sind, jedoch nicht zu einer bestimmten Gruppe gehören, die dieses Unternehmen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes festgelegt hat, ist als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 Absatz 1 des Vertrages anzusehen.

In der Rechtssache 7/82,

GESELLSCHAFT ZUR VERWERTUNG VON LEISTUNGSRECHTEN MBH (GVL), Esplanade 36a, 2000 Hamburg 36, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte K. Peter Mailänder und Rolf Winkler, zugelassen beim Land- und Oberlandesgericht Stuttgart, Zustellungsbevollmächtigter in Luxemburg: Rechtsanwalt Ernest Arendt, 34, rue Philippe-II,

Klägerin,

gegen

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, 200, rue de la Loi, 1049 Brüssel, vertreten durch das Mitglied ihres Juristischen Dienstes Götz zur Hausen, Zustellungsbevollmächtigter in Luxemburg: Herr Oreste Montalto, Jean-Monnet-Gebäude, Kirchberg,

Beklagte,

wegen Aufhebung der Entscheidung der Kommission vom 29. Oktober 1981 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrags (IV/29.839 — GVL) (ABl. L 370, S. 49)

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten J. Mertens de Wilmars, der Kammerpräsidenten P. Pescatore, A. O'Keeffe und U. Everling, der Richter Mackenzie Stuart, G. Bosco und T. Koopmans,

Generalanwalt: G. Reischl
Kanzler: H. A. Rühl, Hauptverwaltungsrat

folgendes

URTEIL

Tatbestand

Der Sachverhalt, der Verfahrensablauf sowie die nach Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG eingereichten Erklärungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I — Sachverhalt und Verfahren

A — Einleitung

Die Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten (nachstehend: GVL) ist eine deutsche Verwertungsgesellschaft, deren Zweck es ist, die Rechte wahrzunehmen, die sich aus dem deutschen Gesetz über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte (nachstehend „Urheberrechtsgesetz" genannt) für ausübende Künstler, Bild- und Tonträgerhersteller, Miturheber an Filmwerken und Veranstalter ergeben oder die auf Hersteller und Veranstalter übertragen sind. Die GVL hat also die Aufgabe, die „Interpretenrechte", d. h. die Rechte, die sich aus der Wiedergabe der schöpferischen Leistung der Urheber ergeben, wahrzunehmen. Die Tätigkeit solcher Verwertungsgesellschaften ist in dem deutschen Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (nachstehend „Wahrnehmungsgesetz" genannt) geregelt.

Die GLV ist eine Gemeinschaftsgründung der „Deutschen Orchestervereinigung e. V.", Hamburg, einer Interessenvertretung ausübender Künstler — insbesondere Musiker — sowie der „Deutschen Landesgruppe der IFPI e. V." (International Federation of Producers of Phonograms and Videograms), Hamburg, einer Interessenvertretung der Hersteller von Bild- und Tonträgern. Diese beiden Vereine sind die alleinigen Gesellschafter der als Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisierten GVL.

In der vorliegenden Rechtssache geht es um das Verhalten der GVL gegenüber ausübenden Künstlern ohne deutsche Staatsangehörigkeit und ohne Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland.

Am 25. August 1980 beschloß die Kommission, das in der Verordnung Nr. 17 des Rates vorgesehene Verfahren einzuleiten. Mit Schreiben vom 4. September 1980 teilte sie der GVL die Beschwerdepunkte mit. Diese nahm zu der Mitteilung mit Schreiben vom 5. November 1980 und 9. Januar 1981 Stellung. Gemäß Artikel 19 der Verordnung Nr. 17 des Rates und den Bestimmungen der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission wurde die GVL am 12. Februar 1981 angehört.

Am 29. Oktober 1981 erließ die Kommission die streitige Entscheidung [1], die der GVL am 9. November 1981 zugestellt wurde. Artikel 1 dieser Entscheidung lautet wie folgt:

„Das Verhalten der GVL bis zum 1. November 1980, keine Wahrnehmungsverträge mit ausländischen Künstlern abzuschließen, wenn diese keinen Wohnsitz in Deutschland hatten, und die diesen Künstlern in Deutschland zustehenden Leistungsschutzrechte auch nicht in anderer Weise wahrzunehmen, stellte, soweit diese Künstler die Staatsangehörig-

1 — Veröffentlicht im ABl. L 370, 1981, S. 49.

keit eines EG-Mitgliedstaats besaßen oder in einem Mitgliedstaat ihren Wohnsitz hatten, einen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 des EWG-Vertrags dar."

B — Zusammenfassung der Gründe der Kommissionsentscheidung

1. *Zum anwendbaren Recht* führt die Kommission aus:

Der Künstler genieße gemäß §§ 73 ff. Urheberrechtsgesetz dem Urheberrechtsschutz verwandte Schutzrechte. Nach den §§ 74, 75 und 76 Absatz 1 dieses Gesetzes habe der Künstler das Recht, daß seine Darbietung nur mit seiner Einwilligung öffentlich wahrnehmbar gemacht, auf Bild- oder Tonträger aufgenommen, vervielfältigt oder durch Funk gesendet werde *(Erstverwertung)*. Diese Einwilligung gebe der Künstler in der Regel nur gegen Honorar.

Daneben habe der Künstler nach den §§ 76 Absatz 2 und 77 Urheberrechtsgesetz einen gesetzlichen Vergütungsanspruch, wenn die Darbietung, die erlaubterweise auf Bild- oder Tonträger aufgenommen worden sei, nunmehr durch Funk gesendet oder sonstwie öffentlich wahrnehmbar gemacht werde *(Zweitverwertung)*. Zusätzlich stehe dem Künstler auch ein Vergütungsanspruch gegen den Hersteller von Vervielfältigungsgeräten — Geräteabgabe — gemäß § 53 Absatz 5 Urheberrechtsgesetz zu.

Soweit die Darbietung des Künstlers erlaubterweise auf Bild- oder Tonträger aufgenommen worden sei und diese erschienen seien, könne der Künstler eine Funksendung oder eine öffentliche Wiedergabe dieser Träger nicht mehr im Hinblick auf seine Leistungsschutzrechte verhindern.

Der Hersteller von Tonträgern — nachfolgend „Hersteller" genannt — habe seinerseits hinsichtlich der Vergütungsansprüche des Künstlers aus der Zweitverwertung gemäß § 86 Urheberrechtsgesetz einen Anspruch gegen den Künstler auf angemessene Beteiligung an dieser Vergütung.

Hersteller und Künstler seien daher gleichermaßen an der Vergütung aus der Zweitverwertung interessiert. Soweit es sich um die Verwirklichung dieser Ansprüche gegen die Anspruchsverpflichteten (Rundfunkanstalten, Theater, Hotels, Gaststätten usw.) handele, liefen ihre Interessen parallel. Ein Interessengegensatz entstehe erst, wenn die Vergütung gezahlt sei und nunmehr die „angemessene Beteiligung der Hersteller" in Frage stehe.

Während es in allen Mitgliedstaaten ein Einwilligungsrecht des Künstlers bei der Erstverwertung gebe, bestünden gesetzliche Vergütungsansprüche für die Zweitverwertung nur in wenigen Mitgliedstaaten.

Das internationale Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen, das am 26. Oktober 1961 in Rom geschlossen worden sei (Slg. der Verträge der Vereinten Nationen, Band 496, S. 45), verpflichte in Artikel 12 die Vertragsstaaten zu gewährleisten, daß der Benutzer öffentlicher Tonträger für die Funksendung oder irgendeine öffentliche Wiedergabe den Tonträgerherstellern oder den Künstlern oder beiden eine einzige, angemessene Vergütung zahle.

Dieses Rom-Abkommen sei jedoch bisher noch nicht von allen Mitgliedstaaten ratifiziert worden. Die Bundesrepublik Deutschland habe bei der Ratifizierung den Vorbehalt gemacht, daß es „für die Tonträger, deren Hersteller Angehöriger eines anderen vertragschließenden Staates ist, den Umfang und die Dauer des

Schutzes für Hersteller und Künstler auf den Umfang und die Dauer des Schutzes beschränkt, den dieser Staat für die Tonträger gewährt, die erstmals von einem deutschen Staatsangehörigen festgelegt worden sind".

Die vorstehend beschriebenen Leistungsschutzrechte stünden grundsätzlich auch Künstlern mit ausländischer Staatsangehörigkeit unabhängig von ihrem Wohnsitz zu. Soweit es sich nicht um Künstler mit der Staatsangehörigkeit eines Landes handele, das das Rom-Abkommen ratifiziert habe, gewähre § 125 Urheberrechtsgesetz diesem Ausländer die gleichen Rechte wie deutschen Künstlern, wenn seine Darbietung in Deutschland stattfinde oder — soweit sie erlaubterweise auf Bild- oder Tonträger aufgenommen worden sei — diese Bild- oder Tonträger in Deutschland erschienen seien. Diese ausländischen Künstler hätten auch bei Funksendungen dieselben Rechte wie Deutsche, wenn die Funksendungen in Deutschland ausgestrahlt worden seien.

