Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
NIILO JÄÄSKINEN
vom 26. April 2012[1]

Rechtssache C-138/11

Compass-Datenbank GmbH
gegen
Republik Österreich

(Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs [Österreich])

„Wettbewerb — Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV — Begriff ‚Unternehmen' — Weiterverwendung von Daten des öffentlichen Sektors — Absolute Untersagung der Weiterverwendung von Daten eines öffentlichen Gesellschaftsregisters — Weigerung eines Mitgliedstaats, eine Lizenz für den Massentransfer von Daten zur kommerziellen Weiterverwendung zu erteilen — Bestimmung des vorgelagerten Markts — Wesentliche Infrastruktur (‚essential facilities') — Lieferverweigerung — Richtlinie 68/151/EWG — Richtlinie 96/9/EG — Richtlinie 2003/98/EG"

I – Einleitung

1. Im vorliegenden Verfahren ersucht der Oberste Gerichtshof (Österreich) um Klärung der Frage, ob der österreichische Staat als „Unternehmen" im Sinne von Art. 102 AEUV tätig wird, wenn er sowohl die Weiterverwendung in seinem öffentlichen Gesellschaftsregister (im Folgenden: Firmenbuch) enthaltener Daten als auch die Vermarktung dieser Daten zur Bildung eines umfassenderen Wirtschaftsinformationsdiensts untersagt. Sollte dies zu bejahen sein, wird der Gerichtshof sodann um Klärung der Frage gebeten, ob die sogenannte „Essential-Facilities-Doktrin" anwendbar ist. Diese Doktrin bezieht sich auf Fälle, in denen die Kontrolle einer Ressource durch ein Unternehmen auf dem vorgelagerten Markt zu einer beherrschenden Stellung auf dem nachgelagerten Markt führt.

2. Diese Fragen stellen sich in einem Zusammenhang, in dem Grundsätze des Unionsrechts zum rechtlichen Schutz von Datenbanken, zur Führung öffentlicher Gesellschaftsregister durch Mitgliedstaaten und zur Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors relevant sind. Der Grund hierfür besteht zum einen darin, dass Österreich sich auf eine Richtlinie beruft, nach der es verpflichtet ist, ein Register mit Angaben über Gesellschaften zu führen, auf eine weitere zum rechtlichen Schutz von Datenbanken und auf eine dritte zur Weiterverwendung öffentlicher Informationen. Zum anderen führt Compass-Datenbank, das Unternehmen, das den streitgegenständlichen Anspruch geltend macht, die Richtlinie über die Weiterverwendung öffentlicher Informationen zur Begründung der von ihr vertretenen Ansicht zum Missbrauch einer beherrschenden Stellung und insbesondere zur „Essential-Facilities-Doktrin" an.

1 — Originalsprache: Englisch.

II – Unionsrecht

Richtlinie 68/151/EWG[2]

3. Art. 3 der Richtlinie 68/151 bestimmt:

„(1) In jedem Mitgliedstaat wird entweder bei einem zentralen Register oder bei einem Handels- oder Gesellschaftsregister für jede der dort eingetragenen Gesellschaften eine Akte angelegt.

(2) Alle Urkunden und Angaben, die nach Artikel 2 der Offenlegung unterliegen, sind in dieser Akte zu hinterlegen oder in das Register einzutragen; …

(3) Eine vollständige oder auszugsweise Kopie der in Artikel 2 bezeichneten Urkunden oder Angaben muss auf Antrag erhältlich sein. Spätestens ab dem 1. Januar 2007 können die Anträge bei dem Register wahlweise auf Papier oder in elektronischer Form gestellt werden.

Ab einem von jedem Mitgliedstaat festzulegenden Zeitpunkt, spätestens aber ab dem 1. Januar 2007 müssen Kopien gemäß Unterabsatz 1 von dem Register wahlweise auf Papier oder in elektronischer Form erhältlich sein. …

Die Gebühren für die Ausstellung einer vollständigen oder auszugsweisen Kopie der in Artikel 2 bezeichneten Urkunden oder Angaben auf Papier oder in elektronischer Form dürfen die Verwaltungskosten nicht übersteigen.

Die Richtigkeit der auf Papier ausgestellten Kopien wird beglaubigt, sofern der Antragsteller auf diese Beglaubigung nicht verzichtet. Die Richtigkeit der Kopien in elektronischer Form wird nicht beglaubigt, es sei denn, die Beglaubigung wird vom Antragsteller ausdrücklich verlangt. …

(4) Die in Absatz 2 bezeichneten Urkunden und Angaben sind in einem von dem Mitgliedstaat zu bestimmenden Amtsblatt entweder in Form einer vollständigen oder auszugsweisen Wiedergabe oder in Form eines Hinweises auf die Hinterlegung des Dokuments in der Akte oder auf seine Eintragung in das Register bekannt zu machen. Das von dem Mitgliedstaat zu diesem Zweck bestimmte Amtsblatt kann in elektronischer Form geführt werden. …

(5) Die Urkunden und Angaben können Dritten von der Gesellschaft erst nach der Offenlegung gemäß Absatz 4 entgegengehalten werden, es sei denn, die Gesellschaft weist nach, dass die Urkunden oder Angaben den Dritten bekannt waren.

Bei Vorgängen, die sich vor dem sechzehnten Tag nach der Offenlegung ereignen, können die Urkunden und Angaben Dritten jedoch nicht entgegengehalten werden, die nachweisen, dass es ihnen unmöglich war, die Urkunden oder Angaben zu kennen. …“

2 — Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (ABl. L 65, S. 8), in der Fassung der Richtlinie 2003/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2003 zur Änderung der Richtlinie 68/151/EWG des Rates in Bezug auf die Offenlegungspflichten von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (ABl. L 221, S. 13).

Richtlinie 96/9/EG [3]

4. Die Erwägungsgründe 40 und 41 der Richtlinie 96/9 lauten:

„(40) Das Ziel dieses Schutzrechts *sui generis* besteht darin, den Schutz einer Investition in die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung des Inhalts einer Datenbank für die begrenzte Dauer des Schutzrechtes sicherzustellen. Diese Investition kann in der Bereitstellung von finanziellen Mitteln und/oder im Einsatz von Zeit, Arbeit und Energie bestehen.

(41) Das Schutzrecht *sui generis* soll dem Hersteller einer Datenbank die Möglichkeit geben, die unerlaubte Entnahme und/oder Weiterverwendung der Gesamtheit oder wesentlicher Teile des Inhalts dieser Datenbank zu unterbinden. Hersteller einer Datenbank ist die Person, die die Initiative ergreift und das Investitionsrisiko trägt. Insbesondere Auftragnehmer fallen daher nicht unter den Begriff des Herstellers."

5. Art. 7 („Gegenstand des Schutzes") im Kapitel III („Schutzrecht *sui generis*") der Richtlinie 96/9 bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen für den Hersteller einer Datenbank, bei der für die Beschaffung, die Überprüfung oder die Darstellung ihres Inhalts eine in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentliche Investition erforderlich ist, das Recht vor, die Entnahme und/oder die Weiterverwendung der Gesamtheit oder eines in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentlichen Teils des Inhalts dieser Datenbank zu untersagen.

(2) Für die Zwecke dieses Kapitels gelten folgende Begriffsbestimmungen:

a) ‚Entnahme' bedeutet die ständige oder vorübergehende Übertragung der Gesamtheit oder eines wesentlichen Teils des Inhalts einer Datenbank auf einen anderen Datenträger, ungeachtet der dafür verwendeten Mittel und der Form der Entnahme;

b) ‚Weiterverwendung' bedeutet jede Form öffentlicher Verfügbarmachung der Gesamtheit oder eines wesentlichen Teils des Inhalts der Datenbank durch die Verbreitung von Vervielfältigungsstücken, durch Vermietung, durch Online-Übermittlung oder durch andere Formen der Übermittlung. Mit dem Erstverkauf eines Vervielfältigungsstücks einer Datenbank in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung erschöpft sich in der Gemeinschaft das Recht, den Weiterverkauf dieses Vervielfältigungsstücks zu kontrollieren.

…

(3) Das in Absatz 1 genannte Recht kann übertragen oder abgetreten werden oder Gegenstand vertraglicher Lizenzen sein.

…

(5) Unzulässig ist die wiederholte und systematische Entnahme und/oder Weiterverwendung unwesentlicher Teile des Inhalts der Datenbank, wenn dies auf Handlungen hinausläuft, die einer normalen Nutzung der Datenbank entgegenstehen oder die berechtigten Interessen des Herstellers der Datenbank unzumutbar beeinträchtigen."

3 — Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (ABl. L 77, S. 20).

Richtlinie 2003/98/EG [4]

6. Die Erwägungsgründe 8 und 9 der Richtlinie 2003/98 lauten:

„(8) Für die Bedingungen der Weiterverwendung von Dokumenten des öffentlichen Sektors ist ein allgemeiner Rahmen erforderlich, um zu gewährleisten, dass die Bedingungen für die Weiterverwendung solcher Informationen gerecht, angemessen und nichtdiskriminierend sind. Öffentliche Stellen erheben, erstellen, reproduzieren und verbreiten Dokumente, um ihren öffentlichen Auftrag zu erfüllen. Die Nutzung dieser Dokumente aus anderen Gründen stellt eine Weiterverwendung dar. Die Mitgliedstaaten können mit ihren Maßnahmen über die in dieser Richtlinie festgelegten Mindeststandards hinausgehen und eine umfassendere Weiterverwendung gestatten.

(9) Diese Richtlinie enthält keine Verpflichtung zur Gestattung der Weiterverwendung von Dokumenten. Die Entscheidung, ob eine Weiterverwendung genehmigt wird, ist Sache der Mitgliedstaaten bzw. der betreffenden öffentlichen Stelle. … Öffentliche Stellen sollten ermutigt werden, alle ihre Dokumente zur Weiterverwendung bereitzustellen. Öffentliche Stellen sollten eine Weiterverwendung von Dokumenten einschließlich amtlicher Rechtsetzungs- und Verwaltungstexte in den Fällen fördern und unterstützen, in denen sie berechtigt sind, die Weiterverwendung zu genehmigen.“

7. Im 22. Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/98 heißt es: „Die Richtlinie berührt nicht das Bestehen von Rechten öffentlicher Stellen an geistigem Eigentum oder deren Inhaberschaft daran und schränkt auch nicht die Wahrnehmung dieser Rechte über die in dieser Richtlinie gesetzten Grenzen hinaus ein. … Öffentliche Stellen sollten ihre Urheberrechte jedoch auf eine Weise ausüben, die eine Weiterverwendung erleichtert.“

8. Art. 1 Abs. 1 („Gegenstand und Anwendungsbereich“) der Richtlinie 2003/98 lautet:

„Diese Richtlinie enthält einen Mindestbestand an Regeln für die Weiterverwendung und die praktischen Mittel zur Erleichterung der Weiterverwendung vorhandener Dokumente, die im Besitz öffentlicher Stellen der Mitgliedstaaten sind.“

9. Art. 2 Nr. 4 der Richtlinie 2003/98 definiert Weiterverwendung als „die Nutzung von Dokumenten, die im Besitz öffentlicher Stellen sind, durch natürliche oder juristische Personen für kommerzielle oder nichtkommerzielle Zwecke, die sich von dem ursprünglichen Zweck im Rahmen des öffentlichen Auftrags, für den die Dokumente erstellt wurden, unterscheiden. Der Austausch von Dokumenten zwischen öffentlichen Stellen ausschließlich im Rahmen der Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags stellt keine Weiterverwendung dar …“

10. Art. 3 („Allgemeiner Grundsatz“) der Richtlinie 2003/98 lautet:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass in den Fällen, in denen die Weiterverwendung von Dokumenten, die im Besitz öffentlicher Stellen sind, erlaubt wird, … diese Dokumente gemäß den Bedingungen der Kapitel III und IV für kommerzielle und nichtkommerzielle Zwecke weiterverwendet werden können. Die Dokumente werden, soweit möglich, in elektronischer Form zur Verfügung gestellt.“

4 — Richtlinie 2003/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. November 2003 über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (ABl. L 345, S. 90).

III – Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens, relevante Vorschriften des nationalen Rechts und Vorlagefragen

A – *Firmenbuch*

11. Nach den §§ 1 und 2 des Firmenbuchgesetzes (FBG)[5] sind Betriebe zu bestimmten Angaben im Firmenbuch verpflichtet, das nach den gleichen Bestimmungen auch der Öffentlichkeit zugänglich zu machen ist. Nach § 3 gehören zu solchen Angaben Firma, Rechtsform, Sitz, Bezeichnung des Geschäftszweigs, Zweigniederlassungen, Namen, Geburtsdaten und Vertretungsbefugnisse der vertretungsbefugten Personen sowie gegebenenfalls Angaben zu Liquidationsverfahren oder zur Eröffnung von Insolvenzverfahren.

12. Bis 1990 waren die vom österreichischen Staat geführten Daten über die Firmenbuchgerichte für die Öffentlichkeit verfügbar. Es ist immer noch möglich, das Firmenbuch gegen eine gesetzliche Gerichtsgebühr bei den örtlichen und regionalen Gerichten (Bezirksgerichte) oder über Notare einzusehen (§§ 33 und 35 FBG).

13. Ab 1. Januar 1991 wurde das Firmenbuch auf elektronisches Format umgestellt, und bis Ende 1994 wurden sämtliche Unternehmensdaten erfasst. Ab 1993 waren Abfragen von Privatpersonen über BTX möglich, und seit 1999 können Abfragen aus dem Firmenbuch online über das Internet erfolgen. Nach § 34 FBG ist nach Maßgabe der technischen und personellen Möglichkeiten jedermann zur Einsichtnahme in die Firmenbuchdaten im Schnellzugriff mittels automationsgestützter Datenübermittlung befugt.

14. Der automationsgestützte öffentliche Zugriff auf das Firmenbuch wurde 1999 geändert, als Österreich ursprünglich fünf Verrechnungsstellen mit der Bereitstellung eines Zugangs zum Firmenbuch über das Internet beauftragte[6]. Diese erheben eine gesetzliche Gerichtsgebühr und eine Vergütung für ihre Tätigkeit. Die für Abfragen im Schnellzugriff und Abfragen im Allgemeinen anfallenden Gerichtsgebühren sind in der Firmenbuchdatenbankverordnung (FBDBV[7]) festgelegt. Die Gerichtsgebühren werden von den Verrechnungsstellen erhoben und an den Staat weitergeleitet. Die Höhe der Gebühren ist abhängig von der Art der abgefragten Information. Die gesonderte Vergütung für die Leistung der Verrechnungsstellen muss vom Justizministerium genehmigt werden.

15. Die Firmenbuchdatenbank ist eine geschützte Datenbank. Das Schutzrecht *sui generis* an der Datenbank steht dem österreichischen Staat zu. Nach § 4 Abs. 2 FBDBV berechtigt die Befugnis zur Firmenabfrage nicht zu weiteren Verwertungshandlungen („untersagte Weiterverwendung“). Diese sind nach den einschlägigen, zur Umsetzung der Richtlinie 96/9 erlassenen urheberrechtlichen Bestimmungen dem österreichischen Staat als Hersteller der Datenbank vorbehalten[8].

B – *Die Datenbank von Compass-Datenbank*

16. Der Compass-Datenbank GmbH (im Folgenden: Compass-Datenbank) und ihren Rechtsvorgängern stehen seit mehr als 130 Jahren vom österreichischen Staat geführte Sammlungen von Betriebs- und Unternehmensinformationen zur Verfügung. Ab 1995 begann das Unternehmen mit dem Betrieb einer Wirtschaftsdatenbank, die über das Internet verfügbar ist und zum Teil auf diese Informationen zurückgreift.

5 — BGBl. Nr. 10/1991.

6 — Der Bevollmächtigte Österreichs hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass diese Lösung allein deshalb gewählt worden sei, weil für die Online-Abrechnung und für Zahlungen für Internetabfragen aus dem Firmenbuch keine staatliche Infrastruktur bestanden habe.

7 — BGBl. II Nr. 240/1999.

8 — Laut den schriftlichen Erklärungen von Compass-Datenbank bestand vor 1998 kein Urheberrechtsschutz des österreichischen Staates an öffentlichen Registern.

17. Die Datenbank von Compass-Datenbank enthält eine Reihe von Informationen, die über die im Firmenbuch erscheinenden Angaben hinausgehen. Sie enthält Informationen zu Beteiligungsverhältnissen, Telefon- und Faxnummern, E-Mail-Adressen, Geschäftsfelder der Unternehmen mit einer Kurzbeschreibung ihrer Geschäftstätigkeit und unterhaltene Bankverbindungen. Zum Betrieb ihres Informationsdienstes benötigt Compass-Datenbank tägliche Aktualisierungen der im Firmenbuch verzeichneten Daten, die durch eigene Recherchen ergänzt werden.

18. Bis Dezember 2001 erhielt Compass-Datenbank diese Daten vom österreichischen Bundesrechenzentrum ohne Verwertungsbeschränkung. Sie erhielt die Informationen in ihrer Eigenschaft als Herausgeberin des Zentralblatts für Eintragungen in das Firmenbuch der Republik Österreich. Sie verwendete die gleichen Daten für ihre eigene Wirtschaftsdatenbank weiter.

C – *Ausgangsverfahren*

19. In einem 2001 eingeleiteten Verfahren vor dem Handelsgericht Wien nahm der österreichische Staat Compass-Datenbank u. a. auf Unterlassung der Verwertung von Daten aus dem Firmenbuch, insbesondere durch Speicherung, Vervielfältigung und Weitergabe an Dritte, in Anspruch. Mit Beschluss vom 9. April 2002 gab der Oberste Gerichtshof einem entsprechenden Sicherungsantrag teilweise Folge und trug Compass-Datenbank auf, es bis zur Rechtskraft einer endgültigen Entscheidung zu unterlassen, das Firmenbuch zur Aktualisierung ihrer eigenen Wirtschaftsdatenbank zu verwerten, insbesondere Daten daraus zu speichern oder sonst zu vervielfältigen, um sie an dritte Personen weiterzugeben, diesen zugänglich zu machen oder Auskünfte daraus zu erteilen, sofern Compass-Datenbank diese Daten nicht gegen angemessenes, dem österreichischen Staat zufließendes Entgelt bezogen habe. Dem Vorlagebeschluss ist nicht zu entnehmen, ob in diesem Verfahren später eine endgültige Entscheidung der österreichischen Gerichte ergangen ist.

20. Gleichwohl erhielt Compass-Datenbank, wie ihr Bevollmächtigter in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, weiterhin Firmenbuchdaten, allerdings gegen ein nach Ansicht von Österreich zu geringes Entgelt.

21. Mit einem anderen, von Compass-Datenbank am 21. Dezember 2006 eingeleiteten Verfahren begehrt sie die gerichtliche Verpflichtung des österreichischen Staates, ihr nach dem Bundesgesetz über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen (IWG)[9] bestimmte Dokumente aus dem Firmenbuch gegen angemessenes Entgelt zur Verfügung zu stellen. Konkret begehrt sie Zugang zu Dokumenten in Form von Firmenbuchauszügen mit aktualisierten Daten zu den darin eingetragenen Rechtsträgern, zu am Vortag gelöschten Rechtsträgern sowie Auszüge aus dem Firmenbuch mit historischen Daten.

22. Im Verlauf dieses Verfahrens wurde festgestellt, dass Compass-Datenbank keine Ansprüche aus dem IWG ableiten könne. Es ergaben sich jedoch Anhaltspunkte dafür, dass die Gesellschaft sich auf kartellrechtliche Vorschriften stützen könne. Nach verschiedenen Vorinstanzen der österreichischen Gerichte ist die Sache beim Obersten Gerichtshof anhängig, der es für notwendig erachtet hat, dem Gerichtshof die folgenden drei Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist Art. 102 AEUV dahin auszulegen, dass ein Hoheitsträger unternehmerisch tätig wird, wenn er die von Unternehmen aufgrund von gesetzlichen Meldepflichten gemeldeten Daten in einer Datenbank (Firmenbuch) speichert und gegen Entgelt Einsicht gewährt und/oder Ausdrucke herstellen lässt, darüber hinausgehende Verwertungshandlungen aber untersagt?

9 — BGBl. I Nr. 135/2005. Diese Frage wird im Vorlagebeschluss nicht näher erläutert; dies gilt auch für die von mir zitierte relevante Bestimmung. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass nach Art. 7 IWG das von den Behörden für die Weiterverwendung von Daten des öffentlichen Sektors erhobene Entgelt die hiermit verbundenen Kosten zuzüglich einer angemessenen Gewinnspanne nicht übersteigen darf.

Für den Fall von Verneinung von Frage 1:

2. Liegt unternehmerisches Handeln vor, wenn der Hoheitsträger unter Berufung auf sein Sui-generis-Schutzrecht als Datenbankhersteller Verwertungshandlungen untersagt, die über die Gewährung von Einsicht und die Erstellung von Ausdrucken hinausgehen?

Für den Fall von Bejahung von Frage 1 oder 2:

3. Ist Art. 102 AEUV dahin auszulegen, dass die Grundsätze der Entscheidungen RTE und ITP/Kommission und IMS Health [10] („Essential-Facilities-Doktrin“) auch anzuwenden sind, wenn es keinen „vorgelagerten Markt“ gibt, weil die geschützten Daten im Rahmen hoheitlicher Tätigkeit gesammelt und in einer Datenbank (Firmenbuch) gespeichert werden?

23. Compass-Datenbank, die österreichische Regierung, Irland, die niederländische Regierung, die polnische Regierung, die portugiesische Regierung und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. An der mündlichen Verhandlung vom 2. Februar 2012 haben Compass-Datenbank, die österreichische Regierung, Irland und die Europäische Kommission teilgenommen.

IV – Würdigung

A – *Vorbemerkungen*

1. Rolle der Verrechnungsstellen

24. Die Erklärungen der Parteien zeigen die Notwendigkeit, als Vorfrage die Rolle der Verrechnungsstellen zu untersuchen, insbesondere im Hinblick darauf, wie sich dies auf die Beurteilung der Frage auswirkt, ob der österreichische Staat wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt.

25. Wie vorstehend in Nr. 14 erläutert, wurde 1999 eine Zugriffsmöglichkeit auf das Firmenbuch über die Verrechnungsstellen eingerichtet. Sie stellen einen kostenpflichtigen Online-Zugriff auf das Firmenbuch zur Verfügung. Der Bevollmächtigte Österreichs hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass gegenwärtig jedes Unternehmen als Verrechnungsstelle akzeptiert werden könne, das die erforderlichen Leistungs- und Anforderungskriterien erfülle. Derzeit sind an dieser Aufgabe zehn Verrechnungsstellen beteiligt, von denen eine derselben Unternehmensgruppe angehört wie Compass-Datenbank [11].

26. Die Verrechnungsstellen stellen über das Internet die Verbindung zwischen dem Firmenbuch und dem Kunden her. Ihnen ist eine Weiterverwendung der Firmenbuchdaten sowie eine Änderung des Inhalts oder der Darstellung der übertragenen Information untersagt. Auch dürfen sie die Inhalte nicht mit Werbung erweitern. Ebenso ist den Kunden der Verrechnungsstellen eine Weiterverwendung der Daten untersagt, die gegen das Schutzrecht *sui generis* Österreichs am Firmenbuch verstößt. Das heißt, die durch das Schutzrecht *sui generis* gedeckte Untersagung einer solchen Weiterverwendung ist absolut und wird von Österreich in nichtdiskriminierender Weise umgesetzt.

10 — Urteile vom 6. April 1995, RTE und ITP/Kommission (C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743), sowie vom 29. April 2004, IMS Health (C-418/01, Slg. 2004, I-5039).

11 — In der mündlichen Verhandlung wurde erklärt, dass diese Verrechnungsstelle ein Schwesterunternehmen der Compass-Datenbank sei.

27. Zu berücksichtigen ist dabei, dass Compass-Datenbank mit den vor den nationalen Gerichten anhängigen Anträgen vom österreichischen Staat das Recht zur Massenübertragung neuer im Firmenbuch gespeicherter Daten gegen angemessenes Entgelt, verbunden mit dem Recht zur Weiterverwendung, begehrt, um die Daten in seinen Informationsdienst einzustellen und zu vermarkten.

28. Das mit diesen Anträgen verfolgte Ziel besteht darin, Compass-Datenbank die Bereitstellung einer Dienstleistung zu ermöglichen, die auf den Daten aufbaut, die schon für jedermann über die Verrechnungsstellen zugänglich sind. Wie von Compass-Datenbank in der mündlichen Verhandlung deutlich gemacht, möchte sie mehr anbieten als eine bloße Vervielfältigung der von den Verrechnungsstellen gelieferten Informationen. Sie möchte diesen Informationen einen Mehrwert hinzufügen, indem sie sie um anderes Material erweitert. Außerdem benötigt sie nach ihrem Geschäftsmodell Zugang zu neuen und aktuellen Daten zu einem Preis, der unter der an die Verrechnungsstellen zu zahlenden gesetzlichen Gebühr liegt. Hierin liegt das Begehren im Ausgangsverfahren, das Compass-Datenbank angestrengt hat, und insoweit hat Compass-Datenbank eine bestimmte Gebühr vorgeschlagen, die ihrer Ansicht nach ein angemessenes, an den österreichischen Staat zu zahlendes Entgelt darstellt.

29. Ein klares Bild von der Rolle der Verrechnungsstellen ist aus zwei Gründen wichtig. Erstens sind zur Klärung der Frage, ob ein Hoheitsträger im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts unternehmerisch handelt, die einzelnen Tätigkeiten des jeweiligen Hoheitsträgers zu prüfen. Der Hoheitsträger ist als „Unternehmen“ anzusehen, soweit diese Tätigkeiten „wirtschaftlicher“ Natur sind [12]. Abzustellen ist somit bei der Klärung der Frage, inwieweit Art. 102 AEUV auf den vorliegenden Rechtsstreit anwendbar ist, auf die Tätigkeiten des österreichischen Staates und nicht der Verrechnungsstellen.

30. Die Unterscheidung ist ferner wichtig, weil zur Klärung der Frage, ob ein Unternehmen seine beherrschende Stellung missbraucht, indem es die Lieferung eines Produkts oder die Erbringung einer Dienstleistung verweigert, zunächst der Markt zu bestimmen ist, auf dem es eine beherrschende Stellung hat. Diese Prüfung bezieht sich daher auf den österreichischen Staat und nicht auf die Verrechnungsstellen.

31. Meines Erachtens lässt sich die Gestaltung hier wie folgt zutreffend analysieren: Österreich vergibt öffentliche Dienstleistungskonzessionen an die Verrechnungsstellen. Zu dieser Ansicht komme ich, weil die Verrechnungsstellen unter der Aufsicht des Justizministeriums einen bestimmten Ermessensrahmen zur Bestimmung des Preises für den Online-Zugriff auf das Firmenbuch haben (die über die gesetzliche Gerichtsgebühr hinausgehende Vergütung) und sie diese Vergütung von Dritten und nicht vom öffentlichen Auftraggeber erhalten, der den Auftrag an sie vergeben hat [13]. Die Tatsache, dass das mit dem Online-Zugriff auf das Firmenbuch verbundene wirtschaftliche Risiko von den Verrechnungsstellen getragen wird, spricht ebenfalls dafür, dass Österreich diesen lediglich eine Konzession erteilt hat [14].

12 — Vgl. Urteile des Gerichtshofs vom 23. April 1991, Höfner und Elser (C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 21), vom 16. März 2004, AOK-Bundesverband u. a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, Slg. 2004, I-2493, Randnr. 59), und vom 19. Januar 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Slg. 1994, I-43, Randnr. 18).

13 — Vgl. Urteile des Gerichtshofs vom 10. September 2009, Eurawasser (C-206/08, Slg. 2009, I-8377, Randnrn. 53 bis 57), und vom 10. März 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (C-274/09, Slg. 2011, I-1335, Randnrn. 24 und 25). Nach dem sekundären Unionsrecht sind Dienstleistungskonzessionen Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen entweder ausschließlich im Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

14 — Urteil Eurawasser, Randnrn. 67 und 68; Urteil Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, Randnr. 26.

32. Zwar ist anerkannt, dass die Weigerung eines Mitgliedstaats, eine ausschließliche Lizenz im Wege einer Dienstleistungskonzession zu erteilen, den Grundregeln des EUV und des AEUV, insbesondere Art. 56 AEUV, im Allgemeinen und dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und dem daraus folgenden Transparenzgebot im Besonderen unterliegt [15], doch gehen die Pflichten der Mitgliedstaaten darüber nicht hinaus. Verträge über öffentliche Dienstleistungskonzessionen werden von den Richtlinien für die Vergabe öffentlicher Aufträge nicht erfasst [16].

33. Hinzuweisen wäre nebenbei auf die mögliche Frage, ob die gesetzlichen Gerichtsgebühren und/oder die darüber hinaus von den Verrechnungsstellen erhobene Vergütung die zulässigen „Verwaltungskosten" für die Erteilung von Abschriften von Urkunden oder Angaben nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 68/151 überschreiten. Ob Österreich gegen die Richtlinie 68/151 verstößt, ist jedoch für die Frage, ob Österreich unternehmerisch handelt [17], wenn es den Massenzugriff auf die hier in Rede stehenden Daten und deren Weiterverwendung verweigert, ohne Bedeutung.

34. Ferner ist auch die Tatsache, dass die Tätigkeit der Verrechnungsstellen eindeutig als wirtschaftlich anzusehen ist, für die Frage ohne Bedeutung, ob Österreich sich missbräuchlich verhalten hat, als es die Erteilung einer Lizenz zum Massenzugriff an Compass-Datenbank oder die Gestattung der Weiterverwendung der Firmenbuchdaten verweigert hat. Der Grund hierfür ist, dass die Verrechnungsstellen auf einem Markt tätig sind, der von demjenigen, auf dem Compass-Datenbank tätig werden möchte, getrennt ist und mit diesem nicht in Verbindung steht. Die Verrechnungsstellen sind auf dem Markt des Online-Zugangs zum Firmenbuch tätig. Mit anderen Worten stellen sie einfach eine elektronische Verbindung und eine dezentralisierte Kundenschnittstelle für die vom österreichischen Staat vorgehaltenen Informationen zur Verfügung.

35. Compass-Datenbank wird von diesem Markt nicht ausgeschlossen, sondern hat zu nichtdiskriminierenden Bedingungen Zugang zu ihm. Wie schon erwähnt, ist eines der Unternehmen seiner Gruppe sogar eine auf diesem Markt tätige Verrechnungsstelle. Compass-Datenbank begehrt keine Berechtigung zur Weiterverwendung der Informationen von den Verrechnungsstellen, denen eine Weiterverwendung ebenso untersagt ist, sondern einen alternativen Weg, auf diese Daten zuzugreifen. Compass-Datenbank sieht ein missbräuchliches Verhalten Österreichs darin, dass es die Entstehung oder den Fortbestand des Marktes der Vermarktung dieser Daten verhindert.

2. Bedeutung der Richtlinien

36. Eine weitere anzusprechende Vorfrage folgt aus den schriftlichen Erklärungen der österreichischen und der niederländischen Regierung. Gegenstand dieser Frage ist, wie sich die für Österreich aus den Richtlinien 68/151 und 2003/98 ergebenden Verpflichtungen, wenn überhaupt, auf die Frage auswirken, ob es wirtschaftliche Tätigkeiten in einem für die Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV relevanten Sinne ausübt.

15 — Urteil des Gerichtshofs vom 3. Juni 2010, Sporting Exchange (C-203/08, Slg. 2010, I-4695, Randnr. 39).

16 — Urteil Sporting Exchange, Randnr. 39.

17 — Andererseits ist zur Beantwortung der Frage, ob die von Österreich aufgrund seines Schutzrechts *sui generis* an der Datenbank festgesetzten gesetzlichen Gebühren für Abfragen aus dem Firmenbuch so hoch sind, dass sie die Tätigkeit ihrer Natur nach zu einer wirtschaftlichen machen, eine genauere Prüfung erforderlich.

37. Unzweifelhaft hat im Fall eines direkten Konflikts zwischen einer Richtlinie und einer primärrechtlichen Bestimmung des EUV oder des AEUV, insbesondere Art. 102 AEUV, Letztere Vorrang. In der Europäischen Union, wie in jedem anderen auf den Grundsätzen der Verfassungsmäßigkeit und Rechtsstaatlichkeit basierenden Gemeinwesen, ist es jedoch Aufgabe des Gesetzgebers, die in der Verfassung, oder im Fall der Europäischen Union in den Verträgen, niedergelegten abstrakteren und allgemeineren Regeln und Grundsätze zu berücksichtigen und zu gewichten [18].

38. Nach dem Ansatz, den insbesondere die niederländische Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen verfolgt, sind das Bestehen und der Inhalt von Richtlinien ebenso relevant wie die nationalen Rechtsvorschriften zur Klärung der Frage, ob ein Mitgliedstaat eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, die unter Art. 102 AEUV fällt und nicht als Ausübung hoheitlicher Befugnisse außerhalb seines Anwendungsbereichs liegt. Nach den für die Prüfung, ob ein Hoheitsträger eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, anzuwendenden Kriterien sind ihre Art, ihr Gegenstand und *die für sie geltenden Regeln* zu berücksichtigen [19]. Dies schließt alle relevanten Richtlinien ein, wie das Urteil Selex Sistemi Integrati/Kommission [20] deutlich gemacht hat, in der eine Richtlinie für die Beurteilung maßgeblich war, ob die Tätigkeiten von Eurocontrol wirtschaftlicher oder hoheitlicher Natur waren.

39. Daher sollten die Richtlinien meines Erachtens nicht aus Gründen der Normenhierarchie beiseite geschoben werden, sondern einen wichtigen Teil der Bewertung ausmachen, um die der Gerichtshof ersucht wird. Die Richtlinien 68/151 und 2003/98 enthalten ebenso wie die Richtlinie 96/9 Bestimmungen, die für die Klärung der Frage relevant sind, ob Österreich durch die Untersagung der Weiterverwendung von Firmenbuchdaten und die Weigerung, eine Lizenz für den Massenzugriff zu erteilen, wirtschaftliche Tätigkeiten oder hoheitliche Befugnisse ausübt.

B – *Erste und zweite Vorlagefrage*

1. Reichweite der Vorlagefragen

40. Der Gerichtshof wird um Klärung der Frage ersucht, ob nach den Umständen des Falles Österreich als „Unternehmen“ im Sinne von Art. 102 AEUV anzusehen ist und ob die „Essential-Facilities-Doktrin“ für die Entscheidung des Rechtsstreits trotz des behaupteten Fehlens eines vorgelagerten Markts von Bedeutung ist.

41. Gleichwohl ist die Aufgabe, mit der der Gerichtshof befasst ist, meines Erachtens darauf beschränkt, dem nationalen Gericht Hinweise dazu zu geben, ob Österreich hoheitliche Befugnisse oder Vorrechte und keine wirtschaftlichen Tätigkeiten ausübt [21] oder ob im Gegenteil mindestens eine der fraglichen Tätigkeiten eine wirtschaftliche Tätigkeit ist, die vom hoheitlichen Handeln Österreichs trennbar ist [22]. Wenn Letzteres der Fall ist, wird der Gerichtshof um Hinweise zu den rechtlichen

18 — Aus diesem Grund können Bestimmungen des Unionsrechts nicht unangewendet gelassen werden, solange der Gerichtshof nicht ihre Unvereinbarkeit mit den Verträgen in einem Verfahren bestätigt hat, in dem die Wirksamkeit einer sekundärrechtlichen Bestimmung geprüft wird. Siehe das Urteil vom 22. Oktober 1987, Foto-Frost (314/85, Slg. 1987, 4199).

19 — Vgl. Urteil SAT Fluggesellschaft, Randnr. 30. Hervorhebung nur hier.

20 — Urteil vom 12. Dezember 2006, Selex Sistemi Integrati/Kommission (T-155/04, Slg. 2006, II-4797), auf Rechtsmittel Urteil vom 26. März 2009, Selex Sistemi Integrati/Kommission (C-113/07 P, Slg. 2009, I-2207).

21 — Vgl. Urteile des Gerichtshofs SAT Fluggesellschaft, Randnr. 30, vom 18. März 1997, Calì & Figli (C-343/95, Slg. 1997, I-1547, Randnrn. 22 f.), und vom 26. März 2009, Selex Sistemi Integrati/Kommission (C-113/07 P, Randnr. 70).

22 — Vgl. Urteil SAT Fluggesellschaft, Randnr. 28, und Urteil vom 12. Dezember 2000, Aéroports de Paris (T-128/98, Slg. 2000, II-3929, Randnr. 108); der Grundsatz der Trennbarkeit wurde durch den Gerichtshof bestätigt im Urteil vom 24. Oktober 2002, Aéroports de Paris (C-82/01 P, Slg. 2002, I-9297, Randnr. 81).

Vorgaben zum Missbrauch einer beherrschenden Stellung in der Form einer Lieferverweigerung [23] und insbesondere dazu ersucht, unter welchen Umständen die Ablehnung einer Lizenzerteilung für Material, für das ein Schutzrecht *sui generis* an einer Datenbank besteht, von Art. 102 AEUV erfasst wird.

42. Auf die ersten beiden dieser Punkte werde ich eingehen, indem ich die erste und zweite Vorlagefrage gemeinsam erörtere. Den letzten, die Verweigerung einer Lizenz betreffenden Punkt werde ich behandeln, indem ich die dritte Vorlagefrage gesondert prüfe.

43. Wie die polnische Regierung betont hat, hat der Gerichtshof zur Beantwortung dieser Fragen drei konkrete Tätigkeiten im Licht seiner Rechtsprechung zu den Voraussetzungen für unternehmerisches Handeln durch einen Hoheitsträger zu prüfen, bei dem er an die unionsrechtlichen Regeln gebunden wäre, die nach Art. 102 AEUV den Missbrauch einer beherrschenden Stellung verbieten. Diese Tätigkeiten sind folgende:

i) Speicherung der von Unternehmen aufgrund von gesetzlichen Meldepflichten gemeldeten Daten in einer Datenbank (dem Firmenbuch),

ii) Gewährung von Einsicht in das Firmenbuch und/oder der Erstellung von Ausdrucken daraus gegen Entgelt und

iii) Untersagung der Weiterverwendung der im Firmenbuch enthaltenen Daten.

44. Vor einer Auseinandersetzung mit diesen Fragen bedarf es des Hinweises, dass das einschlägige österreichische Recht eine restriktive Haltung zu den Möglichkeiten für Dritte widerspiegelt, Wirtschaftsinformationsdienste durch die Verarbeitung von Firmenbuchdaten zu erbringen. Andere Mitgliedstaaten, wie etwa Irland, verfolgen liberalere Ansätze und lassen z. B. Lizenzen für den Massenzugriff auf solche Daten und deren Weiterverwendung für kommerzielle Zwecke zu. Ungeachtet der Gründe für diese verschiedenen Ansätze begrenzt das Unionsrecht die von einem Mitgliedstaat getroffenen politischen Entscheidungen nur dann, wenn er unternehmerisch tätig wird.

2. Speicherung von Daten im Firmenbuch

45. Im Wettbewerbsrecht umfasst der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung [24]. Dies schließt die Mitgliedstaaten ein. Es kommt nicht darauf an, ob der Staat unmittelbar durch eine Stelle tätig wird, die zur staatlichen Verwaltung gehört, oder durch eine Einrichtung, die er mit besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgestattet hat [25]. Vielmehr ist zu prüfen, welcher Art die von dem fraglichen öffentlichen Unternehmen oder der öffentlichen Einrichtung ausgeübten Tätigkeiten sind [26].

23 — Vgl. Urteile vom 5. Oktober 1988, CICRA u. a. (53/87, Slg. 1988, 6039) und Volvo (238/87, Slg. 1988, 6211), RTE und ITP/Kommission, vom 26. November 1998, Bronner (C-7/97, Slg. 1998, I-7791), IMS Health, sowie vom 17. September 2007, Microsoft/Kommission (T-201/04, Slg. 2007, II-3601).

24 — Vgl. Urteil SAT Fluggesellschaft, Randnr. 18.

25 — Vgl. Urteil Calì & Figli, Randnr. 17.

26 — Vgl. Urteil Calì & Figli, Randnr. 18.

46. Die Einstufung öffentlicher Stellen als Unternehmen ist nur dann ausgeschlossen, wenn sie hoheitliche Befugnisse oder Vorrechte und keine wirtschaftlichen Tätigkeiten ausüben [27]. Jede von der fraglichen öffentlichen Stelle ausgeübte Tätigkeit ist gesondert zu prüfen. Sind diese Tätigkeiten voneinander trennbar, ist eine öffentliche Stelle insoweit als Unternehmen anzusehen, als sie wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt [28]. Eine wirtschaftliche Tätigkeit besteht nach der Rechtsprechung darin, Güter oder Dienstleistungen auf dem Markt anzubieten [29].

47. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Speicherung der von Unternehmen aufgrund gesetzlicher Meldepflichten gemeldeten Daten in einer Datenbank, hier dem Firmenbuch, nach ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regeln mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse zusammenhängt [30].

48. Die Speicherung von Daten im Firmenbuch aufgrund einer dahin gehenden rechtlichen Verpflichtung ist eine im allgemeinen Interesse der Rechtssicherheit ausgeübte Tätigkeit. Die in § 2 FBG genannten Rechtssubjekte sind verpflichtet, die in § 3 FBG genannten Daten zu übermitteln, um die Eintragungsvoraussetzungen nach den §§ 4, 5, 6 und 7 zu erfüllen. Sie sind ferner verpflichtet, Änderungen bereits eingetragener Daten unverzüglich mitzuteilen (siehe § 10 FBG). Der österreichische Staat kann Verwaltungssanktionen verhängen, um die vollständige und fristgerechte Mitteilung offenzulegender Daten zu gewährleisten (§ 24 FBG). Dies ist von Bedeutung, weil die Ausstattung mit von der allgemeinen Regelung abweichenden Vorrechten und Befugnissen zum Einsatz von Zwangsmitteln anerkanntermaßen als Anhaltspunkt für die Ausübung hoheitlicher Befugnisse anzusehen ist [31].

49. Darüber hinaus steht diese Tätigkeit unmittelbar in Verbindung mit den Verpflichtungen Österreichs nach der Richtlinie 68/151, insbesondere deren Art. 3. Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, ein zentrales Register oder ein Handels- oder Gesellschaftsregister zu führen. Nach Art. 3 sind die Mitgliedstaaten ferner verpflichtet, die Offenlegung der im Register enthaltenen Angaben und einen angemessenen Zugang dazu zu gewährleisten.

50. Hinzuweisen ist darauf, dass Privatpersonen zwar die physische Möglichkeit haben, Wirtschaftsinformationsdaten zu erstellen, zu sammeln und zu vermarkten, doch sind sie nicht imstande, diesen die Rechtsstellung zu verleihen, die die in einem offiziellen Firmenbuch gespeicherten Daten kennzeichnet, nämlich die Tatsache, dass sie Dritten entgegengesetzt werden können [32]. Diese Rechtswirkung kann nur durch spezielle Rechtsvorschriften geschaffen werden. Der ausdrückliche Zweck öffentlicher Register wie des Firmenbuchs besteht in der Schaffung einer im Rechtsverkehr verbindlichen Informationsquelle und somit der Herstellung der Rechtssicherheit, die der Handelsverkehr auf dem Markt braucht.

27 — Vgl. Urteile SAT Fluggesellschaft, Randnrn. 27 bis 30, Calì & Figli, Randnr. 22, und Selex Sistemi Integrati/Kommission, Randnr. 70.

28 — Vgl. Urteile AOK-Bundesverband u. a., Randnr. 58, und SAT Fluggesellschaft, Randnr. 28.

29 — Vgl. Urteil des Gerichts, Aéroports de Paris (T-128/98, Randnr. 107), und Urteile des Gerichtshofs, Aéroports de Paris (C-82/01 P, Randnr. 79), vom 14. Januar 2006, FENIN/Kommission (C-205/03 P, Slg. 2006, I-6295, Randnr. 25), und vom 3. März 2011, AG2R Prévoyance (C-437/09, Slg. 2011, I-973, Randnr. 42). Selbst wenn eine Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist, kann gleichwohl eine relevante Marktteilnahme vorliegen. Siehe Schlussanträge des Generalanwalts Maduro in der Rechtssache FENIN/Kommission, Nr. 14; Urteil des Gerichtshofs Selex Sistemi Integrati/Kommission, Randnr. 115.

30 — Vgl. Urteile Calì & Figli, Randnr. 23, SAT Fluggesellschaft, Randnr. 30.

31 — Vgl. Urteil SAT Fluggesellschaft, Randnr. 24.

32 — Siehe Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie 68/151.

3. Gewährung von Einsicht in das Firmenbuch

51. Diese Tätigkeit ist ebenfalls ohne Frage eine öffentliche Aufgabe. Es ist offensichtlich, dass öffentliche Register wie das Firmenbuch ihren wesentlichen Zweck, nämlich die Schaffung von Rechtssicherheit durch transparente Verfügbarkeit rechtsverbindlicher Informationen, nicht erfüllen können, wenn sie nicht für jedermann zugänglich sind.

52. Wie die niederländische Regierung betont hat, kann aus der Tatsache, dass eine Gebühr erhoben wird, nicht darauf geschlossen werden, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Es ist allgemein üblich, dass mit Tätigkeiten, die eindeutig nicht wirtschaftlicher Art sind, eine Bearbeitungsgebühr verbunden ist. Ein anschauliches Beispiel hierfür sind Gebühren, die von Gerichten oder Gerichtsvollziehern erhoben werden. Die Tatsache, dass eine öffentliche Tätigkeit für die jeweilige öffentliche Stelle wirtschaftlich profitabel sein mag, macht sie nicht zu einer Tätigkeit wirtschaftlicher Art.

53. Nach Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 der Richtlinie 68/151 dürfen die Gebühren für die Ausstellung einer Kopie aus dem Gesellschaftsregister die „Verwaltungskosten“ nicht übersteigen. Die Kommission hat sowohl in ihren schriftlichen Erklärungen als auch in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass der österreichische Staat durch die Berufung auf sein Schutzrecht *sui generis* an den Firmenbuchdaten seine wirtschaftlichen Interessen schütze.

54. Es liegen gegenwärtig keine Nachweise dafür vor, dass die gesetzliche Gerichtsgebühr allein oder zusammen mit der von den Verrechnungsstellen erhobenen Vergütung die Verwaltungskosten für die Überlassung einer Kopie der im Firmenbuch gespeicherten Urkunden oder Angaben im Sinne von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 68/151 übersteigt. Wenn dies der Fall wäre, könnte die von Österreich angewandte Gebührenregelung vor den nationalen Gerichten oder, auf allgemeiner Ebene, in einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV beanstandet werden.

55. Selbst wenn die Gewährung von Einsicht in das und/oder Ausdrucke aus dem Firmenbuch als eine wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen wäre, wäre diese von den Aufgaben der Sammlung dieser Daten nicht trennbar. Wirtschaftliche und öffentliche Tätigkeiten sind voneinander trennbar, wenn die wirtschaftliche Tätigkeit mit der öffentlichen Tätigkeit nicht eng verknüpft ist und zwischen ihnen lediglich ein indirekter Zusammenhang besteht [33]. Wie Generalanwalt Maduro ausgeführt hat, sind vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts alle Formen der Ausübung hoheitlicher Befugnisse ausgenommen, die auf eine Reglementierung des Marktes und nicht auf eine Teilnahme an diesem abzielen [34]. Wie insbesondere im Wortlaut von Art. 3 der Richtlinie 68/151 zum Ausdruck kommt, ist mit der Führung des Firmenbuchs untrennbar auch die Gewährleistung eines angemessenen Zugangs dazu verbunden.

56. Darüber hinaus ändert entgegen den in den schriftlichen Erklärungen der Kommission angeführten Argumenten auch die Tatsache, dass die Verrechnungsstellen, die die Verbindung für den öffentlichen Online-Zugriff auf die in Rede stehenden Daten bereitstellen, nicht über Befugnisse zum Einsatz von Zwangsmitteln verfügen, ebenso wie die Tatsache, dass zwischen ihnen eine Form von begrenztem Wettbewerb besteht [35], nichts daran, dass der Zugang zu den Daten und ihre Sammlung nicht voneinander trennbar sind. Ferner stehen die Verrechnungsstellen unter staatlicher Kontrolle durch die Aufsicht des Justizministeriums über die Gebühren, die sie von Nutzern erheben können [36].

33 — Vgl. Urteil Selex Sistemi Integrati/Kommission, Randnrn. 76 und 77.

34 — Siehe Schlussanträge des Generalanwalts Maduro in der Rechtssache FENIN/Kommission, Nr. 15.

35 — Vgl. Urteil AOK Bundesverband u. a., Randnr. 56.

36 — Vgl. Urteil Calì & Figli, Randnr. 24. Dass der Zugang zu einer öffentlichen Tätigkeit von „Pförtnern“ („gate-keepers“) abhängig sein kann, deren Tätigkeit ihrer Art nach wirtschaftlich ist, kommt u. a. in Vorschriften zum Ausdruck, nach denen die Parteien eines Rechtsstreits sich durch Rechtsanwälte vertreten lassen müssen. Siehe z. B. Art. 19 Abs. 3 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union.

4. Untersagung der Weiterverwendung von Daten

57. Die Klage von Compass-Datenbank ist in dem Sinne neu, dass sie sich darauf stützt, dass Österreich, um seinen Verpflichtungen aus Art. 102 AEUV nachzukommen, tätig werden müsse, und nicht darauf, dass Österreich eine Handlung unterlassen müsse. An dieser Stelle ist an die Grenzen zu erinnern, innerhalb deren ein Mitgliedstaat verpflichtet ist, sich proaktiv zu verhalten, um seinen Verpflichtungen nach dem EU-Wettbewerbsrecht nachzukommen. Während eine allgemeine Verpflichtung besteht, alles zu unterlassen, das die Ziele des Vertrags, einschließlich der Wettbewerbspolitik, gefährdet [37], bleiben die aktiven Verpflichtungen der Mitgliedstaaten begrenzt.

58. Diese Grundsätze wurden kürzlich bestätigt im Urteil AG2R Prévoyance [38], in dem der Gerichtshof daran erinnerte, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 101 AEUV in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 EUV keine Maßnahmen, auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten dürfen, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten [39]. Zudem dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 106 Abs. 1 AEUV in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Art. 18 AEUV und 101 AEUV bis 109 AEUV widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten, vorbehaltlich des Art. 106 Abs. 2 AEUV [40].

59. Keiner dieser Grundsätze stützt die Klage von Compass-Datenbank. Die einschlägigen Bestimmungen des österreichischen Rechts heben die Wirksamkeit der EU-Wettbewerbsregeln nicht auf. Dieser Rechtsprechung ist nichts zu entnehmen, das so weit gehen würde, einen Mitgliedstaat zu zwingen, Daten für kommerzielle Betreiber freizugeben oder in anderer Weise die Schaffung neuer Märkte zu erleichtern, soweit nicht interne Marktregulierungsmaßnahmen bestehen, die der Öffnung traditionell durch staatliche Monopole geprägter Branchen für den Wettbewerb dienen [41].

60. Die hier vorliegende Fallgestaltung entspricht auch nicht denjenigen, in denen einem Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt worden sind. Im Gegenteil gilt das Verbot der Weiterverwendung und Vermarktung der im Firmenbuch geführten Daten über die von den Verrechnungsstellen erbrachte Tätigkeit der Bereitstellung des Online-Zugangs zur Datenbank hinaus für jedermann und nicht nur für Compass-Datenbank. Nach dem gegenwärtigen Stand des Unionsrechts kann „derjenige, der eine Datenbank erstellt hat, sich ein ausschließliches Recht auf Zugang zu seiner Datenbank vorbehalten, den Zugang zu ihr bestimmten Personen vorbehalten … oder auch diesen Zugang von besonderen Voraussetzungen, z. B. finanzieller Art, abhängig machen“ [42]. Wie schon erwähnt, enthält die Richtlinie 2003/98 „keine Verpflichtung“ der Mitgliedstaaten „zur Gestattung der Weiterverwendung von Dokumenten“ [43].

37 — Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 18. Juni 1991, ERT (C-260/89, Slg. 1991, I-2925).

38 — Randnrn. 24 und 25.

39 — Siehe u. a. Urteil AG2R Prévoyance, Randnr. 24, sowie Urteile vom 21. September 1999, Brentjens‘ (verbundene Rechtssachen C-115/97 bis C-117/97, Slg. 1999, I-6025, Randnr. 65) und Drijvende Bokken (C-219/97, Slg. 1999, I-6121, Randnr. 55).

40 — Vgl. Urteil AG2R Prévoyance, Randnr. 25.

41 — Wie z. B. im Telekommunikationssektor geschehen.

42 — Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 9. Oktober 2008, Directmedia Publishing (C-304/07, Slg. 2008, I-7565, Randnr. 52). Vgl. auch Urteil des Gerichtshofs vom 9. November 2004, The British Horseracing Board u. a. (C-203/02, Slg. 2004, I-10415, Randnr. 55). Sowohl der 47. Erwägungsgrund als auch Art. 13 der Richtlinie 96/9 stellen klar, dass das Schutzrecht *sui generis* die Regeln des Unionsrechts u. a. zum Missbrauch einer beherrschenden Stellung unberührt lässt (siehe Urteil Directmedia Publishing, Randnr. 56). Nachdem ich jedoch zu dem Ergebnis gekommen bin, dass Österreich keine wirtschaftlichen Tätigkeiten ausübt, die es rechtfertigen würden, Österreich als „Unternehmen“ im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts anzusehen, stellt sich die Frage einer Beeinträchtigung der Regeln des EU-Wettbewerbsrechts nicht.

43 — Siehe den neunten Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/98. Siehe auch Art. 3 der Richtlinie 2003/98, der klarstellt, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie auf Fälle begrenzt ist, in denen der betreffende Mitgliedstaat aufgrund seiner eigenen freien Entscheidung die „Weiterverwendung von Dokumenten, die im Besitz öffentlicher Stellen sind, erlaubt“ hat. Dies deutet darauf hin, dass die Untersagung der Weiterverwendung von Daten eine legitime Ausübung der Regierungspolitik und somit eine staatliche Aufgabe und keine wirtschaftliche Tätigkeit ist.

61. Die Regierungen Österreichs, der Niederlande und Portugals führen auch Art. 7 der Richtlinie 96/9 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken und das Schutzrecht *sui generis* an der Datenbank an [44]. Meiner Ansicht nach ist dies jedoch weitgehend ohne Bedeutung für die Frage, ob eine Untersagung der Weiterverwendung von Daten eine öffentliche oder wirtschaftliche Tätigkeit nach Art. 102 AEUV ist. Klar dürfte zwar sein, dass sich öffentliche Stellen zum Schutz ihrer öffentlichen Aufgaben auf das Zivilrecht stützen können, indem sie etwa als Grundstückseigentümer den Zutritt zu einer militärischen Einrichtung verbieten. Dem Schutzrecht *sui generis* kommt aber erst in Verbindung mit der dritten Vorlagefrage Bedeutung zu, bei der Beurteilung der Frage, ob und wann der Inhaber eines Rechts des geistigen Eigentums gezwungen werden kann, eine Lizenz zu erteilen.

62. Im Ergebnis schlage ich dem Gerichtshof vor, die erste und die zweite Vorlagefrage zu verneinen.

C – *Dritte Vorlagefrage*

63. Da ich die ersten beiden Vorlagefragen verneinend beantwortet habe, ist eine Beantwortung der dritten Vorlagefrage nicht mehr erforderlich. Ich mache gleichwohl die folgenden Anmerkungen, die für den Gerichtshof nützlich sein könnten, falls er entscheidet, dass im Sammeln der im Firmenbuch enthaltenen Daten, in deren Bereitstellung für die Öffentlichkeit oder in beidem doch eine wirtschaftliche Tätigkeit Österreichs zu sehen ist.

64. Mit dieser Frage wird der Gerichtshof um nähere Angaben zu den Grundsätzen ersucht, die in den Urteilen RTE und ITP/Kommission und IMS Health („Essential-Facilities-Doktrin“) aufgestellt wurden, und um Prüfung der Frage, ob sie auch anzuwenden sind, wenn es keinen „vorgelagerten Markt“ gibt, weil die geschützten Daten im Rahmen hoheitlicher Tätigkeit gesammelt und in einer Datenbank (dem Firmenbuch) gespeichert werden. Diese Frage ist nur relevant, wenn unter den Umständen des Ausgangsverfahrens ein unternehmerisches Handeln Österreichs bejaht wird.

65. Zunächst bedarf es einer Ermittlung des „vorgelagerten Markts“ [45]. Der Grund hierfür liegt darin, dass bei Fehlen einer beherrschenden Stellung auf diesem Markt kein Missbrauch auf dem nachgelagerten Markt vorliegen kann, der gelegentlich auch als benachbarter oder abgeleiteter Markt bezeichnet wird. Im vorliegenden Fall gibt es einen parallelen Markt für den Online-Zugriff auf die Rohdaten des Firmenbuchs über die Verrechnungsstellen, aber es gibt keinen vorgelagerten Markt für den Massenzugriff auf die Daten des Firmenbuchs, der legal zum Zweck der Weiterverwendung zur Verfügung steht und auf den Compass-Datenbank zurückgreifen könnte, um ein angereichertes Produkt zu schaffen. Vorgelagert sind vielmehr zwei Aufgaben: zum einen diejenige der Sammlung und Eintragung der Daten und zum anderen diejenige der Gewährleistung des Zugangs hierzu. Der Sachverhalt in den beiden für die Entscheidung dieses Rechtsstreits wesentlichen Fällen, nämlich den Rechtssachen RTE und ITP/Kommission und IMS Health, lag ganz anders.

66. In der Rechtssache RTE und ITP/Kommission hatten die Unternehmen, denen zur Last gelegt wurde, ihre beherrschende Stellung durch die Weigerung missbraucht zu haben, eine Lizenz für ihre Sendeprogramme zu erteilen, und damit die Entstehung eines Markts für umfassende Fernsehprogrammführer verhindert zu haben, unzweifelhaft eine beherrschende Stellung auf dem vorgelagerten Markt der Informationen über Fernsehprogramme aufgrund eines faktischen Monopols an den zur Zusammenstellung der Vorschauen der Fernsehprogramme dienenden Informationen [46]. Diese vorgelagerte beherrschende Stellung verschaffte ihnen eine Hebelwirkung auf dem potenziellen

44 — Zur Reichweite der Untersagung der Weiterverwendung ohne Genehmigung nach Art. 7 der Richtlinie 96/9 siehe Urteil The British Horseracing Board u. a., Randnr. 61. Zur Definition der geschützten Datenbank siehe Urteil The British Horseracing Board u. a. und Urteil des Gerichtshofs vom 9. November 2004, Fixtures Marketing (C-46/02, Slg. 2004, I-10365).

45 — Vgl. Urteil IMS Health, Randnr. 45: „Entscheidend ist …, dass zwei verschiedene Produktionsstufen unterschieden werden können, die dadurch miteinander verbunden sind, dass das vorgelagerte Erzeugnis ein für die Lieferung des nachgelagerten Erzeugnisses unerlässliches Element ist.“

46 — Vgl. Urteil RTE und ITP/Kommission, Randnr. 47.

nachgelagerten Markt, auf dem der potenzielle Wettbewerb lag. In der Rechtssache RTE und ITP/Kommission wollten RTE und ITP die kommerzielle Verwertung der Angaben zum Programmablauf ihren Lizenznehmern vorbehalten und handelten damit auf dem vorgelagerten Markt unter Ausschluss des Entstehens eines nachgelagerten Markts für umfassende Fernsehprogrammführer.

67. In ähnlicher Weise war in der Rechtssache IMS Health das Unternehmen, das zur Erteilung einer Lizenz verpflichtet werden sollte, sowohl wirtschaftlich tätig als auch im Besitz einer beherrschenden Stellung auf dem relevanten Markt, nämlich der Präsentation von Daten über den regionalen Absatz von Arzneimitteln gegenüber Pharmaunternehmen. Urheberrechtlich geschützte „Bausteinstrukturen", durch die das Unternehmen die Absatzdaten präsentierte, waren zu einem branchenüblichen Standard geworden und hatten dem Unternehmen eine beherrschende Stellung verschafft. Der Gerichtshof führte aus, dass die Weigerung des beherrschenden Unternehmens, einem Wettbewerber eine Lizenz an der Bausteinstruktur zu erteilen, nur unter außergewöhnlichen Umständen missbräuchliches Verhalten darstellt [47]. In allen Fällen der Ausübung einer ausschließlichen Lizenz müssen drei Bedingungen kumulativ erfüllt sein: i) Die Weigerung verhindert das Auftreten eines neuen Erzeugnisses, nach dem eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht, ii) die Weigerung ist nicht gerechtfertigt, und iii) die Weigerung ist geeignet, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen [48].

68. Zurückkommend auf den vorliegenden Fall ist festzustellen, dass im Vorlagebeschluss Informationen zum relevanten nachgelagerten Markt fehlen. Wir wissen, dass Compass-Datenbank die vom österreichischen Staat vorgehaltenen Rohdaten des Firmenbuchs in Form eines entwickelten Wirtschaftsinformationsdienstes vermarkten und ergänzen möchte. Wir wissen jedoch nichts über die Stellung, die Compass-Datenbank auf dem Markt für solche entwickelte Dienste im Hinblick auf Eckdaten wie seinen Marktanteil und dessen Verhältnis zum Anteil etwaiger anderer Marktteilnehmer einnimmt. Wie der Gerichtshof ausgeführt hat, „sind die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes sowie die Berechnung der Marktanteile der auf diesem Markt tätigen einzelnen Unternehmen der Ausgangspunkt für jede wettbewerbsrechtliche Beurteilung eines Falles" [49]. Wenn der Gerichtshof diese Beurteilung nicht vornehmen kann, erklärt er den Vorlagebeschluss für unzulässig [50].

69. Die Vorlage enthält keine Informationen dazu, ob Compass-Datenbank wesentliche Wettbewerber hat, die Wirtschaftsinformationsdienste anbieten, die mit der Datenbank von Compass-Datenbank im Wettbewerb stehen. Gibt es diese nicht, hat Compass-Datenbank offenbar eine beherrschende Stellung, die sich offensichtlich aus ihrer historischen Stellung als Herausgeberin des Zentralblatts ableitet. Compass-Datenbank hat die benötigten Daten auch nach dem Beschluss des Obersten Gerichtshofs von 2002, dessen rechtliche Grundlagen im Vorlagebeschluss nicht erläutert werden, zu einem nach Ansicht von Österreich zu niedrigen Preis erhalten. Im vorliegenden Rechtsstreit begehrt Compass-Datenbank jedoch im Wesentlichen einen bevorzugten Zugang zu den Firmenbuchdaten zu wirtschaftlichen und rechtlichen Bedingungen, die günstiger sind als diejenigen, die anderen gewährt werden. Aus diesen Gründen besteht hier eine gewisse Unbestimmtheit in tatsächlicher Hinsicht, ob der behauptete Missbrauch sich auf den Preis, die Verweigerung der Erbringung einer Dienstleistung oder den Zugang zu einer wesentlichen Infrastruktur („essential facility") bezieht.

47 — Vgl. Urteil IMS Health, Randnr. 35.

48 — Vgl. Urteil IMS Health, Randnr. 38. In einer neueren Entscheidung, dem Urteil Microsoft/Kommission, Randnrn. 331 bis 335, gibt das Gericht erster Instanz eine treffende Zusammenfassung des Rechts zur Verweigerung einer Lizenzerteilung und zum Missbrauch einer beherrschenden Stellung.

49 — Urteil des Gerichtshofs vom 17. Februar 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, Slg. 2005, I-1167, Randnr. 27).

50 — Vgl. Urteil Viacom Outdoor, Randnr. 29.

70. Ein weiteres Problem wirft die Klärung der Frage auf, was als die relevante, vom österreichischen Staat vorgehaltene wesentliche Infrastruktur anzusehen ist. Die zwei naheliegenden Möglichkeiten sind das Schutzrecht *sui generis* an der Datenbank des Firmenbuchs oder der Zugang zu den noch nicht offengelegten Daten des Firmenbuchs. Jedenfalls kann die vorenthaltene Infrastruktur nicht im Zugang zu den Rohdaten als solchen bestehen, weil dieser jedermann zu nichtdiskriminierenden Bedingungen über die Verrechnungsstellen gewährt wird [51].

71. Wie bereits ausgeführt, ist eine nichtdiskriminierende Untersagung der Weiterverwendung meiner Ansicht nach Ausübung der Regierungspolitik und als solche nach dem neunten Erwägungsgrund und nach Art. 3 der Richtlinie 2003/98 zulässig. Es ist allerdings unbestreitbar, dass die Weigerung Österreichs, neue und aktualisierte Daten zur Verfügung zu stellen, und die Untersagung der Weiterverwendung *de facto* die Erbringung einer Dienstleistung verhindert, für die offenbar nachweislich eine Marktnachfrage besteht. Dennoch lässt sich, wie Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Bronner ausgeführt hat, eine gerichtliche Erteilung eines Rechts des geistigen Eigentums „unabhängig davon, ob [diese] als Anwendung der ‚essential facilities'-Doktrin oder – traditioneller – als Antwort auf eine Weigerung, Waren zu liefern oder Dienstleistungen zu erbringen, verstanden wird, wettbewerbspolitisch nur in Fällen rechtfertigen, in denen das marktbeherrschende Unternehmen den verbundenen Markt fest in seinem Griff hält" [52].

72. Es ist zweifelhaft, ob die Verweigerung eines Vertragsschlusses und die Untersagung der Weiterverwendung in diesem Fall jeden Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt ausschließen. Theoretisch würde die Untersagung der Weiterverwendung – wenn sie effektiv durchgesetzt würde, was bisher offenbar nicht erfolgt ist – das Bestehen des abgeleiteten Markts und infolgedessen jeden Wettbewerb auf diesem Markt verhindern, wenn die Weiterverwendung der Firmenbuchdaten in dem nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs vorgegebenen Sinne unerlässlich [53] für die Erbringung eines aussagefähigen Wirtschaftsinformationsdienstes über Unternehmen wäre. Jedoch ist die Verweigerung einer Bereitstellung in Form eines Massenzugriffs auf neue und aktualisierte Daten als solche nicht geeignet, Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt auszuschließen. Sie führt lediglich zu Verzögerungen bei der Verfügbarkeit aktualisierter Produkte wie des von Compass-Datenbank angebotenen Dienstes und erhöht die Kosten für deren Bereitstellung.

V – Ergebnis

73. Aus den vorstehend dargelegten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Obersten Gerichtshof vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

Art. 102 AEUV ist dahin auszulegen, dass ein Hoheitsträger nicht unternehmerisch tätig wird, wenn er die von Unternehmen aufgrund gesetzlicher Meldepflichten gemeldeten Daten in einer Datenbank (Firmenbuch) speichert. Ein Hoheitsträger handelt auch nicht unternehmerisch, wenn er Einsicht in das Register gewährt und die Erstellung von Ausdrucken zulässt, aber eine darüber hinausgehende Verwertung der Daten untersagt, sei es unter Berufung auf seine Schutzrechte *sui generis* als Datenbankhersteller oder aus anderen Gründen.

51 — In dieser Hinsicht ähnelt der Fall der Rechtssache, in der das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 12. Juni 1997, Tiercé Ladbroke/Kommission (T-504/93, Slg. 1997, II-923, Randnr. 124), ergangen ist, in dem das Gericht feststellt, dass niemandem in dem relevanten geografischen Markt eine Lizenz erteilt worden sei, so dass keine Diskriminierung vorliege. Hier liegt keine Diskriminierung vor, weil der Zugang zum Firmenbuch jedermann über die Verrechnungsstellen offensteht.

52 — Siehe die Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Bronner, Nr. 65.

53 — Vgl. Urteile Bronner, Randnrn. 41 bis 46, und IMS Health, Randnrn. 28, 45 und 49.