Selbst wenn man übrigens unterstellt, eine solche Mitteilung wäre eine Entscheidung und könnte deshalb nach Artikel 173 des Vertrages angefochten werden, so würde daraus immer noch nicht folgen, daß der Antragsteller im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 Anspruch auf eine abschließende Entscheidung der Kommission über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der behaupteten Zuwiderhandlung hätte. Denn die Kommission kann nicht verpflichtet sein, das Verfahren unter allen Umständen bis zu einer endgültigen Entscheidung fortzusetzen. Die entgegengesetzte Auslegung würde dem Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 seinen Sinn nehmen, wonach die Kommission unter bestimmten Umständen davon absehen kann, die beteiligten Unternehmen durch Entscheidung zur Abstellung der festgestellten Zuwiderhandlung zu verpflichten.

2. Ein Schreiben, mit dem die Kommission gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 einem Antragsteller im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 unter Angabe von Gründen und unter Einräumung einer Frist zur Mitteilung etwaiger schriftlicher Bemerkungen antwortet, daß das Ergebnis der Ermittlungen die Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 oder 86 des Vertrages nicht erlaubt, ist eine Stellungnahme im Sinne von Artikel 175 Absatz 2 des Vertrages.
3. Artikel 42 § 2 Absatz 1 der Verfahrensordnung erlaubt es dem Kläger, den Antrag aus dem das Verfahren einleitenden Schriftsatz ausnahmsweise auf neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu stützen. Dagegen erlaubt diese Bestimmung dem Kläger nicht, neue Anträge zu stellen, und erst recht nicht, von einer Untätigkeitsklage zu einer Nichtigkeitsklage überzugehen.

In der Rechtssache 125/78

GEMA, GESELLSCHAFT FÜR MUSIKALISCHE AUFFÜHRUNGS- UND MECHANISCHE VERVIELFÄLTIGUNGSRECHTE, Herzog-Wilhelm-Straße 29, München, Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigter: Rechtsanwalt Ernest Arendt, Luxemburg,

Klägerin,

gegen

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, vertreten durch ihren Rechtsberater Erich Zimmermann, Zustellungsbevollmächtiger: Herr Mário Cervino, Rechtsberater der Kommission, Jean-Monnet-Gebäude, Luxemburg-Kirchberg,

Beklagte,

unterstützt durch

COMPAGNIE LUXEMBOURGEOISE DE TÉLÉDIFFUSION SA, vertreten durch ihren Generaldirektor Gustave Graas im Beistand von Professor Arved Deringer, Zustellungsbevollmächtigter: Rechtsanwalt Jacques Loesch, 2, rue Goethe, Luxemburg,

und

RADIO MUSIC INTERNATIONAL S.À.R.L., vertreten durch ihren Generaldirektor Gustave Graas im Beistand von Professor Arved Deringer, Zustellungsanschrift wie vor,

Streithelferinnen,

wegen Untätigkeit der Kommission im Hinblick auf einen Antrag der Klägerin gemäß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 (Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages; ABl. Nr. 13 vom 21. Februar 1962, S. 204)

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten H. Kutscher, der Kammerpräsidenten A. O'Keeffe und A. Touffait, der Richter J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, Mackenzie Stuart und G. Bosco,

Generalanwalt: F. Capotorti
Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

I — Sachverhalt und Verfahren

Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 (Erste Durchführungsverordnung zu den Artikel 85 und 86 des Vertrages; ABl. Nr. 13 vom 21. Februar 1962, S. 204) enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

„1. Stellt die Kommission auf Antrag oder von Amts wegen eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 oder 86 des Vertrages fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen.

2. Zur Stellung eines Antrags sind berechtigt:

a) Mitgliedstaaten,

b) Personen und Personenvereinigungen, die ein berechtigtes Interesse darlegen."

Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates (ABl. vom 20. August 1963, S. 2268) hat folgenden Wortlaut:

„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."

Mit Schreiben vom 23. Juli 1971 beantragte die Klägerin, eine deutsche Gesellschaft, zu deren Aufgabenbereich die Vertretung geschäftlicher Interessen von Musikautoren gehört, bei der Kommission gemäß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 die Einleitung eines Verfahrens gegen:

1. die Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion S.A.
(im folgenden „Radio Luxemburg" genannt) mit Sitz in Luxemburg,

2. die Radio Music International s.à.r.l.
(im folgenden RMI) mit Sitz in Luxemburg,

3. die Radio-Tele-Music GmbH
(im folgenden RTM) mit Sitz in Berlin-Wilmersdorf,

wegen Verletzung der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag. Dieser Antrag, der unter der Nummer IV/26.932 bei der Generaldirektion IV der Kommission eingetragen wurde, betraf im wesentlichen folgende Praktiken von Radio Luxemburg:

— Radio Luxemburg schließt durch ihre Tochtergesellschaft RMI mit in Deutschland ansässigen und dort tätigen Musikverlegern Gemeinschaftsverlagsverträge ab, bei denen die Verleger als Gegenleistung für die Sendung gemeinschaftlich verlegter Werke der Musik in den deutschen Sendungen zu günstiger Sendezeit die Hälfte der Einnahmen aus Urheberrechten an diesen Werken an RMI abführen.

— Radio Luxemburg führt über seinen Generalsekretär und in Verbindung mit der Edition Intro Gebrüder Meisel KG einen Musikverlag, die Radio-Tele-Music GmbH, an der beide Gesellschafter je zur Hälfte beteiligt sind, dessen Aufgabe es ist, über Werke der Musik, die von Radio Luxemburg auf der deutschen Welle wiederholt zu günstiger Sendezeit gesendet werden, Verlagsverträge mit anderen Verlegern, Komponisten oder Textdichtern abzuschließen.

Die Klägerin machte geltend, die Handlungsweise von Radio Luxemburg und ihren Tochtergesellschaften, Werke der Unterhaltungsmusik gemeinsam zu verlegen, die Radio Luxemburg wiederholt ausstrahle, führe dazu, Radio Luxemburg als Mitglied der Klägerin erhöhte Urhebervergütungen zu verschaffen. Da die Klägerin — die einzige Verwertungsgesellschaft in Deutschland — die gesamten von ihr eingenommenen Vergü-

tungen nach einem festliegenden Schlüssel verteilen müsse, führe die genannte Handlungsweise zur Benachteiligung anderer Verleger von Unterhaltungsmusik.

Mit Schreiben vom 23. Januar 1974 teilte die Kommission den drei vorgenannten Gesellschaften gemäß Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 die Beschwerdepunkte mit; in dieser Mitteilung kam sie zum Ergebnis, daß ein Verstoß gegen Artikel 86 des Vertrages vorliege. Eine Ablichtung dieses Schreibens ging an die Klägerin. Radio Luxemburg und RMI nahmen mit Schreiben vom 9. April 1974 zur Mitteilung der Beschwerdepunkte Stellung. Am 23. April 1974 hörte die Kommission die Parteien an.

