

URTEIL DES GERICHTS (Zweite Kammer)

21. September 2005^{*}

In der Rechtssache T-87/05

EDP — Energias de Portugal SA mit Sitz in Lissabon (Portugal), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte C. Botelho Moniz, R. García-Gallardo, A. Weitbrecht und J. Ruiz Calzado,

Klägerin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch A. Bouquet und M. Schneider als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagte,

unterstützt durch

Gas Natural SDG SA mit Sitz Barcelona (Spanien), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte J. Perez-Bustamante Köster und P. Suárez Fernández,

Streithelferin,

^{*} Verfahrenssprache: Englisch.

wegen Nichtigerklärung der Entscheidung C(2004) 4715 final der Kommission vom 9. Dezember 2004, mit der der Zusammenschluss, durch den die EDP — Energias de Portugal SA und die Eni Portugal Investment SpA die gemeinsame Kontrolle über die Gás de Portugal SGPS SA erwerben, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt worden ist (Sache COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP),

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten J. Pirrung sowie der Richter N. J. Forwood und S. Papasavvas,

Kanzler: J. Plingers, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 2005

folgendes

Urteil

Rechtlicher Rahmen

- 1 Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 395, S. 1) in

der berechtigten (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 Nr. 4064/89) bestimmt:

„Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, sind für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.“

- 2 Artikel 18 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 1. März 1998 über die Anmeldungen, über die Fristen sowie über die Anhörung nach der Verordnung Nr. 4064/89 (ABl. L 61, S. 1) sieht vor:

„Die der Kommission von den beteiligten Unternehmen gemäß Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung ... Nr. 4064/89 vorgeschlagenen Verpflichtungen, die nach Absicht der Beteiligten die Grundlage für eine Entscheidung nach dem genannten Artikel bilden sollen, sind der Kommission nicht später als drei Monate nach dem Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens vorzulegen. Die Kommission kann unter außergewöhnlichen Umständen diese Frist verlängern.“

- 3 In Nummer 43 der Mitteilung der Kommission über im Rahmen der Verordnung Nr. 4064/89 und der Verordnung Nr. 447/98 zulässige Abhilfemaßnahmen (ABl. 2001, C 68, S. 3, im Folgenden: Mitteilung über Abhilfemaßnahmen) heißt es:

„ ... Ändern die Parteien daraufhin ihre Verpflichtungsvorschläge, kann die Kommission diese geänderten Vorschläge für Verpflichtungen nur akzeptieren, wenn sie — auf der Grundlage ihrer Würdigung der im Laufe des Verfahrens

erhaltenen Informationen, einschließlich der Ergebnisse früherer Markttests und ohne dass es eines weiteren Markttests bedürfte — eindeutig feststellen kann, dass durch die Verpflichtungen, wenn sie einmal durchgeführt sind, die festgestellten Wettbewerbsprobleme gelöst werden, und wenn genügend Zeit für eine angemessene Konsultation der Mitgliedstaaten verbleibt.“

- 4 Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG (ABl. L 176, S. 57, im Folgenden: zweite Gasrichtlinie) sieht vor:

„Die Mitgliedstaaten tragen entsprechend ihrem institutionellen Aufbau und unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips dafür Sorge, dass Erdgasunternehmen ... nach den in dieser Richtlinie festgelegten Grundsätzen im Hinblick auf die Errichtung eines wettbewerbsorientierten, sicheren und unter ökologischen Aspekten nachhaltigen Erdgasmarkts betrieben werden und dass diese Unternehmen hinsichtlich der Rechte und Pflichten nicht diskriminiert werden.“

- 5 Artikel 1 Absatz 31 der zweiten Gasrichtlinie definiert einen entstehenden Markt als „einen Mitgliedstaat, in dem die erste kommerzielle Lieferung aufgrund seines ersten langfristigen Erdgaslieferungsvertrags nicht mehr als zehn Jahre zurückliegt“.

- 6 Artikel 28 Absätze 2 und 3 der zweiten Gasrichtlinie bestimmt:

„(2) Ein als entstehender Markt eingestuftes Mitgliedstaat, der durch die Anwendung dieser Richtlinie in erhebliche Schwierigkeiten geriete, kann von Artikel 4, Artikel 7, Artikel 8 Absätze 1 und 2, Artikel 9, Artikel 11, Artikel 12

Absatz 5, Artikel 13, Artikel 17, Artikel 18, Artikel 23 Absatz 1 und/oder Artikel 24 dieser Richtlinie abweichen. Diese Ausnahme endet automatisch, sobald der betreffende Mitgliedstaat nicht mehr als entstehender Markt anzusehen ist. Alle derartigen Ausnahmen sind der Kommission mitzuteilen.

(3) Zu dem Zeitpunkt, zu dem die in Absatz 2 genannte Ausnahme endet, muss die Definition der zugelassenen Kunden eine Marktöffnung bewirken, die sich auf mindestens 33 % des jährlichen Gesamterdgasverbrauchs auf dem innerstaatlichen Erdgasmarkt erstreckt. Zwei Jahre nach diesem Zeitpunkt gilt Artikel 23 Absatz 1 Buchstabe b) und drei Jahre nach diesem Zeitpunkt gilt Artikel 23 Absatz 1 Buchstabe c). Bis zum Beginn der Anwendung des Artikels 23 Absatz 1 Buchstabe b) können die in Absatz 2 genannten Mitgliedstaaten beschließen, Artikel 18 nicht anzuwenden, soweit es sich um Hilfsdienste und die vorübergehende Speicherung für die Wiederverdampfung und die anschließende Einspeisung in das Fernleitungsnetz handelt.“

Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 7 Die Klägerin EDP — Energias de Portugal SA (im Folgenden: EDP oder Klägerin) ist die traditionelle portugiesische Elektrizitätsgesellschaft. Sie ist in Portugal vor allem in der Stromerzeugung, -verteilung und -versorgung tätig. EDP ist an der Euronext-Börse von Lissabon (Portugal) notiert. Der portugiesische Staat ist der größte Aktionär und hält — direkt oder indirekt — 30 % der Anteile, während sich die übrigen Aktien in Streubesitz befinden. EDP kontrolliert Hydrocantaábrico, eine im spanischen Elektrizitäts- und Erdgassektor tätige Gesellschaft. Sie hält Anteile an den in Portugal in der Stromerzeugung tätigen Gesellschaften Turbogás (20 %) und Tejo Energia (10 %). EDP besitzt außerdem 30 % von Rede Eléctrica Nacional SA, dem Verwalter des portugiesischen Stromnetzes.
- 8 Eni SpA ist ein italienisches Unternehmen, das auf allen Stufen der Stromversorgungs- und -verteilungskette tätig ist.

- 9 Gás de Portugal SGPS SA (im Folgenden: GDP) ist die traditionelle portugiesische Erdgasgesellschaft. GDP ist eine 100%ige Tochtergesellschaft des portugiesischen Unternehmens Galp Energia SGPS SA (im Folgenden: Galp). Galp wird gegenwärtig vom portugiesischen Staat und Eni kontrolliert und ist sowohl im Erdöl- als auch im Erdgassektor tätig. GDP und ihre Tochtergesellschaften decken alle Stufen der Gasversorgungskette in Portugal ab. GDP importiert über ihre Tochtergesellschaft Transgás Erdgas über eine Fernleitung und die LNG-Station („Liquefied Natural Gas“, Flüssigerdgas) in Sinès nach Portugal und ist für den Transport, die Speicherung, die Verteilung und die Versorgung über Hochdruckfernleitungen (im Folgenden: Gasnetz) zuständig. GDP ist auch in der Belieferung industrieller Großkunden mit Erdgas und in der Entwicklung und dem zukünftigen Betrieb der ersten unterirdischen Speicherstätte für Erdgas tätig. GDP kontrolliert über ihre Tochtergesellschaft GDP Distribuição Energia SA außerdem fünf der sechs örtlichen Gasverteilungsunternehmen.
- 10 Rede Eléctrica Nacional SA (im Folgenden: REN) ist eine portugiesische Gesellschaft, die 1994 im Zuge der Verselbständigung („spin-off“) des portugiesischen Stromnetzes entstanden ist, das zuvor EDP gehört hatte. REN betreibt gegenwärtig das portugiesische Stromnetz und wird sowohl „Alleinabnehmer“ im Sinne der Gemeinschaftsrichtlinien tätig, der Strom von den Erzeugern kauft und ihn an die Verteiler/Versorger zur Abgabe an die „nicht zugelassenen“ Kunden verkauft, d. h. an die Kunden, die ihre Versorger nicht auswählen können. Der portugiesische Staat kontrolliert direkt oder indirekt 70 % von REN.
- 11 Im Jahr 2003 legte die portugiesische Regierung ihre Politik zur Umstrukturierung des Energiesektors in Portugal im Hinblick auf die nach den einschlägigen Gemeinschaftsrichtlinien anstehende vollständige Liberalisierung dieses Sektors fest. Diese Umstrukturierung sollte nach den ursprünglichen Plänen der portugiesischen Regierung aus folgenden Phasen bestehen:
- Aufteilung der Gas und Öl betreffenden Tätigkeiten von Galp in drei getrennte Teile: (a) den Gastransport (Transgás), (b) die Gasverteilung und -versorgung (GDP) und (c) die Verarbeitung und Verteilung von Mineralölprodukten (Petrogal);

- Förderung der Bündelung der Gas und Strom betreffenden Tätigkeiten in derselben Unternehmensgruppe;

 - Erwerb des Gastransportgeschäfts (insbesondere des Gasnetzes und möglicherweise anderer reglementierter Geschäftsfelder) durch REN.
- 12 Gemäß einer Aktienkaufvereinbarung vom 31. März 2004 sollten EDP, Eni (über ihre 100%ige Tochtergesellschaft Eni Portugal Investment SpA) und REN gemeinsam von Galp das gesamte Kapital von GDP übernehmen. Am selben Tag wurde eine weitere Vereinbarung über eine zeitlich befristete Beteiligung von REN an GDP und die zukünftige Veräußerung des Gasnetzes an REN gegen deren Anteile an GDP geschlossen. Die Durchführung der gesamten Transaktion stand unter dem Vorbehalt, dass die zuständigen Wettbewerbsbehörden diese in allen Teilen genehmigen.
- 13 Am 9. Juli 2004 wurde die gesamte Transaktion nach Artikel 4 der Verordnung Nr. 4064/89 bei der Kommission angemeldet. Diese war der Ansicht, dass die gesamte Transaktion zu zwei verschiedenen Geschäften führe, wobei das eine auf die ausschließliche Kontrolle über das Gasnetz durch REN und das andere auf den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle an GDP durch EDP und Eni (im Folgenden: Beteiligte) im Wege des Anteilskaufs gerichtet sei, und dass dieses zweite Geschäft (im Folgenden: Zusammenschluss) eine gemeinschaftsweite Bedeutung habe (ABl. C 185, S. 3).
- 14 Am selben Tag wurde der Erwerb der ausschließlichen Kontrolle über das Gasnetz durch REN bei der portugiesischen Wettbewerbsbehörde angemeldet.
- 15 Nach einer vorläufigen Prüfung gelangte die Kommission zu dem Schluss, dass erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt bestünden. Sie leitete daher am 12. August 2004 ein Verfahren nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 4064/89 ein.

- 16 Am 12. Oktober 2004 richtete die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Beteiligten, in der vorläufig festgestellt wurde, dass der Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sei.
- 17 Am 27. Oktober 2004 antworteten die Beteiligten auf diese Mitteilung.
- 18 Am 28. Oktober 2004 boten die Beteiligten Verpflichtungszusagen an, mit denen die von der Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte aufgeführten Wettbewerbsbedenken ausgeräumt werden sollten.
- 19 Am 29. Oktober und am 4. November 2004 übermittelte die Kommission nach Artikel 11 der Verordnung Nr. 4064/89 den potenziellen Wettbewerbern der Fusionseinheit, den spanischen und portugiesischen Regulierungsbehörden und den Betreibern des spanischen Gasnetzes einen Fragebogen (im Folgenden: Marktuntersuchung).
- 20 Am 17. November 2004 legten die Beteiligten Änderungen ihrer vorhergehenden Zusagen vor.
- 21 Am 26. November 2004 legten die Beteiligten weitere Änderungen ihrer Zusagen zum Elektrizitätssektor vor und kündigten weitere Änderungen ihrer Zusagen zum Gassektor an. Am Abend des 3. Dezember 2004 übermittelten sie der Kommission die endgültige Fassung der den Gassektor betreffenden Änderungen.

- 22 Mit Entscheidung vom 9. Dezember 2004 (Sache COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP C[2004] 4715 final) (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) erklärte die Kommission den Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar.
- 23 Für die Zwecke des vorliegenden Rechtsstreits lässt sich die angefochtene Entscheidung wie folgt zusammenfassen.
- 24 Die Kommission hat erstens folgende acht Märkte ermittelt, die durch den Zusammenschluss betroffen werden könnten:
- in Bezug auf Strom:
 - den Stromgroßhandelsmarkt in Portugal;
 - den Stromeinzelhandelsmarkt für die Versorgung industrieller Großkunden in Portugal;
 - den Stromeinzelhandelsmarkt für die Versorgung industrieller, gewerblicher und privater Kleinkunden in Portugal;
 - den Markt für den Ausgleich von Stromangebot und -nachfrage („balancing power“, im Folgenden: Regelenergie) und für Hilfsdienste in Portugal;

- in Bezug auf Gas:
 - den Markt für die Lieferung von Gas an Erzeuger von Strom in Gaskraftwerken („Combined Cycle Gas Turbine“, im Folgenden: CCGT) in Portugal;
 - den Markt für die Lieferung von Gas an örtliche Verteilungsunternehmen („Local Distribution Companies“, im Folgenden: LDCs) in Portugal;
 - den Markt für die Lieferung von Gas an industrielle Großkunden in Portugal;
 - den Markt für die Lieferung von Gas an industrielle, gewerbliche und private Kleinkunden in Portugal oder auf örtlicher Ebene.

25 Die Kommission vertrat zweitens bei ihrer wettbewerbsrechtlichen Würdigung die Ansicht, dass der Zusammenschluss

- auf den Strommärkten
 - das erhebliche Wettbewerbspotenzial von GDP auf dem Stromgroßhandelsmarkt ausschalten würde (horizontale Wirkung);

- das erhebliche Wettbewerbspotenzial von GDP auf dem Stromeinzelhandelsmarkt ausschalten würde (horizontale Wirkung);

- das erhebliche Wettbewerbspotenzial von GDP auf dem Markt für Regelenergie und Hilfsdienste ausschalten würde (horizontale Wirkung);

- EDP Einblick in die Beschaffungskosten und den Gastagesbedarf ihrer gegenwärtigen Wettbewerber verschaffen und den Markteintritt potenzieller Wettbewerber, die ein neues CCGT betreiben wollten, verhindern oder verzögern würde (nicht horizontale Wirkung);

- EDP privilegierten und begünstigten Zugang zu den in Portugal verfügbaren Erdgasressourcen verschaffen würde (nicht horizontale Wirkung);

- EDP die Möglichkeit und den Anreiz geben würde, ihre Wettbewerber durch Erhöhung des Gaspreises und/oder Verringerung der Versorgungsqualität in erheblichem Ausmaß auszuschließen (nicht horizontale Wirkung);

- die Nachfrage auf dem Markt für die Belieferung der Stromerzeuger mit Gas zum Erliegen bringen würde (nicht horizontale Wirkung);

- auf den Gasmärkten

- die Nachfrage auf dem Markt für die Belieferung der LDCs zum Erliegen bringen würde (nicht horizontale Wirkung);

- das erhebliche Wettbewerbspotenzial von EDP auf dem Markt für die Belieferung von Großkunden ausschalten würde (horizontale Wirkung);

- das erhebliche Wettbewerbspotenzial von EDP auf dem Markt für die Belieferung von Kleinkunden ausschalten würde (horizontale Wirkung).

²⁶ Wie oben ausgeführt, unterbreiteten die Beteiligten der Kommission mehrere Verpflichtungszusagen, und zwar am 28. Oktober 2004 (A — P), am 17. November 2004 (EDP.1 — EDP.5; ENI.II — ENI.XIV), am 26. November 2004 und am 3. Dezember 2004. Diese enthielten folgende Abhilfemaßnahmen:

- Veräußerung der Wiedervergasungsstation in Sinès an REN (A/ENI.II);

- Veräußerung der unterirdischen Speicheranlagen in Carriço an REN (B/ENI. III);

- vorzeitige Veräußerung des Gasnetzes an REN (ENI.IV);

- Garantien für den Zugang zum Gasnetz bis zur Veröffentlichung des Netzzugangscodes für Dritte oder der Veräußerung des Netzes an REN (C/ ENI.V);

- Freigabe der Gaskapazitäten in Campo Maior, der Eintrittsstelle der Fernleitung in Portugal, die gegenwärtig für Transgás reserviert sind, aber nicht genutzt werden (D/ENI.VI);

- Zusage, keine zusätzlichen Kapazitäten in Campo Maior zu reservieren (E/ENI.VII);

- Zusage, keine zusätzlichen Kapazitäten der Extremadura-Fernleitung zu reservieren (F/ENI.VIII);

- Zusage, unter bestimmten Umständen zusätzliche Kapazitäten der Extremadura-Fernleitung und/oder in Campo Maior bereitzustellen (ENI.IX);

- Änderung des Kaufvertrags vom 31. März 2004 hinsichtlich der Rechte von GDP in Bezug auf den so genannten „Mechanismus der Ausrichtung am besten Angebot“, der die Angebote von EDP zur kurzfristigen Gasbeschaffung auf dem Markt betraf (G/ENI.X);

- Maßnahmen zur Ausräumung der Bedenken hinsichtlich eines möglichen privilegierten Zugangs zu Preisinformationen (H/ENI.XI);

- Maßnahmen zur Gewährleistung einer wirksamen Liberalisierung der Großkundennachfrage (I/ENI.XII);

- Zusage, eine oder mehrere von den Parteien kontrollierte LDCs zu veräußern (J/ENI.XIV);

- Zusage, bis zur Liberalisierung der Märkte keine kombinierten Angebote Erdgas/Strom für Groß- und Kleinkunden vorzusehen (K/ENI.XIII);

- Verringerung der Kapitalbeteiligung von EDP an REN von 30 % auf ungefähr 5 % (L/EDP.1);

- Moratorium für den Bau neuer CCGTs (M/EDP.3);

- Zusage, die Kapazität eines der drei CCGTs von EDP in Ribatejo („TER“) zeitweilig zu vermieten (N/EDP.4);

- Zusage, die Beteiligung von EDP an Tejo Energia zu veräußern (O/EDP.2);

- Zusage, bestimmte Stimmrechte von EDP bei Turbogás zeitweilig ruhen zu lassen und unabhängige Mitglieder in den Vorstand zu entsenden (P/EDP.5).

27 Die Kommission beurteilte drittens die Wirkungen der am 28. Oktober 2004 gemachten Zusagen, dann die der am 17. November 2004 geänderten Zusagen, und gelangte zu dem Schluss, dass diese Zusagen die von ihr festgestellten Wettbewerbsprobleme nicht lösten. Sie vertrat die Ansicht, dass die geänderten Zusagen vom 26. November 2004 die Wettbewerbsbedenken nicht vollständig und zweifelsfrei ausräumten, außer in Bezug auf den Markt für die Belieferung der LDCs mit Gas, und dass diese Zusagen teilweise reine Absichtserklärungen seien. Sie wies auch die am 3. Dezember 2004 unterbreiteten geänderten Zusagen, die diejenigen vom 26. November 2004 bestätigen sollten, zurück, da sie ihr zum einen verspätet

vorgelegt worden seien und zum anderen nur die Zusagen vom 26. November 2004 umzusetzen.

- 28 Aus den oben genannten Gründen, j, j, jeweils für sich oder in ihrer Gesamtheit betrachtet, gelangte die Kommission schließlich zu dem Schluss, dass der Zusammenschluss trotz der von den Beteiligten unterbreiteten Verpflichtungszusagen die beherrschende Stellung von EDP auf dem Stromgroßhandelsmarkt, dem Markt für Regelenergie und Hilfsdienste sowie auf dem Stromeinzelhandelsmarkt für Groß- und Kleinkunden in Portugal und außerdem die beherrschende Stellung von GDP auf den Märkten für die Gasversorgung der CCGTs, der Groß- und der Kleinkunden verstärken würde und dass damit der Wettbewerb in einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes erheblich behindert würde. Der Zusammenschluss sei daher nach Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.

Verfahren und Anträge der Parteien

- 29 Mit Klageschrift, die am 25. Februar 2005 in das Register der Kanzlei des Gerichts eingetragen worden ist, hat die Klägerin die vorliegende Klage gegen die angefochtene Entscheidung erhoben.
- 30 Mit besonderem Schriftsatz, der am selben Tag eingegangen ist, hat sie beantragt, über diese Klage gemäß Artikel 76a der Verfahrensordnung des Gerichts im beschleunigten Verfahren zu entscheiden.
- 31 Im Rahmen prozessleitender Maßnahmen nach Artikel 64 der Verfahrensordnung wurden die Klägerin und die Beklagte für den 6. April 2005 zu einer informellen Sitzung mit dem Berichterstatter eingeladen, um zu prüfen, ob dem Antrag auf

Entscheidung im beschleunigten Verfahren stattgegeben werden kann. In dieser Sitzung hat die Klägerin zugesagt, eine gekürzte Fassung ihrer Klageschrift einzureichen, die den Vorgaben der praktischen Anweisungen des Gerichts an die Parteien entspricht, und die Kommission hat um eine Fristverlängerung ersucht, um ihre Verteidigung vorzubereiten. Der Berichterstatter hat einen vorläufigen Zeitplan für das Verfahren vorgelegt. Am 22. April 2005 hat die Klägerin ihre gekürzte Klageschrift eingereicht, die sich von der Originalfassung im Wesentlichen durch den Verzicht auf den ersten und den zweiten Klagegrund unterscheidet. Die Kommission hat ihre Klagebeantwortung am 14. Mai 2005 eingereicht.

32 Am 25. Mai 2005 hat die Zweite Kammer des Gerichts, der die Rechtssache zugewiesen worden ist, beschlossen, die Rechtssache im beschleunigten Verfahren zu entscheiden.

33 Mit Beschluss des Präsidenten der Zweiten Kammer des Gerichts vom 13. Juni 2005 ist Gas Natural nach Anhörung der Parteien gemäß Artikel 76a der Verfahrensordnung als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kommission in der mündlichen Verhandlung zugelassen worden, und dem Antrag der Parteien auf vertrauliche Behandlung ist vorbehaltlich der Stellungnahme der Streithelferin ebenfalls stattgegeben worden. Die Streithelferin hat bestätigt, dass sie gegen diesen Antrag keine Einwände erhebe.

34 Auf Bericht des Berichterstatters hat das Gericht beschlossen, das mündliche Verfahren zu eröffnen, und hat die Streithelferin im Wege einer prozessleitenden Maßnahme aufgefordert, vorab eine ausführliche Gliederung ihres Vortrags in der mündlichen Verhandlung zu übermitteln. Auf Antrag der Klägerin hat das Gericht die Kommission und die Streithelferin aufgefordert, das Protokoll einer Sitzung vorzulegen, die diese am 27. August 2004 in Madrid abgehalten hatten; dieser Aufforderung kamen sie nach. Schließlich hat das Gericht den Parteien schriftliche Fragen gestellt und sie aufgefordert, diese in der mündlichen Verhandlung zu beantworten. Die Klägerin hat am Tag vor der mündlichen Verhandlung eine schriftliche Antwort auf sämtliche Fragen vorlegt (im Folgenden: Antwort für die mündliche Verhandlung). Diese Antwort ist den übrigen Beteiligten am selben Tag übermittelt worden.

