

II

(Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte)

KOMMISSION

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 20. April 2001

in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag

(Sache COMP D3/34493 — DSD)

*(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2001) 1106)***(Nur der deutsche Text ist verbindlich)****(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2001/463/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

in Erwägung nachstehender Gründe:

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,

gestützt auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, insbesondere auf Artikel 54,

gestützt auf die Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages ⁽²⁾, zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1216/1999 ⁽³⁾, insbesondere auf Artikel 3,

gestützt auf den Beschluss der Kommission vom 25. Oktober 1996 in dieser Sache ein Verfahren einzuleiten,

nachdem sie dem betreffenden Unternehmen Gelegenheit gegeben hat, sich zu den Beschwerdepunkten der Kommission gemäß Artikel 19 der Verordnung Nr. 17 und Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 2842/98 der Kommission vom 22. Dezember 1998 über die Anhörung in bestimmten Verfahren nach Artikel 85 und 86 EG-Vertrag ⁽⁴⁾ zu äußern,

nach Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen am 19. Februar 2001,

A. SACHVERHALT

I. DAS VERFAHREN UND BETROFFENE UNTERNEHMEN

- (1) Am 2. September 1992 meldete die Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG, Köln (nachstehend „DSD“), eine Anzahl von Vereinbarungen mit dem Ziel an, ein Negativattest oder hilfsweise eine Entscheidung über die Freistellung vom Kartellverbot zu erhalten. DSD betreibt in Deutschland ein bundesweit tätiges System zur Sammlung und Verwertung von Verkaufsverpackungen. Das System dient der Erfüllung der Vorgaben der deutschen Verpackungsverordnung. Die Anmeldung betrifft die Vereinbarungen (Gesellschaftsvertrag/Satzung, Leistungsvertrag, Zeichennutzungsvertrag, Garantieverträge), die dem Betrieb des Systems zugrunde liegen.
- (2) Nach Veröffentlichung der Mitteilung gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17, in der die Kommission ihre Absicht kundtat, die fraglichen Vereinbarungen positiv zu beurteilen, gingen insgesamt 13 Stellungnahmen von betroffenen Dritten ein ⁽⁵⁾. Mehrere dieser Kommentare betrafen verschiedene Facetten der Anwendung des Zeichennutzungsvertrages. Dabei wurde von dritter Seite beanstandet, dass der Zeichennutzungsver-

⁽²⁾ ABl. 13 vom 21.2.1962, S. 204/62.

⁽³⁾ ABl. L 148 vom 15.6.1999, S. 5.

⁽⁴⁾ ABl. L 354 vom 30.12.1998, S. 18.

⁽⁵⁾ ABl. C 100 vom 27.3.1997, S. 4.

trag insoweit zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führe, als er im Falle einer zu DSD ergänzenden Beauftragung alternativer Anbieter Entgelt Doppelbelastungen der Lizenznehmer verursache und derartige Lösungen dadurch wirtschaftlich uninteressant mache.

- (3) Am 19. November 1997 erhielt die Kommission Hinweise eines konkurrierenden Entsorgungsdienstleisters, in denen darauf hingewiesen wurde, dass der Zeichennutzungsvertrag in seiner angemeldeten Form es den verpflichteten Unternehmen wegen der zu erwartenden Mehrkosten nicht erlaube, sich für Teilmengen von Verkaufsverpackungen an einem konkurrierenden Anbieter zu beteiligen.
- (4) Nach Besprechungen mit Beamten der Kommission übermittelte DSD am 15. Oktober 1998 eine Zusage zur Vermeidung von Doppelbelastungen im Falle der Beteiligung des Vertragspartners an einem regional tätigen Befreiungssystem.
- (5) Am 3. November 1999 richtete die Kommission ein Schreiben an DSD, in dem aufgeführt wurde, dass die bislang von DSD zur Vermeidung von Doppelbelastungen auf der Grundlage des Zeichennutzungsvertrages abgegebene Zusage nicht ausreiche. Es sei erforderlich, dass diese bislang nur Befreiungssysteme umfassende Zusage von DSD um Selbstentsorgerlösungen für Teilmengen von Verkaufsverpackungen erweitert wird.
- (6) Am 15. November 1999 richteten die Hersteller von Haarpflegeprodukten L'Oréal, Wella, Goldwell, Schwarzkopf, der Industrieverband Friseurbedarf sowie der Entsorgungsdienstleister Vfw (im Folgenden L'Oréal u. a.), die in Deutschland eine Selbstentsorgerlösung zur Rücknahme und Verwertung von Verpackungen der von den Friseuren benutzten Haarpflegeprodukte organisieren wollen, eine formelle Beschwerde an die Kommission. Die Beschwerdeführer weisen auf ihrer Ansicht nach missbräuchliche Verhaltensweisen von DSD auf der Grundlage des Zeichennutzungsvertrages hin, welche die Etablierung einer zur DSD konkurrierenden Selbstentsorgerlösung behinderten. Nach Ansicht der Beschwerdeführer missbraucht DSD immer dann ihre marktbeherrschende Stellung, wenn die Zeichennutzung und die tatsächlich und nachweislich von DSD erbrachte Befreiungsdienstleistung auseinander fallen.
- (7) Nach Besprechungen mit Beamten der Kommission übermittelte DSD mit Schreiben vom 13. März 2000 zwei weitere Zusagen. DSD erklärte darüber hinaus, dass sie die Auffassung der Kommission nach einer Modifizierung und Klarstellung der am 15. Oktober 1998 übermittelten Zusage (Randnummer 4) nicht teile und für eine weitergehende Änderung keinen Anlass sehe.
- (8) Am 3. August 2000 richtete die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an DSD. DSD ging darauf

mit Schreiben vom 9. Oktober 2000 ein. DSD hat in diesem Schreiben auch ihre Bereitschaft erklärt, eine weitere Zusage zu geben, wenn sich dadurch die Bedenken der Kommission ausräumen ließen. DSD hat in der Folgezeit die in Aussicht gestellte Zusage nicht abgegeben. Im Schreiben vom 9. Oktober hat DSD keinen Antrag auf mündliche Anhörung gemäß Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 2842/98 gestellt. Mit Schreiben vom 21. November hat DSD eine neue Fassung einer Zusage vorgeschlagen und gleichzeitig die Durchführung einer mündlichen Anhörung beantragt. Der Anhörungsbeauftragte teilte DSD mit Schreiben vom 28. November mit, dass angesichts des vergleichsweise langen Zeitraums zwischen der schriftlichen Stellungnahme von DSD zu den Beschwerdepunkten und dem Schreiben vom 21. November kein Anlass besteht, dem Antrag von DSD stattzugeben.

II. DIE VERPACKUNGSVERORDNUNG ALS RECHTLICHER RAHMEN

- (9) Am 12. Juni 1991 wurde in Deutschland von der Bundesregierung die „Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen“ (Verpackungsverordnung) erlassen. Die novellierte Fassung der Verpackungsverordnung ist am 28. August 1998 in Kraft getreten. Die Verpackungsverordnung bezweckt, die Auswirkungen von Abfällen aus Verpackungen auf die Umwelt zu vermeiden oder zu verringern.
- (10) Die Verpackungsverordnung verpflichtet insbesondere Hersteller und Vertreiber von Verpackungen. Die Verpackungsverordnung unterscheidet in § 3 Absatz 1 zwischen Verkaufsverpackungen, Transportverpackungen und Umverpackungen. Verkaufsverpackungen sind Verpackungen, die als eine Verkaufseinheit angeboten werden und beim Endverbraucher anfallen. Verkaufsverpackungen im Sinne der Verordnung sind auch Verpackungen des Handels, der Gastronomie und anderer Dienstleister, die die Übergabe von Waren an den Endverbraucher ermöglichen oder unterstützen (Serviceverpackungen) sowie Einweggeschirr und Einwegbestecke. Transportverpackungen sind Verpackungen, die den Transport von Waren erleichtern, die Waren auf dem Weg vom Hersteller zum Vertreiber vor Schäden bewahren, oder die aus Gründen der Sicherheit des Transports verwendet werden und beim Vertreiber anfallen. Umverpackungen sind Umhüllungen, die als zusätzliche Verpackung zu Verkaufsverpackungen verwendet werden und nicht aus Gründen der Hygiene, der Haltbarkeit oder des Schutzes der Ware vor Beschädigung oder Verschmutzung für die Abgabe an den Endverbraucher erforderlich sind.
- (11) In § 3 Absätze 7 und 8 Verpackungsverordnung werden die Begriffe Hersteller und Vertreiber definiert. Hersteller im Sinne der Verordnung ist, wer Verpackungen, Packstoffe oder Erzeugnisse, aus denen unmittelbar Verpackungen hergestellt werden, herstellt, und derjenige, der Verpackungen in den Geltungsbereich der Verordnung einführt. Vertreiber im Sinne der Verordnung ist,

- wer Verpackungen, Packstoffe oder Erzeugnisse, aus denen Verpackungen hergestellt werden, oder Waren in Verpackungen, gleichgültig auf welcher Handelsstufe, in Verkehr bringt. Vertreiber im Sinne der Verordnung ist auch der Versandhandel. Endverbraucher ist nach § 3 Absatz 10 Satz 1 Verpackungsverordnung derjenige, der die Waren in der an ihn gelieferten Form nicht mehr weiter veräußert.
- (12) Die Regelungen für Verkaufsverpackungen, Umverpackungen und Transportverpackungen sind unterschiedlich. Für Verkaufsverpackungen schreibt § 6 Absatz 1 Verpackungsverordnung vor, dass der Vertreiber von Verkaufsverpackungen vom Endverbraucher gebrauchte, restentleerte Verkaufsverpackungen am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe unentgeltlich zurückzunehmen und einer Verwertung entsprechend der im Anhang der Verordnung definierten quantitativen Anforderungen zuzuführen hat (sog. Selbstentsorgung). Der Vertreiber muss den privaten Endverbraucher durch deutlich erkennbare und lesbare Schrifttafeln auf die Rückgabemöglichkeit hinweisen (§ 6 Absatz 1 Satz 3). Die Rücknahmeverpflichtung des Vertreibers beschränkt sich auf Verpackungen der Art, Form und Größe und auf Verpackungen solcher Waren, die der Vertreiber in seinem Sortiment führt (§ 6 Absatz 1 Satz 4). Für Vertreiber mit einer Verkaufsfläche von weniger als 200 qm beschränkt sich die Rücknahmeverpflichtung auf die Verpackungen der Marken, die der Vertreiber in Verkehr bringt (§ 6 Absatz 1 Satz 5). Eine entsprechende Rücknahmeverpflichtung gilt auch für den Versandhandel, zum Beispiel durch geeignete Rückgabemöglichkeiten in zumutbarer Entfernung zum Endverbraucher (§ 6 Absatz 1 Satz 6).
- (13) Deutschland hat in Beantwortung entsprechender Fragen der Kommission mitgeteilt, dass die zu erfüllenden Quoten ausschließlich durch Rücknahme der Verkaufsverpackungen am Ort der tatsächlichen Übergabe bzw. in dessen unmittelbarer Nähe zu erfüllen sind und dass eine möglicherweise daneben organisierte haushaltsnahe Entsorgung nicht auf diese Quoten angerechnet werden kann. Das Landgericht Köln ist dagegen davon ausgegangen, dass die Quote nicht allein durch die geschäftsnahe Sammlung erfüllt werden muss⁽⁶⁾. Die vom Vertreiber nach § 6 Absatz 1 zurückgenommenen Verpackungen müssen gemäß § 6 Absatz 2 Verpackungsverordnung ihrerseits von Herstellern und (Vor-)Vertreibern dieser Verpackungen zurückgenommen und einer erneuten Verwendung oder einer stofflichen Verwertung außerhalb der öffentlichen Abfallsorgung zugeführt werden.
- (14) Gemäß § 11 Verpackungsverordnung können sich Hersteller und Vertreiber zur Erfüllung aller Rücknahme- und Verwertungspflichten auch Dritter bedienen.
- (15) Die Verpflichtung zur Rücknahme und Verwertung entfällt gemäß § 6 Absatz 3 Satz 1 Verpackungsverordnung für solche Hersteller und Vertreiber, die sich an einem System beteiligen, das flächendeckend im Einzugsgebiet des Vertreibers eine regelmäßige Abholung gebrauchter Verkaufsverpackungen beim Endverbraucher oder in der Nähe des Endverbrauchers gewährleistet. Das System muss ebenfalls bestimmte Verwertungsquoten erfüllen. Eine gesetzliche Pflicht zur Beteiligung an einem solchermaßen eingerichteten System für Verkaufsverpackungen besteht nicht. Unternehmen, die sich nicht beteiligen, unterliegen weiterhin der individuellen Rücknahmepflicht. Der Tätigkeitsbereich eines Systems nach § 6 Absatz 3 Verpackungsverordnung ist auf beim privaten Endverbraucher anfallende Verkaufsverpackungen beschränkt⁽⁷⁾. Private Endverbraucher im Sinne der Verordnung sind gemäß § 3 Absatz 10 Satz 2 Verpackungsverordnung Haushaltungen und vergleichbare Anfallstellen von Verpackungen, insbesondere Gaststätten, Hotels, Kantinen, Verwaltungen, Kasernen, Krankenhäuser, Bildungseinrichtungen, karitative Einrichtungen und Freiberufler sowie landwirtschaftliche Betriebe und Handwerksbetriebe mit Ausnahme von Druckereien und sonstigen papierverarbeitenden Betrieben, die über haushaltsübliche Sammelgefäße für Papier, Pappe, Kartonaugen und Leichtverpackungen mit nicht mehr als maximal je Stoffgruppe einem 100-Liter-Umleerbehälter im haushaltsüblichen Abfuhrhythmus entsorgt werden können.
- (16) Nach Anhang I Ziffer 4 Absatz 2 der Verpackungsverordnung haben Hersteller und Vertreiber die Beteiligung an einem System nach § 6 Absatz 3 Verpackungsverordnung durch Kennzeichnung der Verpackungen oder durch andere geeignete Maßnahmen (z. B. Kundeninformationen in der Verkaufsstelle oder über einen Beipackzettel) kenntlich zu machen. Die Kennzeichnung einer Verpackung mit einem System-Kennzeichen ohne Beteiligung an dem System ist in der Verpackungsverordnung nicht bußgeldbewehrt⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Vgl. § 6 Absatz 3, § 3 Absatz 1 Nr. 2 und Absatz 10, Anhang I Absatz 1 Satz 3 Verpackungsverordnung.

⁽⁸⁾ [Frage der Kommission:] „Lässt die VerpackVO zu, dass eine Verpackungslinie durchgängig gekennzeichnet wird, obwohl sie teilweise nach § 6 Abs. 3 VerpackVO entsorgt wird (z. B. im Fall des § 6 Abs. 1 Satz 9 VerpackVO), wobei zu berücksichtigen ist, dass es für den Vertreiber nicht vorhersehbar ist, welche konkrete Verpackung geschäftsnah und welche haushaltsnah entsorgt wird?“ [Antwort Deutschlands:] „Die Kennzeichnung einer Verpackung mit dem System-Kennzeichen gemäß Anhang I Nr. 4 Absatz 2 ohne Beteiligung an dem System ist in der VerpackVO nicht bußgeldbewehrt. Sie kann aber möglicherweise nach anderen Rechtsvorschriften relevant sein; so können z. B. Regelungen des Warenzeichenrechts einschlägig sein.“

⁽⁶⁾ Siehe Landgericht Köln, Urteil vom 13. Januar 2000, Az. 31 0 991/99.

