



Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Zweite Kammer)

28. Juni 2016*

„Wettbewerb — Kartelle — Portugiesischer und spanischer Telekommunikationsmarkt — Klausel über ein Verbot des Wettbewerbs auf dem iberischen Markt, die in den Vertrag über den Erwerb des von Portugal Telecom gehaltenen Anteils am brasilianischen Mobilfunkanbieter Vivo durch Telefónica aufgenommen wurde — Vorbehalt ‚soweit gesetzlich zulässig‘ — Begründungspflicht — Bezweckte Zuwiderhandlung — Nebenabrede — Potenzieller Wettbewerb — Bewirkte Zuwiderhandlung — Berechnung der Geldbuße — Antrag auf Zeugenvernehmung“

In der Rechtssache T-208/13

Portugal Telecom SGPS, SA (Lissabon, Portugal), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte N. Mimoso Ruiz und R. Bordalo Junqueiro,

Klägerin,

gegen

Europäische Kommission, zunächst vertreten durch C. Giolito, C. Urraca Caviedes und T. Christoforou, dann C. Giolito, C. Urraca Caviedes und P. Costa de Oliveira als Bevollmächtigte im Beistand von Rechtsanwalt M. Marques Mendes,

Beklagte,

wegen Nichtigerklärung des Beschlusses C (2013) 306 final der Kommission vom 23. Januar 2013 in einem Verfahren nach Artikel 101 AEUV (Sache COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom), hilfsweise, Herabsetzung der Geldbuße,

erlässt

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung der Präsidentin M.E. Martins Ribeiro (Berichterstatte(r)in) sowie der Richter S. Gervasoni und L. Madise,

Kanzler: J. Palacio González, Hauptverwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 22. Mai 2015

folgendes

* Verfahrenssprache: Portugiesisch.

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 1 Der vorliegende Rechtsstreit, der den Beschluss C (2013) 306 final der Kommission vom 23. Januar 2013 in einem Verfahren nach Artikel 101 AEUV (Sache COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) (im Folgenden: angefochtener Beschluss) betrifft, geht auf eine Klausel (im Folgenden: Klausel) zurück, die in Art. 9 des am 28. Juli 2010 von der Telefónica SA (im Folgenden: Telefónica) und der Klägerin, der Portugal Telecom SGPS, SA (im Folgenden: PT), unterzeichneten Aktienkaufvertrags (im Folgenden: Vertrag) eingefügt wurde, der auf die alleinige Kontrolle von Telefónica über den brasilianischen Mobilfunknetzbetreiber Vivo Participações, SA (im Folgenden: Vivo) ausgerichtet war. Die Klausel hat folgenden Wortlaut (erster Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses):

„Neun – Wettbewerbsverbot

Soweit rechtlich zulässig, verzichten beide Parteien darauf, in dem Zeitraum, der am Tag [des endgültigen Transaktionsabschlusses, dem 27. September 2010] beginnt und am 31. Dezember 2011 endet, direkt oder indirekt über verbundene Unternehmen an Vorhaben im Telekommunikationsgeschäft (einschließlich Festnetz- und Mobilfunkdiensten, Internetzugang- und Fernsehdiensten, jedoch mit Ausnahme von Investitionen oder Tätigkeiten, die am Tag der Unterzeichnung dieses Vertrags bestehen bzw. ausgeübt werden), die auf dem iberischen Markt mit der jeweils anderen Partei in Wettbewerb stehen könnten, zu beteiligen oder in sie zu investieren.“

- 2 Die Europäische Kommission war in Übereinstimmung mit ihrer vorläufigen Beurteilung in der Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 21. Oktober 2011 der Ansicht, dass die Klausel in Anbetracht ihres Inhalts und der Umstände (des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs dieser Angelegenheit und des Verhaltens der Parteien) auf eine Marktaufteilungsvereinbarung hinauslaufe, die unter Verstoß gegen Art. 101 AEUV eine Beschränkung des Wettbewerbs im Binnenmarkt bezwecke (Erwägungsgründe 2 und 434 des angefochtenen Beschlusses).

A – Vorstellung von PT und Telefónica

- 3 Die Gruppe Portugal Telecom wurde 1994 durch Verschmelzung von drei staatlichen Unternehmen gegründet und von 1995 bis 2000 in fünf Etappen privatisiert. Nach der fünften und letzten Etappe der Privatisierung im Jahr 2000 hielt der portugiesische Staat 500 Aktien der Kategorie A (im Folgenden: Sonderaktien), die ihm bestimmte Sonderrechte einräumten, darunter ein Vetorecht gegen Satzungsänderungen und andere wichtige Entscheidungen. Am 12. Dezember 2000 wandelte sich die Portugal Telecom SA in eine Kapitalanlagegesellschaft um und nahm den Namen PT an (Erwägungsgründe 21 bis 23 des angefochtenen Beschlusses).
- 4 PT ist der bedeutendste Telekommunikationsbetreiber in Portugal und verfügt über eine strategische Präsenz in anderen Ländern, insbesondere in Brasilien und in afrikanischen Ländern südlich der Sahara. Zu den wichtigsten Vermögenswerten von PT in Brasilien gehörte ein 50%iger Anteil an dem Gemeinschaftsunternehmen, das Vivo bis zu deren Übernahme durch Telefónica beherrschte. Im Anschluss an die Veräußerung ihrer Beteiligung an Vivo am 28. Juli 2010 ging PT eine strategische Partnerschaft mit Oi ein, einem der wichtigsten Dienstleister für elektronische Kommunikation in Brasilien (Erwägungsgründe 24 und 25 des angefochtenen Beschlusses).

- 5 PT veräußerte ihren Anteil von 0,20 % an Telefónica im Jahr 2010 und beherrscht keine spanischen Unternehmen. Sie bietet ihren multinationalen Kunden in Portugal, die auf dem spanischen Markt tätig sind, Telekommunikationsdienstleistungen an, indem sie die Netze anderer Betreiber, insbesondere von Telefónica, nutzt (Erwägungsgründe 27, 28 und 233 des angefochtenen Beschlusses).
- 6 Telefónica war vor ihrer vollständigen Privatisierung im Jahr 1997 Inhaberin des spanischen Staatsmonopols auf dem Gebiet der Telekommunikation und ist das bedeutendste Telekommunikationsunternehmen in Spanien. Telefónica hat sich international aufgestellt, ist inzwischen in mehreren Ländern der Europäischen Union, Lateinamerikas und Afrikas präsent und zählt zu den größten Telekommunikationskonzernen Europas (Erwägungsgründe 12 und 16 des angefochtenen Beschlusses).
- 7 Bei Erlass des angefochtenen Beschlusses hielt Telefónica 2 % des Kapitals von PT. In dem für diesen Beschluss maßgebenden Zeitraum hielt Telefónica eine Minderheitsbeteiligung an Zon Multimedia (im Folgenden: Zon), einem auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikation tätigen und mit PT im Wettbewerb stehenden Unternehmen, das aus der im November 2007 erfolgten Abspaltung der PT Multimedia von ihrer Muttergesellschaft PT hervorgegangen war. Über ihre Beteiligung an portugiesischen Unternehmen hinaus hat Telefónica begonnen, eine unmittelbare Präsenz in Portugal mittels zweier ihrer Tochtergesellschaften und der portugiesischen Zweigniederlassung einer dieser Tochtergesellschaften aufzubauen (Erwägungsgründe 18 bis 20 und 215 des angefochtenen Beschlusses).
- 8 Ferner ernannte Telefónica in Abhängigkeit vom jeweiligen Datum ein oder zwei Verwaltungsratsmitglieder von PT. Am Tag des endgültigen Abschlusses des Vertrags über den Erwerb von Vivo, dem 27. September 2010 (siehe unten, Rn. 25) gehörten dem Verwaltungsrat von PT zwei Mitglieder an, die von Telefónica ernannt worden waren (Fn. 67 des angefochtenen Beschlusses).

B – Verhandlungen und Vertragsunterzeichnung

- 9 Vivo ist eines der bedeutendsten Mobilfunkunternehmen in Brasilien. Zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrags am 28. Juli 2010 wurde Vivo gemeinsam von Telefónica und PT über die Brasilcel NV (im Folgenden: Brasilcel) beherrscht, eine in den Niederlanden eingetragene Investmentgesellschaft (33. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 10 Am 6. Mai 2010 unterbreitete Telefónica ein feindliches öffentliches Übernahmeangebot in Höhe von 5,7 Milliarden Euro für den seinerzeit von PT gehaltenen 50%igen Anteil an Brasilcel. Dieses Angebot enthielt u. a. eine Bestimmung, nach der „Telefónica PT kein Wettbewerbs- oder Abwerbeverbot auferlegen“ werde. Dieses erste Angebot wurde von den Mitgliedern des Verwaltungsrats von PT einstimmig abgelehnt (Erwägungsgründe 35 und 36 des angefochtenen Beschlusses).
- 11 Im Anschluss an eine Besprechung der Parteien, die am 31. Mai 2010 stattgefunden hatte, sandte PT am 1. Juni 2010 um 02.53 Uhr an Telefónica eine E-Mail mit dem Entwurf eines zweiten Angebots für den Erwerb ihrer Beteiligung an Vivo. Die Klausel war erstmals in den genannten Entwurf aufgenommen worden (38. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 12 Der erste Entwurf dieser Klausel hatte folgenden Wortlaut (39. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses):

„Wettbewerbsverbot

Beide Parteien verzichteten darauf, sich in dem Zeitraum, der am Tag der Annahme des Angebots beginnt und i) am 31. Dezember 2011 oder ii) am Tag der wirksamen Übertragung des letzten Teils der alternativen Aktien B endet, direkt oder indirekt über verbundene Unternehmen an Vorhaben im Telekommunikationsgeschäft (einschließlich Festnetz- und Mobilfunkdiensten, Internetzugang- und Fernsehdiensten), die auf dem iberischen Markt mit der jeweils anderen Partei in Wettbewerb stehen könnten, zu beteiligen oder in sie zu investieren.“

- 13 In einer am 1. Juni 2010 um 12.21 Uhr an PT gerichteten E-Mail schlug Telefónica vor, die Klausel durch Einfügung der Worte „jedoch mit Ausnahme von Investitionen oder Tätigkeiten, die am Tag der Unterzeichnung dieses Vertrags bestehen bzw. ausgeübt werden“ zu ändern, um bereits vorhandene Aktivitäten der Parteien auf dem nationalen Markt der jeweils anderen Partei von ihrem Anwendungsbereich auszunehmen. Diese Änderung wurde in das zweite Angebot vom 1. Juni 2010 aufgenommen (40. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 14 Zusätzlich zum ersten Entwurf der Klausel sah das zweite Angebot eine Erhöhung des Preises auf 6,5 Milliarden Euro, eine Rückkaufoption zugunsten von PT, nach der diese ihre von Telefónica gehaltenen Aktien zurückkaufen konnte, und die Verpflichtung von Telefónica vor, die Aktien zu kaufen, die PT an der Dedic SA hielt, einem brasilianischen Betreiber von Callcentern. Zudem sah das zweite Angebot weiterhin die Verpflichtung von Telefónica vor, „PT kein Wettbewerbs- oder Abwerbverbot auf[z]u[er]legen“, die schon Bestandteil des ersten Angebots gewesen war (Erwägungsgründe 41 und 42 des angefochtenen Beschlusses).
- 15 Am Abend des 1. Juni 2010 gab der Verwaltungsrat von PT seine Auffassung bekannt, das zweite Angebot von Telefónica entspreche nicht dem wirklichen Wert von Vivo. Er beschloss jedoch, seine Entscheidung der Hauptversammlung der Gesellschaft am 30. Juni 2010 vorzulegen (45. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 16 Die Parteien gaben das zweite Angebot öffentlich bekannt, indem sie es auf ihren jeweiligen Websites veröffentlichten und der spanischen und der portugiesischen Börsenaufsichtsbehörde mitteilten. Außerdem wurde der Inhalt der in das zweite Angebot aufgenommenen Klausel in einer Broschüre veröffentlicht, die der Verwaltungsrat von PT am 9. Juni 2010 zur Vorbereitung der für den 30. Juni 2010 vorgesehenen Hauptversammlung an die Aktionäre von PT verteilen ließ (Erwägungsgründe 128 und 129 des angefochtenen Beschlusses).
- 17 Am 29. Juni 2010 legte Telefónica ein drittes Angebot in Höhe von 7,15 Milliarden Euro vor, das im Übrigen dieselben Voraussetzungen und Bedingungen wie das zweite Angebot enthielt (46. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 18 Am 30. Juni 2010 nahm die ordentliche Hauptversammlung von PT das dritte Angebot von Telefónica an. Die portugiesische Regierung machte jedoch von dem Recht Gebrauch, das mit den von ihr gehaltenen Vorzugsaktien von PT verbunden war (siehe oben, Rn. 3), um die Transaktion zu blockieren, und Telefónica verlängerte ihr drittes Angebot bis zum 16. Juli 2010 (Erwägungsgründe 47 und 48 des angefochtenen Beschlusses).
- 19 In seinem Urteil vom 8. Juli 2010, Kommission/Portugal (C-171/08, Slg, EU:C:2010:412), entschied der Gerichtshof, dass die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 56 EG verstoßen hat, dass sie Sonderrechte an PT wie die in deren Satzung zugunsten des Staates und anderer öffentlicher Einrichtungen vorgesehenen, die in Verbindung mit vom Staat gehaltenen Sonderaktien von PT gewährt wurden, aufrechterhielt (50. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 20 Am 16. Juli 2010 bat PT Telefónica, ihr Angebot bis zum 28. Juli 2010 zu verlängern, aber Telefónica lehnte dies ab, und das Angebot verfiel (51. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).

- 21 Am 27. Juli 2010 fand eine erneute Besprechung zwischen PT und Telefónica statt, bei der Telefónica PT vorschlug, zum einen am Anfang der Klausel die Worte „soweit rechtlich zulässig“ einzufügen und zum anderen als Geltungsdauer der Klausel den Zeitraum „vom Tag [des endgültigen Transaktionsabschlusses am 27. September 2010] bis zum 31. Dezember 2011“ festzulegen (Erwägungsgründe 52 und 53 des angefochtenen Beschlusses).
- 22 Am 28. Juli 2010 schlossen Telefónica und PT den Vertrag, mit dem Telefónica durch den Erwerb von 50 % der Kapitalanteile von Brasilcel zum Preis von 7,5 Milliarden Euro die alleinige Kontrolle über Vivo erhielt (54. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 23 Der Vertrag enthielt in seinem Art. 9 folgende Klausel (55. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses):
- „Neun – Wettbewerbsverbot
- Soweit rechtlich zulässig, verzichten die Parteien darauf, in dem Zeitraum, der am Tag [des endgültigen Transaktionsabschlusses am 27. September 2010] beginnt und am 31. Dezember 2011 endet, sich direkt oder indirekt über verbundene Unternehmen an Vorhaben im Telekommunikationsgeschäft (einschließlich Festnetz- und Mobilfunkdiensten, Internetzugang- und Fernsehdiensten, jedoch mit Ausnahme von Investitionen oder Tätigkeiten, die am Tag der Unterzeichnung dieses Vertrags bestehen bzw. ausgeübt werden), die auf dem iberischen Markt mit der jeweils anderen Partei in Wettbewerb stehen könnten, zu beteiligen oder in sie zu investieren.“
- 24 Im Gegensatz zum zweiten Angebot (siehe oben, Rn. 14) sah der Vertrag keine Rückkaufoption zugunsten von PT mehr vor, nach der diese ihre von Telefónica gehaltenen Aktien hätte zurückkaufen können. Hingegen sah der Vertrag u. a. erstens den Rücktritt der von Telefónica ernannten Verwaltungsratsmitglieder von PT vor (Art. 3 Abs. 6 des Vertrags), zweitens ein industrielles Partnerschaftsprogramm zwischen den beiden Unternehmen (Art. 6 des Vertrags) unter dem Vorbehalt, dass sie in Brasilien nicht in Wettbewerb miteinander treten (Art. 7 des Vertrags), und drittens die Möglichkeit für Telefónica, das auf Dienstleistungen von Callcentern spezialisierte brasilianische Unternehmen Dedic zu erwerben (Art. 10 des Vertrags) (Erwägungsgründe 56 bis 61 des angefochtenen Beschlusses).
- 25 Die Transaktion wurde am 27. September 2010 durch eine „notarielle Aktienübertragung“ und einen „notariellen Bestätigungsvertrag“ endgültig abgeschlossen (63. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 26 Am 28. Juli 2010, dem Tag der Vertragsunterzeichnung, gab PT auch bekannt, dass sie am selben Tag ein *Memorandum of Understanding* unterzeichnet habe, das die Regeln für die Begründung einer strategischen Partnerschaft mit Oi festlege (siehe oben, Rn. 4), und dass sie hoffe, einen Anteil von 22,38 % an der Oi-Gruppe zu erwerben, um bei deren Geschäftsführung eine wichtige Rolle spielen zu können (62. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 27 Die Vivo-Transaktion wurde der Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel, brasilianische Regulierungsbehörde für Telekommunikation) und dem Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, brasilianische Wettbewerbsbehörde) angezeigt, und Telefónica bestätigte in einem am 23. August 2010 erschienenen Presseartikel, dass dieser Vertrag ein Wettbewerbsverbot enthielt (Erwägungsgründe 103, 130 und 491 des angefochtenen Beschlusses).

C – Nach dem Abschluss des Vertrags eingetretene Umstände

- 28 Am 26. und 29. Oktober 2010 fanden zwei Telefonkonferenzen zwischen Telefónica und PT statt (Erwägungsgründe 113 und 124 des angefochtenen Beschlusses).

- 29 Am 4. Februar 2011, nach der Einleitung des Verfahrens durch die Kommission am 19. Januar 2011 (siehe unten, Rn. 31), schlossen Telefónica und PT eine Vereinbarung zur Aufhebung der Klausel (125. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses), die folgenden Wortlaut hatte:

„Präambel:

[PT] und Telefónica haben am 28. Juni 2010 einen Vertrag (im Folgenden: Vertrag) geschlossen, mit dem [PT] einen 50%igen Anteil am Kapital der Gesellschaft niederländischen Rechts [Brasilcel] (im Folgenden: Brasilcel oder Gesellschaft) an Telefónica verkauft hat.

Art. 9 des Vertrags enthielt ein Wettbewerbsverbot, dem zufolge sich beide Parteien, soweit rechtlich zulässig, verpflichteten, vom Abschluss der Transaktion (wie im Vertrag definiert) bis zum 31. Dezember 2011 mit der anderen Partei auf dem iberischen Markt nicht in Wettbewerb zu treten.

Art. 9 des Vertrags war von den Parteien zunächst im Rahmen einer eventuellen Option für PT, die seinerzeit von Telefónica gehaltenen Aktien von PT zurückzukaufen, ins Auge gefasst worden, und dieser Artikel ist im endgültigen Vertrag unter dem Vorbehalt seiner rechtlichen Zulässigkeit bestehen geblieben, obwohl diese Option letztlich nicht vereinbart wurde.

Die Parteien möchten schriftlich niederlegen, dass der vorgenannte Art. 9 keine Anwendung findet, dass er niemals zur Anwendung gelangt ist und dass er folglich keinen Einfluss auf ihre jeweiligen geschäftlichen Entscheidungen hatte.

Die Europäische Kommission hat Telefónica und PT am 24. Januar bzw. am 21. Januar 2011 mitgeteilt, dass sie wegen des vorgenannten Art. 9 ein förmliches Verfahren gegen sie eingeleitet hat.

Dieses vorausgeschickt einigen sich die Parteien wie folgt:

Artikel 1.

Vertragsänderung und Entzug von Rechten

Der Vertrag wird dahin geändert, dass sein Art. 9 insgesamt aufgehoben wird. Dieser Artikel gilt als unwirksam und nicht vereinbart.

Die Parteien bestätigen unwiderruflich und abschließend, dass Art. 9 ihnen oder Dritten keinerlei Rechte einräumt oder Verpflichtungen auferlegt.

Artikel 2.

Anzuwendendes Recht

Der vorliegende Vertrag und jede Streitigkeit über seine Erfüllung oder die Folgen eines Verstoßes gegen seine Bestimmungen unterliegen dem portugiesischen Recht und sind nach diesem Recht auszulegen.“

D – Verfahren vor der Kommission

- 30 Im September 2010 wurde die spanische Wettbewerbsbehörde auf die Klausel aufmerksam; sie unterrichtete die portugiesische Wettbewerbsbehörde und die Kommission davon, und es wurde beschlossen, die Untersuchung der Letztgenannten zu überlassen (dritter Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).

- 31 Am 19. Januar 2011 leitete die Kommission ein Verfahren nach Art. 11 Abs. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln [101 AEUV] und [102 AEUV] niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1) und nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel [101 AEUV] und [102 AEUV] (ABl. 2004, L 123 S. 18) gegen Telefónica und PT ein (fünfter Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 32 Im Rahmen der Untersuchung richtete die Kommission nach Art. 18 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 am 5. Januar 2011, 1. April 2011, 25. Mai 2011, 10. und 24. Juni 2011 sowie 5. September 2012 Auskunftsverlangen an die Parteien und am 20. April 2011 an einige ihrer multinationalen Kunden. Außerdem fanden am 17. März 2011, 8. September 2011 und 27. September 2012 Besprechungen mit PT sowie am 21. März 2011, 7. September 2011 und 27. September 2012 mit Telefónica statt (sechster Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 33 Am 21. Oktober 2011 erließ die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte. Am 4. November 2011 wurde den Parteien Akteneinsicht gewährt, und am 7. November 2011 erhielten sie die entsprechenden Schriftstücke. Am 13. Januar 2012 antworteten Telefónica und PT auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte, beantragten aber keine Anhörung (Erwägungsgründe 7, 8 und 9 des angefochtenen Beschlusses).
- 34 Am 23. Januar 2013 erließ die Kommission den angefochtenen Beschluss.

Angefochtener Beschluss

- 35 Die Kommission gab an, die dem angefochtenen Beschluss zugrunde liegende Sache betreffe die im Vertrag enthaltene Klausel (siehe oben, Rn. 1, 22 und 23) (erster Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 36 Sie führte aus, sie sei in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu der Ansicht gelangt, dass die Klausel in Anbetracht ihres Inhalts und der Umstände (des wirtschaftlichen und rechtlichen Hintergrunds dieser Angelegenheit und des Verhaltens der Parteien) auf eine Marktaufteilungsvereinbarung hinauslaufe, die unter Verstoß gegen Art. 101 AEUV eine Beschränkung des Wettbewerbs im Binnenmarkt bezwecke, und halte diese Ansicht in dem angefochtenen Beschluss aufrecht (zweiter Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 37 Als Erstes untersuchte die Kommission die tatsächliche Vorgeschichte der Verhandlungen der Parteien, die zur Einfügung der Klausel in die endgültige Fassung des Vertrags geführt hatten, die nach dessen Abschluss eingetretenen Umstände (siehe oben, Rn. 10 bis 29) und das Vorbringen der Parteien zu dieser Vorgeschichte und zu diesen Umständen (Erwägungsgründe 29 bis 130 des angefochtenen Beschlusses).
- 38 Als Zweites stellte die Kommission in Anbetracht des Anwendungsbereichs der Klausel und der relevanten Märkte fest, dass die Klausel aufgrund ihres Wortlauts (oben, Rn. 1 und 23) alle Vorhaben auf dem Gebiet elektronischer Kommunikationsdienste betreffe, sofern die eine oder die andere Partei solche Dienste erbringe oder erbringen könne. Folglich betreffe die Klausel, wie sich aus ihrem Wortlaut ergebe, Festnetz- und Mobilfunkdienste, Internetzugangs- und Fernsehdienste, aber auch Rundfunkdienste, die als Kommunikationsdienste angesehen würden, auch wenn sie in der Klausel nicht erwähnt seien. Hingegen stellte die Kommission fest, dass entsprechend dem Wortlaut der Klausel alle Tätigkeiten und Investitionen aus der Zeit vor dem Abschluss des Vertrags, d. h. dem 28. Juli 2010, nicht in den Anwendungsbereich der Klausel fielen (Erwägungsgründe 132 bis 136 und 185 des angefochtenen Beschlusses).