Mit Schreiben vom 31. Januar 1978 forderte die Klägerin die Kommission auf, „binnen zwei Monaten vom Eingang dieses Schreibens eine förmliche Entscheidung in dem Einzelfall IV/26/932 — Radio Luxemburg ... zu treffen", und drohte ihr an, anderenfalls die Untätigkeitsklage nach Artikel 175 Absätze 2 und 3 des Vertrages zu erheben.

Mit Schreiben vom 22. März 1978 teilte die Kommission der Klägerin insbesondere folgendes mit:

„Die Kommission [ist] der Auffassung, daß die von ihr nach dem neuesten Stand ermittelten Umstände es nicht rechtfertigen, Ihren Antrag nach Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 auf Erlaß einer Entscheidung zur Feststellung des Mißbrauches einer beherrschenden Stellung durch Radio Luxemburg und der anderen genannten Unternehmen stattzugeben; nach Auffassung der Kommission hat die neuere Entwicklung der Tatsachen es unwahrscheinlich werden lassen, zur Überzeugung der Kommission und des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften Radio Luxemburg

— die beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes und

— eine mißbräuchliche Ausnutzung einer solchen Stellung

nachzuweisen."

Anschließend begründete die Kommission diese Ansicht eingehend und schloß mit folgenden Worten:

„Aus diesen Gründen meint die Kommission, daß eine Entscheidung nach Artikel 86 aufgrund des gegenwärtigen Sachverhaltes nicht gerechtfertigt wäre. Die Kommission gibt Ihnen aber gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63/EWG die Möglichkeit, zu den vorstehend angegebenen Gründen innerhalb einer Frist von zwei Monaten ab Eingang dieser Stellungnahme bei Ihnen der Kommission schriftliche Bemerkungen mitzuteilen."

Die Kommission gab in diesem Schreiben gleichermaßen ihrer Ansicht Ausdruck, daß die Verwertungsgesellschaften über andere Mittel verfügten, um sich gegen die Praxis bestimmter Rundfunkanstalten zu schützen, eigene Musiktitel bevorzugt zu senden. Die Kommission schlug der Klägerin ein Gespräch mit zweien ihrer Beamten vor. Dieses Gespräch fand am 14. April 1978 in Brüssel statt. Die Klägerin war durch Professor Mestmäcker und Rechtsanwalt Arendt vertreten. Nach Darstellung der Klägerin bezog sich das Gespräch auf sämtliche von der Kommission in ihrem Schreiben vom 22. März 1978 angeschnittenen Punkte.

Mit Fernschreiben vom 28. April 1978 teilte die Klägerin der Kommission mit, sie halte deren Vorschläge, die sich insbesondere auf eine Änderung der Satzung der GEMA bezögen, um die Praxis der Gemeinschaftsverlagsverträge von Radio Luxemburg zu vereiteln, für undurchführbar.

Die Klägerin hat die vorliegende Klage wegen Untätigkeit der Kommission im

Hinblick auf den Antrag der Klägerin vom 23. Juli 1971 gemäß Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 am 30. Mai 1978 erhoben.

Die Klage ist am 31. Mai 1978 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Die Klägerin hat gegen Radio Luxemburg zum Landgericht Köln eine auf § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in Verbindung mit den Artikel 85 und 86 des Vertrages gestützte Klage mit dem Ziel erhoben, der Beklagten den Abschluß von Gemeinschaftsverlagsverträgen untersagen zu lassen. Nach Abweisung der Klage durch das Landgericht (1972) und Zurückweisung der Berufung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf — Kartellsenat — (1973) hat die Klägerin Revision zum Bundesgerichtshof eingelegt.

Radio Luxemburg und RMI haben mit am 7. Dezember 1978 eingegangenem Schriftsatz beantragt, als Streithelferinnen zur Unterstützung des Vorbringens der Kommission zugelassen zu werden. Sie haben gleichzeitig darauf verzichtet, schriftsätzlich Stellung zu nehmen.

Der Gerichtshof hat mit Beschluß vom 17. Januar 1979 den Beitritt von Radio Luxemburg und von RMI im beantragten Maße zugelassen.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts gemäß Artikel 92 der Verfahrensordnung beschlossen, die mündliche Verhandlung nur über die Zulässigkeit der Klage ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

II — Anträge der Parteien

In ihrer Klageschrift beantragt die *Klägerin,*

1. die Untätigkeit der Kommission für schuldhaft zu erklären,
2. der Kommission aufzugeben, innerhalb von zwei Monaten nach dem Urteil des Gerichtshofes entweder eine förmliche Entscheidung im Einzelfall IV/26.932 zu fällen oder die Klägerin gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 von der Einstellung der Angelegenheit zu unterrichten,
3. für den Fall der Mißachtung des Urteilstenors das Verhalten der Kommission als im Widerspruch zum EWG-Vertrag stehend zu erklären,
4. die Kommission in die Kosten zu verurteilen.

In ihrer Klagebeantwortung beantragt die *Kommission,* die Klage als unzulässig, hilfsweise als unbegründet abzuweisen und der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

In ihrer Erwiderung hält die *Klägerin* die in der Klageschrift angeführten Anträge aufrecht.

In ihrer Gegenerwiderung beantragt die *Kommission,* die Klage als unzulässig, hilfsweise als unbegründet abzuweisen und der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

III — Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien

Nach Auffassung der *Klägerin* wurde die Kommission mit Schreiben vom 31. Januar 1978 gemäß Artikel 175 Absatz 2 des Vertrages wirksam in Verzug gesetzt. Die Kommission habe nicht binnen zwei Monaten nach dieser Aufforderung Stellung genommen. Die vorliegende Klage sei innerhalb einer weiteren Frist von zwei Monaten erhoben worden.

Die Untätigkeitsklage stehe jeder natürlichen oder juristischen Person offen, wenn ein Organ der Gemeinschaft es unterlassen habe, „einen anderen Akt als eine Empfehlung oder Stellungnahme an sie zu richten".

Im vorliegenden Fall sei die Kommission zum Handeln verpflichtet gewesen; der Akt, dessen Erlaß beantragt worden sei, könne klare Rechtswirkungen erzeugen; es handele sich dabei weder um eine Empfehlung noch um eine Stellungnahme.

Die Klage sei somit zulässig.

Die Untätigkeit der Kommission sei eine zweifache: Zum einen habe die Kommission das von ihr aufgrund der Verordnung Nr. 17 eingeleitete Verfahren nicht weiter verfolgt, zum anderen habe sie der Klägerin entgegen Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 nicht mitgeteilt, daß sie ihren Antrag nicht weiter behandele.

