröffentlichten Charts die Feststellung der meistverkauften Alben, sie gäben jedoch nur selten Auskunft über die Händlerlistenpreise und niemals über die Preisnachlässe;
  - die Entscheidung könne nicht allein deswegen beanstandet werden, weil sie von der Mitteilung der Beschwerdepunkte abweiche.
- 201 Entgegen den Behauptungen der Klägerin sei die Ermittlung des Rabattniveaus nicht „relativ leicht“, und sie sei praktisch unmöglich bei den Werberabatten. Die Behauptung der Klägerin, dass die Werberabatte ein Viertel bis ein Drittel aller Preisnachlässe ausmachten, könne allgemein als Diskussionsgrundlage zugelassen werden, müsse aber in mehrerer Hinsicht eingeschränkt werden.
  - 202 Erstens variere das Gesamtniveau dieser Preisnachlässe wahrscheinlich – ebenso wie das Niveau der Preisnachlässe im Allgemeinen – je nach großem Tonträgerunternehmen.
  - 203 Zweitens zeigten die Durchschnittszahlen in den Akten, dass die Werberabatte 1998 in mehreren Ländern einen relativ höheren Anteil an den Rabatten auf den Rechnungsbetrag ausmachten; die Rabatte auf den Rechnungsbetrag hätten den stärksten unmittelbaren Einfluss auf die Kaufentscheidungen der Kunden im Hinblick auf bestimmte Alben.
  - 204 Drittens bringe diese Durchschnittszahl die außergewöhnliche Komplexität und fehlende Transparenz der Aufteilung der Werberabatte je nach Album, Kunde und Zeitpunkt nicht genau zum Ausdruck. Zwar sei es möglich, dass die sonstigen Bedingungen für die Teilnahme an Kampagnen relativ standardisiert und unkompliziert seien, doch widersprächen die der Kommission vorliegenden Beweise offenkundig jeder Vorstellung, dass die wöchentlichen Verhandlungen über Höhe und Dauer dieser Kampagnen und über die Eignung bestimmter Alben oder Kunden standardisiert oder unkompliziert sein könnten.
  - 205 Viertens könnten die Preisnachlässe wahrscheinlich gerade wegen des Umstands, dass die Werberabatte auf bestimmte Alben und Kampagnen ausgerichtet seien und dass die Rabatthöhe auf den einzelnen Einzelhändler abgestimmt sei, stärkere Wirkung auf den Absatz dieser Alben haben.
  - 206 Wichtiger noch sei der Umstand, dass die Klägerin keine schlüssigen Beweise dafür vorgelegt habe, dass die Kommission fehlerhaft die Auffassung vertreten habe, dass die Werberabatte große Bedeutung auf Märkten hätten, auf denen die 100 besten Alben jedes großen Tonträgerunternehmens den größten Teil seines Gesamtumsatzes in einem bestimmten Jahr und einem bestimmten Land darstellten, weil eine ganze Reihe dieser Alben nicht in den Charts stünden.
  - 207 Die Kommission verfüge dagegen über Beweise (Anlage B.13), dass sogar für einige der erfolgreichsten Alben aus der Hochpreiskategorie von Sony und BMG Werberabatte eingeräumt würden.
  - 208 Zudem seien die Beweise bezüglich der tatsächlichen Werberabattpraxis zu einem bestimmten Zeitpunkt nur für die Beurteilung relevant, wie stark die Nettopreise tatsächlich angeglichen gewesen seien (während die Kommission in der Entscheidung die Auffassung vertreten habe, dass die Preisnachlässe im Allgemeinen nicht so angeglichen seien, dass daraus ein gemeinsames Vorgehen abgeleitet werden könne). Die Transparenz der Preisnachlässe sei jedoch von Bedeutung für die Frage, ob das Preisfestsetzungssystem in sich so transparent sei, dass die Majors rechtzeitig und exakt feststellen könnten, ob einer von ihnen sich bei den Nettopreisen für die Alben außerhalb des gemeinsamen Vorgehens stelle, indem er die Werberabatte erhöhe. Abgesehen von den unbegründeten Ausführungen zur Transparenz der Einzelhändlerspannen, habe die Klägerin weder Argumente noch konkrete Beweise für den letztgenannten Punkt vorgebracht, so dass ihr Klagegrund ohnehin keinen Erfolg haben könne.
  - 209 Die Feststellung bezüglich des Grades an Transparenz der Nettopreise auf dem Tonträgermarkt sei offenkundig nicht auf „Spekulationen“ oder „unsubstantiierte und subjektive Zweifel“ gestützt worden, sondern im Gegenteil auf konkrete Beweise für die sehr komplexe und nicht ausreichend transparente Art, in der die Bestandteile des Nettoendpreises (Händlerlistenpreis, Kundenrabatt und Werberabatt) für den Verkauf eines bestimmten Albums mit einem bestimmten Inhalt an einen bestimmten Kunden festgelegt würden. Unter diesen Umständen hätten die verfügbaren Beweise nicht dahin ausgelegt werden können, dass sie aller Wahrscheinlichkeit nach eine Transparenz belegten, die ausreiche, um die Einhaltung eines gemeinsamen Vorgehens bei den Preisen angemessen und rechtzeitig überwachen zu können.

- 210 Was das Argument der Klägerin angehe, dass eine bestimmte Anzahl bekannter und erkennbarer Strukturen und Regeln die durchschnittlichen Preise vorhersehbar mache, genüge ein bestimmtes Maß an paralleler Entwicklung der durchschnittlichen Nettopreise für Alben nicht als Beweis für die Koordinierung, da die Preise sowohl im Rahmen des Wettbewerbs als auch im Rahmen von Absprachen stark angeglichen sein könnten, denn die Unternehmen reagierten auf ähnliche äußere Faktoren (z. B. auf die Preise der gemeinsamen Produktionsfaktoren) sowie auf ihr gegenseitiges Marktverhalten. Die Klägerin verwechsle die Feststellung der Koordinierungsmodalitäten („bekannte und erkennbare ... Regeln“) mit den Mitteln zur Überwachung der Einhaltung dieser Modalitäten („erforderliche Transparenz“), zumal kein großes Tonträgerunternehmen normalerweise Zugang zu allen – oder zumindest den wichtigsten – Daten der Preisfestsetzung aller großen Tonträgerunternehmen in allen erfassten Alben- und Kundenkategorien habe, die für die Ermittlung der durchschnittlichen Nettopreise erforderlich seien.
- 211 Die Klägerin habe zwar eingeräumt, dass diese Regeln und Verkaufsstrategien zu Preisen und Preisnachlässen führen könnten, die je nach Tonträgerkategorie und Kunde beträchtlich schwanken könnten, sie habe aber nicht dargelegt, was dies für Regeln seien oder wie die Regeln für derartig unterschiedliche Umstände durch eine stillschweigende Koordinierung festgelegt würden. Die Majors könnten indessen nicht feststellen, ob die Schwankungen ihrer jeweiligen durchschnittlichen Nettopreise auf eine Abweichung oder auf Änderungen im Produktsortiment oder im Erfolg der Produkte zurückzuführen seien, solange sie nicht rechtzeitig im Besitz detaillierter Informationen über die Änderungen in der Zusammensetzung und das Schicksal ihrer jeweiligen Produktangebote seien, und die Kommission habe keine ausreichenden Beweise dafür gefunden, dass sie Zugang zu derartig detaillierten Informationen gehabt hätten.
- 212 Die Klägerin könne nicht einfach nur behaupten, die Koordinierung finde in Wirklichkeit auf der Ebene der allgemeinen strategischen Entscheidungen jedes großen Tonträgerunternehmens über die allgemeinen Rabattspannen und Rabattbudgets statt, ohne darzulegen, welchen Inhalt eine solche Entscheidung haben könnte, woraus auf die Koordinierungsmodalitäten geschlossen werden könnte oder wie die Einhaltung dieser Modalitäten von den Majors überwacht werden könnte. Die Kommission sei nicht verpflichtet, derartig vagen und unsubstantiierten Argumenten nachzugehen.
- 213 Was die klägerische Kritik an der Methode angehe, wonach die meisten Daten, die die Kommission vorgelegt habe, nicht nach der Menge gewichtet worden seien, weist die Kommission darauf hin, dass die Frage der Angemessenheit einer Methode untrennbar mit der Hypothese verbunden sei, die die Methode bestätigen oder entkräften solle. Die Zusammenstellung gewichteter Daten sei zwar von Bedeutung für die Feststellung, ob es allgemein oder für bestimmte Arten von Alben (z. B. für die 20 meistverkauften Alben) eine latente Preisangleichung zwischen den großen Tonträgerunternehmen gebe, die Gewichtung der Daten sei jedoch für die Prüfung der Komplexität und ihrer Auswirkung auf die Transparenz nicht relevant. Es müsse noch die Preisschwankung der individuellen Titel untersucht werden, um den Grad der Komplexität der Preisfestsetzung und das Maß an Markttransparenz zu verstehen.
- 214 Es sei unrealistisch, Koordinierungsmodalitäten zu berücksichtigen, denen die durchschnittlichen Nettopreise zugrunde lägen. Die Zahlen über den Grad der zu beobachtenden Ähnlichkeit (mangels Parallelität) der durchschnittlichen Nettopreise der großen Tonträgerunternehmen, die die Kommission in der Entscheidung vorgelegt habe, seien jedoch nach der Menge gewichtet gewesen, und Gleiches gelte für die Grafiken in der Anlage B.4, denen die jährlichen durchschnittlichen Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag zugrunde lägen, die die Parteien des Zusammenschlusses verschiedenen gemeinsamen Kunden eingeräumt hätten. Erhebliche Mengen von sonstigen Daten, die in der Klagebeantwortung vorgelegt worden seien, insbesondere in den Anlagen B.8, B.9, B.10 und B.13, seien ebenfalls nach der Menge gewichtet worden, und dies ergebe sich ohnehin aus der Art der Ausübung.
- 215 Alle oben genannten, nach der Menge gewichteten Beweismittel seien für die Entscheidung, ob die Praktiken der großen Tonträgerunternehmen in hohem Maße angeglichen seien, oder bezüglich der für die Beurteilung der Transparenz wichtigen Frage, ob die Preisfestsetzung komplex sei, potenziell relevant. In dem zuletzt genannten Zusammenhang sei die Frage der Gewichtung nach der Menge nicht von großer Bedeutung. Die Veränderlichkeit der Nettopreise je nach Titel, Kunden (sogar derselben Art) oder Zeitpunkt sei unabhängig von den jeweils verkauften Mengen von Bedeutung. Die Anlagen B.6 und B.7 zur Klagebeantwortung zeigten daher, dass es sogar hinsichtlich der 20 meistverkauften Alben der einzelnen Parteien des Zusammenschlusses bei den Preisnachlässen große Schwankungen gebe. Wenn die Majors für eine hinreichend genaue Überwachung dieser Schwankungen nicht ausgestattet seien, könne ein Major jede Koordinierungsmodalität bezüglich der Nettopreise durch Einräumung erheblicher Preisnachlässe, insbesondere durch Einräumung von Werberabatten, außer Acht lassen, ohne entdeckt zu werden. Dies gelte umso mehr, wenn die

Koordinierungsmodalitäten flexibel sein sollen, denn dann müsste eine umfangreiche Rabattpraxis außerhalb der stillschweigend vereinbarten Norm aufgedeckt werden, damit andere große Tonträgerunternehmen hinreichend sicher sein könnten, dass das betreffende Unternehmen die Norm außer Acht gelassen habe.

216 Bezüglich der Untersuchung der Korrelation, die die Klägerin vor allem in ihren Anlagen D.2 und D.3 durchgeführt habe, sowie bezüglich der stillschweigenden Kritik an der Kommission dahin gehend, dass sie die Daten nicht in ihre Untersuchung einbezogen habe, könne die Frage nach der Methode nicht abstrakt beurteilt werden, ohne dabei den Gegenstand der Untersuchung zu berücksichtigen, nämlich die Frage, ob das Maß an Angleichung eine Koordinierung offenbare und ob eine Transparenz vorhanden sei, die eine Überwachung des Marktverhaltens erlaube.

217 Die Kommission weist zunächst darauf hin, dass die Parteien des Zusammenschlusses während des Verwaltungsverfahrens eine beachtliche Menge von Daten über die Korrelation vorgelegt hätten, die allgemein schwache Korrelationsfaktoren ausgewiesen hätten, dass sie diese Beiträge aber mit großer Sorgfalt behandelt habe.

218 Auch sei ein gewisses Maß an zeitlicher Stabilität der von einem bestimmten großen Tonträgerunternehmen gewährten Preisnachlässe für sich genommen kein Beweis für eine Koordinierung (vgl. Anlage D.3), denn es könnte auch hier größtenteils die Folge unveränderter Faktoren sein, wie Kundengröße, Art der verkauften Musik usw. Selbst ein hohes Maß an statistischer Vorhersehbarkeit würde aus unterschiedlichen Gründen das Vorliegen einer Koordination nicht beweisen: Die einzelnen rationalen Entscheidungen könnten überaus vorhersehbar sein; ohne die Informationen, die eine Beurteilung des Vorhersehbarkeitsgrads ermöglichen, bliebe dies eine interessante intellektuelle Möglichkeit ohne praktische Konsequenzen, und ohne Zugang zur wirklichen Praxis sei es auch nicht möglich, den Wahrheitsgehalt der Vorhersage zu überprüfen (die weitere Durchführung einer vermuteten geheimen Abmachung). Selbst wenn die Majors in der Lage wären, dieses statistische Instrumentarium auf ihre gegenseitigen Preisfestsetzungspraktiken in der Vergangenheit anzuwenden, könnte dies nicht die Überwachung des Marktes ersetzen.

219 Entgegen der Behauptung der Klägerin habe die Kommission die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte verwendeten Daten, die nach der Menge und branchenweit gewichtet gewesen seien, nicht zugunsten der Daten der Parteien des Zusammenschlusses „zurückgewiesen“, die weder das eine noch das andere gewesen seien. Ein großer Teil dieser Daten werde in der Entscheidung angeführt (z. B. zum Maß der parallelen Entwicklung der durchschnittlichen Nettopreise), und bestimmte Daten seien der Klagebeantwortung als Anlage beigefügt (Anlage B.4). Die Kommission habe vielmehr angesichts der zusätzlichen Informationen und Argumente von Sony und BMG ihre vorläufigen Schlussfolgerungen im Hinblick auf das geändert, was durch diese Daten habe bewiesen werden können.

#### Abschreckungsmaßnahmen und Gegengewicht

220 Da die Kommission festgestellt habe, dass eine der drei kumulativen Voraussetzungen (Transparenz) nicht vorliege, habe sie weder einen offenkundigen Beurteilungsfehler noch einen Rechtsfehler begangen, als sie zu den beiden anderen Voraussetzungen keine Stellung genommen habe.

#### Untersuchung des gemeinsamen Vorgehens

221 Die Kommission macht zunächst geltend, die Rüge der Klägerin beruhe auf einer in tatsächlicher Hinsicht falschen Annahme, nämlich darauf, dass sich die Schlussfolgerung bezüglich der Transparenz ausschließlich auf „eine einzige Form von Preisnachlass, den Werberabatt“ beziehe. Obwohl die Werberabatte einen wichtigen Platz in der Untersuchung einnehmen, habe die Untersuchung allgemein die Art der Preisfestsetzung, die auf der Ebene des Kunden und des Albums sowie in zeitlicher Hinsicht insgesamt sehr komplex sei, und damit auch die Händlerlistenpreise und die Kundenrabatte betroffen.

222 Die Kommission trägt sodann vor, die Klägerin begehe einen offenkundigen Rechtsfehler insofern, als sie anscheinend behauptete, dass der Mangel an Transparenz weniger von Bedeutung wäre, wenn die Kommission nachweisen könnte, dass es für die Majors von Nutzen sei, sich einer gemeinsamen Politik anzuschließen. Diese Auffassung stehe nicht im Einklang mit der Rechtsprechung. Außer einer hinreichenden Transparenz, damit die Überwachung und die Abschreckung funktionieren könnten, kenne die Kommission kein anderes Mittel – und die Klägerin habe ein solches nicht vorgeschlagen –

zum Beweis dafür, dass ein stillschweigend verabredetes gemeinsames wettbewerbswidriges Vorgehen für eine Gruppe von Unternehmen in Oligopolstellung von Nutzen und damit vernünftig sei.

223 Zwar könnten relativ stabile Marktanteile einen Zusammenhang herstellen, der für das Entstehen einer kollektiven beherrschenden Stellung günstig sei, sie seien jedoch kein ausreichender Grund für die Annahme, dass eine stillschweigende Koordinierung tatsächlich oder wahrscheinlich bestehe, wenn es an hinreichenden Beweisen dafür fehle, dass die Koordinierung nach den im Urteil Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt) anerkannten kumulativen wirtschaftlichen Voraussetzungen einer kollektiven beherrschenden Stellung vernünftig sei. Die Klägerin liefere keine zusätzlichen Beweise für die Existenz eines gemeinsamen Vorgehens, das „ausgeprägte Wettbewerbshandlungen“ verhindere. Nichts spreche somit dafür, dass die Kommission einen offenkundigen Beurteilungsfehler dadurch begangen habe, dass sie ein solches gemeinsames Vorgehen seitens der Majors nicht festgestellt habe.

224 Was die Auswahl der Verbraucher und die kulturelle Vielfalt angehe, so sei die Kommission nicht verpflichtet, in einer endgültigen Entscheidung die Gründe anzugeben, weshalb sie von den vorläufigen Schlussfolgerungen, die sie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte in einer bestimmten Sache gezogen habe, abweiche; dies müsse erst recht gelten, wenn sie von den Schlussfolgerungen einer Mitteilung der Beschwerdepunkte abweiche, die vier Jahre zuvor in einer anderen Sache ergangen sei. Ferner führe die Klägerin ausdrücklich weder ein Sachargument noch einen Beweis für eine koordinierte Reduzierung der Kreativität, der Qualität oder der Vielfalt der Musikauswahl an.

#### 4. Zum zweiten Teil

225 Die Kommission ist der Ansicht, mit den drei Klagegründen, die sich darauf bezögen, dass die Kommission nicht zu dem Ergebnis gelangt sei, dass eine kollektive beherrschende Stellung durch den Zusammenschluss verstärkt werde, werde den Klagegründen, die die bereits vorher bestehende kollektive beherrschende Stellung beträfen, nichts hinzugefügt. Sollte einer der letztgenannten Klagegründe durchgreifen, würde die Entscheidung ohnehin für nichtig erklärt werden, während sich im Fall des Scheiterns ergeben würde, dass die Kommission die angeblich verstärkenden Wirkungen des Zusammenschlusses zu Recht nicht geprüft habe.

#### *C – Vorbringen der Streithelferinnen*

##### 1. Vorbemerkungen

226 Die Streithelferinnen halten es für notwendig, vor der Prüfung der verschiedenen Klagegründe und Argumente der Klägerin vier Bemerkungen zu dem Kontext, in dem die Entscheidung erlassen worden sei und beurteilt werden müsse, sowie vier allgemeine Bemerkungen zur Klage zu machen.

227 Erstens habe die Kommission eine außerordentlich gründliche Untersuchung durchgeführt, die länger als sechs Monate gedauert habe. Von Anfang an hätten die Parteien des Zusammenschlusses sehr fundierte Daten und Erläuterungen über die Musikindustrie in Europa und über die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb zur Verfügung gestellt, insbesondere über die Auswirkungen auf die CD-Preise, die kulturelle Vielfalt, die Auswahl der Verbraucher, die Möglichkeiten der unabhängigen Tonträgerunternehmen im Wettbewerb, die Entwicklung der Online-Musik oder die Gefahr der Koordinierung derjenigen Tätigkeiten, die bei Sony und BMG verbleiben sollten (vgl. Anlage C.1). Mittels verschiedener Fragebögen mit mehr als 250 Fragen, die an ungefähr 1 240 Marktbeteiligte verschickt worden seien (Parteien des Zusammenschlusses, andere Majors, unabhängige Tonträgerunternehmen, Einzelhändler, Autoren, Verleger, Künstler, Online-Händler), habe die Kommission eine Fülle von Belegen und Daten zu allen relevanten Fragen ermittelt und erhalten. Die Parteien des Zusammenschlusses hätten mehr als 30 Millionen Preishinweise geliefert, und Wirtschaftsexperten hätten eine detaillierte Bewertung der durchschnittlichen Nettoverkaufspreise der fünf Majors in den fünf großen Ländern vorgenommen. Mehrere unabhängige Tonträgerunternehmen teilten nicht die Bedenken der Klägerin, sondern seien der Meinung, dass der Zusammenschluss ihre Möglichkeiten im Wettbewerb erweitere. Aufgrund all dieser Daten, der Gutachten der beiden sehr renommierten Industrieökonomien, der detaillierten Untersuchungen der Großhandels- und der Verkaufspreise in der RBB-Studie und der detaillierten Ausführungen in der Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte bzw. bei der Anhörung (vgl. Anlage C.3) habe die Kommission zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass ihre ursprünglichen Bedenken, vor allem bezüglich der Gefahr einer kollektiven Beherrschung, unbegründet seien.

228 Zweitens verkenne die Klägerin den Gegenstand und den Rechtscharakter der Mitteilung der Beschwerdepunkte, die den Parteien des Zusammenschlusses im Wesentlichen die Möglichkeit

geben solle, die ursprünglichen Einwände der Kommission zu verstehen, um Gegenargumente und Beweise vorbringen zu können (vgl. Artikel 18 Absätze 1 und 3 der Verordnung). Werde die Kommission mit unzutreffenden Beweisen konfrontiert, müsse sie Beschwerdepunkte fallen lassen, die sich als nicht ausreichend begründet erwiesen (Urteil des Gerichtshofes vom 7. Januar 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, Aalborg Portland u. a./Kommission, Slg. 2004, I-123), wie sie es in 14 von 62 Sachen in den letzten fünf Jahre getan habe (vgl. Anlage C.5). Der Verwaltungsvorgang innerhalb der Kommission habe umfassenden internen Kontrollen unterlegen, das Verwaltungsverfahren der Kommission habe sichergestellt, dass alle Beteiligten ihre Argumente und Beweise hätten vorbringen können (vgl. Bericht des Anhörungsbeauftragten, Anlage C.6), und der Beratende Ausschuss habe für eine unbedingte Genehmigung gestimmt (Anlage C.7).

229 Drittens seien die Wettbewerbsbehörden weltweit (Vereinigte Staaten, Australien, Kanada, Tschechische Republik, Ungarn, Polen, Rumänien, Russland, Schweiz, Mexiko, Südafrika) alle zu dem Ergebnis gelangt, dass der Vorgang uneingeschränkt zu genehmigen sei, und keine dieser Entscheidungen sei angefochten worden. Auch habe keine nationale Wettbewerbsbehörde, die den europäischen Markt der Musikindustrie zuvor geprüft habe, die Auffassung vertreten, dass er einer stillschweigenden Koordinierung unterliege (vgl. insbesondere die Schlussfolgerung des Office of Fair Trading von September 2002, wonach die kollektive Beherrschung nicht bewiesen sei, Anlage A.16, Randnr. 6.11).

230 Viertens sei der Zusammenschluss eine wettbewerbsfreundliche Antwort auf den Verfall (Sturz der CD-Verkaufspreise um 20 % innerhalb von drei Jahren, unbefugtes Herunterladen von Musik aus dem Internet, wachsender Wettbewerb alternativer Freizeitprodukte wie DVD-Filme) und den anhaltenden Wandel der Musikindustrie. Die mangelnde Nachfragestabilität und die Ungewissheit zukünftiger Geschäftskonzepte machten es noch schwerer, eine – schon angesichts der Marktmerkmale unwahrscheinliche – stillschweigende Kollusion herzustellen und zu erhalten (Urteil Airtours/Kommission, oben in Randnr. 45 angeführt, Randnr. 139, und Randnr. 45 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse). Da sich ferner die Bedingungen in dem Wirtschaftszweig sehr stark von denen unterschieden, die zur Zeit der Untersuchung des Zusammenschlusses zwischen EMI und Time Warner durch die Kommission im Jahr 2000 bestanden hätten, seien die naturgemäß vorläufigen Schlussfolgerungen der Kommission in jener Sache ohne Relevanz.

231 Fünftens sei die Begründung der Entscheidung klar, überzeugend und ausreichend durch Beweise untermauert, wobei die Kommission ihre Würdigung aller rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte nicht begründen müsse (Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2003, T-374/00, Verband der freien Rohrwerke u. a./Kommission, Slg. 2003, II-2275, Randnrn. 185 bis 187). Die Klageschrift beweise, dass die Klägerin die Begründung der Entscheidung verstanden habe.

232 Sechstens sei für Verbotsentscheidungen mehr erforderlich als nur die Wahrscheinlichkeit, denn bei Ungewissheit über die Vereinbarkeit einer Maßnahme mit dem Gemeinsamen Markt verdiene das Interesse der Unternehmen, die den Zusammenschluss durchzuführen beabsichtigten, den Vorrang (Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano in der Rechtssache C-12/03 P, Kommission/Tetra Laval, Urteil des Gerichtshofes vom 15. Februar 2005, Slg. 2005, I-987, I-992, Nrn. 74 bis 79).

233 Siebtens weisen die Streithelferinnen darauf hin, dass das Gericht zwar die Tatsachen- und Rechtsfragen umfassend prüfe, seine Kontrolle sich jedoch nur auf offenkundige Beurteilungsfehler bei komplexen wirtschaftlichen Beurteilungen wie der Würdigung der Schaffung oder Verstärkung einer kollektiven beherrschenden Stellung erstrecke (Urteil des Gerichts vom 3. April 2003, T-342/00, Petrolescence und SG2R/Kommission, Slg. 2003, II-1161, Randnr. 101). Die Klägerin aber ersuche das Gericht wiederholt, seine Beurteilung an die Stelle derjenigen der Kommission zu setzen, indem sie z. B. behaupte, die Kommission messe der Heterogenität des Produkts und den Preisnachlässen ein unangemessen großes Gewicht bei.

234 Achtens sei die Frage bezüglich der Prüfung der kollektiven beherrschenden Stellung nicht, ob für die Unternehmen ein Anreiz bestehe, geheime Absprachen zu treffen, sondern ob sie angesichts der Merkmale des Marktes die Möglichkeit hätten, die Bedingungen der Koordination stillschweigend herzustellen und zu erhalten (Urteil Airtours/Kommission, oben in Randnr. 45 angeführt, Randnr. 62). Es sei besonders wichtig, zu prüfen, ob der Markt hinreichend transparent sei.

## 2. Prüfung des Vorbringens der Klägerin

a) Zu den Werberabatten

- 235 Da die Preiskoordinierung ohne ausreichende Transparenz der aktuellen Nettogroßhandelspreise nicht hergestellt oder erhalten werden könne, genügt nach Ansicht der Streithelferinnen die Feststellung, dass die Werberabatte nicht transparent seien, bereits als solche, um die Entscheidung aufrechtzuerhalten.
- 236 Die Entscheidung habe die Verbindung zwischen einerseits der Heterogenität des Albeninhalts und andererseits den großen Schwankungen bei den Werberabatten und der fehlenden Transparenz, die sich hieraus für die Nettogroßhandelspreise ergebe (vgl. auch Anlage C.4, S. 27), zutreffend festgestellt. Die angeblichen Beweise belegten, dass die Werberabatte für die Alben in den Charts und im Titeltatalog bedeutsam seien, dass sie je nach Kunde, Album und Zeitpunkt erheblich schwankten und unter den Majors nicht angeglichen gewesen seien (Anlagen B.2, B.4 bis B.14, und vertraulicher Data-room-Bericht). Da diese Preisnachlässe unterschiedlich hoch gewesen seien, sei es nicht möglich, allein aus der Beobachtung der Händlerlistenpreise zuverlässige Schlüsse zu ziehen. Auch seien die Spannen der Einzelhändler je nach Veröffentlichung und Zeitpunkt sehr variabel und ließen somit eine Ableitung der Nettopreise aus den Verkaufspreisen nicht zu (vgl. Anlage B.17). Sony und BMG hätten außerdem weder die Verkaufspreise der Wettbewerber planmäßig überwacht, noch hätten sie von den Einzelhändlern systematisch zuverlässige Informationen über die von den Wettbewerbern angebotenen Preisnachlässe erhalten. Die angeblichen Preise zeigten schließlich, dass die Tonträgerunternehmen keine Sanktionen angewandt hätten, selbst nicht angesichts der starken Preisschwankungen, wodurch jeder Sanktionsmechanismus unglaubwürdig werde (vgl. Anlage C.4, S. 5 und 10).

b) Fehlen einer Angleichung

- 237 Die Daten über die durchschnittlichen Nettopreise, die Händlerlistenpreise und die Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag zeigten keine Angleichung, sondern allenfalls eine teilweise parallele Entwicklung, und ließen die Feststellung einer Preiskoordinierung nicht zu.
- 238 Den Daten über die durchschnittlichen Nettopreise sei erstens ein hohes Maß an Komplexität zu entnehmen, zweitens eine weite Streuung und eine starke Schwankung, drittens eine erhebliche Volatilität in den Rangordnungen der Majors, viertens eine breite Spanne bei den Preisen der Majors und fünftens ein Fehlen von Parallelität.
- 239 Ein großer Teil der 100 besten Umsätze liege außerhalb der in der Entscheidung bezeichneten Listenpreise (Randnrn. 76, 83, 90, 97 und 107 der Entscheidung).
- 240 Aus den Anlagen zur Klagebeantwortung (B.4 bis B.14) gehe hervor, dass die Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag und die Nettopreise zwischen den Majors stark geschwankt hätten.

c) Fehlen von Transparenz

- 241 Die Entscheidung habe keinen überzeugenden Beweis für Transparenz gefunden, nicht einmal bezüglich anderer Preisbestandteile als der Werberabatte. Die vorsichtigen Formulierungen der Kommission bagatellisierten die wirkliche Bedeutung der zugrunde liegenden Beweise, die belegten, dass eine ausreichende Transparenz nicht vorhanden sei. Abgesehen davon, dass die Händlerlistenpreise in bestimmten Ländern weder bekannt noch leicht zugänglich seien, hätten die Tonträgerunternehmen keine genauen Informationen über die Händlerlistenpreise, die für ein bestimmtes Album zu einem gegebenen Zeitpunkt verwendet würden. Die Kundenrabatte seien nicht so transparent, dass sie stillschweigend koordiniert werden könnten. Von den 161 befragten Einzelhändlern hätten nur fünf bestätigt, dass den Wettbewerbern die Preisnachlässe der anderen teilweise bekannt seien, während zehn das Gegenteil bestätigt hätten.

3. Verschiedene in der Entscheidung nicht erwähnte Aspekte

- 242 Die Streithelferinnen machen geltend, die untersuchten Theorien über die potenzielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs scheiterten auch unter verschiedenen in der Entscheidung nicht erwähnten Aspekten. Erstens habe sich die Kommission zu Unrecht auf die durchschnittlichen Nettopreise konzentriert, obwohl die Koordinierung nicht auf der Ebene von Durchschnittspreisen stattfinden könne, da der Preis der individuellen Alben nicht festgesetzt werde, um einen bestimmten Durchschnittsnettopreis zu erzielen, und obwohl dieser Durchschnittspreis ohnehin nicht von den anderen Majors beobachtet werden könne. Die Durchschnittspreise könnten bedeutende

Abweichungen bei den individuellen Albumspreisen verschleiern (vgl. Anlage C.4, Anm. 12). Zweitens dienten die Händlerlistenpreise nicht als Anknüpfungspunkt für die Angleichung. Jedes große Tonträgerunternehmen verwende selbst für seine meistverkauften Alben eine Vielzahl von Händlerlistenpreisen, die bei demselben Tonträger je nach Zeitpunkt schwankten. Drittens seien die Marktanteile nicht stabil, und eine schwache Bewegung könne zu einem enormen Unterschied in der Ertragslage führen.

#### *D – Würdigung durch das Gericht*

##### 1. Allgemeine Erwägungen

- 243 Die Klägerin behauptet, dass die Erwägungen über die Homogenität des Produkts, die Transparenz des Marktes, die Vergeltungsmaßnahmen und das Fehlen eines Gegengewichts, die der Feststellung zugrunde lägen, dass die Majors vor dem geplanten Zusammenschluss auf den Tonträgermärkten nicht über eine kollektive beherrschende Stellung verfügt hätten, unzureichend begründet, offenkundig ermessensfehlerhaft sowie rechtsfehlerhaft seien.
- 244 Vor der Prüfung der einzelnen Rügen der Klägerin sind zunächst einige Ausführungen zum Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung zu machen. Sodann sind kurz die Untersuchungsmethode, anhand deren die Kommission zu dem streitigen Ergebnis gelangt ist, sowie die verschiedenen in der Entscheidung wiedergegebenen einschlägigen Faktoren und Gesichtspunkte zu beschreiben, die die Anwendung des Begriffs der kollektiven beherrschenden Stellung im vorliegenden Fall betreffen. Schließlich sind die Gründe zu erläutern, auf denen das in der Entscheidung gefundene Ergebnis beruht, dass es vorher keine kollektive beherrschende Stellung gegeben habe.

##### 2. Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung

- 245 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes muss die Kommission in Bezug auf die Frage einer kollektiven beherrschenden Stellung anhand einer Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung des Referenzmarktes prüfen, ob der Zusammenschluss, mit dem sie befasst ist, zu einer Situation führt, in der ein wirksamer Wettbewerb auf dem relevanten Markt von den zusammengeschlossenen Unternehmen und einem oder mehreren dritten Unternehmen, die insbesondere aufgrund der zwischen ihnen bestehenden verbindenden Faktoren zusammen die Macht zu einheitlichem Vorgehen auf dem Markt und in beträchtlichem Umfang zu einem Handeln unabhängig von den anderen Wettbewerbern, ihrer Kundschaft und letztlich den Verbrauchern besitzen, erheblich behindert wird (Urteil des Gerichtshofes vom 31. März 1998, C-68/94 und C-30/95, Frankreich u. a./Kommission, „Kali & Salz“, Slg. 1998, I-1375, Randnr. 221).
- 246 Das Gericht hat entschieden, dass eine kollektive beherrschende Stellung, durch die der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, sich daher aus einem Zusammenschluss ergeben kann, wenn dieser – aufgrund der Merkmale des relevanten Marktes und indem die Marktstruktur durch den Zusammenschluss geändert wird – dazu führt, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols es in Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen für möglich, wirtschaftlich vernünftig und daher ratsam hält, dauerhaft einheitlich auf dem Markt vorzugehen, um zu höheren als den Wettbewerbspreisen zu verkaufen, ohne zuvor eine Vereinbarung im Sinne von Artikel 81 EG treffen oder auf eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne dieser Vorschrift zurückgreifen zu müssen und ohne dass die tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber oder die Kunden und Verbraucher wirksam reagieren können (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 25. März 1999, T-102/96, Gencor/Kommission, Slg. 1999, II-753, Randnr. 276).
- 247 Im Urteil Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt, Randnr. 62) hat das Gericht, wie in Randnummer 68 der Entscheidung dargelegt, entschieden, dass die Begründung einer solchen kollektiven beherrschenden Stellung dreierlei voraussetzt: Erstens muss der Markt so transparent sein, dass die beteiligten Unternehmen in ausreichendem Maße überwachen können, ob die Modalitäten der Koordinierung eingehalten werden. Zweitens muss es aus Gründen der Disziplin eine Art Abschreckungsmechanismus gegen Abweichungen vom gemeinsamen Vorgehen geben. Drittens dürfen die Reaktionen von Unternehmen, die sich nicht an der Koordinierung beteiligen, wie z. B. von derzeitigen oder potenziellen Wettbewerbern, oder die Reaktionen von Kunden den voraussichtlichen Effekt der Koordinierung nicht in Frage stellen.
- 248 Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes (Urteil Kali & Salz, oben in Randnr. 245 angeführt, Randnr. 222) und des Gerichts (Urteil Airtours/Kommission, oben in Randnr. 45 angeführt, Randnr.