- 39 Was den letztgenannten Aspekt betrifft, führte die Kommission aus, dass die weltweiten Telekommunikationsdienste und die Bereitstellung von internationalen Übertragungsdiensten an Großabnehmer nicht in den Anwendungsbereich der Klausel fielen, weil beide Parteien am Tag des Vertragsschlusses auf den Märkten für diese Dienstleistungen auf der Iberischen Halbinsel tätig gewesen seien (Erwägungsgründe 173, 174, 184 und 185 des angefochtenen Beschlusses).
- 40 Hinsichtlich des räumlichen Umfangs der Klausel legte die Kommission den Ausdruck „iberischer Markt“ dahin aus, dass er sich auf den spanischen und den portugiesischen Markt beziehe. In Anbetracht der geschäftlichen Tätigkeiten der Parteien, die in der Präsenz auf den meisten Märkten für elektronische Kommunikation in ihrem jeweiligen Herkunftsland und einer schwachen oder gar fehlenden Präsenz im Herkunftsland der jeweils anderen Partei bestanden hätten (siehe oben, Rn. 3 bis 7), stellte die Kommission fest, dass der räumliche Anwendungsbereich der Klausel im Fall von Telefónica Portugal und im Fall von PT Spanien sei (Erwägungsgründe 137 bis 140 des angefochtenen Beschlusses).
- 41 Somit war die Kommission der Ansicht, die Klausel umfasse alle elektronischen Kommunikations- und Fernsehdienste in Spanien und Portugal mit Ausnahme der Märkte für weltweite Telekommunikationsdienste und internationale Übertragungsdienste für Großabnehmer (185. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 42 Als Drittes stand nach Auffassung der Kommission außer Zweifel, dass die Klausel eine Vereinbarung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV darstelle, weil es sich um einen von den Parteien geschlossenen und unterzeichneten schriftlichen Vertrag handle, dessen Existenz unbestreitbar sei, und die Klausel zudem Gegenstand einer notariellen Urkunde sei, deren Präambel angebe, dass eine Abschrift des Vertrags beigelegt sei (237. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 43 Erstens stellte die Kommission unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen im Anschluss an die Prüfung des Vorbringens der Parteien fest, dass die Klausel in Anbetracht des Vertragsinhalts, des mit der Klausel verfolgten Zwecks, des wirtschaftlichen und rechtlichen Hintergrunds der Klausel, des Handelns und des tatsächlichen Verhaltens der Parteien und schließlich ihrer Absicht eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstelle (Erwägungsgründe 238 bis 242 und 243 bis 356 des angefochtenen Beschlusses).
- 44 Somit kam die Kommission betreffend den Zweck der Klausel zu dem Schluss, dass diese es angesichts ihres Anwendungsbereichs PT untersage, auf einen der spanischen Telekommunikationsmärkte vorzudringen, und Telefónica, ihre beschränkte Präsenz auf dem portugiesischen Telekommunikationsmarkt zu erweitern, und zwar während der gesamten Geltungsdauer der Klausel, so dass Telefónica und PT, statt miteinander in Wettbewerb zu treten und sich wie Rivalen zu verhalten, wie es normalerweise auf einem offenen und wettbewerbsorientierten Markt zu erwarten sei, vorsätzlich übereingekommen seien, jeden Wettbewerb auf ihren jeweiligen Märkten auszuschließen oder zu beschränken, so dass die Klausel eine Marktaufteilungsvereinbarung sei (353. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 45 Zum letztgenannten Gesichtspunkt führte die Kommission aus, die Klausel sei zudem geeignet, die Integration im Sektor der elektronischen Kommunikation zu verzögern, weil der Integrationsprozess auf diesem Markt ernsthaft gefährdet würde, wenn etablierte Unternehmen wie Telefónica und PT ihre bereits sehr starke Marktposition ausbauen könnten, indem sie sich an kollusiven Verhaltensweisen beteiligen, um ihre Heimatmärkte zu schützen und den Eintritt anderer Betreiber in diese Märkte zu verhindern (Erwägungsgründe 354 und 355 des angefochtenen Beschlusses).
- 46 Zweitens führte die Kommission nach einem Hinweis auf die Rechtsprechung, wonach die konkreten Auswirkungen einer Vereinbarung nicht berücksichtigt zu werden brauchten, wenn dargetan sei, dass sie eine Einschränkung des Wettbewerbs bezwecke, was, so die Kommission, vorliegend der Fall war, in Beantwortung des Vorbringens der Parteien gleichwohl zunächst aus, die Klausel sei von zwei

Wettbewerbern vereinbart worden, so dass sie geeignet gewesen sei, sich wettbewerbswidrig auszuwirken; sodann stehe, selbst wenn diese Klausel als nicht geeignet anzusehen wäre, Wirkungen zu erzeugen, dies ihrer Beurteilung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nicht entgegen, weil es im Fall einer Vereinbarung, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecke, für das Vorliegen der Zuwiderhandlung unerheblich sei, ob die Vereinbarung im wirtschaftlichen Interesse der Vertragsparteien gelegen habe, so dass es nicht darauf ankomme, ob eine die Beschränkung des Wettbewerbs bezweckende Klausel sich möglicherweise als ungeeignet erweise, Wirkungen im geschäftlichen Interesse von Telefónica oder PT zu erzeugen; schließlich hätten die Parteien nicht dargetan, dass sie neue Aktivitäten in Spanien oder Portugal entwickelt hätten, durch die die Umsetzung der Klausel hätte widerlegt werden können, womit zwar deren Umsetzung nicht dargetan werde, was aber ein Zeichen dafür sei, dass dies der Fall gewesen sein könne (Erwägungsgründe 240 und 357 bis 365 des angefochtenen Beschlusses).

- 47 Die Kommission war der Auffassung, dass im vorliegenden Fall das Bestehen einer nachteiligen Auswirkung auf den Wettbewerb nicht dargetan zu werden brauche, weil der wettbewerbswidrige Zweck der Klausel erwiesen sei und es daher keiner eingehenden Untersuchung der jeweils betroffenen Telekommunikationsmärkte und der Auswirkungen der Klausel auf diese Märkte bedurft habe (366. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 48 Drittens stellte die Kommission fest, die Klausel könne nicht als eine Nebenabrede zur Vivo-Transaktion beurteilt werden, weil sie sich auf den iberischen Markt beziehe, während die Vivo-Transaktion einen Betreiber betreffe, dessen Tätigkeit sich auf Brasilien beschränke, und weil sie nicht als zur Durchführung dieser Transaktion erforderlich angesehen werden könne (Erwägungsgründe 367 bis 433 des angefochtenen Beschlusses).
- 49 In Anbetracht des Inhalts des Vertrags (und insbesondere des Wortlauts der Klausel, der, wenn überhaupt, nur wenig Zweifel an ihrer Rechtsnatur aufkommen lasse), des wirtschaftlichen und rechtlichen Hintergrunds des Vertrags (z. B. der Märkte für elektronische Kommunikation, die liberalisiert gewesen seien) und des Handelns und tatsächlichen Verhaltens der Parteien (insbesondere der von ihnen erst am 4. Februar 2011, nach Einleitung des Verfahrens durch die Kommission am 19. Januar 2011, und im Gegensatz zum Vortrag der Parteien nicht schon im Anschluss an die Telefongespräche vom Oktober 2010 vorgenommenen Aufhebung der Klausel) gelangte die Kommission zu dem Ergebnis, die Klausel lege den Parteien ein Wettbewerbsverbot auf, stelle eine Marktaufteilungsvereinbarung mit dem Ziel dar, den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt einzuschränken, und verstoße daher gegen Art. 101 AEUV (434. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 50 Viertens stellte die Kommission klar, dass die Klausel den Anforderungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht entspreche (Erwägungsgründe 436 bis 446 des angefochtenen Beschlusses) und geeignet sei, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Erwägungsgründe 447 bis 453 des angefochtenen Beschlusses).
- 51 Fünftens stellte die Kommission hinsichtlich der Dauer der Zuwiderhandlung fest, diese habe den Zeitraum vom Tag des endgültigen Abschlusses der Transaktion, d. h. vom 27. September 2010 (siehe oben, Rn. 25), bis zum Tag der Aufhebung der Klausel, d. h. bis zum 4. Februar 2011 (siehe oben, Rn. 29), umfasst (Erwägungsgründe 454 bis 465 des angefochtenen Beschlusses).
- 52 Sechstens stützte die Kommission sich bei der Berechnung der Geldbußen auf die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 1/2003 (Abl. 2006, C 210, S. 2, im Folgenden: Leitlinien).

- 53 Um den Grundbetrag der zu verhängenden Geldbuße zu bestimmen, berücksichtigte die Kommission die Umsätze mit den von der Klausel erfassten Dienstleistungen, wie sie in Abschnitt 5 des angefochtenen Beschlusses definiert sind (siehe oben, Rn. 38 bis 40), und für jede Partei nur deren Umsatz in ihrem jeweiligen Herkunftsland (Erwägungsgründe 478 bis 483 des angefochtenen Beschlusses).
- 54 Die Kommission wies ferner darauf hin, dass sie im Allgemeinen die von den Unternehmen während des letzten vollständigen Jahres ihrer Beteiligung an der Zuwiderhandlung erzielten Umsätze berücksichtige, die Zuwiderhandlung im vorliegenden Fall aber weniger als ein Jahr andauert habe und zwischen 2010 und 2011 begangen worden sei. Daher habe sie die von diesen Unternehmen im Lauf des Jahres 2011 erzielten Umsätze herangezogen, die geringer gewesen seien als die von den Parteien für 2010 verzeichneten Umsätze (484. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 55 Hinsichtlich der Schwere der Zuwiderhandlung, nach der sich der zur Bestimmung des Grundbetrags der Geldbuße heranzuziehende Umsatzanteil bemisst, wies die Kommission darauf hin, dass die Zuwiderhandlung in der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots und einer Aufteilung des spanischen und des portugiesischen Marktes für elektronische Kommunikations- und Fernsehdienste bestanden habe und dass Telefónica und PT die etablierten Betreiber in ihrem jeweiligen Herkunftsstaat gewesen seien. Ferner führte die Kommission aus, sie habe den Umstand berücksichtigt, dass die Parteien die Klausel nicht geheim gehalten hätten (siehe oben, Rn. 16 und 27). Nach alledem kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass sich der zugrunde zu legende Umsatzanteil für die beiden betroffenen Unternehmen auf 2 % belaufe (Erwägungsgründe 489 bis 491 und 493 des angefochtenen Beschlusses).
- 56 Was die Dauer der Zuwiderhandlung betrifft, berücksichtigte die Kommission, dass diese den Zeitraum vom 27. September 2010 (Datum der notariellen Beurkundung und damit des endgültigen Abschlusses der Transaktion) bis 4. Februar 2011 (Datum des Vertrags, mit dem die Parteien die Klausel aufhoben) umfasste (492. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 57 Die Kommission stellte keinen erschwerenden Umstand fest und sah das Datum der Aufhebung der Klausel, den 4. Februar 2011, als einen mildernden Umstand an, weil es nur 16 Tage nach der Einleitung des Verfahrens und 30 Tage nach Übersendung des ersten Informationersuchen an die Parteien gelegen habe. Da die Klausel im Übrigen nicht geheim gewesen sei, hielt die Kommission es für angemessen, den Grundbetrag der gegen die Parteien zu verhängenden Geldbuße um 20 % zu verringern (Erwägungsgründe 496, 500 und 501 des angefochtenen Beschlusses).
- 58 Der endgültige Betrag der Geldbußen beläuft sich auf 66 894 000 Euro für Telefónica und auf 12 290 000 Euro für PT (512. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses). Die Kommission stellte klar, dass dieser Betrag 10 % des von den betroffenen Unternehmen jeweils erzielten Gesamtumsatzes nicht überstieg (Erwägungsgründe 510 und 511 des angefochtenen Beschlusses).
- 59 Der verfügende Teil des angefochtenen Beschlusses lautet:

„Artikel 1

[Telefónica] und [PT] haben gegen Artikel 101 [AEUV] verstoßen, indem sie als Artikel 9 ihres am 28. Juli 2010 geschlossenen Vertrags ein Wettbewerbsverbot vereinbarten.

Die Zuwiderhandlung bestand vom 27. September 2010 bis zum 4. Februar 2011.

Artikel 2

Wegen des in Artikel 1 genannten Verstoßes werden folgende Geldbußen verhängt:

- a) [Telefónica]: 66 894 000 Euro

b) [PT]: 12 290 000 Euro

...“

Verfahren und Anträge der Beteiligten

- 60 Mit Klageschrift, die am 9. April 2013 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben.
- 61 Das Gericht (Zweite Kammer) hat auf Bericht des Berichterstatters beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen, und die Parteien im Rahmen prozessleitender Maßnahmen nach Art. 64 seiner Verfahrensordnung vom 2. Mai 1991 zur Vorlage von Schriftstücken aufgefordert. Die Parteien sind dieser Aufforderung fristgemäß nachgekommen.
- 62 Die Parteien haben in der Sitzung vom 22. Mai 2015 mündlich verhandelt und mündliche Fragen des Gerichts beantwortet.
- 63 Die Klägerin beantragt,
- festzustellen, dass die vorliegende Nichtigkeitsklage wirksam erhoben und gemäß Art. 263 AEUV und für die Zwecke des Art. 264 AEUV zulässig ist;
 - den angefochtenen Beschluss für nichtig zu erklären;
 - hilfsweise, den Betrag der gemäß Art. 2 des angefochtenen Beschlusses gegen sie verhängten Geldbuße herabzusetzen;
 - der Kommission die Verfahrenskosten und die ihr entstandenen Kosten aufzuerlegen.
- 64 Die Kommission beantragt,
- die Klage für unzulässig zu erklären;
 - hilfsweise, zu erklären, dass die Klage jeder rechtlichen Grundlage entbehrt, und den Beschluss mit seinem exakten Wortlaut sowie die Geldbuße mit demselben Betrag aufrechtzuerhalten;
 - der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

A – Zulässigkeit

- 65 Die Klägerin stützt ihre Klage formal auf zwei Nichtigkeitsgründe: erstens auf eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften, nämlich eine unzureichende Begründung und einen Mangel an Beweisen, und zweitens auf eine Verletzung des Vertrags und des zu seiner Durchführung erlassenen Rechts, denn der Beschluss leide an einem offensichtlichen Fehler hinsichtlich der Tatsachen, der Beweise und der Zulänglichkeit der Beweise, einem Fehler bei der Auslegung des Art. 101 AEUV und somit einem Verstoß gegen diese Bestimmung, einer Verletzung der Ermittlungs- und Entscheidungspflicht, einer Verletzung des Grundsatzes *in dubio pro reo*, einem Verstoß gegen die Grundsätze, zu deren Einhaltung sich die Kommission bei der Anwendung von Geldbußen verpflichtet habe, und einer Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

- 66 Die Klageschrift enthält drei einleitende Teile, die der Darstellung der eigentlichen Klagegründe vorangestellt und mit „Sachverhalt“, „Gegenstand der Klage“ und „Wesentlicher Inhalt und schwerwiegendste Mängel des Beschlusses“ überschrieben sind.
- 67 Die Kommission ist der Auffassung, wegen ihres Mangels an Klarheit und Verständlichkeit sowie aufgrund der Darstellung der geltend gemachten Klagegründe müsse die Klage nach Art. 44 der Verfahrensordnung vom 2. Mai 1991 als unzulässig zurückgewiesen werden. Sie macht geltend, es sei sehr schwierig, festzustellen, was die Klägerin als Nichtigkeitsgründe anführen wolle, weil die eigentliche Darstellung der Klagegründe erst mit der Rn. 276 der Klageschrift beginne und ihr mehr als 250 Randnummern mit Ausführungen vorausgingen, in denen die Klägerin nicht präzisiere, worin nach ihrer Auffassung der Grund oder die Gründe für die Nichtigerklärung des angefochtenen Beschlusses konkret bestehen sollten. Im Übrigen habe die Klägerin in ihrer Darstellung der Nichtigkeitsgründe nicht verdeutlicht, inwieweit die genannten Ausführungen für die Konkretisierung dieser Nichtigkeitsgründe relevant seien.
- 68 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Klageschrift nach Art. 21 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union und Art. 44 § 1 Buchst. c der Verfahrensordnung des Gerichts vom 2. Mai 1991 den Streitgegenstand und eine kurze Darstellung der Klagegründe enthalten muss. Diese Angaben müssen so klar und genau sein, dass dem Beklagten die Vorbereitung seiner Verteidigung und dem Gericht die Entscheidung über die Klage, gegebenenfalls auch ohne weitere Informationen, ermöglicht wird (Urteil vom 30. Januar 2007, France Télécom/Kommission, T-340/03, Slg, EU:T:2007:22, Rn. 166). Im Übrigen hat der Unionsrichter entschieden, dass es zulässig ist, bei der Darlegung der Klagegründe von der Terminologie und der Aufzählung in der Verfahrensordnung abzuweichen, und dass es ausreicht, wenn das Vorbringen die Klagegründe ihrem Inhalt nach erkennen lässt, ohne diese rechtlich einzuordnen, sofern diese Klagegründe mit hinreichender Deutlichkeit aus der Klageschrift hervorgehen (vgl. Beschluss vom 21. Mai 1999, Asia Motor France u. a./Kommission, T-154/98, Slg, EU:T:1999:109, Rn. 55 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 69 Wenn dies hingegen nicht der Fall ist und in der Klageschrift insbesondere keine bestimmten Beanstandungen gegen die angefochtene Entscheidung erhoben werden, ist die Klage für unzulässig zu erklären (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 20. Januar 2012, Groupe Partouche/Kommission, T-315/10, EU:T:2012:21, Rn. 22 ff.).
- 70 So kann es nicht hingenommen werden, dass sowohl das beklagte Organ als auch das Gericht genötigt sind, Mutmaßungen in Bezug auf die Schlussfolgerungen und die konkreten Erwägungen sowohl tatsächlicher als auch rechtlicher Art anzustellen, die den Ausführungen der Klägerin zugrunde liegen könnten. Gerade eine solche Situation, die eine Quelle von Rechtsunsicherheit und mit einer ordnungsgemäßen Rechtspflege nicht zu vereinbaren ist, will Art. 44 § 1 der Verfahrensordnung vom 2. Mai 1991 nämlich verhindern (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 19. Mai 2008, TF1/Kommission, T-144/04, Slg, EU:T:2008:155, Rn. 57).
- 71 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Ausführungen, die in einer Klageschrift zu einer Nichtigkeitsklage unter der Überschrift „Sachverhalt“, „Gegenstand der Klage“ oder „Wesentlicher Inhalt und schwerwiegendste Mängel des Beschlusses“ gemacht werden, dem ersten Anschein nach nicht als selbständige Klagegründe, die zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung führen können, gemeint sind, sondern vielmehr den Sachverhalt und den angefochtenen Rechtsakt beschreiben sollen. Es lässt sich jedoch nicht von vornherein ausschließen, dass dieser Teil der Klageschrift auch die Darstellung eines oder mehrerer Nichtigkeitsgründe enthält. Ein unter diesen Überschriften stehender Passus kann jedoch ungeachtet der Gliederung der Klageschrift und seiner Stellung in deren allgemeinem Aufbau nur insoweit als Klagegrund angesehen werden, als aus ihm klar und eindeutig hervorgeht, dass er nicht nur beschreibende Funktion hat, sondern darüber hinaus die Gültigkeit der in der angefochtenen Entscheidung getroffenen Feststellungen in Frage stellt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 14. Dezember 2005, Honeywell/Kommission, T-209/01, Slg, EU:T:2005:455, Rn. 106, und vom 1. Juli 2008, Kommission/D, T-262/06 P, Slg. ÖD, EU:T:2008:239, Rn. 52).

- 72 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass es der Klageschrift insbesondere deshalb an Klarheit mangelt, weil die Klägerin in mehr als 200 Randnummern den „[w]esentliche[n] Inhalt und [die] schwerwiegendste[n] Mängel des Beschlusses“ darstellt, bevor sie zu den „Klagegründen“ im eigentlichen Sinne gelangt. Da diese „Klagegründe“ sehr summarisch dargelegt werden, erscheint es notwendig, diesen rund 200 Randnummern die Rügen und Argumente zu entnehmen, die die geltend gemachten Klagegründe stützen.
- 73 Dies war im Übrigen offenbar die Absicht der Klägerin, wie sie in Rn. 69 der Erwiderung erklärt und in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat. Entgegen dem Vorbringen der Kommission kann dem Abschnitt „Wesentlicher Inhalt und schwerwiegendste Mängel des Beschlusses“ entnommen werden, welche Beanstandungen die Klägerin gegen den angefochtenen Beschluss erhebt und welche Bestimmungen sie verletzt sieht. Dem Vorbringen der Kommission, dass „sich aus der Klageschrift eindeutig ergibt, dass sie jeglicher rechtlichen Schlussfolgerungen entbehrt, die die Rechtmäßigkeit des [angefochtenen] Beschlusses in Frage stellen können“, ist daher nicht zu folgen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in der Lage war, eine Antwort auf die von der Klägerin erhobenen Rügen zu formulieren.
- 74 Daraus folgt, dass die Unzulässigkeitseinrede der Kommission zurückzuweisen und die Klage für zulässig zu erklären ist.
- 75 Allerdings ist festzustellen, dass den ungefähr 200 Randnummern der Klageschrift, die der Darlegung der Klagegründe im eigentlichen Sinne vorausgehen, zwar entnommen werden kann, welche Beanstandungen die Klägerin gegen den angefochtenen Beschluss erhebt und welche Bestimmungen sie verletzt sieht, dass aber ihre Schriftsätze durch eine fehlende Konkordanz zwischen diesen Beanstandungen und den geltend gemachten Klagegründen sowie durch einen gewissen Mangel an Prägnanz gekennzeichnet sind. Unter diesen Umständen ist der Hinweis angebracht, dass die Verpflichtung des Gerichts, seine Entscheidungen zu begründen, nicht bedeutet, dass es sich detailliert mit jedem von einer Partei vorgebrachten Argument befassen müsste, insbesondere wenn es nicht hinreichend klar und bestimmt ist und sich nicht auf eingehende Beweise stützt (Urteile vom 11. September 2003, Belgien/Kommission, C-197/99 P, Slg, EU:C:2003:444, Rn. 81, und vom 11. Januar 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Kommission, C-404/04 P, EU:C:2007:6, Rn. 90). Außerdem verlangt die Begründungspflicht nach ständiger Rechtsprechung nicht, dass das Gericht bei seinen Ausführungen alle von den Parteien des Rechtsstreits vorgetragene Argumente nacheinander erschöpfend behandelt; daher kann die Begründung implizit erfolgen, sofern sie es den Betroffenen ermöglicht, die Gründe zu erkennen, aus denen das Gericht ihrer Argumentation nicht gefolgt ist, und dem Gerichtshof ausreichende Angaben liefert, damit er seine Kontrolle ausüben kann (vgl. Urteil vom 16. Juli 2009, Kommission/Schneider Electric, C-440/07 P, Slg, EU:C:2009:459, Rn. 135 und die dort angeführte Rechtsprechung).

B – Begründetheit

1. Auf die Nichtigerklärung des angefochtenen Beschlusses gerichtete Anträge

- 76 Die Klägerin stützt ihren Antrag auf Nichtigerklärung des angefochtenen Beschlusses auf den Klagegrund einer Verletzung wesentlicher Formvorschriften sowie auf den Klagegrund eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV und die bei seiner Anwendung zu beachtenden Vorschriften.

a) Klagegrund der Verletzung wesentlicher Formvorschriften

- 77 Als Verletzung wesentlicher Formvorschriften macht die Klägerin geltend, der angefochtene Beschluss sei wegen unzureichender Begründung und eines Mangels an Beweisen fehlerhaft, wobei letztere Rüge allerdings, wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, im Rahmen der Prüfung des auf einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV gestützten zweiten Nichtigkeitsgrundes zu behandeln ist.
- 78 Was die Rüge der unzureichenden Begründung betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der in Art. 296 AEUV vorgesehenen Begründungspflicht um ein wesentliches Formerfordernis handelt, das von der Stichhaltigkeit der Begründung zu unterscheiden ist, die zur materiellen Rechtmäßigkeit des streitigen Rechtsakts gehört (Urteile vom 2. April 1998, Kommission/Sytraval und Brink's France, C-367/95 P, Slg, EU:C:1998:154, Rn. 67, vom 22 März 2001, Frankreich/Kommission, C-17/99, Slg, EU:C:2001:178, Rn. 35, und vom 29. September 2011, Elf Aquitaine/Kommission, C-521/09 P, Slg, EU:C:2011:620, Rn. 146).
- 79 Im vorliegenden Fall ist erstens festzustellen, dass die Klägerin auf den Begründungsmangel des angefochtenen Beschlusses in dem Abschnitt des mit „Nichtigkeitsgründe“ überschriebenen Teils ihrer Klageschrift eingeht, der die Überschrift „Unzureichende Begründung“ trägt. Nachstehend sind die unter dieser Überschrift angeführten Rügen zu prüfen. Zweitens erhebt die Klägerin in ihrer gesamten Klageschrift offensichtlich durchgängig Beanstandungen, die den Anschein von Rügen unzureichender Begründung erwecken, aber mit Ausnahme der unten in den Rn. 165 bis 168, 220 bis 224 und 254 bis 256 geprüften Rügen in Wirklichkeit die Frage der Begründetheit des angefochtenen Beschlusses betreffen und daher bei der Prüfung der materiell-rechtlichen Fragen, auf die sie sich beziehen, zu untersuchen sind.
- 80 Im Rahmen ihrer Beanstandungen, die formal zum Klagegrund des Verstoßes gegen die Begründungspflicht gehören, macht die Klägerin im Anschluss an den Hinweis, dass diese Begründungspflicht in Art. 296 AEUV vorgesehen sei, lediglich geltend, dass „die Begründung des angefochtenen Beschlusses Lücken, Ungenauigkeiten und Fehler in wesentlichen Punkten enthält, die ihre Schlussfolgerungen irreparabel beeinträchtigen“, wobei sie „zum Beispiel“ auf die Erwägungsgründe 264 ff. und 353 ff. des angefochtenen Beschlusses verweist. Aus ihren Ausführungen geht jedoch hervor, dass sie in Wirklichkeit nicht die Begründung beanstandet, sondern die Stichhaltigkeit der in diesen Erwägungsgründen dargelegten Beurteilungen, was sie im Übrigen in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat und im Sitzungsprotokoll festgehalten worden ist.
- 81 Daraus folgt, dass der Klagegrund der Verletzung wesentlicher Formvorschriften – vorbehaltlich der nachstehenden Rn. 165 bis 168, 220 bis 224 und 254 bis 256 – zurückzuweisen ist, weil ihm der Bezug zu den Rügen fehlt, mit denen in Wirklichkeit die Begründetheit des angefochtenen Beschlusses in Frage gestellt wird, ohne dass es einer Prüfung des mit diesem Klagegrund formal verbundenen Vorbringens der Klägerin zur Begründungspflicht bedarf.

b) Klagegrund des Verstoßes gegen Art. 101 AEUV und das bei seiner Anwendung zu beachtende Recht

- 82 Die Klägerin macht geltend, in Anbetracht der Art der Klausel sowie ihres wirtschaftlichen und rechtlichen Hintergrunds könnten weder die Klausel noch die Verpflichtung der Parteien, auf dem iberischen Markt nicht in Wettbewerb miteinander zu treten, als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen angesehen werden.
- 83 Die Klägerin wirft der Kommission somit vor, gegen Art. 101 AEUV verstoßen zu haben, indem sie die Klausel als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft habe. In diesem Zusammenhang macht sie geltend, die Kommission habe die Zuwiderhandlung nicht bewiesen, einen offensichtlichen Fehler bei

der Würdigung der Tatsachen, der Beweise und der Zulänglichkeit der Beweise und einen Fehler bei der Anwendung von Art. 101 AEUV begangen sowie gegen den Vertrag, gegen die Ermittlungs- und Entscheidungspflicht und schließlich gegen den Grundsatz *in dubio pro reo* verstoßen.

- 84 Wie sie in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, stützt die Klägerin diesen Klagegrund im Wesentlichen auf die folgenden rechtlichen und tatsächlichen Ausführungen: Die Klausel habe nicht im Zusammenhang mit der Vivo-Transaktion gestanden, sondern mit der Option zugunsten von PT, ihre von Telefónica gehaltenen Anteile zurückzukaufen (im Folgenden: Kaufoption), die im zweiten und dritten Angebot vorgesehen, aber nicht mehr Bestandteil der endgültigen Fassung des Vertrags gewesen sei, oder mit dem im Vertrag vorgesehenen Rücktritt der von Telefónica ernannten Mitglieder des Verwaltungsrats von PT; die Klausel habe zwei unterschiedliche Verpflichtungen enthalten, nämlich eine Hauptpflicht zur Selbstbewertung und eine Nebenpflicht, sich des Wettbewerbs zu enthalten, wobei diese zweite Pflicht nur verbindlich werden sollen, wenn ihre Rechtmäßigkeit bei der Erfüllung der ersten festgestellt werde; die Klausel könne keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sein, weil die Kommission nicht dargetan habe, dass Telefónica und PT potenzielle Wettbewerber gewesen seien und die Klausel den Wettbewerb daher habe beschränken können; schließlich habe die Kommission, weil die Klausel keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gewesen sei, deren Auswirkungen prüfen müssen.

