Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
NILS WAHL
vom 20. Dezember 2017 [1]

**Rechtssache C-525/16**

**MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA**
**gegen**
**Autoridade da Concorrência**

(Vorabentscheidungsersuchen des Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão [Gericht für Wettbewerb, Regulierung und Aufsicht, Portugal])

„Vorabentscheidungsersuchen – Beherrschende Stellung – Wettbewerb – Missbrauch einer beherrschenden Stellung – Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV – Begriff ‚Benachteiligung im Wettbewerb' – Diskriminierende Preise auf dem nachgelagerten Markt – Wahrnehmung von dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten – Bezahlfernsehen"

1. Können die Wettbewerbsbehörden unter dem Blickwinkel von Art. 102 AEUV eine von einer bestimmten Einrichtung vorgenommene Anwendung unterschiedlicher Preise untersuchen und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen? Gibt es bei der in einem solchen Kontext getroffenen Feststellung eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung im Sinne dieser Vorschrift eine Geringfügigkeitsschwelle?

2. Dies sind im Wesentlichen die Fragen, die mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen gestellt werden, das speziell die Auslegung von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV betrifft, dem zufolge ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung insbesondere in „der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden", bestehen kann.

3. Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA (im Folgenden: MEO) und der Autoridade da Concorrência (Wettbewerbsbehörde, Portugal) (im Folgenden: AdC) wegen einer Einstellungsverfügung der AdC betreffend eine Beschwerde von MEO gegen die GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes (Kooperative für die Verwertung der Rechte der ausübenden Künstler, Portugal) (im Folgenden: GDA) wegen eines angeblichen Missbrauchs einer beherrschenden Stellung im Bereich der dem Urheberrecht verwandten Schutzrechte der ausübenden Künstler.

4. Meines Erachtens gibt die Rechtssache Gelegenheit, klarzustellen, dass unabhängig vom Vorliegen einer Preisdiskriminierung, die für sich gesehen aus wettbewerblicher Sicht unproblematisch ist, der Umstand, dass ein solches Verhalten den Wettbewerb verfälscht oder die Wettbewerbsposition der Handelspartner beeinträchtigt, einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellt. Ohne eine Prüfung aller Umstände des Einzelfalls kann daher nicht vermutet werden, dass eine Preisdiskriminierung einen „Wettbewerbsnachteil" herbeiführt, insbesondere wenn es sich um eine sogenannte Diskriminierung „zweiten Grades" handelt.

1 Originalsprache: Französisch.

## Rechtlicher Rahmen

### *Unionsrecht*

5. Art. 3 Abs. 1 letzter Satz der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 [2] sieht vor, dass wenn „die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten oder einzelstaatliche Gerichte das einzelstaatliche Wettbewerbsrecht auf nach Artikel [102 AEUV] verbotene Missbräuche an[wenden], so wenden sie auch Artikel [102 AEUV] an".

### *Portugiesisches Recht*

6. Art. 11 Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. c des Novo Regime Juridíco da Concorrência (Neuregelung des Wettbewerbs) [3] haben denselben Inhalt wie Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV.

## Ausgangsrechtsstreit, Vorlagefragen und Verfahren vor dem Gerichtshof

7. GDA ist eine genossenschaftliche Verwertungsgesellschaft für die Rechte der ausübenden Künstler, die keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt und die dem Urheberrecht verwandten Schutzrechte ihrer Mitglieder und der entsprechenden ausländischen Organisationen, mit denen sie eine Vertretungs- oder Gegenseitigkeitsvereinbarung geschlossen hat, wahrnimmt.

8. In diesem Zusammenhang besteht die Hauptaufgabe von GDA darin, für die Wahrnehmung der verwandten Schutzrechte Gebühren zu erheben und diese Beträge an die Rechteinhaber auszuzahlen. Sie verfügt zwar nicht über ein gesetzliches Monopol, ist aber die einzige Organisation für die kollektive Verwertung der verwandten Schutzrechte der Künstler in Portugal.

9. Zu den Unternehmen, die das Repertoire der Mitglieder von GDA und auch der Mitglieder der entsprechenden ausländischen Organisationen, mit denen GDA Vertretungs- oder Gegenseitigkeitsvereinbarungen geschlossen hat, verwenden, gehören Anbieter für die Übertragung des Fernsehsignals und seines Inhalts an den Verbraucher gegen Zahlung eines bestimmten Betrags.

10. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, MEO, ist einer dieser Anbieter und Kunde von GDA.

11. In den Jahren 2008 bis 2014 verwendete GDA im Rahmen des Großkundendienstes für die Anbieter drei unterschiedliche Gebührentabellen. In den Jahren 2010 bis 2013 verwendete GDA diese Gebührentabellen gleichzeitig.

12. Aus den dem Gerichtshof vorgelegten Akten geht hervor, dass die von MEO erhobenen Gebühren das Ergebnis einer von einem Schiedsgericht gemäß dem anwendbaren Recht getroffenen Entscheidung vom 10. April 2012 waren [4].

2 Verordnung des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1).

3 Angenommen durch die Lei Nr. 19/2012 (Gesetz Nr. 19/2012) vom 8. Mai 2012.

4 Gemäß Art. 7 Abs. 3 und 9 des Decreto-Lei Nr. 333/97 (gesetzesvertretende Verordnung Nr. 333/97) vom 27. November 1997 müssen die Parteien, wenn bei den Verhandlungen über die Rechte keine Einigung erzielt wurde, ein Schiedsverfahren durchführen.

13. Am 24. Juni und 22. Oktober 2014 legte die PT Comunicações SA, die Rechtsvorgängerin der MEO, bei der AdC gegen GDA wegen eines möglichen Missbrauchs einer beherrschenden Stellung Beschwerde ein. MEO machte geltend, dieser Missbrauch ergebe sich daraus, dass GDA für die Nutzung der verwandten Schutzrechte der ausübenden Künstler überhöhte Preise verlange, und außerdem daraus, dass GDA auf sie und einen anderen Kunden, die NOS Comunicações SA (im Folgenden: NOS), unterschiedliche Bedingungen anwende.

14. Am 19. März 2015 leitete die AdC eine Untersuchung ein, die sie mit Verfügung vom 3. März 2016 mit der Begründung einstellte, dass die streitgegenständlichen Tatsachen keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung böten.

15. Die AdC gab insbesondere an, selbst wenn unterstellt würde, dass GDA tatsächlich eine beherrschende Stellung auf dem betreffenden Markt innehätte und das fragliche Verhalten als eine Ungleichbehandlung bei gleichwertigen Leistungen angesehen würde, könne von der Anwendung unterschiedlicher Gebühren auf die verschiedenen Anbieter des Endkundendienstes des Zugangs zum Fernsehsignal und den unterschiedlichen von MEO und NOS im Rahmen des streitgegenständlichen Großkundendienstes getragenen durchschnittlichen Kosten nicht auf das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung geschlossen werden, die insbesondere aus einer Schwächung der Wettbewerbsposition von MEO folgte.

16. Die AdC war der Ansicht, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass ein Anbieter des Endkundendienstes des Zugangs zum Fernsehsignal im Vergleich zu den anderen Anbietern im Wettbewerb benachteiligt worden sei. Die Auslegung, dass ein bloßes missbräuchliches Verhalten von Seiten eines beherrschenden Unternehmens *ipso facto* eine Verletzung von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV nach sich ziehe, widerspreche insbesondere der Rechtsprechung des Gerichtshofs.

17. MEO erhob gegen die Einstellungsverfügung der AdC Klage und machte dabei insbesondere geltend, die AdC habe Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV falsch ausgelegt, da sie, anstatt das Kriterium einer Benachteiligung im Wettbewerb zu prüfen, wie es in der Rechtsprechung des Gerichtshofs ausgelegt werde, untersucht habe, ob eine bedeutende und messbare Wettbewerbsverzerrung gegeben sei.

18. Dem vorlegenden Gericht zufolge beruht die Einstellungsverfügung der AdC auf dem Umstand, dass die Gebührendifferenz im Verhältnis zu den durchschnittlichen Kosten gering gewesen sei, so dass diese Gebühren nicht geeignet gewesen seien, die Wettbewerbsposition von MEO zu beeinträchtigen, und diese die Differenz habe ausgleichen können. Im Übrigen habe sich der Marktanteil von MEO im Bereich des Endkundendienstes des Zugangs zum Fernsehsignal per Abonnement im selben Zeitraum erhöht [5].

19. Das vorlegende Gericht weist darauf hin, dass MEO im Rahmen des Ausgangsverfahrens Zahlen zu den MEO bzw. NOS entstandenen Kosten vorgelegt habe. Diese Tabellen hätten zum einen die Gesamtkosten und die MEO bzw. NOS entstandenen durchschnittlichen Kosten pro Abonnent zum Gegenstand und zum anderen den Gewinn und die Rentabilität von MEO in dem betreffenden Zeitraum, nämlich in den Jahren 2010 bis 2013 [6].

5 Nach Auskunft der Autoridade Nacional de Comunicações (Anacom) (nationale Kommunikationsbehörde [Anacom], Portugal) stieg der Marktanteil von MEO im Referenzzeitraum, d. h. vom 1. Januar 2010 bis zum 31. März 2015, von unter 25 % auf über 40 %, während sich der Marktanteil der NOS-Gruppe im selben Zeitraum von über 60 % auf unter 45 % verringert habe.

6 Die Zahlen werden in der Vorlageentscheidung nicht wiedergegeben, da es sich um vertrauliche Daten handelt.

20. Dem vorlegenden Gericht zufolge ist nicht ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsfähigkeit von MEO durch diese Preisdiskriminierung beeinträchtigt wurde. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs folge, dass manche diskriminierenden Verhaltensweisen gegenüber Handelspartnern ihrer Art nach zu einem Wettbewerbsnachteil führen könnten. Das vorlegende Gericht ist jedoch der Auffassung, dass sich der Gerichtshof nicht ausdrücklich zum Begriff „Benachteiligung im Wettbewerb" für die Anwendung von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV geäußert habe.

21. Das Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Gericht für Wettbewerb, Regulierung und Aufsicht, Portugal) hat deshalb das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Wenn in einem Sanktionsverfahren Tatsachenbeweise oder Indizien für die Auswirkungen einer möglicherweise diskriminierenden Preisbildungspraxis vorliegen, die ein Unternehmen in beherrschender Stellung gegenüber einem Einzelhandelsunternehmen verfolgt, das im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern geschädigt wird, hängt dann die Feststellung, dass dieses Verhalten das Unternehmen im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV *im Wettbewerb benachteiligt*, von einer zusätzlichen Bewertung der Schwere, der Bedeutung oder des Ausmaßes der Auswirkungen auf die Wettbewerbsposition und/oder die Wettbewerbsfähigkeit des betroffenen Unternehmens ab, insbesondere was die Fähigkeit anbelangt, den Unterschied der im Rahmen des Großkundendienstes anfallenden Kosten auszugleichen?

2. Wenn in einem Sanktionsverfahren Tatsachenbeweise oder Indizien für das *erheblich verringerte Gewicht* vorliegen, das die von einem Unternehmen in beherrschender Stellung verfolgte diskriminierende Preisbildungspraxis auf die Kosten, die Gewinne und die Rentabilität des betroffenen Einzelhandelsunternehmens hat, steht dann die unionsrechtskonforme Auslegung von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV und der Rechtsprechung in den Urteilen (vom 15. März 2007, British Airways/Kommission [C-95/04 P, EU:C:2007:166, Rn. 146 bis 148], und vom 9. September 2009, Clearstream/Kommission [T-301/04, EU:T:2009:317]), im Einklang mit der Feststellung, dass keine Indizien für den Missbrauch einer beherrschenden Stellung und für wettbewerbswidrige Praktiken vorliegen?

3. Oder reicht dieser Umstand im Gegenteil nicht aus, um auszuschließen, dass das fragliche Verhalten als Missbrauch einer beherrschenden Stellung und als wettbewerbswidriges Verhalten im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV anzusehen sein kann, sondern ist er lediglich für die Beurteilung der Haftung oder Sanktion des Unternehmens, das den Verstoß begangen hat, von Bedeutung?

4. Muss der Ausdruck „wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden" in Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV dahin ausgelegt werden, dass der aus der Diskriminierung erwachsende Vorteil seinerseits einem Mindestprozentsatz der Kostenstruktur des betroffenen Unternehmens entsprechen muss?

5. Muss der Ausdruck „wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden" in Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV dahin ausgelegt werden, dass der aus der Diskriminierung erwachsende Vorteil seinerseits einer Mindestdifferenz zu den von den Wettbewerbern durchschnittlich zu tragenden Kosten für den fraglichen Großkundendienst entsprechen muss?

6. Kann der Ausdruck „wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden" in Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV dahin ausgelegt werden, dass der aus der Diskriminierung erwachsende Vorteil im Bereich des fraglichen Marktes und des fraglichen Dienstes Beträgen entsprechen muss, die die in den Tabellen 5, 6 und 7 angegebenen Differenzen übersteigen, damit das streitgegenständliche Verhalten als wettbewerbswidrige Praxis anzusehen ist?

7. Für den Fall, dass eine der Fragen 4 bis 6 bejaht wird, wie ist die genannte Untergrenze für die Relevanz der Benachteiligung im Verhältnis zur Kostenstruktur oder zu den von den Wettbewerbern durchschnittlich zu tragenden Kosten für den fraglichen Endkundendienst festzulegen?

8. Für den Fall, dass eine solche Untergrenze festgelegt wird, lässt sich mit der Nichterreichung dieser Untergrenze im jeweiligen Jahr die aus dem Urteil vom 9. September 2009, Clearstream/Kommission (T-301/04, EU:T:2009:317), abzuleitende Vermutung entkräften, wonach davon auszugehen ist, dass „die ununterbrochen fünf Jahre andauernde Anwendung unterschiedlicher Preise für gleiche Leistungen gegenüber einem Handelspartner durch ein Unternehmen mit einer faktischen Monopolstellung auf dem vorgelagerten Markt zwangsläufig einen Wettbewerbsnachteil für diesen Partner herbeiführen musste?

22. MEO, GDA, die portugiesische und die spanische Regierung sowie die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht.

23. Eine mündliche Verhandlung hat am 5. Oktober 2017 stattgefunden, an der MEO, GDA, das Königreich Spanien und die Kommission teilgenommen haben.

## Zusammenfassung der vor dem Gerichtshof abgegebenen Erklärungen

24. Die Verfahrensbeteiligten waren im Allgemeinen der Ansicht, dass die Vorlagefragen zusammen zu prüfen seien. Sie haben sich auf die Frage konzentriert, ob für die Feststellung des Vorliegens einer „Benachteiligung im Wettbewerb“ im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV vermutet werden kann, dass eine Preisdiskriminierung geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen, oder ob stattdessen die Wettbewerbsbehörde nachweisen muss, dass die Wettbewerbsfähigkeit des benachteiligten Unternehmens infolge des vorgeworfenen Verhaltens geschwächt wurde. Im Rahmen dieser Untersuchung werden zum einen die zu berücksichtigenden Faktoren diskutiert und zum anderen die Notwendigkeit, dass die (je nach Sicht der Beteiligten potenziellen oder tatsächlichen) Auswirkungen auf den Wettbewerb erheblich sind.

25. Hinsichtlich des Begriffs „Benachteiligung im Wettbewerb“ sind sich die Verfahrensbeteiligten darin einig, dass in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs das Vorliegen einer möglichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Allgemeinen im Einzelfall zu beurteilen ist und es keine Untergrenze oder feste Regel für den Nachweis einer solchen Beeinträchtigung gibt.

26. Die Ansichten gehen jedoch hinsichtlich der Frage auseinander, ob und in welchem Umfang eine konkrete wettbewerbsschädigende Wirkung nachgewiesen werden muss oder ob dagegen das Vorliegen einer solchen Benachteiligung wahrscheinlich sein muss, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung von seinen Handelspartnern auf dem nachgelagerten Markt unterschiedliche Gebühren verlangt.

27. Auf der einen Seite sind *GDA und die portugiesische Regierung* der Auffassung, es seien die konkreten Auswirkungen der unterschiedlichen Preise auf die Wettbewerbsfähigkeit von MEO zu berücksichtigen.

28. Sowohl aus dem von der Kommission vertretenen Ansatz, der in mehreren Berichten und Mitteilungen der Kommission seit dem Jahr 2003 zum Ausdruck komme, als auch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts der Europäischen Union folge, dass die wettbewerbsschädigenden Auswirkungen des angeblich missbräuchlichen Verhaltens auf den Markt zu berücksichtigen seien. Damit eine Preisgestaltung als missbräuchlich angesehen werden könne, müsse

es zwischen den betreffenden Dienstleistern tatsächlich zu einer Wettbewerbsverzerrung gekommen sein und manche Anbieter aufgrund dieser Verzerrung im Wettbewerb benachteiligt werden. Daher reiche eine „bloße" Preisdiskriminierung als solche nicht aus, damit ein Missbrauch im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV vorliege.

29. Auf der anderen Seite befürworten *die spanische Regierung*[7] *und MEO* eine Auslegung von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV, nach der, mit geringen Unterschieden, der Umstand, dass eine Verwertungsgesellschaft, die eine Monopolstellung innehabe, wie GDA, durch die Anwendung günstigerer Bedingungen einen Nutzer gegenüber dessen Wettbewerbern auf demselben nachgelagerten Markt bevorzuge, die Gefahr eines Wettbewerbsnachteils oder einer Wettbewerbsverzerrung berge.

30. Hinsichtlich der Faktoren, die bei der Feststellung zu berücksichtigen seien, ob ein Verhalten wie das von GDA im Ausgangsverfahren eine wettbewerbsschädigende Wirkung haben könnte, macht MEO geltend, GDA habe eine Monopolstellung inne und die Anbieter von Fernsehdiensten seien gezwungen, sich an GDA zu wenden, um die für die Verbreitung geschützter Werke erforderlichen Lizenzen zu erhalten. GDA habe deswegen eine starke Verhandlungsposition. Nach Ansicht von MEO ist ein Unternehmen, das eine faktische Monopolstellung innehabe, in einem besonderen Maße dafür verantwortlich, darauf zu achten, dass für seine Handelspartner dieselben Bedingungen gelten würden. Diese Verantwortung bringe mit sich, dass GDA ihr Verhalten begründen müsse, was sie nicht getan habe. MEO zufolge ist außerdem die Dauer der Diskriminierung zu berücksichtigen.

31. Hierzu betont die spanische Regierung, in Fällen wie dem vorliegenden ergebe sich der Nachteil insbesondere aus dem Umstand, dass die von den Verwertungsgesellschaften gewährten Lizenzen eine wesentliche Voraussetzung für die Erbringung der Enddienstleistungen durch die betreffenden Nutzer seien.

## Würdigung

32. Die Vorlagefragen, wie sie vom vorlegenden Gericht gestellt wurden, sind meines Erachtens zusammen zu beantworten, da sie im Wesentlichen die Frage betreffen, ob der Begriff „Benachteiligung im Wettbewerb" in Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV eine Prüfung der Auswirkungen eines Verhaltens und/oder der Schwere einer Preisdiskriminierung auf die Wettbewerbsposition des betroffenen Unternehmens einschließt.

33. Bevor ich hierauf eingehe, möchte ich *zunächst* verschiedene Fragestellungen behandeln, die, obwohl sie sich auf Punkte beziehen, die vom vorlegenden Gericht nicht direkt angesprochen wurden, die Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV im vorliegenden Fall betreffen.

34. *Danach* werde ich die grundlegenden Erwägungen vorstellen, die meines Erachtens die Untersuchung einer Preisdiskriminierung, bei der es sich um einen Missbrauch einer beherrschender Stellung handeln soll, leiten müssen. In diesem Zusammenhang werde ich darlegen, ob und unter welchen Bedingungen eine Preisdiskriminierung „zweiten Grades" unter Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV fallen kann. Ich werde erläutern, weshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine solche Praxis naturgemäß einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellt, und vielmehr die wettbewerbsschädigenden Wirkungen eines solchen Verhaltens konkret nachgewiesen werden müssen.

7 Die spanische Regierung gibt an, die Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Nationale Kommission für Märkte und Wettbewerb, Spanien) habe eine Preisdiskriminierung durchgängig als einen Verstoß angesehen, wenn die Organisation für die Wahrnehmung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte nicht in der Lage gewesen sei, diese zu begründen.

35. Im Licht aller dieser Erwägungen werde ich mich *schließlich* der Frage zuwenden, inwieweit die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen durch ein Unternehmen, das angeblich eine beherrschende Stellung innehat, eine Benachteiligung im Wettbewerb verursachen kann.

### *Allgemeine Anmerkungen zur Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV auf den vorliegenden Fall*

36. Hervorzuheben ist, dass die vorliegende Rechtssache einen besonderen Sachverhalt betrifft, der wie folgt beschrieben werden kann.

37. MEO, ein Anbieter von Fernsehdiensten auf dem portugiesischen Markt, hat vor dem vorlegenden Gericht gegen die Einstellungsverfügung der AdC betreffend die Beschwerde von MEO Klage erhoben. Die Beschwerde war gegen ein angeblich missbräuchliches Verhalten von GDA gerichtet, einer Verwertungsgesellschaft für mit dem Urheberrecht verwandte Schutzrechte, das in der Anwendung unterschiedlicher Gebühren für den Erwerb von Lizenzen in den Jahren 2010 bis 2013 bestanden habe.

38. Nach Ansicht von MEO ist NOS, ein Unternehmen, das mit MEO in unmittelbarem Wettbewerb stehe, während dieses Zeitraums in den Genuss günstigerer Gebühren gekommen. Die von MEO bei der AdC eingereichte Beschwerde hatte daher einen angeblichen Missbrauch einer beherrschenden Stellung wegen einer Anwendung diskriminierender Gebühren durch GDA auf dem nachgelagerten Markt für die kollektive Verwertung der verwandten Schutzrechte der ausübenden Künstler zum Gegenstand.

39. Wie das vorlegende Gericht unter Vorlage von Zahlen ausgeführt hat, hat jedoch der Nachteil, den MEO im Zusammenhang mit den für die Verwendung der vom Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten geschützten Werke gezahlten Beträgen erlitten haben will, nicht zu einer Verringerung ihres Marktanteils geführt. Im Gegenteil: Der Marktanteil von MEO habe zugenommen und sei in den Jahren 2010 bis 2013 von ca. 25 % auf über 40 % gestiegen. Der Marktanteil von NOS wiederum habe sich im selben Zeitraum von über 60 % auf unter 45 % verringert.

40. Es ist auch wichtig, darauf hinzuweisen, dass diese Preisfestsetzung in Übereinstimmung mit dem anwendbaren nationalen Recht durch einen Schiedsspruch erfolgt ist, da sich GDA nicht mit MEO einigen konnte.

41. Im vorliegenden Fall ist das vorlegende Gericht offenbar davon ausgegangen, dass sich nur die Frage stelle, ob für die Feststellung des Vorliegens eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung durch die Anwendung unterschiedlicher Preise auf gleichwertige Leistungen auf die wettbewerbsschädigenden Wirkungen der streitigen Praxis konkret eingegangen werden muss oder ob dagegen vermutet werden kann, dass eine solche Praxis gegen Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV verstößt.

42. In diesem Sinne hat das vorlegende Gericht offenbar angenommen, dass die übrigen Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 102 AEUV erfüllt seien. Es geht insbesondere davon aus, dass erstens GDA ein Unternehmen in beherrschender Stellung sei und zweitens gegenüber Handelspartnern unterschiedliche Bedingungen „bei gleichwertigen Leistungen“ angewandt habe.

43. Den dem Gerichtshof vorgelegten Akten lässt sich meines Erachtens jedoch entnehmen, dass im vorliegenden Fall sowohl das Vorliegen einer beherrschenden Stellung von GDA auf dem tatsächlich relevanten Markt als auch die Anwendung unterschiedlicher Preise auf „gleichwertige Leistungen“ zweifelhaft sind.

44. Die in diesem Zusammenhang gehegten Zweifel könnten die gestellten Vorlagefragen, die sich nur auf die Feststellung einer „Benachteiligung im Wettbewerb“ im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV beziehen, hypothetisch werden lassen.

45. Als Erstes bin ich der Ansicht, dass die Frage erlaubt ist, ob GDA auf dem vorliegend in Rede stehenden relevanten Markt des Großkundendienstes *tatsächlich eine beherrschende Stellung innehat*.

46. Was diesen Punkt anbelangt, sei darauf hingewiesen, dass GDA gerade die Annahme bestritten hat, dass sie auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung innehabe, obwohl sie *de facto* die einzige Gesellschaft in Portugal ist, die die mit dem Urheberrecht verwandten Schutzrechte wahrnimmt.

47. Hierzu hat GDA geltend gemacht, sie sei nicht in der Lage, auf ihre Hauptpartner – MEO und NOS – wirtschaftlichen Druck auszuüben. Zum einen bildeten diese Unternehmen ein mächtiges „Duopol“. Zum anderen werde die Festsetzung der Gebühren vom nationalen Recht vorgegeben, nach dem die Parteien ein Schiedsverfahren durchführen müssten, wenn sie keine Einigung erzielten. Schließlich verfolge GDA, da sie nicht vertikal integriert sei, keine Interessen auf den vor- oder nachgelagerten Märkten. Im Gegenteil: Die Verdrängung von MEO vom Markt oder eine Schwächung von deren Wettbewerbsposition im Verhältnis zu NOS seien für sie nachteilig. Unter diesen Umständen sei eine beherrschende Stellung und erst recht ein Missbrauch derselben ausgeschlossen.

48. Wie bereits ausgeführt, ist GDA eine Einrichtung für die kollektive Wahrnehmung der Rechte der ausübenden Künstler, die keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt und deren Aufgabe in der Ausübung und Wahrnehmung der dem Urheberrecht verwandten Schutzrechte der von ihr vertretenen Personen und der Mitglieder der entsprechenden ausländischen Einrichtungen besteht. Zu ihren Hauptkunden gehören die Anbieter des Endkundendienstes des Zugangs zum Fernsehsignal per Abonnement in Portugal, darunter MEO und NOS, die im maßgeblichen Zeitraum zusammen ein Duopol bildeten.

49. In diesem Zusammenhang hat es den Anschein, dass GDA zu einem großen Teil von den Vergütungen für die Dienstleistungen abhängt, die sie für diese beiden Unternehmen erbringt.

50. Wie im Übrigen aus den Akten hervorgeht und die AdC in ihrer Verfügung festgestellt hat, soll es Indizien dafür geben, dass die Anbieter des Zugangs zum Fernsehsignal per Abonnement über eine gewisse Verhandlungsmacht verfügen, die die Verhandlungsposition von GDA aufwiegen könnte. Diese Indizien, die, wenn ich die Akten richtig verstehe, von MEO nicht bestritten wurden [8], bestehen insbesondere in einem Schriftwechsel zwischen GDA und den Anbietern des Endkundendienstes des Zugangs zum Fernsehsignal per Abonnement betreffend die Festsetzung der Gebühren, die GDA ab dem 1. Januar 2014 im Rahmen des in Rede stehenden Großkundendienstes von ihnen erheben würde.

51. Außerdem bedeutet der Umstand, dass GDA derzeit die einzige Gesellschaft in Portugal ist, die die kollektive Rechtewahrnehmung der ausübenden Künstler vornimmt, nicht, dass sie tatsächlich eine beherrschende Stellung innehat, da sie nicht über eine Marktmacht verfügt, die es ihr erlauben würde, unabhängig von ihren Handelspartnern vorzugehen.

52. Es ist allgemein anerkannt, dass Art. 102 AEUV dazu dient, die Marktmacht eines Unternehmens zu kontrollieren. Damit die Stellung eines Unternehmens als beherrschend eingestuft werden kann, kann nicht nur auf seinen Anteil an einem genau definierten Markt abgestellt werden, sondern es muss auch die wirtschaftliche Macht berücksichtigt werden, über die es aufgrund seiner Stellung verfügt.

8 Vgl. die Unterlagen, die zur nationalen Verfahrensakte genommen wurden und in der Verfügung der AdC erwähnt werden.

53. Die beherrschende Stellung wird daher als die wirtschaftliche Machtstellung definiert, die einem oder mehreren Unternehmen die Möglichkeit verschafft, sich ihren Konkurrenten, ihren Kunden und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten [9]. Auf eine solche Stellung ist in der Regel dann zu schließen, wenn ein Unternehmen oder eine Unternehmensgruppe einen großen Teil des Angebots auf einem gegebenen Markt auf sich vereint, sofern andere für die Bewertung maßgebliche Faktoren (wie Zutrittsschranken, Reaktionsfähigkeit der Kunden usw.) in dieselbe Richtung deuten [10].

54. Außerdem stellt sich die Frage, welches wettbewerbliche Interesse GDA haben könnte, diskriminierende Preise zu verlangen, um einen ihrer Kunden zu verdrängen oder dessen Wettbewerbsposition zu schwächen. Da sie kein eigenes Interesse hat, sich auf dem nachgelagerten Markt zu behaupten, auf dem MEO und NOS tätig sind, scheint ihr einziges Interesse darin zu bestehen, ihre Einnahmen durch die Festsetzung von Preisen, die zwischen ihr und diesen Anbietern individuell ausgehandelt werden, zu steigern.

55. Wenn im vorliegenden Fall ein Unternehmen aus wettbewerblicher Sicht aus einer angeblichen auf dem nachgelagerten Markt erfolgten Diskriminierung einen Vorteil hätte, wäre dies möglicherweise der Wirtschaftsteilnehmer, der von den angeblich niedrigeren Preisen profitiert hat, im vorliegenden Fall NOS. Ich vermag indes nicht recht zu erkennen, inwiefern eine solche unterschiedliche Anwendung zum mittelbaren oder unmittelbaren Nutzen von GDA sein sollte. Auf den letztgenannten Aspekt werde ich in meinen Ausführungen weiter unten näher eingehen.

56. Als Zweites frage ich mich, auf den vorstehenden Erwägungen aufbauend, ob es im vorliegenden Fall überhaupt um die Erbringung „gleichwertiger Leistungen“ zu „unterschiedlichen Bedingungen“ im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV – und damit eher um eine „Diskriminierung“ denn eine objektive „Differenzierung“ – im Rahmen der Einräumung der verwandten Schutzrechte für MEO und NOS geht.

57. Wie aus der Rechtsprechung hervorgeht, ist die Gleichwertigkeit der Leistungen unter Berücksichtigung aller Marktbedingungen zu bestimmen [11]. Diese Bedingungen schließen insbesondere einen zeitlichen Aspekt ein, da sich der für die Erbringung einer bestimmten Leistung festgesetzte Preis angesichts der *Marktbedingungen und der für seine Festsetzung angewandten Kriterien* im Lauf der Zeit ändern kann. Der Umstand, dass die Leistungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten erbracht werden, kann mit anderen Worten dazu führen, dass es sich nicht um gleichwertige Leistungen handelt [12].

58. Außerdem ergibt sich aus den dem Gerichtshof übermittelten Unterlagen, dass die Festsetzung der Preise und die Festlegung der anderen Vertragsbedingungen für die von GDA vermarkteten verwandten Schutzrechte vom nationalen Recht vorgegeben sind, dem zufolge die Parteien ein Schiedsverfahren durchführen müssen, wenn keine Einigung erzielt wurde. In einem solchen Fall und wie dies auch bei den MEO in Rechnung gestellten Preisen geschehen ist, verlangt GDA lediglich die in einem Schiedsspruch festgelegten Preise. Meines Erachtens wurden daher die Preise, die GDA von MEO bzw. NOS verlangt hat, unter von vornherein unterschiedlichen Bedingungen festgelegt.

9 Der Gerichtshof ist dieser Definition sehr früh gefolgt (vgl. Urteile vom 14. Februar 1978, United Brands und United Brands Continentaal/Kommission, 27/76, EU:C:1978:22, Rn. 65, und vom 13. Februar 1979, Hoffmann-La Roche/Kommission, 85/76, EU:C:1979:36, Rn. 38). An sie wurde – insbesondere in der jüngsten – Rechtsprechung ständig erinnert (vgl. insbesondere Urteile vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, C-280/08 P, EU:C:2010:603, Rn. 170, und vom 17. Februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, Rn. 23 und 79).

10 Vgl. die Bekanntmachung 97/C 372/03 der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. 1997, C 372, S. 5).

11 Vgl. insbesondere Urteile vom 9. September 2009, Clearstream/Kommission (T-301/04, EU:T:2009:317, Rn. 169 bis 190), und vom 7. Oktober 1999, Irish Sugar/Kommission (T-228/97, EU:T:1999:246, Rn. 64).

12 Vgl. in diesem Sinne insbesondere O'Donoghue, R., und Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2. Aufl., Hart Publishing, Oxford, 2013, S. 795, sowie Geradin, D., und Petit, N., „Price discrimination under EC competition law“, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket 2005, S. 23 (http://www.konkurrensverket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/price-discrimination).

59. Letztlich zeigt sich, dass das Ausgangsverfahren einige Unsicherheiten in Bezug auf die Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV aufweist, die über die alleinige Frage der Feststellung einer „Benachteiligung im Wettbewerb" hinausgehen. Es scheint insbesondere sehr heikel, ein Unternehmen wegen eines Missbrauchs seiner angeblich beherrschenden Stellung durch eine Preisdiskriminierung gegenüber seinen auf dem nachgelagerten Markt tätigen Handelspartnern zu bestrafen, obwohl es nicht auf diesem Markt tätig ist und vom Wettbewerb zwischen diesen Handelspartnern unmittelbar profitiert. Diese Unsicherheiten rechtfertigen erst recht eine zurückhaltende Prüfung der streitigen Preisdiskriminierung.

### *Eine Preisdiskriminierung stellt nur dann einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung dar, wenn sie zu einem Wettbewerbsnachteil führt, was eine konkrete Prüfung der Auswirkungen dieser Praxis im Licht aller relevanten Umstände impliziert*

60. Selbst unter der Annahme, dass – was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist – aus dem Sachverhalt dieser Rechtssache zum einen der Schluss gezogen werden könnte, dass GDA auf dem betreffenden Markt für den Großkundendienst eine beherrschende Stellung innehat, und zum anderen, dass das fragliche Verhalten als eine Ungleichbehandlung bei gleichwertigen Leistungen anzusehen ist, erscheint es zwingend, dass die Wettbewerbsbehörde nachweist, dass manche Handelspartner aufgrund dieser Verzerrung *im Wettbewerb benachteiligt* werden. Das Vorliegen einer solchen Benachteiligung kann keinesfalls vermutet werden, sondern impliziert immer, und insbesondere bei einer Preisdiskriminierung „zweiten Grades, eine Prüfung der Auswirkungen der streitigen Praktiken im Hinblick auf alle Umstände des Einzelfalls.

#### *Eine Preisdiskriminierung als solche ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht unproblematisch*

61. Generell ist darauf hinzuweisen, dass eine Diskriminierung, einschließlich einer Preisdiskriminierung, als solche aus wettbewerbsrechtlicher Sicht unproblematisch ist. Der Grund hierfür ist, dass eine Preisdiskriminierung nicht immer wettbewerbsschädigend ist. Im Gegenteil: Wie insbesondere die (vergeblichen) offiziellen Versuche zeigen, in den Vereinigten Staaten zu der im *Robinson-Patman Act* von 1936[13] enthaltenen Bestimmung zurückzukehren, nach der eine solche Diskriminierung verboten ist, kann sich ein gänzliches Verbot von Preisdiskriminierungen im Hinblick auf die wirtschaftliche Effizienz und das Verbraucherwohl als schädlich erweisen.

62. Es ist nämlich allgemein anerkannt, dass eine Diskriminierung, und insbesondere eine Preisdiskriminierung, aus wettbewerblicher Sicht ambivalente Auswirkungen hat. Eine solche Praxis kann zu einer Stärkung der wirtschaftlichen Effizienz und damit des Verbraucherwohls führen, Ziele, die meines Erachtens bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht aus den Augen verloren werden dürfen und sich jedenfalls von Erwägungen der Gleichbehandlung unterscheiden. Wie der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, zielen die Wettbewerbsregeln darauf ab, den Wettbewerb zu schützen und nicht die Wettbewerber[14].

63. Sei es unter dem Blickwinkel des Kartellrechts oder der Regelungen bezüglich des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung, Preisdiskriminierungen sollten nur geahndet werden können, wenn sie gegenwärtig oder potenziell eine wettbewerbsschädigende Wirkung haben. Die Feststellung einer solchen Wirkung ist nicht mit dem unmittelbaren Nachteil gleichzusetzen, den die Wirtschaftsteilnehmer, von denen für den Erwerb einer Ware oder die Inanspruchnahme einer

13 Vgl. insbesondere US Antitrust Modernization Commission, *Report and Recommendations* (2007), Kapitel IV.a: „The Robinson-Patman Act", abrufbar unter: http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. Im Jahr 2007 hat die US Antitrust Modernization Commission (Kartellrechtsmodernisierungskommission, USA) ebenfalls – erfolglos – vorgeschlagen, auf diese Bestimmung zurückzukommen. Für eine aktuellere Untersuchung siehe auch Kirkwood, J. B., „Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers", *The Antitrust Bulletin*, Bd. 60, Nr. 4, 2015, S. 358 bis 383.

14 Vgl. in diesem Sinne zu Rabattabsprachen meine Schlussanträge in der Rechtssache Intel Corporation/Kommission (C-413/14 P, EU:C:2016:788, Nr. 41).

Dienstleistung die höchsten Preise verlangt wurden, wahrnehmen oder gar erleiden. Überdies kann der Umstand, dass von einem Unternehmen für den Erwerb einer Ware oder die Inanspruchnahme einer Dienstleistung ein höherer Preis verlangt wurde als von einem oder mehreren Wettbewerbern, als Nachteil eingestuft werden, er führt aber nicht notwendig zu einem „Wettbewerbsnachteil".

64. Selbst wenn unterstellt würde, dass von einem Unternehmen höhere Gebühren erhoben werden als von einem anderen Unternehmen und es dadurch benachteiligt wird (oder sich für benachteiligt hält), wird dieses Verhalten daher nur von dieser Bestimmung erfasst, wenn nachgewiesen ist, dass es geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken und das Verbraucherwohl zu beeinträchtigen.

65. In den Regelungen bezüglich des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung ermöglicht eine Preisdiskriminierung einem Unternehmen, das eine solche Stellung innehat, insbesondere, seine Waren und Dienstleistungen mehr Verbrauchern anzubieten, wie z. B. Verbrauchern mit einer geringeren Kaufkraft. Ebenso wird der Kunde eines – auch eines beherrschenden – Unternehmens grundsätzlich dazu bewogen, mehr zu verkaufen, um in den Genuss eines „Treuerabatts" zu kommen, und er wird hierfür seinerseits veranlasst, seine Preise zu senken und damit seine Gewinnspanne zu reduzieren, was sich letzten Endes auf die Verbraucher positiv auswirkt. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die Fähigkeit der Wirtschaftsteilnehmer, ihre Verhandlungsmacht einzusetzen, um die besten Preiskonditionen zu erhalten und ihre Kosten zu senken, ein wichtiger Wettbewerbsparameter ist [15]. Letztlich kann eine Preisdiskriminierung ein wichtiger Faktor für die Förderung des Wettbewerbs sein.

66. Was insbesondere die Frage anbelangt, ob eine Preisdiskriminierung bei den Preisen, die ein Unternehmen von seinen „Handelspartnern" verlangt, bei denen es sich meistens um seine Kunden auf dem nachgelagerten Markt handelt, einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen kann, ist darauf hinzuweisen, dass Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV den Unternehmen in beherrschender Stellung die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, „wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden", ausdrücklich verbietet.

67. Entgegen dem, was eine oberflächliche Prüfung nahelegen könnte, gibt Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV Unternehmen, die ein Monopol oder eine beherrschende Stellung innehaben, nicht auf, von ihren Handelspartnern einheitliche Gebühren zu erheben.

68. Daher ergibt sich bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, dass eine Preisdiskriminierung, die ein beherrschendes Unternehmen gegenüber seinen Handelspartnern verfolgt, unter das Verbot des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung fallen kann, *wenn, und nur wenn der Wettbewerb zwischen diesen Handelspartnern* durch diese Diskriminierung *verfälscht wird*.

69. Letztlich erfordert eine konsequente Anwendung dieser Bestimmung zum einen, dass festgestellt wird, dass zwischen den Handelspartnern des beherrschenden Unternehmens ein Wettbewerbsverhältnis besteht, und zum anderen, dass dargelegt wird, dass das Verhalten dieses Unternehmens konkret geeignet ist, den Wettbewerb zwischen den betroffenen Unternehmen zu verfälschen [16]. Ich werde diesen Aspekt im Folgenden näher erläutern.

15 Daher ist die einer Einrichtung auferlegte Verpflichtung, alle ihre Handelspartner gleichzubehandeln, geeignet, zu wettbewerbswidrigen Ergebnissen zu führen (vgl. Bulmash, H., „An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations", *Journal of Competition Law & Economics*, Bd. 8, Nr. 2, 2012, S. 361 bis 397).

16 Vgl. in diesem Sinne die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache British Airways/Kommission (C-95/04 P, EU:C:2006:133, Nrn. 104 und 105).

*Eine Preisdiskriminierung „zweiten Grades" kann erst unter Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV fallen, wenn sie im Hinblick auf alle Umstände des Einzelfalls geprüft worden ist*

70. Sowohl in der Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden als auch in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs [17] hat sich zunehmend durchgesetzt, dass bei der Prüfung eines Verhaltens eines Unternehmens unter dem Blickwinkel von Art. 102 AEUV das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung nicht vermutet werden kann. Für die Feststellung des Vorliegens einer solchen Beschränkung ist in allen Fällen eine Prüfung der tatsächlichen oder potenziellen Wirkungen der beanstandeten Maßnahme im Hinblick auf alle Umstände des Einzelfalls vorzunehmen.

71. Wenn es um eine Preisdiskriminierung geht, unterscheidet sich die vorzunehmende Prüfung wesentlich danach, ob es sich um eine Diskriminierung „ersten Grades" oder „zweiten Grades" handelt.

72. Unter einer *Diskriminierung ersten Grades* ist schematisch die Diskriminierung zu verstehen, die gegenüber den Wettbewerbern des beherrschenden Unternehmens erfolgt. Dabei handelt es sich meistens um Preisdiskriminierungen, mit denen bestimmte Kunden der konkurrierenden Marktteilnehmer angelockt werden sollen, wie Verdrängungspreise, unterschiedliche Rabatte oder die Verursachung einer Kosten-Preis-Schere. Die Diskriminierung ersten Grades betrifft allgemein alle Preispraktiken, die darauf gerichtet sind, die Marktteilnehmer, die auf demselben Markt und (vertikal gesehen) auf demselben Niveau tätig sind wie das beherrschende Unternehmen, zu verdrängen oder deren Wettbewerbsposition zu schwächen.

73. Wegen der unmittelbaren Verdrängungswirkung, die sie verursachen können, sind es im Allgemeinen die Preisdiskriminierungen ersten Grades, über die die Wettbewerbsbehörden und Gerichte zu entscheiden haben.

74. Bei der *Diskriminierung zweiten Grades*, auf die sich Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV hauptsächlich bezieht, handelt es sich um die Diskriminierung, die die „Handelspartner" dieses Unternehmens auf dem nach- oder vorgelagerten Markt beeinträchtigt. Dabei handelt es sich insbesondere um den Fall, dass ein beherrschendes Unternehmen beschließt, von seinen Kunden, d. h. von Unternehmen, die nicht unmittelbar mit ihm in Wettbewerb stehen, unterschiedliche Preise zu verlangen. Diese Bestimmung will verhindern, dass durch ein Geschäftsgebaren eines Unternehmens in beherrschender Stellung der Wettbewerb auf einem vor- oder nachgelagerten Markt, d. h. der Wettbewerb zwischen den Zulieferern oder den Kunden dieses Unternehmens, verfälscht wird. Die Vertragspartner des beherrschenden Unternehmens sollen im Wettbewerb untereinander nicht bevorzugt oder benachteiligt werden [18].

75. Was die letztgenannte Art der Diskriminierung anbelangt, ist die Verdrängungswirkung und die Beschränkung des Wettbewerbsgeschehens nicht immer offensichtlich. Im Gegenteil: Ein Unternehmen, das auf dem vorgelagerten Markt tätig ist, profitiert grundsätzlich in vollem Umfang vom Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt.

