

URTEIL DES GERICHTS (Dritte Kammer)

14. Juli 2006 *

In der Rechtssache T-417/05

Endesa, SA, mit Sitz in Madrid (Spanien), Prozessbevollmächtigte: J. Flynn, QC, S. Baxter, Solicitor, Rechtsanwälte M. Odriozola Alén, M. Muñoz de Juan, M. Merola, J. García de Enterría Lorenzo-Velázquez und J. Varcárcel Martínez,

Klägerin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch F. Castillo de la Torre, É. Gippini Fournier, A. Whelan und M. Schneider als Bevollmächtigte,

Beklagte,

unterstützt durch

Königreich Spanien, Prozessbevollmächtigte: Abogado del Estado N. Díaz Abad,

* Verfahrenssprache: Spanisch.

und durch

Gas Natural SDG, SA, mit Sitz in Barcelona (Spanien), Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte F. González Díaz, J. Jiménez de la Iglesia und A. Leis García,

Streithelfer,

wegen Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission vom 15. November 2005
Nichtvorhandensein einer gemeinschaftsweiten Bedeutung (Sache COMP/M.3986
— Gas Natural/Endesa)

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten M. Jaeger sowie der Richterin V. Tiili und des
Richters O. Czúcz,

Kanzler: J. Palacio González, Hauptverwaltungsrat,

II - 2542

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 9. März 2006

folgendes

Urteil

Rechtlicher Rahmen

Verordnungen über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

- ¹ Artikel 1 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 24, S. 1, im Folgenden: Fusionskontrollverordnung oder Verordnung) bestimmt:

„(1) Unbeschadet des Artikels 4 Absatz 5 und des Artikels 22 gilt diese Verordnung für alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne dieses Artikels.

(2) Ein Zusammenschluss hat gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn folgende Umsätze erzielt werden:

- a) ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als 5 Mrd. EUR und

- b) ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Mio. EUR;

dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.

...“

- 2 In Artikel 5 der Verordnung mit der Überschrift „Berechnung des Umsatzes“ heißt es:

„(1) Für die Berechnung des Gesamtumsatzes im Sinne dieser Verordnung sind die Umsätze zusammenzuzählen, welche die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr mit Waren und Dienstleistungen erzielt haben und die dem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich der Unternehmen zuzuordnen sind, unter Abzug von Erlösschmälerungen, der Mehrwertsteuer und anderer unmittelbar auf den Umsatz bezogener Steuern. Bei der Berechnung des Gesamtumsatzes eines beteiligten Unternehmens werden Umsätze zwischen den in Absatz 4 genannten Unternehmen nicht berücksichtigt.

Der in der Gemeinschaft oder in einem Mitgliedstaat erzielte Umsatz umfasst den Umsatz, der mit Waren und Dienstleistungen für Unternehmen oder Verbraucher in der Gemeinschaft oder in diesem Mitgliedstaat erzielt wird.

...“

3 Artikel 19 der Verordnung bestimmt:

„(1) Die Kommission übermittelt den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten binnen dreier Arbeitstage eine Kopie der Anmeldungen und so bald wie möglich die wichtigsten Schriftstücke, die in Anwendung dieser Verordnung bei ihr eingereicht oder von ihr erstellt werden ...

(2) Die Kommission führt die in dieser Verordnung vorgesehenen Verfahren in enger und stetiger Verbindung mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten durch; diese sind berechtigt, zu diesen Verfahren Stellung zu nehmen ...“

4 Artikel 21 der Verordnung bestimmt:

„(2) Vorbehaltlich der Nachprüfung durch den Gerichtshof ist die Kommission ausschließlich dafür zuständig, die in dieser Verordnung vorgesehenen Entscheidungen zu erlassen.

(3) Die Mitgliedstaaten wenden ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht nicht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung an.“

5 In Artikel 22 der Verordnung heißt es:

„(1) Auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten kann die Kommission jeden Zusammenschluss im Sinne von Artikel 3 prüfen, der keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne von Artikel 1 hat, aber den Handel zwischen Mitgliedstaaten

beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des beziehungsweise der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht.

Der Antrag muss innerhalb von 15 Arbeitstagen, nachdem der Zusammenschluss bei dem betreffenden Mitgliedstaat angemeldet oder, falls eine Anmeldung nicht erforderlich ist, ihm anderweitig zur Kenntnis gebracht worden ist, gestellt werden.

(2) Die Kommission unterrichtet die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten und die beteiligten Unternehmen unverzüglich von einem nach Absatz 1 gestellten Antrag.

Jeder andere Mitgliedstaat kann sich dem ersten Antrag innerhalb von 15 Arbeitstagen, nachdem er von der Kommission über diesen informiert wurde, anschließen.

Alle einzelstaatlichen Fristen, die den Zusammenschluss betreffen, werden gehemmt, bis nach dem Verfahren dieses Artikels entschieden worden ist, durch wen der Zusammenschluss geprüft wird. Die Hemmung der einzelstaatlichen Fristen endet, sobald der betreffende Mitgliedstaat der Kommission und den beteiligten Unternehmen mitteilt, dass er sich dem Antrag nicht anschließt.

(3) Die Kommission kann spätestens zehn Arbeitstage nach Ablauf der Frist gemäß Absatz 2 beschließen, den Zusammenschluss zu prüfen, wenn dieser ihrer Ansicht nach den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des bzw. der Antrag stellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht. Trifft die Kommission innerhalb der genannten Frist keine Entscheidung, so gilt dies als Entscheidung, den Zusammenschluss gemäß dem Antrag zu prüfen.

Die Kommission unterrichtet alle Mitgliedstaaten und die beteiligten Unternehmen von ihrer Entscheidung. Sie kann eine Anmeldung gemäß Artikel 4 verlangen.

Das innerstaatliche Wettbewerbsrecht des bzw. der Mitgliedstaaten, die den Antrag gestellt haben, findet auf den Zusammenschluss nicht mehr Anwendung.

...“

- 6 Artikel 17 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (ABl. L 133, S. 1) lautet:

„Von der Akteneinsicht ausgenommen sind vertrauliche Informationen sowie interne Unterlagen der Kommission und der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten. Ebenfalls von der Akteneinsicht ausgenommen ist die Korrespondenz zwischen der Kommission und den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sowie zwischen den Letztgenannten untereinander.“

- 7 Artikel 1 der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards (ABl. L 243, S. 1) bestimmt:

„Gegenstand dieser Verordnung ist die Übernahme und Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards in der Gemeinschaft, mit dem Ziel, die von Gesellschaften im Sinne des Artikels 4 vorgelegten Finanzinformationen zu harmonisieren, um einen hohen Grad an Transparenz und Vergleichbarkeit der Abschlüsse

und damit eine effiziente Funktionsweise des Kapitalmarkts in der Gemeinschaft und im Binnenmarkt sicherzustellen.“

Regelung für die Buchhaltung der Gesellschaften

- 8 Artikel 4 der Verordnung Nr. 1606/2002 (mit der Überschrift „Konsolidierte Abschlüsse von kapitalmarktorientierten Gesellschaften“) bestimmt:

„Für Geschäftsjahre, die am oder nach dem 1. Januar 2005 beginnen, stellen Gesellschaften, die dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegen, ihre konsolidierten Abschlüsse nach den internationalen Rechnungslegungsstandards auf, die nach dem Verfahren des Artikels 6 Absatz 2 übernommen wurden, wenn am jeweiligen Bilanzstichtag ihre Wertpapiere in einem beliebigen Mitgliedstaat zum Handel in einem geregelten Markt im Sinne des Artikels 1 Absatz 13 der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen zugelassen sind.“

- 9 Die Verordnung (EG) Nr. 1725/2003 der Kommission vom 29. September 2003 betreffend die Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards in Übereinstimmung mit der Verordnung Nr. 1606/2002 (ABl. L 261, S. 1) bestimmt:

„Artikel 1

Die internationalen Rechnungslegungsstandards, die Gegenstand des Anhangs sind, werden hiermit übernommen.

...“

- 10 Im International Accounting Standard (internationaler Rechnungslegungsstandard, im Folgenden: IAS) IAS 18 mit der Überschrift „Erträge“ im Anhang zur Verordnung Nr. 1725/2003 heißt es:

„Definitionen

7. Folgende Begriffe werden in diesem Standard mit der angegebenen Bedeutung verwendet:

Ertrag ist der aus der gewöhnlichen Tätigkeit eines Unternehmens resultierende Bruttozufluss wirtschaftlichen Nutzens während der Berichtsperiode, der zu einer Erhöhung des Eigenkapitals führt, soweit er nicht aus Einlagen der Anteilseigner stammt.

Der beizulegende Zeitwert ist der Betrag, zu dem zwischen sachverständigen, vertragswilligen und voneinander unabhängigen Geschäftspartnern ein Vermögenswert getauscht oder eine Schuld beglichen werden könnte.

8. Der Begriff Ertrag umfasst nur Bruttozuflüsse wirtschaftlichen Nutzens, die ein Unternehmen für eigene Rechnung erhalten hat oder beanspruchen kann. Beträge, die im Interesse Dritter eingezogen werden, wie Umsatzsteuern und andere Verkehrsteuern, entfalten keinen wirtschaftlichen Nutzen für das Unternehmen und führen auch nicht zu einer Erhöhung des Eigenkapitals. Daher werden sie nicht unter den Begriff Ertrag subsumiert. Gleiches gilt bei Vermittlungsgeschäften für die in den Bruttozuflüssen wirtschaftlichen Nutzens enthaltenen Beträge, die für den Auftraggeber erhoben werden und die nicht zu einer Erhöhung des Eigenkapitals des vermittelnden Unternehmens führen. Beträge, die das Unternehmen für Rechnung des Auftraggebers erhebt, stellen keinen Ertrag dar. Ertrag ist demgegenüber die Provision.“

- 11 Die Verordnung (EG) Nr. 707/2004 der Kommission vom 6. April 2004 zur Änderung der Verordnung Nr. 1725/2003 (ABl. L 111, S. 3) bestimmt:

„Artikel 1

Im Anhang zur Verordnung ... Nr. 1725/2002 wird ‚SIC-8: Erstmalige Anwendung der IAS als primäre Grundlage der Rechnungslegung‘ durch den im Anhang zu dieser Verordnung festgelegten Text ersetzt.

Artikel 2

Diese Verordnung tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union* in Kraft.

...“

- 12 Im Anhang der Verordnung Nr. 707/2004 mit der Überschrift „IFRS 1 — Erstmalige Anwendung der International Financial Reporting Standards“ heißt es:

„36. Um IAS 1 Darstellung des Abschlusses zu entsprechen, muss der erste IFRS-Abschluss eines Unternehmens Vergleichsinformationen nach IFRS für mindestens ein Jahr enthalten.

...“

47. Ein Unternehmen hat diesen IFRS anzuwenden, falls der Zeitraum seines ersten IFRS-Abschlusses am 1. Januar 2004 oder später beginnt. Eine frühere Anwendung wird empfohlen ...“

Mitteilung über die Berechnung des Umsatzes

13 Randnummer 26 der Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 1998, C 66, S. 25; im Folgenden: Mitteilung) lautet:

„Die Kommission ist bestrebt, sich auf die genauesten und zuverlässigsten Zahlen zu stützen, die verfügbar sind. Im Allgemeinen wird die Kommission daher geprüfte oder andere endgültige Abschlüsse heranziehen. In Fällen jedoch, in denen größere Abweichungen zwischen den Grundsätzen der Rechnungslegung der Gemeinschaft und denen eines Drittlandes festzustellen sind, kann es die Kommission für erforderlich halten, die Abschlüsse gemäß den Grundsätzen der Gemeinschaft in Bezug auf den Umsatz neu festzustellen. Von außergewöhnlichen Umständen abgesehen (siehe Randnummer 27) ist die Kommission in keinem Fall bereit, sich auf von der Geschäftsleitung erstellte oder sonstige vorläufige Abschlüsse zu stützen. Findet ein Zusammenschluss in den ersten Monaten eines Kalenderjahres statt und liegen für das zurückliegende Geschäftsjahr daher noch keine geprüften Abschlüsse vor, so sind die Zahlen für das Jahr zuvor zu verwenden. Gibt es größere Abweichungen zwischen den Abschlüssen der beiden Jahre, so kann die Kommission, vor allem wenn die letzten vorläufigen Zahlen für das letztere Jahr vorliegen, beschließen, diese vorläufigen Zahlen zu berücksichtigen.“

14 Randnummer 27 der Mitteilung lautet:

„Unbeschadet der Ausführungen unter Randnummer 26 ist stets eine Anpassung vorzunehmen, um Übernahmen und Veräußerungen zu berücksichtigen, die nach

Prüfung des Abschlusses stattfinden. Dies ist erforderlich, um die tatsächlichen Ressourcen zu ermitteln, die in den Zusammenschluss einbezogen sind. Wenn ein Unternehmen vor der Unterzeichnung des Vertrags oder vor der Bekanntgabe des Kauf- oder Tauschangebots oder des Erwerbs einer die Kontrolle begründenden Beteiligung einen Teil seiner Geschäftsbereiche veräußert, oder wenn eine derartige Veräußerung oder Stilllegung eine Voraussetzung für die Transaktion ist, so ist der diesem Teil seiner Geschäftsbereiche zurechenbare Umsatzanteil von dem im letzten geprüften Abschluss aufgeführten Umsatz des Anmelders abzuziehen. Umgekehrt ist der Umsatz, der Vermögenswerten zuzuordnen ist, über die die Kontrolle erst nach Erstellung des letzten geprüften Abschlusses erlangt wurde, im Hinblick auf eine Fusionsanmeldung dem Umsatz des Unternehmens hinzuzufügen.“

Der dem Rechtsstreit zugrunde liegende Sachverhalt

- 15 Die klagende Firma Endesa, SA, ist eine u. a. an der Börse von Madrid notierte Handelsgesellschaft. Sie steht an der Spitze des Endesa-Konzerns, des größten spanischen Stromkonzerns, der auch in Italien, Frankreich, Portugal, Polen und Lateinamerika tätig ist.
- 16 Gas Natural SDG, SA (im Folgenden: Gas Natural), ist eine Handelsgesellschaft, die an der Madrider Börse notiert ist. Sie steht an der Spitze des Konzerns Gas Natural, eines Unternehmenszusammenschlusses, der Dienstleistungen im Energiesektor erbringt und im Wesentlichen mit der Versorgung mit Naturgas sowie dem Vertrieb und der Vermarktung von Naturgas in Spanien, Italien und Lateinamerika befasst ist. Sie entfaltet außerdem Tätigkeiten, hauptsächlich Erzeugung und Vermarktung von elektrischem Strom, im Elektrizitätssektor, in dem sie ein Newcomer ist.
- 17 Am 5. September 2005 gab Gas Natural bekannt, sie wolle ein öffentliches Angebot zur Übernahme (im Folgenden: Übernahmeangebot) des gesamten Gesellschaftskapitals von Endesa vorlegen, was zu einem Zusammenschluss im Sinne des Artikels 3 der Verordnung geführt hätte. Das Übernahmeangebot wurde von den Verwaltungsorganen von Endesa für feindlich erklärt.

- 18 Am 12. September 2005 setzte Gas Natural die spanische Wettbewerbsbehörde über den Zusammenschluss in Kenntnis.
- 19 Kurz nachdem Gas Natural das Übernahmeangebot bekannt gegeben hatte, teilte Endesa der Kommission mit, dass der Zusammenschluss ihrer Meinung nach eine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne des Artikels 1 der Verordnung habe. Daraus folge zum einen, dass er gemäß Artikel 4 der Verordnung bei der Kommission anzumelden sei, und zum anderen, dass die spanische Wettbewerbsbehörde für die Entscheidung über diesen Zusammenschluss nicht zuständig sei.
- 20 Am 19. September 2005 ersuchte Endesa die Kommission um Entscheidung darüber, ob sie aufgrund der gemeinschaftsweiten Bedeutung des Zusammenschlusses für dessen Prüfung zuständig sei.
- 21 In diesen Schreiben erklärte Endesa erstens, dass die zu berücksichtigenden Umsatzzahlen von 2004 diejenigen seien, die auf der Grundlage der neuen internationalen Rechnungslegungsnormen (International Financial Reporting Standards, im Folgenden: IFRS) berechnet worden seien, und nicht diejenigen, die sich aus der Rechnungsprüfung ergäben, und zweitens, dass diese IFRS-Abschlüsse in bestimmten Punkten abgeändert werden müssten, um der Auslegung der Kommissionsmitteilung über die Berechnung des Umsatzes zu entsprechen. Auf der Grundlage dieser Zahlen berechnete Endesa ihren Umsatz in Spanien im Jahr 2004 auf weniger als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes.
- 22 Am 20. September 2005 ersuchte die portugiesische Wettbewerbsbehörde die Kommission, der Verweisung des Zusammenschlusses gemäß Artikel 22 der Verordnung zuzustimmen. Am 22. September 2005 informierte die Kommission die übrigen Mitgliedstaaten von diesem Verweisungsantrag und eröffnete ihnen die Möglichkeit, sich diesem anzuschließen. Am 28. September 2005 teilte die spanische Wettbewerbsbehörde der Kommission mit, dass sie sich dem portugiesischen

Antrag nicht anschließen wolle. Am 7. Oktober 2005 unterrichtete die italienische Behörde die Kommission davon, dass sie sich dem portugiesischen Antrag anschließen wolle. Die Kommission wies diese Anträge am 27. Oktober 2005 mit der Begründung zurück, dass die nationalen Behörden nicht dargetan hätten, inwiefern der Zusammenschluss den innergemeinschaftlichen Handel und den freien Wettbewerb beeinträchtige, und bemerkte abschließend, sie sei nicht die Behörde, die diese Angelegenheit am besten beurteilen könne.

- 23 Am 26. September 2005 bat die Kommission Gas Natural in einem Schreiben um nähere Auskünfte darüber, auf welcher Grundlage sie den Zusammenschluss bei der spanischen Wettbewerbsbehörde angemeldet habe, und um eine Stellungnahme zu Endesas Argumenten. Gas Natural beantwortete dieses Schreiben am 3. Oktober 2005. Darin gab sie an, dass sie zur Bestimmung der zuständigen Wettbewerbsbehörde die in Endesas geprüften Abschlüssen für 2004 veröffentlichten Zahlen zugrunde gelegt habe. Laut Gas Natural zeigen diese Abschlüsse, dass Endesa (genau wie Gas Natural) 2004 mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in Spanien erzielt habe.
- 24 Ebenfalls am 26. September 2005 bat die Kommission Endesa in einem Schreiben um verschiedene Erläuterungen ihrer Mitteilungen. Am 4. Oktober 2005 legte sie Endesa eine Kopie der Stellungnahmen von Gas Natural zu ihren ersten Mitteilungen vor und bat Endesa, sich dazu zu äußern. Endesa beantwortete diese Anfragen am 5. und am 7. Oktober 2005.
- 25 Am 6. Oktober 2005 teilte die spanische Wettbewerbsbehörde der Kommission mit, dass sie den Argumenten von Endesa nicht folgen könne und sich für die Prüfung des Zusammenschlusses für zuständig halte.
- 26 Am 25. Oktober 2005 übermittelte die Kommission Gas Natural eine Kopie von Endesas Mitteilungen vom 5. und vom 7. Oktober 2005 und gab ihr Gelegenheit, sich zu ihnen zu äußern. Am 26. Oktober 2005 bat sie Gas Natural, Endesa und die spanische Wettbewerbsbehörde um Stellungnahme zu der Auslegung von Artikel 5

der Verordnung vor dem Hintergrund von Randnummer 40 der oben genannten Mitteilung der Kommission. Gleichzeitig legte sie der spanischen Wettbewerbsbehörde eine Kopie von Endesas Mitteilungen vom 5. und vom 7. Oktober 2005 vor und gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zu den einschlägigen Fragen.

27 Am 27. Oktober 2005 teilte die spanische Wettbewerbsbehörde der Kommission mit, dass sie keine weiteren Bemerkungen zu den Anpassungen zu machen habe, und nahm zur Auslegung von Artikel 5 der Verordnung vor dem Hintergrund von Randnummer 40 der Mitteilung der Kommission Stellung. Am 2. November 2005 teilten Gas Natural und Endesa ihre Ansichten zu dieser Materie mit. Darüber hinaus machte Gas Natural unter Berücksichtigung von Endesas Mitteilungen vom 5. und vom 7. Oktober 2005 neue Ausführungen zu Endesas Anpassungsvorschlägen. Dabei schlug sie neue Anpassungen vor, die Endesa ihrer Ansicht nach vergessen hatte. Am 4. November 2005 wurde eine Kopie dieser Anpassungsvorschläge Endesa übersandt, die sich am 9. November 2005 zu ihnen erklärte.

28 Am 15. November 2005 erließ die Kommission die Entscheidung Nichtvorhandensein einer gemeinschaftsweiten Bedeutung (Sache COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa), die Gegenstand der vorliegenden Klage ist (im Folgenden: Entscheidung).

29 Im Rahmen des nationalen Fusionskontrollverfahrens beschloss der spanische Wirtschaftsminister am 7. November 2005, die „zweite Phase“ dieses Verfahrens einzuleiten, indem er die Sache vom Wettbewerbsamt (Servicio de Defensa de la Competencia, im Folgenden: SDC) an das Gericht für Wettbewerbsfragen (Tribunal de Defensa de la Competencia, im Folgenden: TDC) verwies.

- 30 Am 20. Dezember 2005 gab die Nationale Energiekommission (Comisión Nacional de la Energía, im Folgenden: CNE) ihre Stellungnahme zu dem Unternehmenszusammenschluss ab und empfahl, diesen unter bestimmten Voraussetzungen zu genehmigen.
- 31 Am 5. Januar 2006 gab das TDC sein Gutachten ab und schlug vor, den Zusammenschluss zu verbieten.
- 32 Am 3. Februar 2006 genehmigte der spanische Ministerrat den Zusammenschluss unter bestimmten Voraussetzungen.
- 33 Am 21. März 2006 setzte das Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Madrid den Zusammenschluss aus.

Verfahren

- 34 Endesa hat mit Klageschrift, die am 29. November 2005 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, die vorliegende Klage erhoben. Sie hat mit einem besonderen, am selben Tag eingereichten Schriftsatz beantragt, gemäß Artikel 76a der Verfahrensordnung des Gerichts über ihre Klage im beschleunigten Verfahren zu entscheiden.
- 35 Die Klägerin hat mit besonderem Schriftsatz, den sie am 29. November 2005 bei der Kanzlei des Gerichts eingereicht hat, beantragt, den Vollzug der Entscheidung auszusetzen und die Kommission zu verpflichten, die spanischen Wettbewerbsbehörden anzuweisen, alle nationalen Verfahren auszusetzen.

