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.

Die GVL befaßt sich mit der Wahrnehmung sogenannter Interpretenrechte. Diese Rechte ergeben sich aus den Bestimmungen des deutschen Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte von 1965 (im folgenden „Urheberrechtsgesetz" genannt), das sie als Leistungsschutzrechte der ausübenden Künstler, der Tonträgerhersteller und der Sendeunternehmen eingeführt hat. Diese Leistungsschutzrechte begründen das Erfordernis der Einwilligung für die *Erstverwertung* der darstellerischen Leistung (§§ 74, 75, 76 Absatz 1 Urheberrechtsgesetz), dagegen nur Vergütungsansprüche für die *Zweitverwertung* (§§ 76 Absatz 2, 77 Urheberrechtsgesetz). Gemäß den §§ 84, 53 Absatz 5 Urheberrechtsgesetz besteht zudem für die ausübenden Künstler ein Vergütungsanspruch gegen die Hersteller von Vervielfältigungsgeräten von Werken zum persönlichen Gebrauch.

Nach § 125 Absatz 1 des Urheberrechtsgesetzes stehen diese Leistungsschutzrechte deutschen Staatsangehörigen für alle ihre Darbietungen zu, unabhängig von dem Ort, an dem sie stattfinden. Ausländische Staatsangehörige sind hinsichtlich der Gewährung von Leistungsschutzrechten Inländern gemäß Absatz 2 dieser Vorschrift unter den einschränkenden Voraussetzungen, die sich aus den Absätzen 3 bis 6 und aus dem sogenannten Rom-Abkommen (Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen vom 26. Oktober 1961, UNTS 496, 45) ergeben, gleichgestellt.

Die GVL, die sich als einzige deutsche Verwertungsgesellschaft mit der Wahrnehmung der Vergütungsansprüche aus der *Zweitverwertung* befaßt, unterliegt dabei dem deutschen Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 9. September 1965 (Bundesgesetzblatt I, S. 1294 — im folgenden „Wahrnehmungsgesetz" genannt). Nach diesem Gesetz besteht für die Verwertungsgesellschaften, die der staatlichen Erlaubnispflicht und Aufsicht unterliegen, ein Abschlußzwang gegenüber Nutzungsinteressenten und ein Wahrnehmungszwang gegenüber den Berechtigten. Hinsichtlich des *Wahrnehmungszwangs* sieht § 6 Absatz 1 des Gesetzes vor, daß die Verwertungsgesellschaft verpflichtet ist, die zu ihrem Tätigkeitsbereich gehörenden Rechte und Ansprüche auf Verlangen der Berechtigten zu angemessenen Bedingungen wahrzunehmen, „wenn diese Deutsche im Sinne des Grundgesetzes sind oder ihren Wohnsitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes haben und eine wirksame Wahrnehmung der Rechte oder Ansprüche anders nicht möglich ist".

Mit Schreiben vom 4. September 1980 teilte die Kommission der GVL mit, daß sie auf Beschwerde von Interpar, London, und aufgrund der festgestellten Weigerung zum Abschluß eines Wahrnehmungsvertrags mit einem italienischen Chor gemäß Artikel 86 des EWG-Vertrags das in der Verordnung Nr. 17 des Rates vorgesehene Verfahren eingeleitet habe. Sie rügte, die GVL verstoße gegen das Verbot des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, indem sie es ablehne, mit ausländischen Künstlern ohne Wohnsitz in Deutschland — gleichgültig, ob es sich dabei um Künstler aus Mitgliedstaaten der EG handele oder nicht — Wahrnehmungsverträge abzuschließen oder sonstwie deren in Deutschland bestehenden Leistungsschutzrechte wahrzunehmen. Infolgedessen gebe es Anhaltspunkte, die den Erlaß einer Entscheidung nach Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 möglich machten. Mit Schreiben vom 22. September 1980 brachte die Kommission der GVL die gleichlautenden Beschwerden einiger im

Vereinigten Königreich wohnhafter Künstler sowie von zwei Künstlern aus Frankreich zur Kenntnis und teilte gleichzeitig mit, daß diese Beschwerden mit dem laufenden Beschwerdeverfahren Interpar gegen GVL verbunden würden. GVL nahm zu den Mitteilungen der Beschwerdepunkte mit Schreiben vom 5. November 1980 und vom 9. Januar 1981 Stellung.

Bereits am 21. November 1980 hatte die GVL einen Beschluß mit folgendem Wortlaut gefaßt:

„Berechtigte mit Wohnsitz in Ländern der Europäischen Gemeinschaft erhalten auf Antrag den allgemein gültigen Wahrnehmungsvertrag der GVL, auch soweit sie keinen Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland einschließlich West-Berlins haben. Die bisherige Praxis, bei der die GVL gemäß § 6 des Wahrnehmungsgesetzes verfahren ist, wird unwiderruflich aufgegeben."