- (17) Die Anerkennung als ein flächendeckendes System im Sinne von § 6 Absatz 3 Verpackungsverordnung erfolgt durch einen Feststellungsbescheid der zuständigen Landesbehörde. § 6 Absatz 3 Satz 4 Verpackungsverordnung schreibt außerdem vor, dass das System auf vorhandene Sammel- und Verwertungssysteme der entsorgungspflichtigen Körperschaften abzustimmen ist. In der Praxis erfolgt die Anerkennung des Systems durch die zuständige Landesbehörde nur, wenn die sog. „Abstimmungserklärung“ der jeweils entsorgungspflichtigen Körperschaft vorliegt. Das bedeutet, dass die Kommunen/Landkreise für ihr Gebiet jeweils dem Abschluss des Vertrags zwischen Systembetreiber und Entsorgungsunternehmen zugestimmt haben müssen.
- (18) In einem Anhang zur Verpackungsverordnung sind die quantitativen Anforderungen festgelegt. Bis zur Novellierung der Verpackungsverordnung waren diese Erfassungs- und Sortierquoten auf das gesamte Aufkommen an Verpackungsmaterialien im Einzugsgebiet (d. h. Bundesland) definiert. So musste etwa ab dem 1. Juli 1995 80 % des gesamten Aufkommens an Verpackungsmaterialien von dem Sammelsystem erfasst werden. Von den erfassten Materialien mussten für Glas, Weißblech, Aluminium 90 % sowie für Pappe, Karton, Papier, Kunststoff, Verbundverpackungen 80 % in stofflich verwertbarer Qualität aussortiert werden. Für den Zeitraum von 1993 bis zum 30. Juni 1995 galten reduzierte Quotenanforderungen.
- (19) Mit der erfolgten Novellierung der Verpackungsverordnung wurde diese absolute Berechnungsmethode auf eine einzelsystembezogene Berechnungsmethode (d. h. der in ein System eingebrachten Verkaufsverpackungen) umgestellt. Darüber hinaus haben zukünftig auch die Hersteller und Vertreiber, die sich nicht an einem System gemäß § 6 Absatz 3 Verpackungsverordnung beteiligen, diese quantitativen Anforderungen nachzuweisen. Seit dem 1. Januar 2000 müssen sowohl die Betreiber flächendeckender Systeme im Sinne von § 6 Absatz 3 Verpackungsverordnung hinsichtlich der Verpackungen, für die sich Hersteller und Vertreiber an ihrem System beteiligen, als auch die Hersteller und Vertreiber, die sich für eine Selbstentsorgerlösung entscheiden, 75 % der Verpackungen aus Glas, jeweils 70 % der Verpackungen aus Weißblech und aus Papier, Pappe, Karton sowie jeweils 60 % der Verpackungen aus Verbunden einer stofflichen Verwertung zuführen. Mindestens 60 % der Verpackungen aus Kunststoff müssen einer Verwertung zugeführt werden, wobei mindestens 60 % dieser Verwertungsquote durch Verfahren sicherzustellen sind, bei denen stoffgleiches Neumaterial ersetzt wird oder der Kunststoff für eine weitere stoffliche Nutzung verfügbar bleibt (sog. wertstoffliches Verfahren). Verpackungen aus Materialien, für die keine konkreten Verwertungsmethoden vorgegeben sind, sind einer stofflichen Verwertung zuzuführen, soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist. Im Falle einer Selbstentsorgerlösung ist die Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungsanforderungen durch einen unabhängigen Sachverständigen auf der Grundlage einer nachprüfbaren Dokumentation zu bescheinigen (Anhang I Ziffer 2 Absatz 1). Ein Befreiungssystem hat die erfassten und verwerteten Mengen in nachprüfbarer Form nachzuweisen. Auf Verlangen der Antragsbehörde ist der Nachweis durch einen Prüfbericht eines unabhängigen Sachverständigen zu bestätigen (Anhang I Ziffer 3 Absatz 4).
- (20) Deutschland hat mitgeteilt, dass eine gleichzeitige Kombination zwischen Selbstentsorgerlösung und der Beteiligung an einem § 6 Absatz 3-System möglich ist, und dass daher auch die Beteiligung mit einer bestimmten Masse eines Verpackungsproduktes an einem § 6 Absatz 3-System möglich ist. Allerdings müsse für Verbraucher und Behörden Transparenz dahingehend hergestellt sein, welche Verpackung der Rücknahmepflicht am Laden oder in dessen unmittelbarer Nähe unterliegt und welche Verpackung nicht. Deutschland hat ferner bestätigt, dass nach der Verpackungsverordnung der Endverbraucher frei entscheiden kann, ob er die Verpackung im Geschäft lässt bzw. dorthin zurückbringt oder einer haushaltsnahen Entsorgung zuführt⁽⁹⁾.
- (21) Soweit Vertreiber und Hersteller die Verpflichtungen nach § 6 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 Verpackungsverordnung nicht durch Rücknahme an der Abgabestelle erfüllen, haben sie diese gem. § 6 Absatz 1 Satz 9 (i. V. m. § 6 Absatz 2 Satz 4) Verpackungsverordnung durch ein System nach Absatz 3 sicherzustellen. Deutschland hat hierzu ergänzend mitgeteilt, dass der Selbstentsorger, der die Verwertungsquote nicht erreicht hat, verpflichtet ist, sich mit der Masse an Verpackungen an einem System nach § 6 Absatz 3 zu beteiligen, die erforderlich ist, um die Quotenvorgaben zu erreichen.
- (22) Für Transportverpackungen und Umverpackungen bestehen ähnliche Rücknahmepflichten. Die Möglichkeit zur Befreiung von diesen Pflichten durch Teilnahme an einem System besteht allerdings nicht. Auch gibt es

⁽⁹⁾ [Frage der Kommission:] „Ist es richtig, dass nach der VerpackVO der Endverbraucher frei entscheiden kann, ob er die Verpackung im Geschäft lässt bzw. dorthin zurückbringt oder einer haushaltsnahen Entsorgung zuführt?“ [Antwort Deutschlands:] „Die VerpackVO enthält keine ausdrückliche Bestimmung, die den Endverbraucher zu einer Rückgabe verpflichtet. Die in der Frage enthaltene Annahme trifft mithin zu.“

keine zu erfüllende Rücknahme- und Quotenanforderungen. Vertreiber, die Waren in Umverpackungen anbieten, sind verpflichtet, bei der Abgabe der Ware an Endverbraucher die Umverpackung zu entfernen oder dem Endverbraucher in der Verkaufsstelle Gelegenheit zur kostenlosen Rückgabe der Umverpackung zu geben. Behält der Endverbraucher die Ware in der Umverpackung, gelten die Vorschriften für Verkaufsverpackungen entsprechend.

- (23) Deutschland hat bereits im Jahr 1993 in Beantwortung entsprechender Fragen der Kommission mitgeteilt, dass § 6 Absatz 3 Verpackungsverordnung nicht so ausgelegt werde, dass nur die Errichtung eines einzigen Systems möglich sei. Die Verpackungsverordnung ermögliche die Realisierung weiterer Entsorgungssysteme für Verkaufsverpackungen. Es sei nicht die Intention des Verordnungsgebers, dass bundesweit oder in jedem Bundesland nur ein einziges System ermöglicht werden solle.
- (24) Nach der Begründung zur novellierten Fassung der Verpackungsverordnung stellt eines ihrer wesentlichen Anliegen die verstärkte Förderung von Wettbewerb dar. Dieser soll u. a. dadurch gefördert werden, dass die Entsorgungsleistungen für Sammeln, Sortieren und Verwerten künftig in einem Verfahren, das eine Vergabe im Wettbewerb sichert, ausgeschrieben und die zur Verwertung bestimmten Verpackungen unter Wettbewerbsbedingungen abgegeben werden. Darüber hinaus sind die Kosten für die Erfassung, Sortierung sowie Verwertung oder Beseitigung für die einzelnen Verpackungsmaterialien offenzulegen.

III. DAS VON DSD BETRIEBENE SAMMEL- UND VERWERTUNGSSYSTEM

- (25) DSD ist das einzige Unternehmen, das in Deutschland als flächendeckendes System im Sinne von § 6 Absatz 3 Verpackungsverordnung die Sammlung und Verwertung von Verkaufsverpackungen nach Maßgabe der Verpackungsverordnung betreibt. DSD hat insoweit zum Beginn des Jahres 1993 die Anerkennung der zuständigen Behörden aller deutschen Bundesländer erhalten. Das System wird seit 1992 betrieben, es ist seit 1993 voll operationsfähig. Das System wird als „Duales“ System bezeichnet, da Sammlung und Verwertung der Verpackungen außerhalb der öffentlichen Abfallentsorgung und in privatwirtschaftlicher Form erfolgen.
- (26) Neben DSD gibt es einige andere Unternehmen, die ebenfalls die Rücknahme und Verwertung von bestimmten Verkaufsverpackungen organisieren. Dabei handelt

es sich allerdings nicht um flächendeckende Sammel- und Verwertungssysteme im Sinne von § 6 Absatz 3 Verpackungsverordnung. Die Unternehmen werden vielmehr als Dritte im Sinne von § 6 Absätze 1 und 2 i. V. m. § 11 Verpackungsverordnung tätig, d. h., sie nehmen unmittelbar die Rücknahmeverpflichtung des Herstellers oder Vertreibers von Verkaufsverpackungen wahr. Eine Vielzahl anderer Unternehmen sammelt und verwertet Transportverpackungen.

- (27) DSD finanziert sich über die Entgelte, die die dem System angeschlossenen Unternehmen entrichten. Die Beteiligung erfolgt durch Abschluss des sog. Zeichennutzungsvertrags. Darin erwirbt das Unternehmen gegen Zahlung eines Entgelts das Recht, auf seinen Verpackungen das Zeichen „Der Grüne Punkt“ zu verwenden, sowie als eigentliche Dienstleistung die Befreiung von der Rücknahmepflicht für diese Verkaufsverpackungen.
- (28) Der Umsatz von DSD betrug 1998 4,2 Milliarden DM, für 1999 rechnet DSD mit ca. 3,8 Milliarden DM. DSD hat 1998 ca. 5,6 Millionen Tonnen Verkaufsverpackungen erfasst. Derzeit sind ca. 17 000 Unternehmen dem System angeschlossen. Es wird geschätzt, dass für ca. 70 % aller in Deutschland in den Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen ein Zeichennutzungsvertrag abgeschlossen worden ist. Eine Darstellung des Verhältnisses der von DSD erfassten Verpackungen zu dem Gesamtverpackungsvolumen für den Zeitraum 1995—1998 findet sich in der nachfolgenden Tabelle:

| | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 |
|--|---------|---------|---------|---------|
| Von DSD erfasste gebrauchte Verkaufsverpackungen ⁽¹⁾ in Mio.t | 5,06 | 5,45 | 5,61 | 5,60 |
| Verkaufsverpackungsverbrauch Privater Endverbraucher in Mio.t | 6,96 | 6,87 | 6,85 | 6,86 |
| Verkaufsverpackungsverbrauch insgesamt in Mio.t | 7,91 | 7,81 | 7,81 | 7,85 |
| Anteil DSD Verkaufsverpackungsverbrauch insgesamt | 63,97 % | 69,78 % | 71,83 % | 71,34 % |
| Anteil DSD Verkaufsverpackungsverbrauch privater Endverbraucher | 72,70 % | 79,33 % | 81,90 % | 81,63 % |

⁽¹⁾ Alle Schätzungen des Verkaufsverpackungsverbrauchs nach: GVM — Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung Wiesbaden, insbesondere Recycling-Bilanz für Verpackungen vom März 1999. Zahlen zu von DSD erfassten gebrauchten Verkaufsverpackungen nach DSD-Angaben.

- (29) DSD sammelt die gebrauchten Verkaufsverpackungen nicht selbst ein, sondern bedient sich dazu lokaler (kommunaler und privater) Entsorgungsunternehmen. Mit diesen Unternehmen hat DSD sog. Leistungsverträge abgeschlossen. Es gibt insgesamt 546 Sammelbezirke. Manche Entsorgungsunternehmen sind in mehreren Bezirken Vertragspartner von DSD. DSD hat mit insgesamt 537 Vertragspartnern Leistungsverträge abgeschlossen. Manche dieser Entsorgungsunternehmen sind wiederum in größere Konzernverbunde eingegliedert. Nach dem Leistungsvertrag hat der Entsorger den ausschließlichen Auftrag, in einem bestimmten Bezirk gebrauchte Verkaufsverpackungen zu sammeln und zu sortieren. Erfasst werden die privaten Haushalte und bestimmte Gewerbebetriebe. Nicht in allen Fällen sammelt und sortiert der Entsorger alle anfallenden Verpackungen selbst, für Sammlung oder Sortierung bestimmter Verpackungsmaterialien werden häufig Subunternehmer eingesetzt.
- (30) Das von DSD aufgebaute System sammelt gebrauchte Verkaufsverpackungen aus allen Materialien. Die Sammlung erfolgt entweder in haushaltsnah aufgestellten Behältern, in die die gebrauchten Verkaufsverpackungen eingeworfen werden, oder durch die regelmäßige Abholung oder Leerung der vom Entsorger an die Einzelhaushalte verteilten Plastiksäcke oder Tonnen. Das Sortieren der gesammelten Materialien gehört zum Aufgabenbereich des Entsorgers. In der Regel erfolgt das Sortieren in darauf spezialisierten Betrieben. Der Entsorger entsorgt alle Verpackungen, die in die aufgestellten Sammelbehälter geworfen werden. Sonstige in die Behälter eingeworfene Gegenstände werden ggf. ebenfalls verwertet oder als Abfall aussortiert. Zusammen mit den Verkaufsverpackungen aus Papier/Karton/Pappe werden von den Entsorgungsunternehmen in der Regel auch alte Druckschriften (Zeitungen und Zeitschriften) gesammelt. Diese machen den größten Anteil (ca. 75 %) dieser Materialfraktion aus. Die Sammlung von Druckschriften gehört nicht zum Aufgabenbereich von DSD und wird von DSD nicht vergütet.
- (31) Die sortierten Materialien werden von den Entsorgern entweder selbst oder unter Einschaltung eines Dritten der Verwertung zugeführt oder zur Verwertung an sog. Garantiegeber übergeben. Die Garantiegeber haben gegenüber DSD die Garantie abgegeben, die Verwertung der gebrauchten Verpackungen vorzunehmen. Diese Garantiegesellschaften werden entweder von den Erzeugerindustrien der einzelnen Verpackungsmaterialien getragen oder sind speziell für die Vermarktung und Verwertung der gesammelten Materialien gegründete Unternehmen. Die Verwertung muss gemäß den Vorgaben der Verpackungsverordnung in Form stofflicher Verwertung erfolgen, das Verbrennen oder die Deponierung ist keine zulässige Form der Verwertung.
- (32) Das von DSD betriebene System sammelt nicht alle Verkaufsverpackungen im Sinne der Verpackungsverordnung, sondern nur die in Haushalten und vergleichbaren Anfallstellen anfallenden Verkaufsverpackungen. Transportverpackungen werden nicht entsorgt. Diese Begrenzung des Tätigkeitsbereichs von DSD ist durch die zuständige deutsche Behörde, das Bundeskartellamt, angeordnet worden.
- (33) Das Bundeskartellamt hat mehrfach das Vorhaben von DSD, seinen Tätigkeitsbereich auszuweiten, beanstandet.
- (34) So hatte DSD im Oktober 1992 das Vorhaben angekündigt, auch solche Verkaufsverpackungen, die im Großgewerbe und in der Industrie anfielen, zu entsorgen. Nach entsprechenden Einwänden des Bundeskartellamts, dass dies zu einer Verdrängung der Entsorgungsunternehmen vom Markt führen werde, die nicht Vertragspartner von DSD seien, hatte DSD von dem Vorhaben Abstand genommen. Das Bundeskartellamt war in diesem Zusammenhang der Auffassung, dass die in den Feststellungsbescheiden der zuständigen Landesbehörden enthaltenen Nebenbestimmungen, die ein solches Vorhaben von DSD ausdrücklich vorschreiben, das Vorgehen des Bundeskartellamtes nicht hindern könnten. Zur Beendigung des Verfahrens wurde festgelegt, dass DSD Gaststätten, Kantinen, Krankenhäuser, Verwaltungen, Bildungseinrichtungen, Kasernen, Praxen und Freiberuflern sowie Handwerksbetriebe ohne Druckereien und sonstige papierverarbeitende Betriebe, die über haushaltsübliche Sammelbehälter mit nicht mehr als 1 100 Liter Volumen pro Stoffgruppe verfügen, im haushaltsüblichen Abfuhrhythmus entsorgen darf.
- (35) Weiterhin hat das Bundeskartellamt durch Beschluss vom 24. Juni 1993 DSD formell untersagt, seine Aktivitäten auf den Bereich von nicht ladengängigen Verkaufsverpackungen sowie auf Transportverpackungen auszuweiten. Gegenstand dieser Untersagungsverfügung war das Vorhaben von DSD, über eine Tochtergesellschaft Verkaufsverpackungen und Transportverpackungen aus Papier/Pappe/Karton und Kunststoff bei großgewerblichen und industriellen Anfallstellen zu erfassen. Das Bundeskartellamt sah die dadurch bewirkte Bündelung der Nachfrage nach Entsorgungsdienstleistungen als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) an. DSD hat gegen diese Verfügung keine Rechtsbehelfe eingelegt.