76. Meines Erachtens ist, wie dies auch in zahlreichen rechtswissenschaftlichen Abhandlungen dargestellt wurde, bei der Untersuchung einer Preisdiskriminierung – wie der vorliegend streitigen – für die Anwendung von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV zunächst zwischen den vertikal integrierten Unternehmen zu unterscheiden, die somit ein Interesse daran haben, die Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt zu verdrängen, und den Unternehmen, die kein solches Interesse haben.

17 Vgl. insbesondere Urteil vom 6. September 2017, Intel/Kommission (C-413/14 P, EU:C:2017:632, Rn. 133 bis 147).

18 Vgl. Urteil vom 15. März 2007, British Airways/Kommission (C-95/04 P, EU:C:2007:166, Rn. 143).

77. Im Fall eines vertikal integrierten Unternehmens kommt die Anwendung diskriminierender Preise durch das beherrschende Unternehmen auf dem vor- oder nachgelagerten Markt in Wirklichkeit einer Diskriminierung ersten Grades gleich, die die Wettbewerber dieses Unternehmens mittelbar beeinträchtigt. Eine solche Diskriminierung kann zu einer Schwächung der Wettbewerber des beherrschenden Unternehmens auf dem nachgelagerten Markt führen.

78. Die Rechtssache, in der das Urteil Deutsche Bahn/Kommission [19] ergangen ist, ist ein anschauliches Beispiel dafür, welche wettbewerbsbeschränkende Wirkung eine von einem vertikal integrierten Unternehmen verfolgte Diskriminierung sowohl ersten als auch zweiten Grades verursachen kann. Durch die Anwendung unterschiedlicher Tarife auf die Beförderer von Containern, die auf den sogenannten Weststrecken tätig waren, für gleichwertige Leistungen im Zusammenhang mit der Nutzung der Eisenbahnverkehrsstruktur hatte die Deutsche Bahn AG ihren Handelspartnern *im Wettbewerb mit ihr selbst und ihrer Tochtergesellschaft unweigerlich einen Nachteil* zugefügt [20].

79. Wenn dagegen das Unternehmen in beherrschender Stellung nicht vertikal integriert ist, und außer in dem Fall, dass es um das Verhalten von öffentlichen Einrichtungen geht, das mehr oder weniger direkt zu einer geografischen Abschottung oder einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit führt [21], ist die Frage erlaubt, welchen Vorteil dieses Unternehmen aus einer Diskriminierung mit dem Ziel einer Benachteiligung eines seiner Handelspartner auf dem nachgelagerten Markt ziehen soll. Ein solches Unternehmen hat nämlich ein besonderes Interesse daran, dass der nachgelagerte Markt von starkem Wettbewerb geprägt ist, damit es seine Verhandlungsmacht als Verkäufer der betreffenden Ware bzw. Dienstleistung aufrechterhalten kann. Wenn, wie im Ausgangsverfahren, ein Unternehmen in beherrschender Stellung nicht mit seinen Kunden auf dem nachgelagerten Markt in Wettbewerb steht, lassen sich die Gründe, die dieses Unternehmen, außer einer direkten Ausnutzung seiner Kunden, an einer Preisdiskriminierung haben könnte, nur schwer ausmachen. Es erscheint daher für dieses Unternehmen sinnlos, den zwischen seinen Handelspartnern auf dem nachgelagerten Markt bestehenden Wettbewerbsdruck zu verringern.

80. Dies erklärt sicherlich, weshalb die Rechtssachen, die „reine“ *Diskriminierungen zweiten Grades* betreffen, d. h. Fälle, in denen, wie im Ausgangsverfahren, das (nicht vertikal integrierte) beherrschende Unternehmen offenbar kein Interesse daran hat, seine Handelspartner auf dem nachgelagerten Markt zu verdrängen, äußerst selten sind [22].

81. Außerdem ist festzustellen, dass im Rahmen der Prüfung der Rechtssachen, über die der Gerichtshof zu entscheiden hatte, die Erwägungen zur Anwendbarkeit von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV besonders knapp sind und sich aus ihnen jedenfalls keine klaren Auslegungsleitlinien für die Feststellung einer „Benachteiligung im Wettbewerb“ im Sinne dieser Bestimmung ableiten lassen.

82. In diesem Zusammenhang ist das Urteil Kanal 5 und TV 4 [23] zu erwähnen, das einen Fall betrifft, der dem vorliegenden Verfahren im Großen und Ganzen ähnlich ist. Gegenstand dieser Rechtssache war ein Rechtsstreit zwischen der Kanal 5 Ltd und der TV 4 AB einerseits sowie der Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa (Organisation für die kollektive Wahrnehmung des Urheberrechts für Musik, Schweden) andererseits wegen des von dieser angewandten Vergütungsmodells für die Fernsehübertragung urheberrechtlich geschützter Musikwerke.

19 Urteil vom 21. Oktober 1997, Deutsche Bahn/Kommission (T-229/94, EU:T:1997:155), das durch den Beschluss vom 27. April 1999, Deutsche Bahn/Kommission (C-436/97 P, EU:C:1999:205), bestätigt worden ist.

20 Urteil vom 21. Oktober 1997, Deutsche Bahn/Kommission (T-229/94, EU:T:1997:155, Rn. 93).

21 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 29. März 2001, Portugal/Kommission (C-163/99, EU:C:2001:189, Rn. 46 und 66), und vom 17. Mai 1994, Corsica Ferries (C-18/93, EU:C:1994:195, Rn. 43 bis 45).

22 Vgl. die in Fn. 21 angeführten Rechtssachen. Vgl. auch Urteil vom 11. Dezember 2008, Kanal 5 und TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

23 Urteil vom 11. Dezember 2008 (C-52/07, EU:C:2008:703).

83. Der Gerichtshof, der aufgefordert war, festzustellen, ob ein Verstoß gegen Art. 82 Abs. 2 Buchst. c EG (jetzt Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV) vorliegt, wenn eine Organisation für die kollektive Wahrnehmung des Urheberrechts die Gebühren, die sie als Vergütung für die Übertragung urheberrechtlich geschützter Musikwerke erhebt, je nachdem, ob es sich um private Fernsehgesellschaften oder öffentlich-rechtliche Unternehmen handelt, unterschiedlich berechnet, hat sich genau genommen nicht zum Zusammenhang zwischen dieser Preisdiskriminierung und dem möglicherweise auf dem nachgelagerten Markt festgestellten Wettbewerbsnachteil geäußert. Er hat im Übrigen darauf hingewiesen, dass das vorlegende Gerichts für die Anwendung dieser Bestimmung verschiedene Punkte zu prüfen habe.

84. Hierzu ist auch anzumerken, dass der von der Kommission und den Gerichten der Europäischen Union gewählte Ansatz häufig dazu führt, dass diese Bestimmung auf den Fall einer Diskriminierung ersten Grades angewandt wird, d. h. auf einen Fall, in dem das Vorliegen eines „Wettbewerbsnachteils“ nicht nachgewiesen ist, was im Schrifttum verschiedentlich Kritik aufkommen ließ, dass die Voraussetzungen, die sich aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ausdrücklich ergäben, rigoroser angewandt werden sollten [24]. Einige Kommentatoren befürworten daher, an die Preisdiskriminierungen gemäß Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV einen strengeren Maßstab anzulegen, oder empfehlen in diesem Zusammenhang eine Prüfung aller einschlägigen Voraussetzungen im Einzelfall [25].

85. Im Übrigen hat der Gerichtshof, der die Reichweite der Anforderungen an die Feststellungen zum Vorliegen eines Wettbewerbsnachteils im Sinne dieser Bestimmung klarstellen sollte, in der Rechtssache British Airways/Kommission [26] – dem Referenzurteil für die Untersuchung von Preisdiskriminierungen unter dem Blickwinkel von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV – betont, dass „[d]ie Tatbestandsmerkmale von Art. [102] Abs. 2 Buchst. c [AEUV] daher nur dann erfüllt [sind], wenn festgestellt wird, dass das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht nur diskriminierend ist, sondern dass es auch darauf abzielt, diese Wettbewerbsbeziehung zu verfälschen, d. h. die Wettbewerbsposition eines Teils der Handelspartner dieses Unternehmens gegenüber den anderen zu beeinträchtigen“.

86. Wenn zwar, wie der Gerichtshof klargestellt hat, nichts daran hindert, die Diskriminierung von Handelspartnern, die sich nicht in einer Wettbewerbsbeziehung befinden, als missbräuchlich anzusehen, ist es nach wie vor notwendig, nachzuweisen, dass das Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung „angesichts des gesamten Sachverhalts“ darauf gerichtet ist, eine Wettbewerbsverzerrung zwischen diesen Handelspartnern herbeizuführen [27].

87. Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV kann mit anderen Worten nicht dahin ausgelegt werden, dass er ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehat, unter allen Umständen und unabhängig von einer Untersuchung der Auswirkungen des beanstandeten Verhaltens auf den Wettbewerb dazu verpflichtet, von seinen Handelspartnern einheitliche Preise zu verlangen.