Am 12. Februar 1981 kam es zu dem in Artikel 19 der Verordnung Nr. 17 des Rates und den Bestimmungen der Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission vom 25. Juli 1963 (ABl. Nr. 127 vom 20. 8. 1963, S. 2268) vorgesehenen Anhörungsverfahren. Am 29. Oktober 1981 erließ die Kommission dann die streitige Entscheidung (ABl. L 370 vom 28. 12. 1981, S. 49), die der GVL am 9. November 1981 zugestellt wurde. Nachdem die Kommission darin ausdrücklich festgestellt hat, daß die GVL durch Änderung des Gesellschafts- und Musterwahrnehmungsvertrags die Diskriminierung von Künstlern ohne deutsche Staatsangehörigkeit, soweit es die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten oder Künstler mit Wohnsitz in einem dieser Mitgliedstaaten betreffe, abgestellt habe, lautet Artikel 1 dieser Entscheidung wie folgt:

„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, stellte, soweit diese Künstler die Staatsangehörigkeit eines EG-Mitgliedstaats besaßen oder in einem Mitgliedstaat ihren Wohnsitz hatten, einen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinn von Artikel 86 des EWG-Vertrags dar."

Hiergegen hat die GVL am 8. Januar 1982 Klage erhoben mit dem Antrag, die Entscheidung wegen Verletzung wesentlicher Formvorschriften im Verfahren bis zur Entscheidung, wegen Überschreitung der Entscheidungszuständigkeit der Kommission und wegen Verstoßes gegen Artikel 86 des EWG-Vertrags aufzuheben.

Zu diesem Antrag nehme ich wie folgt Stellung:

A — Zur Frage der Entscheidungszuständigkeit der Kommission

Im Rahmen ihrer formellen Beanstandungen rügt die Klägerin in erster Linie die „Unzuständigkeit" der Kommission im Sinne von Artikel 173 Absatz 1 des EWG-Vertrags, da diese mit dem Erlaß der angefochtenen Entscheidung die ihr nach dem Vertrag oder der Verordnung Nr. 17 eingeräumten Befugnisse überschritten habe. Zur Prüfung dieser Frage ist es daher notwendig, zunächst den Inhalt der erlassenen Entscheidung und ihre Wirkung anhand der Entscheidungsgründe genauer zu würdigen.

Im Tenor der Entscheidung wird festgestellt, daß die Weigerung der GVL vor dem 21. November 1980, die Leistungsschutzrechte ausländischer Künstler, die

keinen Wohnsitz in Deutschland hatten, aber die Staatsangehörigkeit eines EG-Mitgliedstaats besaßen oder in einem Mitgliedstaat ihren Wohnsitz hatten, wahrzunehmen, einen Verstoß gegen Artikel 86 des EWG-Vertrags dargestellt habe. Wie aus Randnummer 71 der Entscheidung zu entnehmen ist, ist die Kommission beim Erlaß davon ausgegangen, daß die Klägerin von dem genannten Datum an ihr mißbräuchliches Verhalten eingestellt hat, und hat deshalb nicht eine Abstellungsentscheidung nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 erlassen, sondern sich, gestützt auf diese Vorschrift, ausdrücklich mit der Feststellung des rechtswidrigen Verhaltens der Klägerin vor diesem Zeitpunkt begnügt.

Zugleich hat die Kommission unter Randnummer 74 der Entscheidung die Anwendbarkeit von Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 im Hinblick auf den Erlaß einer Feststellungsentscheidung deshalb bejaht, weil die GVL „... der *Auffassung* [sei], daß sie auch *weiterhin* angesichts der *unklaren Rechtslage* berechtigt sei, Künstler ohne deutsche Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz in Deutschland von ihrer Wahrnehmungstätigkeit auszuschließen". Es heißt dann weiter „zur Klärung der Rechtslage, auch im Hinblick auf die Beschwerdeführer, und um künftige gleichartige oder ähnliche Zuwiderhandlungen auszuschließen, [sei] eine Entscheidung erforderlich".

Dies bedeutet mit anderen Worten, daß die Kommission zwar davon ausging, die GVL habe mit dem Beschluß ihrer Gesellschafterversammlung die Zuwiderhandlung abgestellt, daß sie aber andererseits — offensichtlich veranlaßt durch die spätere genaue Lektüre des Gesellschafterbeschlusses und die Verwertungspraxis der GVL — einen erneuten Mißbrauch befürchtete und deshalb den Erlaß einer Feststellungsentscheidung zur Klärung der aktuellen Rechtslage für erforderlich hielt. Von Bedeutung in diesem Zusammenhang ist weiterhin, daß die Kommission von der Festsetzung einer Geldbuße gemäß Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 17 für das Verhalten der GVL in der Vergangenheit im Rahmen des ihr in dieser Vorschrift eingeräumten Ermessensspielraums abgesehen hat.

Im folgenden ist daher zu prüfen, ob die Kommission gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 oder aufgrund anderer Vorschriften befugt war, eine Entscheidung dieser Art mit den beschriebenen Wirkungen zu erlassen, wenn einerseits der Verstoß schon während des Verwaltungsverfahrens abgestellt, andererseits keine Geldbuße verhängt worden ist. Eine solche Entscheidung aber ist nur dann nicht zu beanstanden, wenn erstens die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln grundsätzlich eine solche Feststellung auch noch nach Abstellung der Zuwiderhandlung zulassen und wenn zweitens nicht die konkreten Umstände des Einzelfalls eine derartige Feststellung ausschließen.

