Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Fünfte Kammer)

12. Mai 2022 *

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Wettbewerb – Beherrschende Stellung – Missbräuchliche Ausnutzung – Art. 102 AEUV – Auswirkung einer Praxis auf das Wohl der Verbraucher und die Marktstruktur – Missbräuchliche Verdrängungspraxis – Eignung der Praxis, eine Verdrängungswirkung zu entfalten – Einsatz von anderen Mitteln als denen eines Leistungswettbewerbs – Unmöglichkeit für einen hypothetischen ebenso effizienten Wettbewerber, die Praxis zu erwidern – Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Absicht – Öffnung des Strommarkts für den Wettbewerb – Übermittlung geschäftlich sensibler Informationen innerhalb einer Unternehmensgruppe, um auf einem Markt eine beherrschende Stellung beizubehalten, die aus einem gesetzlichen Monopol hervorgegangen ist – Zurechenbarkeit des Verhaltens der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft“

In der Rechtssache C-377/20

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) mit Entscheidung vom 21. Mai 2020, beim Gerichtshof eingegangen am 29. Juli 2020, in dem Verfahren

Servizio Elettrico Nazionale SpA,

ENEL SpA,

Enel Energia SpA

gegen

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato u. a.,

Beteiligte:

Green Network SpA,

Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET,

Ass.ne Codici – Centro per i Diritti del Cittadino,

Associazione Energia Libera,

Metaenergia SpA,

* Verfahrenssprache: Italienisch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten E. Regan (Berichterstatter), des Präsidenten des Gerichtshofs K. Lenaerts in Wahrnehmung der Aufgaben eines Richters der Fünften Kammer, des Präsidenten der Vierten Kammer C. Lycourgos sowie der Richter I. Jarukaitis und M. Ilešič,

Generalanwalt: A. Rantos,

Kanzler: C. Di Bella, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 9. September 2021,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

– der Servizio Elettrico Nazionale SpA, vertreten durch M. D'Ostuni, A. Police und M. Russo, Avvocati,

– der ENEL SpA, vertreten durch M. Clarich und V. Meli, Avvocati,

– der Enel Energia SpA, vertreten durch F. Anglani, C. Tesauro, S. Fienga und M. Contu, Avvocati,

– der Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, vertreten durch G. Aiello, Avvocato dello Stato,

– der Green Network SpA, vertreten durch V. Cerulli Irelli, C. Mirabile und A. Fratini, Avvocati,

– der Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET, vertreten durch G. d'Andria, Avvocato,

– der deutschen Regierung, vertreten durch J. Möller und D. Klebs als Bevollmächtigte

– der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von G. Galluzzo und S. Fiorentino, Avvocati dello Stato,

– des Königreichs Norwegen, vertreten durch L. Furuholmen, K. Hallsjø Aarvik, K. S. Borge, E. W. Sandaa und P. Wennerås als Bevollmächtigte,

– der Europäischen Kommission, vertreten durch G. Conte, P. Rossi und C. Sjödin als Bevollmächtigte,

– der EFTA-Überwachungsbehörde, vertreten durch C. Simpson und M. Sánchez Rydelski als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 9. Dezember 2021

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 102 AEUV.

2 Es ergeht im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten zwischen der Servizio Elettrico Nazionale SpA (im Folgenden: SEN), ihrer Muttergesellschaft ENEL SpA und der Tochtergesellschaft Enel Energia SpA (im Folgenden: EE) auf der einen und der Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde, Italien, im Folgenden: AGCM) sowie weiteren Parteien auf der anderen Seite wegen der Entscheidung dieser Behörde, gegen diese Gesellschaften nach Art. 102 AEUV eine Geldbuße wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zu verhängen (im Folgenden: streitige Entscheidung).

Ausgangsrechtsstreitigkeiten und Vorlagefragen

3 Hintergrund der vorliegenden Rechtssache ist die schrittweise Liberalisierung des Marktes für den Verkauf von elektrischem Strom in Italien.

4 Seit dem 1. Juli 2007 können alle Nutzer des italienischen Elektrizitätsnetzes, einschließlich Haushalte und kleine und mittlere Unternehmen, ihren Lieferanten wählen. Die Öffnung dieses Marktes war jedoch in einem ersten Schritt gekennzeichnet durch eine Unterscheidung zwischen einerseits den Kunden, die auf dem freien Markt einen anderen Lieferanten als den örtlich zuständigen Versorger wählen konnten, und andererseits den Kunden des geschützten Marktes, nämlich Privatkunden und kleinen Unternehmen, bei denen davon ausgegangen wurde, dass sie nicht in der Lage waren, ihre Lieferverträge in voller Sachkenntnis oder aus einer Position der Stärke heraus auszuhandeln, und die daher weiterhin einem regulierten System unterfielen, und zwar dem servizio di maggior tutela (geschützter Grundversorgungsdienst), mit dem ein Markt geschaffen wurde, der hinsichtlich der Festlegung der Verkaufsbedingungen der Kontrolle einer nationalen sektoriellen Regulierungsbehörde unterlag.

5 In einem zweiten Schritt wurde den Kunden des geschützten Marktes gestattet, am freien Markt teilzunehmen. Der italienische Gesetzgeber vollzog den Übergang vom geschützten Markt zum freien Markt und legte einen Zeitpunkt fest, ab dem der besondere Preisschutz nicht mehr gewährt werden sollte.

6 Als die AGCM am 20. Dezember 2018 die streitige Entscheidung erließ, wurde der Zeitpunkt der Aufhebung des besonderen Preisschutzes auf den 1. Juli 2020 festgesetzt. Nach mehreren Verschiebungen wurde dieser Zeitpunkt schließlich für kleine und mittlere Unternehmen auf den 1. Januar 2021 und für Haushalte auf den 1. Januar 2022 festgesetzt.

7 Zur Liberalisierung des Marktes wurde ENEL, ein bis dahin vertikal integriertes Unternehmen, das in Italien das Monopol in der Stromerzeugung innehatte und in der Stromverteilung tätig war, einem Verfahren zur Entflechtung der Erzeugungs- und Verteilungstätigkeiten sowie der Marken unterworfen. Als Ergebnis dieses Verfahrens wurden die Tätigkeiten in Bezug auf die verschiedenen Phasen des Verteilungsprozesses an unterschiedliche Gesellschaften vergeben. So wurden E-Distribuzione die Verteilungsdienstleistungen übertragen, EE mit der Stromlieferung auf dem freien Markt betraut und SEN der Betrieb des geschützten Grundversorgungsdiensts zugewiesen.

8 Die vorliegenden Rechtsstreitigkeiten gehen auf eine bei der AGCM eingelegte Beschwerde der Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET (Italienischer Verband der Energiehändler und -versorger) und auf Hinweise einzelner Verbraucher zurück, dass geschäftlich sensible Daten von Unternehmen, die wegen ihrer Zugehörigkeit zur ENEL-Gruppe über diese Daten verfügten, missbräuchlich verwendet worden seien. Daher leitete die AGCM am 4. Mai 2017 eine Untersuchung gegen ENEL, SEN und EE ein, um zu prüfen, ob das Handeln dieser Unternehmen einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV darstellte.

9 Die Untersuchung wurde mit dem Erlass der streitigen Entscheidung abgeschlossen, in der die AGCM feststellte, dass SEN und EE, koordiniert durch ihre Muttergesellschaft ENEL, in der Zeit von Januar 2012 bis Mai 2017 unter Verstoß gegen Art. 102 AEUV auf den Märkten für den Verkauf von elektrischem Strom an Haushaltskunden und Nicht-Haushaltskunden, die an das Niederspannungsnetz angeschlossen waren, in den Gebieten, in denen die ENEL-Gruppe für die Verteilung zuständig war, ihre beherrschende Stellung missbraucht hätten. Die AGCM setzte daher gegen die genannten Unternehmen gesamtschuldnerisch eine Geldbuße in Höhe von 93 084 790,50 Euro fest.

10 Das vorgeworfene Verhalten bestand in der Umsetzung einer Verdrängungsstrategie von Januar 2012 bis Mai 2017 mit dem Ziel, die Kunden von SEN, dem etablierten Betreiber des geschützten Marktes, der auch 2017 noch zwischen 80 % und 85 % der Haushalte und zwischen 70 % und 85 % der sonstigen Kunden repräsentierte, zu EE, die auf dem freien Markt tätig ist, überzuleiten. Das Ziel der ENEL-Gruppe sei es somit gewesen, der Gefahr zu begegnen, dass die Kunden von SEN in großem Umfang zu Drittanbietern abwandern, und zwar im Hinblick auf die vollständige Abschaffung des geschützten Marktes, die allerdings ursprünglich erst für 2017 vorgesehen war.

11 Der streitigen Entscheidung zufolge erwarb SEN ab 2012 die Zustimmung ihrer Kunden auf dem geschützten Markt zum Erhalt von Werbeangeboten für den freien Markt unter diskriminierenden Bedingungen, die darin bestanden hätten, dass diese Zustimmung „getrennt“ für die Unternehmen der ENEL-Gruppe einerseits und für Drittanbieter andererseits eingeholt worden sei. Auf diese Weise hätten die angesprochenen Kunden zum einen dazu tendiert, ihre Zustimmung zugunsten der Unternehmen der ENEL-Gruppe zu erteilen, da sie davon ausgegangen seien, dass die Erteilung einer solchen Zustimmung für die Aufrechterhaltung ihrer Stromversorgung notwendig sei, und zum anderen dazu, ihre Zustimmung zugunsten anderer Betreiber zu verweigern. Damit habe SEN die Anzahl der Zustimmungen von Kunden des geschützten Marktes zum Erhalt von Werbeangeboten von konkurrierenden Betreibern beschränkt. Denn von allen Kunden des geschützten Marktes, die dem Erhalt von Werbeangeboten der ENEL-Gruppe zugestimmt hätten – das seien zwischen 2012 und 2015 durchschnittlich etwa 500 000 Kunden pro Jahr gewesen, d. h. mehr als doppelt so viele Kunden, wie durchschnittlich die drei größten Konkurrenten gehabt hätten –, hätten 70 % nur dem Erhalt eines Angebots der ENEL-Gruppe zugestimmt, gegenüber 30 %, die auch dem Erhalt von Angeboten von Konkurrenten zugestimmt hätten.

12 Die Informationen über die Kunden des geschützten Marktes, die dem Erhalt von Werbeangeboten der ENEL-Gruppe zugestimmt hätten, seien daraufhin in Listen (im Folgenden: SEN-Listen) aufgenommen worden, die über entgeltliche Mietverträge an EE weitergereicht worden seien. Da die SEN-Listen Informationen enthalten hätten, die anderswo nicht verfügbar gewesen seien, nämlich die Zugehörigkeit der Kunden zum geschützten Grundversorgungsdienst, vertrat die AGCM die Auffassung, dass sie einen unersetzlichen strategischen Wert hätten, denn sie hätten gezielte Werbemaßnahmen ermöglicht.

13 Die SEN-Listen seien von EE dazu genutzt worden, ausschließlich an diese Art von Kunden Werbeangebote zu richten, wie das Werbeangebot „*Sempre Con Te*“ („Immer bei dir“), das vom 20. März bis zum 1. Juni 2017 unterbreitet worden sei und Ausdruck ihrer Verdrängungsstrategie gewesen sei. Nach Ansicht der AGCM ermöglichte die Verwendung der SEN-Listen es EE, den Wettbewerbern einen beachtlichen Anteil – nämlich mehr als 40 % – der „bestreitbaren Nachfrage“ der Kunden, die vom geschützten Markt auf den freien Markt übergegangen seien, zu entziehen.

14 Laut der streitigen Entscheidung nahm nur ein Konkurrent von EE mit SEN Kontakt auf, um die SEN-Listen mit den Kontaktdaten der Kunden zu erwerben, die sich bereit erklärt hätten, Angebote anderer Unternehmen zu erhalten. Diese Gesellschaft, die angebe, von der Veräußerung dieser Listen nur über die Website von SEN Kenntnis erlangt zu haben, habe schließlich auf den Erwerb der Listen verzichtet. Andere Gesellschaften, die seit vielen Jahren auf dem relevanten Markt tätig seien, hätten angegeben, dass sie nie über diese Werbemöglichkeit informiert worden seien.

15 ENEL, SEN und EE erhoben jeweils Klage gegen die streitige Entscheidung beim Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Verwaltungsgericht für die Region Latium, Italien), dem erstinstanzlichen Gericht.

16 Mit Urteilen vom 17. Oktober 2019 stellte dieses Gericht zwar das Vorliegen eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung fest, gab aber den von EE und SEN eingereichten Klagen teilweise statt, was die Dauer des vorgeworfenen Missbrauchs und die Kriterien für die Berechnung der Geldbuße anbelangt. Aufgrund dieser Urteile reduzierte die AGCM die Geldbuße auf 27 529 786,46 Euro. Die von ENEL erhobene Klage wies das Gericht dagegen in vollem Umfang ab.

17 Diese drei Gesellschaften legten gegen diese Urteile beim vorlegenden Gericht jeweils Rechtsmittel ein, die auf die Aufhebung und, hilfsweise, die Herabsetzung der Geldbuße gerichtet sind.

18 Zur Stützung ihres Rechtsmittels machen ENEL, SEN und EE als Erstes geltend, dass die Missbräuchlichkeit ihres Verhaltens und vor allem dessen Eignung, und sei es nur potenziell, zur Erzeugung wettbewerbswidriger Verdrängungswirkungen nicht nachgewiesen seien.

19 Zum einen sei die bloße Aufnahme des Namens eines Kunden in eine Telemarketingliste zum Zwecke der Werbung für Leistungen der Tochterunternehmen kein missbräuchliches Verhalten gewesen, da sie zu keiner Abnahmeverpflichtung geführt und den Kunden nicht daran gehindert habe, in andere Listen aufgenommen zu werden, Werbenachrichten zu erhalten und jederzeit, auch mehrmals, den Anbieter zu wählen oder zu wechseln.

20 Zum anderen sei die Verwendung der SEN-Listen nicht geeignet gewesen, einen schnellen und massenhaften Wechsel von Kunden von SEN zu EE zu ermöglichen. Tatsächlich habe EE in den Monaten März bis Mai 2017, den lediglich zwei Monaten zwischen der Einführung des Angebots „*Sempre Con Te*“ und der Beendigung des Telefonverkaufs („teleselling outbound“), durch die Verwendung der SEN-Listen lediglich 478 Kunden gewonnen, also 0,002 % der Nutzer des geschützten Grundversorgungsdiensts und 0,001 % aller Stromkunden.

21 Außerdem habe die AGCM die von ENEL, SEN und EE vorgelegten wirtschaftlichen Beweise nicht geprüft, die belegten, dass die festgestellten Verhaltensweisen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen weder hätten erzeugen können noch tatsächlich erzeugt hätten. Die guten Ergebnisse

von EE bei der Gewinnung von Kunden aus dem geschützten Grundversorgungsdienst seien insoweit auf zwei völlig legitime Faktoren zurückzuführen, die eine alternative und überzeugendere Erklärung als die von AGCM vorgebrachte geben könnten, nämlich zum einen die Tatsache, dass die Leistungen auf dem freien Markt bei den Unternehmen der ENEL-Gruppe besser gewesen seien, und zum anderen die Anziehungskraft der Marke ENEL.

22 Schließlich seien die SEN-Listen weder strategisch noch unersetzlich gewesen, da es auf dem Markt entsprechende Listen von Kunden des geschützten Grundversorgungsdiensts gebe, die vollständiger und billiger seien.

23 Als Zweites wendet sich ENEL dagegen, dass sich die AGCM für die Annahme ihrer Verantwortlichkeit als Muttergesellschaft auf eine einfache Vermutung gestützt habe. Hierzu macht ENEL geltend, ab dem Jahr 2014 seien die ENEL-Gruppe umstrukturiert und deren Entscheidungsprozesse dezentralisiert worden. In diesem neuen organisatorischen Kontext habe ENEL als Muttergesellschaft der Gruppe lediglich die Funktion gehabt, Synergien und „best practices“ zwischen den verschiedenen operativen Unternehmen zu fördern, und dabei ihre Rolle bei der Entscheidungsfindung aufgegeben.

24 Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts, das die drei Ausgangsverfahren verbunden hat, besteht kein Zweifel daran, dass die ENEL-Gruppe eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt innehat. Dagegen weise der Begriff „missbräuchliche Ausnutzung“, insbesondere bei „atypischen“ Missbräuchen wie dem, der darauf abgezielt habe, das Wachstum oder die Diversifizierung des Angebots der Wettbewerber zu verhindern, Auslegungsschwierigkeiten auf, da zum einen Art. 102 AEUV keine abschließenden Anwendungskriterien biete und zum anderen die bisherige Unterscheidung zwischen Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch nicht greife. Insbesondere stelle sich die Frage, ob die Strategie des beherrschenden Unternehmens, wenn sie, wie im vorliegenden Fall, darauf abgezielt habe, die Abwanderung von Kunden zu Wettbewerbern zu verhindern, und der Umstand, dass das Verhalten dieses Unternehmens selbst rechtmäßig gewesen sei, da die SEN-Listen im vorliegenden Fall rechtmäßig erlangt worden seien, zu berücksichtigen seien.

25 Das vorlegende Gericht fragt sich auch, ob es ausreicht, dass das fragliche Verhalten geeignet gewesen sei, Wettbewerber vom relevanten Markt auszuschließen, wenn die betreffende Gruppe im Lauf der Untersuchung wirtschaftliche Analysen vorgelegt habe, die belegen sollten, dass ihr Verhalten tatsächlich keine Verdrängungswirkungen gehabt habe.

26 Schließlich werfe der Missbrauch einer beherrschenden Stellung durch eine Unternehmensgruppe die Frage auf, ob eine aktive Koordinierung zwischen den verschiedenen, innerhalb derselben Gruppe agierenden Unternehmen nachgewiesen werden müsse oder ob die Zugehörigkeit zur Gruppe für die Feststellung einer Beteiligung an der missbräuchlichen Praxis genüge, selbst für ein Unternehmen der Gruppe, das die missbräuchlichen Verhaltensweisen nicht gesetzt habe.

27 Unter diesen Umständen hat der Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Können Verhaltensweisen, die die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung verwirklichen, an sich völlig rechtmäßig sein und allein aufgrund der (potenziell) wettbewerbsbeschränkenden Wirkung, die auf dem relevanten Markt erzeugt wird, als „missbräuchlich“ eingestuft werden, oder müssen diese auch durch eine spezifische

Komponente der Rechtswidrigkeit gekennzeichnet sein, die in der Verwendung „anderer Wettbewerbsmethoden (oder -mittel)“ als der „normalen“ besteht? Anhand welcher Kriterien kann im letzteren Fall die Grenze zwischen „normalem“ und „verfälschtem“ Wettbewerb festgelegt werden?

2. Liegt die Funktion der Vorschrift zur Sanktionierung des Missbrauchs in der Maximierung des Wohls der Verbraucher, dessen Beeinträchtigung (oder die Gefahr einer solchen) das Gericht zu beurteilen hat, oder hat die Vorschrift zur Sanktionierung des Wettbewerbsverstoßes an sich die Aufgabe, die Wettbewerbsstruktur des Marktes zu erhalten, um die Entstehung von Anhäufungen wirtschaftlicher Macht zu verhindern, die jedenfalls als schädlich für die Gesellschaft angesehen werden?

3. Darf im Fall des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung, der in dem Versuch besteht, zu verhindern, dass der noch bestehende Grad an Wettbewerb oder seine Entwicklung erhalten bleibt, das beherrschende Unternehmen dennoch nachweisen, dass das Verhalten – obwohl es abstrakt geeignet ist, beschränkende Wirkung zu haben – keine konkreten schädlichen Wirkungen hatte? Falls die Frage bejaht wird: Ist Art. 102 AEUV für die Zwecke der Beurteilung, ob ein atypischer Behinderungsmissbrauch vorliegt, dahin auszulegen, dass die Wettbewerbsbehörde verpflichtet ist, die von der Partei vorgelegten wirtschaftlichen Analysen über die konkrete Eignung des untersuchten Verhaltens, die eigenen Wettbewerber vom Markt auszuschließen, eingehend zu prüfen?

4. Ist der Missbrauch einer beherrschenden Stellung ohne Berücksichtigung des subjektiven Beweggrundes des Handelnden nur anhand seiner (auch lediglich potenziellen) Wirkungen auf den Markt zu beurteilen, oder ist der Nachweis der wettbewerbsbeschränkenden Absicht ein Parameter, der (auch ausschließlich) zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit des Verhaltens des beherrschenden Unternehmens herangezogen werden kann, oder dient ein solcher Nachweis des subjektiven Elements nur dazu, die Beweislast auf das beherrschende Unternehmen zu verlagern (das in diesem Stadium die Beweislast dafür tragen würde, dass die Behinderungswirkung fehlt)?

5. Reicht im Fall einer beherrschenden Stellung, die sich auf eine Mehrzahl von Unternehmen bezieht, die derselben Unternehmensgruppe angehören, die Zugehörigkeit zu dieser Gruppe aus, um anzunehmen, dass auch die Unternehmen, die das missbräuchliche Verhalten nicht gesetzt haben, an der Zuwiderhandlung beteiligt waren – so dass es ausreichen würde, dass die Aufsichtsbehörde eine bewusste, wenn auch nicht kollusive, Parallelität der Unternehmen, die innerhalb der gemeinsam beherrschenden Gruppe tätig sind, nachweist –, oder ist jedenfalls (wie im Fall des Kartellverbots) der Nachweis, auch mittelbar, erforderlich, dass eine konkrete Situation der Koordinierung und Instrumentalität zwischen den verschiedenen Unternehmen der Gruppe in beherrschender Stellung besteht, insbesondere für den Nachweis der Beteiligung der Muttergesellschaft?

Zu den Vorlagefragen

Zur Zulässigkeit

28 Mehrere Beteiligte haben in den dem Gerichtshof vorliegenden schriftlichen Erklärungen die Zulässigkeit einiger Fragen in Zweifel gezogen.

29 Die AIGET vertritt die Ansicht, die zweite Frage sei für unzulässig zu erklären, weil sie allgemein formuliert und irrelevant sei. Sollte der der ENEL-Gruppe zur Last gelegte Missbrauch nachgewiesen werden, wäre er nämlich unbestritten geeignet, sowohl Wettbewerber vom Markt auszuschließen als auch die Verbraucher zu schädigen.

30 Die Green Network SpA bezweifelt die Zulässigkeit der ersten vier Fragen, die sie für die Entscheidung der Ausgangsrechtsstreitigkeiten nicht für erforderlich hält und die der Gerichtshof jedenfalls bereits beantwortet habe.

31 Schließlich halten die AGCM und die AIGET die fünfte Frage für hypothetisch und damit unzulässig. Die von der AGCM durchgeführte Untersuchung sei nämlich zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Konzernstrategie darin bestanden habe, die Kunden von SEN auf EE überzuleiten und so deren Abwanderung zu Wettbewerbern zu verhindern.

32 Zu diesen unterschiedlichen Gesichtspunkten ist darauf hinzuweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs allein Sache des nationalen Gerichts ist, das mit dem Rechtsstreit befasst ist und in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende Entscheidung fällt, anhand der Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorzulegenden Fragen zu beurteilen. Daher ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, über ihm vorgelegte Fragen zu befinden, wenn diese die Auslegung des Unionsrechts betreffen (Urteil vom 15. Juli 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, Rn. 54 und die dort angeführte Rechtsprechung).

33 Folglich gilt für Fragen, die das Unionsrecht betreffen, eine Vermutung der Entscheidungserheblichkeit. Der Gerichtshof kann die Beantwortung einer Vorlagefrage eines nationalen Gerichts nur ablehnen, wenn die Auslegung des Unionsrechts, um die er ersucht wird, offensichtlich in keinem Zusammenhang mit den Gegebenheiten oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind (Urteil vom 15. Juli 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, Rn. 55 und die dort angeführte Rechtsprechung).

34 Im vorliegenden Fall ist zunächst zur zweiten Frage festzustellen, dass der Umstand, dass sie allgemein formuliert ist, nicht ausschließt, dass sie für die Entscheidung der Ausgangsrechtsstreitigkeiten relevant sein kann.

35 Im Übrigen ist es nicht Sache des Gerichtshofs, sondern des nationalen Gerichts, die dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegenden Tatsachen festzustellen und daraus die Folgerungen für seine Entscheidung zu ziehen (Urteil vom 10. März 2016, Safe Interenvíos, C-235/14, EU:C:2016:154, Rn. 119). Sofern ein nationales Gericht in seinem Ersuchen die tatsächlichen und rechtlichen Angaben macht, die für eine zweckdienliche Beantwortung der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen erforderlich sind, können diese folglich nicht allein deshalb für unzulässig erklärt werden, weil sie allgemein formuliert sind.

36 Was das angebliche Nichtbestreiten der Eignung des behaupteten Missbrauchs betrifft, Wettbewerber der ENEL-Gruppe vom Markt auszuschließen und die Verbraucher zu schädigen, könnte sich – selbst wenn man dies als gegeben annimmt – die Auslegung der mit Art. 102 AEUV

verfolgten Ziele für das vorlegende Gericht gleichwohl als nützlich erweisen, um zu bestimmen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung festgestellt werden kann.

37 Was sodann die Relevanz der ersten, der dritten und der vierten Frage betrifft, genügt der Hinweis, dass die erbetene Auslegung des Unionsrechts nicht offensichtlich in keinem Zusammenhang mit den Gegebenheiten oder dem Gegenstand der Ausgangsrechtsstreitigkeiten steht. Vielmehr ist in Anbetracht der Umstände der Ausgangsrechtsstreitigkeiten offensichtlich jede dieser Fragen geeignet, dem vorlegenden Gericht Klarheit zu verschaffen, um ihm die Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten zu ermöglichen. Zu dem Umstand, dass sich der Gerichtshof zu diesen Fragen bereits geäußert haben soll, ist darauf hinzuweisen, dass es einem nationalen Gericht keineswegs untersagt ist, dem Gerichtshof Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen, deren Beantwortung nach Auffassung einiger Parteien des Ausgangsverfahrens keinen Raum für vernünftige Zweifel lässt (Urteil vom 14. Oktober 2021, Viesgo Infraestructuras Energéticas, C-683/19, EU:C:2021:847, Rn. 26).

38 Was schließlich die fünfte Frage anbelangt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass das vorlegende Gericht in einem von der streitigen Entscheidung abweichenden Sinne entscheidet. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass diese Frage, wie von der AGCM und der AIGET behauptet, offensichtlich in keinem Zusammenhang mit den Gegebenheiten oder dem Gegenstand der Ausgangsrechtsstreitigkeiten steht oder hypothetischer Natur ist.

39 Somit sind die vom Consiglio di Stato (Staatsrat) vorgelegten Fragen zulässig.

Zur Beantwortung der Vorlagefragen

Zur zweiten Frage

40 Mit seiner zweiten Frage, die als Erstes zu prüfen ist, möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 102 AEUV dahin auszulegen ist, dass es für die Feststellung, ob eine Verhaltensweise die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellt, ausreicht, wenn eine Wettbewerbsbehörde nachweist, dass diese Verhaltensweise geeignet ist, eine Struktur wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu beeinträchtigen, oder ob zusätzlich oder alternativ nachzuweisen ist, dass sich diese Verhaltensweise auf das Wohl der Verbraucher auswirken kann.

41 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass Art. 102 AEUV zu einer Reihe von Regeln gehört, die verhindern sollen, dass der Wettbewerb entgegen dem öffentlichen Interesse und zum Schaden der einzelnen Unternehmen und der Verbraucher verfälscht wird, und damit zum wirtschaftlichen Wohl in der Europäischen Union beitragen sollen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. Februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, Rn. 21 und 22).

42 Art. 102 AEUV ist ein Ausfluss des allgemeinen, der Tätigkeit der Union in Art. 3 Abs. 1 Buchst. b AEUV gesetzten Ziels, die für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln festzulegen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 2. April 2009, France Télécom/Kommission, C-202/07 P, EU:C:2009:214, Rn. 103, und vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission, C-280/08 P, EU:C:2010:603, Rn. 170).

43 Die zentrale Stellung der Bestimmungen des AEU-Vertrags über den Wettbewerb ergibt sich auch aus dem Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, das nach Art. 51 EUV integraler Bestandteil der Verträge ist und wonach der Binnenmarkt ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt (Urteil vom 17. November 2011, Kommission/Italien, C-496/09, EU:C:2011:740, Rn. 60).

44 Bei diesen Regeln besteht nach ständiger Rechtsprechung das speziell mit Art. 102 AEUV verfolgte Ziel darin, zu verhindern, dass die Verhaltensweisen eines beherrschenden Unternehmens zum Nachteil der Verbraucher die Aufrechterhaltung oder die Entwicklung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs durch den Einsatz von Mitteln oder Ressourcen behindern, die von denen eines normalen Wettbewerbs abweichen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 13. Februar 1979, Hoffmann-La Roche/Kommission, 85/76, EU:C:1979:36, Rn. 91, vom 27. März 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, Rn. 24, sowie vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 148 und die dort angeführte Rechtsprechung). In diesem Sinne sollen mit dieser Bestimmung, wie der Gerichtshof festgestellt hat, nicht nur Verhaltensweisen geahndet werden, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch solche, die ihnen durch einen Eingriff in eine Struktur wirksamen Wettbewerbs mittelbar Schaden zufügen (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 15. März 2007, British Airways/Kommission, C-95/04 P, EU:C:2007:166, Rn. 106 und 107, sowie vom 17. Februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, Rn. 24).

45 Dagegen verbietet es, wie der Gerichtshof bereits hervorgehoben hat, diese Bestimmung nicht, dass Wettbewerber, die weniger effizient und daher für die Verbraucher im Hinblick insbesondere auf Preise, Auswahl, Qualität oder Innovation weniger interessant sind, aufgrund eines Leistungswettbewerbs vom relevanten Markt verschwinden oder auf diesem Markt bedeutungslos werden (Urteil vom 6. September 2017, Intel/Kommission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, Rn. 134 und die dort angeführte Rechtsprechung).

46 Wie der Generalanwalt in Nr. 100 seiner Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, folgt daraus, dass das Wohl der Verbraucher – sowohl der Zwischen- als auch der Endverbraucher – als das Endziel anzusehen ist, das das Eingreifen des Wettbewerbsrechts rechtfertigt, um die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben zu unterbinden. Aus diesem Grund kann ein Unternehmen in beherrschender Stellung, wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, dartun, dass ein Verdrängungsverhalten nicht unter das Verbot nach Art. 102 AEUV fällt, insbesondere, indem es nachweist, dass die durch dieses Verhalten möglicherweise hervorgerufenen Wirkungen durch Effizienzvorteile ausgeglichen oder sogar übertroffen werden, die im Hinblick insbesondere auf Preise, Auswahl, Qualität oder Innovation auch dem Verbraucher zugutekommen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 6. September 2017, Intel/Kommission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, Rn. 134 und 140, sowie vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 165 und die dort angeführte Rechtsprechung).

47 Daher genügt eine Wettbewerbsbehörde der ihr obliegenden Beweislast, wenn sie nachweist, dass eine Verhaltensweise eines Unternehmens in beherrschender Stellung durch den Einsatz von Mitteln oder Ressourcen, die von denen eines normalen Wettbewerbs abweichen, in eine Struktur wirksamen Wettbewerbs eingreifen kann, ohne dass sie nachweisen müsste, dass diese Verhaltensweise darüber hinaus geeignet ist, den Verbrauchern einen unmittelbaren Schaden zuzufügen. Das betreffende beherrschende Unternehmen kann jedoch dem Verbot des Art. 102

AEUV entgehen, indem es nachweist, dass die Verdrängungswirkung, die sich aus der fraglichen Verhaltensweise ergeben kann, durch positive Auswirkungen auf die Verbraucher ausgeglichen oder sogar übertroffen wird.

48 Nach alledem ist auf die zweite Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 102 AEUV dahin auszulegen ist, dass es für die Feststellung, dass eine Verhaltensweise die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellt, ausreicht, wenn eine Wettbewerbsbehörde nachweist, dass diese Verhaltensweise geeignet ist, die Struktur wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu beeinträchtigen, es sei denn, das betreffende beherrschende Unternehmen weist nach, dass die wettbewerbswidrigen Wirkungen, die sich aus dieser Verhaltensweise ergeben können, durch positive Auswirkungen auf die Verbraucher, insbesondere in Bezug auf Preise, Auswahl, Qualität und Innovation, ausgeglichen oder sogar übertroffen werden.

Zur dritten Frage

49 Mit seiner dritten Frage, die als Zweites zu prüfen ist, möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 102 AEUV dahin auszulegen ist, dass für die Feststellung der Missbräuchlichkeit eines Verhaltens eines Unternehmens in beherrschender Stellung die von diesem Unternehmen vorgelegten Nachweise, mit denen dargetan werden soll, dass das Verhalten – obwohl es abstrakt geeignet ist, beschränkende Wirkung zu haben – keine konkrete beschränkte Wirkung hatte, als relevant anzusehen sind, und, bejahendenfalls, ob die Wettbewerbsbehörde verpflichtet ist, diese Nachweise eingehend zu prüfen.

50 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass in Bezug auf die Verdrängungspraktiken, zu denen die in den Ausgangsrechtsstreitigkeiten behaupteten Verhaltensweisen gehören, aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervorgeht, dass solche Praktiken namentlich nur dann als missbräuchlich eingestuft werden können, wenn sie geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken und insbesondere die beanstandeten Verdrängungswirkungen zu erzeugen (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 154 und die dort angeführte Rechtsprechung).

51 Macht ein beherrschendes Unternehmen im Verwaltungsverfahren, gestützt auf Beweise, geltend, dass sein Verhalten nicht geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken, hat die betreffende Wettbewerbsbehörde folglich zu prüfen, ob das fragliche Verhalten unter den Umständen des konkreten Falles tatsächlich geeignet war, den Wettbewerb zu beschränken (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. September 2017, Intel/Kommission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, Rn. 138 und 140).

52 In diesem Zusammenhang sind die Wettbewerbsbehörden gemäß dem Anspruch auf rechtliches Gehör, der nach ständiger Rechtsprechung einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts darstellt, der anwendbar ist, wann immer eine Verwaltung beabsichtigt, gegenüber einer Person eine sie beschwerende Maßnahme zu erlassen, insbesondere verpflichtet, das betroffene Unternehmen anzuhören, was bedeutet, dass sie mit aller gebotenen Sorgfalt die Erklärungen des betroffenen Unternehmens zur Kenntnis nehmen und sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls, insbesondere die von dem Unternehmen vorgelegten Beweise, untersuchen (vgl. entsprechend Urteil vom 16. Oktober 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, Rn. 39 bis 42).

53 Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Einstufung einer Praxis eines Unternehmens in beherrschender Stellung als missbräuchlich nicht von dem Nachweis abhängt, dass, wenn die Praxis eines solchen Unternehmens auf die Verdrängung seiner Wettbewerber vom betreffenden Markt angelegt ist, dies auch erreicht worden ist und es folglich auf dem Markt zu einer konkreten Verdrängungswirkung gekommen ist. Art. 102 AEUV soll nämlich die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen ahnden, unabhängig davon, ob sich eine solche Ausnutzung als erfolgreich erwiesen hat oder nicht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, České dráhy/Kommission, C-538/18 P und C-539/18 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2020:53, Rn. 70 und die dort angeführte Rechtsprechung).

54 Wenngleich, wie aus Rn. 20 der Mitteilung der Europäischen Kommission mit dem Titel „Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 102 [AEUV] auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“ (ABl. 2009, C 45, S. 7) hervorgeht, für den Fall, dass das Verhalten über einen längeren Zeitraum angehalten haben sollte, die Marktleistung des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Wettbewerber Aufschluss über eine etwaige marktverschließende Wirkung der fraglichen Praxis geben könnte, kann umgekehrt der Umstand, dass ein bestimmtes Verhalten keine konkreten wettbewerbswidrigen Wirkungen entfaltet hat, selbst bei einem länger zurückliegenden Verhalten nicht ausschließen, dass dieses zum Zeitpunkt seiner Vornahme eine entsprechende Eignung aufwies. Eine solche fehlende Auswirkung könnte nämlich auf andere Gründe zurückzuführen sein, insbesondere auf Veränderungen, die auf dem relevanten Markt seit Beginn dieses Verhaltens eingetreten sind, oder darauf, dass es dem beherrschenden Unternehmen nicht gelang, die diesem Verhalten zugrunde liegende Strategie erfolgreich zu verfolgen.

55 Daher kann der von einem beherrschenden Unternehmen vorgelegte Beweis für das Fehlen konkreter Verdrängungswirkungen für sich genommen nicht als ausreichend angesehen werden, um die Anwendung von Art. 102 AEUV auszuschließen.

56 Dagegen kann dieser Umstand ein Indiz dafür sein, dass das fragliche Verhalten nicht geeignet war, die behaupteten Verdrängungswirkungen zu entfalten. Dieser Ansatz eines Beweises muss jedoch vom betroffenen Unternehmen um Angaben ergänzt werden, die belegen sollen, dass das Fehlen konkreter Wirkungen die Folge dessen war, dass dieses Verhalten nicht geeignet war, solche Wirkungen zu entfalten.

57 Daraus folgt, dass in der vorliegenden Rechtssache der von den betroffenen Unternehmen zum Bestreiten des Vorliegens eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung geltend gemachte Umstand, dass EE durch die Verwendung der SEN-Listen gerade einmal 478 Kunden, d. h. 0,002 % der Kunden des geschützten Marktes, gewonnen habe, für sich genommen nicht als ausreichender Nachweis dafür angesehen werden kann, dass die fragliche Praxis nicht geeignet war, eine Verdrängungswirkung zu entfalten.

58 Nach alledem ist auf die dritte Frage zu antworten, dass Art. 102 AEUV dahin auszulegen ist, dass der von einem Unternehmen in beherrschender Stellung dafür vorgelegte Beweis, dass sein Verhalten keine konkreten beschränkenden Wirkungen entfaltet hat, für sich genommen nicht als ausreichend angesehen werden kann, um die Missbräuchlichkeit dieses Verhaltens auszuschließen. Dieser Beweis kann ein Indiz dafür sein, dass das fragliche Verhalten nicht geeignet war, wettbewerbswidrige Wirkungen zu entfalten, das jedoch durch weitere Beweise zum Nachweis dieser Ungeeignetheit zu ergänzen ist.

Zur vierten Frage

59 Mit seiner vierten Frage, die als Drittes zu prüfen ist, möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 102 AEUV dahin auszulegen ist, dass das Vorliegen einer missbräuchlichen Verdrängungspraxis eines Unternehmens in beherrschender Stellung allein auf der Grundlage der Eignung dieser Praxis, wettbewerbswidrige Wirkungen zu entfalten, zu beurteilen ist oder ob die Absicht des betreffenden Unternehmens, den Wettbewerb zu beschränken, zu berücksichtigen ist.

60 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV um einen objektiven Begriff handelt (vgl. u. a. Urteile vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 148, sowie vom 25. März 2021, Deutsche Telekom/Kommission, C-152/19 P, EU:C:2021:238, Rn. 41).

61 Wie in Rn. 50 des vorliegenden Urteils ausgeführt, hängt die Einstufung einer Verdrängungspraxis als missbräuchlich von den Verdrängungswirkungen ab, die sie haben kann oder haben konnte. Um die Missbräuchlichkeit einer Verdrängungspraxis nachzuweisen, muss eine Wettbewerbsbehörde daher zum einen dartun, dass diese Praxis bei ihrer Anwendung geeignet war, eine solche Verdrängungswirkung derart zu entfalten, dass es für Wettbewerber schwieriger wurde, in den relevanten Markt einzutreten oder dort zu verbleiben, und dass diese Praxis dadurch Auswirkungen auf die Marktstruktur haben konnte, und zum anderen, dass diese Praxis auf der Nutzung anderer Mittel als denen des Leistungswettbewerbs beruhte. Der Nachweis einer Absicht wird jedoch grundsätzlich bei keiner dieser Voraussetzungen verlangt.

62 Folglich muss eine Wettbewerbsbehörde für die Feststellung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV keineswegs den Nachweis einer wettbewerbswidrigen Absicht des Unternehmens in beherrschender Stellung erbringen (Urteil vom 19. April 2012, Tomra Systems u. a./Kommission, C-549/10 P, EU:C:2012:221, Rn. 21).

63 Für die Anwendung von Art. 102 AEUV ist der Nachweis einer wettbewerbswidrigen Absicht des Unternehmens in beherrschender Stellung zwar nicht erforderlich, stellt aber, auch wenn er für sich genommen nicht ausreicht, einen tatsächlichen Umstand dar, der bei der Feststellung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung berücksichtigt werden kann (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 162 und die dort angeführte Rechtsprechung).

64 Nach alledem ist auf die vierte Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 102 AEUV dahin auszulegen ist, dass das Vorliegen einer missbräuchlichen Verdrängungspraxis eines Unternehmens in beherrschender Stellung auf der Grundlage der Eignung dieser Praxis, wettbewerbswidrige Wirkungen zu entfalten, zu beurteilen ist. Eine Wettbewerbsbehörde muss nicht die Absicht des betreffenden Unternehmens nachweisen, seine Wettbewerber durch andere Mittel oder unter Rückgriff auf andere Ressourcen als die des Leistungswettbewerbs zu verdrängen. Der Nachweis einer solchen Absicht stellt jedoch einen tatsächlichen Umstand dar, der bei der Feststellung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung berücksichtigt werden kann.

Zur ersten Frage

65 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 102 AEUV dahin auszulegen ist, dass eine außerhalb des Wettbewerbsrechts an sich rechtmäßige Praxis, die von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angewandt wird, allein aufgrund

ihrer potenziell wettbewerbswidrigen Wirkungen als „missbräuchlich“ im Sinne dieser Bestimmung eingestuft werden kann oder ob eine solche Einstufung darüber hinaus erfordert, dass diese Praxis mit anderen Mitteln oder Ressourcen als denen eines normalen Wettbewerbs angewandt wird. Für den zweiten Fall möchte das vorlegende Gericht wissen, nach welchen Kriterien zwischen Mitteln oder Ressourcen, die unter einen normalen Wettbewerb fallen, und solchen, die unter einen verfälschten Wettbewerb fallen, unterschieden werden kann.

66 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 102 AEUV die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ist.

67 Nach ständiger Rechtsprechung beruht der Begriff „missbräuchliche Ausnutzung“ im Sinne von Art. 102 AEUV auf einer objektiven Beurteilung des fraglichen Verhaltens. Die Rechtswidrigkeit eines missbräuchlichen Verhaltens im Sinne dieser Bestimmung hat nichts damit zu tun, wie dieses Verhaltens in anderen Rechtsgebieten eingestuft wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Dezember 2012, AstraZeneca/Kommission, C-457/10 P, EU:C:2012:770, Rn. 74 und 132).

68 Konkret bezeichnet dieser Begriff, wie sich aus Rn. 44 des vorliegenden Urteils ergibt, jede Praxis, die mit anderen Ressourcen als denen eines normalen Wettbewerbs eine Struktur wirksamen Wettbewerbs beeinträchtigen kann. Er ist also auf die Ahndung von Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung gerichtet, die auf einem Markt, auf dem der Grad an Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Grades an Wettbewerb oder die Entwicklung des Wettbewerbs durch den Einsatz von anderen Mitteln behindern als denjenigen eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Wirtschaftsteilnehmer (Urteile vom 13. Februar 1979, Hoffmann-La Roche/Kommission, 85/76, EU:C:1979:36, Rn. 91, und vom 25. März 2021, Deutsche Telekom/Kommission, C-152/19 P, EU:C:2021:238, Rn. 41).

69 Wie in Rn. 50 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, setzt die Missbräuchlichkeit der Praktiken, die Gegenstand der Ausgangsrechtsstreitigkeiten sind, voraus, dass sie geeignet waren, die Verdrängungswirkungen zu entfalten, auf deren Grundlage die streitige Entscheidung beruht.

70 Allerdings dürfen solche Wirkungen nicht rein hypothetisch sein (Urteil vom 6. Oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, Rn. 65). Folglich kann zum einen eine Praxis nicht als missbräuchlich eingestuft werden, wenn sie zwar geplant war, aber schließlich nicht angewandt worden ist. Zum anderen kann sich eine Wettbewerbsbehörde nicht auf die Wirkungen stützen, die diese Praxis haben könnte oder hätte haben können, wenn bestimmte besondere Umstände, die sich von den Umständen, die zum Zeitpunkt ihrer Anwendung auf dem Markt vorherrschten, unterschieden und deren Verwirklichung damals unwahrscheinlich war, eingetreten sind oder eingetreten wären.

71 Für eine solche Einstufung genügt es vielmehr, dass diese Praxis in dem Zeitraum, in dem sie angewandt wurde, geeignet war, eine Verdrängungswirkung gegenüber zumindest ebenso effizienten Wettbewerbern wie das beherrschende Unternehmen zu entfalten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, Rn. 66 und die dort angeführte Rechtsprechung).

72 Ob dies der Fall war, ist angesichts dessen, dass die Missbräuchlichkeit einer Praxis nicht von ihrer Form abhängt, sondern voraussetzt, dass diese Praxis geeignet ist oder war, den Wettbewerb zu beschränken und insbesondere bei ihrer Anwendung die beanstandeten Verdrängungswirkungen zu entfalten, unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände zu beurteilen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 154, sowie vom 25. März 2021, Slovak Telekom/Kommission, C-165/19 P, EU:C:2021:239, Rn. 42).

73 Wie in Rn. 45 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, hat Art. 102 AEUV jedoch keineswegs zum Ziel, zu verhindern, dass ein Unternehmen auf einem Markt aus eigener Kraft, insbesondere aufgrund seiner Fachkenntnisse und Fähigkeiten, eine beherrschende Stellung einnimmt, oder zu gewährleisten, dass sich Wettbewerber, die weniger effizient als das Unternehmen in beherrschender Stellung sind, weiterhin auf dem Markt halten. Der Wettbewerb wird nämlich nicht unbedingt durch jede Verdrängungswirkung verzerrt, denn Leistungswettbewerb kann definitionsgemäß dazu führen, dass Wettbewerber, die weniger effizient und daher für die Verbraucher im Hinblick insbesondere auf Preise, Auswahl, Qualität oder Innovation weniger interessant sind, vom Markt verschwinden oder bedeutungslos werden (Urteil vom 6. September 2017, Intel/Kommission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, Rn. 133 und 134).

74 Unternehmen, die eine beherrschende Stellung innehaben, tragen jedoch unabhängig von den Ursachen einer solchen Stellung eine besondere Verantwortung dafür, dass sie durch ihr Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Binnenmarkt nicht beeinträchtigen (vgl. u. a. Urteile vom 9. November 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission, 322/81, EU:C:1983:313, Rn. 57, und vom 6. September 2017, Intel/Kommission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, Rn. 135).

75 Dementsprechend können sich Unternehmen in beherrschender Stellung zwar gegen ihre Wettbewerber verteidigen, müssen dies aber mit Mitteln tun, die auf einem „normalen“, d. h. leistungsbasierten, Wettbewerb beruhen.

76 Dagegen dürfen es diese Unternehmen ebenso effizienten Wettbewerbern nicht mit Mitteln erschweren, in den relevanten Markt einzutreten oder dort zu verbleiben, die nicht auf einem leistungsbasierten Wettbewerb beruhen. Insbesondere dürfen sie ihre beherrschende Stellung nicht dazu nutzen, um sich mit Mitteln, die nicht auf einem leistungsbasierten Wettbewerb beruhen, auf einen anderen Markt auszudehnen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 3. Oktober 1985, CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, Rn. 25, vom 14. November 1996, Tetra Pak/Kommission, C-333/94 P, EU:C:1996:436, Rn. 25, und vom 17. Februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, Rn. 87).

77 Als Mittel, das nicht auf einem leistungsbasierten Wettbewerb beruht, ist jede Praxis anzusehen, an deren Anwendung ein beherrschendes Unternehmen kein anderes wirtschaftliches Interesse hat, als seine Wettbewerber auszuschalten, um danach unter Ausnutzung seiner Monopolstellung seine Preise wieder anzuheben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 3. Juli 1991, AKZO/Kommission, C-62/86, EU:C:1991:286, Rn. 71).

78 Das Gleiche gilt, wie der Generalanwalt in den Nrn. 69 bis 71 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, für eine Praxis, die nicht von einem hypothetischen Wettbewerber verfolgt werden kann, der zwar ebenso effizient ist, aber auf dem relevanten Markt keine beherrschende Stellung innehat, da diese Praxis auf der Nutzung von Ressourcen oder Mitteln beruht, die einer solchen Stellung eigen sind.

79 Die Relevanz der materiellen oder rationalen Unmöglichkeit für einen hypothetischen ebenso effizienten, aber nicht beherrschenden Wettbewerber, die fragliche Praxis nachzuahmen, um festzustellen, ob diese auf Mitteln eines leistungsbasierenden Wettbewerbs beruht, ergibt sich aus der Rechtsprechung sowohl zu preisbezogenen als auch zu nicht preisbezogenen Praktiken.

80 Was die erste dieser beiden Kategorien von Praktiken betrifft, die Treuerabatte, Niedrigpreispraktiken in Form von selektiven Preisen und Kampfpreisen sowie Margenbeschneidungen umfasst, ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass diese in der Regel anhand des Kriteriums des sogenannten „ebenso effizienten Wettbewerbers“ beurteilt werden, mit dem gerade die – abstrakt betrachtete – Fähigkeit eines solchen Wettbewerbers, das Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung nachzuahmen, beurteilt werden soll (vgl. u. a. Urteil vom 17. Februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, Rn. 41 bis 43).

81 Zwar ist dieses Kriterium nur eines von mehreren zur Feststellung, dass ein Unternehmen in beherrschender Stellung andere Mittel als die eines „normalen“ Wettbewerbs eingesetzt hat, so dass die Wettbewerbsbehörden nicht verpflichtet sind, die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer preisbezogenen Praxis stets auf dieses Kriterium zu stützen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, Rn. 57).

82 Jedoch zeigt die diesem Kriterium, sofern es geprüft werden kann, allgemein beigemessene Bedeutung, dass die Unfähigkeit eines hypothetischen ebenso effizienten Wettbewerbers, das Verhalten des beherrschenden Unternehmens zu erwidern, in Bezug auf Verdrängungspraktiken eines der Kriterien ist, anhand deren festgestellt werden kann, ob dieses Verhalten auf der Verwendung von Mitteln eines normalen Wettbewerbs beruht.

83 In Bezug auf die zweite Kategorie der in Rn. 79 des vorliegenden Urteils genannten Praktiken, d. h. die nicht preisbezogenen Praktiken wie die Verweigerung der Lieferung von Waren oder Dienstleistungen, hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass die Entscheidung eines beherrschenden Unternehmens, sich sein eigenes Vertriebsnetz selbst vorzubehalten, keine gegen Art. 102 AEUV verstoßende Lieferverweigerung darstellt, da es einem Wettbewerber gerade möglich ist, ein vergleichbares Netz für den Vertrieb seiner eigenen Waren zu schaffen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 26. November 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, Rn. 44 und 45).

84 Wenn eine Wettbewerbsbehörde feststellt, dass eine von einem Unternehmen in beherrschender Stellung vorgenommene Praxis geeignet ist, einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Binnenmarkt zu beeinträchtigen, bleibt es diesem Unternehmen, damit die fragliche Praxis nicht als missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung angesehen wird, unbenommen, nachzuweisen, dass diese Praxis entweder durch bestimmte Umstände des Einzelfalls, die insbesondere außerhalb des Einflussbereichs des betreffenden Unternehmens liegen müssen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. Februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, Rn. 31 und 75), oder, in Anbetracht des mit Art. 102 AEUV letztlich verfolgten Ziels, durch das Interesse der Verbraucher (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 165) objektiv gerechtfertigt ist oder war.

85 Zu diesem zweiten Fall ist darauf hinzuweisen, dass sich der Begriff des Leistungswettbewerbs grundsätzlich auf eine Wettbewerbssituation bezieht, die den Verbrauchern durch niedrigere Preise, eine bessere Qualität und eine breitere Auswahl neuer oder leistungsfähigerer Waren und Dienstleistungen zugutekommt. Wie der Generalanwalt in Nr. 62 seiner Schlussanträge

ausgeführt hat, gehören zum Leistungswettbewerb u. a. Verhaltensweisen, die dazu führen, dass die Verbraucher eine größere Auswahl haben, indem neue Produkte auf den Markt gebracht werden oder die Menge oder die Qualität der bereits angebotenen Waren erhöht wird.

86 In einem solchen Fall kann das beherrschende Unternehmen Handlungen, die unter das Verbot des Art. 102 AEUV fallen können, dadurch rechtfertigen, dass es nachweist, dass die durch sein Verhalten möglicherweise hervorgerufene Verdrängungswirkung durch Effizienzvorteile ausgeglichen oder sogar übertroffen werden kann, die auch dem Verbraucher zugutekommen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 15. März 2007, British Airways/Kommission, C-95/04 P, EU:C:2007:166, Rn. 86, vom 6. September 2017, Intel/Kommission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, Rn. 140, sowie vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 165).

87 In Bezug auf die Ausgangsrechtsstreitigkeiten ist es Sache des vorlegenden Gerichts, zu beurteilen, ob die AGCM rechtlich hinreichend nachgewiesen hat, dass die von ENEL in den Jahren 2012 bis 2017 verfolgte Strategie geeignet war, einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Binnenmarkt zu beeinträchtigen. Um das vorlegende Gericht bei dieser Beurteilung zu leiten, kann der Gerichtshof ihm jedoch alle Hinweise zur Auslegung des Unionsrechts geben, die ihm dienlich sein könnten (vgl. u. a. Urteile vom 16. Juli 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, Rn. 62, und vom 6. Oktober 2021, A [Grenzüberschreitung mit einem Vergnügungsboot], C-35/20, EU:C:2021:813, Rn. 85).

88 Im vorliegenden Fall geht aus den dem Gerichtshof vorliegenden Akten zunächst hervor, dass SEN nach der Entflechtung der verschiedenen Tätigkeiten des Unternehmens ENEL, das bis dahin vertikal integriert war und in Italien auf den Märkten für die Erzeugung, die Übertragung und die Verteilung von elektrischem Strom eine Monopolstellung innehatte, mit der Verwaltung der Kunden betraut wurde, die dem einzigen geschützten Markt in diesem Mitgliedstaat angehörten. Es stand jedoch fest, dass der geschützte Markt nicht fortbestehen sollte und dass die betroffenen Kunden bei seiner künftigen Auflösung einen neuen Lieferanten wählen müssten. Um die Übertragung eines Wettbewerbsvorteils zu verhindern, gestattete die sektorielle Regelung die Übermittlung geschäftlich sensibler Informationen zwischen den Gesellschaften, die Strom auf dem geschützten Markt verkaufen, und den auf dem freien Markt tätigen Gesellschaften nur insoweit, als die Informationsbereitstellung nicht in diskriminierender Weise erfolgte.

89 Sodann ergibt sich aus den Angaben des vorlegenden Gerichts, dass sich das in der streitigen Entscheidung angesprochene Verhalten der Sache nach nicht auf die Weigerung von SEN bezieht, Wettbewerbern von EE den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung zu gewähren, die die Kontaktdaten der Kunden des geschützten Marktes darstellten, sondern in der Entscheidung von SEN, gegen Bezahlung bestimmte Geschäftsinformationen über ihre Kunden, darunter insbesondere deren Kontaktdaten, an EE in einer Weise zu übertragen, die für die Wettbewerber von EE auf dem freien Markt nachteilig und damit diskriminierend sei, während SEN auf dem geschützten Markt eine beherrschende Stellung innehabe.

90 Schließlich scheint das vorlegende Gericht von der Prämisse auszugehen, dass zumindest SEN und EE ein einziges Unternehmen im Sinne von Art. 102 AEUV bildeten.

91 In Anbetracht dieser Gesichtspunkte, die vom vorlegenden Gericht zu prüfen sind, erscheint der Hinweis angebracht, dass es als Nutzung von Mitteln, die deshalb nicht dem Leistungswettbewerb entsprechen, weil sie auf der Nutzung von Ressourcen beruhen, die für einen hypothetischen ebenso effizienten, aber nicht beherrschenden Wettbewerber grundsätzlich nicht zugänglich

sind, anzusehen ist, wenn ein Unternehmen, das über ausschließliche Rechte, wie etwa ein gesetzliches Monopol, verfügt, diese Rechte nutzt, um die ihm auf einem Markt aufgrund dieser Rechte zukommende beherrschende Stellung auf einen anderen Markt auszudehnen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. Juli 2014, Kommission/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, Rn. 45 bis 47 und 66 bis 68).

92 Daraus folgt erst recht, dass ein Unternehmen, wenn es das gesetzliche Monopol verliert, das es zuvor auf einem Markt innehatte, während der gesamten Phase der Liberalisierung dieses Marktes davon Abstand nehmen muss, auf Mittel zurückzugreifen, über die es aufgrund seines früheren Monopols verfügte und die daher seinen Wettbewerbern nicht zur Verfügung stehen, um auf dem frisch liberalisierten relevanten Markt anders als durch seine eigene Leistung eine beherrschende Stellung beizubehalten.

93 Für die Ausgangsrechtsstreitigkeiten ergibt sich aus diesen Erwägungen, dass das Unternehmen, das zumindest SEN und EE gemeinsam gebildet haben sollen, die besondere Verantwortung dafür hatte, von jedem Verhalten auf dem geschützten Markt Abstand zu nehmen, das geeignet ist, eine Struktur wirksamen Wettbewerbs auf dem freien Markt zu beeinträchtigen und insbesondere die beherrschende Stellung, über die es auf dem geschützten Markt verfügte, unter Nutzung von Mitteln, die nicht dem Leistungswettbewerb entsprechen, auf den freien Markt auszudehnen (vgl. entsprechend Urteil vom 3. Oktober 1985, CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, Rn. 27).

94 Es steht fest, dass die Möglichkeit, sich an die Kunden des geschützten Marktes zu wenden, für jedes Unternehmen, das auf dem freien Markt expandieren wollte, von klarem wirtschaftlichem Interesse war. Da das Unternehmen, das SEN und EE zusammen gebildet haben sollen, bestimmte Geschäftsinformationen von SEN über ihre Kunden gegen Bezahlung an EE weitergeben wollte, musste dieses Unternehmen, um eine Struktur wirksamen Wettbewerbs nicht zu beeinträchtigen, auch den Wettbewerbern von EE die Möglichkeit bieten, zu gleichen Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen Zugang zu diesen Informationen zu erhalten.

95 Zwar kann einer Gesellschaft in der Situation von SEN in Anbetracht des Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten, das ein durch Art. 8 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) garantiertes Grundrecht darstellt, nicht vorgeworfen werden, zuvor die Einwilligung ihrer Kunden eingeholt zu haben, dass einige ihrer personenbezogenen Informationen auf diese Weise weitergegeben würden. Ebenso wenig kann eine solche Gesellschaft für die Entscheidung eines Teils ihrer Kunden verantwortlich gemacht werden, die Weitergabe ihrer personenbezogenen Informationen nur an bestimmte Gesellschaften zu genehmigen.

96 Um der besonderen Verantwortung gerecht zu werden, die ihr aufgrund ihrer beherrschenden Stellung auf dem geschützten Markt oblag, musste SEN jedoch, im Vorgriff auf den von einer dritten Gesellschaft, die auf dem freien Markt expandieren wollte, gehegten Wunsch, ebenfalls Zugang zu den genannten Informationen zu erhalten, ihren Kunden anbieten, Angebote von nicht zur ENEL-Gruppe gehörenden Gesellschaften in nicht diskriminierender Weise zu erhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass bei der Einholung von Einwilligungen keine Verzerrung derart entsteht, dass die Listen, die an EE weitergegeben werden sollten, wesentlich umfangreicher sind als die Listen, die an die Wettbewerber von EE verkauft werden sollten.

97 Im vorliegenden Fall lassen die dem Gerichtshof übermittelten Informationen nicht erkennen, welcher Art die von der AGCM festgestellte Diskriminierung genau ist. Denn obgleich SEN, wie aus der Vorlageentscheidung hervorgeht, die Zustimmung ihrer Kunden des geschützten

Marktes zum Erhalt von Werbeangeboten der Gesellschaften der ENEL-Gruppe und von Dritten „getrennt“ eingeholt hat, lässt sich anhand dieser Darstellung doch nicht mit hinreichender Klarheit bestimmen, ob sich dieser Begriff darauf bezieht, dass die Anfragen zu unterschiedlichen Zeitpunkten abgegeben wurden, oder darauf, dass sie in verschiedenen Teilen desselben Dokuments aufgeführt waren, ob im Übrigen pauschal an alle Drittunternehmen undifferenziert ein und dieselbe Einwilligungsanfrage gerichtet wurde, ob es möglich war, dem Erhalt von Angeboten von Drittunternehmen zuzustimmen, ohne auch dem Erhalt von Angeboten der ENEL-Gruppe zustimmen zu müssen, oder ob die Kunden von SEN individuell wählen konnten, welche Drittunternehmen ihnen Werbeangebote unterbreiten durften, wie es dem Anschein nach für die ENEL-Gruppe vorgesehen war.

98 Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Beweislast dafür, dass das Verhalten von SEN tatsächliche oder potenzielle Verdrängungswirkungen haben konnte, der AGCM obliegt. Da diese Eignung nicht rein hypothetisch sein darf, musste die AGCM, um diesen Beweisanforderungen nachzukommen, in der streitigen Entscheidung auf der Grundlage von Beweisen, wie z. B. Verhaltensstudien, nachweisen, dass das Vorgehen von SEN bei der Einholung der Zustimmung ihrer Kunden zur Weitergabe ihrer Daten sehr wohl geeignet war, die Listen, die an EE weitergegeben werden sollten, zu begünstigen.

99 Sollte das vorlegende Gericht feststellen, dass die AGCM in der streitigen Entscheidung rechtlich hinreichend nachgewiesen hatte, dass die Art und Weise, in der SEN die Zustimmung ihrer Kunden zum Erhalt von Angeboten eingeholt hat, verzerrt war, um die Gesellschaften der ENEL-Gruppe zum Nachteil ihrer Wettbewerber zu begünstigen, stünde das Bestehen einer solchen Verzerrung der Feststellung entgegen, dass die unterschiedliche Menge an Informationen in den Listen für EE und in den Listen für Wettbewerber darauf zurückzuführen sei, dass die Unternehmen der ENEL-Gruppe auf dem freien Markt bessere Leistungen erbracht hätten, oder darauf, dass die Marke ENEL eine höhere Anziehungskraft habe. Schon das Bestehen dieser Verzerrung würde nämlich die Feststellung des Vorliegens objektiver Ursachen für den Unterschied zwischen den erteilten Zustimmungen definitionsgemäß unmöglich machen. Da diese Verzerrung in diesem Fall Folge des Verhaltens von SEN wäre, müsste der Unterschied hinsichtlich der Zahl der Kunden, die von den Listen für EE und von den Listen für deren Wettbewerber betroffen sind, SEN zugerechnet werden.

100 Demnach hätte SEN damit eine Ressource an EE weitergegeben, die dem Unternehmen, das nach der in Rn. 90 des vorliegenden Urteils genannten Prämisse zumindest diese beiden Gesellschaften zusammen gebildet haben sollen, auf dem freien Markt einen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte, obwohl aus den Akten hervorgeht, dass der Prozess der Entflechtung der Tätigkeiten von ENEL gerade darauf abzielte, eine solche Weitergabe zu verhindern. Daher wäre die anschließende Nutzung dieser Ressource als Konkretisierung der Anwendung einer Praxis anzusehen, die zumindest ursprünglich geeignet war, auf dem freien Markt Verdrängungswirkungen zu entfalten.

101 Ein solches Verhalten könnte aber naturgemäß nicht von einem hypothetischen ebenso effizienten Wettbewerber an den Tag gelegt werden, da aufgrund der Stellung von SEN auf dem geschützten Markt nach der Abschaffung des gesetzlichen Monopols, das früher von dem Unternehmen ENEL gehalten wurde, kein Konkurrenzunternehmen über eine Struktur verfügen konnte, die dazu geeignet wäre, die Kontaktdaten der Kunden des geschützten Marktes in so großer Zahl bereitzustellen.

102 Da die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Hinblick auf die Eignung des fraglichen Verhaltens, Verdrängungswirkungen zu entfalten, und nicht im Hinblick auf seine konkreten Auswirkungen zu beurteilen ist, genügte, wenn nachgewiesen werden sollte, dass SEN die Zustimmung von ihren Kunden zum Erhalt von Angeboten der Gesellschaften der ENEL-Gruppe bzw. ihrer Wettbewerber in diskriminierender Weise eingeholt hat, dieser Umstand demnach bereits für den Nachweis, dass das Verhalten des Unternehmens, das zumindest SEN und EE gebildet haben sollen, geeignet war, einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb zu beeinträchtigen. Diese Feststellung bleibt von Folgendem unberührt: den Gründen, aus denen sich keiner dieser Wettbewerber dazu entschloss, die ihm angebotenen Informationen zu kaufen, der Fähigkeit von EE, diesen Wettbewerbsvorteil in einen wirtschaftlichen Erfolg umzumünzen, oder den Vorsichtsmaßnahmen, die die konkurrierenden Unternehmen trafen oder hätten treffen können – wie z. B. der Ankauf von Dateien mit Daten über die Kunden des geschützten Marktes bei Dritten –, um die schädigenden Folgen dieser Praxis zu begrenzen.

103 Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 102 AEUV dahin auszulegen ist, dass eine außerhalb des Wettbewerbsrechts rechtmäßige Praxis, die von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angewandt wird, als „missbräuchlich“ im Sinne dieser Bestimmung eingestuft werden kann, wenn sie eine Verdrängungswirkung entfalten kann und auf dem Einsatz anderer Mittel als denen eines Leistungswettbewerbs beruht. Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, kann das betreffende Unternehmen in beherrschender Stellung gleichwohl dem Verbot des Art. 102 AEUV entgehen, indem es nachweist, dass die fragliche Praxis entweder objektiv gerechtfertigt und dieser Rechtfertigung angemessen ist oder durch Effizienzvorteile, die auch den Verbrauchern zugutekommen, ausgeglichen oder sogar übertroffen wird.

Zur fünften Frage

104 Mit seiner fünften Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 102 AEUV dahin auszulegen ist, dass dann, wenn eine beherrschende Stellung von einer oder mehreren Tochtergesellschaften, die einer wirtschaftlichen Einheit angehören, missbräuchlich ausgenutzt wird, das Bestehen dieser Einheit für die Annahme ausreicht, dass auch die Muttergesellschaft für diesen Missbrauch verantwortlich ist, selbst wenn sie nicht an den missbräuchlichen Praktiken beteiligt war, oder ob es erforderlich ist, den – auch nur mittelbaren – Nachweis einer Abstimmung zwischen diesen verschiedenen Gesellschaften zu erbringen und insbesondere eine Beteiligung der Muttergesellschaft darzutun.

105 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich die Verfasser des AEU-Vertrags dafür entschieden haben, für die Bezeichnung der Person, die eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat, auf den Begriff „Unternehmen“ abzustellen, worunter in diesem Zusammenhang eine wirtschaftliche Einheit zu verstehen ist, selbst wenn diese wirtschaftliche Einheit rechtlich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen besteht (Urteil vom 27. April 2017, Akzo Nobel u. a./Kommission, C-516/15 P, EU:C:2017:314, Rn. 48).

106 Aus dieser Entscheidung folgt, dass eine solche Einheit, wenn sie gegen die Wettbewerbsregeln der Union verstößt, nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit für diese Zuwiderhandlung einzustehen hat (Urteil vom 25. März 2021, Deutsche Telekom/Kommission, C-152/19 P, EU:C:2021:238, Rn. 73).

107 Da jedoch eine solche Zuwiderhandlung einer juristischen Person zugerechnet werden muss, gegen die Geldbußen verhängt werden können, führt die Anwendung des Begriffs „Unternehmen“ und damit des Begriffs „wirtschaftliche Einheit“ von Rechts wegen zu einer gesamtschuldnerischen Haftung der Einheiten, die zum Zeitpunkt der Begehung der Zuwiderhandlung die betreffende wirtschaftliche Einheit bildeten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Oktober 2021, Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, Rn. 44).

108 Werden rechtlich eigenständige Personen in Form einer Gruppe organisiert, bilden sie nach ständiger Rechtsprechung ein und dasselbe Unternehmen, wenn sie ihr Verhalten auf dem relevanten Markt nicht eigenständig bestimmen, sondern vor allem wegen der wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen, die sie mit einer Muttergesellschaft verbinden, den Wirkungen der tatsächlichen Ausübung eines bestimmenden Einflusses durch diese Leitungseinheit unterliegen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. März 2021, Deutsche Telekom/Kommission, C-152/19 P, EU:C:2021:238, Rn. 74 und 75).

109 Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung wird in dem besonderen Fall, dass die Muttergesellschaft unmittelbar oder mittelbar das gesamte oder nahezu das gesamte Kapital der Tochtergesellschaft hält, die gegen die Wettbewerbsregeln der Union verstoßen hat, die tatsächliche Ausübung eines bestimmenden Einflusses durch die Muttergesellschaft vermutet (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. April 2021, Italmobiliare u. a./Kommission, C-694/19 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2021:286, Rn. 55).

110 Eine solche Vermutung ist jedoch widerlegbar (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. Mai 2013, Eni/Kommission, C-508/11 P, EU:C:2013:289, Rn. 47). Wie der Gerichtshof hervorgehoben hat, ist es nämlich nicht das Halten eines solchen Prozentsatzes am Gesellschaftskapital der Tochtergesellschaft, das diese Vermutung begründet, sondern das Ausmaß der damit einhergehenden Kontrolle (Urteil vom 27. Januar 2021, The Goldman Sachs Group/Kommission, C-595/18 P, EU:C:2021:73, Rn. 35). Der Umstand, dass eine Gesellschaft nahezu das gesamte Gesellschaftskapital einer anderen hält, kann, auch wenn er ein sehr starkes Indiz für die Ausübung einer solchen Kontrolle darstellt, nicht mit Sicherheit ausschließen, dass eine oder mehrere andere Personen allein oder gemeinsam die Entscheidungsbefugnis besitzen können, da insbesondere das Eigentum am Gesellschaftskapital von den Stimmrechten getrennt worden sein kann.

111 Im Übrigen ergibt sich aus der oben angeführten Rechtsprechung, dass eine Muttergesellschaft, um mit ihrer Tochtergesellschaft ein und dasselbe Unternehmen zu bilden, das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft kontrollieren muss, was dadurch nachgewiesen werden kann, dass die Muttergesellschaft in der Lage ist, einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der Tochtergesellschaft auszuüben, und einen solchen Einfluss auch tatsächlich ausgeübt hat, oder dadurch, dass die Tochtergesellschaft ihr Marktverhalten nicht selbständig bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt, und zwar vor allem wegen der wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Beziehungen, die die beiden Rechtssubjekte verbinden (vgl. u. a. Urteil vom 25. März 2021, Deutsche Telekom/Kommission, C-152/19 P, EU:C:2021:238, Rn. 94 und 95).

112 Folglich muss eine Muttergesellschaft die in Rn. 109 des vorliegenden Urteils erwähnte Vermutung auch widerlegen können, indem sie nachweist, dass sie zwar das gesamte oder nahezu das gesamte Kapital einer anderen Gesellschaft hielt, ihr während der Anwendung der

Praxis aber keine Weisungen erteilte und weder unmittelbar noch mittelbar, insbesondere über bestellte Direktoren, an der Annahme von Entscheidungen dieser anderen Gesellschaft in Bezug auf die betreffende wirtschaftliche Tätigkeit beteiligt war.

113 Im vorliegenden Fall macht ENEL geltend, dass die Schwierigkeiten, die im Rahmen der Ausgangsrechtsstreitigkeiten aufgetreten seien, nicht mit der Anwendung dieser Vermutung zusammenhingen, sondern mit der Verteilung der Beweislast dafür, dass die verschiedenen Gesellschaften der ENEL-Gruppe ein und dasselbe Unternehmen bildeten, sowie mit der Begründungspflicht der Wettbewerbsbehörde, wenn diese die von einer Muttergesellschaft zur Widerlegung dieser Vermutung vorgetragenen Gesichtspunkte außer Acht lassen wolle.

114 In Bezug auf die Beweislast geht insoweit – wie der Generalanwalt in Nr. 155 seiner Schlussanträge ausgeführt hat – aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor, dass die Vermutung, die sich daraus ergibt, dass eine Muttergesellschaft das gesamte oder nahezu das gesamte Gesellschaftskapital ihrer Tochtergesellschaft hält, impliziert, dass die tatsächliche Ausübung eines bestimmenden Einflusses der Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaft und damit das Bestehen eines aus diesen Gesellschaften gebildeten einheitlichen Unternehmens als erwiesen gelten, ohne dass die Wettbewerbsbehörde zusätzliche Beweise beibringen müsste (vgl. u. a. Urteil vom 16. Juni 2016, Evonik Degussa und AlzChem/Kommission, C-155/14 P, EU:C:2016:446, Rn. 29 und 30).

115 Zur Begründungspflicht ist darauf hinzuweisen, dass diese einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts darstellt, der in Art. 41 der Charta zum Ausdruck kommt und für die Mitgliedstaaten gelten soll, wenn sie dieses Recht umsetzen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. November 2020, Minister van Buitenlandse Zaken, C-225/19 und C-226/19, EU:C:2020:951, Rn. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung).

116 Gemäß dem durch Art. 47 der Charta gewährleisteten Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf muss die gegebene Begründung so beschaffen sein, dass zum einen die Betroffenen beurteilen können, ob die erlassene Entscheidung möglicherweise mit einem Mangel behaftet ist, der es ihnen ermöglicht, ihre Gültigkeit anzufechten, und zum anderen das zuständige Gericht eine Rechtmäßigkeitskontrolle durchführen kann (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Mai 2017, Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, Rn. 84).

117 Wenn in einer Entscheidung festgestellt wird, dass eine Gesellschaft zum maßgeblichen Zeitpunkt mit einer oder mehreren ihrer Tochtergesellschaften ein und dasselbe Unternehmen zur Durchführung einer wirtschaftlichen Tätigkeit bildete, muss diese Entscheidung daher, um als hinreichend begründet angesehen werden zu können, eine Darlegung der Gründe enthalten, die diese Feststellung rechtfertigen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 2. Oktober 2003, Aristrain/Kommission, C-196/99 P, EU:C:2003:529, Rn. 100, und vom 29. September 2011, Elf Aquitaine/Kommission, C-521/09 P, EU:C:2011:620, Rn. 152).

118 Daraus folgt, wie der Generalanwalt in Nr. 160 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, dass eine Wettbewerbsbehörde, wenn sie sich bei der Verhängung einer Geldbuße gegen eine Muttergesellschaft wegen des Verhaltens des Unternehmens, das die Muttergesellschaft zum maßgeblichen Zeitpunkt mit einer anderen Gesellschaft, die damals ihre Tochtergesellschaft war, bildete, auf die Vermutung eines bestimmenden Einflusses – die sich daraus ergab, dass diese Muttergesellschaft zum maßgeblichen Zeitpunkt das gesamte oder nahezu das gesamte Kapital der anderen Gesellschaft hielt – stützte, obwohl die Muttergesellschaft im Verwaltungsverfahren konkrete Anhaltspunkte zur Widerlegung dieser Vermutung vorgebracht hatte, ihrer

Begründungspflicht nur dann gerecht wird, wenn sie in angemessener Weise die Gründe darlegt, aus denen diese Anhaltspunkte die Vermutung nicht widerlegen konnten (Urteil vom 29. September 2011, Elf Aquitaine/Kommission, C-521/09 P, EU:C:2011:620, Rn. 153).

119 Eine solche Begründungspflicht bedeutet allerdings nicht, dass die Wettbewerbsbehörde zu jedem einzelnen von der Muttergesellschaft zur Widerlegung dieser Vermutung vorgebrachten Anhaltspunkt Stellung nehmen muss (Urteil vom 5. Dezember 2013, Kommission/Edison, C-446/11 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2013:798, Rn. 23).

120 Die Frage, ob ein Rechtsakt rechtlich hinreichend begründet ist, ist nämlich anhand seines Kontexts und der anwendbaren Vorschriften zu beurteilen (vgl. entsprechend Urteil vom 19. November 2013, Kommission/Rat, C-63/12, EU:C:2013:752, Rn. 99). Zudem handelt es sich bei der Begründung um ein Formerfordernis, das bereits dann erfüllt ist, wenn in der angefochtenen Entscheidung ein Grund genannt wird, der belegen kann, dass die Vermutung trotz der verschiedenen vorgebrachten Anhaltspunkte nicht zu widerlegen war. Sodann ist es Sache der Adressaten dieser Entscheidung, die Stichhaltigkeit eines solchen Grundes in Frage zu stellen.

121 Da in den Ausgangsverfahren nicht bestritten wird, dass ENEL das gesamte oder nahezu das gesamte Kapital von SEN hielt, durfte die AGCM folglich annehmen, dass diese Muttergesellschaft mit ihrer Tochtergesellschaft für die Zwecke der Verteilung von elektrischem Strom auf dem relevanten Markt ein einziges Unternehmen bildete. ENEL konnte allerdings versuchen, diese Vermutung durch Beibringen von Beweisen dafür zu widerlegen, dass das Halten eines solchen Kapitalanteils es ihr trotzdem nicht ermöglichte, SEN zu kontrollieren, oder dass sie von der ihr aufgrund des Haltens des gesamten oder nahezu des gesamten Kapitals von SEN zukommenden Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf SEN auszuüben, nicht – unmittelbar oder mittelbar – Gebrauch machte. War dies der Fall, musste die AGCM zu den vorgelegten Beweisen Stellung nehmen und dabei zumindest einen Grund dafür anführen, dass die Vermutung trotz dieser verschiedenen Anhaltspunkte nicht zu widerlegen war.

122 Allerdings kann hinsichtlich der Ausgangsrechtsstreitigkeiten festgestellt werden, dass die Behauptung, die dezentralisierten Entscheidungsprozesse innerhalb der Gruppe hätten ENEL nur die bloße Funktion überlassen, Synergieeffekte und „best practices“ zwischen den verschiedenen Gesellschaften der Gruppe zu fördern, jedenfalls nicht genügt, um diese Vermutung zu widerlegen, da sie insbesondere weder ausschließt, dass Vertreter von ENEL in den Entscheidungsgremien von SEN saßen, noch garantiert, dass die Mitglieder dieser Gremien funktional von der Muttergesellschaft unabhängig waren.

123 Nach alledem ist auf die fünfte Frage zu antworten, dass Art. 102 AEUV dahin auszulegen ist, dass dann, wenn eine beherrschende Stellung von einer oder mehreren Tochtergesellschaften, die einer wirtschaftlichen Einheit angehören, missbräuchlich ausgenutzt wird, das Bestehen dieser Einheit für die Annahme ausreicht, dass auch die Muttergesellschaft für diesen Missbrauch verantwortlich ist. Das Bestehen einer solchen Einheit ist zu vermuten, wenn zum maßgeblichen Zeitpunkt zumindest nahezu das gesamte Kapital dieser Tochtergesellschaften unmittelbar oder mittelbar von der Muttergesellschaft gehalten wurde. Die Wettbewerbsbehörde braucht keine zusätzlichen Beweise zu erbringen, es sei denn, die Muttergesellschaft weist nach, dass sie nicht befugt war, das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften zu bestimmen, da diese eigenständig handeln.

Kosten

124 Für die Beteiligten der Ausgangsverfahren ist das Verfahren Teil der beim vorlegenden Gericht anhängigen Verfahren; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Fünfte Kammer) für Recht erkannt:

1. **Art. 102 AEUV ist dahin auszulegen, dass es für die Feststellung, ob eine Verhaltensweise die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellt, ausreicht, wenn eine Wettbewerbsbehörde nachweist, dass diese Verhaltensweise geeignet ist, die Struktur wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu beeinträchtigen, es sei denn, das betreffende beherrschende Unternehmen weist nach, dass die wettbewerbswidrigen Wirkungen, die sich aus dieser Verhaltensweise ergeben können, durch positive Auswirkungen auf die Verbraucher, insbesondere in Bezug auf Preise, Auswahl, Qualität und Innovation, ausgeglichen oder sogar übertroffen werden.**

2. **Art. 102 AEUV ist dahin auszulegen, dass der von einem Unternehmen in beherrschender Stellung dafür vorgelegte Beweis, dass sein Verhalten keine konkreten beschränkenden Wirkungen entfaltet hat, für sich genommen nicht als ausreichend angesehen werden kann, um die Missbräuchlichkeit dieses Verhaltens auszuschließen. Dieser Beweis kann ein Indiz dafür sein, dass das fragliche Verhalten nicht geeignet war, wettbewerbswidrige Wirkungen zu entfalten, das jedoch durch weitere Beweise zum Nachweis dieser Ungeeignetheit zu ergänzen ist.**

3. **Art. 102 AEUV ist dahin auszulegen, dass das Vorliegen einer missbräuchlichen Verdrängungspraxis eines Unternehmens in beherrschender Stellung auf der Grundlage der Eignung dieser Praxis, wettbewerbswidrige Wirkungen zu entfalten, zu beurteilen ist. Eine Wettbewerbsbehörde muss nicht die Absicht des betreffenden Unternehmens nachweisen, seine Wettbewerber durch andere Mittel oder unter Rückgriff auf andere Ressourcen als die des Leistungswettbewerbs zu verdrängen. Der Nachweis einer solchen Absicht stellt jedoch einen tatsächlichen Umstand dar, der bei der Feststellung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung berücksichtigt werden kann.**

4. **Art. 102 AEUV ist dahin auszulegen, dass eine außerhalb des Wettbewerbsrechts rechtmäßige Praxis, die von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angewandt wird, als „missbräuchlich“ im Sinne dieser Bestimmung eingestuft werden kann, wenn sie eine Verdrängungswirkung entfalten kann und auf dem Einsatz anderer Mittel als denen eines Leistungswettbewerbs beruht. Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, kann das betreffende Unternehmen in beherrschender Stellung gleichwohl dem Verbot des Art. 102 AEUV entgehen, wenn es nachweist, dass die fragliche Praxis entweder objektiv gerechtfertigt und dieser Rechtfertigung angemessen ist oder durch Effizienzvorteile, die auch den Verbrauchern zugutekommen, ausgeglichen oder sogar übertroffen wird.**

5. **Art. 102 AEUV ist dahin auszulegen, dass dann, wenn eine beherrschende Stellung von einer oder mehreren Tochtergesellschaften, die einer wirtschaftlichen Einheit angehören, missbräuchlich ausgenutzt wird, das Bestehen dieser Einheit für die Annahme ausreicht, dass auch die Muttergesellschaft für diesen Missbrauch verantwortlich ist. Das Bestehen einer solchen Einheit ist zu vermuten, wenn zum maßgeblichen Zeitpunkt**

zumindest nahezu das gesamte Kapital dieser Tochtergesellschaften unmittelbar oder mittelbar von der Muttergesellschaft gehalten wurde. Die Wettbewerbsbehörde braucht keine zusätzlichen Beweise zu erbringen, es sei denn, die Muttergesellschaft weist nach, dass sie nicht befugt war, das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften zu bestimmen, da diese eigenständig handeln.

Unterschriften