SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCESCO CAPOTORTI VOM 11. JULI 1979 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. In der vorliegenden Sache hat der Gerichtshof die mündliche Verhandlung einstweilen nur über die Zulässigkeit der Klage eröffnet. Ich werde mich daher nur mit dieser Frage befassen zu zunächst den wesentlichen Sachverhalt zusammengefaßt darstellen.

Am 23. Juli 1971 beantragte die deutsche Firma GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) bei der Kommission gemäß Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17/62 des Rates die Einleitung eines Verfahrens zur Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags gegen die Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (Radio Luxemburg), die Firma Radio Music International, ebenfalls Luxemburg, und die Firma Radio-Tele-Music, Berlin. Sie trug vor, die luxemburgische Gesellschaft habe durch ihre Tochtergesellschaft Radio Music International mit in der Bundesrepublik ansässigen Musikverlegern Verträge geschlossen, bei denen Radio Music International die Hälfte der Einnahmen aus Urheberrechten an gemeinschaftlich mit diesen Verlegern verlegten Werken der Musik als Gegenleistung dafür erhalten habe, daß diese Stücke in den deutschsprachigen Sendungen ihrer Station ausgestrahlt wurden. Die Kommission leistete diesem Antrag Folge, teilte den vorgenannten Firmen mit Schreiben vom 23. Januar 1974 die Beschwerdepunkte — Zuwiderhandlung gegen Artikel 86 EWG-Vertrag — mit und setzte die Anhörung der Parteien auf den 23. April 1974 an.

Die GEMA wurde bis April 1974 über den Fortgang des Verfahrens auf dem laufenden gehalten; danach erhielt sie keine Mitteilungen mehr, so daß sie nach Ablauf von vier Jahren (genauer: am 31. Januar 1978) angesichts des andauernden Schweigens der Kommission dieser eine schriftliche Mahnung sandte und sie aufforderte, eine förmliche Entscheidung zu treffen und ihr diese binnen zwei Monaten mitzuteilen. Die Kommission antwortete mit Schreiben vom 22. März 1978, das eine eingehend begründete Stellungnahme enthielt; unter anderem führte sie aus, daß die von ihr „nach dem neuesten Stand ermittelten Umstände" es nicht rechtfertigten, eine Entscheidung zur Feststellung des Mißbrauches einer beherrschenden Stellung durch die vorgenannten Firmen zu treffen. Die neuere Entwicklung der Tatsachen habe es unwahrscheinlich werden lassen, Radio Luxemburg eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes und eine mißbräuchliche Ausnutzung einer solchen Stellung nachzuweisen. Weiter wies die Kommission in dem Schreiben darauf hin, daß die GEMA gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission die Möglichkeit habe, innerhalb einer Frist von zwei Monaten ab Eingang dieser „Stellungnahme" schriftliche Bemerkungen mitzuteilen. Schließlich gab die Kommission in diesem Schreiben ihrer Ansicht Ausdruck, daß die Verwertungsgesellschaften unabhängig von der An-

1 — Aus dem Italienischen übersetzt.

wendung des Artikels 86 EWG-Vertrag über andere Mittel verfügten, um Wettbewerbsverzerrungen zu begegnen, die sich aus Rundfunksendungen ergäben, in denen eigene Musiktitel bevorzugt gesendet würden; insofern schlug sie der GEMA ein Gespräch mit einigen ihrer Beamten vor. Dieses Gespräch fand in der Folge statt; die von der Kommission vorgeschlagene Lösung, die eine Änderung der Satzung der GEMA beinhaltet hätte, wurde von dieser jedoch letztlich für undurchführbar gehalten.

Am 31. Mai 1978 hat die GEMA Klage gemäß Artikel 175 EWG-Vertrag erhoben und beantragt, die Untätigkeit der Kommission für schuldhaft zu erklären und ihr aufzugeben, entweder eine förmliche Entscheidung im Rahmen des im Jahre 1971 auf Antrag der Klägerin eröffneten Verletzungsverfahrens zu fällen oder die Klägerin von der Einstellung der Angelegenheit zu unterrichten. Die Klägerin sah die Untätigkeit der Kommission zum einen darin, daß diese das von ihr aufgrund der Verordnung Nr. 17/62 eingeleitete Verfahren gegen Radio Luxemburg und die übrigen verbundenen Firmen nicht weiterverfolgt habe, zum anderen darin, daß sie der Klägerin entgegen Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 nicht mitgeteilt habe, daß sie diesen Antrag nicht weiter behandele.