I — Zur Frage der Zulässigkeit einer Feststellung nach Abstellung der Zuwiderhandlung

Sowohl die Klägerin als auch die Kommission stimmen darin überein, daß weder die Bestimmungen des EWG-Vertrags noch die Durchführungsverordnung Nr. 17 ausdrücklich die Frage regeln, ob die Kommission befugt ist, durch Entscheidung festzustellen, daß ein Unternehmen in der Vergangenheit gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrages verstoßen hat. Nach Auffassung der Klägerin enthält die Verordnung Nr. 17 aber einen geschlossenen, keinen Analogien zugänglichen Sanktionskatalog, was zur Folge habe, daß die Kommission nicht zum Erlaß einer nachträglichen Feststellungsentscheidung zuständig ge-

wesen sei. Die Kommission dagegen vertritt den Standpunkt, eine solche Zuständigkeit lasse sich aus dem EWG-Vertrag und der Verordnung Nr. 17 durch Interpretation herleiten. Nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 sei sie berechtigt, Abstellungsentscheidungen zu erlassen, und Artikel 15 der Verordnung räume ihr darüber hinaus die Kompetenz zur Festsetzung von Bußgeldsanktionen ein. Demzufolge müsse sie auch „a majore ad minus" berechtigt sein, bloße Feststellungsentscheidungen der vorliegenden Art zu erlassen, um damit eine Lücke zwischen den ausdrücklich in der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Entscheidungsbefugnissen zu schließen. Schließlich zeige auch die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu der Kartellverordnung, daß Befugnisse nicht nur dann bestehen könnten, wenn sie „expressis verbis" vorgesehen seien.

1. Bei der Würdigung dieser *rechtlichen Argumente* im einzelnen ist zunächst an das das Gemeinschaftsrecht beherrschende *Prinzip der beschränkten Einzelzuständigkeit* zu erinnern, wie es in Artikel 4 des EWG-Vertrags zum Ausdruck kommt, wonach jedes Organ nur nach Maßgabe der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse handeln darf.

a) Die Befugnisse der Kommission ergeben sich dabei aus Artikel 155 des EWG-Vertrags, wonach die Kommission unter anderem die Aufgabe hat, nach Maßgabe des EWG-Vertrags in eigener Zuständigkeit Entscheidungen zu treffen sowie die Befugnisse auszuüben, die ihr der Rat zur Durchführung der von ihm erlassenen Vorschriften überträgt. Zu der *originären Zuständigkeit* der Kommission gehört es gemäß Artikel 89 Absatz 1 des EWG-Vertrags, auf die Verwirklichung der in den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrags niedergelegten Grundsätze zu achten. Stellt sie eine Zuwiderhandlung fest, hat sie gemäß Artikel 89 Absatz 1 Satz 3 des EWG-Vertrags geeignete Mittel vorzuschlagen, um diese abzustellen. Aus Absatz 2 dieser Vorschrift ergibt sich sodann klar, daß die Kommission in einer Entscheidung die Feststellung, daß eine derartige Zuwiderhandlung vorliegt, aber erst dann treffen kann, wenn die Zuwiderhandlung nicht abgestellt ist. Im Umkehrschluß folgt daraus, wie die Klägerin zu Recht feststellt, daß nach dieser Regelung die Kommission nicht mehr zum Erlaß einer Entscheidung zuständig ist, wenn die Zuwiderhandlung rechtzeitig abgestellt worden ist.

Die *delegierten Befugnisse* der Kommission auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts finden wir in der Verordnung Nr. 17. Artikel 3 Absatz 1 dieser Verordnung, auf den die Kommission den Erlaß der Entscheidung stützt, lautet wie folgt:

„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.*"

Wie sich aus Absatz 3 der gleichen Vorschrift ergibt, kann die Kommission aber auch — unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieser Verordnung —, bevor sie eine Entscheidung nach Absatz 1 erläßt, *Empfehlungen* zur Abstellung der Zuwiderhandlung an die beteiligten Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen richten. Die Zusammenschau des Artikels 3 ergibt dabei, daß die Kommission, wenn sie Empfehlungen zur Abstellung der Zuwiderhandlung vorschaltet und diese nicht beendet wird, eine Abstellungsentscheidung erlassen kann. Umgekehrt aber folgt daraus, wie auch der Gerichtshof in der Zementhändler-

entscheidung [1] und in der Rechtssache EMI Records [2] indirekt klargestellt hat, daß, sobald eine Zuwiderhandlung abgestellt ist und Wiederholungen nicht zu besorgen sind, kein Raum mehr für eine Abstellungsverfügung, die dann ins Leere greifen würde, verbleibt.