88. Die Notwendigkeit, dass „alle Umstände des Einzelfalls“ zu berücksichtigen sind, ist daher im Rahmen der Beurteilung einer Preisdiskriminierung von grundlegender Bedeutung. Keinesfalls kann aus Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV abgeleitet werden, dass eine solche Praxis immer zu einer „Benachteiligung im Wettbewerb“ führt.

24 Vgl. Perrot, A., „Towards an effects-based approach of price discrimination“, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, a. a. O., insbesondere S. 166 ff.

25 Vgl. den in der vorstehenden Fußnote angeführten Aufsatz. Vgl. auch Geradin, D., und Petit, N., „Price Discrimination under EC competition law: The Need for a case-by-case approach“, *Global Competition Law Centre Working Paper* 07/05, S. 45 und 46.

26 Urteil vom 15. März 2007, British Airways/Kommission (C-95/04 P, EU:C:2007:166, Rn. 144).

27 Urteil vom 15. März 2007, British Airways/Kommission (C-95/04 P, EU:C:2007:166, Rn. 145).

89. Was das Urteil Clearstream/Kommission [28] anbelangt, auf das das vorlegende Gericht in seinen Fragen ausdrücklich Bezug nimmt, weise ich darauf hin, dass das Gericht in diesem Urteil seine Prüfung auf den Einzelfall beschränken wollte, der ihm angeblich vorgelegt worden war. Wie aus Rn. 192 dieses Urteils hervorgeht, hat das Gericht auf den Grundsatz verwiesen, dass „[d]ie Tatbestandsmerkmale von Art. [102] Abs. 2 Buchst. c [AEUV] nur dann erfüllt [sind], wenn festgestellt wird, dass das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht nur diskriminierend ist, *sondern dass es auch darauf abzielt, diese Wettbewerbsbeziehung zu verfälschen*“ (Hervorhebung nur hier).

90. Selbst wenn unterstellt würde, dass aus diesem Urteil des Gerichts der Schluss gezogen werden könnte, dass das Gericht die Vermutung anerkannt hat, dass eine Preisdiskriminierung geeignet ist, einen solchen Nachteil hervorzurufen, ist jedenfalls festzustellen, dass dieses Urteil des Gerichts, das im Übrigen in Ermangelung eines dagegen eingelegten Rechtsmittels nicht vom Gerichtshof bestätigt wurde, etwas überholt ist.

91. Meines Erachtens bezieht sich dieses Urteil auf eine Zeit, als die Art der Herangehensweise – nämlich in Bezug auf den Zweck (formell betrachtet) oder die Wirkungen –, die bei der Untersuchung der Verhaltensweisen der Unternehmen, bei denen es sich um einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung handeln sollte, zu beachten war, noch diskutiert wurde.

92. Wichtig ist meines Erachtens schließlich, dass der Nachweis des Vorliegens eines Wettbewerbsnachteils etwas anderes ist als die Prüfung der Wahrscheinlichkeit, dass das Verhalten eines Unternehmens, das seiner Art nach eine Verdrängungswirkung entfalten könnte, zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt und insbesondere die beanstandeten Verdrängungswirkungen erzeugt [29]. Zweck dieser Voraussetzung für die Anwendung von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV ist, dass konkret festgestellt wird, dass eine von einem Unternehmen gegenüber seinen Handelspartnern verfolgte Preisdiskriminierung, die für sich aus wettbewerblicher Sicht unproblematisch ist, einen Wettbewerbsnachteil herbeiführt.

93. Wie ich bereits ausführen konnte [30], ist die Untersuchung von Preisdiskriminierungen unter dem Blickwinkel von Art. 102 AEUV im Allgemeinen nur schwer einem Formalismus oder einer Systematisierung zugänglich. Insbesondere ist – und sollte es auch bleiben – die Untersuchung der Frage, ob die von einem Unternehmen in beherrschender Stellung auf einem bestimmten Markt verfolgte Preisdiskriminierung konkrete Auswirkungen auf den auf einem vor- oder nachgelagerten Markt herrschenden Wettbewerb haben könnte, im höchsten Grade einzelfallbezogen.

### *Die Feststellung des Vorliegens eines Wettbewerbsnachteils erfordert, dass über die möglicherweise erlittene Diskriminierung hinaus das Vorliegen eines Wettbewerbsnachteils konkret nachgewiesen wird*

94. Entgegen dem, was der von MEO im vorliegenden Verfahren vertretene Standpunkt nahelegt, geht meines Erachtens eine Preisdiskriminierung nicht notwendigerweise mit einer „Benachteiligung im Wettbewerb“ im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV einher.

95. Meiner Ansicht nach beruht eine solche Auffassung auf einer Verwechslung der Beurteilung des Vorliegens einer „Benachteiligung im Wettbewerb“ mit dem Vorliegen von „Nachteilen zwischen den Wettbewerbern“ bzw. eines Nachteils überhaupt.

28 Urteil vom 9. September 2009 (T-301/04, EU:T:2009:317, Rn. 194). Das Gericht hat entschieden, dass „[i]m vorliegenden Fall … die ununterbrochen fünf Jahre andauernde Anwendung unterschiedlicher Preise für gleiche Leistungen gegenüber einem Handelspartner durch ein Unternehmen mit einer faktischen Monopolstellung auf dem vorgelagerten Markt zwangsläufig einen Wettbewerbsnachteil für diesen Partner herbeiführen [musste]“.

29 Vgl. hierzu Urteil vom 6. September 2017, Intel/Kommission (C-413/14 P, EU:C:2017:632, Rn. 138 bis 141).

30 Vgl. insbesondere meine Schlussanträge in der Rechtssache Intel Corporation/Kommission (C-413/14 P, EU:C:2016:788, Nrn. 73 ff.).

96. Für die Feststellung einer „Benachteiligung im Wettbewerb“ im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV muss die fragliche Praxis, zusätzlich zu dem von der Preisdiskriminierung hervorgerufenen Nachteil für sich genommen, eine besondere Auswirkung auf die Wettbewerbsposition des angeblich benachteiligten Unternehmens haben.

97. Der erlittene Nachteil muss mit anderen Worten erheblich genug sein, um sich auf die Wettbewerbsposition des benachteiligten Unternehmens auszuwirken. Daher muss nachgewiesen werden, dass die diskriminierenden Preise das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Handelspartnern auf dem nachgelagerten Markt wahrscheinlich verfälschen werden.

98. Eine solche Untersuchung erfordert, dass die Wettbewerbsbehörde alle Umstände des ihr vorgelegten Falles berücksichtigt. Eine Preisdiskriminierung führt bei den Kunden eines Unternehmens in beherrschender Stellung zu einem Wettbewerbsnachteil, wenn sie konkret geeignet ist, sich auf den Wettbewerb auf dem Markt, auf dem die Kunden tätig sind, nachteilig auszuwirken. Für die Feststellung einer Wettbewerbsverzerrung in diesem Kontext kann man sich daher nicht auf eine Beurteilung der Auswirkungen der Diskriminierung auf einen speziellen Handelspartner beschränken.

99. Insbesondere ist zu untersuchen, ob die streitige Preisdiskriminierung die Fähigkeit der benachteiligten Handelspartner beeinträchtigen kann, auf die bevorzugten Handelspartner einen wirksamen Wettbewerbsdruck auszuüben.

100. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss zwar weder der Nachweis erbracht werden, dass das Verhalten des beherrschenden Unternehmens zu einer tatsächlichen, messbaren Verschlechterung der Wettbewerbsposition eines oder mehrerer Handelspartner geführt hat [31], noch, dass die wettbewerbsschädigende Wirkung auf dem Markt, auf dem die Handelspartner in Wettbewerb stehen, „spürbar“ ist, da es nicht angezeigt scheint, eine Spürbarkeits- oder *De-minimis*-Schwelle festzulegen, um die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung festzustellen [32].

101. Gleichwohl darf, da anderenfalls die in Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV eindeutig festgelegten Voraussetzungen missachtet würden, der schlichte „Nachteil“, der aus der Diskriminierung als solcher folgt, nicht mit der „Benachteiligung im Wettbewerb“ verwechselt werden, die sich auf dem Markt verwirklichen muss, auf dem die Handelspartner des beherrschenden Unternehmens tätig sind, im vorliegenden Fall der nachgelagerte Markt der mit dem Urheberrecht verwandten Schutzrechte.

102. Hierzu ist meines Erachtens zwischen den wettbewerbsschädigenden Verhaltensweisen zu unterscheiden, die wegen der ihnen innewohnenden Wettbewerbsschädlichkeit zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen, und den Verhaltensweisen, wie den Preisdiskriminierungen zweiten Grades eines nicht vertikal integrierten beherrschenden Unternehmens, die eine weiter gehende Prüfung ihrer konkreten Auswirkungen erfordern, um auf das Vorliegen einer solchen Beschränkung schließen zu können.

103. Es geht nicht darum, die Wettbewerbsbeschränkungen hier danach zu unterschieden, ob sie geringfügig sind oder nicht – was die Festlegung einer im Rahmen von Art. 102 AEUV grundsätzlich verbotenen Geringfügigkeitsschwelle rechtfertigen würde. Es geht vielmehr um die Feststellung des Vorliegens einer tatsächlichen Beschränkung des Wettbewerbs, die etwas anderes ist als eine Preisdiskriminierung und zu dieser hinzukommen muss.