Nach § 1 Wahrnehmungsgesetz bedürfe jedermann, der Nutzungsrechte, Einwilligungsrechte oder Vergütungsansprüche nach dem Urheberrechtsgesetz für Rechnung mehrerer Urheber oder Inhaber verwandter Schutzrechte zur gemeinsamen Auswertung wahrnehme, der staatlichen Erlaubnis, gleichgültig, ob die Wahrnehmung in eigenem oder fremdem Namen erfolge. Diese Erlaubnis werde gewährt, wenn gewisse Grundvoraussetzungen für die Wahrnehmungstätigkeit vorlägen.

Das Wahrnehmungsgesetz gebe den Verwertungsgesellschaften kein rechtliches Monopol, die Gründung „konkurrierender" Verwertungsgesellschaften sei rechtlich durchaus möglich.

Die nach dem Wahrnehmungsgesetz zugelassenen Verwertungsgesellschaften hätten die Einnahmen aus ihrer Tätigkeit nach festen Regeln aufzuteilen.

Gemäß § 11 Wahrnehmungsgesetz habe die Verwertungsgesellschaft aufgrund der von ihr wahrgenommenen Rechte jedermann auf Verlangen zu angemessenen Bedingungen Nutzungsrechte einzuräumen oder Einwilligungen zu erteilen (Abschlußzwang).

Demgegenüber verpflichte § 6 Wahrnehmungsgesetz die Verwertungsgesellschaft, die zu ihrem Tätigkeitsbereich gehörenden Rechte und Ansprüche auf Verlangen der Berechtigten zu angemessenen Bedingungen wahrzunehmen, wenn diese Deutsche im Sinne des Grundgesetzes seien oder ihren Wohnsitz im Geltungsbereich des Wahrnehmungsgesetzes hätten und eine wirksame Wahrnehmung der Rechte oder Ansprüche anders nicht möglich sei (Wahrnehmungszwang).

2. *Zum Verhalten der GVL gegenüber ausländischen Künstlern* wird folgendes ausgeführt:

Die GVL sei die einzige Verwertungsgesellschaft, die sich mit der Wahrnehmung der Zweitverwertungsrechte befasse. Von den anderen vergleichbaren Gesellschaften würden nur andere verwandte Schutzrechte wahrgenommen.

Die GVL habe es bis zum 21. November 1980 abgelehnt, mit ausländischen Künstlern ohne Wohnsitz in Deutschland — gleichgültig ob es sich dabei um Künstler aus Mitgliedstaaten der EG gehandelt habe oder nicht — Wahrnehmungsverträge abzuschließen oder sonstwie deren in Deutschland bestehende Leistungsschutzrechte wahrzunehmen. Dabei habe die GVL nicht bestritten, daß ausländischen Künstlern Vergütungsrechte aus der Zweitverwertung in Deutschland zustünden. Die GVL habe die ausländischen Künstler, wenn sie Anträge an die

GVL auf Abschluß eines Wahrnehmungsvertrags gestellt hätten, jedoch darauf hingewiesen, daß die GVL ausschließlich Wahrnehmungsverträge mit solchen Berechtigten abschließe, die Deutsche seien oder ihren Wohnsitz in Deutschland hätten.

Die Gesellschafterversammlung der GVL habe am 21. November 1980 beschlossen, nunmehr auch mit berechtigten Künstlern, die die Staatsangehörigkeit eines EG-Mitgliedstaats besäßen, Wahrnehmungsverträge abzuschließen, ohne zur Voraussetzung zu machen, daß von diesen ausländischen Künstlern ein Wohnsitz in Deutschland nachgewiesen werde. Außerdem werde hiernach den Berechtigten aus anderen EG-Mitgliedstaaten, denen die GVL eine Wahrnehmung ihrer Rechte im Einzelfall verweigert habe, rückwirkend die Möglichkeit zur Beteiligung am Vergütungsaufkommen eingeräumt.

Nach diesem neuen Wahrnehmungsverhalten der GVL gelangten die für die Sendung, öffentliche Wiedergabe, Vermietung und Vervielfältigung eingezogenen Vergütungen unter Künstlern im Verhältnis der von diesen im jeweiligen Geschäftsjahr aus der Erstverwertung in bezug auf das Inland, d. h. in bezug auf Deutschland, anrechenbaren Einkünfte zur Aufteilung (§ 2 Absatz 4 Buchstabe a des neuen Gesellschaftsvertrags). Hiernach sei es nicht mehr erforderlich, daß das Honorar aus der Erstverwertung in Deutschland bezahlt werde, sondern auch ein im Ausland gezahltes Honorar diene nach Anmeldung durch den Künstler insoweit als Berechnungsmaßstab, als ein Teil dieses Honorars der Verwertung der Darbietung in Deutschland zugerechnet werden könne. Der ausländische Künstler nehme dann im Verhältnis dieses Honoraranteils an der Ausschüttung der Vergütung teil.

C — Verfahren

Aufgrund dieser Feststellungen war die Kommission der Auffassung, die Weigerung der GVL, Geschäftsbeziehungen mit ausländischen Künstlern aufzunehmen, von denen kein Wohnsitz in Deutschland nachgewiesen worden sei, stelle eine mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag dar.

Mit Klageschrift, die am 8. Januar 1982 in das Register eingetragen worden ist, hat die GVL die vorliegende Klage erhoben. Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

II — Anträge der Parteien

Die GVL, *Klägerin,* beantragt,

— die Entscheidung der Kommission vom 29. Oktober 1981 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrags (IV/29.839 — GVL) aufzuheben;

— der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Die Kommission, *Beklagte,* beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— die Klägerin zur Tragung der Verfahrenskosten zu verurteilen.

III — Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien

1. Erste Rüge: Verletzung wesentlicher Formvorschriften im Verwaltungsverfahren

Die *Klägerin* trägt zunächst vor, sie habe aus der Mitteilung der Beschwerdepunkte unmöglich ersehen können, ob

die Künstler, die sich bei der Kommission über das klägerische Verhalten beschwert hätten, Staatsangehörige der EG-Mitgliedstaaten gewesen seien. Deshalb habe sie sich nicht verteidigen können. Die Entscheidung der Kommission verstoße somit gegen Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission vom 25. Juli 1963 (ABl. 1963, S. 2268).

Sie wirft sodann der Beklagten vor, weder die Stellungnahmen der Klägerin noch die ihrer Verfahrensbevollmächtigten berücksichtigt zu haben; eine auf ein solches Vorgehen gestützte Entscheidung beruhe auf Verfahrensfehlern.

Aus diesen Gründen enthalte die streitige Entscheidung mehrere Tatsachenirrtümer. So lege die Beklagte zum Beispiel nicht näher dar, warum es Künstlern benommen sein sollte, ihre Rechte selbst praktisch wahrzunehmen (Nr. 20 der Entscheidung). Ausländischen Künstlern sei es keineswegs unmöglich, Absprachen mit ihren Bild- und Tonträgerherstellern im Ausland zu treffen, denen zufolge die Künstler ebenfalls an den Zweitverwertungsrechten beteiligt blieben. Das gelte besonders für die Länder, in denen selbst im nationalen Bereich die Künstler nur über solche Absprachen überhaupt an Zweitverwertungsergebnissen beteiligt würden.

Die *Beklagte* entgegnet, sie habe in der Mitteilung der Beschwerdepunkte von „ausländischen Künstlern" gesprochen und sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die GVL keinen Unterschied zwischen Angehörigen anderer Mitgliedstaaten und Angehörigen von Drittstaaten mache. Die streitige Entscheidung enthalte keine Feststellung eines Verstoßes gegen Artikel 86 des Vertrages, die nicht auch in der Mitteilung der Beschwerdepunkte erwähnt worden sei. Darüber hinaus gebe die Entscheidung das Vorbringen der GVL ausführlich wieder (Nrn. 37 bis 41) und setze sich damit sehr eingehend auseinander (Nrn. 57 ff., 65 ff. und 69 ff.). Die meisten Argumente der GVL seien bereits in der Mitteilung der Beschwerdepunkte behandelt worden, weil sie der Kommission zu diesem Zeitpunkt bereits bekannt gewesen seien. Es bestehe keine Pflicht, die Argumente der Klägerin als richtig anzuerkennen; auch müßten nicht sämtliche vorgebrachte Argumente in allen Details behandelt werden (Urteil vom 29. Oktober 1980 in den Rechtssachen 209 bis 215/78 und 218/78, FEDETAB, Slg. 1980, 3125, Randnummer 68 der Entscheidungsgründe).

2. Zweite Rüge: Unzuständigkeit der Kommission

Die *Klägerin* trägt vor, die Kommission sei nicht befugt, eine Entscheidung zu erlassen, da die Zuwiderhandlung abgestellt worden sei. Die Klägerin habe nämlich ihre Wahrnehmungsbereitschaft auf Angehörige der übrigen EG-Mitgliedstaaten ausgedehnt und diese Änderung ihres Gesellschaftsvertrages durch Beschluß ihrer Gesellschafterversammlung vom 21. November 1980 festgelegt.

Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 ermächtige die Kommission ausschließlich, auf die Abstellung des früheren Verhaltens der Klägerin hinzuwirken. Die fragliche Zuwiderhandlung sei in den Beschwerdepunkten als die Weigerung bezeichnet worden, mit Staatsangehörigen anderer EG-Länder ohne Wohnsitz in Deutschland Wahrnehmungsverträge abzuschließen. Nachdem die Klägerin dieses Verhalten aufgegeben habe, sei das auf Abstellung der Zuwiderhandlung gerichtete Verfahren gegenstandslos geworden.