Im Gemeinschaftsrecht sei es allgemeine Meinung, daß aus Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 das Recht des Antragstellers folge, eine Untätigkeitsklage zu erheben, wenn die Kommission seinem Antrag nicht nachkomme (Megret, Louis, Vignes, Waelbroeck, Le Droit de la Communauté Économique Européenne, Band 4, Nr. 78, S. 118; Goldman, Droit Commercial européen, Nr. 360; Braun, Gleiss, Hirsch, Droit des Ententes de la Communauté Économique Européenne, Nr. 130; Steindorff, AWD 1963, 353; Deringer, EWG-Wettbewerbsrecht, VO Nr. 17, Artikel 3 Anmerkung 3).

In ihrer Klagebeantwortung führt die *Kommission* zum Sachverhalt insbesondere aus, die Klägerin habe ihrer Aufforderung nicht Folge geleistet, zum Schreiben vom 22. März 1978 Stellung zu nehmen.

Die Kommission bemerkt, die von der Klägerin angeführten beiden Seiten ihrer Untätigkeit seien kaum zu vereinbaren; sie führt dann zwei Argumente dafür an, daß die Klage unzulässig sei.

Zum einen habe die Klägerin in ihrer Klageschrift die Erwägungen nicht dargelegt, aufgrund derer sie glaube, daß die Kommission es „unter Verletzung dieses Vertrages" (Artikel 175 Absatz 1) unterlassen habe, zu entscheiden; die Klage enthalte nicht die nach Artikel 38 § 1 Buchstabe c der Verfahrensordnung erforderliche „kurze Darstellung der Klagegründe". Zum anderen sei die Klage unzulässig, weil die Kommission nicht untätig geblieben sei. Zur Unterstützung dieser Auffassung verweist die Kommission auf das Urteil 8/71 (*Komponistenverband/Kommission*, Slg. 1971, 705), in dem der Gerichtshof (S. 710, Randnummer 2) entschieden habe, daß Artikel 175 „die Untätigkeit durch Nichtbescheidung oder Nichtstellungnahme meint". In Fällen, in denen die Kommission innerhalb der in Artikel 175 vorgeschriebenen Frist Stellung genommen habe, seien „die Voraussetzungen für die Anwendung dieses Artikels ... daher nicht gegeben" (Urteil 42/71, *Nordgetreide/Kommission*, Slg. 1972, 105; S. 110, Randnummer 4).

Auf die im Schreiben vom 31. Januar 1978 enthaltene Aufforderung habe sie mit Schreiben vom 22. März 1978, also binnen der in Artikel 175 Absatz 2 festgesetzten Zweimonatsfrist, Stellung genommen. Gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 habe sie der Klägerin in diesem Schreiben die Gründe für ihre Auffassung mitgeteilt, daß die von ihr ermittelten Umstände es nicht rechtfertigten, dem nach Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 gestellten Antrag stattzugeben.

Bei diesem Schreiben handele es sich sehr wohl um den in Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 vorgesehenen Bescheid, auf den die Klägerin dann Anspruch habe, wenn die Kommission der Auffassung sei, daß sie dem Antrag nicht stattgeben könne. Da die Kommission innerhalb von zwei Monaten Stellung genommen habe, sei die Klage unzulässig.

In ihrer Erwiderung macht die *Klägerin* geltend, die Beklagte setze sich mit ihrer Weigerung, eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 86 festzustellen und die notwendigen Abhilfemaßnahmen zu treffen, mit den eigenen in den Beschwerdepunkten getroffenen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen in Widerspruch. Dieses Vorbringen stützt die Klägerin auf mehrere von ihr angeführte Absätze der Mitteilung der Beschwerdepunkte; sie schließt daraus, sie habe aus materiellrechtlichen Gründen ein berechtigtes Interesse an der Abstellung einer Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln.

Unter Berufung auf die Literatur zu Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 (insbesondere auf *Thiesing* in: Kommentar zum EWG-Vertrag, 2. Auflage 1974, Artikel 3 der Verordnung Nr. 17, Anmerkung 27) macht die Klägerin geltend, ihr Anspruch gehe auf Feststellung der Zuwiderhandlung und auf Abstellung der Zuwiderhandlung. Die „Stellungnahme" im Sinne von Artikel 175 Absatz 2 des Vertrages bestehe im Zusammenhang mit dem Antragsrecht nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17/62 nicht in irgendeiner Stellungnahme, sondern in dem nach den Wettbewerbsregeln und einer ordnungsgemäßen Verwaltungspraxis gebotenen Handeln. Diesen Erfordernissen genüge das Schreiben der Kommission vom 22. März 1978 aus den von der Klägerin dargelegten materiell-rechtlichen Gründen nicht.

Zu dem Gespräch vom 14. April 1978 trägt die Klägerin vor, dieses habe schon wegen des Sachzusammenhangs der Erörterung aller Fragen gedient, die im Schreiben der Kommission vom 22. März 1978 enthalten gewesen seien. Über den Inhalt des Gesprächs sei die Klägerin durch eine Aufzeichnung von Professor Mestmäcker unterrichtet worden, der gemeinsam mit Rechtsanwalt Arendt für die Klägerin daran teilgenommen habe. Diese Aufzeichnung, von der der Erwiderung eine Ablichtung beiliege, sei notwendig gewesen, weil andere als die von der Kommission im Schreiben vom 22. März 1978 vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten in diesem Gespräch im einzelnen erläutert worden seien.

Mit Fernschreiben vom 28. April 1978 an die Kommission habe die Klägerin mitgeteilt, daß sie deren Vorschläge hinsichtlich der Änderung ihrer Satzung für undurchführbar halte.

Es sei mithin nicht zutreffend, daß die Klägerin der Aufforderung nicht nachgekommen sei, zu dem Schreiben der Kommission vom 22. März 1978 Stellung zu nehmen. Das sei durch das von der Kommission angeregte Gespräch in Verbindung mit dem angeführten Fernschreiben geschehen.

Im übrigen führt die Klägerin aus, sie habe in dem Fernschreiben darauf hingewiesen, daß die Untätigkeitsklage sowie die beim Bundesgerichtshof anhängige Unterlassungsklage gegen Radio Luxemburg parallel fortgeführt werden sollten.