Am 19. März 1979 hat die Klägerin hilfsweise einen Zusatzantrag gestellt, mit dem sie für den Fall der Unzulässigkeit der Klage als Untätigkeitsklage beantragt, die in dem Schreiben der Kommission vom 22. März 1978 enthaltene Entscheidung, das Verfahren gegen Radio Luxemburg nicht fortzusetzen, für nichtig zu erklären (Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag).

Die Kommission hält sowohl die erste wie die zweite Klage für unzulässig.

2. Befassen wir uns zunächst mit der Untätigkeitsklage. Nach Auffassung der Beklagten ist diese aus zwei Gründen unzulässig: zum einen wegen Verletzung von Artikel 38 § 1 Buchstabe c der Verfahrensordnung, weil sie keine rechtlichen Klagegründe enthalte, und zum anderen wegen Verletzung des Artikels 175 Absatz 2 EWG-Vertrag, weil das Organ nicht untätig geblieben sei.

Die auf die vorgebliche Verletzung von Artikel 38 § 1 Buchstabe c der Verfahrensordnung gestützte Einrede scheint mir nicht stichhaltig zu sein. Nach dieser Bestimmung muß die Klageschrift unter anderem „den Streitgegenstand und eine kurze Darstellung der Klagegründe" enthalten. Im vorliegenden Fall können die Bestimmungen, auf die die GEMA ihre Klage stützt, unter Berücksichtigung von deren Kontext leicht bestimmt werden: Es handelt sich zunächst um Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission, aus dem sich nach Ansicht der Klägerin ein Anspruch entweder auf Durchführung des Verletzungsverfahrens bis zu einer förmlichen Entscheidung oder auf begründete Mitteilung der Einstellung des Verfahrens ergibt; weiter handelt es sich auf Verfahrensebene um Artikel 175 Absatz 2 EWG-Vertrag, wonach ein einzelner unter den dort vorgesehenen Voraussetzungen Klage gegen die Untätigkeit der Organe erheben kann. Daß diese Normen in dem Sinne im Spiel sind, daß die von der Klägerin geltend gemachten rechtlichen Klagegründe in ihnen ihren Ursprung finden, ergibt sich klar aus der Klageschrift der Firma GEMA, wie ich sie bereits zusammengefaßt habe: aus ihrer in Teil III der Klage enthaltenen Behauptung nämlich, die Kommission sei untätig geblieben, da sie weder das Verletzungsverfahren weiterverfolgt noch der Klägerin die Einstellung des Verfahrens hinsichtlich ihres Antrags mitgeteilt habe. Damit muß die

in Artikel 38 § 1 Buchstabe c der Verfahrensordnung genannte Voraussetzung als erfüllt angesehen werden.

3. Weiter ist die Klage nach Auffassung der Kommission aus dem Grund unzulässig, daß sie nach Eingang der Mahnung nicht untätig geblieben sei. Ich habe bereits darauf hingewiesen, daß die Kommission, nachdem sie zum Handeln aufgefordert worden war, der Klägerin ein vom 22. März 1979 datiertes Schreiben sandte; ich habe den Inhalt dieses Schreibens auch bereits wiedergegeben. Es stellt sich nunmehr die Frage nach der rechtlichen Beurteilung dieses Schreibens; hierzu vertreten die Parteien naturgemäß entgegengesetzte Ansichten. Nach Auffassung der Kommission stellt es eine „Stellungnahme" im Sinne des Artikels 175 Absatz 2 dar; der Vorwurf der Untätigkeit — Voraussetzung der Klage — sei somit weggefallen. Dagegen ist die Firma GEMA überzeugt, das Schreiben könne nur einen Zwischenbescheid darstellen und damit der Untätigkeit des Organs kein Ende setzen.