Denn aus Artikel 89 Absatz 2 des Vertrages folge, daß eine Entscheidung der Kommission mit der Feststellung einer Zuwiderhandlung nur dann vorgesehen

sei, wenn die betreffende Zuwiderhandlung nicht abgestellt werde. Auch Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 sehe nur eine Inzident-Feststellung im Rahmen einer auf Beendigung dieser festgestellten Zuwiderhandlung gerichteten Entscheidung vor. Diese Verordnung enthalte keine verselbständigte, auf „Feststellung" einer bereits abgeschlossenen Zuwiderhandlung gerichtete Entscheidungsbefugnis.

Im übrigen bestehe an der Feststellung einer in der Vergangenheit liegenden Zuwiderhandlung kein rechtliches Interesse mehr, da die Klägerin bereit sei, den Antragstellern sogar rückwirkend die Möglichkeit zur Beteiligung an dem Vergütungssystem zu eröffnen.

Die *Beklagte* bemerkt in ihrer Klagebeantwortung, aus der Klageschrift gewinne sie den Eindruck, daß die GVL entgegen der Annahme in Nr. 71 der angefochtenen Entscheidung in Wirklichkeit den festgestellten Verstoß noch nicht völlig beendet habe. Denn sie beziehe ausländische Künstler nur in ihre Wahrnehmungstätigkeit ein, wenn diese die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats hätten. Sie schließe somit sogar in ihrer Klageschrift diejenigen aus, die in einem anderen Mitgliedstaat, ohne dessen Staatsangehörigkeit zu besitzen, ihren Wohnsitz hätten.

Die Beklagte habe durchaus die erforderliche Zuständigkeit für den Erlaß der streitigen Entscheidung besessen. Die Verordnung Nr. 17 konkretisiere die in den Artikeln 155 und 89 des Vertrages genannten Aufgaben und Befugnisse der Kommission und sehe eine ganze Skala von Maßnahmen vor. Diese könnten wie folgt zusammengefaßt werden:

1. Entscheidung, durch die das Unternehmen zur Abstellung der festgestellten Zuwiderhandlung verpflichtet, ihm eine Geldbuße wegen der Zuwiderhandlung auferlegt und ein Zwangsgeld zur Erzwingung der Abstellung festgesetzt werde (Artikel 3 Absatz 1, 15 Absatz 2 und 16);
2. Abstellungsentscheidung, jedoch ohne Geldbußen- oder Zwangsgeldfestsetzung;
3. Entscheidung, durch die wegen eines festgestellten Verstoßes eine Geldbuße auferlegt, jedoch keine Verpflichtung zur Abstellung ausgesprochen werde, weil der Verstoß in der festgestellten Form nicht mehr fortbestehe oder weil eine solche Verpflichtung im Einzelfall aus anderen Gründen nicht erforderlich erscheine; eine solche Entscheidung könne gegebenenfalls zur Klarstellung auch die Verpflichtung enthalten, Maßnahmen zu unterlassen, die die gleichen Wirkungen wie der Verstoß hätten (Artikel 3 Absatz 1 und 15 Absatz 2);
4. Entscheidung, durch die aufgrund einer vorläufigen Prüfung festgestellt werde, daß die Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1 erfüllt seien (Artikel 15 Absatz 6);
5. Entscheidung zur Anordnung einstweiliger Maßnahmen (Artikel 3 Absatz 1);
6. Empfehlung der Abstellung eines festgestellten Verstoßes (Artikel 3 Absatz 1).

Eine Entscheidung, mit der die Kommission lediglich einen in der Vergangenheit liegenden und zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits abgestellten Verstoß feststelle, ohne eine Geldbuße zu verhängen oder irgendwelche Verpflichtungen aufzuerlegen, entfalte dem betroffenen Unternehmen gegenüber gewisse Wirkungen. Sie sorge erstens für Publizität (Urteil vom 15. Juli 1970 in der Rechtssache 41/69, ACF Chemiefarma/Kommission, Randnummern 101 bis 104 der Entscheidungsgründe). Zweitens wirke

sie sich auf die Stellung des Unternehmens im Wiederholungsfall sowie drittens auf Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Unternehmen und durch sein Verhalten betroffenen Dritten aus. Diese Wirkungen seien weniger einschneidend als die Wirkungen einer Bußgeldentscheidung. Die reine Feststellungsentscheidung wäre deshalb in der erwähnten Skala zwischen der dritten und vierten Maßnahme anzusiedeln.

Für die Auffassung der Beklagten sprächen auch Gründe einer vernünftigen Wettbewerbspolitik.

Wenn der Kommission die reine Feststellungsbefugnis nicht zustehen würde, könnte sie sich veranlaßt sehen, im Falle eines bereits beendeten Verstoßes stets eine Geldbuße (gegebenenfalls in der in Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Mindesthöhe von 1 000 RE) festzusetzen, wozu sie berechtigt wäre (Urteil vom 15. Juli 1970 in der Rechtssache 44/69, Buchler/Kommission, Slg. S. 733, Randnummer 49 der Entscheidungsgründe).

Hätte die Kommission keine solche Feststellungsbefugnis, so könnte das Unternehmen stets den Verstoß kurz vor Erlaß einer Abstellungsentscheidung beenden und dann wieder nach einer gewissen Zeit von neuem beginnen, wieder beenden usw.

Im übrigen entspreche der Erlaß von reinen Feststellungsentscheidungen bei bereits beendetem Wettbewerbsverstoß der ständigen Verwaltungspraxis der Kommission. Sie habe im Laufe der Jahre eine ganze Reihe solcher Entscheidungen getroffen (z. B. folgende Entscheidungen: 15. 7. 1975 (IFTRA), ABl. L 228, S. 3; 26. 7. 1976 (Pabst & Richarz), ABl. L 231, S. 24; 19. 4. 1977 (ABG), ABl. L 117, S. 1; 20. 12. 1977 (Video-Kassettenrecorder), ABl. L 47, S. 42; 20. 10. 1978 (Wano Schwarzpulver), ABl. L 322, S. 26; 5. 9. 1979 (BP Kemi/DDSF), ABl. L 286, S. 32; 17. 12. 1980 (Gußglas Italien), ABl. L 383, S. 19; 28. 9. 1981 (Flachglas Italien), ABl. L 326, S. 32). Die Beklagte verweist auch auf das Urteil vom 29. Juni 1978 (Rechtssache 77/77, B.P./Kommission, Slg. S. 1513).

In ihrer Erwiderung hält die *Klägerin* dem entgegen, die Veröffentlichung einer Entscheidung gemäß Artikel 21 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 stelle nach den eigenen Worten der Beklagten eine gewisse Sanktion dar. Die Inanspruchnahme von Sanktionswirkungen könne aber keine Zuständigkeitserweiterung rechtfertigen, sondern sei im Gegenteil ein maßgeblicher Gesichtspunkt, der gegen die Usurpation weder im Vertrag noch in der Verordnung Nr. 17 vorgesehener Sanktionsmöglichkeiten spreche. Praktische Erwägungen genügten keineswegs, um die der Kommission vom Rat übertragenen Kompetenzen selbstschöpferisch zu erweitern.

Aus der Entstehungsgeschichte der Verordnung Nr. 17 werde im übrigen deutlich, daß der Rat der Kommission die von dieser im Verordnungsentwurf geforderte Feststellungszuständigkeit gerade nicht eingeräumt habe.

In ihrer Gegenerwiderung hält die *Beklagte* den in ihrer Klagebeantwortung dargelegten Standpunkt aufrecht.

3. Dritte Rüge: Verstoß gegen Artikel 86 des Vertrages

a) Die GVL als Unternehmen

In ihrer Erwiderung greift die *Klägerin* die Argumentation zur Anwendbarkeit von Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages wieder auf, die sie bereits im Verwaltungsverfahren vorgebracht hatte. Aus dem Wahrnehmungsgesetz, insbesondere den §§ 1, 4, 6, 7, 8, 11, 18, 19 und 20, ergebe sich, daß sie als ein „mit Dienstleistungen von allgemeinem wirt-

schaftlichem Interesse betrautes Unternehmen" angesehen werden müsse.