Abschließend weist die Klägerin auf die grundsätzliche Bedeutung hin, die den hier zu beurteilenden Rechtsfragen für die Anwendung der Wettbewerbsregeln im Gemeinsamen Markt zukomme. Die von der Kommission im vorliegenden Falle angewandte Verwaltungspraxis sei geeignet, die Mitwirkung von Bürgern und nationalen Gerichten an der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln faktisch unmöglich zu machen. Insbesondere könne es kein nationales Gericht, das den Parteien Rechtsschutz gewähren wolle, noch verantworten, ein Verfahren bis zur Entscheidung der Kommission auszusetzen, wenn diese das Verfahren über drei Jahre ruhen lasse, um sich dann einer Untätigkeitsklage mit Gründen zu entziehen, die im Gegensatz zu den Rechtsgrundlagen stünden, auf de-

nen das Verfahren bisher betrieben worden sei. Nur der Gerichtshof könne diesen Wirkungen vorbeugen, indem er den Antragstellern nach Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 wirksamen Rechtsschutz gewähre.

In ihrer Gegenerwiderung vertritt die *Kommission* die Auffassung, die von der Klägerin behaupteten Widersprüche bestünden nicht. Die Kommission sei nach eingehenden Ermittlungen und nach Durchführung des Verwaltungsverfahrens zu der Überzeugung gelangt, daß Radio Luxemburg und seinen Tochtergesellschaften RMI und RTM der Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 zur Zeit nicht nachgewiesen werden könne. Zum besseren Verständnis des Sachverhalts stellt sie den Ablauf des Verwaltungsverfahrens im einzelnen dar.

Da die Kommission nach Durchführung des Verwaltungsverfahrens zu der Überzeugung gelangt sei, daß sie dem Antrag der Beschwerdeführerin nicht habe stattgeben können, weil sie geglaubt habe, den Nachweis für eine Zuwiderhandlung von Radio Luxemburg gegen Artikel 86 des Vertrages nicht führen zu können, habe sie keine andere Möglichkeit gehabt, als ihr fristgemäß die Mitteilung nach Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 zuzustellen. Diese Bestimmung schreibe zwingend vor, was die Kommission zu tun habe, wenn sie der Auffassung sei, daß die von ihr ermittelten Umstände es nicht rechtfertigten, einem nach Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 gestellten Antrag stattzugeben. Die Beklagte habe also gar keine Wahl gehabt, auf das Schreiben der Klägerin vom 31. Januar 1978 anders zu reagieren, als sie es getan habe.

Im fraglichen Stadium des Verfahrens bestimme Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 die Rechtsstellung der Klägerin im Hinblick auf Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17. Nachdem sie die Kommission mit ihrem Antrag in dem Schreiben vom 31. Januar 1978 befaßt habe, habe sie einen Anspruch auf diese Mitteilung gehabt. Nach Auffassung der Kommission handele es sich hierbei um einen „Akt" im Sinne des Artikels 175 Absatz 3, den die Klägerin, wäre er nicht fristgemäß ergangen, mit der Untätigkeitsklage hätte einklagen können (vgl. Roemer, Die Untätigkeitsklage im Recht der Europäischen Gemeinschaften, in: Sociaal-Economische Wetgeving, 1966, S. 13).

Wenn Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 dem Antragsteller nach herrschender Lehre einen Rechtsanspruch auf *Tätigwerden* der Kommission gebe, so decke sich doch der Anspruch auf Tätigwerden nicht mit der Folgerung, die die Klägerin ziehe, daß dieser Anspruch auf die Feststellung der Zuwiderhandlung und auf Abstellung gehe (vgl. Steindorff, Das Antragsrecht im EWG-Kartellverfahren und seine prozessuale Durchsetzung, Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, 1963, S. 357).

Schließlich nimmt die Kommission noch zu der — nach ihrer Auffassung im Verfahren vor dem Gerichtshof nicht entscheidungserheblichen — Behauptung der Klägerin Stellung, ihr werde ein wirksamer Rechtsschutz verweigert, wenn sie mit der vorliegenden Untätigkeitsklage keinen Erfolg habe.

Die Antwort auf die Frage, ob ein Antragsteller nach Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 im Falle der Ablehnung des Antrags durch die Kommission einen Anspruch auf einen Akt habe, den er mit der Klage nach Artikel 173 Absatz 2 angreifen könne, wenn die Kommission keinen positiven, an einen Dritten gerichteten Akt erlasse, sei noch offen und habe grundsätzliche Bedeutung.

Die Kommission sieht folgende drei Möglichkeiten zur Beantwortung, deren dritte sie jedoch aufgrund der damit verbundenen Belastung der mit der Überwachung der Wettbewerbsvorschriften betrauten Dienststelle der Kommission sofort verwirft:

1. Der Anspruch aus Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 erschöpfe sich in dieser Mitteilung. Ein Anspruch, dagegen durch Klage vor dem Gerichtshof vorzugehen, bestehe nicht.
2. Die Mitteilung nach Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 stelle eine Entscheidung dar, die der Antragsteller mit der Klage nach Artikel 173 Absatz 2 anfechten könne.
3. Die Mitteilung habe keinen endgültigen Charakter. Die Kommission sei verpflichtet, den Antrag nach Mitteilung der Gründe gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 durch förmliche Entscheidung abzulehnen. Diese Entscheidung könne der Beschwerdeführer durch Klage nach Artikel 173 Absatz 2 anfechten.

Die in Nr. 1 angesprochene Lösung könne durchaus in Erwägung gezogen werden. Nach Gemeinschaftsrecht wären die Beschwerdeführer nicht schutzlos gestellt, wenn ihnen nach Ablehnung der Beschwerde durch die Kommission der Weg zum Gerichtshof versperrt wäre. Die Verbote der Artikel 85 und 86 seien unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht. Die Beschwerdeführer könnten vor den nationalen Gerichten auf Unterlassung und gegebenenfalls auf Schadenersatz klagen. Könnten sie der Kommission einen Amtsfehler anlasten, so könnten sie nach Artikel 215 EWG-Vertrag ihren Schaden einklagen.

Gehe man davon aus, daß mit dem in Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Beschwerderecht in erster Linie bezweckt worden sei, Personen und Personenvereinigungen einen gerichtlich überprüfbaren Anspruch zu gewähren, so sei die in Nr. 2 aufgezeigte Lösung ernsthaft in Erwägung zu ziehen (vgl. insbesondere *Mertens de Wilmars*, Administratieve procedure en rechtswaarborgen in EEC kartelzaken, in: Europees Kartelrecht, S. 240 f. — *Waelbroeck* aaO., S. 118). Die Mitteilung gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 könne als Entscheidung angesehen werden, denn diese Mitteilung erzeuge gegenüber dem Antragsteller Rechtswirkungen. Wenn die Kommission die Gründe angebe, aus denen sie dem Antrag nicht stattgeben könne, so sei regelmäßig davon auszugehen, daß es sich um eine endgültige Äußerung handele. Die Mitteilung bedeute dem Antragsteller, daß er mit seinem Antrag keinen Erfolg habe. Der Umstand, daß dem Antragsteller nach Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 eine Frist zur Abgabe etwaiger schriftlicher Bemerkungen zu setzen sei, nehme der Mitteilung nicht die Qualität einer Entscheidung. Die Vorschrift stelle es in das Belieben des Antragstellers, ob er zu dieser Mitteilung noch Stellung nehmen wolle. Tue er es nicht, so erkenne er damit den endgültigen Charakter der Mitteilung an. Mache der Antragsteller von seinem Recht zur Stellungnahme Gebrauch und teile ihm die Kommission mit, daß sie an ihrer Auffassung festhalte, so liege auch in diesem Falle die Zurückweisung des Antrags in der Mitteilung nach Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63.