b) Ein solches Ergebnis läßt sich im übrigen auch aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift herleiten, die, indem die betroffenen Unternehmen verpflichtet werden, eine von der Kommission festgestellte Zuwiderhandlung „abzustellen", gewährleisten soll, daß das tatsächliche Marktverhalten der Unternehmen *in der Zukunft* den Erfordernissen des Systems unverfälschten Wettbewerbs entspricht. Aus der fraglichen Vorschrift läßt sich daher eine Befugnis für den Erlaß von Maßnahmen, die nicht ausschließlich der Beendigung der Zuwiderhandlung dienen, sondern ein abgeschlossenes Verhalten ahnden sollen, nicht herleiten — auch nicht im Wege des Schlusses a majore ad minus.

c) Nicht zuletzt zeigt auch, wie die Klägerin meines Erachtens zu Recht bemerkt, die Entstehungsgeschichte der Verordnung Nr. 17, daß der Rat der Kommission keine *alleinige Feststellungszuständigkeit* einräumen wollte. Insbesondere die Artikel 7 und 8 des Verordnungs*entwurfs* der Kommission machen hier deutlich, daß diese ursprünglich eine Zweiteilung des Feststellungs- und Abstellungsverfahrens für erforderlich gehalten hatte. Demgemäß war in Artikel 17 des Entwurfs eine getrennte Veröffentlichungsmöglichkeit für Feststellungsentscheidung und Abstellungsentscheidung vorgesehen. Auch der Binnenmarktausschuß des Europäischen Parlaments ist diesen Vorstellungen der Kommission gefolgt und hat eine Befugnis zur feststellenden Entscheidung, „ob ein oder mehrere Unternehmen eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages mißbräuchlich ausnutzen" [3] für wünschenswert gehalten. Wie der endgültige Text der Verordnung Nr. 17 zeigt, hat sich der Rat diesem Trennungsprinzip aber nicht angeschlossen, sondern vielmehr in Artikel 3 der Verordnung allein der Abstellungsbefugnis gegen Zuwiderhandlungen Bedeutung beigemessen und in diesem Zusammenhang nur die inzidente Feststellung eines Verstoßes vorgesehen. Angesichts dieses insofern klaren Textes läßt sich, wie mir scheint, schwerlich die von der Kommission vertretene Meinung aufrechterhalten, die Zweiteilung der Feststellungs- und Abstellungsbefugnis sei nur aus redaktionellen Gründen aufgegeben worden.

d) Eine Befugnis der Kommission, durch Entscheidung Feststellungen über ein Wettbewerbsverhalten betroffener Unternehmen in der Vergangenheit zu treffen, läßt sich weiterhin auch nicht aus Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 herleiten, der die Befugnis der Kommission festlegt, Geldbußen zu verhängen, und neben der Verpflichtungsentscheidung nach Artikel 3 der Verordnung das wichtigste Mittel zur Durchsetzung der in den Artikeln 85 und 86 niedergelegten Verbote ist. Aus dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift, der darin besteht, unerlaubte Handlungsweisen zu ahnden sowie ihrer Wiederholung vorzubeugen, folgt zwar, wie der Gerichtshof in der Rechtssache Buchler [4] klargestellt

1 — Urteil vom 17. Oktober 1972 in der Rechtssache 8/72 — Vereeniging van Cementhandelaren/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1972, 977.

2 — Urteil vom 15. Juni 1976 in der Rechtssache 51/75 — EMI Records Limited/CBS United Kingdom Limited —, Slg. 1976, 811, 850.

3 — Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1961-1962, Dokument 57, S. 37/38.

4 — Urteil vom 15. Juli 1970 in der Rechtssache 44/69 — Buchler & Co./Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1970, 733.

hat, daß die Befugnis der Kommission zur Verhängung von Sanktionen auch dann noch gegeben ist, wenn das die Zuwiderhandlung begründende Verhalten und die Möglichkeit nachteiliger Auswirkungen nicht mehr bestehen. Die Tatbestandsvoraussetzungen, die zu einer Feststellungsentscheidung oder zu einer Bußgeldentscheidung führen, sind aber insofern grundsätzlich verschieden, als die Verhängung einer Geldbuße den Nachweis von Vorsatz oder Fahrlässigkeit erfordert, Merkmale, die für die reine Feststellungs- und Abstellungsentscheidung gemäß Artikel 3 der Verordnung nicht erforderlich sind. Daher kann sich auch hier die Kommission nicht auf das „argumentum a majore ad minus" berufen und nicht darauf verweisen, daß sie sonst stets gehalten wäre, Bußgelder zu verhängen.

Zu diesen Argumenten sei noch angemerkt, daß auch bei der Anwendung von Artikel 15 die allgemein in den Mitgliedstaaten gültigen strafrechtlichen Grundsätze berücksichtigt werden müssen, zu denen das Prinzip zu rechnen ist, daß bei Zweifeln an der Tat oder an der Schuld Strafen nicht verhängt werden dürfen. Deshalb ist es auch unzulässig, bei Vorliegen solcher Zweifel zwar von der Verhängung einer Geldbuße abzusehen, aber dennoch auf das mildere Mittel einer Feststellungsentscheidung zurückzugreifen, die, wie die Kommission einräumt, durch die Publizierung im Amtsblatt ebenfalls eine gewisse *Sanktionswirkung* entfaltet.