Vorbemerkungen

- 85 Eine Vereinbarung, ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise muss, um unter das in Art. 101 Abs. 1 AEUV genannte Verbot zu fallen, eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts „bezwecken oder bewirken“.
- 86 Hierzu geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor, dass bestimmte Arten der Koordination zwischen Unternehmen den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigen, um davon ausgehen zu können, dass die Prüfung ihrer Wirkungen nicht notwendig ist (vgl. Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission, C-67/13 P, Slg, EU:C:2014:2204, Rn. 49 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 87 Diese Rechtsprechung liegt darin begründet, dass bestimmte Formen der Kollusion zwischen Unternehmen schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden können (vgl. Urteil CB/Kommission, oben in Rn. 86 angeführt, EU:C:2014:2204, Rn. 50 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 88 So steht fest, dass bestimmte kollusive Verhaltensweisen, wie z. B. diejenigen, die zur horizontalen Festsetzung der Preise durch Kartelle führen, als derart geeignet angesehen werden können, negative Auswirkungen insbesondere auf den Preis, die Menge oder die Qualität der Waren und Dienstleistungen zu haben, dass für die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV der Nachweis, dass sie konkrete Auswirkungen auf den Markt haben, als überflüssig erachtet werden kann. Die Erfahrung zeigt nämlich, dass solche Verhaltensweisen Minderungen der Produktion und Preiserhöhungen nach sich ziehen, die zu einer schlechten Verteilung der Ressourcen zulasten insbesondere der Verbraucher führen (vgl. Urteil CB/Kommission, oben in Rn. 86 angeführt, EU:C:2014:2204, Rn. 51).
- 89 Lässt jedoch die Prüfung einer Art von Koordinierung zwischen Unternehmen keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen, so sind ihre Auswirkungen zu untersuchen, und es müssen, damit sie vom Verbot erfasst wird, Merkmale vorliegen, aus denen sich insgesamt ergibt, dass der Wettbewerb tatsächlich spürbar verhindert, eingeschränkt oder verfälscht worden ist (vgl. Urteil CB/Kommission, oben in Rn. 86 angeführt, EU:C:2014:2204, Rn. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 90 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen oder ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, um als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgefasst zu werden, auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext, in dem sie steht, abzustellen. Im Rahmen der Beurteilung dieses Kontexts sind auch die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen (vgl. Urteil CB/Kommission, oben in Rn. 86 angeführt, EU:C:2014:2204, Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 91 Ferner ist es den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten der Mitgliedstaaten und der Union nicht verwehrt, die Absicht der Beteiligten zu berücksichtigen, auch wenn sie kein notwendiges Element ist, um festzustellen, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen wettbewerbsbeschränkenden Charakter hat (vgl. Urteil CB/Kommission, oben in Rn. 86 angeführt, EU:C:2014:2204, Rn. 54 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 92 Im Licht dieser Grundsätze sind die von der Klägerin vorgetragene Gesichtspunkte zu prüfen.

Das Vorbringen, die Klausel habe mit der Kaufoption oder dem Rücktritt der von Telefónica ernannten Verwaltungsratsmitglieder von PT im Zusammenhang gestanden

- 93 Die Klägerin macht geltend, die Klausel habe nicht mit der Vivo-Transaktion im Zusammenhang gestanden, sondern mit der Kaufoption, die in dem zweiten und dritten Angebot – wobei Letzteres nur in einer Erhöhung des Preises ohne Neufassung des Vertragswortlauts bestanden habe – enthalten und nicht mehr Bestandteil der endgültigen Fassung des Vertrags gewesen sei, sowie mit dem in diesem Vertrag vorgesehenen Rücktritt der von Telefónica ernannten Verwaltungsratsmitglieder von PT.
- 94 Sie hebt hervor, dass die Kaufoption und die Klausel zeitgleich in dem zweiten Angebot aufgetaucht seien, und macht geltend, dass das Wettbewerbsverbot typisches Merkmal eines Erwerbs von Vermögensgegenständen wie der Kaufoption sei, bei dem das Risiko bestehe, dass der Veräußerer in dem übertragenen Geschäftsbereich, den er gut kenne, tätig bleibe.
- 95 Wegen der von Telefónica am 23. Juni 2010 angekündigten Herabsetzung ihrer Beteiligung am Kapital von PT auf etwa 2% habe das vierte Angebot keine Kaufoption mehr vorgesehen, sondern die Verpflichtung von Telefónica, Schritte zu unternehmen, damit ihre beiden Vertreter im Verwaltungsrat von PT dieses Amt niederlegten. Wegen der Schwierigkeiten des Verhandlungsprozesses seien einige aus den früheren Angeboten stammende Bestimmungen nicht neu verhandelt worden, so dass die Klausel unter Einfügung der Wendung „soweit rechtlich zulässig“ beibehalten worden sei.
- 96 In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin auf eine Frage des Gerichts angegeben, dass sie nicht geltend mache, die Klausel hätte als Nebenabrede zum Rücktritt der von Telefónica ernannten Verwaltungsratsmitglieder von PT eingestuft werden müssen. Aus ihrem Vorbringen geht jedoch im Wesentlichen hervor, dass sie behauptet, das Wettbewerbsverbot zum einen mit der Option zum Rückkauf ihrer von Telefónica gehaltenen Aktien und zum anderen mit dem Rücktritt ihrer von Telefónica ernannten Verwaltungsratsmitglieder verknüpft zu haben. Außerdem sei, als die Kaufoption zum Zeitpunkt des vierten Angebots aus dem Vertragsentwurf herausgenommen worden sei, der Zusatz „soweit rechtlich zulässig“ eingefügt und damit das Wettbewerbsverbot in eine Selbstbewertungsklausel umgewandelt worden. Unter diesen Umständen und soweit die Klägerin die Klausel mit diesem Vorbringen der Anwendung von Art. 101 AEUV entziehen will, erscheinen die folgenden Erwägungen angezeigt.

- 97 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs fällt dann, wenn eine bestimmte Maßnahme oder Tätigkeit wegen ihrer Neutralität oder ihrer positiven Wirkung auf den Wettbewerb nicht von dem grundsätzlichen Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst wird, auch eine Beschränkung der geschäftlichen Selbständigkeit eines oder mehrerer an dieser Maßnahme oder Tätigkeit Beteiligten nicht unter dieses grundsätzliche Verbot, wenn sie für die Durchführung dieser Maßnahme oder Tätigkeit objektiv notwendig ist und zu den Zielen der einen oder der anderen in einem angemessenen Verhältnis steht (vgl. Urteil vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, Slg, EU:C:2014:2201, Rn. 89 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 98 Denn wenn es nicht möglich ist, eine solche Beschränkung von der Hauptmaßnahme oder Haupttätigkeit zu unterscheiden, ohne deren Bestehen oder Ziele zu gefährden, muss die Vereinbarkeit dieser Beschränkung zusammen mit der Vereinbarkeit der Hauptmaßnahme oder Haupttätigkeit, zu der sie eine Nebenabrede bildet, mit Art. 101 AEUV untersucht werden, und zwar auch dann, wenn die Beschränkung als solche auf den ersten Blick unter das grundsätzliche Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu fallen scheint (Urteil MasterCard u. a./Kommission, oben in Rn. 97 angeführt, EU:C:2014:2201, Rn. 90).
- 99 Daher bedeutet der Begriff der Nebenabrede jede mit der Durchführung einer Hauptmaßnahme unmittelbar verbundene und für diese notwendige Einschränkung (Urteile vom 18. September 2001, M6 u. a./Kommission, T-112/99, Slg, EU:T:2001:215, Rn. 104, und vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, T-360/09, Slg, EU:T:2012:332, Rn. 62).
- 100 Unter einer mit der Durchführung einer Hauptmaßnahme unmittelbar verbundenen Einschränkung sind alle Einschränkungen zu verstehen, die eine der Durchführung der Hauptmaßnahme untergeordnete Bedeutung haben und mit dieser offensichtlich verbunden sind (Urteile M6 u. a./Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2001:215, Rn. 105, und E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2012:332, Rn. 63).
- 101 Die Voraussetzung der notwendigen Beschränkung erfordert eine doppelte Prüfung. Zum einen ist zu untersuchen, ob die Beschränkung für die Durchführung der Hauptmaßnahme objektiv notwendig ist, und zum anderen, ob sie im rechten Verhältnis zu ihr steht (Urteile M6 u. a./Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2001:215, Rn. 106, und E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2012:332, Rn. 64).
- 102 Da es eine „rule of reason“ im Wettbewerbsrecht der Union nicht gibt, ist darauf hinzuweisen, dass die Voraussetzung der objektiven Notwendigkeit einer Beschränkung im Rahmen der Einstufung als Nebenabreden nicht dahin ausgelegt werden kann, dass sie eine Abwägung der wettbewerbsfördernden und der wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer Vereinbarung voraussetze (Urteile M6 u. a./Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2001:215, Rn. 107, und E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2012:332, Rn. 65).
- 103 Das entspricht nicht nur der Wahrung der praktischen Wirksamkeit von Art. 101 Abs. 3 AEUV, sondern ist auch aus Gründen der Folgerichtigkeit gerechtfertigt. Denn da Art. 101 Abs. 1 AEUV keine Prüfung der wettbewerbsfördernden und wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen erlaubt, muss das Gleiche für die Prüfung der damit verbundenen Abreden gelten (Urteile M6 u. a./Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2001:215, Rn. 108, und E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2012:332, Rn. 66).
- 104 Demgemäß muss die Untersuchung der objektiven Notwendigkeit einer Beschränkung im Vergleich zur Hauptmaßnahme verhältnismäßig abstrakt erfolgen. Es geht nicht darum, zu prüfen, ob angesichts der Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt die Beschränkung für den geschäftlichen Erfolg der Hauptmaßnahme unerlässlich ist, sondern um die Feststellung, ob die Beschränkung im besonderen Rahmen der Hauptmaßnahme für die Verwirklichung dieser Maßnahme notwendig ist. Wäre die Hauptmaßnahme ohne die Beschränkung nur schwer oder gar nicht zu verwirklichen, kann

- die Beschränkung als objektiv notwendig zu ihrer Verwirklichung betrachtet werden (Urteile M6 u. a./Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2001:215, Rn. 109, und E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2012:332, Rn. 67).
- 105 Ist eine beschränkende Abrede für die Verwirklichung einer Hauptmaßnahme objektiv notwendig, ist weiter zu prüfen, ob ihre Dauer und ihr sachlicher und örtlicher Anwendungsbereich nicht über das für die Verwirklichung dieser Maßnahme Notwendige hinausgehen. Geht die Dauer oder der Anwendungsbereich der beschränkenden Abrede über das für die Verwirklichung der Maßnahme Notwendige hinaus, so ist sie getrennt im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV zu prüfen (Urteil E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2012:332, Rn. 68).
- 106 Da die Beurteilung des Charakters einer bestimmten Abrede als Nebenabrede zu einer Hauptmaßnahme von der Beklagten eine Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten verlangt, beschränkt sich die gerichtliche Nachprüfung dieser Würdigung auf die Frage, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind, ob die Begründung ausreichend ist, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts und kein Ermessensmissbrauch vorliegen (Urteil E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2012:332, Rn. 69).
- 107 Wird festgestellt, dass eine beschränkende Abrede in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Hauptmaßnahme steht und zu ihrer Verwirklichung notwendig ist, so ist ihre Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht zusammen mit der Vereinbarkeit der Hauptmaßnahme zu prüfen. Wird also etwa die Hauptmaßnahme nicht vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst, gilt das Gleiche auch für die mit dieser Maßnahme in unmittelbarem Zusammenhang stehenden und für sie notwendigen beschränkenden Abreden. Stellt hingegen die Hauptmaßnahme eine Beschränkung im Sinne dieser Bestimmung dar, genießt aber eine Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV, so erstreckt sich diese Freistellung auch auf die Nebenabreden (Urteil E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2012:332, Rn. 70).
- 108 Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof im Urteil vom 11. Juli 1985, Remia u. a./Kommission (42/84, Slg, EU:C:1985:327, Rn. 17 bis 20), ein Wettbewerbsverbot untersucht hat, das im Rahmen eines Kaufvertrags über ein Unternehmen vereinbart worden war. Nach der Feststellung, dass Wettbewerbsverbote nicht allein dadurch, dass sie im Rahmen eines Kaufvertrags über ein Unternehmen vereinbart wurden, dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV entzogen sind, hat der Gerichtshof ausgeführt, dass zur Beantwortung der Frage, ob derartige Vertragsklauseln unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen, zu prüfen ist, wie sich der Wettbewerb gestalten würde, wenn solche Wettbewerbsverbote nicht vereinbart würden. Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass in diesem Fall, wenn der Verkäufer und der Käufer weiterhin miteinander in Wettbewerb stehen würden, die Unternehmensübertragung nicht realisiert werden könnte, weil der Verkäufer, der das veräußerte Unternehmen in allen seinen Einzelheiten besonders gut kennt, seine frühere Kundschaft nämlich wieder zurückgewinnen könnte, so dass Wettbewerbsverbote in einer solchen Situation grundsätzlich die Gewähr dafür bieten, dass eine effektive Unternehmensübertragung möglich ist, wobei allerdings klarzustellen ist, dass sie für die Übertragung des veräußerten Unternehmens erforderlich und in ihrer Geltungsdauer und ihrem Anwendungsbereich strikt auf diesen Zweck beschränkt sein müssen.
- 109 Was die Kaufoption und das Ausscheiden der von Telefónica ernannten Mitglieder des Verwaltungsrats von PT betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin in den Rn. 20 und 76 der Klageschrift geltend macht, im Hinblick auf diese beiden Umstände habe die Klausel ein Ziel verfolgt, das dem von Wettbewerbsverboten in Kaufverträgen über Unternehmen vergleichbar sei, nämlich zu verhindern, dass Telefónica von den Informationen, die sie dadurch erlangt habe, dass sie im Verwaltungsrat von PT vertreten gewesen sei, Gebrauch mache, um zu PT in Wettbewerb zu treten.

- 110 Soweit es zum einen um die Kaufoption geht, ist festzustellen, dass diese in der endgültigen Fassung des Vertrags nicht mehr enthalten war, so dass sie die Klausel nicht mehr rechtfertigen konnte, was im Übrigen der Grund dafür ist, dass die Kommission nicht geprüft hat, ob die Klausel als Nebenabrede zur Kaufoption angesehen werden konnte (vgl. 390. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses). Zudem muss jedenfalls festgestellt werden, dass die Klägerin sich darauf beschränkt, erstens vorzutragen, dass „das Wettbewerbsverbot im Interesse von PT lag und typisch für einen Erwerb von Vermögensgegenständen mit den Merkmalen ist, wie sie sich aus der Ausübung einer Kaufoption ergeben, insbesondere für einen Erwerb, der zu einer verstärkten Kontrolle führt, eine bedeutende Investition darstellt und das Risiko mit sich bringt, dass der Veräußerer in dem übertragenen Geschäftsbereich, den er gut kennt, tätig bleibt“, zweitens den Umfang der Beteiligung (10 %) hervorzuheben, die Gegenstand der Kaufoption habe sein sollen, und drittens geltend zu machen, dass „PT gewohnt ist, Verträge über den Kauf und den Verkauf von Aktien mit derartigen Klauseln zu verbinden, da diese zeitlich begrenzt sind und den laufenden Geschäften nicht schaden“, und „PT ein Interesse daran hat, sich nach der Ausübung der Kaufoption kurzfristig zu schützen“.
- 111 Die Klägerin legt aber weder dar, warum und in welcher Weise im vorliegenden Fall durch den Verkauf der von Telefónica gehaltenen Aktien von PT das konkrete Risiko habe entstehen können, dass der Veräußerer in dem fraglichen Bereich, den er gut kenne, weiterhin tätig bleibe, noch wogegen sie sich für den Fall der Ausübung der Kaufoption habe konkret schützen müssen.
- 112 Im Übrigen hebt die Klägerin zwar hervor, dass die Kaufoption und das Wettbewerbsverbot zur gleichen Zeit im Rahmen des zweiten Angebots aufgetaucht seien, was einen Zusammenhang zwischen beiden nahelege, tut aber nicht dar, dass die Einführung dieser Option mit der des Wettbewerbsverbots zusammenhing. So trägt die Klägerin lediglich vor, der Umstand, dass die Klausel mit der Kaufoption zusammenhänge, ergebe sich aus dem Schriftwechsel zwischen Telefónica und PT, der am 1. Juni 2010 zwischen 02.53 Uhr und 17 Uhr stattgefunden und zur Erhöhung des Preises des zweiten Angebots geführt habe. Dieser Schriftwechsel, den die Kommission auf eine Frage des Gerichts vorgelegt hat, besteht aus einem Austausch von E-Mails zwischen Telefónica und PT, die mehrfache Überarbeitungen des Wortlauts des Vertrags mit Kennzeichnung der Änderungen enthalten. Diese Fassungen des Vertrags enthalten zwar die Kaufoption und das Wettbewerbsverbot, lassen jedoch nicht den Schluss zu, dass Letzteres von der Kaufoption abhängig gewesen sei.
- 113 Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, dass die Klausel als Nebenabrede zur Kaufoption habe angesehen werden können.
- 114 Was zum anderen das Ausscheiden der von Telefónica ernannten Mitglieder des Verwaltungsrats von PT betrifft, hebt die Klägerin hervor, diese hätten Zugang zu sensiblen Informationen haben können, ohne jedoch darzutun, dass die tatsächliche Gefahr bestanden habe, dass Telefónica die Informationen, die sie durch die von ihr ernannten Mitglieder des Verwaltungsrats von PT erhalten habe, nach dem Ausscheiden dieser Mitglieder zum Nachteil von PT verwerten würde.
- 115 Außerdem ist festzustellen, dass die Klägerin keine Anhaltspunkte vorträgt, die geeignet wären, die in den Erwägungsgründen 391 bis 401 des angefochtenen Beschlusses dargelegten Schlussfolgerungen der Kommission zu widerlegen, wonach die Klausel nicht als Nebenabrede zum Ausscheiden der von Telefónica ernannten Mitglieder des Verwaltungsrats von PT gerechtfertigt werden kann.
- 116 So hat die Kommission u. a. angegeben, dass das portugiesische Gesellschaftsrecht und insbesondere die Art. 64, 254 und 398 des portugiesischen Handelsgesetzbuchs die Mitglieder eines Verwaltungsrats verpflichteten, die Informationen, zu denen sie in diesem Rahmen Zugang gehabt hätten, nicht zu anderen als den für das ordnungsgemäße Funktionieren der Gesellschaft erforderlichen Zwecken zu verwenden (395. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses). Die Klägerin legt nicht dar, warum die Klausel angesichts einer solchen gesetzlichen Verpflichtung notwendig gewesen sei, um die

Informationen, die den von Telefónica ernannten Mitgliedern des Verwaltungsrats von PT zur Verfügung gestellt worden seien, nach dem Ausscheiden dieser Mitglieder aus dem Verwaltungsrat zu schützen.

- 117 Auch hat die Kommission im Hinblick auf die behauptete Notwendigkeit, die vertraulichen Informationen zu schützen, zu denen die von Telefónica ernannten Mitglieder des Verwaltungsrats von PT Zugang gehabt hätten, darauf hingewiesen, dass die genannten Informationen diesen Mitgliedern vor der Vivo-Transaktion zur Verfügung gestellt worden seien, dass zu diesem Zeitpunkt ein Wettbewerbsverbot nicht für erforderlich gehalten worden sei und dass die Parteien nicht nachgewiesen hätten, warum das Ausscheiden von Telefónica aus dem Verwaltungsrat von PT die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots erforderlich gemacht habe (Erwägungsgründe 393 und 394 des angefochtenen Beschlusses).
- 118 Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Klägerin nicht nachgewiesen hat, dass die Klausel eine Nebenabrede zum Ausscheiden der von Telefónica ernannten Mitglieder des Verwaltungsrats von PT war.
- 119 Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin auch nicht den Erwägungen in den Erwägungsgründen 402 bis 404 des angefochtenen Beschlusses widersprochen hat, wonach selbst dann, wenn das Ausscheiden der von Telefónica ernannten Mitglieder aus dem Verwaltungsrat von PT ein Wettbewerbsverbot erfordert hätte, um die diesem Organ zur Verfügung gestellten vertraulichen Informationen zu schützen, ein solches Verbot sich auf das zwingend Notwendige hätte beschränken müssen, was bei der Klausel nicht der Fall gewesen sei, weil sie wechselseitig sei und daher nicht nur Telefónica, sondern auch PT untersagt habe, zur jeweils anderen in Wettbewerb zu treten.
- 120 Schließlich ist jedenfalls festzustellen, wie die Kommission in den Erwägungsgründen 386 und 387 des angefochtenen Beschlusses zu Recht hervorhebt, dass die Frage, ob eine Beschränkung als Nebenabrede eingestuft werden kann, im Verhältnis zur Hauptverpflichtung zu prüfen ist. Im vorliegenden Fall ist das Hauptvorhaben, im Verhältnis zu dem das Wettbewerbsverbot zu beurteilen ist, aber weder die Kaufoption noch das Ausscheiden der von Telefónica ernannten Mitglieder aus dem Verwaltungsrat von PT, sondern die Vivo-Transaktion. Die Klägerin trägt jedoch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Klausel erforderlich gewesen sei, um die Durchführung dieser Transaktion zu ermöglichen.
- 121 Nach alledem hat die Klägerin nicht dargetan, dass die Klausel als Nebenabrede zu der Kaufoption eingestuft werden müssen, solange diese im Vertrag vorgesehen gewesen sei, was bei der Würdigung der Umstände des Vertrags hätte berücksichtigt werden müssen. Ebenso hat die Klägerin nicht dargetan, dass die Klausel eine Nebenabrede zu dem in der endgültigen Fassung des Vertrags vorgesehenen Ausscheiden der von Telefónica ernannten Mitglieder aus dem Verwaltungsrat von PT gewesen sei, so dass sie aus diesem Grund vom Verbot des Art. 101 AEUV nicht erfasst worden wäre.

Das Vorbringen, die Klausel habe eine Verpflichtung zur Selbstbewertung enthalten

- 122 Die Klägerin macht geltend, die Klausel habe kein mit Art. 101 AEUV unvereinbares Wettbewerbsverbot enthalten: Das in der Klausel vorgesehene Wettbewerbsverbot habe unter der Bedingung gestanden, dass beide Parteien sie bewertet und für gültig befunden hätten, und sofern diese Bewertung zu dem Ergebnis geführt hätte, dass das Wettbewerbsverbot nicht zulässig sei, wäre es erloschen, ohne jemals Wirkungen erzeugt zu haben. Dies sei in jeder Hinsicht die plausibelste Lesart der fraglichen Bestimmung.
- 123 Nach Auffassung der Klägerin enthielt die Klausel wegen des Zusatzes „soweit rechtlich zulässig“ nämlich zwei Verpflichtungen: eine Nebenpflicht, sich des Wettbewerbs zu enthalten, und eine Hauptpflicht zur Selbstbewertung, die es den Parteien auferlegt habe, die Rechtmäßigkeit des

Wettbewerbsverbots zu beurteilen, und falls die in der Klausel vorgesehene Vornahme dieser Selbstbewertung zu dem Ergebnis geführt hätte, dass das Wettbewerbsverbot nicht rechtmäßig sei, wäre dieses automatisch hinfällig geworden.

- 124 Bei den Telefonkonferenzen vom 26. und 29. Oktober 2010 hätten die Parteien die in der Klausel vorgesehene Selbstbewertung vorgenommen und seien zu dem Ergebnis gekommen, dass die Wettbewerbsbeschränkung nicht zulässig sei. Anschließend hätten sie geprüft, ob die Klausel aufgehoben werden müsse; eine solche Lösung sei ihnen aber als mit der inzwischen in die Klausel aufgenommenen Verpflichtung zur Selbstbewertung kaum vereinbar erschienen. PT habe daher akzeptiert, dass die mit der Klausel auferlegte Verpflichtung durch die Vornahme der Selbstbewertung erfüllt worden sei und die zuständigen Behörden vom Ergebnis dieser Bewertung unterrichtet werden müssten. In diesem Kontext sei der zwischen den Parteien am 4. Februar 2011 geschlossene Vertrag zu verstehen, mit dem die Klausel aufgehoben und bestätigt worden sei, dass sie keiner der Parteien jemals ein Konkurrenzverbot auferlegt habe.
- 125 Schließlich habe das Wettbewerbsverbot vor der Bestätigung seiner Rechtmäßigkeit keine Wirkungen erzeugen können und könne folglich nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden. Aber selbst wenn dies der Fall sein sollte, sei es jedenfalls am 29. Oktober 2010 hinfällig geworden, denn von diesem Datum an sei beiden Parteien klar gewesen, dass sie sich nicht auf den Vertrag berufen könnten, um nicht miteinander in Wettbewerb zu treten.
- 126 Im Rahmen der vorliegenden Klage wendet die Klägerin sich gegen einige der Schlussfolgerungen der Kommission in dem angefochtenen Beschluss, ohne jedoch konkrete Umstände oder zumindest relevante Gesichtspunkte anzuführen, die sie in Frage stellen könnten. Im Rahmen ihres Vorbringens befasst die Klägerin sich im Wesentlichen mit folgenden Punkten: Erstens treffe die Feststellung im 255. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses, dass der Wortlaut der Klausel deren wettbewerbswidrigen Charakter deutlich mache, nicht zu, zweitens hätten die Parteien gute Gründe gehabt, die Möglichkeit, dass die Klausel als Nebenabrede zur Kaufoption oder zum Ausscheiden der von Telefónica ernannten Mitglieder aus dem Verwaltungsrat von PT rechtmäßig sei, als zweifelhaft anzusehen, drittens hätten die Umstände der Vertragsverhandlungen es gerechtfertigt, die Prüfung dieser Möglichkeit auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben, viertens bewiesen die Telefonkonferenzen vom Oktober 2010, dass die in der Klausel vorgesehene Selbstbewertung stattgefunden habe, fünftens bestätige der am 4. Februar 2011 geschlossene Vertrag über die Aufhebung der Klausel, dass die Selbstbewertung stattgefunden und die Klausel niemals irgendwelche Wirkungen erzeugt habe, sechstens lege die Kommission die Antworten von PT auf das Auskunftsverlangen vom 5. Januar 2011 falsch aus, und siebtens hätten die Parteien genug Argumente gehabt, um der Klausel nicht nachzukommen.
- 127 Als Erstes ist festzustellen, dass das Vorbringen der Klägerin, die Feststellung im 255. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses treffe nicht zu, mit ihrem Vortrag zusammenhängt, mit dem sie präzisiert, dass sie die Klausel – anders als die Kommission – nicht als eine bloße Verpflichtung zur Selbstbewertung ansehe, sondern geltend mache, die Klausel habe zwei Verpflichtungen umfasst, von denen die erste eine vorausgehende und die zweite eine anschließende Verpflichtung gewesen sei: Die vorausgehende Verpflichtung habe darin bestanden, zu prüfen, ob das Wettbewerbsverbot möglich sei, während die andere nur habe entstehen können, wenn die Parteien sich dieser Möglichkeit vergewissert hätten. Die Einfügung der Wendung „soweit rechtlich zulässig“ habe nämlich bedeutet, dass keine der Parteien berechtigt gewesen sei, von der anderen zu fordern, zu ihr nicht in Wettbewerb zu treten, ohne sich zuvor der Rechtmäßigkeit dieses Verhaltens vergewissert zu haben, denn die Verpflichtung, zueinander nicht in Wettbewerb zu treten, sei von der Einhaltung der Verpflichtung, die Rechtmäßigkeit dieser Beschränkung zu untersuchen, abhängig gewesen.
- 128 Das Wettbewerbsverbot falle daher nicht mit der Verpflichtung zur Selbstbewertung zusammen, und die Selbstbewertung bei den Telefonkonferenzen vom Oktober 2010 habe ergeben, dass das Wettbewerbsverbot nicht rechtmäßig sei. Zweck des Aufhebungsvertrags sei es gewesen, die Klausel zu

streichen, um die Zweifel auszuräumen und die Vorstellung, zwischen den Parteien bestehe irgendein Wettbewerbsverbot, endgültig von der Hand zu weisen, nicht aber, die Verpflichtung zur Selbstbewertung aufzuheben.