- 36 Gas Natural und das Königreich Spanien haben mit Schreiben, die sie am 2. und am 9. Dezember 2005 bei der Kanzlei des Gerichts eingereicht haben, gemäß Artikel 115 §§ 1 und 2 der Verfahrensordnung ihre Zulassung als Streithelfer zur Unterstützung der Klägerin beantragt.
- 37 Beide Anträge sind den Verfahrensbeteiligten gemäß Artikel 116 § 1 der Verfahrensordnung zugestellt worden.
- 38 Die Klägerin hat mit Schreiben, das sie am 15. Dezember 2005 bei der Kanzlei des Gerichts eingereicht hat, beantragt, gemäß Artikel 116 § 2 Satz 2 der Verfahrensordnung bestimmte in den Schriftstücken enthaltene Angaben eventuellen Streithelfern nicht zu übermitteln.
- 39 Am 15. Dezember 2005 hat die Dritte Kammer des Gerichts, der die Sache zugewiesen wurde, beschlossen, über die vorliegende Rechtssache im beschleunigten Verfahren zu entscheiden.
- 40 Der Präsident der Dritten Kammer des Gerichts hat mit Beschluss vom 16. Dezember 2005 den Anträgen von Gas Natural und des Königreichs Spanien auf Zulassung als Streithelfer stattgegeben und die Entscheidung über den Antrag auf vertrauliche Behandlung vorbehalten.
- 41 Gas Natural und das Königreich Spanien haben mit Schreiben, die sie am 3. und am 4. Januar 2006 bei der Kanzlei des Gerichts eingereicht haben, Einwände gegen die vertrauliche Behandlung bestimmter in den ihnen übermittelten Schriftstücken enthaltener Angaben erhoben.

- 42 Die Klägerin hat mit Schreiben, das sie am 11. Januar 2006 bei der Kanzlei des Gerichts eingereicht hat, den Antrag zurückgenommen, den von Deloitte, SL, angefertigten Bericht, der der Klageschrift als Anlage beigefügt war, gegenüber Gas Natural vertraulich zu behandeln.
- 43 Gas Natural und das Königreich Spanien haben ihre Streithilfeschriftsätze am 12. und am 13. Januar 2006 eingereicht.
- 44 Die Kommission hat ihre Klagebeantwortung am 19. Januar 2006 eingereicht.
- 45 Der Präsident der Dritten Kammer des Gerichts hat mit Beschluss vom 24. Januar 2006 dem Antrag der Klägerin auf vertrauliche Behandlung teilweise stattgegeben, die Übermittlung einer nichtvertraulichen Fassung aller Schriftstücke an die Streithelfer angeordnet und diese aufgefordert, in der mündlichen Verhandlung ergänzende Erklärungen dazu abzugeben. Im Übrigen hat er die Kostenentscheidung vorbehalten.
- 46 Der Präsident des Gerichts hat mit Beschluss vom 1. Februar 2006, Endesa/Kommission (T-417/05 R, Slg. 2006, II-18*), den Antrag auf einstweilige Anordnung mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Klägerin nicht dargetan habe, dass sie, falls keine einstweiligen Anordnungen erlassen würden, Gefahr liefe, einen schweren und nicht wieder gutzumachenden Schaden zu erleiden, und hat die Kostenentscheidung vorbehalten.
- 47 Das Gericht (Dritte Kammer) hat auf Bericht des Berichterstatters die mündliche Verhandlung eröffnet und im Rahmen von prozessleitenden Maßnahmen die Verfahrensbeteiligten aufgefordert, eine Reihe schriftlicher Fragen zu beantworten. Die Verfahrensbeteiligten sind dieser Aufforderung fristgemäß nachgekommen.

48 Die Verfahrensbeteiligten haben in der Sitzung vom 9. März 2006 mündlich verhandelt und mündliche Fragen beantwortet.

Anträge der Verfahrensbeteiligten

49 Endesa beantragt,

- ihre Klage für zulässig zu erklären,

- die Entscheidung für nichtig zu erklären,

- der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

50 Die Kommission beantragt,

- die Klage abzuweisen,

- der Klägerin die Kosten einschließlich der Kosten des Verfahrens der einstweiligen Anordnung aufzuerlegen.

51 Das Königreich Spanien beantragt,

- die Klage abzuweisen,

- der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

52 Gas Natural beantragt,

- die Klage abzuweisen,

- der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Gründe

53 Die Klägerin stützt ihre Klage auf fünf Klagegründe: erstens Verfahrensfehler, zweitens Umkehr der Beweislast und fehlende Begründung, drittens Nichtverwendung des nach den IAS/IFRS- Rechnungslegungsstandards erstellten Abschlusses, viertens Ablehnung der vorgeschlagenen Anpassungen und fünftens Verstoß gegen die in der Mitteilung aufgestellten Kriterien, fehlende Prüfung und Begründung sowie Ermessensmissbrauch.

Zum ersten Klagegrund: Verfahrensfehler

Zum ersten Teil: Bescheidung der Verweisungsanträge vor Erlass der Entscheidung

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 54 Endesa trägt vor, aus der Verordnung ergebe sich eindeutig, dass alle auf Artikel 22 dieser Verordnung gestützten Entscheidungen sich auf einen Zusammenschluss beziehen müssten, der die in einer oder mehreren nationalen Vorschriften festgelegten Schwellenwerte nicht überschreite und keine gemeinschaftsweite Bedeutung habe. Auf diese Weise könne die Kommission gemäß Artikel 22 der Verordnung die Zuständigkeit für Zusammenschlüsse erlangen, für die sie zunächst einmal nicht zuständig wäre.
- 55 Daraus folge, dass das Fehlen einer gemeinschaftsweiten Bedeutung nach Artikel 22 der Verordnung eine wesentliche Voraussetzung für die Entscheidung über die Verweisung sei. Somit habe die Kommission, nachdem die Klägerin sie förmlich ersucht habe, zu der gemeinschaftsweiten Bedeutung des Zusammenschlusses Stellung zu nehmen, die Wahl gehabt, entweder den Antrag als offensichtlich unbegründet zurückzuweisen, ohne ein Verfahren einzuleiten, oder aber vor einer Entscheidung über die Verweisungsanträge ein Verfahren zu eröffnen und förmlich über die Frage der zuständigen Behörde zu entscheiden. Der Umstand, dass die Frist für die Entscheidung über die Verweisungsanträge in der Verordnung festgelegt sei (zehn Arbeitstage von dem Beginn der Frist an, in der sich die nationalen Behörden einem oder mehreren Anträgen anschließen können), könne nicht eine Umkehrung der logischen Reihenfolge rechtfertigen, die die Kommission bei ihrer Prüfung einhalten müsse. Da die Verordnung nicht den Zwischenstreit über die Bestimmung der Behörde erwähne, wohl aber den Zwischenstreit über die sachliche Zuständigkeit (nämlich durch die in Artikel 22 enthaltenen Vorschriften über die Verweisung), müsse die für den Letzteren vorgesehene Frist analog auf den Ersteren Anwendung finden. Wenn die Kommission nicht über alle für eine Entscheidung notwendigen Informationen verfüge und um zusätzliche Informationen ersuchen müsse, müsse

ihr Auskunftersuchen automatisch dazu führen, dass die Frist, über die sie für ihre Entscheidung verfüge, und damit notwendigerweise auch die Fristen für den Erlass aller sich daraus ergebenden Rechtsakte, darunter der Entscheidung gemäß Artikel 22, gehemmt werde.

56 Endesa weist darauf hin, dass im vorliegenden Fall zwischen dem ersten Verweisungsantrag und der Entscheidung der Kommission, die Anträge der Italienischen Republik und der Portugiesischen Republik zurückzuweisen, 38 Tage vergangen seien. Die Kommission habe dadurch, dass sie die Entscheidungen über die Verweisung erlassen habe, bevor sie untersucht habe, ob der Zusammenschluss nationale oder gemeinschaftsweite Bedeutung gehabt habe, dem Ergebnis der Entscheidung vorgegriffen, auch wenn sie in der Entscheidung selbst insoweit einen rein formellen Vorbehalt gemacht habe. Dies ergebe sich eindeutig aus der Begründung der Entscheidung über die Verweisungsanträge, wo es u. a. heiße, die Kommission sei nicht die Behörde, die den fraglichen Zusammenschluss am besten beurteilen könne. Unabhängig von der sachlichen Richtigkeit dieser Behauptung sei klar, dass damit zumindest eine der Beurteilungen vorweggenommen werde, die die Kommission im Rahmen der Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses mit gemeinschaftsweiter Bedeutung vorzunehmen habe, nämlich die Beurteilung eventueller Verweisungsanträge gemäß Artikel 9 der Verordnung.

57 Die Kommission, die von den Streithelfern unterstützt wird, führt aus, dieser Klagegrund gehe ganz einfach ins Leere. Zwischen der Lage eines Mitgliedstaats, der einen Antrag gemäß Artikel 22 stelle, und dem Fall, dass ein Unternehmen sie ersuche, über ihre eigene Zuständigkeit zu entscheiden, bestehe keine Analogie. Außerdem hätten die Entscheidungen über die nach Artikel 22 gestellten Anträge die die Gemeinschaftszuständigkeit betreffenden Fragen nicht präjudiziert, da sie ausdrücklich unbeschadet dieses Aspekts über diese Anträge entschieden habe.

— Würdigung durch das Gericht

58 Endesa vertritt die Auffassung, dass die Entscheidung vor der Bescheidung der nach Artikel 22 der Verordnung gestellten Verweisungsanträge hätte erlassen werden müssen, da das Fehlen einer gemeinschaftsweiten Bedeutung eine wesentliche Voraussetzung für eine Verweisungsentscheidung bilde.

- 59 Artikel 22 Absatz 1 der Verordnung bestimmt: „Auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten kann die Kommission jeden Zusammenschluss ... prüfen, der keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne von Artikel 1 hat, aber den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des beziehungsweise der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht ...“
- 60 Wie dargelegt, ersuchte Endesa die Kommission am 19. September 2005 um eine Entscheidung über ihre Zuständigkeit für die Prüfung des Unternehmenszusammenschlusses. Mit Antrag vom 20. September 2005 bat die portugiesische Wettbewerbsbehörde die Kommission, die Prüfung des Zusammenschlusses auf der Grundlage des Artikels 22 der Verordnung zu akzeptieren. Nach der Übermittlung dieses Verweisungsantrags an die anderen Mitgliedstaaten durch die Kommission teilte die italienische Wettbewerbsbehörde der Kommission am 7. Oktober 2005 mit, sie wolle sich dem Antrag der portugiesischen Wettbewerbsbehörde anschließen. Die Kommission wies diese Verweisungsanträge am 27. Oktober 2005 zurück und führte aus, es sei nicht dargetan, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb in Portugal und in Italien zu beeinträchtigen drohe und dass sie diese Wirkungen besser beurteilen könne.
- 61 Dazu ist zum einen festzustellen, dass der von der Klägerin gerügte Fehler nicht die Entscheidung betrifft, sondern nur die Entscheidungen vom 27. Oktober 2005 über die Verweisungsanträge, die nicht Gegenstand der vorliegenden Klage sind. Diese Rüge geht somit auf jeden Fall ins Leere.
- 62 Die rechtliche Konsequenz der Argumente der Klägerin ist, wie die Kommission geltend gemacht hat, nicht klar. Denn wenn ihnen gefolgt würde, wären alle Entscheidungen, die nach den Entscheidungen vom 27. Oktober 2005 über die Verweisungsanträge erlassen wurden, einschließlich einer Entscheidung, durch die die gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses bejaht worden wäre, mit dem gerügten Fehler behaftet und könnten daher ihrerseits aus den von der Klägerin vorgetragenen Gründen für nichtig erklärt werden. Jede — selbst positive — Bescheidung des Antrags von Endesa durch die Kommission nach diesem Zeitpunkt müsste dann für nichtig erklärt werden.

- 63 Zum anderen hat die Klägerin nicht dargetan, inwiefern die Entscheidungen vom 27. Oktober 2005 über die Verweisungsanträge die Frage der Gemeinschaftszuständigkeit präjudiziert hat, da es in den Entscheidungen über die Verweisungen doch ausdrücklich heißt, dass sie unbeschadet der Beurteilung der gemeinschaftsweiten Bedeutung des in Rede stehenden Zusammenschlusses erlassen würden.
- 64 Auch kann der Kommission nicht vorgeworfen werden, dass sie die Verweisungsanträge vor Erlass einer Entscheidung über die gemeinschaftsweite Bedeutung beschieden hat. Denn Artikel 22 Absatz 3 der Verordnung verpflichtet sie, binnen einer Frist von zehn Tagen über einen Verweisungsantrag zu entscheiden, und sieht vor, dass andernfalls davon ausgegangen wird, dass sie die Verweisung stillschweigend angenommen hat. Die Kommission ist somit gehalten, die Verweisungsentscheidung schnell zu treffen. Unter diesen Umständen hätte sie, wenn sie vorab zu der gemeinschaftsweiten Bedeutung hätte Stellung nehmen müssen, dies innerhalb von weniger als zehn Tagen tun müssen und demzufolge die Frage der gemeinschaftsweiten Bedeutung des Zusammenschlusses nicht mit der gebotenen Sorgfalt prüfen können.
- 65 Der Umstand, dass die Kommission die Prüfung der gemeinschaftsweiten Bedeutung fortgesetzt hat und die Entscheidung erst nach den Entscheidungen vom 27. Oktober 2005 über die Verweisungsanträge erlassen hat, hat somit den Interessen von Endesa keineswegs geschadet, sondern es vielmehr ermöglicht, dass die Entscheidung über die gemeinschaftsweite Bedeutung aufgrund einer Prüfung erging, bei der alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt wurden.
- 66 Zurückzuweisen ist auch das Vorbringen der Klägerin, dass die Frist für die Entscheidung über Anträge nach Artikel 22 der Verordnung bis zur Entscheidung des Zwischenstreits über die Frage der gemeinschaftsweiten Bedeutung des Unternehmenszusammenschlusses im Wege der Analogie gehemmt werde. Denn die Verordnung enthält keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Frist für die Entscheidung über einen nach Artikel 22 der Verordnung gestellten Antrag in derartigen Fällen gehemmt wird. Da es sich um Fristen handelt, die rechtliche Wirkungen haben, müsste jeder Hemmungsgrund ausdrücklich vorgesehen sein.

Insoweit ist daran zu erinnern, wie wichtig es ist, eine Kontrolle der Unternehmenszusammenschlüsse innerhalb von Fristen sicherzustellen, die sowohl mit den Erfordernissen einer ordnungsgemäßen Verwaltung als auch mit denen des Geschäftslebens vereinbar sind (Urteil des Gerichtshofes vom 25. September 2003, Schlüsselverlag J. S. Moser u. a./Kommission, C-170/02 P, Slg. 2003, I-9889, Randnr. 34).

67 Deshalb ist der erste Teil des ersten Klagegrundes zurückzuweisen.

Zum zweiten Teil: mangelnde Transparenz und Verletzung der Rechte der Verteidigung

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

68 Endesa macht geltend, die Verordnung sehe kein besonderes Verfahren für die Feststellung der gemeinschaftsweiten Bedeutung eines Unternehmenszusammenschlusses vor. Deshalb hätte die Kommission in Beantwortung ihres förmlichen Antrags, eine Entscheidung über die Bestimmung der für die Prüfung des Zusammenschlusses zuständigen Behörde zu erlassen, klar angeben müssen, welches Verfahren sie einhalten würde, wodurch ein Mindestmaß an Rechtssicherheit hätte garantiert werden können. Sie habe die Kommission vom Beginn des Verfahrens an ausdrücklich ersucht, die Beteiligten über die Regeln dieses Verfahrens zu informieren; dieses Ersuchen sei jedoch nicht berücksichtigt worden.

69 Das von der Kommission befolgte Verfahren ermangele auch der Transparenz, denn die Kommission habe Endesa nicht mitgeteilt, welche konkreten Schriftstücke Gas Natural zur Kenntnis gebracht worden seien, und die Argumente, die diese der Kommission gegenüber geltend gemacht habe, seien Endesa nicht vollständig bekannt gegeben worden. Vor allem seien ihr die Erklärungen des SDC, obwohl er dem Verfahren als Streithelfer beigetreten sei, nicht übermittelt und sie sei nicht einmal auf sie hingewiesen worden, und dies trotz der ausdrücklichen und wiederholten Bitten in ihren Schreiben vom 23. September sowie vom 10. und vom 12. Oktober 2005.

70 Die Unklarheit und die mangelnde Transparenz der angewandten Verfahrensregeln stellten eine flagrante Verletzung der Rechte der Verteidigung dar. Dasselbe gelte für die Übermittlung ihrer Schriftstücke an SDC, ohne dass ihre Zustimmung eingeholt worden sei, mit Ausnahme der Übermittlung des ersten Schriftsatzes, den sie selbst SDC auf Aufforderung der Kommission unmittelbar übergeben habe.

71 Die Kommission, die von den Streithelfern unterstützt wird, trägt vor, dass die Beteiligung von Endesa am Verfahren für die Wahrung ihrer Interessen vollauf ausgereicht habe.

— Würdigung durch das Gericht

72 Was erstens die Rüge betrifft, dass die Kommission die Klägerin nicht über das anzuwendende Verfahren unterrichtet habe, ist zu bemerken, dass die Verordnung kein besonderes Verfahren für die Feststellung der gemeinschaftsweiten Bedeutung eines Unternehmenszusammenschlusses vorsieht. Außerdem ist festzustellen, dass die Klägerin nicht dargetan hat, inwiefern diese mangelnde Unterrichtung geeignet sein soll, die Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu beeinträchtigen.

73 Jedenfalls kann der Umstand, dass die Kommission der Klägerin nicht mitgeteilt hat, welches Verfahren sie bei der Prüfung der gemeinschaftsweiten Bedeutung des Zusammenschlusses anzuwenden gedachte, die Rechtmäßigkeit der aufgrund dieses Verfahrens erlassenen Entscheidung nur dann beeinträchtigen, wenn er eine Verletzung der Rechte der Verteidigung zur Folge hätte. Dies ist jedoch, wie sich aus den folgenden Erwägungen ergibt, hier nicht der Fall.

74 Was zweitens die Rüge der Klägerin angeht, dass die Kommission ihr nicht mitgeteilt habe, welche konkreten Schriftstücke Gas Natural zur Kenntnis gebracht worden seien, ist festzustellen, dass die Klägerin nicht dartut, inwiefern dieser

Umstand ihre Rechte beeinträchtigen oder den Inhalt der Entscheidung beeinflussen konnte. Im Übrigen ergibt sich weder aus den Verteidigungsrechten der Klägerin noch aus ihrem Recht auf Akteneinsicht die Verpflichtung, sie auch über den Zugang anderer Personen zu bestimmten Teilen der Verfahrensakten zu informieren. Unter diesen Umständen ist die Rüge zurückzuweisen.

- 75 Was drittens die Rüge angeht, dass die Kommission die Klägerin nicht voll über die von Gas Natural vorgebrachten Argumente unterrichtet habe, ist zunächst festzustellen, dass die Kommission einräumt, dass bestimmte vertrauliche Informationen weggelassen wurden. Weiter ist zu bemerken, dass die Klägerin, worauf die Kommission hingewiesen hat, keinen Beweis dafür beibringt, dass sie Zugang zu den als vertraulich eingestuften Informationen beantragt hat. Schließlich und vor allem trägt die Klägerin nichts dafür vor, dass diese Informationen für ihre Beteiligung am Verfahren nützlich gewesen wären, sei es, weil es sich um Informationen handelt, die in der Entscheidung zitiert werden, sei es, weil es um Informationen geht, die geeignet sind, den Nachweis für die gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses zu erbringen. Im Übrigen sind die vertraulichen Informationen von Gas Natural insoweit unerheblich, denn Gegenstand der Meinungsverschiedenheit zwischen Endesa und der Kommission war insbesondere die Ermittlung des Umsatzes von Endesa, nicht von Gas Natural. Folglich ist diese Rüge zurückzuweisen.
- 76 Was viertens die Rüge betrifft, dass die Kommission die Klägerin nicht voll über die von SDC vorgebrachten Argumente unterrichtet habe, ergibt sich aus der Rechtsprechung (in Analogie zu dem Urteil des Gerichts vom 1. April 1993, BPB Industries und British Gypsum/Kommission, T-65/89, Slg. 1993, II-389, Randnr. 33), dass es sich bei dem Schriftverkehr mit den Mitgliedstaaten grundsätzlich um interne Unterlagen handelt, die den an dem Verfahren Beteiligten nicht übermittelt zu werden brauchen. Zudem erstreckt sich nach Artikel 17 Absatz 3 der Verordnung Nr. 802/2004 das Recht auf Akteneinsicht nicht auf die Korrespondenz zwischen der Kommission und den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten. Jedenfalls ist festzustellen, dass die Klägerin nicht angibt, welche vom SDC übermittelten Informationen ihrer Meinung nach von der Kommission verwendet worden sind oder ihre Rechte hätten beeinträchtigen oder die Entscheidung hätten beeinflussen können. Diese Rüge greift somit nicht durch.

- 77 Was fünftens die Rüge der Klägerin angeht, die Kommission habe SDC von ihr stammende Schriftstücke übermittelt, ohne ihre Zustimmung einzuholen, genügt der Hinweis auf Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung, der bestimmt, dass die Kommission die in dieser vorgesehenen Verfahren in enger und stetiger Verbindung mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten durchführt, und auf Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung, wonach die Kommission den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten binnen dreier Arbeitstage eine Kopie der Anmeldungen und so bald wie möglich die wichtigsten Schriftstücke übermittelt, die in Anwendung der Verordnung bei ihr eingereicht oder von ihr erstellt werden. Jedenfalls hat die Klägerin nicht dargetan, inwiefern die Übermittlung der Schriftstücke an SDC die Rechtmäßigkeit der Entscheidung beeinflussen konnte. Aus diesen Gründen kann die Rüge nicht durchgreifen.
- 78 Aufgrund dieser Erwägungen ist der zweite Teil des ersten Klagegrundes zurückzuweisen.

Zum dritten Teil: Nichtaussetzung des nationalen Verfahrens

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 79 Endesa trägt vor, die Kommission hätte verlangen müssen, dass während des Verfahrens zur Bestimmung der zuständigen Behörde das innerstaatliche Verfahren ausgesetzt werde, das parallel vor den spanischen Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden stattgefunden habe. Ihrer Meinung nach bildet der Umstand, dass die Kommission nicht diese Aussetzung verlangt hat, einen schweren Verfahrensfehler.