35 Die Parteien haben in der Sitzung vom 5. Juli 2005 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet. Die von der Klägerin in der Sitzung vorgelegten Schriftstücke wurden nicht zu den Akten der Rechtssache genommen.

36 Die Klägerin beantragt,

- die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären;
- der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

37 Die Kommission beantragt,

- die Klage abzuweisen;
- der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

38 Die Streithelferin beantragt, die Klage abzuweisen.

Entscheidungsgründe

39 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der Zwänge des hier im Übrigen im Einverständnis der Parteien zugelassenen beschleunigten Verfahrens nur das wesentliche Vorbringen der Partei, die mit ihrer entsprechenden Rüge unterlegen

ist, ausgeführt wird, und dies nur soweit erforderlich. Insoweit sind alle Argumente der Parteien, die die Entscheidung des Rechtsstreits beeinflussen könnten, einschließlich der nicht ausdrücklich im von den Parteien vorbehaltlich kleinerer Änderungen genehmigten Sitzungsbericht wiedergegebenen, berücksichtigt worden. Die Ausführungen des Gerichts beschränken sich daher auf die zur umfassenden Stützung des Tenors der vorliegenden Entscheidung erforderliche Begründung (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofes vom 15. Juni 2000 in der Rechtssache C-237/98 P, Dorsch Consult/Rat und Kommission, Slg. I-4549, Randnr. 51).

- 40 Das Gericht stellt fest, dass sich die Klägerin vorbehaltlich der Zulassung des beschleunigten Verfahrens ausdrücklich damit einverstanden erklärt hat, die ersten beiden Klagegründe sowie den dritten Teil des dritten Klagegrundes der ursprünglichen Klageschrift nicht weiter zu verfolgen, um zum zügigen Erlass einer gerichtlichen Entscheidung beizutragen. Der Grund für diesen Verzicht liegt darin, dass die Kommission im Fall einer Nichtigerklärung der Entscheidung aufgrund der ersten beiden formalen Klagegründe, mit denen die Versagung der Akteneinsicht und ein Begründungsmangel gerügt wurde, oder aufgrund des dritten Teils des dritten Klagegrundes, mit dem ein Verstoß gegen den Grundsatz der guten Verwaltung geltend gemacht wurde, a priori nicht verpflichtet gewesen wäre, beim eventuellen Erlass einer neuen Entscheidung einen anderen wettbewerbsrechtlichen Ansatz als in der erlassenen Entscheidung zu vertreten. Da dem Antrag auf Entscheidung im beschleunigten Verfahren im vorliegenden Fall stattgegeben worden ist, nimmt das Gericht den Verzicht auf diese beiden Klagegründe und den dritten Teil des dritten Klagegrundes zur Kenntnis.

- 41 Nach der gekürzten Klageschrift macht die Klägerin vier Klagegründe geltend. Erstens rügt sie, dass die Kommission die für die Portugiesische Republik nach Artikel 28 Absatz 2 der zweiten Gasrichtlinie geltende Ausnahme verkannt habe. Zweitens habe die Kommission gegen Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 verstoßen, weil sie nicht belegt habe, dass das zweite in diesem Artikel aufgestellte Kriterium erfüllt sei. Drittens macht die Klägerin Form- und/oder Verfahrensverstöße gegen Artikel 8 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 4064/89 geltend. Viertens rügt sie Beurteilungsfehler der Kommission in Bezug auf die nach Artikel 8 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 4064/89 unterbreiteten Verpflichtungszusagen.

- 42 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass bestimmte allgemeine Klagegründe, d. h. solche, die sich nicht speziell auf einen der relevanten Märkte beziehen, für sich allein zur Nichtigkeitserklärung der angefochtenen Entscheidung führen können. Demnach sind zuerst diese allgemeinen Klagegründe, d. h. der zweite und der dritte Klagegrund, und dann der erste Klagegrund, der sich hauptsächlich auf die Gasmärkte bezieht, und schließlich der vierte Klagegrund zu prüfen.
- 43 In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission Bedenken dahin gehend geäußert, dass die Klägerin ihre Antwort für die mündliche Verhandlung schriftlich abgegeben habe. Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Klägerin von den 23 vom Gericht an die Parteien gestellten Fragen nur zwei schriftlich zu beantworten hatte. Die Klägerin hat jedoch am Tag vor der mündlichen Verhandlung alle ihre Antworten schriftlich eingereicht, und in der Sitzung lediglich auf dieses Schriftstück verwiesen. Soweit die Kommission eine Verletzung ihrer Verteidigungsrechte geltend machen will, ist darauf hinzuweisen, dass ihr dieses Schriftstück am späten Nachmittag des Tages vor der mündlichen Verhandlung übermittelt worden ist und dass sie in der Sitzung dazu Stellung nehmen konnte. Der Zeitraum, der der Kommission damit zur Verfügung stand, war zwar knapp bemessen, bleibt im beschleunigten Verfahren der vorliegenden Rechtssache, in dem allen Beteiligten und auch dem Gericht extrem kurze Fristen gesetzt wurden, aber im Rahmen des Angemessenen. Darüber hinaus hat die der Kommission eingeräumte Möglichkeit, von den Antworten der Klägerin am Tag vor der mündlichen Verhandlung statt an diesem Tag selbst Kenntnis zu nehmen, für einen besseren Ablauf des kontradiktorischen Verfahrens gesorgt.

I — Zum zweiten Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89

- 44 Mit diesem Klagegrund trägt die Klägerin im Wesentlichen vor, dass Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 zwei Kriterien enthalte und dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht festgestellt habe, dass das zweite dieser Kriterien erfüllt sei.

- 45 Artikel 2 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 4064/89 nennt in der Tat zwei kumulative Kriterien, von denen sich das erste auf die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung und das zweite darauf bezieht, dass durch die Begründung oder Verstärkung einer solchen Stellung wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich behindert würde (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichts vom 19. Mai 1994 in der Rechtssache T-2/93, *Air France/Kommission*, Slg. 1994, II-323, Randnr. 79, vom 27. November 1997 in der Rechtssache T-290/94, *Kaysersberg/Kommission*, Slg. 1997, II-2137, Randnr. 156, und vom 25. Oktober 2002 in der Rechtssache T-5/02, *Tetra Laval/Kommission*, Slg. 2002, II-4381, Randnr. 146).
- 46 In bestimmten Fällen kann die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung jedoch an sich schon eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs zur Folge haben.
- 47 So kann ein missbräuchliches Verhalten vorliegen, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese durch Übernahme eines Wettbewerbers dergestalt verstärkt, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert (Urteil des Gerichtshofes vom 21. Februar 1973 in der Rechtssache 6/72, *Europemballage und Continental Can/Kommission*, Slg. 1973, 215, Randnr. 26). Die Bedeutung dieser Rechtsprechung wird dadurch verstärkt, dass die vom Gerichtshof in diesem Urteil — zu einem Zeitpunkt, als die Verordnung Nr. 4064/89 noch erlassen worden war — geprüfte Situation große Ähnlichkeit mit der Situation aufweist, die sich aus einem Zusammenschluss im Sinne dieser Verordnung ergeben kann.
- 48 Im Bereich der Unternehmenszusammenschlüsse zeichnet sich eine beherrschende Stellung durch die wirtschaftliche Machtstellung eines oder mehrerer Unternehmen aus, die diese in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihnen die Möglichkeit verschafft, sich ihren Konkurrenten, ihren Kunden und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten (Urteil des Gerichts vom 25. März 1999 in der Rechtssache T-102/96, *Gencor/Kommission*, Slg. 1999, II-753, Randnr. 200).

- 49 Daraus folgt, dass der Nachweis der Begründung oder der Verstärkung einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 in bestimmten Fällen dem Nachweis einer erheblichen Behinderung eines wirksamen Wettbewerbs entsprechen kann. Diese Feststellung bedeutet nicht, dass das zweite Kriterium rechtlich mit dem ersten zusammenfällt, sondern lediglich, dass sich aus ein und derselben tatsächlichen Prüfung eines bestimmten Marktes ergeben kann, dass beide Kriterien erfüllt sind.
- 50 Soweit sich aus den Begründungserwägungen einer Entscheidung, mit der die Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt wird, einschließlich derjenigen, die formell der Prüfung der Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung gewidmet sind, ergibt, dass dieser Zusammenschluss erhebliche wettbewerbswidrige Auswirkungen haben wird, besteht daher keine Veranlassung, diese Entscheidung allein deshalb als rechtswidrig — sei es im Hinblick auf die Begründungspflicht nach Artikel 253 EG oder in materieller Hinsicht — anzusehen, weil die Kommission ihre Ausführungen zu diesen Gesichtspunkten nicht ausdrücklich und speziell mit dem zweiten Kriterium des Artikels 2 der Verordnung Nr. 4064/89 in Zusammenhang gebracht hat. Jede andere Lösung liefe darauf hinaus, der Kommission eine rein formale Verpflichtung aufzuerlegen, die sie zwingen würde, dieselben Erwägungen zweimal anzuführen, erstens bei der Prüfung der Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung auf einem bestimmten Markt und zweitens im Zusammenhang mit der erheblichen Behinderung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt.
- 51 Im vorliegenden Fall ist vorab die Auffassung der Kommission zurückzuweisen, wonach der vorliegende Klagegrund auf einem Begründungsmangel beruhe. Ergäbe sich aus der angefochtenen Entscheidung, dass die Kommission nicht geprüft hat, ob das zweite Kriterium des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 erfüllt ist, oder nicht nachgewiesen hat, dass es erfüllt ist, wäre daraus zu schließen, dass sie gegen diese Bestimmung verstoßen hat. Im Rahmen dieser Verordnung könnte das Fehlen einer entsprechenden Begründung nämlich nur das Fehlen oder die Unzulänglichkeit der Prüfung, ob dieses zweite Kriterium erfüllt ist, zum Ausdruck bringen und nicht, dass diese Prüfung zwar durchgeführt, in der Entscheidung aber nicht erläutert worden ist.

52 Zur Hauptrüge der Klägerin ist festzustellen, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung sorgfältig für jeden einzelnen betroffenen Markt ausgeführt hat, dass die beiden Kriterien des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 erfüllt sind. So hat sie festgestellt, dass der Zusammenschluss die bestehenden beherrschenden Stellungen von EDF und GDP verstärken würde, mit der Folge, dass wirksamer Wettbewerb auf dem Stromgroßhandelsmarkt (Begründungserwägungen 364, 379, 410, 428 und 429), dem Markt für Regelenergie und Hilfsdienste (Begründungserwägung 432), den Stromeinzelhandelsmärkten (Begründungserwägung 473), den Märkten für die Gasversorgung von Stromerzeugern (Begründungserwägung 528), LDCs (Begründungserwägung 538), Großkunden (Begründungserwägung 550), Kleinkunden (Begründungserwägung 602) und im Allgemeinen (Begründungserwägung 609) auch nach Prüfung aller Verpflichtungszusagen (Begründungserwägung 914) erheblich behindert würde.

53 Es ist zwar auch festzustellen, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung die Gesichtspunkte, aus denen sie die Verstärkung der bestehenden beherrschenden Stellungen von EDP und GDP ableitet, und diejenigen, aus denen sie schließt, dass der Zusammenschluss außerdem zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde, zusammen und unterschiedslos geprüft hat.

54 Dennoch ist in Anbetracht dessen, dass die in der angefochtenen Entscheidung angeführten Gesichtspunkte, die die erhebliche Verstärkung der beherrschenden Stellungen von EDP und GDP belegen, und diejenigen, die die erhebliche Behinderung des Wettbewerb durch den Zusammenschluss belegen, weitgehend identisch sind, aus dem bloßen Umstand, dass die Kommission der Prüfung der erheblichen Behinderung des Wettbewerbs keine eigenen Abschnitte gewidmet hat, nicht zu schließen, dass sie das zweite Kriterium des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 verkannt hat. Denn im vorliegenden Fall beruhen die meisten, wenn nicht alle Erwägungen der Kommission, aus denen sie auf eine Verstärkung der bestehenden beherrschenden Stellungen schließt, auf einer tatsächlichen Beschränkung des Wettbewerbs, wie er ohne den Zusammenschluss bestehen könnte, und dienen damit auch dem Nachweis, dass das zweite Kriterium des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 erfüllt ist. Da der Zusammenschluss nicht oder nur nebenbei zu einer Erhöhung der Marktanteile der Beteiligten auf den einzelnen relevanten Märkten führt, ergeben sich die

wettbewerbswidrigen Wirkungen des Zusammenschlusses nach Ansicht der Kommission in erster Linie oder sogar im Wesentlichen aus den tatsächlichen Beschränkungen des Wettbewerbs auf den einzelnen relevanten Märkten. So beruht z. B. der Nachweis der Verstärkung der beherrschenden Stellungen von EDP und GDP durch die Ausschaltung eines bedeutenden oder ernsthaften potenziellen Wettbewerbers auf den meisten in der angefochtenen Entscheidung geprüften Märkten auf dem Nachweis einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, der nach Ansicht der Kommission wirksam gewesen wäre, durch den Zusammenschluss (vgl. z. B. zur Ausschaltung von GDP als wahrscheinlichsten bedeutenden potenziellen Wettbewerber auf dem Stromgroßhandelsmarkt, Begründungserwägungen 335 bis 364, auf den Stromeinzelhandelsmärkten, Begründungserwägungen 450 bis 473, oder zur Ausschaltung von EDP als ernsthaftesten potenziellen Wettbewerber auf dem Gaseinzelhandelsmarkt, Begründungserwägungen 559 bis 599).

- 55 Daraus folgt auch, dass die Kommission, anders als die Klägerin vorträgt, in der angefochtenen Entscheidung die Frage, ob das zweite Kriterium des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 erfüllt ist, nicht als eine automatische Folge des ersten Kriteriums behandelt hat; sie hat ihre Erwägungen vielmehr darauf gestützt, dass die erheblichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs die beherrschenden Stellungen von EDP oder GDP verstärken.
- 56 Daher haftet auch der Prüfung der Verpflichtungszusagen durch die Kommission, die sich auf diese Erwägungen stützt, nicht der von der Klägerin ins Feld geführte Mangel an. Denn die Kommission ist bei ihrer Schlussfolgerung, dass die Verpflichtungszusagen nicht ausreichten, um die zuvor festgestellten wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen, davon ausgegangen, dass sich an der Verstärkung der beherrschenden Stellungen von EDP oder von GDP nichts ändern würde, weil es nach wie vor zu erheblichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs käme (vgl. z. B. zur Ausschaltung von GDP als wahrscheinlichsten bedeutenden potenziellen Wettbewerber auf dem Stromgroßhandelsmarkt, Begründungserwägungen 650 bis 675, auf den Stromeinzelhandelsmärkten, Begründungserwägungen 708 bis 714, oder zur Ausschaltung von EDP als ernsthaftesten potenziellen Wettbewerber auf dem Gaseinzelhandelsmarkt, Begründungserwägungen 735 bis 738).

57 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Rüge der Klägerin nicht über eine grundsätzliche Kritik hinausgeht. Insbesondere behauptet sie im Rahmen dieses Klagegrundes nicht und weist erst recht nicht nach, dass die wettbewerbsrechtlichen Erwägungen der Kommission ungeeignet seien, das Bestehen einer erheblichen Beeinträchtigung für einen wirksamen Wettbewerb materiell zu belegen.

58 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Kommission das zweite Kriterium des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 nicht verkannt hat. Der vorliegende Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

II — Zum dritten Klagegrund: Verstöß gegen Artikel 8 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 4064/89

59 Die Klägerin stützt ihren die Verpflichtungszusagen betreffenden Klagegrund auf vier Teilrügen: erstens auf eine Verkennung der Beweislast, zweitens auf eine Verkennung des umfassenden Charakters der Zusagen, drittens auf einen Ermessensmissbrauch und viertens auf die Übertreibung der mit der Kontrolle bestimmter verhaltensbezogenen Zusagen verbundenen Schwierigkeiten.

A — Zum ersten Teil des dritten Klagegrundes: Beweislast

60 Nach Ansicht der Klägerin ist die Kommission zum einen fälschlicherweise davon ausgegangen, dass es Sache der Parteien sei, nachzuweisen, dass ihre Verpflichtungszusagen die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Kommission ausräumen.

Damit habe die Kommission einen unzutreffenden Prüfmaßstab angewandt, den sie in Punkt 6 der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen dargelegt habe.

- 61 Nach Artikel 2 Absatz 2 der Verordnung Nr. 4064/89 muss die Kommission einen Zusammenschluss genehmigen, der keine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich behindert würde. Es ist daher Sache der Kommission, nachzuweisen, dass ein Zusammenschluss nicht für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden kann.
- 62 Nach Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung Nr. 4064/89 erklärt die Kommission einen Zusammenschluss durch Entscheidung für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, wenn sie feststellt, dass der angemeldete Zusammenschluss „gegebenenfalls nach entsprechenden Änderungen durch die beteiligten Unternehmen“ den Voraussetzungen des Artikels 2 Absatz 2 der Verordnung Nr. 4064/89 entspricht. Daraus folgt, dass ein durch Verpflichtungszusagen geänderter Zusammenschluss den gleichen Beweislastregeln unterliegt wie ein nicht geänderter Zusammenschluss.
- 63 Die Kommission muss also zum einen den Zusammenschluss so prüfen, wie er durch die von den daran Beteiligten ordnungsgemäß unterbreiteten Verpflichtungszusagen geändert worden ist (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 30. September 2003 in der Rechtssache T-158/00, ARD/Kommission, Slg. 2003, II-3825, Randnr. 280), und darf ihn zum anderen nur dann für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklären, wenn diese Zusagen nicht ausreichen, um die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich behindert würde, zu verhindern. In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass, da es sich um komplexe wirtschaftliche Beurteilungen handelt, die Beweislast, die der Kommission obliegt, deren weites Ermessen in diesem Bereich unberührt lässt (vgl. in diesem

Sinne Urteil des Gerichts vom 3. April 2003 in der Rechtssache T-342/00, *Petrolsence und SG2R/Kommission*, Slg. 2003, II-1161, Randnr. 101 und die dort zitierte Rechtsprechung, sowie Urteil des Gerichtshofes vom 15. Februar 2005 in der Rechtssache C-12/03 P, *Kommission/Tetra Laval*, Slg. 2005, I-987, Randnr. 38).

- 64 Der Umstand, dass in Nummer 6 der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen ausgeführt ist, dass die Parteien „den Beweis, dass durch die vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen eine beherrschende Stellung ... weder begründet noch verstärkt wird, ... erbringen [müssen]“, kann an dieser Rechtslage nichts ändern. Selbst wenn die Kommission damit den an einem angemeldeten Zusammenschluss Beteiligten den in deren Interesse liegenden Nachweis für die Wirksamkeit der vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen auferlegen wollte, könnte sie daraus nicht folgern, dass sie diesen Zusammenschluss im Zweifel untersagen muss. Ganz im Gegenteil, die Kommission muss letztlich nachweisen, dass dieser Zusammenschluss, so wie er gegebenenfalls durch Verpflichtungszusagen geändert worden ist, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären ist, weil er trotz dieser Zusagen eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, die einen wirksamen Wettbewerb erheblich behindert.
- 65 Es ist daher Sache der Kommission, nachzuweisen, dass die von den an einem Zusammenschluss Beteiligten ordnungsgemäß unterbreiteten Verpflichtungszusagen diesen Zusammenschluss in der durch diese Zusagen geänderten Form nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar machen.
- 66 Die Kommission trägt vor, dass insoweit zwischen den vor Ablauf der in Artikel 18 Absatz 2 der Verordnung Nr. 447/98 für die Einreichung von Verpflichtungszusagen vorgesehenen Frist und den nach Ablauf dieser Frist eingereichten Zusagen zu unterscheiden ist. Im vorliegenden Fall haben die Beteiligten Änderungen an ihren ersten Verpflichtungszusagen unstreitig sowohl vor Ablauf dieser Frist, nämlich am 17. November 2004, als auch danach, nämlich am 26. November 2004 und sogar am 3. Dezember 2004, eingereicht. In Nummer 43 der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen, der im Lichte der Nummern 41 und 42 zu verstehen ist, wird jedoch nicht danach unterschieden, ob die Änderung dieser Zusagen vor oder nach Fristablauf eingereicht wird. Nummer 43 bestimmt allerdings, dass es der Kommission in

Anbetracht der geänderten Zusagen möglich sein muss, ohne weitere Untersuchungen eindeutig festzustellen, dass die festgestellten Wettbewerbsprobleme durch diese Zusagen, wenn sie einmal durchgeführt sind, gelöst werden, und dass sie genügend Zeit für eine Konsultierung der Mitgliedstaaten haben muss.

- 67 Insoweit sieht Nummer 43 der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen zum einen nicht vor, dass es den an einem Zusammenschluss Beteiligten obliegt, nachzuweisen, dass ihre geänderten Verpflichtungszusagen die festgestellten Wettbewerbsbedenken eindeutig ausräumen. Zum anderen hat sich die Kommission zwar verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen geänderte Verpflichtungszusagen zu akzeptieren, sie ist jedoch nicht befugt, die Beweislastregel abzuändern, die in der Verordnung Nr. 4064/89 für den Erlass einer Endentscheidung nach Artikel 8 Absatz 2 oder 3 dieser Verordnung — weil der Zusammenschluss die Voraussetzungen des Artikels 2 Absatz 2 oder 3 der Verordnung erfüllt — festgelegt ist. Nach den in Nummer 43 der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen aufgestellten besonderen Voraussetzungen obliegt der Nachweis, dass die geänderten Zusagen nicht ausreichen, um ohne weitere Untersuchungen oder bei Fehlen einer angemessenen Frist zur Konsultierung der Mitgliedstaaten eindeutig festzustellen, dass sie die festgestellten Wettbewerbsbedenken ausräumen, ebenfalls der Kommission.
- 68 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission nach der Logik des Verwaltungsverfahrens im Bereich der Unternehmenszusammenschlüsse die Wettbewerbsprobleme vorläufig feststellt, die der Zusammenschluss ihrer Ansicht nach aufwirft, und in dem Zusammenhang erstens erläutert, warum sie es für erforderlich hält, das Verfahren nach Artikel 6 Absatz 1 der Verordnung Nr. 4064/89 einzuleiten, und zweitens eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an die am Zusammenschluss Beteiligten richtet. In dieser Phase können die am Zusammenschluss Beteiligten bestreiten, dass diese Wettbewerbsprobleme überhaupt bestehen, und/oder Verpflichtungszusagen anbieten, die diese lösen können, und zwar entweder im Rahmen ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte oder im Rahmen der weiteren Erörterungen. Es liegt somit auf der Hand, dass die am Zusammenschluss Beteiligten die Kommission mit der Unterbreitung von Verpflichtungszusagen überzeugen wollen, dass diese Zusagen die zuvor festgestellten Wettbewerbsprobleme in vollem Umfang lösen. Umgekehrt geht die Kommission, wenn sie die Zusagen für nicht ausreichend erachtet, zwangsläufig davon aus, dass

die am Zusammenschluss Beteiligten sie nicht vom Wert ihrer Zusagen im Hinblick auf die Lösung des vom Zusammenschluss aufgeworfenen Wettbewerbsproblems bzw. der Wettbewerbsprobleme überzeugt haben.

69 Dass die Kommission Verpflichtungszusagen, die ordnungsgemäß unterbreitet worden sind, d. h. die ursprünglich eingereichten oder die nach Nummer 43 der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen zu deren Änderung eingereichten Zusagen, als unzureichend erachtet, stellt demnach nur dann eine unberechtigte Umkehr der Beweislast dar, wenn sie diese Einschätzung nicht auf eine anhand objektiver und nachprüfbarer Kriterien erfolgte Beurteilung dieser Zusagen stützt, sondern auf die Behauptung, dass die Beteiligten keine ausreichenden Beweise vorgelegt hätten, um eine inhaltliche Prüfung vorzunehmen. In diesem letzteren Fall käme der Zweifel nicht den am Zusammenschluss Beteiligten zugute, so dass eine Umkehr der Beweislast für die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt festzustellen wäre.

70 Im vorliegenden Fall führt die Klägerin als einziges Beispiel die Begründungserwägung 833 der angefochtenen Entscheidung zu den fristgemäß eingereichten Verpflichtungszusagen vom 17. November 2004 an, wonach „weiterhin erhebliche Zweifel und Unklarheiten daran bestehen, dass die [vorgeschlagenen Maßnahmen] die Ausschaltung von EDP als potenziellen Hauptwettbewerber [auf dem Markt für die Gasversorgung von Großkunden] hinreichend ausgleichen könnten“. In der angefochtenen Entscheidung stützt die Kommission diese Beurteilung ausdrücklich auf die Mitteilung über Abhilfemaßnahmen.

71 Die Kommission hat diese Begründungserwägung sehr bestimmt abgeschlossen, als sie ausgeführt hat, dass die von den Beteiligten vorgeschlagenen Maßnahmen die Verstärkung der beherrschenden Stellung von GDP auf dem betreffenden Markt als Ergebnis des Zusammenschlusses nicht verhindern könnten. Damit hat sie den Schluss gezogen, dass die in Rede stehenden Verpflichtungszusagen nicht ausreichen, um die Genehmigung des Zusammenschlusses zu erlauben.

72 Darüber hinaus betreffen die von der Kommission ins Feld geführten Zweifel und Unklarheiten insbesondere die Frage, ob die Verpflichtungszusagen unbedingt und bestimmt sind. Sie hat in Begründungserwägung 832 der angefochtenen Entscheidung fünf Gründe angeführt, aus denen sie der Ansicht ist, dass die fraglichen Zusagen nicht gewährleisten könnten, dass Dritten tatsächlich zusätzliche GasKapazitäten zur Verfügung gestellt würden (Ausschluss der spanischen Tochtergesellschaften der Beteiligten von der Zusage, keine zusätzlichen Kapazitäten zu reservieren; Fehlen der erforderlichen Genehmigung des Zugangscodes für Dritte durch die spanische Regulierungsbehörde; Recht der Beteiligten, „strategische“ Kapazitäten zu reservieren; geringe Wirksamkeit der Zusage, Kapazitäten in Campo Maior freizusetzen, aufgrund der gegenwärtig beschränkten Kapazitäten der Fernleitung und der negativen Auswirkungen auf die verfügbaren Kapazitäten der LNG-Station in Sinès; Sonderrechte der Beteiligten gegenüber dem Betreiber dieser Station und Möglichkeit, eine Erdgasspeicherstätte zu bauen). Die angeführten Zweifel beziehen sich daher nicht auf die sich aus dem Zusammenschluss möglicherweise ergebenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen, sondern auf die Unmöglichkeit, sich zu vergewissern, dass die Zusagen vollständig realisiert würden. Die Kommission ist jedoch befugt, nicht bindende Zusagen oder, was auf das Gleiche hinausläuft, Zusagen, deren Auswirkungen durch die Beteiligten gemindert oder gar zunichte gemacht werden können, zurückzuweisen. Damit hat die Kommission nicht die Beweislast den Parteien auferlegt, sondern hat verneint, dass die Zusagen bestimmt und messbar seien, was sie jedoch sein müssten. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin vor dem Gericht nicht bestritten hat, dass die Auswirkungen der in Rede stehenden Zusagen ungewiss sind.

73 Nach alledem ist festzustellen, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht die Beweislast umgekehrt hat, die ihr insoweit oblag, als sie nachzuweisen hatte, dass der Zusammenschluss nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar war. Sie hat vielmehr versucht, darzutun, warum der Zusammenschluss trotz der vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen zu untersagen war.

74 Der erste Teil des dritten Klagegrundes ist folglich zurückzuweisen.

B — Zum zweiten Teil des dritten Klagegrundes: Umfassende Beurteilung des Zusammenschlusses in seiner geänderten Form

- 75 Die Klägerin trägt im Wesentlichen vor, dass die Kommission die Situation, wie sie nach dem Zusammenschluss unter Berücksichtigung der Verpflichtungszusagen bestünde, nicht im Hinblick auf die Situation, wie sie ohne den Zusammenschluss bestünde, beurteilt habe. In ihrer schriftlichen Antwort für die mündliche Verhandlung hat die Klägerin ihr Vorbringen dahin gehend erläutert, dass sie der Kommission vorwerfe, die den Verpflichtungszusagen u. U. zuzuschreibenden Mängel geprüft zu haben anstatt die wahrscheinlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses in der geänderten Form auf einen bestimmten Markt zu beurteilen, was zu einem anderen Ergebnis führe. Außerdem habe die Kommission bei der Prüfung der Verpflichtungszusagen jede einzeln betrachtet. In ihrer schriftlichen Antwort führt die Klägerin als Beispiel die getrennte Prüfung der Zusagen zur Lösung des horizontalen Problems auf dem Stromgroßhandelsmarkt und der Zusagen zu den nicht horizontalen Problemen auf diesem Markt an.
- 76 Die angefochtene Entscheidung ist formal so aufgebaut, dass zunächst die Wettbewerbsprobleme festgestellt werden, die der Zusammenschluss in der geänderten Form auf den einzelnen Märkten verursacht (Begründungserwägungen 280 bis 609), und dann die Verpflichtungszusagen vom 28. Oktober 2004 (Begründungserwägungen 650 bis 738), die vom 17. November 2004 (Begründungserwägungen 741 bis 841) und schließlich die vom 26. November 2004 (Begründungserwägungen 860 bis 912) wettbewerbsrechtlich beurteilt werden. Im Rahmen ihrer Beurteilung hat die Kommission der Reihe nach die Zusagen untersucht, die für die einzelnen Märkte jeweils als relevant eingestuft wurden. Wurden bei einem Markt mehrere Wettbewerbsprobleme festgestellt, hat die Kommission die Zusagen nacheinander im Rahmen der einzelnen Probleme geprüft. Sie gelangte in allen Fällen, außer beim Markt für die Belieferung von LDCs mit Gas, zu dem Ergebnis, dass die Zusagen nicht ausreichten, um das festgestellte Wettbewerbsproblem zu lösen und/oder die Verstärkung der betreffenden beherrschenden Stellung zu verhindern (vgl. zum von der Klägerin angeführten Beispiel des Stromgroßhandelsmarkts, was das horizontale Problem betrifft, Begründungserwägungen 675, 767 und 868, oder, was die nicht horizontalen Probleme betrifft, Begründungserwägungen 700, 702, 703, 801, 874 und 875).

- 77 Es ist daran zu erinnern, dass die Kommission den Zusammenschluss so prüfen muss, wie er durch die von den Beteiligten ordnungsgemäß unterbreiteten Verpflichtungszusagen geändert worden ist (siehe oben, Randnr. 63). Wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, verbietet es dieses Postulat jedoch nicht, die durch den Zusammenschluss aufgeworfenen Wettbewerbsprobleme und die von den Beteiligten zur Lösung dieser Probleme unterbreiteten Verpflichtungszusagen sowie die im Hinblick auf diese Probleme jeweils relevanten Zusagen nacheinander zu prüfen, solange die Kommission am Ende zu einer umfassenden Beurteilung des Zusammenschlusses in der geänderten Form, d. h. seiner Auswirkungen auf alle betroffenen Märkte unter Berücksichtigung sämtlicher jeweils relevanter Verpflichtungszusagen, gelangt.
- 78 Darüber hinaus hat die Kommission alle Verpflichtungszusagen zu prüfen, die für ein auf einem der betroffenen Märkte festgestelltes Wettbewerbsproblem relevant sind, einschließlich derjenigen, die von den an einem Zusammenschluss Beteiligten insofern nicht ausdrücklich genannt worden sind. Sie begeht aber keinen Rechtsfehler, wenn sie die sich speziell auf einen Markt oder ein Wettbewerbsproblem beziehenden Verpflichtungszusagen nur im Hinblick auf diesen Markt oder dieses Problem prüft und die anderen Zusagen nicht relevant sind oder in diesem Zusammenhang keine echte wirtschaftliche Bedeutung haben.
- 79 Im vorliegenden Fall beruht die Rüge der Klägerin auf einem unrealistischen Postulat und einem verfehlten Verständnis der angefochtenen Entscheidung.
- 80 Erstens dienen die Verpflichtungszusagen, die von den an einem Zusammenschluss Beteiligten unterbreitet werden, speziell dazu, die zuvor festgestellten Wettbewerbsprobleme zu lösen. Es ist daher unvermeidlich, dass die Kommission, wenn sie mit einer Zusage konfrontiert ist, sich zunächst die Frage nach deren Tragweite und insbesondere auch nach möglichen inhärenten Mängeln stellt und dann prüft, ob diese Zusage ganz oder teilweise geeignet ist, das festgestellte Problem zu lösen. Die Prüfung der wahrscheinlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses in seiner geänderten Form setzt nämlich voraus, dass zunächst die Tragweite dieser Änderung analysiert wird. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass auch die Klägerin in ihrer Klageschrift und deren Anhängen diese Reihenfolge gewählt

hat, was im Übrigen das Gericht veranlasst hat, ebenso vorzugehen. Darüber hinaus ist es unrealistisch, anzunehmen, die Kommission könnte unter den zeitlichen Zwängen, denen sie nach der Verordnung Nr. 4064/89 unterliegt, mit der Prüfung eines Zusammenschlusses angesichts der Vorlage von Verpflichtungszusagen wieder ganz von vorne beginnen, so als wenn dieser Zusammenschluss in der durch die Zusagen geänderten Form neu angemeldet worden wäre. Ein solches Vorgehen widerspräche dem Beschleunigungsgebot, das für die allgemeine Systematik der Verordnung Nr. 4064/89 kennzeichnend ist (Urteil des Gerichts vom 28. April 1999 in der Rechtssache T-221/95, Endemol/Kommission, Slg. 1999, II-1299, Randnr. 68). Dass das von der Klägerin implizit vorgeschlagene Vorgehen unrealistisch ist, zeigt sich hier noch deutlicher daran, dass drei-, ja sogar viermal nacheinander Verpflichtungszusagen unterbreitet wurden, die letzte oder letzten verspätet, als das Verfahren bereits abgeschlossen wurde. An dieser Betrachtung ändert das Vorbringen der Klägerin, diese aufeinander folgenden Verpflichtungszusagen seien jeweils nur Änderungen der vorangehenden Zusagen und keine neuen Zusagen gewesen, nichts. In einer solchen Situation ist die Kommission verpflichtet, jedes Mal ihre Analyse mit diesen neuen Aspekten abzugleichen, um zu prüfen, ob diese Änderungen geeignet sind, ihre bisherigen Schlussfolgerungen zu entkräften.

81 Zweitens hat die Kommission in der angefochtenen Entscheidung eingehend erläutert, inwiefern die einzelnen Zusagen aufgrund ihrer jeweiligen Mängel für sich genommen das fragliche Wettbewerbsproblem nicht lösen könnten. Sie hat jedoch im Anschluss an diese punktuelle Untersuchung systematisch die Schlussfolgerung gezogen, dass auch die im Hinblick auf dieses Problem relevanten Zusagen zusammen genommen nicht ausreichen, um das Problem zu lösen. Zu den Verpflichtungszusagen vom 18. Oktober und vom 17. November 2004 hat sie festgestellt, dass die Verstärkung der betreffenden beherrschenden Stellung nicht ausgeräumt werden könne (vgl. z. B. zum von der Klägerin angeführten Stromgroßhandelsmarkt, was das horizontale Problem betrifft, Begründungserwägungen 675 und 767, oder, was die nicht horizontalen Probleme betrifft, Begründungserwägungen 700, 702, 703 und 801). Wenn sie es für erforderlich hielt, hat sie auch andere Zusagen geprüft als die, die von den Parteien speziell zur Lösung eines bestimmten Wettbewerbsproblems vorgeschlagen worden waren (Begründungserwägungen 809 und 812). Damit entspricht die Untersuchung der Kommission einer Untersuchung des Zusammenschlusses in der durch die Verpflichtungszusagen geänderten Form. In Bezug auf die Zusagen vom 26. November 2004 hat die Kommission zwar lediglich festgestellt, dass sie nicht ausreichen, um die in Rede stehenden Wettbewerbsprobleme zu lösen, sie hat sie aber dennoch im Hinblick auf diese Probleme umfassend geprüft (vgl. zum horizontalen Problem auf dem Stromgroßhandelsmarkt, Begründungserwägung 868, oder zu den nicht

horizontalen Problemen auf diesem Markt, Begründungserwägungen 874 und 875). Da die Prüfung der verspätet eingereichten Verpflichtungszusagen den besonderen, in der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen aufgestellten Voraussetzungen entspricht, kann aus dem Umstand, dass die Kommission die Verstärkung der untersuchten beherrschenden Stellungen nicht ausdrücklich festgestellt hat, nicht gefolgert werden, dass sie keine Gesamtbewertung des Zusammenschlusses in seiner geänderten Form vorgenommen hat.

82 Daraus folgt, dass die Kommission tatsächlich eine Gesamtbewertung des Zusammenschlusses in der durch die von den Parteien unterbreiteten Verpflichtungszusagen geänderten Form vorgenommen hat.

83 Zu dem von der Klägerin angeführten Beispiel der isolierten Prüfung der das horizontale Problem und die nicht horizontalen Probleme auf den Stromgroßhandelsmarkt betreffenden Verpflichtungszusagen ist festzustellen, dass dieses Vorbringen ganz mit dem Vorbringen im Rahmen des vierten Klagegrundes zusammenfällt, wonach die Zusagen zu den nicht horizontalen Problemen den Markteintritt einer Reihe von Wettbewerbern ermöglichten, während GDP nur ein potenzieller Wettbewerber sei. Selbst wenn die Kommission zu Unrecht davon ausgegangen wäre, dass sie es sich erlauben könne, die indirekte Bedeutung bestimmter Zusagen für ein Wettbewerbsproblem oder einen Markt, für das oder den sie nicht direkt relevant waren, nicht zu prüfen, hätte sie keinen Rechtsfehler begangen, sondern einen Beurteilungsfehler. Denn sie ist zwar verpflichtet, alle Verpflichtungszusagen zu prüfen, die für ein auf einem der betroffenen Märkte festgestelltes Wettbewerbsproblem relevant sind, einschließlich derjenigen, die von den an einem Zusammenschluss Beteiligten insofern nicht ausdrücklich genannt worden sind; die Frage, ob diese oder jene Zusage für ein bestimmtes, von einem Zusammenschluss aufgeworfenes Problem relevant ist, gehört jedoch zur wirtschaftlichen Bewertung des Zusammenschlusses und ist in diesem Rahmen zu prüfen.

84 Da die Klägerin dieses Argument auch im Rahmen ihres vierten Klagegrundes vorgebracht hat, mit dem sie Beurteilungsfehler der Kommission im Hinblick auf den Zusammenschluss in seiner geänderten Form rügt, ist es bei der Prüfung dieses Klagegrundes zu behandeln.

85 Nach alledem ist der zweite Teil des dritten Klagegrundes zurückzuweisen.

C — Zum dritten Teil des dritten Klagegrundes: Vorliegen eines Ermessensmissbrauchs

86 Die Klägerin trägt im Wesentlichen vor, die Kommission habe die ihr durch die Verordnung Nr. 4064/89 übertragenen Befugnisse verkannt, als sie verlangt habe, dass die Verpflichtungszusagen auf die Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte abzielen müssten.

87 Nach ständiger Rechtsprechung betrifft der Begriff des Ermessensmissbrauchs den Fall, dass eine Verwaltungsbehörde ihre Befugnisse zu einem anderen Zweck einsetzt als demjenigen, zu dem sie ihr übertragen worden sind. Eine Entscheidung ist nur ermessensmissbräuchlich, wenn aufgrund objektiver, schlüssiger und übereinstimmender Indizien anzunehmen ist, dass sie zu einem solchen anderen Zweck getroffen wurde (Urteile des Gerichtshofes vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-331/88, Fedesa u. a., Slg. 1990, I-4023, Randnr. 24, und vom 10. Mai 2005, C-400/99, Italien/Kommission, Slg. 2005, I-3657, Randnr. 38). Verfolgt eine Entscheidung mehrere Ziele und kommt zu den rechtmäßigen Beweggründen ein an sich zu beanstandender Grund hinzu, so ist die Entscheidung deswegen noch nicht mit Ermessensmissbrauch behaftet, sofern sie nur nicht das wesentliche Ziel preisgibt (Urteil des Gerichtshofes vom 21. Dezember 1954 in der Rechtssache 2/54, Italien/Hohe Behörde, Slg. 1954, 81, 111, und in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij/Kommission, Slg. 1999, II-2329, Randnr. 131).

88 Vorab ist zu bemerken, dass der Zusammenschluss unstreitig in den Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 4064/89 fällt (Begründungserwägungen 12 und 13 der angefochtenen Entscheidung). Ferner ist festzustellen, dass die Klägerin nicht behauptet, dass der Zusammenschluss nicht Gegenstand einer Entscheidung über die Einleitung des Prüfverfahrens nach Artikel 6 der Verordnung Nr. 4064/89 und damit einer Endentscheidung im Sinne des Artikels 8 der Verordnung Nr. 4064/89 sein kann. Insoweit räumt die Klägerin –insbesondere in ihrer Antwort für die

mündliche Verhandlung — ein, dass der Zusammenschluss, so wie er angemeldet worden war, die beherrschende Stellung von EDP auf den Strommärkten verstärkte. Es war somit unumgänglich, dass die Parteien Verpflichtungszusagen unterbreiteten, um eine Entscheidung zu erlangen, mit der der Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird.

- 89 Die Kommission hat daher vollständig im Rahmen der Verordnung Nr. 4064/89 gehandelt, als sie die zum Zwecke des Erlasses der angefochtenen Entscheidung unterbreiteten Verpflichtungszusagen berücksichtigt hat. Sie hat damit das Ziel dieser Verordnung verfolgt, mit der die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, verboten werden soll.
- 90 Die Klägerin trägt jedoch vor, die Kommission habe höhere Anforderungen an diese Zusagen gestellt und sei damit über das hinausgegangen, was erforderlich gewesen sei, um sicherzustellen, dass die beherrschenden Stellungen von EDP oder GDP nicht verstärkt würden. Insbesondere habe die Kommission einen Grad der Marktöffnung verlangt, der über den hinausgehe, der zur Lösung des durch den Zusammenschluss aufgeworfenen Wettbewerbsproblems erforderlich sei.
- 91 Die zahlreichen von der Klägerin angeführten Beispiele — nach denen die Kommission im Wesentlichen die Verpflichtungszusagen für nicht ausreichend hielt, um den Zutritt neuer Wettbewerber zu den relevanten Märkten sicherzustellen (vgl. insbesondere die Begründungserwägungen 659, 665, 707, 714, 725, 749, 805, 812, 862, 879 und 888 der angefochtenen Entscheidung) — zeigen lediglich, dass die Kommission das Ziel der Verordnung Nr. 4064/89 verfolgt hat, nämlich die Begründung oder Verstärkung beherrschender Stellungen zu verhindern, die dazu führen, dass durch einen Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde. Der Zutritt neuer Wettbewerber zu Märkten, auf denen EDP und GDP unstreitig eine sehr starke beherrschende Stellung haben, stellt ein zentrales wettbewerbsrechtliches Anliegen im Rahmen der Anwendung des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 dar. Das von der Kommission mit ihrer Weigerung, ihren Standpunkt in Anbetracht der Verpflichtungszusagen zu ändern, verfolgte Hauptziel fügt sich damit vollständig in den Rahmen der Verordnung Nr. 4064/89 ein.

- 92 In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass sich die Klägerin im Rahmen ihres Klagegrundes, mit dem sie die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zusammenschlusses in seiner geänderten Form rügt, darauf beruft, dass der Zusammenschluss einen bedeutenden Fortschritt im Hinblick auf die Öffnung der Gas- und Strommärkte für den Wettbewerb darstelle. Die Klägerin räumt also ein — andernfalls würde sie sich selbst widersprechen —, dass die Lösung der von einem Zusammenschluss aufgeworfenen Wettbewerbsprobleme durch Verpflichtungszusagen und die Verfolgung einer Öffnung der Märkte für den Wettbewerb nebeneinander bestehen können.
- 93 Selbst wenn — was im Folgenden zu untersuchen sein wird — die Feststellung, dass eine der vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen unzureichend sei, oder die Forderung nach einer bestimmten Zusage seitens der Kommission als im Hinblick auf die Lösung der von ihr in der angefochtenen Entscheidung festgestellten Wettbewerbsprobleme übertrieben anzusehen wäre, würde ein solcher Fehler einen Verstoß gegen Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 und keinen Ermessensmissbrauch darstellen.
- 94 Darüber hinaus trägt die Klägerin vor, die Kommission scheine der in einem auf Ersuchen der portugiesischen Wettbewerbsbehörde erstellten Bericht der Cambridge Economic Policy Associates mit dem Titel „Bericht über die Strom- und Gasmärkte in Portugal“ formulierten These zuzuneigen, wonach, so die Klägerin, die Kommission den Zusammenschluss aktiv zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen nutzen solle. In den Passagen der angefochtenen Entscheidung, in denen dieser Bericht zitiert wird (vgl. insbesondere die Begründungserwägungen 137, 172, 333 und 573), hat sich die Kommission jedoch keineswegs das in diesem Bericht u. U. vorgeschlagene Ziel zu Eigen gemacht, sondern hat ihm lediglich objektive wirtschaftliche Beurteilungen entnommen. Die Verweise auf diesen Bericht können daher kein Indiz für einen Ermessensmissbrauch darstellen.
- 95 Die anderen von der Klägerin vorgetragene Gesichtspunkte, insbesondere die Erklärungen von Herrn Monti, dem damals für den Wettbewerb zuständigen Mitglied der Kommission, oder andere Entscheidungen der Kommission zu Unternehmenszusammenschlüssen im Energiebereich (Entscheidung der Kommission vom 7. Februar 2001 in der Sache COMP/M.1853 — EDF/EnBW; Entscheidung der Kommission vom 19. März 2002 in der Sache COMP/M.2684.1853 — EnBW/EDP/Gastajur/Hidrocantábrico) können im vorliegenden Fall keine relevanten

Indizien für einen Ermessensmissbrauch darstellen, weil die angefochtene Entscheidung nicht auf ihnen beruht. Selbst wenn diese beiden Fusionsentscheidungen ferner mit dem von der Klägerin behaupteten Mangel behaftet wären, sie also eine Marktöffnung verlangen würden, die im Hinblick auf die in diesen Entscheidungen festgestellten Wettbewerbsprobleme nicht erforderlich wäre, würde das nicht bedeuten, dass die angefochtene Entscheidung, die auf der speziellen Wettbewerbssituation der vorliegenden Sache beruht, mit dem gleichen Mangel behaftet ist.

- 96 Der von der Klägerin behauptete Umstand, dass die Kommission in Wirklichkeit die Ziele der zweiten Gasrichtlinie habe durchsetzen wollen, obwohl diese Richtlinie auf Artikel 47 Absatz 2 EG (Niederlassungsfreiheit), Artikel 55 EG (Dienstleistungsfreiheit) und Artikel 95 EG (Rechtsangleichung) gestützt sei, belegt nicht, dass die Kommission zu Unrecht versucht hätte, diese Ziele zu verwirklichen. Zum einen belegt die Rechtsgrundlage dieser Richtlinie eher, dass die Kommission die Ziele dieser Richtlinie nur sehr indirekt verfolgen konnte, indem sie den Zutritt neuer, insbesondere nationaler Wettbewerber zu den relevanten Märkten begünstigte. Zum anderen ist festzustellen, dass die Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt (ABl. L 204, S. 1, im Folgenden: „erste Gasrichtlinie“) und die zweite Gasrichtlinie u. a. bewirken, wenn auch nicht bezwecken, den Wettbewerb in einem Bereich einzuführen, der diesem bis dahin traditionell nicht ausgesetzt war (vgl. die Begründungserwägungen 2, 6, 21, 22, 26 und vor allem 31 der Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG [ABl. L 176, S. 37, im Folgenden: zweite Elektrizitätsrichtlinie] und die Begründungserwägungen 2, 7, 19, 21, 25, 27 und vor allem 30 der zweiten Gasrichtlinie; vgl. auch zur Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt [ABl. L 27, S. 20] Urteil des Gerichtshofes vom 7. Juni 2005 in der Rechtssache C-17/03, VEMW u. a., noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 62). Daraus folgt, dass eines der Ziele der zweiten Gasrichtlinie eindeutig wettbewerblicher Natur ist. Es überrascht daher nicht, dass das Wettbewerbsziel der Verordnung Nr. 4064/89 auch von einem der Ziele der zweiten Elektrizitätsrichtlinie und der zweiten Gasrichtlinie aufgenommen wird. Die zweite Gasrichtlinie durchsetzen zu wollen, kann deshalb kein Indiz für einen Ermessensmissbrauch darstellen, weil ihr Ziel auch dasjenige ist, für das diese Verordnung der Kommission ihre Befugnisse überträgt.

97 Die Klägerin trägt schließlich vor, dass die Liberalisierung der Energiebereiche durch Anwendung des Artikels 86 EG hätte durchgesetzt werden müssen. Ohne dass entschieden zu werden braucht, ob die Kommission trotz des Erlasses der zweiten Elektrizitätsrichtlinie und der zweiten Gasrichtlinie die ihr durch diesen Artikel übertragenen Befugnisse noch ausüben konnte, ist das Vorbringen der Klägerin im Rahmen dieser Rüge irrelevant. Selbst wenn Artikel 86 EG es nämlich ermöglichte, die Liberalisierung der betroffenen Märkte zu erreichen, kann dies allenfalls zu der Feststellung führen, dass diese Wettbewerbsvorschrift und die Verordnung Nr. 4064/89, deren Ziele die Kommission, wie ausgeführt, ordnungsgemäß verfolgt hatte, zusammen angewendet werden können.

98 Nach alledem ist der dritte Teil des dritten Klagegrundes zurückzuweisen.

D — Zum vierten Teil des dritten Klagegrundes: Schwierigkeiten bei der Kontrolle bestimmter verhaltensbezogener Verpflichtungszusagen

99 Die Klägerin macht geltend, die Kommission habe bestimmte Verpflichtungszusagen zurückgewiesen, weil sie verhaltensbezogen seien und einer nachträglichen Kontrolle unterzogen werden müssten. Damit habe sie gegen die Rechtsprechung und ihre jüngere Verwaltungspraxis verstoßen und die Möglichkeit nicht berücksichtigt, diese nachträgliche Kontrolle durch die portugiesischen Wettbewerbsbehörden durchführen zu lassen.

100 Vorab ist daran zu erinnern, dass verhaltensbezogene Verpflichtungszusagen nicht schon ihrem Wesen nach nicht ausreichen, um die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung zu verhindern, sondern ebenso wie strukturelle Verpflichtungszusagen von Fall zu Fall zu prüfen sind (Urteile Gencor/Kommission, oben in Randnr. 48 zitiert, Randnr. 319, und Tetra Laval/Kommission, oben in Randnr. 45 zitiert, Randnr. 161, in dieser Hinsicht durch Urteil des Gerichtshofes vom 15. Februar 2005 bestätigt, Kommission/Tetra Laval, oben in Randnr. 63 zitiert, Randnr. 85).

- 101 Die Rüge der Klägerin geht jedoch von einem falschen Verständnis der angefochtenen Entscheidung aus, da die Kommission in den drei von ihr angeführten Beispielen die fraglichen Zusagen nicht allein deshalb zurückgewiesen hat, weil sie verhaltensbezogen oder schwer zu kontrollieren sind, sondern weil sie im Hinblick auf die festgestellten Wettbewerbsprobleme allgemein nicht genügen.
- 102 So hat die Kommission in der Begründungserwägung 663 zwar festgestellt, dass die Zusage, die einem CCGT des TER entsprechende Produktionskapazität zu vermieten, bei weitem nicht die Vorteile einer strukturellen Zusage biete und später ausgedehnte Kontrollen ihrerseits erforderlich mache. Die Kommission wollte damit jedoch darauf hinweisen, dass die Beteiligten das vorzeitige Auslaufen dieser Verpflichtung vorgesehen hatten, wenn bestimmte komplexe Voraussetzungen gegeben seien, und die Kommission gebeten hatten, zu prüfen, ob eine dieser Voraussetzungen erfüllt sei. Die Kommission war also im Wesentlichen der Ansicht, dass die Zusage aufgrund dieser Voraussetzungen mit erheblicher Unsicherheit behaftet sei. Erstens ist es daher nicht deren verhaltensbezogene Natur, die der Zurückweisung dieser Zusage durch die Kommission zugrunde liegt. Zweitens beruht die Schwierigkeit bei der Kontrolle dieser Voraussetzungen darauf, dass sie komplex und ungeeignet waren, und nicht darauf, dass sich die Kommission geweigert hätte, nachträglich eine Kontrolle durchzuführen. Drittens schließlich werden in den Begründungserwägungen 662 und 664 weitere Faktoren aufgeführt, die die Zurückweisung dieser Zusage nach Ansicht der Kommission ebenfalls rechtfertigten, wie z. B., dass der Mieter nicht in der Lage wäre, das CCGT selbständig zu betreiben, dass er von EDP abhängig wäre, oder dass die Voraussetzungen für das vorzeitige Auslaufen der Zusage auf grenzüberschreitenden Erwägungen beruhten, während der Markt national bleibe.
- 103 In der Begründungserwägung 678 hat die Kommission lediglich als weiteren Grund am Rande angeführt, dass die Verpflichtungszusage bezüglich der Veräußerung der LNG-Station in Sinès später eine ausgedehnte Kontrolle ihrerseits erfordere. Sie hat sich keineswegs darauf gestützt, dass diese Zusage verhaltensbezogen ist, und die Begründungserwägung ist fast gänzlich anderen Gründen gewidmet, wie z. B. dem Zeitpunkt der Veräußerung sowie den Mängeln im Zusammenhang mit dem Zugang Dritter zu Gaskapazitäten und dem Beibehalten einer Minderheitsbeteiligung von GDP am Betreiber der Station, die die Kommission in der folgenden Begründungserwägung zu dem Schluss gelangen ließen, dass die positiven Wirkungen dieser Zusage erheblich gemindert werden könnten.

104 In der Begründungserwägung 719 hat die Kommission zwar ausgeführt, dass die Zusage bezüglich des Ruhens der Stimmrechte von EDP im Vorstand von Turbogás bei Fragen der Gasversorgung und der Investitionen sowie bezüglich der Entsendung unabhängiger Mitglieder in den Vorstand von Turbogás rein verhaltensbezogen sei und schwer zu kontrollieren wäre. Dieser Aspekt ist jedoch nur ergänzend und im Anschluss an die drei Hauptgründe angeführt worden, aus denen die Kommission diese Zusage für unzureichend hält, nämlich dass die Unabhängigkeit der entsandten Mitglieder nicht sichergestellt ist, dass EDP ihre Stimmrechte in wichtigen Fragen behalten würde und indirekt die Wahl des Gasversorgers beeinflussen könnte und dass das Ruhen der Stimmrechte auf drei Jahre beschränkt wäre.

105 Zum Vorwurf, die Kommission habe nicht berücksichtigt, dass die zuständigen portugiesischen Behörden die notwendigen Kontrollen durchführen könnten, um zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für das vorzeitige Auslaufen der fraglichen Zusagen gegeben seien, ist erstens festzustellen, dass, was die Vermietung des TER angeht, die Beteiligten selbst ausdrücklich vorgesehen haben, die Kommission um die Überprüfung, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, zu ersuchen. Die Kommission war daher nicht in der Lage, die nationalen Behörden mit dieser Kontrolle zu betrauen, außer wenn sie selbst die Zusage abgeändert hätte, was jedoch nicht in ihrer Zuständigkeit liegt. Was die beiden anderen von der Klägerin angeführten Zusagen betrifft, so war die Kommission — selbst wenn sie im Rahmen der Diskussionen mit den Beteiligten die Möglichkeit dazu gehabt hätte — nicht verpflichtet, eine bestimmte Form der Überwachung, insbesondere eine den zuständigen nationalen Behörden übertragene, festzulegen. Es war vielmehr Sache der Beteiligten, in jeder Hinsicht vollständige und wirksame Verpflichtungszusagen vorzuschlagen, insbesondere, wenn diese verhaltensbezogenen Zusagen, was ihren bindenden Charakter angeht, Mängel aufwiesen, die eine nachträgliche Überwachung erforderlich machten.

106 Nach alledem ist der vierte Teil des dritten Klagegrundes zurückzuweisen.

107 Der dritte Klagegrund ist demnach insgesamt zurückzuweisen.

III — Zum ersten Klagegrund: Ausnahme für die Portugiesische Republik nach der zweiten Gasrichtlinie

- 108 Die Klägerin ist im Wesentlichen der Ansicht, dass die Kommission bei der Beurteilung der Wettbewerbssituation auf nicht dem Wettbewerb geöffneten Märkten erstens die gemäß der zweiten Gasrichtlinie für die Portugiesische Republik geltende befristete Ausnahme vom Zeitplan der Liberalisierung und zweitens Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/86 verkannt habe, indem sie ihre wettbewerbsrechtliche Untersuchung auf über fünf Jahre nach dem Zusammenschluss erstreckt habe.

A — Vorbemerkungen

- 109 Vorab ist zu bemerken, dass die Strom- und Gasmärkte in der Gemeinschaft vor dem Erlass der ersten und der zweiten Gasrichtlinie aufgrund der in einigen Mitgliedstaaten bestehenden staatlichen Monopole de facto nicht zwingend dem Wettbewerb geöffnete Märkte waren. Der Gerichtshof hat allerdings in einem früheren Urteil darauf hingewiesen, dass die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EG-Vertrags auf die in diesen Bereichen tätigen Unternehmen anwendbar sind (Urteil des Gerichtshofes vom 27. April 1994 in der Rechtssache C-393/92, Almelo u. a., Slg. 1994, I-1477, Randnrn. 34 bis 51). Der ersten und auch der zweiten Gasrichtlinie, durch die der in der ersten Richtlinie vorgesehene Zeitplan beschleunigt wurde, liegt jedoch die Prämisse zugrunde, dass die Mitgliedstaaten nicht unmittelbar mit Inkrafttreten dieser Richtlinien verpflichtet sind, die Gasmärkte dem Wettbewerb zu öffnen. Es ist daher zuzugeben, dass die verschiedenen Gasmärkte vor den in der zweiten Gasrichtlinie festgelegten Fristen nicht zwingend dem Wettbewerb geöffnet werden mussten.

- 110 Ziel der zweiten Gasrichtlinie ist es, einen Erdgasbinnenmarkt zu schaffen, auf dem fairer Wettbewerb herrscht (Begründungserwägung 30 der zweiten Gasrichtlinie), d. h. den Verbrauchern die freie Wahl ihrer Lieferanten und allen Anbietern die freie Belieferung ihrer Kunden zu ermöglichen (Begründungserwägung 4 der zweiten Gasrichtlinie). Wesentlicher Bestandteil dieser Liberalisierung der Gasmärkte ist die Erstellung eines Zeitplans für die fortschreitende Öffnung dieser Märkte durch eine

schrittweise Erhöhung der Zahl der zugelassenen Kunden, d. h. der Kunden, die Gas bei einem Anbieter ihrer Wahl kaufen dürfen. Nach der zweiten Gasrichtlinie mussten alle Nicht-Haushaltskunden bis 1. Juli 2004 zugelassen sein, und bis 1. Juli 2007 müssen alle Kunden zugelassen sein.

- 111 Nach Artikel 28 Absatz 2 der zweiten Gasrichtlinie gilt für die Mitgliedstaaten, die als entstehender Markt eingestuft sind, ein abweichender Zeitplan. Bis zu den in diesem Zeitplan vorgesehenen Terminen dürfen die betreffenden Mitgliedstaaten von folgenden Verpflichtungen abweichen: nichtdiskriminierende Genehmigung des Baus oder des Betriebs von Erdgasanlagen, Benennung von Fernleitungsnetzbetreibern, Festlegung der Aufgaben dieser Betreiber, Entflechtung von Fernleitungsnetzbetreibern, Benennung von Verteilernetzbetreibern, Festlegung der Aufgaben im Hinblick auf den Ausgleich des Verteilernetzes durch den Netzbetreiber, Entflechtung der Verteilernetzbetreiber, Entflechtung der Rechnungslegung, Einführung des Zugangs Dritter zum Erdgasnetz und zu den LNG-Anlagen, Erstellung des Liberalisierungszeitplans und Regelung der Direktleitungen (siehe oben, Randnr. 6).

- 112 Daraus ergibt sich eindeutig, dass diese Ausnahmeregelung den betreffenden Mitgliedstaat von der Verpflichtung freistellt, die wesentlichen Bestimmungen der zweiten Gasrichtlinie anzuwenden, mit denen die Öffnung der verschiedenen Märkte für den Wettbewerb gewährleistet und wirksamer Wettbewerb sichergestellt werden soll. Nach dieser Ausnahmeregelung sind die Gasmärkte folglich solange nicht wettbewerbsgeprägt, als der betreffende Mitgliedstaat sie nicht geöffnet hat.

B — Zum ersten Teil des ersten Klagegrundes: Verkennung der für die Portugiesische Republik geltenden Ausnahme

- 113 Mit dem ersten Teil dieses Klagegrundes macht die Klägerin geltend, dass die Kommission durch die Prüfung der Wirkungen des Zusammenschlusses auf nicht

dem Wettbewerb geöffneten Märkten das Recht der Portugiesischen Republik auf Umstrukturierung der Gasindustrie während des durch die Ausnahme nach Artikel 28 der zweiten Gasrichtlinie eingeräumten Zeitraums verletzt habe. Die Kommission trägt dagegen vor, dass sich der Zusammenschluss allein aus Unternehmensentscheidungen ergebe und in erster Linie an der Verordnung Nr. 4064/89 zu messen sei. Zweitens habe sie die notwendige Kohärenz zwischen dieser Verordnung und der zweiten Gasrichtlinie gewahrt, indem sie die Wirkungen des Zusammenschlusses während des von der Ausnahme erfassten Zeitraums nicht geprüft habe. Drittens gewähre diese Ausnahme dem Mitgliedstaat nicht das Recht, einen Zusammenschluss zu begünstigen, der den Wettbewerb nach dem Auslaufen der Ausnahme erheblich beeinträchtigen würde.

- 114 Es ist unstreitig, dass die Portugiesische Republik unter die in Artikel 28 Absatz 2 der zweiten Gasrichtlinie vorgesehene Ausnahme fällt und dass diese 2007 endet, so dass der Zeitplan für die schrittweise Öffnung der Gasmärkte für den Wettbewerb ab diesem Zeitpunkt gilt.
- 115 Die Portugiesische Republik hat diese Ausnahme genutzt, um eine nationale Erdgasindustrie zu schaffen, die in allen Bereichen (Transport, Speicherung, Verteilung, Versorgung) monopolistisch tätig ist. Die Errichtung dieser Monopole ist von der Kommission wettbewerbsrechtlich nicht beanstandet worden. Auch hat die portugiesische Regierung im vorliegenden Fall noch keinen der betroffenen Märkte offiziell dem Wettbewerb geöffnet. Die Kommission führt u. a. aus, dass die Öffnung des Marktes für die Belieferung der Stromerzeuger mit Gas für 2004 vorgesehen, aber auf 2005 verschoben worden sei (Begründungserwägung 211 der angefochtenen Entscheidung). Es ist jedoch kein Beleg für die tatsächliche Öffnung dieses Marktes vorgelegt worden. Außerdem war dieser Markt, wie die Kommission selbst einräumt, zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung nicht dem Wettbewerb geöffnet. Die Kommission stützt sich ferner darauf, dass die portugiesische Republik ernsthaft beabsichtige, die Liberalisierung aller Gasmärkte vorzuziehen. Doch selbst wenn von einer solchen Straffung des Liberalisierungszeitplans auszugehen wäre, würden die betroffenen Gasmärkte vor einer wirksamen Liberalisierung in Portugal weiterhin von der Ausnahmeregelung erfasst. Darüber hinaus gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass die portugiesische Republik eine Straffung des Liberalisierungszeitplans akzeptieren würde, wenn der Zusammenschluss nicht zustande käme.

- 116 Daraus folgt, dass die Gasmärkte in Portugal zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung nicht dem Wettbewerb geöffnet waren. Diese Tatsache berührt die Anwendung des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 auf diese Märkte unmittelbar und unweigerlich.
- 117 Zum einen kann das erste Kriterium des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89, d. h. die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, keine Anwendung finden, weil GDP gegenwärtig eine Monopolstellung auf den Märkten für die Belieferung der Stromerzeuger, der LDCs und der Großkunden mit Gas besitzt (Begründungserwägung 475 der angefochtenen Entscheidung). Denn ein Monopol auf einem bestimmten Markt stellt eine absolut beherrschende Stellung dar, die deshalb auf diesem Markt nicht verstärkt werden kann. Der einzige Markt, auf dem die beherrschende Stellung von GDP verstärkt werden könnte, ist der der Gasversorgung der Kleinkunden durch die LDCs, da GDP nur fünf der sechs LDCs besitzt. Jede dieser LDCs hat jedoch ein Gebietsmonopol inne, das gegenwärtig jeden Wettbewerb zwischen ihnen ausschließt.
- 118 Auch das zweite Kriterium des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89, d. h. die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs, das, wie oben ausgeführt, ein selbständiges Kriterium darstellt, kann bei einem Markt ohne Wettbewerb nicht erfüllt sein. Denn bei Fehlen jeglichen Wettbewerbs gab es im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung keinen wirksamen Wettbewerb, den der Zusammenschluss erheblich hätte behindern können.
- 119 Diese Analyse wird durch die allgemeine Rechtsprechung in Wettbewerbsachen in vollem Umfang bestätigt. So ist im Hinblick auf Kartelle und den Missbrauch einer beherrschenden Stellung entschieden worden, dass die Artikel 81 EG und 82 EG nicht anwendbar sind, wenn nationale Rechtsvorschriften einen rechtlichen Rahmen bilden, der jede Möglichkeit eines Wettbewerbsverhaltens seitens der Unternehmen ausschließt (Urteile des Gerichtshofes vom 16. Dezember 1975 in den Rechtssachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663, Randnrn. 71 und 72, und vom 11. November 1997 in den Rechtssachen C-359/95 P und C-379/95 P, Kommission und

Frankreich/Ladbroke Racing, Slg. 1997, I-6265, Randnr. 33; Urteil des Gerichts vom 30. September 2003 in den Rechtssache T-191/98, T-212/98 und T-214/98, Atlantic Container Line u. a./Kommission, Slg. 2003, II-3275, Randnr. 1130). Ferner hat das Gericht im Beihilferecht entschieden, dass „eine Beihilferegelung für einen Markt, der ursprünglich dem Wettbewerb entzogen war, bei der Liberalisierung dieses Marktes als bereits bestehende Beihilferegelung anzusehen [ist], weil sie zum Zeitpunkt ihrer Einführung nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 92 Absatz 1 des Vertrages fiel, der wegen der in ihm genannten Voraussetzungen, nämlich der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten und der Auswirkung auf den Wettbewerb, nur für die dem Wettbewerb geöffneten Wirtschaftszweige gilt“ (Urteil des Gerichts vom 15. Juni 2000 in den Rechtssachen T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 bis T-607/97, T-1/98, T-3/98 bis T-6/98 und T-23/98, Alzetta u. a./Kommission, Slg. 2000, II-2319, Randnr. 143, im Rechtsmittelverfahren indirekt bestätigt durch Urteil des Gerichtshofes vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-298/00 P, Italien/Kommission, Slg. 2004, I-4087, Randnrn. 66 bis 68).

- 120 Dies berührt jedoch nur die Erfüllung der Kriterien des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 und nicht die Anwendung dieser Vorschrift oder die Anwendbarkeit der Verordnung insgesamt auf den Zusammenschluss. Fällt ein Zusammenschluss nämlich nach Artikel 1 dieser Verordnung in ihren Anwendungsbereich, unterliegt er zwar der Verordnung, kann jedoch nicht aufgrund seiner Wirkungen auf nicht wettbewerbsgeprägten Märkten untersagt werden.
- 121 Die Kommission macht geltend, der Ausnahme Rechnung getragen zu haben, indem sie ihre wettbewerbsrechtliche Prüfung in der angefochtenen Entscheidung auf einen Zeitpunkt gerichtet habe, zu dem die Gasmärkte dem Wettbewerb geöffnet sein müssten, sei es im Hinblick auf den von den portugiesischen Behörden verfolgten Zeitplan, sei es im Hinblick auf den gestreckten, aber verbindlichen Zeitplan der Ausnahmeregelung. Damit bestätigt die Kommission teilweise die oben angestellten Überlegungen zur Unmöglichkeit, bei nicht dem Wettbewerb geöffneten Märkten die Kriterien des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 zu erfüllen.
- 122 Das Vorbringen der Kommission ist zurückzuweisen. Den Gegenstand der wettbewerbsrechtlichen Prüfung auf einen Zeitpunkt nach dem Auslaufen der

Ausnahme zu verlegen, bedeutet nicht, dass diese Ausnahme berücksichtigt worden ist. Dadurch, dass sie es dem Monopolisten auf dem Gasmarkt untersagt hat, unmittelbar Geschäfte zu tätigen, die seine Wettbewerbssituation verändern, während die für die portugiesische Republik geltende Ausnahme ihn von den gemeinsamen Wettbewerbsvorschriften freistellt, hat die Kommission verkannt, dass dieser Staat während der Geltung der Ausnahme seinen Gasmarkt frei strukturieren kann. Mit anderen Worten, die Kommission hat es den Beteiligten verwehrt, von den Wirkungen des Zusammenschlusses auf den Gasmärkten in dem Zeitraum zu profitieren, in dem der Zusammenschluss nach der Verordnung Nr. 4064/89 und der zweiten Gasrichtlinie nicht untersagt werden konnte.

123 Darüber hinaus hat die Kommission dadurch, dass sie lediglich die künftigen Wirkungen geprüft hat, die der Zusammenschluss zu dem Zeitpunkt auf die Gasmärkte haben würde, zu dem diese die Kriterien des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 erfüllen könnten, d. h. nach ihrer Öffnung für den Wettbewerb, bewusst davon abgesehen, die unmittelbaren Wirkungen des Zusammenschlusses auf diese Märkte zu berücksichtigen.

124 Wenn die Kommission im Rahmen der Anwendung von Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 einen Zusammenschluss prüft, muss sie jedoch untersuchen, ob die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, die geeignet ist, wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt oder den relevanten Märkten erheblich und dauerhaft zu behindern, die unmittelbare und sofortige Folge des Zusammenschlusses wäre. Wird der gegenwärtige Wettbewerb nicht derart verändert, müsste der Zusammenschluss grundsätzlich genehmigt werden (Urteil des Gerichts vom 6. Juni 2002 in der Rechtssache T-342/99, *Airtours/Kommission*, Slg. 2002, II-2585, Randnr. 58, und die dort zitierte Rechtsprechung). Die Kommission kann zwar gegebenenfalls die Wirkungen berücksichtigen, die ein Zusammenschluss in naher Zukunft haben wird (Urteil des Gerichts vom 25. Oktober 2002 in der Rechtssache T-5/02, *Tetra Laval/Kommission*, Slg. 2002, II-4381, Randnr. 153), und sogar einen Zusammenschluss wegen solcher künftiger Wirkungen untersagen. Sie darf jedoch nicht davon Abstand nehmen, die unmittelbaren Wirkungen eines Zusammenschlusses, wenn es sie gibt, zu prüfen und bei dessen Gesamtbewertung zu berücksichtigen.

- 125 Im vorliegenden Fall hat die Kommission den Zeitraum zwischen dem Zeitpunkt des Zusammenschlusses und dem Zeitpunkt der Öffnung der Gasmärkte für den Wettbewerb, d. h. einen Zeitraum von, je nach Markt, drei bis sechs bzw. acht Jahren nach dem Zusammenschluss, nicht geprüft. Der Zusammenschluss in seiner durch die Verpflichtungszusagen geänderten Form hätte jedoch erhebliche unmittelbare Auswirkungen auf die Gasmärkte, die im Wesentlichen in einem Vorziehen der Öffnung dieser Märkte im Verhältnis zum Zeitplan der Ausnahmeregelung um zwei bis drei Jahre bestünden. Hätte die portugiesische Regierung diese Märkte nämlich rechtlich für den Wettbewerb geöffnet, wie sie dies zugesagt hatte, würden zahlreiche Verpflichtungszusagen die Wirksamkeit dieser Öffnung sicherstellen, insbesondere in Bezug auf den Zugang Dritter zu den Gaskapazitäten. Diese Untätigkeit der Kommission ist in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht keineswegs neutral, weil der vorgezogene Übergang von einer Monopolsituation zu einer Situation, in der es Wettbewerber geben könnte, insbesondere durch den nicht oder weniger diskriminierenden Zugang Dritter zu den Gasressourcen und deren mögliches Tätigwerden auf bisher geschlossenen Märkten, nicht vollständig ignoriert werden kann.
- 126 In diesem Zusammenhang ist das Vorbringen der Kommission zurückzuweisen, wonach die in Rede stehenden Unternehmen nur der Verordnung Nr. 4064/89 unterlägen und ihnen die nach der zweiten Gasrichtlinie für den betroffenen Mitgliedstaat geltende Ausnahme nicht zugute komme. Es steht außer Frage, dass die Verordnung und die Richtlinie verschiedene Rechtsgrundlagen und verschiedene Adressaten haben. Es ist ebenso davon auszugehen, dass der Zusammenschluss auf Unternehmensentscheidungen beruht, auch wenn sich aus den Akten ergibt, dass der portugiesische Staat insoweit an diesem Zusammenschluss beteiligt ist, als er offensichtlich mit ihm rechnet oder ihn sogar arrangiert hat (siehe oben, Randnr. 11). Die Verordnung Nr. 4064/89 und die zweite Gasrichtlinie können jedoch, anders als die Kommission meint, nicht getrennt voneinander geprüft werden. Wie oben ausgeführt, steht der wegen der Ausnahme nach der zweiten Gasrichtlinie fehlende Wettbewerb auf den Gasmärkten der Anwendung des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 entgegen. Es kann nämlich Unternehmen nicht vorgeworfen werden, wirksamen Wettbewerb erheblich einzuschränken, wenn dieser Wettbewerb aufgrund nationaler und gemeinschaftlicher Rechtsvorschriften nicht besteht.
- 127 Wie die Kommission in der angefochtenen Entscheidung (Begründungserwägungen 210 bis 214) hervorhebt, könnte sie, wenn sie die künftigen Auswirkungen des

Zusammenschlusses auf den Wettbewerb auf den bisher noch nicht geöffneten Märkten nicht prüfen dürfte, die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Gasmärkte überhaupt nicht untersuchen. Insbesondere könnte sie, wenn die relevanten Märkte nach einem strikten und verbindlichen Zeitplan gemäß der zweiten Gasrichtlinie dem Wettbewerb geöffnet werden müssen, nicht prüfen, ob der Zusammenschluss die Einführung wirksamen Wettbewerbs nach diesem Zeitplan verhindern würde.

128 Führen diese Überlegungen, wie die Kommission hervorhebt, dazu, dass die Unternehmen nicht in vollem Umfang den üblichen Wettbewerbsregeln, einschließlich derjenigen der zweiten Gasrichtlinie, unterworfen sind, bevor diese auf sie anwendbar sind, so entspricht dies im vorliegenden Fall dem Willen des Gesetzgebers, wie er sich in der nach Artikel 28 Absatz 2 dieser Richtlinie möglichen Ausnahme äußert.

129 Darüber hinaus kann die Kommission nicht daraus, dass die Parteien den Zusammenschluss angemeldet haben, den Schluss ziehen, diese hätten damit die Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 4064/89 anerkannt. Zum einen steht hier nicht die Anwendbarkeit der Verordnung insgesamt, sondern die ihrer wesentlichen Verbotsvorschrift auf einen Teil des Zusammenschlusses in Rede. Zum anderen war die Anmeldung nach Artikel 1 der Verordnung dennoch obligatorisch. Darüber hinaus kann die Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 4064/89 nicht vom Willen der an einem Zusammenschluss Beteiligten abhängen.

130 Demnach ist festzustellen, dass die Kommission dadurch, dass sie das Verbot des Zusammenschlusses auf die Verstärkung von beherrschenden Stellungen gestützt hat, die eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs auf den wegen der nach Artikel 28 Absatz 2 der zweiten Gasrichtlinie geltenden Ausnahme nicht dem Wettbewerb geöffneten Gasmärkten zur Folge hätte, die Wirkungen und damit die Tragweite dieser Ausnahme verkannt hat.

- 131 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Fehler der Kommission allein darin besteht, dass sie die Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 im Hinblick auf nicht dem Wettbewerb geöffnete Märkte als erfüllt angesehen hat. Ihre auf die Verordnung Nr. 4064/89 gestützten wettbewerbsrechtlichen Erwägungen zur Lage auf den Gasmärkten vor dem Zusammenschluss, zur Lage auf den Gasmärkten zum Zeitpunkt ihrer voraussichtlichen Öffnung und zur Lage auf den Strommärkten vor und nach dem Zusammenschluss werden von diesem Fehler nicht berührt. Denn die Wettbewerbssituation, die zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung bzw. zum Zeitpunkt der Öffnung der fraglichen Märkte für den Wettbewerb bestand, stellt eine objektive Gegebenheit dar, die durch die unterbliebene Anwendung eines rechtlichen Kriteriums nicht berührt wird.
- 132 Es ist ferner zu bemerken, dass die Voraussetzungen des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 nur in dem Bereich, in dem es keinen Wettbewerb gibt, nicht erfüllt werden können; dieser Artikel bleibt in den anderen Bereichen, die u. U. von dem angemeldeten Zusammenschluss betroffen sind, in vollem Umfang anwendbar. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass es bei der Verordnung Nr. 4064/89 um die Prüfung einer oder mehrerer beherrschenden Stellungen auf dem oder den von einem Zusammenschluss berührten Markt oder Märkten geht. Es kommt durchaus — und nicht selten — vor, dass ein Zusammenschluss nur auf einem oder einigen der relevanten Märkte erhebliche wettbewerbswidrige Wirkungen zeitigt, nicht aber auf den übrigen Märkten. In diesem Fall ist der Zusammenschluss dennoch nach Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 zu untersagen. Die Anwendung des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 auf die Strommärkte wird daher durch den die Gasmärkte betreffenden Fehler nicht berührt.
- 133 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die angefochtene Entscheidung rechtsfehlerhaft ist, soweit darin eine Verstärkung der bestehenden beherrschenden Stellung von GDP auf den Märkten für die Belieferung der Stromerzeuger, der Groß- und der Kleinkunden mit Gas festgestellt worden ist, durch die wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde.

C — Zum zweiten Teil des ersten Klagegrundes: Übermäßige Projektion in die Zukunft

- 134 Die Klägerin trägt vor, die Kommission habe gegen Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 verstoßen, indem sie ihre wettbewerbsrechtliche Untersuchung der Gasmärkte auf über fünf Jahre nach dem Zusammenschluss erstreckt habe.
- 135 Zunächst ist daran zu erinnern, dass festgestellt worden ist, dass die angefochtene Entscheidung rechtsfehlerhaft ist, was die Anwendung des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 auf die Gasmärkte angeht. Über diesen Teil des Klagegrundes braucht daher nicht mehr entschieden zu werden, was die Verstärkung der beherrschenden Stellung von GDP auf diesen Märkten betrifft.
- 136 Die Kommission hat sich jedoch bei ihrer Untersuchung der Strommärkte auf ihre wettbewerbsrechtliche Untersuchung der Gasmärkte gestützt, ohne dass dieses Vorgehen durch den oben festgestellten Rechtsfehler berührt würde. Auf die Frage, welche Verflechtungen zwischen den Gas- und den Strommärkten in der angefochtenen Entscheidung dargestellt worden seien, hat die Klägerin zahlreiche Beispiele angeführt, die sich alle auf die Belieferung der CCGTs mit Gas beziehen, entweder unmittelbar (Begründungserwägungen 336, 340, 365 und 506) oder mittelbar im Rahmen der nicht horizontalen Wirkungen des Zusammenschlusses, d. h. der Möglichkeit für die Fusionseinheit, ihre neue starke Stellung im Gasbereich zu nutzen, um den konkurrierenden Stromerzeugern zu schaden (Begründungserwägungen 367 bis 429).
- 137 Demnach braucht über diesen Teil des ersten Klagegrundes nicht entschieden zu werden, soweit es um die wettbewerbsrechtlichen Erwägungen der Kommission zu den anderen Märkten als dem für die Belieferung der CCGTs mit Gas geht, d. h., um die Märkte für die Belieferung der LDCs, der Groß- und der Kleinkunden mit Gas.

- 138 Die Öffnung des Marktes für die Belieferung der CCGTs mit Gas für den Wettbewerb sollte nach den Entschlüssen des portugiesischen Ministerrates Nr. 63/2003 und Nr. 68/2003 im Jahr 2004 stattfinden, ist dann aber auf 2005 verschoben worden (Begründungserwägungen 203 und 505). Das letztgenannte Datum ist von der Klägerin nicht bestritten worden. Jedenfalls ist dieser Markt, der gegenwärtig fast die Hälfte des Gesamtverbrauchs in Portugal repräsentiert und industrieorientiert ist, aufgrund seiner Größe und seiner Art einer der ersten Märkte, der nach der Ausnahmeregelung 2007 dem Wettbewerb geöffnet werden muss, d. h. spätestens drei Jahre nach dem Zusammenschluss.
- 139 Die Klägerin wirft der Kommission aber lediglich vor, den üblichen Untersuchungszeitraum von höchstens drei bis fünf Jahren nach dem Zusammenschluss überschritten zu haben.
- 140 Demnach braucht auch über diesen Teil des ersten Klagegrundes, soweit der Markt für die Belieferung der CCGTs mit Gas betroffen ist, nicht mehr entschieden zu werden.
- 141 Nach alledem braucht über diesen Teil des ersten Klagegrundes nicht mehr entschieden zu werden.

IV — Zum vierten Klagegrund: Beurteilungsfehler in Bezug auf die Verpflichtungszusagen

A — Vorbemerkungen

- 142 Vorab ist daran zu erinnern, dass die Voraussetzungen des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 in Bezug auf die Gasmärkte nicht erfüllt werden konnten.

Somit braucht über den zweiten Teil des vierten Klagegrundes, mit dem Beurteilungsfehler in Bezug auf die Unzulänglichkeit der die im Gassektor festgestellten Wettbewerbsprobleme betreffenden Verpflichtungszusagen gerügt werden, nicht mehr entschieden zu werden.

143 Die Kommission trägt vor, die angefochtene Entscheidung sei schon dann aufrechtzuerhalten, wenn nur eines der darin festgestellten Wettbewerbsprobleme nicht durch eine der Zusagen vom 26. November 2004 gelöst werden könne.

144 Da bestimmte Gründe einer Entscheidung für sich genommen diese rechtlich hinreichend rechtfertigen können, wirken sich etwaige Mängel der übrigen Begründung des Rechtsakts nach ständiger Rechtsprechung keinesfalls auf dessen verfügenden Teil aus (vgl. entsprechend Urteile des Gerichtshofes vom 12. Juli 2001 in den Rechtssachen C-302/99 P und C-308/99 P, Kommission und Frankreich/TF1, Slg. 1999, I-5603, Randnrn. 26 bis 29; Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2004 in der Rechtssache T-50/00, Dalmine/Kommission, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnrn. 134 und 146, gegen das ein Rechtsmittel anhängig ist).

145 Im Bereich der Unternehmenszusammenschlüsse muss die Kommission einen Zusammenschluss verbieten, wenn die Kriterien des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 — und sei es auch nur im Hinblick auf einen der relevanten Märkte — erfüllt sind.

146 Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung kann eine Entscheidung im Bereich der Unternehmenszusammenschlüsse, mit der die Unvereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird, nur dann für nichtig erklärt werden, wenn festzustellen ist, dass die etwaigen Gründe, die nicht mit Rechtsfehlern behaftet sind, insbesondere die, die einen der relevanten Märkte betreffen, ihren verfügenden Teil nicht hinreichend rechtfertigen können (Urteil des Gerichts vom 22. Oktober 2002 in der Rechtssache T-310/01, Schneider Electric/Kommission, Slg. 2002, II-4071, Randnr. 412).

- 147 Dies schließt die Notwendigkeit nicht aus, bei der Prüfung eines bestimmten Marktes auch die Wettbewerbssituation auf den anderen Märkten zu untersuchen, wenn sich die fragliche Entscheidung entweder global auf die Wirkungen des Zusammenschlusses auf den verschiedenen relevanten Märkten oder auf die gegenseitige Verstärkung bestimmter Wettbewerbsswirkungen des Zusammenschlusses auf diesen Märkten stützt.
- 148 Im vorliegenden Fall hat die Kommission in der angefochtenen Entscheidung ihre Prüfung der einzelnen Märkte mit der Feststellung abgeschlossen, dass der Zusammenschluss zur Verstärkung der auf dem jeweiligen Markt bestehenden beherrschenden Stellung führen würde, ohne auf die übrigen Märkte Bezug zu nehmen. Da sie sich jedoch auf die Wettbewerbssituation auf verschiedenen Strommärkten und auf die Wettbewerbssituation auf verschiedenen Gasmärkten gestützt hat, um Wettbewerbsprobleme auf dem einen oder anderen Strommarkt festzustellen, muss, soweit erheblich, geprüft werden, ob diese wettbewerbsrechtlichen Erwägungen zu den jeweiligen Märkten zutreffend sind. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Beurteilung der Wettbewerbssituation auf den Gasmärkten als solche, wie oben in Randnummer 131 ausgeführt, nicht dadurch berührt wird, dass die Kriterien des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 im Hinblick auf diese Märkte nicht erfüllt werden können.
- 149 Insbesondere ist das Vorbringen der Kommission, der vorliegende Klagegrund sei allein deshalb zurückzuweisen, weil die Klägerin die Verstärkung der beherrschenden Stellung von EDP auf den die Regelenergie und die Hilfsdienste betreffenden Strommärkten und den Endverbrauchermärkten nicht ernsthaft bestritten habe, zurückzuweisen, weil die Begründung der angefochtenen Entscheidung sich hinsichtlich dieser Märkte in der Tat, wie die Klägerin vorträgt, zumindest teilweise auf die wettbewerbsrechtlichen Erwägungen zum Stromgroßhandelsmarkt stützt und die Ungültigkeit der Erwägungen zu diesem Markt diejenige der Erwägungen zu den anderen Märkten nach sich ziehen könnte.
- 150 Auch das Vorbringen der Kommission, die Klägerin habe anerkannt, dass die Verpflichtungszusagen vom 28. Oktober und vom 17. November 2004 nicht ausgereicht hätten, um die von der Kommission festgestellten Wettbewerbsprobleme zu lösen, ist zurückzuweisen. Die Klägerin hat zwar in ihrer Klageschrift

für den vorliegenden Klagegrund eingeräumt, dass der Zusammenschluss in der angemeldeten Form die beherrschende Stellung von GDP verstärken würde, und in ihrer Antwort für die mündliche Verhandlung, dass er die beherrschende Stellung von EDP verstärken würde; sie hat jedoch nicht zugestanden, dass die am 28. Oktober, 17. November oder 26. November 2004 unterbreiteten Verpflichtungszusagen nicht ausgereicht hätten, um die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu lösen.

- 151 Nach ständiger Rechtsprechung hat sich die vom Gemeinschaftsrichter ausgeübte Kontrolle der komplexen wirtschaftlichen Beurteilungen, die die Kommission im Rahmen der Ausübung des ihr durch die Verordnung Nr. 4064/89 eingeräumten Ermessens vornimmt, auf die Prüfung zu beschränken, ob die Verfahrens- und Begründungsvorschriften eingehalten worden sind, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob kein offensichtlicher Beurteilungsfehler und kein Ermessensmissbrauch vorliegen (vgl. Urteil *Petrolessence* und *SG2R/Kommission*, oben in Randnr. 63 zitiert, Randnr. 101, und die dort zitierte Rechtsprechung, sowie entsprechend *Kommission/Tetra Laval*, oben in Randnr. 63 zitiert, Randnr. 38).
- 152 Insoweit macht die Kommission mit dem Hinweis darauf, dass die Klägerin nie ausdrücklich einen offensichtlichen Beurteilungsfehler gerügt habe, implizit geltend, dass der vorliegende Klagegrund deshalb nicht stichhaltig sei. Dieses Vorbringen ist zurückzuweisen. Da die Klägerin einen Beurteilungsfehler geltend macht und dieser nach der Rechtsprechung offensichtlich sein muss, wäre es nicht gerechtfertigt, ein für die vorliegende Klage wesentliches Angriffsmittel wegen dieser formalen Ungenauigkeit zurückzuweisen, und es ist folglich anzunehmen, dass die Klägerin offensichtliche Beurteilungsfehler geltend machen wollte. Die von der Klägerin geltend gemachten Fehler müssen allerdings offensichtlich sein, um zu einer Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung zu führen.
- 153 Schließlich nimmt die Klägerin in ihrer Klageschrift wiederholt Bezug auf einen in ihrem Auftrag von Lexecon erstellten Wirtschaftsbericht (im Folgenden: *Lexecon-Bericht*) mit dem Titel „EDP-Eni/GDP: Eine ökonomische Bewertung der Argumentation für ein Verbot des Zusammenschlusses in der geänderten Form“ vom Februar 2005.
- 154 In diesem Zusammenhang ist der Rüge der Kommission, bestimmte allgemeine Hinweise auf den *Lexecon-Bericht* seien für unzulässig zu erklären, stattzugeben.

- 155 Denn nach ständiger Rechtsprechung ist es, um die Rechtssicherheit und eine geordnete Rechtspflege zu gewährleisten, für die Zulässigkeit einer Klage erforderlich, dass sich die tatsächlichen und rechtlichen Umstände, auf die sie gestützt ist, zumindest in gedrängter Form, aber zusammenhängend und verständlich unmittelbar aus dem Text der Klageschrift ergeben (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofes vom 15. Dezember 1961 in den Rechtssachen 19/60, 21/60, 2/61 und 3/61, *Société Fives Lille Cail u. a./Hohe Behörde*, Slg. 1961, 561, 588, und Urteil des Gerichts vom 16. März 2004 in der Rechtssache T-157/01, *Danske Busvognmænd/Kommission*, Slg. 2004, II-917, Randnr. 45). Zwar kann die Klageschrift in einzelnen Punkten durch die Bezugnahme auf Teile der als Anlage beigefügten Schriftstücke untermauert und vervollständigt werden, doch kann die pauschale Bezugnahme auf andere Schriftstücke, auch wenn sie der Klageschrift als Anlagen beigefügt sind, nicht das Fehlen der wesentlichen Bestandteile der rechtlichen Ausführungen ausgleichen, die gemäß den einschlägigen Bestimmungen in der Klageschrift enthalten sein müssen (Beschluss des Gerichts vom 21. Mai 1999 in der Rechtssache T-154/98, *Asia Motor France u. a./Kommission*, Slg. 1999, II-1703, Randnr. 49, und in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofes vom 28. Juni 2005 in den Rechtssachen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, *Dansk Rørindustri u. a./Kommission*, Slg. 2005, I-5425, Randnrn. 94 bis 101).
- 156 Soweit sich die Klägerin also nicht auf einen bestimmten Punkt des Lexecon-Berichts bezieht, insbesondere wenn auf die allgemeine Schlussfolgerung dieses Berichts verwiesen wird, oder sie auf eine Passage Bezug nimmt, die sich in der Klageschrift inhaltlich nicht wiederfindet, sind die Bezugnahmen auf diesen Bericht für unzulässig zu erklären.
- 157 Da die Argumentation der Klägerin recht knapp ist und wegen der sich aus der Bezugnahme auf den Lexecon-Bericht ergebenden Schwierigkeiten wird das Vorbringen der Klägerin im Rahmen des vierten Klagegrundes in Bezug auf die fehlerhafte wirtschaftliche Beurteilung der Kommission beinahe vollständig wiedergegeben.
- 158 Schließlich kann sich die Kommission, was den Lexecon-Bericht betrifft, nicht allgemein auf die Rechtsprechung berufen, nach der bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Handlung auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Erlasses der Handlung abzustellen ist (Urteil *Kaysersberg/Kommission*, oben in Randnr. 45 zitiert, Randnr. 140). Die Zusammenstellung von

Argumenten nach dem Erlass der angefochtenen Entscheidung im Hinblick darauf, beim Gericht die Feststellung zu erreichen, dass die wirtschaftliche Beurteilung in dieser Entscheidung fehlerhaft ist, stellt eine bloße Wahrnehmung der Verteidigungsrechte dar und keinen Versuch, den der Kommission zuvor im Hinblick auf den Erlass dieser Entscheidung unterbreiteten rechtlichen und tatsächlichen Rahmen zu ändern. Die Kommission kann sich zu ihrer Verteidigung jedoch in Bezug auf spezifische Punkte darauf berufen, dass dieser Bericht die ausdrücklichen Erklärungen oder die Auslassungen der Parteien im Verwaltungsverfahren verkennt.

B — Zum ersten Teil des vierten Klagegrundes: Berücksichtigung der Verpflichtungszusagen vom 26. November 2004

159 Im Hinblick auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Beurteilung des Zusammenschlusses in seiner geänderten Form durch die Kommission stellt die Klägerin diesen in seiner durch die Verpflichtungszusagen vom 26. November 2004 geänderten Form dar und macht geltend, dass diese rechtzeitig eingereicht worden seien, so dass sie beim Erlass der endgültigen Entscheidung hätten berücksichtigt werden müssen. Die Kommission bestreitet, dass diese Zusagen rechtzeitig eingereicht worden seien, und trägt vor, dass sie nicht alle festgestellten Wettbewerbsprobleme eindeutig — ohne weitere Ermittlungen — lösen würden. Deshalb sei der vorliegende Klagegrund zurückzuweisen.

160 Vorab ist festzustellen, dass der Teil der Verpflichtungszusagen, der am 26. November 2004 eingereicht worden ist, nach Ablauf der Frist am 17. November 2004 eingegangen ist.

161 Aus Artikel 8 der Verordnung Nr. 4064/89 in Verbindung mit Artikel 18 der Verordnung Nr. 447/98 ergibt sich, dass die Kommission nach den Verordnungen im Bereich der Unternehmenszusammenschlüsse nicht verpflichtet ist, Verpflichtungszusagen anzunehmen, die nach Ablauf der Frist eingereicht werden. Der Grund für diese Frist liegt in erster Linie im Beschleunigungsgebot, das für die allgemeine Systematik der Verordnung Nr. 4064/89 kennzeichnend ist (Urteil Endemol/Kommission, oben in Randnr. 80 zitiert, Randnr. 68).

- 162 Mit der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen, mit der sie sich freiwillig bindet, hat die Kommission jedoch akzeptiert, geänderte Zusagen zu prüfen, insbesondere solche, die ihr nach Ablauf der in der Verordnung Nr. 447/98 vorgesehenen Frist unterbreitet werden, „wenn sie — auf der Grundlage ihrer Würdigung der im Laufe des Verfahrens erhaltenen Informationen, einschließlich der Ergebnisse früherer Markttests und ohne dass es eines weiteren Markttests bedürfte — eindeutig feststellen kann, dass durch die Verpflichtungen, wenn sie einmal durchgeführt sind, die festgestellten Wettbewerbsprobleme gelöst werden, und wenn genügend Zeit für eine angemessene Konsultation der Mitgliedstaaten verbleibt“ (Nr. 43).
- 163 Verspätet unterbreitete Verpflichtungszusagen der an einem angemeldeten Zusammenschluss Beteiligten können folglich unter zwei kumulativen Voraussetzungen berücksichtigt werden, nämlich erstens, dass diese Zusagen die zuvor festgestellten Wettbewerbsprobleme, ohne dass es weiterer Ermittlungen bedürfte, eindeutig lösen, und zweitens, dass genügend Zeit bleibt, die Mitgliedstaaten zu diesen Zusagen zu konsultieren.
- 164 In vorliegenden Fall haben die Beteiligten die fraglichen Zusagen am Vormittag des 26. November 2004 unterbreitet, für den die Sitzung des Beratenden Ausschusses am Nachmittag anberaumt war. Was die Zusagen zum Gassektor angeht, so kündigten die Zusagen vom 26. November 2004 außerdem lediglich an, dass die Parteien beabsichtigten, ihre früheren Zusagen zu ändern (Begründungserwägung 859 der angefochtenen Entscheidung). Die endgültige Fassung der zum Gassektor angekündigten Zusagen wurde am Abend des 3. Dezember 2004 übermittelt.
- 165 Was die Zusagen vom 26. November 2004 zum Stromsektor angeht, so hat die Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht ausgeführt, dass sie zurückzuweisen seien, weil sie nicht über genügend Zeit verfügt habe, die Mitgliedstaaten zu konsultieren. Sie hat vielmehr akzeptiert, diese Zusagen im Hinblick auf die erste Voraussetzung der Nummer 43 der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen zu prüfen (Begründungserwägungen 855 bis 881). Da die

Kommission in der angefochtenen Entscheidung freiwillig akzeptiert hat, diese Zusagen zu berücksichtigen, ist der Zusammenschluss in der durch diese Zusagen geänderten Form zu prüfen, allerdings unter Vorbehalt der besonderen Qualität, die diese nach Nummer 43 aufweisen müssen.

166 Die Zusagen vom 26. November 2004 zum Gassektor, mit denen sowohl bestimmte Wettbewerbsprobleme auf den Gasmärkten als auch bestimmte Probleme auf den Strommärkten gelöst werden sollten, waren erst am 3. Dezember 2004 vollständig und unbedingte. Das für sie maßgebliche Datum ist daher der 3. Dezember 2004. In der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission den Entwurf dieser Zusagen vom 26. November 2004 unter Hinweis darauf, dass sie schon allein aufgrund ihrer Vorläufigkeit zurückzuweisen wären, summarisch geprüft (Begründungserwägung 882). Sie hat ferner ausdrücklich festgestellt, dass die endgültige Fassung dieser Zusagen zu spät eingereicht worden sei, um beim Erlass der endgültigen Entscheidung berücksichtigt werden zu können (Begründungserwägung 913). Es ist festzustellen, dass die Kommission die Zusagen vom 3. Dezember 2004 zu Recht allein deshalb zurückweisen konnte, weil sie erheblich verspätet waren. Zum einen sind diese Zusagen sieben Tage nach Anhörung des Beratenden Ausschusses und nur drei Werktage vor Erlass der endgültigen Entscheidung eingereicht worden. Zum anderen garantiert die Mitteilung über Abhilfemaßnahmen nicht, dass nach der Anhörung des Beratenden Ausschusses eingereichte Zusagen berücksichtigt werden können. Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Kommission — außer unter außergewöhnlichen Umständen, die hier nicht vorgetragen worden sind — verpflichtet ist, den Sitzungstag vierzehn Tage im Voraus festzulegen (Artikel 19 Absatz 5 der Verordnung Nr. 4064/89). Da der Ausschuss akzeptiert hat, dass die Kommission ihm diese Zusagen nicht unterbreitet, wenn sie sie für unzureichend hält, war die Kommission nicht verpflichtet und hatte im Lichte der vorstehenden Erwägungen auch nicht die Zeit, den Ausschuss erneut einzuberufen.

167 Der von der Klägerin vorgetragene Umstand, dass die letzten Zusagen nur die vorausgehenden Zusagen im Licht der intensiven Diskussionen mit der Kommission änderten, kann diese Schlussfolgerung nicht entkräften. Denn selbst wenn die Zusagen vom 3. Dezember 2004 die vorausgehenden Zusagen nur geringfügig abgeändert haben sollten, sind sie doch nicht so rechtzeitig übermittelt worden, dass sie dem Beratenden Ausschuss hätten vorgelegt werden können.

168 Folglich sind im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nur die Verpflichtungszusagen vom 26. November 2004 zum Stromsektor zu berücksichtigen.

169 Was die Prüfung dieser Zusagen im Hinblick auf die erste der in Nummer 43 der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen genannten Voraussetzungen angeht, so weist die Klägerin auf die Unterschiede zwischen der Mitteilung und ihrer Auslegung in der angefochtenen Entscheidung hin, nach der die verspätet eingereichten Zusagen „die im Zuge der Untersuchung festgestellten Wettbewerbsbedenken vollständig und eindeutig, d. h. unmittelbar, ausräumen müssen“ (Begründungserwägung 859 der angefochtenen Entscheidung). Die Klägerin beschränkt sich jedoch darauf, diese Abweichung festzustellen, ohne daraus Folgen abzuleiten, und geltend zu machen, dass die Zusagen vom 26. November 2004 die zuvor festgestellten Wettbewerbsprobleme vollständig lösten. Es ist daher nicht zu prüfen, ob sich die unterschiedliche Formulierung im vorliegenden Fall tatsächlich ausgewirkt hat.

170 Darüber hinaus ist an dieser Stelle das Vorbringen der Kommission zurückzuweisen, wonach der vierte Klagegrund allein deshalb zurückzuweisen sei, weil ihr die Verpflichtungszusagen zu spät unterbreitet worden seien und sie die zuvor festgestellten Wettbewerbsprobleme nicht eindeutig lösten. Denn die zweite Prämisse der Kommission, wonach die letzten Zusagen unzureichend seien, kann nur im Rahmen des dritten Teiles des vierten Klagegrundes geprüft werden.

C — Zum dritten Teil des vierten Klagegrundes: Fehlerhafte Beurteilung des Zusammenschlusses in seiner geänderten Form in Bezug auf den Stromsektor

171 In der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission festgestellt, dass EDP eine stark oder sehr stark beherrschende Stellung auf den vier problematischen Märkten für den Stromgroßhandel, für Regelleistung und Hilfsdienste sowie für den Stromeinzelhandel mit Großkunden und mit Kleinkunden hat.

172 Nach der angefochtenen Entscheidung verfügt EDP erstens auf dem Stromgroßhandelsmarkt über eine beherrschende Stellung, und zwar aufgrund ihrer Stellung auf der Angebotsseite (mit 70 % der gesamten Erzeugungskapazität, wobei der Rest auf Turbogás [8,6 %], an der EDP eine Minderheitsbeteiligung von 20 % hält, Tejo Energia [5,1 %], an der EDP eine Minderheitsbeteiligung von 10 % hält, und andere unbedeutende Erzeuger entfällt, die unter der insbesondere für erneuerbare Energien geltenden Sonderregelung tätig sind; Begründungserwägungen 283 bis 289) und auf der Nachfrageseite (90 % bis 100 % des gesamten Inlandsverbrauchs; Begründungserwägungen 299 bis 301 und 433 bis 443) aufgrund des „CMEC“-Systems, das das Auslaufen der unter dem nichtliberalisierten System abgeschlossenen Abnahmegarantieverträge kompensieren sollte (Begründungserwägungen 294 bis 298), der Zahl und Diversität ihrer Stromerzeugungsmittel (Begründungserwägungen 292 und 293), ihrer künftigen Erzeugungskapazitäten (drei CCGT-Einheiten [TER]; Begründungserwägungen 302 bis 304), des Umstands, dass der für 2007 vorgesehene Bau neuer unabhängiger CCGTs unsicher ist und auf jeden Fall erst nach dem Zusammenschluss erfolgen würde (Begründungserwägungen 305 bis 331), und schließlich der zur Gewährleistung ausreichender Stromimporte nicht ausreichenden Verbindungen zwischen dem spanischen und dem portugiesischen Netz (Begründungserwägungen 332 bis 334). Zweitens hat EDP eine beherrschende Stellung auf dem oder den entstehenden Märkten für Regelenergie und Hilfsdienste inne, die nur von einem Stromerzeuger in Portugal beliefert werden können. EDP ist die einzige, die diese Dienstleistungen erbringen kann (Begründungserwägungen 430 bis 432). Drittens hat EDP mit einem Marktanteil von 90 % bis 100 % auf dem Einzelhandelsmarkt für Großkunden, der 2003 dem Wettbewerb geöffnet wurde, und auf dem Einzelhandelsmarkt für Kleinkunden eine beherrschende Stellung inne. Diese rührt auch daher, dass EDP nur zwei kleinere Wettbewerber hat, die die Risiken tragen müssen, die damit verbunden sind, dass sie ihren Bedarf durch Einfuhren aus Spanien decken, dass EDP weiterhin der unter dem regulierten öffentlichen System zugelassene Versorger ist, dass 70 % bis 80 % der Kunden, die vom öffentlichen zum freien System wechseln, bei EDP bleiben, dass sie Konzessionärin des sekundären (Schwach-)Stromnetzes ist und dass sie aufgrund ihrer früheren Monopolstellung im Besitz sämtlicher Informationen über das Verbrauchsprofil der Kunden ist (Begründungserwägungen 433 bis 443).

173 In der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission ausgeführt, dass der Zusammenschluss die beherrschende Stellung von EDP verstärken und damit wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, und zwar wegen einer horizontalen Wirkung auf die vier Strommärkte, die in der Ausschaltung von GDP als wahrscheinlichsten bedeutenden potenziellen Wettbewerber besteht (Begründungserwägungen 335 bis 364; vgl. insbesondere Begründungserwägung

363; Begründungserwägungen 431 und 450 bis 473), und wegen nicht horizontaler Wirkungen auf den Stromgroßhandelsmarkt, die im Zugang zu vertraulichen Informationen ihrer Wettbewerber, im privilegierten und begünstigten Zugang zu den in Portugal verfügbaren Gasressourcen sowie in der Möglichkeit und der Absicht bestehen, die Erzeugungskosten ihrer Wettbewerber zu erhöhen (Begründungserwägungen 365 bis 428).

- 174 Vorab ist festzustellen, dass die Klägerin die Definition der Strommärkte (siehe oben, Randnr. 24) nicht in Frage gestellt hat. In ihrer schriftlichen Antwort für die Sitzung räumt sie auch ein, dass die auf diesen Märkten festgestellten Wettbewerbsprobleme bestehen, auch wenn sie deren Bedeutung bestreitet.
- 175 Die Klägerin führt zwei Rügen an, mit denen sie die Fortdauer sowohl der horizontalen Wirkung als auch der nicht horizontalen Wirkungen auf die Strommärkte im Hinblick auf die Verpflichtungszusagen in Frage stellt. Sie macht im Rahmen dieser beiden Rügen darüber hinaus geltend, dass sich der Zusammenschluss in seiner geänderten Form positiv auf die portugiesischen Strommärkte auswirken werde. Hierbei stützt sie sich fast ausschließlich auf die Prüfung des Stromgroßhandelsmarktes.
- 176 Dieses Vorbringen ist als Erstes im Hinblick auf die horizontale Wirkung des Zusammenschlusses auf den Strommärkten zu prüfen.
- 177 Nach der angefochtenen Entscheidung besteht die einzige horizontale Wirkung des Zusammenschlusses auf allen Strommärkten darin, dass GDP als der wahrscheinlichste bedeutende potenzielle Wettbewerber von EDP ausgeschaltet wird. Was erstens den Stromgroßhandelsmarkt betrifft, so hat die Kommission mehrere allgemeine Faktoren angeführt, die belegen, dass es für einen Gasversorger wirtschaftlich rational und interessant ist, in den Stromgroßhandelsmarkt einzusteigen (Begründungserwägungen 335 bis 344). Dieser allgemeine Anreiz wird durch die Marktuntersuchung und das Beispiel anderer Mitgliedstaaten bestätigt, in denen die Liberalisierung dieser Märkte zu einem solchen Ergebnis geführt hat, insbesondere in Spanien und im Vereinigten Königreich. Die Kommission hat im

Verfahren vor dem Gericht außerdem die aus Gründen der Vertraulichkeit in der angefochtenen Entscheidung nicht dargestellten Gründe angeführt, die das individuelle Interesse von GDP belegen, in den Stromerzeugungsmarkt einzusteigen (Begründungserwägungen 345 bis 361). Was zweitens den oder die entstehenden Märkte für Regelernergie und Hilfsdienste angeht, so verschwindet nach Ansicht der Kommission durch die Ausschaltung des potenziellen Neueinsteigers GDP in den Großhandelsmarkt auch ein ernsthafter potenzieller Wettbewerber auf den relevanten Märkten, wohingegen der Einstieg von GDP in den Großhandelsmarkt die Stellung von EDP auf diesen Märkten schwächen würde (Begründungserwägungen 430 bis 432). Was drittens die Stromeinzelhandelsmärkte betrifft, so war GDP nach Meinung der Kommission aufgrund ihres Geschäftsumfangs, der Bekanntheit ihrer nationalen Marke und ihrer Fähigkeit, duale Angebote (Strom und Gas) zu machen, der ernsthafte potenzielle Wettbewerber. Die Kommission hat sich insoweit hauptsächlich auf die Marktuntersuchung und auf Beispiele aus anderen Mitgliedstaaten gestützt (Begründungserwägungen 449 bis 473).

- 178 Die Klägerin räumt ein, dass der Zusammenschluss in seiner angemeldeten Form die beherrschende Stellung von EDP auf den fraglichen Märkten verstärken würde und damit zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde. Sie wendet jedoch erstens ein, dass es sehr zweifelhaft sei, ob für GDP, wenn der Zusammenschluss nicht zustande käme, ein starker Anreiz bestünde, in den Stromgroßhandelsmarkt einzusteigen. Zweitens würden die günstigen Folgen für die Wettbewerbsstruktur, die sich aller Wahrscheinlichkeit nach aus den unterbreiteten Verpflichtungszusagen ergäben, jeden Verlust an potenziellem Wettbewerb durch GDP mehr als ausgleichen.
- 179 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung zwar an mehreren Stellen auf die Ausschaltung von „GDP“ als wahrscheinlichsten bedeutenden potenziellen Wettbewerber auf den Strommärkten eingeht, dass sich aus der Entscheidung insgesamt und insbesondere aus dem Abschnitt über das besondere Interesse von GDP, in den Stromgroßhandelsmarkt einzusteigen (Begründungserwägungen 345 bis 364) aber ergibt, dass die Kommission der Ansicht war, dass dieser Einstieg „über Galp“ als wirtschaftliche Einheit, die GDP und andere Tochtergesellschaften von Galp umfasst, erfolgen würde, ohne dass sie es für erforderlich gehalten hätte, im Einzelnen auszuführen, welche Tochtergesellschaft des Galp-Konzerns welche Aufgaben wahrnehmen würde. In den folgenden Ausführungen nimmt das Gericht nur bei Bedarf ausdrücklich auf Galp oder den Galp-Konzern einschließlich GDP (im Folgenden: Galp/GDP) Bezug.

1. Zur Ausschaltung von GDP als wahrscheinlichsten bedeutenden potenziellen Wettbewerber

180 Was den Anreiz für GDP zum Eintritt in den Stromgroßhandelsmarkt angeht, so beanstandet die Klägerin die Relevanz der Beispiele aus anderen Mitgliedstaaten, die Bedeutung der derzeitigen Beteiligung von GDP an zwei Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen (gekürzte Klageschrift, Rz. 119, Fn. 105) sowie die fehlende Berücksichtigung der strukturellen Verbindungen zwischen EDP und GDP und weist auf das fehlende Interesse von GDP, mit EDP zu konkurrieren, hin (gekürzte Klageschrift, Rz. 127). Was den Anreiz für GDP zum Eintritt in den Regelenergiemarkt und den Stromeinzelhandelsmarkt betrifft, so macht sie lediglich geltend, dass die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf dem Stromgroßhandelsmarkt diesen Märkten zugute käme (gekürzte Klageschrift, Rz. 129).

181 In der für das beschleunigte Verfahren gekürzten Klageschrift, die in diesem Punkt mit der ursprünglichen Klageschrift übereinstimmt, verweist die Klägerin in Fußnoten auf einzelne Teile des Lexecon-Berichts, die mit „Die Aussicht auf starken Wettbewerb im Stromsektor durch GDP ist übertrieben“ und „Ein formales Modell für Investitionsanreize auf dem Stromgroßhandelsmarkt in Portugal“ überschrieben sind. Die Kommission beschränkt sich daher darauf, auf den Bericht ihres Chefökonomens zu verweisen, der die im Lexecon-Bericht aufgestellten Behauptungen entkräften soll.

182 Es ist daran zu erinnern, dass eine pauschale Bezugnahme auf Anlagen zu Schriftsätzen der Parteien insoweit für unzulässig zu erklären ist, als damit nicht Vorbringen untermauert wird, das in den Hauptschriftsätzen der Parteien bereits enthalten ist (vgl. die oben in Randnr. 155 zitierte Rechtsprechung). Denn es war in erster Linie Sache der Klägerin, in ihrer Klageschrift die Argumente dafür vorzutragen, dass die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat. Die einzigen sowohl der Klageschrift als auch in der abgekürzten Klageschrift enthaltenen Argumente, die die Behauptung, der Markteintritt von GDP sei zweifelhaft, stützen, sind jedoch die oben in Randnummer 180 angeführten.

Der Lexecon-Bericht hingegen enthält einige weitere Argumente dafür, dass für GDP kein Anreiz für den Einstieg in die Strommärkte besteht, für die sich in der Klageschrift kein Anhaltspunkt findet. Die Bezugnahme auf den Lexecon-Bericht ist daher nur für die Argumente zulässig, die in der Klageschrift enthalten sind, und die übrigen Argumente sind zurückzuweisen.

183 Darüber hinaus ist festzustellen, dass der Umstand, dass die vorliegende Klage im beschleunigten Verfahren behandelt wird, die Relevanz der in Randnummer 155 zitierten Rechtsprechung eher erhöht als abschwächt. Das beschleunigte Verfahren, in dem es keinen zweiten Schriftsatzwechsel gibt, setzt voraus, dass die Argumente der Klägerin von Anfang an klar und abschließend in der Klageschrift oder gegebenenfalls in deren gekürzter Fassung dargelegt werden. Außerdem kann die nach den Praktischen Anweisungen des Gerichts für die Parteien (Abschnitt VI Nummern 2 und 3) erforderliche Begrenzung des Umfangs der Schriftsätze der Parteien und damit implizit die Begrenzung der Zahl und der Komplexität der vorgebrachten Argumente nicht durch eine systematische Bezugnahme auf umfangreiche und/oder komplexe Berichte umgangen werden.

184 Was erstens die Relevanz der Beispiele der Liberalisierung in Spanien und im Vereinigten Königreich angeht, so trägt die Klägerin vor, die Kommission hätte die Relevanz dieser Beispiele für den portugiesischen Markt belegen müssen, und führt die gegenteiligen Beispiele Deutschland und Frankreich an.

185 Diese Beispiele sollten das allgemeine Interesse eines großen Gasversorgers an einer vertikalen Integration durch Belieferung seiner eigenen CCGTs belegen. Zum einen hat die Klägerin jedoch nicht begründet, warum diese Beispiele für Portugal nicht relevant sein sollen. Sie hat auch keinen klaren Grund dafür angeführt, warum die gegenteiligen Beispiele des französischen und des deutschen Marktes für Portugal relevanter sein sollen. Ferner stützt sich der Lexecon-Bericht, anders als die Klageschrift, auf diese nationalen Beispiele, um den geringen Anteil der von den Neueinsteigern in den Stromgroßhandelsmarkt gebauten Kraftwerke zu belegen (Lexecon-Bericht, Punkt 3.3 [b]). Darüber hinaus wird dieses allgemeine Interesse der Gasversorger durch die Antworten auf die Marktuntersuchung bestätigt, die sich auf das britische und vor allem das spanische Beispiel stützen.

- 186 Zum anderen und vor allem hat die Kommission in der angefochtenen Entscheidung, gestützt auf die Marktuntersuchung, belegt, dass die vertikale Integration in der Stromerzeugung für einen Gasversorger wirtschaftlich vorteilhaft wäre, weil neu gebaute Kraftwerke im Allgemeinen mit Gas betrieben werden, dass dem Gasversorger dabei die günstigen wirtschaftlichen Bedingungen für seinen Zugang zu Gas zugute kämen, dass der traditionelle Gasversorger versuchen würde, neue Märkte zu gewinnen, um den Verlust von Marktanteilen im Gassektor nach dessen Liberalisierung zu kompensieren, und schließlich, dass diese Integration mit dem Einstieg des Gasversorgers in die Stromeinzelhandelsmärkte fortgesetzt werden könnte. Die Klägerin hat jedoch im Hinblick auf diese zusätzlichen Anreize keinen Fehler und erst recht keinen offensichtlichen Fehler geltend gemacht.
- 187 Was zweitens das Interesse von GDP an einem Einstieg in die Strommärkte angeht, so hat die Kommission in der angefochtenen Entscheidung dargelegt, dass Galp, die das gesamte Kapital von GDP hält, im Jahr 2000 über eine Tochtergesellschaft, Galp Power, durch eine Beteiligung an zwei geplanten Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen mit einer Leistung von 44 MW und 30 MW in den Stromerzeugungsmarkt eingetreten ist (Begründungserwägung 347 der angefochtenen Entscheidung, Fn. 265). Wie die Kommission hervorhebt, belegt diese Beteiligung, dass Galp vor dem Zusammenschluss an der Stromerzeugung interessiert war. Der von der Klägerin in ihrer Klageschrift vorgetragene Umstand, dass Galp sich an diesen beiden Vorhaben nicht im Wettbewerb zu EDP, sondern in Zusammenarbeit mit EDP beteiligt, ändert nichts daran, dass diese Beteiligung das Interesse von Galp an der Stromerzeugung belegt. Die Kommission verweist außerdem auf die in einem Presseartikel der AFX News wiedergegebene Erklärung des Präsidenten von Galp, wonach sein Unternehmen den Zugang zu den Strommärkten, insbesondere den der Erzeugung, suche, ohne dass die Aktionäre, unter ihnen EDP, dem widersprochen hätten. Dieser Artikel bestätigt die in der angefochtenen Entscheidung insoweit dargelegte Schlussfolgerung der Kommission. Schließlich ist dieser Umstand im Hinblick auf die übrigen im Folgenden geprüften Vorhaben nicht mehr erheblich.
- 188 Aus der angefochtenen Entscheidung ergibt sich, dass die Vorhaben von Galp/GDP im Bereich der Stromerzeugung über die bloße Beteiligung an den beiden Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen von 44 und 30 MW hinausgehen. Galp hat über seine Tochtergesellschaft Galp Power 2002 offiziell die Verwaltungsgenehmigung für den

Bau von zwei CCGTs von je 400 MW in Sinès beantragt. Dieses Gaskraftwerksvorhaben ist weit ehrgeiziger als die bloße Beteiligung an zwei Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen und belegt ein erhebliches Interesse, den Stromerzeugungsmarkt verstärkt zu durchdringen. Auch ist, der angefochtenen Entscheidung zufolge, in einer Machbarkeitsstudie zum Bau von CCGTs im Galp-Konzern eingehend geprüft worden, welche Möglichkeiten GDP hat, auf dem Stromgroßhandelsmarkt tätig zu sein und/oder einen Teil des Kraftwerks zu betreiben. Nach Ansicht der Kommission ist dieses Vorhaben nur deshalb nicht über das Stadium der Machbarkeitsstudie hinausgelangt, weil die portugiesische Regierung den Zusammenschluss angekündigt habe. Allerdings würde GDP bei Verwirklichung dieses Vorhabens als eines der ersten Unternehmen in den Stromgroßhandelsmarkt einsteigen. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass nach der mündlichen Verhandlung nunmehr feststeht, dass Galp Power eine Verwaltungsgenehmigung für den Bau einer CCGT von 500 MW erhalten hat. Schließlich zeigt die von Eni in Bezug auf EDP beantragte — und im vorliegenden Verfahren aufgehobene — vertrauliche Behandlung der Passage der Entscheidung, in der diese Vorhaben beschrieben werden, dass dieses Vorhaben ohne jede Zusammenarbeit mit EDP durchgeführt wird. GALP/GDP verfolgen demnach sehr ernsthaft Pläne, mit Hilfe der CCGTs, dem gegenwärtig leistungsstärksten Kraftwerkstyp, in den Stromerzeugungsmarkt einzusteigen.

189 In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin darauf hingewiesen, dass diese Genehmigungen von Galp Power beantragt worden seien, die als direkte Tochtergesellschaft von Galp nicht am Zusammenschluss beteiligt gewesen sei. Dieser Umstand wirkt sich auf die Prüfung der Kommission nicht wirklich aus. Als die Lizenzen beantragt wurden, gehörten Galp Power und GDP zum selben Konzern. Die Verfolgung des Zieles einer vertikalen Integration von Gas und Strom war daher, wie die Kommission in der angefochtenen Entscheidung dargelegt hat, im Galp-Konzern vollständig gewährleistet. Ohne den Zusammenschluss blieben Galp/GDP ihre Genehmigungen und die Möglichkeit, mit EDP zu konkurrieren. Käme der Zusammenschluss zustande, würde der etwaige Verlust der Lizenzen für die Fusionseinheit kein Problem darstellen, weil diese sich durch das Moratorium bereits verpflichtet hatte, vor einem bestimmten Zeitpunkt keine CCGTs zu bauen. In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin ferner vorgetragen, dass Galp Power mit ihren Genehmigungen ein potenzieller Wettbewerber der Fusionseinheit sei. Die Kommission hat in der angefochtenen Entscheidung zwar nicht ausdrücklich geprüft, ob Galp über Galp Power auch nach dem Zusammenschluss noch willens und in der Lage wäre, in den Stromgroßhandelsmarkt einzusteigen; dies kann jedoch keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler darstellen, weil es sich auf die Prüfung der Wettbewerbssituation nach dem Zusammenschluss nicht nennenswert auswirkt. Zum einen bleibt hypothetisch, ob Galp trotz des Wegfalls des wichtigen Anreizes, den die vertikale Integration darstellt, weiterhin am Eintritt in

diesen Markt interessiert wäre. Zum anderen wäre Galp Power, selbst wenn dieses Interesse bestünde, ein ganz anderer Wettbewerber als zu Zeiten ihrer Anbindung an GDP innerhalb des Galp-Konzerns. Die Klägerin hat folglich nicht nachgewiesen, dass die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie die Auffassung vertreten hat, dass der Zusammenschluss GDP — über den Galp-Konzern — als wahrscheinlichsten bedeutenden potenziellen Wettbewerber von EDP ausschalten würde.

190 Was drittens das Vorbringen der Klägerin angeht, GDP befinde sich in einer ungünstigeren Position als andere potenzielle Wettbewerber von EDP, weil sie mit dieser durch die Kapitalbeteiligung von EDP an Galp, die das gesamte Kapital von GDP halte, und die Kapitalbeteiligung des portugiesischen Staates bei EDP und GDP strukturell verbunden sei, so ist daran zu erinnern, dass das Kapital von Galp nach der angefochtenen Entscheidung (Begründungserwägung 7, Fn. 6) zu 30 % direkt und zu 18,3 % indirekt vom portugiesischen Staat, zu 33,34 % von Eni und zu 14 % von EDP gehalten wird. Nach diesen Zahlen wird GDP nicht von EDP kontrolliert. In diesem Zusammenhang weist die Kommission zu Recht darauf hin, dass EDP stets geltend gemacht habe, dass ihr die Beteiligung von 20 % an Turbogás keine Kontrolle über dieses Unternehmen gebe. Dieses Argument wirkt jedoch in beide Richtungen, da die Kommission ihrerseits immer davon ausgegangen ist, dass EDP, obwohl sie sich verpflichtet hatte, ihre Stimmrechte in bestimmten Bereichen nicht auszuüben und unabhängige Mitglieder in den Vorstand von Turbogás zu entsenden, nicht daran gehindert wäre, weiterhin einen negativen Einfluss auf das Verhalten von Turbogás auszuüben. Nach Angaben der Kommission hat EDP stets geltend gemacht, dass sie nicht vom Staat kontrolliert werde. Jedoch scheint die portugiesische Regierung der wirkliche Architekt des Zusammenschlusses zu sein. Denn der Umstand, dass der Zusammenschluss, sowohl für EDP als auch für GDP, genau dem von der portugiesischen Regierung 2003 angekündigten Szenario entspricht (siehe oben, Randnr. 11), ist insofern beweiskräftig.

191 Doch selbst wenn davon auszugehen wäre, dass EDP allein oder über den portugiesischen Staat Einfluss auf GDP nehmen kann, würde der Zusammenschluss diesen Einfluss mit schließlich 51 % der Anteile in eine echte Kontrolle umwandeln. Ohne den Zusammenschluss hingegen, wie in der angefochtenen Entscheidung dargelegt, könnte das wirtschaftliche Interesse von GDP ihre Aktionäre, insbesondere den portugiesischen Staat und Eni, die die Aktienmehrheit halten, überzeugen, die Strategie des Schutzes der Interessen von EDP zugunsten der Privilegierung der Interessen von GDP aufzugeben.

- 192 Insoweit weist die Kommission zu Recht darauf hin, dass Galp/GDP bereits entschieden hat, zwei neue CCGTs zu bauen, und bereits eine Lizenz erhalten hat. Die Erklärung des Präsidenten von Galp — wonach kein Aktionär den geringsten Einwand dagegen vorgebracht habe, dass Galp in die Strommärkte einsteige, obwohl dies dazu führe, dass das Unternehmen mit seinem zu 14% an ihm beteiligten Anteilseigner EDP in Wettbewerb trete — bestätigt die angefochtene Entscheidung in diesem Punkt nachdrücklich.
- 193 Das Vorbringen viertens, für GDP bestehe nur ein begrenzter Anreiz, in den Stromerzeugungsmarkt einzusteigen oder den Einstieg von Mitbewerbern zu erleichtern, weil sie durch die Bevorzugung von EDP als ihren einzigen Abnehmer weiterhin Gewinne erwirtschaften wolle, beruht auf der Annahme, dass GDP durch die Verstärkung des Wettbewerbs auf dem Stromerzeugungsmarkt auf dem Gasversorgungsmarkt mehr an EDP oder unabhängige Erzeuger verlieren würde als sie auf dem Erzeugungsmarkt gewinnen könnte (Lexecon-Bericht, 3.3 [d] direkt, 3.3 [c] indirekt). Dieses Argument gründet auf der Prämisse, dass EDP im Fall einer Schwächung ihrer beherrschenden Stellung auf diesem Markt, sei es aufgrund des Markteintritts von GDP, sei es aufgrund des Eintritts neuer Wettbewerber, weniger geneigt wäre, für ihre Gaslieferungen einen Preis zu bezahlen, der so hoch ist wie der, den sie derzeit zahlt.
- 194 Abgesehen davon, dass die Prämisse dieses Arguments keineswegs belegt ist, verweist die Kommission zu Recht auf das Argument ihres Chefökonom, dass diese Prämisse die Ausgestaltung der Gaslieferverträge verkennt, insbesondere den Grundsatz „take or pay“ oder deren lange Laufzeit. Selbst wenn ferner davon auszugehen wäre, dass dieses Argument nur den kurzfristigen Bedarf von EDP betrifft und dass der Wettbewerb auf dem Stromgroßhandelsmarkt die Preise von Gas als Rohstoff unter Druck geraten lässt, so erklären weder die Klägerin noch der Lexecon-Bericht, warum und inwieweit der Unterschied zwischen dem Gasabgabepreis von GDP und den internen Kosten für die Selbstversorgung kleiner wäre als ein eventueller Verlust auf dem Gasversorgungsmarkt.

- 195 Die Klägerin hat folglich nicht nachgewiesen, dass die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie davon ausging, dass für GDP ein starker Anreiz bestand, in den Stromgroßhandelsmarkt einzutreten, und dass der Zusammenschluss den wahrscheinlichsten bedeutenden potenziellen Wettbewerber von EDP auf diesem Markt ausschalten würde (Begründungserwägungen 344 und 868).
- 196 Was schließlich die horizontale Wirkung auf den Märkten für Regelenergie und Stromeinzelhandel angeht, so trägt die Klägerin lediglich vor, dass sich die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf dem Stromgroßhandelsmarkt auch auf diesen derivativen Märkten bemerkbar machen würde. Da diese Annahme zum einen nicht belegt worden ist und die von der Kommission für die horizontale Wirkung auf diesen Märkte angeführten Faktoren zum anderen nicht bestritten worden sind, ist festzustellen, dass die Klägerin keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler in Bezug auf diese Märkte nachgewiesen hat. Es ist daher von einer horizontalen Wirkung auf den Märkten für Regelenergie und den Stromeinzelhandel auszugehen. Da diese Wirkung auf diesen Märkten feststeht, ist weiter zu bemerken, dass der Anreiz für GDP, auf ihnen, insbesondere auf den Einzelhandelsmärkten, Fuß zu fassen, ihr Interesse an einem Einstieg in den Stromerzeugungsmarkt insoweit erheblich verstärken kann, als ihr dies eine direkte Absatzmöglichkeit für ihre Stromerzeugung bietet.
- 197 Die Klägerin hat demnach nicht nachgewiesen, dass die Kommission in Bezug auf die starken Anreize für GDP, in alle Strommärkte, einschließlich der für Regelenergie und Hilfsdienste und der Stromeinzelhandelsmärkte, einzutreten (Begründungserwägungen 432, 473, 876 und 881) und das Ausschalten von GDP als wahrscheinlichsten bedeutenden potenziellen Wettbewerber von EDP auf diesen Märkten einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat.

2. Zum wettbewerblichen Ausgleich durch die Verpflichtungszusagen

- 198 Es ist daran zu erinnern, dass die Kommission einen Zusammenschluss verbieten muss, wenn die Kriterien des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 im Hinblick auf mindestens einen der fraglichen Märkte erfüllt sind (siehe oben, Randnrn. 144 bis 146).

199 Die Klägerin ist der Ansicht, dass die kombinierte Wirkung der verschiedenen Verpflichtungszusagen zum Stromsektor den Verlust des potenziellen Wettbewerbs durch GDP mehr als ausgleiche. Auch die Zusagen zu den Gasmärkten hätten die Wettbewerbsbedingungen auf dem Stromgroßhandelsmarkt verbessert.

200 Insoweit ist zu einzuräumen, dass, wenn die Zusagen auf einem der relevanten Märkte einen wettbewerblichen Ausgleich schaffen, der größer ist als die vom Zusammenschluss in seiner angemeldeten Form verursachte erhebliche Behinderung des Wettbewerbs, die Wettbewerbsbilanz des Zusammenschlusses auf dem relevanten Markt positiv wäre. Dann könnte der Zusammenschluss für diesen Markt nicht nach Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 untersagt werden.

201 In ihrer schriftlichen Antwort für die mündliche Verhandlung und in dieser selbst hat die Klägerin nachdrücklich bekräftigt, dass aufgrund der starken Verbindungen zwischen den Gas- und den Strommärkten und den verschiedenen Märkten dieser beiden Sektoren eine zutreffende Beurteilung der Wettbewerbssituation auf jedem dieser Märkte die Berücksichtigung der Wettbewerbssituation auf den anderen Märkten voraussetze. Die Kommission ist ihrerseits der Ansicht, dass die angefochtene Entscheidung schon dann aufrechtzuerhalten sei, wenn eines der darin auf einem der relevanten Märkte festgestellten Wettbewerbsprobleme durch die unterbreiteten Verpflichtungszusagen nicht gelöst werde.

202 Zunächst ist festzustellen, dass diese beiden Auffassungen nicht unvereinbar sind. Denn die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass der Zusammenschluss in der geänderten Form nicht Gegenstand einer umfassenden Wettbewerbsbilanz sein könne, bei der Vorteile für den Wettbewerb auf einem Markt das Wettbewerbsdefizit auf einem anderen Markt ausgleichen könne. Im Übrigen hat die Kommission auch nicht behauptet, dass die Wettbewerbssituation auf einem der relevanten Märkte von den anderen Märkten völlig unabhängig sei.

203 Betrifft ein Zusammenschluss mehrere gesonderte, aber verbundene Märkte und beeinflusst die Wettbewerbssituation auf einem oder mehreren dieser Märkte diejenige auf einem anderen Markt, sind diese Märkte zu berücksichtigen, um korrekt und vollständig beurteilen zu können, ob dieser Zusammenschluss eine beherrschende Stellung auf einem der betroffenen Märkte begründet oder verstärkt und dadurch zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt. Hingegen muss für ein Verbot des fraglichen Zusammenschlusses nicht festgestellt werden, dass sich der fragliche Zusammenschluss auf jedem der betroffenen Märkte so auswirkt.

204 Im vorliegenden Fall sind die Wettbewerbssituationen auf den Strommärkten offenkundig miteinander verbunden, auch wenn sie nicht ausschließlich voneinander abhängen. Daher werden, wie die Kommission in der angefochtenen Entscheidung feststellt, die Anreize für den Eintritt in den Stromgroßhandelsmarkt durch den Eintritt in die Stromeinzelhandelsmärkte verstärkt (Begründungserwägungen 338, 342, 343 und 362) und umgekehrt (Begründungserwägungen 456 und 472). Außerdem hat die Kommission ausgeführt, dass nur die Stromerzeuger in Portugal in der Lage seien, an den Strommärkten für Regelenergie und Hilfsdienste teilzunehmen (Begründungserwägungen 430 und 431).

205 Die Wettbewerbssituation auf den einzelnen Strommärkten ist auch mit denen auf den Gasmärkten verbunden. So hängt insbesondere der Eintritt von Wettbewerbern in den Stromgroßhandelsmarkt aufgrund der von der Kommission bei der Bestimmung der nicht horizontalen Wirkungen des Zusammenschlusses insoweit festgestellten Zutrittsschranken (Begründungserwägungen 365 bis 428) zum Teil davon ab, dass sie sich unabhängig mit Gas versorgen können. Ferner beruht der Anreiz für GDP, in den Stromerzeugungsmarkt einzusteigen, teilweise auf den Gaspreisen, die sie als Lieferant erzielt (Begründungserwägungen 340, 341 und 343). Darüber hinaus hat die Kommission angenommen, dass einer der Hauptanreize für GDP, in die Stromeinzelhandelsmärkte einzusteigen, in ihrer Fähigkeit lag, duale Angebote zu machen (Begründungserwägungen 453 bis 458), was zwingend einen Einfluss auf die Fähigkeit der Wettbewerber, ähnliche Angebote zu machen, und damit auf die Liberalisierung der Gasmärkte voraussetzt.

206 Bei der Beurteilung der Wettbewerbsprobleme auf den Strommärkten ist demnach zwingend die Wettbewerbssituation auf den anderen Strom- oder Gasmärkten zu berücksichtigen, wie sie sich aus dem Zusammenschluss in der durch die Verpflichtungszusagen geänderten Form ergibt.

a) Die Verpflichtungszusagen zum Stromsektor

207 Was die kombinierte Wirkung der verschiedenen Zusagen zum Stromsektor betrifft, so führt die Klägerin die Desinvestition von EDP bei REN und Tejo Energia, das Moratorium für den Bau von neuen CCGTs, die Vermietung des TER und die Aussetzung der Stimmrechte bei Turbogás an und verweist dabei in erster Linie auf den Abschnitt des Lexecon-Berichts „Die Zusagen werden die Anreize für Dritte, in den Strommarkt einzutreten, wahrscheinlich verstärken“. Darüber hinaus trägt sie im Rahmen ihrer Beanstandung der nicht horizontalen Wirkungen auf den Stromgroßhandelsmarkt Argumente zum Moratorium, der Vermietung des TER und zu Tejo Energia vor. Die Kommission führt aus, dass zur kombinierten Wirkung dieser Zusagen weder Argumente noch Tatsachen vorgetragen worden seien, und verweist außerdem auf zwei Abschnitte des Berichts ihres Chefökonom. Sie weist die von der Klägerin in deren Klageschrift angeführten Argumente jedoch auch im Einzelnen zurück.

208 Es ist daran zu erinnern, dass die Bezugnahme auf den Lexecon-Bericht nur für die Argumente zulässig ist, die in der Klageschrift enthalten sind, und dass die übrigen Argumente zurückzuweisen sind.

209 Zum Moratorium und der Zusage, den TER zu vermieten, ist zu bemerken, dass EDP ohne den Zusammenschluss ihr TER-Vorhaben, drei CCGT-Kraftwerke mit einer Gesamtkapazität von [1000 à 1500] MW (knapp 20 % des derzeitigen Verbrauchs in Portugal) zu bauen, von denen das letzte 2006 ans Netz gehen soll, abschließen würde (Begründungserwägung 302 der angefochtenen Entscheidung).

Mit dem Zusammenschluss verpflichten sich die Beteiligten, keine weiteren CCGTs zu bauen und die Produktionskapazität von einem oder zwei CCGTs des TER bis zum 30. Juni 2010 oder früher — bei Eintritt bestimmter aufschiebender Bedingungen, von denen die wichtigste die Gewährung von Baugenehmigungen für CCGTs durch die Regierung an eine oder zwei nicht von EDP kontrollierte Einheiten ist — zu vermieten.

- 210 In der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission erstens festgestellt, dass wegen der strukturellen Grenzen für Importe, des Rückstands des iberischen Marktes und des sich für die derzeitigen Erzeuger aus den CMECs ergebenden Vorteils nur der Bau von CCGTs den Stromgroßhandelsmarkt wesentlich öffnen könne (Begründungserwägungen 292 bis 334). Zweitens hat sie auf die begrenzte Dauer des Moratoriums und der Vermietung sowie darauf hingewiesen, dass diese schon vor dem tatsächlichen Bau oder der Betriebsaufnahme der neuen CCGTs vorzeitig beendet werden könnten, dass eine vorzeitige Beendigung aufgrund der Gewährung von Genehmigungen an nicht von EDP kontrollierte Einheiten nicht verhindere, dass EDP mit diesen Einheiten verbunden sei, und dass diese Zusagen EDP nicht daran hinderten, selbst Genehmigungen zu beantragen. In Bezug auf die Vermietung des TER ist die Kommission u. a. davon ausgegangen, dass die ungewisse Dauer des Mietverhältnisses den Mieter erheblich belasten würde, der Mieter keine Erfahrung in der Stromerzeugung erwerben würde und EDP Kenntnis von allen wesentlichen Informationen über den Mieter erlangen würde, weil dieser lediglich Kapazitäten mieten würde, ohne die Produktionsmittel zu verwalten (vgl. zu den Verpflichtungszusagen vom 17. November 2004 Begründungserwägungen 743 bis 753 und zu den Verpflichtungszusagen vom 26. November 2004 Begründungserwägung 868). Sie hat daraus den Schluss gezogen, dass es keineswegs sicher sei, dass diese Zusagen tatsächlich zum Markteintritt neuer Erzeuger führen würden.
- 211 Die Klägerin hat die Faktoren, aus denen die Kommission geschlossen hat, dass diese beiden Verpflichtungszusagen in Anbetracht des festgestellten Wettbewerbsproblems unzureichend seien, in ihrer Klageschrift jedoch nicht ernsthaft beanstandet.
- 212 Die Kommission hat demnach keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, als sie die Auffassung vertrat, dass das Moratorium und die Vermietung von CCGTs des TER für sich genommen ungeeignet seien, das horizontale Problem auf dem Stromgroßhandelsmarkt zu lösen.

- 213 Die Klägerin trägt darüber hinaus vor, dass EDP ohne den Zusammenschluss weiterhin in der Lage wäre, neue CCGTs (in Ermangelung eines Moratoriums) zu bauen, so dass für den Markteintritt Dritter nur ein sehr geringer Spielraum bestünde.
- 214 Es steht außer Frage, dass ohne den Zusammenschluss ein echtes Hemmnis für den Markteintritt neuer Stromerzeuger besteht, da EDP willens und in der Lage ist, in einem bereits gut versorgten Markt neue Kraftwerke zu bauen. Doch betraf dieses ohne den Zusammenschluss bestehende Hemmnis für den Markteintritt offensichtlich nicht GDP oder den Galp-Konzern, weil die Kommission, ohne einen offensichtlichen Beurteilungsfehler zu begehen (siehe oben, Randnrn. 184 bis 196) nachgewiesen hat, dass GDP oder der Galp-Konzern beabsichtigten, in den Stromerzeugungsmarkt einzusteigen. Mit dem Zusammenschluss jedoch reichten die Verpflichtungszusagen nach Ansicht der Kommission, die dabei keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat (siehe oben, Randnrn. 210 bis 212), nicht aus, um den wahrscheinlichen Eintritt neuer Wettbewerber in den Stromgroßhandelsmarkt zu ermöglichen, während GDP als wahrscheinlichster bedeutender potenzieller Wettbewerber ausgeschaltet würde. Das Vorbringen der Klägerin lässt daher keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler der Kommission in Bezug auf die horizontale Wirkung des Zusammenschlusses in der geänderten Form auf dem Stromgroßhandelsmarkt erkennen.
- 215 Die Klägerin macht geltend, dass die Veräußerung ihrer Anteile an Tejo Energia die strukturelle Verbindung zwischen EDP und einem konkurrierenden Stromerzeuger gekappt hätte und sich sicherlich positiv auf die Wettbewerbsstruktur ausgewirkt hätte, während der Markteintritt von GDP keineswegs sicher gewesen sei (Lexecon-Bericht, 4.4 [c]).
- 216 In der angefochtenen Entscheidung räumt die Kommission ohne weiteres ein, dass die Desinvestition von EDP bei Tejo Energia positiv sei. Sie führt jedoch — unwidersprochen — aus, dass es zahlreiche Faktoren gebe, die Tejo Energia am Bau eines neuen CCGT hinderten, vor allem die insofern kontroversen Ansichten der Aktionäre und der Umstand, dass die Hauptaktionäre, International Power und Endesa, über andere die Stromerzeugung in Portugal betreffende Verträge mit EDP verbunden sind (Begründungserwägungen 669, 756 bis 758 und 867 der

angefochtenen Entscheidung). Da die Klägerin nicht nachgewiesen hat, dass Tejo Energia ein ebenso bedeutender Wettbewerber wie GDP war, ist festzuhalten, dass die Tejo Energia betreffende Zusage für sich allein nicht genügt, um das auf dem Großhandelsmarkt festgestellte horizontale Problem zu lösen.

- 217 Die Klägerin verweist auch auf ihre Zusage, ihre Stimmrechte bei Turbogás bei Entscheidungen über den Einkauf von Erdgas und über Neuinvestitionen zu beschränken und ihre Vertreter im Vorstand durch unabhängige Mitglieder zu ersetzen.
- 218 In der angefochtenen Entscheidung (Begründungserwägungen 759 bis 766 und 861) hat die Kommission die Ansicht vertreten, dass EDP weiterhin Einfluss auf Turbogás ausübe, weil sie ihre Stimmrechte in den nicht von der Zusage erfassten Bereichen behalte und weil diese Zusage befristet sei. Außerdem habe EDP sich vorbehalten, ihren unabhängigen Vertretern Weisungen zu erteilen, um den Wert ihrer Beteiligung zu sichern. In diesem Zusammenhang verweist die Kommission auf das Interesse der anderen Aktionäre von Turbogás, insbesondere International Power, ein gutes Verhältnis zu EDP aufrechtzuerhalten. Schließlich habe EDP kürzlich ein Optionsrecht auf einen weiteren Anteil von 20 % an Turbogás und auf die Verwaltung der gesamten Produktionskapazität von Turbogás erworben. In ihren Schriftsätzen hat die Kommission unwidersprochen ausgeführt, dass EDP ...¹ Da die Klägerin nicht nachgewiesen hat, dass die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie davon ausging, dass Turbogás kein bedeutender Wettbewerber sei, ist festzuhalten, dass die Turbogás betreffende Zusage für sich allein nicht genügt, um das auf dem Großhandelsmarkt festgestellte horizontale Problem zu lösen.
- 219 Die Klägerin trägt außerdem vor, dass sich die Verringerung ihrer Beteiligung an REN von 30 % auf 5 % eindeutig positiv auf den Wettbewerb auswirken würde (Lexecon-Bericht, 4.4 [c]). In der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission

¹ – Nicht wiedergegebene vertrauliche Daten.

diese Zusage nicht im Hinblick auf die horizontale Wirkung auf den Strommärkten, sondern im Hinblick auf die nicht horizontalen Wirkungen auf diesen Märkten untersucht, wie die Beteiligten in ihrem Schreiben vom 2. November 2004 ausgeführt haben. Da die Klägerin nichts anderes vorträgt, als dass diese Zusage gemacht wurde, weist sie keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler der Kommission in Bezug auf diese Zusage nach.

220 Abschließend bleibt festzuhalten, dass die Klägerin nicht nachgewiesen hat, dass die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie die Auffassung vertrat, dass der Zusammenschluss, wie er sich aus sämtlichen unmittelbar die horizontalen Probleme betreffenden Zusagen zusammen genommen ergibt, wegen seiner horizontalen Wirkung auf den Strommärkten für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären ist. Diese Zusagen verbessern zwar unstreitig die Möglichkeit, in den Stromgroßhandelsmarkt einzutreten, doch hat die Klägerin die auf der Marktuntersuchung beruhende Schlussfolgerung der Kommission, dass diese Zusagen insgesamt kein hinreichend wettbewerbsorientiertes Umfeld schaffen, um einen solchen Eintritt wahrscheinlich zu machen, nicht widerlegen können. Selbst wenn jedoch ein solcher Eintritt auf einem der Strommärkte absehbar wäre, gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass dieser neue Wettbewerber über die Stärke und die Vorteile verfügen würde, über die GDP im Hinblick auf ihren Einstieg in alle oder bestimmte Strommärkte verfügt (Begründungserwägungen 362 bis 364, 675, 767 und 868 der angefochtenen Entscheidung).

b) Die Verpflichtungszusagen zum Gassektor

221 Die Klägerin beschränkt sich darauf, vorzutragen, dass bestimmte Zusagen zu den Gasmärkten es einem Neueinsteiger in den Stromgroßhandelsmarkt ermöglichen würden, sich unabhängig von der Fusionseinheit mit Gas zu versorgen. Sie gibt jedoch nicht an, welche Zusagen inwieweit relevant sind, sondern verweist allgemein auf den Teil ihrer Klageschrift, der der Untersuchung der Gasmärkte gewidmet ist. Die Kommission hebt diese Unterlassung hervor und identifiziert in dem den Gasmärkten gewidmeten Teil der Schriftsätze der Klägerin eine einzige allgemeine Behauptung, wonach „diese Zusagen [zum Gas] auf dem Stromsektor ein offensichtlich mehr am Wettbewerb orientiertes Umfeld schaffen werden“.

- 222 Aus den Akten ergibt sich, dass bei den den Gassektor betreffenden Zusagen zwei Arten zu unterscheiden sind: diejenigen, die in erster Linie die auf dem Stromgroßhandelsmarkt festgestellten nicht horizontalen Wettbewerbsprobleme lösen sollen, im Wesentlichen indem die Bedingungen für die Belieferung der mit der Fusionseinheit konkurrierenden Stromerzeuger mit Gas verbessert werden (A/ENI.II bis F/ENI.IX, H/ENI.XI und L/EDP.1), und diejenigen, die die horizontalen und die nicht horizontalen Probleme auf den Gasmärkten lösen sollen (G/ENI.X, I/ENI.XII und J/ENI.XIV).
- 223 Vorab ist zu festzustellen, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung die horizontale Wirkung auf allen Strommärkten sowie die Zusagen zur unmittelbaren Lösung dieses Wettbewerbsproblems herausgearbeitet hat, und zwar unabhängig von den nicht horizontalen Wirkungen auf dem Stromgroßhandelsmarkt und den Zusagen zur Lösung dieser Wettbewerbsprobleme (Begründungserwägungen 362 bis 364, 675, 767 und 868 der angefochtenen Entscheidung). Sie ist daher zwangsläufig zu dem Schluss gelangt, dass der Zusammenschluss in seiner geänderten Form zu untersagen sei, u. U. allein deshalb, weil er die beherrschende Stellung von EDP verstärkt und durch die Ausschaltung von GDP als wahrscheinlichsten bedeutenden potenziellen Wettbewerber zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs auf dem Stromgroßhandelsmarkt führt. Es ist folglich zu untersuchen, ob die Kommission, wie die Klägerin im Rahmen des zweiten Teils ihres dritten Klagegrundes (siehe oben, Randnr. 84) und des vorliegenden Klagegrundes vorträgt, die Zusagen in ihrer Gesamtheit hätte untersuchen müssen, um festzustellen, dass deren kombinierte Wirkungen die Ausschaltung des potenziellen Wettbewerbs durch GDP mehr als ausgleichen.
- 224 Erstens ist festzustellen, dass sich die Zusagen in Bezug auf die nicht horizontalen Wirkungen auf dem Stromgroßhandelsmarkt (A/ENI.II bis F/ENI.IX, H/ENI.XI und L/EDP.1) nur minimal auf das auf allen Strommärkten festgestellte horizontale Problem auswirken, nämlich die Ausschaltung von GDP als wahrscheinlichsten bedeutenden potenziellen Wettbewerber durch den Zusammenschluss in seiner geänderten Form.

- 225 Zum einen berühren diese Zusagen nicht die Untersuchung der Kommission in Bezug auf GDP. Denn GDP war von den nicht horizontalen Problemen, um die es in diesen Zusagen geht, nicht betroffen, da sie ohne den Zusammenschluss selbst über einen privilegierten Zugang zu Gas verfügte. Daher ändert sich durch diese Zusagen nichts am Anreiz für GDP, in die Strommärkte einzusteigen, oder an der Wirkungskraft dieses Einstiegs.
- 226 Zum anderen berühren diese Zusagen die Untersuchung der Kommission in Bezug auf die Wirkungskraft des Einstiegs von GDP in den Stromgroßhandelsmarkt im Vergleich zum Einstieg der anderen Wettbewerber der Fusionseinheit nur marginal. Die Kommission ist nämlich davon ausgegangen, dass GDP den anderen potenziellen Wettbewerbern der Fusionseinheit auf den Strommärkten gegenüber erhebliche Wettbewerbsvorteile genießt, nämlich hauptsächlich eine vertikale Integration zwischen dem Gas- und dem Stromgeschäft im Galp-Konzern, einen privilegierten Zugang zu Gas, die Bekanntheit ihrer Marke und die Kenntnis ihrer Kundschaft in Portugal. Selbst wenn jedoch die Zusagen zur Lösung der nicht horizontalen Probleme ihre volle Wirksamkeit entfalten würden, bliebe die Wettbewerbslage auf dem Stromgroßhandelsmarkt mit dem Zusammenschluss weniger günstig als ohne ihn. Zunächst zielten die fraglichen Zusagen im Wesentlichen nur darauf ab, das durch den Zusammenschluss selbst entstehende Wettbewerbsproblem aus der Welt zu schaffen, d. h. dem Unternehmen, das eine starke beherrschende Stellung auf dem Stromgroßhandelsmarkt hat, die beherrschende Stellung des anderen Unternehmens, das eine beherrschende Stellung auf dem Markt für die Belieferung der Stromerzeuger mit Gas hat, in den Dienst zu stellen. Sodann könnten diese Zusagen, selbst wenn sie geeignet wären, den Wettbewerb auf dem Markt für die Stromerzeugung mit CCGTs zu fördern, den Wettbewerbern der Fusionseinheit nur einen weniger diskriminierenden und vertraulicheren Zugang zu Gas garantieren. Die Kommission hat den Zugang zu Gas ohne den Zusammenschluss jedoch nicht als echtes Hemmnis für den Markteintritt anderer Wettbewerber als GDP betrachtet, sondern hat sich auf ihre Marktuntersuchung gestützt, um zu belegen, dass es wenig wahrscheinlich sei, dass die identifizierten aktuellen oder potenziellen Wettbewerber tatsächlich in diesen Markt einstiegen oder sich dort entwickelten (vgl. Begründungserwägungen 305 bis 331). Schließlich hat die Klägerin nicht behauptet — was im Übrigen schwierig gewesen wäre —, dass diese Zusagen ihren Wettbewerbern einen ebenso leichten wie wirtschaftlich günstigen Zugang verschafft hätten, wie ihn GDP ohne den Zusammenschluss besaß. Folglich blieben alle Wettbewerbsvorteile von GDP gegenüber den anderen Wettbewerbern der Fusionseinheit bestehen. Mit anderen

Worten, die deutliche Verbesserung der Gasversorgung der Wettbewerber der Fusionseinheit konnte die Ausschaltung von GDP in wettbewerblicher Hinsicht nicht wesentlich ausgleichen.

- 227 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Verpflichtungszusagen zur Lösung der nicht horizontalen Probleme auf dem Großhandelsmarkt die Untersuchung des horizontalen Problems auf allen Strommärkten durch die Kommission nur am Rande beeinflussten. Die Kommission konnte daher — zu Recht und ohne einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begehen — davon absehen, diese Zusagen im Hinblick auf ihre Schlussfolgerung zu berücksichtigen, dass der Zusammenschluss in seiner geänderten Form die beherrschende Stellung von EDP verstärkt und durch die Ausschaltung von GDP als wahrscheinlichsten bedeutenden potenziellen Wettbewerber zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs auf dem Stromgroßhandelsmarkt führt.
- 228 Zweitens hat die Klägerin, was die Zusagen betrifft, die sich ganz auf den Gassektor beziehen (G/ENI.X, I/ENI.XII und J/ENI.XIV), keine Angaben dazu gemacht, inwiefern sie die Wettbewerbsfähigkeit der möglichen Wettbewerber von EDP verbessern würden. Es ist jedoch nicht Sache des Gerichts, selbst zu untersuchen, wie sich diese Zusagen auf den Strommärkten auswirken könnten, oder gar selbst über die Intensität dieser Auswirkungen zu befinden, um einen offensichtlichen Beurteilungsfehler der Kommission festzustellen.
- c) Ergebnis zur Wettbewerbsbilanz des Zusammenschlusses in seiner geänderten Form auf den Strommärkten insgesamt
- 229 Es ist daran zu erinnern, dass die Klägerin keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler der Kommission in Bezug auf deren Feststellung nachgewiesen hat, dass GDP ein sehr wahrscheinlicher bedeutender potenzieller Wettbewerber von EDP auf den Strommärkten sei.

- 230 Die Klägerin hat auch keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler in Bezug auf die Würdigung der Kommission nachgewiesen, dass die Verpflichtungszusagen zu dem von ihr auf den Strommärkten festgestellten horizontalen Problem nicht geeignet seien, um den Eintritt eines anderen bedeutenden Wettbewerbers von EDP als GDP zu fördern.
- 231 Darüber hinaus hat die Klägerin nicht nachgewiesen, dass die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie die Wirkung der zur Lösung der nicht horizontalen Wettbewerbsprobleme auf den Strommärkten oder zur Lösung der Wettbewerbsprobleme auf den Gasmärkten unterbreiteten Verpflichtungszusagen bei der Beurteilung der horizontalen Wirkung auf dem Stromgroßhandelsmarkt nach dem Zusammenschluss in seiner geänderten Form nicht berücksichtigt hat.
- 232 Insbesondere löst die spürbare Verbesserung der Wettbewerbssituation auf den Gasmärkten durch den Zusammenschluss in seiner geänderten Form nicht die Wettbewerbsprobleme auf den Strommärkten.
- 233 Die Situation auf den Gasmärkten würde sich durch den Zusammenschluss in seiner geänderten Form sicher erheblich verbessern. Unmittelbar nach dem Zusammenschluss würde damit im Gegensatz zur derzeitigen Monopolstellung von GDP vor dem Zusammenschluss ein wettbewerbsorientierter Zugang für Dritte mit echten Garantien für einen nicht diskriminierenden Zugang zu Gas geschaffen, auch wenn diese Garantien nach Ansicht der Kommission unvollständig sind. Ferner schaffen die von den portugiesischen Behörden unterbreiteten Vorschläge, insbesondere zur Beschleunigung der Liberalisierung der Gasmärkte, eine neue Wettbewerbssituation auf diesen Märkten. Diese Situation kann neue Teilnehmer auf den Gasmärkten entstehen lassen, die aus denselben Gründen wie GDP in die Strommärkte

einsteigen könnten. Diese Situation auf den Gasmärkten kann auch die Wettbewerbssituation auf den derivativen Markt der Stromerzeugung mit CCGTs verbessern, weil die potenziellen Wettbewerber von EDP auf eine wettbewerbswirksamere und nicht oder weniger diskriminierende Versorgung hoffen können.

234 Die Kommission hat jedoch keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, als sie annahm, dass die mit diesen Verpflichtungszusagen und Vorschlägen verbundenen Vorteile nicht zu einer Wettbewerbssituation auf den Strommärkten führen würden, die ebenso gut oder besser wäre als diejenige, die sich ohne den Zusammenschluss aus dem potenziellen Einstieg von GDP in diese Märkte ergäbe. Zum einen besäße wahrscheinlich weder ein potenzieller Neubewerber auf den Gasmärkten noch ein potenzieller Neubewerber auf dem Stromgroßhandelsmarkt zumindest für eine gewisse Zeit die Stärke, die GDP ohne den Zusammenschluss bei ihrem Eintritt in die Strommärkte ausspielen kann. So hat die Kommission auf die zahlreichen besonderen Vorteile von GDP hingewiesen, nämlich ihren Zugang zu Gas, die Bekanntheit ihrer Marke, die Kenntnis ihrer Kundschaft und ihre bereits durchgeführten Stromprojekte. Zum anderen kann die bloße Möglichkeit des Wettbewerbs auf den Gasmärkten und die damit verbundene Ausräumung eines der Hemmnisse für den Eintritt in den Stromerzeugungsmarkt die Feststellung der Kommission, dass der Eintritt anderer ebenso bedeutender Wettbewerber wie GDP in diesen Markt wenig wahrscheinlich bleibe, nicht widerlegen.

235 Selbst wenn die Kommission also zu Unrecht die mit dem Zusammenschluss in Bezug auf die Gasmärkte verbundenen Vorteile (siehe oben, Randnr. 123) nicht berücksichtigt hat, belegt der Vergleich zwischen der derzeitigen Wettbewerbssituation — vor dem Zusammenschluss — auf den Strommärkten, die in erster Linie durch das Monopol von GDP bei der Belieferung der Stromerzeuger mit Gas und die starke beherrschende Stellung von EDP auf allen Strommärkten gekennzeichnet ist, und der Wettbewerbssituation nach dem Zusammenschluss, die hauptsächlich durch eine erhebliche Öffnung des Marktes der Belieferung der Stromerzeuger mit Gas und die Ausschaltung eines bedeutenden potenziellen Wettbewerbers auf allen Strommärkten, nämlich GDP, gekennzeichnet ist, nicht, dass die Kommission einen

offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie die Auffassung vertrat, dass die Wettbewerbsbilanz auf den einzelnen Strommärkten nach dem Zusammenschluss negativ ausfalle.

- 236 Ergänzend ist zu bemerken, dass die Kommission in Anbetracht dessen, dass sich die mit dem Zusammenschluss in seiner geänderten Form verbundene allgemeine Verbesserung des Wettbewerbs auf den Gasmärkten nicht hinreichend spürbar auf die Strommärkte auswirkt, um die auf diesen Märkten zuvor festgestellten Wettbewerbsprobleme zu lösen, den Zusammenschluss nicht aufgrund der positiven Wirkungen für den Wettbewerb auf einem der fraglichen Sektoren unter Missachtung der negativen Wirkungen auf den anderen Sektor für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären kann. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die meisten, wenn nicht alle der auf dem Gassektor durch den Zusammenschluss erwarteten positiven Wirkungen auf den Wettbewerb kurz- oder mittelfristig wären, da alle oder die meisten dieser Vorteile ohnehin zwei bis drei Jahre nach dem mit dem Zusammenschluss verfolgten Termin durch die bloße Einhaltung des Liberalisierungszeitplans erreicht werden, der mit der Ausnahmeregelung der zweiten Gasrichtlinie zugunsten der Portugiesischen Republik aufgestellt worden war.
- 237 Die Klägerin hat demnach nicht nachgewiesen, dass die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie feststellte, dass der Zusammenschluss in seiner geänderten Form die beherrschende Stellung von EDP auf den Strommärkten verstärken und dadurch zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde.

V — Ergebnis

- 238 Es ist daran zu erinnern, dass die angefochtene Entscheidung insofern mit einem Rechtsfehler behaftet ist, als sie die Gasmärkte in Portugal betrifft.

- 239 Die angefochtene Entscheidung ist hingegen nicht mit einem der im Rahmen des zweiten und des dritten Klagegrundes geltend gemachten Rechtsfehler oder mit einem der im Rahmen des zweiten Teils des vierten Klagegrundes geltend gemachten offensichtlichen Beurteilungsfehler in Bezug auf den Stromsektor behaftet.
- 240 Gemäß der oben in den Randnummern 144 bis 146 dargestellten Rechtsprechung ist festzustellen, dass die nicht aufgehobenen Gründe der angefochtenen Entscheidung deren verfügenden Teil, wonach der Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären ist, hinreichend rechtfertigen können.
- 241 Die Klage ist daher abzuweisen.

Kosten

- 242 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin unterlegen ist, sind ihr entsprechend dem Antrag der Kommission die Kosten aufzuerlegen.
- 243 Da die Streithelferin nicht beantragt hat, die Kosten der Klägerin aufzuerlegen, ist zu beschließen, dass die Beteiligten ihre eigenen Kosten im Zusammenhang mit der Streithilfe tragen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die Klage wird abgewiesen.**
- 2. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.**
- 3. Die Beteiligten tragen ihre eigenen Kosten im Zusammenhang mit der Streithilfe.**

Pirrung

Forwood

Papasavvas

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 21. September 2005.

Der Kanzler

Der Präsident

H. Jung

J. Pirrung

Inhaltsverzeichnis

Rechtlicher Rahmen	II - 3754
Vorgeschichte des Rechtsstreits	II - 3757
Verfahren und Anträge der Parteien	II - 3767
Entscheidungsgründe	II - 3769
I — Zum zweiten Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89	II - 3771
II — Zum dritten Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 8 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 4064/89	II - 3776
A — Zum ersten Teil des dritten Klagegrundes: Beweislast	II - 3776
B — Zum zweiten Teil des dritten Klagegrundes: Umfassende Beurteilung des Zusammenschlusses in seiner geänderten Form	II - 3782
C — Zum dritten Teil des dritten Klagegrundes: Vorliegen eines Ermessens- missbrauchs	II - 3786
D — Zum vierten Teil des dritten Klagegrundes: Schwierigkeiten bei der Kontrolle bestimmter verhaltensbezogener Verpflichtungszusagen	II - 3790
III — Zum ersten Klagegrund: Ausnahme für die Portugiesische Republik nach der zweiten Gasrichtlinie	II - 3793
A — Vorbemerkungen	II - 3793
B — Zum ersten Teil des ersten Klagegrundes: Verkennung der für die Portugiesische Republik geltenden Ausnahme	II - 3794
C — Zum zweiten Teil des ersten Klagegrundes: Übermäßige Projektion in die Zukunft	II - 3802
	II - 3837

IV — Zum vierten Klagegrund: Beurteilungsfehler in Bezug auf die Verpflichtungszusagen	II - 3803
A — Vorbemerkungen	II - 3803
B — Zum ersten Teil des vierten Klagegrundes: Berücksichtigung der Verpflichtungszusagen vom 26. November 2004	II - 3808
C — Zum dritten Teil des vierten Klagegrundes: Fehlerhafte Beurteilung des Zusammenschlusses in seiner geänderten Form in Bezug auf den Stromsektor	II - 3811
1. Zur Ausschaltung von GDP als wahrscheinlichsten bedeutenden potenziellen Wettbewerber	II - 3815
2. Zum wettbewerblichen Ausgleich durch die Verpflichtungszusagen	II - 3821
a) Die Verpflichtungszusagen zum Stromsektor	II - 3824
b) Die Verpflichtungszusagen zum Gassektor	II - 3828
c) Ergebnis zur Wettbewerbsbilanz des Zusammenschlusses in seiner geänderten Form auf den Strommärkten insgesamt	II - 3831
V — Ergebnis	II - 3834
Kosten	II - 3835