Zu diesem Schreiben lassen sich zwei Feststellungen hinreichend leicht treffen. Die erste betrifft seine Übereinstimmung mit Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission, der wie folgt lautet: „Ist die Kommission der Auffassung, daß die von ihr ermittelten Umstände es nicht rechtfertigen, einem nach Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 gestellten Antrag stattzugeben, so teilt sie den Antragstellern die Gründe hierfür mit und setzt ihnen eine Frist zur Mitteilung etwaiger schriftlicher Bemerkungen." Im vorliegenden Fall genügt die Lektüre des fraglichen Schreibens zu der Feststellung, daß die Kommission es eindeutig ausschloß, dem Antrag der GEMA Folge leisten zu können, daß sie die Gründe für diese Auffassung unter Bezugnahme auf die festgestellten Tatsachen mitteilte und daß sie schließlich der Klägerin eine Zweimonatsfrist für schriftiche Bemerkungen setzte. Ich sehe daher nicht, wie die Firma GEMA behaupten kann, sie sei vom Fortgang des Verfahrens und von den Gründen für seine Einstellung nicht unterrichtet worden. Die zweite Feststellung geht dann dahin, daß die erneute Frist, die der Klägerin für schriftiche Erklärungen eingeräumt wurde, nicht Ausdruck des Ermessens der Kommission war, sondern die schlichte Beachtung ihrer Pflicht nach Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63. Natürlich kann man noch darüber streiten, ob die in dieser Bestimmung vorgesehene Mitteilung den Charakter eines Zwischenbescheids habe; das muß jedoch im Rahmen der gemeinschaftlichen Verfahrensregelung für Wettbewerbssachen untersucht werden, nicht beschränkt auf das Schreiben vom 22. März 1978 bezüglich des von der GEMA gemeldeten Falls. Ich möchte noch hinzufügen, daß ich die Auffassung der Klägerin nicht teile, das genannte Schreiben habe auch deswegen den Charakter eines Zwischenbescheides, weil es eine Aufforderung zu einem Treffen mit Bevollmächtigten der Kommission enthalte, auf dem die Methoden untersucht werden sollten, die geeignet seien, die Nachteile zu beseitigen oder zu verringern, die sich aus Praktiken wie den von der gemeldeten Firma angewandten ergäben. In Wirklichkeit besteht das fragliche Schreiben aus zwei getrennten Teilen: Einem ersten, der voll und ganz dem Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 entspricht und von dem ich bereits gesprochen habe, und einem zweiten, der im Interesse der GEMA auf der Grundlage der von der Kommission auf diesem Gebiet erworbenen Erfahrungen einen Vorschlag zur Zusammenarbeit enthält. Dieser zweite Teil ist klar vom ersten unterschieden; er betrifft durchaus nicht den Fortgang des Verfahrens wegen einer Verletzung von Wettbewerbsvorschrif-

ten, sondern setzt im Gegenteil voraus, daß dieses Verfahren bereits abgeschlossen ist.

4. Es bleiben zwei allgemeine Probleme offen, deren Lösung für das vorliegende Verfahren mir unumgänglich erscheint: die Bestimmung der Rechtsstellung des einzelnen, der einen Antrag nach Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17/62 stellt — um zu entscheiden, ob er auf eine Entscheidung der Kommission Anspruch hat, und bejahendenfalls auf welche Art von Entscheidung —, und die Auslegung des Artikels 175 EWG-Vertrag, um die Tragweite des Begriffes des „Unterlassens" des Rates oder der Kommission in diesem Artikel zu klären.

Zum ersten Problem ist zu bemerken, daß die Verordnung Nr. 17/62 des Rates, ergänzt durch die spätere Verordnung Nr. 99/73 der Kommission, für die Feststellung von Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag ein Verfahren eingeführt hat, das durch einige Zwischenabschnitte, insbesondere durch eine Untersuchung seitens der Kommission und eine Anhörung der Betroffenen und dritter Personen gekennzeichnet ist. Während dieser Abschnitte kann die Kommission Akte erlassen, die zwar keine förmlichen Entscheidungen nach Artikel 189 darstellen, die aber doch in die Rechtssphäre der Adressaten eingreifen und weder Stellungnahmen noch Empfehlungen sind (zum Beispiel die Akte, mit denen die Kommission den Betroffenen Anhörungsmöglichkeiten einräumt — Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17/62 und Artikel 5 der Verordnung Nr. 99/63 —, ihnen Gelegenheit zur mündlichen Erläuterung von schriftlichen Äußerungen gibt — Artikel 7 der Verordnung Nr. 99/63 — oder die anzuhörenden Personen zu dem von ihr festgesetzten Termin lädt — Artikel 8 dieser Verordnung). Zu diesen Akten gehört meines Erachtens die in Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63, dessen Inhalt ich schon wiedergegeben habe, vorgesehene Mitteilung; sie kann wohl nicht als Entscheidung gewertet werden, auch wenn sie voraussetzt, daß die Kommission die vom Antragsteller gelieferten und die im Laufe der Ermittlungen gewonnenen Daten gewürdigt hat. Ihr wesentliches Kennzeichen besteht nämlich darin, daß dem Antragsteller die Gründe mitgeteilt werden, die die Kommission zur Einstellung des Verfahrens veranlaßt haben; bei der dem Antragsteller eingeräumten Frist für die Abgabe schriftlicher Erklärungen handelt es sich offenkundig um ein Nebenergebnis, mit dem dem Dritten der größtmögliche Schutz seiner eigenen Interessen gewährt und der Kommission die Möglichkeit eingeräumt werden soll, das Verfahren wieder zu eröffnen, wenn der Dritte neue tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte vorträgt. Entsprechend der der Kommission in dieser Bestimmung auferlegten Mitteilungspflicht kann man von einem Recht des einzelnen, der einen Antrag gemäß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17/62 gestellt hat, sprechen, die Gründe zu erfahren, aus denen die Kommission diesem Antrag nicht stattgibt, und im übrigen eine Frist für die Einreichung schriftlicher Erklärungen eingeräumt zu erhalten.