- 80 Endesa vertritt die Auffassung, dass die Aussetzung nach Artikel 21 Absatz 3 der Verordnung hätte erfolgen müssen, der bestimme, dass die Mitgliedstaaten ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht nicht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung anwenden dürften; außerdem sei sie aufgrund der in Artikel 10 EG verankerten allgemeinen Pflicht zur Zusammenarbeit geboten gewesen. Zudem hätte die Logik, die der Regelung des Artikels 22 der Verordnung zugrunde liege, der in dem Bestreben, Parallelverfahren zu vermeiden, die Hemmung der einzelstaatlichen Fristen bis zur Entscheidung der Kommission über ihre Zuständigkeit vorsehe, auch auf die Entscheidung der Frage, ob der Zusammenschluss eine gemeinschaftsweite Bedeutung habe, angewandt werden müssen, nachdem eine Lücke in der Verordnung festgestellt worden sei. Die Kommission hätte folglich die Aussetzung der nationalen Verfahren verlangen müssen.
- 81 Die Aussetzung der Prüfung der Verweisungsanträge bis zum Erlass der Entscheidung über die zuständige Behörde hätte nach Artikel 22 der Verordnung automatisch erfolgen müssen. Der Umstand, dass die Entscheidung ohne Berücksichtigung eines der allgemeinen Grundsätze des Fusionskontrollsystems erlassen worden sei, nämlich ohne Beachtung des Grundsatzes der einzigen Anlaufstelle, der es ermögliche, Parallelverfahren auf Gemeinschafts- und innerstaatlicher Ebene zu vermeiden, führe zur Nichtigkeit dieser Entscheidung. Auch seien die Verteidigungsrechte von Endesa dadurch verletzt worden, dass sie gezwungen gewesen sei, zugleich die Gemeinschaftsbehörden und die innerstaatlichen Behörden anzurufen. Die Verletzung dieser Rechte sei nach ständiger Rechtsprechung (Urteil des Gerichtshofes vom 27. September 1988, Ahlström u. a./Kommission, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 und 125/85 bis 129/85, Slg. 1988, 5193, und Urteil des Gerichts vom 22. Oktober 2002, Schneider Electric/Kommission, T-310/01, Slg. 2002, II-4071) ein Nichtigkeitsgrund.
- 82 Die Kommission, die von den Streithelfern unterstützt wird, trägt vor, unabhängig davon, ob sie wirklich die Befugnisse habe, die die Klägerin ihr zuschreibe, habe diese sie zu keiner Zeit klar aufgefordert, von diesen Gebrauch zu machen. Außerdem könne es keine Verpflichtung zur Aussetzung aufgrund einer einfachen Analogie geben. Auch folge aus dem Recht auf Teilnahme an einem Verwaltungsverfahren nicht das Recht, nur an einem einzigen Verwaltungsverfahren teilzunehmen.

— Würdigung durch das Gericht

- 83 Die Rüge, die Kommission habe von den zuständigen spanischen Behörden nicht verlangt, das nationale Verfahren auszusetzen, ist im vorliegenden Verfahren völlig ohne Belang. Die Klägerin hat auch nicht dargetan, inwiefern die Nichtaussetzung des nationalen Verfahrens, selbst wenn sie auf einem fehlerhaften Verhalten der Kommission beruht haben sollte, die Rechtmäßigkeit der Entscheidung hätte beeinträchtigen können.
- 84 Denn erstens handelt es sich, wie die Kommission hervorhebt, bei der Nichtaussetzung der nationalen Verfahren, die die Klägerin unter Berufung auf Artikel 21 Absatz 3 der Verordnung und auf die in Artikel 10 EG verankerte allgemeine Verpflichtung zur Zusammenarbeit rügt, gegebenenfalls um ein rechtswidriges Verhalten des Königreichs Spanien und nicht der Kommission. Dieses rechtswidrige Verhalten würde somit nicht auf einer Entscheidung der Kommission beruhen und jedenfalls nicht die Rechtmäßigkeit der Entscheidung beeinträchtigen.
- 85 Zweitens ist, soweit die Rüge auf Artikel 22 Absatz 2 dritter Unterabsatz der Verordnung gestützt wird, der die Hemmung der innerstaatlichen Fristen bis zur Entscheidung der Kommission über ihre Zuständigkeit vorschreibt, daran zu erinnern, dass es keine Analogie zwischen der Situation eines Mitgliedstaats, der einen Antrag gemäß Artikel 22 stellt, und dem Fall gibt, dass ein Unternehmen die Kommission um eine Stellungnahme zu ihrer Zuständigkeit ersucht. Somit kann es keine Verpflichtung zur Aussetzung aufgrund einer einfachen Analogie geben.
- 86 Was drittens das Vorbringen der Klägerin angeht, die Entscheidung sei ohne Beachtung des Grundsatzes der einzigen Anlaufstelle erlassen worden und sie sei in ihren Verteidigungsrechten dadurch verletzt worden, dass sie gezwungen worden sei, zugleich die Gemeinschaftsbehörden und die innerstaatlichen Behörden anzurufen, genügt es, darauf hinzuweisen, dass die Klägerin, die selbst das

Eingreifen der Kommission gefordert hatte, weder dargetan hat, inwiefern und warum es für sie mit Schwierigkeiten verbunden gewesen sein soll, ihren Standpunkt gleichzeitig bei mehreren Stellen zu vertreten, noch weshalb dieser Umstand einen Einfluss auf die Entscheidung hätte haben können. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass Unternehmen Zusammenschlüsse, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung haben, oft bei verschiedenen innerstaatlichen Behörden anmelden müssen.

87 Folglich ist der dritte Teil des ersten Klagegrundes zurückzuweisen.

88 Aus alledem folgt, dass der erste Klagegrund nicht durchgreift.

Zum zweiten Klagegrund: Umkehr der Beweislast und fehlende Begründung

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

89 Endesa trägt vor, die Begründung der Entscheidung sei ungenügend, da die Kommission die Artikel 1, 5 und 21 der Verordnung nicht beachtet habe. Wenngleich die Verordnung dies nirgends ausdrücklich vorschreibe, sei die Kommission aufgrund ihrer ausschließlichen Zuständigkeit für die Entscheidung über Unternehmenszusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung verpflichtet, die zuständige Behörde zu bestimmen (Urteil Schlüssolverlag J. S. Moser u. a./Kommission, zitiert in Randnr. 66). Aufgrund dieser ausschließlichen Zuständigkeit müsse die Kommission prüfen, ob Artikel 1 der Verordnung anwendbar sei. Dazu müsse sie den Umsatz, den die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielt hätten, nach den in Artikel 5 der Verordnung festgelegten Regeln genau ermitteln und feststellen.

- 90 Die Kommission dürfe die Beweislast für die Bestimmung der zuständigen Behörde nicht umkehren. Da sie die ausschließliche Zuständigkeit für die Bestimmung der für die Entscheidung über einen Unternehmenszusammenschluss zuständigen Behörde besitze, habe sie allein den Umsatz der beteiligten Unternehmen zu prüfen und vor allem nachzuweisen.
- 91 Die Kommission stütze ihre Entscheidung jedoch darauf, dass Endesa keine ausreichenden Beweise für die Notwendigkeit beigebracht habe, die gemäß den IAS/IFRS-Rechnungslegungsnormen erstellten Rechnungsabschlüsse zu verwenden und gemäß der Mitteilung eine Reihe von Anpassungen vorzunehmen. Diese Begründung sei aufgrund der Natur der auf die Bestimmung der zuständigen Behörde anwendbaren Vorschriften, die zwingenden Charakter hätten, inakzeptabel. Sie widerspreche jeder Logik und auch den elementaren Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, umso mehr, als die Kommission auf die uneingeschränkte Mitarbeit von Endesa hätte zählen und alle benötigten zusätzlichen Informationen von ihr hätte anfordern können. In Wirklichkeit habe die Kommission fast die ganzen zwei Monate, die das Verfahren gedauert habe, damit verbracht, Gesichtspunkte zu prüfen, die letztlich in der Entscheidung nicht behandelt worden seien.
- 92 Die Entscheidung enthalte einen schwerwiegenden Begründungsmangel, da sie davon ausgehe, dass es Sache der Einzelnen sei, die Kommission davon zu überzeugen, dass sie ausschließlich zuständig sei, während diese doch selbst verpflichtet sei, im Rahmen der Verantwortlichkeiten, die ihr als Hüterin des Vertrages in diesem übertragen worden seien, auf eine Beschwerde hin oder von Amts wegen die in ihre Zuständigkeit fallenden Tatsachen mit Gewissheit festzustellen.
- 93 Endesa beruft sich dazu auf das Urteil des Gerichts vom 21. September 2005 (EDP/Kommission, T-87/05, Slg. 2005, II-3745), in dem das Gericht im Rahmen der Anwendung einer anderen Mitteilung über Unternehmenszusammenschlüsse bezüglich der Verpflichtungen daran erinnert habe, dass die Kommission nicht die Beweislast dadurch umkehren dürfe, dass sie den Parteien eine Verpflichtung auferlege, die ausschließlich auf die Mitteilung gestützt werde und keine Rechts-

grundlage in der Verordnung habe. Es sei Sache der betroffenen Partei, der Kommission alle für die Beurteilung des Zusammenschlusses notwendigen Informationen zu geben, und Aufgabe der Kommission, diese Beurteilung vorzunehmen, ohne die Beweislast umzukehren.

- 94 Dazu verfüge die Kommission über wichtige Verfahrensinstrumente wie das Auskunftersuchen. So hätte sie die Konten von Endesa durch unabhängige Sachverständige prüfen lassen können, wenn sie dies für nötig gehalten hätte. Sie habe zwei Monate Zeit gehabt, um die beste Methode zur Bestimmung des Umsatzes von Endesa im Jahr 2004 im Detail und abschließend festzulegen.
- 95 Außerdem finde die Behauptung, dass die von Endesa beigebrachten Informationen ungenügend seien, keine Stütze in den der Kommission übermittelten Unterlagen. Nach Abschluss eines Verfahrens, in dem Endesa so eng wie möglich mit der Kommission zusammengearbeitet habe, könne man nicht behaupten, dass die beigebrachten Informationen ungenügend seien.
- 96 Die Kommission, die von den Streithelfern unterstützt wird, macht geltend, in der Diskussion, die während des von ihr durchgeführten Verfahrens stattgefunden habe, sei es im Wesentlichen um rechtliche Fragen gegangen. In der Entscheidung habe sie nicht deshalb auf die Argumente der Klägerin geantwortet, weil sie gemeint hätte, dass diese die Beweislast trage, sondern weil ihre Pflicht, ihre Entscheidungen zu begründen, die Verpflichtung umfasse, auf die von den Parteien vorgebrachten Argumente einzugehen, wenn sie zurückgewiesen würden.

Würdigung durch das Gericht

- 97 Endesa trägt vor, die Kommission habe die Beweislast für die Bestimmung der für die Beurteilung des Unternehmenszusammenschlusses zuständigen Behörde da-

durch umgekehrt, dass sie ihre Entscheidung darauf gestützt habe, dass Endesa keine ausreichenden Beweise für die Notwendigkeit beigebracht habe, die gemäß den IAS/IFRS-Rechnungslegungsnormen erstellten Rechnungsabschlüsse zu verwenden und eine Reihe von Anpassungen vorzunehmen.

- 98 Ein Unternehmenszusammenschluss hat gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn der Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen die in der Verordnung festgelegten Schwellenwerte überschreitet. Nach der 17. Begründungserwägung der Verordnung wird der Kommission vorbehalten die Nachprüfung ihrer Entscheidungen durch den Gerichtshof die ausschließliche Zuständigkeit für die Anwendung der Verordnung übertragen. Nach Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung gilt diese für alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung. Folglich ist die Kommission, wenn ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung ist, ausschließlich dafür zuständig, ihn zu untersuchen. Daraus ergibt sich aber nicht automatisch, dass die Kommission auch für die Feststellung ausschließlich zuständig ist, ob ein Unternehmenszusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung hat.
- 99 Denn nach der Verordnung ist es in erster Linie Sache der beteiligten Unternehmen, eine erste Beurteilung der Bedeutung des Zusammenschlusses vorzunehmen und dementsprechend zu bestimmen, bei welchen Behörden der geplante Zusammenschluss angemeldet werden muss. Wenn wie hier ein Unternehmenszusammenschluss nicht bei der Kommission, sondern bei den Behörden eines oder mehrerer Mitgliedstaaten angemeldet wird, müssen diese prüfen, ob der ihnen zur Kenntnis gebrachte Zusammenschluss nicht von gemeinschaftsweiter Bedeutung ist. Dies ergibt sich insbesondere aus der in Artikel 10 EG verankerten Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit und aus Artikel 21 der Verordnung, wonach die Kommission für die Prüfung der Vereinbarkeit von Unternehmenszusammenschlüssen von gemeinschaftsweiter Bedeutung ausschließlich zuständig ist und es den Mitgliedstaaten folglich untersagt ist, ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht auf solche Zusammenschlüsse anzuwenden. Gleichwohl hat die Kommission in diesem Fall nach wie vor die Möglichkeit, zu entscheiden, dass der Zusammenschluss entgegen der Auffassung der Behörden der Mitgliedstaaten sehr wohl von gemeinschaftsweiter Bedeutung ist und in ihre ausschließliche Zuständigkeit fällt.
- 100 Zudem enthält die Fusionskontrollverordnung keine besondere Vorschrift, die die Kommission ausdrücklich verpflichtet, sich von Amts wegen zu vergewissern, dass

alle Zusammenschlüsse, die nicht bei ihr angemeldet werden, auch wirklich keine gemeinschaftsweite Bedeutung haben. Aus der Rechtsprechung ergibt sich allerdings, dass die Kommission verpflichtet ist, über ihre Zuständigkeit als Kontrollbehörde im Grundsatz zu entscheiden, wenn sie von einem Unternehmen, das der Auffassung ist, dass ein bei der Kommission nicht angemeldeter Zusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung hat, mit einer Beschwerde befasst wird (Randnrn. 27 und 28 des Urteils Schlüsselerlag J. S. Moser u. a./Kommission, zitiert in Randnr. 66). In diesem Fall ist es grundsätzlich Sache des Beschwerdeführers, die Berechtigung seiner Beschwerde darzutun, während es Aufgabe der Kommission ist, im Interesse einer ordnungsgemäßen Verwaltung eine sorgfältige und unparteiische Prüfung von Beschwerden vorzunehmen und die Argumente des Beschwerdeführers dafür, dass der Zusammenschluss in ihre ausschließliche Zuständigkeit fällt, unter Angabe von Gründen zu beantworten.

- 101 Aus alledem ergibt sich, dass die Kommission entgegen dem Vorbringen der Klägerin grundsätzlich nicht verpflichtet ist, den Nachweis dafür zu erbringen, dass sie für die Entscheidung über einen Unternehmenszusammenschluss, der nicht bei ihr angemeldet wurde, nicht zuständig ist, und darzutun, dass dieser keine gemeinschaftsweite Bedeutung hat. Dies gilt auch dann, wenn sie mit einer Beschwerde befasst worden ist.
- 102 Tatsächlich hat sich die Kommission entgegen der Behauptung der Klägerin nicht damit begnügt, festzustellen, dass diese nicht den Beweis für die gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses erbracht hat, sondern die Elemente, aus denen sich die Bedeutung des Zusammenschlusses ergibt, im Einzelnen untersucht, die Argumente der Klägerin entkräftet und abschließend die Auffassung vertreten, dass der Zusammenschluss keine gemeinschaftsweite Bedeutung habe.
- 103 Der Wortlaut der Entscheidung zeigt nämlich, dass die Kommission die Gründe genau erläutert hat, aus denen sie es nicht für angebracht hielt, den IAS/IFRS-Abschluss zu verwenden oder die vorgeschlagenen Anpassungen vorzunehmen.

- 104 Sie bemerkte erstens in Randnummer 20 der Entscheidung zu der behaupteten Notwendigkeit, den IAS/IFRS-Abschluss zu verwenden, dass nach Artikel 1 der Verordnung und nach der Mitteilung der allgemeine Grundsatz gelte, dass der Umsatz auf der Grundlage der vorschriftsmäßig geprüften Abschlüsse berechnet werden müsse und dass sie nur unter außergewöhnlichen Umständen von diesem Prinzip abweichen könne. Da Endesa auf der Grundlage der Umsatzzahlen laut ihren vorschriftsmäßig geprüften Abschlüssen von 2004 unstreitig mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in Spanien erzielt habe, sei es ferner Sache Endesas, hinreichende Angaben vorzulegen, aus denen sich die Existenz außergewöhnlicher Umstände ergebe, die die Bezugnahme auf andere Umsatzzahlen als diejenigen, die in ihren vorschriftsmäßig geprüften Abschlüssen ausgewiesen seien, rechtfertigten (Randnr. 21 der Entscheidung).
- 105 Zwar hat die Kommission in der Folge ausgeführt, dass Endesa keine hinreichenden Angaben dafür vorgelegt habe (Randnr. 23 der Entscheidung). Sie hat jedoch unter Widerlegung der Argumente der Klägerin erklärt, weshalb hier keine solchen außergewöhnlichen Umstände vorliegen und warum dem nach den allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätzen erstellten Rechnungsabschluss der Vorzug zu geben ist.
- 106 So hat die Kommission in ihrer Entscheidung erstens ausgeführt, Endesa sei gesetzlich verpflichtet gewesen, ihre offiziellen konsolidierten Jahresabschlüsse 2004 nach den allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätzen zu erstellen, und diese Anforderung habe mit den zu diesem Zeitpunkt geltenden Rechnungslegungsgrundsätzen der Gemeinschaft übereingestimmt. Im Übrigen sei Endesa erst seit dem 1. Januar 2005 verpflichtet, geprüfte konsolidierte Abschlüsse in Übereinstimmung mit den Rechnungslegungsnormen IAS/IFRS zu erstellen. Endesa sei nur zu dem Zweck, die neuen IFRS-Abschlüsse für 2005 mit denen des Vorjahres vergleichen zu können, gehalten gewesen, IAS/IFRS-Abschlüsse für 2004 zu erstellen. Dies erkläre auch, warum sie nicht gesetzlich verpflichtet gewesen sei, die IAS/IFRS-Abschlüsse für 2004 prüfen zu lassen. Darüber hinaus seien Letztere nicht endgültig und könnten noch Änderungen erfahren, da die Rechnungslegungsnormen IAS/IFRS, nach denen die Abschlüsse 2005 erstellt werden müssten, noch nicht in jeder Hinsicht feststünden.

- 107 Zweitens hat die Kommission in der Entscheidung ausgeführt, dass das Ziel, die Wirtschaftskraft von Unternehmen zu messen, von ihr weder verlange noch es ihr gestatte, in einem einzelnen Fall der Anwendung der Artikel 1 und 5 der Verordnung eine allgemeine Bewertung der Vorzüge verschiedener Rechnungslegungsmethoden vorzunehmen, die im Gemeinschaftsrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen seien, und dies insbesondere dann nicht, wenn nur ein nach einer einzigen solchen Norm geprüfter Abschluss vorliege und diese Norm diejenige gewesen sei, die zum entsprechenden Zeitpunkt sowohl vom einzelstaatlichen als auch vom Gemeinschaftsrecht vorgeschrieben gewesen sei. Dies wäre mit dem ebenso legitimen Ziel, einfache und objektive Bedingungen für die Feststellung der Zuständigkeit der Kommission in Zusammenschlussfällen anzuwenden, und mit dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit unvereinbar. Ihre Rolle beschränke sich auf die Prüfung bestimmter Anpassungen, die in Artikel 5 der Verordnung vorgeschrieben seien (Randnr. 25 der Entscheidung).
- 108 In der Entscheidung heißt es weiter, die Tatsache, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber angenommen habe, dass die IAS/IFRS, die im Rahmen der Verordnung Nr. 1606/2002 übernommen worden seien, zu einem exakten Bild der Finanzlage eines Unternehmens führen würden, impliziere nicht ipso facto die technische Überlegenheit dieser Standards. Denn ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild sei auch nach den Gemeinschaftsvorschriften über frühere nationale Rechnungslegungsstandards erforderlich gewesen (Randnr. 26 der Entscheidung).
- 109 Schließlich hat die Kommission in der Entscheidung dargelegt, sie sei nicht der Auffassung, dass die Bezugnahme auf die IAS/IFRS-Zahlen im vorliegenden Fall vorzuziehen sei, um die einheitliche Anwendung der Fusionskontrollbestimmungen zu gewährleisten. Die Verwendung von nicht geprüften IAS/IFRS-Zahlen in diesem Fall würde zu einer Ungleichbehandlung gegenüber allen anderen Fällen führen, in denen sie sich auf geprüfte Abschlüsse für das Geschäftsjahr 2004 gestützt habe, die auf der Grundlage der nationalen Rechnungslegungsstandards erstellt worden seien.
- 110 Aufgrund dieser Ausführungen ist festzustellen, dass die Kommission der Klägerin nicht die Beweislast dafür aufgebürdet hat, ob der Zusammenschluss gemeinschaftsweite oder nationale Bedeutung hatte. Sie hat vielmehr zum einen die

Bedeutung dieses Zusammenschlusses geprüft und die Gründe angegeben, aus denen es in der vorliegenden Sache angezeigt war, sich auf den nach den allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätzen erstellten Rechnungsabschluss zu stützen (analoge Anwendung der Randnr. 73 des Urteils EDP/Kommission, zitiert in Randnr. 93), und zum anderen darauf hingewiesen, dass die Klägerin nichts vorgetragen habe, was dieses Ergebnis in Frage stellen könnte.

- 111 Dasselbe gilt zweitens für die behauptete Notwendigkeit, eine Reihe von Anpassungen vorzunehmen. Zwar hat die Kommission sowohl in Bezug auf die „Durchlauf“-Anpassung als auch in Bezug auf die die Erdgastauschgeschäfte betreffende Anpassung in der Entscheidung (Randnrn. 32 und 38) erneut festgestellt, dass Endesa keine hinreichenden Angaben vorgelegt habe, um sie davon zu überzeugen, dass diese Anpassungen ihrer vorschriftsmäßig geprüften Abschlüsse gemäß Artikel 5 der Verordnung und der Mitteilung gerechtfertigt seien. Sie hat jedoch die Argumente der Klägerin widerlegt und angegeben, weshalb sie es nicht für angebracht hielt, die vorgeschlagenen Anpassungen vorzunehmen. Dadurch hat sie die Beweislast nicht umgekehrt.
- 112 So hat die Kommission erstens zu der „Durchlauf“-Anpassung (Randnrn. 30 bis 36 der Entscheidung) ausgeführt, dass die Mitteilung sich nicht auf den Begriff der „Weitergabe“ von (Teil-)Beträgen beziehe, die Unternehmen durch den Verkauf von Produkten und die Erbringung von Dienstleistungen erzielen. Zudem könnten die spanischen Stromvertriebsunternehmen nicht mit Unternehmen gleichgesetzt werden, die lediglich als Vermittler aufträten und deren Umsatz eventuell nur aus den von ihnen bezogenen Provisionen bestehe. Auch werde das Risiko, dass die Endkunden den (geregelten) Preis für den gelieferten Strom nicht beglichen, von den Vertriebsunternehmen und nicht von den Betreibern der Übertragungsnetze, den Stromerzeugern oder dem Pool getragen.
- 113 Zweitens hat die Kommission in der Entscheidung (Randnrn. 37 bis 40) zu der die Erdgastauschgeschäfte betreffenden Anpassung ausgeführt, solche Tauschgeschäfte sollten als Geschäfte betrachtet werden, bei denen Endesa die entsprechende Menge Gas verkaufe und erwerbe. Dies zeige sich auch darin, dass es getrennte Rechnungen

für diese Transaktionen gebe. Dass der Kauf- und der Verkaufspreis gleich seien, spiele insoweit keine Rolle, sondern bedeute lediglich, dass Endesa bei diesen Geschäften insgesamt keine Gewinne erziele.