Die *Beklagte* bezieht sich auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte (S. 26 ff.) und die streitige Entscheidung (Nrn. 65 bis 68). Sie trägt ergänzend vor, im Wahrnehmungsgesetz sei lediglich geregelt, daß alle Unternehmen, die als Verwertungsgesellschaften tätig sein wollten, bestimmten Voraussetzungen zu entsprechen und bestimmte Verpflichtungen zu erfüllen hätten (Urteil vom 27. März 1974, BRT/SABAM und Fonior, Slg. S. 313, insbesondere Randnummer 23 der Entscheidungsgründe, und Schlußanträge von Generalanwalt Mayras).

b) Die beherrschende Stellung der GVL

Die *Klägerin* trägt vor, der Markt, auf dem sich der Leistungsaustausch zwischen den ausübenden Künstlern einerseits und den Nutzern der künstlerischen Darbietungen andererseits abspiele, müsse richtig abgegrenzt werden. Dem Künstler stünden Rechte aus der Erst- und aus der Zweitverwertung zu. Über die Erstverwertungsrechte finde ein Leistungsaustausch zu den Veranstaltern sowie zu den Bild- und Tonträgerherstellern statt, die mithin die Geschäftspartner der Künstler seien. Bei den Zweitverwertungsrechten handele es sich dagegen mehr um Folgerechte: Entweder hätten die Künstler über diese Rechte bereits im Rahmen des mit den erwähnten Geschäftspartnern abgeschlossenen Vertrags über die Erstverwertungsrechte mitverfügen können oder aber sie behielten die Rechte vor, um sie einer Wahrnehmung durch die GVL zuzuführen. Daraus folge, daß der sachlich relevante Markt, auf dem die Leistungsschutzberechtigten selbst tätig seien, derjenige des Angebots und der Nachfrage nach den Verwertungsrechten sei. Die Wahrnehmungsgesellschaft sei auf diesem Markt in Wahrnehmung der Interessen der leistungsschutzberechtigten ausübenden Künstler tätig.

Im Unterschied zu Organisationen wie GEMA oder SABAM zeichne die Klägerin nur für unbedeutende Teile des Einkommens der von ihr vertretenen Wahrnehmungsberechtigten verantwortlich. Die ihnen verbleibenden Zweitverwertungsrechte führten nur zu einer geringfügigen zusätzlichen Einnahme, die im Durchschnitt aller Berechtigten weniger als 3 000 DM pro Jahr betrage. Dieser Umstand schließe die Abhängigkeit der Künstler von der Klägerin als der einzigen Verwertungsgesellschaft für die Zweitverwertungsrechte aus.

Die *Beklagte* ist der Ansicht, sachlich relevanter Markt sei die entgeltliche *Wahrnehmung* der Rechte für die Künstler. Die Marktvorstellung der GVL lasse sich mit der eines Immobilienmaklers vergleichen. Die Marktposition des Maklers hänge nicht von Angebot und Nachfrage auf dem Grundstücksmarkt ab. Entscheidend sei vielmehr, welche Möglichkeiten für den verkaufswilligen Eigentümer bestünden, sich gegen Zahlung von Gebühren die Dienstleistung der Käufersuche und -vermittlung erbringen zu lassen.

Der Umfang der vom Künstler mit der Verwertung seines Schutzrechts erzielten Vergütung sei für die Beurteilung der Marktstellung der GVL völlig unerheblich. Im übrigen komme der von der Klägerin erwähnte Betrag einem dreizehnten Monatsgehalt gleich.

Es sei nicht richtig, daß die Klägerin mit den Tonträgerherstellern und den anderen von ihr genannten Geschäftspartnern im Wettbewerb stehe: Falls der Schallplattenhersteller infolge einer Abtretung durch den Künstler über dessen Zweitverwertungsrechte verfüge, wende er sich an die GVL, um die entsprechende

Vergütung zu erhalten. Er sei dann insoweit kein Wettbewerber, sondern Vertragspartner der GVL.

c) Die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung

Die *Klägerin* trägt vor, sie habe die Künstler nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit, sondern nach ihrer jeweiligen Rechtsträgerschaft unterschiedlich behandelt. Dabei habe sich allerdings als Folge des unterschiedlichen Rechtszustandes in den verschiedenen Ländern ergeben, daß sie sich in ihrer Wahrnehmungsbereitschaft darauf beschränkt habe, mit solchen Künstlern abzuschließen, bei denen sie sich eine verläßliche Prüfung der wahrzunehmenden, von den Künstlern geltend gemachten Rechte habe vorstellen können. Dies seien nun einmal die deutschen Künstler (§ 125 Urheberrechtsgesetz). Die Klägerin habe dieselben Voraussetzungen auch für ausländische Künstler anerkannt, die wenigstens gemäß § 6 Wahrnehmungsgesetz einen Wohnsitz in Deutschland gehabt hätten. In ihrer Erwiderung legt die Klägerin dar, aus welchen Gründen sie den Wohnsitz für ein objektives Kriterium hält.

Die Klägerin trägt außerdem vor, daß jeder Künstler, der einen Wahrnehmungsvertrag mit ihr schließen wolle, die Einbringung von in Deutschland wahrnehmbaren Leistungsschutzrechten beweisen müsse. Der Abschluß von Wahrnehmungsverträgen auf Verdacht könne ihr nicht aufgezwungen werden.

Die *Beklagte* macht geltend, die Anforderung eines Wohnsitzes in Deutschland habe mit der „Rechtsträgerschaft" des betroffenen Künstlers nichts zu tun. Darüber hinaus sei die GVL für Deutsche tätig geworden, auch wenn diese keinen Wohnsitz in Deutschland gehabt hätten, obwohl die „Rechtsträgerschaft" nicht sicher gewesen sei, weil Abtretungen hätten vorliegen können.

Im übrigen stelle sich die Frage, ob der Künstler tatsächlich Inhaber der behaupteten Rechte sei, erst bei der Durchführung und nicht beim Abschluß des Wahrnehmungsvertrags. Von etwa 20 000 Berechtigten, die einen Wahrnehmungsvertrag abgeschlossen hätten, erhielten jährlich nur etwa 10 000 Ausschüttungen aufgrund der Realisierung ihrer Rechte im konkreten Fall. Die Klägerin habe es jedoch abgelehnt, Ausländern ohne Wohnsitz in Deutschland die Chance einzuräumen, das Bestehen von Zweitverwertungsrechten im konkreten Fall nachzuweisen. Indem sie für ausländische Künstler das Wohnsitzerfordernis aufgestellt habe, habe sie nach der Staatsangehörigkeit diskriminiert.

d) Diskriminierung gemäß Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe c des Vertrages

Die *Klägerin* wirft der Beklagten vor, die Voraussetzungen und Einschränkungen für die Anwendbarkeit des speziellen Diskriminierungsverbots aus Artikel 86 übersehen zu haben.

So seien ausübende Künstler, die hinsichtlich der Ausübung ihrer Zweitverwertungsrechte untereinander im Wettbewerb stünden, keine Handelspartner der GVL. Sie müßten vielmehr als Verbraucher eingestuft werden.

Außerdem benachteilige die Klägerin die Künstler im Rahmen eines Wettbewerbs zwischen in- und ausländischen Künstlern nicht. Für die künstlerische Darbietung sei ausschließlich die Leistung und nicht die Finanzkraft maßgeblich. Die in- und ausländischen Künstler böten der Klägerin keine gleichwertigen Leistungen an, wie sich aus einem Vergleich zwischen den Absätzen 1 und 3 des § 125 Urheberrechtsgesetz ergebe. Für die Klägerin komme es zunächst darauf an, ob und inwieweit Leistungsschutzrechte ausländischer Künstler bestünden. Wie die Beklagte selbst einräume, seien diese

Rechte durchaus vielgestaltig und zum Teil nicht existent. Sie seien jedenfalls überwiegend nicht mit der in Deutschland geltenden Rechtslage vergleichbar.

Es gehe nicht nur darum, ob die ausländischen Künstler über § 125 Absatz 3 Urheberrechtsgesetz in Deutschland überhaupt Leistungsschutzrechte gewinnen könnten, sondern vielmehr um die wiederum vorrangige Frage, ob nicht die ausländischen Künstler etwa im Rahmen ihrer Aufnahmeverträge mit ausländischen Herstellern über solche ausländische Rechte bereits anderweitig disponiert hätten. Die Klägerin habe nicht mehr getan, als vom ausländischen Künstler vor Abschluß eines Wahrnehmungsvertrages den Nachweis zu verlangen, daß ihm in der Bundesrepublik verwertbare Rechte zustünden. Aus diesen Gründen habe die GVL von den ausländischen Künstlern erwartet, daß sie ihren Wohnsitz in Deutschland begründeten.

Die *Beklagte* antwortet darauf, der in Nr. 49 der Entscheidung beschriebene Leistungsaustausch zwischen der GVL und den Künstlern sei das für die Eigenschaft als „Handelspartner" im Sinne von Artikel 86 des Vertrages entscheidende Kriterium. Die GVL benachteilige die ausländischen Künstler, weil diesen eine Möglichkeit, ihre Leistungen zu „vermarkten", genommen sei. So sei der Ausländer gezwungen, höhere Honorare zu verlangen, wenn er aus seiner Tätigkeit den gleichen Gewinn ziehen wolle wie sein deutscher Kollege, der ja im Gegensatz zum Ausländer Einnahmen aus der Zweitverwertung habe.

Bezüglich der „Vorfrage" des Bestehens von Leistungsschutzrechten hebt die Beklagte hervor, daß diese Frage vor dem Abschluß des Wahrnehmungsvertrags nicht beantwortet werden könne. Alle Künstler, ob sie nun Deutsche mit oder ohne Wohnsitz in Deutschland oder ob sie Ausländer seien, böten zur Wahrnehmung stets nur die Zweitverwertungsrechte an, über die sie verfügten. Bei allen bemesse sich das geleistete Entgelt nach der tatsächlich eingenommenen Vergütung. Die Beklagte hebt erneut darauf ab, daß die GVL von ausländischen Künstlern den Nachweis eines Wohnsitzes in Deutschland verlangt habe, und daß dieser Wohnsitz nichts über das tatsächliche Bestehen von Zweitvertretungsrechten aussage.