- 63) geht ferner hervor, dass die Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung, die die Kommission im Rahmen der Kontrolle von Zusammenschlüssen in Bezug auf eine kollektive beherrschende Stellung vorzunehmen hat, eine eingehende Untersuchung insbesondere der Umstände erfordert, die sich nach Lage des Einzelfalls als maßgebend für die Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb auf dem Referenzmarkt erweisen, und dass die Kommission eindeutige Beweise liefern muss.
- 249 Wie sich aus dem Wortlaut der oben dargelegten Gründe ergibt, wurde diese Rechtsprechung im Rahmen der Beurteilung entwickelt, ob die Gefahr besteht, dass eine kollektive beherrschende Stellung durch einen Zusammenschluss begründet wird, und nicht, wie es im Rahmen des ersten Teils des vorliegenden Klagegrundes heißt, bei der Prüfung der Frage, ob eine kollektive beherrschende Stellung bereits vorliegt.
- 250 Während die Kommission zur Beurteilung der Gefahr, ob eine solche Stellung begründet wird, jedenfalls eine schwierige Prognose über die wahrscheinliche Entwicklung des Marktes und der Wettbewerbsbedingungen anhand einer zukunftsorientierten Untersuchung zu erstellen hat, was komplexe wirtschaftliche Erwägungen einschließt, bei denen die Kommission über ein weites Ermessen verfügt, beruht die Feststellung, dass eine kollektive beherrschende Stellung vorliegt, auf einer Untersuchung der bei Erlass der Entscheidung gegebenen konkreten Situation. Die Feststellung des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung muss sich auf eine Reihe bewiesener, in der Vergangenheit oder Gegenwart liegender Tatsachen stützen, die bestätigen, dass der Wettbewerb auf dem Markt wegen der Fähigkeit bestimmter Unternehmen, in beträchtlichem Umfang unabhängig von ihren Wettbewerbern, ihrer Kundschaft und den Verbrauchern gemeinsam in gleicher Weise auf diesem Markt vorzugehen, erheblich behindert ist.
- 251 Im Rahmen der Beurteilung des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung sind daher die drei vom Gericht im Urteil Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt) aufgestellten Voraussetzungen, die aus einer theoretischen Analyse des Begriffs der kollektiven beherrschenden Stellung abgeleitet wurden, zwar auch erforderlich, sie können jedoch gegebenenfalls mittelbar durch eine Reihe von unter Umständen sogar sehr heterogenen Indizien und Beweisen nachgewiesen werden, die sich auf untrennbar mit dem Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung verbundene Zeichen, Äußerungen und Phänomene beziehen.
- 252 So könnte insbesondere eine starke Preisangleichung über einen längeren Zeitraum hinweg, vor allem wenn die Preise sich über dem Wettbewerbsniveau halten, in Verbindung mit anderen für eine kollektive beherrschende Stellung typischen Faktoren mangels einer anderen vernünftigen Erklärung als Beweis dafür genügen, dass eine kollektive beherrschende Stellung vorliegt, selbst wenn es keine überzeugenden unmittelbaren Beweise für eine starke Markttransparenz gäbe, da diese unter solchen Umständen vermutet werden kann.
- 253 Die Angleichung sowohl der Brutto- als auch der Nettopreise während der letzten sechs Jahre, obwohl die Produkte nicht identisch sind (da jeder Tonträger einen anderen Inhalt hat), sowie die Tatsache, dass die Preise auf einem ziemlich gleichbleibenden Niveau gehalten wurden, das trotz eines erheblichen Nachfragerückgangs als hoch angesehen wird, in Verbindung mit anderen Faktoren (Macht der Unternehmen in Oligopolstellung, Stabilität der Marktanteile usw.), wie sie von der Kommission in der Entscheidung festgestellt wurden, könnten daher im vorliegenden Fall mangels einer anderen Erklärung nahelegen oder ein Indiz dafür sein, dass die Preisangleichung nicht das Ergebnis eines normal wirksamen Wettbewerbs ist und dass der Markt insofern hinreichend transparent ist, als er eine stillschweigende Koordinierung der Preise ermöglicht hat.
- 254 Da jedoch die Klägerin ihr Vorbringen auf eine fehlerhafte Anwendung der einzelnen im Urteil Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt) festgelegten Voraussetzungen einer kollektiven beherrschenden Stellung, insbesondere auf die Voraussetzung der Markttransparenz, nicht aber auf die Auffassung gestützt hat, dass eine gemeinsame Politik während eines langen Zeitraums in Verbindung mit einer Reihe anderer, für eine kollektive beherrschende Stellung charakteristischer Faktoren unter bestimmten Umständen und mangels einer anderen Erklärung als Beweis für das Vorliegen einer solchen beherrschenden Stellung – nicht aber für deren Begründung –, genügen könnte, ohne dass die Transparenz des Marktes positiv bewiesen werden müsste, wird das Gericht bei der Prüfung der Klagegründe nur untersuchen, ob die Entscheidung die im Urteil Airtours aufgestellten Voraussetzungen richtig angewandt hat. Dieses Vorgehen ist nach dem Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens erforderlich, da diese Frage vor dem Gericht nicht erörtert worden ist; dabei braucht nicht die Frage erörtert zu werden, ob das gegenteilige Verhalten das Gericht dazu führen würde, den von den Parteien festgelegten Rahmen zu überschreiten, oder ob damit im Rahmen eines von der Klägerin geltend gemachten Klagegrundes nur das Recht angewandt würde.

### 3. Entscheidung der Kommission

- 255 Die für die Prüfung des ersten Klagegrundes relevanten Gesichtspunkte der Entscheidung können wie folgt zusammengefasst werden.
- 256 Die Feststellungen der Kommission zu den einzelnen räumlich relevanten Märkten werden von den Beteiligten nicht bestritten. In Randnummer 12 ihrer Entscheidung vertrat die Kommission die Auffassung, dass „es sich ... erübrigt zu entscheiden, ob sich getrennte Produktmärkte je nach Musikgattung ausmachen lassen und ob der Sampler-Markt einen eigenständigen Markt bildet“. In Randnummer 15 stellte sie fest, dass „als räumlich relevante Märkte für Tonaufzeichnungen ... die Inlandsmärkte angesehen“ worden seien.
- 257 Ferner wird nicht bestritten, dass die verschiedenen Inlandsmärkte mit den fünf Majors, auf die je nach Land 72 % bis 93 % des Marktes entfallen, und zahlreichen erheblich kleineren Tonträgerunternehmen (im Folgenden: unabhängige Tonträgerunternehmen), auf die ungefähr 15 % bis 20 % des Marktes entfallen, eine Oligopolstruktur aufweisen.
- 258 Kennzeichnend für die fünf Majors ist außerdem erstens eine weltweite Präsenz, zweitens eine partielle vertikale Integration, drittens eine Upstream-Investition im Musikverlagsbereich und auf den Märkten des Rundfunks und der Online-Musik-Verwertung, viertens eine beachtliche Finanzkraft, die sie in die Lage versetzt, den Künstlern attraktivere finanzielle Bedingungen anzubieten, und fünftens ein großes und breit gefächertes Angebot an Vertragskünstlern und ein umfangreicher Katalog bereits vorhandener Titel.
- 259 Die Entwicklung der Nachfrage zeigt, dass die Verkaufszahlen seit 1999 zurückgehen (Rückgang um 13 % im EWR zwischen 1999 und 2002 und mehr als 7 % zwischen 2002 und 2003). Die Preise blieben jedoch recht stabil. Die Marktuntersuchung der Kommission ergab, dass auch andere als die von den Parteien des Zusammenschlusses vorgebrachten Gründe für den Absatzrückgang verantwortlich sind, nämlich die hohen Preise für CDs, die allgemeine Konjunkturabschwächung, die mangelnde Fähigkeit der Tonträgerunternehmen, den Verbrauchergeschmack zu treffen, das Fehlen anspruchsvoller Inhalte und innovativer Künstler sowie die fehlende Anpassungsfähigkeit der Tonträgerunternehmen an die technologischen Herausforderungen des Internet.
- 260 Was die von der Kommission angewandte Methodik angeht, wird in Randnummer 69 der Entscheidung dargelegt, dass die Kommission für die Feststellung, ob eine kollektive beherrschende Stellung vorliegt, geprüft habe, ob sich in den letzten drei bis vier Jahren Preiskoordinierungen zwischen den fünf Majors ausmachen ließen.
- 261 Hierzu untersuchte die Kommission erstens die vierteljährliche Entwicklung der durchschnittlichen Nettopreise der 100 meistverkauften Einzel-CDs eines jeden Tonträgerunternehmens, auf die mindestens 70 % bis 80 % ihres Gesamtumsatzes mit bespielten Tonträgern in den fünf größten Mitgliedstaaten entfallen, da nach Ansicht der Kommission die Durchschnittspreise ein probates Mittel sind, um beim Preisverhalten der großen Tonträgerunternehmen Parallelen festzustellen. Die Kommission untersuchte die Entwicklung der Durchschnittsnettopreise, die Händlerlistenpreise, die Unterschiede zwischen Brutto- und Nettopreisen sowie die Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag und rückwirkende Rabatte (Randnr. 72 der Entscheidung).
- 262 Zweitens prüfte die Kommission, ob aufgrund von Ähnlichkeiten bei den Durchschnittspreisen eine Preiskoordinierung anhand der Listenpreise stattgefunden haben konnte.
- 263 Drittens untersuchte die Kommission, ob die großen Tonträgerunternehmen die Rabatte einander angeglichen haben und ob diese so transparent sind, dass sich die einheitliche Preisgestaltung auch bei den Nettopreisen wirksam überwachen lässt (Randnr. 73 der Entscheidung).
- 264 Die Feststellungen der Kommission, die für jedes der fünf großen Länder in fast identischen Worten formuliert sind, können wie folgt zusammengefasst werden:
- Die Kommission führt aus, dass sie „eine gewisse Parallelität [der durchschnittlichen realen Nettopreise] und eine relativ ähnliche Entwicklung der Preise der [Majors festgestellt hat]“, dass aber „diese Beobachtungen an sich noch keinen hinreichend schlüssigen Beweis für ein abgestimmtes Preisgebaren in der Vergangenheit [darstellten]“; „[d]eshalb prüfte die Kommission, ob sich noch weitere Belege für ein abgestimmtes Verhalten, namentlich einander angegliche und hinreichend transparente Listenpreise und Rabatte, finden ließen“;

- die Kommission „fand einige Hinweise darauf, dass die Listenpreise für Händler möglicherweise als Anknüpfungspunkt für eine Angleichung der Preise der Majors herangezogen wurden“. Jedes der großen Tonträgerunternehmen habe 2003 mit den drei wichtigsten Listenpreisen je nach Land mehr als 55 % bis 80 % seines gesamten Nettoumsatzes mit den 100 meistverkauften Einzel-CDs erwirtschaftet. Die Kommission ist der Auffassung, dass „[d]iese Beobachtungen ... den Schluss [nahelegen], dass die Listenpreise der meistverkauften Alben mehr oder weniger gleich sind“ (Vereinigtes Königreich, Frankreich und Italien, bzw. in Deutschland und in Spanien bis zu einem gewissen Grad angeglichen sind);
- die Kommission fand ferner heraus, dass die Händlerlistenpreise relativ transparent seien, da sie in den Katalogen der Majors veröffentlicht seien. Für die Majors sei es daher kein Problem, sich über die Entwicklung der Listenpreise untereinander auf dem Laufenden zu halten;
- zwischen den Netto- und den Bruttopreisen (Händlerlistenpreise) bestehe ein enger Zusammenhang, da sich die durchschnittlichen realen Bruttopreise und die durchschnittlichen realen Nettopreise sowohl von Sony als auch von BMG in den letzten sechs Jahren parallel zueinander entwickelt hätten, wie auch das dauerhaft sehr stabile Verhältnis von Netto- zu Bruttopreis unabhängig von der Art des Albums beweise;
- die Kommission stellte allerdings auch fest, dass die Majors nicht unbedingt dieselben Rabatte einräumten, und dass es zudem Unterschiede in einer Größenordnung von 2 bis 5 Prozentpunkten zwischen Sony und BMG bei den Preisnachlässen auf den Rechnungsbetrag für die meisten ihrer zehn wichtigsten Kunden und sporadisch von über 5 % für bestimmte Kunden gebe (die Lage verhalte sich etwas anders auf dem französischen Markt);
- die von den Parteien des Zusammenschlusses vorgelegten Zahlen hätten gezeigt, dass die Rabatte auf den Rechnungsbetrag für einen bestimmten Kunden je nach Zeitpunkt und Art des Albums variieren könnten und dass für ein und dasselbe Album je nach Kunde unterschiedliche Rabatte gewährt worden seien. Die Marktuntersuchung habe ergeben, dass diese Schwankungen hauptsächlich auf Werberabatte zurückgingen, die sich flexibler gestalten ließen als Kundenrabatte, die normalerweise auf ein ganzes Jahr bezogen festgesetzt würden. Deshalb lasse sich nicht ohne weiteres sagen, dass die Parteien des Zusammenschlusses ihre Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag angeglichen hätten (die Lage verhalte sich in Frankreich etwas anders);
- was die Transparenz der Preisnachlässe betrifft, habe die Mehrheit der von der Kommission im Rahmen ihrer Marktuntersuchung befragten Kunden angegeben, dass die Majors mehr oder weniger wüssten, welche Kundenrabatte ihre Wettbewerber gewährten, weil sie permanent mit denselben Kunden zu tun hätten. Sonderaktionen dürften hingegen weniger transparent als Kundenrabatte sein; hierzu müssten beispielsweise die verschiedenen Sonderangebote für Endkunden aufmerksam verfolgt werden. Obwohl die Kommission feststellte, dass sowohl Sony als auch BMG eine wöchentliche Berichtspflicht für das Verkaufspersonal eingeführt hätten, lasse sich nicht mit Bestimmtheit sagen, dass diese Berichte ein ausreichendes Maß an Transparenz hinsichtlich der Preisnachlässe der Konkurrenz im Rahmen von Sonderaktionen garantierten.

265 Die Kommission kam sodann in Randnummer 109 der Entscheidung zu dem Ergebnis, dass „[b]ei der eingehenden Untersuchung der Entwicklung der [Preise der Majors] in den fünf größten Mitgliedstaaten ... die Kommission bestimmte Anhaltspunkte für ein abgestimmtes Verhalten [fand]. Sie reichten jedoch als solche als Beweise für eine kollektive marktbeherrschende Stellung nicht aus. Die Kommission untersuchte daraufhin die Tonträgermärkte noch weiter auf Merkmale, die einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung Vorschub leisten könnten“.

266 Hierzu untersuchte die Kommission die Produkthomogenität (Randnr. 110 der angefochtenen Entscheidung), die Markttransparenz (Randnrn. 111 bis 113 der Entscheidung) und die Anwendung von Vergeltungsmaßnahmen (Randnrn. 114 bis 118 der Entscheidung).

267 Was die Produkthomogenität angeht, stellte die Kommission fest, dass die Heterogenität des Inhalts und ihre Auswirkungen auf die Preise die Transparenz auf dem Markt verringere und geheime Absprachen erschwere, da die Preise einzelner Produkte, also der einzelnen Alben, überwacht werden müssten.

268 Bezüglich der Markttransparenz war die Kommission der Ansicht, dass die Majors lediglich die

Referenzpreise einiger weniger Bestseller-Alben berücksichtigen müssten, um den Großteil der Verkäufe zu erfassen. Die Kommission weist jedoch darauf hin, dass eine weitere Überwachung der einzelnen Alben vor allem bei Preisaktionen erforderlich sei und dass dieser Faktor eine geheime Kollusion erschweren könnte (Randnr. 111 der Entscheidung).

269 Was die Vergeltungsmaßnahmen angeht, wird in Randnummer 118 der Entscheidung festgestellt, dass die Kommission keine Beweise dafür gefunden habe, dass solche Maßnahmen bisher angewandt worden seien, was den Beweis für eine kollektive beherrschende Stellung dargestellt hätte.

270 Ohne an dieser Stelle der Entscheidung ein Ergebnis bezüglich des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung in den fünf großen Ländern zu formulieren, untersuchte die Kommission im weiteren Verlauf der Entscheidung die Märkte in den kleinen Ländern und kam zu ähnlichen Feststellungen.

271 Sie führte insbesondere aus, dass die Händlerlistenpreise der einzelnen Majors in hohem Maße übereinstimmten. Wie in den großen Ländern seien Kundenrabatte die wichtigsten Preisnachlässe. Dadurch, dass die Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag nicht einheitlich seien und nicht öffentlich bekannt gegeben würden, werde die Transparenz auf dem Markt geringer. Angesichts der Bedeutung und der Unterschiede bei den Preisnachlässen auf den Rechnungsbetrag habe die Kommission keine ausreichenden Beweise dafür gefunden, dass die Einheitlichkeit der durchschnittlichen Nettopreise auf geheime Absprachen der Majors zurückzuführen sei, obgleich die Händlerlistenpreise in hohem Maße übereinstimmten und im Prinzip als Grundlage für geheime Absprachen dienen könnten (Randnr. 150 der Entscheidung).

272 Darüber hinaus seien die Erwägungen über die Produkthomogenität, die Markttransparenz und die Vergeltungsmaßnahmen für die großen Länder auch für die kleinen Länder des EWR gültig.

273 Die Kommission leitet hieraus in Randnummer 153 ab, dass „es [daher] keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine kollektive beherrschende Stellung der Majors auf den nationalen Tonträgermärkten in den [kleinen Ländern] gibt“.

274 Aus den vorstehend genannten Gründen kam die Kommission in Randnummer 154 zu dem Ergebnis, dass es keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür gebe, dass die geplante Transaktion zur Stärkung einer bestehenden kollektiven marktbeherrschenden Stellung auf den Tonträgermärkten in einem der EWR-Länder führen werde.

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

276 Dies wird durch Randnummer 157 bestätigt, wo es heißt:

„Wie im Abschnitt über die Stärkung einer kollektiven beherrschenden Stellung erörtert, weisen die Tonträgermärkte bestimmte Merkmale auf, die auf eine Anfälligkeit für eine kollektive beherrschende Stellung hinweisen. Die Kommission fand allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass die Majors in der Vergangenheit eine kollektive beherrschende Stellung innehatten, da es ein Transparenzdefizit gibt, die Produkte teilweise heterogen sind und keine Beweise für Vergeltungsmaßnahmen vorliegen.“

277 Im Licht dieser Erwägungen sind die einzelnen Rügen der Klägerin zu prüfen.

#### 4. Transparenz

##### a) Zur Rüge der unzureichenden Begründung

278 Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, die Entscheidung begründe rechtlich nicht hinreichend, weshalb die Preisnachlässe, insbesondere die Werberabatte, der für die Entstehung einer kollektiven beherrschenden Stellung erforderlichen Transparenz entgegenstünden.

279 Einleitend ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung die nach Artikel 253 EG vorgeschriebene Begründung der Natur des betreffenden Rechtsakts angepasst sein und die Überlegungen des Gemeinschaftsorgans, das den Rechtsakt erlassen hat, so klar und eindeutig zum

- Ausdruck bringen muss, dass die Betroffenen ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können und der Gerichtshof seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann. Das Begründungserfordernis ist nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Inhalt des Rechtsakts, der Art der angeführten Gründe und nach dem Interesse zu beurteilen, das die Adressaten oder andere durch den Rechtsakt unmittelbar und individuell betroffene Personen an Erläuterungen haben können (vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 2. April 1998, C-367/95 P, Kommission/Sytraval und Brink's France, Slg. 1998, I-1719, Randnr. 63 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 280 Die Frage, ob die Begründung eines Rechtsakts den Anforderungen des Artikels 253 EG genügt, ist nicht nur anhand seines Wortlauts zu beurteilen, sondern auch anhand seines Kontexts sowie sämtlicher Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet (Urteil des Gerichtshofes vom 29. Februar 1996, C-56/93, Belgien/Kommission, Slg. 1996, I-723, Randnr. 86, und Urteil des Gerichts vom 27. November 1997, T-290/94, Kaysersberg/Kommission, Slg. 1997, II-2137, Randnr. 150).
- 281 Wenn die Kommission nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung einen Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt, ist es im Hinblick auf die Begründungspflicht erforderlich, aber auch hinreichend, dass diese Entscheidung klar und eindeutig die Gründe wiedergibt, weshalb die Kommission der Ansicht ist, dass der streitige Zusammenschluss keinen Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt. Aus dieser Verpflichtung kann jedoch nicht hergeleitet werden, dass in einem solchen Fall die Kommission ihre Würdigung aller rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte, die eventuell mit dem angemeldeten Zusammenschluss zusammenhängen und/oder im Verwaltungsverfahren geltend gemacht worden sind, begründen müsste (vgl. Urteil Verband der freien Rohrwerke u. a./Kommission, oben in Randnr. 231 angeführt, Randnr. 185 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 282 Zunächst ist zu prüfen, welche Auswirkungen der von der Klägerin hervorgehobene Umstand hat, dass die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte sehr deutlich zu dem Schluss kam, dass der Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sei, weil insbesondere bereits vor dem geplanten Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung bestanden habe und der Tonträgermarkt sehr transparent sei und die Koordinierung in besonderem Maße begünstige.
- 283 Dieser völlige Umschwung in der Auffassung der Kommission mag zwar überraschend sein, vor allem angesichts der Verspätung, mit der er erfolgte. Wie nämlich aus den Akten und der Verhandlung vor dem Gericht hervorgeht, vertrat die Kommission während des gesamten Verwaltungsverfahrens aufgrund der Informationen, die sie während der fünfmonatigen Untersuchung von den einzelnen Marktteilnehmern und den Parteien des Zusammenschlusses erhalten hatte, die Auffassung, dass der Markt so transparent sei, dass die Preise stillschweigend koordiniert werden könnten, und nahm erst nach dem Vorbringen der Parteien des Zusammenschlusses im Beistand ihres Wirtschaftsberaters bei der Anhörung vom 15. und 16. Juni 2004 ohne erneute Marktuntersuchungen den gegenteiligen Standpunkt ein und sandte den Entwurf der Entscheidung am 1. Juli 2004 an den Beratenden Ausschuss.
- 284 Wie die Kommission jedoch zu Recht ausführt, geht aus der Rechtsprechung hervor (Urteil BAT und Reynolds/Kommission, oben in Randnr. 105 angeführt), dass es für die Ablehnung eines gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [81] und [82] des Vertrages (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204), gestellten Antrags durch die Kommission ausreicht, dass diese darlegt, weshalb sie keinen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln glaubte feststellen zu können. Sie ist dabei nicht verpflichtet, eventuelle Abweichungen von der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erklären, da es sich bei dieser um ein vorbereitendes Schriftstück handelt, dessen Wertungen lediglich vorläufiger Natur sind und der Festlegung des Gegenstands des Verwaltungsverfahrens im Verhältnis zu den Unternehmen dienen, gegen die sich dieses Verfahren richtet; die Kommission braucht dabei auch nicht auf alle sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkte einzugehen, die im Verwaltungsverfahren behandelt worden sind. Im Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission (oben in Randnr. 228 angeführt) hat der Gerichtshof auf die vorläufige Natur einer Mitteilung der Beschwerdepunkte und auf die Verpflichtung der Kommission hingewiesen, die Ergebnisse des Verwaltungsverfahrens zu berücksichtigen, um u. a. Beschwerdepunkte fallen zu lassen, die sich als nicht ausreichend begründet erwiesen haben.
- 285 Diese Rechtsprechung ist zwar zu den Verfahren zur Durchführung der Artikel 81 EG und 82 EG entwickelt worden und nicht im spezifischen Bereich der Fusionskontrolle, in dem das Erfordernis, dass die Kommission beim Erlass von Entscheidungen zwingende Fristen einzuhalten hat, diese an einer Verlängerung ihrer Untersuchung hindert und damit eine völlige Änderung des Standpunkts umso unwahrscheinlicher macht, je weiter das Verwaltungsverfahren fortschreitet. In ihren

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

- 286 Die Kommission beruft sich ferner auch auf die Rechtsprechung, wonach sie, wenn ein Zusammenschluss die Wettbewerbssituation auf einem bestimmten Markt nur geringfügig verändere, nicht verpflichtet sei, eine spezifische Begründung zu dieser Frage abzugeben; auch verstoße sie nicht gegen ihre Begründungspflicht, wenn sie in ihrer Entscheidung keine genaue Begründung für die Beurteilung bestimmter Aspekte des Zusammenschlusses gebe, die ihres Erachtens offensichtlich neben der Sache lägen oder bedeutungslos seien. Diese Darlegungen sind zwar zutreffend, im Rahmen der vorliegenden Rüge sind sie jedoch unerheblich. Zum einen nämlich bezieht sich diese nicht auf eine durch den Zusammenschluss herbeigeführte geringfügige Veränderung, sondern auf die vor dem Zusammenschluss bestehende Lage, und zum anderen ist der Mangel einer ausreichenden Markttransparenz eindeutig der entscheidende bzw. einzige Grund, der der streitigen Beurteilung, dass es vorher eine kollektive beherrschende Stellung nicht gegeben habe, zugrunde liegt.
- 287 Nach diesen Vormerkungen ist zu prüfen, ob die Entscheidung eine hinreichende Begründung für die Feststellung enthält, dass der Markt nicht so transparent sei, dass die Preise koordiniert werden könnten.
- 288 Die Prüfung der Frage der Markttransparenz ist Gegenstand eines speziellen Abschnitts in den Randnummern 111 bis 113 der Entscheidung. Es zeigt sich indessen, dass die Entscheidung Ausführungen über die Transparenz auch in dem Abschnitt über die Prüfung der gemeinsamen Preispolitik der Majors in den fünf großen Mitgliedstaaten (Randnrn. 69 bis 108), auf den der spezielle Abschnitt verweist, sowie in dem Abschnitt über die Beurteilung des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung auf den Märkten der kleinen Länder (Randnrn. 148 bis 153) enthält, auf den der spezielle Abschnitt keinen Bezug nimmt. Es sind daher der Reihe nach die in diesen drei Abschnitten dargelegten Gründe zu prüfen.
- 289 Was den speziellen Abschnitt angeht, so ist vorab darauf hinzuweisen, dass er nur drei Randnummern umfasst, obwohl nach der Entscheidung und stärker noch nach der von der Kommission in ihren Schriftsätzen vor dem Gericht vertretenen Auffassung im vorliegenden Fall die Transparenz der entscheidende bzw. einzige Grund ist, der die Feststellung trägt, dass auf den Tonträgermärkten keine kollektive beherrschende Stellung bestehe. Auch wird dort nicht der Schluss gezogen, dass der Markt nicht transparent sei, noch, dass er nicht so transparent sei, dass eine stillschweigende Kollusion ermöglicht werde. Allenfalls wird in Randnummer 111 am Ende ausgeführt, dass der Umstand, dass eine Überwachung der einzelnen Alben vor allem bei den Werberabatten erforderlich sei, „den Markt weniger transparent machen und eine geheime Kollusion erschweren könnte“, und in Randnummer 113 am Ende, dass die „Kommission ... jedoch keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür gefunden [hat], dass die Topkonzerne durch die Überwachung der Einzelhandelspreise und durch die Kontakte zum Einzelhandel die Transparenzdefizite in der Preisnachlasspolitik überwunden haben, insbesondere was Preisaktionen anbelangt, wie oben für die fünf großen Mitgliedstaaten beschrieben“. Derartig vage Behauptungen ohne jede konkrete Darlegung zur Natur der Werberabatte, zu den Umständen, unter denen die Werberabatte Anwendung finden können, zum Maß ihrer fehlenden Transparenz, zu ihrem Umfang oder ihren Auswirkungen auf die Preistransparenz können ganz offensichtlich die Feststellung, dass der Markt nicht so transparent sei, dass er eine kollektive beherrschende Stellung ermögliche, rechtlich nicht hinreichend begründen.
- 290 Es zeigt sich weiterhin, dass außer den beiden oben genannten Passagen alle in den Randnummern 111 bis 113 aufgeführten Faktoren nicht die fehlende Transparenz des Marktes belegen, sondern im Gegenteil auf dessen Transparenz hinweisen.
- 291 So werden in Randnummer 111 die begrenzte Zahl der Referenzpreise und der Umstand hervorgehoben, dass die Majors lediglich die Referenzpreise einiger weniger Bestseller-Alben berücksichtigen müssen, um den Großteil der Verkäufe zu erfassen, da die 20 meistverkauften Titel

jedes Jahr mindestens die Hälfte des Jahresumsatzes in allen Ländern einbringen.

- 292 In Randnummer 112 wird zudem festgestellt, dass „[a]ndere Mechanismen auf dem Markt ... die Transparenz [erhöhen] und ... die Überwachung einer Absprache erleichtern [können]“. Zu ihnen gehört die Veröffentlichung wöchentlicher Hit-Charts, die Informationen über den Verkauf eines Titels liefern und direkt zeigen, welche Titel zu Hits werden, was, wie es dort heißt, „den Topkonzernen die Überwachung der Verkäufe erheblich [erleichtert]“. Es wird sodann ausgeführt, dass ein Einzelhändler aufgrund der Merkmale des Tonträgermarktes, wenn er „in der Musikbranche erfolgreich sein will, ... Produkte aller Topkonzerne verkaufen [muss]“, und dass „[d]aher ... in dieser Branche langfristige feste Beziehungen zwischen dem Einzelhandel und allen Topkonzernen die Regel [sind]“. Die Kommission weist dort auch darauf hin, dass „[e]in Großteil des Tonträgerabsatzes der großen Anbieter ... an nur relativ wenige Kunden [geht]“, und gelangt zu dem Ergebnis, dass „[d]ie begrenzte Zahl der Marktteilnehmer ... zu kooperativen Strategien unter den Topkonzernen [führt] und ... auch weitgehend die Überwachung des Marktes und den Informationsfluss [erleichtert]“.
- 293 Festzustellen ist auch, dass die Aufzählung von Mechanismen und Faktoren, die die Transparenz erhöhen und die Überwachung einer Absprache erleichtern, in der letzten Randnummer des speziellen Abschnitts über die Markttransparenz fortgesetzt wird. Die Kommission legt in Randnummer 113 dar, dass „[w]eitere Transparenz ... durch die Überwachung des Einzelhandelsmarktes gewährleistet [wird]“. Sie führt insoweit aus, dass „[b]ei der Marktuntersuchung ... festgestellt [wurde], dass Sony und BMG ein System wöchentlicher ... Berichte eingerichtet haben, die auch Informationen über die Wettbewerber enthalten“. Die Kommission stellt schließlich fest, dass die Marktuntersuchung „[a]uch bestätigte ..., dass die Verkaufsaußendienste der großen Plattenfirmen ständige Kontakte zum Einzelhandel und zum Großhandel unterhalten, da Verhandlungen über die Unterstützung von Werbeaktionen und über Preisaktionen oft wöchentlich stattfinden“.
- 294 Nach alledem gelangte die Kommission in dem speziellen Abschnitt der Entscheidung, der sich mit der Prüfung der Transparenz befasst, nicht nur nicht zu dem Ergebnis, dass der Markt nicht oder nicht so transparent war, dass er eine kollektive beherrschende Stellung ermöglicht, sondern bezog sich zudem nur auf Faktoren, die eine starke Markttransparenz herstellen und die Überwachung einer Kollusion erleichtern können, mit Ausnahme nur der nicht sehr aussagekräftigen und unsubstantiierten Behauptung, dass die Werberabatte die Transparenz einschränken und die geheimen Abmachungen erschweren könnten. Dieser Abschnitt allein kann somit offensichtlich nicht als rechtlich hinreichende Begründung für die Behauptung angesehen werden, dass der Markt nicht ausreichend transparent sei.
- 295 Sodann ist zu prüfen, ob eine solche Begründung in dem Abschnitt über die Untersuchung der gemeinsamen Preispolitik der Majors enthalten ist.
- 296 Zunächst ist der Hinweis darauf sachdienlich, dass die angewandte Methode und die getroffenen Feststellungen mit leichten Abweichungen für alle Märkte der fünf großen Länder gleich sind, so dass die nachfolgenden Ausführungen, die in Bezug auf das Vereinigte Königreich gemacht werden, für alle fünf großen Märkte entsprechend gelten.
- 297 Die Kommission stellte zunächst eine teilweise parallele Entwicklung der durchschnittlichen realen Nettopreise und eine vergleichbare Entwicklung der Preise der Majors im Vereinigten Königreich fest und führte sodann in Randnummer 75 der Entscheidung aus, dass sie geprüft habe, ob sich noch weitere Belege für ein abgestimmtes Verhalten, namentlich einander angegliche und hinreichend transparente Listenpreise und Rabatte, finden ließen.
- 298 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in dem vorliegenden Abschnitt prüfen will, ob das Verhalten der Majors das Vorliegen einer Koordinierung beweisen kann. In ihren Schriftsätzen vor dem Gericht hat die Kommission wiederholt betont, dass die gemeinsame Politik der Marktbeteiligten nicht mit dem Beweis von Markttransparenz verwechselt werden dürfe und dass auch eine erhebliche Angleichung der angewandten Bedingungen kein Beweis für Markttransparenz sei. Selbst nach Auffassung der Kommission sind daher die Feststellungen zum Preis- und Rabattverhalten der Majors für die Beurteilung der Markttransparenz unerheblich. Unter diesen Umständen dürften die Ausführungen in diesem Abschnitt kein Ausgleich für die unzureichende Begründung sein, die oben beschrieben wurde. Da jedoch diese Auffassung mit der Entscheidung nicht übereinstimmt, ist zu prüfen, ob die in diesem Abschnitt getroffenen Feststellungen eine hinreichende Begründung für die Feststellung sind, dass keine Markttransparenz besteht.