- 114 Daraus ergibt sich, dass die Kommission auch hinsichtlich dieser Anpassungen die Beweislast nicht auf die Klägerin abgewälzt hat. Sie hat vielmehr die vorgeschlagenen Anpassungen geprüft und dargelegt, weshalb sie meinte, diese nicht vornehmen zu müssen.
- 115 Im Übrigen kann die Kommission nicht verpflichtet sein, sich in jedem Einzelfall von Amts wegen zu vergewissern, dass der ihr vorgelegte geprüfte Abschluss die Wirklichkeit genau widerspiegelt, und alle denkbaren Anpassungen zu prüfen. Nur wenn sie auf besondere Probleme aufmerksam gemacht wird, muss sie diesen nachgehen. Das hat sie im vorliegenden Fall getan.
- 116 Drittens und abschließend trägt die Klägerin vor, die Behauptung, die von ihr beigebrachten Informationen seien ungenügend, finde keine Stütze in den der Kommission übermittelten Unterlagen. Nach Abschluss eines Verfahrens, das fast zwei Monate gedauert habe, in dem sie so eng wie möglich mit der Kommission zusammengearbeitet habe und in dem diese alle benötigten zusätzlichen Informationen von ihr hätte anfordern können, könne man nicht behaupten, dass die beigebrachten Informationen ungenügend gewesen seien.
- 117 Hierzu ist zu bemerken, dass sich die Kommission jedoch in ihrer Entscheidung keineswegs auf die Behauptung beschränkt hat, dass die von Endesa beigebrachten Informationen ungenügend seien. Zudem ging es in der Diskussion in dem Verfahren vor der Kommission, wie diese vorgetragen hat, im Wesentlichen um rechtliche Fragen und um die Auslegung der anwendbaren Vorschriften. Aus den Gründen, die die Kommission in ihrer Entscheidung für die Ablehnung der

Berücksichtigung des IAS/IFRS-Abschlusses und der vorgeschlagenen Anpassungen angegeben hat, geht hervor, dass sie der Klägerin nicht vorgeworfen hat, ihr nicht die erforderlichen tatsächlichen Informationen gegeben zu haben, sondern vielmehr festgestellt hat, dass die Argumente der Klägerin nicht überzeugend gewesen seien.

- 118 Jedenfalls befand sich Endesa mit ihrem Vorbringen, ihr geprüfter Abschluss solle nicht verwendet werden und es sollten Anpassungen vorgenommen werden, die keiner gängigen Praxis entsprachen und in keiner anwendbaren Bestimmung vorgesehen waren, in der Situation eines Beschwerdeführers im Sinne des Urteils Schlüsselverlag J. S. Moser u. a./Kommission (zitiert in Randnr. 66). Dann aber hätte sie unter Berücksichtigung insbesondere des zwingenden Erfordernisses der Zügigkeit, das die Fusionskontrollverfahren kennzeichnet, ihr Vorbringen präzisieren und seine Stichhaltigkeit dartun müssen. Eine Umkehr der Beweislast kann sie umso weniger rügen, als sie ihre eigene Rechnungslegung in Frage stellen wollte und somit eine genaue Kenntnis aller entscheidungserheblichen Elemente besitzen musste.
- 119 Aus den vorangegangenen Erwägungen folgt, dass der zweite Klagegrund nicht durchgreift.

Zum dritten Klagegrund: Nichtverwendung des entsprechend den Rechnungslegungsstandards IAS/IFRS erstellten Abschlusses

- 120 Die Klägerin gliedert den Klagegrund in drei Teile: Nichtverwendung der Rechnungslegungsstandards IAS/IFRS als einzig gültiger Rechnungslegungsstandards, Vorrang der Rechnungslegungsstandards IAS/IFRS und schließlich Rechtsirrtümer und offensichtliche Beurteilungsfehler bei der Ablehnung des IAS/IFRS-Abschlusses.

Zum ersten Teil: Nichtverwendung der IAS/IFRS als einzig gültiger Rechnungslegungsstandards

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 121 Endesa führt aus, die Kommission sei nicht darauf eingegangen, dass am 5. September 2005, dem Tag der Bekanntgabe des Übernahmeangebots, die IAS/IFRS die einzig gültigen Rechnungslegungsstandards gewesen seien. Nachdem alle innerstaatlichen Rechnungslegungsnormen durch die IAS/IFRS ersetzt worden seien, hätten allein die gemäß den geltenden Rechnungslegungsstandards erstellten konsolidierten Abschlüsse für die Bestimmung der gemeinschaftsweiten Bedeutung des Unternehmenszusammenschlusses berücksichtigt werden dürfen.
- 122 Die gemeinschaftsweite Bedeutung eines Zusammenschlusses müsse zum Zeitpunkt der Entstehung der Anmeldepflicht bestimmt werden. Im vorliegenden Fall sei die Anmeldepflicht zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Übernahmeangebots entstanden. Nach Artikel 5 der Verordnung seien für die Berechnung des Umsatzes die Umsätze zusammenzuzählen, die die beteiligten Unternehmen im Rahmen ihres normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereichs im letzten Geschäftsjahr mit Waren und Dienstleistungen erzielt hätten. Das Abstellen auf die Tätigkeiten im letzten Geschäftsjahr sei nur eine förmliche Klausel, auf die der Gesetzgeber angesichts der Unmöglichkeit, bei der Anmeldung des Unternehmenszusammenschlusses den Umsatz im laufenden Geschäftsjahr zu berücksichtigen, zurückgegriffen habe. Der Umstand, dass aus praktischen Gründen auf das vorhergehende Geschäftsjahr Bezug genommen werden müsse, bedeute nicht, dass aufgehobene Rechtsvorschriften oder frühere Rechnungslegungsstandards angewandt werden müssten oder dürften.
- 123 Folglich sei bei der Ermittlung des Umsatzes zum Zweck der Bestimmung der gemeinschaftsweiten Bedeutung des Zusammenschlusses zwingend davon auszugehen, dass die einzig gültigen Rechnungslegungsstandards diejenigen gewesen seien, die zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Übernahmeangebots von Gas Natural

gegolten hätten. Da zu diesem Zeitpunkt ein abgestimmter Abschluss vorgelegen habe, der zudem öffentlich und endgültig gewesen sei, hätte die Kommission bei der Beurteilung der gemeinschaftsweiten Bedeutung des Zusammenschlusses ausschließlich diesen Abschluss verwenden müssen.

124 In der Entscheidung sei nicht berücksichtigt worden, dass die Ermittlung des Umsatzes auf europäischer Ebene nach ganz anderen Grundsätzen erfolge als in anderen Rechtsordnungen, wie z. B. derjenigen der Vereinigten Staaten. Auch dort werde die Zuständigkeit für Unternehmenszusammenschlüsse aufgrund der im vorhergehenden Geschäftsjahr erzielten Ergebnisse, jedoch ohne Berücksichtigung der nach Abschluss dieses Geschäftsjahres eingetretenen Ereignisse bestimmt. Der Gemeinschaftsgesetzgeber habe es dagegen vorgezogen, auf die tatsächliche Wirtschaftskraft der beteiligten Unternehmen zum Zeitpunkt der Anmeldung abzustellen.

125 Die Kommission, die von den Streithelfern unterstützt wird, macht geltend, mit dem Hinweis darauf, dass die neuen Rechnungslegungsbestimmungen im September 2005 in Kraft gewesen seien, solle nur verschleiert werden, dass der Rechnungsabschluss für 2004 obligatorisch entsprechend den allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätzen habe vorgenommen werden müssen.

— Würdigung durch das Gericht

126 Endesa führt aus, die Kommission habe nicht berücksichtigt, dass am Tag der Bekanntgabe des Übernahmeangebots die einzig gültigen Rechnungslegungsstandards die IAS/IFRS gewesen seien. Dies führe zur Nichtigkeit der Entscheidung.

127 Artikel 5 der Verordnung bestimmt: „Für die Berechnung des Gesamtumsatzes ... sind die Umsätze zusammenzuzählen, welche die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr mit Waren und Dienstleistungen erzielt haben und die dem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich der Unternehmen zuzuordnen sind ...“

- 128 Wie die Klägerin einräumt, nimmt die Verordnung aus praktischen Gründen notgedrungen auf das vorhergehende Geschäftsjahr Bezug. Der Grund dafür liegt darin, dass geprüfte Abschlüsse normalerweise nur für das letzte vollständige Geschäftsjahr vorliegen und die Abschlüsse für kürzer zurückliegende Zeiträume nicht die gleichen Garantien bieten wie geprüfte Abschlüsse.
- 129 Der Abschluss für das letzte Geschäftsjahr im Sinne des Artikels 5 der Verordnung ist hier unstrittig der Abschluss für das Geschäftsjahr 2004. Ferner verfügt ein Unternehmen, das verpflichtet ist, Jahresabschlüsse zu erstellen, die einer Prüfung unterliegen, nur über eine einzige Art von offiziellen Abschlüssen, nämlich die, die gemäß den geltenden Rechtsvorschriften erstellt und geprüft worden sind. Es kann nicht bestritten werden, dass der Jahresabschluss der Klägerin für das Geschäftsjahr 2004, der der Prüfungspflicht unterlag, zwingend gemäß den spanischen allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätzen erstellt werden musste. Auch hätte die Klägerin, wenn sie für 2004 einen gemäß den IFRS erstellten Abschluss vorgelegt hätte, nicht ihren gesetzlichen Verpflichtungen in Spanien genügt. Nach Artikel 4 der Verordnung Nr. 1606/2002 sind die IFRS erst vom Geschäftsjahr 2005 an zwingend anwendbar. Die „Abstimmung“ des Abschlusses für das Geschäftsjahr 2004 mit den den IFRS zugrunde liegenden Prinzipien wird in der Verordnung Nr. 707/2004 nur vorgesehen, um den Übergang zwischen den alten und den neuen Standards dadurch zu erleichtern, dass den Aktionären und den Investoren eine Referenz an die Hand gegeben wird, mit der sie den Abschluss für das Geschäftsjahr 2005 vergleichen können, der der erste nach den neuen Standards erstellte Abschluss ist. Außerdem bietet der „abgestimmte“ Abschluss für das Geschäftsjahr 2004, der nur zu Vergleichszwecken erstellt wurde, nicht die gleichen Garantien wie der offizielle nach den allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätzen erstellte und einer Prüfung unterliegende Abschluss. Das Vorbringen der Klägerin, dass die neue Rechnungslegungsregelung IFRS zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Übernahmeangebots am 5. September 2005 in Kraft gewesen sei, ist deshalb unerheblich.
- 130 Zudem würde die Argumentation der Klägerin dazu führen, dass jedes Mal, wenn die Rechnungslegungsregeln geändert werden, die geprüften offiziellen Abschlüsse außer Acht gelassen würden und eine erneute Erstellung dieser Abschlüsse gemäß den zum Zeitpunkt der Entstehung der Anmeldepflicht anwendbaren Grundsätzen verlangt würde. Dies wäre weder vernünftig noch umsichtig, da diese neuen nicht geprüften Abschlüsse nicht dieselben Garantien bieten wie die einer Prüfung unterliegenden offiziellen Abschlüsse.

131 Die Klägerin hat auch mit ihrem Vorbringen Unrecht, dass die Kommission bereits aufgehobene Rechtsvorschriften angewandt habe. In Wirklichkeit wendet die Kommission keinen Rechnungslegungsstandard an, sondern nimmt, wie die Verordnung es von ihr verlangt, auf den Abschluss der Unternehmen für das letzte Geschäftsjahr Bezug, bei dem es sich um eine tatsächliche Gegebenheit handelt, die in der Vergangenheit liegt und nach den auf sie anwendbaren Vorschriften beurteilt werden muss. Da der Abschluss der Klägerin für das Geschäftsjahr 2004, wie bereits festgestellt, nach den allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätzen erstellt werden musste, kann sie nicht geltend machen, dass die Kommission den zeitlichen Geltungsbereich der in Rede stehenden Vorschriften verkannt habe. Da die Verordnung Nr. 1606/2002 die IFRS erst vom Abschluss für das Geschäftsjahr 2005 an zwingend vorschreibt, würde dieser vielmehr aufgrund der Ansicht der Klägerin durch die Anwendung auf den Abschluss für das Geschäftsjahr 2004 Rückwirkung verliehen. Im Übrigen lässt weder die Verordnung Nr. 1606/2002 noch die Verordnung Nr. 707/2004 die Annahme zu, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber beabsichtigt hat, die gemäß den geltenden nationalen Rechnungslegungsstandards erstellten offiziellen Abschlüsse zurückzuweisen und allgemein oder bei der Anwendung der Fusionskontrollverordnung durch lediglich zu Vergleichszwecken aufgestellte mit den IFRS abgestimmte Abschlüsse für das Geschäftsjahr 2004 zu ersetzen.

132 Schließlich ist zu dem Vorbringen, in der Entscheidung sei nicht berücksichtigt worden, dass die Ermittlung des Umsatzes auf europäischer Ebene nach anderen Grundsätzen erfolge als in anderen Rechtsordnungen, zunächst zu bemerken, dass die amerikanische Regelung nur die Notwendigkeit bestätigt, schnell und auf vorhersehbare Art und Weise zu bestimmen, ob ein Zusammenschluss angemeldet werden muss und gegebenenfalls bei welcher Behörde. Zwar ermöglicht es die Gemeinschaftsregelung anders als die der Vereinigten Staaten, nach Abschluss für das letzte Geschäftsjahr im Leben des Unternehmens eingetretene Ereignisse, wie z. B. den Verkauf oder den Erwerb von Unternehmen im laufenden Geschäftsjahr, zu berücksichtigen. Damit soll aber, wie sich aus der Mitteilung ergibt, prinzipiell Änderungen der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens Rechnung getragen, nicht dagegen die Behandlung einer unverändert gebliebenen wirtschaftlichen Situation auf der Ebene der Rechnungslegung grundlegend verändert werden. Es würde den vom Gemeinschaftsgesetzgeber verfolgten Zielen der Rechtssicherheit und der zügigen Behandlung zuwiderlaufen, wollte man die Anwendbarkeit der Fusionskontrollverordnung von einer vollständigen Neuüberprüfung der Rechnungslegung der beteiligten Unternehmen durch die Kommission abhängig machen.

133 Deshalb ist der erste Teil des dritten Klagegrundes zurückzuweisen.

Zum zweiten Teil: Vorrang der Rechnungslegungsstandards IAS/IFRS

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- ¹³⁴ Endesa macht geltend, die Kommission hätte zumindest dartun müssen, welche Rechnungslegungsstandards — die IAS/IFRS oder die allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätze — die denkbar genaueste Bestimmung des tatsächlichen Umsatzes für das Geschäftsjahr 2004 ermöglichten. Dazu hätte sie lediglich die Merkmale der verschiedenen Rechnungslegungsstandards und der beiden ihr vorliegenden Rechnungsabschlüsse zu prüfen brauchen, die beide gültig, rechtmäßig und endgültig gewesen seien.
- ¹³⁵ Wäre diese Prüfung vorgenommen worden, so wäre zwangsläufig dem IAS/IFRS-Abschluss der Vorzug gegeben worden, da dieser vorrangig auf den Inhalt und nicht auf die Form abstelle, ganz im Gegensatz zu den in die allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätze aufgenommenen Standards, für die genau das Gegenteil gelte: Danach würden bestimmte Transaktionen ohne wirkliche wirtschaftliche Substanz aufgrund rein formaler Gegebenheiten in den Abschluss aufgenommen.
- ¹³⁶ In der Begründung der Entscheidung (Randnr. 20) werde davon ausgegangen, dass der Umsatz dem allgemeinen Grundsatz zufolge auf der Grundlage des geprüften Abschlusses des Unternehmens berechnet werden müsse und dass die Kommission von diesem Grundsatz nur unter außergewöhnlichen Umständen abweichen dürfe. Diese Erwägung sei offensichtlich falsch. Sie scheine nicht nur nahezulegen, dass sich die Verpflichtung der Kommission, die gemeinschaftsweite Bedeutung korrekt festzustellen, auf eine bloße Prüfung der geprüften Abschlüsse der beteiligten Unternehmen beschränke, sondern beruhe vielmehr auf einer bewusst unvollständigen Auslegung der Praktiken der Kommission selbst sowie der Mitteilung, da den geprüften Abschlüssen dieselbe Bedeutung beigemessen werde wie anderen endgültigen Abschlüssen. Die Kommission nehme in ihrer Entscheidung auf die

Randnummer 26 der Mitteilung Bezug, übersehe jedoch in ihrer Begründung, dass dort auf geprüfte Abschlüsse, aber auch auf „andere endgültige Abschlüsse“ verwiesen werde, wobei davon ausgegangen werde, dass nicht endgültige Abschlüsse nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände verwendet werden dürften.

- 137 Endesa führt aus, die Entscheidung stelle einen inakzeptablen Verstoß der Kommission gegen ihre gemeinschaftsrechtlichen Pflichten dar, wonach sie gehalten sei, ihre ausschließlichen Zuständigkeiten auszuüben, ohne sich hinter Vermutungen über die vermeintliche Vereinbarkeit der geprüften Abschlüsse zu verschanzen. Diese Vermutung, die eine Ad-hoc-Erfindung der Kommission sei, finde keine Stütze in irgendeiner Bestimmung der Verordnung, die es nicht nur vermeide, darauf abzustellen, ob die Abschlüsse vorschriftsmäßig geprüft seien oder nicht, sondern darüber hinaus eine genaue und unbedingte Verpflichtung der Kommission enthalte, in jedem Einzelfall den tatsächlichen Umsatz der betroffenen Unternehmen zu bestimmen. Von geprüften Abschlüssen sei erst in der Mitteilung der Kommission die Rede, die keinesfalls den Inhalt oder den Geltungsbereich der Verordnung ändern könne. Der geringste Konflikt zwischen beiden unterliege dem Grundsatz der Hierarchie der Normen (Urteile des Gerichtshofes vom 28. Januar 1992, Soba, C-266/90, Slg. 1992, I-287, und vom 16. Juni 1994, Peugeot/Kommission, C-322/93 P, Slg. 1994, I-2727, sowie Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 1996, AIUFFASS und AKT/Kommission, T-380/94, Slg. 1996, II-2169). Im vorliegenden Fall nehme die Mitteilung jedoch eine Gleichstellung der geprüften Abschlüsse mit anderen endgültigen Abschlüssen vor, d. h. mit solchen, die sich auf ein vollständiges und abgeschlossenes Steuerjahr bezögen.
- 138 Die Haltung der Kommission in dieser Frage stehe im Widerspruch zu ihrer eigenen Praxis. So habe sie in einer vorhergehenden Sache (M.705 Deutsche Telekom/SAP) der Verwendung des neuesten nicht geprüften Abschlusses zugestimmt, da dieser große Unterschiede zu den geprüften Abschlüssen aufgewiesen habe und der einzige Abschluss gewesen sei, der die gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses belegt habe. Die Kommission habe auch in der Sache M.2340 EDP/Cajastur/Caser/Hidroelectrica del Cantabrico die Verwendung eines nicht geprüften Abschlusses akzeptiert.
- 139 Endesa führt aus, der Kommission sei ein weiterer Irrtum unterlaufen, als sie gemeint habe, dass der konsolidierte IAS/IFRS-Abschluss, der dem Markt fünf Monate vor der Bekanntgabe des Übernahmeangebots zur Kenntnis gebracht

worden sei, kein endgültiger Abschluss sei. Die Kommission habe weder berücksichtigt, dass es sich bei dem IAS/IFRS-Abschluss um eine Annäherung des geprüften Abschlusses für 2004 an die neuen Rechnungslegungsstandards gehandelt habe, noch dem Umstand Rechnung getragen, dass alle börsennotierten Unternehmen der Nationalen Kommission für den Wertpapiermarkt (Comisión Nacional del Mercado de Valores, im Folgenden: CNMV) ihre konsolidierten Abschlüsse für 2004, die an die IAS/IFRS angenähert worden seien (im Folgenden: abgestimmte Abschlüsse) sowie alle periodischen Informationen für das Geschäftsjahr 2004 vorgelegt hätten, und auch außer Acht gelassen, dass die letzteren Abschlüsse vom Markt als Referenz angesehen würden.

140 Die Kommission habe auf diese Weise nicht nur die Zuständigkeitsregeln verletzt, indem sie eine in der Verordnung nicht enthaltene Vermutung zugunsten der geprüften Abschlüsse eingeführt habe, sondern ihr sei auch ein offensichtlicher Beurteilungsfehler dadurch unterlaufen, dass sie den IAS/IFRS-Abschluss als nicht endgültig angesehen habe. Außerdem sei die Begründung insoweit widersprüchlich, da die Kommission zum einen angebe, dass der IAS/IFRS-Abschluss nicht berücksichtigt werde, weil er nicht vorschriftsgemäß geprüft sei (wobei sie den Hinweis auf „andere endgültige Abschlüsse“ in Randnummer 26 der Mitteilung übersehen habe), und zum anderen ausführe, der Grund für die Zurückweisung des Abschlusses bestehe darin, dass er nicht endgültig sei. Die Entscheidung müsse deshalb für nichtig erklärt werden, und zwar aufgrund dieser Fehler und weil ihr nicht zu entnehmen sei, welches der konsolidierte Abschluss für 2004 sei, der die Anforderungen des Artikels 5 der Verordnung am ehesten erfülle.

141 Die Kommission, die von den Streithelfern unterstützt wird, macht geltend, die Klägerin gehe von der falschen Prämisse aus, dass die allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätze und der IAS/IFRS-Abschluss für 2004 denselben Status hätten, und fügt hinzu, der von der Klägerin vorgelegte, nach den IAS/IFRS aufgestellte Abschluss für 2004 könne nicht als endgültig angesehen werden.

— Würdigung durch das Gericht

142 Was zunächst die Behauptung angeht, der abgestimmte Abschluss der Klägerin sei angemessener, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Kommission in den Randnummern 19 bis 27 der Entscheidung dargelegt hat, aus welchen Gründen der

Umsatz der Klägerin nicht auf der Grundlage des abgestimmten Abschlusses, sondern auf der Grundlage des offiziellen, gemäß den allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätzen erstellten Abschlusses bestimmt werden müsse. Wie oben festgestellt worden ist, hat sie insoweit zu Recht darauf hingewiesen, dass Endesa gesetzlich verpflichtet war, ihre offiziellen konsolidierten Jahresabschlüsse für 2004 nach den allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätzen zu erstellen, dass diese Anforderung mit den zu diesem Zeitpunkt geltenden Rechnungslegungsgrundsätzen der Gemeinschaft übereinstimmte und dass die abgestimmten Abschlüsse lediglich zu Vergleichszwecken erstellt werden mussten.