e) Nachdem die Interpretation des Vertrages und der einschlägigen Bestimmungen der Verordnung Nr. 17 ergibt, daß eine *ausdrückliche* Ermächtigung zum Erlaß entsprechender Feststellungsentscheidungen nicht besteht, bleibt zu prüfen, ob diese Lücke, wie von der Kommission vorgeschlagen, im Wege der *Analogie* geschlossen werden kann. Gegen ein solches Vorgehen spricht aber neben dem bereits erwähnten institutionellen Grundsatz der „compétence attribuée" einmal die sich aus Artikel 88 des EWG-Vertrags ergebende *Kompetenzvermutung zugunsten nationaler Behörden,* solange der Rat keine Durchführungsmaßnahmen zu den Artikel 85 und 86 getroffen hat, und zum anderen der vom Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung anerkannte *Grundsatz der Wahrung der Rechtssicherheit,* der in engem Zusammenhang mit den Prinzipien der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Voraussehbarkeit von Sanktionsnormen steht. Aus diesen Grundsätzen, die Bestandteil der Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten und somit auch Bestandteil des Gemeinschaftsrechts sind, folgt aber, daß die Behörden Rechtsakte zum Nachteil des Bürgers oder Sanktionen nur erlassen dürfen, wenn sie hierzu ausdrücklich vom Gesetzgeber ermächtigt worden sind. Gerade daran fehlt es jedoch im vorliegenden Fall. Berücksichtigt man nämlich die durch die Veröffentlichung der Feststellungsentscheidung hervorgerufene *Sanktionswirkung* zum Nachteil des betroffenen Unternehmens, bleibt festzustellen, daß ein solches Vorgehen nach dem Grundsatz der Bestimmtheit und Voraussehbarkeit von Sanktionsnormen, dessen Geltung für das Kartellrecht indirekt vom Gerichtshof in der Rechtssache Hoffmann-La Roche [1] anerkannt wurde, nur aufgrund einer ausdrücklichen und genau abgegrenzten Befugnisnorm erfolgen darf. Insofern muß der Sanktionskatalog der Verordnung Nr. 17 als ein geschlossener angesehen werden, der keiner Analogie zugänglich ist.

f) Gegenteiliges läßt sich insbesondere auch nicht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes herleiten. Nach Auffas-

1 — Urteil vom 13. Dezember 1979 in der Rechtssache 85/76 — Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1979, 461.

sung der Kommission macht der Beschluß des Gerichtshofes in der Rechtssache Camera Care [1] deutlich, daß auch nach Ansicht des Gerichtshofes eine bestimmte Befugnis nicht expressis verbis eingeräumt sein müsse, sondern daß die in der Verordnung Nr. 17 enthaltenen Kompetenzzuweisungsvorschriften interpretiert werden könnten. In dieser Rechtssache ging es aber lediglich um die Frage, ob die Kommission ihre Kontrollbefugnis in Wettbewerbsangelegenheiten vor der Entscheidung in der Hauptsache durch einstweilige Maßnahmen wahrnehmen kann. Der Gerichtshof hat diese Frage unter anderem mit der Begründung bejaht, daß es hinsichtlich der der Kommission im ersten Absatz von Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 *verliehenen Entscheidungsbefugnis* darauf ankomme, daß sie auf die wirksamste und den Umständen des Einzelfalls am ehesten angemessene Weise ausgeübt werden könne. Er ging also gerade von dem Bestehen einer solchen Entscheidungsbefugnis aus und prüfte lediglich die Frage, inwieweit die Kommission zur Vermeidung nicht wiedergutzumachender Schäden im Rahmen der ihr verliehenen Kontrollbefugnis auch vorläufige und sichernde Maßnahmen ergreifen kann. Um die wirksame Erfüllung der Aufgaben der Kommission zu ermöglichen und die praktische Wirksamkeit der Entscheidung zu gewährleisten, hat der Gerichtshof schließlich diese Frage unter sehr eng gefaßten Voraussetzungen und unter ausdrücklichem Hinweis darauf bejaht, daß derartige Maßnahmen nur unter Berücksichtigung der legitimen Interessen des betroffenen Unternehmens ergriffen werden dürfen.

Auch die zweite von der Kommission zur Stützung ihrer These herangezogene Entscheidung in der Rechtssache BP [2] enthält keine relevante Aussage zu dem hier zu behandelnden Problem. Dieser Rechtssache lag zwar, wie im vorliegenden Fall, eine reine Feststellungsentscheidung der Kommission wegen eines in der Vergangenheit liegenden Verstoßes gegen Artikel 86 des EWG-Vertrags zugrunde, die gemäß Artikel 173 des Vertrages angefochten wurde. Auf den entsprechenden Vortrag der Klägerinnen hin hat der Gerichtshof aber im Hinblick auf die *Zulässigkeit der Klage* lediglich entschieden, daß das Fehlen finanzieller Sanktionen in einer Entscheidung nicht das Interesse des Betroffenen ausschließt, die Rechtmäßigkeit der Entscheidung durch den Gerichtshof überprüfen zu lassen. Da die Frage der Befugnis der Kommission zum Erlaß einer solchen Entscheidung in diesem Rechtsstreit jedoch nicht aufgeworfen worden war und die Entscheidung aus anderen Gründen aufzuheben war, sah sich der Gerichtshof auch nicht veranlaßt, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Dieser Umstand rechtfertigt also auch nicht den Schluß, daß die Feststellungsentscheidung deshalb zulässig sei, weil der Gerichtshof ihre Rechtmäßigkeit überprüft habe.