Folge man der Lösung zu 1), so habe die Klägerin gemäß Artikel 175 Absatz 3 einen Anspruch auf den Akt, der sich aus Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 ergebe, nicht mehr. Dieser Akt sei ergangen.

Gebe man der Lösung zu 2) den Vorzug, so hätte die Klägerin die Mitteilung nach Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 vom

22. März 1978 mit der Anfechtungsklage nach Artikel 173 Absatz 2 des EWG-Vertrags anfechten können.

Entscheide man sich für die Lösung zu 3), so habe die Klägerin Anspruch auf eine förmliche Entscheidung, durch die die Kommission ihren Antrag ablehne.

In keinem der genannten Fälle greife die von der Klägerin erhobene Untätigkeitsklage durch, weil die Kommission fristgemäß „Stellung genommen" habe. Im Falle Nr. 1) habe sie keinen Anspruch auf einen weiteren Akt. In den Fällen Nr. 2) und 3) greife der Grundsatz durch, daß im System des Rechtsschutzes des EWG-Vertrags Anfechtungs- und Untätigkeitsklage im Verhältnis der Subsidiarität stünden, d. h., sei die Anfechtungsklage gegeben, so scheide die Untätigkeitsklage aus. Im Falle Nr. 3) könnte die Klägerin — nach Abweisung der vorliegenden Klage — die Kommission erneut mit einem Antrag auf förmliche Entscheidung befassen. Erlasse die Kommission die beantragte Entscheidung, so könne sie diese nach Artikel 173 Absatz 2 anfechten. Erlasse die Kommission diese Entscheidung innerhalb der Frist von zwei Monaten nach Aufforderung nicht, könnte die Klägerin erneut die Klage nach Artikel 175 erheben.

Die Kommission hält somit an ihrem Antrag auf Abweisung der Klage als unzulässig fest.

IV — Zusätzlicher Antrag der Klägerin

Am 19. März 1979 hat die Klägerin hilfsweise folgenden Zusatzantrag gestellt:

„Für den Fall der Unzulässigkeit der Klage als Untätigkeitsklage beantragt die Klägerin, die in dem Schreiben der Kommission an die Klägerin vom 22. März 1978 enthaltene Entscheidung, das Verfahren gegen Radio Luxemburg nicht fortzusetzen, für nichtig zu erklären (Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag)."

Diese Nichtigkeitsklage stütze sich auf die Verletzung von Artikel 86 des Vertrages und Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates und werde mit den gleichen Tatsachen begründet, welche die Klägerin bereits zur Begründung der Untätigkeitsklage vorgetragen habe.

Zur Unterstützung ihres Zusatzantrags beruft sich die Klägerin auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12. Dezember 1978 in dem Rechtsstreit der Klägerin gegen Radio Luxemburg, RMI und RTM, das ihr mit Gründen am 20. Februar 1979 zugestellt worden sei. Mit diesem Urteil sei eine Klage abgewiesen worden, mit welcher die Klägerin beantragt habe, Radio Luxemburg zu verurteilen, es zu unterlassen, „mit Musikverlegern mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland einschließlich Berlin-West Gemeinschaftsverlagsverträge abzuschließen und/oder mit solchen Gemeinschaftsverlage zu gründen oder abschließen oder gründen zu lassen, nach deren Zweck oder Wirkung die in Gemeinschaftsverlag genommenen Musikwerke im deutschen Programm [von Radio Luxemburg] bevorzugt gesendet werden sollen".

Zur Zulässigkeit des Hilfsantrags

Die *Klägerin* macht geltend, der Bundesgerichtshof habe in letzter Instanz entschieden. Er wäre mithin nach Artikel 177 Absatz 3 EWG-Vertrag verpflichtet gewesen, die gemeinschaftsrechtlichen Fragen dem Gerichtshof zur Entscheidung vorzulegen. Von dieser Vorlage habe der Bundesgerichtshof abgesehen, ohne sich mit dem materiellen Inhalt der Artikel 85 und 86 auseinandergesetzt zu haben. Im Tatbestand des Urteils habe der Bundesgerichtshof angezeigt, daß er

im Schreiben der Kommission vom 22. März 1978 eine das Verfahren abschließende Entscheidung gesehen habe. Durch diese Beurteilung des Sachverhalts werde der Klägerin der Zugang zum Gerichtshof verwehrt, falls dieser annehme, die Kommission sei nicht untätig geblieben, sondern habe das Verfahren durch eine an die Klägerin gerichtete Entscheidung abgeschlossen. Dies sei der Grund, aus dem die Klägerin den Hilfsantrag stelle.

Die Klägerin stützt ihren Antrag auf Artikel 42 § 2 Absatz 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes. Die rechtlichen Gründe, auf die dieser Antrag gestützt werde, seien erst nach Abschluß des schriftlichen Verfahrens zutage getreten. Die Frist des Artikels 173 Absatz 2 des Vertrages sei gewahrt.

Die *Kommission* hält den Antrag für unzulässig.

Die Klägerin stütze ihren Antrag auf Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung. Danach gelte der Grundsatz, daß „neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Laufe des Verfahrens nicht mehr vorgebracht werden können". Eine Ausnahme gelte für den Fall, „daß sie auf rechtliche oder tatsächliche Gründe gestützt werden, die erst während des schriftlichen Verfahrens zutage getreten sind". Nach Absatz 2 dieser Vorschrift seien derartige Angriffs- und Verteidigungsmittel „im Laufe des schriftlichen Verfahrens" geltend zu machen.

Die Klägerin mache keine neuen Angriffsmittel geltend, auf die sie ihre Anträge nach Artikel 175 zusätzlich stützen möchte, sie wolle vielmehr einen neuen Antrag in das Verfahren einbringen, den sie auf Artikel 173 Absatz 2 stütze. Dieses Begehren werde von Artikel 42 § 2 nicht gedeckt. Zweck des Vorgehens der Klägerin sei es, sich nach Ablauf der in Artikel 173 Absatz 2 genannten Frist die Möglichkeit zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage zu verschaffen.

Die rechtlichen Gründe, auf die die Klägerin ihren Antrag stütze, seien nicht erst während des schriftlichen Verfahrens zutage getreten. Die Klägerin habe das Schreiben der Kommission vom 22. März 1978 bereits vor Erhebung der vorliegenden Klage erhalten. Daß dieses Schreiben eine anfechtbare Entscheidung darstellen könnte, hätte eine umsichtig vorgehende Klägerin zur Erhebung einer gesonderten Anfechtungsklage oder zur Stellung eines Hilfsantrags veranlassen müssen.

In dem Verhalten des Bundesgerichtshofs könnten keine neuen Gründe gesehen werden, die erst während des schriftlichen Verfahrens zutage getreten wären. Selbst wenn der Bundesgerichtshof in dem Schreiben vom 22. März 1978 eine das Verfahren vor der Kommission abschließende Entscheidung gesehen haben sollte, so seien die rechtlichen Gründe für eine solche Auffassung bereits im Zeitpunkt der Klageerhebung gegeben gewesen.

Der Umstand, daß der Bundesgerichtshof dem Antrag der Klägerin, nach Artikel 177 eine Frage zur Auslegung der Artikel 85 und 86 vorzulegen, nicht stattgegeben habe, sei nicht ursächlich für den von ihr beklagten Verlust des Zugangs zum Gerichtshof. Der Gerichtshof hätte aufgrund der vorgelegten Rechtsfragen nur „auslegen" können. Die Klägerin begehre mit ihrem Hilfsantrag jedoch eine *Sach*entscheidung des Gerichtshofs.

Jedenfalls habe die Klägerin ihren Antrag erst nach Abschluß des schriftlichen Verfahrens durch die Einreichung der Gegenerwiderung der Kommission vom 3. November 1978, somit nach Ablauf der in Artikel 42 der Verfahrensordnung genannten Frist, gestellt.

V — Mündliche Verhandlung

Die Klägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Ernest Arendt, Luxemburg, und die Beklagte, vertreten durch ihren Bevollmächtigten Erich Zimmermann, haben in der Sitzung vom 20. Juni 1979 mündliche Ausführungen gemacht.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 11. Juli 1979 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

1 Der vorliegende Rechtsstreit geht auf ein Schreiben der Klägerin, der deutschen Verwertungsgesellschaft GEMA, vom 23. Juli 1971 zurück, mit dem diese bei der Kommission gemäß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 vom 6. Februar 1962 (ABl. Nr. 13 vom 21. Februar 1962, S. 204) die Einleitung eines Verfahrens zur Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag durch die Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion S. A. (im folgenden Radio Luxemburg) und ihre Tochtergesellschaft Radio Music International s.à.r.l. (im folgenden RMI), beide mit Sitz in Luxemburg, sowie durch die Radio Tele-Musik GmbH (im folgenden RTM) mit Sitz in Berlin-Wilmersdorf beantragt hatte.

2 In diesem Antrag heißt es, Radio Luxemburg habe durch seine Tochtergesellschaft RMI mit in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen und dort tätigen Verlegern von Unterhaltungsmusik Verträge abgeschlossen, aufgrund deren RMI die Hälfte der Einnahmen aus den Urheberrechten von Musikwerken, die gemeinschaftlich von ihr und den genannten Verlegern verlegt würden, als Gegenleistung dafür erhalte, daß diese Werke durch die deutschsprachige Sendestation von Radio Luxemburg wiederholt zu günstiger Sendezeit gesendet würden. Diese Handlungsweise führe dazu, daß Radio Luxemburg als Mitglied der GEMA übermäßige Urhebervergütungen erhalte. Da die Klägerin — die einzige Verwertungsgesellschaft in der Bundesrepublik — die gesamten von ihr eingenommenen Vergütungen nach einem festliegenden Schlüssel verteilen müsse, führe die genannte Handlungsweise zur Benachteiligung anderer Verleger von Unterhaltungsmusik, die ebenfalls Mitglieder der Klägerin seien.

3 Auf den klägerischen Antrag hin teilte die Kommission mit Schreiben vom 23. Januar 1974 den drei vorgenannten Gesellschaften gemäß Artikel 19 Ab-

satz 1 der Verordnung Nr. 17 die Beschwerdepunkte mit. Am 23. April 1974 hörte die Kommission die Parteien an; sie unterrichtete die Klägerin jedoch nicht vom weiteren Fortgang des Verfahrens.

4 Mit Schreiben vom 31. Januar 1978 forderte die Klägerin die Kommission auf, binnen zwei Monaten „eine förmliche Entscheidung in dem Einzelfall ... zu treffen", und drohte ihr an, anderenfalls Untätigkeitsklage nach Artikel 175 des Vertrages zu erheben.

5 Die Kommission antwortete mit Schreiben vom 22. März 1978. Darin vertrat sie die Auffassung, daß die von ihr „nach dem neuesten Stand ermittelten Umstände" es nicht rechtfertigen, dem Antrag der Klägerin auf Erlaß einer Entscheidung zur Feststellung des Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung durch Radio Luxemburg und die anderen genannten Unternehmen stattzugeben. Nach Auffassung der Kommission war es in Anbetracht der neueren Entwicklung der Tatsachen zweifelhaft, ob Radio Luxemburg eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes und eine mißbräuchliche Ausnutzung einer solchen Stellung überzeugend nachzuweisen sei. Die Kommission begründete diese Ansicht eingehend und schloß, daß eine Entscheidung nach Artikel 86 des Vertrages nicht gerechtfertigt sei. Sie gab der Klägerin jedoch gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 des Rats (ABl. vom 20. August 1963, S. 2268) die Möglichkeit, innerhalb einer Frist von 2 Monaten ab Eingang „dieser Stellungnahme" etwaige schriftliche Bemerkungen mitzuteilen.

6 Die Kommission äußerte in diesem Schreiben weiter ihre Ansicht, daß die Verwertungsgesellschaften über andere Mittel verfügten, um sich gegen Wettbewerbsverfälschungen zu schützen, die aus der Praxis bestimmter Rundfunkanstalten entstünden, bevorzugt solche Unterhaltungsmusiktitel zu senden, an denen sie gewisse Schutzrechte besässen. In diesem Zusammenhang schlug die Kommission der Klägerin vor, mit Beamten der Kommission ein Gespräch zu führen. Im Laufe dieses Gesprächs, das am 14. April 1978 stattfand und sich nach Darstellung der Klägerin auf sämtliche von der Kommission in ihrem Schreiben vom 22. März 1978 angeschnittenen Punkte bezog, unterbreitete die Kommission Vorschläge, wonach insbesondere die Satzungen der GEMA geändert werden sollten, um die Praxis der Gemeinschaftsverlagsverträge von Radio Luxemburg zu vereiteln. Mit Fernschreiben

vom 28. April 1978 teilte die Klägerin der Kommission jedoch mit, sie halte deren Vorschläge für undurchführbar.

7 Am 31. Mai 1978 erhob die Klägerin gemäß Artikel 175 des Vertrages Klage mit dem Antrag festzustellen, daß die Untätigkeit der Kommission rechtswidrig sei, und der Kommission aufzugeben, entweder in dem im Jahr 1971 auf den Antrag der Klägerin eingeleiteten Verfahren eine förmliche Entscheidung zu erlassen oder die Klägerin gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 von der Einstellung des Verfahrens zu unterrichten. Sie trägt vor, mit ihrem Schreiben vom 22. März 1978 habe die Kommission ihre Verpflichtungen aus Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 nicht erfüllt, da die Klägerin ein Recht habe, „daß die Kommission ... das Verfahren gegen Radio Luxemburg fortsetzt, die Zuwiderhandlung feststellt sowie die notwendigen Abhilfen anordnet".

8 Mit Beschluß vom 17. Januar 1979 hat der Gerichtshof die Streithilfe der Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion S. A. (Radio Luxemburg) und der Radio Music International s. à r.l. (RMI) zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen.

9 Am 19. März 1979 hat die Klägerin zusätzliche Hilfsanträge eingereicht, in denen sie für den Fall der Unzulässigkeit der Klage als Untätigkeitsklage beantragt, gemäß Artikel 173 Absatz 2 des Vertrages die in dem Schreiben der Kommission vom 22. März 1978 enthaltene Entscheidung, das Verfahren gegen Radio Luxemburg nicht fortzusetzen, für nichtig zu erklären.

Zur Zulässigkeit

10 Die Kommission bestreitet die Zulässigkeit der Untätigkeitsklage, weil der Tatbestand des Artikels 175 nicht erfüllt sei.

11 Artikel 175 Absatz 2 setze voraus, daß die Kommission binnen zwei Monaten nach der Aufforderung zum Tätigwerden „nicht Stellung genommen" habe; im vorliegenden Fall liege keine Untätigkeit vor, da das Schreiben der Kommission vom 22. März 1978 eine Stellungnahme im Sinne des Artikels 175 darstelle. Dies wiederum bestreitet die Klägerin: Zum einen stelle das Schreiben vom 22. März einen reinen Zwischenbescheid dar, zum anderen habe sie, da sie einen Antrag gemäß Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung

Nr. 17 gestellt habe, einen Anspruch auf eine „Entscheidung" im Sinne von Artikel 189 des Vertrages. Die Kommission führt weiter aus, die Klägerin gehöre nicht zu den natürlichen oder juristischen Personen, die sich nach Artikel 175 Absatz 3 an den Gerichtshof wenden könnten, da die seitens der Klägerin geforderte Entscheidung nicht an sie, sondern nur an die Unternehmen zu richten sei, deren Verhalten mit dem ursprünglichen Antrag beanstandet worden sei.

12 Ebenso bestreitet die Kommission die Zulässigkeit der zusätzlichen Hilfsanträge der Klägerin. Die Klägerin stützt diesen Hilfsantrag auf Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung, wonach „neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Laufe des Verfahrens" nicht mehr vorgebracht werden können, es sei denn, „daß sie auf rechtliche oder tatsächliche Gründe gestützt werden, die erst während des schriftlichen Verfahrens zutage getreten sind". Die Kommission meint jedoch, die Klägerin mache mit ihrem Hilfsantrag keine neuen Angriffsmittel geltend, sie stelle vielmehr einen neuen Antrag. Jedenfalls aber sei der Hilfsantrag unzulässig, da er nach Ablauf der in Artikel 173 Absatz 3 bestimmten Frist gestellt worden sei.

13 Es ist also die Zulässigkeit sowohl der Untätigkeitsklage wie des Hilfsantrags zu prüfen.

A — Die Untätigkeitsklage

14 Zunächst ist die Frage zu entscheiden, ob das Schreiben vom 22. März 1978 eine „Stellungnahme" im Sinne von Artikel 175 Absatz 2 darstellt. Hierfür ist zunächst zu prüfen, welche Pflichten die Kommission im Rahmen des mit der Verordnung Nr. 17 geschaffenen und mit der Verordnung Nr. 99/63 näher geregelten Verfahrens zur Feststellung von Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 85 und 86 des Vertrages hat.

15 Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 enthält insbesondere folgende Bestimmungen:

„1. Stellt die Kommission auf Antrag oder von Amts wegen eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 oder 86 des Vertrages fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung verpflichten, die festgetellte Zuwiderhandlung abzustellen.

2. Zur Stellung eines Antrags sind berechtigt:

   a) Mitgliedstaaten,

   b) Personen und Personenvereinigungen, die ein berechtigtes Interesse darlegen."

16 Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 lautet wie folgt:

„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."

17 Hieraus, insbesondere aus den Worten „so teilt sie den Antragstellern die Gründe hierfür mit", folgt, daß die in Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 genannte Mitteilung nur sicherstellen soll, daß ein Antragsteller im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 über die Gründe unterrichtet wird, die die Kommission zu dem Ergebnis gelangen lassen, daß es nach den von ihr im Laufe der Untersuchung ermittelten Umständen nicht gerechtfertigt ist, dem Antrag stattzugeben. Diese Mitteilung setzt die Einstellung des Verfahrens voraus, hindert die Kommission jedoch nicht, es wieder aufzunehmen, wenn sie dies für angebracht hält, insbesondere wenn der Antragsteller innerhalb der ihm zu diesem Zweck nach Artikel 6 eingeräumten Frist neue tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte vorbringt. Der Auffassung der Klägerin, das Stellen eines Antrags gemäß Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 begründe einen Anspruch auf eine Entscheidung der Kommission im Sinne von Artikel 189 des Vertrages über das Vorliegen der Zuwiderhandlung, kann somit nicht gefolgt werden.

18 Selbst wenn man übrigens unterstellt, eine solche Mitteilung wäre eine Entscheidung im Sinne des Artikels 189 des Vertrages und könnte deshalb nach Artikel 173 des Vertrages angefochten werden, so würde daraus immer noch nicht folgen, daß der Antragsteller im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 Anspruch auf eine abschließende Entscheidung der Kommission über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der behaupteten Zuwiderhandlung hätte. Denn die Kommission kann nicht verpflichtet sein, das Verfahren unter allen Umständen bis zu einer endgültigen Entscheidung fortzusetzen. Die von der Klägerin vertretene Auslegung würde dem Artikel 3 der Verord-

nung Nr. 17 seinen Sinn nehmen, wonach die Kommission unter bestimmten Umständen davon absehen kann, die beteiligten Unternehmen durch Entscheidung zur Abstellung der festgestellten Zuwiderhandlung zu verpflichten. Aus dem Wesen des in Artikel 3 der Verordnung geregelten Verfahrens zur Feststellung einer Zuwiderhandlung folgt somit, daß zugunsten von Personen und Personenvereinigungen, die gemäß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung die Feststellung einer Zuwiderhandlung durch die Kommission beantragt haben, kein Anspruch auf eine abschließende Entscheidung über das Verfahren anerkannt werden kann, das die Kommission auf ihren Antrag hin eingeleitet hat.

19 Zum Schreiben vom 22. März 1978 ist festzustellen, daß die Kommission die Klägerin von ihrer Auffassung unterrichtet hat, eine Entscheidung nach Artikel 86 des Vertrages sei nicht gerechtfertigt, und ihr die tatsächlichen Umstände sowie die Gründe dargelegt hat, die diese Auffassung stützen. Sie hat ihr weiterhin gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 eine Frist von zwei Monaten zur Mitteilung etwaiger schriftlicher Bemerkungen gesetzt.

20 Demzufolge entsprach das Verhalten der Kommission, als sie der Klägerin das Ergebnis des Verfahrens und die Gründe der Einstellung mitteilte, dem oben wiedergegebenen Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63. Anzufügen ist, daß der Vorschlag der Kommission, ein Gespräch mit der Klägerin zu führen, um andere geeignete Mittel gegen die Auswirkungen der von dieser beanstandeten Praxis zu suchen, aus dem Rahmen des Verfahrens wegen Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsvorschriften fällt, das die Kommission auf den ursprünglichen Antrag hin eingeleitet hatte; dies ergibt sich aus ihrem — aus zwei verschiedenen Teilen bestehenden — Schreiben. Entgegen der Auffassung der Klägerin macht dieser Vorschlag das Schreiben deshalb nicht zu einem Zwischenbescheid.

21 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die Kommission — als sie auf das Mahnschreiben der Klägerin vom 31. Januar 1978 mit dem Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 entsprechenden Schreiben vom 22. März 1978 antwortete — eine Rechtshandlung an die Klägerin gerichtet hat, die eine Stellungnahme im Sinne des Artikels 175 Absatz 2 des Vertrages darstellt.

22 Folglich hat es die Kommission nicht unterlassen, über den Antrag der Klägerin zu entscheiden; der Tatbestand des Artikels 175 ist nicht erfüllt.

23 Die Untätigkeitsklage ist somit als unzulässig abzuweisen.

B — Die Nichtigkeitsklage

24 Wie bereits erwähnt, hat die Klägerin am 19. März 1979 zusätzliche Hilfsanträge eingereicht, in denen sie beantragt, „die in dem Schreiben der Kommission an die Klägerin vom 22. 3. 1978 enthaltene Entscheidung, das Verfahren gegen Radio Luxemburg nicht fortzusetzen, für nichtig zu erklären (Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag)". Sie stützt ihren Antrag darauf, daß er mit den gleichen Tatsachen begründet sei, welche sie bereits zur Begründung der Untätigkeitsklage vorgetragen habe. Weiter führt sie aus, ihr Antrag stelle ein neues Angriffsmittel dar, das auf rechtliche Gründe gestützt werde, die erst nach Abschluß des schriftlichen Verfahrens zutage getreten seien; er sei somit gemäß Artikel 42 § 2 Absatz 1 der Verfahrensordnung zulässig.

25 Den rechtlichen Grund, auf den sich die Klägerin beruft, soll die am 20. Februar 1979 erfolgte Zustellung des vollständigen Urteils des Bundesgerichtshofs vom 12. Dezember 1978 in einem Rechtsstreit GEMA gegen Radio Luxemburg, RMI und RTM darstellen, in dem es um den gleichen Sachverhalt gegangen sei wie in dem von der Kommission gegen diese Unternehmen eingeleiteten Verfahren. Aus dem Urteil ergibt sich insbesondere die Auffassung des Bundesgerichtshofes, die Kommission habe von der Fortführung dieses Verfahrens abgesehen. Nach Ansicht der Klägerin hat der Bundesgerichtshof das Schreiben der Kommission vom 22. März 1978 als eine das Verfahren abschließende Entscheidung angesehen. Die Klägerin erhebt die Nichtigkeitsklage hilfsweise für den Fall, daß der Gerichtshof diese Auffassung teile.

26 Nach Artikel 42 § 2 Absatz 1 der Verfahrensordnung „können neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Laufe des Verfahrens nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, daß sie auf rechtliche oder tatsächliche Gründe gestützt werden, die erst während des schriftlichen Verfahrens zutage getreten sind". Diese Bestimmung erlaubt es dem Kläger also, den Antrag aus dem das Verfahren einleitenden Schriftsatz ausnahmsweise auf neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu stützen. Sie erlaubt dem Kläger nicht, neue Anträge zu stellen, und erst recht nicht, von einer Untätigkeitsklage zu einer Nichtigkeitsklage überzugehen. Im vorliegenden Fall stützen sich die Anträge der Klageschrift auf Artikel 175 des Vertrages, die zusätzlichen Hilfsanträge auf das Vorliegen einer nach Artikel 173 anfechtbaren Rechtshandlung. Um die Zulässigkeit ihres Antrags auf Nichtigerklärung der Entscheidung zu begründen, die in dem Schreiben der Kommission vom 22. März 1978 enthalten sein soll, kann sie die Klägerin somit nicht auf die vorgenannte Bestimmung berufen.

27 Der Hilfsantrag auf Nichtigerklärung ist somit als unzulässig abzuweisen.

Kosten

28 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

29 Da die Klägerin mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, ist sie zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Ausgenommen sind solche Kosten, die durch den Beitritt von Radio Luxemburg und von RMI verursacht worden sind; diese sind gemäß Artikel 69 § 3 der Verfahrensordnung in der Weise gegeneinander aufzuheben, daß die Klägerin und die Streithelferinnen jeweils ihre eigenen Kosten zu tragen haben, da die Streithelferinnen weder schriftliche noch mündliche Erklärungen abgegeben haben.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Klage wird als unzulässig abgewiesen.**
2. **Die Klägerin hat die Kosten zu tragen. Ausgenommen sind solche Kosten, die durch den Beitritt der Streithelferinnen verursacht worden sind; diese werden in der Weise gegeneinander aufgehoben, daß die Klägerin und die Streithelferinnen jeweils ihre eigenen Kosten tragen.**

Kutscher O'Keeffe Touffait

Mertens de Wilmars Pescatore Mackenzie Stuart Bosco

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 18. Oktober 1979.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

H. Kutscher