Falls die Klägerin zusätzlich zum Nachweis des Wohnsitzes in Deutschland vor Abschluß des Wahrnehmungsvertrags auch den Nachweis des Bestehens von in Deutschland verwertbaren Rechten verlangt haben sollte, wofür sich in Verwaltungsverfahren keine Anhaltspunkte ergeben hätten, so liege darin eine weitere Ungleichbehandlung. Von deutschen Künstlern habe die Klägerin offenbar, auch wenn diese im Ausland gewohnt hätten, einen solchen Nachweis nicht verlangt, obwohl auch sie bereits anderweitig über ihre Rechte hätten verfügt haben können.

e) Rechtfertigungsgründe

Nach Auffassung der *Klägerin* stellen die unterschiedlichen Voraussetzungen für die Gewinnung der Leistungsschutzrechte durch in- und ausländische Künstler Rechtfertigungsgründe für deren unterschiedliche Behandlung dar. So gebe es Unterschiede unter anderem hinsichtlich der Entstehung der Rechte, der Übertragung von Rechten an die GVL, der Aufteilung von Vergütungen und der fehlenden Gegenseitigkeit.

Außerdem stamme ein maßgeblicher Teil des zur Verteilung gelangenden Vergütungsaufkommens von den Sendeanstalten. Bei der Bemessung der für die ausübenden Künstler verabredeten Vergütung sei dabei bereits dem Umstand Rechnung getragen worden, daß es sich primär um die Abgeltung von Leistungs-

ansprüchen inländischer Künstler oder von Künstlern mit Wohnsitz in der Bundesrepublik handele. Künstler, die ihre Darbietungen im Geltungsbereich anderer Rechtssysteme erstmals erbrächten, hätten nämlich im Regelfall keine selbständigen Leistungsschutzrechte in Deutschland oder würden aufgrund anderer dort vorherrschender Rechts- oder Vergütungssysteme anderweitig abgefunden. Die Einbeziehung der ausländischen Künstler in das Vergütungssystem der Klägerin würde damit im wirtschaftlichen Ergebnis zu Lasten der inländischen Künstler gehen, die umgekehrt aus dem Abschluß von Wahrnehmungsverträgen mit ihren ausländischen Kollegen keinen nennenswerten zusätzlichen Zufluß von Vergütungsleistungen in die Vergütungsmasse der Klägerin erwarten könnten.

Die *Beklagte* meint hingegen, es sei nicht recht deutlich, welche Konsequenz sich aus den Ausführungen der Klägerin über die Rechtsübertragung ergeben sollte. Jedenfalls sei anzunehmen, daß es auch inländische Künstler gebe, die Verträge mit ausländischen Tonträgerherstellern schlössen. In diesen Fällen sehe die Klägerin offenbar keine Schwierigkeiten.

Die Gegenseitigkeit sei keine Voraussetzung für das Bestehen von Zweitverwertungsrechten nach deutschem Recht für Ausländer ohne Wohnsitz in Deutschland.

Die Beklagte bestreitet, daß infolge der Einbeziehung ausländischer Künstler das zur Verfügung stehende Vergütungsaufkommen auf mehr Berechtigte aufgeteilt werden müßte, im Ergebnis also die inländischen Künstler benachteiligt würden. Da der Werknutzer in Zukunft von der Klägerin insofern mehr erhalte, als er auch von Ansprüchen aus Zweitverwertungsrechten ausländischer Künstler ohne Wohnsitz in Deutschland freigestellt werde, könnte die Klägerin jeweils höhere Vergütungen in den Gesamtabsprachen mit dem Werknutzer vereinbaren. Wenn die Klägerin sage, daß bisher „primär" die Ansprüche inländischer Künstler durch die Vergütung abgegolten worden seien, so könne man im übrigen sogar den Eindruck gewinnen, daß sie der Meinung gewesen sei, es sei noch mehr abgegolten worden, obwohl an ausländische Künstler ohne Wohnsitz in Deutschland nichts ausgeschüttet worden sei.

f) Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten

Die *Klägerin* behauptet, es sei „nicht ersichtlich", daß die Handelspartner durch die Übertragung von Rechten zur Wahrnehmung einen im Rahmen des Gemeinsamen Marktes schützenswerten Handel betrieben. Die Klägerin mache mit den ausübenden Künstlern keine Geschäfte im Rahmen eines zwischenstaatlichen Handels, sondern nehme ausschließlich die in Deutschland etwa anfallenden gesetzlichen Vergütungsansprüche wahr.

Im übrigen werde in der Entscheidung theoretisierend das Vorliegen einer spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels behauptet, ohne daß die Beklagte dazu auch nur die geringste sachliche Erhebung angestellt habe.

Die *Beklagte* trägt vor, es gehe hier nicht um einen Handel mit Zweitverwertungsrechten. Entscheidend sei vielmehr die Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs. Weil die GVL sich geweigert habe, mit in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Ausländern Wahrnehmungsverträge abzuschließen, habe sie insoweit keine grenzüberschreitende Dienstleistung erbracht. Was die Spürbarkeit der Auswirkung anbelange, so genüge es, daß das Verhalten der GVL geeignet sei, den Handel spürbar zu beeinträchtigen. Die Zahl der ausländischen Künstler, die bei der Kommission eine Beschwerde eingereicht hätten,

sei unerheblich. Angesichts der Zahl der Künstler, die in anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft ihren Wohnsitz hätten und grundsätzlich über Zweitverwertungsrechte in Deutschland verfügten, sei zu erwarten, daß sich eine erhebliche Anzahl von ihnen an die Klägerin wenden werde.

g) Kollision mit internationalem Vertragsrecht

In ihrer *Erwiderung* führt die *Klägerin* aus, die Kommissionsentscheidung zwinge sie, Schutzrechte wahrzunehmen, die gar nicht existierten, da ausländische Künstler in bestimmten Fällen weder auf der nationalen Gesetzgebung beruhende Leistungsschutzrechte gewinnen noch sich auf das Rom-Abkommen vom 26. Oktober 1961 berufen könnten.

Die *Beklagte* bestreitet, daß ihre Entscheidung neue Zweitverwertungsrechte für ausländische Künstler, die solche Rechte nach der bestehenden Rechtslage nicht hätten, schaffen könne. Die Entscheidung solle nur sicherstellen, daß auch die dort genannten ausländischen Künstler die Chance erhielten, ihre Zweitverwertungsrechte zu realisieren, die ihnen das deutsche Urheberrechtsgesetz unmittelbar oder in Verbindung mit internationalen Verträgen einräume.

IV — Mündliche Verhandlung

In der Sitzung vom 6. Oktober 1982 haben die Parteien mündlich verhandelt.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 16. November 1982 vorgetragen. In diesen Schlußanträgen hat er nur zu einem Teil der klägerischen Rügen Stellung genommen und den Gerichtshof für den Fall, daß dieser Stellungnahme nicht gefolgt werde, um Gewährung einer Nachfrist zur Erörterung der übrigen Rügen gebeten. Der Gerichtshof hat den Generalanwalt, ohne sich zu der von diesem vorgeschlagenen Argumentation zu äußern, ersucht, seine Schlußanträge zu vervollständigen und die gesamte Problematik des Falles zu prüfen. Daraufhin hat der Generalanwalt seine ergänzenden Schlußanträge in der Sitzung vom 11. Januar 1983 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

1 Die Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (im folgenden: GVL) mit Sitz in Hamburg hat mit Klageschrift, die am 8. Januar 1982 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, gemäß Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag Klage auf Aufhebung der ihr am 9. November 1981 zugestellten und im Amtsblatt (ABl. L 370, 1981, S. 49) veröffentlichten Entscheidung der Kommission vom 29. Oktober 1981 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrags (IV/29.839 — GVL) erhoben.

2 Die Klägerin ist die einzige Verwertungsgesellschaft, die sich in der Bundesrepublik Deutschland mit der Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten

ausübender Künstler befaßt. Sie übernimmt es insbesondere, die Vergütungen einzuziehen und zu verteilen, die den ausübenden Künstlern nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz zustehen, wenn die erlaubterweise auf Bild- oder Tonträger aufgenommene Darbietung durch Funk gesendet oder sonstwie öffentlich wahrnehmbar gemacht wird („Zweitverwertung").

3 Bis zum 21. November 1980 lehnte es die Klägerin ab, Wahrnehmungsverträge mit ausübenden Künstlern, die weder die deutsche Staatsangehörigkeit noch einen Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland besaßen, abzuschließen oder auf sonstige Weise deren in Deutschland bestehende Rechte wahrzunehmen. Von diesem Zeitpunkt ab gab sie die bisherige Praxis auf und änderte ihren Gesellschaftsvertrag sowie ihren Musterwahrnehmungsvertrag dahin, daß jeder ausübende Künstler mit Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaft zum Abschluß eines Wahrnehmungsvertrags zugelassen werde und sogar rückwirkend seinen Anteil am Vergütungsaufkommen erhalte.

4 In der angefochtenen Entscheidung wird festgestellt, das Verhalten der GVL bis zum 21. November 1980, keine Wahrnehmungsverträge mit ausländischen Künstlern abzuschließen, wenn diese keinen Wohnsitz in Deutschland hatten, und die diesen Künstlern in Deutschland zustehenden Leistungsschutzrechte auch nicht in anderer Weise wahrzunehmen, habe, soweit diese Künstler die Staatsangehörigkeit eines EG-Mitgliedstaats besaßen oder in einem Mitgliedstaat ihren Wohnsitz hatten, einen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages dargestellt.

5 In den Gründen der Entscheidung wird ausgeführt (Nr. 71), die GVL habe ab dem 21. November 1980 durch Änderung des Gesellschafts- und des Musterwahrnehmungsvertrags ihre Diskriminierung von Künstlern ohne deutsche Staatsangehörigkeit, soweit es die Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten oder Künstler mit Wohnsitz in einem dieser Mitgliedstaaten betreffe, eingestellt. Das nunmehrige Verteilungsverfahren gelte für deutsche wie solche ausländische Künstler in gleicher Weise.

6 Die Klägerin stützt ihre Klage auf die folgenden fünf Rügen:

— *Erste Rüge:* die Kommission habe in dem Verwaltungsverfahren vor Erlaß der angefochtenen Entscheidung wesentliche Formvorschriften verletzt;

— *Zweite Rüge:* es fehle der Kommission an der Zuständigkeit zum Erlaß einer Entscheidung, die allein die „Feststellung" eines bereits abgeschlossenen Verstoßes gegen Artikel 86 des Vertrages zum Inhalt habe;

— *Dritte Rüge:* Artikel 86 gelte für die Klägerin nicht, da sie als ein mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrautes Unternehmen im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages anzusehen sei;

— *Vierte Rüge:* das Verhalten, das die Kommission der Klägerin vorwerfe, könne nicht zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten führen;

— *Fünfte Rüge:* dieses Verhalten lasse sich nicht als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung gemäß Artikel 86 des Vertrages qualifizieren; die Klägerin habe insbesondere keine unterschiedlichen Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber ihren Handelspartnern angewendet (Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe c).

Erste Rüge: Verletzung von Formvorschriften

7 Die Klägerin macht zunächst geltend, die Kommission habe gegen Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, der ersten Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABl. 1962, S. 204), und gegen Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission vom 25. Juli 1983 über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 des Rats (ABl. 1963, S. 2268) verstoßen, denn sie habe ihre Entscheidung auf Beschwerdepunkte gestützt, zu denen sich die Klägerin nicht habe äußern können.

8 Dazu trägt die Klägerin vor, die Kommission habe in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht hinreichend deutlich gemacht, daß diese sich nicht nur auf die Weigerung erstreckten, Wahrnehmungsverträge mit den Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten abzuschließen, sondern auch Fälle mit einbezogen, in denen die Künstler ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hatten, ohne dessen Staatsangehörigkeit zu besitzen. Diese Unklarheit wirke sich vor allem deshalb nachteilig aus, weil in der Beschwerde der Firma Interpar, London, die zur Mitteilung der Beschwerdepunkte geführt habe, die Problematik der Künstler, die ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hätten, dessen Staatsangehörigkeit jedoch nicht besäßen, gar nicht aufgeworfen worden sei.

9 Dieses Vorbringen findet in den Tatsachen keine Stütze. In der Mitteilung der Beschwerdepunkte wurde das Verhalten der Klägerin, noch bevor die Beschwerde der Firma Interpar erwähnt wurde, wie folgt beschrieben: „Die GVL lehnt es ab, mit ausländischen Künstlern ohne Wohnsitz in Deutschland — gleichgültig, ob es sich hierbei um Künstler aus Mitgliedstaaten der EG handelt oder nicht — Wahrnehmungsverträge abzuschließen oder sonstwie deren in Deutschland bestehende Leistungsschutzrechte wahrzunehmen" (Nr. 27). Die in diesem Schreiben enthaltene rechtliche Beurteilung stellt namentlich darauf ab, daß die GVL „ausländische Künstler ohne Wohnsitz in Deutschland" gegenüber deutschen Künstlern oder ausländischen Künstlern mit Wohnsitz in Deutschland diskriminierend behandelt habe (Nrn. 51, 52 und 55).

10 Insgesamt gesehen enthielt die Mitteilung der Beschwerdepunkte nichts, aufgrund dessen die Klägerin annehmen durfte, die von der Kommission erhobenen Vorwürfe beschränkten sich auf die Lage der Künstler, die die Staatsangehörigkeit der übrigen Mitgliedstaaten besaßen.

11 Die Klägerin trägt weiter vor, die angefochtene Entscheidung wiederhole lediglich die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte enthaltenen Überlegungen; die Kommission habe folglich weder der Argumentation der Klägerin noch den Argumenten irgendeine Bedeutung beigemessen, die in den Rechtsgutachten angeführt worden seien, die die Klägerin der Kommission zugeleitet habe. Damit habe die Kommission den durch die Verordnung Nr. 99/63 garantierten Anspruch der GVL auf rechtliches Gehör verletzt.

12 Es trifft zu, daß die Unternehmen gemäß der Verordnung Nr. 99/63 nach Abschluß der Untersuchungen das Recht haben sollen, sich zu allen Beschwerdepunkten zu äußern, die die Kommission in Betracht ziehen will. Dies verpflichtet die Kommission jedoch nicht, alle diese Äußerungen in den Gründen ihrer Entscheidung zu behandeln, wenn diese für sich gesehen die Schlußfolgerungen tragen, zu denen die Kommission gelangt.

13 Außerdem ist festzustellen, daß in den Gründen der angefochtenen Entscheidung die Stellungnahmen in ihrem wesentlichen Inhalt wiedergegeben und erörtert werden, die von seiten der GVL bei deren Anhörung am 12. Februar 1981 abgegeben wurden.

14 Die Klägerin behauptet schließlich, die Weigerung der Kommission, die abgegebenen Stellungnahmen zu berücksichtigen, habe zu mehreren Tatsachenirrtümern in der Entscheidung geführt. Diese Vorwürfe können jedoch erst im Rahmen der jeweiligen Sachrügen geprüft werden.

15 Die erste Rüge ist deshalb zurückzuweisen.

Zweite Rüge: Unzulänglichkeit

16 Mit dieser Rüge trägt die Klägerin vor, die Kommission sei nicht befugt, einen von dem betroffenen Unternehmen bereits abgestellten Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln durch Entscheidung festzustellen. Eine derartige Befugnis ergebe sich weder aus dem Vertrag noch aus der Verordnung Nr. 17.

17 Die Klägerin bemerkt dazu, sowohl der Beschwerdepunkte als auch die Beschwerden der Firma Interpar, auf denen diese Mitteilung beruhe, bezögen sich auf die Praxis der GVL vor dem 21. November 1980. Nachdem die Kommission eingeschritten sei, habe die GVL diese Praxis geändert, so daß der ihr zur Last gelegte Verstoß beendet gewesen und das von der Kommission eingeleitete Verwaltungsverfahren somit gegenstandslos geworden sei.

18 Die Klägerin meint, durch den Erlaß der Verordnung Nr. 17 habe der Rat die Entscheidungsbefugnisse der Kommission im Bereich der Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrages abschließend festgelegt. Dazu gehöre nicht die Befugnis, eine Entscheidung zu erlassen, die allein auf die Feststellung einer in der Vergangenheit liegenden Zuwiderhandlung gerichtet sei. Insbesondere sehe Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 die Feststellung einer Zuwiderhandlung nur im Rahmen einer Abstellungsentscheidung vor.

19 Die Beklagte trägt vor, ihre Zuständigkeit zum Erlaß der angefochtenen Entscheidung ergebe sich zum einen aus der Auslegung des Vertrages und der Verordnung Nr. 17; zum anderen sprächen zwingende praktische Gründe für diese Auffassung, die sie im übrigen ihrem ständigen Verwaltungshandeln zugrunde gelegt habe.

20 Nach Ansicht der Beklagten muß die Verordnung Nr. 17 unter Berücksichtigung der Befugnisse ausgelegt werden, die der Vertrag der Kommission auf

dem Gebiet des Wettbewerbs übertrage und die durch die Verordnung konkretisiert würden. Diese sehe vor allem in den Artikeln 3 Absätze 1 und 3, 15 Absätze 2 und 6 sowie 16 eine Reihe mehr oder weniger weitgehender Befugnisse vor. Die Entscheidung, mit der eine bereits beendete Zuwiderhandlung festgestellt werde, falle in diesen Zuständigkeitsbereich; sie sei zwischen zwei in der Verordnung ausdrücklich vorgesehenen Entscheidungen anzusiedeln: zwischen der Entscheidung, durch die wegen eines festgestellten, aber bereits beendeten Verstoßes eine Geldbuße auferlegt werde, und derjenigen, durch die aufgrund einer vorläufigen Prüfung festgestellt werde, daß die Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1 erfüllt seien.

21 Unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität führt die Beklagte an, wenn der Kommission die reine Feststellungsbefugnis nicht zustünde, müßte sie stets eine Geldbuße verhängen, um zu verhindern, daß das betroffene Unternehmen den Verstoß kurz vor Erlaß einer Abstellungsentscheidung beende und dann nach einer gewissen Zeit wieder von neuem beginne.