2. Nachdem somit davon auszugehen ist, daß die Kommission keine Kompetenz zum Erlaß einer reinen Feststellungsentscheidung für die Vergangenheit hat, sind die von ihr weiterhin geltend gemachten praktischen Bedürfnisse, die für eine solche Zuständigkeit sprechen, im Rahmen der vom Gerichtshof vorzunehmenden *Rechtsprüfung* grundsätzlich irrelevant. Ich kann mich deshalb darauf beschränken, die insoweit von der Kommission vorgetragenen Argumente nur

1 — Beschluß vom 17. Januar 1980 in der Rechtssache 792/79 R — Camera Care Ltd./Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1980, 119.

2 — Urteil vom 29. Juni 1978 in der Rechtssache 77/77 — Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV und andere/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1978, 1513.

kurz auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfen.

Nach Auffassung der Kommission ist eine solche Zuständigkeit unerläßlich, um ihre Effizienz bei der Durchführung der Wettbewerbspolitik zu gewährleisten. Sie beruft sich hier in erster Linie auf die durch die Veröffentlichung entstehende *Informationswirkung* gegenüber den betroffenen Unternehmen selbst, gegenüber deren Geschäftspartnern und schließlich gegenüber dritten, ähnlich oder gleich handelnden Unternehmen.

a) Zu diesem Vorbringen ist zu bemerken, daß Artikel 21 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17, der die Veröffentlichung von Entscheidungen vorsieht, die die Kommission nach den Artikeln 2, 3, 6, 7 und 8 erläßt, geradezu voraussetzt, daß die Kommission im Rahmen der ihr nach diesen Vorschriften eingeräumten Entscheidungskompetenz handelt. Ein erwünschter Publizitätseffekt *allein* vermag deshalb, insbesondere auch im Hinblick auf seine nachteilige Wirkung gegenüber den betroffenen Unternehmen, keine Entscheidungszuständigkeit zu begründen.

Der Gerichtshof hat zwar, wie die Kommission zu Recht bemerkt, in der Rechtssache Chemiefarma [1] bestätigt, daß die Publizität einer Kommissionsentscheidung in Wettbewerbssachen dazu beitragen kann, die Einhaltung der Wettbewerbsregeln des Vertrages zu gewährleisten. Diese Feststellung bezog sich aber gerade nicht auf eine Situation, in der keine Entscheidungskompetenz bestand, sondern betraf umgekehrt den Fall, daß eine auf Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 gestützte Entscheidung im Amtsblatt veröffentlicht worden war, ohne daß die Veröffentlichung in Artikel 21 der Verordnung vorgesehen war. Wenn aus diesem Urteil überhaupt eine Folge für den vorliegenden Fall abgeleitet werden kann, läßt sich, wie die Klägerin richtig bemerkt, umgekehrt sagen, daß gerade, weil der Gerichtshof der Publizität zusätzliche Sanktionswirkung beigemessen hat, deren Verhängung dem strengen und abschließenden Zuständigkeits- und Rechtsschutzkatalog genügen muß.

Im übrigen, soviel sei abschließend zu dieser Frage bemerkt, dient eine Entscheidung gemäß Artikel 189 Absatz 4 des EWG-Vertrags grundsätzlich der Regelung eines Einzelfalls und verfolgt in erster Linie nicht die Feststellung einer abstrakten Rechtsfrage. Die von der Kommission erwünschte Informationswirkung ließe sich darüber hinaus auch durch einen Einstellungsbeschluß herbeiführen, der der Presse mitgeteilt oder im Amtsblatt veröffentlicht wird und in dem die Kommission zum Ausdruck bringen kann, das Verfahren werde eingestellt, nachdem die aus der Sicht der Kommission zu beanstandende Praxis aufgegeben worden sei. Eines Rechtsschutzes gegen einen solchen Beschluß bedarf es, um auf ein weiteres Argument der Kommission einzugehen, nicht.

b) Einer solchen Veröffentlichung oder einer im Amtsblatt publizierten Mitteilung der Kommission über die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage käme schließlich im Hinblick auf eventuelle *Rechtsstreitigkeiten* zwischen den betroffenen Unternehmen und Dritten vor nationalen Gerichten dieselbe Wirkung zu wie die einer Entscheidung, die ebenfalls insofern keine präjudizielle, sondern nur *indizielle* Bedeutung hat.

c) Ebenfalls nicht zu überzeugen vermag mich abschließend das Argument der Kommission, eine solche reine Fest-

1 — Urteil vom 15. Juli 1970 in der Rechtssache 41/69 — ACF Chemiefarma NV/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1970, 661.