IV. DER ZEICHENNUTZUNGSVERTRAG ALS BETROFFENE VEREINBARUNG

- (36) Die Beziehungen zwischen DSD und den dem System angeschlossenen Unternehmen werden in einem Stan-

- dardvertrag, dem sogenannten Zeichennutzungsvertrag für das Zeichen „Der Grüne Punkt“ (im Folgenden auch als ZNV bezeichnet), geregelt. Der ZNV ist seit der Anmeldung mehrfach geändert worden und liegt nun in der Fassung vom 5. September 1994 vor.
- (37) Nach dem ZNV ist DSD Inhaberin des eingetragenen Verbandszeichens „Der Grüne Punkt“ und vergibt das Recht zur Kennzeichnung der in das System einbezogenen Verkaufsverpackungen an Hersteller und Vertreiber nach Maßgabe eines einheitlichen ZNV. DSD gestattet die Nutzung dieses Zeichens für die gesondert anzumeldenden Verkaufsverpackungen (§ 1 Absatz 1 ZNV).
- (38) DSD sichert dem angeschlossenen Unternehmen (im ZNV Zeichennehmerin genannt) zu, die flächendeckende Sammlung, Sortierung und Verwertung gebrauchter Verkaufsverpackungen so zu betreiben, dass für die in das System einbezogenen Verkaufsverpackungen der beteiligten Hersteller und Vertreiber die Rücknahme- und Verwertungspflichten aus der Verpackungsverordnung entfallen (§ 2 ZNV).
- (39) Der Vertragspartner ist verpflichtet, das Zeichen auf jeder angemeldeten, den Inlandsverbrauch betreffenden Verpackung in bestimmter Form und Art und für den Endverbraucher sichtbar anzubringen. DSD kann den Vertragspartner von dieser Verpflichtung befreien (§ 3 Absatz 1 ZNV).
- (40) Der Vertragspartner hat für alle von ihm im Rahmen des ZNV mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vertriebenen Verpackungen ein Lizenzentgelt an DSD zu entrichten, Ausnahmen hiervon bedürfen einer schriftlichen, gesonderten Vereinbarung (§ 4 Absatz 1 ZNV, wiederholt in § 5 Absatz 1 ZNV ohne Ausnahmemöglichkeit).
- (41) Die Höhe des Lizenzentgelts richtet sich nach der seit dem 1. Januar 1995 gültigen Preisliste (§ 4 Absatz 2 ZNV). Das Lizenzentgelt berechnet sich aus der Summe von Gewichts- und Stückentgelt. Das Gewichtsentgelt berechnet sich nach dem Gewicht der Verpackung und hängt von der Art des verwendeten Materials ab. Das Stückentgelt hängt vom Volumen bzw. der Größe der Oberfläche der Verpackung ab.
- (42) Das Lizenzentgelt kann durch einseitige Erklärung von DSD angepasst werden. Erhöhung oder Ermäßigung der Lizenzentgelte bestimmen sich nach folgenden Grundsätzen: Lizenzentgelte werden ohne Gewinnzuschlag kalkuliert, sie dienen ausschließlich der Abdeckung der durch die Sammlung, Sortierung und Verwertung entstehenden Kosten sowie des erforderlichen Verwaltungsaufwands (§ 4 Absatz 3 ZNV). Die Systemkosten sind möglichst verursachungsgerecht den einzelnen Materialfraktionen zuzurechnen.
- (43) Der ZNV verlängert sich jeweils um ein Jahr, wenn er nicht zwei Monate vor Vertragsende gekündigt wird (§ 16). Die Zeichennehmerin ist zu einer Kündigung des ZNV mit einer Frist von sechs Monaten berechtigt, wenn sie den Vertrieb der von ihr angemeldeten Verpackungen in Deutschland einstellt (§ 11 Absatz 1).
- Der Zeichennehmerin steht es frei, das gesamte Sortiment an Verpackungen oder nur bestimmte Verpackungen anzumelden.
- (44) Die DSD ist die alleinige Inhaberin der Nutzungsrechte für die Marke „Der Grüne Punkt“ in Deutschland. Für die Nutzung dieser Marke außerhalb Deutschlands, insbesondere im Gebiet der Gemeinschaft, hat DSD die Nutzungsrechte in Form einer Generallizenz an Pro-Europe (Packaging Recovery Organisation Europe s.p.r.l.) mit Sitz in Brüssel übertragen.
- (45) Mit dem DSD-System vergleichbare privatwirtschaftliche Rücknahme- und Befreiungssysteme wurden in den letzten Jahren auch in anderen Mitgliedstaaten errichtet. Viele dieser Systeme verwenden — auf der Grundlage eines entsprechenden Lizenzvertrages mit ProEurope — ebenfalls das Zeichen „Der Grüne Punkt“. Gegenwärtig sind dies Eco-Emballages S.A. (Frankreich), Altstoff Recycling Austria AG (Österreich), asbl Fost plus vzw (Belgien), Sociedade Ponto Verde S.A. (Portugal), Ecoembalajes Espana (Spanien), Valorlux A.S.B.L. (Luxemburg) und Repak Limited (Irland). Viele dieser Systeme haben in den jeweiligen Mitgliedstaaten eine zu DSD vergleichbare Marktstellung erlangt.
- (46) Die Generallizenz zur Übertragung der Nutzungsrechte an ProEurope und die zwischen ProEurope und den einzelnen Systemen abgeschlossenen Lizenzverträge sind nicht Gegenstand dieser Entscheidung.
- V. VON DSD ABGEGEBENE ZUSAGEN
- (47) DSD hat im Zusammenhang mit dem ZNV eine Reihe von Zusagen gegenüber der Kommission abgegeben.

- (48) Zur Gewährleistung einer transparenten und verursachungsgerechten Ermittlung des Lizenzentgeltes hat die DSD die folgende Zusage abgegeben:
- (49) „Die Duales System Deutschland AG verpflichtet sich, Lizenzentgelte und/oder Bemessungsgrundlagen für die Nutzung der Marke ‚Der Grüne Punkt‘ so zu bestimmen, dass die Systemkosten verursachungsgerecht den Materialfraktionen zugerechnet werden und dies in angemessenen Zeitabständen durch Sachverständige (z. B. Wirtschaftsprüfer) überprüfen zu lassen“.
- (50) Der ZNV unterscheidet nicht zwischen Unternehmen mit Sitz in Deutschland und mit Sitz in den anderen Mitgliedsländern des Europäischen Wirtschaftsraums. Darüber hinaus hat DSD die folgende Zusage gegeben:
- (51) „Die Duales System Deutschland AG verpflichtet sich, mit Herstellern und Vertreibern von Verkaufsverpackungen, welche ihren Sitz in der Europäischen Gemeinschaft oder dem Europäischen Wirtschaftsraum haben, Verträge zur Nutzung der Marke ‚Der Grüne Punkt‘ im Geltungsbereich der Verpackungsverordnung zu schließen. Die Duales System Deutschland AG verpflichtet sich, Vertragspartnern mit Sitz in Staaten gem. Absatz 1 gegenüber Vertragspartnern mit Sitz im Geltungsbereich der Verpackungsverordnung nicht unterschiedlich zu behandeln. Von den Verpflichtungen gem. Absatz 1 und 2 darf nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund abgewichen werden. In diesen Fällen ist die Duales System Deutschland AG verpflichtet, die Kommission unverzüglich zu unterrichten.“
- (52) Da es sich in bestimmten Fällen aus rechtlichen, technischen, organisatorischen und sonstigen Gründen nicht ausschließen lässt, dass die Nutzung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ und die tatsächliche bzw. beabsichtigte Inanspruchnahme der Leistungserbringung auseinanderfallen, hat DSD im Hinblick auf die von der Kommission vorgetragenen Bedenken verschiedene Zusagen abgegeben.
- (53) Für den Fall, dass Verpackungen sowohl in Deutschland als auch in anderen Mitgliedsländern des Europäischen Wirtschaftsraumes in Verkehr gebracht werden und eine Teilnahme am DSD-System in Deutschland vorgesehen ist, hat DSD folgende Zusage abgegeben:
- (54) „Innerhalb der Europäischen Gemeinschaft und des Europäischen Wirtschaftsraums darf die Duales System Deutschland AG für die Nutzung der Marke ‚Der Grüne Punkt‘ ein Lizenzentgelt nur für solche Verpackungen erheben, die im Geltungsbereich der Verpackungsverordnung in Verkehr gebracht werden. Werden Verpackungen aus dem Geltungsbereich der Verpackungsverordnung in andere Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft oder des Europäischen Wirtschaftsraums exportiert, für die bereits ein Lizenzentgelt für die Nutzung der Marke ‚Der Grüne Punkt‘ an die Duales System Deutschland AG entrichtet wurde, so ist diese zur Erstattung des bereits bezahlten Lizenzentgeltes verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht nur dann, wenn der Hersteller oder Vertreter nachweist, dass für die Verpackungen das Lizenzentgelt in ordnungsgemäßer Höhe entrichtet und kein Erstattungsanspruch geltend gemacht worden ist. Sie besteht auch zugunsten solcher Hersteller und Vertreter, die keinen eigenen Vertrag zur Nutzung der Marke ‚Der Grüne Punkt‘ haben. Die Duales System Deutschland AG ist verpflichtet, dabei erlangte Kenntnisse über Lieferanten und Kunden solcher Hersteller und Vertreter vertraulich zu behandeln.“
- (55) Da der Tätigkeitsbereich eines Systems nach § 6 Absatz 3 Verpackungsverordnung auf beim privaten Endverbraucher anfallende Verkaufsverpackungen beschränkt ist (Randnummer 15) ergeben sich ferner Fallkonstellationen, innerhalb derer einheitlich gestaltete Verpackungen teilweise beim privaten Endverbraucher und teilweise entweder beim Vertreter (letztere sind keine Verkaufsverpackungen und werden daher nicht von Systemen nach § 6 Absatz 3 erfasst) und/oder im nicht von Systemen nach § 6 Absatz 3 erfassten großgewerblichen/industriellen Bereich anfallen. Hierzu hat DSD folgende Zusage abgegeben:
- (56) „Soweit die Duales System Deutschland AG rechtlich gehindert ist, an bestimmten Anfallstellen gebrauchte Verkaufsverpackungen zu sammeln, ist sie gegenüber Herstellern und Vertreibern, die die Nutzung der Marke ‚Der Grüne Punkt‘ nicht so organisieren können, dass sie im Wesentlichen mit der Entsorgung der Anfallstellen übereinstimmt, auf der Grundlage einer schriftlichen Vereinbarung verpflichtet, zu angemessenen Bedingungen anteilig auf die Zahlung von Lizenzentgelten zu verzichten.“
- (57) Der Lizenzentgeltverzicht wird in Zusatzvereinbarungen zum ZNV — sogenannten Splittingvereinbarungen — umgesetzt. Die Splittingvereinbarung legt die Splittingquote und das Splittingkonzept fest. Bisher hat DSD in 12 Branchen Zusatzvereinbarungen abgeschlossen. DSD hat erklärt, dass die Splittingvereinbarungen nicht Gegenstand der Anmeldung sind. Abschluss und Inhalt dieser Splittingvereinbarungen sind nicht Gegenstand dieser Entscheidung.
- (58) Sofern sich auf ein oder mehrere Bundesländer beschränkte Systeme nach § 6 Absatz 3 als Alternative zu dem DSD-System bilden, ist es nicht unwahrscheinlich, dass einheitlich gestaltete Verpackungen in diesen Bundesländern an dem Alternativsystem teilnehmen und

- sich in den restlichen Bundesländern am DSD-System beteiligen. Hinsichtlich dieser Fallkonstellation hat DSD folgende Zusage abgegeben:
- (59) „Unter der Voraussetzung, dass regional tätige Alternativsysteme zum derzeitigen Dualen System eingerichtet werden, die von den zuständigen obersten Landesbehörden formell nach § 6 Absatz 3 Verpackungsverordnung anerkannt sind, ist die Duale System Deutschland AG bereit, den Zeichennutzungsvertrag so zu praktizieren, dass den Zeichennehmern die Möglichkeit eingeräumt wird, sich für Teilmengen ihrer Verpackungen an einem solchen System zu beteiligen. Für die nachweislich in ein solches Alternativsystem eingebrachten Verpackungen wird dann von der Duales System Deutschland AG kein Lizenzentgelt auf der Basis des Zeichennutzungsvertrages erhoben. Weitere Voraussetzung für eine Befreiung von der Lizenzentgeltspflicht für mit dem Grünen Punkt gekennzeichnete Verpackungen ist es, dass der Schutz der Marke der Grüne Punkt nicht beeinträchtigt wird.“
- (60) Für den Fall, dass Hersteller und Vertreiber für Teilmengen von Verkaufsverpackungen eine Selbstentsorgung betreiben und sich für die verbleibenden Teilmengen am DSD-System beteiligen, hat DSD folgende Zusage abgegeben:
- (61) „Soweit Vertreiber und Hersteller die Rücknahme und Verwertung von im Geltungsbereich der Verpackungsverordnung vertriebenen Teilmengen von Verkaufsverpackungen nach § 6 Absatz 1 und/oder 2 (ggf. i. V. m. § 11) Verpackungsverordnung organisieren und sich für die verbleibenden Teilmengen am DSD-System beteiligen (§ 6 Absatz 1 S. 9), wird die Duales System Deutschland AG für die nachweislich nach § 6 Absatz 1 und/oder 2 Verpackungsverordnung zurückgenommenen Teilmengen von Verkaufsverpackungen kein Lizenzentgelt auf der Basis des Zeichennutzungsvertrages erheben. Der Nachweis ist entsprechend der in Anhang I Ziff. 2 der Verpackungsverordnung genannten Anforderungen zu führen.“
- (62) Für den Fall, dass einheitlich gestaltete Verpackungen sowohl in Deutschland als auch in einem oder mehreren anderen Mitgliedsländern des Europäischen Wirtschaftsraumes in Verkehr gebracht werden, in einem anderen Mitgliedstaat oder mehreren anderen Mitgliedstaaten an einem Rücknahmesystem teilnehmen, das die Marke „Der Grüne Punkt“ nutzt, sich jedoch in der Bundesrepublik Deutschland nicht dem DSD-System anschließen, hat DSD folgende Zusage abgegeben:
- (63) „Für Verpackungen, für die in einem anderen Mitgliedstaat eine Beteiligung an einem System zur Sammlung und Verwertung unter Verwendung der Marke ‚Der Grüne Punkt‘ erfolgt, und die unter Verwendung der Marke in dem Geltungsbereich der Verpackungsverordnung in den Verkehr gebracht werden, darf die Duales System Deutschland AG dann kein Lizenzentgelt erheben, wenn die Erfüllung der Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung nachweislich in anderer Weise als durch die Beteiligung an dem durch die DSD-AG eingerichteten System nach § 6 Absatz 3 VerpackV erfolgt. Voraussetzung dafür ist, dass auf der Verpackung in räumlicher Nähe zur Marke ‚Der Grüne Punkt‘ in sprachlicher oder in einer anderen geeigneten Form für den Endverbraucher erkennbar darauf hingewiesen wird, dass die Verpackung nicht an dem von der DSD-AG nach § 6 Absatz 3 eingerichteten dualen System teilnimmt.“
- (64) DSD hat gegenüber der Kommission erklärt, dass die in der Zusage enthaltene Nachweispflicht nicht so zu verstehen ist, dass die DSD zunächst Lizenzentgelte beanspruchen kann und diese erst dann zurückzahlen hat, wenn der Nachweis erbracht wurde, dass die Verpflichtungen der Verpackungsverordnung tatsächlich erfüllt wurden. Vielmehr habe das betroffene Unternehmen bereits dann kein Lizenzentgelt an die DSD zu entrichten, wenn die in der Zusage genannten Voraussetzungen tatsächlich erfüllt werden. Zu diesen Voraussetzungen gehöre insbesondere der für den Endverbraucher erkennbare Hinweis, dass trotz der Kennzeichnung mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ die Verpackung nicht an dem von der DSD nach § 6 Absatz 3 eingerichteten dualen System teilnimmt. Bis zum 1. Mai des folgenden Jahres habe dann das betroffene Unternehmen gegenüber der DSD nachzuweisen, dass die Verpflichtungen der Verpackungsverordnung tatsächlich erfüllt worden sind. Soweit der Nachweis nicht gelinge, könnte die DSD anteilig das Lizenzentgelt fordern. Hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen, die an den zu erbringenden Nachweis gestellt werden, verweist DSD auf die in der Verpackungsverordnung enthaltenen Vorgaben. Nach derzeitiger Rechtslage reiche daher im Falle einer § 6 Absatz 1-Lösung der Nachweis einer Bescheinigung eines unabhängigen Sachverständigen über die Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungsanforderungen gemäß Anhang I (zu § 6) Ziffer 2 Absatz 1 Satz 6 aus. Bei der Teilnahme an einem § 6 Absatz 3-System komme grundsätzlich auch die Bestätigung des Systembetreibers über die Beteiligung gemäß Anhang I (zu § 6) Ziffer 4 Absatz 3 als Nachweis in Betracht. Wesentlich für den Nachweis ist aus Sicht der DSD allerdings, dass sich daraus in nachvollziehbarer Weise der Umfang ergibt, in dem die Verpackungen trotz Kennzeichnung mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ nicht in das von der DSD betriebene System eingebracht wurden.

B. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

I. ARTIKEL 82 ABSATZ 1 EG-VERTRAG

1. MARKTBEHERRSCHENDE STELLUNG

1.1. *Relevanter Markt*

1.1.1. **Sachlich relevanter Markt**

- (65) Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst alle Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die vom Verbraucher hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.
- (66) Der Geschäftszweck von DSD ist die Organisation und der Betrieb eines sogenannten dualen privatwirtschaftlichen Rücknahmesystems gebrauchter Verpackungen. Die dem DSD-System zugrunde liegenden Vereinbarungen entfalten auf unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen ökonomische Wirkungen. Die Marktabgrenzung erfolgt im Hinblick auf den hier maßgeblichen Zeichennutzungsvertrag.

Analyse der Nachfrage

- (67) Den Ausgangspunkt der Marktabgrenzung bilden im vorliegenden Fall die Vorgaben der deutschen Verpackungsverordnung. Mit der Verabschiedung der Verpackungsverordnung wurde erstmals für Hersteller und Vertrieber eine Pflicht zur Rücknahme und Verwertung gebrauchter Verkaufsverpackungen außerhalb des öffentlich-rechtlichen Abfallregimes begründet (Randnummern 10 bis 16). Der Ordnungsgeber hat den betroffenen Unternehmen dabei grundsätzlich zwei Möglichkeiten zur Erfüllung der ihnen auferlegten Verpflichtungen eröffnet:
- a) Nach § 6 Absätze 1 und 2 Verpackungsverordnung haben Hersteller und Vertrieber vom Endverbraucher gebrauchte Verkaufsverpackungen am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe kostenlos zurückzunehmen und einer Verwertung zuzuführen. Hersteller und Vertrieber können sich gemäß § 11 Verpackungsverordnung zur Erfüllung aller Rücknahme- und Verwertungspflichten auch Dritter bedienen.
- b) Die Verpflichtung zur Rücknahme entfällt gemäß § 6 Absatz 3 Satz 1 Verpackungsverordnung für solche Hersteller und Vertrieber, die sich an einem System beteiligen, das flächendeckend im Einzugsgebiet des Vertriebers eine regelmäßige Abholung gebrauchter Verkaufsverpackungen beim Endverbraucher oder in der Nähe des Endverbrauchers gewährleistet.

(68) Nach der Systematik der Verpackungsverordnung sind demnach die sogenannte Selbstentsorgerlösung nach § 6 Absätze 1 und 2 i. V. m. § 11 Verpackungsverordnung und die Teilnahme an einem Befreiungssystem nach § 6 Absatz 3 der Verpackungsverordnung für die verpflichteten Unternehmen alternative und damit austauschbare Handlungsoptionen, nicht zuletzt weil in beiden Fällen identische Verwertungsquoten erzielt werden müssen (Randnummer 19).

(69) Da allerdings der Tätigkeitsbereich eines Systems nach § 6 Absatz 3 Verpackungsverordnung auf beim privaten Endverbraucher anfallende Verkaufsverpackungen beschränkt ist (Randnummer 15), ist die Austauschbarkeit dieser beiden möglichen Handlungsoptionen nur für Verkaufsverpackungen gegeben, die beim privaten Endverbraucher anfallen. Verkaufsverpackungen, die in Großgewerbe und Industrie anfallen, können nicht an einem Befreiungssystem nach § 6 Absatz 3 beteiligt werden. Die Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung können demnach für diese Verkaufsverpackungen nur über eine Selbstentsorgerlösung erfüllt werden. Die Nachfrage nach Rücknahme- und Verwertungsdienstleistungen für gebrauchte Verkaufsverpackungen, die nicht beim privaten Endverbraucher anfallen, stellt damit einen separaten (wenngleich verbundenen) Markt zum nachfolgend abzugrenzenden Markt dar.

(70) Unter Berücksichtigung dieser Abgrenzung könnte man entsprechend von einem weitest denkbar definierten einheitlichen Markt für die Organisation der Rücknahme und Verwertung von beim privaten Endverbraucher anfallenden gebrauchten Verkaufsverpackungen ausgehen. Auf diesem Markt wird den verpflichteten Unternehmen entweder die Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung zur Rücknahme und Verwertung von gebrauchten Verkaufsverpackungen oder die Teilnahme an einem System zur Befreiung von ihren Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung angeboten. Beide Möglichkeiten erscheinen für die Verpflichteten gleichermaßen geeignet, den Vorgaben der Verpackungsverordnung hinsichtlich der beim privaten Endverbraucher anfallenden Verkaufsverpackungen entsprechen zu können, und sind damit grundsätzlich als austauschbar anzusehen.

(71) Es bestehen jedoch tatsächliche und rechtliche Unterschiede zwischen einer Selbstentsorgerlösung und der Teilnahme an einem Befreiungssystem, die deren Austauschbarkeit im Hinblick auf bestimmte Verpackungs-/Anfallstellenkombinationen möglicherweise einschränken und eine engere Marktabgrenzung nahe legen. Selbstentsorgerlösungen müssen Verkaufsverpackungen am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe (d. h. im Normalfall im Bereich der Verkaufsstelle) zurücknehmen. Deutschland hat in Beantwortung entsprechender Fragen der Kommission mitgeteilt, dass die zu erreichenden Quoten bei Selbst-

entsorgerlösungen ausschließlich durch Rücknahme der Verkaufsverpackungen am Ort der tatsächlichen Übergabe bzw. in dessen unmittelbarer Nähe zu erfüllen sind, und dass eine möglicherweise daneben organisierte Sammlung bei den Haushalten nicht auf diese Quoten angerechnet werden kann (Randnummer 13). Bei Zugrundelegung dieser Auffassung könnte die Quotenerfüllung über eine Selbstentsorgerlösung daher bei bestimmten Verpackungen aus organisatorischen oder hygienischen Gründen Probleme bereiten. Sie setzt bei in der Verkaufsstelle übergebenen Verpackungen zudem grundsätzlich voraus, dass der Endverbraucher bereit ist, diese im Bereich der Verkaufsstelle zu entsorgen. Dies dürfte für die ganz überwiegende Anzahl der endverbraucherorientierten Verkaufsverpackungen aufgrund des gelernten haushaltsnahen Entsorgungsverhaltens unwahrscheinlich sein.

- (72) Die vollständige Quotenerfüllung über eine Selbstentsorgerlösung erscheint damit bei Zugrundelegung der Auffassung Deutschlands lediglich im Hinblick auf ausgewählte Verpackungs-/Anfallstellenkonstellationen vorstellbar (Randnummer 81). Für die überwiegende Anzahl der vertriebenen Verkaufsverpackungen dürfte die notwendige Quotenerfüllung und damit die Erfüllung der Vorgaben der Verpackungsverordnung nur über die (ergänzende) Teilnahme an einem Befreiungssystem tatsächlich leistbar sein. Sollte sich dagegen die Auffassung des Landgerichts Köln (Randnummer 13) durchsetzen, wäre die vollständige Quotenerfüllung für Selbstentsorgerlösungen generell erreichbar.
- (73) In rechtlicher Hinsicht werden Hersteller und Vertreiber allein durch die Beteiligung an einem § 6 Absatz 3-System von ihren Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung befreit. Sofern sie zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung eine Selbstentsorgerlösung wählen und einem Dritten gemäß § 11 Verpackungsverordnung einschalten, bestehen ihre öffentlich-rechtlich auferlegten Verpflichtungen solange in vollem Umfang fort, bis der Dritte sie tatsächlich erfüllt hat.
- (74) Die aufgezeigten Unterschiede könnten dafür sprechen, dass Selbstentsorgerlösung und die Teilnahme an einem Befreiungssystem aus der Nachfragesicht der verpflichteten Unternehmen nur begrenzt substituierbar sind.

Analyse des Angebots

- (75) Auch angebotsseitig sind die Anforderungen, die an das Angebot einer Dienstleistung zur Befreiung von der Rücknahme- und Verwertungspflicht für Verkaufsver-

packungen geknüpft sind, nicht ohne weiteres mit jenen einer Selbstentsorgerlösung oder anderer bestehender Dienstleistungsangebote im Entsorgungssektor vergleichbar.

- (76) Die Anerkennung als Rücknahmesystem im Sinne von § 6 Absatz 3 Verpackungsverordnung durch die zuständigen Landesbehörden sowie die damit verbundene Freistellung von der originären Rücknahmeverpflichtung ist an die Erfüllung einer Reihe von in der Verpackungsverordnung niedergelegten Anforderungen geknüpft (Randnummern 17, 18 und 19). Die wichtigsten Anforderungen an ein derartiges System sind:
- a) Flächendeckung, die sich mindestens über ein Bundesland zu erstrecken hat,
 - b) Endverbrauchernähe,
 - c) Regelmäßige Abholung,
 - d) Erfüllung bestimmter Quotenanforderungen,
 - e) Abstimmung mit den entsorgungspflichtigen Körperschaften des öffentlichen Rechts.
- (77) Insbesondere die Anforderung der Flächendeckung, aber auch die anderen zu erfüllenden Anforderungen implizieren umfangreiche Anlaufinvestitionen und erfordern eine lange Aufbauphase. Hinzu kommt ein erheblicher administrativer Aufwand im Zusammenhang mit der Abstimmung und Freistellung des Systems durch die zuständigen Behörden. In ihrem kumulativen Zusammenwirken stellen diese Anforderungen eine erhebliche Marktzutrittsschranke dar, die andere Entsorgungsdienstleister an einem kurzfristigen Markteintritt hindern.
- (78) Aufgrund der Neuartigkeit der anzubietenden Dienstleistung kommt hinzu, dass die Art und Weise der erforderlichen Geschäftstätigkeit sich signifikant von den bislang etablierten Angeboten in der Entsorgungswirtschaft, etwa im Bereich der industriellen und großgewerblichen Entsorgung oder im Bereich der traditionellen Haus- und Restmüllabfuhr, unterscheidet. Im Zentrum des nachfragerrelevanten Angebots steht daher weniger die technisch-operative Durchführung von Sammel-, Sortier- und/oder Verwertungsaufgaben als vielmehr die zielorientierte Bündelung und Organisation einer Vielzahl von miteinander abgestimmten Einzeldienstleistungen, welche in ihrer Gesamtheit das Angebot einer Befreiung von der Rücknahmepflicht für Verkaufsverpackungen für die dem System angeschlossenen Unternehmen ermöglichen.
- (79) Eine kurzfristige Angebotssubstituierbarkeit ist daher nicht gegeben.

Folgerungen

- (80) Vor diesem Hintergrund könnte der sachlich relevante Markt als der Markt für Systeme zur Befreiung von der Rücknahme- und Verwertungspflicht für Verkaufsverpackungen (im Folgenden „Befreiungsmarkt“) definiert werden. Ein hiermit verbundener Markt wäre der Markt für die Organisation der Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungspflicht gebrauchter Verkaufsverpackungen (im Folgenden „Selbstentsorgermarkt“).
- (81) Selbst bei Annahme von zwei verschiedenen Märkten gibt es jedoch einen wirtschaftlich bedeutsamen Überschneidungsbereich in Form eines gemeinsamen Marktsegmentes in Hinblick auf bestimmte Verpackungs-/Anfallstellen-Kombinationen, bei denen eine Selbstentsorgerlösung und die Teilnahme an einem Befreiungssystem (teilweise oder vollständig) austauschbar sind. Zunächst handelt es sich um solche beim privaten Endverbraucher anfallende Verkaufsverpackungen, bei denen eine Quotenerfüllung alleine über eine Selbstentsorgerlösung möglich erscheint. Dabei könnte es sich zum einen um Verkaufsverpackungen handeln, bei denen durch ein Pfand ein geeigneter Rückgabeanreiz geschaffen wird (z. B. Einweg-Getränkeverpackungen für Mineralwasser). Zum anderen könnte die Quotenvergabe bei Verkaufsverpackungen erreicht werden, die am Sitz des Endverbrauchers übergeben werden, so dass auch dort die Sammlung erfolgen kann (z. B. bei der Anlieferung größerer Mengen in Pappkartons verpackten Kopier- und Druckpapiers). Es dürfte sich hier insbesondere um Verkaufsverpackungen handeln, die an dem privaten Endverbraucher gleichgestellte Anfallstellen angeliefert werden (z. B. Gaststätten, Hotels, Kantinen, Verwaltungen, Kasernen, Krankenhäuser).
- (82) Diesem Überschneidungsbereich am Marktrand kommt insofern eine besondere Bedeutung zu, als eine Selbstentsorgerlösung in diesem Bereich ein „Sprungbrett“ bzw. den „Einstiegsmarkt“ für eine spätere Tätigkeit auf dem deutlich höhere Eintrittsbarrieren aufweisenden Markt für Befreiungssysteme darstellt. Realistischerweise dürfte das für eine dortige Tätigkeit erforderlich Know-how und die Reputation gegenüber den Kunden im Kontext der gegebenen Marktsituation nur über eine vorangehende Tätigkeit auf diesem benachbarten Markt möglich sein. Insofern kommt diesem Überschneidungsbereich am Marktrand in wettbewerblicher Hinsicht eine zweifache Bedeutung zu. Zum einen stellt er das gegenwärtig einzige marktliche Regulativ zur Wahrung des Rand- und Restwettbewerbs im Bereich der Befreiungssysteme dar, zum anderen stellt er den „Einstiegsmarkt“ für eine möglicherweise später erfolgende Tätigkeit auf diesem Markt dar und erfüllt somit eine wichtige Funktion im Hinblick auf das Auftreten potentiellen Wettbewerbs auf diesem Markt. Gegenwärtig versuchen sich am Marktrand verschiedene kleinere Unternehmen auf der Grundlage von Selbstentsorgerlösungen zu etablieren. Es wird geschätzt, dass das Marktvolumen des beiden Märkten zugehörigen Marktsegmentes gegenwärtig ca. 20 % des Verpackungsverbrauchs beim privaten Endverbraucher entspricht.
- (83) Für den Fall, dass die vorgegebene Quote nicht allein durch Sammlung am Ort der tatsächlichen Übergabe möglich erscheint, ist darüber hinaus eine Kombination aus Selbstentsorgerlösung und Teilnahme an einem Befreiungssystem dergestalt vorstellbar, dass sich ein verpflichtetes Unternehmen für die Differenz zwischen der zu erfüllenden Quote und dem am Ort der Übergabe im Rahmen einer Selbstentsorgerlösung erfassbaren Verpackungsanteil an einem Befreiungssystem ergänzend beteiligen möchte. Wenngleich in diesem Fall keine vollständige und hinreichende Austauschbarkeit des nachfragerelevanten Angebots im Hinblick auf den gesamten relevanten Bedarf des Verpflichteten besteht, so ist diese für bestimmte Teilmengen von Verkaufsverpackungen gegeben.
- (84) DSD vertritt in der Erwiderung zu den Beschwerdepunkten die Auffassung, dass die Annahme der Kommission, dass eine Tätigkeit als Betreiber eines Befreiungssystems eine vorherige Betätigung als Anbieter einer Selbstentsorgerlösung regelmäßig voraussetze und durch eine solche Betätigung wesentlich erleichtert werde, nicht von tatsächlichen Feststellungen gedeckt und ohne derartige Feststellungen nicht gerechtfertigt sei. Die an Selbstentsorgerlösungen und Befreiungssysteme gestellten Anforderungen seien zu verschieden.
- (85) DSD vertritt in der Erwiderung zu den Beschwerdepunkten ferner die Auffassung, dass nicht unterstellt werden könne, dass bei Selbstentsorgerlösungen die Quotenerfüllung für die ganz überwiegende Anzahl der Verkaufsverpackungen aller Wahrscheinlichkeit nach scheitern müsse, sofern im Rahmen derartiger Lösungen nur die geschäftsnahe Sammlung auf die nach der Verpackungsverordnung vorgeschriebenen Quoten anzurechnen sei. Eine vollständige Quotenerfüllung komme durch entsprechende Rückgabeanreize (z. B. ein Pfand) durchaus für zahlreiche Verkaufsverpackungen in Frage.
- (86) Es bedarf hier allerdings keiner abschließenden Entscheidung darüber, welche der beiden denkbaren Markt- abgrenzungen zugrunde zu legen ist. Wie weiter unten dargelegt wird, kommt es bei jeder in Betracht kommenden sachlichen Markt- abgrenzung zu einer beherrschenden Stellung von DSD (Randnummern 95, 96 und 97). Bei jeder in Betracht kommenden Markt- abgrenzung liegt der Missbrauch einer beherrschenden Stellung vor (Randnummer 98ff.). Darüber hinaus sind die Feststellungen der Kommission zur Quotenerreichung durch Selbstentsorgerlösungen und ihrer „Sprungbrett“-Funk-

tion für die Darlegung des Missbrauchs nicht wesentlich. Aus diesen Gründen ist eine Stellungnahme zu den oben genannten Einwendungen von DSD nicht erforderlich.

1.1.2. Geographisch relevanter Markt

- (87) Der geographisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten, insbesondere aufgrund merklich unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen, die in diesen Gebieten herrschen, abgrenzt.
- (88) Die objektiven Nachfrage- und Angebotsbedingungen auf den vom DSD-System erfassten relevanten Märkten sind in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft gegenwärtig noch sehr unterschiedlich. Dies hängt nicht zuletzt mit der Tatsache zusammen, dass es sich hier um einen Sektor handelt, der in der Vergangenheit in hohem Maße staatlich reglementiert und organisiert war und dies in verschiedenen Teilbereichen nach wie vor ist.
- (89) Wenngleich die Entsorgungswirtschaft insgesamt gewisse Internationalisierungstendenzen aufweist, bleibt doch festzustellen, dass insbesondere im Bereich von Rücknahme- und Entsorgungsdienstleistungen für gebrauchte Verkaufsverpackungen sowohl das Angebot als auch die Nachfrage gegenwärtig noch weitgehend auf nationaler Ebene organisiert wird.
- (90) Dies hängt nicht unwesentlich damit zusammen, dass die die Entsorgung von Verpackungen regelnden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen einschließlich der Ausführungs- und Umsetzungsregelungen national sehr unterschiedlich ausgeprägt sind. Dies trifft nicht nur auf die legislativen Anforderungen an flächendeckende Rücknahme- und Befreiungssysteme und zu erfüllende Sammel-, Sortier- und Verwertungsquoten zu, sondern auch hinsichtlich des für privatwirtschaftliche Unternehmen zur Verfügung stehenden unternehmerischen Spielraums, z. B. im Bereich der eigenverantwortlichen Rücknahme und Entsorgung von Verkaufsverpackungen. Im Ergebnis hat dies mit dazu geführt, dass das von DSD betriebene Rücknahme- und Befreiungssystem auf Deutschland beschränkt ist.
- (91) Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass sich die objektiven Nachfrage- und Angebotsbedingungen auf dem hier relevanten Markt von jenen in anderen Gebieten des Gemeinsamen Marktes nachhaltig unterschieden. Bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln auf die vom DSD-System erfassten Produktmärkte ist daher das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zugrunde zu legen.
- (92) Danach ist als weitest definierbarer Markt vom Markt der Organisation der Rücknahme und Verwertung gebrauchter Verkaufsverpackungen beim privaten Endverbraucher in Deutschland auszugehen. Deutschland ist

ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag.

1.2. Wirtschaftliche Stärke

- (93) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften liegt eine beherrschende Stellung im Sinne des Artikels 82 EG-Vertrag vor, wenn die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten ⁽¹⁰⁾.
- (94) Ein wichtiges Indiz für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ist ein besonders hoher Marktanteil. Der Gerichtshof war in der Rechtssache Akzo der Ansicht, dass unter gewöhnlichen Umständen ein Marktanteil von 50 % ausreicht, um auf eine marktbeherrschende Stellung zu schließen ⁽¹¹⁾. In der Rechtssache Hilti entschied das Gericht erster Instanz: „Vorliegend steht fest, dass die Klägerin auf dem relevanten Markt einen Anteil von 70 bis 80 % hält. Ein solcher Marktanteil stellt für sich genommen bereits ein klares Indiz für eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt dar ⁽¹²⁾“.
- (95) DSD ist das einzige Unternehmen, das in Deutschland ein Befreiungssystem anbietet. Bei Zugrundelegung einer Marktdefinition, die den Befreiungsmarkt als eigenständigen Markt definiert, hätte DSD demnach einen Marktanteil von 100 %. Es wird geschätzt, dass rund 70 % der in Deutschland anfallenden Verkaufsverpackungen und etwa 82 % der beim privaten Endverbraucher in Deutschland anfallenden Verkaufsverpackungen an dem DSD-System beteiligt sind. Die nicht am DSD-System teilnehmenden Verkaufsverpackungen werden jedoch teilweise von den verpflichteten Unternehmen selbst ohne Einschaltung Dritter entsorgt oder sind aus anderen Gründen nicht Gegenstand der Nachfrage nach einer Entsorgungsdienstleistung, so dass von einem eher noch höheren Marktanteil von DSD auszugehen ist. Auch bei Zugrundelegung einer weiten Marktdefinition, die den Selbstentsorgermarkt für beim privaten Endverbraucher anfallende Verkaufsverpackungen einschließt, hat DSD demnach einen Marktanteil von mindestens 82 %. Der Marktanteil von DSD ist darüber hinaus seit dem Jahr 1995 — dem Jahr, in dem erstmals die vollen Quotenanforderungen zu erfüllen waren — außergewöhnlich stabil (Randnummer 28). Dies lässt zusätzlich auf eine

⁽¹⁰⁾ Urteil vom 19. Februar 1979 in der Rs. 85/76, (Hoffmann-La Roche/Kommission), Slg. 1979, S. 461, Rn. 41.

⁽¹¹⁾ Urteil vom 3. Juli 1991 in der Rs. C-62/86, (Akzo/Kommission), Slg. 1991, S. I-3439, Rn. 60.

⁽¹²⁾ Urteil vom 12. Dezember 1991 in der Rs. T-30/89, (Hilti/Kommission), Slg. 1991, S. II-1439 Rn. 92 (in der Berufung durch den Gerichtshof bestätigt mit Urteil vom 2. März 1994 in der Rs. C-53/92-P, Slg. 1994, S. I-667).

in hohem Maße wirtschaftlich gefestigte Marktstellung von DSD schließen.

- (96) Zusätzlich zu dem besonders hohen Marktanteil von DSD tragen andere Faktoren zu der wirtschaftlichen Stärke von DSD bei. Wie bereits unter Randnummer 79 festgestellt, ist eine kurzfristige Angebotssubstituierbarkeit wegen erheblicher Marktzutrittschranken nicht gegeben. Andere Entsorgungsdienstleister können nur unter hohem Aufwand ein konkurrierendes Befreiungssystem anbieten. Zudem ist realistischere davon auszugehen, dass sich potenziell konkurrierende Befreiungssysteme vor dem Hintergrund dieser Marktzutrittschranken zunächst nur in einem oder einigen wenigen Bundesländern etablieren werden, so dass DSD auf absehbare Zeit das einzige bundesweit operierende System bleiben wird. Darüber hinaus findet Wettbewerb gegenwärtig nur am Marktrand im Überschneidungsbereich mit den Selbstentsorgerlösungen statt. Die dort tätigen Anbieter sind von ihrer wirtschaftlichen Stärke und Marktstellung nicht mit DSD vergleichbar. Vor dem Hintergrund dieser Marktstellung von DSD kommt dem potenziellen Wettbewerb, insbesondere der Gewährleistung des unbeschränkten Marktzugangs alternativer Anbieter und der Sicherstellung des bislang nur schwach ausgeprägten Rand- und Restwettbewerbs, eine ganz besondere Bedeutung zu.
- (97) Im Ergebnis bleibt festzustellen, dass DSD eine marktbeherrschende Stellung hat.

2. MISSBRAUCH EINER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG

- (98) Die Feststellung, dass eine marktbeherrschende Stellung gegeben ist, beinhaltet nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes an sich keinen Vorwurf gegenüber dem betreffenden Unternehmen, sondern bedeutet nur, dass dieses unabhängig von den Ursachen dieser Stellung eine besondere Verantwortung dafür trägt, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt⁽¹³⁾.
- (99) Die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung umfasst die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln des normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Urteil vom 9. November 1983 in der Rs. 322/81 (Michelin/Kommission), Slg. 1983, S. 3461, Rn. 57.

⁽¹⁴⁾ Vgl. Fußnote 9, Rn. 91.

2.1. Kennzeichnung des Missbrauchs

- (100) Der von DSD angemeldete ZNV sieht in der Entgeltregelung in §§ 4 Absatz 1 und 5 Absatz 1 vor, dass die Vertragspartnerin für alle von ihr im Rahmen des ZNV mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vertriebenen Verpackungen ein Entgelt an die DSD entrichtet. Ausnahmen hiervon bedürfen einer schriftlichen, gesonderten Vereinbarung (Randnummer 40). DSD knüpft demnach das nach dem ZNV geschuldete Entgelt nicht an die Inanspruchnahme der Dienstleistung der Befreiung von der Rücknahme- und Verwertungspflicht nach § 2 ZNV, sondern ausschließlich an die Nutzung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ auf der Verkaufsverpackung. Darüber hinaus verpflichtet DSD die Vertragspartnerin, das Zeichen auf jeder angemeldeten, den Inlandsverbrauch betreffenden Verpackung anzubringen (Randnummer 39). Es liegt in dem vertraglich nicht weiter eingegrenzten Ermessen von DSD, die Vertragspartnerin von dieser Verpflichtung zu befreien.
- (101) Ein Missbrauchstatbestand ergibt sich immer dann, wenn die verpflichteten Unternehmen nur für Teilmengen die Befreiungsdienstleistung von DSD in Anspruch nehmen oder in Deutschland ganz auf die Befreiungsdienstleistung von DSD verzichten, insbesondere wenn die verpflichteten Unternehmen entscheiden
- a) Teilmengen von Verkaufsverpackungen eines Produktes in Deutschland über Selbstentsorgerlösungen oder über konkurrierende Befreiungssysteme entsorgen zu lassen, oder
 - b) alle Verkaufsverpackungen eines Produktes in Deutschland über Selbstentsorgerlösungen oder konkurrierende Befreiungssysteme entsorgen zu lassen, aber in anderen Mitgliedstaaten an einem das Zeichen „Der Grüne Punkt“ verwendenden System teilnehmen⁽¹⁵⁾.
- (102) Sofern alle auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vertriebenen Verkaufsverpackungen eines Produktes das Zeichen „Der Grüne Punkt“ tragen, müssen die verpflichteten Unternehmen nach § 4 Absatz 1 Satz 1 und § 5 Absatz 1 Satz 1 ZNV für die gesamte Menge ein Entgelt entrichten, obwohl sie nicht oder nur für eine Teilmenge die Dienstleistung der Befreiung von der Rücknahme- und Verwertungspflicht nach § 2 ZNV in Anspruch nehmen. Für die verbleibende Menge müssten

⁽¹⁵⁾ Diese Entscheidung beschränkt sich auf die Betrachtung der Fallgruppen, in denen die Gesamtzahl der in Deutschland auf den Markt gebrachten einheitlich gestalteten Verpackungen dem DSD-System zugänglich ist. Die Fallgruppe, in der eine Teilmenge einheitlich gestalteter Verkaufsverpackungen von DSD gesammelt wird und eine andere Teilmenge aus rechtlichen Gründen dem DSD-System nicht zugänglich ist (vgl. Randnummern 55, 56 und 57), ist nicht Gegenstand dieser Entscheidung.

sie zusätzlich die von dem Konkurrenzsystem erbrachte Dienstleistung vergüten. Die finanzielle Belastung der Verpflichteten ist daher erheblich höher als bei einer ausschließlichen Abwicklung über das DSD-System. Eine Einschaltung von Wettbewerbern für Teilmengen von Verkaufsverpackungen ist wirtschaftlich uninteressant.

- (103) Die in diesem Zusammenhang zunächst möglich erscheinende Lösung, für jene Verkaufsverpackungen, die in Deutschland nicht am DSD-System beteiligt werden sollen, auf eine Kennzeichnung mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ zu verzichten, würde in einer nicht unerheblichen Anzahl der Fälle an den ökonomischen Realitäten scheitern:
- (104) Zunächst würde dies verlangen, dass der Hersteller eine Verpackungslinie unterschiedlich kennzeichnet. Eine Teilmenge der Verpackungen erhielte das Zeichen „Der Grüne Punkt“ und eine andere nicht. Dies führt insbesondere dann zu nicht unerheblichen Mehrkosten, wenn der Hersteller eine einheitliche Gestaltung der Verpackung für mehrere Länder vorgesehen hat, z. B. eine einheitliche deutschsprachige Verpackung für Deutschland und Österreich oder eine einheitliche mehrsprachige Verpackung für Europa. Die sich für einen Vertreiber aus dem gemeinsamen Markt ergebenden Vorteile einer standardisierten Verpackungsgestaltung wären dann nicht mehr in vollem Umfang realisierbar.
- (105) Ähnlich gelagert ist die Problematik, wenn einheitlich gestaltete Verkaufsverpackungen über verschiedene Absatzkanäle (z. B. auf der einen Seite SB-Warenhäuser, auf der anderen Seite Nachbarschaftssupermärkte) vertrieben werden und für diese unterschiedliche Entsorgungs- bzw. Befreiungslösungen vorgesehen sind. In diesen Fällen verlangen selbst verhältnismäßig einfache Lösungen — soweit überhaupt praktikabel — wie das isolierte Auf- oder Überkleben des Zeichens „Der Grüne Punkt“ einen erhöhten organisatorischen Aufwand und sind vom Hersteller und Vertreiber als Kostenfaktor zu berücksichtigen.
- (106) Entscheidend kommt hinzu, dass Hersteller und Vertreiber exakt steuern müssten, dass die mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichneten Verpackungen nur an solchen Anfallstellen anfallen, die von einem dieses Zeichen nutzenden System entsorgt werden, und die nicht mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichneten Verpackungen nur an solchen Anfallstellen anfallen, die vom Wettbewerber entsorgt werden. Der mit unterschiedlichen Distributionslinien verbundene organisatorische und vertriebslogistische Aufwand dürfte insbesondere bei der gleichzeitigen Beauftragung von DSD und konkurrierenden Anbietern in Deutschland ganz erheblich sein. Dabei ist zu bedenken, dass es häufig ohnehin außerhalb der Organisations- und Koordinierungshoheit des Herstellers oder Vertreibers liegen dürfte, den konkreten Verlauf einer spezifisch gekennzeichneten Verpackung im Absatzkanal bis hin zur letzten Anfallstelle steuern zu können. Dies dürfte z. B. immer dann der Fall sein, wenn ein Hersteller unabhängige Absatzmittler (etwa den Großhandel) einschaltet und damit über keine hinreichenden Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten hinsichtlich des faktischen Verpackungsverlaufs im Distributions- und Vertriebskanal verfügt. Eine anfallstellenbezogene Kennzeichnung der Verkaufsverpackungen mit und ohne dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ wäre in derartigen Fällen nicht möglich.
- (107) Schließlich ist zu bedenken, dass der Endverbraucher vielfach erst nach Kauf des verpackten Produktes, unter Umständen erst nach Verbrauch des Produktes, entscheidet, ob er die Verpackung haushaltsnah entsorgt oder im Geschäftslokal zurückgibt. Eine korrekte Zuordnung der mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichneten Teilmenge ist dann unmöglich.
- (108) Im Falle einer zu DSD ergänzenden Einschaltung von nicht nur einem Wettbewerber, sondern mehreren alternativen Entsorgungslösungen verschärft sich die oben aufgezeigte Problematik in ihrer Wirkung (d. h. Notwendigkeit unterschiedlicher Verpackungs- und Distributionslinien, Kontrolle des Verpackungsverlaufs und des damit verbundenen organisatorischen Mehraufwandes) nochmals. Die Vorteilhaftigkeit einer möglichen Einschaltung alternativer Anbieter wird damit zusätzlich erschwert.