- 299 Was erstens die Händlerlistenpreise angeht, stellte die Kommission fest, dass jedes der großen Tonträgerunternehmen 2003 mit den drei wichtigsten Händlerlistenpreisen über 80 % seines gesamten Nettoumsatzes mit den Top-100-Einzel-CDs erwirtschaftete und dass außerdem 2003 auf einen oder zwei Händlerlistenpreise innerhalb einer Spanne von nur 17 Pence (zwischen 8,98 GBP und 9,15 GBP) über 47 % des Umsatzes mit den 100 meistverkauften CDs entfielen (die Zahlen waren in den anderen Ländern im Wesentlichen gleich; auf einen oder zwei Händlerlistenpreise innerhalb einer Spanne von nur 0,36 Euro – zwischen 12,55 Euro und 12,91 Euro – entfielen z. B. in Italien über 60 % des Umsatzes mit den 100 meistverkauften CDs). Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass „die Listenpreise der meistverkauften Alben mehr oder weniger gleich sind“. Dies ist eine zumindest vorsichtige Schlussfolgerung, denn die Angleichung ist tatsächlich sehr deutlich.
- 300 Ferner ist insoweit darauf hinzuweisen, dass die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht festgestellt hatte, dass die Preise lediglich „mehr oder weniger gleich“ sind, sondern, dass sie „im Wesentlichen gleich“ sind (nach Randnr. 82 der Mitteilung der Beschwerdepunkte „[liegen] die Händlerlistenpreise ... sehr dicht beieinander“, und Randnr. 87 verweist auf eine „wesentliche Angleichung“). Bezüglich der 20 meistverkauften CDs hatte die Kommission sogar auf eine praktisch völlige Angleichung hingewiesen (vgl. Randnrn. 85 und 86 der Mitteilung der Beschwerdepunkte), aber dieses Untersuchungsergebnis wurde nicht in die Entscheidung aufgenommen, obwohl die Kommission auf Befragen in der mündlichen Verhandlung nicht geltend gemacht hat, dass die Untersuchung unzutreffend gewesen sei, und nicht erklären konnte, weshalb das Untersuchungsergebnis fallen gelassen wurde. Außerdem nennt Randnummer 72 der Entscheidung nur vier Kriterien, auf denen die Untersuchung der gemeinsamen Preispolitik beruht, während in Randnummer 75 der Mitteilung der Beschwerdepunkte auf ein fünftes Kriterium Bezug genommen wurde. Zwar ist, wie oben ausgeführt, die Mitteilung der Beschwerdepunkte nur ein vorläufiges Schriftstück, und die Kommission darf und muss sogar ihre Auffassung angesichts von Informationen ändern, die sie im Laufe ihrer Untersuchung gewonnen hat, doch darf sie nicht bestimmte relevante Ergebnisse allein deswegen fallen lassen, weil sie eventuell nicht zu ihrer neuen Beurteilung passen.
- 301 Jedenfalls ist die Kommission, auch wenn nur die in die Entscheidung aufgenommenen Feststellungen berücksichtigt werden, zu dem Ergebnis gelangt, dass die Listenpreise mehr oder weniger gleich seien.
- 302 In Randnummer 76 der Entscheidung heißt es zudem, dass die Händlerlistenpreise „relativ transparent sind, da sie in den Katalogen der Musikkonzerne veröffentlicht sind“ und dass es „[f]ür die Topkonzerne ... daher kein Problem sein [dürfte], sich über die Entwicklung der Listenpreise untereinander auf dem Laufenden zu halten“. Auch diese Beurteilung ist zwar sehr vorsichtig und abgeschwächt im Vergleich zu der Beurteilung in der Mitteilung der Beschwerdepunkte (in Randnr. 81 der Mitteilung der Beschwerdepunkte hieß es, dass „[d]ie Kommission ... der Auffassung [ist], dass die [Händlerlistenpreise], zu denen die erwarteten neuen Hits auf den Markt gebracht werden, von den Majors sehr leicht überwacht werden können, da diese [Händlerlistenpreise] in den Katalogen der Majors öffentlich zugänglich sind“), nichtsdestoweniger führt sie einen weiteren Beleg für die Markttransparenz an. Die Veröffentlichung der Bruttopreise (die Listenpreise) hat mit Sicherheit eine erhebliche Bedeutung für die Preistransparenz.
- 303 Es zeigt sich somit, dass nach dem Wortlaut der Entscheidung der Listenpreis unter den beiden von der Kommission geprüften Aspekten, der Angleichung und der Transparenz, einen Faktor der Markttransparenz bildet.
- 304 Was zweitens die Preisnachlässe angeht, heißt es in Randnummer 78 der Entscheidung, die Kommission habe festgestellt, „dass die Topkonzerne nicht unbedingt dieselben Rabatte einräumen“ und dass „Rabatte auf den Rechnungsbetrag ... im Verhältnis zu anderen Rabattformen (Werbezuschüsse und rückwirkende Rabatte) mit Abstand die wichtigste Form des Preisnachlasses [sind]“. Sie untersucht sodann zum einen die Angleichung der Rabatte auf den Rechnungsbetrag und zum anderen ihre Transparenz.
- 305 Bezüglich der Angleichung der Rabatte wird in Randnummer 79 der Entscheidung ausgeführt, dass „[m]it Blick auf die einzelnen Kunden ... die Kommission ... Schwankungen ... und zudem Unterschiede in einer Größenordnung von 2–5 Prozentpunkten zwischen Sony und BMG bei den Preisnachlässen auf den Rechnungsbetrag für die meisten ihrer Top-10-Kunden und sporadisch von über 5 % für bestimmte Kunden [feststellte]“. Die Randnummer erwähnt auch, dass „diese Schwankungen hauptsächlich auf Preisnachlässe aufgrund von Sonderaktionen zurückgehen, die sich flexibler gestalten lassen als Kundenrabatte, die normalerweise auf ein ganzes Jahr bezogen festgesetzt werden“, und schließt hieraus, dass „[sich] [d]eshalb ... nicht ohne weiteres sagen [lässt], dass die Parteien [des Zusammenschlusses] ihre Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag

angeglichen haben“.

- 306 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass sich die Untersuchung somit, wie oben dargelegt, auf das Verhalten der Majors, nicht aber auf die objektiven Merkmale des Marktes erstreckt, so dass ihr allenfalls eine relative Bedeutung für die Beurteilung des Grades an Markttransparenz zukommt. Die Kommission hat insoweit vorgetragen, dass die Feststellung, dass die durchschnittlichen Nettopreise der großen Tonträgerunternehmen parallel verliefen und die durchschnittlichen Preisnachlässe eines bestimmten Tonträgerunternehmens dauerhaft stabil seien, ein Beweis weder für die stillschweigende Koordinierung noch für die erforderliche Transparenz sei und dass „der Grad an Angleichung und Transparenz auf einem Gesamtniveau ... keine aussagekräftigen und schlüssigen Beweise für eine Transparenz ersetzen [kann], die so ausgeprägt ist, dass die [Unternehmen in Oligopolstellung] ihr Marktverhalten gegenseitig überwachen können“. Daraus ist zu schließen, dass die Kommission die Angleichung der Preisnachlässe nicht als einen geeigneten Maßstab für die Beurteilung der Markttransparenz ansieht, weil auch die Angleichung der Preisnachlässe kein Beweis für die Markttransparenz sein könne. Der Prüfungsmaßstab sei nur geeignet, wenn er es ermögliche, sowohl das Vorliegen als auch das Fehlen von Transparenz festzustellen. Da indessen diese Auffassung der Kommission, wie oben dargelegt, in der Entscheidung keine ausreichende Stütze findet, wird das Gericht prüfen, ob die Feststellungen in den Randnummern 78 und 79 rechtlich hinreichend belegen, dass Markttransparenz nicht gegeben ist.
- 307 Zunächst ist festzustellen, dass die in Randnummer 78 der Entscheidung angeführte Schwankung der allgemeinen Höhe der von den Parteien des Zusammenschlusses eingeräumten Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag nur sehr geringfügig ist, nämlich [*vertraulich*] zwischen 2 % bis 5 % ihres jeweiligen Bruttogesamtumsatzes im Vereinigten Königreich liegt. In Italien ist diese Schwankung praktisch gleich null, sie liegt [*vertraulich*] zwischen 0 % und 5 % (Randnr. 99 der Entscheidung). Auch die in Randnummer 79 der Entscheidung genannten Unterschiede in einer Größenordnung von 2 % bis 5 % [*vertraulich*] zwischen den Parteien des Zusammenschlusses bei den Preisnachlässen auf den Rechnungsbetrag für die meisten ihrer zehn wichtigsten Kunden sind nur sehr gering. Die Angaben in den Randnummern 78 und 79 und in den entsprechenden Randnummern bezüglich der anderen großen Länder können daher nicht das Ergebnis rechtfertigen, dass die Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag nicht hinreichend angeglichen seien.
- 308 Es zeigt sich sodann, dass diese geringfügige Schwankung ausweislich der Entscheidung selbst ohne Bedeutung zu sein scheint. Nach Randnummer 77 der Entscheidung nämlich „[ergab] [d]ie Analyse der Kommission ..., dass ein enger Zusammenhang zwischen den Netto- und den Bruttopreisen (Listenpreise für Händler) besteht, da sich die durchschnittlichen realen Bruttopreise und die durchschnittlichen realen Nettopreise sowohl von Sony als auch von BMG in den letzten sechs Jahren ziemlich parallel zueinander entwickelten, wie auch das dauerhaft sehr stabile Verhältnis von Netto- zu Bruttopreis unabhängig von der Art des Albums beweist“. Außerdem verweist Randnummer 77 entgegen dem Vortrag der Kommission nicht nur auf die parallele Entwicklung der durchschnittlichen Brutto- und Nettopreise aller Alben (d. h. auf die Stabilität des durchschnittlichen Preisnachlasses auf den Gesamtumsatz), wodurch die eventuellen Unterschiede bei den Preisnachlässen für die Einzelalben verdeckt würden, sondern es wird dort auch festgestellt, dass die Preisnachlässe je Einzelalbum dauerhaft stabil seien. Wenn der zweite Teil des Satzes der Randnummer 77, wie die Kommission meint, sich mit dem Verhältnis von durchschnittlichem Brutto- zu durchschnittlichem Nettopreis befassen würde, wäre er gegenstandslos, da dieses Verhältnis gleichbedeutend mit dem Unterschied zwischen den Bruttopreisen und den Nettopreisen wäre, um deren Stabilität es im ersten Teil des Satzes geht. Dies ergibt sich sehr deutlich aus der verbindlichen Fassung der Entscheidung, da diese das Wort „Verhältnis“ im Plural verwendet („very stable net to gross price ratios across albums and time“). In Randnummer 90 der Mitteilung der Beschwerdepunkte wird ausgeführt, die Kommission habe festgestellt, dass „das Verhältnis von Brutto- zu Nettopreis je Album bei den von der Kommission untersuchten individuellen Veröffentlichungen dauerhaft sehr stabil war“. Auch in Randnummer 75 Ziffer iv der Mitteilung der Beschwerdepunkte wird dargelegt, dass die Kommission die Entwicklung der Brutto- und Nettoumsätze der Einzelalben untersucht habe, wobei in Fußnote 47 hinzugefügt wird, dass „eine Untersuchung der Brutto- und Nettopreise der zehn meistverkauften CDs von Sony und BMG ... 2002 durchgeführt worden [war]“.
- 309 Aus dem letzten Satz der Randnummer 77 geht überdies hervor, dass die Preisnachlässe die Markttransparenz bei den Preisen, die sich insbesondere aus den öffentlichen Listenpreisen ergeben, nicht wirklich beeinflussen können, da festgestellt wurde, dass, „[w]enn die Topkonzerne durch die Preisnachlässe erheblich von ihrer Preispolitik abweichen würden, ... sich diese Abweichung in den durchschnittlichen Nettopreisen niederschlagen [würde]“.

- 310 Die Kommission hat zwar in ihren Schriftsätzen geltend gemacht, dass die Angaben über die durchschnittlichen Nettopreise oder die durchschnittlichen Preisnachlässe nicht geeignet seien, eine Angleichung oder eine Koordinierung zu beweisen, und dass nur die individuellen Preisentscheidungen von Bedeutung seien, doch findet dieses Vorbringen in der Entscheidung keine Stütze. So wird insbesondere in Randnummer 70 der Entscheidung festgestellt, dass „[d]ie Durchschnittspreise ... nach Ansicht der Kommission ein probates Mittel [sind], um beim Preisverhalten der Topkonzerne Parallelen festzustellen“. Wenn, wie die Kommission vor dem Gericht geltend gemacht hat, die Feststellungen über die Preispolitik für die Beurteilung der Transparenz ohne Relevanz sind, könnten die Feststellungen über die Preisnachlässe in den Randnummern 78 bis 80 der Entscheidung (und in den entsprechenden Randnummern bezüglich der Märkte der anderen großen Länder) nicht die Begründung für das Fehlen der Transparenz enthalten, da die Preisnachlässe ein Preisbestandteil sind und im Rahmen der Prüfung der Preiskoordinierung untersucht werden.
- 311 Nach alledem können die Ausführungen über die Angleichung der Rabatte auf den Rechnungsbetrag in den Randnummern 78 und 79 der Entscheidung (sowie in den entsprechenden Randnummern bezüglich der anderen großen Länder) die Feststellung einer unzureichenden Markttransparenz nicht begründen.
- 312 Bezüglich der Transparenz der Preisnachlässe heißt es in Randnummer 80 der Entscheidung, dass „die Mehrheit der von der Kommission im Rahmen ihrer Marktuntersuchung befragten Kunden aus dem Vereinigten Königreich [angab], dass die großen Tonträgerunternehmen mehr oder weniger wüssten, welche Kundenrabatte ihre Wettbewerber gewähren, weil sie permanent mit denselben Kunden zu tun hätten“. Diese Feststellung wird mit denselben Worten in Bezug auf die fünf anderen großen Länder wiederholt (Randnrn. 87, 94, 101 und 108 der Entscheidung). Ohne dass im Rahmen der Prüfung der Rüge eines Verstoßes gegen die Begründungspflicht noch die Stichhaltigkeit dieser Feststellung zu untersuchen wäre, ist bereits jetzt festzustellen, dass die Feststellung angesichts der Tatsachen, die ihr zugrunde liegen, das Maß an Markttransparenz in sehr abgeschwächter Form wiedergibt. Vor allem in Bezug auf Italien ist kaum nachzuvollziehen, wie die Kommission zu der Auffassung gelangen konnte, dass „die Mehrheit“ der Kunden angegeben habe, die Majors wüssten nur „mehr oder weniger“, welche Rabatte ihre Wettbewerber gewährten, da in Fußnote 55 der Entscheidung festgestellt wird, dass „[a]lle befragten italienischen Einzelhändler antworteten, dass den Topkonzernen die Händlerlistenpreise und Preisnachlässe der anderen Konzerne bekannt seien“. Ebenso ergibt sich in Bezug auf Frankreich aus Fußnote 49, dass drei von vier Einzelhändlern angegeben haben, dass den großen Tonträgerunternehmen die Händlerlistenpreise und Preisnachlässe der anderen bekannt seien.
- 313 Für keines der Länder machen die erläuternden Fußnoten einen Unterschied zwischen den Kundenrabatten und den Werberabatten, so dass nicht deutlich wird, weshalb die Kommission aus den Antworten der Kunden schließt, dass die Majors nur von den Kundenrabatten und nicht von Werberabatten eine gewisse Kenntnis hatten.
- 314 Jedenfalls ist festzustellen, dass nach der Entscheidung selbst die Kommission die Auffassung vertrat, dass es eine gewisse Transparenz der Kundenrabatte gegeben habe.
- 315 Es zeigt sich somit, dass der einzige in der Entscheidung enthaltene Hinweis auf eine fehlende Transparenz in der Feststellung in Randnummer 80 (und in den entsprechenden Randnummern bezüglich der anderen großen Länder) besteht, dass „Sonderaktionen ... hingegen weniger transparent als Kundenrabatte sein [dürften]; hierzu müssten beispielsweise die verschiedenen Sonderangebote für Endkunden aufmerksam verfolgt werden“.
- 316 Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass nicht festgestellt wird, dass die Werberabatte intransparent seien, sondern nur, dass sie „weniger transparent als Kundenrabatte“ seien und dass für ihre Kontrolle eine aufmerksame Verfolgung der Sonderangebote erforderlich sei. Es wird auch darauf hingewiesen, dass die Kommission festgestellt habe, dass sowohl Sony als auch BMG eine wöchentliche Berichtspflicht für das Verkaufspersonal eingeführt hätten, ohne dass sich mit Bestimmtheit sagen lasse, dass diese Berichte ein ausreichendes Maß an Transparenz hinsichtlich der genannten Werberabatte garantierten.
- 317 Des Weiteren ist zu beachten, dass, wie sich aus Randnummer 150 Satz 2 der Entscheidung ergibt, Kundenrabatte die wichtigsten Preisnachlässe in allen Ländern sind. Nach der Entscheidung selbst haben die Werberabatte somit nur einen beschränkten Einfluss auf die Preise. Auch geht aus Randnummer 77 hervor, dass die Preisnachlässe (Kundenrabatte und Werberabatte) die Preispolitik in den letzten sechs Jahren nicht berührt haben.

- 318 Zudem wird in der Entscheidung auch nicht festgestellt, dass der Markt nicht transparent oder nicht so transparent sei, dass eine Preiskoordinierung möglich sei, sondern allenfalls, dass die Werberabatte weniger transparent seien, ohne dass die Entscheidung auch nur irgendeine Information über die Art der Werberabatte, über die Umstände, unter denen sie eingeräumt werden, über ihre konkrete Bedeutung für die Nettopreise oder über ihre Wirkungen auf die Preistransparenz liefern würde.
- 319 Ferner hat die Kommission in der Entscheidung, wie oben dargelegt, eine Reihe von Gesichtspunkten und Faktoren aufgeführt, die die Markttransparenz fördern und die Überwachung einer Absprache erleichtern.
- 320 Folglich können die wenigen Ausführungen über die Werberabatte in dem Abschnitt der Entscheidung, der sich mit der Prüfung der Preiskoordinierung in den großen Ländern befasst, soweit sie ungenau oder unsubstantiiert sind oder gar mit anderen Feststellungen der Entscheidung im Widerspruch stehen, weder die fehlende Transparenz des Marktes noch die der Werberabatte belegen. Die Ausführungen beschränken sich zudem auf die Feststellung, dass die Werberabatte weniger transparent als die Kundenrabatte seien, begründen hingegen nicht, warum sie für die Markttransparenz relevant sind, und lassen nicht erkennen, wie die Werberabatte für sich allein genommen alle anderen in der Entscheidung bezeichneten Faktoren der Markttransparenz aufwiegen und damit die für eine kollektive beherrschende Stellung erforderliche Transparenz ausschließen können.
- 321 Was schließlich die Feststellungen in dem Abschnitt der Entscheidung angeht, der sich mit der Beurteilung der Lage in den kleinen Ländern befasst, weist die Kommission zunächst in Randnummer 149 der Entscheidung darauf hin, dass die Verwendung der Händlerlistenpreise dort mit der in den großen Ländern vergleichbar sei. Sie stellt fest, dass der wesentliche Teil des Umsatzes mit wenigen Händlerlistenpreisen erzielt werde und dass die Verwendung der Händlerlistenpreise durch die Majors sehr ähnlich sei; sie fügt hinzu, „[d]ie Zahlen für die kleineren Länder zeigen, dass die jeweils beiden wichtigsten [Händlerlistenpreise] von Sony und BMG in den Niederlanden und in Belgien praktisch identisch sind“. Sie schließt hieraus, dass die Händlerlistenpreise der großen Tonträgerunternehmen in hohem Maße übereinstimmen. Aus Randnummer 149 geht somit hervor, dass die Kommission in den kleinen Ländern eine noch deutlichere Transparenz und Angleichung der Händlerlistenpreise als in den großen Ländern feststellte.
- 322 Bezüglich der Preisnachlässe, die in den kleinen Ländern gewährt werden, ist festzustellen, dass der fragliche Abschnitt keine Feststellungen zu den Werberabatten enthält und diese nicht erwähnt werden. Die Kommission weist im Gegenteil in Randnummer 150 der Entscheidung darauf hin, dass wie in den fünf großen Ländern Kundenrabatte die wichtigsten Preisnachlässe in den kleinen Ländern seien.
- 323 Die Kommission führt zwar aus, dass Sony und BMG Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag in ganz unterschiedlicher Höhe gewährten, dass die Höhe dieser Preisnachlässe sich nach dem jeweiligen Kunden richte, dass es auch Unterschiede zwischen der Höhe der Rabatte von BMG und von Sony gebe, dass sie nicht öffentlich bekannt gegeben würden und dass die Transparenz auf dem Markt dadurch geringer werde. Sie stellt jedoch keine Zahlen über die Bedeutung oder die Schwankung der Preisnachlässe zur Verfügung. Ferner wird nicht begründet, ob und weshalb die Merkmale des Marktes nicht, wie in den großen Staaten, zumindest den Kundenrabatten zur Transparenz verhelfen. Auch wird nicht angegeben, ob die Preisnachlässe, d. h. die Kundenrabatte und/oder die Werberabatte, zu unterschiedlichen Nettopreisen führen, denn der Hinweis, dass „die Kommission keine ausreichenden Beweise dafür finden [konnte], dass die Einheitlichkeit der durchschnittlichen Nettopreise auf geheime Absprachen ... zurückzuführen ist“, scheint eher darauf hinzuweisen, dass dies nicht der Fall ist.
- 324 Somit enthält auch der Abschnitt über die kleinen Länder keine Begründung für die Feststellung, dass der Markt wegen der Werberabatte nicht transparent sei. Jedenfalls kann die Lage in den kleinen Ländern keine triftige Begründung für die Feststellungen sein, die sich mit dem Grad der Transparenz der Märkte in den großen Ländern befassen.
- 325 Nach alledem ist die Rüge, mit der eine unzureichende Begründung der Feststellung bezüglich der Markttransparenz geltend gemacht wird, begründet, was bereits für sich genommen die Nichtigkeitserklärung der Entscheidung rechtfertigt.
- 326 Ergänzend wird das Gericht jedoch darüber hinaus die Rügen und Argumente der Klägerin prüfen,

die Feststellungen der Kommission, mit denen die unzureichende Markttransparenz bewiesen werden soll, seien mit einem offenkundigen Beurteilungsfehler behaftet.

b) Zur Rüge eines offenkundigen Beurteilungsfehlers

- 327 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Grundregeln der Verordnung, insbesondere Artikel 2, der Kommission ein bestimmtes Ermessen namentlich bei Beurteilungen wirtschaftlicher Art einräumen. Daher muss die Kontrolle der Ausübung einer solchen Befugnis, die bei der Beschreibung der Regeln für Zusammenschlüsse wesentlich ist, durch den Gemeinschaftsrichter unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums erfolgen, der den Bestimmungen wirtschaftlicher Art, die Teil der Regelung für Zusammenschlüsse sind, zugrunde liegt (Urteile Kali & Salz, oben in Randnr. 245 angeführt, Randnrn. 223 und 224, und Kommission/Tetra Laval, oben in Randnr. 232 angeführt, Randnr. 38, Urteile des Gerichts Gencor/Kommission, oben in Randnr. 246 angeführt, Randnrn. 164 und 165, Airtours/Kommission, oben in Randnr. 45 angeführt, Randnr. 64, vom 25. Oktober 2002, T-80/02, Tetra Laval/Kommission, Slg. 2002, II-4519, Randnr. 119, und vom 14. Dezember 2005, T-210/01, General Electric/Kommission, Slg. 2005, II-5575, Randnr. 60).
- 328 Der Gerichtshof hat jedoch Folgendes klargestellt:
- „Auch wenn der Gerichtshof anerkennt, dass der Kommission in Wirtschaftsfragen ein Beurteilungsspielraum zusteht, bedeutet dies nicht, dass der Gemeinschaftsrichter eine Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission unterlassen muss. Er muss nämlich nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen“ (Urteil Kommission/Tetra Laval, oben in Randnr. 232 angeführt, Randnr. 39).
- 329 Im Licht dieser Erwägungen ist zu prüfen, ob die Beurteilungen der Kommission in Bezug auf die Markttransparenz offenkundig fehlerhaft sind.
- 330 Die Klägerin macht zunächst geltend, die Tonträgermärkte hätten vor dem Erlass der Entscheidung als so transparent gegolten, dass sie eine kollektive beherrschende Stellung ermöglichten.
- 331 Die Klägerin weist insoweit darauf hin, dass die Kommission bei der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens zwischen EMI und Time Warner festgestellt habe, dass der Tonträgermarkt durch Produkte mit einheitlichen Preisen (standardised pricing products) gekennzeichnet sei und „sehr transparent“ sei (Randnrn. 37, 38 und 57 der Mitteilung der Beschwerdepunkte bezüglich des Zusammenschlussvorhabens EMI/Time Warner).
- 332 Das Office of Fair Trading habe in seinem Bericht vom September 2002 über den Tonträgermarkt im Vereinigten Königreich („Wholesale supply of compact discs“) ebenfalls die Auffassung vertreten, dass sich der Markt durch ein hohes Maß an Transparenz auszeichne, und habe eine Reihe von Faktoren benannt (insbesondere die Veröffentlichung wöchentlicher Hitparaden, der gemeinsame Verkauf und die regelmäßigen Besuche bei den Einzelhändlern zur Prüfung des Warenbestands), die mehr Informationen über die Wettbewerber als in vielen anderen Industriezweigen zugänglich machten (vgl. Randnr. 114 der Mitteilung der Beschwerdepunkte).
- 333 Im vorliegenden Fall sei die Kommission nach einer ersten Prüfung des Zusammenschlussvorhabens zwischen Sony und Bertelsmann, das am 9. Januar 2004 angemeldet worden war, und einer ersten Marktuntersuchung vor allem bei den Einzelhändlern und den Majors mit Entscheidung vom 12. Februar 2004 zu dem Schluss gekommen, dass das Vorhaben Anlass zu ernsthaften Zweifeln bezüglich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gebe, und habe demgemäß das Verfahren nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung eingeleitet. In diesem Verfahren habe die Kommission ihre Untersuchung fortgesetzt und eine Reihe von Auskunftersuchen an die Parteien des Zusammenschlusses (am 19. Februar, 5. März, 17. März, 23. März, 1. April und 10. Mai 2004), an die anderen Majors (am 11. März und 10. Mai 2004) sowie an die verschiedenen Marktbeteiligten gerichtet (vgl. insbesondere den Fragebogen vom 16. April 2004 an die Einzelhändler). Nach einer Prüfung aller eingegangenen Angaben und Informationen und nach Erörterungen mit Sony und BMG habe die Kommission am 24. Mai 2004 eine Mitteilung der Beschwerdepunkte erlassen, in der sie vorläufig zu dem Ergebnis gelangt sei, dass das Vorhaben unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt sei, insbesondere weil es eine kollektive beherrschende Stellung auf dem Tonträgermarkt verstärke.

- 334 In der Mitteilung der Beschwerdepunkte habe die Kommission zum einen festgestellt, dass sowohl die Netto- als auch die Bruttopreise der Majors parallel verliefen, und habe zum anderen die Auffassung vertreten, dass der Markt so transparent sei, dass eine kollektive beherrschende Stellung der Majors entstehen und eine Preiskoordinierung überwacht werden könne (vgl. insbesondere Randnr. 93 der Mitteilung der Beschwerdepunkte). In den Randnummern 94 bis 115 der Mitteilung der Beschwerdepunkte habe die Kommission insoweit zehn Faktoren untersucht, die den Tonträgermarkt für die Koordinierung besonders geeignet machten und die Überwachung dieser Koordinierung förderten. Die Kommission sei eingegangen auf a) die Homogenität des Produkts, b) die beschränkte Zahl der Händlerlistenpreise, c) die beschränkte Zahl der relevanten Alben, d) die Veröffentlichung wöchentlicher Hitparaden, e) die Stabilität des Kundenstamms, f) die relative Stabilität der Marktanteile, g) die große Zahl an Kontakten dank der vertikalen Integration der Majors, h) die große Zahl struktureller Verbindungen zwischen den Majors wie z. B. die Joint-Venture-Verträge für die Kompilationen und den Vertrieb sowie die Lizenz- und Vertriebsvereinbarungen, i) die gemeinsame Zugehörigkeit zu den Industrieverbänden, j) die gemeinsame Verhandlung über die Urheberrechte.
- 335 Damit steht zwar fest, dass der relevante Markt entgegen der Beurteilung, die die Kommission in der Entscheidung vornahm, sowohl von der Kommission als auch von der Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs in Bezug auf den britischen Markt als sehr transparent und jedenfalls als so transparent angesehen wurde, dass eine stillschweigende Preiskoordinierung im erforderlichen Maße überwacht werden kann, doch beweist dieser Umstand für sich allein genommen nicht, dass die in der Entscheidung von der Kommission vertretene Auffassung mit einem offenkundigen Beurteilungsfehler behaftet ist. Zum einen nämlich können die Beurteilungen einer nationalen Wettbewerbsbehörde die Kommission in ihrer Untersuchung in keiner Weise binden, und zum anderen stellt die Mitteilung der Beschwerdepunkte, wie oben erwähnt, nur ein vorbereitendes Schriftstück dar, dessen Wertungen lediglich vorläufiger Natur sind, und die Kommission hat die im Verwaltungsverfahren zusammengetragenen Beweismittel sowie die Argumente der betreffenden Unternehmen zu berücksichtigen, um Beschwerdepunkte fallen zu lassen, die sich letztlich als unbegründet erweisen. Diese Feststellung gilt naturgemäß umso mehr, wenn es sich um vorläufige Beurteilungen, die mehrere Jahre zuvor im Rahmen der Prüfung eines anderen Zusammenschlussvorhabens vorgenommen wurden, oder um Beurteilungen einer anderen Wettbewerbsbehörde in einem anderen Zusammenhang handelt. Dies bedeutet indessen nicht, dass die Mitteilung der Beschwerdepunkte völlig bedeutungslos oder unerheblich ist. Soll nicht dem gesamten verwaltungsrechtlichen Ermittlungsverfahren jede Bedeutung genommen werden, muss die Kommission zwar nicht in der Entscheidung, aber zumindest im Rahmen des Verfahrens vor dem Gericht die Gründe nennen können, weshalb sie der Meinung ist, dass ihre vorläufigen Beurteilungen fehlerhaft waren, und vor allem müssen die Beurteilungen in der Entscheidung mit den Tatsachenfeststellungen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte vereinbar sein, sofern nicht erwiesen ist, dass diese unzutreffend waren.
- 336 Die Klägerin macht sodann geltend, dass alle von der Kommission zusammengetragenen und sowohl in der Mitteilung der Beschwerdepunkte als auch in der Entscheidung aufgeführten Beweise beinhalteten, dass die von den Majors angewandten Preise transparent seien, mit Sicherheit aber so transparent seien, dass eine stillschweigende Koordinierung möglich sei. Die Kommission habe keinen Beweis für die fehlende Transparenz des Marktes beigebracht, sondern habe lediglich aus den angeblichen Schwankungen der Preisnachlässe abgeleitet, dass die Transparenz durch diese Schwankungen eingeschränkt sei. Die Klägerin bringt eine Reihe von Rügen vor, die die Erwägungen zu den Preisnachlässen betreffen, und führt aus, dass die Kommission den Preisnachlässen, insbesondere den Werberabatten, eine übermäßige Bedeutung zuerkannt habe, ohne überhaupt ihre Relevanz zu prüfen.
- 337 Es sind der Reihe nach die Rügen und das Vorbringen bezüglich der in der Entscheidung festgestellten Faktoren der Markttransparenz und sodann die Rügen und das Vorbringen zu prüfen, mit denen die angeführten Faktoren fehlender Transparenz in Frage gestellt werden sollen; sie sind zugleich dem Vorbringen der Beklagten und der Streithelferinnen und den von diesen angeführten Beweisen gegenüberzustellen, auch wenn zahlreiche Beweise oder Argumente miteinander im Zusammenhang stehen und die Beurteilung der Markttransparenz auf einer umfassenden Analyse aller relevanten Gesichtspunkte beruhen muss.