stellungsentscheidung sei unerläßlich, um einer *Wiederholungsgefahr* wirksam zu begegnen. Besteht nachweislich eine solche Gefahr, hat die Kommission, wie bereits gesagt, die Möglichkeit, gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 eine Untersagungsentscheidung zu erlassen. Dagegen ist die von der Kommission beanspruchte Präklusionswirkung eines objektiven Feststellungsverfahrens in den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln, die den Zweck verfolgen, konkrete Verletzungen zu unterbinden, gerade nicht vorgesehen. Kehrt ein Unternehmen aber nach der Einstellung des Verfahrens zu der ursprünglich beanstandeten Verhaltensweise zurück, kann schließlich in dem weiteren Verfahren dieses Verhalten ebenfalls im Rahmen des subjektiven Tatbestands des Verschuldens berücksichtigt werden.

3. Zum Vorbringen der Kommission, der Erlaß reiner Feststellungsentscheidungen, mit denen ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten der betroffenen Unternehmen gerügt werde, entspreche ihrer ständigen Verwaltungspraxis, genügt der Hinweis, daß ein solches Vorgehen jedenfalls keine gewohnheitsrechtliche Sanktionskompetenz zu Lasten der betroffenen Unternehmen schaffen kann.

II — Zur Frage, ob die konkreten Umstände dieses Falles eine Feststellung unzulässig machen

Abgesehen davon, daß die Kommission meines Erachtens grundsätzlich nicht befugt war, gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 eine Entscheidung zu erlassen, mit der lediglich ein in der Vergangenheit liegender, zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung längst abgestellter Verstoß festgestellt wurde, ohne eine Geldbuße zu verhängen oder sonstige Verpflichtungen aufzuerlegen, spricht erst recht die folgende Überlegung gegen die Zuständigkeit der Kommission zum Erlaß einer solchen Entscheidung gerade im *vorliegenden* Fall.

Hier ist daran zu erinnern, daß die Kommission zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung davon ausgegangen ist, das der Klägerin vorgeworfene mißbräuchliche Verhalten sei bereits vor dem mündlichen Anhörungsverfahren abgestellt worden, und daß sie deshalb die Entscheidung ausdrücklich auf den vor dem 21. November 1980 liegenden Sachverhalt beschränkt hat. Aus der von der Kommission angefertigten Niederschrift über die wesentlichen Erklärungen der am 12. Februar 1981 in dieser Rechtssache angehörten Personen sowie aus den der Kommission übersandten Bemerkungen des klägerischen Beistands, Herrn Dr. Mailänder, zu dieser Niederschrift ergibt sich aber eindeutig, daß die Klägerin ihren Gesellschafterbeschluß vom 21. November 1980 in dem Sinne erläutert hat, daß künftig „auch ausländische Künstler aus *Gemeinschaftsländern* ohne das zusätzliche Erfordernis einer Wohnsitznahme in Deutschland" in ihre Wahrnehmungstätigkeit einbezogen werden sollten. Mag diese Formulierung noch Zweifel offenlassen, ob damit nur ausländische Künstler mit der Staatsangehörigkeit eines EG-Mitgliedstaats gemeint waren oder auch solche, die lediglich ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hatten, ergibt sich aus einer weiteren Passage des Protokolls eindeutig, daß sich die künftige Verwertungspraxis der Klägerin nur auf die erstgenannte Personengruppe beziehen sollte. Auf Seite 16 der Niederschrift heißt es nämlich: „Herr Dr. Mailänder bittet zu Protokoll zu nehmen, daß die GVL an der jetzt eingeschlagenen Verwertungspraxis, die zwischen Inländern und *Gemeinschaftsausländern* nicht differenziere, festhalten werde." Die Kommission hätte

also spätestens seit der mündlichen Anhörung Kenntnis von dem geänderten Wahrnehmungsverhalten der Klägerin haben können. Wenn sie bei Erlaß der Entscheidung am 29. Oktober 1981, also etwa acht Monate später, immer noch der Auffassung gewesen wäre, daß diese neue Verwertungspraxis gemäß der Mitteilung der Beschwerdepunkte einen Verstoß gegen das Verbot einer mißbräuchlichen Marktstellung darstellte, hätte sie gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 eine Abstellungsentscheidung erlassen müssen. Ein Interesse am Erlaß einer Feststellungsentscheidung bestand in diesem Fall aus dem genannten Grund — abgesehen davon, daß die Beschwerdeführer durch die neue Verwertungspraxis zufriedengestellt waren und den betroffenen Künstlern rückwirkend die Möglichkeit zur Beteiligung am Vergütungsaufkommen eingeräumt worden war — jedenfalls nicht mehr. Die Kommission räumt dies auch, wie mir scheint, indirekt ein, indem sie jetzt die Frage aufwirft, ob es nicht angebracht gewesen wäre, eine ausdrückliche Abstellungsverpflichtung in die Entscheidung aufzunehmen. Wenn sie unter anderem vorträgt, daß Gesellschafterbeschlüsse ihrer Natur nach nicht unwiderruflich sein können, ist hierzu anzumerken, daß auch dieser Umstand ihr bereits beim Erlaß der Entscheidung bewußt sein konnte mit der Folge, daß sie, wenn sie eine Wiederholungsgefahr befürchtet hätte, ebenfalls eine Verpflichtungsentscheidung hätte erlassen können.