- 143 Des Weiteren greift, wie in den Randnummern 25 und 26 der Entscheidung dargelegt wird, das Vorbringen der Klägerin nicht durch, dass die IFRS-Bilanzierungsgrundsätze die Wirtschaftskraft der Unternehmen besser widerspiegeln.
- 144 Zum einen verpflichtet der Zweck, die Wirtschaftskraft der Unternehmen zu messen, die Kommission nicht, in einem Einzelfall der Anwendung der Artikel 1 und 5 der Verordnung eine allgemeine Beurteilung der Vorteile der verschiedenen im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Rechnungslegungsmethoden vorzunehmen, und dies insbesondere dann nicht, wenn ein nach einer einzigen solchen Norm geprüfter Abschluss vorliegt und diese Norm genau diejenige ist, die sowohl im innerstaatlichen Recht als auch im seinerzeit anwendbaren Gemeinschaftsrecht vorgeschrieben war.
- 145 Zum anderen ist die Behauptung der Klägerin, die IFRS-Standards spiegeln die wirtschaftliche Wirklichkeit besser wider, da sie im Gegensatz zu den in den allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätzen enthaltenen Standards eher auf den Inhalt als auf die Form abstellten, keineswegs bewiesen. Wie in Randnummer 26 der Entscheidung dargelegt wird, impliziert der Umstand, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber angenommen hat, dass die durch die Verordnung Nr. 1606/2002 übernommenen internationalen Rechnungslegungsstandards zu einem genaueren Bild der finanziellen Lage der Unternehmen führen würden, nicht ipso facto die technische Überlegenheit dieser Standards für die Anwendung des Artikels 5 der Verordnung gegenüber den Rechnungslegungsstandards, die nach dem Recht der Mitgliedstaaten bis zum 1. Januar 2005 galten. Die aufgrund des Artikels 95 Absatz 1 EG erlassene Verordnung Nr. 1606/2002 ist eine Harmonisierungsmaßnahme und enthält kein Werturteil über die verschiedenen nationalen Vorschriften. Außerdem

bestimmen, wie Gas Natural ausgeführt hat, viele spanische Rechnungslegungsvorschriften zur Durchführung der allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätze, dass der Inhalt immer der Form vorgehen muss, und der Kontenplan legt Nachdruck auf den Gedanken eines „getreuen Abbildes“, der sich aus einem „Mechanismus, der es erlaubt, die wirtschaftliche Wirklichkeit der vorgenommenen Transaktionen auszudrücken“, unmittelbar ergibt.

- 146 Was zweitens das Vorbringen der Klägerin betrifft, ihr abgestimmter Abschluss sei als ein „anderer gültiger Abschluss“ im Sinne der Randnummer 26 der Mitteilung anzusehen, ist darauf hinzuweisen, dass nach der Mitteilung der Umsatz der betroffenen Unternehmen auf der Grundlage von zuverlässigen, objektiven und klar erkennbaren Zahlen berechnet werden muss. Zwar heißt es in Randnummer 26 der Mitteilung: „Im Allgemeinen wird die Kommission geprüfte oder andere endgültige Abschlüsse heranziehen ... Von außergewöhnlichen Umständen ... abgesehen ist [sie] in keinem Fall bereit, sich auf von der Geschäftsleitung erstellte oder sonstige vorläufige Abschlüsse zu stützen.“ Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Mitteilung geprüfte Abschlüsse und „andere endgültige Abschlüsse“ gleichstellt. Randnummer 26 der Mitteilung kann nicht dahin ausgelegt werden, dass sie verschiedene Möglichkeiten aufzeigt, unter denen frei gewählt werden kann; sie will vielmehr besondere Fälle erfassen, in denen kein geprüfter Abschluss für das letzte Geschäftsjahr vorhanden ist. In Randnummer 27 der Mitteilung ist im Übrigen nur von geprüften Abschlüssen für das letzte Geschäftsjahr, nicht dagegen von „anderen endgültigen Abschlüssen“ die Rede. In der vorliegenden Rechtssache ist jedoch unstreitig ein geprüfter Abschluss für das Geschäftsjahr 2004 vorhanden, so dass kein Anlass besteht, andere endgültige Abschlüsse zu berücksichtigen.
- 147 Jedenfalls ist festzustellen, dass es der Klägerin nicht gelungen ist, darzutun, dass es sich bei dem abgestimmten Abschluss, den sie der Kommission vorgelegt hat, um einen endgültigen Abschluss handelt.
- 148 Insoweit genügt der Hinweis auf den Wortlaut der Erläuterungen von Endesa, die ihrem am 5. April 2005 der CNMV übermittelten abgestimmten Abschluss beigefügt waren. In dem Teil „Allgemeine Überlegungen“ führt Endesa aus: „Die Bilanzen und konsolidierten Erfolgskonten für das Geschäftsjahr 2004, die gemäß den Evaluations- und Klassifizierungskriterien der IAS/IFRS erstellt wurden, stellen

einen Pro-forma-Abschluss dar, der lediglich zum Vergleich mit dem für das Geschäftsjahr 2005 dienen soll, das erste Geschäftsjahr, für das die Abschlüsse nach den IFRS erstellt werden“ (S. 3, Punkt 1). Endesa weist außerdem darauf hin, dass für die erstmalige Anwendung der IAS/IFRS mehrere Ausnahmen bestünden (S. 13). Schließlich erklärt Endesa in dem Rechtsgutachten II (S. 34), dass der International Accounting Standards Board (IASB) neue Standards veröffentlichen könnte, die ab 1. Januar 2005 anwendbar wären, dass es noch keine für die Überwachung der korrekten Anwendung der Standards zuständige Behörde gebe, die insoweit angerufen werden könnte, dass auch die sich daraus ergebenden Änderungen und die Entwicklung der Praxis in diesem Bereich die Art und Weise beeinflussen könnten, wie sie die Standards auslege, und dass folglich die schon vor ihrer Veröffentlichung zu Vergleichszwecken (im Jahr 2006) im Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2005 enthaltenen Informationen noch Änderungen unterliegen könnten.

149 Aus diesen Gründen kann der von Endesa vorgelegte abgestimmte Abschluss nicht als „endgültiger“ Abschluss im Sinne der Mitteilung angesehen werden.

150 Zu den beiden Fällen, in denen die Kommission nach dem Vorbringen der Klägerin die Verwendung der letzten nicht geprüften Abschlüsse akzeptiert haben soll, genügt es, darauf hinzuweisen, dass der Unternehmenszusammenschluss in beiden Fällen zu Anfang des Jahres angemeldet worden war (der erste im Februar 1996 und der zweite im Februar 2001) und dass die fraglichen Unternehmen noch keine geprüften Abschlüsse für das vorhergehende Geschäftsjahr besaßen. Folglich war zu entscheiden, ob die geprüften Abschlüsse für ein vorhergehendes Geschäftsjahr (1994 und 1999) oder aber die allerdings noch nicht geprüften Abschlüsse für das letzte, bereits beendete Geschäftsjahr verwendet werden sollten. Im Übrigen hätten in beiden Fällen die älteren Abschlüsse bedeutende Änderungen der wirtschaftlichen Tätigkeit der Unternehmen, die im letzten Geschäftsjahr eingetreten waren, nicht widerspiegelt, und ihre Verwendung hätte gegen Artikel 5 der Verordnung verstoßen. Somit unterscheidet sich der Sachverhalt in diesen beiden Fällen wesentlich von dem der vorliegenden Rechtssache.

- 151 Nach dem Vorstehenden kann der von Endesa vorgelegte IAS/IFRS- Abschluss nicht als endgültig angesehen werden, so dass das Vorbringen, die Kommission hätte ihm den Vorzug geben müssen, in keinem Fall durchgreifen kann.
- 152 Aus den dargelegten Erwägungen folgt, dass der zweite Teil des dritten Klagegrundes zurückzuweisen ist.

Zum dritten Teil: Rechtsirrtümer und offensichtliche Beurteilungsfehler bei der Ablehnung des abgestimmten Abschlusses

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 153 Endesa trägt erstens vor, die Gründe, aus denen die Kommission ihre Argumente dafür, dass es angebracht sei, den abgestimmten Abschluss zu verwenden, zurückgewiesen habe, seien offensichtlich fehlerhaft. Zweitens lägen hier außergewöhnliche Umstände vor, die die Verwendung des abgestimmten Abschlusses auf jeden Fall gerechtfertigt hätten. Drittens sei die Begründung der Entscheidung offensichtlich falsch, soweit sie sich auf die angebliche Unvereinbarkeit der Verwendung des abgestimmten Abschlusses mit dem Ziel der Einfachheit, dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit und dem Erfordernis einer einheitlichen Anwendung der Verordnung beziehe.
- 154 Zunächst einmal sei die in Randnummer 24 der Entscheidung enthaltene Überlegung unvollständig, denn die Kommission berücksichtige nicht, dass der Zeitpunkt des Übergangs zu den IAS/IFRS gemäß den durch die Verordnung Nr. 707/2004 erlassenen IFRS-1-Rechnungslegungsnormen der 1. Januar 2004 sei. Insbesondere habe der Gemeinschaftsgesetzgeber die börsennotierten Unternehmen verpflichtet, zumindest für das Jahr 2004 konsolidierte bgestimmte Abschlüsse

zu erstellen. In Spanien habe die CNMV das Enddatum für die Vorlage der abgestimmten Abschlüsse für das Geschäftsjahr 2004 auf den 31. August 2005 festgelegt. Endesa sei dem am 5. April 2005 nachgekommen. Folglich ermögliche die kohärente und vollständige Auslegung der Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers im Gegensatz zu dem bruchstückhaften Verständnis der Kommission den Schluss, dass das Geschäftsjahr 2004 eine Übergangszeit gewesen sei, in der aufgrund einer gesetzlichen Anforderung zwei Rechnungslegungsstandards nebeneinander bestanden hätten.

155 Ferner führe die Kommission, ebenfalls in Randnummer 24 der Entscheidung, aus, dass die IAS/IFRS-Abschlüsse für 2004 noch Änderungen erfahren könnten und nur zu Vergleichszwecken erstellt worden seien; dies erkläre auch, warum Endesa nicht gesetzlich verpflichtet gewesen sei, diese Abschlüsse prüfen zu lassen. Der Kommission schein jedoch nicht bekannt zu sein, dass alle Abschlüsse eines Unternehmens Vergleichszwecken dienten und dass die IAS/IFRS-Abschlüsse für das Geschäftsjahr 2004 aufgrund einer gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung erstellt worden seien. Das Fehlen einer Verpflichtung zur Prüfung dieser Abschlüsse hänge mit den Besonderheiten einer Übergangszeit zusammen. Es wäre nämlich absurd, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber oder der nationale Gesetzgeber den Kosten des Übergangs von einer Rechnungslegungsmethode zu einer anderen noch die Kosten für eine doppelte Prüfung im selben Geschäftsjahr hinzufügen würde, stelle doch der IAS/IFRS-Abschluss für 2004 eine Annäherung an den geprüften Abschluss für dasselbe Geschäftsjahr dar und sei diesem hinsichtlich der Rechnungslegung und rechtlich gleichwertig.

156 Das Vorbringen, die Rechnungslegungsnormen IAS/IFRS könnten bis zum Ende des Geschäftsjahres 2005 noch Änderungen erfahren, so dass sie der Entscheidung zufolge nicht als endgültig angesehen werden könnten, beruhe auf einer Unkenntnis der vom Gemeinschaftsgesetzgeber aufgestellten Rechnungslegungsstandards und der Durchführungsverordnungen, die die Kommission selbst in den letzten Monaten erlassen habe. Zum einen sei das neue Rechnungslegungssystem vom 1. Januar 2005 an anwendbar, und der Umstand, dass die Kommission bestimmte Rechnungslegungsregeln des neuen Systems zeitlich erst nach der Bekanntgabe des öffentlichen Übernahmeangebots erlassen habe, habe keinen Einfluss auf die Endgültigkeit des Abschlusses, da der abgestimmte Abschluss von Endesa auf der Grundlage von sicheren und endgültigen Daten unter Anwendung der bis dahin bei der Durchführung der IAS/IFRS-Normen beachteten Rechnungslegungsregeln erstellt worden sei. Die Auffassung, dass dieser Abschluss nicht endgültig sei, weil

später in dem neuen rechtlichen Rahmen weitere Vorschriften erlassen worden seien, sei ebenso absurd wie die Behauptung, dass es niemals endgültige Abschlüsse geben könne, denn die Anpassung und die Entwicklung eines Rechnungslegungssystems sei ein fortlaufender Prozess.

- 157 Zum anderen hätten die kürzlich mit Rückwirkung erlassenen Vorschriften keinerlei Auswirkungen auf den Abschluss von Endesa, da sie nicht den Elektrizitäts-, sondern den Finanz- und Versicherungssektor betreffen. Auch hätten die Änderungen des IAS 39 keinen Einfluss auf die Bestimmung des Umsatzes, da sie nur die Behandlung von Finanzierungsinstrumenten auf der Ebene der Rechnungslegung betreffen. Ferner habe es seit dem Zeitpunkt, zu dem Gas Natural ihr Angebot für die Übernahme von Endesa bekannt gegeben habe, keine Änderung der IAS/IFRS-Normen gegeben, die die buchmäßige Erfassung der Einnahmen in den Geschäftsjahren 2004 und 2005 hätte beeinflussen können, und eine solche Änderung könne auch nicht mehr erfolgen.
- 158 Folglich stütze keines der Argumente der Kommission die Auffassung, dass der konsolidierte Jahresabschluss 2004 gemäß den IAS/IFRS-Normen kein endgültiger Abschluss sei. Die Verwendung des IAS/IFRS-Abschlusses für 2004 bis zum Ende des Geschäftsjahres 2005 hinauszuschieben, würde eindeutig der Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers widersprechen, der die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechnungslegungsstandards ab dem 1. Januar 2005 und nicht ab dem 1. Januar 2006 vorgeschrieben habe. Somit würden alle Rechnungslegungsinformationen, die die börsennotierten Unternehmen dem Markt im Jahr 2005 bekannt geben müssten, unabhängig davon, ob sie sich auf das Geschäftsjahr 2005 oder 2004 bezögen, ausschließlich gemäß den IAS/IFRS mitgeteilt.
- 159 Selbst wenn Änderungen vorgenommen würden, da die Vervollkommnung eines Rechnungslegungssystems ein fortlaufender Prozess sei, ändere dies nichts daran, dass „das Ziel der Kommission“, wie diese mehrfach eingeräumt habe, „gemäß der Verordnung Nr. 1606/2002 darin [besteht], eine ‚stabile Plattform‘ internationaler Rechnungslegungsstandards zu schaffen, die ab dem 1. Januar 2005 in Kraft sind“ (vierte Begründungserwägung der Verordnung [EG] Nr. 2086/2004 der Kommission vom 19. November 2004 zur Änderung der Verordnung Nr. 1725/2003 [ABl. L 363, S. 1] und zweite Begründungserwägung der Verordnung Nr. 2238/2004 der Kommission vom 29. Dezember 2004 zur Änderung der Verordnung Nr. 1725/2003 [ABl. L 394, S. 1]).

- 160 Zu Randnummer 25 der Entscheidung trägt Endesa vor, die Kommission erkläre nicht, weshalb sie nicht in der Lage sei, die verschiedenen verfügbaren Rechnungslegungsmethoden zu beurteilen. Diese Haltung der Kommission stehe eindeutig im Widerspruch zu Randnummer 60 der Mitteilung, wo sie selbst ausführe, dass es möglich sei, „unterschiedliche Rechnungslegungsregeln in Betracht zu ziehen ...“, vor allem die Regeln für die Erstellung konsolidierter Abschlüsse, die innerhalb der Gemeinschaft zwar in gewissem Maße harmonisiert, aber nicht identisch sind“, und dass „diese Erwägung für alle Formen der der Fusionskontrollverordnung unterliegenden Unternehmen gilt ...“. Auch wenn sich diese Randnummer der Mitteilung hauptsächlich auf Holdinggesellschaften beziehe, zeige sie gleichwohl, dass die Möglichkeit, verschiedene Rechnungslegungsstandards anzuwenden, für alle Unternehmen gelte, egal zu welchem Sektor sie gehörten.
- 161 Endesa widerspricht der ebenfalls in Randnummer 25 der Entscheidung enthaltenen Behauptung: „Wie in der Mitteilung über die Berechnung des Umsatzes näher beschrieben, beschränkt sich die Rolle der Kommission auf die Prüfung spezifischer Anpassungen, die in Artikel 5 der [Verordnung] vorgeschrieben sind.“ Sie vertritt im Gegenteil den Standpunkt, dass die in Artikel 5 der Verordnung aufgestellte Verpflichtung im Interesse der Bestimmung des tatsächlichen Umsatzes der beteiligten Unternehmen die Prüfung umfasse, inwieweit deren Rechnungsabschlüsse der Wirklichkeit entsprächen.
- 162 Auch diese in der Entscheidung enthaltene Behauptung stehe in offensichtlichem Widerspruch zu der Mitteilung, wo es in Randnummer 26 heiße: „Die Kommission ist bestrebt, sich auf die genauesten und zuverlässigsten Zahlen zu stützen, die verfügbar sind.“ Im vorliegenden Fall hätten aufgrund der von den Gemeinschaftsorganen vorgenommenen Harmonisierung zwei konsolidierte Rechnungsabschlüsse für das Geschäftsjahr 2004 vorgelegen, und es habe bestimmt werden müssen, welcher von beiden der genauere und zuverlässigere gewesen sei. Angesichts der Berichte der firmenunabhängigen Buchprüfer, die die Kommission in der Entscheidung nicht ein einziges Mal erwähne, sei klar, dass die nach den spanischen Rechnungslegungsstandards erstellten konsolidierten Abschlüsse die Betriebseinnahmen eines im Elektrizitätssektor tätigen Unternehmens auf erhebliche Weise verzerrt wiedergäben.

- 163 Zur technischen Überlegenheit der Rechnungslegungsstandards der Gemeinschaft gegenüber den nationalen Rechnungslegungsstandards, an der die Kommission in Randnummer 26 der Entscheidung Zweifel äußere, bemerkt Endesa, dass die Kommission in den vorbereitenden Arbeiten zu der Verordnung Nr. 1606/2002 ausdrücklich auf die Notwendigkeit hingewiesen habe, die Finanzinformationen zu verbessern, zu harmonisieren und zuverlässiger zu machen, indem über die Vorschriften der Vierten Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g des Vertrages über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (ABl. L 222, S. 11) hinausgegangen werde. Hätte diese Richtlinie die Erteilung so klarer und zuverlässiger Auskünfte sichergestellt wie die, die nach dem neuen Rechnungslegungssystem vorgeschrieben seien, wäre die Einführung dieses Systems überflüssig gewesen. In diesem Zusammenhang habe die Kommission die Gutachten der von Endesa unabhängigen Buchprüfer nicht berücksichtigt, in denen die Unterschiede zwischen den Ergebnissen in den nach den verschiedenen Rechnungslegungsstandards erstellten Rechnungsabschlüssen genau erklärt würden.
- 164 Endesa fügt hinzu, die Begründung der Entscheidung, wonach sowohl die Rechnungslegungsstandards der Gemeinschaft als auch die früheren Standards bezweckten, die wirtschaftliche Lage der Unternehmen genau widerzuspiegeln, setze sich über die konkreten Unterschiede zwischen einer teilweisen Harmonisierung und einer vollständigen Harmonisierung der Rechnungslegungsstandards, über die grundlegenden Prinzipien des Gemeinschaftsrechts und über die elementarste Logik hinweg. Die Kommission habe selbst festgestellt, dass die früheren Rechnungslegungsrichtlinien „den Anforderungen solcher Unternehmen nicht gerecht [werden], die auf europäischen oder internationalen Wertpapiermärkten Kapital aufnehmen wollen“ (siehe Punkt 9 der Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 13. Juni 2000, KOM[2000] 359 endg.). Außerdem habe sie eingeräumt: „Die IAS stellen ein umfassendes und begrifflich solides Regelwerk für die Rechnungslegung dar, das den Anforderungen der internationalen Geschäftswelt entsprechen dürfte.“
- 165 Endesa ist der Meinung, dass die Kommission sich auch darin irre, dass sie die Verwendung nicht geprüfter Abschlüsse nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände für möglich halte. Für diese Auslegung gebe es weder einen ausdrücklichen noch einen stillschweigenden Hinweis in der Verordnung, die die einzige zwingend anwendbare Regelung sei, und sie entspreche auch nicht dem Inhalt von

Randnummer 26 der Mitteilung, wonach der Nachweis des Vorliegens außergewöhnlicher Umstände nur dann erforderlich sei, wenn man von der Geschäftsleitung erstellte oder nicht endgültige Abschlüsse verwenden wolle.

166 Sollte das Gericht gleichwohl der Auffassung der Kommission folgen, so sei davon auszugehen, dass hier tatsächlich außergewöhnliche Umstände vorlägen. Zum einen sei die Frage, ob eher ein Rechnungslegungsstandard als ein anderer verwendet werden solle, schon als solche außergewöhnlich. Zum anderen führe die Benutzung verschiedener Rechnungslegungssysteme zu einem Unterschied von 4 400 Millionen Euro bei den Einnahmen von Endesa, was ein seltener, nur auf wenigen Märkten anzutreffender Umstand sei, so dass die Änderung des Rechnungslegungssystems als solche einen Faktor bilde, der außergewöhnlich und für den spanischen Elektrizitätsmarkt, auf dem das Bestehen eines obligatorischen Pools die Transaktionen finanziell gesehen künstlich verdoppele, wenn nicht entsprechend dem neuen Rechnungslegungssystem der Ausgleich der Posten vorgenommen werde, von großer Bedeutung sei.

167 Endesa wendet sich im Übrigen gegen die Begründung in Randnummer 25 der Entscheidung, wonach die Verwendung der IAS/IFRS-Abschlüsse mit dem „ebenso legitimen Ziel, einfache und objektive Bedingungen für die Feststellung der Zuständigkeit der Kommission in Zusammenschlussfällen anzuwenden, und mit dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit“ unvereinbar gewesen wäre.

168 Zu der Frage der Objektivität führt Endesa aus, die Kommission erkläre nicht, weshalb IAS/IFRS-Abschlüsse weniger objektiv seien als andere, und sie vergesse, dass der von Endesa unabhängige Buchprüfer bestätigt habe, dass sie auf zutreffenden, geprüften Angaben beruhten und dass auch die bei der Annäherung befolgte Methode korrekt gewesen sei.