- 129 Mit der Kommission ist darauf hinzuweisen, dass die von der Klägerin getroffene Unterscheidung zwischen der Feststellung im 76. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses, nach der „die Parteien [geltend machen], statt ein Wettbewerbsverbot aufzuerlegen sehe die Klausel nur eine bloße Verpflichtung zur Selbstbewertung der Rechtmäßigkeit und des Umfangs des Wettbewerbsverbots vor“, und der Feststellung, dass „die Klausel ein Wettbewerbsverbot enthält, dessen Rechtmäßigkeit von der Beurteilung durch die Parteien abhängig ist“, ohne jeden Belang ist. Beide Angaben laufen im Wesentlichen auf das Vorbringen hinaus, dass das in der Klausel vorgesehene Wettbewerbsverbot dank des Zusatzes „soweit rechtlich zulässig“ nicht wirksam werden können, bevor die Parteien seine Rechtmäßigkeit geprüft hätten. Außerdem ist die vermeintliche Präzisierung, dass die Klausel keine Verpflichtung zur Selbstbewertung, sondern eine vorausgehende Verpflichtung zur Selbstbewertung und ein anschließendes Wettbewerbsverbot enthalten habe, im Gegensatz zu der von der Klägerin offenbar vertretenen Auffassung nicht geeignet, die Argumente der Kommission in dem angefochtenen Beschluss zu widerlegen.
- 130 Was somit die Feststellung der Kommission im 255. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses anbelangt, ändert die vermeintliche Präzisierung der Klägerin, nach ihrer Auffassung enthalte die Klausel nicht nur eine Verpflichtung zur Selbstbewertung, sondern auch ein – sekundäres – Wettbewerbsverbot, nichts daran, dass der Wortlaut der Klausel offenkundig in keiner Weise auf die Vornahme einer Selbstbewertung verweist und daher nicht das Vorbringen der Vertragsparteien zu stützen vermag, die Klausel habe die Verpflichtung enthalten, eine solche Bewertung vorzunehmen.
- 131 Als Zweites ist festzustellen, dass auch dem weiteren Vorbringen der Klägerin nicht gefolgt werden kann. Aus der Prüfung der Gesichtspunkte, die die Klägerin im Rahmen der vorliegenden Klage anführt, geht nämlich hervor, dass es ihr nicht gelungen ist, die Beurteilung der Kommission zu widerlegen, nach der das Vorbringen, die Klausel habe eine Verpflichtung zur Selbstbewertung enthalten, diese Selbstbewertung habe stattgefunden und das Wettbewerbsverbot habe niemals Wirkungen entfaltet, so dass eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV nicht vorliegen könne, nicht durchgreifen kann. Die Klägerin behauptet lediglich, das Wettbewerbsverbot sei von der Überprüfung seiner Zulässigkeit abhängig gewesen, trägt aber nichts vor, was die Gesichtspunkte in Frage stellen könnte, mit denen die Kommission dargetan hat, dass nichts darauf hindeute, dass die Klausel eine Verpflichtung zur Selbstbewertung enthalten habe, von der das Inkrafttreten des Wettbewerbsverbots abhängig gewesen sei.
- 132 Erstens führt die Klägerin Gesichtspunkte an, mit denen dargetan werden soll, dass die Auslegung, nach der die Klausel eine Verpflichtung zur Selbstbewertung der Rechtmäßigkeit des Wettbewerbsverbots enthalten habe, dadurch bestätigt werde, dass vernünftige Zweifel hinsichtlich der Möglichkeit bestanden hätten, das Wettbewerbsverbot als Nebenabrede zur Kaufoption oder zum Ausscheiden der von Telefónica ernannten Mitglieder aus dem Verwaltungsrat von PT einzustufen. So macht die Klägerin geltend, in Anbetracht des Kontexts und des Drucks der Verhandlungen sei es ihr vernünftig erschienen, das Wettbewerbsverbot bis zur Überprüfung der Folgen der Streichung der Kaufoption und der Aufrechterhaltung der Rücktrittsverpflichtung der von Telefónica ernannten Mitglieder des Verwaltungsrats von PT zur Seite zu legen.
- 133 Dieses Vorbringen ist zurückzuweisen.
- 134 Was zum einen die Kaufoption betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass diese im zweiten und dritten Angebot vorgesehen (Erwägungsgründe 41 und 46 des angefochtenen Beschlusses) und im vierten Angebot nicht mehr enthalten war, weil Telefónica inzwischen den größten Teil ihrer Beteiligung an PT, die sich ursprünglich auf etwa 10 % belief, verkauft hatte (18. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).

- 135 So macht die Klägerin geltend, wegen der kurzen Zeitspanne zwischen dem Eingang des vierten Angebots und der Unterzeichnung des Vertrags, nämlich 24 Stunden, hätten die Parteien nicht die Zeit gehabt, zu überprüfen, ob die Klausel ohne die Kaufoption noch zulässig sein können, so dass sie sie in eine Selbstbewertungsklausel umgewandelt hätten, um die Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben.
- 136 Aus den oben in den Rn. 110 bis 113 getroffenen Feststellungen ergibt sich jedoch, dass es der Klägerin nicht gelungen ist, darzutun, dass die Klausel als Nebenabrede zur Kaufoption habe eingestuft werden können, als diese noch Bestandteil des Vertrags gewesen sei, oder dass insoweit berechtigte Zweifel hätten bestehen können, so dass dem gesamten auf diese Überlegung gestützten Vorbringen nicht zu folgen ist.
- 137 Was zum anderen das im Vertrag vorgesehene Ausscheiden der von Telefónica ernannten Mitglieder aus dem Verwaltungsrat von PT betrifft, ist oben in den Rn. 114 bis 118 ebenfalls festgestellt worden, dass nicht erwiesen ist, dass die Klausel eine Nebenabrede zu diesem Ausscheiden gewesen sei, so dass die behaupteten Zweifel daran die These, wonach die Klausel in Wirklichkeit eine Verpflichtung zur Selbstbewertung der Rechtmäßigkeit einer solchen Beschränkung eingeführt habe, nicht stützen können.
- 138 In diesem Zusammenhang ist zudem darauf hinzuweisen, dass, wie die Kommission im 376. Erwägungsgrund unter Buchst. b ausgeführt hat, das Vorbringen der Klägerin widersprüchlich ist, weil einerseits die Erwägungen, nach denen die Klausel als eine Nebenabrede zum Ausscheiden der von Telefónica ernannten Mitglieder aus dem Verwaltungsrat von PT angesehen werden könne, und andererseits die Erwägungen, nach denen die Vornahme der Selbstbewertung die Feststellung ermöglicht habe, dass die Klausel nicht wettbewerbsrechtskonform gewesen sei, nicht miteinander vereinbar sind, denn wenn die Klausel als Nebenabrede zum Ausscheiden der von Telefónica ernannten Mitglieder aus dem Verwaltungsrat von PT rechtmäßig gewesen wäre, hätte die behauptete Vornahme der Selbstbewertung nicht zu dem Ergebnis führen können, dass die Klausel rechtswidrig sei.
- 139 Außerdem ist festzustellen, dass die Klägerin sich zwar nachdrücklich auf die behauptete Schwierigkeit der Rechtsfrage beruft, ob die Klausel als Nebenabrede zum Rücktritt der von Telefónica ernannten Mitglieder des Verwaltungsrats von PT habe angesehen werden können, dass sie aber – wie die Kommission zutreffend ausführt – zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht hat, die behauptete Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Klausel bei den Telefonkonferenzen vom Oktober 2010 sei langwierig oder schwierig gewesen, sondern im Gegenteil vorträgt, dass zwei Telefongespräche ausgereicht hätten, um in dieser Frage eine Übereinstimmung zwischen den Parteien zu erzielen.
- 140 Aus alledem folgt, dass die behauptete rechtliche Komplexität der Fragen in Bezug auf die Möglichkeit, die Klausel als Nebenabrede zur Kaufoption oder zum Rücktritt der von Telefónica ernannten Mitglieder des Verwaltungsrats von PT einzustufen, nicht als ein Gesichtspunkt angesehen werden kann, der dafür spricht, dass mit dem Einschub „soweit rechtlich zulässig“ eine Verpflichtung zur Selbstbewertung der Rechtmäßigkeit des Wettbewerbsverbots in die Klausel eingeführt worden sei.
- 141 Zweitens macht die Klägerin geltend, die Umstände der Vertragsverhandlung hätten es gerechtfertigt, dem Wettbewerbsverbot eine Verpflichtung zur vorherigen Selbstbewertung hinzuzufügen. Bei der Prüfung des vierten Angebots hätten die Parteien darauf geachtet, die aus den früheren Angeboten stammenden Klauseln nicht erneut zu untersuchen, und diese nur geändert, wenn sich das als unerlässlich erwiesen habe, um den Entwurf an die wesentlichen Merkmale der Transaktion anzupassen. Die Einfügung des Zusatzes „soweit rechtlich zulässig“ sei daher auf die Tatsache zurückzuführen, dass sich die Umstände durch den Wegfall der Kaufoption geändert hätten, es aber angesichts der zahlreichen mit der Verhandlung verbundenen Zwänge nicht möglich gewesen sei, sich im Vorhinein der Rechtmäßigkeit der Aufrechterhaltung des Wettbewerbsverbots mit dem ursprünglich vorgesehenen Wortlaut zu vergewissern.

- 142 Außerdem macht die Klägerin geltend, der Vertrag sei innerhalb von weniger als 24 Stunden nach Eingang des vierten Angebots unterzeichnet worden. Da es um den Abschluss des Erwerbs von Vivo und Oi gegangen sei, sei die Klausel die geringste Sorge von PT gewesen, so dass nichts darauf hinweise, dass die Parteien die Endfassung der Klausel erörtert hätten, und alles dafür spreche, dass sie dies nicht getan hätten.
- 143 Auch dieses Vorbringen vermag nicht zu überzeugen.
- 144 Was zunächst den Wegfall der Kaufoption betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass Telefónica schon am 23. Juni 2010 bekannt gegeben hatte, dass sie ihre Beteiligung an PT auf ungefähr 2 % verringert habe, so dass den Parteien, wie die Kommission zu Recht betont, schon seit diesem Tag, d. h. seit mehr als einem Monat vor der Absendung des vierten Angebots am 27. Juli und der Unterzeichnung des Vertrags am 28. Juli 2010, bekannt war, dass jeder vermeintliche Zusammenhang zwischen der Kaufoption und der Klausel entfallen war. Daraus folgt, dass die Klägerin nicht geltend machen kann, die Parteien hätten nur über eine Zeitspanne von 24 Stunden verfügt, um die Folgen des Wegfalls der Kaufoption zu beurteilen.
- 145 Sodann ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin die Gesichtspunkte nicht widerlegt, die die Kommission anführt, um darzutun, dass die Parteien den Wortlaut des Vertrags bis zum Abschluss der Verhandlungen geändert hätten, nämlich die Tatsache, dass die Klauseln 6 und 7 des Vertrags in der Zeit zwischen der Vorlage des vierten Angebots und der Unterzeichnung des Vertrags geändert wurden und die Klausel selbst bis kurz vor Unterzeichnung des Vertrags Gegenstand von Erörterungen und Änderungen bezüglich ihrer Geltungsdauer war. Sie beschränkt sich auf den Vortrag, dass „nichts darauf hinweist, dass die Parteien die Endfassung [der Klausel] erörtert haben, und alles dafür spricht, dass sie dies nicht getan haben“. Außerdem kann dem Vorbringen der Klägerin in Rn. 34 der Erwiderung nicht gefolgt werden, dass die Änderung der Klausel, die darin bestanden habe, sie statt am „Tag der Unterzeichnung dieses Vertrags“ am „Tag [des endgültigen Abschlusses der Transaktion]“ in Kraft treten zu lassen, eine der schlichten Logik folgende Änderung oder gar eine automatische Korrektur gewesen sei. Die Formulierung „[am] Tag der Unterzeichnung dieses Vertrags“ habe nämlich bedeutet, dass die Klausel mit der Unterzeichnung des Vertrags, d. h. am 28. Juli 2010, wirksam geworden wäre, während die Formulierung „[am] Tag [des endgültigen Abschlusses der Transaktion]“ bedeute, dass die Klausel mit dem endgültigen Abschluss der Transaktion am 27. September 2010 wirksam geworden sei (siehe oben, Rn. 22 und 25).
- 146 Schließlich ist allgemein das auf die behaupteten schwierigen Umstände der Verhandlungen gestützte Vorbringen der Klägerin zurückzuweisen. So hat die Kommission im 249. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses und in Rn. 49 der Klagebeantwortung zu Recht ausgeführt, es sei schlicht unglaublich, dass Unternehmen wie Telefónica und PT, die Zugang zu hochspezialisierter Rechtsberatung hätten und diese in Anspruch nähmen, bei der Erörterung und Änderung des Wortlauts des Vertrags und insbesondere der Klausel „geschlüdert“ haben sollen. Die Klägerin widerlegt diese Feststellung im Übrigen in keiner Weise und beschränkt sich wiederum auf die Behauptung, dass „die Wahrscheinlichkeit, dass die Parteien anfangs Zugang zu hochspezialisierter Rechtsberatung gehabt und diese in Anspruch genommen haben, zumindest fraglich und objektiv beschränkt war“.
- 147 Drittens macht die Klägerin geltend, die nach ihrer Behauptung durch die Klausel vorgesehene Selbstbewertung sei bei den Telefonkonferenzen vom 26. und 29. Oktober 2010 vorgenommen worden. Ihr Vorbringen ist jedoch wiederum zurückzuweisen, weil die Klägerin erneut die von der Kommission u. a. in den Erwägungsgründen 102 bis 124 des angefochtenen Beschlusses vorgenommene Beurteilung nicht angreift, nach der die von den Parteien angeführten Gesichtspunkte nicht die Schlussfolgerung zulassen, dass die „Hinfälligkeit“ der Klausel ab 29. Oktober 2010 dargetan sei, dass die Klausel die Selbstbewertung vorgesehen habe oder dass diese behauptete Selbstbewertung irgendwelche Wirkungen gehabt habe (124. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses). Die Klägerin behauptet nämlich nur, dass „die Beweise für die Kontakte und die Beweise für ihren Inhalt

dieselben sind und übereinstimmen“, dass „vernünftigerweise nicht angenommen werden kann, dass [die Telefonkonferenzen] einen anderen Zweck als die Erörterung [der Klausel] gehabt hätten und sich daraus die Bestätigung der Rechtmäßigkeit des Wettbewerbsverbots ergeben habe“, dass „[k]eines der Beweismittel ... für eine dermaßen absurde These [spricht]“ und dass „[i]m Gegenteil ... alles darauf hin[deutet], dass die gemeinsamen Überlegungen nur zu einem einzigen Ergebnis führen konnten[, nämlich] dem, dass das Wettbewerbsverbot gesetzwidrig und unwirksam sei“.

148 Die Klägerin widerlegt auch nicht das Vorbringen der Kommission, nach dem es, wenn die Klausel tatsächlich eine Verpflichtung zur Selbstbewertung vorgesehen hätte, nicht nur folgerichtig gewesen wäre, in der Klausel darauf zu verweisen, sondern auch, in ihr statt eines festen Datums für das Inkrafttreten einen Termin für diese Selbstbewertung zu bestimmen oder andernfalls zumindest vorzusehen, dass die Parteien diese Selbstbewertung so rasch wie möglich nach der Unterzeichnung des Vertrags und jedenfalls vor dem vorgesehenen Inkrafttreten der Klausel zum Zeitpunkt des endgültigen Abschlusses der Transaktion am 27. September 2010 vorzunehmen hätten (Erwägungsgründe 250 bis 255 und 309 ff. des angefochtenen Beschlusses). Da die Klägerin lediglich vorträgt, dass „die Parteien es für erforderlich halten können, eine Frist zu bestimmen, aber ebenso gut entscheiden können, davon abzusehen“, dass das Thema „in Vergessenheit geraten“ sei, weil PT die Klärung der Frage angesichts des Umstands, dass das in der Klausel vorgesehene Wettbewerbsverbot vor der Feststellung seiner Rechtmäßigkeit nicht verbindlich gewesen sei, nicht als dringlich angesehen habe, und dass es unter den vorliegenden Umständen „verständlich ist, dass die Parteien keinen Übereifer an den Tag gelegt haben, um diese Frage zu klären“, ist festzustellen, dass sie sowohl für das Fehlen eines Termins zur Vornahme der Selbstbewertung als auch für die Verspätung ihrer behaupteten Durchführung eine Erklärung schuldig geblieben ist.

149 Die von der Kommission als Anlage B.1 zur Klagebeantwortung vorgelegte beidete Erklärung von Frau M. R. S. S. N., die zur Zeit des Abschlusses des Vertrags sowie des Vertrags zur Aufhebung der Klausel Leiterin der Abteilung Wettbewerb von PT war, ändert an dieser Feststellung nichts. Zwar bestätigt Frau M. R. S. S. N. in dieser Erklärung, dass bei den Telefonkonferenzen zwischen Telefónica und PT im Oktober 2010 die Zulässigkeit der Klausel in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht beurteilt worden sei, dass die Parteien dabei zu dem Ergebnis gekommen seien, die Klausel mit dem ursprünglich vorgesehenen Wortlaut nicht vereinbaren zu können, und dass die in ihr vorgesehene Verpflichtung als zu dem Zeitpunkt erfüllt angesehen werden könne, zu dem die Parteien ihre Rechtmäßigkeit geprüft und zu dem Ergebnis gekommen seien, dass sie mit diesem Inhalt keinen Bestand haben könne (vgl. auch 117. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses). Diese Erklärung ist aber, wie die Kommission hervorhebt (Erwägungsgründe 120 und 122 des angefochtenen Beschlusses), kein zeitnahe Beweis für den Inhalt der Besprechungen vom Oktober 2010, was ihr einen höheren Beweiswert verliehen hätte (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 11. März 1999, *Ensidesa/Kommission*, T-157/94, Slg, EU:T:1999:54, Rn. 312, und vom 16. Dezember 2003, *Niederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied und Technische Unie/Kommission*, T-5/00 und T-6/00, Slg, EU:T:2003:342, Rn. 181). Außerdem muss, obwohl die Aussage eines unmittelbaren Zeugen für die von ihm dargestellten Umstände grundsätzlich als Beweismittel mit hohem Beweiswert anzusehen ist (Urteil vom 3. März 2011, *Siemens/Kommission*, T-110/07, Slg, EU:T:2011:68, Rn. 75), auch der Umstand berücksichtigt werden, dass die betreffende Erklärung im vorliegenden Fall von einer Person abgegeben wurde, die ein unmittelbares Interesse an der Rechtssache haben könnte und nicht als von der Klägerin unabhängig anzusehen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil *Siemens/Kommission*, EU:T:2011:68, Rn. 69 und 70).

150 Daraus folgt, dass diese Erklärung als einziger Beweis in Anbetracht der Gesamtheit der vorliegenden Anhaltspunkte nicht ausreicht, um darzutun, dass die Klausel eine Verpflichtung zur Selbstbewertung enthielt, wobei darauf hinzuweisen ist, dass in Bezug auf den Beweiswert, der den einzelnen Beweisen beizumessen ist, das allein maßgebliche Kriterium für die Beurteilung der von einer Partei von sich aus vorgelegten Beweise deren Glaubhaftigkeit ist (vgl. Urteile vom 8. Juli 2004, *Mannesmannröhren-Werke/Kommission*, T-44/00, Slg, EU:T:2004:218, Rn. 84 und die dort angeführte Rechtsprechung, *Dalmine/Kommission*, T-50/00, Slg, EU:T:2004:220, Rn. 72 und die dort angeführte

Rechtsprechung, und JFE Engineering u. a./Kommission, T-67/00, T-68/00, T-71/00 und T-78/00, Slg, EU:T:2004:221, Rn. 273) und dass nach den allgemein anerkannten Beweisregeln die Glaubhaftigkeit und damit der Beweiswert eines Schriftstücks von seiner Herkunft, den Umständen seiner Erstellung, seinem Adressaten und davon abhängt, ob es seinem Inhalt nach vernünftig und glaubwürdig wirkt (Urteil vom 15. März 2000, Cimenteries CBR u. a./Kommission, T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, Slg, EU:T:2000:77, Rn. 1053).

- 151 Viertens greift die Klägerin die Beurteilung der Kommission (Erwägungsgründe 313 bis 323 des angefochtenen Beschlusses) hinsichtlich des Vertrags über die Aufhebung der Klausel an (siehe oben, Rn. 29). Die Kommission vertritt im Wesentlichen die Auffassung, aus dem Aufhebungsvertrag lasse sich nicht herleiten, dass die Klausel eine Verpflichtung zur Selbstbewertung enthalten habe, die bei den Telefongesprächen vom Oktober 2010 erfüllt worden sei, insbesondere nicht, weil der Aufhebungsvertrag keine Formulierung enthalte, die auf einen Zusammenhang zwischen der Entscheidung, die Klausel aufzuheben, und einer Verpflichtung zur Selbstbewertung schließen lasse (315. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses). Die Erwägungsgründe des Aufhebungsvertrags erläuterten die Umstände, unter denen die Parteien sich zur Aufhebung der Klausel entschieden hätten, ohne jedoch die Telefonkonferenzen vom Oktober 2010 zu erwähnen (316. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses), und der Wortlaut des Aufhebungsvertrags zeige gerade, dass die Klausel ein Wettbewerbsverbot und nicht eine Verpflichtung zur Selbstbewertung enthalten habe (Erwägungsgründe 317 bis 322 des angefochtenen Beschlusses).
- 152 Die Klägerin macht geltend, die Auslegung durch die Kommission gehe von der unzutreffenden Prämisse aus, dass die Parteien vorgetragen hätten, die Klausel habe nur eine Verpflichtung zur Selbstbewertung enthalten, während PT stets vorgetragen habe, dass die Klausel zwei Verpflichtungen enthalten habe, nämlich eine vorausgehende Verpflichtung zur Selbstbewertung und ein sekundäres Wettbewerbsverbot. Im Licht eines solchen Verständnisses der Dinge stehe der Aufhebungsvertrag keineswegs im Widerspruch zu der Auffassung, dass die Klausel eine Verpflichtung zur Selbstbewertung eingeführt habe.
- 153 Dieses Vorbringen ist zurückzuweisen. Selbst wenn die Auslegung, nach der die Klausel eine Verpflichtung zur Selbstbewertung und ein Wettbewerbsverbot enthalten habe, zu berücksichtigen wäre, ist festzustellen, dass die oben in Rn. 151 zusammengefasste Argumentation der Kommission weiter Bestand hat. Die Klägerin beschränkt sich im Übrigen auf den Vortrag, dass der Aufhebungsvertrag die Auslegung durch die Parteien bei den Telefonkonferenzen vom Oktober 2010 „bestätigt“ und die Erklärung in diesem Vertrag, dass die Klausel „nicht in die Praxis umgesetzt werden kann und zu keinem Zeitpunkt in die Praxis umgesetzt worden ist“, nur dann widersprüchlich erscheine, wenn man die Klausel auf eine Verpflichtung zur Selbstbewertung beschränke, weil es widersprüchlich sei, zu erklären, dass die Klausel nicht in die Praxis umgesetzt werden könne und zu keinem Zeitpunkt umgesetzt worden sei, obwohl die Parteien gerade geltend machten, dass die nach ihrer Behauptung in der Klausel vorgesehene Selbstbewertung stattgefunden habe, nicht aber, wenn man einräume, dass die Klausel eine Verpflichtung zur Selbstbewertung und ein Wettbewerbsverbot enthalten habe, weil es dann nicht widersprüchlich sei, zu erklären, dass die Klausel nicht in die Praxis umgesetzt werden könne und zu keinem Zeitpunkt umgesetzt worden sei.
- 154 Dieses Vorbringen ändert aber nichts an der Tatsache, dass der Vertrag die Telefonkonferenzen vom Oktober 2010, die Auslegung der Klausel, von der man nach der Behauptung der Klägerin bei diesen Telefonkonferenzen ausgegangen sei, den Umstand, dass er ein behauptetes Ergebnis dieser Konferenzen bestätige, und allgemein den Umstand, dass die Klausel eine Verpflichtung zur Selbstbewertung enthalten habe, mit keinem Wort erwähnt. Selbst wenn der von PT behauptete Unterschied zwischen dem Vortrag, dass die Klausel eine Verpflichtung zur Selbstbewertung enthalten habe, und dem Vortrag, sie habe eine Verpflichtung zur Selbstbewertung und ein Wettbewerbsverbot

enthalten, anzuerkennen wäre, bleiben der Wortlaut des Aufhebungsvertrags und insbesondere die Erklärung, dass die Klausel nicht in die Praxis umgesetzt werden könne und zu keinem Zeitpunkt umgesetzt worden sei, im Licht einer solchen Auslegung widersprüchlich.

- 155 Fünftens macht die Klägerin geltend, die Kommission irre sich, wenn sie im 115. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses angebe, die Antwort von PT auf das Auskunftsverlangen vom 5. Januar 2011 erwähne nicht, dass die Klausel dahin auszulegen sei, dass sie mit der Verpflichtung zur Vornahme einer Selbstbewertung verbunden sei, und wenn sie im 303. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses feststelle, dass die Parteien sich vor ihrer Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht darauf berufen hätten, dass die Klausel eine Verpflichtung zur Vornahme einer Selbstbewertung vorgesehen habe.
- 156 Es ist darauf hinzuweisen, dass PT in den Rn. 30, 31 und 32 ihrer Antwort auf das Auskunftsverlangen erklärt hat: „Tatsache ist, dass die genannte Bestimmung – obwohl ihr Bestehen auf [ihre Veranlassung] am 9. Juni 2010 veröffentlicht worden ist (vgl. Anlage 10) – in Vergessenheit geriet, weil das Unternehmen sich nicht an sie gebunden fühlte und nicht erwartete, von Telefónica irgendein diesen Bestimmungen entsprechendes Verhalten fordern zu können, jedenfalls nicht vor der Vornahme einer Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Bestimmung.“ Sie hat dem hinzugefügt, dass „das Thema erst durch die am 23. und 24. August sowie am 19. [Oktober] 2010 erschienenen Zeitungsberichte wieder Anlass zur Besorgnis gab“, dass sie „im Anschluss an diese Veröffentlichungen ihre Anwälte anwies, Kontakt zu den Anwälten von Telefónica aufzunehmen, um eine Klärung der Frage herbeizuführen“, und dass „am 26. und 29. Oktober 2010 zwei Telefonkonferenzen stattfanden und zu dem Ergebnis führten, dass es für das Wettbewerbsverbot keine hinreichende Rechtfertigung gibt und dass es nutzlos ist, so dass es besser aufgehoben werden sollte“.
- 157 PT hat somit zwar nicht ausdrücklich vorgetragen, dass die durch die Klausel eingeführte Hauptpflicht eine Verpflichtung zur Selbstbewertung gewesen sei, aber immerhin angegeben, dass sie „sich nicht an [die Klausel] gebunden fühlte und nicht erwartete, von Telefónica irgendein ihren Bestimmungen entsprechendes Verhalten verlangen zu können, jedenfalls nicht vor der Vornahme einer Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Bestimmung“, was die Vorstellung einer Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Klausel vor deren Inkrafttreten impliziert.
- 158 Selbst wenn aber die Feststellung der Kommission, die Parteien hätten sich vor ihrer Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht darauf berufen, dass die Klausel eine Verpflichtung zur Vornahme einer Selbstbewertung vorgesehen habe, differenzierter zu werten wäre, besagen die fraglichen Erklärungen nicht nur nicht, dass die Klausel nach der behaupteten Vornahme der Selbstbewertung hinfällig geworden sei, sondern es ändert auch der Umstand, dass PT bereits in ihrer Antwort auf das Auskunftsverlangen vom 5. Januar 2011 angedeutet hat, dass die Rechtmäßigkeit der Klausel vor deren Inkrafttreten habe bestätigt werden müssen, nichts an der Tatsache, dass die Klägerin im Rahmen ihrer vorliegenden Klage vor dem Gericht weder dargetan hat, dass die Klausel eine Verpflichtung zur Selbstbewertung enthalten habe, noch, dass sie nach der behaupteten Vornahme der Selbstbewertung im Oktober 2010 hinfällig geworden sei.
- 159 Sechstens schließlich macht die Klägerin geltend, die Kommission hätte jedenfalls berücksichtigen müssen, dass die Klausel wirkungslos gewesen sei, denn die Parteien hätten genug Argumente gehabt, um das Wettbewerbsverbot nicht zu beachten. So sei in Anbetracht der von Telefónica und PT gegebenen Erläuterungen offensichtlich, dass die Parteien in Bezug auf die Klausel nicht dieselben Interessen gehabt hätten, da Telefónica behaupte, sie akzeptiert zu haben, um die Vivo-Transaktion zu ermöglichen, während PT ein Interesse an ihr gehabt habe, um sich wegen der Kaufoption zu schützen. Die Parteien hätten somit unterschiedliche Auffassungen darüber vertreten, was gesetzlich erlaubt gewesen sei, und daher wechselseitig genug Argumente an der Hand gehabt, um das Wettbewerbsverbot nicht zu beachten.

160 Dieses Vorbringen ist zurückzuweisen, ohne dass die Gründe zu prüfen sind, die dafür sprechen sollen, dass die Parteien genug Argumente gehabt hätten, um das Wettbewerbsverbot nicht zu beachten. Hierzu genügt nämlich der Hinweis, dass gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen von Rechts wegen nichtig sind, so dass kein Unternehmen verpflichtet sein kann, sie einzuhalten. Da die Nichtigkeit nach Art. 101 Abs. 2 AEUV absolut ist, erzeugt eine nach dieser Vorschrift nichtige Vereinbarung nämlich in den Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragspartnern keine Wirkungen und kann Dritten nicht entgegengehalten werden (vgl. entsprechend Urteil vom 25. November 1971, Béguelin Import, 22/71, Slg, EU:C:1971:113, Rn. 29). Die Behauptung, „Argumente [zu haben], um das Wettbewerbsverbot nicht zu beachten“, kann daher nicht bewirken, dass eine Vereinbarung dem Verbot des Art. 101 AEUV entgeht.

161 Aus alledem folgt, dass das Vorbringen, die Klausel enthalte eine Verpflichtung zur Selbstbewertung, zurückzuweisen ist.

Das auf einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV wegen fehlender Untersuchung der Voraussetzungen für einen potenziellen Wettbewerb gestützte Vorbringen

162 Die Klägerin macht geltend, die Kommission habe einen Fehler begangen, indem sie es unterlassen habe, die Voraussetzungen für einen potenziellen Wettbewerb zu untersuchen, um zu prüfen, ob angesichts der Struktur der relevanten Märkte und des wirtschaftlichen und rechtlichen Hintergrunds für Telefónica und PT die tatsächliche und konkrete Möglichkeit bestanden habe, auf den Märkten, die von der Klausel erfasst gewesen sein sollen, miteinander zu konkurrieren. Die Einstufung eines Wettbewerbsverbots als „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ hänge auch von seiner Eignung ab, beschränkende Wirkungen hervorzurufen.

163 Insoweit macht die Klägerin geltend, wegen der gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Eintrittsschranken und Expansionshemmnisse auf dem portugiesischen Markt für elektronische Kommunikation sowie der Hemmnisse, die auf der Struktur selbst, den Merkmalen und den Besonderheiten der betreffenden Märkte beruhten, könnten die Parteien nicht als potenzielle Wettbewerber eingestuft werden.

164 Die Klägerin wirft der Kommission ferner vor, in dem angefochtenen Beschluss die in der Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgenommene erschöpfende Untersuchung der Märkte für elektronische Kommunikation in Portugal sowie der Hemmnisse, die einen Wettbewerb auf diesen Märkten unmöglich machten, außer Betracht gelassen zu haben, indem sie sich auf allgemeine, mit den Vorgaben der Rechtsprechung nicht zu vereinbarende Erwägungen beschränkt und einen großen Teil des Vorbringens der Klägerin nicht widerlegt habe.

165 Als Erstes geht aus dem Vorbringen der Klägerin hervor, dass sie letztendlich nicht die formale Begründung des angefochtenen Beschlusses beanstandet, sondern den Umstand, dass die Kommission es – nach ihrer Auffassung zu Unrecht – unterlassen hat, die Struktur der betroffenen Märkte und die tatsächlichen Möglichkeiten eines Wettbewerbs der Parteien auf diesen Märkten zu untersuchen.

166 Aus den Erwägungsgründen 265 bis 278 des angefochtenen Beschlusses geht jedenfalls hervor, dass die Kommission die Gründe erläutert hat, aus denen sie es für nicht für erforderlich hielt, die Struktur der betroffenen Märkte eingehend zu untersuchen, und dass sie auf das Vorbringen der Parteien in Antworten auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte in Bezug auf einen potenziellen Wettbewerb zwischen ihnen, wie sie es in den Erwägungsgründen 268 bis 270 des angefochtenen Beschlusses zusammengefasst hat, erwidert hat. Soweit das Vorbringen der Klägerin dahin verstanden werden kann, dass sie allgemein eine fehlende Begründung des angefochtenen Beschlusses in diesem Punkt beanstandet, ist ihm daher nicht zu folgen.

- 167 Im Einzelnen macht die Klägerin zum einen in den Rn. 136 und 318 der Klageschrift geltend, die Kommission habe in dem angefochtenen Beschluss das in dessen 169. Erwägungsgrund wiedergegebene Argument nicht widerlegt, dem zufolge, wenn bestimmte Endkundenmärkte vom Anwendungsbereich der Klausel ausgeschlossen seien, dies auch für die Großkundenmärkte gelten müsse, weil der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb auf den Endkundenmärkten die Voraussetzung für den Wettbewerb auf den Großkundenmärkten schaffe und daher, wenn das Wettbewerbsverbot die Erstgenannten nicht betreffe, auch die Zweitgenannten davon nicht betroffen seien. Aus den Erwägungsgründen 153, 154 und 169 des angefochtenen Beschlusses geht jedoch hervor, dass die Kommission der Ansicht war, die Parteien seien als potenzielle Wettbewerber auf sämtlichen Märkten für elektronische Kommunikationsdienste und Fernsehdienste anzusehen, so dass es – da sie die Prämisse, bestimmte Endkundenmärkte seien vom Anwendungsbereich der Klausel auszuschließen, nicht akzeptiert habe – nicht erforderlich gewesen sei, das Argument zu widerlegen, dass die Großkundenmärkte, die diesen Endkundenmärkten entsprächen und sie ergänzten, vom Anwendungsbereich der Klausel ausgeschlossen werden müssten.
- 168 Zum anderen kritisiert die Klägerin, dass der angefochtene Beschluss sich nur wenig oder gar nicht mit der Frage befasst habe, welche Märkte tatsächlich Gegenstand des betreffenden Vertrags hätten sein können. Soweit diese Kritik auch die Erfüllung der Begründungspflicht durch die Kommission betrifft, ist sie zurückzuweisen, weil die Kommission im Abschnitt 5.3 des angefochtenen Beschlusses (Erwägungsgründe 186 bis 197) die „relevanten Produktmärkte“ angeführt hat, indem sie sich entgegen der Behauptung der Klägerin nicht nur auf die Orientierungen bezogen hat, die in ihrer Empfehlung vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (ABl. L 344, S. 65) aufgeführt sind, sondern auch auf ihre früheren Beschlüsse und auf die Rechtsprechung (186. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses). Außerdem hat die Kommission im Abschnitt 5.5 des angefochtenen Beschlusses (Erwägungsgründe 200 bis 233 des angefochtenen Beschlusses) die „Präsenz der Parteien auf den betreffenden Märkten“ untersucht. Schließlich hat sie angegeben, dass die genauen Konturen jedes einzelnen relevanten Marktes in Anbetracht des Umfangs des Anwendungsbereichs der Klausel offenbleiben könnten.
- 169 Was als Zweites die Rüge der fehlerhaften Beurteilung der „Eignung“ der Klausel zur Beschränkung des Wettbewerbs zwischen PT und Telefónica betrifft, weil die Kommission im vorliegenden Fall den Standpunkt vertreten habe, dass sie keine eingehende Untersuchung der Struktur der betroffenen Märkte vorzunehmen brauche, ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission sich, wie aus dem angefochtenen Beschluss hervorgeht, auf drei Gesichtspunkte gestützt hat, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass es zur Beurteilung, ob der Vertrag eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung war, nicht erforderlich gewesen sei, den potenziellen Wettbewerb zwischen den Parteien eingehend in Bezug auf jeden spezifischen Markt zu untersuchen (278. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 170 Zunächst hat die Kommission darauf hingewiesen, dass die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots oder – wenn man der von den Parteien vorgeschlagenen Auslegung der Klausel folgt – die in Betracht gezogene Notwendigkeit, eine Selbstbewertung der Rechtmäßigkeit und des Anwendungsbereichs eines akzessorischen Wettbewerbsverbots vorzunehmen, ein Eingeständnis dieser Parteien darstellt, hinsichtlich bestimmter Dienste zumindest potenzielle Wettbewerber gewesen zu sein. Wenn es nämlich überhaupt keinen potenziellen Wettbewerb gegeben hätte, hätte kein Anlass bestanden, irgendein Wettbewerbsverbot zu vereinbaren oder eine Selbstbewertung im Hinblick auf die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots vorzusehen (271. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).

- 171 Sodann hat die Kommission ausgeführt, dass die Klausel einen weit gefassten Anwendungsbereich gehabt habe, weil sie auf sämtliche elektronischen Kommunikationsdienste sowie auf Fernsehdienste anzuwenden gewesen sei (Erwägungsgründe 141, 265 und 278 des angefochtenen Beschlusses).
- 172 Schließlich hat die Kommission angegeben, dass diese Dienste im Einklang mit dem Rechtsrahmen der Union liberalisiert worden seien, was den Wettbewerb unter den Wirtschaftsteilnehmern ermögliche und fördere (265. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses), und dass dieses liberalisierte Umfeld, in dem der Wettbewerb möglich sei und gefördert werde, den Ausgangspunkt für die Beurteilung der Klausel bilden müsse (267. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 173 Zudem ist darauf hinzuweisen, dass es zwar zutrifft, dass eine Vereinbarung, um einen wettbewerbswidrigen Zweck zu haben, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb entfalten können muss, d. h. konkret geeignet sein muss, zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt zu führen (Urteil vom 14. März 2013, Allianz Hungária Biztosító u. a., C-32/11, Slg, EU:C:2013:160, Rn. 38).
- 174 Ferner ist erneut (siehe oben, Rn. 90) darauf hinzuweisen, dass bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen oder ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, um als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgefasst zu werden, auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext, in dem sie steht, abzustellen ist. Im Rahmen der Beurteilung dieses Kontexts sind auch die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen (vgl. Urteil CB/Kommission, oben in Rn. 86 angeführt, EU:C:2014:2204, Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 175 Aber auch wenn im Rahmen der Beurteilung des Kontexts einer Vereinbarung die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen sind, braucht die Kommission den betreffenden Markt oder die betreffenden Märkte nicht stets genau zu bestimmen. Die Festlegung des relevanten Marktes spielt nämlich in einem Fall des Art. 101 AEUV nicht dieselbe Rolle wie in einem Fall des Art. 102 AEUV. In einem Fall des Art. 102 AEUV hat die angemessene Festlegung des relevanten Marktes notwendig jeder Beurteilung eines vermeintlich wettbewerbswidrigen Verhaltens voranzugehen (Urteile vom 10. März 1992, SIV u. a./Kommission, T-68/89, T-77/89 und T-78/89, Slg, EU:T:1992:38, Rn. 159, und vom 11. Dezember 2003, Adriatica di Navigazione/Kommission, T-61/99, Slg, EU:T:2003:335, Rn. 27), da vor dem Nachweis der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung die Existenz einer solchen Stellung auf einem bestimmten Markt nachgewiesen werden muss, was die vorherige Abgrenzung dieses Marktes voraussetzt. Hingegen ist nach ständiger Rechtsprechung in einem Fall des Art. 101 AEUV der relevante Markt festzulegen, um zu bestimmen, ob die Vereinbarung, um die es geht, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezweckt oder bewirkt (Urteile vom 21. Februar 1995, SPO u. a./Kommission, T-29/92, Slg, EU:T:1995:34, Rn. 74, und Adriatica di Navigazione/Kommission, EU:T:2003:335, Rn. 27, vgl. auch Urteil vom 12. September 2007, Prym und Prym Consumer/Kommission, T-30/05, EU:T:2007:267, Rn. 86 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 176 Im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV ist eine vorherige Definition des relevanten Marktes somit nicht geboten, wenn die streitige Vereinbarung als solche ein wettbewerbswidriges Ziel verfolgt, d. h., wenn die Kommission ohne vorherige Marktabgrenzung zutreffend zu dem Ergebnis gelangen konnte, dass die fragliche Vereinbarung den Wettbewerb verfälschte und geeignet war, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Dies gilt insbesondere im Fall der schwerwiegendsten, in Art. 101 Abs. 1 Buchst. a bis e AEUV ausdrücklich verbotenen Beschränkungen (Schlussanträge des Generalanwalts Bot in den verbundenen Rechtssachen Erste Group Bank u. a./Kommission,

- C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P, Slg. EU:C:2009:192, Nrn. 168 bis 175). Wenn der mit einer Vereinbarung verfolgte Zweck selbst in einer Beschränkung des Wettbewerbs durch eine „Marktaufteilung“ besteht, brauchen die betroffenen räumlichen Märkte daher nicht präzise definiert zu werden, da der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb zwangsläufig beschränkt wurde (Urteil Mannesmannröhren-Werke/Kommission, oben in Rn. 150 angeführt, EU:T:2004:218, Rn. 132).
- 177 Da die Kommission im vorliegenden Fall festgestellt hat, Zweck der mit dem angefochtenen Beschluss geahndeten Klausel sei eine Marktaufteilung gewesen, kann die Klägerin folglich nicht geltend machen, dass eine eingehende Untersuchung der betroffenen Märkte erforderlich gewesen sei, um festzustellen, ob die Klausel eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellte.
- 178 Unternehmen, die eine Vereinbarung mit dem Ziel einer Wettbewerbsbeschränkung schließen, können sich nämlich der Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV grundsätzlich nicht mit dem Hinweis entziehen, dass sich ihre Vereinbarung auf den Wettbewerb nicht messbar ausgewirkt habe (Urteil Mannesmannröhren-Werke/Kommission, oben in Rn. 150 angeführt, EU:T:2004:218, Rn. 130). Da die im vorliegenden Fall geahndete Vereinbarung ein Wettbewerbsverbot war, das nach der Definition der Parteien auf „alle Vorhaben im Telekommunikationsgeschäft (einschließlich Festnetz- und Mobilfunkdiensten, Internetzugangs- und Fernsehdiensten, jedoch mit Ausnahme von Investitionen oder Tätigkeiten, die am Tag der Unterzeichnung dieses Vertrags bestehen bzw. ausgeübt werden), die auf dem iberischen Markt mit der jeweils anderen Partei in Wettbewerb stehen könnten“, Anwendung fand, ergab dieses Verbot nur Sinn, wenn es einen Wettbewerb gab, der beschränkt werden konnte (Urteile Mannesmannröhren-Werke/Kommission, oben in Rn. 150 angeführt, EU:T:2004:218, Rn. 131, und vom 21. Mai 2014, Toshiba/Kommission, T-519/09, EU:T:2014:263, Rn. 231).
- 179 Daher ist das Vorbringen der Klägerin, das Bestehen eines angeblichen Wettbewerbsverbots könne keinen Beweis für das Bestehen eines potenziellen Wettbewerbs zwischen den Parteien darstellen, ohne Belang.
- 180 Nach der Rechtsprechung ist der Abschluss eines solchen Vertrags nämlich zumindest ein starkes Indiz für das Bestehen eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses (vgl. in diesem Sinne Urteil Toshiba/Kommission, oben in Rn. 178 angeführt, EU:T:2014:263, Rn. 231). Wie die Kommission im 271. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses zu Recht ausführt, stellt die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots ein Eingeständnis der Parteien dar, dass sie hinsichtlich bestimmter Dienste zumindest potenzielle Wettbewerber sind. Zudem ist das Bestehen des Wettbewerbsverbots nur einer der Gesichtspunkte, auf die die Kommission ihre Schlussfolgerung gestützt hat, dass zwischen den Parteien ein potenzieller Wettbewerb bestand (siehe oben, Rn. 169 bis 172, und unten, Rn. 182).
- 181 Insoweit geht aus der Rechtsprechung insbesondere hervor, dass die Kommission im Fall eines liberalisierten Markts wie des hier in Rede stehenden dessen Struktur und die Frage, ob der Eintritt in diesen Markt für jede der Parteien mit einer lebensfähigen wirtschaftlichen Strategie einhergeht, nicht zu untersuchen braucht (vgl. in diesem Sinne Urteil E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2012:332, Rn. 89 bis 93), sondern zu prüfen hat, ob dem Eintritt in den Markt unüberwindbare Hindernisse entgegenstehen, die jeden potenziellen Wettbewerb ausschließen (vgl. in diesem Sinne Urteil Toshiba/Kommission, oben in Rn. 178 angeführt, EU:T:2014:263, Rn. 230).
- 182 Im vorliegenden Fall hat die Kommission aber nicht nur festgestellt, dass der Markt für Telekommunikations- und Fernsehdienste in Spanien und Portugal vollständig liberalisiert gewesen sei (siehe oben, Rn. 172), sondern auch, dass die Parteien nach ihrem eigenen Vorbringen auf den Märkten für weltweite Telekommunikationsdienste und internationale Übertragungsdienste für Großabnehmer im gesamten iberischen Markt präsent gewesen seien (Erwägungsgründe 173, 174 und 272 des angefochtenen Beschlusses), dass sie nicht dargetan hätten, die vorgesehene Geltungsdauer der Klausel habe sich als zu kurz erwiesen, um einen bestehenden Anbieter von Telekommunikationsdiensten zu übernehmen, um auf diese Weise die Rechte an bestimmten Netzen zu erwerben, ohne sie erst errichten zu müssen (273. Erwägungsgrund des angefochtenen

- Beschlusses), dass die gegenwärtige Situation des spanischen und des portugiesischen Markts nicht herangezogen werden könne, um die Möglichkeit einer Investition in den Sektor auszuschließen, weil die Investitionen dort trotz der Krise zugenommen hätten oder zumindest konstant geblieben seien (274. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses), und dass Telefónica schließlich selbst eingeräumt habe, dass die Abgabe eines öffentlichen Übernahmeangebots für ein Unternehmen wie PT aus Anlass der Verhandlungen über die Vivo-Transaktion möglich erschien, so dass auch der Erwerb eines Konkurrenten von PT hätte in Betracht kommen können (Erwägungsgründe 37 und 275 bis 277 des angefochtenen Beschlusses).
- 183 Die Klägerin trägt in ihrer Klageschrift nichts vor, was darauf hinweisen könnte, dass trotz dieser Gesichtspunkte eine eingehende Analyse der relevanten Märkte erforderlich gewesen wäre, um zu beurteilen, ob die Klausel eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung war, oder um festzustellen, dass einem Eintritt der Parteien in ihren jeweiligen Nachbarmarkt keine unüberwindbaren Hindernisse entgegenstanden.
- 184 Es ist nämlich darauf hinzuweisen, dass die Klägerin sich – von ihrem oben in den Rn. 162 bis 181 bereits behandelten Vorbringen abgesehen – in ihren Schriftsätzen darauf beschränkt, das oben in Rn. 182 zusammengefasste Vorbringen der Kommission zu bestreiten, ohne damit die Beurteilung der Kommission in Frage stellen zu können, dass sie im vorliegenden Fall nicht verpflichtet gewesen sei, eine eingehende Untersuchung des potenziellen Wettbewerbs zwischen den Parteien auf den von der Klausel betroffenen Märkten vorzunehmen.
- 185 Auch dem weiteren Vorbringen der Klägerin, mit dem sie Anhaltspunkte vorträgt, die belegen sollen, dass ein Eintritt in die betreffenden Märkte nicht den strategischen Prioritäten der Parteien entsprochen hätte oder wirtschaftlich nicht vorteilhaft oder reizvoll gewesen wäre, ist nicht zu folgen.
- 186 Ohne dass es erforderlich wäre, im Detail auf diese Argumentation einzugehen, genügt nämlich der Hinweis, dass die Absicht eines Unternehmens, einen Markt zu erschließen, für die Prüfung, ob es als potenzieller Wettbewerber auf dem betreffenden Markt angesehen werden kann, zwar gegebenenfalls von Bedeutung ist, dass aber der wesentliche Gesichtspunkt, auf dem eine solche Einstufung beruhen muss, in der Markteintrittsfähigkeit des Unternehmens besteht (vgl. Urteil E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission, oben in Rn. 99 angeführt, EU:T:2012:332, Rn. 87 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 187 Was schließlich das Vorbringen der Klägerin betrifft, mit dem dargetan werden soll, dass offenkundig nichts im Wettbewerbsverbot Telefónica gehindert habe, ihre Beteiligung an Zon zu erhöhen, und dass es daher sehr unwahrscheinlich gewesen sei, dass Telefónica noch eine eigene Infrastruktur auf dem portugiesischen Markt entwickeln würde, weil das der Tätigkeit von Zon geschadet hätte, ist zum einen darauf hinzuweisen, dass, wie die Kommission im 164. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses ausgeführt hat, dem Vorbringen, die Klausel habe Telefónica nicht gehindert, ihre Beteiligung an Zon zu erhöhen, nicht gefolgt werden kann, weil die Klausel wörtlich das Verbot enthält, „sich direkt oder indirekt über verbundene Unternehmen an Vorhaben im Telekommunikationsgeschäft ... zu beteiligen oder in sie zu investieren“, was auch eine Erhöhung der Beteiligung an Zon durch Telefónica einschließt. Zum anderen ist die Tatsache, dass Telefónica bereits eine Minderheitsbeteiligung an Zon hielt, deren Erhöhung die Klausel untersagte, nicht geeignet, darzutun, dass Telefónica kein potenzieller Wettbewerber auf dem portugiesischen Markt gewesen sei, sondern zeigt, dass Telefónica ohne die Klausel diese Beteiligung hätte erhöhen oder andere Beteiligungen an anderen Anbietern hätte erwerben können.
- 188 Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass nicht geltend gemacht werden kann, die Kommission hätte ungeachtet dessen, dass allein schon die Existenz der Klausel ein starkes Indiz für einen potenziellen Wettbewerb zwischen den Parteien ist, dass ihr Zweck in einer Marktaufteilung bestand, dass sie einen weiten Anwendungsbereich hatte und dass sie sich in einen liberalisierten wirtschaftlichen Kontext einfügte, eine eingehende Untersuchung der Struktur der betroffenen Märkte

und des potenziellen Wettbewerbs zwischen den Parteien auf diesen Märkten vornehmen müssen, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass die Klausel eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung war. Das Vorbringen der Klägerin zu einem Verstoß gegen Art. 101 AEUV wegen des Fehlens einer Untersuchung der Voraussetzungen für einen potenziellen Wettbewerb ist daher zurückzuweisen.