Bei diesem Stand der Dinge halte ich die Auffassung nicht für vertretbar, der Antragsteller habe einen Anspruch auf eine förmliche Entscheidung der Kommission über das Vorliegen oder das Nichtvorliegen der angezeigten Zuwiderhandlung.

Drei wesentliche Erwägungen bringen mich dazu, diese Auffassung abzulehnen.

a) Zunächst ist folgendes anzumerken: Da die erforderlichen Ermittlungen sich in jedem Einzelfall unterscheiden, wäre es nicht sinnvoll, dem einzelnen das

Recht zuzuerkennen, von der Kommission eine das Verfahren abschließende Entscheidung zu verlangen, da es der Kommission selbst zukommt, im Rahmen eines gewissen Ermessensspielraums zu beurteilen, welche Ermittlungen vor einer endgültigen Entscheidung erforderlich sein können. Die in dem Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 genannten Akt enthaltene Einstellung des Verfahrens hat demgegenüber den Vorteil der Flexibilität in dem Sinne, daß die Kommission bei Vorliegen neuer Gesichtspunkte nicht daran gehindert wird, die Sache erneut aufzugreifen.

b) Zum anderen kann sich die fragliche Auffassung in keiner Weise auf die einschlägigen Verordnungsbestimmungen stützen. Bezeichnend ist insoweit, daß die Kommission nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17/62, wenn sie eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 oder 86 des Vertrages feststellt, die beteiligten Unternehmen durch Entscheidung verpflichten kann (nicht aber muß), die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen: Es steht in ihrem Ermessen, anders vorzugehen, insbesondere eine Empfehlung auszusprechen (Artikel 3 Absatz 3). Zu Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 habe ich bereits bemerkt, daß die dort vorgesehene Mitteilung eine Entscheidung über das Ergebnis des Verfahrens der Sache nach voraussetzt, daß sie aber — wie sich aus dem Wortlaut der Bestimmung klar ergibt — nicht Ausdruck eines Anspruchs eines einzelnen auf die Entscheidung ist, sondern nur auf die Kenntnis von dieser Entscheidung und ihren tragenden Gründen.

c) Zum dritten ist auch eine Entscheidung, die in einem auf Antrag eines Dritten eingeleiteten Verfahren nach der Verordnung Nr. 17/62 ergeht und mit der eine Zuwiderhandlung festgestellt und das Unternehmen verpflichtet wird, sie abzustellen, *kein an diesen Dritten gerichteter Akt:* Adressat des Akts ist das zuwiderhandelnde Unternehmen. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in dem Urteil des Gerichtshofes vom 25. Oktober 1977 (Rechtssache 26/76, Metro, Slg. 1977, 1875), in dem der Gerichtshof wie folgt entschieden hat: „Es liegt im Interesse eines sachgerechten Rechtsschutzes und einer ordnungsgemäßen Anwendung der Artikel 85 und 86, daß natürliche oder juristische Personen, die nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 einen Antrag auf Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen die Artikel 85 oder 86 bei der Kommission zu stellen berechtigt sind, bei völliger oder teilweiser Ablehnung ihres Antrags über eine Klagemöglichkeit zum Schutz ihrer berechtigten Interessen verfügen." Deshalb seien diese Personen als im Sinne von Artikel 173 Absatz 2 durch die Entscheidung der Kommission unmittelbar und individuell betroffen anzusehen (Randnummer 13 der Entscheidungsgründe). Dieses Urteil, das auf die in Artikel 173 Absatz 2 vorgesehene Möglichkeit verweist, gegen Entscheidungen Klage zu erheben, „die, obwohl sie ... als an eine andere Person gerichtete Entscheidung ergangen sind, sie (die Klägerin) unmittelbar und individuell betreffen", schließt es aus, daß eine auf Antrag eines Dritten ergangene Entscheidung über eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 und 86 zu den Entscheidungen gehören könnte, die an die Klägerin — die im vorliegenden Fall der antragstellende Dritte ist — gerichtet sind. Somit kann man meines Erachtens sagen, daß das vorzitierte Urteil Metro dem antragstellenden Dritten im Rahmen des Verfahrens nach der Verordnung Nr. 17/62 das Recht abgesprochen hat, eine das von ihm in Gang gesetzte Verfahren abschließende Entscheidung zu verlangen; eines solchen Rechtes könnte er sich berühmen, wenn die Entscheidung an

ihn gerichtet werden müßte; dem ist aber nicht so.

5. Wenden wir uns nun dem anderen allgemeinen Problem zu, auf das meines Erachtens einzugehen ist: der Auslegung des Artikels 175 EWG-Vertrag. Wie bekannt, können nach dieser Bestimmung „die Mitgliedstaaten und die anderen Organe der Gemeinschaft beim Gerichtshof Klage auf Feststellung dieser Vertragsverletzung erheben", wenn es der Rat oder die Kommission „unter Verletzung dieses Vertrages [unterläßt], einen Beschluß zu fassen". Diese Klagebefugnis wird im letzten Absatz dieses Artikels weiter jeder natürlichen oder juristischen Person eingeräumt, die Beschwerde darüber führen will, „daß ein Organ der Gemeinschaft es unterlassen hat, einen anderen Akt als eine Empfehlung oder eine Stellungnahme an sie zu richten". Eine solche Klage sowohl seitens der Staaten und der Organe wie seitens einzelner ist nur zulässig, wenn das Organ zuvor aufgefordert worden ist, tätig zu werden, und binnen zwei Monaten nach dieser Aufforderung nicht Stellung genommen hat.

Für die Entscheidung des vorliegenden Falls scheinen mir zwei Punkte von besonderem Interesse: zu entscheiden, ob der Passus „einen anderen Akt als eine Empfehlung oder eine Stellungnahme" stillschweigend allein auf die in Artikel 189 Absatz 1 genannte Akte verweist, die für diejenigen, die sie bezeichnen, verbindlich sind (Entscheidungen), und die Bedeutung der „Stellungnahme" aufzuklären, die eine Untätigkeitsklage unter Umständen ausschließt. Zum ersten Punkt scheint mir aus lexikalischen wie aus systematischen Gründen die Auffassung sinnvoller und besser begründet zu sein, die dem Ausdruck „Akt" eine weite Bedeutung zuerkennt. Bei wörtlicher Auslegung ist es bezeichnend, daß dieser Ausdruck im Vertrag dem technischen Ausdruck „Entscheidung" vorgezogen wurde, der im Rechtsquellensystem eine feste Bedeutung hat: Man kann davon ausgehen, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber, hätte er für die einzelnen die Möglichkeit der Unterlassungsklage nur auf das Unterlassen von Entscheidungen begrenzen wollen, den richtigen technischen Ausdruck verwendet und nicht auf einen so vieldeutigen Ausdruck wie „Akt" zurückgegriffen hätte. Systematisch scheint mir die Feststellung von Bedeutung, daß auch in Artikel 175 Absatz 1 das Unterlassen des Rates oder der Kommission weitgefaßt umschrieben wird („Unterläßt es der Rat oder die Kommission unter Verletzung dieses Vertrages, *einen Beschluß zu fassen*"). Weiter ist die im zweiten Absatz geforderte Aufforderung an das in Frage stehende Organ als Aufforderung, „tätig zu werden", nicht, „zu entscheiden", beschrieben. Ich bin daher der Auffassung, daß auch gegen das Unterlassen von Akten, die nicht als förmliche Entscheidungen beschrieben werden können — insbesondere der von mir bereits im Zusammenhang mit dem Verfahren nach der Verordnung Nr. 17/62 erwähnten Akte, zu denen die in Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission vorgesehene Mitteilung zählt — mittels der Untätigkeitsklage vorgegangen werden kann.

Diese Auffassung beeinflußt offensichtlich auch die Beantwortung der (zweiten) Frage nach dem noch allgemeineren Ausdruck „Stellungname". Müßte der in Artikel 175 Absatz 3 genannte Akt immer eine Entscheidung sein, so könnte man die gleiche Auffassung auch zu der im Absatz 2 erwähnten Stellungnahme vertreten; eine weitere Auslegung des Begriffs „Akt" führt jedoch *a fortiori* zu einem weiten Verständnis des Begriffs der „Stellungnahme". Meines Erachtens

kann das in Frage stehende Organ auch mittels eines Aktes Stellung nehmen (und somit die Untätigkeitsklage zu Fall bringen), der keine Entscheidung ist, somit das Verfahren auch nicht abschließt. Hieraus ist für den vorliegenden Fall zu folgern, daß die rechtliche Einordnung des Schreibens der Kommission vom 22. März 1978 am Ende irrelevant ist: Mag dieses Schreiben eine schlichte Mitteilung sein, mag es eine stillschweigende Einstellung des Verfahrens enthalten (was, wie bereits gesagt, meine Meinung ist), die Kommission hat jedenfalls im Sinne des Artikels 175 „Stellung genommen" und kann daher nicht mehr der Untätigkeit bezichtigt werden.

Die Auslegung des Ausdrucks „Stellungnahme", zu der ich gelangt bin, findet ihre Bestätigung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes. Nach dem Urteil vom 13. Juli 1971 (Rechtssache 8/71, Komponistenverband/Kommission, Slg. 1971, 705) stellt ein Schreiben der Kommission an ein Unternehmen, gegen das ein Verfahren nach der Verordnung Nr. 17/62 im Gang war, in dem sie diesem Unternehmen Gelegenheit gibt, nach Artikel 5 der Verordnung Nr. 99/63 innerhalb bestimmter Frist Stellung zu nehmen, eine „Stellungnahme" im Sinne des Artikels 175 Absatz 2 dar; folglich hatte die Kommission es „nicht unterlassen, den Antrag des Klägers zu bescheiden", so daß, da „die Voraussetzungen des Artikels 175 nicht gegeben" waren, die Klage „als unzulässig abzuweisen" war.

Da ist noch ein anderer Gesichtspunkt des Artikels 175, zu dem ich glaube Stellung nehmen zu sollen. Wie wir gesehen haben, dient die Befugnis einzelner, eine Untätigkeitsklage zu erheben, dazu, Beschwerde darüber zu führen, daß ein Organ es unterlassen hat, einen anderen Akt als eine Empfehlung oder eine Stellungnahme *an den Kläger* zu richten. Meines Erachtens bedeutet dies, daß ein Akt unterlassen worden sein muß, dessen Adressat der Kläger hätte sein sollen. So gesehen besteht ein offenkundiger Unterschied zwischen Artikel 175 Absatz 3 und Artikel 173 Absatz 2 betreffend Anfechtungsklagen: Nach der letztgenannten Vorschrift kann „jede natürliche oder juristische Person ... gegen die an sie ergangenen Entscheidungen ... Klage erheben"; jedoch wird sofort anschließend die Möglichkeit erwähnt, daß die gleichen Personen Klage erheben können „gegen diejenigen Entscheidungen ..., die, obwohl sie als Verordnung oder als *eine an eine andere Person gerichtete Entscheidung* ergangen sind, sie unmittelbar und individuell betreffen". Daß dieser letzte Teil des Artikels 173 Absatz 2 in Artikel 175 nicht aufgenommen wurde, erlaubt die Feststellung, daß den natürlichen oder juristischen Personen die Untätigkeitsklage nur in einer geringeren Zahl von Fällen als die Anfechtungsklage eröffnet ist; insbesondere wird den einzelnen die Untätigkeitsklage gegenüber Akten verweigert, die sie zwar unmittelbar und individuell betreffen, die jedoch nicht an sie gerichtet sind.

Der unterschiedliche Umfang der Klagemöglichkeiten nach Artikel 173 Absatz 2 und nach Artikel 175 ist einsichtig und nicht widersprüchlich. Mit der Untätigkeitsklage soll der Gerichtshof veranlaßt werden, die Untätigkeit von Rat oder Kommission festzustellen und sie durch seine Autorität zu zwingen, Stellung zu beziehen; demgegenüber wird mit der Anfechtungsklage eine — aufhebende — Entscheidung über einen zwangsläufig bereits vorliegenden Akt erstrebt. Es ist daher vernünftig, daß die Untätigkeitsklage nur seitens der Adressaten des Aktes zulässig ist: Diese haben ein Interesse daran, daß die Kommission nicht untätig bleibt, und dieses Interesse ist nur dann hinreichend stark und schutzwürdig, wenn der Interessierte auch der Adressat

des angeforderten Aktes ist. Dieses Instrument — das im wesentlichen dazu dienen soll, daß Verfahren nicht im Sande verlaufen — auch Personen zur Verfügung zu stellen, die zwar die Auswirkungen des Aktes spüren, jedoch nicht seine Adressaten sind, wäre nicht sinnvoll. Ergeht eine Entscheidung, so können sie diese gemäß Artikel 173 Absatz 2 letzter Teil anfechten: Es ist angebracht, daß in diesem letzten Fall, in dem das Organ tätig geworden ist, auch dem Antragsteller eine Anfechtungsmöglichkeit eingeräumt und somit die richterliche Kontrolle von Entscheidungen der Kommission gefördert wird.

Auch der Rückgriff auf die Untätigkeitsklage nach Artikel 35 EGKS-Vertrag kann nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Diese Klagemöglichkeit unterscheidet sich nämlich von der Klage nach Artikel 175, da sie als Unterfall der Anfechtungsklage konstruiert ist. Die Annahme, daß einige der Unsicherheiten bei der Auslegung des Artikels 175 aus der Übernahme von Denkfiguren herrühren, die zu Artikel 35 EGKS-Vertrag erarbeitet wurden, ist sicherlich nicht gewagt.

6. Fassen wir zusammen. Da die Firma GEMA von dem Recht Gebrauch gemacht hatte, das Personen und Personenvereinigungen, die ein berechtigtes Interesse darlegen, in Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17/62 des Rates eingeräumt wird, hatte sie gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission sicherlich Anspruch darauf, die dort vorgesehene Mitteilung und die Fristsetzung zur Mitteilung etwaiger schriftlicher Bemerkungen zu erhalten. Mangels einer solchen Mitteilung hatte sie weiter das Recht, die Kommission im Sinne des Artikels 175 EWG-Vertrag zum Tätigwerden aufzufordern; wenn diese nichtsdestoweniger stumm und untätig geblieben wäre, so wären die Voraussetzungen für die Erhebung einer Untätigkeitsklage erfüllt gewesen. Tatsächlich ist die Mitteilung der Kommission jedoch erfolgt, und zwar in dem bekannten Schreiben vom 22. März 1978, zu dem ich schon gesagt habe, daß es den Erfordernissen des Artikels 6 der Verordnung Nr. 99/63 in vollem Umfang genügt. Diese Mitteilung stellt meines Erachtens den in Artikel 175 Absatz 3 erwähnten *Akt* dar; also lag vom Zeitpunkt dieses Schreibens an keine Untätigkeit der Kommission mehr vor. Der fragliche Akt hätte fristgerecht mit der Anfechtungsklage angegriffen werden können, da die der Rechtmäßigkeitskontrolle des Gerichtshofes unterworfenen Akte in Artikel 173 Absatz 1 mit der gleichen Formel wie in Artikel 175 Absatz 3 beschrieben sind. Das wird durch den Umstand bekräftigt, daß das Schreiben vom 22. März 1978 meines Erachtens eine Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens voraussetzte, das gegen Radio Luxemburg und die übrigen verbundenen Firmen eingeleitet worden war; die GEMA hätte daher nach Maßgabe des zitierten Urteils vom 25. Oktober 1977 (Metro) auf Aufhebung dieser Entscheidung klagen können. Wenn auch Zweifel an der genauen rechtlichen Einordnung des fraglichen Schreibens fortbestehen können, so stellte dieses doch jedenfalls eine Stellungnahme der Kommission im Sinne des Artikels 175 Absatz 2 dar; das genügt, um die Untätigkeitsklage auszuschließen.

Hingegen hatte die GEMA — aus den von mir bereits dargelegten Gründen — keinerlei Anspruch darauf, daß die Kommission in dem auf ihren Antrag eingeleiteten Verfahren zur Feststellung von Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln eine förmliche Sachentscheidung erließ. Folglich hatte die

GEMA keinen Anlaß, nach Eingang der Mitteilung vom 22. März 1978 eine solche Entscheidung zu erwarten, selbst wenn ihr diese Mitteilung als nicht endgültig erschienen sein sollte. Selbst wenn eine förmliche Sachentscheidung in diesem Verfahren ergangen wäre, so hätte sie sich nicht *an die GEMA* gerichtet, so daß die GEMA aufgrund ihres Fehlens nicht berechtigt war, eine Untätigkeitsklage zu erheben, die nach Artikel 175 Absatz 3 auf das Unterlassen eines Aktes beschränkt ist, dessen Adressat der Kläger wäre.

7. Wir haben gesehen, daß die Firma GEMA am 19. März 1979 hilfsweise Anfechtungsklage gegen die im Schreiben der Kommission vom 22. März 1978 enthaltene Entscheidung erhoben hat.

Meines Erachtens ist auch diese zweite Klage unzulässig, weil verspätet; bei ihrer Erhebung war die Zweimonatsfrist seit der Mitteilung des angefochtenen Aktes bereits weit überschritten.

Hiergegen verteidigt sich die Klägerin damit, die Anfechtungsklage sei ein neues Angriffsmittel, daß sich auf rechtliche Gründe stütze, die während des schriftlichen Verfahrens zutage getreten seien, und das deshalb gemäß Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung als zulässig anzusehen sei. Der neue rechtliche Gesichtspunkt bestehe im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12. Dezember 1978, das sich auf denselben Sachverhalt beziehe wie das von der Kommission gegen Radio Luxemburg angestrengte Verfahren; in diesem Urteil werde unter anderem festgestellt, daß die Kommission dieses Verfahren nicht fortgeführt habe. Dem sei zu entnehmen, daß der Bundesgerichtshof im Schreiben der Kommission vom 22. März 1978 eine das Verfahren abschließende Entscheidung gesehen habe; das rechtfertige die späte Einreichung des Hilfsantrags.

Diese Auffassung scheint mir nicht begründet. Vor allem kann man bezweifeln, ob die im Urteil des Bundesgerichtshofs enthaltene rechtliche Einordnung des Schreibens der Kommission vom 22. März 1978 einen (neuen) „rechtlichen Grund" im Sinne des Artikels 42 § 2 der Verfahrensordnung darstellen kann; im Grunde handelt es sich nur um die von einem nationalen Gericht in der Begründung seiner Entscheidung inzidenter vorgenommenen Auslegung eines Dokuments, nicht um einen Gesichtspunkt, der gemeinschaftsrechtlich relevant wäre. Hinzu kommt, daß in Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung, wonach neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Laufe des Verfahrens ausnahmsweise vorgebracht werden dürfen, meines Erachtens neue rechtliche oder tatsächliche Gründe zur Unterstützung des in der Klageschrift enthaltenen Antrags gemeint sind, während die Klägerin im vorliegenden Fall eine wirkliche *neue Klage* erhoben hat. In ihrer ersten Klage vom 30. Mai 1978 hat sie nämlich gemäß Artikel 175 beantragt, der Kommission aufzugeben, entweder eine förmliche Entscheidung zu fällen oder die Einstellung der Angelegenheit mitzuteilen, also zum ursprünglichen Antrag Stellung zu nehmen; in der zweiten Klage wird hingegen gemäß Artikel 173 Absatz 2 die Aufhebung der Entscheidung beantragt, das Verfahren gegen Radio Luxemburg nicht fortzusetzen: In den beiden Fällen liegt somit ein anderes *Begehren* vor, das sich auch auf einen anderen *Grund* stützt, der im ersten Fall in der Untätigkeit der Kommission, im zweiten aber in der Rechtswidrigkeit der von der Kommission getroffenen Entscheidung liegt. Man kann daher nicht im Zweifel darüber sein, daß der zweite Antrag neu ist. Anzumerken ist noch, daß der Hilfsantrag jedenfalls nach Abschluß des schriftlichen Verfahrens eingereicht wurde und somit auch unter diesem Ge-

sichtspunkt nicht mehr unter Artikel 42 § 2 fällt.

Schließlich möchte ich noch darauf hinweisen, daß die Untätigkeitsklage vom Mai 1978 nicht die Merkmale einer Anfechtungsklage aufweist. Es läßt sich daher nicht behaupten, daß die GEMA bereits mit ihrer ersten Klage im Grunde die Aufhebung einer Entscheidung beantragt hat, wenn sie auch der Form nach die Untätigkeit des Organs geltend machte. Die Unterschiedlichkeit des *Begehrens* und des *Grundes hierfür* in den beiden Klagen, die ich bereits hervorgehoben habe, hindert daran, diesen Gedanken weiter zu verfolgen.

8. Ich beantrage deshalb, beide Klagen der GEMA gegen die Kommission, die am 30. März 1978 eingereichte Untätigkeitsklage und die am 19. März 1979 erhobene Anfechtsungsklage, für unzulässig zu erklären.

Angesichts der Komplexität und der teilweisen Neuheit der behandelten Fragen beantrage ich, die Kosten gemäß Artikel 69 § 3 Absatz 1 der Verfahrensordnung zu einem Drittel gegeneinander aufzuheben und die Klägerin zu verurteilen, der Kommission die restlichen zwei Drittel zu erstatten.