- 169 Was die Einfachheit angehe, seien alle börsennotierten Unternehmen in der Gemeinschaft seit Jahren über die Einführung der neuen Kriterien informiert gewesen und hätten gewusst, dass das Jahr 2004 ein Übergangsjahr sein würde. Die Auffassung, dass die Einfachheit der Auslegungsregeln ein Ziel sei, das denselben rechtlichen Wert habe wie die Verpflichtung, die Zuständigkeit der Kommission korrekt zu bestimmen, sei schwer zu vereinbaren mit der Mitteilung, in deren Randnummern 60 und 61 die Notwendigkeit betont werde, den Abschluss einer ausführlichen, strengen und sogar kostspieligen Prüfung zu unterziehen, wenn der Umsatz in der Nähe der Schwellenwerte der Verordnung liege (Sache IV/M.213 – Hong Kong and Shanghai Bank/Midland).
- 170 Was den Grundsatz der Rechtssicherheit betreffe, so ergebe sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes, dass dieser Grundsatz eine Regelung garantiere, die „klar und deutlich ist, damit der Abgabepflichtige seine Rechte und Pflichten unzweideutig erkennen und somit seine Vorkehrungen treffen kann“ (Urteile des Gerichtshofes vom 9. Juli 1981, Gondrand Frères und Garancini, 169/80, Slg. 1981, 1931, vom 13. Februar 1996, van Es Douane Agenten, C-143/93, Slg. 1996, I-431, Randnr. 27, und vom 14. April 2005, Belgien/Kommission, C-110/03, Slg. 2005, I-2801). Dies bedeute nicht, dass die Bestimmung des Umsatzes in allen Fällen „einfach“ sein müsse, und rechtfertige es nicht, nicht alle verfügbaren Informationen zu berücksichtigen. Endesa erinnert daran, dass die Annäherung der Abschlüsse eine Verpflichtung sei, die sich aus Gemeinschaftsvorschriften ergebe, die jeder umsichtige Wirtschaftsteilnehmer seit einigen Jahren kennen müsse, und dass der Schutz der Rechte der Wirtschaftsteilnehmer dann nicht gerechtfertigt sei, wenn „ein umsichtiger und besonnener Wirtschaftsteilnehmer in der Lage [ist], den Erlass einer Gemeinschaftsmaßnahme ... vorherzusehen“ (Urteil des Gerichtshofes vom 15. Juli 2004, Di Lenardo und Dilexport, C-37/02 und C-38/02, Slg. 2004, I-6911, Randnr. 70). Im vorliegenden Fall seien die IAS/IFRS-Standards klar, genau und den umsichtigen und besonnenen Wirtschaftsteilnehmern zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des öffentlichen Übernahmeangebots bekannt gewesen, so dass der Grundsatz der Rechtssicherheit nicht verletzt sei.
- 171 Zu der letzten, in Randnummer 27 der Entscheidung dargelegten Begründung, wonach „die Verwendung der nicht geprüften IAS/IFRS-Zahlen in diesem Fall zu einer Ungleichbehandlung gegenüber allen anderen Fällen führen [würde], in denen die Kommission sich auf Zahlen bezieht, die in den geprüften Abschlüssen von 2004 auf der Grundlage der nationalen Standards berechnet wurden“, bemerkt Endesa, dass die Kommission die Rechtsprechung außer Acht gelassen habe, nach der eine Ungleichbehandlung nicht nur dann gegeben sei, wenn zwei gleiche Situationen

verschieden behandelt würden, sondern auch, wenn zwei verschiedene Situationen gleich behandelt würden. Sie habe während des Verwaltungsverfahrens zahlreiche Berichte übersandt, in denen die besondere Behandlung der spanischen Unternehmen des Elektrizitätssektors auf der Ebene der Rechnungslegung erklärt werde; diese Behandlung betreffe nicht die anderen spanischen Unternehmen und auch nicht die Unternehmen desselben Sektors oder anderer Sektoren mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten.

- 172 Insbesondere bewirke die Tatsache, dass der Pool in Spanien obligatorisch sei, im Zusammenhang mit der Natur der früheren Rechnungslegungsstandards, die den Ausgleich von Posten nicht gestatteten, dass Transaktionen zwischen Unternehmen desselben Konzerns oder letztlich solche, die auf eine einzige wirtschaftliche Transaktion hinausliefen, zweimal verbucht würden. Somit sei es in Wirklichkeit die Entscheidung, die eine Ungleichbehandlung bewirke, denn im Fall desselben Zusammenschlusses von Unternehmen derselben Größe wie Gas Natural und Endesa, der jedoch in anderen Wirtschaftssektoren oder in anderen Ländern der Gemeinschaft vorgenommen worden wäre, wären die Umsätze der beteiligten Unternehmen unter Vermeidung der Verdoppelung der Posten berechnet worden.
- 173 Aus allen diesen Gründen sei der Kommission bei der Prüfung der von Endesa gegebenen Informationen ein Fehler unterlaufen, der zur Folge habe, dass die Begründung der Entscheidung völlig unzulänglich sei und einen offensichtlichen Irrtum enthalte, der auf der Nichtanwendung der sich aus Artikel 5 der Verordnung und der Mitteilung ergebenden Grundsätze beruhe.
- 174 Nach Auffassung der Kommission, die von den Streithelfern unterstützt wird, greift keines der Argumente der Klägerin durch.

— Würdigung durch das Gericht

- 175 Was zunächst das Vorbringen der Klägerin betrifft, der Kommission sei dadurch ein Irrtum unterlaufen, dass sie die Möglichkeit ausgeschlossen habe, den abgestimmten

Abschluss zu verwenden, genügt es, auf die Beurteilung der ersten beiden Teile des vorliegenden Klagegrundes zu verweisen. Denn dort ist bereits ausgeführt worden, dass der einzig gültige Abschluss von Endesa, anhand dessen beurteilt werden kann, ob der Zusammenschluss gemeinschaftsweite oder nationale Bedeutung hat, der Abschluss für das Geschäftsjahr 2004 ist, der nach dem zum Zeitpunkt des Übernahmeangebots geltenden spanischen Recht erstellt, von den Buchprüfern geprüft und von den Aktionären gebilligt wurde, und dass der nur zu Vergleichszwecken erstellte abgestimmte Abschluss, den die Klägerin der Kommission vorgelegt hat, jedenfalls nicht als endgültig angesehen werden konnte. Die Vorläufigkeit des abgestimmten Abschlusses der Klägerin wird noch dadurch bestätigt, dass sie diesen Abschluss am 19. September 2005 geändert hat, um Anpassungen vorzunehmen, durch die der Umsatz in Spanien gegenüber dem mit den IFRS in Einklang gebrachten und der CNMV am 5. April 2005 vorgelegten Abschluss um 111 Millionen Euro gesenkt wurde. Schließlich ändert der Umstand, dass die nachträglichen Änderungen der IAS/IFRS nicht den Stromsektor betrafen, nichts daran, dass die IAS/IFRS, die auf das Geschäftsjahr 2005 anzuwenden waren, im September 2005 noch keinen feststehenden und endgültigen Inhalt hatten und dass es vor allem noch keine Behörde gab, die diese neuen Standards hätte auslegen können. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Buchprüfer von Endesa selbst mitgeteilt hat, dass er zur Gültigkeit der bei der Annäherung befolgten Methoden nicht Stellung nehmen könne.

176 Was zweitens die außergewöhnlichen Umstände betrifft, die angeblich die Verwendung des abgestimmten Abschlusses erforderlich machten, ist zu bemerken, dass keiner der Umstände, auf die sich die Klägerin berufen hat, als außergewöhnlich anzusehen ist. Erstens genügt hinsichtlich der Besonderheiten des Stromsektors in Spanien der Hinweis darauf, dass der Pool dort seit 1998 existiert und dass weder Endesa noch ein anderes in diesem Sektor tätiges Unternehmen in irgendeinem nationalen oder gemeinschaftlichen Fusionskontrollverfahren, an dem sie beteiligt waren, auf die Notwendigkeit hingewiesen haben, eine Anpassung ihrer nach den allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätzen erstellten Abschlüsse vorzunehmen. Auch sind die von der Klägerin behaupteten Besonderheiten und schwerwiegenden Verzerrungen der Rechnungslegung der im spanischen Stromsektor tätigen Unternehmen keine außergewöhnlichen Umstände, da die Frage, ob es angebracht ist, ihnen gegebenenfalls durch Anpassungen Rechnung zu tragen, unabhängig vom Rechnungslegungssystem geprüft werden kann. Im Übrigen hat die Kommission die hauptsächlichen Anpassungen, die die Klägerin insoweit vorgeschlagen hat, sehr wohl geprüft.

- 177 Zweitens kann auch der Umstand, dass die IAS/IFRS ab dem Geschäftsjahr 2005 an die Stelle der allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätze treten sollten, ebenso wenig als außergewöhnlich angesehen werden wie die Notwendigkeit, zu Vergleichszwecken einen abgestimmten Rechnungsabschluss für 2004 zu erstellen. Zwar ist die Änderung der Rechnungslegungsregeln ein wichtiges und nicht häufig vorkommendes Ereignis im Leben eines Unternehmens. Die Klägerin beruft sich aber auf kein Element, das auf den Wortlaut und die Zielsetzung der Verordnung gestützt wäre und diese Änderung zu einem außergewöhnlichen Umstand machen würde. Auch bedeutet die vorgeschriebene Anwendung der neuen Rechnungslegungsstandards nicht notwendigerweise, dass die davor anwendbaren Rechnungslegungsregeln wenig zuverlässig oder ungenau waren.
- 178 Drittens kann es auch nicht als außergewöhnlich angesehen werden, dass die Verwendung verschiedener Rechnungslegungssysteme zu einem Unterschied von 4 400 Millionen Euro bei den Einnahmen von Endesa führte. Dieser Unterschied beruht nämlich auf Anpassungen, deren Angebrachtheit unabhängig vom Rechnungslegungssystem untersucht werden kann.
- 179 Auf jeden Fall beziehen sich die in den Randnummern 26 und 27 der Mitteilung genannten außergewöhnlichen Umstände — außer was die Unterschiede zu den Rechnungslegungsstandards von Staaten, die nicht der Europäischen Union angehören, betrifft — allein auf die Notwendigkeit, bedeutende und anhaltende Änderungen der wirtschaftlichen Lage der beteiligten Unternehmen (An- und Verkäufe nach Prüfung der Abschlüsse, Werksstilllegungen) zu berücksichtigen. Hier hat sich die Klägerin jedoch auf keine derartigen Änderungen berufen.
- 180 Was drittens die Rüge der Verletzung des Grundsatzes der Rechtssicherheit betrifft, ist lediglich festzustellen, dass geprüfte Abschlüsse mehr objektive Garantien bieten, da das Unternehmen und der Buchprüfer die Verantwortung dafür tragen. Die Verwendung von Abschlüssen, die weder von den Aktionären gebilligt noch durch eine unabhängige Buchprüfung bestätigt worden sind, würde dagegen dem Ziel der Anwendung einfacher und objektiver Bedingungen für die Bestimmung der Bedeutung eines Zusammenschlusses widersprechen. Die in Artikel 1 der

Verordnung festgelegte Schwellenregelung beruht auf dem Bestreben, eine einfache und wirksame Methode für die Bestimmung der zuständigen Behörde bereitzustellen. Wie die Kommission zu Recht hervorgehoben hat, sind die Verwendung offizieller und geprüfter Abschlüsse und die grundsätzliche Beschränkung von Anpassungen dieser Abschlüsse auf das nach Artikel 5 der Verordnung strikt Unerlässliche wesentliche Merkmale dieser einfachen, vorhersehbaren und wirksamen Methode.

- 181 Außerdem würde die Bejahung der Ansicht von Endesa darauf hinauslaufen, dass jeder Unternehmenszusammenschluss von der Kommission einer vorherigen Prüfung der Rechnungslegung zu dem Zweck unterzogen werden müsste, die Abschlüsse der betroffenen Unternehmen auf ihre Übereinstimmung mit den in Artikel 5 der Verordnung aufgestellten Grundsätzen hin zu überprüfen.
- 182 Zu dem Vorbringen von Endesa, die Verwendung der abgestimmten Abschlüsse hätte nicht dem Grundsatz der Rechtssicherheit widersprochen, da jeder beliebige besonnene Wirtschaftsteilnehmer das Inkrafttreten eines neuen Rechnungslegungssystems habe vorhersehen können, ist darauf hinzuweisen, dass ein besonnener und vernünftiger Wirtschaftsteilnehmer nicht hätte vorhersehen können, dass die Kommission von dem einzigen offiziellen geprüften Abschluss abrücken würde. Außerdem waren die IAS/IFRS und erst recht ihre Auslegung im September 2005 noch nicht endgültig festgelegt.
- 183 Auf jeden Fall ist erneut darauf hinzuweisen, dass der abgestimmte Abschluss, den die Klägerin der Kommission vorgelegt hat, nicht als endgültig angesehen werden kann.
- 184 Als offensichtlich unbegründet zurückzuweisen ist schließlich die Rüge einer Diskriminierung gegenüber Unternehmenszusammenschlüssen in anderen Sektoren oder anderen Mitgliedstaaten. Zum einen beruht sie auf bloßen Behauptungen und auf der unbewiesenen Prämisse, dass Endesas offizieller und geprüfter Abschluss für das Jahr 2004 die wirtschaftliche Lage nicht widerspiegelt. Da die Praxis der

Kommission darin besteht, sich auf offizielle geprüfte Abschlüsse zu stützen, hätte zum anderen die Aufgabe dieser Praxis ohne Vorliegen außergewöhnlicher Umstände als Diskriminierung empfunden werden können. Außerdem können die geprüften Abschlüsse, die für die Beurteilung der Bedeutung des Unternehmenszusammenschlusses verwendet werden, angepasst werden, um eventuellen Besonderheiten des fraglichen Sektors oder Landes Rechnung zu tragen. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Kommission die von der Klägerin vorgeschlagenen Anpassungen geprüft hat.

185 Aus dem Vorstehenden folgt, dass der dritte Teil des dritten Klagegrundes nicht durchgreift.

186 Demnach ist der dritte Klagegrund zurückzuweisen.

Zum vierten Klagegrund: Ablehnung der „Durchlauf“-Anpassung und der die Erdgastauschgeschäfte betreffenden Anpassung

187 Mit diesem Klagegrund wendet sich Endesa gegen die Ablehnung zweier von ihr verlangter Anpassungen durch die Kommission. Eine davon bezieht sich auf Vertriebsaktivitäten (die „Durchlauf“-Anpassung) und die andere betrifft die Erdgastauschgeschäfte. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der nach den allgemeinen Rechnungslegungsgrundsätzen erstellte Jahresabschluss 2004 der Klägerin zeigt, dass ihr Umsatz in Spanien 80,07 % ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes ausmachte. Wenn man die Berechtigung der beiden von Endesa vorgeschlagenen Anpassungen bejahen wollte, würde der Prozentsatz ihres Umsatzes in Spanien auf 73,94 % ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes sinken. Selbst wenn dieser Klagegrund durchgreifen würde, würde dies also nicht ipso facto bedeuten, dass der fragliche Unternehmenszusammenschluss eine gemeinschaftsweite Bedeutung hat, sondern nur, dass die Kommission die übrigen von der Klägerin wie auch die von Gas Natural vorgeschlagenen Anpassungen, zu denen die Kommission in der Entscheidung nicht Stellung genommen hat, prüfen müsste, denn nur eine Kombination von zahlreichen Anpassungen würde es ermöglichen, unter die Schwelle von zwei Dritteln zu gelangen.

188 Da die „Durchlauf“-Anpassung auf jeden Fall nötig ist, damit der Zusammenschluss eine gemeinschaftsweite Bedeutung erlangen kann, ist zunächst der erste Teil des Klagegrundes zu prüfen, der sich auf diese Anpassung bezieht.

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

189 Endesa trägt vor, Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung übernehme wörtlich § 23 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), dessen § 29 bestimme, dass „Einnahmen aus nicht normalen Tätigkeiten nur in Ausnahmefällen berücksichtigt werden“. Folglich dürfe nur der mit der Vertriebstätigkeit zusammenhängende Teil der Einnahmen bei der Feststellung des Umsatzes des Vertriebsunternehmens berücksichtigt werden, d. h. nur die sich aus dieser Tätigkeit ergebenden Provisionen.

190 Endesa rügt insoweit die ihrer Meinung nach unrichtige Bewertung der rechtlichen Bedeutung der Mitteilung durch die Kommission und den Umstand, dass diese die gemäß der Verordnung vorgeschlagenen Anpassungen nicht geprüft habe. Die Kommission hat in Randnummer 33 der Entscheidung ausgeführt: „In diesem Zusammenhang sollte berücksichtigt werden, dass die Mitteilung ... sich nicht auf den Begriff der ‚Weitergabe‘ von (Teil-)Beträgen, die Unternehmen durch den Verkauf von Produkten und die Erbringung von Dienstleistungen erzielen, bezieht.“ Die einzige Rechtsgrundlage für die Berechnung des Umsatzes sei jedoch die Verordnung, denn die Mitteilung habe nur die Bedeutung einer Auslegungshandlung der Kommission. Jede gegenteilige Auslegung würde den Grundsatz der Normenhierarchie verletzen. Im vorliegenden Fall dürfte, wenn die Tätigkeit des Vertriebsunternehmens mit Kosten verbunden sei, die einer bloßen „Weitergabe“ von Beträgen entsprächen, nur die sich aus diesen Tätigkeiten ergebende Provision als unter den Begriff des „normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereichs“ im Sinne des Artikels 5 der Verordnung fallend angesehen werden.

191 Endesa fügt hinzu, die Kommission verweise im Rahmen ihres falschen Ansatzes, der darin bestehe, dass sie ihre Begründung auf die Mitteilung stütze, auf die

Randnummern 7, 11 und 13 der Mitteilung und führe aus, dass „unter Berücksichtigung der besonderen Umstände der vorliegenden Rechtssache die spanischen Stromvertriebsunternehmen nicht solchen Unternehmen gleichgestellt werden können, die lediglich Vermittler sind und deren einziger Umsatz in den von ihnen bezogenen Provisionen besteht“. So beschreibe die Kommission die Arbeitsweise der Vertriebsunternehmen und des Pools in Spanien, ohne anzugeben, weshalb die Vertriebsunternehmen im vorliegenden Fall nicht bloße Vermittler seien. Sie prüfe auch nicht die Frage, ob die Vertriebsunternehmen tatsächlich mit dieser Tätigkeit einen Gewinn erzielten, der die bloße Vergütung für ihre Dienstleistungen übersteige, die durch amtlich geregelte Tarife festgesetzt sei. Schließlich lasse die Kommission außer Acht, dass die Königliche Verordnung, die die Stromtarife für jedes Jahr festsetze, auch die Vergütung festsetze, die die Vertriebsunternehmen für die Ausübung ihrer Tätigkeit während dieses Zeitraums erhielten. Diese Vergütung sei unabhängig von den von ihnen getätigten Energieverkäufen und folglich auch von der ihnen gelieferten Strommenge.

192 Die von den Vertriebsunternehmen getätigten Geschäfte, die der Transaktion keinen Wert hinzufügten, da die Vergütung der Vertriebstätigkeit im Voraus festgelegt sei, und zwar unabhängig vom An- und Verkauf von Strom, seien für die Berechnung des Umsatzes neutral. Die Vermittlerrolle der Vertriebsunternehmen ergebe sich ausdrücklich aus Artikel 4 des Königlichen Dekrets 2017/1997 vom 26. Dezember 1997, der das Verfahren der Abrechnung der Kosten des Transports, des Vertriebs und der Vermarktung in Anwendung eines Tarifs sowie der laufenden Kosten des Systems und der Kosten der Diversifizierungs- und Versorgungssicherheitsmaßnahmen organisiere und regele, so dass das Vertriebsunternehmen, das den Preis nach dem geregelten Tarif erhalten habe, im Gegensatz zu dem, was im liberalisierten Sektor geschehe, nur die Vergütung für seine Dienstleistung behalte und den darüber hinausgehenden Teil des vom Verbraucher entrichteten Betrages an die übrigen Unternehmen weitergebe. Ein eventuelles Defizit beim Inkasso werde vom Erzeuger getragen.

193 Zu dem in der Entscheidung enthaltenen Hinweis, die Vertriebsunternehmen trügen das finanzielle Risiko für nicht beglichene Rechnungen, so dass sie keine Vermittler seien, macht Endesa geltend, dass die Kommission die Informationen, die sie ihr zu dieser Frage übermittelt habe, und den Begriff des Vermittlers in Randnummer 13 der Mitteilung falsch auslege.

- 194 Zum einen trügen die Vertriebsunternehmen für nicht beglichene Rechnungen kein finanzielles Risiko, das nicht durch einen in den Tarifen enthaltenen Faktor ausgeglichen werde, da das reglementierte System (und nicht einseitig das Unternehmen) einen Garantiemechanismus vorsehe, der es ermögliche, dieses Risiko zu vermeiden. Zum anderen lasse sich anhand des Bestehens oder Nichtbestehens des finanziellen Risikos die Situation des Handlungsbevollmächtigten von der des unabhängigen Kommissionärs unterscheiden. Die Kommission lege ohne rechtliche Begründung den Begriff des Vermittlers dahin aus, dass er sich nur auf Handlungsbevollmächtigte beziehe, während für seine Anwendung auf die Natur der Tätigkeiten abgestellt werden müsse.
- 195 Die Qualifikation der Vertriebsunternehmen als Vermittler entspreche der gängigen Praxis im Energiesektor in Spanien. So nehme auch Gas Natural die „Durchlauf“-Anpassung nicht nur bei ihren IAS/IFRS- Rechnungsabschlüssen vor, sondern auch bei ihren nach den spanischen Rechnungslegungsstandards erstellten Abschlüssen. Dadurch, dass die Kommission Endesa die „Durchlauf“-Anpassung verweigert habe, habe sie sie daran gehindert, den sich aus ihrer Vertriebstätigkeit ergebenden Umsatz mit dem des Käuferunternehmens zu homogenisieren.
- 196 Endesa vertritt die Auffassung, dass die Weigerung, die von ihr vorgeschlagene Anpassung zu berücksichtigen, darüber hinaus durch ein schwerwiegendes Versäumnis bei der Prüfung eines Gesichtspunkts gekennzeichnet sei, den die Kommission letztlich als entscheidend angesehen habe. Dies habe zu einem Ermessensmissbrauch und zu einer unzureichenden Begründung geführt. Die Kommission habe gegen Ende des Verfahrens plötzlich Zweifel in diesem Punkt geäußert, während sie sie niemals vorher um Erklärungen dazu gebeten habe. Genauer habe die Kommission zwischen dem 19. September und dem 8. November 2005, dem Zeitpunkt, zu dem sie Endesa eine Frist von nur 24 Stunden für die Beantwortung einer Reihe von Fragen gesetzt habe, die für die Begründung der Entscheidung entscheidende Bedeutung erlangen sollten, keinen Zweifel geäußert und keine Erklärung verlangt.
- 197 Zudem sei die Prüfung dieser Anpassung auch in anderen Punkten unvollständig und die Begründung der Entscheidung offensichtlich widersprüchlich. Wenn man davon ausgehe, dass die Vertriebsunternehmen nicht als Vermittler tätig würden, sei

zu untersuchen, ob es sich nicht bei einem Teil der Vertriebsgeschäfte um konzerninterne Geschäfte handele, und insbesondere, ob nicht eine Doppelbuchung derselben Transaktion vorliege, soweit Endesa Distribución den von ihr vertriebenen Strom über den Pool von Endesa Generación bezogen habe.