31 Vgl. Urteil vom 15. März 2007, British Airways/Kommission (C-95/04 P, EU:C:2007:166, Rn. 145).

32 Vgl. Urteil vom 6. Oktober 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, Rn. 73).

104. Der Umstand, dass von einem dieser Handelspartner ein höherer Preis verlangt wird, kann sich daher allenfalls auf die Kosten dieses Unternehmens auswirken und nur sehr hypothetisch auf die Rentabilität und die erwarteten Gewinne dieses Unternehmens. Dies impliziert jedoch nicht, dass das Wettbewerbsniveau auf dem nachgelagerten Markt durch die streitige Preisdiskriminierung berührt wäre. Wie GDA in ihren schriftlichen Erklärungen zu Recht betont hat, sind die Rentabilität und die Wettbewerbsfähigkeit zwei völlig unterschiedliche Punkte.

105. Hieraus folgt meines Erachtens, dass weder eine mögliche unterschiedliche Behandlung, die sich nicht auf den Wettbewerb auswirkt, noch sehr geringfügige Auswirkungen einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV darstellen können [33].

106. Das Vorliegen einer Benachteiligung im Wettbewerb muss nachgewiesen werden, indem die tatsächlichen oder potenziellen Wirkungen der beanstandeten Praxis im Hinblick auf *alle relevanten Umstände* sowohl in Bezug auf die betreffenden Vorgänge als auch auf die Eigenheiten des Marktes, auf dem die Handelspartner des beherrschenden Unternehmens tätig sind, geprüft werden.

107. Für die Untersuchung der Verzerrungs- oder Verdrängungswirkung einer Preisdiskriminierung muss zunächst dem Vorliegen und dem relativen Ausmaß der streitigen Preisdiskriminierung eine besondere Aufmerksamkeit zukommen.

108. Danach ist das Augenmerk auch auf die Prüfung der Höhe der Kosten der von dem beherrschenden Unternehmen gelieferten Waren oder Dienstleistungen im Verhältnis zu den Gesamtkosten des oder der angeblich benachteiligten Handelspartner zu richten.

109. Wenn der von dem beherrschenden Unternehmen verlangte Preis einen beachtlichen Teil der Gesamtkosten des benachteiligten Kunden ausmacht, kann sich die Preisdiskriminierung nicht nur auf die Rentabilität des Unternehmens dieses Kunden auswirken, sondern auch auf seine Wettbewerbsposition [34].

110. Wenn dagegen das relative Gewicht der von dem beherrschenden Unternehmen verlangten Preise gering ist, sind diese nicht geeignet, die Wettbewerbsposition des benachteiligten Kunden zu beeinträchtigen.

111. Im vorliegenden Fall hat die AdC festgestellt, dass diese Kosten unerheblich gewesen seien. In Rn. 67 der Verfügung dieser Behörde heißt es nämlich, dass auf der Grundlage der von MEO am 23. Juni 2015 vorgelegten Informationen der Schluss zu ziehen gewesen sei, dass in der Zeit vom 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2013 die Beträge, die MEO im Rahmen des in Rede stehenden Großkundendienstes jährlich an GDA gezahlt habe, einen geringen Prozentsatz der MEO im Rahmen der Erbringung des Endkundendienstes des Zugangs zum Fernsehsignal per Abonnement entstandenen Kosten und nur einen verschwindend kleinen Teil der von MEO im Rahmen der Erbringung dieses Endkundendienstes erzielten Gewinne ausgemacht hätten. Da das relative Gewicht der von GDA für die verwandten Schutzrechte verlangten Preise nach Ansicht der AdC unbedeutend war, lässt sich nur schwer feststellen, inwiefern die von GDA vorgenommene Anwendung unterschiedlicher Gebühren wegen ihres Ausmaßes geeignet gewesen wäre, die Wettbewerbsposition von MEO zu beeinträchtigen und damit eine Benachteiligung im Wettbewerb herbeizuführen.

33 Vgl. in diesem Sinne, auch zur Herbeiführung einer Annäherung der verschiedenen Ansätze, die sich in diesem Bereich gegenüberstehen, O'Donoghue, R., und Padilla, J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, a. a. O., S. 802 und 803.

34 Vgl. insbesondere die Untersuchung der Kommission in ihrer Entscheidung Soda-Ash/Solvay (Entscheidung 91/299/EWG der Kommission vom 19. Dezember 1990 in einem Verfahren nach Artikel 86 EWG-Vertrag [V/33.133-C: Soda – Solvay], ABl. 1991, L 152, S. 21, Rn. 64), in der festgestellt wurde, dass die streitige Preisdiskriminierung eine erhebliche Wirkung auf die Wettbewerbsposition der betroffenen Unternehmen hatte, da das betreffende Produkt bis zu 70 % der gesamten Rohstoffkosten des Fertigprodukts ausmachen konnte. Der Preis für den Einkauf dieses Produkts berührte daher die Rentabilität und die Wettbewerbsposition der Glashersteller.

### *Abschließende Anmerkungen zur Rolle der Wettbewerbsbehörde, wenn sie mit einer Beschwerde befasst ist*

112. Es obliegt zwar letztlich dem vorlegenden Gericht, im Hinblick auf alle Umstände des Einzelfalls zu prüfen, inwiefern die streitige Preisdiskriminierung einen Wettbewerbsnachteil herbeigeführt hat, meines Erachtens hat jedoch im vorliegenden Fall die AdC daher keinen Fehler begangen, als sie untersucht hat, ob aus wirtschaftlicher Sicht die Anwendung unterschiedlicher Gebühren gegenüber MEO und NOS geeignet war, sich auf die Wettbewerbsfähigkeit von MEO im Verhältnis zu NOS auszuwirken.

113. Im Übrigen erscheint es mir abschließend wichtig, darauf hinzuweisen, dass die Rolle der Wettbewerbsbehörde, wenn diese mit einer Beschwerde befasst ist, mit der das Vorliegen eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung insbesondere wegen einer Preisdiskriminierung zweiten Grades wie der vorliegend in Rede stehenden gerügt wird, darin besteht, *die vom Beschwerdeführer vorgetragenen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte* aufmerksam zu prüfen, um grundsätzlich binnen angemessener Frist darüber zu entscheiden, ob sie ein Verfahren zur Feststellung des Verstoßes einleitet oder die Beschwerde ohne Verfahrenseinleitung zurückweist oder aber eine Einstellungsverfügung erlässt [35].

114. In einem solchen Kontext ist eine Einstellungsverfügung mit der Zurückweisung der Punkte zu begründen, die der Behörde speziell vorgelegt wurden. Der Behörde kann dagegen nicht vorgeworfen werden, dass sie die Gründe, weshalb das beanstandete Verhalten möglicherweise einen Missbrauch darstellt, allgemein und ohne spezifische Anhaltspunkte, die insbesondere das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung bestätigen würden, feststellt.

## Ergebnis

115. Nach alledem schlage ich vor, die Vorlagefragen des Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Gericht für Wettbewerb, Regulierung und Aufsicht, Portugal) wie folgt zu beantworten:

Ohne objektive Rechtfertigung stellt der Umstand, dass ein Unternehmen in beherrschender Stellung von manchen seiner Lizenznehmer höhere Preise verlangt als von den anderen Lizenznehmern, einen Missbrauch im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV dar, wenn, und nur wenn die erstgenannten Lizenznehmer durch diese Praxis im Verhältnis zu den anderen Lizenznehmern, mit denen sie in Wettbewerb stehen, im Wettbewerb benachteiligt werden.

Die Handelspartner eines beherrschenden Unternehmens werden im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV im Wettbewerb benachteiligt, wenn die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen die Wettbewerbsposition mancher dieser Handelspartner im Verhältnis zu den anderen Handelspartnern beeinträchtigt und folglich den Wettbewerb zwischen den bevorzugten Handelspartnern und den benachteiligten Handelspartnern verfälscht.

Die Feststellung des Vorliegens einer Benachteiligung im Wettbewerb impliziert die Feststellung einer Verzerrung des Wettbewerbs zwischen den betreffenden Parteien auf dem relevanten Markt, die etwas anderes ist als eine möglicherweise festgestellte bloße unterschiedliche Behandlung. Die empfohlene Untersuchung darf sich nicht auf eine bloße formale automatische Schlussfolgerung beschränken, die auf tatsächlichen oder rechtlichen Vermutungen beruht, sondern impliziert eine konkrete Prüfung aller Umstände des Einzelfalls. Dabei können insbesondere, aber nicht ausschließlich, die Art und das Ausmaß der streitigen Preisdiskriminierung sowie die Kostenstruktur der betroffenen Unternehmen berücksichtigt werden.

35 Vgl. entsprechend, was die Rolle der Kommission anbelangt, Urteil vom 19. Mai 2011, Ryanair/Kommission (T-423/07, EU:T:2011:226, Rn. 53).