Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
ATHANASIOS RANTOS
vom 2. März 2023 [1]

Rechtssache C-331/21

Autoridade da Concorrência,
EDP – Energias de Portugal SA,
EDP Comercial – Comercialização de Energia SA,
Sonae MC SGPS SA, vormals Sonae Investimentos und Sonae MC – Modelo Continente SGPS,
Modelo Continente Hipermercados SA,
Beteiligter:
Ministério Público

(Vorabentscheidungsersuchen des Tribunal da Relação de Lisboa [Berufungsgericht Lissabon, Portugal])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Wettbewerb – Art. 101 AEUV – Vereinbarung zwischen einem Stromlieferanten und einem Lebensmitteleinzelhändler, der Hyper- und Supermärkte betreibt – Wettbewerbsverbot – Potenzieller Wettbewerb – Unterscheidung zwischen vertikalen und horizontalen Vereinbarungen – ‚Bezweckte' oder ‚bewirkte' Wettbewerbsbeschränkung – Verordnung (EU) Nr. 330/2010 – Handelsvertretervertrag – Liberalisierung des Stromversorgungsmarktes"

I. Einleitung

1. Kann ein Wettbewerbsverbot in einer Partnerschaftsvereinbarung zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Produktmärkten tätig sind, eine Abrede mit wettbewerbswidrigem Zweck im Sinne von Art. 101 AEUV darstellen, und welches sind gegebenenfalls die Voraussetzungen hierfür? Das ist im Kern die Frage, die im Mittelpunkt des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens des Tribunal da Relação de Lisboa (Berufungsgericht Lissabon, Portugal) steht.

2. Mit seinem Vorabentscheidungsersuchen bittet das vorlegende Gericht den Gerichtshof, vier die Auslegung von Art. 101 Abs. 1 AEUV betreffende Problemfelder zu prüfen, denen die Vorlagefragen zugeordnet werden können: i) die Beurteilung eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses zwischen auf unterschiedlichen Produktmärkten tätigen Unternehmen, ii) die rechtliche Einordnung einer Partnerschaftsvereinbarung zur Förderung der

[1] Originalsprache: Französisch.

jeweiligen Tätigkeiten der Vertragsparteien, iii) ein Wettbewerbsverbot als Nebenabrede zu einer solchen Vereinbarung und iv) die Einordnung eines solchen Verbots als „bezweckte" Wettbewerbsbeschränkung.

II. Ausgangsrechtsstreit, Vorlagefragen und Verfahren vor dem Gerichtshof

3. Im Ausgangsrechtsstreit stehen sich die Autoridade da Concorrência (Wettbewerbsbehörde, Portugal, im Folgenden: AdC) und die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens – nämlich die EDP – Energias de Portugal SA (im Folgenden: EDP Energias), die EDP Comercial – Comercialização de Energia, SA (im Folgenden: EDP Comercial), die Sonae MC SGPS SA (vormals Sonae Investimentos SGSP SA und Sonae MC – Modelo Continente SGPS, im Folgenden: Neue Sonae MC) sowie die Modelo Continente Hipermercados SA (im Folgenden: MCH) – gegenüber. Dabei geht es um Geldbußen, die von der AdC gegen Letztere [2] aufgrund von Art. 9 Abs. 1 Buchst. c des portugiesischen Wettbewerbsgesetzes [3] verhängt worden waren, weil sie im Rahmen einer Partnerschaftsvereinbarung ein Wettbewerbsverbot vereinbart hatten. Diese Geldbußen wurden vom Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Gericht für Wettbewerb, Regulierung und Aufsicht, Portugal, im Folgenden: TCRS) herabgesetzt.

4. MCH und die Neue Sonae MC gehören einem portugiesischen Konzern an, dessen Gesellschaften in zahlreichen Branchen tätig sind [4] (im Folgenden: Sonae-Konzern). Innerhalb dieses Konzerns betreibt MCH im Sektor des Lebensmittelhandels in Portugal mehrere Geschäfte (Hyper- und Supermärkte). Die Neue Sonae MC, die die Geschäftsanteile verwaltet und im selben Sektor tätig ist, hält das gesamte Kapital von MCH.

5. EDP Energias und EDP Comercial gehören einem anderen portugiesischen Konzern an, dessen Muttergesellschaft, EDP Energias, u. a. im Sektor der Erzeugung, Verteilung und Lieferung von Strom und Erdgas tätig ist. Dieser Konzern ist der größte portugiesische Akteur auf den Märkten der Stromerzeugung, -verteilung und -lieferung.

A. Im Ausgangsverfahren streitige Partnerschaftsvereinbarung

6. Am 5. Januar 2012 schlossen EDP Comercial und MCH eine Partnerschaftsvereinbarung mit der Bezeichnung „EDP-Continente-Programm" (im Folgenden: Partnerschaftsvereinbarung) zu dem Zweck, Kunden zu gewinnen, den Verkauf zu fördern und den Verbrauchern Rabatte zu gewähren. Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung standen diese Gesellschaften auf keinem sachlichen oder räumlichen Markt, einschließlich der Märkte für den Einzelhandel sowie für die Versorgung mit Strom und Erdgas, in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander.

2 Mit Ausnahme von Sonae MC – Modelo Continente SGPS, der mangels Umsatzes keine Geldbuße auferlegt wurde; sie wurde später von Sonae Investimentos übernommen, die ihren Namen in Sonae MC änderte.

3 Art. 9 Abs. 1 der Lei nº 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as leis nºs 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à lei nº 2/99, de 13 de janeiro (Gesetz Nr. 19/2012 zur Annahme des neuen Wettbewerbsrechts vom 8. Mai 2012) (*Diário da República*, Serie I, Nr. 89, im Folgenden: portugiesisches Wettbewerbsgesetz) bestimmt: „Verboten sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, … die eine Verhinderung … des Wettbewerbs auf dem gesamten nationalen Markt oder einem Teil desselben bezwecken oder bewirken, insbesondere … c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen; …"

4 Insbesondere Einzelhandel, Telekommunikation und audiovisuelle Medien, Betrieb von Einkaufszentren, Holzwerkstoffe, Tourismus und Energieerzeugung durch Kraft-Wärme-Kopplung oder Photovoltaik.

7. Die Partnerschaftsvereinbarung enthielt eine Klausel 2.1, die den Gegenstand der Vereinbarung wie folgt bestimmte: „Förderung des Vertriebs von Strom im freien Wettbewerb durch EDP Comercial und des Einzelhandelsvertriebs von Lebensmitteln und Nicht-Lebensmitteln durch MCH in den [MCH-eigenen] Hyper- und Supermärkten … sowie in den Handelseinrichtungen, die von anderen Gesellschaften [außer MCH] betrieben werden, an denen Sonae Investimentos … eine Beteiligung hält …“

8. In geschäftlicher Hinsicht sah diese Partnerschaft Rabatte auf die Strompreise ausschließlich für Kunden vor, die die „Continente-Karte“, eine von MCH im Rahmen eines Treueprogramms ausgegebene Rabattkarte, besaßen. Zusätzlich zum Besitz dieser Karte mussten Kunden, die am „EDP-Continente-Programm“ teilnehmen wollten, mit EDP Comercial einen Vertrag über die Versorgung mit Niederspannungsstrom für den liberalisierten Markt auf dem portugiesischen Festland schließen. Dadurch erhielten diese Kunden einen zehnprozentigen Rabatt auf ihren Verbrauch des von EDP Comercial gelieferten Stroms. Hierfür wurden Rabattgutscheine über den Betrag der jeweiligen Ermäßigung ausgegeben und auf der Continente-Karte der betreffenden Kunden gutgeschrieben, die diese dann bei Einkäufen in den in Klausel 2.1 genannten Geschäften des Sonae-Konzerns einlösen konnten.

9. Ursprünglich kam EDP Comercial vollständig für den Betrag der Preisnachlässe auf[5]. Als jedoch die Nachfrage in den genannten Geschäften zunahm und der Umsatz aus dem „EDP-Continente-Programm“ stieg, sollte MCH einen Teil der gewährten Preisnachlässe übernehmen. Die übrigen Kosten der Partnerschaft für Werbung, Marketing, Kommunikation und Rechtsvertretung in Verfahren wurden von EDP Comercial und MCH zu gleichen Teilen getragen.

10. In Klausel 12.1 („Ausschließlichkeit“) der Partnerschaftsvereinbarung hieß es: „Während der Laufzeit dieser Vereinbarung und für einen Zeitraum von einem Jahr nach deren Ende verpflichtet sich [MCH], a) weder unmittelbar noch über eine Gesellschaft, an der [Sonae Investimentos] … eine Mehrheitsbeteiligung hält, Strom oder Erdgas auf dem portugiesischen Festland zu vertreiben; b) mit keinem Strom- oder Erdgaslieferanten, der nicht in einem Kontroll- oder Konzernverhältnis zu EDP Comercial steht …, Partnerschaftsvereinbarungen, Joint Ventures, Grundsatzvereinbarungen, Werbekampagnen oder andere Vereinbarungen zu verhandeln oder einzugehen, die … die Gewährung von Rabatten oder anderen finanziellen Vorteilen in Bezug auf Strom oder Erdgas bezwecken oder bewirken.“ Gemäß Klausel 12.2 ging EDP Comercial auf dem portugiesischen Festlandsmarkt für den Lebensmitteleinzelhandel gleichgerichtete Verpflichtungen ein.

11. Die im Ausgangsverfahren streitige Partnerschaftsvereinbarung war bis zum 31. Dezember 2012 in Kraft, obwohl Verbraucher nur zwischen dem 9. Januar 2012 und dem 4. März 2012 daran teilnehmen konnten. Stromlieferverträge konnten innerhalb eines Netzes von 180 MCH-Einkaufszentren geschlossen werden, deren Versorgung von EDP Comercial und MCH gemeinsam sichergestellt wurde. Insgesamt nahmen 146 775 Kunden am „EDP-Continente-Programm“ teil, von denen 137 144 während und nach dem Ende der Kampagne vertraglich an EDP Comercial gebunden blieben. Die Summe der den Teilnehmern des „EDP-Continente-Programms“ gewährten Rabatte betrug 6 907 354 Euro; die Summe der eingelösten Gutscheine belief sich auf 6 024 252 Euro. Von diesem Betrag trug MCH 1 795 912 Euro.

[5] MCH sollte jeden Monat eine Lastschrift über den Betrag der im Vormonat ausgegebenen und eingelösten Gutscheine ausstellen, die am Ende des Monats, in dem die jeweilige Rechnung erstellt wurde, zu bezahlen war.

B. Einschlägiger Regulierungsrahmen

12. Laut vorlegendem Gericht fiel diese Partnerschaftsvereinbarung in eine kritische Phase des Prozesses der Liberalisierung des portugiesischen Stromversorgungsmarktes, da die regulierten Tarife für die normale Niederspannung Ende 2012 ausliefen.

13. Die Liberalisierung der Stromversorgung verlief in Portugal ab 1995 in mehreren Schritten. Der portugiesische Regulierungsrahmen für die Vermarktung elektrischer Energie soll seit 1995 den freien Wettbewerb in diesem Sektor dadurch fördern, dass die rechtlichen Bedingungen für die Aufnahme und die Ausübung der Tätigkeit der Stromlieferung insofern vereinfacht werden, als diese nur noch einer Registrierung und nicht mehr einer Lizenz bedarf, wodurch der Marktzutritt unabhängiger Betreiber begünstigt wird. 2006 wurde eine Übergangszeit eingeführt, während deren die Verbraucher zwischen dem regulierten und dem liberalisierten Markt allein aufgrund der wirtschaftlichen Attraktivität der Angebote wählen konnten, wobei ihnen keinerlei regulatorische Belastungen oder Einschränkungen auferlegt wurden.

14. Mit Wirkung vom 1. Januar 2011 wurden die regulierten Tarife für die Lieferung von Strom in Höchst-, Hoch- und Mittelspannung sowie in spezifischer Niederspannung für Endkunden abgeschafft. Mit Wirkung vom 1. Juli 2012 bzw. 1. Januar 2013 wurden die regulierten Tarife für die Versorgung mit Niederspannungsstrom (kleine Geschäfte/Haushalte) für Endkunden mit einer vertraglichen Leistung von 10,35 kVA oder mehr und für Kunden mit einer vertraglichen Leistung von weniger als 10,35 kVA abgeschafft. Nach diesen Stichtagen sollten neue Verträge nur noch auf dem liberalisierten Markt abgeschlossen werden können [6].

C. Streitige Entscheidung

15. Nach einer im Januar 2012 vom Ministério da Economia e do Emprego (Ministerium für Wirtschaft und Beschäftigung, Portugal) übermittelten Warnung vor mutmaßlichen Rechtsverstößen im Zusammenhang mit der Partnerschaftsvereinbarung erließ die AdC am 4. Mai 2017 eine Entscheidung (im Folgenden: streitige Entscheidung), mit der gegen die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens wegen eines „bezweckten“ Wettbewerbsverstoßes gemäß Art. 9 Abs. 1 Buchst. c des portugiesischen Wettbewerbsgesetzes Geldbußen in Höhe von insgesamt 38 300 000 Euro verhängt wurden.

16. Laut AdC bestand der Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht in einer Vereinbarung zwischen Unternehmen, die die Aufteilung von Märkten in Form eines in der Partnerschaftsvereinbarung (d. h. in Klausel 12.1 Buchst. a und in Klausel 12.2 Buchst. a) enthaltenen Wettbewerbsverbots zum Gegenstand gehabt habe. Die von diesem Verbot betroffenen Märkte, die sich alle drei auf dem portugiesischen Festland befunden hätten, seien i) der Markt für die Lieferung von Strom, ii) der Markt für die Lieferung von Erdgas und iii) der Markt für den Lebensmitteleinzelhandel gewesen. Die Vereinbarung sei von den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens in einer kritischen Phase der Liberalisierung des nationalen Stromversorgungsmarktes für die Dauer von zwei Jahren durchgeführt worden, was ihre Wettbewerbswidrigkeit noch verstärkt habe.

[6] Für Verbraucher, die sich zu den letztgenannten Zeitpunkten nicht für einen Wechsel zu einem Vertrag auf dem liberalisierten Markt entschieden hatten, gab es jedoch tarifliche Übergangsregelungen. Für diese Verbraucher galten von der Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (Regulierungsbehörde für Energiedienstleistungen, Portugal) festgesetzte Tarife mit Preisaufschlägen, um einen Anreiz für den Übergang zum liberalisierten Markt zu schaffen. Die letzte dieser Regelungen lief am 31. Dezember 2017 aus.

17. Auf die von den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens erhobenen Klagen bestätigte das TCRS am 30. September 2020 die streitige Entscheidung, setzte die Geldbußen aber um 10 % herab, weil die fragliche Vereinbarung wegen der Rabattgewährung für die Haushalte vorteilhaft gewesen sei [7].

18. Wie schon die AdC war auch das TCRS der Ansicht, dass die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens im Rahmen der in diesem Verfahren behandelten Partnerschaftsvereinbarung einen „Pakt zur Wettbewerbsverhinderung" geschlossen hätten, der eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstelle. Zu diesem Ergebnis gelangte das TCRS, indem es insbesondere das Verhalten des Sonae-Konzerns auf den Märkten der Stromerzeugung und der Stromversorgung vor und während der Durchführung der Partnerschaftsvereinbarung berücksichtigte, nämlich i) das Eingehen einer Partnerschaft zwischen einem Unternehmen des Sonae-Konzerns und der Endesa SA durch Gründung des Joint Ventures Sodesa – Comercialização de Energia SA (im Folgenden: Sodesa) [8], ii) das Eingehen einer Partnerschaft zwischen MCH und der Petróleos de Portugal – Petrogal SA (im Folgenden: „GALP") [9] und iii) die Betätigung MCHs und anderer dem Sonae-Konzern angehörender Unternehmen auf den Märkten für Kleinst- und Kleinanlagen zur Stromerzeugung sowie für Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen [10]. Dem Gericht zufolge konnten nur – tatsächlich oder potenziell – konkurrierende Unternehmen ein Interesse am Abschluss eines solchen Pakts haben.

19. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens und die AdC fochten das Urteil des TCRS beim Tribunal da Relação de Lisboa (Berufungsgericht Lissabon), dem vorlegenden Gericht in dieser Rechtssache, an. Im Rahmen ihres auf die Höhe der Geldbußen beschränkten Rechtsbehelfs beantragte die AdC, das Urteil des TCRS aufzuheben, soweit die von ihr verhängten Geldbußen um 10 % herabgesetzt worden waren [11]. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens waren u. a. der Auffassung, dass sie keine wettbewerbswidrige Handlung begangen hätten, und beantragten daher beim vorlegenden Gericht, dieses Urteil in vollem Umfang aufzuheben, hilfsweise, die Geldbuße herabzusetzen [12]. Außerdem ersuchten sie dieses Gericht um eine Vorlage zur Vorabentscheidung. Mit seinen elf Vorlagefragen greift das vorlegende Gericht im Wesentlichen die von ihnen formulierten Fragen auf.

D. Die Fragen des vorlegenden Gerichts

20. Das vorlegende Gericht ist sich nicht sicher, ob die Partnerschaftsvereinbarung, vor allem das Wettbewerbsverbot, geeignet war, den Wettbewerb auf den jeweiligen Märkten zu beeinträchtigen.

7 Das TCRS rechtfertigte die Kürzung damit, dass die Partnerschaftsvereinbarung verschiedenen portugiesischen Familien erhebliche Preisnachlässe und den Kauf wesentlicher Güter ermöglicht habe. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens wurden zu folgenden Geldbußen verurteilt: EDP Energias zu 2 610 000 Euro, EDP Comercial zu 23 220 000 Euro, Sonae Investimentos zu 2 520 000 Euro und MCH zu 6 120 000 Euro.

8 Siehe Nr. 76 der vorliegenden Schlussanträge.

9 Siehe Nr. 81 der vorliegenden Schlussanträge.

10 Siehe Nr. 83 der vorliegenden Schlussanträge.

11 Nach Ansicht der AdC können die mit der Partnerschaftsvereinbarung verbundenen Vorteile für die Verbraucher nicht berücksichtigt werden, um eine Reduzierung der Geldbuße zu begründen; jedenfalls sei die Herabsetzung um 10 % überhöht.

12 Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens machten insbesondere geltend, dass i) bei Abschluss der Partnerschaftsvereinbarung weder tatsächlicher noch potenzieller Wettbewerb bestanden habe und das Wettbewerbsverbot daher nicht als wettbewerbswidrig angesehen werden könne, ii) dass mit dieser Vereinbarung kein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt worden sei und iii) dass es keine tatsächlichen und rechtlichen Elemente gegeben habe, aufgrund deren die jeweiligen Muttergesellschaften haftbar gemacht werden könnten.

21. Unter diesen Umständen hat das Tribunal da Relação de Lisboa (Berufungsgericht Lissabon) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist Art. 101 AEUV, an den Art. 9 des portugiesischen Wettbewerbsgesetzes angelehnt ist, dahin auszulegen, dass er es erlaubt, eine Wettbewerbsabrede mit dem Inhalt der Klauseln 12.1 und 12.2 der Partnerschaftsvereinbarung als eine die Einschränkung des Wettbewerbs bezweckende Vereinbarung einzustufen, die zwischen einem Stromlieferanten und einem Lebensmitteleinzelhändler, der Hyper- und Supermärkte betreibt, geschlossen wurde und vorsieht, dass Kunden, die einen bestimmten, auf dem portugiesischen Festland erhältlichen Energietarif des Stromlieferanten wählen und gleichzeitig Inhaber einer Treuekarte des Lebensmitteleinzelhändlers sind, Rabatte erhalten, die ausschließlich beim Kauf von Waren in Geschäften des Lebensmitteleinzelhändlers oder mit ihm verbundener Gesellschaften in Anspruch genommen werden können, wenn diese Vereinbarung andere Klauseln enthält, denen zufolge ihr Zweck in der Förderung der Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen besteht, und nachweislich Vorteile für die Verbraucher entstehen, ohne dass geprüft wird, ob die Klauseln 12.1 und 12.2 der Partnerschaftsvereinbarung den Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigt haben?

2. Kann Art. 101 Abs. 1 AEUV dahin ausgelegt werden, dass eine – zwei Unternehmen als Marktaufteilung vorgeworfene – Vereinbarung über den Verzicht der Ausübung bestimmter wirtschaftlicher Tätigkeiten als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden kann, wenn die Vereinbarung zwischen Unternehmen geschlossen wurde, die auf keinem der von der Verpflichtung zum Verzicht betroffenen Märkte tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber sind, auch wenn davon ausgegangen werden kann, dass die von dieser Verpflichtung betroffenen Märkte liberalisiert sind und keine unüberwindbaren rechtlichen Markteintrittsbarrieren bestehen?

3. Kann Art. 101 Abs. 1 AEUV dahin ausgelegt werden, dass ein Stromlieferant und ein Hyper- und Supermärkte betreibender Lebensmitteleinzelhändler, die die Vereinbarung zur Förderung der Geschäfte und des Absatzes der jeweils anderen Partei (und, im Fall des Lebensmitteleinzelhändlers, von Gesellschaften, an denen seine Muttergesellschaft eine Mehrheitsbeteiligung hält) geschlossen haben, als potenzielle Wettbewerber anzusehen sind, wenn der Lebensmitteleinzelhändler und die mit ihm verbundenen Gesellschaften bei Abschluss der Vereinbarung weder auf dem vom räumlichen Anwendungsbereich der Vereinbarung erfassten Markt noch auf einem anderen Markt als Stromlieferanten tätig waren und im Laufe des Verfahrens nicht nachgewiesen worden ist, dass sie beabsichtigten, diese Tätigkeit dort auszuüben, oder dass sie irgendwelche Schritte unternommen hatten, um die Ausübung dieser Tätigkeit vorzubereiten?

4. Gilt die Antwort auf die vorhergehende Frage auch, wenn eine andere Gesellschaft, an der die Muttergesellschaft des an der Vereinbarung beteiligten Lebensmitteleinzelhändlers eine Mehrheitsbeteiligung hielt (jedoch ohne dass eine dieser beiden Gesellschaften von der nationalen Wettbewerbsbehörde beschuldigt oder sanktioniert wurde und ohne dass sie Partei des Verfahrens vor diesem Gericht ist) und die nicht vom persönlichen Anwendungsbereich der Wettbewerbsabrede erfasst war, eine 50 %ige Beteiligung an einem dritten Unternehmen gehalten hatte, das Tätigkeiten im Bereich des Vertriebs von Strom in Portugal ausgeübt hatte, die dreieinhalb Jahre vor dem Abschluss der Vereinbarung wegen der Auflösung dieses Unternehmens beendet worden waren?

5. Ist die Antwort auf die vorhergehende Frage dieselbe, wenn das Einzelhandelsunternehmen, das Partei der Vereinbarung ist, Strom mittels auf den Dächern seiner Geschäfte platzierter Klein- und Kleinstanlagen erzeugt, aber den gesamten erzeugten Strom zu regulierten Preisen an den Versorger letzter Instanz liefert?

6. Gilt die Antwort auf die vierte Frage auch, wenn das an der Partnerschaftsvereinbarung beteiligte Einzelhandelsunternehmen acht Jahre vor dem Abschluss der Vereinbarung einen anderen (bei Abschluss der Vereinbarung immer noch gültigen) Vertrag über eine geschäftliche Zusammenarbeit mit einem Flüssigkraftstoffe vertreibenden Dritten geschlossen hatte, der gegenseitige Rabatte für den Kauf von Flüssigkraftstoffen und von in den Hyper- und Supermärkten des Einzelhandelsunternehmens angebotenen Waren vorsah, und der Dritte seinerseits neben Flüssigkraftstoffen auch Strom auf dem portugiesischen Festland vertreibt, wobei nicht nachgewiesen ist, dass die Vertragsparteien bei Abschluss der Partnerschaftsvereinbarung die Absicht hatten oder Vorbereitungen getroffen hatten, um den Vertrag auf den Vertrieb von Strom zu erstrecken?

7. Gilt die Antwort auf die vierte Frage auch, wenn eine andere Gesellschaft, an der die Muttergesellschaft des an der Vereinbarung beteiligten Lebensmitteleinzelhändlers eine Mehrheitsbeteiligung hielt (jedoch wieder ohne dass eine dieser beiden Gesellschaften von der nationalen Wettbewerbsbehörde beschuldigt oder sanktioniert wurde und ohne dass sie Partei des Verfahrens vor diesem Gericht ist) und die nicht vom persönlichen Anwendungsbereich der Wettbewerbsabrede erfasst war, in einer Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlage Strom erzeugte, aber den gesamten erzeugten Strom zu regulierten Preisen an den Versorger letzter Instanz lieferte?

8. Falls die vorstehenden Fragen bejaht werden, ist Art. 101 Abs. 1 AEUV dahin auszulegen, dass eine Klausel als eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung anzusehen ist, die dem Lebensmitteleinzelhändler während der Geltungsdauer der Vereinbarung und im unmittelbar darauf folgenden Jahr verbietet, in dem von der Vereinbarung erfassten Gebiet auf dem Markt für den Vertrieb von Strom tätig zu werden – sei es selbst oder durch eine Gesellschaft, deren Anteile mehrheitlich seine vom Verfahren betroffene Muttergesellschaft hält?

9. Kann der Begriff „potenzieller Wettbewerber“ im Sinne von Art. 101 AEUV, von Art. 1 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 330/2010[13] und von Rn. 27 der Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen (ABl. 2010, C 130. S. 1)[14] dahin ausgelegt werden, dass er ein an ein Wettbewerbsverbot gebundenes Unternehmen erfasst, das auf einem völlig anderen Produktmarkt tätig ist als die andere Partei der das Wettbewerbsverbot enthaltenden Vereinbarung, wenn sich aus den Akten des nationalen Gerichts weder konkrete Anhaltspunkte (z. B. Projekte, Investitionen oder andere Vorbereitungen) ergeben, dass das betreffende Unternehmen vor dem Wettbewerbsverbot bzw. ohne dieses wahrscheinlich innerhalb kurzer Zeit in den Markt der anderen Partei eingetreten wäre, noch nachgewiesen wurde, dass das Unternehmen vor dem Wettbewerbsverbot bzw. ohne dieses von der anderen Partei der Vereinbarung als potenzieller Wettbewerber auf dem betreffenden Markt wahrgenommen wurde?

[13] Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. 2010, L 102, S. 1).

[14] Im Folgenden: Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

10. Kann Art. 101 Abs. 1 AEUV dahin ausgelegt werden, dass der bloße Umstand, dass eine Partnerschaftsvereinbarung zwischen einem Unternehmen, das im Vertrieb von Strom tätig ist, und einem Unternehmen, das im Einzelhandel mit Lebensmitteln und Nicht-Lebensmitteln für den häuslichen Verbrauch tätig ist, zur gegenseitigen Förderung ihrer jeweiligen Tätigkeiten (in deren Rahmen u. a. das erste Unternehmen seinen Kunden Rabatte auf ihren Stromverbrauch gewährt, die das zweite Unternehmen vom Preis der Käufe dieser Kunden in seinen Einzelhandelsgeschäften abzieht) eine Klausel enthält, in der sich beide Parteien verpflichten, nicht miteinander in Wettbewerb zu treten und keine gleichartigen Vereinbarungen mit den Wettbewerbern der jeweils anderen Partei zu schließen, bedeutet, dass mit dieser Klausel eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV bezweckt wird, obwohl

   – der zeitliche Anwendungsbereich der betreffenden Klausel (Laufzeit der Vereinbarung von einem Jahr zuzüglich eines Jahres) dem in der Vereinbarung bestimmten Zeitraum entspricht, in dem die Parteien Geschäftsgeheimnisse oder Know-how, das während der Partnerschaft erworben wurde, nicht in Projekten mit Dritten verwenden dürfen;

   – der räumliche Anwendungsbereich der Klausel auf den räumlichen Anwendungsbereich der Vereinbarung beschränkt ist;

   – der persönliche Anwendungsbereich der Klausel auf die Parteien der Vereinbarung, auf die Unternehmen, an denen sie eine Mehrheitsbeteiligung halten, und auf andere Unternehmen desselben Konzerns, die ebenfalls Inhaber und/oder Betreiber von Einzelhandelsgeschäften sind, die von der Vereinbarung erfasst sind, beschränkt ist;

   – der persönliche Anwendungsbereich der Klausel die überwiegende Mehrheit der Unternehmen ausschließt, die zu demselben Konzern gehören wie die jeweilige Partei, womit diese Unternehmen nicht durch die Klausel gebunden sind und sowohl während als auch nach dem Ende der Laufzeit der Vereinbarung mit der anderen Partei konkurrieren dürfen;

   – die von dem Wettbewerbsverbot erfassten Unternehmen auf völlig unterschiedlichen Produktmärkten tätig sind und nicht nachgewiesen worden ist, dass sie bei Abschluss der Vereinbarung Projekte oder Pläne entwickelt oder Investitionen oder andere Vorbereitungen getätigt hatten, um in den Produktmarkt der jeweils anderen Partei einzutreten?

11. Ist der Begriff „vertikale Vereinbarung“ im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV, von Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 330/2010 und von Rn. 25 Buchst. c der Leitlinien für vertikale Beschränkungen dahin auszulegen, dass er eine Vereinbarung mit den in den vorstehenden Fragen beschriebenen Merkmalen erfasst, wenn die Parteien auf völlig unterschiedlichen Produktmärkten tätig sind und nicht nachgewiesen worden ist, dass vor der Vereinbarung bzw. ohne sie Projekte, Pläne oder Investitionen zum Eintritt in den Produktmarkt der anderen Partei vorlagen, sich die Parteien jedoch für die Zwecke der Vereinbarung gegenseitig ihre jeweiligen Vertriebsnetze, ihr Vertriebspersonal und ihr Know-how zur Verfügung stellen, um Kundschaft für die andere Partei zu gewinnen und deren Geschäft zu fördern und zu steigern?

22. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, die portugiesische Regierung und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Diese Verfahrensbeteiligten und die AdC, die sich nicht schriftlich geäußert hat, haben außerdem in der Sitzung vom 9. November 2022 mündliche Ausführungen gemacht.

III. Rechtliche Würdigung

23. Bevor ich mich den Vorabentscheidungsfragen des vorlegenden Gerichts zuwende (Abschnitt B), möchte ich einige Punkte klären, die die Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Beantwortung dieser Fragen und deren Zulässigkeit betreffen (Abschnitt A).

A. Zur Zuständigkeit des Gerichtshofs und zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens

24. Was zum einen die Zuständigkeit des Gerichtshofs anbelangt, so weise ich darauf hin, dass die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens ausschließlich aufgrund von Art. 9 Abs. 1 des portugiesischen Wettbewerbsgesetzes und nicht aufgrund einer Bestimmung des Unionsrechts verurteilt wurden. Nach gefestigter Rechtsprechung ist der Gerichtshof im Verfahren nach Art. 267 AEUV nicht für die Auslegung des nationalen Rechts zuständig, da dessen Auslegung allein Sache des vorlegenden Gerichts ist [15]. Es ist daher zu klären, ob der Gerichtshof die Fragen des vorlegenden Gerichts beantworten darf.

25. Insoweit ist es ständige Rechtsprechung, dass in Fällen, in denen der Ausgangssachverhalt nicht unmittelbar in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt, aber Vorschriften des Unionsrechts durch das nationale Recht aufgrund eines darin enthaltenen Verweises auf ihren Inhalt für anwendbar erklärt worden sind, der Gerichtshof für die Entscheidung über Vorabentscheidungsersuchen zuständig ist, die diese Vorschriften des Unionsrechts betreffen [16].

26. Im vorliegenden Fall steht fest, dass Art. 9 des portugiesischen Wettbewerbsgesetzes an Art. 101 AEUV [17] angelehnt ist und mit diesem inhaltlich im Wesentlichen übereinstimmt. Diese Bestimmung ist daher im Einklang mit Art. 101 AEUV anzuwenden, zumal nach Ansicht des vorlegenden Gerichts für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits die Bedeutung einiger dem Wettbewerbsrecht der Union inhärenter Begriffe geklärt werden muss.

27. Infolgedessen ist der Gerichtshof nach meiner Meinung für die Beantwortung der Vorlagefragen zuständig.

28. Was zum anderen die inhaltlichen Vorgaben für ein Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 94 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs betrifft, so ist zu beachten, dass nach dieser Bestimmung jedes Vorabentscheidungsersuchen u. a. „eine *kurze Darstellung des Streitgegenstands* und des *maßgeblichen Sachverhalts*, wie er vom vorlegenden Gericht

[15] Urteil vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, im Folgenden: Urteil Generics [UK], EU:C:2020:52, Rn. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[16] Sollen sich nationale Rechtsvorschriften zur Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte nach den im Unionsrecht getroffenen Regelungen richten, um beispielsweise zu verhindern, dass es zu Wettbewerbsverzerrungen kommt, oder um sicherzustellen, dass in vergleichbaren Fällen ein einheitliches Verfahren angewandt wird, besteht ein klares Interesse daran, dass die aus dem Unionsrecht übernommenen Bestimmungen oder Begriffe einheitlich ausgelegt werden, um künftige Auslegungsunterschiede zu verhindern (vgl. in diesem Sinne Urteil Generics [UK], Rn. 26 und 27).

[17] Das vorlegende Gericht erklärt, dass der Wortlaut dieser Bestimmung „im Wesentlichen mit dem Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 AEUV übereinstimmt“.

festgestellt worden ist, oder zumindest eine Darstellung der tatsächlichen Umstände, auf denen die Fragen beruhen", enthalten muss [18]. Dieses Erfordernis gilt ganz besonders im Bereich des Wettbewerbs, der durch komplexe tatsächliche und rechtliche Verhältnisse gekennzeichnet ist [19].

29. Hierzu stelle ich fest, dass sich das vorlegende Gericht in unserem Fall nur wenig Mühe gegeben hat, eine „kurze Darstellung des Streitgegenstands" vorzunehmen [20] oder diese Darstellung auf den „maßgeblichen Sachverhalt" zu beschränken [21] und dabei zwischen den Tatsachen zu unterscheiden, die es für erwiesen [22], und denen, die es für nicht erwiesen hält [23]. Die gestellten Vorlagefragen werden also nur anhand der für erwiesen erachteten Tatsachen zu prüfen sein.

30. Die zweite Vorlagefrage beruht auf einer als nicht erwiesen gekennzeichneten tatsächlichen Annahme. Diese Frage betrifft die Einordnung des Wettbewerbsverbots als bezweckte Beschränkung, soweit sie sich auf „Unternehmen …, die … keine … tatsächliche[n] oder *potenzielle[n]* Wettbewerber sind", bezieht, und geht genauer gesagt von der Prämisse aus, dass es keinen potenziellen Wettbewerb gibt, obwohl dies gerade zu den Hauptfragen gehört, mit denen das Ersuchen um Vorabentscheidung gerechtfertigt wird. Das vorlegende Gericht betont nämlich, dass eine der Fragen, die es zu beantworten gelte, dahin gehe, ob „die von der streitigen Entscheidung erfassten Unternehmen als potenzielle Wettbewerber anzusehen sind" [24].

31. Folglich ist – obwohl grundsätzlich für die von einem nationalen Gericht zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen eine Vermutung der Entscheidungserheblichkeit gilt [25] und der Gerichtshof nicht deren sachlichen Rahmen auf seine Richtigkeit zu überprüfen hat [26] – im vorliegenden Fall die mit der zweiten Frage erbetene Auslegung des Art. 101 Abs. 1 AEUV hypothetischer Natur.

32. Daher sollte die zweite Vorlagefrage aus meiner Sicht für unzulässig erklärt werden.

B. Zu den Vorlagefragen

33. Wie alle Parteien und Verfahrensbeteiligten, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, bin ich der Ansicht, dass sich die Vorlagefragen vier Problemfeldern zuordnen lassen, die das vorlegende Gericht für klärungsbedürftig hält. Es handelt sich um

– den Begriff des „potenziellen Wettbewerbs", genauer die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auf unterschiedlichen Produktmärkten tätige Unternehmen für die Zwecke

18 Die Vorgaben des Art. 94 der Verfahrensordnung werden in Nr. 15 der Empfehlungen [des Gerichtshofs] an die nationalen Gerichte bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen (ABl. 2019, C 380, S. 1) aufgegriffen.

19 Vgl. Urteil vom 3. März 2021, Poste Italiane und Agenzia delle entrate – Riscossione (C-434/19 und C-435/19, EU:C:2021:162, Rn. 77 und die dort angeführte Rechtsprechung).

20 Das Vorabentscheidungsersuchen umfasst 277 Seiten, denen es an Struktur und Kohärenz mangelt und die nur geringe Bemühungen um eine Zusammenfassung erkennen lassen.

21 Nur ein begrenzter Teil der 298 Randnummern zum „festgestellten Sachverhalt" ist im Hinblick auf sachdienliche Antworten für das vorlegende Gericht von Belang.

22 Vgl. ursprüngliches Vorabentscheidungsersuchen, S. 84 bis 146 (Rn. 1 bis 298).

23 Vgl. ursprüngliches Vorabentscheidungsersuchen, S. 167 bis 169 (Rn. 1 bis 13).

24 Vgl. ursprüngliches Vorabentscheidungsersuchen, S. 229.

25 Vgl. Urteil vom 6. Oktober 2021, Sumal (C-882/19, EU:C:2021:800, Rn. 28).

26 Vgl. Urteil vom 23. Januar 2018, F. Hoffmann-La Roche u. a. (C-179/16, im Folgenden: Urteil Hoffmann-La Roche, EU:C:2018:25, Rn. 45).

der Anwendung von Art. 101 AEUV als potenzielle Wettbewerber angesehen werden können (*dritte bis siebte und neunte Frage*);

– die rechtliche Einordnung einer Partnerschaftsvereinbarung zwischen Unternehmen zur gegenseitigen Förderung ihrer jeweiligen Geschäftstätigkeiten (*elfte Frage*);

– die Voraussetzungen, unter denen eine Wettbewerbsbeschränkung als Nebenabrede zu einer Vereinbarung qualifiziert werden kann, mit der kein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt wird (*zehnte Frage*);

– die Einstufung einer Wettbewerbsbeschränkung als „bezweckt" oder „bewirkt" (*erste und achte Frage*).

34. Ich schlage vor, diese Problemfelder in der soeben genannten Reihenfolge zu prüfen, da die Antwort auf die Frage, ob die Parteien potenzielle Wettbewerber sind (Abschnitt 1), und die Prüfung der Rechtsnatur der Vereinbarung (Abschnitt 2) wesentliche Anhaltspunkte dafür sind, ob das Wettbewerbsverbot als Nebenabrede zu der Vereinbarung (Abschnitt 3) oder, falls nicht, als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (Abschnitt 4) zu qualifizieren ist.

1. Zum Begriff des „potenziellen Wettbewerbs"

35. Mit seinen Vorlagefragen 3 bis 7 und 9, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob und unter welchen Voraussetzungen Art. 101 Abs. 1 AEUV dahin auszulegen ist, dass ein Lebensmitteleinzelhändler, der an eine Partnerschaftsvereinbarung mit einem Stromlieferanten gebunden ist, deren Zweck die Förderung ihrer jeweiligen Geschäftstätigkeiten ist und die ein Wettbewerbsverbot enthält, als potenzieller Wettbewerber auf dem Stromversorgungsmarkt angesehen werden kann, obwohl er bei Abschluss der Vereinbarung auf diesem Markt nicht tätig war.

36. Im Einzelnen fragt das vorlegende Gericht den Gerichtshof nach der Bedeutung einer Reihe verschiedener Beweise für die Feststellung, ob auf dem Stromversorgungsmarkt ein potenzielles Wettbewerbsverhältnis bestand. Dabei handelt es sich u. a. um

– die Absicht dieses Lebensmitteleinzelhändlers, in den Stromversorgungsmarkt einzutreten (*dritte Frage*);

– vorbereitende Schritte für einen solchen Markteintritt, einschließlich konkreter Anhaltspunkte (wie etwa Projekte, Investitionen oder andere Vorbereitungsmaßnahmen) dafür, dass dieser Einzelhändler innerhalb kurzer Zeit den relevanten Markt erschließen konnte (*dritte und neunte Frage*);

– die Art und Weise, wie der Stromlieferant die wettbewerblichen Zwänge seitens des Einzelhändlers wahrnahm (*neunte Frage*);

– die Geschäftstätigkeit von Gesellschaften des Konzerns, dem der Einzelhändler angehörte, auf an den Stromversorgungsmarkt angrenzenden oder damit zusammenhängenden Märkten (*vierte und sechste Frage*);

– die Geschäftstätigkeit des Lebensmitteleinzelhändlers auf dem vorgelagerten Markt der Stromerzeugung (*fünfte und siebte Frage*).

37. Mit diesen Fragen, die das im Urteil Generics (UK) geprüfte Beweismaterial betreffen, möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen die Tragweite dieses Urteils geklärt wissen und insbesondere in Erfahrung bringen, ob dieses Beweismaterial fortan der generelle Test für die Prüfung ist, ob potenzieller Wettbewerb vorliegt.

38. Zur Erinnerung: Im Urteil Generics (UK) hat der Gerichtshof entschieden, dass der Hersteller des Originalpräparats, der Inhaber eines Patents für das Verfahren zur Herstellung des gemeinfreien Wirkstoffs ist, und Generikahersteller, die sich auf den Eintritt in den Markt für Arzneimittel mit diesem Wirkstoff vorbereiten, in Fällen, in denen zwischen ihnen Streit über die Gültigkeit des Patents oder dessen Verletzung durch die betreffenden Generika besteht, potenzielle Wettbewerber sind, wenn der Generikahersteller nachweislich fest entschlossen und aus eigener Kraft in der Lage ist, in den Markt einzutreten, und dem keine unüberwindlichen Marktzutrittsschranken entgegenstehen [27].

39. Um zu dieser Feststellung zu gelangen, hat sich der Gerichtshof auf ein in der Rechtsprechung allgemein anerkanntes Kriterium [28] gestützt, nämlich die Prüfung, ob für das nicht auf dem Markt vertretene Unternehmen *wirkliche und konkrete Möglichkeiten* bestehen, in den Markt einzutreten und mit dem oder den auf dem Markt vertretenen Unternehmen in Wettbewerb zu treten. Danach ist bei einer Vereinbarung, die dazu führt, dass ein Unternehmen vorübergehend vom Markt ferngehalten wird, zu prüfen, ob für dieses Unternehmen ohne die Vereinbarung wirkliche und konkrete Möglichkeiten für einen Markteintritt bestanden hätten. Das schließt aus, dass ein potenzielles Wettbewerbsverhältnis bereits aus der rein hypothetischen Möglichkeit eines Markteintritts oder aus einer bloßen dahin gehenden Absicht abgeleitet wird. Hingegen braucht nicht festgestellt zu werden, dass der Generikahersteller tatsächlich in den betreffenden Markt eintreten wird oder sich in der Folge dort behaupten kann. Schließlich sind bei der Prüfung der Frage, ob potenzieller Wettbewerb besteht, die Struktur sowie das wirtschaftliche und rechtliche Umfeld des Marktes zu berücksichtigen [29].

40. Der Gerichtshof hat also allein anhand des Kriteriums der „wirklichen und konkreten Möglichkeiten" eines Markteintritts unter Berücksichtigung der regulatorischen und rechtlichen Besonderheiten des Arzneimittelsektors geprüft, ob ein Wettbewerbsverhältnis bestand [30].

41. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens machen geltend, der Gerichtshof habe mit dem Urteil Generics (UK) den generellen Test bezüglich des Begriffs „potenzieller Wettbewerb", wenn die betreffenden Unternehmen nicht auf demselben Produktmarkt tätig seien, präzisieren wollen und verlangt, dass drei Voraussetzungen kumulativ und sukzessiv erfüllt sein müssten: Das betreffende Unternehmen müsse erstens die wirkliche und konkrete Möglichkeit haben, in den relevanten Markt einzutreten. Es müsse zweitens fest entschlossen und aus eigener Kraft in der Lage sein, diesen Markt zu erschließen, und es müsse drittens ausreichende Vorbereitungsmaßnahmen getroffen haben, um kurzfristig in den genannten Markt einzutreten.

27 Urteil Generics (UK), Rn. 58

28 Siehe Nr. 47 und Fn. 38 der vorliegenden Schlussanträge.

29 Urteil Generics (UK), Rn. 36 bis 39 und die dort angeführte Rechtsprechung.

30 Zu diesem Zweck hat der Gerichtshof im Urteil Generics (UK) untersucht, i) ob der Generikahersteller bei Abschluss der Vereinbarung Vorbereitungsmaßnahmen getroffen hatte, um innerhalb einer Frist, die geeignet war, Wettbewerbsdruck auf den Hersteller des Originalpräparats auszuüben, in den betreffenden Markt eintreten zu können (Rn. 43 und 44); ii) ob der Eintritt eines solchen Herstellers in den Markt nicht auf unüberwindliche Marktzutrittsschranken stieß (Rn. 45 bis 53); iii) ob die Feststellung, dass der Generikahersteller fest entschlossen und aus eigener Kraft in der Lage war, in den relevanten Markt einzutreten, durch weitere Elemente bestätigt wurde, wie etwa die Tatsache, dass das betreffende Unternehmen auf derselben Ebene der Produktionskette tätig war oder dass sich der Hersteller des Originalpräparats bereit erklärt hat, erhebliche Werte auf einen Generikahersteller als Gegenleistung für die Verschiebung seines Markteintritts zu übertragen, und diese dann auch tatsächlich übertragen hat (Rn. 55 bis 57).

42. In diesem Kontext halte ich es für angebracht, zunächst zu klären, welches der für den Begriff „potenzieller Wettbewerb“ geltende Prüfungsrahmen ist (Abschnitt a), sodann aufzuzeigen, wie der potenzielle Wettbewerb in der älteren Rechtsprechung vor dem Urteil Generics (UK) geprüft wurde (Abschnitt b), und schließlich die vom vorlegenden Gericht angeführten einzelnen Beweise konkret zu analysieren (Abschnitt c).

a) Zum Prüfungsrahmen für den „potenziellen Wettbewerb“

43. Gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV sind mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs „bezwecken oder bewirken“. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung lässt sich eine Vereinbarung zwischen Unternehmen somit nur dann als Wettbewerbsbeschränkung qualifizieren, wenn es einen Wettbewerb gibt, der beschränkt werden kann [31]. Sollte die Prüfung der tatsächlichen, wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen einer Vereinbarung also ergeben, dass die beteiligten Unternehmen keine Wettbewerber sind, wäre eine solche Vereinbarung allein deshalb auch nicht als wettbewerbsbeschränkend zu werten.

44. Die Wettbewerbsbedingungen auf einem bestimmten Markt beruhen aber nicht nur auf dem *gegenwärtigen Wettbewerb* – auch als *tatsächlicher Wettbewerb* bezeichnet –, den sich die auf dem relevanten Markt bereits tätigen Unternehmen liefern, sondern auch auf dem *potenziellen Wettbewerb* zwischen diesen Unternehmen und solchen, die noch nicht in den Markt eingetreten sind [32]. Dies erklärt, warum eine Vereinbarung in Ermangelung eines gegenwärtigen oder potenziellen Wettbewerbs nicht wettbewerbsbeschränkend sein kann, unabhängig davon, ob mit ihr ein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt wird [33].

45. In diesem Sinne dient der Begriff des „potenziellen Wettbewerbs“ dazu, den *Grad des Wettbewerbsdrucks* zu ermitteln, der von Unternehmen ausgeht, die nicht auf denselben sachlich oder räumlich relevanten Märkten tätig sind [34]; er wird bei der Abgrenzung dieser Märkte nicht herangezogen, da die Voraussetzungen, unter denen potenzieller Wettbewerb eine wirksame Wettbewerbskraft darstellt, von bestimmten Faktoren und Umständen im Zusammenhang mit den Bedingungen für den Eintritt in diese Märkte abhängen. Der potenzielle Wettbewerb wird daher erst in einem späteren Stadium analysiert, wenn die Stellung der beteiligten Unternehmen

31 Vgl. Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Generics (UK) u. a. (C-307/18, im Folgenden: Schlussanträge in der Rechtssache Generics [UK], EU:C:2020:28, Nr. 57 und die dort angeführte Rechtsprechung).

32 Vgl. Schlussanträge in der Rechtssache Generics (UK), Nr. 58 und die dort angeführte Rechtsprechung.

33 Deshalb halte ich die von der Kommission in ihren Erklärungen vertretene und auf dem Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 2018, Servier u. a./Kommission (T-691/14, im Folgenden: Urteil Servier des Gerichts, EU:T:2018:922, Rn. 318 bis 320), fußende These, wonach die Schwelle für die Entstehung potenziellen Wettbewerbs je nach Schädlichkeit der Vereinbarung unterschiedlich hoch sein könne, für methodisch falsch.

34 Vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. 1997, C 372, S. 5), Rn. 13; die anderen Quellen, aus denen sich die Wettbewerbskräfte speisen, sind i) die Nachfragesubstituierbarkeit und ii) die Angebotssubstituierbarkeit.

auf dem relevanten Markt bereits bestimmt worden ist [35]. Aus dieser Perspektive erfordert der potenzielle Wettbewerb eine auf die Zukunft gerichtete Analyse, weshalb er für die Anwendung des Art. 102 AEUV [36] und für die Fusionskontrolle [37] relevant ist.

b) Zur Beurteilung des „potenziellen Wettbewerbs"

46. Bei der Anwendung des Art. 101 AEUV kann zwischen zwei Fällen differenziert werden: i) Fällen, in denen Unternehmen auf demselben Produktmarkt, aber auf räumlich getrennten Märkten tätig sind, und ii) Fällen, in denen sie auf unterschiedliche Produktmärkten tätig sind.

47. Was zum einen *den potenziellen Wettbewerb zwischen Unternehmen, die auf demselben Produktmarkt, aber auf räumlich getrennten Märkten tätig sind*, anbelangt, so haben die Unionsgerichte häufig die Existenz eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses im Rahmen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen geprüft, die auf demselben Produktmarkt, jedoch auf räumlich voneinander getrennten Märkten tätig waren [38]. Im Rahmen dieser Rechtssachen, die im Wesentlichen als eindeutig wettbewerbswidrige Vereinbarungen über eine räumliche Marktaufteilung behandelt wurden, haben die Unionsgerichte die Schwelle für die Feststellung einer Beschränkung des potenziellen Wettbewerbs bei der Anwendung des Art. 101 AEUV festgelegt. So hat das Gericht in seinem Urteil ENS bei der Prüfung, ob potenzieller Wettbewerb gegeben war, unter Bezugnahme auf das Urteil Delimitis [39] erstmals auf das Kriterium der wirklichen und konkreten Möglichkeiten des Zugangs eines anderen Unternehmens zum relevanten Markt abgestellt [40]. Auf dieses Kriterium haben die Unionsgerichte seither wiederholt zurückgegriffen, wenn es darum ging, ob eine Vereinbarung geeignet war, den Marktzugang für potenzielle Wettbewerber zu erschweren [41].

48. Im Rahmen dieser Rechtsprechung wurde auch entschieden, dass bei der Prüfung, ob potenzieller Wettbewerb vorliegt, die Wettbewerbsbedingungen auf dem relevanten Markt berücksichtigt werden müssen und dass die Möglichkeit, in diesen Markt einzutreten, außer

35 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, Rn. 24, und Urteil vom 30. September 2003, Atlantic Container Line u. a./Kommission (T-191/98 und T-212/98 bis T-214/98, EU:T:2003:245, Rn. 834).

36 Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache Servizio Elettrico Nazionale u. a. (C-377/20, EU:C:2021:998, Nr. 110).

37 Da dieser Begriff zukunftsgerichtet ist, kommt ihm im Rahmen der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen große Bedeutung zu (vgl. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung [EG] Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [ABl. 2004, L 24, S. 1] und Anhang I der Verordnung [EG] Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. April 2004 zur Durchführung der Verordnung [EG] Nr. 139/2004 [ABl. 2004, L 133, S. 1] in der u. a. durch die Durchführungsverordnung Nr. 1269/2013 der Kommission vom 5. Dezember 2013 geänderten Fassung, d. h. das „Formblatt CO" zur Anmeldung eines Zusammenschlusses, in dem es unter Ziff. 6.4 in Bezug auf die Analyse „andere[r] Märkte, auf denen der angemeldete Zusammenschluss erhebliche Auswirkungen haben könnte", heißt, dass „ein beteiligtes Unternehmen … insbesondere dann als *potenzieller Wettbewerber* angesehen werden [kann], wenn es einen Markteintritt plant oder in den letzten drei Jahren solche Pläne entwickelt oder verfolgt hat"). Vgl. auch Ziff. 58 bis 60 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 2004, C 31, S. 5).

38 Vgl. Urteile vom 25. Januar 2007, Salzgitter Mannesmann/Kommission (C-411/04 P, EU:C:2007:54), vom 20. Januar 2016, Toshiba Corporation/Kommission (C-373/14 P, im Folgenden: Urteil Toshiba, EU:C:2016:26), vom 15. September 1998, European Night Services u. a./Kommission (T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, im Folgenden: Urteil ENS, EU:T:1998:198), vom 8. Juli 2004, Mannesmannröhren-Werke/Kommission (T-44/00, EU:T:2004:218), vom 14. April 2011, Visa Europe und Visa International Service/Kommission (T-461/07, im Folgenden: Urteil Visa Europe, EU:T:2011:181), vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission (T-360/09, im Folgenden: Urteil E.ON Ruhrgas, EU:T:2012:332), vom 21. Mai 2014, Toshiba/Kommission (T-519/09, nicht veröffentlicht, im Folgenden: Urteil Toshiba des Gerichts, EU:T:2014:263), und vom 28. Juni 2016, Portugal Telecom/Kommission (T-208/13, im Folgenden: Urteil Portugal Telecom, EU:T:2016:368).

39 Urteil vom 28. Februar 1991, Delimitis (C-234/89, EU:C:1991:91, Rn. 21 und 22).

40 Urteil ENS, Rn. 137 bis 142.

41 Vgl. Fn. 38 der vorliegenden Schlussanträge sowie Urteile vom 22. März 2011, Altstoff Recycling Austria/Kommission (T-419/03, EU:T:2011:102, Rn. 65), und Visa Europe, Rn. 22 und 83.

Betracht bleiben muss, wenn sie unrealistisch oder rein theoretisch ist [42]. Mit anderen Worten: Diese Möglichkeiten müssen auf objektiver Grundlage untersucht werden [43]. Die Unionsgerichte haben bei dieser Einzelfallprüfung zahlreiche Indizien analysiert, die mit den Besonderheiten der relevanten Produktmärkte zusammenhingen und insbesondere die Zugangsmöglichkeiten zu diesen Märkten betrafen, um zu ermitteln, ob ein solcher Zugang realistisch war [44].

49. Was zum anderen den *potenziellen Wettbewerb zwischen auf unterschiedlichen Produktmärkten tätigen Unternehmen* angeht, möchte ich sogleich darauf hinweisen, dass weder nach den einschlägigen Vorschriften noch nach der Rechtsprechung der potenzielle Wettbewerb zwischen Unternehmen stattfinden muss, die auf demselben Produktmarkt tätig sind [45]. Die einzigen Anhaltspunkte in der Rechtsprechung, die insoweit relevant sein könnten, sind die Urteile in den Rechtssachen zu den „pay for delay"-Vereinbarungen [46]: Im Rahmen dieser Vereinbarungen waren die beteiligten Unternehmen konkret nicht auf demselben Produktmarkt tätig, da die Generikahersteller bei Abschluss der streitigen Vereinbarungen keine Aktivitäten auf dem Markt für Originalpräparate entfalteten.

50. In diesem Zusammenhang halte ich es für folgerichtig, dass diese Urteile die einzige Referenz in der Rechtsprechung darstellen, denn die Konstellation einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung zwischen Unternehmen, die nicht auf demselben Produktmarkt tätig sind, ist selten und kaum vorstellbar, insbesondere wenn die jeweiligen Aktivitäten der Unternehmen nicht auf miteinander verflochtenen Märkten (wie z. B. vor- oder nachgelagerten Märkten innerhalb der Produktionskette) stattfinden. Eine solche Konstellation könnte sich allerdings u. a. auf einem bestreitbaren Markt ergeben [47].

51. Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Parteien der im Ausgangsverfahren streitigen Vereinbarung weder in Portugal noch anderswo Wettbewerber auf denselben Produktmärkten waren. Daher könnte die Rechtsprechung zu auf demselben Produktmarkt tätigen Unternehmen vordergründig für weniger relevant gehalten werden, da sich ein potenzielles Wettbewerbsverhältnis in der Regel leichter ermitteln lässt, sofern die Unternehmen bereits auf dem sachlich relevanten Markt etabliert sind, wenn auch in räumlich unterschiedlichen Gebieten. Vor allem aus dieser Überlegung heraus machen die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens geltend, in Situationen, in denen die Unternehmen nicht auf denselben Produktmärkten tätig seien, müssten strengere Kriterien für den Nachweis eines potenziellen

42 Urteil Visa Europe, Rn. 84 und 85.

43 Urteil E.ON Ruhrgas, Rn. 105.

44 So wurden z. B. als relevant angesehen: die Begrenztheit des Heimatmarkts auf einer Flugstrecke (Urteil vom 4. Juli 2006, easyJet/Kommission, T-177/04, EU:T:2006:187, Rn. 118); die Marktzutrittsschranken im Hinblick auf ein historisches Monopol (Urteil E.ON Ruhrgas, Rn. 94); die besonderen Merkmale des transatlantischen Seeverkehrs (Urteil vom 28. Februar 2002, Atlantic Container Line u. a./Kommission, T-395/94, EU:T:2002:49, Rn. 356); die Annahme von Kundenprojekten aus einem anderen räumlichen Markt (Urteil Toshiba des Gerichts, Rn. 232).

45 Vgl. in diesem Sinne Rn. 10 der Bekanntmachung der Kommission vom 14. Januar 2011 mit Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 [AEUV] auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (ABl. 2011, C 11, S. 1, im Folgenden: Leitlinien zu Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit).

46 D. h. Vereinbarungen zwischen Herstellern von Originalpräparaten, die Inhaber eines Patents für das Verfahren zur Herstellung des gemeinfreien Wirkstoffs waren, und Generikaherstellern, in denen sich Letztere verpflichteten, nicht (oder zu einem späteren Zeitpunkt) in den Markt für Originalpräparate mit dem betreffenden Generikawirkstoff einzutreten, wenn der Hersteller des patentgeschützten Präparats dafür eine Geldzahlung an sie leistete.

47 Ein Markt gilt als „bestreitbar", wenn: i) er keine Zutritts- und Austrittsschranken aufweist; ii) allen Unternehmen, sowohl bereits etablierten als auch potenziellen Anbietern, die gleiche Produktionstechnologie zugänglich ist; iii) alle Verbraucher und Unternehmen sich umfassend über die Preise informieren können; iv) neue Anbieter in den Markt eintreten und ihn wieder verlassen können, bevor es den etablierten Unternehmen möglich ist, die Preise anzupassen (vgl. „Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition law", OECD [1993], S. 29, abrufbar unter https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf.).

Wettbewerbsverhältnisses gelten. Da der bisherigen Rechtsprechung keine brauchbaren Anhaltspunkte zu entnehmen seien, sei auf die jüngst ergangenen Urteile zu den „pay for delay"-Vereinbarungen abzustellen.

52. Obwohl der Nachweis wirklicher und konkreter Möglichkeiten eines Markteintritts bei auf unterschiedlichen Produktmärkten tätigen Unternehmen objektiv schwerer zu erbringen ist, meine ich – anders als die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens – nicht, dass der Gerichtshof mit dem Urteil Generics (UK) von seiner früheren Rechtsprechung abweichen und für die Feststellung eines Wettbewerbsverhältnisses strengere Kriterien verlangen oder die diesbezüglichen Beweisanforderungen verschärfen wollte.

53. Zum einen hat der Gerichtshof nämlich im Urteil Generics (UK) zunächst auf seine ständige Rechtsprechung zum Begriff des „potenziellen Wettbewerbs" verwiesen und bestätigt, maßgeblich sei allein das Kriterium, „ob für das nicht auf dem Markt vertretene Unternehmen wirkliche und konkrete Möglichkeiten bestehen, in den Markt einzutreten und mit anderen Unternehmen in Wettbewerb zu treten"[48]. So wird in den Rn. 36 bis 39 des Urteils Generics (UK) nur die bestehende Rechtsprechung wiedergegeben[49]. Kern dieses Kriteriums ist meines Erachtens die notwendige Unterscheidung zwischen „potenziellem Wettbewerb" und „bloßer Spekulation" über einen möglichen Marktzugang, und zwar unabhängig davon, ob ein Unternehmen auf demselben Produktmarkt tätig ist oder nicht[50]. Dieses Kriterium schließt somit aus, dass die Feststellung eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses aus der rein hypothetischen Möglichkeit eines solchen Markteintritts hergeleitet werden kann[51]. Eine solche Feststellung muss mit tatsächlichen Gegebenheiten oder durch eine Untersuchung der Strukturen des relevanten Marktes belegt werden. Ein Unternehmen kann nicht als potenzieller Wettbewerber eingestuft werden, wenn sein Markteintritt nicht mit einer lebensfähigen wirtschaftlichen Strategie einhergeht[52].

54. Zum anderen hat der Gerichtshof im Urteil Generics (UK) erst in einem zweiten Prüfungsschritt, nämlich bei der Prüfung, ob unter Berücksichtigung der Struktur sowie des wirtschaftlichen und rechtlichen Umfelds des Marktes potenzieller Wettbewerb bestand, die verschiedenen in Nr. 40 dieser Schlussanträge angeführten Beweise analysiert. Der Wortlaut von Rn. 43 dieses Urteils könnte in diesem Sinne nicht klarer sein.

55. Daher lässt sich die Begründung des Gerichtshofs im Urteil Generics (UK) nicht auf alle Fallgestaltungen potenziellen Wettbewerbs übertragen, weshalb diese Beweise nicht als „Voraussetzungen" qualifiziert werden können, von deren Erfüllung es abhängig wäre, ob ein potenzielles Wettbewerbsverhältnis zwischen auf unterschiedlichen Produktmärkten tätigen Unternehmen vorliegt.

56. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die in diesem Urteil angeführten und in späteren Urteilen erneut herangezogenen Beweise keine brauchbaren Anhaltspunkte für die Prüfung unseres Falles wären, die dem vorlegenden Gericht bei seiner Auslegung Klarheit verschaffen könnten. Obwohl diese Urteile den Arzneimittelsektor betreffen und einige Besonderheiten aufweisen, die nicht auf

48 Siehe Nrn. 39 und 47 der vorliegenden Schlussanträge.

49 Vgl. auch in diesem Sinne Urteil vom 25. März 2021, Lundbeck/Kommission (C-591/16 P, im Folgenden: Urteil Lundbeck, EU:C:2021:243, Rn. 54 und die dort angeführte Rechtsprechung).

50 Vgl. in diesem Sinne „Concept of potential competition", OECD Competition Committee Discussion Paper, OECD, 2021, S. 15, und Dunne, N., „Potential competition in EU law", ECLR 2021, 42,12, S. 639.

51 Urteil Generics (UK), Rn. 38.

52 Vgl. Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission (T-472/13, im Folgenden: Urteil Lundbeck des Gerichts, EU:T:2016:449, Rn. 100 und die dort angeführte Rechtsprechung).

den vorliegenden Fall übertragbar sind, bieten sie einen Rahmen für die verschiedenen Beweise, aus denen sich schließen lässt, dass eine potenzielle Wettbewerbssituation vorliegt. Ich möchte sie im Licht dieser Überlegungen analysieren.

c) Zur Beurteilung der auf eine potenzielle Wettbewerbssituation hindeutenden Umstände im vorliegenden Fall

57. Erinnern wir uns, dass das TCRS ebenso wie die AdC die Wettbewerbsabrede als eine Vereinbarung zur Aufteilung des Stromversorgungsmarktes auf dem portugiesischen Festland eingestuft hat, da MCH nach seiner Ansicht auf diesem Markt ein potenzieller Wettbewerber von EDP Comercial war. Bei der Feststellung dieses potenziellen Wettbewerbsverhältnisses stützte es sich auf: i) den Kontext, in dem die Partnerschaftsvereinbarung geschlossen worden war, nämlich mitten in der Phase der Liberalisierung des Angebots im Stromsektor, ii) den Umstand, dass die Parteien sich gegenseitig als potenzielle Wettbewerber betrachteten, und iii) die verschiedenen Aktivitäten der Gesellschaften des Sonae-Konzerns, nämlich: a) das Eingehen einer Partnerschaft mit Endesa, b) die Präsenz des Sonae-Konzerns auf dem vorgelagerten Markt der Stromerzeugung und c) die Geschäftspartnerschaft mit GALP.

58. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens entgegnen, dass MCH nicht als potenzieller Wettbewerber eingestuft werden könne und die streitige Entscheidung mangels einer solchen Einstufung ihre Grundlage verliere. Insbesondere seien die von der AdC und vom TCRS berücksichtigten Umstände, namentlich die drei vorerwähnten Fakten, irrelevant und nicht geeignet, ein potenzielles Wettbewerbsverhältnis zu belegen.

59. Hierzu stelle ich fest, dass die Wettbewerbsabrede nach Art und Zweck geeignet war, MCH oder jedes andere im Mehrheitsbesitz von Sonae Investimentos befindliche Unternehmen vorübergehend vom Stromversorgungsmarkt fernzuhalten. Daher ist zu prüfen, ob ohne diese Abrede *reale und konkrete Möglichkeiten* für zumindest eines dieser Unternehmen bestanden hätten, in diesen Markt einzutreten. Anhand der Struktur sowie des wirtschaftlichen und rechtlichen Umfelds des Marktes ist somit unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände zu ermitteln, ob ein potenzieller Wettbewerb vorlag.

60. Ausgangspunkt der Prüfung muss daher zwangsläufig der portugiesische Regulierungsrahmen für die Vermarktung elektrischer Energie und insbesondere die Analyse der Hindernisse für den Markteintritt neuer Akteure sein. Insoweit ergibt sich aus den Akten, dass der Regulierungsrahmen seit 1995 den freien Wettbewerb dadurch fördert, dass die Bedingungen für die Aufnahme und die Ausübung dieser Tätigkeit insofern vereinfacht werden, als sie nur noch einer Registrierung und nicht mehr einer Lizenz bedarf[53]. Die AdC soll allerdings eingeräumt haben, dass auch nach der Liberalisierung noch Kosten für den Marktzugang oder für eine Marktexpansion anfielen[54].

61. Trotz der Bedeutung, die der Analyse des Regulierungsrahmens beizumessen ist, scheint das vorlegende Gericht den Gerichtshof eher zu den anderen von AdC und TCRS berücksichtigten Kriterien zu befragen. Es möchte nämlich im Wesentlichen wissen, ob jeder der dieser Analyse zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände für sich allein ausreichend wäre, um festzustellen, dass zwischen den Parteien der Partnerschaftsvereinbarung potenzieller Wettbewerb herrschte.

53 Vgl. erwiesener Umstand Nr. 32 der Vorlageentscheidung.

54 Vgl. Rn. 686 der streitigen Entscheidung.

62. In diesem Zusammenhang möchte ich daran erinnern, dass die Beurteilung potenziellen Wettbewerbs auf einer Vielzahl von je nach dem relevantem Markt unterschiedlichen Beweisen beruht [55]. Dieser kontextbezogene Ansatz steht im Übrigen im Einklang mit den für die Feststellung einer Zuwiderhandlung nach Art. 101 AEUV geltenden Beweisanforderungen [56]. So sind zwar einige der Beweise für sich genommen nicht ausschlaggebend, doch können sie sich wechselseitig verstärken. Im vorliegenden Fall ist daher zu ermitteln, ob die Beweise in ihrer Gesamtheit hinreichend belegen, dass potenzieller Wettbewerb gegeben war [57]. Dies zu beurteilen, ist allein Sache des vorlegenden Gerichts [58].

1) Zur Bedeutung der Absicht eines Unternehmens, einen Markt zu erschließen (dritte Frage)

63. Was erstens die Bedeutung der Absicht eines Unternehmens, einen Markt zu erschließen, betrifft, so ist nach ständiger Rechtsprechung eine solche Absicht zwar „gegebenenfalls von Bedeutung" für die Prüfung, ob ein Unternehmen als potenzieller Wettbewerber angesehen werden kann; der wesentliche Aspekt, auf dem eine solche Einordnung beruhen muss, besteht jedoch in der Markteintrittsfähigkeit des Unternehmens [59]. Diese Einordnung muss mithin auf der Grundlage einer objektiven Beurteilung erfolgen, die mit dem Kriterium der „Fähigkeit" zum Markteintritt zusammenfällt. Ein Beweis subjektiver Natur wie die Absicht kann daher kein eigenständiges, wesentliches oder unerlässliches Element darstellen, um das Bestehen eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses zu belegen [60]. Dies steht im Einklang mit der allgemeinen Regel, dass die Absicht der Parteien einer Vereinbarung, auch wenn sie kein notwendiges Element ist, um deren wettbewerbswidrigen Charakter festzustellen, gleichwohl berücksichtigt werden darf [61].

64. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens meinen jedoch, nach dem Urteil Generics (UK) müsse die „feste Entschlossenheit", in den betreffenden Markt einzutreten, künftig eine der Voraussetzungen für die Feststellung eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses sein.

65. Aus den bereits in den Nrn. 53 bis 55 dieser Schlussanträge dargelegten Gründe bin ich nicht der Ansicht, dass der Gerichtshof eine solche Voraussetzung aufstellen oder zumindest das Kriterium der Markteintrittsabsicht anpassen und verschärfen wollte. Vielmehr hing die Bedeutung, die der Absicht der Parteien beigemessen wurde, meines Erachtens strikt mit den faktischen Besonderheiten der betreffenden Fälle zusammen [62]. Im Urteil Generics (UK) wurde nämlich die „Bereitschaft" eines Herstellers von Originalpräparaten, Werte auf einen Generikahersteller als Gegenleistung für die Verschiebung seines Markteintritts mit einem gemeinfreien Wirkstoff zu übertragen, obwohl er dem Generikahersteller eine Verletzung seiner

55 Siehe Nr. 48 der vorliegenden Schlussanträge.

56 Vgl. Urteil Toshiba des Gerichts, Rn. 93.

57 Vgl. in diesem Sinne Urteil E.ON Ruhrgas, Rn. 106.

58 Angesichts der sehr faktenbezogenen Vorlagefragen weise ich darauf hin, dass sich die Rolle des Gerichtshofs im Rahmen des Verfahrens nach Art. 267 AEUV auf die Auslegung von Bestimmungen des Unionsrechts beschränkt. Folglich ist es nicht Sache des Gerichtshofs, sondern des vorlegenden Gerichts, abschließend zu beurteilen, ob die fragliche Vereinbarung unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens und seines wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs Wettbewerbsbeschränkungen bezweckt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. November 2021, Visma Enterprise, C-306/20, EU:C:2021:935, Rn. 51 und 52).

59 Vgl. Urteile Visa Europe, Rn. 168, E.ON Ruhrgas, Rn. 87, Portugal Telecom, Rn. 186, und Servier des Gerichts, Rn. 318.

60 Vgl. Urteile vom 29. Juni 2012, GDF Suez/Kommission (T-370/09, EU:T:2012:333, Rn. 84), Visa Europe, Rn. 169, und Lundbeck des Gerichts, Rn. 102.

61 Vgl. Urteil vom 2. April 2020, Budapest Bank u. a. (C-228/18, EU:C:2020:265, Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung).

62 Vgl. Urteil Generics (UK), Rn. 55.

Verfahrenspatente vorwarf, als ein *starkes Indiz* für die Existenz von Wettbewerb gewertet, das die eigene Fähigkeit des Generikaherstellers zum Eintritt in den betreffenden Markt untermauerte. Dies wurde im Urteil Lundbeck [63] und dem Urteil Servier des Gerichts [64] bestätigt.

66. Folglich kann in Situationen, in denen Unternehmen nicht auf denselben Produktmärkten tätig sind, ein faktisches Element, das die Markteintrittsabsicht deutlich macht, zwar die Fähigkeit zu einem solchen Eintritt untermauern. Es hat jedoch nur ergänzenden Charakter und ist für den Nachweis eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses nicht zwingend erforderlich.

2) Zur Bedeutung der Maßnahmen zur Vorbereitung eines Zugangs zu dem relevanten Markt (vierte und sechste Frage)

67. Was zweitens die Bedeutung von Vorbereitungsmaßnahmen, die einen kurzfristigen Zugang zu einem Markt erlauben, betrifft, so wurde dieser Aspekt zwar im Urteil Generics (UK) geprüft [65]. Aus den vorstehend dargelegten Gründen kann er meines Erachtens aber keine unabdingbare Voraussetzung für den Nachweis potenziellen Wettbewerbs darstellen.

68. Soweit das Urteil Generics (UK) Vorbereitungsmaßnahmen erwähnt, ist dies auf die Besonderheiten des Arzneimittelsektors zurückzuführen, insbesondere darauf, dass der Marktzugang für ein Arzneimittel, das einen gemeinfreien Wirkstoff enthält, speziellen regulatorischen und rechtlichen Beschränkungen unterliegt. Außerdem hat der Gerichtshof dargelegt, dass sich anhand dieser Maßnahmen insbesondere feststellen lässt, ob ein Generikahersteller aus *eigener Kraft* in der Lage ist, in diesen Markt einzutreten [66].

69. Der Aspekt der Vorbereitungsmaßnahmen kann daher kein eigenständiges Kriterium für den Nachweis eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses sein; er ist zusammen mit dem Aspekt der *Markteintrittsfähigkeit* zu prüfen. Seine Relevanz wird also vom spezifischen Kontext des Marktes abhängen, wobei er von begrenzter Relevanz ist, wenn der betreffende Markt bestreitbar ist.

70. Es ist somit Sache des vorlegenden Gerichts, die Erheblichkeit eines solchen Beweises zu beurteilen und dabei zu berücksichtigen, ob für den Eintritt eines Unternehmens in den Stromversorgungsmarkt regulatorische Beschränkungen oder Zwänge, wie sie typisch für die Öffnung des Strommarktes waren, bestanden und wie lange es dauerte, bis etwaige Genehmigungen erteilt waren, die zur Stromlieferung berechtigten. Eine solche Beurteilung wäre Teil der umfassenderen Beurteilung der *Fähigkeit* eines Unternehmens, den Markt so schnell zu erschließen, dass dadurch ein Wettbewerbsdruck ausgeübt wird. Im vorliegenden Fall umfasst der entsprechende Zeitraum zwei Jahre nach Abschluss der in Rede stehenden Vereinbarung (eine Zeitspanne, die der Dauer der Wettbewerbsabrede entspricht) [67]. In dieser Hinsicht scheint

63 Urteil Lundbeck, Rn. 56, 57 und 117.

64 Urteil Servier des Gerichts, Rn. 382.

65 Urteil Generics (UK), Rn. 43.

66 Urteil Generics (UK), Rn. 41 und 44. Zu den regulatorischen und rechtlichen Beschränkungen zählten i) die Sicherstellung der für das Inverkehrbringen des Generikums erforderlichen Genehmigungen (die Erteilung einer Zulassung durch die zuständige nationale Behörde); ii) die Gewährleistung eines ausreichenden Lagerbestands; iii) gerichtliche Schritte zur Anfechtung von Verfahrenspatenten eines Herstellers des Originalpräparats. Für eine Darstellung der Maßnahmen, die getroffen werden müssen, um auf diesem Markt Fuß zu fassen, vgl. auch Urteil Servier des Gerichts, Rn. 337.

67 Vgl. entsprechend Urteil Servier des Gerichts, Rn. 333 bis 336.

es anders als im Arzneimittelsektor keine administrativen Beschränkungen gegeben zu haben, die einen neuen Akteur daran hätten hindern können, in den Stromversorgungsmarkt während der letzten Phase seiner Liberalisierung einzutreten [68].

3) Zur Bedeutung der Wahrnehmung des auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmens (neunte Frage)

71. Was drittens die Wahrnehmung des auf dem betreffenden Markt tätigen Unternehmens betrifft, so konnte der Gerichtshof im Urteil Generics (UK) eine solche Wahrnehmung seitens des Herstellers von Originalpräparaten deshalb annehmen, weil dieser erhebliche Werte auf einen Generikahersteller übertragen hatte, was darauf hindeutete, dass von dem Generikahersteller eine Gefahr für seine geschäftlichen Interessen ausging [69]. Wie die anderen tatsächlichen Gegebenheiten wurde auch dieser Aspekt wegen der Besonderheiten des relevanten Marktes als bedeutsam angesehen, so dass er keine Beweisanforderung für den Nachweis eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses darstellen kann.

72. Im vorliegenden Fall geht aus den Akten nicht eindeutig hervor, ob sich das TCRS auf Beweise für eine (etwaige) Wahrnehmung gestützt hat, denn das vorlegende Gericht führt aus, das TCRS habe bei seiner erstinstanzlichen Entscheidung berücksichtigt, dass die „betroffenen Parteien sich *gegenseitig und wechselseitig als potenzielle Wettbewerber betrachteten*“ [70], ohne jedoch anzugeben, welche Art von Beweisen ihm vorlagen. Falls es keine derartigen Beweise gibt, stellt sich die Frage, ob die bloße Existenz einer Wettbewerbsabrede insbesondere im Kontext eines liberalisierten Marktes auf eine solche Wahrnehmung hindeuten könnte.

73. Insoweit geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor, dass der Abschluss einer Vereinbarung zwischen Unternehmen, durch die eines der Unternehmen von einem bestimmten Markt ferngehalten werden soll, ein „starkes Indiz“ für das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses darstellt [71]. Diese Feststellung erscheint mir folgerichtig. Wenn sich die Parteien, die ein Wettbewerbsverbot vereinbaren, nicht als potenzielle Wettbewerber wahrnähmen, hätten sie eigentlich [72] keinen Grund zum Abschluss einer solchen Vereinbarung. Diese Vereinbarung ist nur sinnvoll, wenn es einen zu beschränkenden Wettbewerb gibt; ihr Abschluss stellt ein Eingeständnis der Parteien dar, dass sie zumindest potenzielle Wettbewerber sind [73].

74. Wie bei den anderen erwähnten Umständen stellt jedoch allein die Existenz der Wettbewerbsabrede zwar zumindest ein *starkes Indiz* für das Bestehen eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses dar, doch muss ein solches Verhältnis durch andere Umstände, die sich auf die Gegebenheiten des Marktes beziehen, untermauert werden. Es ist daher Sache des vorlegenden Gerichts, anhand der zur Rechtfertigung der Wettbewerbsabrede angeführten Gründe zu prüfen, ob diese Wahrnehmung das Bestehen eines solchen potenziellen Wettbewerbs bestätigt.

68 Siehe dazu Nrn. 13 und 85 der vorliegenden Schlussanträge. Vgl. auch Urteil E.ON Ruhrgas, in dem das Gericht bei der Prüfung der tatsächlichen und konkreten Möglichkeiten für einen Eintritt in den Markt für die Versorgung mit Erdgas keine Vorbereitungsmaßnahmen erkannt hat.

69 Urteil Generics (UK), Rn. 56, 57 und 42, sowie Schlussanträge in der Rechtssache Generics (UK), Nrn. 60 und 86. Vgl. auch in diesem Sinne Urteil Lundbeck des Gerichts, Rn. 104.

70 Vgl. ursprüngliches Vorabentscheidungsersuchen, S. 244.

71 Vgl. in diesem Sinne Urteile Toshiba, Rn. 33 und 34, Portugal Telecom, Rn. 180, vom 28. Juni 2016, Telefónica/Kommission (T-216/13, im Folgenden: Urteil Telefónica, EU:T:2016:369, Rn. 218 und 227), sowie Lundbeck des Gerichts, Rn. 144.

72 Siehe aber Nr. 104 der vorliegenden Schlussanträge zu möglichen Rechtfertigungen von Wettbewerbsverboten.

73 Vgl. in diesem Sinne Urteil Portugal Telecom, Rn. 178 bis 180.

4) Zur Bedeutung der Tätigkeiten der Gesellschaften des Sonae-Konzerns auf sachlich und räumlich benachbarten Märkten (vierte und siebte Frage)

75. Was viertens die Bedeutung der Tätigkeiten der Gesellschaften des Sonae-Konzerns auf sachlich und räumlich benachbarten Märkten betrifft, so ist zwischen dem Joint Venture Sodesa und der Stromerzeugung durch die Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlage zu unterscheiden.

76. Zu dem Joint Venture Sodesa (*vierte Frage*) stellte das TCRS in dem angefochtenen Urteil fest, dass die Sonae-Gruppe aufgrund der Partnerschaft zwischen einem von Sonae Capital kontrollierten Unternehmen und Endesa, dem traditionellen Akteur auf dem spanischen Markt der Stromerzeugung und -versorgung, Know-how im Stromversorgungssektor erworben habe [74]. Dem TCRS zufolge hätte das gesammelte Know-how einen Eintritt in diesen Markt erleichtert und war daher für die Bewertung des potenziellen Wettbewerbs relevant. Auch die Auflösung dieser Partnerschaft mehr als drei Jahre vor Abschluss der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Partnerschaftsvereinbarung hindere nicht daran, MCH als potenziellen Wettbewerber einzustufen.

77. Insoweit bedeutet meines Erachtens erstens die Tatsache, dass Sodesa ihre Geschäftstätigkeit 2008, dreieinhalb Jahre vor der Unterzeichnung der Partnerschaftsvereinbarung, eingestellt hat, nicht, dass die AdC daran gehindert gewesen wäre, zum Nachweis potenziellen Wettbewerbs den Umstand zu berücksichtigen, dass der Sonae-Konzern Know-how auf dem relevanten Markt erworben haben und in relativ kurzer Zeit schon im Bereich der Stromversorgung in Portugal tätig geworden sein soll. Jeder Umstand, auch wenn er zeitlich vor dem Abschluss der Partnerschaftsvereinbarung liegt, kann für die Feststellung potenziellen Wettbewerbs relevant sein [75]. In diesem Sinne hätte ein solches Know-how tatsächlich von Vorteil sein können, um kurzfristig den Stromversorgungsmarkt zu erschließen, wodurch möglicherweise Wettbewerbsdruck für EDP Comercial entstand.

78. Soweit zweitens geltend gemacht wird, dass Sonae SGPS, die angeblich durch ihre Beteiligung (über eine ihrer Tochtergesellschaften) an Sodesa Know-how im Stromversorgungssektor erworben habe, weder Vertragspartei der Partnerschaftsvereinbarung gewesen noch in der Wettbewerbsabrede erwähnt sei, ist festzustellen: Unabhängig davon, ob Sonae SGPS und MCH wettbewerbsrechtlich als ein einziges Unternehmen anzusehen waren, spricht nichts dagegen, den Umstand, dass einige Gesellschaften des Sonae-Konzerns über Sodesa auf demselben Markt wie EDP Comercial tätig gewesen waren, als Teil des Sachzusammenhangs zu berücksichtigen. In diesem Sinne kann ein im Lebensmitteleinzelhandel tätiges Unternehmen, das einem auch im Stromsektor tätigen Konzern angehört, im Hinblick auf seinen potenziellen Markteintritt sicherlich größeren Druck ausüben als ein Unternehmen, das einem ausschließlich im Lebensmitteleinzelhandel tätigen Wirtschaftskonzerns angehört. Im Rahmen dieser Prüfung macht das Vorbringen von MCH zu den tatsächlichen Möglichkeiten einer konzerninternen Weitergabe von Know-how durch Sonae Capital insbesondere an MCH nach der Auflösung von Sodesa [76] jedoch eine Tatsachenwürdigung erforderlich, die zwar für den der Partnerschaft mit Endesa zukommenden Stellenwert entscheidend ist, aber in die alleinige Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts fällt.

74 Diese Partnerschaft habe die Form eines Joint Ventures, Sodesa, angenommen, an dem jedes der beteiligten Unternehmen 50 % gehalten habe und das Strom auf dem liberalisierten portugiesischen Markt habe liefern sollen. Die Beteiligung von Sonae Capital bestand von 2002 bis 2008, als Sodesa seine Tätigkeit einstellte.

75 Vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichts Lundbeck, Rn. 138, und Servier, Rn. 385.

76 MCH trägt vor, nach der Auflösung von Sodesa hätten die an dieser Partnerschaft beteiligten Beamten nicht mehr für den Sonae-Konzern gearbeitet.

79. In Bezug auf die Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlage (*siebte Frage*) geht aus den Akten hervor, dass eine der Gesellschaften des Sonae-Konzerns – die vom persönlichen Anwendungsbereich der Wettbewerbsabrede nicht erfasste Sonae Capital SGPS – ab September 2009 im Bereich der Stromerzeugung in Portugal tätig gewesen sein soll, und zwar u. a. durch den Erwerb aller Anteile an einem Unternehmen, das eine Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlage mit kombiniertem Zyklus auf der Basis von Erdgas-Turbinen in der Gegend von Paiã (Portugal) besitzt und betreibt.

80. Auf der Grundlage dieser Feststellungen lässt sich jedoch nicht beurteilen, welcher Beweiswert diesem Beweismaterial beizumessen ist. Da die Wettbewerbsabrede nicht für Sonae Capital galt und die streitige Entscheidung nicht an sie gerichtet war, ist es Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, was die Produktionstätigkeiten in einer Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlage mit der möglichen Erleichterung des Eintritts von MCH in den Stromversorgungsmarkt verbindet[77].

5) Zur Bedeutung der Partnerschaft mit GALP (sechste Frage)

81. Was fünftens die Bedeutung der Partnerschaft mit GALP betrifft, so stützt das TCRS in seinem Urteil die Annahme eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens außerdem darauf, dass MCH und GALP, ein auf dem Stromversorgungsmarkt in Portugal und auf dem Markt für den Vertrieb von Kraftstoff tätiges Unternehmen, seit 2004 eine Partnerschaft entwickelt und gemeinsamen Kunden Rabatte für den Kauf von Kraftstoff (an GALP-Stationen) und Verbrauchsgütern (in MCH-Geschäften) in Form von Gutscheinen oder Coupons gewährt hätten (im Folgenden: Gegenseitigkeitsprogramm).

82. Hierzu bin ich angesichts der vorstehenden Analyse der Ansicht, dass vor dem Hintergrund der laufenden Liberalisierung eines Marktes und angesichts der Stellung von GALP als direktem EDP-Wettbewerber der AdC gewiss nicht vorgeworfen werden kann, die Partnerschaft zwischen MCH und GALP analysiert zu haben, obwohl diese mehr als sieben Jahre vor der im Ausgangsverfahren streitigen Partnerschaftsvereinbarung geschlossen worden war, denn sie war zum Zeitpunkt dieser Vereinbarung immer noch in Kraft. Diese Partnerschaft dürfte jedoch unabhängig von ihrem Beweiswert MCH wohl keine unmittelbaren Vorteile verschafft haben, die ihr eine Erschließung des Stromversorgungsmarktes hätten erleichtern können, zumal das Gegenseitigkeitsprogramm nur den Einzelhandelsvertrieb von Kraftstoffen für Fahrzeuge betraf.

6) Zur Bedeutung der Tätigkeiten des Unternehmens auf dem vorgelagerten Markt der Stromerzeugung (fünfte und siebte Frage)

83. Was schließlich sechstens die Bedeutung der Tätigkeiten der Parteien auf dem Markt der Stromerzeugung betrifft, so sollen ausweislich des angefochtenen Urteils MCH und andere Gesellschaften im Besitz von Sonae Investimentos, die allesamt an die Wettbewerbsabrede gebunden waren, seit 2009 auf dem Markt der Stromerzeugung mittels Kleinst- und Kleinanlagen unter Verwendung von Solarmodulen auf den Dächern der von diesen Gesellschaften betriebenen Einzelhandelsgeschäfte tätig gewesen sein. Diese Präsenz auf dem vorgelagerten Markt der Stromerzeugung dürfte das TCRS zu der Feststellung veranlasst haben, dass MCH und EDP Comercial auf dem Stromversorgungsmarkt potenzielle Wettbewerber waren.

[77] Siehe dazu die Analyse in Nr. 85 der vorliegenden Schlussanträge.

84. Insofern ist zu beachten, dass es sich bei den Märkten der Stromerzeugung und der Versorgung von Endkunden mit Strom um unterschiedliche Märkte handelt. Wie die Kommission aber bemerkt, sind auf der vor- (oder nach-)gelagerten Ebene der Produktionskette tätige Unternehmen häufig potenzielle Anbieter, die gut aufgestellt sind, um in einen neuen Markt, auch zwar auch im Strom- und Gassektor, einzutreten, insbesondere im Fall einer vertikalen Integration zwischen diesen Märkten. Es kann der AdC also nicht vorgeworfen werden, auch diesen Umstand berücksichtigt zu haben.

85. Die Frage, welche Bedeutung dem Umstand beizumessen ist, dass MCH Strom mittels Anlagen auf den Dächern ihrer Geschäftsgebäude im Rahmen einer Sonderregelung erzeugt, wonach der erzeugte Strom zu regulierten Preisen an den Endversorger geliefert wird, macht eine reine Tatsachenwürdigung erforderlich, zu der sich der Gerichtshof nicht äußern darf. Es ist somit Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob solche Anlagen MCH tatsächliche und konkrete Vorteile für eine etwaige Erschließung des Stromversorgungsmarktes hätten verschaffen können. Allerdings erscheint mir ein solcher Umstand für sich allein kaum geeignet, MCH oder andere von Sonae Investimentos kontrollierte Unternehmen zu Akteuren zu machen, die auf dem nachgelagerten Markt der Stromversorgung besonders gut aufgestellt wären, da es zum einen keine rechtlichen, technischen und wirtschaftlichen Wechselbeziehungen zwischen der Stromerzeugung im Rahmen der vorerwähnten Sonderregelung und der Stromversorgung gibt und zum anderen die Menge an erzeugtem Strom sehr begrenzt ist, denn diese Erzeugung ist in erster Linie auf die Nutzung eines vorhandenen Wirtschaftsguts und nicht auf die Erzielung von Gewinnen gerichtet.

2. Zur rechtlichen Einordnung der Partnerschaftsvereinbarung als „vertikale Vereinbarung“

86. Mit seiner elften Vorabentscheidungsfrage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob eine Partnerschaftsvereinbarung, wie sie Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, unter den Begriff des „Handelsvertretervertrags“ oder zumindest unter den Begriff der „vertikalen Vereinbarung“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 330/2010 fällt.

87. Die Zweifel des vorlegenden Gerichts gehen im Wesentlichen auf eines der Argumente der Klägerinnen des Ausgangsverfahrens zurück, wonach gemäß der in diesem Verfahren fraglichen Partnerschaftsvereinbarung ihr jeweiliges Vertriebsnetz, Vertriebspersonal und Know-how zur Verfügung gestellt werden solle, um Kunden und Geschäfte der jeweils anderen Partei anzulocken, zu gewinnen und zu entwickeln, was unter den Begriff der „vertikalen Vereinbarung“ und speziell des „Handelsvertretervertrags“ falle. Diese rechtlichen Einordnungen seien für die Beurteilung der Wettbewerbsabrede insofern relevant, als das Geschäftsrisiko und der Schutz der von den Parteien getätigten Investitionen dazu dienen könnten, den Kontext dieser Abrede zu beleuchten und ihre Verwendung zu rechtfertigen [78].

88. Bevor ich prüfe, ob die im Ausgangsverfahren streitige Vereinbarung als „Handelsvertretervertrag“ (Abschnitt b) oder zumindest als „vertikale Vereinbarung“ (Abschnitt c) eingestuft werden kann, halte ich es für angebracht, kurz darzulegen, in welchem Rahmen Art. 101 AEUV auf vertikale Vereinbarungen Anwendung findet (Abschnitt a).

[78] Solche Klauseln seien u. a. in Art. 7 Abs. 2 und Art. 20 der Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter (ABl. 1986, L 382, S. 17) vorgesehen.

a) Zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf vertikale Vereinbarungen

89. Art. 101 AEUV findet auf vertikale Vereinbarungen Anwendung, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und die den Wettbewerb verfälschen (im Folgenden: „vertikale Beschränkungen"). Die Bestimmung liefert somit einen Rechtsrahmen für die Würdigung vertikaler Beschränkungen unter Berücksichtigung der Unterscheidung zwischen wettbewerbswidrigen und wettbewerbsfördernden Auswirkungen. Während Art. 101 Abs. 1 AEUV Vereinbarungen verbietet, die den Wettbewerb spürbar einschränken, sieht Art. 101 Abs. 3 AEUV vor, Vereinbarungen von diesem Verbot freizustellen, bei denen die positiven Auswirkungen die wettbewerbswidrigen überwiegen [79].

90. Im Rahmen der Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV hat die Kommission durch Verordnung Gruppen vertikaler Vereinbarungen definiert, die nach ihrer Ansicht in der Regel die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllen, wie u. a. vertikale Vereinbarungen über den Bezug oder Verkauf von Waren oder Dienstleistungen, die zwischen nicht miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen geschlossen werden [80]. Hierzu gehören bestimmte Arten vertikaler Vereinbarungen, die geeignet erscheinen, die wirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette insbesondere durch die Verringerung der Transaktions- und Vertriebskosten zu erhöhen [81]. Die Wahrscheinlichkeit, dass derartige effizienzsteigernde Auswirkungen stärker ins Gewicht fallen als etwaige wettbewerbswidrige Auswirkungen, hängt namentlich von der Marktmacht der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen und somit davon ab, in welchem Maß diese Unternehmen dem Wettbewerb anderer Anbieter ausgesetzt sind [82]. Deshalb begründet die Freistellungsverordnung folgende Vermutung: Solange der Anteil am relevanten Markt, der auf jedes an der Vereinbarung beteiligte Unternehmen entfällt, jeweils 30 % nicht überschreitet, kann davon ausgegangen werden, dass vertikale Vereinbarungen, in denen bestimmte Arten schwerwiegender Wettbewerbsbeschränkungen nicht enthalten sind, im Allgemeinen zu einer Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs und zu einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an dem daraus entstehenden Gewinn führen.

b) Zur Einordnung als „Handelsvertretervertrag"

91. Ein „Handelsvertretervertrag" ist eine Sonderform der vertikalen Vereinbarung, die in der Regel nicht unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt [83]. Er wird definiert als Vertrag zwischen einem Unternehmen (dem Auftraggeber) und einem Vertreter, d. h. „eine[r] juristische[n] oder natürliche[n] Person, die mit der Vollmacht ausgestattet ist, im Auftrag [des Auftraggebers] entweder im eigenen Namen oder im Namen des Auftraggebers Verträge auszuhandeln und/oder zu schließen, die Folgendes zum Gegenstand haben: den Ankauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Auftraggeber, oder den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen des Auftraggebers" [84]. Für die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV gilt eine Vereinbarung als „Handelsvertretervertrag", wenn der Handelsvertreter bezüglich der Verträge, die er im Namen des Auftraggebers schließt und/oder aushandelt, keine oder nur unbedeutende Risiken trägt [85]. Bei solchen Verträgen sind die Ankaufs- und die Verkaufsfunktionen des

79 Vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rn. 5 bis 7.

80 Vgl. Verordnung Nr. 330/2010, Erwägungsgründe 3 bis 5.

81 Vgl. Verordnung Nr. 330/2010, sechster Erwägungsgrund.

82 Vgl. Verordnung Nr. 330/2010, siebter Erwägungsgrund.

83 Vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rn. 12 bis 21.

84 Vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rn. 12.

85 Vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rn. 15 und 18

Vertreters Teil der Tätigkeiten des Auftraggebers, der die geschäftlichen und finanziellen Risiken trägt, weshalb sämtliche dem Vertreter auferlegten Verpflichtungen bezüglich der im Namen des Auftraggebers geschlossenen Verträge nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen [86].

92. Im vorliegenden Fall argumentieren die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, die Partnerschaftsvereinbarung hätte als „zwei sich kreuzende Handelsvertreterverträge“ oder als „doppelseitiger Handelsvertretervertrag“ qualifiziert werden müssen, da jede Vertragspartei die Umsätze der jeweils anderen Vertragspartei fördere [87].

93. Ich kann mich dieser Einschätzung nicht anschließen.

94. Zunächst steht zwar fest, dass Klausel 2.1 der Partnerschaftsvereinbarung den Vertrieb von Strom durch EDP Comercial und den Einzelhandelsvertrieb durch MCH fördern sollte [88]; aus dem Inhalt dieser Vereinbarung geht jedoch nicht hervor, dass die Vertragsparteien beabsichtigt hätten, die Produkte der jeweils anderen Partei als unabhängige Vertriebshändler weiterzuverkaufen, und somit verpflichtet gewesen wären, die Verträge als Vertreter im Namen der anderen Partei auszuhandeln oder zu schließen [89].

95. Sodann kommt es ausweislich der Leitlinien für vertikale Vereinbarungen bei der Definition eines Handelsvertretervertrags im Hinblick auf die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV entscheidend auf das geschäftliche oder finanzielle Risiko an, das der Handelsvertreter im Zusammenhang mit den Tätigkeiten trägt, für die er vom Auftraggeber bestellt wurde [90]. Aus der Vorlageentscheidung geht aber hervor, dass zwar die Kosten der Partnerschaft (für die Preisnachlässe sowie für Werbung, Marketing und Kommunikation) zu gleichen Teilen von den Parteien der Partnerschaftsvereinbarung getragen wurden, nicht jedoch die Summe der Preisnachlässe [91].

96. Selbst wenn die Kosten der Partnerschaft die „Gegenleistung“ für Handelsvertreterdienste gewesen sein sollten, ist schließlich festzustellen, dass die Parteien offenbar eine Werbekampagne durchgeführt haben, die sich jeweils auf ihre eigenen Produkte, nicht aber auf die einzelnen Produkte aller Parteien bezog. Aus dem Text der Partnerschaftsvereinbarung ergibt sich nämlich eindeutig, dass MCH von der Förderung der Stromversorgungsverträge mit EDP Comercial nicht profitieren würde, wenn die MCH-Kunden nicht gleichzeitig dem MCH-Treueprogramm beitraten. Ebenso würde EDP Comercial die Kunden nicht davon überzeugen, am MCH-Treueprogramm teilzunehmen, wenn sie nicht gleichzeitig einen Vertrag zur Stromversorgung abschlossen. Daher können die Maßnahmen jedes der beiden Unternehmen nicht als eigenständige Maßnahmen zur Förderung der Produkte des jeweils anderen Unternehmens gewertet werden.

86 Vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rn. 18. Derartige mit einem Handelsvertretervertrag untrennbar verbundene Verpflichtungen, welche geeignet sind, die Geschäftsstrategie des Auftraggebers festzulegen, sind solche, die Beschränkungen hinsichtlich des Gebiets oder der Kunden, in dem bzw. an die der Vertreter Waren oder Dienstleistungen des Auftraggebers verkaufen darf, sowie hinsichtlich der Preise und Bedingungen, zu denen er dies tun darf, auferlegen.

87 Konkret machen sie geltend, diese Vereinbarung enthalte alle Elemente, die einen Handelsvertretervertrag ausmachten, namentlich i) die gegenseitige Verpflichtung, Verträge für fremde Rechnung zu fördern; ii) ihre Eigenständigkeit; iii) die Entgeltlichkeit der Partnerschaftsvereinbarung, die der Vergütung für den Handelsvertreter, bestehend aus der für die andere Partei verbindlichen Gegenleistung, entsprochen habe.

88 Siehe Nr. 7 der vorliegenden Schlussanträge.

89 Obwohl die Bezeichnung einer Vereinbarung für die Bestimmung ihrer Rechtsnatur nicht entscheidend ist, bleibt doch zu beachten, dass die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens ihre Vereinbarung nicht „Handelsvertretervertrag“ oder „Vertriebsvertrag“, sondern „Partnerschaftsvereinbarung“ genannt haben.

90 Siehe Nr. 91 der vorliegenden Schlussanträge.

91 Siehe Nr. 11 der vorliegenden Schlussanträge.

c) Zur Einordnung als „vertikale Vereinbarung“

97. Was die Einordnung der Partnerschaftsvereinbarung als „vertikale Vereinbarung“ als Voraussetzung für die Anwendung einer Gruppenfreistellung betrifft, so wird eine „vertikale Vereinbarung“ in Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 330/2010 definiert als „eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise, die zwischen zwei oder mehr Unternehmen, von denen jedes *für die Zwecke der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise* auf einer anderen Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig ist, geschlossen wird und die die Bedingungen betrifft, zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen“ [92]. Bei der Beurteilung, ob eine Vereinbarung vertikaler Natur ist, kommt es also auf „die Zwecke der Vereinbarung“ an. Somit kann eine vertikale Vereinbarung auch unter Mitbewerbern geschlossen werden, wenn diese für die Zwecke der Vereinbarung auf verschiedenen Ebenen der Produktions-/Vertriebskette tätig sind. Die Prüfung, ob die Partnerschaftsvereinbarung eine vertikale Vereinbarung darstellt, hat daher unabhängig von dem festgestellten potenziellen Wettbewerb zu erfolgen.

98. Im vorliegenden Fall möchte ich ungeachtet der nachfolgenden Analyse zunächst betonen, dass die rechtliche Einordnung der Partnerschaftsvereinbarung als „vertikale Vereinbarung“ in ihrer Bedeutung relativiert werden muss, da die Wettbewerbswidrigkeit des Wettbewerbsverbots separat, insbesondere als etwaige Nebenabrede, zu beurteilen ist [93]. Problematisch ist im Ausgangsfall nämlich nicht die Partnerschaftsvereinbarung als solche, sondern vielmehr das Wettbewerbsverbot [94]. Ich bezweifle deshalb, dass es für die Prüfung der Wettbewerbswidrigkeit dieses Verbots überhaupt eine Rolle spielt, ob die Partnerschaftsvereinbarung als „vertikale Vereinbarung“ qualifiziert werden kann.

99. Nach diesen Bemerkungen stelle ich fest, dass aus den bereits in den Nrn. 94 bis 96 dieser Schlussanträge genannten Gründen das Hauptziel der Partnerschaft offensichtlich darin bestand, den Absatz der Produkte beider Parteien zu steigern, nicht aber darin, dass Letztere als unabhängige Vertriebshändler für die Produkte der jeweils anderen Partei auftraten. So führten die Parteien eine gemeinsame Werbekampagne durch, die sich jeweils auf ihre eigenen Produkte, nicht aber auf die einzelnen Produkte aller Parteien bezog. Vorbehaltlich der Würdigung durch das vorlegende Gericht deutet der von ihm unterbreitete Sachverhalt darauf hin, dass diese Vereinbarung Ähnlichkeiten mit einer „Vermarktungsvereinbarung“ im Sinne der Leitlinien zu Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit [95] aufweist und zur Durchführung einer gemeinsamen Marketingkampagne für die jeweiligen Produkte der Parteien geschlossen wurde. Es ist jedoch Sache des vorlegenden Gerichts, aufgrund einer etwaigen Abgrenzung der relevanten Märkte zu bestimmen, ob eine solche Vereinbarung eine Zusammenarbeit im Bereich des Verkaufs beinhaltet und die Parteien für die Zwecke der Partnerschaftsvereinbarung auf derselben Wirtschaftsstufe tätig sind.

92 Diese Definition wurde in Art. 1 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 [AEUV] auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. 2022, L 134, S. 4) beibehalten, die am 1. Juni 2022 in Kraft getreten ist und die Verordnung Nr. 330/2010 ersetzt hat. Vgl. auch Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rn. 24 bis 26.

93 Diese Problematik wird in Abschnitt III.B.3 dieser Schlussanträge erörtert.

94 Im Übrigen schließt die Tatsache, dass eine Vereinbarung eine vertikale Vereinbarung ist, nicht die Möglichkeit aus, dass diese eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung enthält. Zwar sind vertikale Vereinbarungen ihrer Natur nach oft weniger schädlich für den Wettbewerb als horizontale Vereinbarungen; sie können aber unter bestimmten Umständen auch ein besonders großes wettbewerbsbeschränkendes Potenzial haben (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 14. März 2013, Allianz Hungária Biztosító u. a. [C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 43] und vom 26. November 2015, Maxima Latvija [C-345/14, EU:C:2015:784, Rn. 21]).

95 Vgl. Leitlinien zu Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Ziff. 225 bis 228.

3. Zum Wettbewerbsverbot als etwaiger Nebenabrede

100. Mit seiner zehnten Vorabentscheidungsfrage möchte das vorlegende Gericht im Kern wissen, ob ein Wettbewerbsverbot, wie es in der im Ausgangsverfahren streitigen Partnerschaftsvereinbarung enthalten ist, insbesondere im Hinblick auf seinen zeitlichen, räumlichen und persönlichen Anwendungsbereich als eine Nebenabrede zur Hauptmaßnahme dieser Vereinbarung angesehen werden kann [96].

a) Zum Prüfungsrahmen für „Nebenabreden" zu kommerziellen Vereinbarungen

101. Unter einer „Nebenabrede" ist jede Wettbewerbsbeschränkung zu verstehen, die mit der Durchführung einer selbst nicht wettbewerbswidrigen Hauptmaßnahme *unmittelbar verbunden* und *für diese notwendig ist* [97]. Die Doktrin von den Nebenabreden – ursprünglich im Rahmen rein kommerzieller Vereinbarungen entwickelt, aber auf den regulatorischen Bereich ausgedehnt [98] – erlaubt es somit, die Auswirkungen bestimmter Beschränkungen zu beurteilen, bevor Art. 101 AEUV zur Anwendung kommt.

102. Genauer gesagt fällt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs 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 [99].

103. Wenn also eine solche Beschränkung nicht von der Hauptmaßnahme oder Haupttätigkeit unterschieden werden kann, ohne deren Bestehen oder Ziele zu gefährden, muss die Vereinbarkeit dieser Beschränkung mit Art. 101 AEUV zusammen mit der Vereinbarkeit der Hauptmaßnahme oder Haupttätigkeit, zu der sie eine Nebenabrede bildet, untersucht werden, und dies auch dann, wenn die Beschränkung als solche auf den ersten Blick unter das grundsätzliche Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu fallen scheint [100].

104. Was schließlich Wettbewerbsverbote angeht, so sind der Entscheidungspraxis zum Wettbewerbsrecht völlig legitime Gründe dafür zu entnehmen, dass solche in Fusionsvereinbarungen sowie in horizontalen und in vertikalen Vereinbarungen vorgesehenen

96 Vgl. jeweils den i) ersten, ii) zweiten sowie iii) dritten und vierten Gedankenstrich der zehnten Vorlagefrage.

97 Vgl. Urteil vom 18. September 2001, M6 u. a./Kommission (T-112/99, EU:T:2001:215, Rn. 104 bis 106). Vgl. auch Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (2005/C 56/03) (ABl. 2005, C 56, S. 24, Nr. 12).

98 Vgl. Urteile vom 25. Oktober 1977, Metro SB-Großmärkte/Kommission (26/76, EU:C:1977:167), und vom 28. Januar 1986, Pronuptia de Paris (161/84, EU:C:1986:41). Zur Anwendung im regulatorischen Bereich vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2022:993, Nrn. 85 bis 124).

99 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission (C-382/12 P, im Folgenden: Urteil MasterCard, EU:C:2014:2201, Rn. 89 und die dort angeführte Rechtsprechung), und Hoffmann-La Roche, Rn. 69.

100 Vgl. in diesem Sinne Urteile MasterCard, Rn. 90, und Hoffmann-La Roche, Rn. 70. Bei der Prüfung, ob eine Wettbewerbsbeschränkung dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV entgehen kann, weil sie eine Nebenabrede zu einer Hauptmaßnahme bildet, die keinen wettbewerbswidrigen Charakter hat, muss ermittelt werden, ob die Durchführung dieser Maßnahme *ohne die fragliche Beschränkung unmöglich wäre*. Der Umstand, dass die Maßnahme ohne die Beschränkung nur schwerer durchführbar oder weniger rentabel wäre, verleiht dieser Beschränkung nicht den für ihre Qualifizierung als Nebenabrede erforderlichen Charakter einer „objektiv notwendigen" Beschränkung. Eine solche Auslegung würde nämlich darauf hinauslaufen, diesen Begriff auf Beschränkungen auszudehnen, die für die Durchführung der Hauptmaßnahme nicht strikt unerlässlich sind. Dieses Ergebnis würde die praktische Wirksamkeit des in Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgesprochenen Verbots beeinträchtigen (vgl. in diesem Sinne Urteile MasterCard, Rn. 91, und Hoffmann-La Roche, Rn. 71).

Verbote nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen, vor allem wenn sie sich als wesentlich erweisen, um die Parteien vor einem mit der betreffenden Vereinbarung verbundenen Risiko zu schützen oder um die Anreize beider Parteien zur Erzielung eines bestimmten Ergebnisses anzupassen.

105. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob das im Ausgangsverfahren streitige Wettbewerbsverbot als „Nebenabrede" zu der Maßnahme der Partnerschaftsvereinbarung eingestuft werden kann und somit nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt.

b) Zur Anwendung im vorliegenden Fall

106. Aus dem Vorabentscheidungsersuchen geht hervor, dass die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens geltend machen, im Rahmen der hier fraglichen Partnerschaftsvereinbarung habe das Wettbewerbsverbot die Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Daten schützen sollen, die zur Durchführung des „EDP-Continente-Programms" ausgetauscht worden seien. Ein solches Verbot sei somit nur eine Nebenabrede zu dieser Vereinbarung. Die Klauseln der Partnerschaftsvereinbarung zur Vertraulichkeit (Klausel 16), zum Schutz des geistigen Eigentums (Klausel 11) und zum Schutz personenbezogener Daten (Klausel 9) hätten nämlich nicht ausgereicht, um das im Rahmen ihrer Zusammenarbeit gemeinsam genutzte Investitionsvolumen und Know-how zu schützen. Auch sei das Wettbewerbsverbot in seinem Geltungsbereich hinreichend begrenzt gewesen, da es nicht über die von der Partnerschaft erfassten Geschäftsbereiche und die Gesellschaften mit Zugang zu wirtschaftlich sensiblen Informationen hinausgegangen sei. Schließlich habe der Informationsfluss noch eine Weile nach dem Ende der Partnerschaft fortbestanden, so dass das Wettbewerbsverbot habe verlängert werden dürfen.

107. Aus den folgenden Gründen und in Anbetracht der Vorgaben aus der in den Nrn. 102 bis 104 dieser Schlussanträge wiedergegebenen Rechtsprechung bin ich der Auffassung, dass die dem Gerichtshof übermittelten Akten zwar nichts enthalten, was die wettbewerbsfördernde oder zumindest wettbewerbsneutrale Natur der Partnerschaftsvereinbarung zwischen MCH und EDP Comercial in Frage stellen könnte, dass sich aber auch nicht feststellen lässt, dass ein Wettbewerbsverbot für die Durchführung dieser Vereinbarung *objektiv notwendig* gewesen wäre und *zu den damit verfolgten Zielen in einem angemessenen Verhältnis* gestanden hätte.

108. Was zum einen die *objektive Notwendigkeit des Verbots* angeht, so erkenne ich zwar an, dass im Schutz wirtschaftlich sensibler Daten ein legitimes Ziel im Rahmen einer Partnerschaftsvereinbarung gesehen werden kann, das geeignete Maßnahmen zur Beschränkung des Verhaltens der Vertragsparteien erfordert; ein Wettbewerbsverbot wie das im Ausgangsverfahren fragliche kann aber meines Erachtens nicht als für die Erreichung dieses Ziel *strikt unerlässlich* betrachtet werden.

109. Erstens verfolgten die Parteien der Partnerschaftsvereinbarung zwar das erklärte Ziel, sich gegenseitig daran zu hindern, sensible Geschäftsdaten zum jeweils eigenen Vorteil durch die Aufnahme einer Konkurrenztätigkeit zu nutzen, und insbesondere MCH davon abzuhalten, in den Markt für die Versorgung mit Niederspannungsstrom oder Gas an Verbraucher einzutreten. Die gewählte vertragliche Lösung besteht jedoch darin, dass die Möglichkeit unterbunden wird, diese Geschäftstätigkeit auszuüben. Diese Lösung erscheint mir im Hinblick auf das verfolgte Ziel unverhältnismäßig, da das Wettbewerbsverbot, um zu verhindern, dass aufgrund der Verwendung der Daten einer der Parteien unlauterer Wettbewerb entstehen könnte, sogar die Möglichkeit einer solchen Konkurrenztätigkeit vollständig unterbindet. Diese offensichtliche Diskrepanz zwischen dem verfolgten Ziel und der gewählten vertraglichen Lösung dürfte für sich

allein für die Feststellung ausreichen, dass das Wettbewerbsverbot unverhältnismäßig ist, zumal das MCH auferlegte vertragliche Verbot, in den Stromversorgungsmarkt einzutreten, in die kritische Phase der Liberalisierung des Marktes für die Versorgung mit Niederspannungsstrom fiel.

110. Ich meine zweitens – und als Folgerung aus der vorangehenden Analyse –, dass weniger restriktive Lösungen hätten gewählt werden können, um die Verbreitung wirtschaftlich sensibler Daten zu schützen. Beispielsweise wäre die Einführung eines Informationsbarriere-Systems („Chinese Wall") in Verbindung mit den bereits bestehenden Klauseln zur Vertraulichkeit, zum Schutz des geistigen Eigentums und zum Datenschutz angemessen und ebenso wirksam gewesen, um diese Daten zu schützen.

111. Zum anderen bin ich der Ansicht, dass man, selbst wenn das Wettbewerbsverbot für die Verwirklichung der Partnerschaft objektiv notwendig gewesen sein sollte, nicht davon ausgehen kann, dass die Umsetzung des Verbots *zu den* mit der Partnerschaftsvereinbarung verfolgten *Zielen in einem angemessenen Verhältnis* gestanden hat.

112. Was erstens den persönlichen Anwendungsbereich des Wettbewerbsverbots anbelangt, betrifft die Partnerschaftsvereinbarung nämlich die Lieferung von Niederspannungsstrom an Verbraucher, während das Wettbewerbsverbot für die gesamte Stromlieferung auf allen Spannungsebenen, einschließlich der Lieferung von Strom in Mittel- und Hochspannung an Industriekunden, sowie für die Lieferung von Gas gilt.

113. Soweit zweitens die zeitliche Geltung des Wettbewerbsverbots mit dem Zeitraum zusammenfällt, während dessen die Parteien der im Ausgangsverfahren streitigen Partnerschaftsvereinbarung nicht befugt waren, Geschäftsgeheimnisse oder Know-how zu nutzen, das sie während der Partnerschaft erworben hatten, bezogen sich – selbst wenn dies erwiesen sein sollte[101] – ausweislich des Sachverhalts der Rechtssache die zuletzt an die Verbraucher ausgegebenen Rabattgutscheine offenbar auf deren Verbrauch bis zum 31. Dezember 2012, weshalb eine Wettbewerbsbeschränkung zum Schutz wirtschaftlich sensibler Daten bis zum 31. Dezember 2013 auf den ersten Blick unverhältnismäßig erscheint.

4. Zur Einordnung der Wettbewerbsabrede als „bezweckte" Wettbewerbsbeschränkung

114. Mit seiner ersten und seiner achten Vorabentscheidungsfrage, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht im Kern wissen, ob eine Wettbewerbsabrede, die im Rahmen einer Partnerschaftsvereinbarung darin besteht, namentlich dem an dieser Vereinbarung beteiligten Lebensmitteleinzelhändler den Eintritt in den Stromversorgungsmarkt zu verbieten, auf dem die andere Partei dieser Vereinbarung in der letzten Phase seiner Liberalisierung ein bedeutender Akteur ist, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen kann, obwohl den Verbrauchern bestimmte Vorteile aus der Vereinbarung entstehen (*erste Frage*) und diese Abrede auf die Laufzeit der Vereinbarung sowie ein weiteres Jahr begrenzt ist (*achte Frage*).

[101] Vgl. dazu ursprüngliches Vorabentscheidungsersuchen, S. 168, Rn. 5 und 6, wo es heißt, es gehöre zu den „nicht erwiesenen Tatsachen", dass mit der Wettbewerbsabrede „die Vertraulichkeit der von den Parteien miteinander geteilten wirtschaftlich sensiblen Daten und des durch die Partnerschaft entstandenen Know-hows" sowie „Geschäftsgeheimnisse, vertrauliche Informationen, wirtschaftlich sensible Daten und Investitionen, die die Parteien im Rahmen des EDP-Continente-Programms gemeinsam genutzt haben", hätten geschützt werden sollen.

a) Zum Begriff des „wettbewerbswidrigen Zwecks" im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV

115. Die Unterscheidung zwischen bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkung, zu der uns das vorlegende Gericht mit diesen Fragen konsultiert, wurde in der Rechtsprechung bereits umfassend und eingehend erörtert. Ich möchte mich daher auf den Hinweis beschränken, dass Vereinbarungen nur dann unter das in Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgestellte Verbot fallen, wenn sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt „bezwecken oder bewirken", wobei ihr wettbewerbswidriger Zweck und ihre wettbewerbswidrige Wirkung keine kumulativen, sondern alternative Voraussetzungen sind [102].

116. Das wesentliche rechtliche Kriterium bei der Ermittlung, ob eine Vereinbarung eine „bezweckte" Wettbewerbsbeschränkung enthält, liegt in der Feststellung, dass eine solche Vereinbarung in sich selbst *eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, die die Annahme rechtfertigt, dass eine Prüfung ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht erforderlich ist* [103]. Dies 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 [104]. Bei der Prüfung, ob eine Vereinbarung einen solchen Grad an Schädlichkeit erkennen lässt, ist auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und auf die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf ihren wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang abzustellen [105]. Im Rahmen der Beurteilung dieses Zusammenhangs 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 [106]. Schließlich ist der Begriff der „bezweckten Wettbewerbsbeschränkung" eng auszulegen [107].

b) Zur Beurteilung des Wettbewerbsverbots

117. Das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Wettbewerbsverbot kann, sofern es keine Nebenabrede zu der Partnerschaftsvereinbarung ist und das potenzielle Wettbewerbsverhältnis nachgewiesen ist, einer Marktaufteilungsvereinbarung gleichgestellt werden, die ebenso wie eine Vereinbarung über die Festsetzung von Preisen eine offensichtliche Wettbewerbsbeschränkung darstellt und üblicherweise als besonders schwerer Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln angesehen wird. Der Gerichtshof hat nämlich entschieden, dass Vereinbarungen, die auf die Aufteilung der Märkte abzielen, als solche eine Einschränkung des Wettbewerbs zum Gegenstand haben und zu einer Kategorie durch Art. 101 Abs. 1 AEUV ausdrücklich untersagter Vereinbarungen gehören. Bei solchen Vereinbarungen kann daher die Analyse ihres wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs auf das unbedingt notwendige Maß beschränkt werden, um auf das Bestehen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zu schließen [108].

102 Vgl. dazu meine Schlussanträge in der Rechtssache European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2022:993, Nrn. 58 bis 63 und die dort angeführte Rechtsprechung).

103 Vgl. Urteil vom 12. Januar 2023, HSBC Holdings (C-883/19 P, EU:C:2023:11, Rn. 106 und die dort angeführte Rechtsprechung).

104 Vgl. Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 50 und die dort angeführte Rechtsprechung).

105 Vgl. Urteile vom 14. März 2013, Allianz Hungária u. a. (C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 34), und vom 11. September 2014, CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 53).

106 Vgl. Urteil vom 12. Januar 2023, HSBC Holdings (C-883/19 P, EU:C:2023:11, Rn. 107 und die dort angeführte Rechtsprechung).

107 Urteil Generics (UK), Rn. 67 und die dort angeführte Rechtsprechung.

108 Vgl. Urteil Toshiba, Rn. 28 und 29.

118. Obwohl nach dieser Rechtsprechung der wirtschaftliche Zusammenhang des Wettbewerbsverbots nicht berücksichtigt zu werden braucht, bestätigt dessen Beachtung im vorliegenden Fall zusätzlich, dass es sich um ein wettbewerbsbeschränkendes Verbot handelte. Die Anwendung des Wettbewerbsverbots fiel hier nämlich mit dem besonderen Umstand zusammen, dass der Markt für die Versorgung mit Niederspannungsstrom auf dem portugiesischen Festland liberalisiert wurde. Konkret wurde das Verbot einige Monate vor der vollständigen Liberalisierung des Stromversorgungsmarktes und somit dem Ende der regulierten Preise für alle Endverbraucher vereinbart. In diesem Szenario hatte der etablierte portugiesische Anbieter auf diesem Markt, EDP, ein Interesse daran, einen Markteintritt potenzieller Wettbewerber zu verhindern. Ich bin daher der Ansicht, dass dieser Zusammenhang die Schädlichkeit einer Marktaufteilungsvereinbarung zwischen einem etablierten Anbieter und einem potenziellen neuen Marktteilnehmer weiter verstärken kann.

119. Schließlich ändert der Umstand, dass dieses Wettbewerbsverbot Teil einer breiteren Kooperation – der Partnerschaftsvereinbarung – ist, die Effizienzgewinne zugunsten bestimmter Verbraucher bewirken kann, meines Erachtens nichts an der Feststellung, dass eine solche Marktaufteilungsvereinbarung als solche eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Aus den oben dargelegten Gründen war dieses Verbot für die Anwendung der Partnerschaftsvereinbarung und folglich für die Erzielung der daraus möglicherweise entstehenden Effizienzgewinne nämlich nicht notwendig. Insofern waren diese eventuellen Gewinne nicht auf das Wettbewerbsverbot, sondern auf die Partnerschaftsvereinbarung zurückzuführen, weshalb sie auch nicht herangezogen werden können, um geltend zu machen, dass dieses Verbot den Wettbewerb gefördert habe. Jedenfalls sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung eine „bezweckte Beschränkung“ darstellt, als Bestandteile des Kontexts dieser Vereinbarung auch deren wettbewerbsfördernde Wirkungen gebührend zu berücksichtigen sind, wenn sich die Parteien der Vereinbarung darauf berufen. Diese Wirkungen können nämlich unter Umständen die Gesamtbeurteilung der Frage, ob die betreffende Absprache den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigt, und folglich die Einstufung als „bezweckte Beschränkung“ in Frage stellen [109].

120. Daher dürfte das Wettbewerbsverbot in der besonderen Konstellation des vorliegenden Falles – wenn sich erweist, dass es keine Nebenabrede zur Partnerschaftsvereinbarung ist und die Parteien dieser Vereinbarung zumindest potenzielle Wettbewerber sind – wohl als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV gewertet werden, bei der es keiner gesonderten Prüfung ihrer Auswirkungen bedarf.

IV. Ergebnis

121. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Tribunal da Relação de Lisboa (Berufungsgericht Lissabon, Portugal) zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Art. 101 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass ein Lebensmitteleinzelhändler als potenzieller Wettbewerber auf dem Stromversorgungsmarkt angesehen werden kann, wenn er mit einem Stromlieferanten eine Partnerschaftsvereinbarung zur Förderung ihrer jeweiligen Geschäftstätigkeiten mittels eines Systems von Kopplungsverkäufen einschließlich eines Wettbewerbsverbots geschlossen hat, auf diesem Markt bei Abschluss der Vereinbarung aber nicht tätig war, sofern im Hinblick auf die Bedingungen für den Zugang zu diesem Markt

[109] Urteil vom 12. Januar 2023 (C-883/19 P, EU:C:2023:11, Rn. 139 bis 141 und die dort angeführte Rechtsprechung).

sowie auf dessen wirtschaftliches und rechtliches Umfeld für den Lebensmitteleinzelhändler nachweislich reale und konkrete Möglichkeiten eines Markteintritts bestanden, wobei ein solcher Nachweis auf für den Stromversorgungsmarkt spezifischem Beweismaterial beruhen muss. Für die Prüfung, ob ein solches Unternehmen als potenzieller Wettbewerber anzusehen ist, der einen Wettbewerbsdruck auf den Stromlieferanten ausübt, können Beweise – insgesamt betrachtet und nicht unbedingt für sich allein entscheidend – relevant sein, die sich namentlich auf Folgendes beziehen: i) die Absicht des Lebensmitteleinzelhändlers, den Stromversorgungsmarkt zu erschließen, als Beleg für seine Markteintrittsfähigkeit; ii) Maßnahmen zur Vorbereitung eines Markteintritts, insbesondere im Hinblick auf etwaige rechtliche oder für die Öffnung des Stromversorgungsmarktes spezifische Zwänge, die die Fähigkeit des Unternehmens stärken könnten, diesen Markt innerhalb eines Zeitraums zu erschließen, der Wettbewerbsdruck erzeugen kann und der im vorliegenden Fall der Geltungsdauer des Wettbewerbsverbots entspricht; iii) die Wahrnehmung des Lebensmitteleinzelhändlers durch den Stromlieferanten, wobei die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots ein starkes Indiz für die Existenz eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses ist, das jedoch durch andere, die tatsächlichen Marktzugangsbedingungen betreffende Umstände untermauert werden muss; iv) die verschiedenen Geschäftstätigkeiten der anderen Unternehmen des Konzerns, dem der Einzelhändler angehört, auf dem Stromversorgungsmarkt oder auf benachbarten Märkten, sofern ein Zusammenhang zwischen diesen Tätigkeiten und der Fähigkeit des Einzelhändlers, kurzfristig in diesen Markt einzutreten, dargetan wird, selbst wenn diese Tätigkeiten aus der Zeit vor dem Abschluss der Partnerschaftsvereinbarung datieren, und unabhängig davon, ob diese Unternehmen an das Wettbewerbsverbot gebunden waren; v) die Tätigkeiten des Lebensmitteleinzelhändlers auf dem vorgelagerten Markt der Stromerzeugung, sofern sie geeignet sind, ihm tatsächliche und konkrete Vorteile für einen etwaigen Eintritt in den Stromversorgungsmarkt zu verschaffen.

2. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 [AEUV] auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen ist dahin auszulegen, dass eine Partnerschaftsvereinbarung zwischen einem Lebensmitteleinzelhändler und einem Stromlieferanten, mit der ihre jeweiligen Geschäftstätigkeiten durch ein System von Kopplungsverkäufen gefördert werden sollen, nicht unter den Begriff der „vertikalen Vereinbarung“ fällt, unabhängig davon, ob diese Unternehmen als tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber anzusehen sind, sofern davon auszugehen ist, dass sie für die Zwecke der Partnerschaftsvereinbarung auf derselben Wirtschaftsstufe tätig sind.

3. Art. 101 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass ein Wettbewerbsverbot, das zwischen den Parteien im Rahmen einer Partnerschaftsvereinbarung wie im Ausgangsverfahren vereinbart wurde, nicht deshalb der Anwendung dieser Bestimmung entzogen sein dürfte, weil es sich um eine Nebenabrede zu dieser Vereinbarung handelt, es sei denn, ein solches Verbot ist nachweislich für die Durchführung der Partnerschaft objektiv erforderlich und steht in einem angemessenen Verhältnis zu den damit verfolgten Zielen.

4. Art. 101 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass ein Wettbewerbsverbot wie in der im Ausgangsverfahren streitigen Partnerschaftsvereinbarung – sofern es zwischen zwei zumindest als potenzielle Wettbewerber angesehenen Unternehmen besteht – als eine Marktaufteilungsvereinbarung einzustufen ist, die eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellt, ohne dass es eines Nachweises ihrer konkreten schädlichen Auswirkungen bedarf, es sei denn, dieses Verbot kann als Nebenabrede zur Hauptvereinbarung eingestuft werden oder

die Parteien berufen sich auf wettbewerbsfördernde Wirkungen dieser Vereinbarung, die die Gesamtbeurteilung der Frage, ob das betreffende Verbot den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigt, in Frage stellen können.