198 Endesa führt dazu aus, am 10. November 2005 habe die Kommission sie mündlich um Erklärungen zu diesem Aspekt der Anpassung gebeten. Endesa habe in zwei E-Mails vom 11. und 12. November 2005 nachdrücklich darauf hingewiesen, dass die hinter dieser Anpassung stehende Überlegung über den bloßen Abzug des konzerninternen Teils hinausgehe, aber gleichwohl angeboten, Angaben über die konzerninternen Geschäfte zu machen. Die Kommission habe diese E-Mails nicht beantwortet und sei in der Entscheidung nicht auf diese Frage eingegangen.

199 Die von der Kommission angestellten Erwägungen seien widersprüchlich, denn sie führe in der Entscheidung aus, dass sie zu der vorgeschlagenen Anpassung betreffend die konzerninterne Fakturierung nicht Stellung nehmen werde, die „Durchlauf“-Anpassung, die einen sehr wesentlichen Teil der konzerninternen Verkäufe betreffe, aber trotzdem ablehne. Darüber hinaus weise sie in der Entscheidung nachdrücklich darauf hin, dass eventuelle konzerninterne Geschäfte keine große Bedeutung hätten, behaupte aber zugleich trotz der genannten E-Mails, die sie nicht beantwortet habe, dass Endesa keine Angaben über den prozentualen Anteil der konzerninternen Geschäfte gemacht habe.

200 Die Kommission, die von den Streithelfern unterstützt wird, macht geltend, die Vertriebsunternehmen seien keine bloßen Vermittler und auch keine bloßen Kommissionäre. Deshalb sei das Vorbringen der Klägerin zurückzuweisen.

— Würdigung durch das Gericht

201 Die Klägerin wendet sich mit verschiedenen, teils die Begründung, teils die Sache betreffenden Ausführungen gegen die Weigerung der Kommission, eine Anpassung

der Einnahmen der betroffenen Vertriebsunternehmen vorzunehmen und die im Namen Dritter erzielten Einnahmen abzuziehen. Sie trägt im Wesentlichen vor, nach spanischem Recht seien die Stromvertriebsunternehmen verpflichtet, bestimmte Beträge von ihren Kunden einzuziehen, um sie dann an die Stromerzeuger und die Netzbetreiber weiterzugeben, und diese Beträge müssten deshalb von den Einnahmen abgezogen werden, die in der Buchhaltung von Endesa aufgeführt seien, denn sie gehörten nicht zu den in Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung genannten Umsätzen, „welche die beteiligten Unternehmen ... mit Waren und Dienstleistungen erzielt haben und die dem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich der Unternehmen zuzuordnen sind“.

202 Was erstens das Vorbringen der Klägerin angeht, dass die Kommission einen Fehler gemacht habe, indem sie ihre Beurteilung allein darauf gestützt habe, dass die Mitteilung keine Anpassung für Fälle der Weitergabe vorsehe, so bezweifelt die Klägerin nicht die Rechtmäßigkeit der Mitteilung, sondern macht geltend, dass die Kommission dieser eine zu große Bedeutung beigemessen habe, während sie nur die Bedeutung einer Auslegungshandlung habe, und dass sie die Anpassung hätte prüfen müssen, die im Einklang mit der Verordnung, der einzigen Rechtsgrundlage für die Berechnung des Umsatzes, vorgeschlagen worden sei.

203 Hierzu ist festzustellen, dass die Kommission verpflichtet ist, die Mitteilung anzuwenden, soweit sie nicht im Widerspruch zu der Verordnung steht. Diese schreibt vor, dass ausnahmsweise unter besonderen Umständen bestimmte Anpassungen vorgenommen werden müssen. Da die Klägerin im Verwaltungsverfahren bestrebt war, die vorgeschlagenen Anpassungen mit den in der Mitteilung genannten Anpassungsarten in Verbindung zu bringen, kann der Kommission nicht vorgeworfen werden, dass sie in der Entscheidung auf die Randnummern 7, 11 und 13 der Mitteilung verwiesen hat, um die Argumente zurückzuweisen, die die Klägerin im Verwaltungsverfahren im Zusammenhang mit eben diesen Randnummern vorgebracht hatte.

204 Weiter ist, auch wenn es in der Entscheidung heißt, dass die Mitteilung sich nicht auf den Begriff der „Weitergabe“ von Beträgen beziehe, die die Unternehmen durch den Verkauf von Produkten und die Erbringung von Dienstleistungen erzielten, der Umstand, dass die Mitteilung keine Anpassung für den Fall der Weitergabe der Kosten vorsieht, nicht der einzige Grund, weshalb die Kommission die genannte

Anpassung nicht vorgenommen hat. Sie hat nämlich in der Entscheidung (Randnrn. 33 a. E., 34 und 35) außerdem ausgeführt, dass die spanischen Stromvertriebsunternehmen nicht mit Unternehmen gleichgesetzt werden könnten, die lediglich als Vermittler aufträten und deren Umsatz nur aus den von ihnen bezogenen Provisionen bestehe, und zwar aus folgenden Gründen: Die Vertriebsunternehmen müssten nicht nur den Strom über ihre Vertriebsnetze leiten, sondern auch Strom an diejenigen Kunden liefern, die es vorzögen, am regulierten Netz zu bleiben; der Vertrieb von Strom umfasse den Verkauf von Waren, die zuvor von den Anbietern erworben worden seien, an Endverbraucher; die Ausgaben im Zusammenhang mit dem Kauf von Strom sollten als Kosten der Vertriebsunternehmen betrachtet werden; das Risiko, dass die Endkunden den Preis für den gelieferten Strom nicht beglichen, werde von den Vertriebsunternehmen, und jegliche Haftung im Zusammenhang mit der Nichterfüllung vertraglicher Pflichten gegenüber dem Endkunden werde vom Anbieter getragen.

205 Folglich greift die Rüge der Klägerin, dass die Kommission einen Fehler gemacht habe, indem sie ihre Beurteilung allein darauf gestützt habe, dass die Mitteilung keine „Durchlauf“-Anpassung vorsehe, nicht durch.

206 Was zweitens die Rüge der unzureichenden Begründung betrifft, genügt für ihre Zurückweisung der Hinweis auf die Randnummern 30 bis 36 der Entscheidung, wo die — oben zusammenfassend wiedergegebenen — Gründe dargelegt werden, aus denen die Kommission die „Durchlauf“-Anpassung abgelehnt hat.

207 Ferner ist zu prüfen, ob die Kommission in der Entscheidung zu Recht zu dem Ergebnis gekommen ist, dass keine „Durchlauf“-Anpassung vorzunehmen war.

208 Nach Randnummer 9 der Mitteilung bezieht sich der Begriff des Umsatzes im Sinne von Artikel 5 der Verordnung ausdrücklich auf „die Umsätze... mit [d. h. die

Verkäufe von] Waren und Dienstleistungen“. Der Verkauf als Ausdruck der Tätigkeit des Unternehmens ist somit das wesentliche Kriterium für die Bestimmung des Umsatzes, ob es sich nun um Waren oder um Dienstleistungen handelt.

209 Im Übrigen ergibt sich aus den zwingenden Erfordernissen der Rechtssicherheit und der Zügigkeit, die die Kontrolle der Unternehmenszusammenschlüsse beherrschen, dass sowohl die Unternehmen als auch die Wettbewerbsbehörden grundsätzlich in der Lage sein müssen, sich auf ein vorhersehbares und unmittelbar zugängliches Kriterium zu stützen. Deshalb muss der Umsatz, der für die Bestimmung der für die Untersuchung eines Unternehmenszusammenschlusses zuständigen Behörde zu berücksichtigen ist, grundsätzlich aufgrund der veröffentlichten Jahresabschlüsse ermittelt werden. Daher dürfen nur ausnahmsweise, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen, Anpassungen vorgenommen werden, die bezwecken, die wirtschaftliche Lage der beteiligten Unternehmen besser widerzuspiegeln.

210 Auch bezieht sich Artikel 5 der Verordnung auf den Gesamtumsatz und nicht nur auf einen Teil davon. In der Mitteilung wird ausnahmsweise die Möglichkeit ins Auge gefasst, unter bestimmten Umständen den Umsatz anders zu bestimmen als anhand der Gesamtheit der Verkäufe von Waren und Dienstleistungen. In Randnummer 13 der Mitteilung heißt es dazu:

„Wegen der Komplexität des Dienstleistungssektors muss dieser allgemeine Grundsatz in bestimmten Fällen an die besonderen Umstände der erbrachten Leistungen angepasst werden. So können beispielsweise Dienstleistungen in bestimmten Gewerbezweigen (Fremdenverkehr, Werbung usw.) über Dritte erbracht werden. Da die Lage in diesen Sektoren sehr unterschiedlich sein kann, ist an verschiedene Arten von Fällen zu denken: So kann beispielsweise bei einem als Vermittler auftretenden Dienstleistungsunternehmen der Gesamtbetrag der von ihm bezogenen Provisionen der einzige Umsatz sein.“

- 211 Zunächst betrifft diese Randnummer der Mitteilung eine bestimmte Art von Vermittlern, die ausschließlich im Dienstleistungssektor tätig sind und deren einzige Vergütung in den von ihnen bezogenen Provisionen besteht. Es handelt sich somit um eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, nach der der Umsatz auf der Grundlage der Gesamtheit der Verkäufe zu bestimmen ist. Folglich ist der Begriff des Vermittlers eng auszulegen.
- 212 Auch behauptet die Klägerin nicht, dass ihre Tätigkeit nach spanischem Recht im Rahmen eines Vertrages als Handlungsbevollmächtigter oder als Kommissionär oder eines anderen ähnlichen Vertrages ausgeübt wird. In der Tat verkauft die Klägerin den Strom nicht im Namen und für Rechnung der Stromerzeuger oder der Netzbetreiber.
- 213 Außerdem handelt es sich, da Endesa keine gegenteiligen juristischen Argumente geltend gemacht hat, bei der Rechtsbeziehung zwischen Endesa und den Endkunden um einen Vertrag über den Verkauf von Strom. Dieser Verkauf ist ein Handelsgeschäft, das einen Eigentumsübergang umfasst.
- 214 Dasselbe gilt für die Rechtsbeziehung zwischen Endesa und dem Stromerzeuger, der sie beliefert, ob über den OMEL-Pool oder in anderer Weise. Artikel 41 Absatz 2 des spanischen Gesetzes Nr. 54/1997 über den Stromsektor schreibt vor, dass die Stromverteiler u. a. das Recht haben, den Strom, dessen es für die Versorgung ihrer Kunden bedarf, zu erwerben und die Vergütung, die ihnen für die Ausübung der Vertriebstätigkeit zusteht, einzuziehen. In Artikel 45 Absatz 1 Buchstabe h dieses Gesetzes heißt es, dass die Vertriebsunternehmen verpflichtet sind, für die Lieferung des elektrischen Stroms den für die Entfaltung ihrer Tätigkeit notwendigen Strom zu erwerben und gemäß dem dafür vorgesehenen Abrechnungsverfahren zu bezahlen.

- 215 Angesichts dieser Bestimmungen ist das Vorbringen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung zurückzuweisen, dass das Vertriebsunternehmen nicht Eigentümer des Stroms sei, denn dieser wird in dem Augenblick, in dem der Erzeuger ihn in das System einspeist, Eigentum des Kunden. Darüber hinaus bestimmt Artikel 11 Absatz 4 des Gesetzes Nr. 54/1997, dass außer bei Vorliegen einer gegenseitigen Vereinbarung der Übergang des Eigentums an dem elektrischen Strom als in dem Augenblick erfolgt gilt, in dem dieser in die Anlagen des Käufers gelangt.
- 216 Folglich kann die Tätigkeit der Vertriebsunternehmen, die u. a. darin besteht, Strom oder Gas bei ihren Lieferanten einzukaufen und den Vertrieb und Verkauf an den Endverbraucher sicherzustellen, nicht als Dienstleistung qualifiziert werden, die sich auf die Lieferung einer Ware für Rechnung der Erzeuger und anderer Wirtschaftsteilnehmer beschränkt. Endesa kann deshalb rechtlich nicht als bloßer Vermittler im Sinne der Randnummer 13 der Mitteilung angesehen werden und fällt grundsätzlich nicht unter die dort vorgesehene Ausnahmeregelung, denn die Einnahmen, die sie mit dem Vertrieb erzielt, sind im Sinne des Artikels 5 Absatz 1 der Verordnung ihrem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich zuzuordnen. Deshalb kann die in Rede stehende Anpassung nicht durch den angeblich außergewöhnlichen Charakter der Verkaufstätigkeit der Vertriebsunternehmen gerechtfertigt werden.
- 217 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass Artikel 20 des Gesetzes Nr. 54/1997 keine besondere Bestimmung enthält, um einer Besonderheit von Unternehmen Rechnung zu tragen, die sich in der Lage der Klägerin befinden. So lautet sein Absatz 2 Unterabsatz 3: „Die Gesellschaften, deren Geschäftszweck die Ausübung der geregelten Tätigkeiten gemäß Artikel 11 Absatz 2 dieses Gesetzes ist, führen in ihrer Buchhaltung getrennte Konten für die Einnahmen und die Kosten, die sich direkt auf die Übertragungstätigkeit, die Vertriebstätigkeit und gegebenenfalls auf die Tätigkeiten der Vermarktung und des Verkaufs an die Kunden in Anwendung eines Tarifs im engeren Sinn beziehen.“ Diese Bestimmung betrifft, wie die Kommission zu Recht geltend macht, nicht die allgemeinen spanischen Rechnungslegungsgrundsätze, die auf bloße Kommissionäre anwendbar sind.

- 218 Endesa behauptet jedoch, dass die Kommission nicht untersucht habe, ob die Vertriebsunternehmen mit dieser Tätigkeit tatsächlich wirtschaftliche Gewinne erzielen, die die durch geregelte Tarife festgelegte Vergütung für ihre Dienstleistungen übersteigt.
- 219 Zunächst kann der Umstand allein, dass die Vergütung der Vertriebstätigkeit mehr oder minder genau geregelt ist, nicht zu der Schlussfolgerung führen, dass die Vergütung der Vertriebsunternehmen für die Anwendung der Verordnung als bloße Provision anzusehen ist.
- 220 Endesa wendet jedoch ein, dass sich die Vermittlerrolle der Vertriebsunternehmen ausdrücklich aus Artikel 4 des Königlichen Dekrets 2017/1997 vom 26. September 1997 ergebe, der das Verfahren der Abrechnung der Kosten des Transports, des Vertriebs und der Vermarktung in Anwendung eines Tarifs sowie der laufenden Kosten des Systems und der Kosten der Diversifizierungs- und Versorgungssicherheitsmaßnahmen organisiere und regle.
- 221 Aus dieser Vorschrift ergibt sich jedoch nicht, dass es sich bei der Vertriebstätigkeit um die Tätigkeit eines einfachen Vermittlers handelt. Insbesondere bestimmt diese Vorschrift nicht, dass ein Vertriebsunternehmen nur die Vergütung für seine Dienstleistung behält und den darüber hinausgehenden Betrag an die anderen Unternehmen weitergibt, sondern sie enthält ein Verzeichnis der Einnahmen und Kosten, die in Anwendung des Königlichen Dekrets abgerechnet werden können.
- 222 Zu der Behauptung der Klägerin, dass die von den Vertriebsunternehmen getätigten Geschäfte der Transaktion keinen Wert hinzufügte, ist mit der Kommission darauf hinzuweisen, dass der Vertrieb eine Reihe von Tätigkeiten umfasst, die über die bloße Stromlieferung hinausgehen. So benutzt das Unternehmen u. a. seine Marke und erbringt für den Kunden eine umfassende Dienstleistung, die den Kunden-

dienst, die Sicherheitsempfehlungen, die Kontrolle der Anlagen, das Ablesen der Zähler, die Ausstellung der Rechnungen und das Inkasso einschließt. Im Übrigen begründet der Umstand, dass ein Sektor einer Regelung unterliegt, keineswegs eine wirtschaftliche Fiktion dahin gehend, dass der Vertrieb keinen Mehrwert und keine ständige Einnahmequelle begründet.

223 Zu dem Vorbringen der Klägerin, die Vergütung der Vertriebsunternehmen werde jedes Jahr unabhängig von den Stromkäufen und -verkäufen festgesetzt und diese Unternehmen trügen kein finanzielles Risiko für nicht beglichene Rechnungen, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Königliche Dekret 2819/1998 über die Regelung der Übertragung und des Vertriebs von elektrischem Strom in Artikel 15 die Faktoren der Vergütung der Vertriebstätigkeit festsetzt, nämlich die Investitions-, Betriebs- und Wartungskosten für die Anlagen, die Kosten der Weiterleitung des Stroms, die Kosten eines Modells zur Kennzeichnung der Vertriebszonen, die Kosten der Anreize für die Verbesserung der Lieferqualität und die Reduzierung der Verluste sowie andere für die Ausübung der Vertriebstätigkeit notwendige Kosten, darunter die Kosten der kaufmännischen Geschäftsführung.

224 Da einer der Faktoren der Vergütung der Vertriebstätigkeit in den Kosten der Weiterleitung des Stroms besteht, trifft die Behauptung der Klägerin nicht zu, dass die Vergütung der Vertriebsunternehmen völlig unabhängig von den von ihnen getätigten Stromverkäufen und damit der ihnen gelieferten Strommenge sei.

225 Weiter ist zu bemerken, dass zwar die Gesamtvergütung der Vertriebstätigkeit gemäß Artikel 20 des Königlichen Dekrets 2819/1998 jährlich im Voraus berechnet wird, die Vertriebsunternehmen aber gleichwohl die sich aus ihrer eigenen Geschäftsführung ergebenden Risiken tragen müssen, insbesondere was ihre Vorausschätzungen der Nachfrage betrifft. Denn das Unternehmen kauft den Strom vom Pool zum Marktpreis, wird jedoch gemäß Artikel 4 Buchstabe e des Königlichen Dekrets 2017/1997 auf der Grundlage des gewichteten Durchschnittspreises vergütet. So handelt es sich bei den Kosten, die bei der gemäß Anhang I.6 des Königlichen Dekrets 2017/1997 erfolgenden Abrechnung der Stromerwerbskosten

auf das Vertriebsunternehmen entfallen, nicht um die Kosten, die dieses tatsächlich auf dem Markt bezahlt hat, sondern um den gewichteten Durchschnittspreis der Stromkäufe der Vertriebsunternehmen während des Abrechnungszeitraums. Das Unternehmen, das einen höheren als den Durchschnittspreis bezahlt, verliert somit den Differenzbetrag, da es tatsächliche Kosten gehabt hat, die höher waren als die, die ihm tatsächlich gezahlt werden. Dagegen erzielt das Unternehmen, das einen niedrigeren als den Durchschnittspreis bezahlt, einen zusätzlichen Gewinn. Folglich garantiert die geltende Regelung, wie die Klägerin im Übrigen in ihrer Antwort auf eine schriftliche Frage des Gerichts eingeräumt hat, nur eine theoretische Vergütung der Vertriebsstätigkeit, während die tatsächliche Vergütung von der Tüchtigkeit der Vertriebsunternehmen beim Einkauf des Stroms abhängt.

226 Im Übrigen ist zu den Stromverkäufen der Vertriebsunternehmen an die Endkunden zu bemerken, dass die Klägerin nicht die in Randnummer 35 der Entscheidung enthaltene Behauptung widerlegt, dass das Risiko, dass die Endkunden den (geregelten) Preis für den gelieferten Strom nicht begleichen, von den Vertriebsunternehmen zu tragen sei. Zwar gibt es einen Mechanismus, der es ermöglicht, bis zu einem gewissen Grad das Risiko von Zahlungsausfällen allgemein zu berücksichtigen. Dies ändert aber nichts daran, dass dieses Risiko vom Vertriebsunternehmen zu tragen ist, wie sich aus Artikel 4 Buchstabe a letzter Satz des Königlichen Dekrets 2017/1997 ergibt, wo es heißt: „Beim Abrechnungsverfahren werden die für diese Tätigkeit erzielten Einnahmen auf der Grundlage der in den Rechnungen enthaltenen Angaben unabhängig von der tatsächlichen Begleichung berücksichtigt.“ Da diese Bestimmung nicht auf die tatsächlich einkassierten Beträge, sondern auf die Fakturierung abstellt, ist davon auszugehen, dass das Risiko der Nichtbegleichung der Rechnung durch den Kunden zu Lasten des Vertriebsunternehmens geht.

227 Dem steht auch nicht Artikel 79 Absatz 7 des Königlichen Dekrets 1955/2000 zur Regelung der Beförderung, des Vertriebs, der Vermarktung und der Belieferung sowie der Genehmigungsverfahren für Strominstallationen entgegen, wonach die Elektrizitätsunternehmen die Hinterlegung einer Garantie verlangen können. Denn die Höhe dieser Garantie ist auf die monatliche Berechnung von 50 Stunden der Nutzung für die installierte Leistung beschränkt. Außerdem können nach dieser Vorschrift bestimmte Kategorien von Verbrauchern in bestimmten geografischen Gebieten von der Hinterlegung dieser Garantie befreit werden. Schließlich kann der Hinterlegungsbetrag nach der Sechsten Übergangsvorschrift zu diesem Dekret nicht von Kunden einkassiert werden, die schon zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des

Dekrets Strom zu einem geregelten Tarif bezogen. Nun hatte aber nach den von der Klägerin nicht bestrittenen Angaben der Kommission die große Mehrheit der Verbraucher von Strom zu einem geregelten Tarif ihren Stromlieferungsvertrag vor dem Jahr 2000 unterzeichnet. Folglich decken die hinterlegten Beträge nur einen kleinen Teil des Risikos von Zahlungsausfällen.

- 228 Zu der Behauptung, dass die Qualifikation der Vertriebsunternehmen als Vermittler der üblichen Praxis im spanischen Energiesektor entspreche, ist — auch wenn dieser Punkt nicht entscheidend ist — festzustellen, dass sich auf eine schriftliche Frage des Gerichts und die Erklärungen der Verfahrensbeteiligten in der mündlichen Verhandlung hin herausgestellt hat, dass bei den Unternehmen des Sektors keine einhellige Meinung in Bezug auf die Praxis der „Durchlauf“-Anpassung bestand.
- 229 Was schließlich das Vorbringen der Klägerin betrifft, dass die Weigerung, die „Durchlauf“-Anpassung zu berücksichtigen, durch ein schwerwiegendes Versäumnis bei der Prüfung gekennzeichnet sei, was zu einem Ermessensmissbrauch und zu einer unzureichenden Begründung insofern geführt habe, als die Kommission gegen Ende des Verfahrens plötzlich Zweifel bezüglich dieser Anpassung geäußert habe, während sie Endesa niemals vorher um Erklärungen dazu gebeten habe, genügt es, festzustellen, dass die Entscheidung nicht schon dadurch rechtswidrig wird, dass bestimmte Informationen erst am Ende des Verfahrens eingeholt worden sind. Auch lässt es sich mit der Komplexität des Sachverhalts rechtfertigen, dass sich die Kommission noch in einem fortgeschrittenen Stadium des Verfahrens, nachdem sie eine genauere Kenntnis der Zusammenhänge erworben hatte, um zusätzliche Informationen bemüht hat. Jedenfalls enthielt schon das von der Kommission am 28. September 2005 übermittelte Auskunftersuchen verschiedene Fragen nach dem eventuellen Abzug bestimmter in Spanien erzielter Einnahmen (zweite und dritte Frage), und die Klägerin hat in ihrer Antwort Erläuterungen zu der „Durchlauf“-Anpassung gegeben (Schreiben vom 5. Oktober 2005).
- 230 Aus diesen Erwägungen folgt, dass das Vorbringen der Klägerin zur Begründung der Rüge der Nichtvornahme der „Durchlauf“-Anpassung zurückzuweisen ist.

- 231 Unter diesen Umständen ist es nicht nötig, die Stichhaltigkeit des Hilfsvorbringens der Klägerin zu prüfen, dass die Frage, ob es sich nicht bei einem Teil der Vertriebsgeschäfte um konzerninterne Geschäfte handelt, selbst dann untersucht werden müsse, wenn man davon ausgehe, dass die Vertriebsunternehmen nicht als Vermittler tätig würden. Denn aus der Antwort der Klägerin auf die schriftliche Frage des Gerichts geht hervor, dass sich die entsprechende Anpassung auf 1,51 Milliarden Euro beläuft. Aus den Akten ergibt sich jedoch, dass dieser Betrag selbst dann, wenn alle anderen von der Klägerin vorgeschlagenen Anpassungen akzeptiert und alle von Gas Natural vorgeschlagenen „Gegenanpassungen“ abgelehnt würden, nicht genügen würde, um dem Unternehmenszusammenschluss eine gemeinschaftsweite Bedeutung zu verleihen.
- 232 Aufgrund dieser Erwägungen ist der erste Teil des vierten Klagegrundes zurückzuweisen.
- 233 Da die „Durchlauf“-Anpassung auf jeden Fall erforderlich ist, um dem Unternehmenszusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung zu verleihen, erübrigt sich die Prüfung des zweiten Teils des Klagegrundes, der die Erdgastauschgeschäfte betrifft.
- 234 Nach alledem ist der vierte Klagegrund zurückzuweisen.

Zum fünften Klagegrund: Verstoß gegen die in der Mitteilung aufgestellten Kriterien, fehlende Prüfung und Begründung sowie Ermessensmissbrauch

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 235 Endesa führt aus, aus den im zweiten, im dritten und im vierten auf Nichtigerklärung gerichteten Klagegrund genannten Gründen und aufgrund der Verfahrensfehler, die die Entscheidung fehlerhaft machten, müsse diese für nichtig erklärt

werden, ohne dass es notwendig wäre, auf die offensichtlich falsche Beurteilung der übrigen vorgeschlagenen Anpassungen durch die Kommission einzugehen. Da sie beantragt habe, die vorliegende Klage im beschleunigten Verfahren zu behandeln, beschränke sie sich auf das Vorbringen, dass die Begründung der Entscheidung in diesem Punkt ungenügend sei.

236 Endesa wendet sich gegen die Vorgehensweise der Kommission, die darin bestanden habe, in der Mitteilung unter Berufung auf das Fehlen einer spezifischen Rechtsgrundlage mehrere Anpassungen abzulehnen und bestimmte Anpassungen zu prüfen, andere dagegen nicht.

237 Was den ersten Punkt betreffe, verkenne die Kommission einmal mehr, dass die Rechtsgrundlage für die Berechnung des Umsatzes der beteiligten Unternehmen nicht die Mitteilung, sondern Artikel 5 der Verordnung sei. Die Annahme, dass nur Anpassungen zulässig seien, wenn sie in der Mitteilung vorgesehen seien, oder nur unter den dort angegebenen Bedingungen, ohne dass geprüft werde, ob diese Anpassungen mit der Verordnung in Einklang stünden, stelle einen offensichtlichen Fehler dar.

238 Hinsichtlich des zweiten Punktes ist Endesa der Auffassung, dass die Kommission hätte erklären müssen, nach welchem Kriterium sie entschieden habe, welche Anpassungen eine Prüfung verdienten und bei welchen sich eine Prüfung erübrige. Die Rechtfertigung in Randnummer 70 der Entscheidung, wo es heiße: „Die Kommission hält es ... nicht für notwendig, in dieser Frage zu einem Schluss zu gelangen, denn der strittige Zusammenschluss hätte auch dann keine gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn die Anpassungen angenommen würden“, sei inakzeptabel, denn diese Rechtfertigung hätte auch für viele andere, weit weniger wichtige Anpassungen gegeben werden können, die gleichwohl geprüft worden seien.

239 Endesa weist auf andere Tatsachen hin, die im Zusammenhang betrachtet ihrer Meinung nach klar und eindeutig auf einen Ermessensmissbrauch hindeuten. So sei es zumindest merkwürdig, dass die Kommission keine der von Gas Natural vorgeschlagenen Anpassungen geprüft habe, mit Ausnahme einer einzigen, die sich

auf die „nichtkonsolidierten Unternehmen“ des Konzerns beziehe und sich, wenn auch nur geringfügig, zum Nachteil von Endesa auswirke. Noch bedeutsamer sei die Feststellung, dass die Kommission es unterlassen habe, in der Entscheidung auf den Fall eines anderen nichtkonsolidierten Unternehmens (Ergon Energía) einzugehen, das Endesa in ihrer Antwort auf das Auskunftersuchen der Kommission vom 4. November 2005 genannt habe. Bei Berücksichtigung aller nichtkonsolidierten Unternehmen neige sich die Waage zugunsten der gemeinschaftsweiten Bedeutung des Zusammenschlusses. Auch die Begründung der Randnummer, in der es um die Zusatzeinkommen von Endesa in Italien gehe (Randnrn. 60 bis 64 der Entscheidung) sei überraschend, da die Kommission auf zwei Posten eingehe, aber nicht zu dem Posten Stellung nehme, der wirtschaftlich der wichtigste gewesen sei.

240 Endesa führt aus, bei aufmerksamer Lektüre der Entscheidung zeige sich, dass das einzige Ziel der Kommission darin bestanden habe, die Risiken einer Nichtigerklärung der Entscheidung durch das Gericht zu begrenzen, während es doch ihre Pflicht gewesen wäre, die Zuständigkeitsregeln anzuwenden und insbesondere die Gründe darzulegen, aus denen sie die vorgeschlagenen Anpassungen abgelehnt habe.

241 Der Umstand, dass die Kommission ihre Verantwortung für die Bestimmung ihrer Zuständigkeit nicht wahrgenommen habe, stelle einen Ermessensmissbrauch dar, der zudem mangels einer ausreichenden Begründung die Verteidigungsrechte verletze, zumal die Klägerin während des ganzen Verwaltungsverfahrens aktiv mitgearbeitet habe, indem sie eine Reihe von Angaben gemacht habe, die die Kommission angefordert habe.

242 Es deute zusätzlich auf einen Ermessensmissbrauch und darüber hinaus auf eine Verletzung der Verteidigungsrechte hin, dass ihr eine Frist von nur 24 Stunden für die Beantwortung eines Auskunftersuchens gesetzt worden sei, das 50 Tage nach Einleitung des Verfahrens übersandt worden sei und dann für die Begründung der Entscheidung entscheidende Bedeutung erlangt habe.

243 Endesa hält es angesichts der genannten Umstände, insbesondere der fehlenden Rechtfertigung der Auswahl der geprüften Anpassungen und der unzureichenden Begründung, und unter Berücksichtigung ihres Vorbringens zu den beiden hauptsächlichen Rügen (betreffend die Rechnungslegungsstandards und die „Durchlauf“-Anpassung sowie die die Erdgastauschgeschäfte betreffende Anpassung) für überflüssig, ihre Einwände gegen die Beurteilung der verschiedenen in den Randnummern 37 bis 72 der Entscheidung geprüften Anpassungen näher darzulegen.

244 Die Kommission, die von den Streithelfern unterstützt wird, trägt vor, der vorliegende Klagegrund umfasse verschiedene Ausführungen, mit denen die Klägerin im Wesentlichen nur ihrem Erstaunen über bestimmte Aspekte der Entscheidung Ausdruck verleihe und offensichtlich nur den Eindruck erwecken wolle, dass die Beurteilungen der Anpassungen, gegen die keine ausdrücklichen Einwände erhoben worden seien, gleichwohl bestritten würden. Diese Kritik sei nicht untermauert und verweise nicht auf eine genaue Passage der Entscheidung. Es handele sich somit um einen unzulässigen Klagegrund, da dieser nicht die formalen Voraussetzungen des Artikels 44 der Verfahrensordnung erfülle. Selbst wenn die behaupteten Fehler vorlägen, könnten sie keinen Beweis für einen Ermessensmissbrauch erbringen.

Würdigung durch das Gericht

245 Im Rahmen dieses Klagegrundes macht die Klägerin eine Reihe heterogener Ausführungen, die sich auf die übrigen in der Entscheidung abgelehnten Anpassungen, auf die Anpassungen, zu denen die Kommission in der Entscheidung nicht Stellung genommen hat, und auf die Frist für die Beantwortung eines Auskunftsersuchens beziehen. Schließlich rügt die Klägerin einen Ermessensmissbrauch.

246 Was erstens die Prüfung der übrigen vorgeschlagenen und in der Entscheidung untersuchten Anpassungen angeht, beschränkt sich die Klägerin auf die Behauptung, die Kommission habe sie nur deshalb abgelehnt, weil sie in der Mitteilung nicht vorgesehen seien.

247 Zwar hat das Gericht, wie die Kommission geltend macht, bereits Gelegenheit gehabt, auszuführen, dass das beschleunigte Verfahren, in dem es keinen zweiten Schriftsatzwechsel gibt, voraussetzt, dass die Argumente der Klägerin von Anfang an klar und abschließend in der Klageschrift dargelegt werden (Randnr. 183 des Urteils EDP/Kommission, zitiert in Randnr. 93). In der vorliegenden Rechtssache ist die Rüge jedoch zulässig, denn sie kann, auch wenn sie sehr knapp und wenig untermauert ist, doch dahin verstanden werden, dass damit geltend gemacht werden soll, der Kommission sei ein Fehler unterlaufen, als sie nur die in der Mitteilung vorgesehenen Anpassungen für zulässig gehalten habe, ohne zu prüfen, ob diese Anpassungen mit der Verordnung in Einklang standen oder nicht.

248 Diese Rüge ist jedoch als unbegründet zurückzuweisen. Denn eine Prüfung der Entscheidung ergibt, dass die Kommission entgegen dem Vorbringen der Klägerin keine der in Rede stehenden Anpassungen nur deshalb abgelehnt hat, weil sie nicht ausdrücklich in der Mitteilung vorgesehen war.

249 So wird die Ablehnung der in den Randnummern 41 bis 44 der Entscheidung bezeichneten Anpassungen nicht auf die Mitteilung gestützt, sondern darauf, dass es sich um Anpassungen handle, die nicht vorschriftsmäßig geprüft oder aber unbegründet seien (Randnr. 44 der Entscheidung). Auch im Zusammenhang mit der in den Randnummern 45 bis 50 der Entscheidung geprüften Anpassung wurde nicht auf die Mitteilung Bezug genommen. Die Ablehnung der in den Randnummern 51 bis 55 der Entscheidung geprüften Anpassungen beruht auf der Erwägung, dass es sich dabei um Kosten handle, die die Elektrizitätsunternehmen aufbringen müssten, um im Markt tätig bleiben zu können, und das Ergebnis wird auf Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung gestützt. Die in den Randnummern 56 und 57 der Entscheidung geprüfte Anpassung wird mit der Begründung abgelehnt, aus buchhalterischer Sicht müsse die Übertragung von Vermögenswerten an sich als Einnahme betrachtet werden, und dies ungeachtet dessen, ob die übertragenen Vermögenswerte Einnahmen erwirtschafteten. Darüber hinaus vertritt die Kommission die Auffassung, dass diese Vorgehensweise eine häufige oder zumindest keine außergewöhnliche Praxis darstelle. Das Ergebnis wird ebenfalls auf Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung gestützt. Ungerechtfertigt ist auch die Kritik der Klägerin an der Behandlung der in den Randnummern 58 und 59 geprüften Anpassung, wo

ausgeführt wird, Endesa habe nicht klar genug dargelegt, dass die fraglichen Einnahmen sich tatsächlich auf frühere Jahre bezögen. Dasselbe gilt für die in den Randnummern 60 bis 64 der Entscheidung geprüfte Anpassung, die aufgrund des Vorsichtsprinzips und der Verordnung selbst abgelehnt worden ist. Schließlich wird auch das Ergebnis bezüglich der in den Randnummern 65 bis 68 der Entscheidung geprüften Anpassung auf Artikel 5 der Verordnung gestützt.

- 250 Daraus folgt, dass die Rüge der Klägerin, die sich auf die übrigen in der Entscheidung abgelehnten Anpassungen bezieht, nicht durchgreift.
- 251 Im Übrigen kann sich die Klägerin nicht vorbehalten, später neue Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen. Sonach ist die Entscheidung hinsichtlich der übrigen von Endesa vorgeschlagenen Anpassungen, die die Kommission in der Entscheidung einer Prüfung unterzogen hat, als bestandskräftig anzusehen.
- 252 Was zweitens die Rüge betrifft, die sich auf die Anpassungen bezieht, zu denen die Kommission nicht Stellung genommen hat, trägt die Klägerin vor, die Kommission hätte erklären müssen, nach welchem Kriterium sie entschieden habe, welche Anpassungen eine Prüfung verdienten und bei welchen sich eine Prüfung erübrige. Ihre Auswahl sei völlig unberechtigt und führe dazu, dass der Entscheidung die Grundlage entzogen werde, wenn das Gericht einem der beiden hauptsächlichen Klagegründe oder beiden stattgebe, in denen es zum einen um die zu verwendenden Rechnungslegungsstandards und zum anderen um die „Durchlauf“-Anpassung und die die Erdgastauschgeschäfte betreffende Anpassung gehe.
- 253 Diese Rüge greift nicht durch. Denn selbst wenn alle Anpassungen, zu denen die Kommission nicht Stellung genommen hat, akzeptiert würden, hätte der Unternehmenszusammenschluss unstreitig keine gemeinschaftsweite Bedeutung; diese würde er nur erlangen, wenn außerdem entweder der von der Klägerin vorgelegte IFRS-Abschluss oder die beiden die Weiterleitung und die Erdgastauschgeschäfte betreffenden Anpassungen akzeptiert würden. Da die Kommission in der Entscheidung sowohl den IFRS-Abschluss als auch die beiden Anpassungen abgelehnt hat, erübrigte sich die Prüfung der übrigen von Endesa vorgeschlagenen Anpassungen.

- 254 Die Klägerin kann insoweit auch nicht den Vorwurf der fehlenden Begründung erheben. Denn das Begründungserfordernis verpflichtet die Kommission insbesondere im Rahmen der Fusionskontrolle, bei der Entscheidungen zügig erlassen werden müssen, nicht dazu, zu Anpassungen Stellung zu nehmen, die selbst dann, wenn sie akzeptiert würden, keine Konsequenzen hätten, da sich aus der vorausgehenden Ablehnung anderer Anpassungen bereits rechtlich ausreichend ergibt, dass der Unternehmenszusammenschluss keine gemeinschaftsweite Bedeutung hat.
- 255 Aus demselben Grund ist das Vorbringen zurückzuweisen, die Kommission habe keine der von Gas Natural vorgeschlagenen Anpassungen (mit Ausnahme derjenigen, die Endesa zum Nachteil gereiche) und auch nicht die Anpassungen betreffend die nichtkonsolidierten Unternehmen, insbesondere Ergon Energía, geprüft. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission eine der von Gas Natural vorgeschlagenen Anpassungen deshalb akzeptiert hat, weil die Klägerin selbst ihre Berechtigung eingeräumt hatte. Schließlich geht der Vorwurf, die Kommission habe die von Gas Natural vorgeschlagenen Anpassungen nicht geprüft, ins Leere, denn diese „Gegenanpassungen“ würden den Anteil des Umsatzes, den die Klägerin in Spanien erzielt hat, noch erhöhen.
- 256 Was drittens das Vorbringen der Klägerin angeht, bei aufmerksamer Lektüre der Entscheidung zeige sich, dass das einzige Ziel der Kommission darin bestanden habe, die Risiken einer Nichtigerklärung der Entscheidung durch das Gericht zu begrenzen, genügt der Hinweis, dass man der Kommission keinen Vorwurf daraus machen kann, dass sie sich der Rechtmäßigkeit ihrer Entscheidungen vergewissert, damit diese nicht vom Gericht für nichtig erklärt werden.
- 257 Was viertens die Rüge der Klägerin betrifft, dass ihr eine Frist von nur 24 Stunden für die Beantwortung eines Auskunftsersuchens gesetzt worden sei, das 50 Tage nach Einleitung des Verfahrens übersandt worden sei und dann für die Begründung der Entscheidung entscheidende Bedeutung erlangt habe, genügt es, festzustellen, dass die Klägerin keine Fristverlängerung beantragt hat und dass sie in der ihr zur Verfügung stehenden Zeit geantwortet hat.

258 Was schließlich fünftens die Rüge des Ermessensmissbrauchs angeht, ist daran zu erinnern, dass eine Rechtshandlung nur dann ermessensmissbräuchlich ist, wenn aufgrund objektiver, schlüssiger und übereinstimmender Indizien anzunehmen ist, dass sie ausschließlich oder zumindest vorwiegend zu anderen als den angegebenen Zwecken oder mit dem Ziel erlassen worden ist, ein Verfahren zu umgehen, das der Vertrag speziell vorsieht, um die konkrete Sachlage zu bewältigen (Urteile des Gerichtshofes vom 21. Juni 1984, Lux/Rechnungshof, 69/83, Slg. 1984, 2447, Randnr. 30, vom 13. November 1990, Fedesa u. a., C-331/88, Slg. 1990, I-4023, Randnr. 24, vom 13. Juli 1995, Parlament/Kommission, C-156/93, Slg. 1995, I-2019, Randnr. 31, vom 14. Mai 1998, Windpark Groothusen/Kommission, C-48/96 P, Slg. 1998, I-2873, Randnr. 52, und vom 22. November 2001, Niederlande/Rat, C-110/97, Slg. 2001, I-8763, Randnr. 137). Da keiner der Fehler oder Irrtümer, die die Klägerin im Rahmen des vorliegenden Klagegrundes oder der anderen Klagegründe angeführt hat, um das Vorliegen eines Ermessensmissbrauchs darzutun, gegeben war, ist diese Rüge zurückzuweisen. Jedenfalls könnten die behaupteten Irrtümer selbst dann nicht den Nachweis eines Ermessensmissbrauchs erbringen, wenn sie der Kommission tatsächlich unterlaufen wären.

259 Folglich greift der fünfte Klagegrund nicht durch.

260 Nach alledem ist die Klage als unbegründet abzuweisen.

Kosten

261 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin mit ihrem Vorbringen unterlegen ist und die Kommission und die Streithelfer beantragt haben, ihr die Kosten aufzuerlegen, sind der Klägerin außer ihren eigenen Kosten diejenigen der Kommission und der Firma Gas Natural einschließlich der Kosten des Verfahrens der einstweiligen Anordnung aufzuerlegen.

262 Nach Artikel 87 § 4 der Verfahrensordnung tragen die Mitgliedstaaten, die dem Rechtsstreit als Streithelfer beigetreten sind, ihre eigenen Kosten. Dem Königreich Spanien sind daher seine eigenen Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Dritte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Klage wird abgewiesen.**
2. **Die Klägerin trägt ihre eigenen Kosten sowie diejenigen der Kommission und der Gas Natural SDG, SA, einschließlich der Kosten des Verfahrens der einstweiligen Anordnung.**
3. **Das Königreich Spanien trägt seine eigenen Kosten.**

Jaeger

Tiili

Czúcz

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 14. Juli 2006.

Der Kanzler

Der Präsident

E. Coulon

M. Jaeger

Inhaltsverzeichnis

Rechtlicher Rahmen	II - 2543
Verordnungen über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen	II - 2543
Regelung für die Buchhaltung der Gesellschaften	II - 2548
Mitteilung über die Berechnung des Umsatzes	II - 2551
Der dem Rechtsstreit zugrunde liegende Sachverhalt	II - 2552
Verfahren	II - 2556
Anträge der Verfahrensbeteiligten	II - 2559
Gründe	II - 2560
Zum ersten Klagegrund: Verfahrensfehler	II - 2561
Zum ersten Teil: Bescheidung der Verweisungsanträge vor Erlass der Entscheidung	II - 2561
— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	II - 2561
— Würdigung durch das Gericht	II - 2562
Zum zweiten Teil: mangelnde Transparenz und Verletzung der Rechte der Verteidigung	II - 2565
— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	II - 2565
— Würdigung durch das Gericht	II - 2566
Zum dritten Teil: Nichtaussetzung des nationalen Verfahrens	II - 2568
— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	II - 2568
— Würdigung durch das Gericht	II - 2570
Zum zweiten Klagegrund: Umkehr der Beweislast und fehlende Begründung	II - 2571
Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	II - 2571
Würdigung durch das Gericht	II - 2573
	II - 2625

Zum dritten Klagegrund: Nichtverwendung des entsprechend den Rechnungslegungsstandards IAS/IFRS erstellten Abschlusses	II - 2580
Zum ersten Teil: Nichtverwendung der IAS/IFRS als einzig gültiger Rechnungslegungsstandards	II - 2581
— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	II - 2581
— Würdigung durch das Gericht	II - 2582
Zum zweiten Teil: Vorrang der Rechnungslegungsstandards IAS/IFRS	II - 2585
— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	II - 2585
— Würdigung durch das Gericht	II - 2587
Zum dritten Teil: Rechtsirrtümer und offensichtliche Beurteilungsfehler bei der Ablehnung des abgestimmten Abschlusses	II - 2591
— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	II - 2591
— Würdigung durch das Gericht	II - 2598
Zum vierten Klagegrund: Ablehnung der „Durchlauf“-Anpassung und der die Erdgastauschgeschäfte betreffenden Anpassung	II - 2602
— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	II - 2603
— Würdigung durch das Gericht	II - 2606
Zum fünften Klagegrund: Verstoß gegen die in der Mitteilung aufgestellten Kriterien, fehlende Prüfung und Begründung sowie Ermessensmissbrauch	II - 2616
Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	II - 2616
Würdigung durch das Gericht	II - 2619
Kosten	II - 2623