Die in der Entscheidung festgestellten Faktoren der Transparenz

- 338 Erstens ist daran zu erinnern, dass die Bruttoverkaufspreise der Majors gegenüber ihren Kunden (Einzelhändler, Supermärkte usw.) öffentlich sind, da sie in ihren Katalogen enthalten sind. Dies ist unbestreitbar eine sehr wichtige Quelle von Preistransparenz. In Randnummer 76 der Entscheidung wird zwar nur festgestellt, dass „die ‚Listenpreise für Händler‘ relativ transparent sind, da sie in den

Katalogen der Musikkonzerne veröffentlicht sind“, und dass „[es] [f]ür die Topkonzerne ... daher kein Problem sein [dürfte], sich über die Entwicklung der Listenpreise untereinander auf dem Laufenden zu halten“. Diese abgeschwächte Formulierung kann jedoch nicht die Feststellung der Transparenz der Bruttopreise relativieren, da die Kommission weder in der Entscheidung noch im Verfahren vor dem Gericht etwas zur Begründung dafür vorgebracht hat, dass die Bruttopreise nicht „relativ transparent“ seien. In der Mitteilung der Beschwerdepunkte (Randnr. 81) führte die Kommission hierzu überdies Folgendes aus:

„Die Kommission ist der Auffassung, dass die [Händlerlistenpreise], zu denen die erwarteten neuen Hits auf den Markt gebracht werden, von den Majors sehr leicht überwacht werden können, da diese [Händlerlistenpreise] in den Katalogen der Majors öffentlich zugänglich sind.“

- 339 Zweitens wird in der Entscheidung ausgeführt, die Kommission habe festgestellt, dass jeder Major mit den drei wichtigsten Händlerlistenpreisen je nach Land mehr als 55 % bis 80 % seines gesamten Nettoumsatzes mit den 100 meistverkauften CDs erwirtschaftet habe, obwohl die Parteien des Zusammenschlusses bestätigt hätten, dass sie mehr als 100 Händlerlistenpreise verwendeten. Diese Konzentration des größten Teils der Albumverkäufe auf eine sehr geringe Anzahl von Referenzpreisen, die durch die Antworten der Majors bestätigt werde, führt zu einer Erleichterung der Preiskoordination, wie dies im Übrigen von der Kommission in Randnummer 96 der Mitteilung der Beschwerdepunkte dargelegt wurde: „Dieses Preisfestsetzungssystem erleichtert die Koordinierung, da es leicht verständliche Informationen über die Höhe der Preise liefert, die die Majors für den Großteil ihrer Produkte festsetzen.“
- 340 In ihrer Klagebeantwortung hat die Kommission zwar die Komplexität der Festsetzung der Großhandelspreise insoweit ins Feld geführt, als die individuellen Alben in unterschiedlichem Maß erfolgreich seien, was sich auf die anfängliche Festsetzung des Händlerlistenpreises bei der Veröffentlichung des Albums und auf seine späteren Entwicklungen auswirke, so dass schwer festzustellen sei, ob der Händlerlistenpreis eines Albums geändert werde, um einen rückläufigen Erfolg aufzufangen, oder ob dies im Rahmen einer Strategie der „Abweichung“ geschehe. Festzustellen ist indessen, dass dieses Vorbringen in der Entscheidung keine Stütze findet und sogar den dort getroffenen Feststellungen widerspricht. Wie oben ausgeführt, stellte die Kommission nämlich in Randnummer 76 der Entscheidung (und in den entsprechenden Randnummern bezüglich der anderen Länder) fest, dass die Majors zwar erklärt hätten, mehr als 100 Händlerlistenpreise zu verwenden, sie jedoch für den größten Teil ihrer Umsätze nur zwei oder drei Händlerlistenpreise verwendeten. Zudem wird in Randnummer 110 der Entscheidung ausgeführt, dass „[t]rotz dieser Heterogenität ... die Preisbildung und das Marketing für Alben im Großhandel jedoch offenbar nach einem ziemlich einheitlichem Muster [ablaufen]“. Da ferner der Grad des Erfolgs eines Albums dank der Hitparaden jederzeit bekannt ist, können die Majors entgegen der von der Kommission vertretenen Auffassung leicht feststellen, ob die Änderung des Händlerlistenpreises zur vereinbarten Preispolitik gehört oder nicht.
- 341 Drittens wird in Randnummer 111 der Entscheidung Folgendes ausgeführt:
- „Trotz der nur wenigen Preispunkte beim Verkauf von Alben könnte die Vielfalt der Alben, die zu unterschiedlichen Listenpreisen angeboten werden, die Überwachung geheimer Abmachungen erschweren. Die Majors müssen jedoch lediglich die Preispunkte einiger weniger Bestseller-Alben berücksichtigen, um den Großteil der Verkäufe zu erfassen. Aus den von den Parteien [des Zusammenschlusses] vorgelegten Angaben geht hervor, dass die 20 meistverkauften Titel jedes Jahr mindestens die Hälfte des Jahresumsatzes von BMG in allen Ländern einbringen. Eine Ausnahme bildet Deutschland“ (vgl. auch Randnr. 85 der Mitteilung der Beschwerdepunkte).
- 342 In ihrer Klagebeantwortung hat die Kommission jedoch geltend gemacht, dass vor der Veröffentlichung eines bestimmten Albums nicht mit völliger Sicherheit vorhersehbar sei, wie erfolgreich dieses Album zukünftig sein werde (und wie lange der Erfolg nach der Veröffentlichung anhalten werde), und eine erfolgreiche Koordinierung daher eine ständige Überwachung der Händlerlistenpreise bei einer sehr viel höheren Anzahl individueller Alben voraussetze als die der Alben, von denen im Nachhinein festgestellt werde, dass sie zum Umsatz des einzelnen Majors am meisten beigetragen hätten.
- 343 Dieses Vorbringen findet keine Stütze in der Entscheidung, der zufolge die Majors lediglich die Referenzpreise einiger weniger Bestseller-Alben berücksichtigen müssen, um den Großteil der Verkäufe zu erfassen. Die Überwachung wird im Übrigen in erheblichem Maße durch die Hitparaden erleichtert, die jederzeit genaue Angaben über den Erfolgsverlauf der einzelnen Alben liefern.
- 344 Wie die Klägerin zu Recht ausführt, stellt die Entscheidung auch fest, dass die „Kommission ...

- einige Hinweise darauf [fand], dass die Listenpreise für Händler möglicherweise als Anknüpfungspunkt für eine Angleichung der Preise ... herangezogen wurden“. Der Darlegung der Kommission, dass diese Feststellung nicht abschließend sei, kann offenkundig nicht gefolgt werden, da die Entscheidung definitionsgemäß der letzte Abschnitt des Verfahrens zur Prüfung des Zusammenschlusses ist und die Kommission auf keinen anderen Gesichtspunkt der Entscheidung verweist, der diese Feststellung entkräften oder abmildern würde. Allenfalls beruft sich die Kommission auf den Umstand, dass die Parteien des Zusammenschlusses Beweise dafür vorgelegt hätten, dass die kombinierten Händlerlistenpreise für ihre jeweils 20 meistverkauften Alben von Quartal zu Quartal oft erheblich schwankten und dass die Unvorhersehbarkeit des Erfolgs jeden Major zwingt, die Händlerlistenpreise von mehr als 80 Alben (bzw. 60 Alben nach dem Zusammenschluss) seiner Wettbewerber zu überwachen. Diese Feststellung wurde aber in der Entscheidung gerade nicht wiederholt und steht im Widerspruch zu den dort getroffenen Feststellungen.
- 345 Auch die von den Wirtschaftsexperten der Parteien des Zusammenschlusses festgestellten Daten sind nicht einleuchtend und offenbar nicht zuverlässig, abgesehen davon, dass nicht erkennbar ist, wie sie zu der Schlussfolgerung der Kommission führen können. Es ist daher zumindest überraschend, dass die Händlerlistenpreise von Quartal zu Quartal in den angeführten Größenordnungen steigen konnten [vertraulich].
- 346 Jedenfalls ist die Zahl der Alben, die nach Ansicht der Kommission überwacht werden müssten, nicht so hoch, dass die Überwachung dadurch unmöglich oder auch nur besonders schwerfällig oder kostspielig wäre, zumal, wie die Kommission einräumt, die Hitparaden die Überwachung erheblich erleichtern.
- 347 Aus alledem folgt, dass drei in der Entscheidung angeführte Faktoren – Öffentlichkeit der Bruttopreise (Händlerlistenpreise), begrenzte Anzahl von Referenzpreisen und begrenzte Anzahl der zu überwachenden Alben – eine starke Preistransparenz begründen können.
- 348 Wie außerdem in Randnummer 112 der Entscheidung festgestellt wird, „[erhöhen] [a]ndere Mechanismen auf dem Markt ... die Transparenz und könnten die Überwachung einer Absprache erleichtern“.
- 349 Erstens heißt es in Randnummer 112 der Entscheidung, dass „[d]ie Veröffentlichung wöchentlicher Hit-Charts mit Informationen über den Verkauf eines Titels ... direkt [zeigt], welche Titel zu Hits werden und den größten Anteil am Umsatz einbringen“. Die Hitparaden stellen somit eine wichtige Quelle von Transparenz dar, da sie es ermöglichen, nicht nur jederzeit die meistverkauften Alben zu bestimmen, sondern auch zu prüfen, ob die Alben zu einem Preis verkauft werden, der ihrem Erfolg entspricht, da die Händlerlistenpreise öffentlich sind. Die Entscheidung weist im Übrigen darauf hin, dass diese „wöchentlich veröffentlichten Verkaufsinformationen zu den einzelnen Titeln ... den Majors die Überwachung der Verkäufe erheblich [erleichtern]“.
- 350 Zweitens seien in diesem Markt „langfristige feste Beziehungen zwischen dem Einzelhandel und allen Majors die Regel“, da jeder Einzelhändler Produkte aller großen Tonträgerunternehmen verkaufen müsse (Randnr. 112 der Entscheidung).
- 351 Drittens gebe es nur wenige Marktteilnehmer, und ein Großteil des Absatzes gehe an nur relativ wenige Kunden. Wie in Randnummer 112 am Ende dargelegt wird, „führt [diese Situation] zu kooperativen Strategien unter den Majors und erleichtert auch weitgehend die Überwachung des Marktes und den Informationsfluss“.
- 352 Viertens stellte die Kommission fest, dass eine Überwachung des Einzelhandelsmarktes existiere. Gemäß Randnummer 113 „[wurde] [b]ei der Marktuntersuchung ... festgestellt, dass Sony und BMG ein System wöchentlicher ... Berichte eingerichtet haben, die auch Informationen über die Wettbewerber enthalten“.
- 353 In der Klagebeantwortung macht die Kommission zwar geltend, dass die Berichte, die ihr von den Parteien des Zusammenschlusses vorgelegt worden seien, keine Informationen über die Nachlässe enthalten hätten und dass sie nicht habe nachweisen können, dass diese Berichte einen hinreichenden Grad an Transparenz der von den Wettbewerbern gewährten Preisnachlässe gewährleisteten.
- 354 Zunächst ist festzustellen, dass unabhängig davon, wie konkret die in diesen Berichten enthaltenen Informationen über die Brutto-, Netto- oder Einzelhandelsverkaufspreise oder über die

Preisnachlässe waren, die Berichte, wie im Übrigen die Entscheidung feststellt, einen zusätzlichen Beleg für die Markttransparenz darstellen. Aus den von der Kommission vorgelegten wöchentlichen Berichten geht zudem hervor, dass sie Informationen über die Alumbestände der Konkurrenz und deren Entwicklung enthalten.

355 Sodann ist darauf hinzuweisen, dass es sich nur um einige Exemplare wöchentlicher Berichte handelt, die von den Parteien des Zusammenschlusses selbst vorgelegt wurden.

356 [vertraulich]

357 [vertraulich]

358 [vertraulich]

359 [vertraulich]

360 [vertraulich]

361 Fünftens wird in Randnummer 113 der Entscheidung dargelegt, dass die Verkaufsaußendienste der Majors ständige Kontakte zum Einzelhandel und zum Großhandel unterhielten, da Verhandlungen über die Unterstützung von Werbeaktionen und über Preisaktionen oft wöchentlich stattfänden. Zwar ist der Kontakt zu den Einzelhändlern nicht ungewöhnlich, doch können die Verkaufsaußendienste aufgrund der Häufigkeit der Kontakte genauere Informationen über die Konkurrenz und die von dieser eingeräumten Bedingungen erhalten und fast in Echtzeit den Erfolgsverlauf der einzelnen Alben der Wettbewerber verfolgen. Dies gilt umso mehr im vorliegenden Fall, als der Markt, wie in Randnummer 112 der Entscheidung dargelegt, so beschaffen ist, dass jeder Einzelhändler Produkte aller Majors verkaufen muss, so dass sich der einzelne Major in ständigem Kontakt mit allen Kunden seiner Wettbewerber befindet und somit genaue Informationen über die von diesen eingeräumten Bedingungen erhalten kann. Es wird auch festgestellt, dass ein Großteil des Absatzes an nur relativ wenige Kunden gehe. Diese Umstände sind geeignet, eine starke Markttransparenz herzustellen. Die Kommission ist überdies in Randnummer 112 der Entscheidung zu dem Ergebnis gelangt, dass diese Situation „zu kooperativen Strategien unter den Topkonzernen [führt] und ... auch weitgehend die Überwachung des Marktes und den Informationsfluss [erleichtert]“.

362 Aus diesen fünf zusätzlichen Faktoren geht hervor, dass die ohnehin starke Transparenz, die sich aus den oben genannten drei ersten Faktoren (insbesondere der Veröffentlichung der Verkaufspreise) ergab, noch stärker ist. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass in Randnummer 116 der Mitteilung der Beschwerdepunkte die Kommission überdies den Schluss gezogen hatte, dass „die Marktstruktur ... so geartet [war], dass die Informationen ohne weiteres fließen [konnten] und die gegenseitige Überwachung der grundlegenden Prinzipien durch die Majors nur eine Routinesache war“.

363 Nunmehr ist zu untersuchen, ob die Faktoren, die die Kommission als Quelle fehlender Transparenz des Marktes vorgebracht hat, von so großem Gewicht sind, dass die Schlussfolgerung, der Markt sei in einem Maße transparent, dass die Einhaltung der vereinbarten gemeinsamen Preispolitik überwacht werden könne, ausgeschlossen werden kann.

Faktoren, die als Ursache für die fehlende Transparenz des Marktes geeignet sind

364 Trotz der zahlreichen Quellen von Transparenz des Marktes, auf die oben hingewiesen wurde, kam die Kommission, wie aus Randnummer 157 der Entscheidung hervorgeht, dennoch zu dem Schluss, dass wegen des Defizits an wirklicher Transparenz eine kollektive beherrschende Stellung nicht vorliege.

365 Aus dem speziellen Abschnitt über die Prüfung der Markttransparenz ergibt sich, dass diese Beurteilung auf der in Randnummer 111 der Entscheidung dargelegten Feststellung beruht, dass „eine weitere Überwachung der einzelnen Alben vor allem bei Preisaktionen erforderlich [ist]“. Zu dieser Randnummer wird überdies festgestellt, dass „[a]us der Marktuntersuchung ... hervor[geht], dass dieser Faktor den Markt weniger transparent machen und eine geheime Kollusion erschweren könnte“ und dass „[d]ie Kommission ... keine ausreichenden Beweise dafür gefunden [hat], dass diese Hürde abgebaut worden ist“. Insoweit wird in Randnummer 113 der Entscheidung hinzugefügt, dass die Kommission „keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür gefunden [hat], dass die

- Topkonzerne durch die Überwachung der Einzelhandelspreise und durch die Kontakte zum Einzelhandel die Transparenzdefizite in der Preisnachlasspolitik überwunden haben, insbesondere was Preisaktionen anbelangt“. Somit war die Kommission wegen der Preisnachlässe oder zumindest wegen der Werberabatte der Auffassung, dass der Markt nicht so transparent gewesen sei, dass eine kollektive beherrschende Stellung begründet werden konnte.
- 366 Insoweit ist einleitend darauf hinzuweisen, dass die Kommission in der Entscheidung weder den Schluss zog, dass der Markt wegen der Preisnachlässe nicht transparent sei, noch auch nur, dass die Preisnachlässe die Transparenz oder den für eine kollektive beherrschende Stellung erforderlichen Grad an Transparenz beeinträchtigten, sondern allenfalls, dass die Preisnachlässe „eine geheime Kollusion erschweren könnte[n]“. Angesichts der Öffentlichkeit und damit der Transparenz der Händlerlistenpreise und angesichts aller anderen Faktoren, die nach dem Wortlaut der Entscheidung die Markttransparenz erhöhen und die Überwachung einer Absprache erleichtern, können daher die im speziellen Abschnitt über die Prüfung der Markttransparenz enthaltenen Ausführungen und Erwägungen, wie im Rahmen der Rüge bezüglich der Begründung festgestellt wurde, nicht die Beurteilung rechtfertigen, dass der Markt nicht hinreichend transparent sei.
- 367 Im Rahmen des Abschnitts über die Prüfung der gemeinsamen Preispolitik stellte die Kommission jedoch jeweils mit den gleichen Worten für die fünf großen Länder Schwankungen bei den Preisnachlässen fest, die sich im Wesentlichen aus Werberabatten ergaben, und führte aus, dass sich ein hinreichendes Maß an Transparenz hinsichtlich der Werberabatte nicht beweisen lasse (Randnrn. 79 und 80 der Entscheidung bezüglich des Vereinigten Königreichs und Randnrn. 86 und 87, 93 und 94, 100 und 101 sowie 107 und 108 jeweils bezüglich der anderen Länder).
- 368 Die Beurteilung der Kommission beruht auf dem in ihren Schriftsätzen ausdrücklich vorgebrachten und der Entscheidung zugrunde liegenden Gedanken, dass eine stillschweigende Preiskoordinierung nur greifen könne, wenn sie die Nettoverkaufspreise betreffe, d. h. die Bruttopreise – im vorliegenden Fall die Händlerlistenpreise – abzüglich der Preisnachlässe. Es hätte nämlich keinen Sinn, bei den Händlerlistenpreisen Absprachen einzuhalten und deren Einhaltung überwachen zu können, wenn geheime und intransparente Preisnachlässe die Wirkung dieser Listenpreiskoordinierung zunichte machen würden.
- 369 Aus der Entscheidung (Randnr. 73) geht hervor, dass die Majors unterschiedliche Rabatte einräumen: Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag (Kundenrabatte oder Werberabatte), rückwirkende Rabatte und Werbezuschüsse. Unstreitig wurden nur die Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag von der Kommission als für die Beurteilung der Transparenz relevant angesehen. Zum einen nämlich ergab nach Randnummer 73 (und ebenso nach Randnr. 151) die Untersuchung, dass die Werbezuschüsse eher eine Form der Vermarktung als ein Rabatt im eigentlichen Sinne sind, zum anderen werden rückwirkende Rabatte nach den Randnummern 78, 92, 99 und 106 der Entscheidung überhaupt nicht oder in geringem Umfang gewährt und haben, wie in Randnummer 151 der Entscheidung ausgeführt, da sie „als eine Art Treuerabatt zu sehen sind, ... keine direkten Auswirkungen auf den Preiswettbewerb“. Alle Randnummern der Entscheidung über die Transparenz der Preisnachlässe (Randnrn. 111 und 113 in dem speziellen Abschnitt über die Transparenz und Randnrn. 79 und 80 in dem Abschnitt über die gemeinsame Preispolitik bezüglich des Vereinigten Königreichs sowie die entsprechenden Randnummern bezüglich der anderen großen Staaten) enthalten zudem Ausführungen nur über die Transparenz der Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag (Kundenrabatte und Werberabatte). Auch hat die Kommission in ihren Schriftsätzen vor dem Gericht nur geltend gemacht, dass den Preisnachlässen auf den Rechnungsbetrag die Transparenz fehle.
- 370 Die Randnummern 111 und 113 enthalten keine spezifischen Feststellungen, sondern verweisen in Wirklichkeit nur auf die Ausführungen in dem Abschnitt über die Prüfung der gemeinsamen Preispolitik (nämlich die Randnrn. 70 und 80 bezüglich des Vereinigten Königreichs und die entsprechenden Randnummern bezüglich der anderen Länder, die genau denselben Wortlaut haben).
- 371 Der Verweis betrifft jedoch, zumindest ausdrücklich, nur die Werberabatte, nicht aber die Kundenrabatte. Zum einen nämlich bezieht sich Randnummer 111 auf die Notwendigkeit einer Überwachung der einzelnen Alben „vor allem bei Preisaktionen“, und zum anderen erwähnt Randnummer 113 am Ende die „Transparenzdefizite in der Preisnachlasspolitik ...“, insbesondere was Preisaktionen anbelangt, wie oben für die fünf großen Mitgliedstaaten beschrieben“. Aus den Ausführungen in dem speziellen Abschnitt über die Transparenz geht somit hervor, dass sich die fehlende Transparenz nur aus Werberabatten ergibt. Diese Analyse wird überdies durch die Randnummern 79 und 80 bestätigt. So wird in Randnummer 79 der Entscheidung festgestellt, dass die Schwankungen der Preisnachlässe „hauptsächlich auf Preisnachlässe aufgrund von

Sonderaktionen zurückgehen, die sich flexibler gestalten lassen als Kundenrabatte, die normalerweise auf ein ganzes Jahr bezogen festgesetzt werden“. Auch wird in Randnummer 80 der Entscheidung festgestellt, dass die Majors „mehr oder weniger wüssten, welche Kundenrabatte ihre Wettbewerber gewähren, weil sie permanent mit denselben Kunden zu tun hätten“, und dass „Sonderaktionen ... weniger transparent als Kundenrabatte [sind]“. Es wird zudem an keiner Stelle der Entscheidung behauptet oder bewiesen, dass die Kundenrabatte nicht oder unzureichend transparent seien.

372 In ihren Schriftsätzen vor dem Gericht hat die Kommission die hinreichende Transparenz der Kundenrabatte auch eingeräumt, weil sie auf ein Jahr festgesetzt werden und für alle Verkäufe des Kunden gelten (unter Umständen in unterschiedlichen Höhen für Popmusik, klassische Musik oder für Musik aus der Fernsehwerbung), und ihr Vorbringen war ferner nur darauf gerichtet, die fehlende Transparenz der Werberabatte zu belegen. In ihrer Klagebeantwortung hat sie ferner ausgeführt, sie habe den Werberabatten diese Bedeutung beigemessen, weil alle Nettopreisbestandteile überwacht werden müssten, denn die relativ transparenten Händlerlistenpreise und eine mehr oder weniger genaue Kenntnis der Kundenrabatte reichten nicht aus, wenn nicht transparente Werberabatte in bedeutendem Umfang für Schwankungen der Nettopreise verantwortlich seien. Auch hat sie dort dargelegt, sie könne nicht feststellen, dass den Majors mit Sicherheit die wirklichen Praktiken der Nettopreisfestsetzung eines anderen Majors bekannt seien, „da es Beweise für eine relative Transparenz der Händlerlistenpreise, einzelne Beweise für eine gewisse Transparenz der Kundenrabatte und überzeugende Beweise für die fehlende Transparenz und Komplexität der Werberabatte gab“. In ihren Schlussbemerkungen schließlich hat die Kommission sogar ausdrücklich erklärt, sie habe in der Entscheidung „sowohl bei den Händlerlistenpreisen als auch bei den Kundenrabatten ein erhebliches Maß an Transparenz“ festgestellt.

373 Sowohl aus der Entscheidung selbst als auch aus dem Vorbringen der Kommission vor dem Gericht ergibt sich somit, dass der einzige Beleg für eine angeblich fehlende Transparenz des Marktes aus einer eingeschränkten Transparenz der Werberabatte hervorgeht.

374 Zunächst ist festzustellen, dass nur Randnummer 80 der Entscheidung (und die entsprechenden Randnrn. 87, 94, 101 und 108 bezüglich der vier anderen großen Staaten, die gleichlautend sind) ausdrücklich die Transparenz der Preisnachlässe betrifft. Dort wird festgestellt:

„Was die Transparenz der Preisnachlässe betrifft, so gab die Mehrheit der von der Kommission im Rahmen ihrer Marktuntersuchung befragten Kunden ... an, dass die großen Tonträgerunternehmen mehr oder weniger wüssten, welche Kundenrabatte ihre Wettbewerber gewähren, weil sie permanent mit denselben Kunden zu tun hätten. Sonderaktionen dürften hingegen weniger transparent als Kundenrabatte sein; hierzu müssten beispielsweise die verschiedenen Sonderangebote für Endkunden aufmerksam verfolgt werden.“

375 Bezüglich der meisten großen Länder beziehen sich die in den erläuternden Fußnoten zu den Randnummern 80, 87, 94, 101 und 108 der Entscheidung aufgeführten Antworten jedoch auf einen höheren Grad von Transparenz, als er in der Entscheidung genannt wird. So stellt Fußnote 55 fest, dass „[a]lle der fünf befragten italienischen Einzelhändler antworteten, dass den Topkonzernen die Händlerlistenpreise und Preisnachlässe der anderen Konzerne bekannt seien“; bei den französischen Einzelhändlern waren dies drei von vier der Befragten, wobei der vierte erklärte, er könne es nicht beurteilen (vgl. Fußnote 49). Mit Ausnahme eines britischen Kunden stellen die erläuternden Fußnoten für keines der anderen Länder fest, dass auch nur ein Einzelhändler antwortete, dass den Majors die Preisnachlässe nicht bekannt seien. Mit Ausnahme eines von acht Einzelhändlern in Deutschland erklärte ausweislich der erläuternden Fußnoten kein Einzelhändler, dass die Majors nur in gewissem Umfang von den Preisnachlässen ihrer Wettbewerber Kenntnis hätten.

376 In keiner erläuternden Fußnote wird außerdem ausgeführt, dass die Einzelhändler geantwortet hätten, dass den Majors nur die Kundenrabatte, nicht aber die Werberabatte bekannt seien, denn die Antworten bezogen sich, ohne Unterscheidungen zu treffen, nur auf die Preisnachlässe.

377 Die in der Entscheidung angeführten Beweise können somit die aus ihnen gezogenen Schlüsse nicht stützen.

378 Die Schlüsse, die aus ihnen in der Entscheidung gezogen wurden, heben sich auch sehr deutlich von den Feststellungen ab, die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte getroffen worden waren.

379 In der Mitteilung der Beschwerdepunkte wird in Randnummer 81 festgestellt, dass „die Kommission ... der Auffassung [ist], dass hinreichend Beweise dafür vorliegen, dass die Majors Einblick in die Konditionen des jeweils anderen Unternehmens haben“. Zudem geht aus ihr hervor, dass es sich

dabei nicht so sehr um eine Beurteilung der Kommission handelt, die Änderungen unterliegen könnte, sondern um eine Tatsachenfeststellung, die sich aus der Untersuchung der Kommission ergibt. In Randnummer 92 der Mitteilung der Beschwerdepunkte nämlich heißt es: „Die Angaben der Einzelhändler zeigen, dass die Majors nicht nur gegenseitig ihre Listenpreise kennen, sondern auch ihre Preisnachlässe und Handelspraktiken. Einige der wichtigsten Händler in Frankreich, im Vereinigten Königreich und in Deutschland haben der Kommission mitgeteilt, sie gingen davon aus, dass die Majors untereinander eine gute Kenntnis von den Konditionen des jeweils anderen hätten.“ Ferner hält Fußnote 54 der Mitteilung der Beschwerdepunkte fest, dass die Einzelhändler Folgendes erklärt hätten: „Die Majors sind mit den Rabattspannen ihrer Wettbewerber recht vertraut. Es ist allgemein bekannt, dass die von den großen Tonträgerunternehmen auf die Handelsgeschäfte gewährten Preisnachlässe beim Verkaufspersonal der Majors bekannt sind. Ein Kunde erklärte, die Majors würden ihre jeweiligen Preisnachlässe mit einer Genauigkeit von 0,5 % bis 1 % kennen.“ Die Kommission fährt in Randnummer 92 der Mitteilung der Beschwerdepunkte fort: „Zahlreiche Händler gehen auch davon aus, dass es gemeinsame Praxis sei, die Konditionen, die sie von einem der Majors erhalten, zu benutzen, um mit den anderen Majors die Bedingungen auszuhandeln“, und zitiert in Fußnote 55 folgende Antwort eines Kunden: „Bei Geschäftsverhandlungen wird auf die Konditionen und Preisnachlässe der anderen Majors Bezug genommen. Aufgrund der beschränkten Anzahl von Lieferanten können sich die Majors leicht ein vollständiges Bild von deren Konditionen machen und sich demgemäß angleichen.“ Obwohl es sich im Folgenden eher um eine Beurteilung als um eine Feststellung handelt, führte die Kommission in Randnummer 129 der Mitteilung der Beschwerdepunkte aus: „Die Marktuntersuchung hat bestätigt, dass das Verkaufspersonal der Majors regelmäßigen und ständigen Kontakt zu den Einzelhändlern und zu den Großhändlern unterhält. ... Da zudem unterschiedliche Einstufungen veröffentlicht werden, können die Majors leicht überwachen, ob die anderen Majors zusätzliche Preisnachlässe für die erfolgreichsten Alben einräumen.“

- 380 Die Klagebeantwortung wirft zudem noch weitere Fragen auf. In Fußnote 45 zu Randnummer 51 der Klagebeantwortung der Kommission führt die Kommission aus: „Die anmeldenden Parteien haben geltend gemacht, dass eine Reihe positiver Antworten nur die Händlerlistenpreise betreffe oder nicht zwischen den Händlerlistenpreisen und den Preisnachlässen unterscheidet. Nur in fünf von insgesamt 36 zugänglichen Antworten aus allen Ländern wurde ausdrücklich erklärt, dass es eine gewisse Transparenz der Preisnachlässe gebe; die gegenteilige Auffassung wurde ausdrücklich in elf Antworten vertreten.“ Während in dem ersten Satz deutlich gemacht wird, dass es sich lediglich um das Vorbringen der Parteien des Zusammenschlusses handelt, wird der zweite Satz als Tatsachenfeststellung der Kommission dargestellt. Diese Feststellung aber steht im offenkundigen Widerspruch zu den in der Entscheidung wiedergegebenen Antworten der Einzelhändler, denn in den Fußnoten 49, 52, 55 und 57 der Entscheidung wird festgestellt, dass, wie oben dargelegt, die meisten Einzelhändler geantwortet hätten, dass den Majors die Preisnachlässe ihrer Wettbewerber bekannt seien, ohne dass im Übrigen gesagt wird, dass es sich nur um eine teilweise oder ungefähre Kenntnis handele, und niemand (mit Ausnahme eines einzigen britischen Einzelhändlers) erklärte, dass die Preisnachlässe nicht transparent seien. Dem Vorbringen der Kommission kann somit nicht gefolgt werden. Zudem bezieht sich die Klagebeantwortung der Kommission nur auf die Antworten von 36 Einzelhändlern, obwohl es mindestens 42 Antworten gibt, zu denen die Parteien des Zusammenschlusses in ihrem Schreiben vom 17. Juni 2004 über die Transparenz im Übrigen Stellung genommen haben.
- 381 Aus den Antworten der Kommission auf die schriftlichen Fragen des Gerichts geht hervor, dass die Schlussfolgerungen, die sie aus der Untersuchung bei den Einzelhändlern zog, sich teilweise aus dem Umstand erklären, dass sie den Argumenten folgte, die die Parteien des Zusammenschlusses in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte und in einem Schreiben über die Preistransparenz vorgebracht hatten, das am 17. Juni 2004 nach der Anhörung vor der Kommission eingegangen war und dem zufolge die zustimmenden Antworten der Einzelhändler, die nicht deutlich gemacht hätten, ob sie sich auf die Händlerlistenpreise und/oder auf die Preisnachlässe bezögen, unberücksichtigt bleiben sollten.
- 382 Bevor die Stichhaltigkeit dieser Erklärung geprüft wird, ist zunächst dem Erstaunen über die Verspätung Ausdruck zu verleihen, mit der sie vorgebracht worden ist. Da der Grad an Transparenz im vorliegenden Fall die entscheidende Frage ist, ist schwer verständlich, weshalb diese Erklärung, die das wichtigste Beweismittel betrifft, weder in der Entscheidung noch vor allem in der Klagebeantwortung oder in dem ergänzenden Schriftsatz angeführt wird, sondern erst am Tag vor der mündlichen Verhandlung in Beantwortung einer spezifischen Frage des Gerichts vorgebracht wird.
- 383 Was die Stichhaltigkeit des Vorbringens angeht, so ist daran zu erinnern, dass der Fragebogen, den die Kommission an die Einzelhändler sandte, folgende Frage enthielt: „Kennen die

- Tonträgerunternehmen nach der Erfahrung Ihrer Einkaufsabteilung die Händlerlistenpreise und die Preisnachlässe ihrer Wettbewerber?“ Wie die Klägerin zu Recht geltend gemacht hat, gibt es keinen vernünftigen Grund, warum die zustimmenden Antworten (die zudem in manchen Fällen sehr kategorisch gefasst waren, wie „selbstverständlich“, „absolut“ oder „sicher“) der Einzelhändler, die nicht deutlich gemacht hatten, ob sie auf die Preise und/oder auf die Preisnachlässe Bezug nahmen, nicht sollten berücksichtigt werden können. Eine Antwort auf die Frage, so wie sie formuliert war, sei sie zustimmend oder verneinend, ist nämlich logischerweise dahin zu verstehen, dass sie beide fraglichen Punkte betrifft, sofern sie keine Einschränkung oder Klarstellung enthält. War die Kommission der Auffassung, dass die genaue Bedeutung der Antworten gleichwohl zweifelhaft sei, war es ihre Sache, insbesondere im Hinblick auf die Bedeutung, die dieser Punkt für die Entscheidung hatte, ihn bei den betreffenden Einzelhändlern zu klären, was zudem sehr kurzfristig hätte geschehen können.
- 384 Jedenfalls ist die von der Kommission bestätigte Feststellung der anmeldenden Parteien, dass „nur in fünf von insgesamt 36 Antworten ... ausdrücklich erklärt [wurde], dass es eine gewisse Transparenz gebe, während die gegenteilige Auffassung ... ausdrücklich in elf Antworten vertreten [wurde]“, offenkundig fehlerhaft.
- 385 Was die angeblich elf Antworten angeht, in denen eine Transparenz für die Preisnachlässe ausdrücklich verneint wird, ergibt sich aus dem Schreiben von Sony und BMG vom 17. Juni 2004 (Anlage C.9 zum Streithilfeschriftsatz), dass nicht elf, sondern zehn verneinende Antworten behauptet werden (vgl. S. 213) und dass das Schreiben von diesen Antworten in Wirklichkeit nur sieben anführt, von denen wiederum nur vier die großen Länder betreffen, die den hauptsächlichen Gegenstand der Untersuchung in der Entscheidung bilden. Ferner kann fast keine dieser vier Antworten dahin verstanden werden, dass sie die Frage ausdrücklich verneint. Es ist offensichtlich, dass die Antwort [vertraulich] „Unserer Meinung nach kennen sie die [Händlerlistenpreise] der Konkurrenten“ nicht dahin verstanden werden kann, dass mit ihr ausdrücklich erklärt wird, dass die Majors nicht die Preisnachlässe der Wettbewerber kennen. Die weitere Antwort, die den deutschen Markt betrifft, lautet: „Nicht im Detail, aber sie wissen i. d. R. wie hoch die Rock Bottom Preise des Mitbewerbers sind“, was ebenfalls keine ausdrücklich verneinende Antwort ist. Die Antwort auf S. 61 [vertraulich], die den Markt des Vereinigten Königreichs betrifft, ist die einzige, die die Frage ausdrücklich verneint: „[Händlerlistenpreise] – Ja. Preisnachlässe – Nein“, doch sie stellt sogleich klar, dass, „[w]enn die Einzelhändler jedoch für ein Album einen allgemeinen Preisnachlass erhalten, ... der sich hieraus ergebende Rückgang des durchschnittlichen Einzelhandelsverkaufspreises für den gesamten Markt offensichtlich [ist]“. Die andere angeblich negative Antwort [vertraulich], die im Schreiben vom 17. Juni 2004 angeführt wird („wir wissen nicht, ob die Tonträgerunternehmen die Händlerlistenpreise und die Preisnachlässe ihrer Wettbewerber kennen“), befindet sich nicht in den Akten. Die vier weiteren Antworten bezüglich des Marktes im Vereinigten Königreich (sowohl nach der Entscheidung als auch nach den Dokumenten, die die Kommission dem Gericht vorgelegt hat) lauten jeweils „[Händlerlistenpreise] – Ja. Preisnachlässe – Innerhalb einer Spanne von 0,5 % bis 1 %“ (S. 56), „Selbstverständlich“ (S. 58), „Ja“ (S. 63), „die Tonträgerunternehmen kennen die [Händlerlistenpreise] ihrer Wettbewerber sehr gut. ... ist der Ansicht, dass sie auch recht gut mit den Preisnachlassspannen ihrer Wettbewerber vertraut sind“ (S. 65) (dieser Einzelhändler führt in seiner Antwort auf die nachfolgende Frage auch aus, dass „[b]ei den Geschäftsverhandlungen ... auf die Konditionen und Preisnachlässe der anderen Majors Bezug genommen [wird]“ und dass „[a]ufgrund der beschränkten Anzahl von Lieferanten ... sich die Majors leicht ein vollständiges Bild von deren Konditionen machen und sich demgemäß angleichen [können]“). Festzustellen ist, dass die britischen Kunden die Frage keineswegs ausdrücklich verneint haben, sondern im Gegenteil eindeutig auf eine relativ starke Transparenz sowohl der Händlerlistenpreise als auch der Preisnachlässe hinweisen.
- 386 Aus der Prüfung der genannten Antworten der Einzelhändler, die die Kommission am Tag vor der mündlichen Verhandlung vorgelegt hat, ergibt sich, dass diese Antworten die Schlüsse, die die Kommission aus ihnen gezogen hat, nicht stützen. Zahlreiche Antworten nämlich weisen darauf hin, dass die Preisnachlässe transparent waren oder dass die Majors sie kannten.
- 387 Nach alledem ist die Beurteilung der Antworten der Einzelhändler durch die Kommission offenkundig fehlerhaft.
- 388 Was sodann die in der Entscheidung getroffene Unterscheidung zwischen der Transparenz der Kundenrabatte und der Werberabatte angeht, ergibt sich aus der Klagebeantwortung, dass die Kommission aufgrund der Analyse der Einzelhändlerantworten durch die Parteien des Zusammenschlusses, aufgrund der Erklärungen der nationalen Führungskräfte von Sony und BMG (Anlage B.2) sowie aufgrund der Kontrollberichte der Handelsvertreter zu dem Schluss kam, dass sich die Transparenz zwar auf die Händlerlistenpreise und in gewissem Umfang auf die

- Kundenrabatte erstrecken könne, wahrscheinlich aber nicht die Werberabatte erfasse, die im Einzelfall ausgehandelt würden.
- 389 Keine dieser drei Quellen vermag die Schlussfolgerung der Kommission zu stützen. Erstens ist die Beurteilung der Einzelhändlerantworten durch die Kommission gemäß der Analyse der Parteien des Zusammenschlusses, wie oben dargelegt, offenkundig fehlerhaft. In keiner Antwort der Einzelhändler, sei sie zustimmend oder verneinend, wird ferner ein Unterschied zwischen den Kundenrabatten und den Werberabatten gemacht. Zweitens können einfache Erklärungen der Vertreter der Parteien des Zusammenschlusses keinen verwertbaren Beweis für die fehlende Transparenz der Werberabatte darstellen. Drittens wird, wie in Randnummer 113 der Entscheidung ausgeführt, weitere Transparenz durch die wöchentlichen Kontrollberichte der Handelsvertreter gewährleistet, die auch Informationen über die Wettbewerber enthalten. Selbst wenn man daher davon ausgeht, dass diese keine sehr detaillierten Informationen über die Preisnachlässe, vor allem über die Werberabatte enthalten, sind sie jedenfalls nicht geeignet, die fehlende Transparenz der Werberabatte zu belegen. Außerdem, wie oben festgestellt wurde [*vertraulich*].
- 390 Nach alledem ist die in der Entscheidung vorgenommene Beurteilung der Transparenz insoweit mit einem offenkundigen Fehler behaftet, als sie sich auf Gesichtspunkte stützt, die die aus ihnen gezogenen Schlussfolgerungen nicht stützen kann.
- 391 Vorsorglich ist jedoch noch das Vorbringen zu prüfen, das auf die Schwankungen und die Komplexität der Werberabatte gestützt wird.
- 392 In den Randnummern 79, 86, 93, 100 und 107 der Entscheidung stellte die Kommission Schwankungen und zudem Unterschiede zwischen Sony und BMG bei den Preisnachlässen auf den Rechnungsbetrag für die meisten ihrer wichtigsten Kunden in den fünf großen Ländern fest (2 % bis 5 % im Vereinigten Königreich, in Deutschland und in Spanien, 1 % bis 3 % in Italien, anders war die Lage in Frankreich, die Unterschiede waren jedoch gleich groß, wenn alle Preisnachlässe berücksichtigt werden). Es wurde ferner Folgendes festgestellt:
- „Außerdem zeigten die von den Parteien vorgelegten Zahlen, dass die Rabatte auf den Rechnungsbetrag für einen bestimmten Kunden je nach Zeitpunkt und Art des Albums variieren konnten und dass ebenso für ein und dasselbe Album je nach Kunde unterschiedliche Rabatte gewährt wurden. Die Marktuntersuchung ergab, dass diese Schwankungen hauptsächlich auf Preisnachlässe aufgrund von Sonderaktionen zurückgehen, die sich flexibler gestalten lassen als Kundenrabatte.“
- 393 In ihrer Klagebeantwortung hat die Kommission zahlreiche Tabellen vorgelegt, die die Schwankungen und die Komplexität der Preisnachlässe darstellen sollen. Aus ihnen ergebe sich, so die Kommission, dass die Werberabatte weniger transparent als die Kundenrabatte seien und dass deren Überwachung eine genaue Beobachtung der Sonderaktionen im Einzelhandel erfordere. Die Kommission habe keine Beweise für ein solches Verhalten der Majors gefunden. In ihrer Klagebeantwortung hat die Kommission ausgeführt, sie habe die Bestandteile des Nettopreises für ein individuelles Album untersucht (Händlerlistenpreis, Kundenrabatt, eventueller Werberabatt) und sei zu dem Schluss gelangt, dass ein großes Tonträgerunternehmen nur dann leidlich sicher sein könne, die Praktiken der Nettopreisfestsetzung eines anderen Tonträgerunternehmens, wie sie bei den Kunden und den Alben zum Ausdruck kämen, tatsächlich zu kennen, wenn alle Preisbestandteile hinreichend transparent seien und dass sie „diesen Schluss nicht ziehen [konnte], da es Beweise für eine relative Transparenz der Händlerlistenpreise, einzelne Beweise für eine gewisse Transparenz der Kundenrabatte und überzeugende Beweise für die fehlende Transparenz und die Komplexität der Werberabatte gab“.
- 394 Dieses Vorbringen der Kommission gibt zu folgenden Feststellungen Anlass.
- 395 Erstens überrascht es, dass sich die Kommission zum Beweis für das Fehlen von Transparenz auf die Schwankungen der Preisnachlässe stützt. In ihren Schriftsätzen vor dem Gericht hat die Kommission nämlich wiederholt darauf hingewiesen, dass es für die Beurteilung der Markttransparenz nicht auf die Stabilität oder Parallelität der Nettopreise oder Preisnachlässe ankomme. Sie hat insbesondere ausgeführt, dass eine große Stabilität der (durchschnittlichen) Preisnachlässe eines Tonträgerunternehmens kein Beweis für die erforderliche Transparenz sein könne, dass das Interesse der Kommission an der Transparenz der Preisnachlässe nicht die Prüfung beinhalte, ob die Majors gemeinsam vorgegangen seien, dass die Beweise bezüglich der tatsächlichen Werberabattpraxis zu einem bestimmten Zeitpunkt nur für die Beurteilung relevant seien, wie stark die Preise tatsächlich angeglichen gewesen seien, dass eine starke Preisangleichung

gleich auf welchem Niveau jedenfalls nicht als ausreichender Beweis für die Koordinierung angesehen werden könne, dass ein gewisses Maß an zeitlicher Stabilität der von einem großen Tonträgerunternehmen gewährten Preisnachlässe für sich genommen kein Beweis sei und dass selbst ein hohes Maß an statistischer Vorhersehbarkeit das Vorliegen einer Koordination nicht beweisen würde.

396 Zudem führten die Parteien des Zusammenschlusses in ihrem Schreiben vom 17. Juni 2004 bezüglich der Beweise für die Transparenz, das nach der Anhörung vor der Kommission an die Kunden versandt wurde, aus, dass Frage 28 des Fragebogens der Phase II („Haben Sie eine Angleichung der Händlerlistenpreise, der Preisnachlässe oder sonstiger Bedingungen zwischen den Majors bemerkt?“) in keinem Zusammenhang mit der Preistransparenz stehe („Diese Frage betrifft nach ihrem Wortlaut eindeutig nicht das Problem der Preistransparenz“).

397 Zweitens verweisen die einzigen Feststellungen über die Preisnachlässe, die im speziellen Abschnitt der Entscheidung über die Prüfung der Markttransparenz enthalten sind (Randnrn. 111 bis 113 der Entscheidung), in Bezug auf die Werberabatte lediglich auf die Feststellungen im Abschnitt über die Prüfung der gemeinsamen Preispolitik in den fünf großen Ländern (d. h. Randnrn. 77 bis 80 bezüglich des Vereinigten Königreichs und die entsprechenden Randnummern bezüglich der anderen großen Länder). Für die Prüfung, ob die Majors ihr Preisverhalten tatsächlich koordiniert hatten, stellte die Kommission in Randnummer 70 der Entscheidung dagegen fest, dass „die Durchschnittspreise ... ein probates Mittel [sind], um beim Preisverhalten der Topkonzerne Parallelen festzustellen“. Auch nach den Angaben in der Entscheidung war daher die Kommission der Ansicht, dass sie sich zur Beurteilung der Transparenz auf Durchschnittswerte, nicht aber auf punktuelle Schwankungen stützen konnte, und zwar auch bezüglich der Werberabatte.

398 Zumindest ist nicht ersichtlich, dass die Kommission die punktuellen Schwankungen der Werberabatte und deren Auswirkungen auf die Markt- oder Preistransparenz ernsthaft geprüft hätte. Aus Randnummer 72 der Entscheidung, in der die einzelnen von der Kommission untersuchten Kriterien genannt werden, geht zudem hervor, dass nur die Durchschnittswerte bezüglich der Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag geprüft wurden (vgl. Fußnote 43 der Entscheidung). Sowohl in der Mitteilung der Beschwerdepunkte als auch während des Verwaltungsverfahrens vertrat die Kommission die Auffassung, dass aufgrund der Angaben über die Brutto- und Nettopreise und über die durchschnittlichen Rabatte beurteilt werden könne, ob eine kollektive beherrschende Stellung vorliegt und somit auch, ob der Markt ausreichend transparent war. Erst nach der Anhörung am 14. und 15. Juni 2004 änderte die Kommission ihre Beurteilung und vertrat die von den Parteien des Zusammenschlusses vertretene Auffassung, wonach die Komplexität und die Schwankungen der Werberabatte die nötige Transparenz ausschlossen, ohne allerdings neue Marktuntersuchungen zur Prüfung der Stichhaltigkeit der neuen Schlussfolgerungen durchzuführen.

399 Drittens geben die Argumente und Beweismittel bezüglich der angeblichen Schwankungen der Werberabatte, die die Kommission in der Entscheidung und in den Schriftsätzen vor dem Gericht zur Geltung brachte, Anlass zu einer Reihe von Bemerkungen zum Grad des Fehlens von Transparenz dieser Rabatte und zu deren Relevanz.

– Zur fehlenden Transparenz der Werberabatte

400 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission die Werberabatte, die Bedingungen, unter denen sie eingeräumt werden und denen sie unterliegen, ihre Häufigkeit, ihre Höhe oder die Art der Alben, für die sie gelten sollen, weder in der Entscheidung noch in irgendeinem beim Gericht eingereichten Schriftsatz genau definiert hat. Aus den Akten und insbesondere aus den wenigen von der Kommission auszugsweise vorgelegten Antworten der Wettbewerber geht jedoch hervor, dass es sich um punktuelle Preisnachlässe mit relativ hohem Prozentsatz handelt, die für eine bestimmte Menge besonderer Alben und für einen begrenzten Zeitraum in speziellen Fällen, typischerweise zwecks Absatz eines größeren Warenbestands, eingeräumt werden.

401 Nach Randnummer 79 der Entscheidung (und den entsprechenden Randnummern bezüglich der anderen großen Länder), „zeigten die von den Parteien [des Zusammenschlusses] vorgelegten Zahlen, dass die Rabatte auf den Rechnungsbetrag für einen bestimmten Kunden je nach Zeitpunkt und Art des Albums variieren konnten und dass ebenso für ein und dasselbe Album je nach Kunde unterschiedliche Rabatte gewährt wurden“. Zwar befasst sich diese Randnummer mit der allgemeinsten Rabattkategorie, dem Rabatt auf den Rechnungsbetrag, doch ist davon auszugehen, dass sich die Feststellung in Wirklichkeit nur auf die Werberabatte bezieht. Wie aus der Entscheidung und den Schriftsätzen der Kommission hervorgeht, werden die Kundenrabatte mit dem einzelnen Kunden nämlich auf ein ganzes Jahr bezogen ausgehandelt und gelten für alle

Verkäufe des betreffenden Kunden. Die Kommission fährt zudem fort mit der Feststellung in Randnummer 79 der Entscheidung, dass diese Schwankungen hauptsächlich auf Werberabatte zurückgingen. Die genannten drei Arten von Schwankungen (nach Kunde, nach Album und nach Zeitpunkt) verhinderten die Transparenz der Werberabatte. Zur Stützung ihrer Behauptung hat die Kommission als Anlage zu ihrer Klagebeantwortung eine Reihe von Tabellen beigefügt, die die verschiedenen Schwankungen belegen sollen (im Folgenden: die neuen Beweise).

402 Wie die Klägerin zu Recht geltend macht, soll ein Werberabatt (campaign discount) im Wesentlichen der Werbung dienen. Ein Werberabatt, der mit einem hohen Prozentsatz und zusätzlich zum Kundenrabatt gewährt wird, wird einem Einzelhändler vom Tonträgerunternehmen logischerweise nur unter der Bedingung eingeräumt, dass er den Werberabatt an den Endverbraucher weiterreicht (über eine deutliche Preissenkung oder eine bessere Positionierung in der Auslage), um den Absatz des Albums, auf den er sich bezieht, zu steigern. Dies gilt umso mehr, als, wie sich aus Randnummer 115 der Mitteilung der Beschwerdepunkte ergibt, die „royalties“ (Lizenzgebühren) aus den Händlerlistenpreisen, nicht aber aus dem Nettopreis errechnet werden, so dass die Majors ein starkes Interesse daran haben, die Gewährung von Preisnachlässen auf ein Minimum zu beschränken.

403 Die drei einzigen auszugsweise vorgelegten Antworten der Wettbewerber auf das Auskunftsverlangen nach Artikel 11 der Verordnung, die die Kommission dem Gericht vorgelegt hat, bestätigen keineswegs die Behauptung der Kommission, sondern belegen im Gegenteil, dass die Werberabatte allgemein bekannt und transparent sind.

404 So heißt es in der Antwort eines Majors:

„[Die Werberabatte] können für eine Neuveröffentlichung benutzt werden, um für einen neuen Künstler zu werben, einen neuen Händler zu unterstützen, um insbesondere ein Verkaufsprogramm oder eine Verkaufskampagne zu unterstützen (dies betrifft in der Regel eine ganze Kategorie von CDs) oder um für ein besonderes Ereignis zu werben. Diese Art von Preisnachlass kann einen erheblichen Teil des Händlerlistenpreises ausmachen [*vertraulich*] und ist insofern von Bedeutung, als sie einen bestimmten Umsatz steigern soll.“

405 Die Erläuterungen zu den Bedingungen der Werberabattgewährung, die in der einzigen anderen von der Kommission vorgelegten Antwort der Majors enthalten sind, zeigen ebenfalls, dass die Werberabatte sich auf sehr spezifische, von den Wettbewerbern leicht feststellbare Ereignisse beziehen. Das Unternehmen führt Folgendes aus:

„[Die Werberabatte] sind Preisnachlässe, die im Rahmen besonderer Werbekampagnen angeboten werden. Sie sind an Veröffentlichungen oder Gruppen von Veröffentlichungen gebunden. Ist z. B. ein Künstler auf Tournee, um für ein neues Album zu werben, kann ein Preisnachlass angeboten werden, um die Verkaufszahlen dieses Albums für die Zeit der Tournee des Künstlers zu maximieren. Auch können bestimmte saisonbedingte Warenbestände (Weihnachtsmusik) mit einer besonderen Kampagne verbunden werden. Werberabatte sind gelegentlich auf ältere Aufnahmen gerichtet, die sich nicht mehr gut verkaufen. Ein typischer Fall liegt vor, wenn ... versucht, große Mengen einer bestimmten CD (oder eine Reihe von CDs), für die ein Preisnachlass gewährt wurde, an einen Einzelhändler zu verkaufen, der sie sodann als Sonderangebot weiterverkauft. Preisnachlässe für Neuveröffentlichungen werden manchmal für Vorbestellungen gewährt, um eine starke Präsenz an der Verkaufsstätte sicherzustellen ... Diese Art von Preisnachlass wird für die neuen Künstler und die aufstrebenden Künstler gewährt, wenn ... den Umsatz durch eine gezielte Werbekampagne ankurbeln will.“

406 Aus der Antwort des unabhängigen Herstellers geht hervor, dass zum einen die Werberabatte in einem niedrigeren Verkaufspreis gegenüber dem Verbraucher und in einer besseren Positionierung im Verkaufsraum für die betreffenden Alben sichtbar zum Ausdruck kommen und dass zum anderen die Werbekampagnen von den Einzelhändlern selbst eingeleitet werden, die die einzelnen Hersteller zur Teilnahme auffordern (vgl. in diesem Sinne auch die Erklärungen der Handelsvertreter von Sony und BMG, Anlage B.2), wodurch sie sich über die Existenz der genannten Rabattkampagnen informieren können.

407 Hieraus folgt, dass weder in der Entscheidung noch in den neuen von der Kommission vorgelegten Beweisen die fehlende Transparenz der Werberabatte durch Informationen von dritter Seite bestätigt wird.

408 Aus Randnummer 79 der Entscheidung und aus den Schriftsätzen der Kommission vor dem Gericht

geht jedoch hervor, dass die Parteien des Zusammenschlusses Zahlen vorgelegt hatten, die zeigten, dass die Werberabatte nicht hinreichend angeglichen sind, da sie nach Zeitpunkt, Kunde und Art des Albums variieren. Die Kommission und die Streithelferinnen behaupten im Wesentlichen, dass der Markt angesichts der Schwankungen und der Komplexität der genannten Preisnachlässe nicht hinreichend transparent sei.

- 409 Die Kommission war in den Randnummern 88 bis 90 der Mitteilung der Beschwerdepunkte ausgehend von der Prüfung der Angaben aller Majors zu dem Ergebnis gekommen, dass die Preisnachlässe zwar variierten, aber stabil seien, dass abgesehen von einigen Ausnahmen die Unterschiede recht beschränkt seien und dass es absolut keinen Beweis dafür gebe, dass sie für eine grundlegende Änderung der Preispolitik oder insbesondere für eine Einflussnahme auf die durchschnittlichen Nettopreise der erfolgreichen Neuveröffentlichungen benutzt würden, da das Verhältnis der Bruttopreise zu den Nettopreisen je Album zeitlich sehr stabil sei.
- 410 Zwar ist die Kommission, wie oben ausgeführt, berechtigt, ihre während des Verwaltungsverfahrens erfolgten Beurteilungen zu ändern, insbesondere um die Ausführungen der betreffenden Beteiligten zu berücksichtigen, und sie ist nicht verpflichtet, insoweit in die Entscheidung eine Begründung aufzunehmen, doch müssen die Feststellungen in der Entscheidung zumindest im Verfahren vor dem Gericht im Hinblick auf die früher getroffenen Tatsachenfeststellungen begründet werden können, gegebenenfalls durch Darlegung der Gründe, weshalb Letztere fehlerhaft waren. Im vorliegenden Fall aber hat die Kommission, wie die Klägerin zu Recht vorträgt, die Angaben über die Preisnachlässe aller Majors keiner erneuten Prüfung unterzogen, sondern hat ihre Schlussfolgerungen lediglich im Hinblick auf die von den Parteien des Zusammenschlusses zur Verfügung gestellten Angaben gerechtfertigt.
- 411 In ihrer Klagebeantwortung hat die Kommission zwar geltend gemacht, dass sie die Preisnachlässe der anderen Majors geprüft habe, die Zahlen aber nicht in die Entscheidung habe aufnehmen können, weil diese den Parteien des Zusammenschlusses nicht hätten offengelegt werden dürfen. Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden.
- 412 Erstens ergibt sich eindeutig aus der Entscheidung (vgl. insbesondere deren Randnr. 79 und Fußnote 43), aus anderen Randnummern der Schriftsätze der Kommission (vgl. insbesondere den Abschnitt in der Klagebeantwortung, in dem die Kommission ausdrücklich darauf hinweist, dass „[n]ur die Angaben von Sony und BMG ... berücksichtigt [wurden], da die anderen großen Tonträgerunternehmen erklärt [hatten], dass sie nur Nettopreise in Rechnung stellten“) sowie aus den von der Kommission vorgelegten neuen Beweisen, dass die Beurteilung, die in der Entscheidung aus den Schwankungen der Preisnachlässe hergeleitet wurde, nur auf die Angaben über die Preisnachlässe der Parteien des Zusammenschlusses gestützt war. In keiner Randnummer der Entscheidung wird ferner festgestellt, dass die Kommission die Angaben über die Preisnachlässe der anderen Majors geprüft habe, erst recht nicht, dass diese die Komplexität und die Schwankungen der Werberabatte bewiesen.
- 413 Zweitens kann die Kommission offenkundig nicht behaupten, sie dürfe bei der Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens die Angaben der übrigen Marktbeteiligten nicht berücksichtigen und auch nicht gegebenenfalls ihre Schlussfolgerungen auf diese Angaben stützen. Nach dieser Auffassung wäre es in den meisten Fällen unmöglich, die Vereinbarkeit eines Zusammenschlussvorhabens mit dem Gemeinsamen Markt zu prüfen. Ferner ist festzustellen, dass außer den Preisnachlässen die anderen in der Entscheidung geprüften Faktoren (Marktanteile, Brutto- und Nettopreise usw.) überwiegend auf die Angaben der einzelnen Marktbeteiligten gestützt wurden.
- 414 Drittens macht die Kommission, die in ihren nach der mündlichen Verhandlung eingereichten abschließenden Erklärungen die Zwänge, die sich aus den Ausschlussfristen im Verfahren zur Prüfung des Zusammenschlussvorhabens ergäben, sowie die Notwendigkeit betont, die Verteidigungsrechte der anmeldenden Parteien zu beachten, geltend, dass zahlreiche Behauptungen der Klägerin, denen zufolge die Kommission bestimmte wesentliche Fragen im Zusammenhang mit den angeführten Beschwerdepunkten nicht ordnungsgemäß untersucht habe und auch andere Beschwerdepunkte hätte untersuchen müssen, insoweit auf einem falschen Verständnis des Fusionskontrollverfahrens beruhen, als die Untersuchung der Wettbewerbsfragen, die sich aufgrund eines Zusammenschlusses stellten, im Wesentlichen vor der Mitteilung der Beschwerdepunkte stattfinde. Die Klägerin kann der Kommission zwar nicht wirklich vorwerfen, dass sie Beanstandungen nicht untersucht habe, die erstmals vor dem Gericht erhoben worden sind und von denen einige offenkundig unzulässig sind, weil sie erst in ihrer Erwiderung oder in ihren nach der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsätzen vorgebracht worden sind, doch lassen die Ausführungen der Kommission zwei Aspekte außer Betracht. Zum einen steht fest, dass die

Kommission vom Beginn des Verfahrens an die Frage der Transparenz und der Preisnachlässe aufgeworfen hat und dass sie hierzu sowohl Dritte als auch die Parteien des Zusammenschlusses befragt hat. Zum anderen haben die zeitlichen Zwänge auch zur Folge, dass die Parteien des Zusammenschlusses nicht bis zum letzten Augenblick warten können, um der Kommission Beweise vorzulegen, mit denen die von der Kommission rechtzeitig vorgebrachten Beschwerdepunkte widerlegt werden sollen, denn die Kommission wäre dann nicht mehr in der Lage, die erforderlichen Ermittlungen anzustellen. Zumindest müssen in diesem Fall die Beweise besonders zuverlässig, objektiv, relevant und überzeugend sein, wenn sie geeignet sein sollen, die von der Kommission vorgebrachten Beschwerdepunkte mit Erfolg zu widerlegen.

- 415 Aus Randnummer 79 der Entscheidung („die von den Parteien [des Zusammenschlusses] vorgelegten Zahlen“) und aus der Prüfung der neuen Beweise (die als Anlage der Klagebeantwortung beigelegt sind) ergibt sich, dass nicht nur die Feststellungen über die Werberabatte ausschließlich auf die Angaben über die Parteien des Zusammenschlusses gestützt sind, sondern dass überdies die Tabellen, die diese Angaben übernehmen, von den Parteien des Zusammenschlusses (oder ihren Wirtschaftsexperten) nach einer Methodik und aufgrund von Angaben erstellt wurden, die von diesen Parteien selbst ausgewählt wurden, ohne dass erkennbar ist, dass die Kommission geprüft hat, ob diese Angaben zutreffend, erheblich, objektiv und repräsentativ sind. Das Fusionskontrollverfahren beruht zwar, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht hat, zwangsläufig in hohem Maße auf Vertrauen, da die Kommission nicht verpflichtet sein kann, die Zuverlässigkeit und Richtigkeit aller übermittelten Informationen in allen Einzelheiten selbst zu überprüfen. Sie darf jedoch nicht so weit gehen, dass sie die Verantwortung für die Durchführung bestimmter Teile der Untersuchung ohne Aufsicht an die Parteien des Zusammenschlusses delegiert, insbesondere wenn, wie im vorliegenden Fall, diese Teile den ausschlaggebenden Gesichtspunkt darstellen, auf dem die Entscheidung beruht, und wenn die von den Parteien des Zusammenschlusses vorgebrachten Angaben und Beurteilungen den von der Kommission während ihrer Untersuchung eingeholten Informationen und den hieraus gezogenen Schlüssen diametral entgegengesetzt sind.
- 416 Viertens hat die Klägerin, wie dies in Randnummer 146 der Mitteilung der Beschwerdepunkte anerkannt wurde, insoweit von der Kommission unbestritten vorgetragen, dass Sony und BMG während der von der Untersuchung erfassten Jahre sehr unterschiedliche Leistungen erzielt hätten. Da der Erfolg der Veröffentlichungen die Preise und Preisnachlässe beeinflussen kann, haben die Tabellen, in denen nur diese beiden Parteien untersucht werden, die Tendenz, die Schwankungen zu vergrößern.
- 417 Fünftens gibt die Prüfung der von der Kommission vorgelegten neuen Beweise angesichts der vorstehenden Erwägungen Anlass zu einer Reihe weiterer Bemerkungen.
- 418 In ihrer Klagebeantwortung behauptet die Kommission, sie habe sich für ihre Schlussfolgerung, dass die Preisnachlässe dreierlei Arten von Schwankungen (nach Zeitpunkt, nach Album und nach Kunde) unterlägen, auf die ihrem Schriftsatz als Anlage beigelegten Angaben gestützt.
- 419 Von all diesen vermeintlichen Beweisen wurde nur eine Anlage (B.4) von der Kommission selbst erstellt, obwohl sie sich auch hier nur auf die Angaben über die von Sony und BMG gewährten Preisnachlässe stützte. Die fragliche Anlage besteht aus Grafiken, die die durchschnittlichen Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag wiedergeben, die die Parteien des Zusammenschlusses für die Jahre 2000 bis 2003 jedem ihrer zehn besten gemeinsamen Kunden in den großen Ländern gewährt hatten; ausgenommen war Frankreich, da die Kommission festgestellt hatte, dass die für Frankreich zur Verfügung gestellten Angaben nicht kohärent seien. In der Mitteilung der Beschwerdepunkte (Randnr. 88) hatte sich die Kommission auf diese Grafiken zum Beweis für die weltweite Stabilität der Preisnachlässe gestützt. Die Kommission hat die Richtigkeit dieser Beurteilung vor dem Gericht nicht in Frage gestellt, sondern lediglich darauf hingewiesen, dass die Parteien des Zusammenschlusses geltend gemacht hätten, dass es in der jeweiligen Behandlung bestimmter Kunden beachtliche Unterschiede gegeben habe, und hat als Anlage B.5 auszugsweise deren Erklärungen beigelegt. Diese Erklärungen sind jedoch nicht geeignet, den aus den genannten Grafiken gewonnenen allgemeinen Eindruck in Frage zu stellen. So wurden zwar, wie die Parteien des Zusammenschlusses vortragen, bezüglich des italienischen Marktes, der sich durch Stabilität und erwiesene Parallelität auszeichnet, zwei Kunden Preisnachlässe gewährt, die deutlich niedriger als die den anderen Kunden gewährten Preisnachlässe waren. Dies ist jedoch umso bemerkenswerter, als diese niedrigeren Preisnachlässe von Sony und BMG genau diesen beiden Kunden gewährt wurden, sie für die beiden Majors nahezu gleich hoch waren und ihre Schwankungen parallel verliefen.
- 420 Was die als Anlagen B.8 und B.9 zur Klagebeantwortung vorgelegten Tabellen angeht, die nach

- Auffassung der Kommission zeigen, dass die Aufteilung der Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag, die Sony und BMG jeweils für ihre 20 meistverkauften Alben in jedem der fünf großen Mitgliedstaaten eingeräumt hatten, deutlich unterschiedlich war, ist zunächst festzustellen, dass diese Tabellen die allgemeinste Rabattkategorie, den Preisnachlass auf den Rechnungsbetrag, und nicht nur die Werberabatte betreffen und dass, wie die Klägerin vorträgt, die Unterschiede bei den Preisnachlassspannen je nach Zeitpunkt die Folge unterschiedlicher Leistungen sein könnten und nicht ausschließen, dass die Preisnachlässe auf einer bekannten Reihe von Regeln beruhen.
- 421 Festzustellen ist ferner, dass die Aufgliederung der Preisnachlassspannen zwischen 1998 und 2003 zwar tatsächlich zeitlich und je nach Land variiert, dass die Schwankungen jedoch für die beiden Parteien des Zusammenschlusses sowohl zeitlich als auch je nach Land gleich verlaufen. Dies ergibt sich noch deutlicher aus der Tabelle (Anlage B.9), in der die Aufgliederung der für das Jahr 2003 in jedem der fünf großen Länder gewährten Preisnachlässe verglichen wird, da die Aufgliederung zwar je nach Land unterschiedlich ist, die Preisnachlässe der beiden Parteien des Zusammenschlusses sich aber parallel entwickeln (vgl. insbesondere die Angaben über die Länder A und C). Während sich im Land A die Preisnachlässe von Sony und BMG im Wesentlichen in der Spanne [*vertraulich*] konzentrieren, liegen sie im Land B hauptsächlich in der Spanne [*vertraulich*] und [*vertraulich*], in der Spanne [*vertraulich*] für das Land C und in den höheren Spannen für die Länder D und E. Aus diesen Tabellen in den Anlagen ergibt sich somit nicht nur, dass die Aufteilung der Preisnachlässe auf die einzelnen Stufen innerhalb des einzelnen Landes recht ähnlich ist, sondern überdies auch, dass die Schwankungen je nach Land sehr ähnlich sind.
- 422 Was konkret die Werberabatte angeht, bezieht sich die Kommission zur Untermauerung ihrer Ansicht, dass diese wegen ihrer sehr ausgeprägten Komplexität und wegen ihrer Bedeutung intransparent seien, im Wesentlichen auf zwei Anlagen (B.13 und E.4.2). Es zeigt sich aber, dass die in diesen Anlagen enthaltenen Tabellen, die nur die Preisnachlässe von Sony und BMG für ein Jahr betreffen und von diesen selbst aufgestellt wurden, nicht als hinreichend relevant und zuverlässig angesehen werden können.
- 423 Was die Tabellen der Anlage B.13 angeht, in der die Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag verglichen werden, die die Parteien des Zusammenschlusses ihren sechs besten Kunden für ihre „in den Händlerlisten mit ähnlichen Preisen geführten“ (listed at similar prices) meistverkauften Alben im Jahr 2002 gewährten, hat die Kommission in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts ausgeführt, dass der für das einzelne Land gewählte Händlerlistenpreis einen der vom erwirtschafteten Umsatz her gesehen wichtigsten Händlerlistenpreise darstelle. In Bezug auf Deutschland z. B. habe es sich jedoch für BMG um den dritten und den vierten Händlerlistenpreis und für Sony um den wichtigsten und den sechsten Händlerlistenpreis gehandelt. Da aber in der Entscheidung festgestellt wird, dass die Parteien des Zusammenschlusses für den größten Teil ihrer Umsätze einen oder zwei, höchstens aber drei Händlerlistenpreise verwendeten, stellt sich die Frage, inwieweit die berücksichtigten Alben tatsächlich ihre meistverkauften Alben waren. Zudem geht aus einer Fußnote zu den Tabellen hervor, dass die Händlerlistenpreise im Laufe des Jahres für zahlreiche Alben geändert wurden, was geeignet gewesen sein könnte, die eingeräumten Preisnachlässe zu beeinflussen und damit die relativen Schwankungen zu verstärken. Auch geht aus den genannten Tabellen hervor, dass die Angaben von BMG das Jahr 2002 betreffen, während die Angaben von Sony sich auf das Rechnungsjahr 2002/2003 beziehen.
- 424 Jedenfalls sind die Tabellen zwar schwer zu verstehen, weil sie die Angaben von Sony und von BMG alternativ miteinander verbinden, während doch die Preisnachlässe zu vergleichen sind, die jede Partei des Zusammenschlusses ihren verschiedenen Kunden gewährte, nicht aber die Preisnachlässe, die für die Alben der einen Parteien gewährt wurden, im Verhältnis zu den Preisnachlässen, die für die Alben der anderen Partei gewährt wurden. Eine sorgfältige Prüfung der Tabellen zeigt indessen, dass die Schwankungen letztlich recht begrenzt sind. Aus Randnummer 75 und Fußnote 47 der Mitteilung der Beschwerdepunkte geht insoweit hervor, dass die Kommission die Brutto- und Nettopreise von Sony und BMG für ihre zehn meistverkauften Alben einzeln untersucht hatte und in Randnummer 90 der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu dem Ergebnis gelangt war, dass „das Verhältnis von Brutto- zu Nettopreis je Album bei den von der Kommission untersuchten individuellen Veröffentlichungen dauerhaft sehr stabil war“. Weder die Kommission noch die Streithelferinnen haben aber behauptet oder gar bewiesen, dass diese Feststellung unzutreffend ist.
- 425 Was die Tabellen der Anlage E.4.2 angeht, die die höchsten Werberabatte belegen sollen, die Sony und BMG für ihre meistverkauften Alben einräumten, so enthalten sie zahlreiche Fehler, was zu einer Erhöhung der Werberabatte führte. Die Berechnung der Differenz zwischen den Mindestrabatten und den Höchst rabatten je Kunde (die nach Behauptung der Kommission dem Werberabatt entspricht), die für jede der Parteien des Zusammenschlusses durchgeführt wurde, wurde irrtümlich in den meisten Fällen unter Berücksichtigung der von der anderen Partei gewährten

Rabatte vorgenommen, obwohl, wie die Kommission selbst ausführt, diese Berechnung auf der Grundlage der Differenz zwischen den Mindestrabatten und den Höchststrabatten, die ein und dieselbe Partei ihren verschiedenen Kunden gewährt hat, vorgenommen werden muss.

- 426 An diesen beiden Beispielen zeigt sich, dass außer der nötigen Vorsicht, mit der die verschiedenen von den Parteien des Zusammenschlusses vorgelegten Tabellen zu behandeln sind, weil sie nach Parametern erstellt wurden, die die Parteien des Zusammenschlusses selbst bestimmten und die zudem nicht immer eindeutig sind, die Möglichkeit besteht, dass die Tabellen inhaltliche Fehler aufweisen, die im vorliegenden Fall schon nach einer summarischen Prüfung erkennbar sind.
- 427 Selbst wenn die einzelnen, von den Parteien des Zusammenschlusses erstellten und von der Kommission vorgelegten Tabellen tatsächlich die angeblichen mehr oder weniger starken Schwankungen beweisen könnten, ist, wie die Klägerin zu Recht ausführt, die Relevanz dieser Schwankungen jedenfalls insofern zweifelhaft, als die Tabellen zum einen nur Spannen zeigen, ohne die gewichteten Durchschnittswerte und die Schwankungen im Verhältnis zu den Durchschnittswerten zu analysieren, und zum anderen nicht ausschließen, dass sich die Schwankungen zumindest für einen Fachmann in dem Sektor relativ leicht aus einer Reihe allgemeiner oder besonderer Regeln für die Gewährung von Preisnachlässen erklären lassen, für die die Kommission die erforderlichen Untersuchungen nicht durchgeführt hat.
- 428 Die Klägerin hat zwar, worauf die Kommission hingewiesen hat, nicht genau dargelegt, worin diese verschiedenen Regeln für die Gewährung der Werberabatte bestehen, oder hat – nach Ansicht der Kommission – eine zu große Anzahl von Regeln genannt, wodurch deren Anwendung komplex und somit wenig transparent wäre, doch hat die Kommission, wie bereits ausgeführt, insoweit weder eine Marktuntersuchung durchgeführt noch zumindest einen Beweis für die fehlende Transparenz der Werberabatte vorgelegt, mit Ausnahme der Tabellen der Parteien des Zusammenschlusses, die, abgesehen von ihren Unzulänglichkeiten, jedenfalls nur den Zweck hatten, bestimmte Schwankungen der genannten Rabatte zu beweisen, aber nicht belegen, dass sich die Schwankungen für einen Fachmann in diesem Sektor nicht relativ leicht erklären lassen. Es kann der Klägerin im Übrigen nicht vorgeworfen werden, dass sie dies nicht selbst dargelegt hat, da die Alben, die Kunden, die Beträge oder die Zeitpunkte, zu denen die Rabatte gewährt wurden, in den Tabellen nicht näher bezeichnet werden und somit weder die Klägerin noch das Gericht prüfen können, ob die genannten Rabatte nach den von der Klägerin behaupteten allgemeinen Regeln des Sektors gewährt wurden.
- 429 Was das Vorbringen der Kommission anbelangt, dass die Kriterien, nach denen die Werberabatte im Allgemeinen gewährt würden, so zahlreich seien, dass ihre Anwendung deswegen nicht transparent sei, hat die Klägerin dargelegt, dass es für die verschiedenen Tonträgerkategorien (Neuveröffentlichungen, neue Künstler, „Fullprice-Katalog“, „Midprice-Katalog“, „Budget-Katalog“) eine beschränkte Anzahl allgemeiner Verkaufsstrategien gebe (Austausch eines bespielten Tonträgers in der Hitparade, Teilnahme an Absatzförderungskampagnen, Ankauf von Auslagenpositionierungen), die sich je nach Art des Kunden in gewissem Umfang voneinander unterscheiden können (Supermärkte, Fachmärkte, unabhängige Händler). Die Kombination der Variablen lässt zwar notwendigerweise mehr Möglichkeiten entstehen, die Kommission hat jedoch nicht dargetan, dass die Anwendung für einen Marktfachmann übermäßig schwierig wäre. Die Darstellung einiger für die Gewährung der Werberabatte geltender Grundsätze durch die Parteien des Zusammenschlusses in der Anlage B.14 ist zudem eher geeignet, das Bestehen der von der Klägerin behaupteten allgemeinen Regeln und das Fehlen einer übermäßigen Komplexität dieser Regeln zu bestätigen. Schließlich hindert selbst eine relativ große Zahl scheinbar komplexer Regeln, deren abschließende Aufzählung unter Umständen sogar schwierig sein mag, einen Fachmann nicht unbedingt daran, relativ leicht zu entscheiden, ob diese a priori oder insgesamt eingehalten werden. So bedürfte es ausführlicher Werke, um die Regeln des Anstands oder der Etikette im Einzelnen darzustellen, doch kann auch jemand, der kaum damit vertraut ist, ohne weiteres bestimmen, ob das Verhalten einer anderen Person diesen Regeln im Wesentlichen entspricht.
- 430 Jedenfalls geht, wie die Klägerin vorgetragen hat, weder aus der Entscheidung noch aus den von der Kommission vorgelegten Beweisen hervor, dass die Kommission untersucht hat, ob es allgemein bekannte Regeln für die Gewährung der Werberabatte gibt und ob die Majors prüfen können, ob die Preisnachlässe der anderen Majors diesen Regeln entsprechen oder ob sie sich von diesen gemeinsamen Grundsätzen entfernen.
- 431 Die Klägerin hat weiterhin geltend gemacht, die Nettopreise für die Einzelhändler seien insofern transparent, als die Margen der Einzelhändler im Allgemeinen transparent und sehr genau bekannt seien.

- 432 In ihrer Klagebeantwortung hat die Kommission insoweit vorgetragen, dass sich ihre Schlussfolgerung bezüglich der Unwirksamkeit der Überwachung des Einzelhandels auch auf die Komplexität und die fehlende Transparenz der Einzelhandelspreise stütze. Aus der dem genannten Schriftsatz als Anlage beigefügten Studie gehe hervor, dass ein Major aufgrund einer intensiveren Überwachung der Einzelhandelsverkäufe nicht auf die Praktiken der Nettopreisfestsetzung (Händlerlistenpreis abzüglich Preisnachlass auf den Rechnungsbetrag) seiner Wettbewerber in Bezug auf ein bestimmtes Album schließen könne, da die Einzelhändler weder bei sämtlichen Albumkategorien noch gar bei sämtlichen Alben der beschränkteren Hochpreiskategorie zu einem bestimmten Zeitpunkt alle systematisch denselben Aufschlag auf den Großhandelspreis praktizierten. Sie habe keinerlei nachweisbare Verbindung zwischen den Einzelhandelspreisen und den für Alben mit demselben Händlerlistenpreis eingeräumten Preisnachlässen auf den Rechnungsbetrag festgestellt.
- 433 Insoweit genügt die Feststellung, dass in keiner Randnummer der Entscheidung von dieser vermeintlichen Unmöglichkeit die Rede ist, die den Einzelhändlern gegenüber angewandten Nettoverkaufspreise im Wege einer gegenläufigen Schlussfolgerung (reverse engineering) anhand der Einzelhandelsverkaufspreise zu ermitteln. Die Akten enthalten ferner keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Kommission auch nur ansatzweise die Verbindung zwischen den Einzelhandelsverkaufspreisen und den Großhandelsverkaufspreisen geprüft oder auch nur Auskünfte über die Einzelhandelsverkaufspreise eingeholt hätte. Weder das Vorbringen der Kommission noch die als Anlage der Klagebeantwortung beigefügte Studie ist daher zu berücksichtigen.
- 434 Wie die Klägerin vorgetragen hat, enthält die von den Wirtschaftsexperten der Parteien des Zusammenschlusses erstellte Studie keine hinreichend zuverlässigen, relevanten und vergleichbaren Angaben und kann die aus ihr gezogenen Schlussfolgerungen der Kommission nicht stützen. Der Umstand – sein Nachweis unterstellt –, dass die Einzelhändler nicht alle systematisch immer denselben Aufschlag auf den Großhandelspreis praktizieren, ist jedenfalls unerheblich. Zwar ist es wahrscheinlich, dass die verschiedenen Arten von Einzelhändlern (Supermärkte, unabhängige Händler, Fachmärkte usw.) eine unterschiedliche Margenpolitik anwenden und dass es Unterschiede innerhalb jeder Kategorie von Marktbeteiligten und sogar für jeden einzelnen Marktbeteiligten Unterschiede je nach Art des Albums oder dessen Erfolg gibt. Sehr unwahrscheinlich ist jedoch, und die Studie enthält insoweit keine Angaben, dass ein Einzelhändler für dieselbe Art von Album eine unterschiedliche Verkaufspolitik betreibt. Da aber alle Einzelhändler Kunden aller Majors sind, kann jeder Major somit die Marge beobachten, die ein bestimmter Einzelhändler für die Alben des Unternehmens anwendet und hieraus auf die Marge schließen, die dieser normalerweise auf die Alben seiner Wettbewerber mit ähnlichen Merkmalen anwendet. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass nach der Erklärung der Verkaufsleiter von Sony und BMG für Frankreich (Anlage B.2) der Einzelhandelsverkaufspreis im Allgemeinen unter Einbeziehung der Mehrwertsteuer festgesetzt wird.
- 435 Nach alledem sind die von der Kommission vorgelegten neuen Beweise nicht so zuverlässig, relevant und überzeugend, dass sie die fehlende Transparenz der Werberabatte belegen.
- 436 Vorsorglich ist schließlich darauf hinzuweisen, dass für den Fall, dass der Werberabatt nicht transparent sein sollte, weil der Einzelhändler, unterstellt, er wäre hierzu berechtigt, den Rabatt nicht an den Endverbraucher weitergibt, sondern ihn behält, um seinen Gewinn zu erhöhen, die Kommission nicht dargetan hat, weshalb dies im vorliegenden Fall relevant sein könnte. Obwohl bei völlig homogenen Produkten ein geheimer und nicht transparenter Preisnachlass, den ein Hersteller dem Einzelhändler gewährt, für die Beurteilung der für eine stillschweigende Koordinierung erforderlichen Transparenz relevant sein kann, da der Hersteller durch den genannten Rabatt seinen Absatz zu Lasten der anderen Mitglieder des Oligopols steigern kann, gilt nicht zwangsläufig dasselbe beim Verkauf unterschiedlicher Produkte an Zwischenhändler. Da im vorliegenden Fall jede CD unterschiedlich ist, wird ein Einzelhändler, der bei den Majors nur zum Zweck des Weiterverkaufs an den Endverbraucher kauft, grundsätzlich nur dann weniger CDs bei einem bestimmten Major einkaufen, wenn für den Endverbraucher über den Werberabatt der Anreiz besteht, vorzugsweise die CD des konkurrierenden Majors zu kaufen, der dem genannten Einzelhändler den Werberabatt eingeräumt hat. Obwohl dies möglich, ja sogar wahrscheinlich ist, haben jedoch weder die Kommission noch die Streithelferinnen vorgetragen und erst recht nicht bewiesen, dass mit der Einräumung eines Werberabatts der Ausschluss der Rückgabe unverkaufter CDs verbunden wird. Unter diesen Umständen kann ein Werberabatt, der mangels Weitergabe an den Endverbraucher nicht transparent ist, weder Einfluss auf das Absatzvolumen des betreffenden Albums haben noch eine aus der stillschweigenden Koordinierung hervorgehende gemeinsame Preispolitik beeinträchtigen. Zumindest hätte die Kommission prüfen und erklären müssen, weshalb ein Werberabatt, der nicht transparent ist, weil er vom Einzelhändler nicht weitergereicht wurde, ein Hindernis für die erforderliche Markttransparenz hätte darstellen können, soweit er kein Verhalten verschleierte, das die stillschweigende Koordinierung beeinträchtigen kann.

– Zur Relevanz der Werberabatte

- 437 Die Klägerin bringt eine Reihe von Rügen vor, mit denen sie im Wesentlichen geltend macht, dass die Kommission sich zu Unrecht auf das Erfordernis einer vollständigen Markttransparenz gestützt habe, dass sie nicht die Relevanz der Werberabatte für die Beurteilung der Markttransparenz geprüft habe und dass nicht dargetan worden sei, dass die Werberabatte die erforderliche Transparenz beseitigten oder einschränkten, da sie die Alben in den Hitparaden oder die meistverkauften Alben nur am Rande betrafen und die Nettopreise nicht wirklich beeinflussten, vor allem, weil sie nur ein Viertel bis ein Drittel aller Preisnachlässe ausmachten.
- 438 Was erstens die Rüge betrifft, die Kommission habe das Erfordernis einer hinreichenden Markttransparenz, wie es im Urteil Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt) definiert worden sei, mit einem in der Entscheidung verwendeten Erfordernis vollständiger Transparenz verwechselt, ist festzustellen, dass, worauf die Kommission zu Recht hinweist, in keiner Randnummer der Entscheidung das Erfordernis einer vollständigen Transparenz erwähnt wird.
- 439 Zu prüfen ist jedoch, ob die Kommission nicht in der Praxis eine vollständige Transparenz oder zumindest ein stärkere Transparenz als für eine kollektive beherrschende Stellung erforderlich verlangt hat.
- 440 Wie aus Randnummer 62 des Urteils Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt) hervorgeht, setzt die erforderliche Transparenz voraus, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen kann, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht, d. h., es muss über ein Mittel verfügen, zu erfahren, ob die anderen Marktbeteiligten dieselbe Strategie wählen und beibehalten. Der Markt müsste daher so transparent sein, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit die Entwicklung des Verhaltens aller anderen Mitglieder auf dem Markt in Erfahrung bringen kann. Die erforderliche Transparenz setzt nicht voraus, dass jedes Mitglied jederzeit in allen Einzelheiten die genauen Bedingungen jedes Verkaufsgeschäfts, das die anderen Mitglieder des Oligopols durchführen, in Erfahrung bringen kann, sondern muss zum einen die Bedingungen der stillschweigenden Koordinierung erkennbar werden lassen und zum anderen das ernsthafte Risiko begründen, dass ein abweichendes Verhalten, das die stillschweigende Koordinierung gefährden könnte, von den anderen Mitgliedern des Oligopols aufgedeckt wird.
- 441 Die Kommission führt aus, dass sie „die Bestandteile des Nettopreises für ein individuelles, an einen individuellen Kunden verkauftes Album geprüft [hat] (Händlerlistenpreis, Kundenrabatt, eventueller Werberabatt) und ... im Wesentlichen zu dem Ergebnis gelangt [ist], dass ein großes Tonträgerunternehmen nur dann leidlich sicher sein kann, die Praktiken der Nettopreisfestsetzung eines anderen Tonträgerunternehmens, wie sie bei den Kunden und den Alben zum Ausdruck kommen, tatsächlich zu kennen, wenn alle Preisbestandteile hinreichend transparent sind“. Diese Ausführung zeigt, dass, obwohl sich die Entscheidung ohne nähere Erläuterungen nur auf eine hinreichende Transparenz bezieht, die Kommission offensichtlich ein besonders hohes Niveau der Transparenz voraussetzt.
- 442 Auch führt die Kommission insbesondere aus, die Bedeutung der Werberabatte ergebe sich daraus, dass, „[u]m die Nettopreise zu koordinieren, ... die großen Tonträgerunternehmen alle ihre Bestandteile überwachen können [müssen] – die relativ transparenten Händlerlistenpreise und die verschiedenen Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag“. Die Kommission fügt insoweit hinzu, dass „[e]ine ‚gewisse Kenntnis‘ der Kundenrabatte ... einfach nicht ausreichend [ist], wenn die Werberabatte dafür verantwortlich sind, dass die Preisnachlässe für bestimmte Kunden je Zeitpunkt und Art des Albums so stark, wie in den Randnummern 79, 86, 93, 100 und 107 [der Entscheidung] ausgeführt, variieren (d. h. Instabilität der Nettopreise), und wenn sich zeigt, dass diese Werberabatte weniger transparent sind“.
- 443 Zum einen ist insoweit darauf hinzuweisen, dass, abgesehen von den zahlreichen sonstigen Faktoren der Transparenz, die in den Randnummern 111 bis 113 der Entscheidung aufgeführt werden (insbesondere die ständigen Kontakte mit einem stabilen, begrenzten und allen Majors gemeinsamen Kundenstamm sowie die Veröffentlichung wöchentlicher Hitparaden), die Kommission in der Entscheidung die Auffassung vertrat, dass sowohl die Bruttopreise als auch die Kundenrabatte transparent seien. Obwohl die Kommission in ihren Schriftsätzen vor dem Gericht das Maß der Transparenz dieser beiden wesentlichen Nettopreisbestandteile relativiert hat – übrigens unterschiedlich stark je nach dem Vorbringen, zu dem sie Stellung nahm –, hat sie in ihren Schlussbemerkungen sogar ausdrücklich erklärt, sie habe „sowohl bei den Händlerlistenpreisen als auch bei den Kundenrabatten ein erhebliches Maß an Transparenz“ festgestellt.

- 444 Zum anderen können die Schwankungen der Preisnachlässe, für die die Werberabatte verantwortlich sein sollen, kaum als „so stark“ bezeichnet werden, da die Entscheidung Unterschiede erwähnt in einer Größenordnung von 2 bis 5 Prozentpunkten im Vereinigten Königreich, in Deutschland und Spanien, von 1 bis 3 Prozentpunkten in Italien und von bis zu 3 Prozentpunkten in Frankreich für die meisten der wichtigsten Kunden (oder wichtigsten gemeinsamen Kunden). Wie die Klägerin ausgeführt und die Kommission eingeräumt hat (insbesondere in Randnr. 13 der weiteren Stellungnahme), können ferner unterschiedliche Warensortimente und schwankende Erfolgsraten sowie der Kundentyp die Schwankungen der Preisnachlässe erklären, so dass nicht der Schluss gezogen werden kann, dass die vorgefundenen relativ schwachen Schwankungen der Preisnachlässe auf die Werberabatte zurückzuführen sind.
- 445 Was zweitens die Rügen der Klägerin betrifft, mit denen die Relevanz der Preisnachlässe in Frage gestellt werden soll, ist zunächst daran zu erinnern, dass, wie die Klägerin vorträgt, die Kommission in den Randnummern 77, 84, 91, 98 und 105 der Entscheidung feststellte, dass zwischen den Netto- und Bruttopreisen ein enger Zusammenhang bestehe, da sich die durchschnittlichen realen Bruttopreise und die durchschnittlichen realen Nettopreise sowohl von Sony als auch von BMG in den letzten sechs Jahren parallel zueinander entwickelt hätten. Die Kommission hat zwar in ihren Schriftsätzen vor dem Gericht geltend gemacht, dass die Angaben über die durchschnittlichen Preise die individuellen Schwankungen eliminieren könnten, doch wird in Randnummer 70 der Entscheidung ausgeführt, dass die Durchschnittspreise ein probates Mittel seien, um beim Preisverhalten der Majors Parallelen festzustellen, und in Randnummer 77 wird ohnehin ein dauerhaft sehr stabiles Verhältnis von Netto- zu Bruttopreis je nach Album festgestellt. Da die Rabatte auf den Rechnungsbetrag für einen bestimmten Kunden und für ein bestimmtes Jahr festgelegt werden, ist somit nicht ersichtlich, wie die variablen Werberabatte die Nettopreise der betreffenden Alben beeinflussen können.
- 446 Die Relevanz der Preisnachlässe im Allgemeinen wird im Übrigen von den Erwägungen der Kommission selbst ernsthaft in Zweifel gezogen. So hatte die Kommission in den Randnummern 88 und 89 der Mitteilung der Beschwerdepunkte ausgeführt, sie habe „nach Prüfung der Angaben festgestellt ...“, dass die Preisnachlässe die relativen Preise der Majors nicht änderten“ und dass „es ... absolut keinen Beweis dafür [gab], dass die Preisnachlässe für eine wesentliche Preisänderung benutzt wurden“. Wie oben ausgeführt, darf die Kommission zwar ihre in der Mitteilung der Beschwerdepunkte erfolgten definitionsgemäß vorläufigen Beurteilungen ändern, die Beurteilungen und Schlussfolgerungen in der Entscheidung müssen jedoch mit den Tatsachenfeststellungen im Verwaltungsverfahren vereinbar sein, es sei denn, es wird zumindest in einem Verfahren vor dem Gemeinschaftsrichter bewiesen, dass sie fehlerhaft waren. Die Behauptung, es habe keinen Beweis dafür gegeben, dass die Preisnachlässe die Preise erheblich beeinflusst hätten, stellt aber eher eine Tatsachenfeststellung als eine Beurteilung dar. Jedenfalls scheint die Kommission insoweit nicht ihre Meinung geändert zu haben, da in Randnummer 77 der Entscheidung festgestellt wird, dass, „[w]enn die Topkonzerne durch Preisnachlässe erheblich von ihrer Preispolitik abweichen würden, ... sich diese Abweichung in den durchschnittlichen Nettopreisen niederschlagen [würde]“.
- 447 Drittens ist festzustellen, dass die Entscheidung keinerlei Informationen enthält, die belegen könnten, dass die Werberabatte die Nettopreise der betreffenden Alben tatsächlich beeinflussen würden. Der einzige Hinweis zu diesem Punkt findet sich in Randnummer 150 der Entscheidung und geht eher dahin, dass ein solcher Einfluss nicht bestanden habe, da dort ausgeführt wird, dass „[w]ie in den großen Ländern ... kundenbezogene Rabatte die wichtigsten Preisnachlässe in allen Ländern [sind]“. Die Kommission hat zwar in der mündlichen Verhandlung die Auffassung vertreten, dass es sich um einen Schreibfehler handele, doch hat sie diese Behauptung in ihrer Klagebeantwortung selbst wiederholt. In der Mitteilung der Beschwerdepunkte, die nach einer fünf Monate dauernden Untersuchung verfasst wurde, in deren Verlauf die Kommission sowohl die Majors und die unabhängigen Hersteller als auch die Einzelhändler insbesondere nach der jeweiligen Bedeutung der unterschiedlichen Arten von Preisnachlässen einschließlich der Werberabatte befragt hatte (vgl. insbesondere die Fragen 19 und 24 der in Anlage E.4.1 genannten Fragebogen, die bereits am 20. Januar 2004 an die Einzelhändler und die Wettbewerber gesandt worden waren), hielt es die Kommission überdies nicht einmal für nötig, die Werberabatte zu erwähnen.
- 448 Auf die Aufforderung des Gerichts, das Gesamtvolumen der Werberabatte als Prozentsatz des mit den 100 bzw. 20 meistverkauften Alben jedes der fünf Majors erzielten Gesamtumsatzes (d. h. den für diese Alben gewährten durchschnittlichen Werberabatt) sowie das relative Volumen der Werberabatte im Vergleich zu den Kundenrabatten für die genannten Alben anzugeben, hat die Kommission geantwortet, dass die Berechnung dieser Volumen aufgrund ihrer Akten nicht möglich sei.
- 449 Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Kommission zu dem Ergebnis gelangt ist,

dass trotz der Transparenz der Bruttopreise und der Werberabatte und trotz der in der Entscheidung festgestellten zahlreichen anderen Transparenzfaktoren die Markttransparenz allein deshalb nicht ausreichend sei, weil die Werberabatte weniger transparent seien, ohne indessen geprüft zu haben, ob die genannten Werberabatte ein so bedeutender Bestandteil des Preises der betreffenden Alben sind, dass sie sich tatsächlich auf die Transparenz der Preise dieser Alben auswirken. Die Rüge der Klägerin, die Entscheidung sei insofern mit einem offenkundigen Fehler behaftet, als die Kommission die Erheblichkeit der Werberabatte nicht geprüft oder zumindest nicht in rechtlich hinreichender Weise nachgewiesen habe, ist daher begründet.

450 Diese Feststellung kann nicht durch die Behauptung der Kommission in Frage gestellt werden, aufgrund anderer während des Verwaltungsverfahrens erteilter Auskünfte habe sie einerseits zu dem Schluss gelangen können, dass die Werberabatte ein wesentlicher Bestandteil der Preisfestsetzung seien, und andererseits die auf alle Alben angewandten durchschnittlichen Werberabatte für 2002 berechnen können. Insbesondere können die Gesichtspunkte, auf denen dieses Vorbringen beruht, weder als hinreichend kohärent, zuverlässig und relevant noch als geeignet angesehen werden, die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu rechtfertigen.

451 Erstens ist anhand der Chronologie der Untersuchung nicht zu erkennen, dass die Kommission für die Beurteilung des Grades der Markttransparenz die Relevanz der Werberabatte geprüft hätte, und erst recht nicht, dass eine solche Prüfung auf der Grundlage aller relevanten und zuverlässigen Angaben erfolgt wäre. Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Kommission bis zur Anhörung vom 14. und 15. Juni 2004 aufgrund der Prüfung aller während der Untersuchung ermittelten Daten, wenn auch vorläufig, zu dem Ergebnis gelangt war, dass vor dem Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung bestehe, dass insbesondere der Markt und die Preisnachlässe transparent seien und dass die Preisnachlässe die Koordinierung der Preise nicht beeinträchtigen könnten. Im Hinblick auf die Antworten der Majors und Wettbewerber sowie der Einzelhändler auf die Fragebögen der Kommission zur jeweiligen Bedeutung der verschiedenen Preisnachlässe, insbesondere der Kundenrabatte und der Werberabatte, hielt die Kommission es nicht für erforderlich, die Werberabatte in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erwähnen (wie dies zumindest aus der dem Gericht vorgelegten vertraulichen Fassung hervorgeht). Aus den Akten ergibt sich nicht und die Kommission hat im Übrigen auch nicht vorgetragen, dass sie in diesem Stadium die Werberabatte irgendeiner Prüfung unterzogen hätte. Auch ergibt sich nicht, dass die Kommission in der kurzen Zeit zwischen der Anhörung vom 14. und 15. Juni 2004, an deren Ende die Kommission ihre Beurteilung änderte, und der Übersendung des Entwurfs der Entscheidung an den Beratenden Ausschuss am 1. Juli 2004 eine Untersuchung durchgeführt hätte, um die Relevanz der Werberabatte oder auch deren Transparenz zu prüfen. Die einzige Untersuchungsmaßnahme der Kommission nach der genannten Anhörung bestand in einem an die anmeldenden Parteien gerichteten Auskunftersuchen vom 21. Juni 2004, das sich nicht mit der Relevanz der Werberabatte, sondern mit der Marktüberwachung der Majors befasste. Dass die Kontrollberichte der Handelsvertreter von Sony und BMG (Anlage B.15), die als Antwort auf dieses Auskunftersuchen zur Verfügung gestellt wurden, repräsentativ sind, wird im Übrigen, wie oben dargelegt, durch die von der Klägerin vorgelegten Dokumente (Anlage B.16) ernsthaft in Frage gestellt. Die Kommission trägt in ihren Schlussbemerkungen schließlich selbst vor, dass das Recht der anmeldenden Parteien, gehört zu werden, die Möglichkeiten einer ergänzenden Untersuchung nach der Anhörung einschränkt und eine ausgedehnte Befragung der Marktbeteiligten zu den Rügen ausschließt. Die Untersuchungsmaßnahmen nach der Anhörung bestehen nach Ansicht der Kommission im Wesentlichen in der Befragung der Marktbeteiligten zu den vorgeschlagenen Verpflichtungen und befassen sich nicht mit den Rügen, die gegen das angemeldete Zusammenschlussvorhaben erhoben wurden.

452 Zweitens hat die Kommission zwar in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts erklärt, aufgrund der von den anmeldenden Parteien im Verwaltungsverfahren erteilten Auskünfte sei sie in der Lage gewesen, die durchschnittlichen Werberabatte zu berechnen, doch hat sie in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass sie die Berechnungen nicht selbst vorgenommen habe und dass sie genötigt gewesen sei, den Wirtschaftsexperten der Parteien des Zusammenschlusses die Erklärung zu überlassen, wie die Preisnachlässe für alle Alben, nicht aber für die 20 bzw. 100 meistverkauften Alben errechnet werden konnten, obwohl sich die Untersuchung und die von der Kommission gesammelten Daten nur auf diese Alben bezogen.

453 Drittens hat die Kommission zwar vorgetragen, die Berechnungen seien anhand der Angaben erstellt worden, die für eine der Anlagen B.12 zur Klagebeantwortung als Grundlage gedient hätten, doch enthält diese Anlage nur Angaben über BMG, nicht aber über Sony.

454 Viertens sind die Angaben nicht hinreichend zusammenhängend, zuverlässig und relevant.

- 455 Die von der Kommission als Antwort auf die Fragen des Gerichts vorgelegten Tabellen betreffen lediglich das Jahr 2002, ohne dass die Gründe genannt werden, weshalb die anmeldenden Parteien dieses Jahr auswählten, obwohl sich die Entscheidung auf die Preise und Preisnachlässe von 1998 bis 2003 erstreckt. Obwohl bezüglich BMG der Anteil der Bruttoumsätze für die zehn größten Abnehmer errechnet wurde, betrifft der Anteil ferner nur die fünf bis zehn größten Abnehmer (je nach Land), ohne dass insoweit irgendeine Erklärung gegeben wird. Auch entsprechen die in den Tabellen genannten Werberabattspannen (die alle Alben für den gesamten Kundenstamm betreffen) nicht den in den Tabellen der anderen Anlagen B.6/E.2 angegebenen Spannen (die nur die 20 meistverkauften Alben an die zehn besten Kunden betreffen). Da die Zahl der in den Tabellen berücksichtigten Alben und Kunden viel größer als die in den genannten Anlagen ist, müsste der höchste Werberabatt der Tabellen [vertraulich] gleich oder höher sein als der, der in den fraglichen Anlagen für dasselbe Jahr aufgeführt wird [vertraulich]. Der Gesamtbetrag der Rabatte auf den Rechnungsbetrag von jeder der beiden anmeldenden Parteien sowie die Differenz zwischen den von jeder der beiden Parteien gewährten Preisnachlässen unterscheiden sich ebenfalls von den Angaben in der Entscheidung. Die Entscheidung erstreckt sich zwar auf die meistverkauften Alben im Jahr 2003 und nicht, wie die Tabellen, auf alle im Jahr 2002 verkauften Alben, aber dies bestätigt nur, dass das Ergebnis je nach gewähltem Parameter anders ausfallen kann und dass es erforderlich ist, dass die Kommission die Kontrolle über das Vorhaben behält oder zumindest die Relevanz der von den Parteien des Zusammenschlusses gemachten Angaben prüft.
- 456 Da die Tabellen sich auf die durchschnittlichen Werberabatte für alle verkauften Alben, nicht aber auf die 100 bzw. 20 meistverkauften Alben beziehen, sind sie ohne Relevanz, denn sie setzen voraus, was sie gerade beweisen sollen, nämlich dass die Werberabatte auch für die meistverkauften Alben oder für die in den Hitparaden geführten Neuveröffentlichungen (new hit releases) von Bedeutung sind und dass sie nicht grundsätzlich, wie die Klägerin behauptet, die am Ende der Liste rangierenden Alben betreffen. Dem Vorbringen der Kommission, angesichts der Bedeutung, die die 100 meistverkauften Alben für die Gesamteinnahmen aus dem Musikgeschäft hätten, wäre es überraschend, wenn sich das durchschnittliche Niveau der für die Gesamtheit der verkauften Alben errechneten Werberabatte nicht deutlich im Preis der 100 meistverkauften Alben niederschlagen würde, da dies bedeuten würde, dass die durchschnittlichen Werberabatte, die ein Vielfaches des Gesamtdurchschnitts darstellten, auf alle anderen Alben angewandt würden, kann nicht gefolgt werden. Obwohl die Entscheidung hierzu keine Angaben enthält und die Kommission in ihren Schriftsätzen wenig Erläuterungen gibt, deuten die verschiedenen bei den Akten befindlichen Schriftstücke darauf hin, dass die Werberabatte tatsächlich hoch, ja sogar sehr hoch sind. So hat ein Major in Beantwortung eines Fragebogens der Kommission erklärt, dass „[d]iese Art von Rabatt ... einen großen Teil des Händlerlistenpreises ausmachen [kann] (z. B. bis zu [vertraulich])“. Auch die von der Kommission vorgelegten Tabellen der Anlage E.2 mit Schätzungen der höchsten Werberabatte nennen für die Rabatte, die die anmeldenden Parteien ihren zehn besten Kunden gewährten, Sätze, die meist sehr hoch sind und bis zu [vertraulich] reichen. Diese Schätzungen werden von der Kommission im Übrigen als vorsichtig bezeichnet, da die Zahlen auf das Jahr bezogen sind, während ein Werberabatt üblicherweise zeitlich beschränkt ist. Da die Werberabatte selbst nach der von der Kommission vorgelegten Tabelle nur einen geringen durchschnittlichen Prozentsatz des Verkaufspreises [vertraulich] aller verkauften Alben ausmachen, dürften sie daher nur für eine relativ kleine Zahl von Alben gelten. Wie oben ausgeführt, deuten nur die von der Kommission vorgelegten Erklärungen der Majors darauf hin, dass die Werberabatte für besondere Fälle gelten (Künstler auf Tournee, bestimmte saisonbedingte Bestände, ältere Alben, die sich nicht mehr sehr gut verkaufen lassen). Unter diesen Umständen kann nicht vermutet werden, dass die durchschnittlichen Sätze der Werberabatte, die für alle Alben gewährt werden, für die Werberabatte repräsentativ sind, die für die 100 meistverkauften Alben oder gar für die neuen „hit releases“ gewährt werden. Insoweit ist ferner daran zu erinnern, dass die Kommission in den Randnummern 87 und 90 der Mitteilung der Beschwerdepunkte festgestellt hatte, sie sei der Ansicht, dass die Preislisten für die Neuveröffentlichungen für eine Koordinierung und Überwachung der Preispolitik benutzt würden und dass sie keinen Beleg dafür gefunden habe, dass die Preisnachlässe für eine grundlegende Änderung der durchschnittlichen Nettopreise der neuen „hit releases“ benutzt würden.
- 457 Selbst wenn man, fünftens, unterstellt, dass die Tabellen zutreffend und repräsentativ sind, machen die Werberabatte nur einen sehr kleinen Teil des Bruttoverkaufspreises der Alben aus, und zwar in drei der fünf großen Länder bezüglich BMG, nämlich [vertraulich] % im Land B, [vertraulich] % im Land C und [vertraulich] % im Land D, und in zwei der fünf großen Länder bezüglich Sony, nämlich [vertraulich] % im Land C und [vertraulich] % im Land D. Entgegen der Behauptung der Kommission kann ferner nicht davon ausgegangen werden, dass die Tabellen zeigen, dass sich die durchschnittlichen Werberabatte der beiden anmeldenden Parteien in den meisten Ländern sehr stark voneinander unterscheiden, da in drei von fünf Ländern der Unterschied zwischen den Werberabatten von Sony und BMG kleiner als [vertraulich] % ist. Jedes Land stellt nach der Entscheidung einen Markt dar, und ein Zusammenschluss, der eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb in einem der relevanten Märkte

erheblich behindert würde, ist für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären. Selbst wenn man annimmt, dass die Werberabatte als weniger transparent angesehen werden können, hätte die Kommission unter diesen Umständen, wenn sie nicht das Erfordernis einer vollständigen Transparenz aufstellen wollte, in der Entscheidung zumindest darlegen müssen, warum die Werberabatte trotz der geringfügigen realen Auswirkungen auf die Preise und trotz des Vorliegens zahlreicher in der Entscheidung festgestellter Transparenzfaktoren die für eine kollektive beherrschende Stellung erforderliche Transparenz beseitigen konnten.

458 Jedenfalls können Erklärungen, die im Verlauf des streitigen Verfahrens vor dem Gericht abgegeben werden, und erst recht Nachprüfungen, die einen wesentlichen Aspekt der Entscheidung betreffen, weder ein Ausgleich dafür sein, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung eine Prüfung fehlte, noch den offenkundigen Beurteilungsfehler beseitigen, mit dem folglich die Entscheidung behaftet ist, und zwar selbst dann, wenn dieser Fehler keinen Einfluss auf das Ergebnis der Beurteilung hätte (vgl. entsprechend Urteil des Gerichtshofes vom 22. Januar 2004, C-353/01 P, Mattila/Rat und Kommission, Slg. 2004, I-1073, Randnrn. 31 und 37).

#### c) Ergebnis zur Transparenz

459 Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Feststellungen in der Entscheidung über die Transparenz der Marktes rechtlich nicht hinreichend begründet und mit einem offenkundigen Beurteilungsfehler behaftet sind, da sie nicht auf einer Prüfung aller zu berücksichtigenden relevanten Daten beruhen und die Schlussfolgerung, dass der Markt nicht so transparent ist, dass eine kollektive beherrschende Stellung möglich ist, nicht zu unterstützen vermögen.

#### 5. Homogenität

460 Was das Kriterium der Homogenität des Produkts angeht, so gelangte die Kommission in Randnummer 157 der Entscheidung zu dem Ergebnis, dass eine kollektive beherrschende Stellung nicht bestehe, indem sie außer auf die Transparenzdefizite und das Fehlen von Beweisen für erfolgte Vergeltungsmaßnahmen auf die teilweise Heterogenität der Produkte verwies. In Randnummer 110 der Entscheidung jedoch, in der es um die Prüfung der Homogenität des Produkts geht, betonte die Kommission, dass das Format des Tonträgers homogen sei und dass trotz der Heterogenität des Produkts die Preisbildung und das Marketing für Alben im Großhandel offenbar nach einem ziemlich einheitlichen Muster abliefen und dass bei Preisnachlässen und vereinbarten Rücksendungszahlungen für unverkaufte CDs die Majors in der Regel nicht nach Genre oder Albumtyp unterschieden. Im – zumindest scheinbaren – Widerspruch zu dieser Feststellung fügte die Kommission ohne weitere Erklärung hinzu, dass der Preis natürlich auch vom Erfolg des Albums abhängt und dass Unterschiede zwischen einzelnen Alben bei Werberabatten gemacht würden. Sie kam nach alledem zu dem Schluss, dass die Heterogenität des Inhalts mit den genannten Auswirkungen auf die Preise die Transparenz verringere.

461 Die Kommission ging daher davon aus, dass die festgestellte teilweise Heterogenität nur auf die Werberabatte Einfluss habe. Wie oben dargelegt, reichen die in der Entscheidung festgestellte teilweise Heterogenität und das Vorbringen der Kommission in ihren Schriftsätzen aber nicht aus, um die Feststellung zu belegen, dass der Markt nicht das Maß an Transparenz aufwies, das erforderlich ist, damit eine kollektive beherrschende Stellung bestehen kann. Die im Übrigen widersprüchlichen Feststellungen über die teilweise Heterogenität des Produkts als solche können somit nicht zu dem Schluss führen, dass eine solche kollektive beherrschende Stellung auf dem Markt nicht bestanden habe.

462 Im Übrigen verleiht der Umstand, dass das Produkt zumindest im Hinblick auf seinen Inhalt heterogen ist und dass, wie zu erwarten wäre, der Preis des Produkts je nach Art des Albums variiert, der Feststellung der Kommission selbst in den Randnummern 76 und 77 über den Markt des Vereinigten Königreichs (und in den Randnummern, die den anderen Märkten entsprechen) besonderes Gewicht, dass die Listenpreise der meistverkauften Alben mehr oder weniger gleich seien und ein enger Zusammenhang zwischen den Netto- und den Bruttopreisen bestehe.

#### 6. Vergeltungsmaßnahmen

463 In den Randnummern 114 bis 118 der Entscheidung prüfte die Kommission, ob die Majors in der Vergangenheit „Vergeltungsmaßnahmen“ gegen einen von ihnen ergriffen hatten, und gelangte zu dem Ergebnis, dass sie „keine Anhaltspunkte dafür gefunden [habe], dass Majors, die von der gemeinsamen Politik abgewichen sind, von Kompilations-Joint-Ventures ausgeschlossen wurden,

- dass als Vergeltungsmaßnahme eine (vorübergehende) Rückkehr zum Wettbewerbsgebaren wahr gemacht wurde“, noch dass „Vergeltungsmaßnahmen angedroht wurden“.
- 464 Die Klägerin trägt vor, diese Feststellung weise einen Begründungsmangel und einen offenkundigen Beurteilungsmangel auf und sei rechtsfehlerhaft. Die Rügen zu diesen drei Punkten überschneiden sich und richten sich im Wesentlichen dagegen, dass die Kommission ihre Analyse darauf stützte, dass es keinen Beweis für frühere Vergeltungsmaßnahmen gegeben habe, obwohl sie lediglich die Existenz wirksamer Abschreckungsmechanismen hätte prüfen müssen.
- 465 Aus der Rechtsprechung geht hervor (Urteil Airtours/Kommission, oben in Randnr. 45 angeführt, Randnr. 62), dass eine kollektive beherrschende Stellung nur dann Bestand haben kann, wenn genügend Abschreckungsmittel langfristig für einen Anreiz sorgen, nicht vom gemeinsamen Vorgehen abzuweichen, was voraussetzt, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols weiß, dass jede auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, stark wettbewerbsorientierte Maßnahme seinerseits die gleiche Maßnahme seitens der anderen auslösen würde, so dass es keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte (in diesem Sinne Urteil Gencor/Kommission, oben in Randnr. 246 angeführt, Randnr. 276).
- 466 Die bloße Existenz wirksamer Abschreckungsmittel genügt nämlich grundsätzlich, da nicht auf Sanktionen zurückgegriffen werden muss, wenn die Mitglieder des Oligopols sich an die gemeinsame Politik halten. Wie die Klägerin vorträgt, ist zudem das wirksamste Abschreckungsmittel dasjenige, das nicht angewandt zu werden braucht.
- 467 Die Kommission stellte außerdem in den Randnummern 128 bis 132 der Mitteilung der Beschwerdepunkte ausdrücklich fest, dass der Ausschluss von Kompilations-Joint-Ventures einen besonders wirksamen Abschreckungsmechanismus darstelle, und entgegen den Ausführungen der Kommission in ihren Schriftsätzen bestätigte die Entscheidung diese Feststellung, auch wenn sie sie nicht so ausdrücklich anerkannte. Die Kommission wies in den Randnummern 115 und 116 der Entscheidung zunächst auf die wirtschaftliche Bedeutung der Kompilationen von Titeln verschiedener Künstler oder Labels hin, die rund 15 % bis 20 % des gesamten Tonträgermarktes ausmachen, legte dar, dass die Einbeziehung von Künstlern von mehr als einem Tonträgerunternehmen ein wesentlicher Faktor für den Erfolg einer Kompilation zu sein scheine, und führte sodann in Randnummer 117 der Entscheidung aus: „Hält sich ein Topkonzern auf Dauer nicht an eine Abmachung, könnten die anderen Majors den Ausschereher daher von neuen Joint Ventures ausschließen oder sie könnten ihm die Lizenz für die Aufnahme ihrer Songs auf dessen Kompilationsalben verweigern. Sie könnten sogar einige der bestehenden Joint Ventures aufkündigen.“ In Randnummer 118 der Entscheidung heißt es schließlich, dass die Kommission keine Anhaltspunkte dafür gefunden habe, dass große Tonträgerunternehmen von Kompilations-Joint-Ventures ausgeschlossen wurden oder Vergeltungsmaßnahmen angedroht wurden, stellte jedoch klar, dass „solche Maßnahmen durchaus glaubhafte Abschreckungsmittel auf den Tonträgermärkten sein könnten“.
- 468 Da es jedoch im Rahmen dieses Klagegrundes um die Feststellung geht, ob eine kollektive beherrschende Stellung besteht, nicht aber, ob sie begründet wird, könnte davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzung hinsichtlich der Vergeltungsmaßnahmen nicht darin bestehen kann, dass, wie dies im Urteil Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt) der Fall war, nur geprüft wird, ob Abschreckungsmechanismen bestehen, sondern dass untersucht wird, ob es Fälle gibt, in denen sich ein Unternehmen außerhalb eines gemeinsamen Vorgehens gestellt hat, ohne dass dies Vergeltungsmaßnahmen nach sich zog. Obwohl die Entscheidung nicht darauf hinweist, dass die Prüfung für die Feststellung, ob eine kollektive beherrschende Stellung besteht, anders sein muss, und die Kommission dies auch nicht in ihren Schriftsätzen dargelegt hat, ist demnach zu untersuchen, ob die in der Entscheidung getroffenen Feststellungen dieser Prüfung genügen.
- 469 Zwei kumulative Beweise müssen geführt werden, damit das Ausbleiben einer Vergeltungsmaßnahme bedeuten kann, dass die Voraussetzung hinsichtlich der Vergeltungsmaßnahmen nicht erfüllt ist, nämlich der Beweis, dass sich ein Unternehmen außerhalb des gemeinsamen Vorgehens gestellt hat, ohne den die Durchführung von Vergeltungsmaßnahmen nicht zu prüfen ist, und sodann der tatsächliche Beweis, dass eine Vergeltungsmaßnahme nicht erfolgt ist. In der Entscheidung werden jedoch für keinen dieser beiden Aspekte die erforderlichen Beweise geführt.
- 470 Erstens führte die Kommission weder in dem speziellen Abschnitt über die Vergeltungsmaßnahmen noch an anderer Stelle der Entscheidung in eindeutiger Weise irgendeinen Fall eines Verstoßes gegen die gemeinsame Preispolitik an. In ihrer Klagebeantwortung hat sie sich zwar auf zwei Fälle

berufen, in denen in der Entscheidung Abweichungen vom gemeinsamen Verhalten festgestellt wurden (im Vereinigten Königreich in den Jahren 2000 und 2001, Randnr. 74, und in Deutschland angesichts einer langsameren Entwicklung bei einem der Majors, Randnr. 88). Aus der Entscheidung geht jedoch nicht hervor, dass diese Fälle als Verstoß gegen die gemeinsame Politik angesehen wurden, sondern lediglich als Beleg dafür, dass die Preise nicht immer parallel verliefen.

471 Zweitens konnte die Kommission, als sie vom Gericht in der mündlichen Verhandlung danach befragt worden ist, welche Untersuchungsmaßnahmen zu dem Ergebnis geführt hatten, dass sie keinen Beweis für in der Vergangenheit durchgeführte oder angedrohte Vergeltungsmaßnahmen gefunden habe, ohnehin keinerlei Maßnahme bezeichnen, die sie ausgeführt oder eingeleitet hätte. Da sich ferner im Stadium der Mitteilung der Beschwerdepunkte die Untersuchung der Kommission auf die Prüfung konzentrierte, ob glaubhafte Abschreckungsmechanismen vorhanden waren, nicht aber darauf, ob Vergeltungsmaßnahmen tatsächlich durchgeführt wurden, und die Kommission erst nach der Anhörung ihre Beurteilung des Zusammenschlusses änderte, lässt sich kaum bestimmen, wann und wie die Kommission nach Beweisen für eine Durchführung von Vergeltungsmaßnahmen tatsächlich hätte forschen können. Aus der Akte geht zudem hervor, dass die Kommission nach der Anhörung keine Marktuntersuchung mehr durchführte. Die einzigen Untersuchungsmaßnahmen hätten somit in einer an die anmeldenden Parteien gerichteten Frage liegen können, für die die Kommission dem Gericht keinen Beweis vorgelegt hat, und es ist natürlich wenig wahrscheinlich, dass die anmeldenden Parteien der Kommission Beweise für die Durchführung von Vergeltungsmaßnahmen vorlegen.

472 Das Vorbringen der Kommission schließlich, wonach „[k]lare Beweise für Vergeltungsmaßnahmen, die die anderen Majors als Reaktion auf ein ‚Abweichung‘ von der üblichen Höhe der durchschnittlichen Nettopreise oder der durchschnittlichen Preisnachlässe auf den Rechnungsbetrag ergriffen, ... ein (wenn auch ganz offensichtlich nicht entscheidendes) Indiz für eine Preiskoordinierung [hätten] sein können, trotz der Schwierigkeit, hinreichend klare Bedingungen der Koordinierung und hinreichend wirksame Mittel für die Überwachung ihrer Einhaltung zu belegen“, kann keinen Erfolg haben. Zum einen nämlich steht diese Behauptung im Widerspruch zu der Entscheidung, wonach „[e]ntsprechende Anhaltspunkte [für eine Vergeltungsmaßnahme] ... auf eine kollektive marktbeherrschende Stellung auf den Tonträgermärkten hinweisen [könnten]“ (Randnr. 114 der Entscheidung) und „[d]ie Kommission ... daher in diesem Fall keine Beweise dafür gefunden [hat], dass bisher solche Mittel angewandt oder angedroht wurden, und ... dieses Element daher nicht als Beweis für eine kollektive beherrschende Stellung verwenden [kann]“. Zum anderen läuft die Argumentation der Kommission auf die Behauptung hinaus, dass ihre Prüfung der Voraussetzung bezüglich der Vergeltungsmaßnahmen unangemessen war, da selbst „klare Beweise für Vergeltungsmaßnahmen“ nur ein Indiz hätten sein können, das „ganz offensichtlich nicht entscheidend“ gewesen wäre.

473 Nach alledem ist die Rüge der Klägerin, dass die Beurteilungen in der Entscheidung hinsichtlich der Vergeltungsmaßnahmen einen offenkundigen Beurteilungsmangel aufwiesen und rechtsfehlerhaft seien, begründet.

474 Da diese Beurteilungen, wie insbesondere aus Randnummer 157 der Entscheidung hervorgeht, ein tragender Grund der Entscheidung sind, ist die Entscheidung für nichtig zu erklären.

## 7. Ergebnis bezüglich des ersten Klagegrundes

475 Nach alledem ist die Behauptung, dass die Tonträgermärkte nicht so transparent seien, dass sie eine kollektive beherrschende Stellung ermöglichen, rechtlich nicht hinreichend begründet und weist einen offenkundigen Beurteilungsfehler auf, da die ihr zugrunde liegenden Gesichtspunkte unvollständig sind und nicht alle relevanten Daten erfassen, die die Kommission hätte heranziehen müssen, und die hieraus gezogenen Schlussfolgerungen nicht stützen können. Da die genannte Behauptung, wie sich sowohl aus der Entscheidung – vor allem aus Randnummer 157 der Entscheidung – als auch aus den Erörterungen vor dem Gericht ergibt, einen tragenden Grund darstellt, aufgrund dessen die Kommission in der Entscheidung zu dem Ergebnis gelangt ist, dass eine kollektive beherrschende Stellung nicht besteht, ist die Entscheidung allein aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

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

- 477 Gegebenenfalls ist schließlich noch festzustellen, dass, wie sich ausdrücklich oder implizit aus der Gesamtheit der vorstehenden Erwägungen ergibt, kein Argument der Streithelferinnen die soeben genannten Schlussfolgerungen entkräften kann und dass einigen dieser Argumente in der Entscheidung sogar ausdrücklich widersprochen wird.
- 478 Was erstens die Vorbemerkungen der Streithelferinnen angeht, sind diese entweder bereits zurückgewiesen worden oder sind unerheblich. So kann der behauptete Umstand, dass die Kommission eine sehr eingehende Untersuchung durchgeführt habe, für sich genommen nicht belegen, dass die Kommission tatsächlich alle relevanten Angaben ermittelt, untersucht und richtig beurteilt hat. Die Streithelferinnen tragen insoweit vor, sie hätten seit der Anmeldung fundierte Angaben und Erläuterungen über die europäische Musikindustrie zur Verfügung gestellt. Aus der Akte ergibt sich jedoch, dass die Kommission aufgrund dieser Auskünfte und aufgrund der sonstigen Informationen, die während einer fast fünfmonatigen Marktuntersuchung ermittelt worden waren, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu dem Ergebnis gelangt war, dass der Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sei, und dass sie erst nach der Darstellung des Vorbringens der Parteien des Zusammenschlusses und ihrer Wirtschaftsexperten bei der Anhörung vom 14. und 15. Juni 2004 ihre Beurteilung änderte und zwei Wochen später dem Beratenden Ausschuss einen Entwurf der Entscheidung zusandte, in der der Zusammenschluss genehmigt wurde. Auch dass die Wettbewerbsbehörden weltweit den Zusammenschluss genehmigt haben sollen, ist unerheblich. Schließlich ist auch das Vorbringen zurückzuweisen, dass der Zusammenschluss eine den Wettbewerb bejahende Antwort auf den Niedergang der Musikindustrie darstelle, insbesondere auf den Preisverfall bei CDs. Die Entscheidung beruht nämlich nicht nur keineswegs auf einem angeblichen Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Vor- und Nachteilen des Zusammenschlusses, sondern die auf die Entwicklung der Nachfrage gestützten Argumente der Streithelferinnen wurden auch ausdrücklich in den Randnummern 55 bis 59 der Entscheidung zurückgewiesen.
- 479 Was zweitens das Vorbringen der Streithelferinnen angeht, mit dem diese die Begründetheit der Rügen der Klägerin bezüglich der Werberabatte, der Preisangleichung und der Transparenz in Abrede stellen, genügt der Hinweis, dass dieses Vorbringen in dem der Kommission aufgeht und bereits oben zurückgewiesen worden ist oder nicht berücksichtigt werden kann, soweit es im ausdrücklichen Widerspruch zu Feststellungen in der Entscheidung steht. So wurde das Argument einer fehlenden Preisangleichung und die Behauptung, dass ein großer Teil der 100 besten Umsätze außerhalb der in der Entscheidung bezeichneten Listenpreise liege, in der Entscheidung ausdrücklich zurückgewiesen. Auch die Behauptung, die Entscheidung bagatellisiere die wirkliche Bedeutung der zugrunde liegenden Beweise, die belegten, dass keine ausreichende Transparenz vorhanden sei, ist unerheblich. Es ist nämlich nicht Aufgabe des Gerichts, über die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt zu entscheiden, sondern die Rechtmäßigkeit der in der Entscheidung getroffenen Feststellungen zu überprüfen. Außerdem ist auch hier festzustellen, dass die Behauptungen der Streithelferinnen, die Händlerlistenpreise seien weder bekannt noch zugänglich und die Kundenrabatte seien nicht hinreichend transparent, im ausdrücklichen Widerspruch zu den Feststellungen in der Entscheidung stehen.
- 480 Was drittens das Vorbringen zu verschiedenen in der Entscheidung nicht erwähnten Punkten angeht, genügt die Feststellung, dass dieses Vorbringen völlig unerheblich ist, da sich die Prüfung des Gerichts auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Entscheidung beschränkt.
- 481 Nach Auffassung des Gerichts ist es gleichwohl erforderlich, vorsorglich den zweiten Klagegrund zu prüfen.

*III – Zum zweiten Klagegrund: Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung auf den Tonträgermärkten*

*A – Vorbringen der Klägerin*

- 482 Die Klägerin macht geltend, die Kommission habe die Frage, ob der Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung begründe, auf weniger als einer Seite geprüft. Die Kommission habe behauptet, dass die Abnahme der Zahl der Marktteilnehmer auf bestimmten oligopolistischen Märkten zur Schaffung einer kollektiven beherrschenden Stellung der verbleibenden Unternehmen führen könne und dass im Wesentlichen die spezifischen Merkmale des Marktes ausschlaggebend dafür seien, ob dieser Fall eintrete; sie habe aber diese ausschlaggebenden Merkmale nicht bezeichnet, sondern lediglich auf die Untersuchung bezüglich der vor dem Zusammenschluss bestehenden kollektiven beherrschenden Stellung verwiesen und sei in Randnummer 157 der Entscheidung zu dem Ergebnis gekommen, dass sie keine „ausreichenden Beweise dafür finden

[konnte], dass die Reduzierung der Zahl der Topkonzerne von fünf auf vier so erheblich ist, dass sie zur Schaffung eines Oligopols führen dürfte“, insbesondere bezüglich Transparenz und Vergeltungsmaßnahmen.

1. Zum Rechtsfehler

483 Die Kommission habe bei der Prüfung der kollektiven beherrschenden Stellung vier Rechtsfehler begangen.

a) Fehlen einer Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung

484 Die Kommission habe bei der Anwendung der Vorschriften über kollektive beherrschende Stellungen einen Rechtsfehler begangen, da sie für die Entscheidung, ob durch den Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung begründet würde, keine Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung vorgenommen habe. Die Prüfung, ob ein Zusammenschluss eine solche Stellung begründe, unterscheide sich grundlegend von der Prüfung, ob die kollektive beherrschende Stellung bereits bestehe, denn Letztere erfordere eine nachträgliche Analyse, während Erstere eine Ex-ante-Analyse verlange, die sich auf das Wettbewerbsniveau zu beziehen habe, das auf dem Markt vor dem Zusammenschluss herrsche.

485 Aus dem Urteil Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt) gehe hervor, dass die Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung die Situation bezüglich der beherrschenden Stellung nicht nur zu dem Zeitpunkt, zu dem der Zusammenschluss stattfindet, berücksichtigen, sondern diese auch dynamisch bewerten müsse, insbesondere hinsichtlich „ihres inneren Zusammenhalts, ihrer Stabilität und der Frage, ob das wettbewerbswidrige Parallelverhalten, zu dem sie führen könnte, über längere Zeit beibehalten werden kann“. Aus Randnummer 157 der Entscheidung gehe aber hervor, dass die Kommission, anstatt die erforderliche gesonderte Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung durchzuführen, zu ihrer Feststellung aufgrund derselben – nachträglichen – Beweise gelangt sei, die sie herangezogen habe, um die Existenz einer vor dem Zusammenschluss bestehenden kollektiven beherrschenden Stellung zu verneinen.

486 Die nachträgliche Analyse sei jedoch nicht überzeugend. Die Kommission habe zwar festgestellt, dass „die Tonträgermärkte bestimmte Merkmale [aufweisen], die auf eine Anfälligkeit für eine kollektive beherrschende Stellung hinweisen“ (Randnr. 157 der Entscheidung), habe aber nur ausgeführt, dass sie keine Anhaltspunkte dafür gefunden habe, dass die kollektive beherrschende Stellung bereits bestanden habe, so dass jede Änderung der Faktoren, die die Möglichkeit geheimer Abmachungen erhöhten, sehr sorgfältig hätte geprüft werden müssen. Der einzige Beweis, den die Kommission geprüft habe, sei ein Bericht über das, was in der Vergangenheit geschehen sei; damit habe die Kommission stillschweigend anerkannt, dass sie eine Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung nicht unternommen habe.

b) Transparenz

487 Die Klägerin führt aus, die Kommission habe bei der Prüfung, ob eine kollektive beherrschende Stellung begründet werde, aus denselben Gründen wie denen, die im Rahmen des ersten Klagegrundes dargelegt worden seien, einen Rechtsfehler dadurch begangen, dass sie geprüft habe, ob eine völlige Transparenz des Marktes vorliege, während nach dem Urteil Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt) lediglich zu untersuchen sei, ob der Markt so transparent sei, dass ein abgestimmtes Verhalten möglich sei.

c) Abschreckungsmaßnahmen

488 Die Klägerin wirft der Kommission vor, sie habe für die Prüfung, ob es Abschreckungsmittel gebe, nicht die voraussichtliche Entwicklung untersucht, sondern habe sich auf die Feststellungen gestützt, zu denen sie, indem sie sich zu Unrecht auf das Fehlen von Beweisen für bereits erfolgte Vergeltungsmaßnahmen berufen habe, im Zusammenhang mit der Verstärkung einer bestehenden kollektiven beherrschenden Stellung gelangt sei, um jeden Einwand zurückzuweisen, dass die Abnahme der Zahl der Majors von fünf auf vier die Vergeltungsmöglichkeiten auf dem Markt verbessern würde.

489 Bei der Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung, die die Kommission hätte durchführen müssen, hätte die Feststellung, dass es Maßnahmen gegeben habe, die als glaubhafte Vergeltungsmöglichkeiten seitens der Majors in Frage kämen (Randnr. 118 der Entscheidung), als

hinreichender Nachweis gelten müssen, vor allem nachdem sich einmal die Anzahl der großen Tonträgerunternehmen auf vier verringert haben würde.

d) Gegengewicht

490 Die Klägerin führt aus, die Kommission habe bei der Prüfung, ob eine kollektive beherrschende Stellung vorliege, einen Rechtsfehler dadurch begangen, dass sie die dritte im Urteil Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt) aufgestellte Voraussetzung nicht geprüft habe, nämlich die Fähigkeit der Kunden oder Wettbewerber, durch ihr Verhalten die Ergebnisse jeder gemeinsamen Politik der Majors in Frage zu stellen.

2. Zum Verstoß gegen die Begründungspflicht

491 Die Klägerin macht geltend, zu der Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung, die die Kommission bei der Prüfung durchzuführen habe, ob die Gefahr der Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung bestehe, gehöre eine gründliche Prüfung der für die Auswirkungen des Zusammenschlusses relevanten Umstände. Zum einen aber habe die Kommission nicht einmal in der Mitteilung der Beschwerdepunkte geprüft, ob eine kollektive beherrschende Stellung begründet werden könne, und zum anderen habe sich die Untersuchung der Kommission in der Entscheidung weder auf die voraussichtliche Entwicklung bezogen, noch sei sie detailliert. Daraus, dass sie das Bestehen einer kollektiven beherrschenden Stellung nicht nachgewiesen habe, habe die Kommission abgeleitet, dass es keine ausreichenden Beweise dafür gebe, dass eine beherrschende Stellung in Zukunft begründet werde.

492 Hätte die Kommission, wie erforderlich, die voraussichtliche Entwicklung untersucht, hätte sie sich nach Auffassung der Klägerin mit den Fragen befassen müssen,

- inwieweit die Abnahme der Zahl der Majors bedeute,
  - dass die gegenseitige Abhängigkeit der Majors wegen der Abnahme der Zahl der Marktbeteiligten von fünf auf vier zunehme;
  - dass der Markt, der nach allen akzeptierten Standards vor dem Zusammenschluss konzentriert sei, in Folge des Zusammenschlusses erheblich konzentrierter sein werde;
  - dass die Koordinierung zwischen den Majors noch leichter zu überwachen und dauerhaft aufrechtzuerhalten sei und dass auch die Preistransparenz noch stärker sein werde dank der Symmetrie, die die Überwachung, einschließlich der Überwachung auf dem sehr wichtigen Markt der Hitparaden, erleichtere;
  - dass es leichter werde, einen Schwerpunkt zu bestimmen und ein allgemeines Verständnis von dem zu bewahren, was im gemeinsamen Interesse der Majors liege, weil deren Zahl kleiner werde;
  - dass sich das Gleichgewicht zwischen den langfristigen Vorteilen, die das Festhalten an der Absprache bringe, und den kurzfristigen Vorteilen, die das Unterbieten des Konkurrenten bringe, bei weniger Unternehmen auf dem Markt verschieben werde;
- inwieweit das Niveau der Symmetrie auf dem Markt zunehme, da Sony BMG hinsichtlich Größe und Marktanteil mit Universal vergleichbar sei, dicht gefolgt von den beiden anderen Majors EMI und Time Warner mit ebenfalls symmetrischen Marktanteilen. Dies sei von Bedeutung, weil die Symmetrie hinsichtlich Größe und Marktanteile die Aufrechterhaltung geheimer Absprachen erleichtere. Sony BMG und Universal hätten einen Marktanteil von zusammen 50 % des weltweiten Tonträgermarkts, und dieser Marktanteil liege eher bei 60 % bis 70 % auf dem überaus wichtigen Markt der Hitparaden, deren Bedeutung die Kommission nicht untersucht habe. Dieses Marktsegment sei sowohl für den laufenden Wettbewerb als auch als Indikator für eine langfristige Marktmacht von Bedeutung, da die Neuveröffentlichungen Katalogtitel würden;
- inwieweit die Symmetrie gewachsen sei und der Wettbewerb abgenommen habe, weil zwei Majors, die in den letzten Jahren unterschiedliche Ergebnisse aufgewiesen hätten, fortan nur noch ein Unternehmen seien;

- inwieweit die zur Verfügung stehenden Vergeltungsmaßnahmen wirkungsvoller würden;
  - inwieweit die unabhängigen Händler in noch stärkere Abhängigkeit von den Majors geraten würden, vor allem da sich die Anzahl der notwendigen Geschäftspartner, die den unabhängigen Händlern zur Verfügung stünden, um 20 % verringert habe;
  - inwieweit jedes Gegengewicht im Wettbewerb zu den Majors geschwächt sei.
- 493 Die Kommission habe keine dieser Fragen ausführlich geprüft, so dass ihrer Feststellung, dass eine kollektive beherrschende Stellung nicht begründet werde (Randnr. 158 der angefochtenen Entscheidung), keine Begründung bzw. eine offenkundig ungeeignete Begründung zugrunde liege.

### 3. Zum offenkundigen Beurteilungsfehler

- 494 Die unterbliebene Vornahme einer Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung stelle auch einen Beurteilungsfehler dar. Die Kommission habe sich auf frühere Nachweise gestützt, die die vorher bestehende kollektive beherrschende Stellung betrafen, ohne im Einzelnen die Auswirkungen der sich aus dem Zusammenschluss ergebenden Veränderungen zu prüfen. Zudem seien diese angeblichen Nachweise bereits für sich genommen aus den beim ersten Klagegrund dargelegten Gründen fehlerhaft.
- 495 Die Kommission weise zwar kurz darauf hin, dass die Transparenz zunehmen werde, sie mache jedoch nicht deutlich, welchen Grad sie erreichen werde oder welche Wirkungen sich hieraus ergeben würden, sondern führe nur aus, dass keine ausreichenden Beweise vorhanden seien. Die Kommission hätte überdies prüfen müssen, inwieweit die Abnahme der Zahl der Marktbeteiligten die geheimen Absprachen erleichtern und attraktiver machen würde, weil sich die Gewinne auf eine geringere Zahl verteilen würden. Die Kommission habe weder dargelegt, welche Beweise sie gesammelt habe, noch, weshalb die Beweise unzureichend seien, noch, welche Beweise erforderlich seien.
- 496 Was die Vergeltungsmaßnahmen angehe, beruhe die Untersuchung auf früheren Nachweisen, die sich auf einen Zeitraum erstreckten, von dem die Kommission behauptete, dass es in ihm keine kollektive beherrschende Stellung gegeben habe. Die Kommission habe nicht die Frage untersucht, ob nach dem Zusammenschluss Vergeltungsmaßnahmen möglich seien.
- 497 Die Kommission habe kurz vor der Feststellung gestanden, dass vor dem Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung bestehe, habe dann jedoch zu Unrecht die Beweise für nicht ausreichend angesehen. Dass die Kommission, was den Markt nach dem Zusammenschluss angehe, der eine stärkere Transparenz aufweise, zu demselben Ergebnis gelangt sei, weise auf einen offenkundigen Beurteilungsfehler hin.
- 498 Die Schlussfolgerung der Kommission sei besonders verwunderlich, da diese vier Jahre zuvor festgestellt habe, dass der Zusammenschluss EMI/Time Warner eine kollektive beherrschende Stellung auf dem Tonträgermarkt begründen würde (Randnr. 57 der Mitteilung der Beschwerdepunkte in jener Sache, beigefügt als Anlage A.13).

### *B – Vorbringen der Kommission*

#### 1. Zum Rechtsfehler

##### a) Fehlen einer Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung

- 499 Die Kommission führt aus, die Rügen der Klägerin, dass sie nicht die voraussichtliche Entwicklung untersucht habe und sich auf dieselben Ex-post-Beweise gestützt habe wie in ihrer Untersuchung, ob eventuell bereits zuvor eine kollektive beherrschende Stellung bestanden habe, obwohl sich die Kriterien grundlegend unterschieden, seien nicht begründet. Sie macht vorab zwei grundsätzliche Bemerkungen.
- 500 Zum einen müsse den Entscheidungen zur Überwachung der Zusammenschlüsse stets eine Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung zugrunde liegen, da die Entscheidung über die Frage, ob ein Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sei, von den Veränderungen des Marktes abhängig sei, die durch das noch nicht vollzogene Vorhaben entstehen

könnten (Urteil Kali & Salz, oben in Randnr. 245 angeführt, Randnrn. 109 bis 111). In allen Fällen müsse daher der Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung ein klares Bild von den Wettbewerbsbedingungen zugrunde gelegt werden, die vor dem Zusammenschluss bestünden. Die Beweise, die bereits vorhanden und im Hinblick auf die gegenwärtige Marktsituation gewürdigt worden seien (die kaum als Ex-post-Beweise gewertet werden könnten), blieben als Ausgangspunkt für die Untersuchung relevant.

501 Zum anderen verlange die Beurteilung der Frage, ob gegenwärtig eine kollektive beherrschende Stellung bestehe, die Berücksichtigung derselben vier Voraussetzungen wie die Beurteilung der Frage, ob diese beherrschende Stellung begründet worden sei: Hinweise auf eine stillschweigende Koordinierung, hinreichende Transparenz, Gefahr von Vergeltungsmaßnahmen, Gegengewicht der Wettbewerber und Kunden (Urteil des Gerichts vom 26. Januar 2005, T-193/02, Piau/Kommission, Slg. 2005, II-209, Randnr. 111). Wenn, wie im vorliegenden Fall, eine oder mehrere dieser Fragen bezüglich der gegenwärtigen Situation bereits verneint worden seien, richte sich die Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung zwangsläufig auf die Frage, ob und wie aufgrund des Zusammenschlusses die Fragen in absehbarer Zeit bejaht werden könnten.

502 Da die Schlussfolgerung, dass keine hinreichenden Beweise für eine bestehende kollektive beherrschende Stellung vorhanden seien, im Wesentlichen darauf beruhe, dass die Voraussetzung der hinreichenden Transparenz nicht erfüllt sei, habe sich die Kommission hauptsächlich mit den Auswirkungen des Zusammenschlusses auf diesen Parameter befasst. Der Zusammenschluss führe zwar automatisch zu einer Reduzierung der Zahl der bilateralen Beziehungen von zehn auf sechs, was grundsätzlich die Überwachung erleichtere, doch sei diese im Wesentlichen arithmetische Feststellung nicht entscheidend, vor allem weil die Hindernisse für die Transparenz nichts mit der Anzahl der zu überwachenden Majors zu tun hätten, sondern mit der Komplexität der individuellen Entscheidungen des einzelnen großen Tonträgerunternehmens, die die Nettopreise individueller Alben mit heterogenem Inhalt und unterschiedlichem geschäftlichem Erfolg für individuelle Kunden unter Verwendung einer Kombination von Händlerlistenpreisen, Kundenrabatten und Werberabatten festlegten. Was die Rabatte auf den Rechnungsbetrag betreffe, könnten die wenigen verfügbaren Informationen (die in erster Linie die Kundenrabatte betrafen) ohnehin besser bei Kunden als bei anderen Majors eingeholt werden, und das Zusammenschlussvorhaben verändere nicht die Beziehung der übrigen Majors zu dem Kundenstamm, der durch den Zusammenschluss nicht verändert werde. Darum sei die Kommission – in der Vorausschau – zu dem Ergebnis gelangt, dass keine ausreichenden Beweise dafür vorhanden seien, dass die Transparenz durch die Veränderung der Marktstruktur, die sich als Folge des Zusammenschlusses einstellen müsste, derart verbessert würde, dass das für die Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung erforderliche Maß an Transparenz erreicht werde (Randnr. 157 a. E. der Entscheidung).

503 Die Kommission führt aus, dass diese Erwägungen eine ausreichende Untersuchung der kumulativen Voraussetzungen der kollektiven beherrschenden Stellung darstellten.

b) Transparenz

504 Da das Vorbringen der Klägerin nur wiederhole, was im Rahmen des ersten Klagegrundes geltend gemacht worden sei, sei es auch im vorliegenden Zusammenhang unbegründet.

c) Abschreckungsmaßnahmen und Gegengewicht

505 Die Kommission habe zwar in Randnummer 157 der Entscheidung die Auffassung vertreten, dass es keine ausreichenden Beweise dafür gebe, dass das Vorhaben die Vergeltungsmöglichkeiten verbessere, doch habe sie, um ihre Entscheidung zu begründen, hierzu nicht abschließend Stellung genommen. Da sie nämlich zu dem Ergebnis gelangt sei, dass sie nicht beweisen könne, dass die Preisfestsetzung hinreichend transparent sei, um eine wirksame Überwachung zu ermöglichen, sei es nicht mehr erforderlich gewesen, die Frage nach den Vergeltungsmaßnahmen oder der Gegenmacht unter dem Aspekt der „Begründung“ statt unter dem der „Verstärkung“ zu prüfen.

2. Zum Verstoß gegen die Begründungspflicht

506 Die Kommission führt aus, die Beanstandungen der Klägerin hätten überwiegend nichts mit einem Begründungsmangel zu tun. Die angeblich fehlende Berücksichtigung einzelner Gesichtspunkte durch die Kommission betreffe die Rechtmäßigkeit der Würdigung und nicht die Begründung. Wenn die Kommission in bestimmten Punkten zu keinem Ergebnis gelangt sei, so folge hieraus, dass das nicht vorhandene Ergebnis auch nicht zu begründen gewesen sei.

- 507 Es sei unzulässig, dass die Klägerin in einem späteren Stadium des vorliegenden Verfahrens versuche, den Klagegrund zu ändern, indem sie aus einem formalen Grund (Begründungsmangel) einen materiell-rechtlichen Grund (Rechtsfehler bzw. offenkundiger Beurteilungsfehler) mache, und die offenkundige Unerheblichkeit ihrer speziellen Argumente für die Anwendung des Artikels 253 EG genüge als Grundlage, um diesen Nichtigkeitsgrund zurückzuweisen.
- 508 Nur rein vorsorglich unterziehe die Kommission daher diese Argumente einer kurzen Prüfung.
- 509 In Bezug auf die Behauptung der Klägerin, dass die Untersuchung detailliert sein müsse, verweist die Kommission auf die Ausführungen zu dem vorhergehenden Klagegrund.
- 510 Der Umstand, dass sich die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht mit der möglichen Entstehung einer beherrschenden Stellung befasst habe, stehe in keinem Zusammenhang mit der ausreichenden Begründung in der Entscheidung. Bezüglich der angeblichen Annahme der Kommission, dass sie über keine ausreichenden Beweise verfüge, um ihre Schlussfolgerungen zu erläutern, dass eine kollektive beherrschende Stellung nicht bestehe, verweist die Kommission auf die Erörterung über das Wesen der Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung.
- 511 Die Erhöhung des Konzentrationsgrades auf den Tonmusikmärkten und die Erhöhung des Symmetriegrades der Marktanteile sowie eine eventuelle Erhöhung des Grades an gegenseitiger Abhängigkeit trügen in keinem wesentlichen Umfang zu einer Beseitigung der Koordinierungshindernisse bei, die in der Untersuchung einer möglicherweise gegenwärtig fehlenden kollektiven beherrschenden Stellung bezeichnet würden, nämlich Komplexität und Mangel an Beweisen für eine hinreichende Transparenz des gesamten Preisfestsetzungsverfahrens (Händlerlistenpreis plus Kundenrabatt plus Werberabatt) für individuelle Alben und individuelle Kunden in zeitlicher Hinsicht.
- 512 Zwar könne eine stärkere Marktkonzentration abstrakt den Anreiz, sich einem gemeinsamen Vorgehen anzuschließen, ändern, im vorliegenden Fall jedoch habe die Marktkonzentration keine spürbaren Wirkungen auf das grundlegende Abschreckungsmittel, was seinen Grund darin habe, dass die Unternehmen in Oligopolstellung nicht in der Lage seien, Abweichungen aufzudecken, diese zu ahnden und von ihrer Begehung abzuschrecken. Ohne hinreichende Transparenz könnten die Majors nicht sicher sein, dass einer von ihnen nicht sowohl den langfristigen Vorteil der stillschweigenden Koordinierung als auch den kurzfristigen Vorteil der Unterbietung der Preise des Konkurrenten suchen werde, und wegen dieser Unsicherheit sei die stillschweigende Koordinierung instabil und könne nicht aufrechterhalten werden.
- 513 Die Ausführungen der Klägerin zur Symmetrie seien ebenfalls zurückzuweisen, da zwischen der Symmetrie und der Transparenz kein einleuchtender Zusammenhang bestehe.
- 514 Das sonstige Vorbringen schließlich betreffe im Wesentlichen die zweite und die dritte kumulative Voraussetzung einer dauerhaften kollektiven beherrschenden Stellung. Die Kommission habe aber zu diesen Voraussetzungen nicht Stellung zu nehmen brauchen, da sie festgestellt habe, dass es keine ausreichenden Beweise für das Vorliegen der ersten Voraussetzung gebe.

### 3. Zum offenkundigen Beurteilungsfehler

- 515 Die Behauptungen der Klägerin, dass eine Beurteilung der voraussichtlichen Entwicklung fehle, seien aus den Gründen zurückzuweisen, die im Abschnitt über den Rechtsfehler dargelegt worden seien.
- 516 Das Vorbringen der Klägerin zu den Anreizen für Unternehmen in Oligopolstellung, sich einem gemeinsamen Vorgehen anzuschließen, sei erneut zurückzuweisen, da es das Fehlen einer hinreichenden Transparenz außer Acht lasse.
- 517 Die Auffassung der Klägerin, dass, da die Reduzierung der Zahl der Majors allgemein die Wahrscheinlichkeit einer stillschweigenden Koordinierung erhöhe, die Kommission zu dem Ergebnis hätte gelangen müssen, dass eine kollektive beherrschende Stellung begründet würde, es sei denn, der Zusammenschluss weise sonstige Merkmale auf, die die stillschweigende Koordinierung weniger wahrscheinlich sein ließen, verkenne völlig den eigenständigen Charakter der einzelnen Voraussetzungen einer dauerhaften kollektiven beherrschenden Stellung. Eine Erhöhung des Konzentrationsgrades auf den relevanten Märkten dürfe nicht dazu führen, dass die an einen Nachweis bezüglich der eigenständigen Voraussetzung einer ausreichenden Transparenz zu

stellenden Anforderungen entsprechend gesenkt würden, sofern nicht nachgewiesen werde, dass die erhöhte Konzentration eine erheblich veränderte Beurteilung der letztgenannten Voraussetzung begründe.

518 Schließlich weist die Kommission darauf hin, dass die Rechtmäßigkeit der Entscheidung nicht an den vorläufigen Ergebnissen der beiden Mitteilungen der Beschwerdepunkte gemessen werden dürfe, von denen eine vor vier Jahren in einer anderen Sache erlassen worden sei.

#### *C – Vorbringen der Streithelferinnen*

519 Die Streithelferinnen machen geltend, die Entscheidung über die Einleitung der Phase II der Untersuchung zeige, dass die Kommission von Anfang an sowohl die Möglichkeit einer Begründung als auch die einer Verstärkung einer kollektiven beherrschenden Stellung geprüft habe. Die Kommission habe sich zu Recht auf die Wesensmerkmale des Marktes und insbesondere auf die Frage konzentriert, ob die Preise so transparent seien, dass die stillschweigende Koordinierung möglich sei (Urteil Gencor/Kommission, oben in Randnr. 246 angeführt, Randnr. 227). Da die Merkmale des Marktes bezüglich der Preise die Schlussfolgerung, dass es in der Vergangenheit eine Kollusion gegeben habe, nicht stützten, sei die Kommission zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass die Reduzierung der Zahl der Majors von fünf auf vier nicht ausreiche, um die einer stillschweigenden Kollusion entgegenstehenden materiellen Hindernisse zu beseitigen (Urteil Airtours/Kommission, oben in Randnr. 45 angeführt, Randnrn. 75 und 76).

520 Die Merkmale des Marktes seien mit der stillschweigenden Koordinierung der Preise und auch der sonstigen Faktoren (Anzahl, Originalität, kulturelle Vielfalt der Neuveröffentlichungen, Signatur der Autoren) unvereinbar. Zu diesen Merkmalen gehörten, dass Tonträger ein heterogenes Erzeugnis seien, dass für die Majors ein starker Anreiz bestehe, den Absatz von Hits zu maximieren, dass die Preis- und Rabattentscheidungen für jede Veröffentlichung eines Albums – sowohl zum Zeitpunkt seiner Veröffentlichung als auch während seiner Lebensdauer – und für jeden individuellen Einzelhändler getroffen würden, dass die Tonträgerunternehmen bezüglich der Händlerlistenpreise bei der Veröffentlichung und in zeitlicher Hinsicht Ermessensentscheidungen trafen, die das Ergebnis subjektiver Beurteilungen des Marketingpersonals seien, dass alle Unternehmen unterschiedliche Preisnachlässe und Boni einräumten, die ihren jeweiligen Wettbewerben unbekannt seien und je nach Zeitpunkt, Album und Einzelhändler variierten, und dass schließlich aus der Beobachtung der Händlerlistenpreise, da die Preisnachlässe nicht vorhersehbar und nicht sichtbar seien, keine zuverlässigen Schlüsse über die Nettopreise gezogen werden könnten, so dass die Koordinierung der Händlerlistenpreise, selbst wenn sie stattfinden würde, keine Auswirkungen auf die realen Preise hätte (vgl. auch Anlage C.4, S. 6).

#### *D – Würdigung durch das Gericht*

521 Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, die Feststellung, dass der Zusammenschluss nicht zur Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung auf dem Tonträgermarkt führe, sei nicht hinreichend begründet und mit einem offenkundigen Beurteilungsfehler und einem Rechtsfehler behaftet.

522 Untersucht die Kommission die Gefahr der Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung, muss sie „anhand einer Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung des Referenzmarktes prüfen, ob der Zusammenschluss, mit dem sie befasst ist, zu einer Situation führt, in der ein wirksamer Wettbewerb auf dem relevanten Markt von den zusammengeschlossenen Unternehmen und einem oder mehreren dritten Unternehmen, die insbesondere aufgrund der zwischen ihnen bestehenden verbindenden Faktoren zusammen die Macht zu einheitlichem Vorgehen auf dem Markt und in beträchtlichem Umfang zu einem Handeln unabhängig von den anderen Wettbewerbern, ihrer Kundschaft und letztlich den Verbrauchern besitzen, erheblich behindert wird“ (Urteile Kali & Salz, oben in Randnr. 245 angeführt, Randnr. 221, Gencor/Kommission, oben in Randnr. 246 angeführt, Randnr. 163, und Airtours/Kommission, oben in Randnr. 45 angeführt, Randnr. 59). Die Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung, die die Kommission im Rahmen der Fusionskontrolle in Bezug auf eine kollektive beherrschende Stellung durchzuführen hat, „erfordert eine aufmerksame Untersuchung insbesondere der Umstände, die sich nach Lage des Einzelfalls als maßgebend für die Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb auf dem Referenzmarkt erweisen“ (Urteil Kali & Salz, oben in Randnr. 245 angeführt, Randnr. 222, und Urteil Airtours/Kommission, oben in Randnr. 45 angeführt, Randnr. 63).

523 Dies gilt umso mehr, als „es nicht darum geht, vergangene Ereignisse, in Bezug auf die häufig zahlreiche Anhaltspunkte vorliegen, die ein Verständnis ihrer Ursachen ermöglichen, oder auch

gegenwärtige Ereignisse zu prüfen, sondern darum, Ereignisse vorherzusehen, die künftig mit mehr oder weniger großer Wahrscheinlichkeit eintreten werden, wenn keine Entscheidung ergeht, mit der der Zusammenschluss zu den geplanten Bedingungen untersagt wird oder diese näher festgelegt werden“ (Urteil Kommission/Tetra Laval, oben in Randnr. 232 angeführt, Randnr. 42). „Eine solche Untersuchung erfordert es [somit], sich die verschiedenen Ursache-Wirkungs-Ketten vor Augen zu führen und von denjenigen mit der größten Wahrscheinlichkeit auszugehen“ (Urteil Kommission/Tetra Laval, oben in Randnr. 232 angeführt, Randnr. 43).

524 Anhand dieser Erwägungen ist zu prüfen, ob die Kommission die Gefahr der Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung zutreffend untersucht hat.

525 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass die Prüfung, die insoweit in der Entscheidung vorgenommen wurde, äußerst knapp gehalten ist.

526 Die Kommission führt in Randnummer 156 aus, dass „die spezifischen Merkmale des Marktes ausschlaggebend dafür [sind], ob eine solche Konzentration zu einer kollektiven Beherrschung führt“.

527 Die Untersuchung, die die Kommission in dieser Hinsicht durchführt, beschränkt sich auf folgende Erwägungen in Randnummer 157, wo es heißt:

„Wie in der Untersuchung zur Frage der Stärkung einer kollektiven beherrschenden Stellung gezeigt, kann aus den festgestellten Parallelen bei den Durchschnittspreisen nicht gefolgert werden, dass die Topkonzerne auf den Tonträgermärkten eine beherrschende Stellung innehaben. Die Reduzierung der Zahl der Topkonzerne von fünf auf vier führt zu mehr Transparenz, da die bilateralen Wettbewerbsbeziehungen von 10 auf 6 reduziert werden. Das erleichtert im Prinzip die Überwachung des Marktes. Wie im Abschnitt über die Stärkung einer kollektiven beherrschenden Stellung erörtert, weisen die Tonträgermärkte bestimmte Merkmale auf, die auf eine Anfälligkeit für eine kollektive beherrschende Stellung hinweisen. Die Kommission fand allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass die fünf Topkonzerne in der Vergangenheit eine kollektive beherrschende Stellung innehatten, da es ein Transparenzdefizit gibt, die Produkte teilweise heterogen sind und keine Beweise für Vergeltungsmaßnahmen vorliegen. Was die Schaffung einer kollektiven beherrschenden Stellung der Topkonzerne anbelangt, konnte die Kommission auch unter Berücksichtigung der noch besseren Koordinierungsmöglichkeiten der verbleibenden vier Topkonzerne keine ausreichenden Beweise dafür finden, dass die Reduzierung der Zahl der Topkonzerne von fünf auf vier so erheblich ist, dass sie zur Schaffung eines Oligopols führen dürfte. Sie hat insbesondere keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass durch diese Reduzierung der Zahl der Topkonzerne die Transparenz und die Vergeltungsmöglichkeiten in dem Maß verbessert werden, dass man davon ausgehen müsste, dass eine kollektive beherrschende Stellung der verbleibenden vier Topkonzerne entsteht.“

528 Diese wenigen, derart oberflächlichen, ja rein formalen Feststellungen genügen nicht zur Erfüllung der Verpflichtung der Kommission, eine Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung durchzuführen und eine eingehende Prüfung insbesondere der Umstände vorzunehmen, die sich nach Lage des Einzelfalls als maßgebend für die Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb auf dem Referenzmarkt erweisen, und zwar insbesondere dann nicht, wenn, wie im vorliegenden Fall, der Zusammenschluss ernsthafte Schwierigkeiten bereitet. Unabhängig von der Würdigung des ersten Klagegrundes durch das Gericht ergibt sich nämlich sowohl aus dem Umstand, dass die Kommission in der Entscheidung lange Ausführungen machen musste, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass vor dem Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung nicht bestanden habe, als auch daraus, dass sie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nach fünfmonatiger Untersuchung zu dem Ergebnis gelangt war, dass eine solche Stellung bestanden habe, dass die Frage, ob der Zusammenschluss zwischen zwei der fünf Majors eine kollektive beherrschende Stellung begründen kann, erst recht ernsthafte Schwierigkeiten bereitet, die eine aufmerksame Untersuchung erfordern. Da diese Untersuchung nicht durchgeführt wurde, folgt schon allein aus diesem Grund, dass der zweite Klagegrund begründet ist.

529 Vorsorglich wird das Gericht gleichwohl prüfen, ob die Feststellungen über die Transparenz und über die Vergeltungsmaßnahmen nicht ebenfalls mit einem Rechtsfehler oder einem Beurteilungsfehler behaftet sind.

530 Aus Randnummer 157 der Entscheidung, insbesondere aus dem letzten Satz dieser Randnummer, geht hervor, dass die Schlussfolgerung der Kommission, dass die durch den Zusammenschluss

bewirkten Änderungen nicht so erheblich sein würden, dass die Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung wahrscheinlich wäre, auf den Voraussetzungen bezüglich der Markttransparenz und den Vergeltungsmaßnahmen beruht.

531 Was die Transparenz angeht, so ist zunächst daran zu erinnern, dass im Rahmen des ersten Klagegrundes festgestellt wurde, dass die Feststellung der Kommission, wonach die Werberabatte die Transparenz in einem Maße herabsetzten, dass eine kollektive beherrschende Stellung ausgeschlossen sei, nicht hinreichend begründet und mit offenkundigen Beurteilungsfehlern behaftet ist.

532 Was ferner die Prüfung der Gefahr der Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung angeht, so durfte sich die Kommission nicht allein auf die bestehende Situation stützen, sondern hatte eine Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung durchzuführen und die Veränderungen zu berücksichtigen, die sich aus dem fraglichen Zusammenschlussvorhaben ergeben würden. In Randnummer 157 der Entscheidung wird insoweit zudem, wenn auch – gelinde gesagt – lakonisch, ausgeführt, dass sich die Koordinierungsmöglichkeiten der vier verbleibenden Marktbeteiligten insgesamt verbessern würden. In der Entscheidung wird indessen nicht untersucht, ob nicht durch den Zusammenschluss, vor allem, weil durch ihn die Anzahl der zu überwachenden Alben verringert wird, der Markt so transparent wird, dass eine kollektive beherrschende Stellung entstehen kann. Überdies ist insoweit daran zu erinnern, dass die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte Folgendes festgestellt hatte:

„Der geplante Zusammenschluss würde die Überwachung der Preiskoordinierung erleichtern, da jeder Major nur das Preisverhalten der drei übrigen Majors berücksichtigen müsste. Die Händlerlistenpreise wären daher noch stärker auf eine sehr enge Preisspanne für den größten Teil der meistverkauften Alben ausgerichtet. Die Transparenz der Preisnachlässe wird ebenfalls stärker sein, da die Majors bei ihren Besuchen in den Läden und ihren Kontakten mit den Einzelhändlern nur noch die drei übrigen Majors werden überwachen müssen.“

533 Die Feststellungen über die Transparenz können somit nicht die Auffassung untermauern, dass der Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung nicht begründen könnte.

534 Was die Vergeltungsmaßnahmen anbelangt, ist der Vortrag der Kommission in der Klagebeantwortung, wonach sie zu der Frage, ob die verschiedenen möglichen Vergeltungsmechanismen ausreichend seien, nicht Stellung genommen habe und sich ihre Beurteilung mit diesem Aspekt nicht befasst habe, mit der Entscheidung, wie sich aus deren Randnummer 157 ergibt, nicht vereinbar.

535 Auch das Vorbringen der Kommission und der Streithelferinnen, wonach die Frage der Vergeltungsmaßnahmen nicht geprüft zu werden brauchte, nachdem die Kommission zu dem Ergebnis gelangt sei, dass sie keinen Beweis dafür habe, dass die Preisfestsetzung so transparent sei, dass eine wirksame Überwachung möglich sei, ist zurückzuweisen, da die Entscheidung ausdrücklich auf das Fehlen von Vergeltungsmaßnahmen gestützt wurde und das Gericht die Beurteilung der Kommission nicht durch seine eigene Beurteilung ersetzen oder die Entscheidung berichtigen darf. Das Vorbringen kann ohnehin keinen Erfolg haben, da entschieden worden ist, dass die Feststellung, wonach der Markt nicht hinreichend transparent sei, und erst recht die Feststellung, wonach der Markt dies auch nicht nach dem Zusammenschluss sein werde, rechtlich nicht hinreichend begründet wurden und mit einem offenkundigen Beurteilungsfehler behaftet sind.

536 In der Entscheidung begnügte sich die Kommission mit einem Verweis auf die Untersuchung der Frage, ob eine kollektive beherrschende Stellung bereits besteht, sowie mit der Feststellung, dass sie keine ausreichenden Beweismittel dafür gefunden habe, dass durch den Zusammenschluss „die Vergeltungsmaßnahmen in dem Maß erleichtert werden, dass man davon ausgehen müsste, dass eine kollektive beherrschende Stellung der verbleibenden Topkonzerne entsteht“.

537 Im Rahmen dieser Untersuchung aber befasste sich die Kommission, wie sich aus dem ersten Klagegrund ergibt, nicht mit der Frage, ob es wirkungsvolle Abschreckungsmechanismen gibt, sondern mit der Suche nach Beweisen dafür, dass in der Vergangenheit Vergeltungsmaßnahmen angewandt wurden. Dieses Vorgehen beinhaltet jedenfalls eine fehlerhafte Auslegung der im Urteil Airtours/Kommission (oben in Randnr. 45 angeführt) dargelegten Voraussetzung für die Prüfung, ob das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung festgestellt werden kann, denn diese Prüfung muss auf einer Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung beruhen. Es ist klar, dass in diesem Rahmen die Suche nach Beweisen dafür, dass in der Vergangenheit Vergeltungsmaßnahmen angewandt wurden, keine geeignete Prüfung sein kann, da die Voraussetzung durchaus erfüllt sein

kann, obwohl jede Vergeltungsmaßnahme in der Vergangenheit fehlt. Da die Beurteilung der Gefahr, dass durch einen Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung begründet wird, definitionsgemäß nicht auf der Grundlage einer bereits vorher bestehenden gemeinsamen Politik erfolgt, ist das Kriterium, dass Vergeltungsmaßnahmen in der Vergangenheit nicht angewandt wurden, ohne jede Relevanz. Die Entscheidung ist daher insoweit fehlerhaft.

538 Aus der Entscheidung und den Akten geht ferner hervor, dass solche glaubwürdigen und wirksamen Abschreckungsmaßnahmen im vorliegenden Fall offenbar tatsächlich bestehen und dass insbesondere die Möglichkeit besteht, das Ausscheren eines Tonträgerunternehmens durch Ausschluss von den Kompilationen zu ahnden. In der Mitteilung der Beschwerdepunkte hatte die Kommission im Übrigen eindeutig die Wirksamkeit dieses Abschreckungsmittels festgestellt, und die Entscheidung bietet keine Erklärung dafür, weshalb dies letzten Endes doch nicht der Fall sein soll. Die Untersuchungen in den Randnummern 115 bis 118 der Entscheidung sind im Gegenteil geeignet, die Wirksamkeit des Abschreckungsmittels zu bestätigen. Die Kommission weist nämlich zunächst in den Randnummern 115 und 116 der Entscheidung auf die wirtschaftliche Bedeutung der Kompilationen verschiedener Künstler oder Labels hin, die ungefähr 15 % bis 20 % des gesamten Tonträgermarkts ausmachten, und betont, dass die Einbeziehung von Künstlern von mehr als einer Plattenfirma ein wesentlicher Faktor für den Erfolg einer Kompilation zu sein scheine, um sodann in Randnummer 117 der Entscheidung auszuführen, dass, „[wenn] sich ein Topkonzern auf Dauer nicht an eine Abmachung [hält], ... die anderen Majors den Ausschereher daher von neuen Joint Ventures ausschließen oder ... ihm die Lizenz für die Aufnahme ihrer Songs auf dessen Kompilationsalben verweigern [könnten]. Sie könnten sogar einige der bestehenden Joint Ventures aufkündigen“. Randnummer 118 der Entscheidung schließlich stellt fest, dass die Kommission allerdings keine Anhaltspunkte dafür gefunden habe, dass in der Vergangenheit andere große Tonträgerunternehmen von Kompilations-Joint-Ventures ausgeschlossen oder dass solche Maßnahmen angedroht worden seien, und weist darauf hin, dass die Majors „durchaus solche Maßnahmen auf den Tonträgermärkten ergreifen könnten“.

539 Daher hat die Kommission einen Rechtsfehler begangen, indem sie das Ergebnis, dass der Zusammenschluss keine kollektive beherrschende Stellung begründen könne, auf das Fehlen eines Nachweises dafür gestützt hat, dass in der Vergangenheit Vergeltungsmaßnahmen angewandt worden waren.

540 Ferner ist daran zu erinnern, dass, wie im Rahmen des ersten Klagegrundes festgestellt worden ist, die Entscheidung keinen einzigen Fall nennt, in dem ein Major sich außerhalb der gemeinsamen Preispolitik gestellt hätte, ohne dass es zu einer Anwendung von Vergeltungsmaßnahmen gekommen wäre. Die Kommission konnte auf Befragen des Gerichts insoweit keinerlei Untersuchung anführen, die sie durchgeführt hätte, um zu dem Schluss zu gelangen, dass sie keinen Beweis dafür habe finden können, dass Vergeltungsmaßnahmen in der Vergangenheit angewandt oder angedroht worden seien.

541 Nach alledem ist auch der zweite Nichtigkeitsgrund begründet.

#### *IV – Allgemeines Ergebnis*

542 Nach alledem sind der erste und der zweite Klagegrund begründet, weil die Entscheidung zum einen unzureichend begründet ist und zum anderen mit einem offenkundigen Beurteilungsfehler behaftet ist, denn die der Entscheidung zugrunde liegenden Beweise stellen nicht alle relevanten Daten dar, die heranzuziehen sind, und reichen nicht aus, um die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen.

543 Ohne dass der Klagegrund bezüglich der Verstärkung oder der Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung auf dem Markt für Online-Musiklizenzen oder der Klagegrund bezüglich der Koordinierung der jeweiligen Tätigkeiten der Parteien des Zusammenschlusses im Musikverlagsbereich geprüft zu werden braucht, ist daher die Entscheidung für nichtig zu erklären.

#### **Kosten**

544 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Nach Artikel 87 § 3 der Verfahrensordnung kann das Gericht jedoch die Kosten teilen oder beschließen, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt oder wenn ein außergewöhnlicher Grund gegeben ist. Nach Artikel 87 § 4 der Verfahrensordnung schließlich kann das Gericht entscheiden, dass ein Streithelfer seine eigenen Kosten trägt.

- 545 Im vorliegenden Fall ist die Entscheidung für nichtig zu erklären, und die Klägerin hat beantragt, die Kommission zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Es sind jedoch folgende Umstände zu berücksichtigen.
- 546 Was die Klägerin betrifft, hat diese zwar mit Nachdruck darauf bestanden, dass über die Rechtssache trotz ihrer von der Kommission zu Recht hervorgehobenen Komplexität im beschleunigten Verfahren entschieden wird, doch hat sie sich nicht dementsprechend verhalten, obwohl das Gericht in seinem Beschluss, mit dem dem Antrag auf beschleunigtes Verfahren stattgegeben wurde, ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass dieser Beschluss je nach dem Verlauf der Rechtssache aufgehoben werden könnte. Das Gericht konnte daher zwar das beschleunigte Verfahren beenden, doch waren die objektive Dringlichkeit der Sache sowie die von den übrigen Beteiligten bereits geleisteten erheblichen Anstrengungen zu berücksichtigen, so dass diese Möglichkeit mit der Zeit immer weniger angemessen wurde. Nach und nach zeigte sich jedoch im Laufe der verschiedenen Phasen des Verfahrens ein Verhalten der Klägerin, das mit Wortlaut und Geist des beschleunigten Verfahrens kaum vereinbar ist.
- 547 Erstens ging der Umfang der Klageschrift und des Parteivorbringens weit über die für ein beschleunigtes Verfahren empfohlenen Normen hinaus, und die Klägerin hat keine Kurzfassung der Klageschrift vorgelegt und hat auch nicht bestimmte Klagegründe zurückgenommen.
- 548 Obwohl, zweitens, die prozessleitende Maßnahme, durch die der Zugang zu bestimmten Schriftstücken oder vertraulichen Unterlagen ermöglicht werden sollte, mit der Kommission, den Streithelferinnen und dem Gericht mittels zahlreicher Schriftwechsel und bei einer informellen Zusammenkunft des Gerichts ausgehandelt und ausgearbeitet worden war, hat die Klägerin eine Änderung dieser Maßnahme beantragt, was zu erheblichen Einwänden der übrigen Beteiligten geführt hat, bis die Klägerin diesen Antrag schließlich zurückgenommen hat.
- 549 Nachdem, drittens, die Klägerin auf ihren Antrag hin die – in einem beschleunigten Verfahren nicht übliche – Gelegenheit erhalten hatte, einen Schriftsatz zur Erwiderung auf die von der Kommission in ihrer Klagebeantwortung vorgebrachten Beweismittel einzureichen, hat sie zu Unrecht Einwände dagegen erhoben, dass die Kommission gemäß dem Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens eine weitere Stellungnahme abgeben konnte.
- 550 Nachdem, viertens, die Klägerin auf einer kurzfristig anberaumten mündlichen Verhandlung bestanden hatte, hat sie sich gleichwohl nicht in der Lage gezeigt, einen der vier vom Gericht vorgeschlagenen Termine wahrzunehmen, und hat dadurch die mündliche Verhandlung um mehrere Monate verzögert.
- 551 Nachdem, fünftens, die Klägerin ausnahmsweise das Recht erhalten hatte, eine Stellungnahme nach der mündlichen Verhandlung abzugeben, vorausgesetzt, diese beschränkte sich auf die Antworten der Kommission zu den schriftlichen Fragen des Gerichts, hat die Klägerin, wie die Kommission hervorgehoben hat, einen Schriftsatz von mehr als 50 Seiten ausschließlich Anlagen eingereicht, in dem sie insbesondere zahlreiche Argumente und Beweismittel ohne jeden Bezug zu den genannten Fragen vorgebracht und neues Vorbringen und neue Beweismittel eingeführt hat.
- 552 Im Übrigen hat die Klägerin zwar bezüglich der kollektiven beherrschenden Stellung auf dem Tonträgermarkt obsiegt, ihre Anträge jedoch, die darauf gerichtet waren, dass alle von der Kommission als Anlage zu ihrer Klagebeantwortung eingereichten Beweismittel aus der Akte entfernt werden, sind zurückgewiesen worden. Auch sind ihre Anträge bezüglich der angeblichen individuellen beherrschenden Stellung von Sony auf den Märkten für den Online-Musikvertrieb völlig unbegründet, sei es auch nur deswegen, weil SonyConnect zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung keinen Marktanteil innehatte, während die anderen Marktbeteiligten, insbesondere Apple, bereits über eine bedeutende Stellung verfügten.
- 553 Was die Kommission betrifft, entfernen sich ihre Ausführungen bedauerlicherweise in mehreren Punkten teilweise ganz erheblich von den Feststellungen in der Entscheidung, wodurch die Klägerin und das Gericht gezwungen waren, ständig ungewöhnliche Untersuchungen vorzunehmen. So entsprechen die Behauptungen, dass die Kommission wegen des Umstands, dass die Anwendung des Vergeltungsmechanismus, der im Ausschluss des Mitglieds aus der gemeinsamen Kompilationspolitik bestehe, zu einem Verlust der aus einer Kompilation erwachsenen Gewinne führen könne, nicht zu dem Ergebnis habe gelangen können, dass es sich um einen glaubhaften Mechanismus handele, oder zu der Frage der Vergeltungsmaßnahmen nicht Stellung genommen habe, offensichtlich nicht den Schlussfolgerungen in den Randnummern 115 bis 118 der Entscheidung, die im Gegenteil die Wirksamkeit des Vergeltungsmechanismus anerkennen (wie dies

im Übrigen bereits in den Randnrn. 128 bis 132 der Mitteilung der Beschwerdepunkte ausdrücklich festgestellt worden war), jedoch darauf verweisen, dass die Kommission keinen Beweis für seine Anwendung gefunden habe. Ferner entspricht die Behauptung der Kommission, dass sie in Randnummer 169 der Entscheidung zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die Markttransparenz auf den Märkten für Online-Musiklizenzen wegen des Fehlens von allgemein bekannten Großhandelspreisen für Lizenzen beschränkt sei, nicht der ebenfalls in der Entscheidung enthaltenen Feststellung, dass „auf dem Markt für Online-Lizenzen in jedem Fall mehr Transparenz herrscht als auf dem herkömmlichen Tonträgermarkt“.

554 Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist das Gericht der Auffassung, dass es den Umständen des vorliegenden Falles gerecht wird, wenn die Kommission ihre eigenen Kosten und drei Viertel der Kosten der Klägerin trägt und die Streithelferinnen ihre eigenen Kosten nach Artikel 87 § 4 der Verfahrensordnung tragen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Dritte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Entscheidung K(2004) 2815 der Kommission vom 19. Juli 2004 zur Erklärung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen (Sache COMP/M.3333 – Sony/BMG) wird für nichtig erklärt.**
2. **Die Kommission trägt ihre eigenen Kosten und drei Viertel der Kosten der Klägerin.**
3. **Die Klägerin trägt ein Viertel ihrer Kosten.**
4. **Die Streithelferinnen tragen ihre eigenen Kosten.**

Jaeger

Azizi

Cremona

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 13. Juli 2006.

Der Kanzler

Der Präsident

E. Coulon

M. Jaeger

Inhaltsverzeichnis

---

\* Verfahrenssprache: Englisch.