

1. Der Gerichtshof kann nach Artikel 177 EWG-Vertrag nur über die Auslegung des Vertrages und der Handlungen der Organe der Gemeinschaft oder über die Gültigkeit dieser Handlungen, nicht aber über die Auslegung einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift vorab entscheiden. Er kann jedoch aus dem Wortlaut der Frage des nationalen Gerichts anhand des von diesem festgestellten Sachverhalts die Fragen herauschälen, welche die Auslegung des Vertrages betreffen.
2. Artikel 5 Absatz 2 EWG-Vertrag begründet eine allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, deren konkreter Inhalt im Einzelfall von den Vertragsvorschriften oder den sich aus dem allgemeinen System des Vertrages ergebenden Rechtsnormen abhängt.
3. Die Ausübung eines gewerblichen Schutzrechts fällt immer dann unter die Verbotsvorschrift des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages, wenn sich herausstellt, daß sie Gegenstand, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache ist, die eine Aufteilung des Gemeinsamen Marktes bewirkt, indem sie Einfuhren von in anderen Mitgliedstaaten ordnungsgemäß in Verkehr gebrachten Waren aus diesen Staaten untersagt.
4. Ein dem Urheberrecht verwandtes Schutzrecht kann ebenso wie das gewerbliche und kommerzielle Eigentum durch die Bestimmungen des Artikels 36 EWG-Vertrag erfaßt werden.
5. Aus Artikel 36 EWG-Vertrag geht hervor, daß der Vertrag zwar den Bestand der durch die nationale Gesetzgebung eines Mitgliedstaats eingeräumten gewerblichen Schutzrechte nicht berührt, daß die Ausübung dieser Rechte aber unter die Verbote des Vertrages fallen kann.
Artikel 36 erlaubt Beschränkungen des freien Warenverkehrs zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums nur, soweit sie zur Wahrung der Rechte berechtigt sind, die den spezifischen Gegenstand dieses Eigentums ausmachen.
6. Es verstößt gegen die Normen über den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt, wenn der Inhaber eines gesetzlich anerkannten ausschließlichen Verbreitungsrechts den inländischen Vertrieb von Erzeugnissen, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung auf dem Markt eines anderen Mitgliedstaats in Verkehr gebracht worden sind, allein deshalb verbietet, weil dieses Inverkehrbringen nicht im Inland erfolgt ist. Ein solches die Isolierung der nationalen Märkte aufrecht erhaltendes Verbot verstößt gegen das wesentliche Ziel des Vertrages: den Zusammenschluß der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt.
7. Wer aufgrund des Gesetzes ein ausschließliches Verbreitungsrecht innehat, nimmt nicht schon deshalb eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag ein, weil er von diesem Recht Gebrauch macht. Hierzu ist außerdem erforderlich, daß der Rechtsinhaber allein oder zusammen mit anderen demselben Konzern angehörenden Unternehmen in der Lage ist, einen wirksamen Wettbewerb auf einem bedeutenden Teil des in Betracht kommenden Marktes zu verhindern; hierbei sind insbesondere das etwaige Vorhandensein von Herstellern, die gleichartige Erzeugnisse vertreiben, sowie die Marktstellung dieser Hersteller zu berücksichtigen.
Ein Unterschied zwischen dem gebundenen Preis und dem Preis des aus einem anderen Mitgliedstaat reimportierten Erzeugnisses erlaubt nicht unbedingt den Schluß auf einen solchen Mißbrauch, kann jedoch ein entscheidendes Indiz für einen solchen Mißbrauch sein, wenn er groß und durch keine sachlichen Gründe zu erklären ist.

In der Rechtssache 78/70

betreffend das dem Gerichtshof nach Artikel 177 EWG-Vertrag vom Hansea-

tischen Oberlandesgericht in Hamburg in dem vor diesem Gericht anhängigen Rechtsstreit

DEUTSCHE GRAMMOPHON GESELLSCHAFT MBH, Hamburg,

gegen

KOMMANDITGESELLSCHAFT METRO-SB-GROSSMÄRKTE GMBH & CO. KG, vertreten durch die Metro-SB-Großmärkte GmbH, Hamburg,

vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Artikel 5 Absatz 2, 85 Absatz 1 und 86 EWG-Vertrag

erläßt

DER RICHTERSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten R. Lecourt, der Kammerpräsidenten A. M. Donner und A. Trabucchi, der Richter R. Monaco (Berichterstatter), J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore und H. Kutscher,

Generalanwalt: K. Roemer

Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

I — Sachverhalt und Verfahren

1. Die Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH (im folgenden DG genannt) ist eine Tochtergesellschaft der Philips Gloeilampen-Fabrieken, Eindhoven (Niederlande), und der Siemens AG, Berlin und München. Sie stellt vorwiegend Schallplatten her, die sie direkt oder über ihre in mehreren Staaten der EWG und des EFTA-Raumes ansässigen Tochtergesellschaften vertreibt. Eine 99,55prozentige Tochtergesellschaft der DG ist unter anderen die Firma Polydor SA, Paris, mit ihren Niederlassungen in Paris und Straßburg.

In Deutschland werden die Schallplatten direkt über den Einzelhandel sowie über zwei Buchgrossisten veräußert. Die DG gibt die Platten an ihre Händler zum Preise von 12,33 DM (plus Mehrwertsteuer) ab, und der gebundene Endverkaufspreis beträgt 19,— DM. Die Platten werden nur an Händler geliefert, die sich durch Unterzeichnung eines Reverses zur Einhaltung der Preisbindung verpflichtet haben.

In den anderen Ländern der EWG und im EFTA-Raum verbreitet die DG ihre Schallplatten, indem sie mit ihren eigenen Tochtergesellschaften oder denen der Firma N.V. Philips Phonographische Industrie in Baarn (Niederlande) — einer

Tochtergesellschaft der Philips Gloeilampen-Fabriken und der Siemens AG — Lizenzverträge abschließt. In § 1 dieser Lizenzverträge heißt es unter anderem, daß die DG dem Lizenznehmer das ausschließliche Recht gewährt, ihre Aufnahmen im Vertragsgebiet auf handelsüblichem Wege auszuwerten.

Einen solchen Vertrag hat die DG mit ihrer Tochtergesellschaft Polydor in Paris abgeschlossen.

2. Die Firma Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG (im folgenden Metro genannt) erwarb in der Zeit von April bis Ende Oktober 1969 von der DG Schallplatten der Marke Polydor. Nicht durch einen Preisbindungsrevers gebunden, bot sie diese Schallplatten ihren Kunden im Mai 1969 für 14,85 DM und im August 1969 für 13,50 DM (jeweils plus Mehrwertsteuer) an. Im Oktober 1969 stellte die DG fest, daß sie nicht im Besitz des Preisbindungsreverses war. Da die Metro sich weigerte, einen solchen Revers zu unterzeichnen, brach die DG die Geschäftsbeziehungen ab. Daraufhin bezog die Metro Polydor-Schallplatten von der Firma Rosner & Co. in Hamburg und bot sie ihren Kunden im Januar 1970 für 11,95 DM und im Februar 1970 für 12,95 DM zuzüglich Mehrwertsteuer an.

Es handelte sich um Schallplatten, welche die DG in Deutschland gepreßt und an ihre Tochtergesellschaft Polydor in Paris geliefert hatte. Die Polydor hatte einen Teil dieser Platten an ein Unternehmen in einem Drittland verkauft, das einen Teil davon an die Firma Rosner & Co. abgegeben hatte. Diese wiederum hatte die Schallplatten an die Firma Metro-SB-Großmärkte GmbH Hamburg, die persönlich haftende Gesellschafterin der Metro, verkauft.

3. Die DG erblickte in dem Verkauf ihrer Schallplatten durch das genannte Unternehmen einen Verstoß gegen § 85 URG und somit eine Verletzung ihres ausschließlichen Verbreitungsrechtes für Deutschland; dieses Verbreitungsrecht war nach ihrer Ansicht auch nicht nach § 17 Absatz 2 URG „verbraucht“, da die

Schallplatten im Ausland und nicht im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik in Verkehr gebracht worden seien. Die DG erwirkte am 20. März 1970 beim Landgericht Hamburg gemäß § 97 URG eine einstweilige Verfügung, durch die der Metro verboten wurde, bestimmte Katalognummern der Schallplatten der DG mit der Bezeichnung „Polydor“ zu verkaufen oder auf sonstige Weise zu verbreiten.

Am 7. April 1970 regte die Metro beim Bundeskartellamt an, das von der DG angewandte Preisbindungssystem zu untersuchen, und beantragte, die Preisbindungsklausel als mißbräuchlich für unwirksam zu erklären und die Anwendung einer ähnlichen Klausel zu untersagen. Gleichzeitig wandte sich Metro gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 an die EG-Kommission mit dem Antrag, Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 85 und 86 EWGV festzustellen und die DG, die Polydor Nederland N.V. sowie die Polydor France zu verpflichten, diese Zuwiderhandlungen abzustellen.

Das Landgericht Hamburg erhielt auf den Widerspruch der Metro mit Urteil vom 22. Mai 1970 seine einstweilige Verfügung aufrecht. Metro legte gegen dieses Urteil beim Hanseatischen Oberlandesgericht Berufung ein, das durch Beschluß vom 8. Oktober 1970 das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof nach Artikel 177 des Vertrages folgende Fragen vorgelegt hat:

- a) Verstößt die Auslegung der §§ 97, 85 des Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), wonach eine deutsche Herstellerin von Tonträgern aufgrund ihres Verbreitungsrechtes den Vertrieb von Tonträgern in der Bundesrepublik Deutschland verbieten kann, die sie selbst an ihre rechtlich selbständige, wirtschaftlich aber vollständig abhängige Tochtergesellschaft in Frankreich geliefert hatte, gegen Artikel 5 Absatz 2 oder Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags?
- b) Kann die Ausübung des Verbreitungsrechtes durch den Hersteller

von Tonträgern als mißbräuchlich angesehen werden, wenn der gebundene Verkaufspreis der Tonträger höher ist als der Preis des aus einem anderen Mitgliedstaat reimportierten Originalerzeugnisses, wenn zugleich die maßgeblichen Interpreten durch Exklusivverträge an den Hersteller der Tonträger gebunden worden sind (Artikel 86 EWG-Vertrag)?

4. Der Vorlagebeschluß ist am 7. Dezember 1970 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden. Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes haben die Parteien des Ausgangsverfahrens, die Regierung der Bundesrepublik Deutschland und die EG-Kommission schriftliche Erklärungen eingereicht.

Der Gerichtshof hat auf den Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, von einer vorherigen Beweisaufnahme abzusehen.

Die Firma Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH, vertreten durch die Rechtsanwälte D. Ohlgart und M. Wolter, die Firma Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, vertreten durch die Rechtsanwälte H. J. Bartholatus und V. Der Osten, die Regierung der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch Herrn E. Bülow, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch ihren Rechtsberater E. Zimmermann, haben in der Sitzung vom 31. März 1971 mündliche Ausführungen gemacht.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 28. April 1971 vorgetragen.

II — Erklärungen nach Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes

A — Erklärungen der Deutschen Grammophon Gesellschaft mbH

Die DG macht geltend, die erste Frage falle so, wie sie gestellt ist, nicht unter Artikel 177 des Vertrages, da sie eine Auslegung des internen Rechts eines

Mitgliedstaats und nicht des Gemeinschaftsrechts erfordere. Auch wenn man unterstelle, daß sie als Frage danach verstanden werden könne, ob § 85 URG gegen die Artikel 5 Absatz 2 und 85 Absatz 1 des Vertrages verstoße oder ob diese Artikel Vorrang vor den deutschen Urheberrechtsnormen haben, sei sie gleichfalls unzulässig. Im ersten Fall betreffe sie die Gültigkeit einer innerstaatlichen Rechtsnorm und nicht einer Handlung der Gemeinschaft, im zweiten Falle habe sie nicht nur die Auslegung, sondern auch die *Anwendung* des Vertrages zum Gegenstand. Vorausgesetzt, daß die erste Frage in eine nach Artikel 177 des Vertrages zulässige Frage umgedeutet werden könne, müsse sie also wie folgt formuliert werden:

Fällt es unter die Verbote der Artikel 5 Absatz 2 und 85 Absatz 1 EWGV, wenn eine Tonträgerherstellerin, der nach dem nationalen Recht eines Mitgliedstaats ein ausschließliches Verbreitungsrecht an den Tonträgern zusteht, aufgrund ihres Ausschließlichkeitsrechts den Vertrieb ihrer Tonträger durch einen Dritten in diesem Mitgliedstaat verbietet, die sie zuvor an ihre rechtlich selbständige, wirtschaftlich aber abhängige Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat geliefert hatte?

Nach diesen Vorbemerkungen führt die DG aus:

a) Zu Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages

Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages sei keine self-executing-Norm. Die Vorschrift sehe eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vor, die nur nach dem Verfahren des Artikels 169 EWGV durchgesetzt werden könne. Sollte nicht die Gefahr einer unerträglichen Rechtsunsicherheit heraufbeschworen werden, könne diese Vorschrift nicht dahin ausgelegt werden, daß sie die nationale Gesetzgebung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes sperre oder reguliere. Gegen eine solche Auslegung spreche vor allem auch Artikel 36 des Vertrages, der als *lex specialis* zu der generellen Norm des Artikels 5 Absatz 2 zu betrachten sei und gerade auf dem fraglichen Gebiet einen Vorbe-

halt zugunsten der Sondergesetzgebung der Einzelstaaten ausspreche. Es sei auch noch darauf hinzuweisen, daß das Leistungsschutzrecht des Herstellers von Tonträgern nicht erst nach dem Inkrafttreten des Vertrages geschaffen worden sei, sondern bereits seit 1910 bestehe (hierzu sei auf das als Anlage zu dem Schriftsatz überreichte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Philipp Möhring hinzuweisen).

b) Zu Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages

Das Tatbestandsmerkmal der „Vereinbarung zwischen Unternehmen“ sei im vorliegenden Fall nicht gegeben, da es voraussetze, daß zwischen den fraglichen Unternehmen Wettbewerb bestehe, der eingeschränkt werden könnte. An einem solchen Wettbewerb fehle es aber gerade zwischen der DG und ihrer Tochtergesellschaft Polydor, es handle sich hier vielmehr um eine Aufteilung von Aufgaben desselben Wirtschaftskomplexes. Außerdem dürfe nicht außer acht gelassen werden, daß die Ansprüche der DG gegen die Metro nicht auf den Lizenzvertrag mit der Polydor, sondern ausschließlich auf die Vorschriften des URG gestützt würden.

Bei Urheberrechten und ihnen verwandten Rechten bilde das innerstaatliche Gesetz von sich aus eine Barriere.

Auch eine „abgestimmte Verhaltensweise“ im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages scheidet aus, denn die Ansprüche der DG gegen die Metro würden ausschließlich auf das durch das URG gewährte Leistungsschutzrecht gestützt. Sie beruhen nicht auf einem Zusammenwirken von mindestens zwei Unternehmen, sondern auf einem einseitigen Vorgehen. Mit anderen Worten, aus dem Vorstehenden ergebe sich, daß das Verbreitungsrecht in Deutschland nicht durch eine der in Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages genannten Kartellformen gewährleistet werde.

c) Zu Artikel 86 des Vertrages

Artikel 86 des Vertrages sei vor allem unter Berücksichtigung der Artikel 36 und 222 des Vertrages auszulegen. Nach

Artikel 36 müßten Einschränkungen des Warenverkehrs in Abweichung von den Vorschriften der Artikel 30 bis 34 des Vertrages hingenommen werden, soweit sie durch gewerbliche Schutzrechte gerechtfertigt sind; es unterliege keinem Zweifel, daß das Urheberrecht zum gewerblichen Eigentum im Sinne dieses Artikels gehöre. Artikel 222 lasse ausdrücklich die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unangetastet; unbezweifelbar fielen auch die gewerblichen Schutzrechte unter den Begriff des Eigentums.

Ebensowenig sei eine beherrschende Stellung aufgrund der mit den Künstlern oder Interpreten abgeschlossenen Ausschließlichkeitsverträge gegeben. Zunächst sei in diesem Zusammenhang klarzustellen, daß § 61 URG und § 11 des Wahrnehmungsgesetzes Exklusivlizenzen des Urhebers und der Urhebergesellschaften an einzelne Schallplattenhersteller untersagten und daß § 78 URG in diesem Bereich eine Quasi-Zwangslizenz vorsehe. Jedenfalls sei, abgesehen von dieser letzteren Vorschrift, der Schallplattenhersteller aufgrund der Exklusivverträge zwar befugt, zu verhindern, daß der Konkurrent mit einem identischen Erzeugnis auf den Markt kommt, er könne ihm jedoch nicht die Aufnahme desselben Musikstückes in einer anderen Interpretation verbieten.

Seine Marktstellung habe daher nichts mit dem Begriff der beherrschenden Stellung gemein. Darüber hinaus seien im vorliegenden Fall die Solisten, die an den Aufnahmen beteiligt waren, für die überwiegende Zahl der Schallplatten nicht durch Exklusivverträge gebunden. Sollte der Gerichtshof zu der Ansicht kommen, daß die Stellung der DG in bezug auf jede einzelne Schallplatte geprüft werden müsse, so würde eine Beweiserhebung erforderlich sein, die dem Gerichtshof verwehrt sei, da sie zur Anwendung und nicht mehr zur Auslegung von Artikel 86 des Vertrages gehöre.

Was den „Mißbrauch“ einer beherrschenden Stellung anbelange, so scheidet dieser schon aus, wenn der Schutzrechtsinhaber sich allein auf das Gesetz berufe und das Gesetz ihm einen absoluten Gebietschutz gebe.

Die DG könne ferner nicht verpflichtet sein, für die Einhaltung einheitlicher Preise zu sorgen, solange unterschiedliche innerstaatliche Normen für Steuern und Abgaben beständen.

Im übrigen seien im vorliegenden Fall die Endverbraucherpreise für Schallplatten in Frankreich nur unbedeutend niedriger als in der Bundesrepublik; die bestehenden Unterschiede beruhten auf den Währungsauf- und -abwertungen. Es gebe überhaupt keine wesentlichen Unterschiede bei den Endabnehmerpreisen in den einzelnen Mitgliedstaaten (die DG erläutert an Zahlenbeispielen, inwiefern ein Import in Frankreich gekaufter Schallplatten nach Deutschland, insbesondere für Zwischenhändler, interessant sein könne).

Schließlich könne ein Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 auch nicht deshalb angenommen werden, weil es in Deutschland eine Preisbindung gebe, die in Frankreich nicht bestehe.

B — Erklärungen der Firma Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG

Die Firma Metro führt zunächst aus, nach dem Wortlaut des § 17 Absatz 2 URG komme es für den Verbrauch des gewerblichen Schutzrechtes darauf an, ob der geschützte Gegenstand mit Zustimmung des Schutzrechtinhabers in den Verkehr gebracht worden ist, nicht aber darauf, ob dies im Inland oder im Ausland geschehen ist. Die Metro bemerkt sodann:

a) Zu Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages

Eine Auslegung der §§ 85 und 17 URG, die den Reimport der mit Zustimmung der DG in den Verkehr gebrachten Schallplatten verhindert, laufe Artikel 5 Absatz 2 EWGV zuwider, der nicht nur die nationalen Gesetzgeber, sondern auch die innerstaatlichen Gerichte binde. Im übrigen habe der deutsche Gesetzgeber, als er das Urheberrechtsgesetz nach der Ratifizierung des EWG-Vertrags schuf, den Grundsatz der Freiheit der Märkte nicht antasten wollen, weshalb

er festgelegt habe, daß es für den Verbrauch des Rechts gleichgültig sei, ob das Inverkehrbringen im In- oder Ausland erfolge.

b) Zu Artikel 85 des Vertrages

Die Klausel des Lizenzvertrags, die es dem französischen Vertragspartner verbietet, die Platten außerhalb des Vertragsgebiets, also Frankreichs, zu verkaufen, sei zur Wahrung des durch das URG eingeräumten Rechts keineswegs unerlässlich und sei auch nicht zum Schutz des ausschließlichen Verbreitungsrechts gerechtfertigt.

Eine solche Beschränkung könne keinen anderen Zweck haben, als den in § 17 Absatz 2 des Gesetzes geregelten Verbrauch des Schutzrechtes zu verhindern. Selbst abgesehen vom Lizenzvertrag liege zwischen der DG und der Polydor ein abgestimmtes Verhalten vor, das darauf abziele, die nach Frankreich exportierten Platten nicht mehr nach Deutschland zurückgelangen zu lassen. In jedem Falle wolle man die Preis- und Vertriebsbindung der DG sichern und die deutschen Preise hochhalten.

Sowohl die erwähnte Vertragsklausel als auch die abgestimmte Verhaltensweise verstoße gegen Artikel 85 Absatz 1 EWGV.

c) Zu Artikel 86 des Vertrages

Nur einige wenige Unternehmen hätten auf dem Gebiet der Tonträger eine wirklich beherrschende Stellung. Zu diesen gehöre auch die DG, und sie nutze diese Stellung aus, um durch Berufung auf § 85 URG Reimporte ihrer Erzeugnisse nach Deutschland zu verhindern.

Hierdurch werde der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt, und es werde der DG möglich, in den einzelnen Ländern unangemessen hohe Verkaufspreise zu erzwingen. Für den Handel bestehe keine Ausweichmöglichkeit, weil die bekanntesten Interpreten durch Exklusivverträge gebunden seien (hierzu sei auf die im Anhang zum Schriftsatz gemachten Angaben über das Renommee der fraglichen Künstler zu verweisen).

Die Ausübung des Verbreitungsrechts in

Fällen der vorliegenden Art sei daher ein durch Artikel 86 EWGV verbotener Mißbrauch einer beherrschenden Stellung.

C — Erklärungen der deutschen Regierung

Nach Ansicht der Bundesregierung ist zunächst nicht sicher, daß für § 17 Absatz 2 URG nur die auf das „Territorialitätsprinzip“ gestützte Auslegung in Betracht komme, von der das vorliegende Gericht ausgehe. In der Literatur werde auch eine andere Auffassung vertreten, wonach das Ausschließlichkeitsrecht verbraucht sei, wenn die Vervielfältigungsstücke durch den Schutzrechtsinhaber selbst oder durch einen Dritten, der eine auch für das Inland gültige Lizenz hat, im Ausland in Verkehr gebracht werden.

Die Bundesregierung bemerkt ferner zur Zuständigkeit des Gerichtshofes, der Vorlage nach Artikel 177 EWGV stehe nicht entgegen, daß das Ausgangsverfahren ein Verfahren wegen einstweiliger Verfügung ist. Jedoch sei die erste Frage so, wie sie gefaßt ist, nicht zulässig, denn nach ihrem Wortlaut nötige sie den Gerichtshof zu einer sich auf innerstaatliches Recht erstreckenden Prüfung. Daher sei die Frage wie folgt zu verstehen:

Ist es nach den Artikeln 5 Absatz 2 und 85 Absatz 1 EWGV verboten, daß eine Herstellerin von Tonträgern unter Berufung auf ihre dem Urheberrecht verwandten Schutzrechte den Wiederverkauf von reimportierten Tonträgern untersagt, die sie zuvor an ihre rechtlich selbständige, wirtschaftlich aber vollständig abhängige Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat geliefert hat?

a) Zu Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages

Artikel 5 Absatz 2 EWGV sei keine Vorschrift mit self-executing-Charakter. Im übrigen habe die Bundesrepublik durch die Einführung des § 85 URG nicht gegen diese Bestimmung verstoßen. Wie sich insbesondere aus den Artikeln 36 und 222 EWGV ergebe, dürften die Mitgliedstaaten das gewerbliche Eigentum weiterhin selbständig regeln und könn-

ten also im Rahmen dieser Befugnis Schutzrechte für bisher nicht oder in anderer Weise geschützte Leistungen schaffen.

b) Zu Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages

Die Bundesregierung stellt sich zunächst die Frage, ob ein Vertrag zwischen einer Muttergesellschaft und ihrer wirtschaftlich vollständig von ihr beherrschten Tochtergesellschaft eine „Vereinbarung“ im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EWGV darstellen könne. Wenn jedenfalls die Muttergesellschaft ihrer Tochter bindende Weisungen erteilen könne, sei die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 schon deshalb ausgeschlossen, weil beide Gesellschaften dann nicht miteinander konkurrierten. Unterstellt, daß die beiden Gesellschaften miteinander Vereinbarungen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 schließen könnten, müßten alle weiteren Anwendungsvoraussetzungen dieses Artikels konkret geprüft werden. Auch wäre zu prüfen, ob die Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts gegenüber Reimporten nach Deutschland tatsächlich auf einer „abgestimmten Verhaltensweise“, also auf einem nicht nur zufälligen, sondern bewußten und gewollten Zusammenwirken beruhe.

Die Bundesregierung kommt zu dem Ergebnis, das in der ersten Frage beschriebene Verhalten verstoße nicht gegen Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages. Auch Artikel 85 Absatz 1 sei nicht verletzt, sofern die Beherrschung der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft jeden Wettbewerb zwischen den beiden Gesellschaften ausschließe. Im entgegengesetzten Fall hänge alles vom Inhalt des Lizenzvertrags und den sonstigen Umständen des Falles ab.

c) Zu Artikel 86 des Vertrages

Die Bundesregierung schließt die Möglichkeit einer beherrschenden Stellung auf dem fraglichen Sektor nicht aus, hält sie aber nur in Ausnahmefällen für denkbar. Dabei komme es im übrigen auf eine Reihe von Faktoren an, so auf den Inhalt der einzelnen Exklusivverträge, auf die Art der Musik (leichte Unterhal-

tungsmusik oder Instrumentalmusik) und anderes mehr.

Desgleichen hänge es von mehreren tatsächlichen Umständen ab, ob ein Hersteller von Tonträgern eine marktbeherrschende Stellung „mißbräuchlich ausnutze“. Der Unterschied zwischen den Abgabepreisen in den Mitgliedstaaten beweise für sich allein noch keinen solchen Mißbrauch: Es sei zu prüfen, ob er durch eine unterschiedliche Kostensituation oder Steuerbelastung usw. gerechtfertigt sei. Ferner sei zu prüfen, ob der Endverbraucherpreis in den betroffenen Mitgliedstaaten gegenwärtig gleich hoch sei.

Die Bundesregierung kommt zu dem Ergebnis, daß die Preisunterschiede und der Abschluß von Exklusivverträgen für sich betrachtet noch keinen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 Absatz 1 EWGV darstellten, sondern hierfür noch weitere tatsächliche Umstände hinzutreten müßten.

D — Erklärungen der EG-Kommission

Die Kommission legt die Gründe dar, die nach ihrer Auffassung das deutsche Gericht zur Anwendung von Artikel 177 EWGV veranlaßt haben, obwohl es sich bei dem Ausgangsverfahren um ein Verfahren wegen einstweiliger Verfügung handle. Sie führt aus, die erste Frage könne dahin verstanden werden, daß der Gerichtshof zur Auslegung deutschen Rechts aufgefordert werde, bemerkt dann aber, der Gerichtshof sei jedenfalls befugt, anhand der Vorlage die für die Auslegung des Vertrages wesentlichen Fragen zu ermitteln.

Nach Ausführungen über die Bestimmungen der §§ 17 Absatz 2 und 85 Absatz 1 URG weist die Kommission darauf hin, daß es über die Tragweite des § 17 Absatz 2 keine gesicherte und einhellige Meinung gebe. Die Berufung auf das Territorialitätsprinzip gehe fehl, denn es besage richtig verstanden nur, daß der Rechtsschutz, der im Inland zu gewähren sei, nach den Normen des inländischen Rechts zu beurteilen sei, untersage dem Staat aber nicht, den Rechtsschutz von Sachverhalten abhängig zu machen, die

sich im Ausland ereignen. Die Kommission untersucht die Rechtslage in einigen anderen Mitgliedstaaten und bemerkt sodann, das Territorialitätsprinzip gebe dem Schutzrechtsinhaber die Möglichkeit, Parallelimporte zu untersagen, und die Konsequenzen, die sich aus seiner Anwendung auf diese Materie ergeben, seien daher die Aufteilung und Abriegelung der Märkte. Diese Konsequenzen seien für das Urheberrecht (im Vergleich zum Patent- oder Warenzeichenrecht) um so offensichtlicher, als dieses Recht sich ohne jede Förmlichkeit auf andere Länder ausdehnen lasse.

a) Zu Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages

Dem Verbot des Imports oder der Verbreitung importierter Erzeugnisse ständen die Ziele von Artikel 3 Buchstaben a und f EWGV entgegen, also der freie Warenverkehr und die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt.

Der Vertrag wolle nicht Wettbewerbsbeschränkungen untersagen, die sich aus dem Bestand gewerblicher oder literarischer und künstlerischer Schutzrechte ergeben, er ziehe aber in Artikel 36 die Grenze zwischen dem vom Vertrag akzeptierten Bestand dieser Schutzrechte und einer Ausübung, die von den grundlegenden Zielen des Vertrages nicht gedeckt sei. Hätte der Schutzrechtsinhaber die Möglichkeit, in einem Mitgliedstaat den Vertrieb von geschützten Erzeugnissen zu untersagen, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gebracht worden sind, so würde dies zu einer Ausübung des Schutzrechts führen, die den genannten Zielen nicht entsprechen würde, weil sie den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten behindern würde.

Es habe nicht den Anschein, daß sich ein solches Verbot aus einem Gesetz — das dann unmittelbar gegen die Artikel 30 ff. des Vertrages verstoßen würde — ergebe. § 85 URG regle die Frage nicht ausdrücklich, verleihe aber jedenfalls den Rechtsinhabern nur eine Befugnis und überlasse es ihnen, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen und ihren Wil-

len durchzusetzen. Verneine man aus diesen Gründen die Anwendung der Artikel 30 ff. im Hinblick darauf, daß das deutsche Gesetz kein von Artikel 36 des Vertrages nicht gedecktes Einfuhrverbot enthalte, so bleibe die Feststellung, daß die umstrittene Auslegung gegen die Verpflichtung der Mitgliedstaaten verstoßen könnte, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Vertragsziele zu gefährden vermögen.

Damit sei die Frage nach der Einhaltung oder Verletzung von Artikel 5 Absatz 2 EWGV gestellt. Nach Ausführungen über Anwendungsbereich und Zielsetzung dieses Artikels weist die Kommission darauf hin, daß alle staatlichen Organe einschließlich der rechtsprechenden Gewalt an ihn gebunden seien. Eine Auslegung des § 85 URG, die dem Schutzrechtsinhaber die fragliche Befugnis einräumte, würde außerdem nicht der Tatsache Rechnung tragen, daß diese Vorschrift nach Inkrafttreten des Vertrages erlassen wurde.

b) Zu Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages

i) Die Kommission ist der Auffassung, die *Lizenzverträge* hielten sich nach ihrem Wortlaut im Rahmen der Rechte, welche die DG besitze, und der zu beurteilende Sachverhalt lasse nicht erkennen, daß Einschränkungen des Wettbewerbs vereinbart oder abgestimmt worden seien.

Diese Verträge würden auch deshalb nicht von Artikel 85 Absatz 1 EWGV erfaßt, weil sie zwischen einer Muttergesellschaft und ihren Töchtern abgeschlossen seien, deren Kapital nahezu ganz von der Muttergesellschaft gehalten werde. Artikel 85 Absatz 1 könne in Betracht kommen, wenn festgestellt werde, daß solche Vereinbarungen den Wettbewerb einschränkende Bestimmungen enthalten, die notwendigerweise Gegenstand der Verträge zwischen den Tochtergesellschaften und ihren Abnehmern würden: Das könne aber den Lizenzverträgen nicht mit Sicherheit entnommen werden.

ii) Was die *Preisbindungsvereinbarungen* („Reverse“) anbelangt, weist die

Kommission auf die Bestimmung II 2 hin, die nach ihrer Auffassung einem Importverbot gleichkommt, das geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt einzuschränken.

Gewiß stütze die DG im vorliegenden Fall ihren Anspruch gegen die Metro nicht auf eine derartige Bestimmung, sondern ausschließlich auf § 85 URG. Berücksichtige man, daß die DG in der Bundesrepublik die Endverbraucherpreise gebunden habe, daß sie praktisch allen Händlern den Import von Schallplatten der DG in die Bundesrepublik ohne ihre Genehmigung untersagt habe und daß sie sich selbst verpflichtet habe, für die Lückenlosigkeit der Preisbindung zu sorgen und Verstöße dagegen unverzüglich nach Kenntniserlangung zu verfolgen, so komme man zu dem Ergebnis, daß die DG sich vorliegend auf § 85 URG nur berufe, um eine unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages fallende Vereinbarung durchzusetzen.

c) Zu Artikel 86 des Vertrages

Die Kommission legt zunächst dar, wie der Begriff der beherrschenden Stellung nach ihrer Meinung zu verstehen ist, und erläutert dann die Maßstäbe, an denen das vorlegende Gericht die Stellung der DG auf dem deutschen Markt zu messen habe. Sie untersucht diese Stellung sowie die Besonderheiten des Marktes für Tonträger und gelangt zu dem Ergebnis, daß die DG zusammen mit einem anderen Unternehmen (der Phonogram Ton GmbH) eine beherrschende Stellung auf dem Markt für Tonträger einnehme.

Für das Problem der „mißbräuchlichen“ Ausnutzung einer Marktstellung verweist die Kommission auf die Bestimmungen von Artikel 86 Absatz 1 Buchstaben a und d. Zu Buchstabe a unterstreicht sie den erheblichen Preisunterschied (im vorliegenden Fall der Herstellerabgabepreise), der durch sachliche Gründe nicht erklärt werden könne, und zu Buchstabe d die Benachteiligung der Handelspartner dadurch, daß deutsche Händler, insbesondere solche in der Nähe der fran-

zösischen Grenze, durch den weit höheren Abgabepreis in Deutschland daran gehindert würden, Schallplatten der DG nach Frankreich zu verkaufen. Schließlich sei die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im vorliegenden Falle auch geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Aufgrund ihrer Ausführungen schlägt die Kommission folgende Antwort auf die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen vor:

1. Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats oder ihre Auslegung durch die Gerichte, die dem Inhaber eines ausschließlichen Rechts am Tonträger die Befugnis zuerkennen, die Einfuhr solcher Vervielfältigungsstücke oder deren Verbreitung im Inland zu verbieten, die der Inhaber des Schutzrechts oder ein von ihm abhängiges Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat in Verkehr gebracht haben, gefährden die Verwirklichung der Ziele des Vertrages. Ein solches Verbotungsrecht gehört nicht zum Bestand des industriellen und kommerziellen Eigentums, den Artikel 36 des Vertrages gewährleistet. Gerichtliche Entscheidungen, die der Durchsetzung eines solchen Verbotungsrechts dienen, verstoßen gegen die Verpflichtung, die Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages den Mitgliedstaaten auferlegt.

2. Artikel 85 des Vertrages ist anwendbar, wenn unter Berufung auf ein ausschließliches Recht am Tonträger die Verbreitung aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführter Vervielfältigungen untersagt werden soll, die der Inhaber des Schutzrechts oder ein von ihm abhängiges Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat in Verkehr gebracht hat, und wenn der Inhaber des Schutzrechts Ver-

einbarungen mit Händlern im Einfuhrland abgeschlossen hat, die diesen die Verpflichtung auferlegen, importierte Original-Erzeugnisse nur mit seiner Zustimmung und nur zum gebundenen Preis zu vertreiben.

3. Der Inhaber eines Schutzrechts am Tonträger besitzt nicht schon deshalb eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages, weil er Dritten verbieten kann, Vervielfältigungsstücke herzustellen und im Bereich eines Mitgliedstaats zu verbreiten.

Eine beherrschende Stellung liegt vor, wenn der Inhaber des Schutzrechts auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes allein oder zusammen mit einem Unternehmen, das dem gleichen Konzern angehört, einen bedeutenden Marktanteil besitzt und die anderen Anbieter gleichartiger Erzeugnisse eine wesentlich schwächere Marktstellung haben. Für eine beherrschende Stellung kann es erheblich sein, daß der Hersteller von Tonträgern die maßgeblichen Interpretationen durch Exklusivverträge an sich gebunden hat.

Als eine mißbräuchliche Ausnutzung dieser beherrschenden Stellung ist es anzusehen, wenn der Inhaber des Schutzrechts in dem Mitgliedstaat, in dem er diese Stellung besitzt, Preise anwendet, die wesentlich über den Preisen liegen, die er in anderen Mitgliedstaaten verlangt, und wenn dieser Unterschied durch objektive Gründe (Transportkosten, Steuerbelastungen usw.) nicht erklärt werden kann. Die Ausübung des aus dem Schutzrecht folgenden Verbotungsanspruchs hinsichtlich aus anderen Mitgliedstaaten eingeführter Originalerzeugnisse ist unter diesen Umständen gleichfalls mißbräuchlich.

Entscheidungsgründe

¹ Das Hanseatische Oberlandesgericht in Hamburg hat mit Beschluß vom 8. Oktober 1970, beim Gerichtshof eingegangen am 7. Dezember 1970, gemäß Artikel 177 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschafts-

gemeinschaft zwei Fragen nach der Auslegung der Artikel 5 Absatz 2, 85 Absatz 1 und 86 des Vertrages vorgelegt.

Zur ersten Frage

- 2 Mit der ersten Frage wird der Gerichtshof ersucht zu entscheiden, ob die Auslegung der §§ 97 und 85 des Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965, wonach eine deutsche Herstellerin von Tonträgern aufgrund ihres ausschließlichen Verbreitungsrechts den Vertrieb von Tonträgern in der Bundesrepublik Deutschland verbieten kann, die sie selbst an ihre rechtliche selbständige, wirtschaftlich aber vollständig abhängige Tochtergesellschaft in Frankreich geliefert hatte, gegen Artikel 5 Absatz 2 oder Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags verstößt.
- 3 Der Gerichtshof kann nach Artikel 177 nur über die Auslegung des Vertrages und der Handlungen der Organe der Gemeinschaft oder über die Gültigkeit dieser Handlungen, nicht aber über die Auslegung einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift vorab entscheiden. Er kann jedoch aus dem Wortlaut der Frage des nationalen Gerichts anhand des von diesem festgestellten Sachverhalts die Fragen herauschälen, welche die Auslegung des Vertrages betreffen.
- 4 Den Feststellungen des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg ist zu entnehmen, daß die gestellte Frage im wesentlichen dahin geht, ob nicht das Gemeinschaftsrecht verletzt ist, wenn das einem Hersteller von Tonträgern nach einer innerstaatlichen Gesetzgebung zustehende ausschließliche Recht zur Verbreitung der geschützten Gegenstände dazu benützt werden kann, den inländischen Vertrieb von Erzeugnissen zu unterbinden, die von diesem Hersteller oder mit seiner Zustimmung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats in Verkehr gebracht worden sind. Damit ist der Gerichtshof aufgefordert, insbesondere anhand der Artikel 5 Absatz 2 oder 85 Absatz 1 des Vertrages Inhalt und Tragweite der anwendbaren Gemeinschaftsnorm zu ermitteln.
- 5 Nach Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages „unterlassen [die Mitgliedstaaten] alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele [des] Vertrages gefährden könnten.“ Diese Bestimmung begründet eine allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, deren konkreter Inhalt im Einzelfall von den Vertragsvorschriften oder den sich aus dem allgemeinen System des Vertrages ergebenden Rechtsnormen abhängt.

- 6 Nach Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages sind „mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ... alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken“. Die Ausübung des in der Frage angesprochenen ausschließlichen Rechts kann immer dann unter diese Verbotsvorschrift fallen, wenn sich herausstellt, daß sie Gegenstand, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache ist, die eine Aufteilung des Gemeinsamen Marktes bewirkt, indem sie Einfuhren von in anderen Mitgliedstaaten ordnungsgemäß in Verkehr gebrachten Waren aus diesen Staaten untersagt.
- 7 Falls jedoch eine derartige Rechtsausübung die zum Tatbestand des Artikels 85 EWG-Vertrag gehörenden Merkmale der Vereinbarung oder Abstimmung nicht erfüllt, erfordert die Beantwortung der Frage die weitere Prüfung, ob die Ausübung des fraglichen Schutzrechts nicht gegen andere Vertragsvorschriften, insbesondere diejenigen über den freien Warenverkehr, verstößt.
- 8 Hierzu sind die Grundsätze für die Verwirklichung eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten heranzuziehen, die niedergelegt sind im Titel „Der freie Warenverkehr“ des den Grundlagen der Gemeinschaft gewidmeten zweiten Teils des Vertrages und in Artikel 3 Buchstabe f des Vertrages, der die Errichtung eines Systems vorsieht, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt.
- 9 Wenn der Vertrag im übrigen in Artikel 36 bestimmte Verbote oder Beschränkungen des Warenverkehrs zwischen Mitgliedstaaten zuläßt, so setzt er ihnen doch klare Grenzen, indem er bestimmt, daß diese Ausnahmen „weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“ darstellen dürfen.
- 10 Nach diesen Normen, namentlich nach den Artikeln 36, 85 und 86, ist daher zu beurteilen, inwieweit in Ausübung eines dem Urheberrecht verwandten nationalen Schutzrechtes der Vertrieb aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführter Erzeugnisse unterbunden werden darf.
- 11 Artikel 36 führt unter den von ihm zugelassenen Verboten oder Beschränkungen des freien Warenverkehrs diejenigen an, die durch das gewerbliche und kommerzielle Eigentum gerechtfertigt sind. Unterstellt man, daß ein dem Urheberrecht verwandtes Recht durch diese Bestimmungen erfaßt werden kann, so geht aus dem genannten Artikel doch hervor, daß der Vertrag zwar den Bestand der durch die nationale Gesetzgebung eines Mitgliedstaats

eingewäumten gewerblichen Schutzrechte nicht berührt, die Ausübung dieser Rechte aber unter die Verbote des Vertrages fallen kann. Artikel 36 läßt zwar Verbote oder Beschränkungen des freien Warenverkehrs zu, die zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind, erlaubt aber solche Beschränkungen der Freiheit des Handels nur, soweit sie zur Wahrung der Rechte berechtigt sind, die den spezifischen Gegenstand dieses Eigentums ausmachen.

- 12 Wird ein dem Urheberrecht verwandtes Schutzrecht benützt, um in einem Mitgliedstaat den Vertrieb von Waren, die vom Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats in Verkehr gebracht worden sind, allein deshalb zu verbieten, weil dieses Inverkehrbringen nicht im Inland erfolgt ist, so verstößt ein solches die Isolierung der nationalen Märkte aufrecht erhaltendes Verbot gegen das wesentliche Ziel des Vertrages, den Zusammenschluß der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt. Dieses Ziel wäre nicht zu erreichen, wenn Privatpersonen aufgrund der verschiedenen Rechtssysteme der Mitgliedstaaten die Möglichkeit hätten, den Markt aufzuteilen und willkürliche Diskriminierungen oder verschleierte Beschränkungen im Handel zwischen den Mitgliedstaaten herbeizuführen.
- 13 Hiernach würde es gegen die Normen über den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt verstoßen, wenn ein Hersteller von Tonträgern das ihm nach der Gesetzgebung eines Mitgliedstaats zustehende ausschließliche Recht, die geschützten Gegenstände in Verkehr zu bringen, ausübte, um in diesem Mitgliedstaat den Vertrieb von Erzeugnissen, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in einem anderen Mitgliedstaat verkauft worden sind, allein deshalb zu verbieten, weil dieses Inverkehrbringen nicht im Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaats erfolgt ist.

Zur zweiten Frage

- 14 Die zweite Frage geht dahin, ob die Ausübung des ausschließlichen Rechts zur Verbreitung der geschätzten Gegenstände durch den Hersteller von Tonträgern als mißbräuchlich angesehen werden kann, wenn der gebundene Verkaufspreis im Inland höher ist als der Preis des aus einem anderen Mitgliedstaat reimportierten Originalerzeugnisses und wenn zugleich die maßgeblichen Interpreten durch Exklusivverträge an den Hersteller der Tonträger gebunden worden sind. Die Frage zielt mit dem Ausdruck „mißbräuchlich“ auf die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages.

- 15 Diese Vorschrift verbietet „die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“.
- 16 Der Verbotstatbestand dieser Bestimmung setzt sonach eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben voraus. Der Hersteller von Tonträgern, der ein dem Urheberrecht verwandtes Schutzrecht innehat, nimmt aber nicht schon deshalb eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages ein, weil er von seinem ausschließlichen Recht, die geschützten Gegenstände in Verkehr zu bringen, Gebrauch macht.
- 17 Da sich nach diesem Artikel die beherrschende Stellung zumindest auf einen „wesentlichen Teil“ des Gemeinsamen Marktes erstrecken muß, ist außerdem erforderlich, daß der Hersteller allein oder zusammen mit anderen demselben Konzern angehörenden Unternehmen in der Lage ist, einen wirksamen Wettbewerb auf einem bedeutenden Teil des in Betracht kommenden Marktes zu verhindern; hierbei sind insbesondere das etwaige Vorhandensein von Herstellern, die gleichartige Erzeugnisse vertreiben, sowie die Marktstellung dieser Hersteller zu berücksichtigen.
- 18 Falls die Interpreten der Aufnahmen durch Exklusivverträge an den Hersteller gebunden sind, sind unter anderem ihre Beliebtheit beim Publikum, die Dauer und der Umfang der von ihnen eingegangenen Verpflichtungen sowie die Möglichkeiten der anderen Hersteller von Tonträgern in Betracht zu ziehen, Künstler für vergleichbare Interpretationsleistungen zu gewinnen.
- 19 Der Tatbestand des Artikels 86 setzt ferner voraus, daß die beherrschende Stellung mißbräuchlich ausgenutzt wird. Ein Unterschied zwischen dem gebundenen Preis und dem Preis des aus einem anderen Mitgliedstaat reimportierten Erzeugnisses erlaubt nicht unbedingt den Schluß auf einen solchen Mißbrauch, kann jedoch ein entscheidendes Indiz für einen solchen Mißbrauch sein, wenn er groß und durch keine sachlichen Gründe zu erklären ist.

Kosten

- 20 Die Auslagen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die Erklärungen beim Gerichtshof eingereicht haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren vor dem Gerichtshof ein Zwischenstreit

in dem vor dem innerstaatlichen Gericht anhängigen Rechtsstreit. Die Kostenentscheidung obliegt daher diesem Gericht.

Aufgrund der Prozeßakten,
nach Anhörung des Berichtes des Berichterstatters,
nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften,
nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts,
aufgrund des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere seiner Artikel 3, 5, 36, 85, 86 und 177,
aufgrund des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere seines Artikels 20,
aufgrund der Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften

hat

DER GERICHTSHOF

auf die ihm vom Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg gemäß dessen Beschluß vom 8. Oktober 1970 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. Es verstößt gegen die Normen über den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt, wenn ein Hersteller von Tonträgern das ihm nach der Gesetzgebung eines Mitgliedstaats zustehende ausschließliche Recht, die geschützten Gegenstände in Verkehr zu bringen, ausübt, um in diesem Mitgliedstaat den Vertrieb von Erzeugnissen, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in einem anderen Mitgliedstaat verkauft worden sind, allein deshalb zu verbieten, weil dieses Inverkehrbringen nicht im Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaats erfolgt ist.
2. a) Ein Hersteller von Tonträgern, dem nach einer nationalen Gesetzgebung ein ausschließliches Verbreitungsrecht zusteht, hat nicht schon deshalb eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages inne, weil er dieses Recht ausübt. Etwas anderes gilt, wenn er nach Lage der Dinge einen wirksamen Wettbewerb auf einem bedeutenden Teil des in Betracht zu ziehenden Marktes verhindern kann.
b) Ein Unterschied zwischen dem gebundenen Preis und dem Preis des aus einem anderen Mitgliedstaat reimportierten Erzeugnisses

erlaubt nicht unbedingt den Schluß auf einen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung, kann jedoch ein entscheidendes Indiz für einen solchen Mißbrauch sein, wenn er groß und durch keine sachlichen Gründe zu erklären ist.

	Lecourt	Donner	Trabucchi
Monaco	Mertens de Wilmars	Pescatore	Kutscher

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 8. Juni 1971.

Der Präsident
R. Lecourt

Der Kanzler
A. Van Houtte

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS KARL ROEMER
VOM 28. APRIL 1971

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

Der Sachverhalt des Vorlageverfahrens, das durch eine Anfrage des Hanseatischen Oberlandesgerichts ausgelöst worden ist, läßt sich wie folgt zusammenfassen.

Die Deutsche Grammophon GmbH, Hamburg, Berufungsbeklagte des Ausgangsverfahrens auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, ist eine gemeinsame Tochtergesellschaft der Philips Gloeilampen-Fabrieken, Eindhoven, und der Siemens AG, Berlin/München. Sie produziert Schallplatten (wofür sie einige Interpretieren durch Exklusivverträge an sich gebunden hat), und sie vertreibt ihre Erzeugnisse unter einer Reihe von Marken. In der Bundesrepublik Deutschland erfolgt die Lieferung direkt an den Einzel-

handel sowie an zwei Buchgrossisten, die ausschließlich den Sortimentsbuchhandel versorgen. Dabei sind die für die Endverbraucher geltenden Preise größtenteils gebunden; jedenfalls unterliegen der Preisbindung sämtliche Nummern, die unter der Marke „Polydor“ vertrieben werden. Die Händler müssen zu diesem Zweck einen entsprechenden Revers unterzeichnen. In ihm ist daneben bestimmt, daß die Preisbindung auch für von Dritten erworbene Schallplatten der Deutschen Grammophon gilt und daß solche Erzeugnisse nur mit Genehmigung der Deutschen Grammophon aus dem Ausland eingeführt werden können (wobei die Zustimmung lediglich erteilt wird, wenn sich die Händler auch insofern zur Einhaltung der Preisbindung verpflichten). Die Deutsche Grammophon ist ihrerseits gehalten, allein an