Statt dessen hat sie einen anderen Weg gewählt und ausdrücklich in der Begründung der Entscheidung festgestellt, daß die Klägerin durch die Änderung des Gesellschafts- und Musterwahrnehmungsvertrags die beanstandete Zuwiderhandlung seit dem 21. November 1980 *abgestellt* habe. In Kenntnis des Sachverhalts, der der mündlichen Anhörung zugrunde gelegen hat, ging sie also davon aus, daß die nach dem 21. November 1980 ausgeübte Verwertungspraxis der Klägerin nicht mehr gegen das Verbot des Artikels 86 des EWG-Vertrags verstößt. Dennoch hat sie das Verfahren aber nicht eingestellt, sondern die vorliegende Feststellungsentscheidung erlassen. Die Notwendigkeit einer solchen Entscheidung hat sie damit begründet, daß die GVL der *Auffassung* sei, daß sie auch *weiterhin* angesichts der unklaren Rechtslage Künstler ohne deutsche Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz in Deutschland von ihrer Wahrnehmungstätigkeit ausschließen könne. Abgesehen davon, daß dieser neue *globale* Vorwurf nicht den Tatsachen entspricht, bezieht er sich außerdem nicht auf einen bereits erfolgten Verstoß, sondern auf ein *eventuell mögliches künftiges Verhalten* der Klägerin. Zweck der Entscheidung sollte es nämlich unter anderem sein, wie es in der Randnummer 74 heißt, „... künftige gleichartige oder ähnliche Zuwiderhandlungen auszuschließen ...".

Ein Blick auf den Maßnahmekatalog, der der Kommission nach der Verordnung Nr. 17 zur Bekämpfung eines wettbewerbsschädigenden Verhaltens zur Verfügung steht, zeigt aber deutlich, daß ihr eine Entscheidungskompetenz nur im Hinblick auf einen *bestehenden* wettbewerbsrechtlichen Verstoß eingeräumt ist und daß die Verordnung keine Befugnis vorsieht zum Erlaß rein *prophylaktischer* Maßnahmen. Gerade um eine solche Maßnahme handelte es sich jedoch im vorliegenden Fall, der dadurch gekennzeichnet ist, daß, zumindest nach Auffassung der Kommission, die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte festgestellte Zuwiderhandlung abgestellt worden war.

Die Klägerin hatte darüber hinaus, soviel sei abschließend angemerkt, keine Gelegenheit, in einem vorgeschalteten Ver-

waltungsverfahren zu diesen Beschwerdepunkten Stellung zu nehmen. Insofern ist das Handeln der Kommission auch wegen Verletzung des *Grundsatzes der Einräumung rechtlichen Gehörs*, wie er insbesondere in den Artikeln 2 und 4 der Verordnung Nr. 99/63 (ABl. Nr. 127 vom 20. 8. 1963, S. 2268 ff.) seinen Niederschlag gefunden hat, fehlerhaft und die Entscheidung ist nicht zuletzt auch aus diesem Grund aufzuheben.

B — Zu den übrigen Klagegründen

Nachdem ich davon überzeugt bin, daß die Entscheidung wegen der aufgezeigten Mängel aufgehoben werden muß, halte ich es nicht für angebracht, auf die übrigen, von der Klägerin erhobenen formellen und materiellen Rügen einzugehen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die von der Klägerin geltend gemachte Rüge der unrichtigen Anwendung des Artikels 86 des EWG-Vertrags, die eine gründliche Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Argumenten erfordern würde und nicht hilfsweise mit wenigen Sätzen abzuhandeln ist. Sollte der Gerichtshof die Entscheidung nicht aus den von mir genannten Gründen aufheben, bitte ich mir eine Nachfrist einzuräumen, damit ich insbesondere zu der materiellen Rüge Stellung nehmen kann.

C — Unter Berücksichtigung dieser Überlegungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 29. Oktober 1981 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrags (IV/29.839 „GVL"; ABl. L 370 vom 28. 12. 1981, S. 49) aufzuheben und die Beklagte gemäß Artikel 69 Absatz 2 der Verfahrensordnung zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

ERGÄNZENDE SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GERHARD REISCHL VOM 11. JANUAR 1983

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

In meinen Schlußanträgen vom 16. November 1982 bin ich zu dem Ergebnis gelangt, daß die Kommission nicht für den Erlaß der Entscheidung vom 29. Oktober 1981 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrags (IV/29.839 „GVL", ABl. L 370 vom 28. 12. 1981, S. 49), deren Besonderheiten ich ausführlich dargestellt habe, zuständig war und diese Entscheidung folglich schon aus formellen Gründen aufzuheben ist. Ich bin nach wie vor dieser Auffassung, nehme aber, nachdem mich der Gerichtshof aufgefordert hat, auch die anderen von der Klägerin vorgetragenen Rügen zu würdigen, hierzu ergänzend und hilfsweise wie folgt Stellung: