

Matthias Böttcher

„Clearstream“
– Die Fortschreibung der
Essential Facilities-Doktrin
im Europäischen
Wettbewerbsrecht

Heft 102

Januar 2011

**„Clearstream“ – Die Fortschreibung der
Essential Facilities-Doktrin im
Europäischen Wettbewerbsrecht**

Von

Matthias Böttcher

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Matthias Böttcher ist Student der Rechtswissenschaften an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg sowie des Studiengangs „Master of Business Law and Economic Law“ am Institut für Wirtschaftsrecht der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Christian Tietje/Gerhard Kraft/Matthias Lehmann (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 102

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://www.dnb.ddb.de> abrufbar.

ISSN 1612-1368 (print)

ISSN 1868-1778 (elektr.)

ISBN 978-3-86829-318-0

Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw. der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter den Adressen:

www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/publikationen.html

www.jura.uni-halle.de/telc/publikationen.html

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
D-06099 Halle (Saale)
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180
Fax: 0345-55-27201
E-Mail: ecohal@jura.uni-halle.de

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung	5
B. Die Essential Facilities-Doktrin	5
I. Dogmatische Einordnung	5
II. Ursprung im amerikanischen Antitrust-Law	6
III. Entwicklung in der europäischen Rechtspraxis.....	7
1. Die Seehafen-Entscheidungen der Kommission	7
2. Die Urteile EuGH Magill, IMS Health und EuG Microsoft.....	9
3. Das Urteil EuGH Bronner.....	11
IV. Der Tatbestand der Essential Facilities-Doktrin unter Art. 102 AEUV	13
1. Begriff der essential facility	13
2. Marktabgrenzung.....	13
3. Beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben	14
4. Missbrauch.....	14
a) Unerlässlichkeit des Zugangs	15
b) Verhinderung jeglichen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt	15
c) Verhinderung der Entstehung eines neuen Produkts.....	16
d) Fehlen einer objektiven Rechtfertigung	17
5. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten	17
C. Das Urteil EuG „Clearstream“	17
I. Sachverhalt	17
II. Verfahrensgang.....	19
III. Entscheidungsgründe und rechtliche Würdigung	20
1. Marktabgrenzung.....	20
2. Beherrschende Stellung des Klägers.....	21
3. Missbrauch.....	21
a) Unerlässlichkeit des Zugangs	22
b) Verhinderung jeglichen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt	22
c) Fehlen einer objektiven Rechtfertigung	23
D. „Clearstream“ – Eine Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin	23
I. Einordnung in die bisherige Rechtsprechung.....	23
II. Konkretisierung der allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen	24
E. Ausblick	25
Schrittum	26

A. Einleitung

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dem im September 2009 ergangenen Urteil des EuG in der Sache *Clearstream* und der Frage, ob mit dieser im Rahmen des Europäischen Wettbewerbsrechts ergangenen Entscheidung eine Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin verbunden ist. Die Ausgestaltung dieses besonderen Missbrauchstatbestandes im Rahmen des Art. 102 I AEUV gilt in der Literatur überwiegend als noch weitgehend ungeklärt.¹ Daher soll nun im Folgenden aufgezeigt werden, wie sich die Rechtssache *Clearstream* in die bisherige Rechtsprechung hinsichtlich des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen einfügt und darüber hinaus zu einer Klärung und Verfestigung der Essential Facilities-Doktrin beizutragen vermag. Vorangestellt findet sich hierzu eine Betrachtung der allgemeinen Tatbestandsdogmatik der Essential Facilities-Doktrin auf Grundlage der bisher ergangenen Entscheidungspraxis.

B. Die Essential Facilities-Doktrin

I. Dogmatische Einordnung

Das europäische Wettbewerbsrecht verbietet mit Art. 102 AEUV das missbräuchliche Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung, soweit dies jedenfalls potentiell zu einer spürbaren Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels führen kann.² Ziel des Missbrauchsverbotes ist die Verwirklichung eines „Systems unverfälschten und zugleich wirksamen Wettbewerbs“ auf dem EU-Binnenmarkt.³ Dabei kommt nach Art. 102 AEUV Unternehmen, welche auf dem gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben bereits eine marktbeherrschende Stellung inne haben, aufgrund ihres wirtschaftlichen Machtpotentials eine besondere Verantwortung für die Wahrung des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs zu.⁴ So führt bereits das Bestehen einer beherrschenden Stellung eines Marktteilnehmers an sich zu einer Schwächung des Wettbewerbs, welche es rechtfertigt, diesem besondere Verhaltenspflichten zu Gunsten des noch bestehenden Wettbewerbs abzuverlangen.⁵ Verboten sind nach Art. 102 AEUV daher solche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, welche die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch den Einsatz von Mitteln behindern,

¹ *Dirksen*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), EU-Kartellrecht, Art. 82, Rn. 177a; *Lübbig*, in: Loewenheim (Hrsg.), Kartellrecht, Art. 82 EG, Rn. 204.

² *Eilmansberger*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), MüKo-EUWettbR, Art. 82 EG, Rn. 569; *Emmerich*, Kartellrecht, § 3, Rn. 18 ff.

³ *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Vertrag, Art. 82 EG, Rn. 16.

⁴ EuG, Rs. T-65/89, *BPB Industries*, Slg. 1993, II-389 Ls. 3 (juris); *Emmerich*, Kartellrecht, § 10, Rn.13.

⁵ *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Vertrag, Art. 82 EG, Rn. 21; *Emmerich*, Kartellrecht, § 10, Rn. 12.

welche von denen eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.⁶

Die Essential Facilities-Doktrin beschreibt nun einen insbesondere von der Rechtsprechung entwickelten Tatbestand der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung entgegen des Missbrauchsverbotes nach Art. 102 I AEUV. Dieser findet in einer missbräuchlichen Geschäftsverweigerung bezüglich der für den Zutritt zu vor- oder nachgelagerten Märkten wesentlichen Einrichtungen (sog. essential facilities) seinen Ausdruck.⁷ Voraussetzung ist daher, dass einem Unternehmen durch den alleinigen Besitz oder Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Obwohl der Zugang zu dieser wesentlichen Einrichtung auch für andere Wettbewerber unerlässlich ist, um Leistungen auf einem benachbarten Markt anbieten zu können, wird dieser von dem Inhaber der wesentlichen Einrichtung, welcher selbst auf dem benachbarten Markt als Anbieter tätig ist, verweigert. Damit ist es dem Inhaber der essential facility aufgrund seiner diesbezüglichen Monopolstellung möglich, ebenfalls den benachbarten Markt zu beherrschen und hiervon potentielle Wettbewerber auszuschließen.⁸ Der Vorwurf des Missbrauchs besteht dementsprechend darin, eine marktbeherrschende Stellung in Bezug auf die essential facility zur Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung auch auf einem benachbarten Markt auszunutzen.⁹ Ein solches Verhalten widerspricht Art. 102 AEUV, welcher gerade auch bezweckt die unnatürliche Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung und deren Ausdehnung auf weitere Märkte zu verhindern.¹⁰ Die *Ratio* der Essential Facilities-Doktrin besteht demnach darin, eine Verlagerung von Marktmacht durch vertikal integrierte Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung auf einem Primärmarkt zu verhindern, um so den hiervon abgeleiteten Sekundärmarkt für einen wirksamen Wettbewerb offen zu halten.¹¹

II. Ursprung im amerikanischen Antitrust-Law

Der Ursprung der Essential Facilities-Doktrin liegt im amerikanischen Antitrust-Law begründet, welches vielfach eine Vorbildrolle für das europäische Kartellrecht einnimmt.¹²

So untersagte bereits im Jahr 1912 der US Supreme Court im Fall *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* einen vertraglichen Zusammenschluss von Eisenbahngesellschaften als Inhaber essentieller Infrastruktureinrichtungen für den

⁶ EuGH, Rs. C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461 Ls. 6 (juris); Rs. C-31/80, *L'Oréal*, Slg. 1980, 3775 Ls. 4 (juris).

⁷ *Eilmansberger*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), MüKo-EUWettbR, Art. 82 EG, Rn. 332; *Emmerich*, Kartellrecht, § 10, Rn. 35.

⁸ *Müller*, EuZW 1998, 232 (234).

⁹ *Eilmansberger*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), MüKo-EUWettbR, Art. 82 EG, Rn. 332; *Schwintowski*, WuW 1999, 842 (849).

¹⁰ *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Vertrag, Art. 82 EG, Rn. 20; *Wessely*, in: Jaeger/Pohlmann/Rieger/Schroeder (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, Art. 82 EG, Anwendungsgrundsätze Rn. 5; *Emmerich*, Kartellrecht, § 10, Rn. 7.

¹¹ *Klimisch/Lange*, WuW 1998, 15 (19); *Müller*, EuZW 1998, 232 (234).

¹² *Fleischer/Körber*, WuW 2001, 6 (6, 10); *Emmerich*, Kartellrecht, § 10, Rn. 37.

regionalen Bahnbetrieb.¹³ Diese Entscheidung wurde damit begründet, dass die besagten Eisenbahngesellschaften die für den Bahnbetrieb erforderlichen Einrichtungen nicht auch anderen Wettbewerbern zu den gleichen Bedingungen zur Verfügung gestellt hätten.¹⁴ Grundlage der Entscheidung waren das Kartellverbot in Section 1 sowie das Monopolisierungsverbot in Section 2 des zum amerikanischen Antitrust-Law zählenden Sherman-Acts.¹⁵ Das im europäischen Kartellrecht unbekanntes Monopolisierungsverbot nach Section 2 des Sherman-Acts verbietet die Erlangung und Verteidigung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Einsatz unangemessener Mittel und damit auch das Ausnutzen einer Monopolstellung, um diese auch auf einen Zweitmarkt zu übertragen (sog. Leveraging).¹⁶ Auf dieser Grundlage verlangte der US Supreme Court im Folgenden in zahlreichen weiteren Fällen, nunmehr auch mit ausdrücklichem Hinweis auf die Essential Facilities-Doktrin, eine Marktöffnung zu Gunsten von Wettbewerbern mittels eines Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen.¹⁷ Dabei stellt der US Supreme Court die folgenden Voraussetzungen für die Anwendung der Essential Facilities-Doktrin auf:¹⁸ Zum einen bedarf es einer wesentlichen Einrichtung, die von einem Monopolisten beherrscht wird und von einem Wettbewerber tatsächlich oder wirtschaftlich jedenfalls nicht unter zumutbaren Bedingungen dupliziert werden kann. Zum anderen muss der Einrichtungsinhaber den Zugang zu eben dieser Einrichtung gegenüber einem Wettbewerber verweigern, trotzdem ihm eine Zugangseröffnung möglich und zumutbar wäre.

III. Entwicklung in der europäischen Rechtspraxis

1. Die Seehafen-Entscheidungen der Kommission

Im europäischen Wettbewerbsrecht wurde die Essential Facilities-Doktrin erstmals durch die Kommission in den sogenannten *Seehafen*-Entscheidungen Anfang der 1990er Jahre angewendet.¹⁹

Die Entscheidungen *Sealink I* und *II* betrafen die *Stena-Gruppe*, welche durch die *Stena Sealink-Ports* den Hafen von Holyhead (Wales) betrieb und durch die *Stena Sealink-Lines* gleichzeitig auch den von dort ausgehenden Fährverkehr nach Irland durchführte.²⁰ Der Hafenebetreiber *Stena Sealink-Ports* verweigerte nun aber zum einen dem Fährbetreiber *B&I Lines* die Zuweisung wettbewerbsfähiger Abfahrtszeiten sowie einen störungsfreien Fährbetrieb, zum anderen dem potentiellen Wettbewerber *Sea Containers Ferries Ltd.* einen angemessenen Zugang zum Hafen, um ebenfalls Fährverbindungen nach Irland anbieten zu können.²¹ Nach den Feststellungen der Kom-

¹³ *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 224 U.S. 383 (1912).

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Müller, EuZW 1998, 232 (233); Schwintowski, WuW 1999, 842 (844).

¹⁶ Müller, EuZW 1998, 232 (233); Schwintowski, WuW 1999, 842 (848).