22 Zunächst ist zu bemerken, daß — wie die Beklagte zu Recht ausgeführt hat — die Verordnung Nr. 17 und insbesondere die Vorschriften über die Maßnahmen, welche die Kommission zu treffen hat, um für die Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrages Sorge zu tragen, im Zusammenhang der Wettbewerbsregeln des Vertrages ausgelegt werden müssen. Diese beruhen auf dem vor allem in den Artikeln 87 Absatz 2 Buchstabe d und 89 zum Ausdruck gebrachten Gedanken, daß es Sache der Kommission ist, darauf zu achten, daß die Unternehmen die Wettbewerbsregeln einhalten, und gegebenenfalls eine Zuwiderhandlung gegen diese Regeln festzustellen.

23 Die Verordnung Nr. 17 soll, wie sich aus ihren Begründungserwägungen sowie aus Artikel 87 Absatz 2 Buchstabe a des Vertrages ergibt, die Beachtung der Wettbewerbsregeln durch die Unternehmen gewährleisten und zu diesem Zweck die Kommission ermächtigen, die Unternehmen zur Beendigung der festgestellten Zuwiderhandlung zu zwingen sowie im Falle einer Zuwiderhandlung Geldbußen und Zwangsgelder zu verhängen. Die Befugnis zum Erlaß der darauf gerichteten Entscheidungen umfaßt notwendigerweise die Befugnis zur Feststellung der jeweils in Rede stehenden Zuwiderhandlung.

24 Das mit der vorliegenden Rüge aufgeworfene Problem betrifft also in Wahrheit nicht die Frage, ob die Kommission die Zuständigkeit besitzt, einen Ver-

stoß gegen die Wettbewerbsregeln durch Entscheidung festzustellen; es geht vielmehr darum, ob die Kommission im vorliegenden Fall ein berechtigtes Interesse daran hatte, eine Entscheidung zu erlassen, mit der sie eine Zuwiderhandlung feststellte, die von dem betroffenen Unternehmen bereits beendet worden war.

25 Dazu wird in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, die GVL sei auch nach der im November 1980 erfolgten Änderung ihres Gesellschaftsvertrags sowie ihres Musterwahrnehmungsvertrags der Auffassung, daß sie auch weiterhin angesichts der unklaren Rechtslage berechtigt sei, Künstler ohne deutsche Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland von ihrer Wahrnehmungstätigkeit auszuschließen; eine Entscheidung sei daher erforderlich, um die Rechtslage auch im Hinblick auf die Beschwerdeführer zu klären, und um künftige gleichartige oder ähnliche Zuwiderhandlungen auszuschließen (Nr. 74).

26 Die GVL hat zwar im Verlauf dieses Verfahrens zum Ausdruck gebracht, sie betrachte die im November 1980 vorgenommene Änderung ihres Gesellschaftsvertrags und ihres Mustervertrags als unwiderruflich; sie hat aber dennoch sowohl im Verwaltungsverfahren vor der Kommission als auch im Verfahren vor dem Gerichtshof erklärt, daß sie sich hinsichtlich des Abschlusses von Wahrnehmungsverträgen mit Künstlern, die Staatsangehörige von Drittländern seien, aber ihren Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat hätten, an diese Änderung nicht gebunden fühle. Darüber hinaus hat sie in diesen Verfahren betont, daß sie gemeinschaftsrechtlich zur Einführung der Änderung nich verpflichtet sei und daß es ihr somit völlig freistehe, zu ihrer früheren Praxis zurückzukehren.

27 Unter diesen Umständen durfte die Kommission davon ausgehen, daß die Gefahr einer Wiederaufnahme dieser Praxis tatsächlich bestand, wenn die Verpflichtung der GVL, sie abzustellen, nicht formell bekräftigt wurde, und daß deshalb eine Klarstellung der Rechtslage geboten war.

28 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß das berechtigte Interesse der Beklagten, durch die angefochtene Entscheidung den Verstoß der Klägerin gegen die Wettbewerbsregeln bis zur Änderung des Gesellschaftsvertrags festzustellen, hinreichend nachgewiesen ist. Die zweite Rüge ist daher zu verwerfen.

Dritte Rüge: Anwendbarkeit von Artikel 90 des Vertrages

29 Mit dieser Rüge macht die Klägerin geltend, sie sei ein mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrautes Unternehmen im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages. Folglich seien die Wettbewerbsregeln ihr gegenüber nur insoweit anwendbar, als dadurch nicht die Erfüllung ihrer besonderen Aufgabe verhindert werde.

30 Dazu beruft sich die Klägerin auf das deutsche Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 9. September 1965 (BGBl. I, S. 1294), in dem unter anderem geregelt ist, daß eine Wahrnehmungsgesellschaft wie die GVL hoheitlicher Erlaubnis bedarf, einer Aufsicht durch das Patentamt unterliegt und verpflichtet ist, bestimmte Wahrnehmungsverträge abzuschließen.

31 Eine Prüfung dieses Gesetzes zeigt jedoch, daß die deutsche Gesetzgebung die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten nicht bestimmten Unternehmen überträgt, sondern allgemein die Tätigkeit von Gesellschaften regelt, die sich die gemeinsame Auswertung derartiger Rechte zum Ziel setzen.

32 Zwar geht die in diesem Gesetz vorgesehene Überwachung der Geschäftstätigkeit dieser Gesellschaften weiter als die öffentliche Überwachung vieler anderer Unternehmen. Das reicht jedoch für die Einbeziehung dieser Gesellschaften in die in Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages genannte Gruppe von Unternehmen nicht aus.

33 Folglich greift die dritte Rüge nicht durch.

Vierte Rüge: Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

34 Die Klägerin macht mit dieser Rüge geltend, der ihr in der angefochtenen Entscheidung zur Last gelegte Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln habe, selbst wenn er tatsächlich vorgelegen haben sollte, nicht zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 86 Absatz 1 des Vertrages führen können.

35 In der Entscheidung heißt es dazu (Nr. 63), durch die Weigerung der GVL, für ausländische Künstler mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland die Verwertung ihrer Rechte in Deutschland zu übernehmen, sei das Zustandekommen eines einheitlichen Marktes für Dienstleistungen in der Gemeinschaft behindert worden. Da diese Künstler die Dienstleistung der GVL nicht hätten in Anspruch nehmen können, sei grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr, wie er sich ohne die Weigerung der GVL hätte entwickeln können, innerhalb der Gemeinschaft vereitelt worden. Diese Beeinträchtigung des Dienstleistungsverkehrs sei auch spürbar gewesen, da eine Vielzahl von ausländischen Berechtigten an der Wahrnehmung ihrer Rechte in der Bundesrepublik Deutschland gehindert worden sei.

36 Die Klägerin bestreitet, daß die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten spürbar gewesen sei. Sie trägt vor, bei Einleitung des Verwaltungsverfahrens habe sich allein die Firma Interpar beschwert; der Kommission sei dann ein einziger weiterer Fall bekannt geworden, bei dem es sich um einen italienischen Bergsteigerchor gehandelt habe. Die neun Künstler, die in der Entscheidung als Beschwerdeführer aufgezählt seien, gehörten zu derselben Gruppe. Die Klägerin selbst sei zuvor nur in ganz vereinzelten Fällen mit einem Antrag auf Wahrnehmung der Rechte ausländischer Künstler befaßt worden. Die frühere Praxis der GVL habe sich also nur geringfügig auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten ausgewirkt.

37 Es ist daran zu erinnern, daß für die Beurteilung der Frage, ob der Mißbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem betreffenden Markt zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 86 des Vertrages führen kann, die Auswirkungen auf die Struktur eines wirksamen Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt zu berücksichtigen sind (Urteil vom 6. März 1974 in den Rechtssachen 6 und 7/73, Isituto Chemioterapico und Commercial Solvents, Slg. S. 223).

38 In seinem Urteil vom 25. Oktober 1979 (Rechtssache 22/79, Greenwich Film Production, Slg. S. 3275) hat der Gerichtshof bereits entschieden, daß die Tätigkeiten der Gesellschaften zur Wahrnehmung von Urheberrechten so ausgestaltet sein können, daß sie eine Aufteilung des Gemeinsamen Marktes und damit eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs, der eines der Ziele des Vertrages ist, bewirken. Diese Tätigkeiten können also, wie der Gerichtshof weiter ausgeführt hat, dazu führen, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 86 des Vertrages beeinträchtigt wird.

39 Die Kommission beanstandet an der früheren Tätigkeit der Klägerin gerade, diese sei so ausgestaltet gewesen, daß sie eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs mit der Folge einer Aufteilung des Gemeinsamen Marktes bewirkt habe. In der Tat wurde durch die Praxis der Klägerin die Auswertung der Rechte nicht deutscher ausübender Künstler mit Wohnsitz in anderen Mitgliedstaaten auf dem deutschen Markt vereitelt.

40 Die vierte Rüge ist deshalb zurückzuweisen.

Fünfte Rüge: Mißbrauch einer beherrschenden Stellung

41 Diese Rüge, die sich auf die Tatbestandsmerkmale von Artikel 86 des Vertrages bezieht, besteht aus verschiedenen Teilen. Im ersten Teil wird die marktbeherrschende Stellung der GVL bestritten.

42 Die Klägerin räumt ein, daß ihre Dienstleistung in der Wahrnehmung der Leistungsschutzrechte ausübender Künstler aus der Zweitverwertung bestehe und daß sie das einzige Unternehmen sei, das sich in der Bundesrepublik Deutschland mit dieser Wahrnehmung befasse. Sie sei jedoch nicht der einzige Handelspartner der ausübenden Künstler, denn diese könnten ihre Erstverwertungsrechte geltend machen und führten insoweit einen Leistungsaustausch z. B. mit Veranstaltern oder Tonträgerherstellern durch.

43 Die Beklagte hält dem entgegen, mit dieser Argumentation verkenne die Klägerin den zu berücksichtigenden relevanten Markt. Relevanter Markt sei nicht der Leistungsaustausch im Bereich der künstlerischen Darbietungen, sondern die Wahrnehmung der Vergütungsansprüche ausübender Künstler aus der Zweitverwertung ihrer Leistungen. Auf diesem Markt nehme die GVL eine beherrschende Stellung ein.

44 In der Entscheidung wird dazu festgestellt (Nr. 45), als Markt, auf dem die GVL tätig werde, sei der von der Tätigkeit anderer Verwertungsgesellschaften genau abgrenzbare Dienstleistungsmarkt für die Wahrnehmung von Zweitverwertungsrechten ausübender Künstler und Hersteller in Deutschland anzusehen. Die GVL habe eine tatsächliche Monopolstellung auf diesem Markt in Deutschland, d. h. auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes, inne.

45 Der Gerichtshof hält diese Feststellungen für zutreffend. Deshalb kann dem ersten Teil der Rüge nicht stattgegeben werden.

46 Im zweiten Teil der fünften Rüge wird die in der Entscheidung angenommene mißbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung bestritten. Insbesondere habe die Kommission der Klägerin zu Unrecht vorgeworfen, die Künstler je nach deren Staatsangehörigkeit unterschiedlich zu behandeln.

47 In der angefochtenen Entscheidung heißt es erstens, eine unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit durch ein marktbeherrschendes Unternehmen sei als Verstoß gegen Artikel 86 zu bewerten (Nr. 46), und zweitens, die Weigerung der GVL als Inhaberin eines tatsächlichen Monopols, mit ausländischen Künstlern ohne Wohnsitz in Deutschland Wahrnehmungsverträge abzuschließen, stelle eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar (Nr. 47).

48 Dieser zweiten Erwägung tritt die Klägerin mit Nachdruck entgegen. Sie habe während des gesamten gegen sie durchgeführten Verfahrens den Standpunkt vertreten, daß der Unterschied, den sie zwischen den verschiedenen Künstlern gemacht habe, lediglich auf deren Rechtsträgerschaft beruhe. Das wirkliche Problem liege darin, daß die nationalen Rechtsvorschriften über die Urheberrechte und verwandten Schutzrechte voneinander abwichen. Diese Diskrepanz habe zur Folge, daß für die Rechte von Künstlern mit Wohnsitz außerhalb der Bundesrepublik Deutschland Gesetzesbestimmungen maßgeblich seien, die keine Vergütungen für die Zweitverwertung des Leistungsschutzrechts einräumten.

49 Die Klägerin betont, sie sei nur in der Lage, solche Rechte wahrzunehmen, bei denen sie die Existenz nachprüfen und den Umfang bestimmen könne. Das sei bei Künstlern mit deutscher Staatsangehörigkeit der Fall, die gemäß § 125 des deutschen Urheberrechtsgesetzes den nach diesem Gesetz gewährten Rechtsschutz genössen. Die Klägerin habe anerkannt, daß dieselbe Voraussetzung auch im Falle ausländischer Künstler mit Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland erfüllt sei, denn dieser Wohnsitz stelle eine hinreichende Anknüpfung dar, um die Anwendung des deutschen Gesetzes in diesem Bereich zu erlauben.

50 Nach Meinung der Klägerin wird diese Rechtsansicht durch § 6 Absatz 1 des deutschen Wahrnehmungsgesetzes von 1965 bestätigt. Nach dieser Bestimmung ist eine Verwertungsgesellschaft verpflichtet, die zu ihrem Tätigkeitsbereich gehörenden Rechte und Ansprüche auf Verlangen der Berechtigten wahrzunehmen, „wenn diese Deutsche im Sinne des Grundgesetzes sind oder ihren Wohnsitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes [d. h. in der Bundesrepublik Deutschland] haben".

51 Die Beklagte bestreitet nicht, daß der Rechtszustand in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich ist und daß die Gesetzgebung in den übrigen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Zweitverwertungsrechte meist weniger weit geht als das deutsche Gesetz. Gleichwohl könne das die Weigerung, Verträge mit ausländischen Künstlern ohne Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland abzuschließen, nicht rechtfertigen, da eine solche Weigerung diesen Künstlern die Möglichkeit nehme nachzuweisen, daß ihnen die geltend gemachten Rechte wirklich zustünden.

52 Dazu ist zunächst zu bemerken, daß § 6 des Wahrnehmungsgesetzes die Verwertungsgesellschaften, obwohl er sie zur Wahrnehmung der Rechte aller Künstler mit deutscher Staatsangehörigkeit oder mit Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, nicht daran hindert, ihre Tätigkeit auch für Rechnung anderer Künstler auszuüben. Diese Auslegung des Gesetzes hat das Patentamt konkludent bestätigt, als es die am 21. November 1980 erfolgte Änderung des Gesellschaftsvertrags der GVL genehmigte.

53 Sodann ist festzustellen, daß die der GVL durch das Gesetz insoweit eingeräumte Freiheit ihre Grenzen in den Bestimmungen des Vertrages und insbesondere in den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen findet. Das gilt um so mehr, als die GVL eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes innehatte.

54 Unter diesen Umständen durfte die GVL trotz fehlender Harmonisierung der Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts ihre Geschäftstätigkeit nicht allein auf Künstler beschränken, bei denen sie die Gewißheit hatte, daß deren Rechte durch das deutsche Gesetz geregelt würden. Sie durfte nicht die Möglichkeit ausschließen, daß bestimmte ausländische Künstler ohne Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland Zweitverwer-

tungsrechte geltend machten; im übrigen wußte sie, daß sie durch die Weigerung, diese Rechte wahrzunehmen, diese Künstler tatsächlich daran hinderte, ihnen zustehende Vergütungen zu vereinnahmen.

55 Die Klägerin hat mithin ihre Tätigkeit so ausgestaltet, daß kein ausländischer Künstler ohne Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland in den Genuß der Zweitverwertungsrechte kommen konnte, auch wenn ihm der Nachweis möglich war, daß ihm diese Rechte zustanden, etwa weil das deutsche Recht anwendbar war oder weil andere einschlägige nationale Vorschriften dieselben Rechte anerkannten.

56 Eine derartige Weigerung eines Unternehmens, das eine tatsächliche Monopolstellung einnimmt, seine Dienste sämtlichen Personen zur Verfügung zu stellen, die darauf möglicherweise angewiesen sind, jedoch nicht zu einer bestimmten Gruppe gehören, die dieses Unternehmen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes festgelegt hat, ist als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 Absatz 1 des Vertrages anzusehen.

57 Die Kommission hat folglich zu Recht entschieden, daß Artikel 86 Absatz 1 auf den vorliegenden Fall anwendbar sei.

58 Diese Feststellung bedeutet, daß die fünfte Rüge nicht durchgreifen kann und daß ihre übrigen Teile, insbesondere diejenigen, die sich mit der angeblichen Diskriminierung gemäß Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe c des Vertrages befassen, nicht mehr geprüft zu werden brauchen.

59 Die Klage ist daher abzuweisen.

Kosten

60 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin unterlegen ist, sind ihr die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Klage wird abgewiesen.**

2. **Die Klägerin hat die Kosten zu tragen.**

Mertens de Wilmars Pescatore O'Keeffe

Everling Mackenzie Stuart Bosco Koopmans

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 2. März 1983.

Der Kanzler

P. Heim

Der Präsident

J. Mertens de Wilmars

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GERHARD REISCHL VOM 16. NOVEMBER 1982

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Gegenstand des Verfahrens, zu dem ich mich heute äußere, ist eine von der Kommission am 29. Oktober 1981 gemäß Artikel 86 des EWG-Vertrags und der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 (ABl. Nr. 13 vom 21. 2. 1962, S. 204) getroffene Entscheidung (ABl. L 370 vom 28. 12. 1981, S. 49). Sie betrifft das in der Vergangenheit liegende Verhalten der Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (nachstehend „GVL" genannt) mit Sitz in Hamburg gegenüber nichtdeutschen ausübenden Künstlern, die die Staatsangehörigkeit eines anderen EG-Mitgliedstaats besaßen oder in einem Mitgliedstaat ihren Wohnsitz hatten. Zum Verständnis des Falles darf ich lediglich die Schwerpunkte der Sach- und Rechtslage in Erinnerung rufen und hinsichtlich der Einzelheiten auf die im Sitzungsbericht enthaltene Darstellung verweisen.