Das auf das Fehlen von Wirkungen gestützte Vorbringen

- 189 Die Klägerin macht geltend, weil die Klausel keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung enthalten habe, habe die Kommission auch weder dargetan, dass die Klausel beschränkende Wirkungen hervorgerufen habe, noch, dass sie solche Wirkungen hervorrufen können.
- 190 Da die oben in den Rn. 93 bis 188 vorgenommene Prüfung des Vorbringens der Klägerin ergibt, dass diese nicht darzutun vermag, dass die Schlussfolgerung der Kommission, nach der die Klausel eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sei, nicht zutreffe, beruht ihre vorstehend in Rn. 189 zusammengefasste Argumentation auf der unzutreffenden Prämisse, dass das fragliche Verhalten nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden könne, und ist daher zurückzuweisen. Es ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 AEUV selbst, dass Vereinbarungen zwischen Unternehmen unabhängig von ihrer Wirkung verboten sind, wenn mit ihnen ein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt wird. Es ist daher nicht erforderlich, tatsächliche wettbewerbswidrige Wirkungen darzutun, wenn der wettbewerbswidrige Zweck der beanstandeten Verhaltensweisen erwiesen ist (vgl. Urteil vom 3. März 2011, Siemens und VA Tech Transmission & Distribution/Kommission, T-122/07 bis T-124/07, Slg, EU:T:2011:70, Rn. 75 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 191 Bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV brauchen nämlich die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung nicht berücksichtigt zu werden, wenn sich ergibt, dass diese eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt. Dies ist u. a. bei Vereinbarungen der Fall, die offenkundige Beschränkungen des Wettbewerbs wie die Festsetzung von Preisen und die Aufteilung des Marktes umfassen (Urteil vom 8. Dezember 2011, KME Germany u. a./Kommission, C-389/10 P, Slg, EU:C:2011:816, Rn. 75).
- 192 Im Übrigen ist das Vorbringen der Klägerin zurückzuweisen, dass die Kommission mit ihrer Feststellung, der Umstand, dass die Parteien keine neuen Tätigkeiten in Spanien oder Portugal entfaltet hätten, sei ein nicht zwingender Anhaltspunkt für die Anwendung der Klausel (365. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses), eine *probatio diabolica* verlange, nämlich den Beweis, dass dieses Fehlen neuer Tätigkeiten nicht auf die Klausel zurückzuführen sei. Da die Kommission sich zum Nachweis, dass die Klausel gegen Art. 101 AEUV verstoße, nicht auf diesen Gesichtspunkt gestützt hat, sondern darauf, dass die Klausel ihrer Art nach eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sei, und da sie darüber hinaus angegeben hat, der Umstand, dass die Parteien auf den betroffenen Märkten keine neuen Tätigkeit entfaltet hätten, sei ein „nicht zwingendes Indiz“ dafür, dass die Klausel möglicherweise in die Praxis umgesetzt worden sei, kann die Klägerin der Kommission nicht vorwerfen, von den Parteien eine *probatio diabolica* verlangt zu haben.
- 193 Folglich ist das Vorbringen, mit dem gerügt wird, dass die Kommission die Wirkungen der Klausel nicht geprüft habe, zurückzuweisen.

2. Anträge auf Herabsetzung der Geldbuße

- 194 Hilfsweise beanstandet die Klägerin die Höhe der gegen sie verhängten Geldbuße und macht geltend, diese müsse herabgesetzt werden, weil die Kommission auch dann, wenn die Klausel wettbewerbsbeschränkende Wirkungen hervorrufen können, das Ausmaß und die Dauer dieser Wirkungen bei der Festsetzung des Betrags der Geldbuße nicht angemessen abgewogen und somit gegen die Grundsätze für die Bemessung der Geldbußen sowie gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen habe.

a) Vorbemerkungen

Grundsätze der Berechnung der Geldbußen

- ¹⁹⁵ Nach ständiger Rechtsprechung verfügt die Kommission über ein weites Ermessen in Bezug auf die Methode zur Berechnung der Höhe der Geldbußen. Diese in den Leitlinien beschriebene Berechnungsmethode enthält verschiedene Spielräume, die es der Kommission ermöglichen, ihr Ermessen im Einklang mit den Bestimmungen des Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 auszuüben (vgl. in diesem Sinne und entsprechend Urteil vom 3. September 2009, Papierfabrik August Koehler u. a./Kommission, C-322/07 P, C-327/07 P und C-338/07 P, Slg, EU:C:2009:500, Rn. 112 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ¹⁹⁶ Die Schwere der Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht der Union ist anhand einer Vielzahl von Gesichtspunkten zu ermitteln, zu denen u. a. die besonderen Umstände der Rechtssache, ihr Kontext und die Abschreckungswirkung der Geldbußen gehören, ohne dass es eine zwingende oder abschließende Liste von Kriterien gäbe, die auf jeden Fall berücksichtigt werden müssten (Urteile vom 19. März 2009, Archer Daniels Midland/Kommission, C-510/06 P, Slg, EU:C:2009:166, Rn. 72, und vom 3. September 2009, Prym und Prym Consumer/Kommission, C-534/07 P, Slg, EU:C:2009:505, Rn. 54).
- ¹⁹⁷ Wie oben in Rn. 52 dargelegt, hat die Kommission im vorliegenden Fall die Höhe der Geldbußen unter Anwendung der in den Leitlinien festgelegten Methode bestimmt.
- ¹⁹⁸ Diese Leitlinien können zwar nicht als Rechtsnorm qualifiziert werden, die die Verwaltung auf jeden Fall zu beachten hat, sie stellen jedoch eine Verhaltensnorm dar, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthält und von der die Verwaltung im Einzelfall nicht ohne Angabe von Gründen abweichen kann, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar sind (vgl. entsprechend Urteile vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Slg, EU:C:2005:408, Rn. 209 und die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 8. Oktober 2008, Carbone-Lorraine/Kommission, T-73/04, Slg, EU:T:2008:416, Rn. 70).
- ¹⁹⁹ Die Kommission hat dadurch, dass sie derartige Verhaltensnormen erlassen und durch ihre Veröffentlichung angekündigt hat, dass sie sie von nun an auf die von ihnen erfassten Fälle anwenden werde, die Ausübung ihres Ermessens beschränkt und kann von diesen Normen nicht abweichen, ohne dass dies gegebenenfalls wegen eines Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie die der Gleichbehandlung oder des Vertrauensschutzes geahndet würde (vgl. entsprechend Urteile Dansk Rørindustri u. a./Kommission, oben in Rn. 198 angeführt, EU:C:2005:408, Rn. 211 und die dort angeführte Rechtsprechung, und Carbone-Lorraine/Kommission, oben in Rn. 198 angeführt, EU:T:2008:416, Rn. 71).
- ²⁰⁰ Darüber hinaus legen diese Leitlinien allgemein und abstrakt die Methode fest, die sich die Kommission zur Festsetzung der Geldbußen auferlegt hat, und schaffen damit Rechtssicherheit für die Unternehmen (vgl. entsprechend Urteil Dansk Rørindustri u. a./Kommission, oben in Rn. 198 angeführt, EU:C:2005:408, Rn. 211 und 213).
- ²⁰¹ In den Ziff. 4 und 5 der Leitlinien heißt es:
- „4. Die Befugnis zur Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, die vorsätzlich oder fahrlässig gegen Artikel [101 AEUV] oder [102 AEUV] verstoßen, zählt zu den Mitteln, mit denen die Kommission den ihr durch den EG-Vertrag anvertrauten Überwachungsaufgaben nachkommt. Dazu zählt nämlich nicht nur die Pflicht, einzelne Zuwiderhandlungen zu ermitteln und zu ahnden, sondern auch der Auftrag, eine

allgemeine Politik mit dem Ziel zu verfolgen, die im Vertrag niedergelegten Grundsätze auf das Wettbewerbsrecht anzuwenden und das Verhalten der Unternehmen in diesem Sinne zu lenken. Dazu muss sie sicherstellen, dass ihre Maßnahmen die notwendige Abschreckungswirkung entfalten. Deswegen kann – wenn die Kommission eine Zuwiderhandlung gegen Artikel [101 AEUV] oder [102 AEUV] feststellt – es sich als notwendig erweisen, gegen diejenigen eine Geldbuße zu verhängen, die gegen das geltende Recht verstoßen haben. Diese sollte so hoch festgesetzt werden, dass nicht nur die an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen sanktioniert werden (Spezialprävention), sondern auch andere Unternehmen von der Aufnahme oder Fortsetzung einer Zuwiderhandlung gegen die Artikel [101 AEUV] oder [102 AEUV] abgehalten werden (Generalprävention).

5. Zur Verwirklichung dieser Ziele sollten die Geldbußen auf der Grundlage des Wertes der verkauften Waren oder Dienstleistungen berechnet werden, mit denen der Verstoß in Zusammenhang steht. Auch die Dauer der Zuwiderhandlung sollte bei der Bestimmung des angemessenen Betrags der Geldbuße eine wichtige Rolle spielen, da sie zwangsläufig die potenziellen Auswirkungen dieser Zuwiderhandlung auf dem Markt beeinflusst. Die Anzahl der Jahre, während der das Unternehmen am Verstoß beteiligt war, muss sich deshalb in der Geldbuße widerspiegeln.“
- ²⁰² Die Leitlinien legen eine zwei Stufen umfassende Berechnungsmethode fest (Ziff. 9 der Leitlinien). Als erste Berechnungsstufe sehen sie vor, dass die Kommission für jedes einzelne Unternehmen und jede einzelne Unternehmensvereinigung einen Grundbetrag nach folgenden Bestimmungen festsetzt:

„12. Der Grundbetrag richtet sich nach dem Wert der verkauften Waren oder Dienstleistungen und wird anhand der nachstehend beschriebenen Methode berechnet.

...

13. Zur Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße verwendet die Kommission den Wert der von dem betreffenden Unternehmen im relevanten räumlichen Markt innerhalb des EWR verkauften Waren oder Dienstleistungen, die mit dem Verstoß in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen. Im Regelfall ist der Umsatz im letzten vollständigen Geschäftsjahr zugrunde zu legen, in dem das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war.

...

19. Zur Bestimmung des Grundbetrags wird ein bestimmter Anteil am Umsatz, der sich nach der Schwere des Verstoßes richtet, mit der Anzahl der Jahre der Zuwiderhandlung multipliziert.

20. Die Schwere der Zuwiderhandlung wird in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände beurteilt.

21. Grundsätzlich kann ein Betrag von bis zu 30 % des Umsatzes festgesetzt werden.

22. Bei der Bestimmung der genauen Höhe innerhalb dieser Bandbreite berücksichtigt die Kommission mehrere Umstände, u. a. die Art der Zuwiderhandlung, den kumulierten Marktanteil sämtlicher beteiligten Unternehmen, den Umfang des von der Zuwiderhandlung betroffenen räumlichen Marktes und die etwaige Umsetzung der Zuwiderhandlung in der Praxis.

23. Horizontale, üblicherweise geheime Vereinbarungen zur Festsetzung von Preisen, Aufteilung der Märkte oder Einschränkung der Erzeugung gehören ihrer Art nach zu den schwerwiegendsten Verstößen und müssen unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten streng geahndet werden. Für solche Zuwiderhandlungen ist daher grundsätzlich ein Betrag am oberen Ende dieser Bandbreite anzusetzen.

24. Um der Dauer der Mitwirkung der einzelnen Unternehmen an der Zuwiderhandlung in voller Länge Rechnung zu tragen, wird der nach dem Umsatz ermittelte Wert (siehe oben, Ziffern 20 bis 23) mit der Anzahl der Jahre multipliziert, die das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war. Zeiträume bis zu sechs Monaten werden mit einem halben, Zeiträume von mehr als sechs Monaten bis zu einem Jahr mit einem ganzen Jahr angerechnet.
25. Zusätzlich, unabhängig von der Dauer der Beteiligung eines Unternehmens an der Zuwiderhandlung, fügt die Kommission einen Betrag zwischen 15 % und 25 % des Umsatzes im Sinne von Abschnitt A hinzu, um die Unternehmen von vornherein von der Beteiligung an horizontalen Vereinbarungen zur Festsetzung von Preisen, Aufteilung von Märkten oder Mengeneinschränkungen abzuschrecken. Dieser Zusatzbetrag kann auch in Fällen anderer Zuwiderhandlungen erhoben werden. Bei der Entscheidung, welcher Anteil am Umsatz zugrunde zu legen ist, berücksichtigt die Kommission mehrere Umstände, u. a. die in Ziffer 22 genannten.

...“

203 Als zweite Berechnungsstufe sehen die Leitlinien vor, dass die Kommission den Grundbetrag nach oben oder unten anpassen kann und dabei in einer Gesamtperspektive sämtliche einschlägigen Umstände würdigt (Ziff. 11 und 27 der Leitlinien).

204 Als solche Umstände führt Ziff. 29 der Leitlinien an:

„Der Grundbetrag der Geldbuße kann verringert werden, wenn die Kommission mildernde Umstände wie beispielsweise die nachstehend aufgeführten feststellt:

- vom Unternehmen nachgewiesene Beendigung des Verstoßes nach dem ersten Eingreifen der Kommission, außer im Falle geheimer Vereinbarungen oder Verhaltensweisen (insbesondere von Kartellen);
- vom Unternehmen beigebrachte Beweise, dass die Zuwiderhandlung aus Fahrlässigkeit begangen wurde;
- vom Unternehmen beigebrachte Beweise, dass die eigene Beteiligung sehr geringfügig war und sich das Unternehmen der Durchführung der gegen die Wettbewerbsregeln verstoßenden Vereinbarungen in dem Zeitraum, in dem sie ihnen beigetreten war, in Wirklichkeit durch eigenes Wettbewerbsverhalten auf dem Markt entzogen hat; der bloße Umstand einer kürzeren Beteiligung im Vergleich zu den übrigen Unternehmen wird nicht als mildernder Umstand anerkannt, da er bereits im Grundbetrag zum Ausdruck kommt;
- aktive Zusammenarbeit des Unternehmens mit der Kommission außerhalb des Anwendungsbereichs der Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen und über seine rechtliche Verpflichtung zur Zusammenarbeit hinaus;
- Genehmigung oder Ermutigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens durch die Behörden oder geltende Vorschriften.“

205 Schließlich ist es, wie der Gerichtshof in den Urteilen KME Germany u. a./Kommission, oben in Rn. 191 angeführt (EU:C:2011:816, Rn. 129), und vom 8. Dezember 2011, KME Germany u. a./Kommission (C-272/09 P, Slg, EU:C:2011:810, Rn. 102), entschieden hat, Sache des Unionsrichters, die ihm obliegende Rechtmäßigkeitskontrolle auf der Grundlage der vom Kläger zur Stützung seiner Klagegründe vorgelegten Beweise vorzunehmen. Bei dieser Kontrolle kann der Richter weder hinsichtlich der Wahl der Gesichtspunkte, die bei der Anwendung der in den Leitlinien

genannten Kriterien berücksichtigt wurden, noch hinsichtlich ihrer Bewertung auf den Ermessensspielraum der Kommission verweisen, um auf eine gründliche rechtliche wie tatsächliche Kontrolle zu verzichten.

- 206 Die Rechtmäßigkeitskontrolle wird ergänzt durch die dem Unionsrichter früher durch Art. 17 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [81 EG] und [82 EG] (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204), jetzt durch Art. 31 der Verordnung Nr. 1/2003 gemäß Art. 261 AEUV eingeräumte Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung. Diese Befugnis ermächtigt den Richter über die reine Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme hinaus dazu, die Beurteilung der Kommission durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen und demgemäß die verhängte Geldbuße oder das verhängte Zwangsgeld aufzuheben, herabzusetzen oder zu erhöhen (Urteil KME Germany u. a./Kommission, oben in Rn. 205 angeführt, EU:C:2011:810, Rn. 103).

Angefochtener Beschluss

- 207 Die Kommission war angesichts des in dem angefochtenen Beschluss beschriebenen Sachverhalts der Auffassung, dass die Zuwiderhandlung vorsätzlich begangen worden sei und in der eindeutig rechtswidrigen Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots und einer Aufteilung des spanischen und des portugiesischen Marktes für elektronische Kommunikation zwischen den Parteien bestanden habe. In Anbetracht dieser Art offenkundiger Zuwiderhandlung könnten die Parteien sich nicht darauf berufen, nicht vorsätzlich gehandelt zu haben (477. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 208 Was den Umsatz betrifft, anhand dessen der Grundbetrag festgesetzt worden ist, war die Kommission der Auffassung, dass das Wettbewerbsverbot für alle in Spanien oder Portugal erbrachten elektronischen Kommunikationsdienste und Fernsehdienste gegolten habe, ausgenommen die weltweiten Telekommunikationsdienste und internationalen Übertragungsdienste für Großabnehmer, hinsichtlich deren die Parteien am Tag der Unterzeichnung des Vertrags auf der Iberischen Halbinsel im Wettbewerb gestanden hätten und die aus diesem Grund von seinem Anwendungsbereich ausgenommen gewesen seien. Des Weiteren hat die Kommission mit Rücksicht darauf, dass die Klausel alle am Tag des Vertragsschlusses bereits bestehenden Investitionen und Aktivitäten, die als mit den Investitionen und Aktivitäten der anderen Partei auf dem iberischen Markt im Wettbewerb stehend angesehen werden konnten, von ihrem Anwendungsbereich ausschloss, bei jeder der Parteien nur deren eigenen Umsatz in ihrem Herkunftsstaat berücksichtigt. Sie hat daher insbesondere nicht die Umsätze der Parteien im Herkunftsstaat der anderen Partei herangezogen, weil diese Beträge im Grundsatz bisherigen Tätigkeiten entsprachen, die nicht unter die Klausel fielen. Das bedeutet, dass die Kommission, was Telefónica betrifft, den Umsatz anhand der Umsätze dieses Unternehmens in Spanien bestimmte, während sie, was PT betrifft, diesen Umsatz anhand der Umsätze dieses Unternehmens in Portugal bestimmte (Erwägungsgründe 482 und 483 des angefochtenen Beschlusses).
- 209 Die Kommission hat sodann ausgeführt, dass sie im Allgemeinen die von den Unternehmen während des letzten vollständigen Jahres ihrer Beteiligung an der Zuwiderhandlung erzielten Umsätze berücksichtige. Da die Zuwiderhandlung im vorliegenden Fall weniger als ein Jahr gedauert und zwischen 2010 und 2011 stattgefunden habe, habe sie die von den Unternehmen im Lauf des Jahres 2011 erzielten Umsätze herangezogen, die geringer gewesen seien als die von den Parteien für 2010 verzeichneten Umsätze (484. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 210 Hinsichtlich der Schwere der Zuwiderhandlung, nach der sich der zur Bestimmung des Grundbetrags der Geldbuße heranzuziehende Umsatzanteil bemisst, machte die Kommission geltend, dass die Zuwiderhandlung im vorliegenden Fall in der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots und einer Aufteilung des spanischen und des portugiesischen Marktes für elektronische Kommunikations- und

- Fernsehdienste zwischen den Parteien bestanden habe und dass Telefónica und PT die etablierten Betreiber in ihrem jeweiligen Herkunftsstaat gewesen seien (489. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 211 Die Kommission hat angegeben, sie habe berücksichtigt, dass die Parteien die Klausel seit ihrer erstmaligen Aufnahme in das Angebot vom 1. Juni 2010 nicht geheim gehalten hätten. Wie in den Erwägungsgründen 128 bis 130 des angefochtenen Beschlusses ausgeführt, hätten die Parteien nämlich das zweite Angebot, das die erste Fassung der Klausel enthalten habe, in ihre jeweiligen Websites eingestellt und sie der spanischen und der portugiesischen Börsenaufsichtsbehörde mitgeteilt, die sie ihrerseits auf ihren eigenen Websites veröffentlicht hätten. Außerdem habe PT am 9. Juni 2010 an ihre Aktionäre eine Broschüre mit Erläuterungen zur Transaktion und zur Klausel verteilt. Ferner sei der Vertrag, der die Endfassung der Klausel enthalten habe, Bestandteil der Akten gewesen, die Telefónica und PT bei der Anatel und beim CADE eingereicht hätten. Schließlich habe Telefónica in einem Artikel, der am 23. August 2010 im *Jornal de Negócios* erschienen sei, bestätigt, dass der Vertrag ein Wettbewerbsverbot enthalte (491. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 212 Als Dauer der Zuwiderhandlung hat die Kommission den Zeitraum vom 27. September 2010, dem Datum der notariellen Beurkundung und damit des endgültigen Abschlusses der Transaktion, bis zum 4. Februar 2011, dem Datum des Vertrags, mit dem die Parteien die Klausel aufgehoben haben, berücksichtigt (492. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 213 In Anbetracht dieser Umstände, der Größe der Unternehmen und der kurzen Dauer der wettbewerbswidrigen Vereinbarung war die Kommission der Auffassung, unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles sei es verhältnismäßig und zur Abschreckung ausreichend, für die Berechnung des Grundbetrags der Geldbußen einen geringen Prozentsatz des Umsatzes heranzuziehen. Die Kommission ist daher zu dem Ergebnis gekommen, dass sich der zugrunde zu legende Umsatzanteil für die beiden betroffenen Unternehmen auf 2 % belaufen müsse (493. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses). Der für jedes Unternehmen festgesetzte prozentuale Umsatzanteil ist mit dem für die Dauer festgesetzten Koeffizienten multipliziert worden, nämlich mit 0,33, was vier Monaten eines ganzen Jahres entspricht.
- 214 Die Kommission hat die so berechneten Beträge als endgültige Grundbeträge festgesetzt, so dass festzustellen ist, dass sie im vorliegenden Fall keinen festen Zusatzbetrag zum Zweck der Abschreckung (Eintrittsgebühr) hinzugefügt hat, wie dies in Ziff. 25 der Leitlinien vorgesehen ist (siehe oben, Rn. 202); dies hat sie im Übrigen in der mündlichen Verhandlung bestätigt.
- 215 Was die Anpassung des Grundbetrags betrifft, war die Kommission zu einer Ansicht, dass im vorliegenden Fall keine erschwerenden Umstände zu berücksichtigen seien (496. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 216 Zum anderen hat die Kommission darauf hingewiesen, dass die Parteien beschlossen hatten, die Klausel am 4. Februar 2011 aufzuheben, und die in Rede stehende wettbewerbswidrige Praxis damit beendet hatten. In Anbetracht der Tatsache, dass die Geltung der Klausel nur 16 Tage nach Eröffnung des Verfahrens durch die Kommission und 30 Tage nach der Übermittlung ihres ersten Auskunftsverlangens an die Parteien beendet wurde und die Klausel nicht geheim war, war die Kommission der Ansicht, dass die genannte Aufhebung als mildernder Umstand zugunsten beider Parteien anzusehen sei (500. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses).
- 217 Angesichts dieser Umstände war die Kommission der Auffassung, dass der Grundbetrag der gegen die Parteien zu verhängenden Geldbuße um 20 % zu verringern sei (501. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses); zugleich wies sie das gesamte Vorbringen der Parteien, mit dem diese sich auf weitere mildernde Umstände beriefen, zurück (Erwägungsgründe 502 bis 507 des angefochtenen Beschlusses).

218 Die Endbeträge der Geldbußen belaufen sich folglich auf 66 894 400 Euro für Telefónica und auf 12 290 400 Euro für PT.

b) Zur Berechnung der Geldbuße herangezogene Umsätze

219 Die Klägerin greift die Feststellungen der Kommission zum Anwendungsbereich der Klausel an und macht geltend, der Betrag der gegen sie verhängten Geldbuße müsse herabgesetzt werden, weil der Ausschluss bestimmter Aktivitäten aus deren Anwendungsbereich zu einer Verringerung des bei der Bemessung der Geldbuße heranzuziehenden Umsatzes führe. Die Kommission habe die erschöpfende Untersuchung der Märkte für elektronische Kommunikation in Portugal, die die Klägerin in der Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgenommen habe, außer Betracht gelassen und sich mit einem großen Teil ihrer Argumente weder befasst noch sie widerlegt.

Begründung

220 Soweit das Vorbringen der Klägerin dahin zu verstehen ist, dass sie der Kommission vorwirft, ihre Begründungspflicht verletzt zu haben, ist darauf hinzuweisen, dass die Begründung der Natur des betreffenden Rechtsakts angepasst sein und die Überlegungen des Organs, das den Rechtsakt erlassen hat, so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen muss, dass die Betroffenen ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können und das zuständige Gericht seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann (vgl. Urteil Elf Aquitaine/Kommission, oben in Rn. 78 angeführt, EU:C:2011:620, Rn. 147 und die dort angeführte Rechtsprechung). In der Begründung brauchen nicht alle tatsächlich oder rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte genannt zu werden, da die Frage, ob die Begründung eines Rechtsakts den Erfordernissen des Art. 296 AEUV genügt, nicht nur anhand seines Wortlauts zu beurteilen ist, sondern auch anhand seines Kontexts sowie sämtlicher Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet (vgl. Urteil Kommission/Sytraval und Brink's France, oben in Rn. 78 angeführt, EU:C:1998:154, Rn. 63 und die dort angeführte Rechtsprechung).

221 Was den Umfang der Begründungspflicht in Bezug auf die Berechnung der Höhe einer wegen Verletzung der Wettbewerbsregeln der Union verhängten Geldbuße anbelangt, ist zu beachten, dass nach Art. 23 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 „[b]ei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ... sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen“ sind. Insoweit enthalten die Leitlinien und die Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl. 2006, C 298, S. 17) Regeln über die Beurteilungskriterien, die von der Kommission herangezogen werden, um die Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung zu bemessen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. Juli 2003, Cheil Jedang/Kommission, T-220/00, Slg, EU:T:2003:193, Rn. 217 und die dort angeführte Rechtsprechung).

222 Unter diesen Umständen sind die Anforderungen an das wesentliche Formerfordernis, um das es sich bei der Begründungspflicht handelt, erfüllt, wenn die Kommission in ihrem Beschluss die Beurteilungskriterien angibt, die sie in Anwendung ihrer Leitlinien und gegebenenfalls ihrer Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen herangezogen hat und die es ihr ermöglicht haben, für die Berechnung der Höhe der Geldbuße Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung zu bemessen (vgl. in diesem Sinne Urteil Cheil Jedang/Kommission, oben in Rn. 221 angeführt, EU:T:2003:193, Rn. 218).

223 Im vorliegenden Fall hat die Kommission in den Abschnitten 5 und 6.3.3.2 des angefochtenen Beschlusses und insbesondere in dessen Erwägungsgründen 153, 184, 185 und 278 ausgeführt, dass die Parteien zumindest als potenzielle Wettbewerber auf sämtlichen Märkten für elektronische Kommunikationsdienste und Fernsehdienste in Spanien und Portugal anzusehen seien, dass ihrem Vorbringen, mit dem sie den Ausschluss bestimmter Aktivitäten vom Anwendungsbereich der Klausel begehrten, nicht gefolgt werden könne und dass es angesichts der Zurückweisung des Vorbringens der Parteien hinsichtlich des Bestehens eines potenziellen Wettbewerbs zwischen ihnen und mit Rücksicht

auf wen weiten Anwendungsbereich der Klausel im vorliegenden Fall nicht erforderlich gewesen sei, für jeden einzelnen Markt zu beurteilen, ob der Vertrag als eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung anzusehen sei. Sodann hat die Kommission im 482. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses unter der Überschrift „Umsätze“ die Auffassung vertreten, dass die Klausel für alle Arten von elektronischen Kommunikationsdiensten und Fernsehdiensten gelte, ausgenommen die weltweiten Telekommunikationsdienste und internationalen Übertragungsdienste für Großabnehmer, und dass somit alle in Spanien oder in Portugal erbrachten Dienstleistungen, die Bestandteil der in Abschnitt 5.3 angeführten Märkte seien, ausgenommen die weltweiten Telekommunikationsdienste und internationalen Übertragungsdienste für Großabnehmer, unmittelbar oder mittelbar von der Zuwiderhandlung betroffen seien.

224 Daraus folgt, dass die Kommission hinreichend erläutert hat, wie sie den für die Berechnung der Geldbuße heranzuziehenden Umsatz bestimmt hat und aus welchen Gründen sie es nicht für erforderlich hielt, jeden einzelnen der Dienste zu untersuchen, hinsichtlich deren die Klägerin in ihrer Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte beantragt hatte, sie für die Berechnung der Geldbuße nicht heranzuziehen. Soweit das Vorbringen der Klägerin dahin verstanden werden kann, dass damit ein Verstoß gegen die Begründungspflicht geltend gemacht wird, ist es daher zurückzuweisen.

Begründetheit

225 Die Klägerin macht geltend, bei der Berechnung der Geldbuße dürften bestimmte Umsätze nicht herangezogen werden, nämlich die Umsätze, die auf Märkten erzielt worden seien, auf denen die Parteien keine potenziellen Wettbewerber gewesen seien, die auf bestehende Aktivitäten entfallenden Umsätze und die außerhalb der Iberischen Halbinsel erzielten Umsätze.

– Umsätze, die auf nicht dem Wettbewerb unterliegende Tätigkeiten entfielen

226 Zu den Umsätzen, die auf Märkten oder mit Dienstleistungen erzielt wurden, die nach Auffassung der Klägerin keinem potenziellen Wettbewerb unterlagen, ist als Erstes darauf hinzuweisen, dass die Kommission im 478. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses auf Ziff. 12 der Leitlinien verwiesen hat, wonach sich der Grundbetrag der Geldbuße nach dem Wert der verkauften Waren oder Dienstleistungen richtet und anhand der nachstehend beschriebenen Methode berechnet wird. In diesem Erwägungsgrund hat die Kommission zudem erläutert, dass der Grundbetrag der gegen die Unternehmen zu verhängenden Geldbuße anhand des Wertes der von ihnen im relevanten räumlichen Markt innerhalb der Europäischen Union verkauften Waren oder Dienstleistungen, die mit dem Verstoß in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen, festgesetzt wird. Im 482. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses (siehe oben, Rn. 208) hat die Kommission weiter ausgeführt, sie sei der Auffassung, dass die Klausel für alle Arten von elektronischen Kommunikationsdiensten und Fernsehdiensten gelte, ausgenommen die weltweiten Telekommunikationsdienste und internationalen Übertragungsdienste für Großabnehmer, und dass somit alle in Spanien oder in Portugal erbrachten Dienstleistungen, die Bestandteil der in Abschnitt 5.3 angeführten Märkte seien, ausgenommen die weltweiten Telekommunikationsdienste und internationalen Übertragungsdienste für Großabnehmer, unmittelbar oder mittelbar von der Zuwiderhandlung betroffen seien.

227 In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission als Antwort auf die Fragen des Gerichts ausgeführt, dass sie in Anbetracht des weiten Anwendungsbereichs der Klausel nicht verpflichtet gewesen sei, bei der Festsetzung des für die Berechnung der Geldbuße heranzuziehenden Umsatzes für jeden der von der Klägerin angegebenen Dienste den potenziellen Wettbewerb zwischen den Parteien zu untersuchen. Im Rahmen einer bezweckten Zuwiderhandlung wie im vorliegenden Fall, bei der eine solche Untersuchung nicht erforderlich sei, um die Zuwiderhandlung festzustellen, könne sie auch nicht für die Bemessung der Höhe der Geldbuße geboten sein.

- 228 Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden.
- 229 Die Klausel galt nämlich nach ihrem Wortlaut für „alle Vorhaben im Telekommunikationsgeschäft (einschließlich Festnetz- und Mobilfunkdiensten, Internetzugangs- und Fernsehdiensten, jedoch mit Ausnahme von Investitionen oder Tätigkeiten, die am Tag der Unterzeichnung dieses Vertrags bestehen bzw. ausgeübt werden), die auf dem iberischen Markt mit der jeweils anderen Partei in Wettbewerb stehen könnten“. Zudem hat die Kommission zur Berechnung der Geldbuße den Umsatz herangezogen, der mit Aktivitäten erzielt wurde, die nach ihrer Auffassung in den Anwendungsbereich der Klausel fielen, und die Umsätze, die auf bestehende Aktivitäten entfielen, die nach dem Wortlaut der Klausel von deren Anwendungsbereich ausgenommen waren, außer Betracht gelassen. Folglich hätten auch die Umsätze, die auf Aktivitäten entfielen, die während der Geltungsdauer der Klausel nicht dem Wettbewerb der anderen Partei ausgesetzt sein konnten und nach dem Wortlaut der Klausel ebenfalls von deren Anwendungsbereich ausgeschlossen waren, bei der Berechnung der Geldbuße gleichfalls außer Betracht bleiben müssen.
- 230 Daraus folgt, dass die Kommission – obwohl sie zum Zweck der Feststellung der Zuwiderhandlung den potenziellen Wettbewerb nicht für jede der von der Klägerin angeführten Dienstleistungen zu untersuchen brauchte (siehe oben, Rn. 169 bis 188) – hätte prüfen müssen, ob die Klägerin zu Recht geltend gemacht hat, die Umsätze mit den betreffenden Dienstleistungen hätten wegen des Fehlens eines potenziellen Wettbewerbs der Parteien in Bezug auf diese Dienstleistungen nicht zur Berechnung der Geldbuße herangezogen werden dürfen.
- 231 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass die Kommission in jedem Einzelfall und in Anbetracht seines Kontexts und der Ziele, die mit der Sanktionsregelung der Verordnung Nr. 1/2003 verfolgt werden, die beabsichtigte Wirkung auf das betreffende Unternehmen beurteilen und dabei insbesondere einen Umsatz berücksichtigen muss, der die tatsächliche wirtschaftliche Situation des Unternehmens in dem Zeitraum widerspiegelt, in dem die Zuwiderhandlung begangen wurde (Urteile vom 7. Juni 2007, *Britannia Alloys & Chemicals/Kommission*, C-76/06 P, Slg, EU:C:2007:326, Rn. 25, vom 12. November 2014, *Guardian Industries und Guardian Europe/Kommission*, C-580/12 P, Slg, EU:C:2014:2363, Rn. 53, und vom 23. April 2015, *LG Display und LG Display Taiwan/Kommission*, C-227/14 P, Slg, EU:C:2015:258, Rn. 49).
- 232 Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße dürfen sowohl der Gesamtumsatz des Unternehmens, der – wenn auch nur annähernd und unvollständig – etwas über dessen Größe und Wirtschaftskraft aussagt, als auch der Teil dieses Umsatzes berücksichtigt werden, der mit den Waren erzielt worden ist, hinsichtlich deren die Zuwiderhandlung begangen wurde, und der somit einen Anhaltspunkt für das Ausmaß dieser Zuwiderhandlung liefern kann (Urteile vom 7. Juni 1983, *Musique Diffusion française u. a./Kommission*, 100/80 bis 103/80, Slg, EU:C:1983:158, Rn. 121, *Guardian Industries und Guardian Europe/Kommission*, oben in Rn. 231 angeführt, EU:C:2014:2363, Rn. 54, und *LG Display und LG Display Taiwan/Kommission*, oben in Rn. 231 angeführt, EU:C:2015:258, Rn. 50).
- 233 Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 belässt der Kommission zwar ein Ermessen, beschränkt dessen Ausübung jedoch durch die Einführung objektiver Kriterien, an die sie sich halten muss. Infolgedessen hat zum einen die Geldbuße, die einem Unternehmen auferlegt werden kann, eine bezifferbare und absolute Obergrenze, so dass der Höchstbetrag der möglichen Geldbuße für ein konkretes Unternehmen im Voraus bestimmbar ist. Zum anderen ist die Ausübung des Ermessens der Kommission auch durch die Verhaltensregeln begrenzt, die sie sich selbst u. a. in den Leitlinien auferlegt hat (Urteile *Guardian Industries und Guardian Europe/Kommission*, oben in Rn. 231 angeführt, EU:C:2014:2363, Rn. 55, und *LG Display und LG Display Taiwan/Kommission*, oben in Rn. 231 angeführt, EU:C:2015:258, Rn. 51).
- 234 Wenn die Kommission den Grundbetrag der Geldbuße wie im vorliegenden Fall anhand der in den Leitlinien geschilderten Methode berechnet, muss sie sich an diese Methode halten.

- 235 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission nach Ziff. 13 der Leitlinien „[z]ur Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße ... den Wert der von dem betreffenden Unternehmen im relevanten räumlichen Markt innerhalb des EWR verkauften Waren oder Dienstleistungen [verwendet], die mit dem Verstoß in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen“. In Ziff. 6 der Leitlinien wird klargestellt, dass „[d]ie Verbindung des Umsatzes auf den vom Verstoß betroffenen Märkten mit der Dauer [des Verstoßes] ... eine Formel dar[stellt], die die wirtschaftliche Bedeutung der Zuwiderhandlung und das jeweilige Gewicht des einzelnen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmens angemessen wiedergibt“.
- 236 Zudem geht aus der Rechtsprechung hervor, dass der Teil des Umsatzes, der mit den Waren erzielt wurde, auf die sich die Zuwiderhandlung bezog, ein objektives Kriterium ist, das zutreffend angibt, wie schädlich sich diese Praxis auf den normalen Wettbewerb auswirkt (vgl. in diesem Sinne Urteile *Musique Diffusion française u. a./Kommission*, oben in Rn. 232 angeführt, EU:C:1983:158, Rn. 121, vom 11. März 1999, *British Steel/Kommission*, T-151/94, Slg, EU:T:1999:52, Rn. 643, und vom 8. Juli 2008, *Saint-Gobain Gyproc Belgium/Kommission*, T-50/03, EU:T:2008:252, Rn. 84).
- 237 Ziff. 13 der Leitlinien zielt somit darauf ab, bei der Berechnung der gegen ein Unternehmen verhängten Geldbuße einen Betrag als Ausgangspunkt festzulegen, der die wirtschaftliche Bedeutung der Zuwiderhandlung und das jeweilige Gewicht dieses Unternehmens dabei wiedergibt (Urteile vom 11. Juli 2013, *Team Relocations u. a./Kommission*, C-444/11 P, EU:C:2013:464, Rn. 76, *Guardian Industries und Guardian Europe/Kommission*, oben in Rn. 231 angeführt, EU:C:2014:2363, Rn. 57, und *LG Display und LG Display Taiwan/Kommission*, oben in Rn. 231 angeführt, EU:C:2015:258, Rn. 53).
- 238 Folglich umfasst der in Ziff. 13 der Leitlinien verwendete Umsatzbegriff die Umsätze, die im EWR auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt erzielt worden sind, ohne dass bestimmt werden müsste, ob sie tatsächlich von der Zuwiderhandlung betroffen waren, da der Teil des Umsatzes, der aus dem Verkauf der Produkte stammt, auf die sich die Zuwiderhandlung bezog, am besten geeignet ist, die wirtschaftliche Bedeutung der betreffenden Zuwiderhandlung wiederzugeben (vgl. in diesem Sinne Urteile *Team Relocations u. a./Kommission*, oben in Rn. 237 angeführt, EU:C:2013:464, Rn. 75 bis 78, *Guardian Industries und Guardian Europe/Kommission*, oben in Rn. 231 angeführt, EU:C:2014:2363, Rn. 57 bis 59, vom 19. März 2015, *Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission*, C-286/13 P, Slg, EU:C:2015:184, Rn. 148 und 149, sowie *LG Display und LG Display Taiwan/Kommission*, oben in Rn. 231 angeführt, EU:C:2015:258, Rn. 53 bis 58 und 64).
- 239 Es trifft zwar zu, dass das mit dieser Vorschrift verfolgte Ziel beeinträchtigt würde, wenn der dort verwendete Umsatzbegriff dahin zu verstehen wäre, dass er sich nur auf den Umsatz bezieht, der allein mit Verkäufen erzielt worden ist, bei denen feststeht, dass sie tatsächlich von dem zur Last gelegten Kartell betroffen waren; andererseits darf dieser Begriff aber nicht so weit ausgedehnt werden, dass er die von dem betreffenden Unternehmen getätigten Verkäufe umfasst, die weder unmittelbar noch mittelbar von diesem Kartell erfasst werden (vgl. in diesem Sinne Urteile *Team Relocations u. a./Kommission*, oben in Rn. 237 angeführt, EU:C:2013:464, Rn. 76, und *Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission*, oben in Rn. 238 angeführt, EU:C:2015:184, Rn. 148).
- 240 In diesem Zusammenhang kann im Fall einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, wie sie hier vorliegt, von der Kommission zwar nicht verlangt werden, von Amts wegen eine Prüfung des potenziellen Wettbewerbs für alle vom Anwendungsbereich der Zuwiderhandlung betroffenen Märkte und Dienstleistungen vorzunehmen, weil damit von den Grundsätzen, die die oben in den Rn. 175, 176 und 178 angeführte Rechtsprechung aufgestellt hat, abgewichen und im Rahmen der Bestimmung des für die Berechnung der Geldbuße heranzuziehenden Umsatzes die Verpflichtung eingeführt würde, den potenziellen Wettbewerb zu prüfen, obwohl eine solche Prüfung im Fall einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht erforderlich ist (siehe oben, Rn. 177). Hierzu hat der Gerichtshof nämlich in einem Fall, der unter die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Art. 65 Abs. 5 [KS] festgesetzt werden (ABl.

- 1998, C 9, S. 3), fiel, entschieden, dass bei einer Zuwiderhandlung, die in einer Marktaufteilung bestand, eine Auslegung nicht in Betracht kommt, die zur Folge hätte, dass der Kommission bei der Methode für die Berechnung der Geldbuße eine Verpflichtung auferlegt würde, die für sie bei der Anwendung von Art. 101 AEUV nicht besteht, wenn die in Rede stehende Zuwiderhandlung einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt (Urteil Prym und Prym Consumer/Kommission, oben in Rn. 196 angeführt, EU:C:2009:505, Rn. 64).
- 241 Die im vorliegenden Fall gewählte Lösung besteht nicht darin, der Kommission im Rahmen der Bemessung der Höhe der Geldbuße eine Verpflichtung aufzuerlegen, die für sie bei der Anwendung von Art. 101 AEUV nicht besteht, wenn es sich um eine Zuwiderhandlung handelt, die einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, sondern darin, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Umsatz in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang mit dem Verstoß im Sinne der Ziff. 13 der Leitlinien stehen muss und keine Umsätze erfassen darf, die nicht in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang mit dem geahndeten Verstoß stehen (vgl. die oben in Rn. 239 angeführte Rechtsprechung). Sobald die Kommission die Wahl trifft, zur Bemessung der Höhe der Geldbuße auf die unmittelbar oder mittelbar mit dem geahndeten Verstoß im Zusammenhang stehenden Umsatz abzustellen, muss sie diesen folglich genau ermitteln.
- 242 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission im vorliegenden Fall angesichts des Wortlauts der Klausel – der sich ausdrücklich auf „alle Vorhaben im Telekommunikationsgeschäft (einschließlich Festnetz- und Mobilfunkdiensten, Internetzugangs- und Fernsehdiensten, jedoch mit Ausnahme von Investitionen oder Tätigkeiten, die am Tag der Unterzeichnung dieses Vertrags bestehen bzw. ausgeübt werden), die auf dem iberischen Markt mit der jeweils anderen Partei in Wettbewerb stehen könnten“, bezieht – und angesichts des Umstands, dass die Klägerin in ihrer Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte tatsächliche Gesichtspunkte vorgetragen hat, um dazutun, dass die Umsätze mit bestimmten darin angeführten Dienstleistungen wegen des Fehlens jeglichen Wettbewerbs zwischen den Parteien bei der Berechnung der Geldbuße außer Betracht zu lassen seien, diese Gesichtspunkte hätte prüfen müssen, um den Umsatz mit Waren oder Dienstleistungen zu bestimmen, den das Unternehmen in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang mit dem Verstoß erzielt hat.
- 243 Da der in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang mit dem Verstoß stehende Umsatz im vorliegenden Fall der Umsatz mit Dienstleistungen ist, die in den Anwendungsbereich der Klausel fallen, nämlich die Umsätze, die auf alle Vorhaben im Telekommunikationsgeschäft mit Ausnahme bestehender Tätigkeiten entfallen, die auf dem iberischen Markt im Wettbewerb mit denen der jeweils anderen Partei stehen könnten, hätte die Kommission zur Bestimmung dieses Umsatzes prüfen müssen, bei welchen Dienstleistungen kein potenzieller Wettbewerb der Parteien auf dem iberischen Markt bestand, indem sie die Gesichtspunkte untersuchte, die die Parteien in ihren Antworten auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgetragen hatten, um dazutun, dass zwischen ihnen im Hinblick auf bestimmte Dienstleistungen während der Geltungsdauer der Klausel kein potenzieller Wettbewerb bestanden habe. Nur auf der Grundlage einer solchen tatsächlichen und rechtlichen Prüfung wäre es möglich gewesen, die in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang mit dem Verstoß stehenden Verkäufe zu bestimmen, deren Wert als Ausgangsbetrag für die Berechnung des Grundbetrags der Geldbuße hätte dienen müssen.
- 244 Somit ist dem Vorbringen der Klägerin zu folgen, die Kommission hätte auf der Grundlage der von ihr vorgebrachten Anhaltspunkte für das Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs zwischen Telefónica und PT bei bestimmten Dienstleistungen den in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang mit dem Verstoß stehenden Umsatz bestimmen müssen, so dass Art. 2 des angefochtenen Beschlusses insoweit für nichtig zu erklären ist, als damit der Betrag der Geldbuße auf der Grundlage des von der Kommission zugrunde gelegten Umsatzes festgesetzt wird.
- 245 Als Zweites ist darauf hinzuweisen, dass das System der gerichtlichen Kontrolle von Beschlüssen der Kommission in Verfahren nach den Art. 101 AEUV und 102 AEUV in einer Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe auf der Grundlage von Art. 263 AEUV besteht, die gemäß

Art. 261 AEUV und auf Antrag der Kläger um die Ausübung der Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung durch das Gericht hinsichtlich der in diesem Bereich von der Kommission verhängten Zwangsmaßnahmen ergänzt werden kann (Urteil Telefónica und Telefónica de España/Kommission, C-295/12 P, Slg. EU:C:2014:2062, Rn. 42). Insoweit ist zu beachten, dass der im vorliegenden Fall festgestellte Rechtsverstoß den Umsatz, der zur Festsetzung der gegen die Klägerin verhängten Geldbuße herangezogen wurde, und somit die Grundlage ihrer Berechnung selbst betrifft.

²⁴⁶ In diesem Zusammenhang ist erneut der Hinweis angebracht, dass die Kommission im 482. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses keine Prüfung des potenziellen Wettbewerbs zwischen den Parteien hinsichtlich der von der Klägerin angeführten Dienstleistungen vorgenommen hat. Außerdem hat die Kommission in ihrer Antwort auf die in der mündlichen Verhandlung gestellten Fragen des Gerichts, mit denen sie aufgefordert worden war, zu dem von der Klägerin behaupteten Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs zwischen Telefónica und PT in Bezug auf bestimmte Dienstleistungen in Spanien Stellung zu nehmen, lediglich ihre Auffassung wiederholt, dass sie zum Zweck der Bemessung der Geldbuße den potenziellen Wettbewerb zwischen den Parteien nicht habe prüfen müssen, und sich im Übrigen darauf beschränkt, auf das gesamte Vorbringen der Klägerin mit der Behauptung zu erwidern, Telefónica sei hinsichtlich der fraglichen Dienstleistungen ein potenzieller Wettbewerber von PT gewesen, weil sie an Ausschreibungen hätte teilnehmen oder einen bestehenden Anbieter hätte erwerben können.

²⁴⁷ Aus alledem folgt, dass das Gericht im vorliegenden Fall nicht über ausreichende Anhaltspunkte verfügt, um den Endbetrag der Geldbuße festzusetzen.

²⁴⁸ Zwar ermächtigt die dem Gericht nach Art. 31 der Verordnung Nr. 1/2003 eingeräumte Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung den Richter, über die reine Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme hinaus die Beurteilung der Kommission durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen. Im vorliegenden Fall hat die Kommission die Gesichtspunkte, die die Klägerin vorgetragen hat, um darzutun, dass in Bezug auf bestimmte Dienstleistungen kein potenzieller Wettbewerb zwischen den Parteien bestanden habe, bei der Festsetzung des für die Berechnung der Geldbuße heranzuziehenden Umsatzes aber nicht geprüft. Um diesen Umsatz festzusetzen, müsste das Gericht daher eine Lücke in der Ermittlung des Sachverhalts ausfüllen.

²⁴⁹ Die Ausübung der Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung geht aber nicht so weit, das Gericht zu veranlassen, eine solche Sachverhaltsermittlung vorzunehmen, die über die Ersetzung der Beurteilung der Kommission durch seine eigene hinausgehen würde, weil die Beurteilung des Gerichts dann die erste und einzige Beurteilung von Gesichtspunkten wäre, die die Kommission zur Bestimmung des in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang mit dem Verstoß stehenden Umsatzes im Sinne der Ziff. 13 der Leitlinien, dessen Prüfung ihr oblag, hätte berücksichtigen müssen.

²⁵⁰ Folglich ist es im vorliegenden Fall nicht angezeigt, dass das Gericht von seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung Gebrauch macht, so dass es Sache der Kommission ist, im Rahmen der Durchführung des vorliegenden Urteils alle Konsequenzen aus dem festgestellten Rechtsverstoß zu ziehen und den Betrag der Geldbuße neu festzusetzen. Das Gericht ist darüber hinaus der Ansicht, dass auch die übrigen gegen den Betrag der Geldbuße erhobenen Rügen zu prüfen sind.

– Auf bestehende Aktivitäten entfallende Umsätze

²⁵¹ Die Klägerin macht geltend, in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Klausel seien auf bestehende Aktivitäten entfallende Umsätze bei der Berechnung der Geldbuße außer Betracht zu lassen.

- 252 Als Erstes ist darauf hinzuweisen, dass sich aus den Erwägungsgründen 482 und 483 des angefochtenen Beschlusses ergibt, dass die Umsätze mit weltweiten Telekommunikationsdiensten und internationalen Übertragungsdiensten für Großabnehmer, bei denen die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich im Wettbewerb miteinander standen, bei der Berechnung der Geldbuße nicht herangezogen wurden.
- 253 Als Zweites macht die Klägerin geltend, die Umsätze mit Dienstleistungen von PT, die den von Zon erbrachten Dienstleistungen entsprochen hätten, nämlich Festnetztelefonie, Breitbandinternet und Bezahlfernsehen, seien vom Anwendungsbereich der Klausel auszuschließen, weil die von Zon erbrachten Dienstleistungen wegen der von Telefónica gehaltenen Beteiligung an diesem mit PT konkurrierenden und im Bereich der elektronischen Kommunikation tätigen Unternehmen (siehe oben, Rn. 7) in die Kategorie „Investitionen oder Tätigkeiten, die am Tag der Unterzeichnung des Vertrags bestehen bzw. ausgeübt werden“ (siehe oben, Rn. 1) fielen, die vom Anwendungsbereich der Klausel ausgenommen seien.
- 254 Erstens trägt die Klägerin vor, der angefochtene Beschluss gehe auf bestimmte von seinen Adressaten erhobene Vorwürfe wenig oder überhaupt nicht ein, und hinsichtlich der Beteiligung von Telefónica am Kapital von Zon sowie des Einflusses, der ihr dadurch ermöglicht worden sei, wiederhole die Kommission lediglich ihre These, nach der diese Beteiligung Telefónica keine Kontrolle verschafft habe. Soweit diese Anmerkung als Behauptung verstanden werden kann, die Kommission habe gegen ihre Begründungspflicht verstoßen, ist diese Behauptung zurückzuweisen.
- 255 Die Kommission ist nämlich auf das Vorbringen der Parteien zum Ausschluss der von Zon erbrachten Dienstleistungen aus dem Anwendungsbereich der Klausel eingegangen, indem sie klargestellt hat, dass sie das Vorbringen, die Aktivitäten von Zon seien vom Anwendungsbereich der Klausel auszuschließen, nicht akzeptieren könne, denn wenn die Parteien hätten dartun wollen, dass sie in Portugal aufgrund der Beteiligung von Telefónica an Zon im Wettbewerb miteinander gestanden hätten, hätten sie dartun müssen, dass Telefónica dieses Unternehmen kontrolliert habe; dies hätten sie nicht getan, wohingegen aus dem Jahresabschluss 2011 ersichtlich sei, dass Telefónica den portugiesischen Anbieter nicht kontrolliert habe. Damit hat die Kommission eindeutig dargelegt, aus welchem Grund sie der Auffassung war, dass die Tätigkeiten von Zon nicht vom Anwendungsbereich der Klausel auszuschließen seien, und aus welchem Grund sie zu dem Schluss kam, dass Telefónica dieses Unternehmen nicht kontrolliert habe, so dass ihr nicht vorgeworfen werden kann, ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen zu sein.
- 256 Hierzu hat die Kommission in den Erwägungsgründen 156 bis 164 des angefochtenen Beschlusses ferner erläutert, wenn die Aktivitäten eines Unternehmens, an dem eine der Parteien Aktien hielt, ohne es zu kontrollieren, für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Klausel von Belang gewesen wären, hätte in dieser Klausel angegeben werden müssen, dass diese auch auf die Aktivitäten der Unternehmen anzuwenden sei, die der Kontrolle der Parteien nicht unterliegen. Wenn solche Aktivitäten für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Klausel von Belang gewesen wären, hätten sie es außerdem auch für die Einhaltung der Bestimmungen dieser Klausel sein müssen, so dass die Aufnahme einer durch die Klausel verbotenen Tätigkeit durch ein nicht kontrolliertes Unternehmen, an dem eine der Parteien eine Minderheitsbeteiligung hält, einen Verstoß gegen die Klausel bedeutet hätte. Die Kommission hat hierzu weiter ausgeführt, die Parteien könnten nicht behaupten, eine solche Verpflichtung namens und für Rechnung von Unternehmen übernommen zu haben, an denen sie eine Minderheitsbeteiligung hielten, ohne sie jedoch zu kontrollieren, weil sie die Beachtung einer solchen Verpflichtung nicht hätten garantieren können. Um vom Anwendungsbereich der Klausel ausgeschlossen zu sein, müsse eine Aktivität folglich unmittelbar von einer der Parteien oder mittelbar von einem der von ihnen kontrollierten Unternehmen ausgeübt werden.

257 Zweitens bestreitet die Klägerin in der Sache weder die soeben dargestellte Argumentation noch die Feststellung der Kommission, dass Telefónica im maßgeblichen Zeitraum nur eine Minderheitsbeteiligung (5,46 %) an Zon gehalten (19. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses) und dieses Unternehmen somit nicht beherrscht habe, so dass die von Zon erbrachten Dienstleistungen nicht als von Telefónica erbrachte Dienstleistungen angesehen werden könnten und folglich auch nicht als Dienstleistungen, bei denen Telefónica und PT in Wettbewerb miteinander gestanden hätten und die deshalb vom Anwendungsbereich der Klausel auszuschließen seien. Daraus folgt, dass die Klägerin nicht darzulegen hat, warum die von Zon erbrachten Dienstleistungen ungeachtet des Umstands, dass Telefónica nur eine Minderheitsbeteiligung an diesem Unternehmen hielt, als von Telefónica erbrachte Dienstleistungen angesehen und deshalb vom Anwendungsbereich der Klausel ausgeschlossen werden müssten. Unter diesen Umständen ist ihr Vorbringen zurückzuweisen.

– Auf Tätigkeiten außerhalb der Iberischen Halbinsel entfallende Umsätze

258 Die Klägerin beanstandet den von der Kommission zugrunde gelegten räumlichen Anwendungsbereich der Klausel, indem sie geltend macht, da der Vertrag sich ausdrücklich auf den iberischen Markt und nicht auf Portugal und Spanien beziehe, sei davon auszugehen, dass die Parteien sich auf die Gebiete hätten beziehen wollen, aus denen die Iberische Halbinsel bestehe, und nicht auf die Gebiete, aus denen das Königreich Spanien und die Portugiesische Republik bestünden. Nach Auffassung der Klägerin müssten daher die Autonomen Regionen Azoren und Madeira, auf die 2011 ein Umsatz von 36 992 000 Euro bzw. 23 492 000 Euro entfallen sei, vom räumlichen Anwendungsbereich der Klausel ausgeschlossen werden, so dass der für die Berechnung der Geldbuße herangezogene Umsatz von PT und folglich die Höhe dieser Geldbuße anzupassen seien.

259 Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Entgegen dem Vorbringen der Klägerin bezieht sich der Wortlaut der Klausel nicht auf die „Iberische Halbinsel“, sondern auf den „iberischen Markt“. Der Verweis auf den „iberischen Markt“ ist jedoch nicht streng geografisch als Verweis allein auf die Iberische Halbinsel zu verstehen, sondern als ein Verweis auf die Märkte Spaniens und Portugals, zu denen auch die Märkte ihrer nicht auf der Iberischen Halbinsel gelegenen Gebiete gehören. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die außerhalb der Iberischen Halbinsel gelegenen Gebiete dieser Staaten nicht unter die Klausel fielen, und die Klägerin führt auch keine Gesichtspunkte an, um dies darzutun.

260 Die Klägerin beschränkt sich nämlich darauf, die Auslegung des geografischen Anwendungsbereichs der Klausel durch die Kommission zu beanstanden, bringt aber nichts vor, um die von der Kommission getroffene und in den Erwägungsgründen 175 bis 182 des angefochtenen Beschlusses dargelegte Feststellung zum geografischen Anwendungsbereich der Klausel in Frage zu stellen. Unter diesen Umständen kann ihr Begehren keinen Erfolg haben.

261 Aus alledem folgt, dass das Vorbringen der Klägerin durchgreift, soweit es den zur Berechnung der Geldbuße herangezogenen Umsatz betrifft, weil die Kommission zur Bestimmung des für die Berechnung der Geldbuße heranzuziehenden Umsatzes der Klägerin die Argumente hätte prüfen müssen, die diese vorgebracht hat, um darzutun, dass im Hinblick auf bestimmte Dienstleistungen (siehe oben, Rn. 226 bis 250) kein potenzieller Wettbewerb zwischen Telefónica und PT bestanden habe, und dass es im Übrigen zurückzuweisen ist.

c) Dauer der Zuwiderhandlung

262 Die Klägerin macht geltend, die Kommission habe die Dauer der Zuwiderhandlung fehlerhaft bestimmt, weil das Wettbewerbsverbot vor der Bestätigung seiner Rechtmäßigkeit keine Wirkungen habe erzeugen können, so dass es nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft werden könne, die zwangsläufig vom Datum des Inkrafttretens der Klausel an, nämlich beginnend mit dem

Tag des endgültigen Abschlusses der Transaktion am 27. September 2010, habe gelten sollen, und weil das Wettbewerbsverbot selbst dann, wenn man die ausdrückliche Bedingung der vorherigen Bestätigung außer Acht lasse, jedenfalls am 29. Oktober 2010 aufgrund des Ergebnisses, zu dem die Telefonkonferenzen vom 26. und 29. Oktober 2010 geführt hätten, entfallen sei.

263 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Dauer der Zuwiderhandlung nach Art. 23 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 einer der Gesichtspunkte ist, die bei der Bemessung der Geldbuße für Unternehmen, die gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen haben, zu berücksichtigen sind.

264 Wie oben in Rn. 202 angegeben, wird zudem nach Ziff. 24 der Leitlinien der anhand des Umsatzes ermittelte Wert, um der Dauer der Mitwirkung der einzelnen Unternehmen an der Zuwiderhandlung in voller Länge Rechnung zu tragen, mit der Anzahl der Jahre multipliziert, die das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war, wobei Zeiträume bis zu sechs Monaten mit einem halben, Zeiträume von mehr als sechs Monaten bis zu einem Jahr mit einem ganzen Jahr angerechnet werden.

265 Wie bereits oben in Rn. 51 angegeben, ist die Kommission, was die Dauer der im vorliegenden Fall fraglichen Zuwiderhandlung betrifft, in den Erwägungsgründen 454 bis 465 des angefochtenen Beschlusses zu dem Ergebnis gelangt, dass diese dem Zeitraum entspricht, der mit dem endgültigen Abschluss der Transaktion, nämlich dem 27. September 2010 (siehe oben, Rn. 25), begann und an dem Tag endete, an dem die Klausel aufgehoben wurde, nämlich am 4. Februar 2011 (siehe oben, Rn. 29).

266 Mit der vorliegenden Rüge stellt die Klägerin im Grunde die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Beschlusses insofern in Frage, als in diesem, wie in Art. 1 seines verfügenden Teils angegeben, festgestellt wird, dass sich die Zuwiderhandlung auf die Zeit vom endgültigen Abschluss der Transaktion am 27. September 2010 bis zum 4. Februar 2011 erstreckt hat. Daher ist festzustellen, dass die Klägerin mit der vorliegenden, die Dauer betreffenden Rüge nicht nur die Herabsetzung der Geldbuße begehrt, sondern auch die teilweise Nichtigerklärung des angefochtenen Beschlusses, insbesondere des Art. 1 ihres verfügenden Teils, soweit die Kommission darin zu Unrecht festgestellt habe, dass die Zuwiderhandlung vom 27. September 2010 bis zum 4. Februar 2011 gedauert habe.

267 Es ist jedoch festzustellen, dass sie keine zusätzlichen Gesichtspunkte vorträgt, die speziell die Dauer der Zuwiderhandlung betreffen, und lediglich auf Kritikpunkte verweist, die sie bereits im Kontext ihres auf einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV und das zu seiner Durchführung erlassene Recht gestützten Klagegrundes vorgetragen hat und die in diesem Rahmen bereits geprüft und zurückgewiesen worden sind (siehe oben, Rn. 122 bis 161). Da die Klägerin weder hat dartun können, dass das Wettbewerbsverbot von einer Verpflichtung zur Selbstbewertung abhängig gewesen sei, noch, dass die Telefonkonferenzen vom Oktober 2010 zur Aufhebung der Klausel geführt hätten, ist ihr Begehren, die für der Bemessung der Geldbuße herangezogene Dauer der Zuwiderhandlung zu verkürzen, zurückzuweisen.

d) Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

268 Die Klägerin macht geltend, die Festsetzung der Höhe der wegen der hier in Rede stehenden Zuwiderhandlung gegen sie verhängten Geldbuße verstoße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

269 Die Kommission erhebt eine Unzulässigkeitseinrede, indem sie geltend macht, dieser vorgebliche Nichtigkeitsgrund müsse für unzulässig erklärt werden, weil die Klägerin sich in den drei Zeilen der Klageschrift, die sich damit befassten, auf die Kritik beschränke, dass sie „alles in allem überzeugt [ist], dass die Kommission in Anbetracht sämtlicher Umstände des Falles und der bei der Festsetzung von Geldbußen zu beachtenden Kriterien gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen hat“.

- 270 Zum einen ist – wie bereits oben in Rn. 68 ff. erwähnt – darauf hinzuweisen, dass jede Klageschrift nach Art. 44 § 1 Buchst. c der Verfahrensordnung vom 2. Mai 1991 den Streitgegenstand und eine kurze Darstellung der Klagegründe enthalten muss und diese Angaben so klar und deutlich sein müssen, dass dem Beklagten die Vorbereitung seiner Verteidigung und dem Gericht die Entscheidung über die Klage, gegebenenfalls auch ohne weitere Informationen, ermöglicht wird. Um die Rechtssicherheit und eine ordnungsgemäße Rechtspflege zu gewährleisten, ist es für die Zulässigkeit einer Klage außerdem erforderlich, dass sich die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Umstände, auf denen sie beruht, zusammenhängend und verständlich aus dem Wortlaut der Klageschrift selbst ergeben (vgl. Beschluss TF1/Kommission, oben in Rn. 70 angeführt, EU:T:2008:155, Rn. 29 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 271 Es ist festzustellen, dass die Darlegung des von der Klägerin im Rahmen der vorliegenden Klage geltend gemachten Klagegrundes des Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den vorstehend genannten Anforderungen nicht genügt, so dass sich die von der Kommission erhobene Einrede der Unzulässigkeit als begründet erweist und der vorgebliche Klagegrund des Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für unzulässig zu erklären ist.
- 272 Zum anderen ist insoweit festzustellen, dass die Rechtmäßigkeitskontrolle im Wettbewerbsrecht der Union durch die dem Unionsrichter früher durch Art. 17 der Verordnung Nr. 17, jetzt durch Art. 31 der Verordnung Nr. 1/2003 gemäß Art. 261 AEUV eingeräumte Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung ergänzt wird. Diese Befugnis ermächtigt den Richter über die reine Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme hinaus dazu, die Beurteilung der Kommission durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen und demgemäß die verhängte Geldbuße oder das verhängte Zwangsgeld aufzuheben, herabzusetzen oder zu erhöhen (vgl. Urteil vom 8. Dezember 2011, Chalkor/Kommission, C-386/10 P, Slg, EU:C:2011:815, Rn. 63 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 273 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Ausübung der Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung nicht einer Prüfung von Amts wegen entspricht und dass das Verfahren vor den Gerichten der Union ein Streitiges Verfahren ist. Mit Ausnahme der Gründe zwingenden Rechts, die der Richter von Amts wegen zu berücksichtigen hat, wie etwa das Fehlen einer Begründung der angefochtenen Entscheidung, ist es Sache des Klägers, gegen die Entscheidung Klagegründe vorzubringen und für diese Beweise beizubringen (Urteil Chalkor/Kommission, oben in Rn. 272 angeführt, EU:C:2011:815, Rn. 64).
- 274 Dieses verfahrensrechtliche Erfordernis verstößt nicht gegen den Grundsatz, wonach bei Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht die Kommission die von ihr festgestellten Zuwiderhandlungen zu beweisen und die Beweismittel beizubringen hat, die das Vorliegen der eine Zuwiderhandlung darstellenden Tatsachen rechtlich hinreichend belegen. Vom Kläger wird nämlich im Rahmen einer Klage verlangt, dass er die beanstandeten Punkte des angefochtenen Beschlusses bezeichnet, insoweit Rügen formuliert und Beweise oder zumindest ernsthafte Indizien für deren Begründetheit beibringt (Urteil Chalkor/Kommission, oben in Rn. 272 angeführt, EU:C:2011:815, Rn. 65).
- 275 Das Fehlen einer Verpflichtung, den gesamten angefochtenen Beschluss von Amts wegen zu prüfen, verstößt nicht gegen den Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes. Für die Wahrung dieses Grundsatzes ist es nicht unerlässlich, dass das Gericht, das jedenfalls die geltend gemachten Klagegründe prüfen und sowohl in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht eine Kontrolle vornehmen muss, verpflichtet ist, den gesamten Vorgang von Amts wegen erneut zu prüfen (Urteil Chalkor/Kommission, oben in Rn. 272 angeführt, EU:C:2011:815, Rn. 66).
- 276 Die in den Verträgen vorgesehene Kontrolle bedeutet somit, dass der Unionsrichter sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht eine Kontrolle vornimmt und befugt ist, die Beweise zu würdigen, den angefochtenen Beschluss für nichtig zu erklären und die Höhe der Geldbußen zu ändern. Es ist daher nicht ersichtlich, dass die in Art. 263 AEUV vorgesehene

Rechtmäßigkeitskontrolle, ergänzt um die in Art. 31 der Verordnung Nr. 1/2003 vorgesehene Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung hinsichtlich der Höhe der Geldbuße, gegen den in Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes verstößt (Urteil Chalkor/Kommission, oben in Rn. 272 angeführt, EU:C:2011:815, Rn. 67).

277 Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass das Gericht angesichts des Umstands, dass die Klägerin keine Argumente und Beweise anführt, auf die sie ihren vorgeblichen Klagegrund des Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stützt, nicht verpflichtet ist, in Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung von Amts wegen zu prüfen, ob die Kommission diesen Grundsatz bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße beachtet hat.

3. Antrag auf Zeugenvernehmung

278 Die Klägerin beantragt, Frau M. R. S. S. N., die zur Zeit des Abschlusses des Vertrags sowie des Vertrags zur Aufhebung der Klausel Leiterin der Abteilung Wettbewerb von PT war, vor Gericht als Zeugin zu vernehmen.

279 Die Kommission macht geltend, dieser Antrag sei als nicht sachdienlich und überflüssig zurückzuweisen, weil die eidliche Erklärung von Frau M. R. S. S. N. über die Tatsachen, von denen sie Kenntnis erlangt haben soll, sich bereits in der Akte befinde.

280 Es ist darauf hinzuweisen, dass es allein Sache des Gerichts ist, zu entscheiden, ob die ihm in einer bei ihm anhängigen Rechtssache vorliegenden Informationen möglicherweise der Ergänzung bedürfen (vgl. Beschluss vom 10. Juni 2010, Thomson Sales Europe/Kommission, C-498/09 P, EU:C:2010:338, Rn. 138 und die dort angeführte Rechtsprechung).

281 Wie der Gerichtshof bereits im Rahmen einer das Wettbewerbsrecht betreffenden Rechtssache entschieden hat, ist es selbst dann, wenn ein in der Klageschrift enthaltener Antrag auf Vernehmung von Zeugen genau die Tatsachen bezeichnet, die Gegenstand der Vernehmung des oder der Zeugen sein sollen, und genau die Gründe angibt, die ihre Vernehmung rechtfertigen, Sache des Gerichts, die Sachdienlichkeit des Antrags im Hinblick auf den Streitgegenstand und die Erforderlichkeit einer Vernehmung der genannten Zeugen zu beurteilen (vgl. Urteil vom 19. Dezember 2013, Siemens/Kommission, C-239/11 P, C-489/11 P und C-498/11 P, EU:C:2013:866, Rn. 323 und die dort angeführte Rechtsprechung).

282 Der Gerichtshof hat zudem die Vereinbarkeit dieses Ermessens des Gerichts mit dem Grundrecht auf ein faires Verfahren und insbesondere mit Art. 6 Abs. 3 Buchst. d der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) bejaht. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs räumt nämlich die letztgenannte Bestimmung dem Angeklagten kein absolutes Recht ein, das Erscheinen von Zeugen vor einem Gericht zu erwirken, und es ist grundsätzlich Sache des Gerichts, darüber zu entscheiden, ob die Ladung eines Zeugen erforderlich oder sachdienlich ist. Art. 6 Abs. 3 EMRK verlangt nicht die Ladung jedes Zeugen, sondern bezweckt eine völlige Waffengleichheit, die gewährleistet, dass das streitige Verfahren als Ganzes dem Angeklagten angemessene und ausreichende Gelegenheit gibt, dem auf ihm lastenden Verdacht entgegenzutreten (vgl. Urteil Siemens/Kommission, oben in Rn. 281 angeführt, EU:C:2013:866, Rn. 324 und 325 und die dort angeführte Rechtsprechung).

283 Insoweit hat das Gericht bereits entschieden, dass dem Antrag eines klagenden Unternehmens auf Vernehmung von Zeugen nicht stattzugeben ist, wenn die Erklärungen, die es durch eine solche Zeugenaussage vor Gericht herbeiführen will, schon gegenüber der Kommission abgegeben worden waren, diese aber der Auffassung war, dass sie nicht durch schriftliche Beweisstücke gestützt würden

und dass bestimmte Unterlagen in den Akten sogar gegen sie sprächen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Juli 2011, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Kommission, T-144/07, T-147/07 bis T-150/07 und T-154/07, Slg, EU:T:2011:364, Rn. 152 und 154).

- 284 Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass ein Antrag, der darauf gerichtet ist, dass das Gericht die ihm vorliegenden Informationen ergänzt, ins Leere geht, wenn dessen Entscheidung auch dann, wenn es dem Antrag stattgäbe, nicht anders lauten würde (vgl. in diesem Sinne Beschluss Thomson Sales Europe/Kommission, oben in Rn. 280 angeführt, EU:C:2010:338, Rn. 141).
- 285 Wenn dem Gericht auf der Grundlage der Anträge sowie des schriftlichen und des mündlichen Vorbringens und der vorgelegten Dokumente eine sachgerechte Entscheidung möglich ist, ist der Antrag der Klägerin auf Vernehmung eines Zeugen zurückzuweisen, ohne dass das Gericht besonders zu begründen braucht, warum es die Erhebung ergänzender Beweise für nicht erforderlich hält (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 15. September 2005, Marlines/Kommission, C-112/04 P, EU:C:2005:554, Rn. 39, und Urteil vom 9. September 2009, Clearstream/Kommission, T-301/04, Slg, EU:T:2009:317, Rn. 218).
- 286 Auch wenn jedoch eine Partei nicht berechtigt ist, von einem Unionsgericht den Erlass einer prozessleitenden Maßnahme oder eines Beweisbeschlusses zu verlangen, kann das Gericht dennoch aus dem Fehlen bestimmter Informationen in der Akte keine Konsequenzen ziehen, solange es nicht die in seiner Verfahrensordnung vorgesehenen Mittel ausgeschöpft hat, um deren Vorlage durch die betreffende Partei zu erwirken (vgl. Beschluss vom 8. Oktober 2013, Michail/Kommission, T-597/11 P, Slg. ÖD, EU:T:2013:542, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 287 Da sich im vorliegenden Fall die Erklärung von Frau M. R. S. S. N. zu den Tatsachen, von denen sie Kenntnis erlangt haben soll, bereits in der Akte befindet, ist dem Antrag der Klägerin auf Zeugenvernehmung nicht stattzugeben.
- 288 Insoweit ist zu beachten, dass das Gericht, wie bereits oben in Rn. 283 ausgeführt, entschieden hat, dass dem Antrag eines klagenden Unternehmens auf Vernehmung von Zeugen nicht stattzugeben ist, wenn die Erklärungen, die es durch eine solche Zeugenaussage vor Gericht herbeiführen will, schon gegenüber der Kommission abgegeben worden waren, diese aber der Auffassung war, dass sie nicht durch schriftliche Beweisstücke gestützt würden und dass bestimmte Unterlagen in den Akten sogar gegen sie sprächen.
- 289 Im vorliegenden Fall hat, wie bereits oben in den Rn. 149 und 150 dargelegt, die Kommission angegeben, die betreffende Erklärung berücksichtigt und in Übereinstimmung mit den Grundsätzen auf dem Gebiet der Beweiswürdigung beurteilt zu haben. So hat die Kommission den Umstand berücksichtigt, dass diese Erklärung von einer Person abgegeben wurde, die ein unmittelbares Interesse an der Rechtssache haben könnte (122. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses), und diese Erklärung gegen die anderen verfügbaren Beweise abgewogen (Erwägungsgründe 121, 124 und 308 des angefochtenen Beschlusses). Die Kommission hat zu keinem Zeitpunkt in Zweifel gezogen, dass die Person, von der diese Erklärung stammte, sich tatsächlich so geäußert hat, wie es in dieser Erklärung festgehalten ist.
- 290 Unter diesen Umständen muss der Antrag, die Person, die diese Erklärung abgegeben hat, vor Gericht als Zeugin zu vernehmen, zurückgewiesen werden, weil die Angaben in den Akten ausreichen, um dem Gericht eine Entscheidung über die Telefonkonferenzen vom Oktober 2010 zu ermöglichen (vgl. in diesem Sinne Urteil ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Kommission, oben in Rn. 283 angeführt, EU:T:2011:364, Rn. 152 und 154; vgl. in diesem Sinne und entsprechend auch Urteil vom 7. Oktober 2004, Mag Instrument/HABM, C-136/02 P, Slg, EU:C:2004:592, Rn. 77).

291 Diesem Ergebnis stehen die Ausführungen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung, wegen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit habe die Vernehmung von Zeugen vor Gericht ein unbestreitbar größeres Gewicht als die Berücksichtigung schriftlich festgehaltener Erklärungen, nicht entgegen. Da der Inhalt der Erklärung nämlich nicht in Frage gestellt wird und es nur darum geht, sie im Verhältnis zur Gesamtheit der Beweise zu würdigen, kann die Feststellung, dass es der Vernehmung der Urheberin der fraglichen Äußerung durch das Gericht nicht bedarf, durch das Vorbringen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung nicht in Frage gestellt werden.

292 Nach alledem ist der Antrag auf Zeugenvernehmung zurückzuweisen.

293 Aus allen diesen Erwägungen folgt, dass das Vorbringen der Klägerin zu den Umsätzen, die für die Berechnung der Geldbuße herangezogen wurden, teilweise durchgreift, da die Kommission zur Festsetzung des für die Berechnung der Geldbuße heranzuziehenden Umsatzes der Klägerin deren Vorbringen hätte prüfen müssen, mit dem dargetan werden soll, dass es hinsichtlich bestimmter Dienstleistungen an einem potenziellen Wettbewerb zwischen Telefónica und PT gefehlt habe. Folglich ist Art. 2 des angefochtenen Beschlusses insoweit für nichtig zu erklären, als er den Betrag der Geldbuße auf der Grundlage des von der Kommission herangezogenen Umsatzes festsetzt; im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

Kosten

294 Nach Art. 134 Abs. 3 der Verfahrensordnung des Gerichts trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt, jede Partei ihre eigenen Kosten. Das Gericht kann jedoch entscheiden, dass eine Partei außer ihren eigenen Kosten einen Teil der Kosten der Gegenpartei trägt, wenn dies in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt erscheint.

295 Da der Klage nur teilweise stattgegeben wurde, erscheint es bei angemessener Berücksichtigung der Umstände des Falles geboten, der Klägerin drei Viertel ihrer eigenen Kosten sowie ein Viertel der Kosten der Kommission aufzuerlegen. Die Kommission trägt drei Viertel ihrer eigenen Kosten und ein Viertel der Kosten der Klägerin.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Art. 2 des Beschlusses C (2013) 306 final der Kommission vom 23. Januar 2013 in einem Verfahren nach Artikel 101 AEUV (Sache COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom) wird, soweit darin der Betrag der gegen die Portugal Telecom SGPS, SA verhängten Geldbuße auf 12 290 000 Euro festgesetzt wird, insoweit für nichtig erklärt, als dieser Betrag aufgrund des von der Europäischen Kommission herangezogenen Umsatzes festgesetzt wurde.**
- 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**
- 3. Die Portugal Telecom SGPS trägt drei Viertel ihrer eigenen Kosten und ein Viertel der Kosten der Kommission. Die Kommission trägt drei Viertel ihrer eigenen Kosten und ein Viertel der Kosten von Portugal Telecom SGPS.**

Martins Ribeiro

Gervasoni

Madise

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 28. Juni 2016.

Unterschriften

Inhaltsverzeichnis

Vorgeschichte des Rechtsstreits	1
A – Vorstellung von PT und Telefónica	2
B – Verhandlungen und Vertragsunterzeichnung	3
C – Nach dem Abschluss des Vertrags eingetretene Umstände	5
D – Verfahren vor der Kommission	6
Angefochtener Beschluss	7
Verfahren und Anträge der Beteiligten	11
Rechtliche Würdigung	11
A – Zulässigkeit	11
B – Begründetheit	13
1. Auf die Nichtigkeitserklärung des angefochtenen Beschlusses gerichtete Anträge.....	13
a) Klagegrund der Verletzung wesentlicher Formvorschriften.....	14
b) Klagegrund des Verstoßes gegen Art. 101 AEUV und das bei seiner Anwendung zu beachtende Recht	14
Vorbemerkungen.....	15
Das Vorbringen, die Klausel habe mit der Kaufoption oder dem Rücktritt der von Telefónica ernannten Verwaltungsratsmitglieder von PT im Zusammenhang gestanden .	16
Das Vorbringen, die Klausel habe eine Verpflichtung zur Selbstbewertung enthalten	20
Das auf einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV wegen fehlender Untersuchung der Voraussetzungen für einen potenziellen Wettbewerb gestützte Vorbringen	28
Das auf das Fehlen von Wirkungen gestützte Vorbringen	33
2. Anträge auf Herabsetzung der Geldbuße	33
a) Vorbemerkungen.....	34
Grundsätze der Berechnung der Geldbußen	34
Angefochtener Beschluss	37
b) Zur Berechnung der Geldbuße herangezogene Umsätze	39
Begründung.....	39
Begründetheit	40

– Umsätze, die auf nicht dem Wettbewerb unterliegende Tätigkeiten entfielen	40
– Auf bestehende Aktivitäten entfallende Umsätze	44
– Auf Tätigkeiten außerhalb der Iberischen Halbinsel entfallende Umsätze	46
c) Dauer der Zuwiderhandlung	46
d) Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	47
3. Antrag auf Zeugenvernehmung	49
Kosten	51