¹⁷ Klimisch/Lange, WuW 1998, 15 (19); Schwintowski, WuW 1999, 842 (844 ff.).

¹⁸ Martenczuk, EuR 34 (1999), 565 (566); Müller, EuZW 1998, 232 (233).

¹⁹ Müller, EuZW 1998, 232 (233).

²⁰ *Ibid.*, 233.

²¹ *Ibid.*, 233.

mission besaß die *Stena Sealink-Ports*, mangels vergleichbarer Alternativen zur Nutzung des Hafens Holyhead, auf dem Markt für den Fährverkehr über die Zentralpassage zwischen Großbritannien und Irland eine marktbeherrschende Stellung.²² Diese marktbeherrschende Stellung hat die *Stena Sealink-Ports* nach Auffassung der Kommission in missbräuchlicher Weise ausgenutzt, indem diese sich nicht wie ein unabhängiger Hafenbetreiber verhalten, sondern eine angemessene Benutzung des Hafens durch andere Fähranbieter verhindert und diese damit diskriminierend behandelt habe.²³

Eine dritte Entscheidung richtete sich gegen das Königreich Dänemark und die *DSB*, ein dänisches öffentliches Unternehmen. Die *DSB* verwaltete den in ihrem Eigentum stehenden dänischen Hafen Rödby und betrieb zudem von diesem ausgehende Fährverbindungen in die Nachbarländer, so auch eine Verbindung nach Puttgarden in Zusammenarbeit mit der *Deutschen Bundesbahn* (heutige *DB-AG*).²⁴ Sowohl in Bezug auf die Hafeneinrichtung in Rödby, als auch für die Fährverbindung von Rödby nach Puttgarden kam der *DSB*, für Letztere gemeinsam mit der *Deutschen Bundesbahn*, eine marktbeherrschende Stellung zu.²⁵ Die dänische Regierung lehnte im Folgenden ein Ersuchen der *Stena-Gruppe* ab, Zugang zum Hafen Rödby zu erhalten oder alternativ in unmittelbarer Nähe zu Rödby einen eigenen privaten Handelshafen zu errichten, um selbst Fährverkehr nach Deutschland (Puttgarden) anbieten zu können.²⁶ Auch in dieser Verhaltensweise erblickte die Kommission einen mit Art. 106 I i.V.m. Art. 102 AEUV (ex-Art. 90 I i.V.m. ex-Art. 86 EG) unvereinbaren Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

Begründet hat die Kommission ihre Entscheidungen damit, dass ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung diese nicht dazu nutzen dürfe auch auf einem verbundenen aber abgegrenzten Markt seine Marktstellung zu stärken, indem dieses potentiellen Wettbewerbern den Zugang zu einer von ihm beherrschten wesentlichen Einrichtung ohne sachliche Rechtfertigung verweigert oder nur zu weniger günstigen Bedingungen gewährt, als sie für ihn selbst gelten.²⁷ Vorliegend wurde das Betreiben der Hafenanlagen als relevanter Markt angesehen, auf dem die Hafenbetreiber eine marktbeherrschende Stellung inne hatten. Die Verhinderung eines angemessenen und störungsfreien Zugangs von Wettbewerbern zu den, für das Anbieten von Fährverbindungen notwendigen, Hafenanlagen wurde dementsprechend von der Kommission als missbräuchliche Verlagerung von Marktmacht auf den nachgelagerten Markt für die entsprechenden Fährverbindungen erachtet. Dabei hat sich die Kommission auch auf ein früheres Urteil des EuGH berufen, wonach die von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgehende Lieferverweigerung bezüglich eines Wettbewer-

²² Entscheidung der Kommission 94/19/EG, *Sealink*, ABl. EG Nr. L 15/8 vom 21. Dezember 1993, Rn. 65 (juris).

²³ *Ibid.*, Rn. 70, 78.

²⁴ Entscheidung der Kommission 94/119/EG, *Rödby*, ABl. EG Nr. L 55/52 vom 21. Dezember 1993, Rn. 3 f. (juris).

²⁵ *Ibid.*, Rn. 10 f.

²⁶ *Ibid.*, Rn. 1 f.

²⁷ Entscheidung der Kommission 94/19/EG, *Sealink*, ABl. EG Nr. L 15/8 vom 21. Dezember 1993, Rn. 66 (juris); Entscheidung der Kommission 94/119/EG, *Rödby*, ABl. EG Nr. L 55/52 vom 21. Dezember 1993, Rn. 12 (juris).

bers auf einem benachbarten Markt einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen könne, wenn hierdurch jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens ausgeschaltet werde.²⁸ Letztlich ging es auch bei den *Seehafen*-Entscheidungen nur um einen Behinderungsmissbrauch durch eine Lieferverweigerung gegenüber potentiellen Wettbewerbern auf einem benachbarten Markt.²⁹ Diese Lieferverweigerung bezog sich nunmehr allerdings auf den Zugang zu einer wesentlichen Infrastruktureinrichtung, womit der Anwendungsbereich der Essential Facilities-Doktrin eröffnet wurde. Eine weitere Besonderheit der Entscheidungen *Sealink II* und *Hafen von Rødby* gegenüber der vorausliegenden EuGH-Rechtsprechung liegt darin, dass diese nicht nur den Schutz bereits bestehenden Wettbewerbs, sondern überdies eine erstmalige Eröffnung von Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten begründeten.³⁰

2. Die Urteile EuGH *Magill*, *IMS Health* und *EuG Microsoft*

Weiterentwickelt und auf die Verweigerung von Lizenzen an Immaterialgüterrechten angewendet wurde die Essential Facilities-Doktrin sodann durch die Entscheidungen des EuGH in den Sachen *Magill* und *IMS Health* sowie des EuG in der Sache *Microsoft*.³¹

Die Entscheidung *Magill* richtete sich gegen die britischen und irischen Rundfunkanbieter *RTE*, *BBC* und *ITV*, welche selbst einen auf das eigene Programm begrenzten wöchentlichen Programmführer herausgaben, Dritten jedoch nur eine Veröffentlichung ihres Fernsehprogramms desselben bzw. des folgenden Tages gestatteten.³² Die *Magill TV Guide Ltd.* beabsichtigte nunmehr einen umfassenden wöchentlichen Programmführer für Großbritannien und Irland anzubieten. Dieser wurde insoweit aber eine Veröffentlichung des wöchentlichen Fernsehprogramms durch die oben genannten Rundfunkanbieter unter Hinweis auf deren am Programm zustehendes Urheberrecht untersagt.³³ Zwar wurde die bisherige Rechtsprechung, wonach das bloße Innehaben eines Immaterialgüterrechts an sich noch keine marktbeherrschende Stellung begründet, durch die vorliegenden Entscheidungen nicht aufgegeben. Gleichwohl wurde den Rundfunkanbietern aufgrund ihres faktischen Informationsmonopols eine marktbeherrschende Stellung zuerkannt.³⁴ Durch die Weigerung der Bekanntgabe von Programminformationen durch die Rundfunkanbieter sei die Etablierung eines umfassenden, wöchentlichen Programmführers vereitelt und so jeglicher Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt für wöchentliche Fernsehprogrammführer ausgeschlossen worden.³⁵ Eine Ausübung der Urheberrechte in der Weise, dass da-

²⁸ EuGH, Rs. C-311/84, *Télémarketing*, Slg. 1985, 3261 Rn. 25 ff. (juris); so bereits: EuGH, Rs. C-6/73, *Commercial Solvents*, Slg. 1974, 223 Ls. 3 (juris).

²⁹ Müller, EuZW 1998, 232 (234 f.).

³⁰ *Ibid.*, Rn. 235.

³¹ Müller, EuZW 1998, 232 (236); *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 f.

³² EuGH, Rs. C-241/91, *Magill*, Slg. 1995, I-743 Rn. 8 f. (juris).

³³ *Ibid.*, Rn. 10.

³⁴ *Ibid.*, Rn. 46 f.

³⁵ *Ibid.*, Rn. 54 ff.

durch die Einführung eines neuen, potentiell nachgefragten Produktes vereitelt und so jeglicher Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt ausgeschlossen wird, wurde insoweit vom EuGH mit der Entscheidung *Magill* als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bestätigt.³⁶

Auch die Entscheidungen *IMS Health*³⁷ und *Microsoft*³⁸ betrafen die Vereinbarkeit einer Verweigerung von Lizenzen an Immaterialgüterrechten, im ersteren Fall an einer Datenbankstruktur für den Vertrieb von Arzneimitteln, im Fall *Microsoft* an Schnittstelleninformationen ihres Betriebssystems Windows.

Allen genannten Entscheidungen ist gemein, dass es maßgeblich auf die Abgrenzung des Kartellrechts vom Recht zum Schutze geistigen Eigentums ankam, da der in Frage stehende Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung stets den Zugang und die Nutzung urheber- oder patentrechtlich geschützter Informationen betraf. Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH begründet aber zum einen der bloße Besitz eines Immaterialgüterrechts keine marktbeherrschende Stellung und stellt zum anderen allein die Verweigerung der Erteilung einer Lizenz an demselben keinen Missbrauch i.S.d. Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EGV) dar.³⁹ Begründet wird dies damit, dass die Befugnis des Inhabers eines Immaterialgüterrechts Dritte von diesem auszuschließen die Substanz des Eigentumsrechts betrifft, weshalb die Erteilung einer Zwangslizenz als Eingriff in den Bestand des Immaterialgüterrechts erachtet wird.⁴⁰ Grundsätzlich wird aber nur die Ausübung von Immaterialgüterrechten an den Wettbewerbsregeln nach Art. 101 ff. AEUV gemessen, während der Bestand von (geistigen) Eigentumsrechten von den europäischen Verträgen unberührt bleibt.⁴¹ Dabei kommt nicht zuletzt auch der Gedanke des Innovationsschutzes zum Tragen, welcher einen besonderen Schutz von Immaterialgüterrechten zu rechtfertigen vermag.⁴²

Nach den Entscheidungen *Magill*, *IMS Health* und *Microsoft* kann nun aber beim Vorliegen außergewöhnlicher Umstände ausnahmsweise auch die Verweigerung einer Lizenzerteilung gegenüber Wettbewerbern auf nachgelagerten Märkten einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen.⁴³ Solche außergewöhnlichen Umstände liegen danach vor, wenn die Nutzung des Immaterialgüterrechts für das Anbieten eines neuen, potentiell nachgefragten Produktes auf einem nachgelagerten Markt unerlässlich ist und deshalb durch die Lizenzverweigerung ein Wettbewerb auf diesem benachbarten Markt vollkommen ausgeschlossen würde.⁴⁴ Nur unter der Voraussetzung, dass durch die Ausübung eines Immaterialgüterrechts die Entstehung eines neuen Produktes ohne sachlichen Grund verhindert würde, soll das Interesse am

³⁶ *Ibid.*, Rn. 54 ff.

³⁷ EuGH, Rs. C-418/01, *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039.

³⁸ EuG, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601.

³⁹ EuGH, Rs. 238/87, *Volvo*, Slg. 1988, 6211 Rn. 7 ff. (juris); *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1433).

⁴⁰ EuGH, Rs. 238/87, *Volvo*, Slg. 1988, 6211 Rn. 8 (juris).

⁴¹ *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1434); *Müller*, EuZW 1998, 232 (236).

⁴² Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* zu Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 57 (juris); *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1434).

⁴³ EuGH, Rs. C-241/91, *Magill*, Slg. 1995, I-743 Rn. 50 (juris); Rs. C-418/01, *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 Rn. 35 (juris); EuG, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601 Ls. 6 (juris).

⁴⁴ EuGH, Rs. C-241/91, *Magill*, Slg. 1995, I-743 Rn. 54 ff. (juris); Rs. C-418/01, *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 Rn. 38, 52 (juris); EuG, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601 Ls. 6 (juris).

freien Wettbewerb gegenüber dem Ausschließlichkeitsrecht am geistigen Eigentum überwiegen.⁴⁵ Dies ist insoweit auch eingängig, als dass in den Fällen einer vollständigen Verhinderung eines neuen Produktes ein aus Gründen des Innovationsschutzes zu rechtfertigendes Interesse an einer Lizenzverweigerung gerade nicht besteht. Relativiert wurden diese Voraussetzungen jedoch im Urteil *Microsoft*, wonach an Stelle der Verhinderung eines neuen Produktes auch eine Einschränkung der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher gem. Art. 102 II b) AEUV (ex-Art. 82 II b) EG) genügen soll.⁴⁶ Weiter stehe es einem Ausschluss jeglichen Wettbewerbs gleich, wenn das in Frage stehende Verhalten auch nur geeignet sei künftig jeden wirksamen Wettbewerb zu verhindern.⁴⁷

Mit den oben genannten Entscheidungen wurden nunmehr auch Immaterialgüterrechte als wesentliche Einrichtung im Sinne der Essential Facilities-Doktrin anerkannt, jedoch gleichzeitig zusätzliche Voraussetzungen aufgestellt unter denen eine Lizenzverweigerung als Missbrauch i.S.d. Art. 102 AEUV qualifiziert werden kann. Soweit, wie im Fall *Magill*, nicht nur der Zugang zu einer Gebrauchs- sondern zu einer Herstellungslizenz betroffen ist, wird dabei auf Grundlage der Essential Facilities-Doktrin neben dem nachgelagerten Sekundärmarkt darüber hinaus auch der bisher monopolisierte Primärmarkt eröffnet.⁴⁸

3. Das Urteil EuGH *Bronner*

In dem auf die *Magill*-Entscheidung folgenden Urteil des EuGH in der Sache *Bronner*⁴⁹ wurden nunmehr einzelne Tatbestandsmerkmale der Essential Facilities-Doktrin konkretisiert. Die dem EuGH im Verfahren der Vorabentscheidung vorgelegte Rechtssache betraf die Frage nach der Missbräuchlichkeit der Verweigerung eines Zeitschriftenverlages, einem Wettbewerber, hier der *Oscar Bronner GmbH*, Zugang zu dem eigenen und landesweit einzigen Hauszustellungssystem für Tageszeitungen in Österreich zu gewähren.⁵⁰ Im Mittelpunkt der Entscheidung stand die Frage, inwieweit für die *Oscar Bronner GmbH* der Zugang zu dem Hauszustellungssystem des Konkurrenzverlages unerlässlich ist, um die eigene Tageszeitung zu vertreiben und insoweit zu diesem Konkurrenzverlag in Wettbewerb zu treten. Dabei stellte der EuGH unter Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes zunächst einmal in Frage, ob es tatsächlich an der Substituierbarkeit des Hauszustellungssystems zum Vertrieb von Tageszeitungen fehlt.⁵¹ Dies unterstellt, verneinte der EuGH im Folgenden jedoch, dass ein Zugang zum Hauszustellungssystem des Antragsgegners für die *Oscar Bronner GmbH* unerlässlich sei, weshalb eine Zugangsverweigerung nicht geeignet wäre jeglichen Wettbewerb auf dem Tageszeitungsmarkt auszuschalten.⁵² Danach reiche allein

⁴⁵ EuGH, Rs. C-418/01, *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 Rn. 48 (juris).

⁴⁶ EuG, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601 Ls. 11 (juris).

⁴⁷ *Ibid.*, Ls. 10.

⁴⁸ Müller, EuZW 1998, 232 (236 f.).

⁴⁹ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 (juris).

⁵⁰ *Ibid.*, Rn. 5 ff.

⁵¹ *Ibid.*, Rn. 33 f.

⁵² *Ibid.*, Rn. 41 ff.

der Umstand, dass es für die *Oscar Bronner GmbH* aufgrund ihrer wesentlich geringeren Auflagenzahl wirtschaftlich unrentabel wäre ein eigenes Hauszustellungssystem zu errichten nicht aus, um eine Unerlässlichkeit des Zugangs zu dem Hauszustellungssystem des Konkurrenzverlages zu bejahen. Vielmehr müsste es aus technischen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Hindernissen für jeden anderen Verleger von Tageszeitungen unmöglich oder unzumutbar sein, ein solches Hauszustellungssystem selbst oder in Kooperation mit anderen Unternehmen zu errichten.⁵³ Demzufolge sei zur Beantwortung der Frage, ob der Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung für einen Wettbewerber unerlässlich ist, auf die objektiven Möglichkeiten eines Wettbewerbers in der wirtschaftlichen Lage des Inhabers der wesentlichen Einrichtung abzustellen.⁵⁴ Diese objektive Bestimmung und damit restriktive Handhabung des Kriteriums der Unerlässlichkeit des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen begründet sich aus dem Gedanken des Investitions- und Innovationsschutzes.⁵⁵ Soweit wesentliche Einrichtungen auf eigene Investitionen und Innovationen zurückgehen, führt die erzwungene Öffnung dieser Einrichtungen zu Gunsten von Wettbewerbern zu einer Verminderung der Anreizwirkungen im Wettbewerb.⁵⁶ Aus diesem Grund darf ein Zugang zu einer Einrichtung nur beansprucht werden, wenn dieser aufgrund objektiver Hindernisse, welche nicht nur vom eigenen wirtschaftlichen Erfolg auf dem entsprechenden Markt abhängen, notwendig ist.⁵⁷ Andernfalls käme einer Anwendung der Essential Facilities-Doktrin selbst wettbewerbsvermindernde Wirkung zu.⁵⁸ Folglich genüge es vorliegend auch nicht, dass sich ein Zurückgreifen auf andere Vertriebswege für die *Oscar Bronner GmbH* als weniger günstig darstellte, da es nicht Sinn und Zweck der Essential Facilities-Doktrin sein kann, sich auf Kosten eines Konkurrenzunternehmens Wettbewerbsvorteile zu verschaffen.⁵⁹ Vielmehr schließe das Vorhandensein eines, wenn auch weniger günstigen, tatsächlichen oder potentiellen Ersatzes einen Anspruch auf Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung aus.⁶⁰

Fortgeführt wurde diese Rechtsprechung im Folgenden in dem oben bereits angesprochenen Urteil *IMS Health*, in dem der Zugang zu einer patentrechtlich geschützten Datenbankstruktur sodann wegen der technischen Abhängigkeit der Nutzer zu diesem System, aus objektiven Gründen für unerlässlich erachtet wurde.⁶¹ Im Urteil *Microsoft* stellte das Gericht allerdings nur noch ganz allgemein auf die Notwendigkeit des Zugangs zu den Schnittstelleninformationen für das Überleben der Wettbewerber

⁵³ *Ibid.*, Rn. 44.

⁵⁴ *Ibid.*, Rn. 46.

⁵⁵ Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* zu Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 62 ff. (juris).

⁵⁶ Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* zu Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 62 (juris); *Martenczuk*, EuR 34 (1999), 565 (569).

⁵⁷ *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1435).

⁵⁸ Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* zu Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 69 (juris); *Martenczuk*, EuR 34 (1999), 565 (569).

⁵⁹ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 43 (juris); Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* zu Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 67 f. (juris).

⁶⁰ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 41 (juris); EuGH, Rs. C-418/01, *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 Rn. 28 (juris).

⁶¹ EuGH, Rs. C-418/01, *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 Rn. 28 f. (juris).

auf dem Markt ab, ohne den objektiven Maßstab der Unerlässlichkeit klar weiterzuverfolgen.⁶²

IV. Der Tatbestand der Essential Facilities-Doktrin unter Art. 102 AEUV

Aus der dogmatischen Einordnung und der oben dargestellten Rechtsprechung lassen sich nun die folgenden allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen für die Anwendung der Essential Facilities-Doktrin ableiten.

1. *Begriff der essential facility*

Als sogenannte essential facility oder wesentliche Einrichtung kommt grundsätzlich jedes Wirtschaftsgut und damit sowohl physische Infrastruktureinrichtungen sowie bewegliche materielle Güter, als auch Immaterialgüter in Betracht.⁶³

2. *Marktabgrenzung*

Da die Essential Facilities-Doktrin den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung mittels der Verlagerung von Marktmacht auf einen benachbarten Markt betrifft, ist für deren Anwendung die Abgrenzung zweier unterschiedlicher Märkte notwendig.⁶⁴ Dabei bildet der Zugang zu der in Frage stehenden wesentlichen Einrichtung (essential facility) den vorgelagerten Primärmarkt. Von diesem ist sodann ein nachgelagerter Produkt- oder Dienstleistungsmarkt zu unterscheiden, dessen Anbieter gleichzeitig auf einen Zugang zum vorgelagerten Primärmarkt angewiesen sind. Für die Qualifizierung des Zugangs zu einer essential facility als eigenständigen Markt ist unerheblich, ob die Einrichtung von ihrem Inhaber auch gegenüber Dritten angeboten und damit tatsächlich getrennt vermarktet wird.⁶⁵ Vielmehr ist unter Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes allein entscheidend, ob eine potentielle Nachfrage nach einem Zugang zu dieser wesentlichen Einrichtung besteht und damit ein potentieller oder hypothetischer Markt bestimmt werden kann.⁶⁶ So genügt für die Abgrenzung zweier benachbarter Märkte, dass zwei Produktionsstufen unterschieden werden können, die dadurch miteinander verbunden sind, dass sich das vorgelagerte Erzeugnis für die Lieferung des nachgelagerten Erzeugnisses als unerlässlich darstellt.⁶⁷

⁶² *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1435).

⁶³ *Eilmansberger*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), MüKo-EUWettbR, Art. 82 EG, Rn. 359.

⁶⁴ *Ibid.*, Rn. 361.

⁶⁵ EuGH, Rs. C-418/01, *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 Rn. 43 (juris); EuG, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601 Ls. 6 (juris).

⁶⁶ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 33 f. (juris); Rs. C-418/01, *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 Rn. 44 (juris); EuG, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601 Ls. 6 (juris).

⁶⁷ EuG, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601 Ls. 6 (juris); *Eilmansberger*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), MüKo-EUWettbR, Art. 82 EG, Rn. 361.

3. *Beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben*

Weiter muss der Inhaber der essential facility jedenfalls auf dem vorgelagerten Markt des Zugangs zu der wesentlichen Einrichtung eine beherrschende Stellung inne haben.⁶⁸ Da eine wesentliche Einrichtung nur insoweit vorliegt, als Wettbewerber für eine Tätigkeit auf dem nachgelagerten Markt auf einen Zugang zu dieser Einrichtung zwingend angewiesen sind, ergibt sich die marktbeherrschende Stellung auf dem Primärmarkt regelmäßig bereits aus dem ausschließlichen Zugang zu der in Frage stehenden Einrichtung.⁶⁹ Dabei muss sich die beherrschende Stellung und somit die Reichweite der wesentlichen Einrichtung gem. Art. 102 I AEUV auf den Binnenmarkt oder einen wesentlichen Teil desselben erstrecken.⁷⁰

Fraglich ist jedoch, ob der Inhaber der essential facility zudem auch eine marktbeherrschende Stellung auf dem nachgelagerten Sekundärmarkt aufweisen muss.⁷¹ Tatsächlich begründet sich aus der Abhängigkeit der Leistungserbringung auf dem nachgelagerten Markt von einem Zugang zu der wesentlichen Einrichtung oftmals auch eine marktbeherrschende Stellung des Einrichtungsinhabers auf dem Sekundärmarkt.⁷² Die Rechtsprechung hat bisher jedoch bereits eine beherrschende Stellung auf dem vorgelagerten Markt der wesentlichen Einrichtung als hinreichende Voraussetzung für die Anwendung der Essential Facilities-Doktrin genügen lassen.⁷³ Dies wird auch der *Ratio* dieses besonderen Missbrauchstatbestandes gerecht, die von einer beherrschenden Stellung auf dem Primärmarkt ausgehende Verlagerung von Marktmacht bereits von vornherein zu verhindern. Ein Erfordernis der Beherrschung auch des nachgelagerten Marktes ist entsprechend der dogmatischen Herleitung der Essential Facilities-Doktrin folglich zu verneinen.

4. *Missbrauch*

Das missbräuchliche Verhalten des Inhabers der essential facility besteht nun in einer Verweigerung des Zugangs zu der wesentlichen Einrichtung gegenüber einem jedenfalls potentiellen Wettbewerber auf einem nachgelagerten Markt, sofern dieser Zugang für ein tätig werden auf dem nachgelagerten Markt unerlässlich ist und damit zu einem Ausschluss jeglichen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt führt.

⁶⁸ *Eilmansberger*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), MüKo-EUWettbR, Art. 82 EG, Rn. 369.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 34 ff. (juris); *de Bronett*, in: Wiedemann (Hrsg.), Hdb. d. Kartellrechts, § 22, Rn. 64.

⁷⁰ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 31 f. (juris); *Bergmann*, in: Loewenheim (Hrsg.), Kartellrecht, Art. 82 EG, Rn. 141 f.

⁷¹ *Eilmansberger*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), MüKo-EUWettbR, Art. 82 EG, Rn. 370.

⁷² *de Bronett*, in: Wiedemann (Hrsg.), Hdb. d. Kartellrechts, § 22, Rn. 67.

⁷³ EuGH, Rs. C-241/91, *Magill*, Slg. 1995, I-743 Rn. 47 (juris); Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 34 f. (juris).

a) *Unerlässlichkeit des Zugangs*

Eine Beanspruchung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung rechtfertigt sich aus wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten jedoch nur im Falle der Unerlässlichkeit des Zugangs für ein tätig werden auf dem nachgelagerten Markt.⁷⁴ Dementsprechend wurde diese Voraussetzung im Urteil *Bronner* dahingehend konkretisiert, dass es aus rechtlichen, technischen oder wirtschaftlichen Gründen auch für jeden anderen Wettbewerber unmöglich oder unzumutbar sein müsse auf einen potentiellen Ersatz für die in Frage stehende Einrichtung zurückzugreifen.⁷⁵ Zur Verneinung des Tatbestandsmerkmals der Unerlässlichkeit des Zugangs zu einer essential facility genügt damit bereits die objektive Möglichkeit einen Ersatz für die bereits vorhandene Einrichtung zu schaffen. An einer Unerlässlichkeit des Zugangs fehlt es daher insbesondere dann, wenn sich die Errichtung einer eigenen Einrichtung für den Wettbewerber allein aus rein subjektiven Gründen als weniger effizient oder effektiv darstellen würde. Folglich führen wirtschaftliche Gründe nur ganz ausnahmsweise zu einer Unerlässlichkeit im oben genannten Sinne, nämlich nur soweit die Errichtung einer zweiten Einrichtung für jeden Wettbewerber unrentabel wäre, was aufgrund der hohen Fixkosten und der niedrigen Grenzkosten in der Regel nur auf physische Infrastruktureinrichtungen im Sinne natürlicher Monopole zutrifft.⁷⁶

b) *Verhinderung jeglichen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt*

Aufgrund der Unerlässlichkeit des Zugangs zu der wesentlichen Einrichtung muss die Zugangsverweigerung gegenüber potentiellen Wettbewerbern zu einem Ausschluss jeglichen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt führen.⁷⁷ In diesem Erfordernis schlägt sich die Zweckrichtung der Essential Facilities-Doktrin nieder, die Übertragung von Marktmacht beherrschender Unternehmen auf einen nachgelagerten Markt zu verhindern.⁷⁸ So soll sich die Übertragung von Marktmacht auf einen nachgelagerten Markt unter Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Primärmarkt schon an sich als missbräuchliches Verhalten i.S.d. Art. 102 AEUV darstellen.⁷⁹ Ein solcher Marktmachttransfer kann aber bereits mit der Erreichung einer marktbeherrschenden Stellung auch auf dem nachgelagerten Markt angenommen werden. Daher ist dem Urteil des EuG in der Sache *Microsoft* zu folgen, wonach für die Feststellung der Verhinderung von Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt bereits die Eig-

⁷⁴ Vgl. oben unter B.III.3.

⁷⁵ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 41 ff. (juris).

⁷⁶ *Eilmansberger*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), MüKo-EUWettbR, Art. 82 EG, Rn. 357; *Müller*, EuZW 1998, 232 (234).

⁷⁷ EuGH, Rs. C-241/91, *Magill*, Slg. 1995, I-743 Rn. 56 (juris); Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 41 (juris).

⁷⁸ *Eilmansberger*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), MüKo-EUWettbR, Art. 82 EG, Rn. 376 ff.; *Müller*, EuZW 1998, 232 (234).

⁷⁹ *Eilmansberger*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), MüKo-EUWettbR, Art. 82 EG, Rn. 376 ff.

nung zur Ausschaltung jedes wirksamen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt genügen soll.⁸⁰

c) *Verhinderung der Entstehung eines neuen Produkts*

Nach dem sogenannten Neuheitserfordernis soll die Verweigerung einer Lizenz an einem Immaterialgüterrecht nur dann ein missbräuchliches Verhalten im Sinne des Art. 102 AEUV darstellen, wenn hierdurch ein neues Erzeugnis verhindert würde, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht. Dieses Kriterium wurde erstmals vom EuGH in der Sache *Magill* aufgestellt und sodann in der Entscheidung *IMS Health* weitergeführt.⁸¹ Dass es sich bei diesem Neuheitserfordernis um ein allgemeines Tatbestandsmerkmal der Essential Facilities-Doktrin handelt, wird in der Literatur zu Recht bezweifelt.⁸² Zum einen hat die Rechtsprechung das Erfordernis der Verhinderung eines neuen, potentiell nachgefragten Produktes bisher ausschließlich auf die Verweigerung des Zugangs zu Immaterialgüterrechten angewandt.⁸³ In der Entscheidung *Bronner* wurde indes ausdrücklich offen gelassen, ob die Kriterien nach der *Magill*-Rechtsprechung auch auf materielle Eigentumsrechte Anwendung finden.⁸⁴ Des Weiteren erklärt sich das Neuheitserfordernis letztlich nur aus der erforderlichen Abgrenzung des Kartellrechts vom Recht des geistigen Eigentums.⁸⁵ So kommt die im Innovationsschutz zu erblickende Zweckrichtung dieses besonderen Tatbestandsmerkmals allein bei einem in Frage stehenden Zugang zu Immaterialgüterrechten zum Tragen. Damit ist die Verhinderung eines neuen, potentiell nachgefragten Erzeugnisses richtigerweise nicht als allgemeines Tatbestandsmerkmal, sondern als zusätzliche Voraussetzung für die Anwendung der Essential Facilities-Doktrin auf Immaterialgüterrechte anzusehen. Zu weit geht aber die in der Literatur geäußerte, jedoch mit der oben genannten Rechtsprechung nicht in Einklang stehende Auffassung, dass dem Neuheitserfordernis auch für den Zugang zu Immaterialgüterrechten keine Bedeutung zukomme, es sich hierbei vielmehr nur um ein zusätzliches aber kein zwingendes Begründungselement handele.⁸⁶ Weiter ungeklärt ist, inwieweit entsprechend der *Microsoft*-Rechtsprechung des EuG das Neuheitserfordernis bei einem in Frage stehenden Zugang zu einem immateriellen Eigentumsrecht auch durch andere gleichwertige Kriterien ersetzt werden kann.⁸⁷

⁸⁰ EuG, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601 Ls. 10 (juris); *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1437 f.).

⁸¹ EuGH, Rs. C-241/91, *Magill*, Slg. 1995, I-743 Rn. 54 (juris); Rs. C-418/01, *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 Rn. 38 (juris).

⁸² *Martenczuk*, EuR 34 (1999), 565 (567); *Müller*, EuZW 1998, 232 (236).

⁸³ *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1439).

⁸⁴ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 41 (juris).

⁸⁵ Vgl. oben unter B III. 2.; EuGH, Rs. C-418/01, *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 Rn. 48 (juris); *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1438 f.).

⁸⁶ So aber: *Mennicke*, ZHR 160 (1996), 626 (653 f.).

⁸⁷ Dies bejahend: EuG, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601 Ls. 11 (juris); a.A.: *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1441 ff.).

d) *Fehlen einer objektiven Rechtfertigung*

Sowohl die Entscheidungspraxis der Kommission, als auch die Rechtsprechung des EuGH gehen davon aus, dass eine Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung dann kein missbräuchliches Verhalten i.S.d. Art. 102 AEUV darstellt, wenn sich dieses als aus sachlichen Gründen objektiv gerechtfertigt darstellt.⁸⁸ Eine nähere inhaltliche Konkretisierung etwaig in Betracht kommender Rechtfertigungsgründe erfolgte durch die hier erörterte Rechtsprechung bisher noch nicht. In der Literatur werden insbesondere die Sicherung der Funktionsfähigkeit der wesentlichen Einrichtung, deren objektiv unzureichende Kapazitäten sowie der Schutz vom Einrichtungsinhaber getätigter Investitionen angeführt.⁸⁹ Dabei wird überwiegend eine am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierte Abwägung im Einzelfall befürwortet.⁹⁰ Solche objektiven Rechtfertigungsgründe sind zur Entkräftung des Missbrauchsvorwurfes letztlich vom hiervon betroffenen Unternehmen nachzuweisen.⁹¹

5. *Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten*

Zur Eröffnung des Geltungsbereiches des europäischen Wettbewerbsrechts ist letztlich unter Anwendung der Zwischenstaatlichkeitsklausel festzustellen, dass die missbräuchliche Zugangsverweigerung auch geeignet ist den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen.⁹²

C. Das Urteil EuG „*Clearstream*“

I. Sachverhalt

Ausgangspunkt des Rechtsstreits in der Sache *Clearstream* sind die Beziehungen zweier europäischer Finanzdienstleister bei der Erbringung von Clearing- und Abrechnungsleistungen zum Zwecke der Abwicklung von Wertpapiergeschäften.

Wertpapiere werden als effektive Stücke oder in Gestalt von Bucheinträgen bei einem Finanzdienstleister endverwahrt.⁹³ Kommt es nun zum Abschluss eines Wertpapiergeschäfts, erfolgt die Übertragung der Wertpapiere in zwei Schritten: Zunächst wird zur Prüfung des Geschäftsinhalts, der Eigentumsverhältnisse sowie der Verfügungsberechtigungen der Vertragsparteien, ein sogenanntes Clearing durchgeführt.⁹⁴

⁸⁸ Entscheidung der Kommission 94/19/EG, *Sealink*, ABl. EG Nr. L 15/8 vom 21. Dezember 1993, Rn. 66 (juris); EuGH, Rs. C-418/01, *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039 Rn. 38, 51 (juris).

⁸⁹ *Müller*, EuZW 1998, 232 (235); *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1444 f.).

⁹⁰ *Mennicke*, ZHR 160 (1996), 626 (656); *Müller*, EuZW 1998, 232 (235).

⁹¹ EuG, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601 Ls. 12 (juris); *Mennicke*, ZHR 160 (1996), 626 (655).

⁹² EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 31 (juris); *Eilmansberger*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), MüKo-EUWettbR, Art. 82 EG, Rn. 569.

⁹³ Vgl. §§ 2 ff. DepotG; EuG, Rs. T-301/04, *Clearstream*, Slg. 2009, 0 Rn. 10.

⁹⁴ Zusammenfassung der Entscheidung der Kommission, COMP/38.096 – *Clearstream*, ABl. EG Nr. C 165/7 vom 17. Juli 2009, Rn. 9.

Hiernach kommt es in einem zweiten Schritt zur Abrechnung des Wertpapiergeschäfts, indem die Bestandsänderungen der Wertpapiere auf den Wertpapierkonten verbucht werden und es zur Übertragung der vom Käufer geschuldeten Gegenleistung kommt.⁹⁵

Dabei ist zwischen der Erbringung von primären und sekundären Clearing- und Abrechnungsleistungen zu unterscheiden. Primäre Clearings und Abrechnungen können nur von einem sogenannten Zentralverwahrer (CSD – Central Securities Depository) erbracht werden, welcher die zu handelnden Wertpapiere selbst endverwahrt.⁹⁶ Dieser verbucht dann für die bei ihm hinterlegten Wertpapiere die durch das Wertpapiergeschäft eingetretene Bestandsveränderung auf dem von ihm zu diesem Zwecke geführten Wertpapierkonto. Hingegen können sekundäre Clearing- und Abrechnungsleistungen auch von sogenannten Zwischenverwahrern, d.h. von Kreditinstituten oder Finanzdienstleistern, welche die entsprechenden Wertpapiere selbst nicht endverwahren, erbracht werden.⁹⁷ Diese sind jedoch nur in der Lage Wertpapiergeschäfte zwischen ihren eigenen Kunden abzuwickeln oder bei externen Geschäften den primären Abrechnungsprozess auf den eigenen Konten abzubilden.⁹⁸

Beabsichtigen Finanzdienstleister demnach für ihre Kunden als Zwischenverwahrer Wertpapiergeschäfte mit Kunden fremder Institute abzuwickeln, sind diese für die Erbringung der (sekundären) Clearing- und Abrechnungsleistungen auf einen Zugang zum Zentralverwahrer angewiesen, um eine Bestandsänderung für die bei diesem endverwahrten Wertpapiere verbuchen zu können.⁹⁹

Am vorliegenden Verfahren waren die *Clearstream International SA* mit ihren Tochtergesellschaften, der *Clearstream Banking AG Frankfurt* und der *Clearstream Banking Luxembourg SA*, sowie die *Euroclear Bank SA Brüssel* beteiligt.¹⁰⁰ Die *Clearstream Banking Luxembourg SA* sowie die *Euroclear Bank SA Brüssel* stehen dabei insoweit im direkten Wettbewerb, als dass es sich um die einzigen europaweit tätigen Internationalen Zentralverwahrer (ICSD – International Central Securities Depositories) handelt, welche Clearing- und Abrechnungsleistungen auch für den grenzüberschreitenden Wertpapierhandel anbieten.¹⁰¹

Die *Clearstream Banking AG* hingegen ist die einzige in Deutschland anerkannte Wertpapiersammelbank nach § 5 DepotG und damit der alleinige Zentralverwahrer für in Deutschland emittierte und in der Form der Girosammelverwahrung endverwahrte Wertpapiere.¹⁰² Dabei stellt sich die Girosammelverwahrung als die gängigste Form der Verwahrung von Wertpapieren in Deutschland dar, womit die *Clearstream Banking AG* mehr als 90% der in Deutschland emittierten Wertpapiere endver-

⁹⁵ *Ibid.*, Rn. 9.

⁹⁶ EuG, Rs. T-301/04, *Clearstream*, Slg. 2009, 0 Rn. 9, 13 (juris).

⁹⁷ EuG, Rs. T-301/04, *Clearstream*, Slg. 2009, 0 Rn. 14 (juris); Zusammenfassung der Entscheidung der Kommission, COMP/38.096 – *Clearstream*, ABl. EG Nr. C 165/7 vom 17. Juli 2009, Rn. 11.

⁹⁸ EuG, Rs. T-301/04, *Clearstream*, Slg. 2009, 0 Rn. 15 (juris).

⁹⁹ *Ibid.*, Rn. 15.

¹⁰⁰ *Ibid.*, Rn. 1.

¹⁰¹ *Ibid.*, Rn. 1.

¹⁰² *Ibid.*, Rn. 18.

wahrt.¹⁰³ Die primären Abrechnungsprozesse für Namensaktien erfolgen bei der *Clearstream Banking AG* über die IT-Plattform Cascade, für die auch die Nutzung des Teilsystems Cascade-RS (Registered Shares) erforderlich ist.¹⁰⁴

Um für ihre Kunden sekundäre Clearing- und Abrechnungsleistungen für den Handel mit in Deutschland emittierten Namensaktien anbieten zu können, begehrte die *Euroclear Bank SA* nun einen direkten Zugang zur *Clearstream Banking AG* mittels einer Anbindung an die Plattform Cascade und Cascade-RS. Üblicherweise erfordert die Bereitstellung eines Zugangs zum Abrechnungssystem des Zentralverwahrers einen zeitlichen Aufwand von nicht mehr als vier Monaten.¹⁰⁵ Die *Clearstream Banking AG* benötigte hingegen eine Zeitdauer von mehr als zwei Jahren um der *Euroclear Bank SA* Zugang zu ihrem System Cascade-RS einzuräumen und verweigerte dieser damit zwischenzeitlich den Zugang zum gesamten Abrechnungssystem für Namensaktien über die Plattform Cascade.¹⁰⁶

Darüber hinaus berechnete die *Clearstream Banking AG* der *Euroclear Bank SA* für die Erbringung von primären Clearing- und Abrechnungsleistungen ein Entgelt, welches 20% über dem Preisniveau lag, das nationalen Zwischenverwahrern für vergleichbare Leistungen in Rechnung gestellt wurde.¹⁰⁷

II. Verfahrensgang

Anlass des Verfahrens war eine von der Kommission auf Grundlage der Art. 17 f. VO Nr. 1/ 2003 durchgeführte Überprüfung zur Einhaltung der Wettbewerbsregeln bei der Abwicklung des innergemeinschaftlichen Wertpapierhandels.¹⁰⁸ Zunächst erfolgte eine Anhörung der *Clearstream International SA* sowie der *Clearstream Banking AG Frankfurt*.¹⁰⁹ Hiernach stellte die Kommission in ihrer Entscheidung vom 02. Juni 2004 fest, dass die *Clearstream* durch die Verweigerung der Erbringung primärer Clearing- und Abrechnungsleistungen gegenüber der *Euroclear Bank SA*, mittels einer Verzögerung des Zugangs zu Cascade-RS sowie einer preislichen Diskriminierung bei Erbringung dieser Leistungen, gegen Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG) verstoßen habe.¹¹⁰

Am 28. Juli 2004 reichten daraufhin die *Clearstream International SA* und die *Clearstream Banking AG Frankfurt* gem. Art. 263 IV, 256 I AEUV Nichtigkeitsklage

¹⁰³ *Ibid.*, Rn. 18.

¹⁰⁴ EuG, Rs. T-301/04, *Clearstream*, Slg. 2009, 0 Rn. 16 (juris); Zusammenfassung der Entscheidung der Kommission, COMP/38.096 – *Clearstream*, ABl. EG Nr. C 165/7 vom 17. Juli 2009, Rn. 12.

¹⁰⁵ Zusammenfassung der Entscheidung der Kommission, COMP/38.096 – *Clearstream*, ABl. EG Nr. C 165/7 vom 17. Juli 2009, Rn. 25.

¹⁰⁶ *Ibid.*, Rn. 25, 12.

¹⁰⁷ *Ibid.*, Rn. 27 f.

¹⁰⁸ EuG, Rs. T-301/04, *Clearstream*, Slg. 2009, 0 Rn. 2 (juris); Zusammenfassung der Entscheidung der Kommission, COMP/38.096 – *Clearstream*, ABl. EG Nr. C 165/7 vom 17. Juli 2009, Rn. 2.

¹⁰⁹ Abschlussbericht des Anhörungsbeauftragten, ABl. EG Nr. C 165/5 vom 17. Juli 2009.

¹¹⁰ Zusammenfassung der Entscheidung der Kommission, COMP/38.096 – *Clearstream*, ABl. EG Nr. C 165/7 vom 17. Juli 2009.

gegen die Entscheidung der Kommission beim EuG ein.¹¹¹ Mit Urteil vom 09. September 2009 wies das Gericht die Klage sodann als unbegründet zurück.¹¹²

III. Entscheidungsgründe und rechtliche Würdigung

1. *Marktabgrenzung*

Im Mittelpunkt des Rechtsstreits stand vor allem die Frage, ob es sich bei der Erbringung von primären Clearings und Abrechnungen durch einen Zentralverwahrer um einen eigenständigen, sachlich abgrenzbaren Markt handelt, auf welchem der *Clearstream Banking AG Frankfurt* in Deutschland eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Das Gericht bestätigte diesbezüglich die Auffassung der Kommission, dass zwischen primären und sekundären Clearing- und Abrechnungsleistungen im Sinne sachlich getrennter Märkte zu differenzieren sei.¹¹³ Das Gericht stellte unter Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes fest, dass es an einer Substituierbarkeit zwischen primären und sekundären Clearing- und Abrechnungsleistungen deshalb fehle, weil die Abwicklung externer Wertpapiergeschäfte durch Zwischenverwahrer zwingend deren Zugang zu primären Clearings und Abrechnungen des Zentralverwahrers erfordert.¹¹⁴ Dementsprechend würden die Zwischenverwahrer als Nachfrager der Leistungen des Zentralverwahrers auftreten, um auf einer nachgelagerten Stufe ihrerseits selbst eigene Clearing- und Abrechnungsleistungen anbieten zu können.¹¹⁵

Unter Verweis auf die Entscheidung *IMS Health* stellte das Gericht weiter fest, dass mit den primären und sekundären Clearing- und Abrechnungsleistungen „zwei Produktionsstufen bestimmt werden können, die dadurch miteinander verbunden sind, dass das vorgelagerte Erzeugnis ein für die Lieferung des nachgelagerten Erzeugnisses unerlässliches Element ist.“¹¹⁶

Damit hat das Gericht auch in der Sache *Clearstream* eine den Anwendungsvoraussetzungen der Essential Facilities-Doktrin entsprechende Marktabgrenzung¹¹⁷ vorgenommen, indem es mit der Erbringung primärer und sekundärer Clearings und Abrechnungen zwei eigenständige, benachbarte Märkte unterschieden hat. Unter dieser Prämisse bildet der Markt der primären Clearing- und Abrechnungsleistungen den vorgelagerten Primärmarkt für den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung. Als sogenannte wesentliche Einrichtungen oder essential facilities stellen sich vorliegend daher die von den Zentralverwahrern für die von ihnen endverwahrten Wertpapiere geführten Wertpapierkonten dar. Denn die Inanspruchnahme der primären Clearings und Abrechnungen bedeutet für die Zwischenverwahrer nichts anderes, als einen Zu-

¹¹¹ Klage der *Clearstream Banking AG* und der *Clearstream International SA Luxembourg* gegen die Kommission in der Rs. T-301/04, ABl. EG Nr. C 262/39 vom 23. Oktober 2004.

¹¹² EuG, Rs. T-301/04, *Clearstream*, Slg. 2009, 0.

¹¹³ EuG, Rs. T-301/04, *Clearstream*, Slg. 2009, 0 Rn. 73 (juris); Zusammenfassung der Entscheidung der Kommission, COMP/38.096 – *Clearstream*, ABl. EG Nr. C 165/7 vom 17. Juli 2009, Rn. 13.

¹¹⁴ EuG, Rs. T-301/04, *Clearstream*, Slg. 2009, 0 Rn. 48, 51 ff. (juris).

¹¹⁵ *Ibid.*, Rn. 54, 57.

¹¹⁶ *Ibid.*, Rn. 66.

¹¹⁷ Vgl. oben unter B.IV.2.

gang zu den Wertpapierkonten der Zentralverwahrer zu erhalten, welcher für diese zur Erbringung von Leistungen auf dem nachgelagerten Markt für sekundäre Clearings und Abrechnungen notwendig ist.

2. *Beherrschende Stellung des Klägers*

Da nach der Essential Facilities-Doktrin regelmäßig schon mit dem alleinigen Zugriff auf die essential facility das Innehaben einer beherrschenden Stellung auf dem Primärmarkt verbunden ist,¹¹⁸ ergibt sich diese vorliegend bereits aus der Endverwahrung des Großteils der nach deutschem Recht emittierten Wertpapiere durch die *Clearstream Banking AG Frankfurt*. Mit der Begründung, dass es sich bei der *Clearstream Banking AG Frankfurt* um den einzigen in Deutschland anerkannten Zentralverwahrer für Wertpapiere handelt und dieser daher über 90% der deutschen Wertpapiere endverwahrt, hat das Gericht dann auch eine beherrschende Stellung des Klägers auf dem deutschen Markt für primäre Clearings und Abrechnungen bejaht.¹¹⁹

3. *Misbrauch*

Ein missbräuchliches Verhalten der *Clearstream* gegenüber der *Euroclear Bank SA* begründete das Gericht vor allem mit der festgestellten Verzögerung der Einrichtung eines direkten Zugangs zu Primärclearings und Abrechnungen für nach deutschem Recht emittierte Namensaktien über das System Cascade-RS.

So besitze die *Clearstream Banking AG Frankfurt* – wie bereits festgestellt – auf dem hier relevanten Markt für primäre Clearings und Abrechnungen in Bezug auf deutsche Namensaktien eine faktische Monopolstellung.¹²⁰ Weiter war diese bereit, ihrer Schwestergesellschaft, der *Clearstream Banking Luxembourg SA*, bereits innerhalb von vier Monaten einen Direktzugang über Cascade-RS zu Primärclearings und Abrechnungen für deutsche Namensaktien einzurichten.¹²¹ Dabei stand die *Euroclear Bank SA* mit der *Clearstream Banking Luxembourg SA* auf dem nachgelagerten Markt für die Erbringung sekundärer Clearing- und Abrechnungsleistungen im europaweit grenzüberschreitenden Wertpapierhandel im direkten Wettbewerb. Dementsprechend habe die *Clearstream* die *Euroclear Bank SA* durch die temporäre Zugangsverweigerung zu Cascade-RS diskriminiert und damit zugleich den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt für grenzüberschreitende sekundäre Clearings und Abrechnungen beschränkt.¹²²

Dabei ging das Gericht unter Bezugnahme auf die Entscheidungen EuGH *Bronner* und EuG *Microsoft* explizit auf das Vorliegen der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen nach der Essential Facilities-Doktrin ein:

¹¹⁸ Vgl. oben unter B.IV.3.

¹¹⁹ EuG, Rs. T-301/04, *Clearstream*, Slg. 2009, 0 Rn. 60 ff., 73 (juris).

¹²⁰ *Ibid.*, Rn. 146.

¹²¹ *Ibid.*, Rn. 151.

¹²² *Ibid.*, Rn. 143, 149 ff.

a) *Unerlässlichkeit des Zugangs*

So bejahte das EuG unter Hinweis auf die *Bronner*-Rechtsprechung die Unerlässlichkeit eines Zugangs der *Euroclear Bank SA* zu den primären Clearings und Abrechnungen der *Clearstream* über Cascade-RS aufgrund einer objektiven Unmöglichkeit der Inanspruchnahme eines tatsächlichen oder potentiellen Ersatzes.¹²³ Insbesondere sei die interne Abwicklung von Wertpapiergeschäften kein geeigneter Ersatz für einen Zugang zum Zentralverwahrer, da sich die Möglichkeit einer internen Abwicklung ausschließlich auf den Wertpapierhandel zwischen den eigenen Kunden des Zwischenverwahrers beschränkt.¹²⁴ Auch ein nur indirekter Zugang zum Zentralverwahrer sei aufgrund der insoweit festgestellten erheblichen Nachteile, die mit einer Einschränkung der Wettbewerbsfähigkeit des Zwischenverwahrers verbunden wären, keine geeignete Alternative zu einem Direktzugang.¹²⁵ Schließlich erachtete das EuG die Errichtung eines eigenen Systems zur Endverwahrung von Wertpapieren aufgrund des Bestehens objektiver Marktzugangsschranken ebenfalls für unmöglich.¹²⁶ So sei die Etablierung eines zweiten Zentralverwahrers aufgrund des hohen technischen und finanziellen Aufwands nicht rentabel. Weiter bestehe gerade ein Bedürfnis nach einer gebündelten Endverwahrung der Wertpapiere, weswegen eine Nachfrage nach einem alternativen Zentralverwahrer neben der *Clearstream Banking AG Frankfurt*, welche bereits 90% der nach deutschem Recht emittierten Wertpapiere endverwahrt, nicht bestehe. Damit entspricht das Urteil *Clearstream* der *Bronner*-Rechtsprechung, indem es die Feststellung eines fehlenden potentiellen Ersatzes für einen Zugang zu der wesentlichen Einrichtung auf eine Sachlage stützt, bei der die Errichtung eines zweiten nationalen Endverwahrungssystems sich für jeden Wettbewerber als unwirtschaftlich darstellen würde.

b) *Verhinderung jeglichen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt*

Infolgedessen stellte das Gericht fest, dass die Verzögerung des Zugangs zum System Cascade-RS durch die *Clearstream* geeignet war jeglichen wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt für sekundäre Clearing- und Abrechnungsleistungen im grenzüberschreitenden Wertpapierhandel auf dem Binnenmarkt auszuschalten.¹²⁷ Dies begründet sich aus der oben bereits angeführten Tatsache, dass die *Euroclear Bank SA* auf dem nachgelagerten Markt für die Abwicklung grenzüberschreitender Wertpapiergeschäfte allein mit der *Clearstream Banking Luxembourg SA* im direkten Wettbewerb steht.

Hierbei führte das EuG nunmehr seine Rechtsprechung in der Sache *Microsoft* fort, wonach das Erfordernis der Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs auf dem nach-

¹²³ *Ibid.*, Rn. 147.

¹²⁴ *Ibid.*, Rn. 54, 69.

¹²⁵ *Ibid.*, Rn. 152.

¹²⁶ *Ibid.*, Rn. 146.

¹²⁷ *Ibid.*, Rn. 147 ff.

gelagerten Markt bereits bei einer objektiven Eignung zur Ausschaltung eines wirksamen Wettbewerbs zu bejahen ist.¹²⁸

c) *Fehlen einer objektiven Rechtfertigung*

Auch in der Sache *Clearstream* verwies das Gericht, unter Bezugnahme auf die *Bronner*-Rechtsprechung, auf das Erfordernis des Fehlens einer objektiven Rechtfertigung für die Verweigerung des Zugangs zu der wesentlichen Einrichtung.¹²⁹ Dabei verblieb es jedoch bei der Feststellung, dass ein die Verzögerung des Zugangs rechtfertigendes Versäumnis auf Seiten der *Euroclear Bank SA* von den Klägern nicht bewiesen wurde.¹³⁰ Weiter stellte das Gericht fest, dass ein Verhalten Dritter, hier eine Ablehnung der *Euroclear France* gegenüber der *Clearstream Banking AG Frankfurt* bezüglich eines Zugangs zu französischen Wertpapieren, nicht geeignet sei das Verhalten gegenüber der *Euroclear Bank SA* zu rechtfertigen.¹³¹

D. „*Clearstream*“ – Eine Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin

I. Einordnung in die bisherige Rechtsprechung

In dem vorliegenden Urteil des EuG *Clearstream* wurde demzufolge eine temporäre Zugangsverweigerung zu primären Clearing- und Abrechnungsleistungen, welche für das Anbieten von Leistungen auf dem nachgelagerten Markt für sekundäre Clearings und Abrechnungen als unerlässlich erachtet wurden, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 102 I AEUV (ex-Art. 82 I EG) qualifiziert. Begründet wurde das Urteil insbesondere damit, dass dieses Verhalten geeignet war jeglichen wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt auszuschalten. Dabei nahm die Entscheidung ausdrücklich Bezug auf die, den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung betreffenden, Entscheidungen EuGH *Bronner* und EuG *Microsoft*. Indem sich das Gericht in der Rechtssache *Clearstream* der allgemeinen Tatbestandsdogmatik der Essential Facilities-Doktrin bediente, reiht sich auch diese Entscheidung in die langjährige europäische Rechtspraxis hinsichtlich der Verweigerung eines Zugangs zu sogenannten wesentlichen Einrichtung ein.¹³²

Dabei lag auch der hier vorliegenden Entscheidung der Gedanke zu Grunde, dass ein Verhalten eines Unternehmens in beherrschender Stellung nicht mit den EU-Wettbewerbsregeln vereinbar ist, wenn dieses auf eine Verstärkung der beherrschenden Stellung und ihren Missbrauch abzielt.¹³³ So ist vor allem dem Umstand Bedeutung beizumessen, dass die *Clearstream* in Gestalt der *Clearstream Banking Luxembourg SA* mit der *Euroclear Bank SA* auf dem nachgelagerten Markt für europaweit

¹²⁸ *Ibid.*, Rn. 148.

¹²⁹ *Ibid.*, Rn. 147.

¹³⁰ *Ibid.*, Rn. 151, 156.

¹³¹ *Ibid.*, Rn. 134.

¹³² Vgl. oben unter B.III.

¹³³ EuG, Rs. T-301/04, *Clearstream*, Slg. 2009, 0 Rn. 132 (juris).

grenzüberschreitende Sekundärclearings und Abrechnungen als einziger weiterer internationaler Zentralverwahrer im direkten Wettbewerb stand. Denn in diesem Zusammenhang kommt auch in der Sache *Clearstream* die *Ratio* der Essential Facilities-Doktrin zum Tragen, eine Verlagerung von Marktmacht von einem beherrschten Primärmarkt auf einen nachgelagerten Sekundärmarkt, hier dem Markt für grenzüberschreitende sekundäre Clearings und Abrechnungen, zu verhindern.

II. Konkretisierung der allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen

Die Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin durch das Urteil des EuG *Clearstream* findet auch in einer Konkretisierung der allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen dieser Rechtsfigur ihren Ausdruck:

So bestätigt das Urteil die bereits durch die bisherige Rechtsprechung vorgezeichnete Marktabgrenzung, wonach eine beherrschende Stellung auf dem vorgelagerten Markt für den Zugang zu der essential facility im Sinne einer hinreichenden Bedingung genügt, es darüber hinaus einer Beherrschung des nachgelagerten Marktes jedoch nicht bedarf.

Weiter scheint das Gericht, unter Verweis auf die *Bronner*-Rechtsprechung, die restriktive Linie in Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Unerlässlichkeit des Zugangs zu der wesentlichen Einrichtung fortzuführen. So wurde vorliegend eine Unerlässlichkeit des Zugangs zum Zentralverwahrer mangels eines tatsächlichen oder potentiellen Ersatzes, insbesondere wegen der objektiv gegebenen hohen Marktzugangsschranken zur Errichtung eines eigenen Zentralverwahrungssystems, bejaht. Allerdings stellte das Gericht in diesem Zusammenhang auch fest, dass ein nur indirekter Zugang zum Zentralverwahrer aufgrund der damit verbundenen Nachteile kein geeigneter Ersatz sei.¹³⁴ Diese Feststellungen könnten in Widerspruch zu den Ausführungen in der Sache *Bronner* stehen, wonach es gerade nicht ausreicht, dass sich ein potentieller oder tatsächlicher Ersatz für den Wettbewerber nur als weniger günstig darstellt.¹³⁵ Jedoch stellte das Gericht vorliegend ausdrücklich fest, dass ein indirekter mit einem direkten Zugang zu primären Clearing- und Abrechnungsleistungen nicht substituierbar wäre. Daher ist hier in Betracht zu ziehen, dass die mit einem indirekten Zugang verbundenen Nachteile unzumutbar schwer wogen, sodass auch eine solche Beschränkung geeignet war, im Sinne der Essential Facilities-Doktrin, jeglichen wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt auszuschließen.

Bezüglich der Voraussetzung der Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt folgte das Gericht zu Recht seiner in der Sache *Microsoft* ergangenen Rechtsprechung, wonach hierfür bereits die Eignung zur Ausschaltung jeglichen wirksamen Wettbewerbs genügen soll.¹³⁶ Abzuwarten bleibt nun, ob auch der EuGH dieser extensiven Auslegung des von ihm in der Entscheidung *Magill*³⁷ aufge-

¹³⁴ *Ibid.*, Rn. 152.

¹³⁵ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn. 43 (juris); Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* zu Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791 Rn.67 f. (juris).

¹³⁶ Vgl. oben unter B.IV.4.b).

¹³⁷ EuGH, Rs. C-241/91, *Magill*, Slg. 1995, I-743 Rn. 56 (juris).

stellten Erfordernisses – der Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt – folgen wird.

Eine bedeutende Klarstellung brachte die Entscheidung *Clearstream* letztlich für die tatbestandliche Einordnung des sogenannten Neuheitserfordernisses. Ohne das Erfordernis der Verhinderung eines neuen, potentiell nachgefragten Produktes überhaupt zu erwähnen, interpretierte das EuG das Urteil *Bronner* vorliegend dahingehend, dass nach diesem allein eine Leistungsverweigerung Voraussetzung sei, welche jeglichen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausschließt, nicht objektiv zu rechtfertigen ist und sich für die Ausübung der Tätigkeit des Nachfragers als unentbehrlich darstellt.¹³⁸ Damit dürfte nun geklärt sein, dass sich das Neuheitserfordernis, als Kriterium zur Abgrenzung des Kartellrechts vom Recht zum Schutz des geistigen Eigentums, ausschließlich auf den Zugang zu Immaterialgüterrechten beschränkt und sich demgemäß nicht als allgemeines Tatbestandsmerkmal der Essential Facilities-Doktrin niederschlägt.

Weiterhin schuldig geblieben ist die Rechtsprechung aber auch in der Sache *Clearstream*, eine inhaltliche Konkretisierung der in Betracht kommenden objektiven Rechtfertigungsgründe vorzunehmen. Auch hier bleibt abzuwarten, ob in der Rechtsprechung zu dieser Frage künftig eine Kasuistik entwickelt wird.

E. Ausblick

Wie sich gezeigt hat, bedeutet die Entscheidung des EuG in der Sache *Clearstream*, welche sich gleichsam nahtlos in die zu dieser Frage bisher ergangene Entscheidungspraxis einfügt, eine Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht. Dabei konnte diese jüngste Entscheidung auf europäischer Ebene dazu beitragen, einige in der Auslegung der bisherigen Rechtspraxis noch offene Fragen bezüglich der Ausgestaltung dieses besonderen Missbrauchstatbestands zu klären.

Gleichwohl lässt auch diese Entscheidung noch einige Fragen unbeantwortet: So ist ungewiss, wie sich der Gerichtshof zu den vom Gericht in den Entscheidungen *Microsoft* und *Clearstream* in erster Instanz eingeführten tatbestandlichen Konkretisierungen verhalten wird. Insbesondere wird weiter kontrovers diskutiert, inwieweit die Verhinderung eines neuen, potentiell nachgefragten Produktes, als zusätzliches Erfordernis für den Zugang zu Immaterialgüterrechten, durch alternative Voraussetzungen ersetzt werden kann. Des Weiteren fehlt es bisher an einer inhaltlich aussagekräftigen Rechtsprechung zu etwaig in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründen für die Verweigerung eines Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen.

Dennoch bewirkte das Urteil *Clearstream* eine weitere Konturierung des allgemeinen Tatbestandes der Essential Facilities-Doktrin, ohne dass hierdurch dessen Anwendungsbereich in seiner Weite gemindert wurde.

¹³⁸ EuG, Rs. T-301/04, *Clearstream*, Slg. 2009, 0 Rn. 147 (juris).

SCHRIFTTUM

- Emmerich*, Volker, Kartellrecht, 10. Auflage, München 2006.
- Fleischer*, Holger/*Körber*, Torsten, Der Einfluss des US-amerikanischen Antitrustrechts auf das Europäische Wettbewerbsrecht, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2001, 6-19.
- von der Groeben*, Hans/*Schwarze*, Jürgen (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2, 6. Auflage, Baden-Baden 2003.
- Hirsch*, Günter/*Montag*, Frank/*Säcker*, Franz Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1, München 2007.
- Jaeger*, Wolfgang/*Pohlmann*, Petra/*Rieger*, Harald/*Schroeder*, Dirk (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Band II, Köln 2006.
- Klimisch*, Annette/*Lange*, Markus, Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, *Wirtschaft und Wettbewerb* 1998, 15-26.
- Langen*, Eugen/*Bunte*, Hermann-Josef (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, 10. Auflage, München 2006.
- Loewenheim*, Ulrich/*Meessen*, Karl/*Riesenkampf*, Alexander (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1, München 2005.
- Martenczuk*, Bernd, Die „essential facilities“-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht und der Zugang zu Vertriebsnetzen, Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 26.11.1998, Rs. C-7/97, *Oscar Bronner/Mediaprint*, *Europarecht* 34 (1999), 565-570.
- Mennicke*, Petra, „Magill“ – Von der Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung von Immaterialgüterrechten zur „essential facilities“-Doktrin in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes?, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 160 (1996), 626-659.
- Müller*, Matthias, Die „Essential Facilities“-Doktrin im Europäischen Kartellrecht, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1998, 232-237.
- Schwintowski*, Hans Peter, Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, *Wirtschaft und Wettbewerb* 1999, 842-853.
- Wiedemann*, Gerhard (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 2. Auflage, München 2008.
- Wilhelmi*, Rüdiger, Lizenzverweigerung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in der Gemeinschaftsrechtsprechung, *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2009, 1431-1445.

Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht
(bis Heft 13 erschienen unter dem Titel: Arbeitspapiere aus dem
Institut für Wirtschaftsrecht – ISSN 1619-5388)

ISSN 1612-1368 (print)
ISSN 1868-1778 (elektr.)

Bislang erschienene Hefte

- Heft 1 Wiebe-Katrin Boie, Der Handel mit Emissionsrechten in der EG/EU – Neue Rechtssetzungsinitiative der EG-Kommission, März 2002, ISBN 3-86010-639-2
- Heft 2 Susanne Rudisch, Die institutionelle Struktur der Welthandelsorganisation (WTO): Reformüberlegungen, April 2002, ISBN 3-86010-646-5
- Heft 3 Jost Delbrück, Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftsrechtlicher Globalisierung, Juli 2002, ISBN 3-86010-654-6
- Heft 4 Christian Tietje, Die historische Entwicklung der rechtlichen Disziplinierung technischer Handelshemmnisse im GATT 1947 und in der WTO-Rechtsordnung, August 2002, ISBN 3-86010-655-4
- Heft 5 Ludwig Gramlich, Das französische Asbestverbot vor der WTO, August 2002, ISBN 3-86010-653-8
- Heft 6 Sebastian Wolf, Regulative Maßnahmen zum Schutz vor gentechnisch veränderten Organismen und Welthandelsrecht, September 2002, ISBN 3-86010-658-9
- Heft 7 Bernhard Kluttig/Karsten Nowrot, Der „Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002“ – Implikationen für die Doha-Runde der WTO, September 2002, ISBN 3-86010-659-7
- Heft 8 Karsten Nowrot, Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz von Internet-Domains, Oktober 2002, ISBN 3-86010-664-3
- Heft 9 Martin Winkler, Der Treibhausgas-Emissionsrechtehandel im Umweltvölkerrecht, November 2002, ISBN 3-86010-665-1
- Heft 10 Christian Tietje, Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten, Januar 2003, ISBN 3-86010-671-6
- Heft 11 Gerhard Kraft/Manfred Jäger/Anja Dreiling, Abwehrmaßnahmen gegen feindliche Übernahmen im Spiegel rechtspolitischer Diskussion und ökonomischer Sinnhaftigkeit, Februar 2003, ISBN 3-86010-647-0
- Heft 12 Bernhard Kluttig, Welthandelsrecht und Umweltschutz – Kohärenz statt Konkurrenz, März 2003, ISBN 3-86010-680-5

- Heft 13 Gerhard Kraft, Das Corporate Governance-Leitbild des deutschen Unternehmenssteuerrechts: Bestandsaufnahme – Kritik – Reformbedarf, April 2003, ISBN 3-86010-682-1
- Heft 14 Karsten Nowrot/Yvonne Wardin, Liberalisierung der Wasserversorgung in der WTO-Rechtsordnung – Die Verwirklichung des Menschenrechts auf Wasser als Aufgabe einer transnationalen Verantwortungsgemeinschaft, Juni 2003, ISBN 3-86010-686-4
- Heft 15 Alexander Böhmer/Guido Glania, The Doha Development Round: Reintegrating Business Interests into the Agenda – WTO Negotiations from a German Industry Perspective, Juni 2003, ISBN 3-86010-687-2
- Heft 16 Dieter Schneider, „Freimütige, lustige und ernsthafte, jedoch vernunft- und gesetzmäßige Gedanken“ (Thomasius) über die Entwicklung der Lehre vom gerechten Preis und fair value, Juli 2003, ISBN 3-86010-696-1
- Heft 17 Andy Ruzik, Die Anwendung von Europarecht durch Schiedsgerichte, August 2003, ISBN 3-86010-697-X
- Heft 18 Michael Slonina, Gesundheitsschutz contra geistiges Eigentum? Aktuelle Probleme des TRIPS-Übereinkommens, August 2003, ISBN 3-86010-698-8
- Heft 19 Lorenz Schomerus, Die Uruguay-Runde: Erfahrungen eines Chef-Unterhändlers, September 2003, ISBN 3-86010-704-6
- Heft 20 Michael Slonina, Durchbruch im Spannungsverhältnis TRIPS and Health: Die WTO-Entscheidung zu Exporten unter Zwangslizenzen, September 2003, ISBN 3-86010-705-4
- Heft 21 Karsten Nowrot, Die UN-Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights – Gelungener Beitrag zur transnationalen Rechtsverwirklichung oder das Ende des Global Compact?, September 2003, ISBN 3-86010-706-2
- Heft 22 Gerhard Kraft/Ronald Krenzel, Economic Analysis of Tax Law – Current and Past Research Investigated from a German Tax Perspective, Oktober 2003, ISBN 3-86010-715-1
- Heft 23 Ingeborg Fogt Bergby, Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im Streitbeilegungsrecht nach dem Energiechartavertrag aus norwegischer Perspektive, November 2003, ISBN 3-86010-719-4
- Heft 24 Lilian Habermann/Holger Pietzsch, Individualrechtsschutz im EG-Antidumpingrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, Februar 2004, ISBN 3-86010-722-4
- Heft 25 Matthias Hornberg, Corporate Governance: The Combined Code 1998 as a Standard for Directors' Duties, März 2004, ISBN 3-86010-724-0

- Heft 26 Christian Tietje, Current Developments under the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures as an Example for the Functional Unity of Domestic and International Trade Law, März 2004, ISBN 3-86010-726-7
- Heft 27 Henning Jessen, Zollpräferenzen für Entwicklungsländer: WTO-rechtliche Anforderungen an Selektivität und Konditionalität – Die GSP-Entscheidung des WTO Panel und Appellate Body, Mai 2004, ISBN 3-86010-730-5
- Heft 28 Tillmann Rudolf Braun, Investment Protection under WTO Law – New Developments in the Aftermath of Cancún, Mai 2004, ISBN 3-86010-731-3
- Heft 29 Juliane Thieme, Latente Steuern – Der Einfluss internationaler Bilanzierungsvorschriften auf die Rechnungslegung in Deutschland, Juni 2004, ISBN 3-86010-733-X
- Heft 30 Bernhard Kluttig, Die Klagebefugnis Privater gegen EU-Rechtsakte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes: Und die Hoffnung stirbt zuletzt..., September 2004, ISBN 3-86010-746-1
- Heft 31 Ulrich Immenga, Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, Oktober 2004, ISBN 3-86010-748-8
- Heft 32 Horst G. Krenzler, Die Uruguay Runde aus Sicht der Europäischen Union, Oktober 2004, ISBN 3-86010-749-6
- Heft 33 Karsten Nowrot, Global Governance and International Law, November 2004, ISBN 3-86010-750-X
- Heft 34 Ulrich Beyer/Carsten Oehme/Friederike Karmrodt, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf die Verfahrensgarantien im Unionsrecht, November 2004, ISBN 3-86010-755-0
- Heft 35 Frank Rieger/Johannes Jester/ Michael Sturm, Das Europäische Kartellverfahren: Rechte und Stellung der Beteiligten nach Inkrafttreten der VO 1/03, Dezember 2004, ISBN 3-86010-764-X
- Heft 36 Kay Wissenbach, Systemwechsel im europäischen Kartellrecht: Dezentralisierte Rechtsanwendung in transnationalen Wettbewerbsbeziehungen durch die VO 1/03, Februar 2005, ISBN 3-86010-766-6
- Heft 37 Christian Tietje, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz, Februar 2005, ISBN 3-86010-770-4
- Heft 38 Matthias Bickel, Die Argentinien-Krise aus ökonomischer Sicht: Herausforderungen an Finanzsystem und Kapitalmarkt, März 2005, ISBN 3-86010-772-0

- Heft 39 Nicole Steinat, *Comply or Explain – Die Akzeptanz von Corporate Governance Kodizes in Deutschland und Großbritannien*, April 2005, ISBN 3-86010-774-7
- Heft 40 Karoline Robra, *Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus europäischer Perspektive*, Mai 2005, ISBN 3-86010-782-8
- Heft 41 Jan Bron, *Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der EG*, Juli 2005, ISBN 3-86010-791-7
- Heft 42 Christian Tietje/Sebastian Wolf, *REACH Registration of Imported Substances – Compatibility with WTO Rules*, July 2005, ISBN 3-86010-793-3
- Heft 43 Claudia Decker, *The Tension between Political and Legal Interests in Trade Disputes: The Case of the TEP Steering Group*, August 2005, ISBN 3-86010-796-8
- Heft 44 Christian Tietje (Hrsg.), *Der Beitritt Russlands zur Welthandelsorganisation (WTO)*, August 2005, ISBN 3-86010-798-4
- Heft 45 Wang Heng, *Analyzing the New Amendments of China's Foreign Trade Act and its Consequent Ramifications: Changes and Challenges*, September 2005, ISBN 3-86010-802-6
- Heft 46 James Bacchus, *Chains Across the Rhine*, October 2005, ISBN 3-86010-803-4
- Heft 47 Karsten Nowrot, *The New Governance Structure of the Global Compact – Transforming a "Learning Network" into a Federalized and Parliamentarized Transnational Regulatory Regime*, November 2005, ISBN 3-86010-806-9
- Heft 48 Christian Tietje, *Probleme der Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels – Stärken und Schwächen des GATS*, November 2005, ISBN 3-86010-808-5
- Heft 49 Katja Moritz/Marco Gesse, *Die Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Acts auf deutsche Unternehmen*, Dezember 2005, ISBN 3-86010-813-1
- Heft 50 Christian Tietje/Alan Brouder/Karsten Nowrot (eds.), *Philip C. Jessup's *Transnational Law* Revisited – On the Occasion of the 50th Anniversary of its Publication*, February 2006, ISBN 3-86010-825-5
- Heft 51 Susanne Probst, *Transnationale Regulierung der Rechnungslegung – International Accounting Standards Committee Foundation und Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee*, Februar 2006, ISBN 3-86010-826-3
- Heft 52 Kerstin Rummel, *Verfahrensrechte im europäischen Arzneimittelzulassungsrecht*, März 2006, ISBN 3-86010-828-X

- Heft 53 Marko Wohlfahrt, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften, März 2006, ISBN (10) 3-86010-831-X, ISBN (13) 978-3-86010-831-4
- Heft 54 Nikolai Fichtner, The Rise and Fall of the Country of Origin Principle in the EU's Services Directive – Uncovering the Principle's Premises and Potential Implications –, April 2006, ISBN (10) 3-86010-834-4, ISBN (13) 978-3-86010-834-5
- Heft 55 Anne Reinhardt-Salcinovic, Informelle Strategien zur Korruptionsbekämpfung – Der Einfluss von Nichtregierungsorganisationen am Beispiel von Transparency International –, Mai 2006, ISBN (10) 3-86010-840-9, ISBN (13) 978-3-86010-840-6
- Heft 56 Marius Rochow, Die Maßnahmen von OECD und Europarat zur Bekämpfung der Bestechung, Mai 2006, ISBN (10) 3-86010-842-5, ISBN (13) 978-3-86010-842-0
- Heft 57 Christian J. Tams, An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure, Juni 2006, ISBN (10) 3-86010-843-3, ISBN (13) 978-3-86010-843-7
- Heft 58 Sandy Hamelmann, Internationale Jurisdiktionskonflikte und Vernetzungen transnationaler Rechtsregime – Die Entscheidungen des Panels und des Appellate Body der WTO in Sachen "Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages" –, Juli 2006, ISBN (10) 3-86010-850-6, ISBN (13) 978-3-86010-850-5
- Heft 59 Torje Sunde, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung nach Art. VI GATS, Juli 2006, ISBN (10) 3-86010-849-2, ISBN (13) 978-3-86010-849-9
- Heft 60 Kay Wissenbach, Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder – Offene Fragen nach der 7. Novellierung des GWB, August 2006, ISBN (10) 3-86010-852-2, ISBN (13) 978-3-86010-852-9
- Heft 61 Sebastian Wolf, Welthandelsrechtliche Rahmenbedingungen für die Liberalisierung ausländischer Direktinvestitionen – Multilaterale Investitionsverhandlungen oder Rückbesinnung auf bestehende Investitionsregelungen im Rahmen der WTO?, September 2006, ISBN (10) 3-86010-860-3, ISBN (13) 978-3-86010-860-4
- Heft 62 Daniel Kirmse, Cross-Border Delisting – Der Börsenrückzug deutscher Aktiengesellschaften mit Zweitnotierungen an ausländischen Handelsplätzen, Oktober 2006, ISBN (10) 3-86010-861-1, ISBN (13) 978-3-86010-861-1
- Heft 63 Karoline Kampermann, Aktuelle Entwicklungen im internationalen Investitionsschutzrecht mit Blick auf die staatliche Steuersouveränität, Dezember 2006, ISBN (10) 3-86010-879-4, ISBN (13) 978-3-86010-879-6
- Heft 64 Maria Pätz, Die Auswirkungen der Zinsrichtlinie innerhalb der EU und im Verhältnis zur Schweiz, April 2007, ISBN 978-3-86010-904-5

- Heft 65 Norman Hölzel, Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und *Zementkartell*, Mai 2007, ISBN 978-3-86010-903-8
- Heft 66 Karsten Nowrot, Netzwerke im Transnationalen Wirtschaftsrecht und Rechtsdogmatik, Mai 2007, ISBN 978-3-86010-908-3
- Heft 67 Marzena Przewlocka, Die rechtliche Regelung von Directors' Dealings in Deutschland und Polen – unter Berücksichtigung der Neuerungen durch das Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz –, Juni 2007, ISBN 978-3-86010-909-0
- Heft 68 Steffen Fritzsche, Open Skies EU-USA – an extraordinary achievement!? August 2007, ISBN 978-3-86010-933-5
- Heft 69 Günter Hirsch, Internationalisierung und Europäisierung des Privatrechts, September 2007, ISBN 978-3-86010-922-9
- Heft 70 Karsten Nowrot, The Relationship between National Legal Regulations and CSR Instruments: Complementary or Exclusionary Approaches to Good Corporate Citizenship? Oktober 2007, ISBN 978-3-86010-945-8
- Heft 71 Martin Brenncke, Is “fair use” an option for U.K. copyright legislation? November 2007, ISBN 978-3-86010-963-2
- Heft 72 Rainer Bierwagen, Das Grünbuch der Europäischen Kommission zu den handelspolitischen Schutzinstrumenten der EG – ein Meilenstein in der Reformdebatte? November 2007, ISBN 978-3-86010-966-3
- Heft 73 Murad L. Wisniewski, Employee involvement in multinational corporations – A European perspective, Februar 2008, ISBN 978-3-86010-996-0
- Heft 74 Christian Tietje/Karsten Nowrot/Clemens Wackernagel, Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, March 2008, ISBN 978-3-86829-011-0
- Heft 75 Christian Tietje/Bernhard Kluttig, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen und –übernahmen – Zur Rechtslage in den USA, Großbritannien, Frankreich und Italien, Mai 2008, ISBN 978-3-86829-035-6
- Heft 76 Daniel Scharf, Die Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten, Juni 2008, ISBN 978-3-86829-048-6
- Heft 77 Martina Franke, Chinas Währungspolitik in der Kritik des US-amerikanischen und des internationalen Wirtschaftsrechts, August 2008, ISBN 978-3-86829-069-1
- Heft 78 Christian Tietje, The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States, September 2008, ISBN 978-3-86829-071-4

- Heft 79 Martin Brenncke, The EU Roaming Regulation and its non-compliance with Article 95 EC, October 2008, ISBN 978-3-86829-078-3
- Heft 80 Katharina Winzer, Der Umzug einer GmbH in Europa – Betrachtungen im Lichte der Rechtsprechung des EuGH sowie der aktuellen Gesetzgebung, November 2008, ISBN 978-3-86829-083-7
- Heft 81 Jürgen Bering, Die rechtliche Behandlung von ‚Briefkastenfirmen‘ nach Art. 17 ECT und im allgemeinen internationalen Investitionsschutzrecht, Dezember 2008, ISBN 978-3-86829-101-8
- Heft 82 Clemens Wackernagel, Das Verhältnis von treaty und contract claims in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-103-2
- Heft 83 Christian Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-105-6
- Heft 84 Martina Franke, Historische und aktuelle Lösungsansätze zur Rohstoffversorgungssicherheit, Februar 2009, ISBN 978-3-86829-127-8
- Heft 85 Hans Tietmeyer, Währungs- und Finanzmarktstabilität als Aufgabe – Rückblick und Perspektiven, März 2009, ISBN 978-3-86829-119-3
- Heft 86 Wolfgang Ramsteck, Die Germany Trade and Invest GmbH und die Reformen der Außenwirtschaftsförderung des Bundes: Eine Kopie des britischen Ansatzes?, März 2009, ISBN 978-3-86829-129-2
- Heft 87 Sven Leif Erik Johannsen, Der Investitionsbegriff nach Art. 25 Abs. 1 der ICSID-Konvention, April 2009, ISBN 978-3-86829-131-5
- Heft 88 Koresuke Yamauchi, Das globale Internationale Privatrecht im 21. Jahrhundert – Wendung des klassischen Paradigmas des IPRs zur Globalisierung, Mai 2009, ISBN 978-3-86829-148-3
- Heft 89 Dana Ruddigkeit, Border Tax Adjustment an der Schnittstelle von Welt handelsrecht und Klimaschutz vor dem Hintergrund des Europäischen Emissionszertifikatehandels, Juli 2009, ISBN 978-3-86829-151-3
- Heft 90 Sven Leif Erik Johannsen, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, August 2009, ISBN 978-3-86829-155-1
- Heft 91 André Duczek, Rom II-VO und Umweltschädigung – Ein Überblick, September 2009, ISBN 978-3-86829-175-9
- Heft 92 Carsten Quilitzsch, Projektfinanzierung als Mittel zur Umsetzung internationaler Rohstoffvorhaben, Oktober 2009, ISBN 978-3-86829-183-4
- Heft 93 Christian Tietje, Internationales Investitionsschutzrecht im Spannungsverhältnis von staatlicher Regelungsfreiheit und Schutz wirtschaftlicher Individualinteressen, Februar 2010, ISBN 978-3-86829-218-3

- Heft 94 Carsten Quilitzsch, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung bei gewerblichen Betriebsstätten und Tochterkapitalgesellschaften in der Europäischen Union – Eine ökonomische Analyse, März 2010, ISBN 978-3-86829-259-6
- Heft 95 Christian Maurer, Die gesetzlichen Maßnahmen in Deutschland zur Finanzmarktstabilisierung 2008 und 2009 – verfassungs- und europarechtliche Probleme, April 2010, ISBN 978-3-86829-273-2
- Heft 96 Karsten Nowrot, International Investment Law and the Republic of Ecuador: From Arbitral Bilateralism to Judicial Regionalism, Mai 2010, ISBN 978-3-86829-276-3
- Heft 97 Diemo Dietrich/Jasper Finke/Christian Tietje, Liberalization and Rules on Regulation in the Field of Financial Services in Bilateral Trade and Regional Integration Agreements, Juni 2010, ISBN 978-3-86829-278-7
- Heft 98 Stefan Hoffmann, Bad Banks als Mittel zur Bewältigung der Wirtschaftskrise – Ein Vergleich der Modelle Deutschlands, der Schweiz, der Vereinigten Staaten und Großbritanniens, Juli 2010, ISBN 978-3-86829-283-1
- Heft 99 Alexander Grimm, Das Schicksal des in Deutschland belegenen Vermögens der Limited nach ihrer Löschung im englischen Register, September 2010, ISBN 978-3-86829-293-0
- Heft 101 Daniel Scharf, Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon – Neuerungen und Auswirkungen auf die Gemeinsame Handelspolitik, Dezember 2010, ISBN 978-3-86829-308-1
- Heft 102 Matthias Böttcher, „Clearstream“ – Die Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-318-0