Zwischenergebnis

- (109) Die Bindung des nach dem ZNV geschuldeten Entgelts an die Menge der mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichneten Verkaufsverpackungen zwingt damit die verpflichteten Unternehmen, die Wettbewerber von DSD zumindest für Teilmengen beauftragen wollen, zu getrennten Verpackungs- und Distributionslinien, was für einen Teil der Unternehmen praktisch nicht umsetzbar und für den anderen Teil im Kontext der angestrebten Rücknahmebefreiung nicht nur als unverhältnismäßig anzusehen wäre, sondern auch den Anforderungen einer leistungsorientierten Distributionsökonomie im gemeinsamen Markt widerspräche.

2.2. Wirkung des Missbrauchs

- (110) Nachfolgend werden die Wirkungen des dargelegten Missbrauchsmechanismus beschrieben:

2.2.1. Ausbeutungsmissbrauch

- (111) DSD erzwingt im Falle des Auseinanderfallens von Zeichennutzung und tatsächlicher Inanspruchnahme der Befreiungsdienstleistung durch DSD unangemessene

Preise und Geschäftsbedingungen. Ein Verstoß gegen Artikel 82 Absatz 2 Buchstabe a) EG-Vertrag liegt vor, wenn zwischen den Kosten der Leistungserbringung und dem Preis ein offensichtliches Missverhältnis besteht. Der Hauptkostenpunkt für DSD ist der Betrieb eines flächendeckenden Systems zur Sammlung, Sortierung und Verwertung gebrauchter Verkaufsverpackungen gemäß § 2 ZNV. Die Gestattung der Kennzeichnung der Verkaufsverpackungen mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ ohne nachweisliche Leistungsanspruchnahme ist für DSD dagegen nur mit sehr geringen Kosten, im Falle der Bindung einer Teilmenge bei DSD mit keinen zusätzlichen Kosten verbunden. Dies ist bereits aus dem Zeichennutzungsvertrag abzuleiten, wonach die Lizenzentgelte ausschließlich der Abdeckung der durch die Sammlung, Sortierung und Verwertung entstehenden Kosten sowie des erforderlichen Verwaltungsaufwandes dienen (Randnummer 42). Die für DSD aus der Zeichennutzung folgenden Kosten können demnach — wenn überhaupt — nur Teil des Verwaltungsaufwandes sein. Die Bezeichnung als „Lizenzentgelt“ ist damit missverständlich, da das Entgelt selbst nach der von DSD gewählten Vertragsformulierung in erster Linie die Kosten der Befreiungsdienstleistung reflektieren soll. Obwohl DSD vertragsrechtlich das Lizenzentgelt von der Zeichennutzung abhängig macht, richten sich die für DSD entstehenden Kosten nach dem Umfang der vom Vertragspartner tatsächlich in Anspruch genommenen Befreiungsdienstleistung. Daraus folgt, dass DSD immer dann unangemessene Preise erzwingt, wenn die Menge der das Zeichen „Der Grüne Punkt“ tragenden Verpackungen größer ist als die Menge der die Befreiungsdienstleistung in Anspruch nehmenden Verpackungen.

- (112) Unangemessene Geschäftsbedingungen liegen vor, wenn das beherrschende Unternehmen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht beachtet⁽¹⁶⁾. Indem DSD den Zeichennutzer vor die Wahl stellt, entweder getrennte Verpackungs- und Distributionslinien einzuführen oder ein nicht leistungsgerechtes Lizenzentgelt zu zahlen, erzwingt es unangemessene Geschäftsbedingungen. Im Rahmen der gebotenen Interessensabwägung ist kein anerkanntes Interesse von DSD zu erkennen, das vom Vertragspartner zu zahlende Entgelt nicht an die tatsächlich in Anspruch genommene Befreiungsdienstleistung, sondern an den Umfang der Zeichennutzung zu binden (Randnummern 136ff.). DSD sieht zwar die Möglichkeit der Vereinbarung von Ausnahmen vor (Randnummer 40), hat den ZNV aber so gestaltet, dass es ohne Bindung an zuvor festgelegte Kriterien entscheiden kann, ob es opportun erscheint, die Verbindung zwischen vertraglich geschuldetem Entgelt und Zeichennutzung aufzuheben. In bestimmten Fallgruppen weigert sich DSD, eine vertragliche Ausnahme zu vereinbaren, obwohl die Inanspruchnahme der Befreiungsdienstleistung und die Zeichennutzung auseinanderfallen. Zusätz-

lich verpflichtet DSD den Vertragspartner zur Zeichennutzung und stellt Ausnahmen ins eigene Ermessen. Im Falle von Teilmengenlösungen sichert DSD den Zwang zu getrennten Verpackungs- und Distributionslinien damit zusätzlich vertraglich ab. Es kann damit den verpflichteten Unternehmen jederzeit die Möglichkeit nehmen, die nach der Verpackungsverordnung vorgeschriebene Kenntlichmachung der Systemteilnahme (Randnummer 16) durch eine andere Kennzeichnung oder durch „andere geeignete Maßnahmen“ zu verwirklichen. Durch das Zusammenwirken von vertraglicher Zeichennutzungspflicht einerseits und Bindung des Entgeltes an die Zeichennutzung andererseits wird der Zwang zu getrennten Verpackungs- und Distributionslinien unausweichlich.

- (113) Solange DSD das Lizenzentgelt ausschließlich von der Zeichennutzung abhängig macht, setzt es Unternehmen, die nicht oder nur für Teilmengen von Verkaufsverpackungen die Befreiungsdienstleistung in Anspruch nehmen, unangemessenen Preisen und Geschäftsbedingungen aus.

2.2.2. Behinderungsmisbrauch

- (114) Das Unternehmen in beherrschender Stellung kann eine missbräuchliche Behinderung von Wettbewerbern verwirklichen, indem es Abnehmer seiner Dienstleistungen rechtlich oder faktisch bindet und so davon abhält, von konkurrierenden Anbietern zu beziehen⁽¹⁷⁾. Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass „ein System nicht verfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag vorsieht, nur gewährleistet werden kann, wenn die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sichergestellt ist“⁽¹⁸⁾. Eine solche Chancengleichheit ist vor allem im Hinblick auf neue Marktteilnehmer auf einem Markt wichtig, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des Marktbeherrschers und sonstiger Umstände bereits geschwächt ist⁽¹⁹⁾. Vor allem kleine Wettbewerber sollten nicht einem Verhalten zum Opfer fallen, bei dem ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Position ausnutzt, um Konkurrenten vom Markt auszuschließen, oder das einen solchen Ausschluss bewirkt⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ Vgl. Fußnote 9, Rn. 111.

⁽¹⁸⁾ Urteil vom 19. März 1991 in der Rs. 202/88, (Frankreich/Kommission), Slg. 1991, S. I-1271, Rn. 51.

⁽¹⁹⁾ Entscheidung 95/489/EG der Kommission (GSM-Italia), ABl. L 280 vom 23.11.1995, S. 49, Rn. 15.

⁽²⁰⁾ Entscheidung 98/531/EG der Kommission (Van den Bergh Foods Limited), ABl. L 246 vom 4.9.1998, S. 1, Rn. 262.

⁽¹⁶⁾ Urteil vom 14. Februar 1978 in der Rs. 27/76, (United Brands/Kommission), Slg. 1978, S. 207, Rn. 190.

(115) Die Entgeltregelung im Zeichennutzungsvertrag führt dazu, dass für die verpflichteten Unternehmen die Teilnahme an einem konkurrierenden Befreiungssystem oder an einer konkurrierenden Selbstentsorgerlösung wirtschaftlich uninteressant ist, da entweder zusätzlich zu der Vergütung des Wettbewerbers ein Lizenzentgelt an DSD gezahlt werden müsste oder getrennte Verpackungs- und Distributionslinien erforderlich wären. In ihren faktischen Wirkungen kommt die Lizenzentgeltregelung einer Ausschließlichkeitsbindung sehr nahe. Der Marktzutritt für Wettbewerber ist damit ganz erheblich erschwert; die marktbeherrschende Stellung von DSD wird verstärkt, der bereits geschwächte Wettbewerb zusätzlich erschüttert. Die Chancengleichheit für Wettbewerber ist damit nicht mehr gegeben.

Zwischenergebnis

(116) Die von DSD praktizierte Entgeltregelung im ZNV stellt damit einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar. Vor dem Hintergrund des bislang nur sehr schwach ausgeprägten Rand- und Restwettbewerbs und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass das einzige kurzfristig wirksame Marktkorrektiv gegenüber dem Marktbeherrscher gegenwärtig nur von kleineren, konkurrierenden Anbietern am Marktrand gebildet werden kann, stellt dieses Verhalten einen besonders schweren Missbrauch dar.

2.3. Konkretisierung des Missbrauchs an Hand von Fallgruppen

(117) Im Folgenden wird die missbräuchliche Wirkung der Entgeltregelung des ZNV auf der Grundlage von konkreten Fallgruppen näher beschrieben:

Fallgruppe I — Beschränkung des Wettbewerbs zwischen DSD und anderen Befreiungssystemen (bei ergänzender Beteiligung am DSD)

(118) Errichtet ein neuer Anbieter — anfänglich oder auch dauerhaft — ein System nach § 6 Absatz 3 Verpackungsverordnung auf lediglich regionaler Basis, d. h. mindestens ein Bundesland, jedoch nicht das gesamte Bundesgebiet umfassend, so können sich verpflichtete Unternehmen nur dann an einem Konkurrenzsystem beteiligen, wenn sie die von ihnen in den Verkehr gebrachte Verkaufsverpackung entweder unterschiedlich kennzeichnen oder gegenüber zwei Systemen entgeltpflichtig werden.

(119) Da die überwiegende Anzahl der verpflichteten Unternehmen ihre Verpackungen überregional bzw. bundesweit vertreiben und eine entsprechende Befreiung bzw. ein Arrangement zur Erfüllung dieser Rücknahmepflich-

ten benötigen, werden sie selbst dann, wenn sie sich regional für einen konkurrierenden Anbieter entscheiden möchten, für den von diesem nicht abgedeckten Leistungsbereich auf eine Beteiligung an einem anderen System, d. h. zum gegenwärtigen Zeitpunkt am DSD-System, angewiesen sein.

(120) Die Beteiligung an einem nur regional tätigen Befreiungssystem wäre für die verpflichteten Unternehmen aufgrund der Entgeltregelung im ZNV wirtschaftlich uninteressant. Sie wären damit faktisch gezwungen, sich weiterhin mit der gesamten Menge von Verkaufsverpackungen an DSD zu beteiligen und ein Markteintritt konkurrierender Systeme wäre unmöglich.

(121) Eine zunächst nur regionale Systemtätigkeit erscheint vor dem Hintergrund der erheblichen Markteintrittsbarrieren auf dem Markt für Befreiungssysteme im Vergleich zur Errichtung eines von Beginn an bundesweit konkurrierenden Befreiungssystems in ökonomischer Hinsicht weitaus realistischer (Randnummern 75 bis 79). Dies wird gegenwärtig konkret von einem Unternehmen versucht.

(122) Im Hinblick auf diese Fallgruppe hat DSD die in Randnummer 51 aufgeführte Zusage abgegeben. Aufgrund der Zusage hat sich DSD verpflichtet, in der genannten Fallgruppe Ausnahmen nach § 4 Absatz 1 Satz 2 ZNV zu vereinbaren. Diese Zusage enthält allerdings den Vorbehalt, dass der Schutz der Marke „Der Grüne Punkt“ nicht beeinträchtigt wird. Dieser grundsätzliche Vorbehalt stellt die beabsichtigte Wirkung der Zusage in erheblichem Maße in Frage. DSD erhält sich damit die Möglichkeit, durch Berufung auf eine angebliche Beeinträchtigung des nicht weiter konkretisierten Markenschutzes gegenüber Vertragspartnern die Umsetzung der Zusage zu verweigern. Die Kommission hat daher gegenüber DSD die Ansicht geäußert, dass dieser Vorbehalt zu streichen sei. DSD hat dies abgelehnt und zur Begründung ausgeführt, dass sie die bereits abgegebene Zusage für ausreichend halte und für eine weitergehende Änderung kein Anlass sehe.

(123) Die von DSD zu dieser Fallgruppe abgegebene Zusage reicht damit nicht aus, die von der Kommission aufgeworfenen Bedenken zu beseitigen.

Fallgruppe II — Beschränkung des Wettbewerbs zwischen DSD und Selbstentsorgerlösungen (bei ergänzender Beteiligung am DSD)

(124) Die bereits im Hinblick auf regional tätige Befreiungssysteme ausgeführte Problematik ergibt sich in analoger

Weise für jene Verpflichteten, die sich im Rahmen der Erfüllung ihrer Pflichten einer Kombination aus Selbstentsorgerlösung und ergänzender Teilnahme an einem Befreiungssystem bedienen (Randnummer 83).

- (125) Getrennte Verpackungs- und Distributionslinien sind im Fall einer zur Selbstentsorgerlösung ergänzenden Einschaltung eines Befreiungssystems kaum umsetzbar, da es dem Verpflichteten im Hinblick auf die konkrete Verkaufsverpackung nahezu unmöglich ist, vorab zu bestimmen und damit ggf. auch eindeutig zu kennzeichnen, welche gebrauchte Verpackung vom Endverbraucher möglicherweise am Ort der Übergabe entsorgt wird und welche dieser einem Befreiungssystem überlässt.
- (126) Die Organisation einer Selbstentsorgerlösung für Teilmengen von Verkaufsverpackungen kommt wegen der dargestellten Wirkungsweise der Entgeltregelung nicht in Frage. Die verpflichteten Unternehmen sind damit faktisch gezwungen, sich weiterhin mit der gesamten Menge von Verkaufsverpackungen an DSD zu beteiligen und der Marktzutritt alternativer Selbstentsorgerlösungen ist erheblich erschwert. Deren im Kontext der gegebenen Marktbedingungen außerordentlich wichtige wettbewerbliche Korrekturfunktion im Bereich des Rest- und Randwettbewerbs kann sich im Hinblick auf Kombinationslösungen nicht entfalten.
- (127) DSD hat in diesem Zusammenhang die in Randnummer 61 aufgeführte Zusage abgegeben. Nach dieser Zusage bleibt die Zeichennutzung auf die am DSD-System teilnehmenden Verkaufsverpackungen beschränkt. Die verpflichteten Unternehmen werden damit zu getrennten Verpackungs- und Distributionslinien gezwungen. Die Zusage beseitigt daher nicht die missbräuchliche Wirkung der Entgeltregelung. Des weiteren hat DSD einen Verweis auf § 6 Absatz 1 Satz 9 Verpackungsverordnung eingefügt. Die der Fallgruppe II zugrunde liegenden Kombinationslösungen basieren jedoch nicht alleine auf § 6 Absatz 1 Satz 9 Verpackungsverordnung, welcher die Verpflichtung zur nachträglichen anteiligen Teilnahme an einem Befreiungssystem bei Nichterreichung der Quote vorsieht (Randnummer 21). Vielmehr ist denkbar, dass sich ein Unternehmen von vornherein entscheidet, mit nur einer bestimmten Teilmenge von Verpackungen eine Selbstentsorgerlösung zu praktizieren und mit der verbleibenden Teilmenge am DSD-System teilzunehmen.
- (128) Die von DSD zu dieser Fallgruppe abgegebene Zusage reicht damit nicht aus, die von der Kommission aufgeworfenen wettbewerblichen Bedenken zu beseitigen.
- Fallgruppe III — Beschränkung des Wettbewerbs zwischen DSD und anderen Befreiungssystemen oder Selbstentsorgerlösungen (ohne Beteiligung am DSD)*
- (129) Eine vom Grundansatz der bereits beschriebenen Problematik vergleichbare Sachlage ergibt sich hinsichtlich jener Fälle, bei denen ein Vertreter in einem anderen Mitgliedstaat für eine Verkaufsverpackung eine Beteiligung an einem Rücknahmesystem unter Nutzung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ vorsieht, für die gleiche Verkaufsverpackung in Deutschland allerdings seine Verpflichtungen ohne jegliche Teilnahme am DSD-System erfüllt. Dies kann geschehen durch Teilnahme an einem oder mehreren potentiell konkurrierenden Befreiungssystem oder an einer oder mehreren Selbstentsorgerlösungen oder durch eine Kombination beider Möglichkeiten.
- (130) Der Vertreter hat in dieser Fallgruppe eine rechtliche Verpflichtung oder es ist für ihn aus wirtschaftlichen Gründen ratsam, seine in einem anderen Mitgliedstaat auf den Markt gebrachten Verpackungen mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ zu kennzeichnen. Eine rechtliche Verpflichtung kann sich sowohl aus der anwendbaren Umweltgesetzgebung als auch aus dem mit dem Systembetreiber des jeweils anderen Mitgliedslandes abgeschlossenen Zeichennutzungsvertrag ergeben.
- (131) Die Teilnahme an einem konkurrierenden Befreiungssystem oder an einer Selbstentsorgerlösung wäre wegen der Entgeltregelung im ZNV wirtschaftlich uninteressant. Der Marktzutritt, insbesondere für ein bundesweit operierendes konkurrierendes Befreiungssystem oder für eine bundesweit operierende Selbstentsorgerlösung, wäre damit ganz erheblich erschwert. Auch in dieser Fallgruppe führt daher die Entgeltregelung sowohl zu einem Ausbeutungs- als auch zu einem Behinderungsmissbrauch. Diese Fallgruppe besitzt nicht zuletzt deshalb eine hohe ökonomische Bedeutung, weil vor dem Hintergrund des Binnenmarkts zunehmend eine Vielzahl der hier relevanten endverbraucherorientierten Produkte in mehr als nur einem Mitgliedstaat vertrieben werden und sich zwischenzeitlich, wie in Randnummer 45 ausgeführt, in mehreren Mitgliedstaaten der Gemeinschaft dem DSD-System vergleichbare Rücknahme- und Befreiungssysteme, welche das Zeichen „Der Grüne Punkt“ nutzen, etabliert haben.
- (132) Zu dieser Fallgruppe ist bei der Kommission eine Beschwerde von L'Oréal und weiteren Herstellern von Haarpflegeprodukten sowie des Entsorgungsdienstleisters Vfw eingegangen, die in Deutschland eine Selbstentsorgerlösung zur Rücknahme und Verwertung von Verpackungen der von den Friseuren benutzten Haarpflegeprodukte organisieren wollen (Randnummer 6).
- (133) Im Hinblick auf diese Fallgruppe hat DSD zur Beseitigung des Missbrauchs die in Randnummer 63 aufgeführte Zusage abgegeben. Aufgrund der Zusage hat sich DSD verpflichtet, bei nachweislich anderweitiger Erfüllung der Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung kein Lizenzentgelt zu erheben. DSD hat dafür die Voraussetzung formuliert, dass auf der Verpackung

ein Hinweis auf die Nichtteilnahme am DSD-System angebracht wird. Hinsichtlich des Nachweises reicht nach einer von DSD abgegebenen Erklärung (Randnummer 64) bei einer Selbstentsorgerlösung die Vorlage einer Bescheinigung eines unabhängigen Sachverständigen über die Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungsanforderungen und bei einer Teilnahme an einem Befreiungssystem die Bestätigung des Systembetreibers über die Teilnahme aus.

- (134) Soweit DSD ergänzend ausgeführt hat, dass wesentlich für den Nachweis sei, dass sich daraus „in nachvollziehbarer Weise der Umfang ergibt, in dem die Verpackungen trotz Kennzeichnung mit dem Zeichen ‚Der Grüne Punkt‘ nicht in das von der DSD-AG betriebene System eingebracht wurden“, versteht die Kommission diese Ergänzung unter Berücksichtigung der vorangegangenen Erklärungen von DSD so, dass damit jedenfalls nicht über die Anforderungen der Verpackungsverordnung an den Nachweis hinausgegangen werden soll. Die Ergänzung kann daher nicht so gedeutet werden, dass DSD die vorgelegte Bescheinigung des Sachverständigen einer Überprüfung unterzieht oder den objektiv unmöglichen Beweis verlangt, dass tatsächlich keine der Verpackungen vom DSD-System gesammelt und verwertet wurde. Vielmehr kann sich ausgehend von der von DSD gegebenen Zusage der Nachweis nur auf die Feststellung erstrecken, dass für die mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Verpackungsmenge die Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung anderweitig erfüllt sind. Diese Feststellung ist für DSD jedenfalls dann hinreichend überprüfbar, wenn der Nachweis die Gesamtverpackungsmasse, auf die sich die Quotenerfüllung bezieht, nennt. Nach der Auffassung der Kommission ist daher dem in der Ergänzung von DSD formulierten Anliegen dann genüge getan, wenn der Nachweis die Angabe der Gesamtverpackungsmasse enthält.

- (135) Sofern DSD diese Zusage unter Beachtung der von DSD gegenüber der Kommission abgegebene Erklärung umsetzt, ist in dieser Fallgruppe auf der Grundlage des vorliegenden Sachverhaltes ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung nicht mehr ersichtlich.

2.4. Keine objektive Rechtfertigung

Unvereinbarkeit mit der Verpackungsverordnung

- (136) DSD vertritt die Auffassung, die Verwendung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ für Teilmengen von Verpackungen, für die keine Befreiungsleistung erbracht werde, sei mit der Verpackungsverordnung nicht vereinbar. Nach der Mitteilung Deutschlands solle die Kennzeichnungspflicht zum einen dokumentieren, dass für die Verpackung eine Pflicht zur geschäftsnahen Rücknahme nicht bestehe und zum anderen darüber informieren, dass diese Verpackung in den vorgesehenen Entsorgungsweg des Systems einzubringen sei. Das Zeichen diene der Erfüllung dieser Verpflichtung. Damit verbunden sei die Aussage, dass der Verbraucher nicht das Recht habe, diese Verpackung geschäftsnah zurückzugeben. Entgegen der Auffassung der Kommission bestehe keine Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers. Sofern Deutschland in seiner Mitteilung an die Kommission

bestätigt habe, dass der Endverbraucher frei entscheiden könne, ob er die Verpackung im Geschäft lasse bzw. dorthin zurückbringe oder einer haushaltsnahen Entsorgung zuführe, sei diese Bestätigung inhaltlich jedenfalls missverständlich formuliert. Die Aussage des Zeichens, dass der Verbraucher nicht das Recht habe, diese Verpackung geschäftsnah zurückzugeben, entspreche nicht den Tatsachen, wenn nicht in das DSD-System einbezogene Teilmengen das Zeichen tragen, da diese Verpackungen uneingeschränkt der geschäftsnahen Rücknahmepflicht unterlägen. Der Verbraucher werde über den vorgesehenen Entsorgungsweg getäuscht. Nach der Mitteilung Deutschlands müsse für Verbraucher und Behörden Transparenz dazu hergestellt sein, welche Verpackung der Rücknahmepflicht unterliege und welche nicht. Die Erfüllung dieses Transparenzgebotes müsse gerade deswegen uneingeschränkt gewährleistet sein, weil die Verbraucher faktisch die Möglichkeit hätten, sich gebrauchter Verkaufsverpackungen auf einem anderen als dem jeweils vorgesehenen Weg zu entledigen.

- (137) Die Verpackungsverordnung sieht eine Kennzeichnungspflicht für an Befreiungssystemen teilnehmende Verpackungen vor. Daraus kann jedoch nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass nicht teilnehmende Verpackungen nicht gekennzeichnet werden dürfen. Deutschland hat auf die entsprechende Frage der Kommission geantwortet, dass die Kennzeichnung einer Verpackung mit einem System-Kennzeichen ohne Beteiligung an dem System in der Verpackungsverordnung nicht bußgeldbewehrt sei. Ein solches Verhalten bliebe demnach in jedem Fall sanktionslos (Randnummer 16).

- (138) Das Argument von DSD beruht auf der Annahme, dass der Endverbraucher nicht wählen könne, ob er die Verpackung geschäfts- oder haushaltsnah der Entsorgung zuführt. Die Annahme steht im Widerspruch zu der Mitteilung Deutschlands (Randnummer 20 und Fußnote 8). Darüber hinaus ist die Annahme auch inhaltlich nicht überzeugend begründet. Die hier maßgebliche Fallgruppe II betrifft einen Sachverhalt, in dem eine Verpackung teilweise über eine Selbstentsorgerlösung entsorgt wird. Damit sind Hersteller und Vertreiber verpflichtet, für die an der Selbstentsorgerlösung teilnehmenden Verpackungen eine geschäftsnaher Rückgabemöglichkeit anzubieten. Sofern in einem Geschäftslokal Teilmengen von Verpackungen eines Produktes an einer Selbstentsorgerlösung teilnehmen und Teilmengen von Verpackungen desselben Produktes am DSD-System teilnehmen (z. B.: Pappverpackung wird im Möbelhaus gelassen oder mitgenommen; Verzehr im Schnellimbiss oder Mitnahme der Speisen und Getränke), bestehen geschäftsnaher Rückgabe und haushaltsnahe Sammlung nebeneinander. Es steht dem Endverbraucher dann frei, die geschäftsnaher Rückgabemöglichkeit auch für mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Verpackungen zu nutzen. Zum einen erstreckt sich nach der Verpackungsverordnung die Rücknahmeverpflichtung des Vertreibers auf alle Verpackungen gleichartiger Waren oder der gleichen Marke (Randnummer 12). Dies gilt unabhängig davon, ob die Verpackung an einem Befreiungssystem teilnimmt oder

gekennzeichnet ist. Zum anderen wird der Endverbraucher in der Verpackungsverordnung an keiner Stelle verpflichtet. Die geschäftsnaherückgabe ist bei Teilmengenlösungen daher nicht nur eine faktische Möglichkeit — welche von DSD eingeräumt wird — sondern auch eine legale Handlungsoption. Es gibt damit keine Anhaltspunkte dafür, dass die Auslegung, die die Kommission der Mitteilung Deutschlands entnommen hat, in der von der Kommission aufgegriffenen Fallgruppe II nicht gilt.

- (139) Wegen der Wahlfreiheit des Endverbrauchers ist dem Transparenzgebot genüge getan, wenn deutlich gemacht wird, dass die beiden Entsorgungsoptionen bestehen. Dies ist der Fall, wenn die Verpackung das Zeichen trägt (kann an DSD teilnehmen) und geschäftsnaher Sammelbehälter aufgestellt sind und auf diese hingewiesen wird (kann im Geschäft gelassen werden). Der Endverbraucher hat die Wahl und übt diese aus, so dass er nicht getäuscht werden kann.
- (140) DSD vertritt darüber hinaus die Auffassung, eine durchgängige Kennzeichnung mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ verstoße auch dann gegen die Verpackungsverordnung, wenn Teilmengen von Verpackungen nicht am DSD-System, sondern an einem konkurrierenden Befreiungssystem teilnehmen. Die Kennzeichnungen hätten in diesem Fall die Funktion darüber zu unterrichten, über welches System die jeweilige Verpackung entsorgt werden solle. Wegen der Kennzeichnungspflicht müssten zumindest die in das konkurrierende Befreiungssystem einbezogenen Teilmengen (auch) mit dessen Kennzeichnung versehen werden. Diese Teilmengen trügen dann zwei Kennzeichnungen. Für den Verbraucher werde damit der Eindruck erweckt, dass er frei entscheiden könne, über welches der beiden Systeme er die Verpackung der Entsorgung zuführe. Eine solche Entscheidungsfreiheit habe der Verbraucher entgegen der Annahme der Kommission nicht. Dass sich die Verbraucher faktisch auch der nicht in das DSD-System einbezogenen Verpackungen über dieses System entledigen könnten, ändere daran nichts.
- (141) Der Wortlaut der Verpackungsverordnung gibt keinen Hinweis darauf, dass Teilmengen von Verpackungen, die an einem konkurrierenden Befreiungssystem teilnehmen, nicht mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnet werden dürfen. Die von Deutschland erwähnte Transparenz (Randnummer 13) verlangt lediglich, dass der Verbraucher erkennt, ob die Verpackung geschäftsnaher zurückgegeben werden darf (d. h. zumindest teilweise Teilnahme an einer Selbstentsorgung) oder nicht (d. h. ausschließliche Teilnahme an einem oder mehreren Befreiungssystemen). Daraus ergibt sich nicht, dass für den Endverbraucher erkenntlich sein müsste, über welches konkrete System die Entsorgung erfolgen soll. Ergänzend sei angefügt, dass auch hier der Endverbraucher die Wahlmöglichkeit hat, über welches System er die Verpackung entsorgen lässt, da das Befreiungssystem alle ihm zugeführten Verkaufsverpackungen entsorgen muss und der Verbraucher nicht Adressat von Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung ist.
- (142) Nach öffentlich-rechtlichen Vorgaben ist demnach der teilweise Verzicht auf eine Kennzeichnung mit dem Zei-

chen „Der Grüne Punkt“ weder bei teilweiser Teilnahme an einer Selbstentsorgung noch bei teilweiser Teilnahme an einem anderen Befreiungssystem gefordert. Das missbräuchliche Verhalten von DSD wird demnach nicht durch die Verpackungsverordnung vorgegeben. Die Entscheidung der Kommission zwingt DSD nicht dazu, gegen Normen der Verpackungsverordnung zu verstoßen.

Zeichenrechtliche Erwägungen

- (143) DSD trägt ferner vor, das Zeichen büße notwendigerweise seine Kennzeichnungskraft ein, sofern Verpackungen mit ihm versehen seien, die gerade nicht von der Rücknahmepflicht befreit seien oder über ein konkurrierendes System entsorgt werden sollten. Der Verlust der Kennzeichnungskraft sei umso größer, je mehr Verpackungen das Zeichen tragen, ohne in das System einbezogen zu sein. Es könnte eine Entwicklung einsetzen, bei der die Kennzeichnungskraft des Zeichens so sehr geschwächt wird, dass es von einem großen Teil der Verbraucher nicht mehr als Hinweis auf die Befreiung von der Rücknahmepflicht und auf die Entsorgungsmöglichkeit über das DSD-System verstanden werde. Es könnte der Zusammenbruch des DSD-Systems drohen, weil die Verbraucher dem System nicht in dem erforderlichen Umfang gebrauchte Verkaufsverpackungen zuführten.
- (144) Dazu ist anzumerken, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz die Ausübung eines Ausschließlichkeitsrechts nach Artikel 82 EG-Vertrag verboten sein kann, wenn sie bei einem Unternehmen, das eine herrschende Stellung einnimmt, zu bestimmten missbräuchlichen Verhaltensweisen führt⁽²¹⁾. Maßgeblich ist, ob das Verhalten über das hinausgeht, was zur Verwirklichung der wesentlichen Funktion des ausschließlichen Rechts, wie es im Gemeinschaftsrecht anerkannt ist, unerlässlich ist⁽²²⁾.
- (145) Das Zeichen „Der Grüne Punkt“ wurde nach dem vor dem 1. Januar 1995 gültigen Warenzeichengesetz als Verbandszeichen im Sinne des § 17 Warenzeichengesetz eingetragen. Nach einem Urteil des Kammergerichts Berlin gibt das Zeichen seinem Inhalt nach keinen Hinweis auf eine Güte der Entsorgungsdienstleistung, sondern sagt „für den angesprochenen Verkehr nicht mehr aus, als dass das so gekennzeichnete Produkt über das Duale System entsorgt werden kann“⁽²³⁾. Der Verbraucher als der angesprochene Verkehrskreis entnimmt dem Zeichen folglich, dass er die Verpackung der Entsorgung über das DSD-System zuführen kann. Mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ verbindet sich aber nicht die Aus-

⁽²¹⁾ Urteile vom 5. Oktober 1988 in der Rs. 53/87, (CIRCA u. a./Renault), Slg. 1988, S. 6039 Rn. 16; und in der Rs. 238/87, (Volvo/Veng), Slg. 1988, S. 6211 Rn. 9; Urteil vom 10. Juli 1991 in der Rs. T-70/89, (BBC/Kommission), Slg. 1991, S. II-535, Rn. 59; Urteil vom 16. Dezember 1999 in der Rs. T-198/98, (Micro Leader/Kommission), Slg. 1999, S. II-3989.

⁽²²⁾ Vgl. Fußnote 20, (BBC/Kommission), Rn. 61.

⁽²³⁾ KG Berlin, Urteil vom 14. Juni 1994, BB 1994, 2299.

- sage, dass die Entsorgung über das DSD-System die einzige Entsorgungsmöglichkeit darstellt. In den Fallgruppen I und II wird eine Teilmenge der Verpackungen bei einem Wettbewerber von DSD vertraglich gebunden und die verbleibende Teilmenge der Verpackungen nimmt am DSD-System teil. Letztlich kann jedoch der Verbraucher bestimmen, ob er die konkrete Verpackung einer Verwertung durch den Wettbewerber oder dem DSD-System zuführt. Die Entscheidung des Verbrauchers wird von einer Vielzahl von Einflussfaktoren (wie z. B. gelernte Entsorgungstraditionen, Einstellungen, Art der Verpackung, Produktverwendung, Erreichbarkeit der Verkaufsstelle, Anreize zur Rückgabe) beeinflusst. Die wesentliche Funktion des Zeichens „Der Grüne Punkt“ ist demnach dann erfüllt, wenn es dem Verbraucher signalisiert, dass er die Option hat, die Verpackung durch DSD entsorgen zu lassen. Die Funktion des Zeichens „Der Grüne Punkt“ verlangt demnach nicht, dass bei nur teilweiser Teilnahme am DSD-System nur eine Teilmenge der Verpackungen das Zeichen trägt.
- (146) Ergänzend ist anzumerken, dass eine teilweise Kennzeichnung der Verpackungen insbesondere dann keinen Sinn hat, wenn eine anfallstellenbezogene Steuerung der Verpackungen im Distributions- und Vertriebskanal nicht möglich ist oder wenn der Verbraucher erst nach dem Kauf über die Entsorgungsform entscheidet. Eine teilweise Kennzeichnung würde weder den Schutz der Funktion der Marke verbessern noch die Kennzeichnung der Systemteilnahme verdeutlichen. Ferner wird deutlich, dass im Falle der Beteiligung am DSD-System mit einer Teilmenge von Verpackungen der Inhalt des Zeichens „Der Grüne Punkt“ nur als Hinweis auf eine Entsorgungsoption verstanden werden kann.
- (147) DSD trägt ferner vor, dass die Gefahr eines Missbrauches der Marke bestehe. Sofern am DSD-System nur Teilmengen von Verkaufsverpackungen teilnehmen und gleichzeitig auch die verbleibenden Teilmengen mit dem Zeichen versehen sind, sei zu erwarten, dass dem DSD-System weitaus größere Mengen als die Teilmengen zugeführt würden, für die sich der Hersteller oder Vertreiber an ihm beteiligt haben. Für die zusätzlichen Mengen könne DSD zwar Kostenerstattung fordern, dies reiche aber nicht aus, da die Kontrolle bei Selbstentsorgerlösungen nicht so verlässlich wie beim DSD-System sei und der Anspruch nur mit einer Verzögerung von einem Jahr erhoben werden könne. DSD müsse damit eine Vorfinanzierung leisten und trage ein erhebliches Ausfallrisiko.
- (148) Dem ist entgegenzuhalten, dass konkurrierende Befreiungssysteme und nach Neufassung der Verpackungsverordnung auch Selbstentsorgerlösungen identische Verwertungsquoten nachweisen müssen. Nach der Verpackungsverordnung ist die Kontrolle der Quotenerreichung bei Selbstentsorgerlösungen mindestens ebenso streng wie bei Befreiungssystemen (Randnummer 19). Daneben zwingt § 6 Absatz 1 Satz 9 Verpackungsverordnung Selbstentsorger, die die Quoten nicht erreichen, zu einer ergänzenden Teilnahme an einem Befreiungssystem. Die zeitliche Verzögerung im Falle einer Entschädigung ist zumutbar. Die Zuordnung der Verpackungen kann erst nach Ablauf des jeweiligen Jahres festgestellt werden. Es ist davon auszugehen, dass Wettbewerber von DSD ebenso wie DSD selbst ihre Dienstleistungen mit der Absicht anbieten, die vorgeschriebenen Quoten zu erfüllen. Die verpflichteten Unternehmen nehmen nur mit einer Teilmenge am DSD-System teil und müssen daher auch nur für diese Teilmenge ein Entgelt entrichten. Bei einer anderen Lösung müssten die Hersteller und Vertreiber immer dann vorleisten, wenn die Wettbewerber von DSD wie beabsichtigt ihre Quoten tatsächlich erfüllen.
- (149) DSD trägt ferner vor, es sei auch unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten, die für Hersteller und Vertreiber bei einer Beschränkung der Zeichennutzung auf Teilmengen von Verkaufsverpackungen bestehen mögen, nicht gerechtfertigt, von DSD die Einräumung isolierter Zeichennutzungsrechte und damit die Erbringung bislang von DSD nicht angebotener Leistungen zu verlangen, zumal diese Schwierigkeiten nicht von DSD verursacht seien, sondern ihren Grund in der Organisation und der Tätigkeit der Hersteller und Vertreiber hätten. Die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte erläuterten Schwierigkeiten, die Zeichennutzung auf die in das System der DSD einbezogenen Teilmengen von Verkaufsverpackungen zu begrenzen, seien daher für die rechtliche Beurteilung des Verhaltens der DSD nicht ausschlaggebend.
- (150) Es ergibt sich aus der Herleitung des Missbrauches, dass die Entgeltregelung des ZNV die Ursache der Schwierigkeiten ist. Es wäre für Hersteller und Vertreiber nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Mehraufwand möglich, den Abpackungs- und Distributionsprozess so zu ändern, dass die Schwierigkeiten wegfallen.
- (151) DSD trägt schließlich vor, das „Gleichgewichtsverhältnis zwischen Lizenzentgelten und Kosten für die Befriedigung der Ansprüche der Entsorger“ werde gestört.
- (152) Es ist wiederum darauf hinzuweisen, dass in den genannten Fallgruppen eine Befreiungsdienstleistung von DSD nicht oder nur für Teilmengen erbracht wird. Demnach reduziert sich auch bei den Partnern der Leistungsverträge der für DSD zu erbringende Leistungsumfang. Für diesen Fall hat DSD in den mit den Entsorgungsunternehmen abgeschlossenen Leistungsverträgen durch Abzug der „Selbstentsorgermenge“ (definiert als „Pro-Kopf-Verbrauch an Mengen, die gemäß § 6 Absatz 1 und 3 VerpackV außerhalb des Dualen Systems erfasst und verwertet werden müssen“) eine Reduzierung des von DSD an die Entsorger zu zahlenden Entgeltes vereinbart. Der Umfang der Tätigkeit der Entsorger richtet sich nicht danach, ob eine Verpackung mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnet ist oder nicht.
- (153) Die von DSD angeführten Argumente sind folglich nicht geeignet, für die Lizenzentgeltregelung eine objektive Rechtfertigung zu liefern und damit den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auszuschließen.

Ergebnis

- (154) DSD missbraucht folglich ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag sowohl gegenüber ihren Abnehmern als auch gegenüber ihren Wettbewerbern.

3. AUSWIRKUNG AUF DEN HANDEL ZWISCHEN DEN MITGLIEDSTAATEN

- (155) Die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch die Lizenzentgeltregelung des ZNV ist geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen.
- (156) Die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung ist geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sich anhand objektiver rechtlicher und tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell, den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflusst, die befürchten lässt, dass sie dadurch die Verwirklichung eines einheitlichen Marktes zwischen diesen behindert.
- (157) Zunächst ist grundsätzlich darauf hinzuweisen, dass eine Vielzahl der gegenwärtigen Zeichennehmer von DSD aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft kommt. Eine Einschränkung bzw. Verhinderung der Angebotsalternativen für die Rücknahme und Verwertung von Verkaufsverpackungen für diese Vertreiber in Deutschland führt damit im Kontext der gegebenen Marktbedingungen zu einer spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.
- (158) Es ist ferner denkbar, dass Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten Selbstentsorgerlösungen oder Befreiungssysteme in Deutschland anbieten. Es könnte insbesondere versucht werden, Befreiungssysteme in dem an einen Mitgliedstaat angrenzenden Bundesland zu etablieren oder Selbstentsorgerlösungen in grenznahen Gebieten zu praktizieren. Durch die missbräuchliche Handhabung der Entgeltregelung des ZNV wird der Marktzugang auch für diese Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten erheblich erschwert.
- (159) Daneben ist zu berücksichtigen, dass die Entgeltregelung des ZNV auf den Hersteller, der sein Produkt auch in andere Mitgliedstaaten exportiert, einen nicht unerheblichen Druck ausübt, sowohl in Deutschland als auch in diesen Mitgliedstaaten an dem System teilzunehmen, das das Zeichen „Der Grüne Punkt“ benutzt. Sie führt letztlich dazu, dass der Hersteller sein Ziel eines europaweit in einer einheitlichen Verpackung vertriebenen Produkts nur bei europaweiter Teilnahme an den Befreiungssystemen, die das Zeichen „Der Grüne Punkt“ benutzen, erreichen kann.
- (160) Sofern der Hersteller in den einzelnen Mitgliedstaaten an verschiedenen Systemen teilnimmt und die Notwendigkeit unterschiedlich gestalteter Verpackungen in Kauf nimmt, wird der entsprechende Produktmarkt willkürlich segmentiert. Der Hersteller hat darauf zu achten, dass die vorgesehenen Vertriebswege eingehalten werden. Dies führt dazu, dass der grenzüberschreitende Handel mit dem Produkt erschwert wird. Insbesondere

Parallelimporte sind nur unter Änderung der Verpackung möglich. Es handelt sich um eine künstliche Veränderung der Marktverhältnisse. Sie behindert die vom EG-Vertrag gewollte wirtschaftliche Verflechtung zwischen den Mitgliedstaaten. Die Funktionsweise und Effizienz des gemeinsamen Markts wird spürbar beeinträchtigt.

II. ARTIKEL 3 ABSATZ 1 DER VERORDNUNG NR. 17

- (161) Gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 kann die Kommission bei Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 82 EG-Vertrag die beteiligten Unternehmen durch Entscheidung verpflichten, die Zuwiderhandlung abzustellen.
- (162) Es ist daher gerechtfertigt, DSD zu verpflichten, die derzeitigen Zuwiderhandlungen abzustellen und die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Fortsetzung oder Wiederholung der festgestellten Zuwiderhandlungen zu verhindern.
- (163) Die Zuwiderhandlung liegt darin, dass DSD nach § 4 Absatz 1 Satz 1 und § 5 Absatz 1 Satz 1 ZNV die Zahlung von Lizenzentgelt für die Gesamtmenge der in Deutschland mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen auch dann verlangt, wenn die Befreiungsdienstleistung nach § 2 ZNV nur für Teilmengen oder überhaupt nicht in Anspruch genommen wird. Zwar sieht § 4 Absatz 1 Satz 2 ZNV die Möglichkeit von Ausnahmeregelungen vor, DSD hat sich aber geweigert, für die Fallgruppen I und II Zusagen abzugeben, die den Missbrauchstatbestand beseitigt hätten und als Ausnahmeregelungen vertraglich umgesetzt worden wären.
- (164) In Fallgruppe III hat DSD gegenüber der Kommission eine Zusage und eine erläuternde Erklärung abgegeben. Sofern DSD die Zusage unter Beachtung der Erklärung entsprechend den Ausführungen in Randnummern 133 und 134 umsetzt, ist eine Zuwiderhandlung nicht mehr ersichtlich.
- (165) Um einer Fortsetzung oder Wiederholung der festgestellten Zuwiderhandlungen vorzubeugen, ist es notwendig, dass DSD sich gegenüber allen Vertragspartnern des Zeichennutzungsvertrages verpflichtet, für solche mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ in Deutschland in den Verkehr gebrachten Teilmengen von Verkaufsverpackungen, für die die Befreiungsdienstleistung nach § 2 ZNV nicht in Anspruch genommen wird, kein Lizenzentgelt zu erheben. Diese Verpflichtung ersetzt eine Ausnahmeregelung nach § 4 Absatz 1 Satz 2 ZNV.
- (166) Ferner ist es notwendig, dass die von DSD für Fallgruppe III abgegebene Zusage bindend wird. Nach dieser Zusage kann DSD verlangen, dass auf der Verpackung in räumlicher Nähe zum Zeichen „Der Grüne Punkt“ in sprachlicher oder in einer anderen geeigneten Form für den Endverbraucher erkennbar darauf hingewiesen wird, dass die Verpackung nicht an dem von DSD nach § 6 Absatz 3 eingerichteten System teilnimmt. Da die Feststellung insbesondere der Eignung und Erkennbarkeit an eine Wertung geknüpft ist, ist es nicht auszuschließen, dass es zwischen DSD und verpflichteten Unternehmen zu Meinungsverschiedenheiten über die Ausgestaltung des Hinweises kommen kann. Um die Umsetzung der

Zusage sicherzustellen, ist es notwendig, ein Verfahren vorzusehen, nach dem solche Meinungsverschiedenheiten schnell und für beide Seiten akzeptabel gelöst werden. Die Entscheidung durch einen von der Kommission bestimmten Sachverständigen wird diesen Anforderungen gerecht.

- (167) DSD kann sowohl in den Fallgruppen I und II als auch nach der für die Fallgruppe III abgegebenen Zusage von seinen Vertragspartnern den Nachweis verlangen, dass für die mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ in Deutschland in den Verkehr gebrachten Mengen von Verkaufsverpackungen, für die die Befreiungsdienstleistung nach § 2 ZNV nicht in Anspruch genommen wird, die Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung anderweitig erfüllt werden. Es ist nicht auszuschließen, dass es zwischen DSD und verpflichteten Unternehmen zu Meinungsverschiedenheiten über die inhaltlichen Anforderungen an den zu erbringenden Nachweis kommen kann. Zur Klarstellung ist es daher erforderlich, dass in dieser Entscheidung die maßgeblichen Anforderungen an den Nachweis definiert werden. Die Kommission lässt sich dabei von dem Zweck der Nachweispflicht leiten. DSD soll sich darüber vergewissern können, dass sie nur für die Verpackungsmengen auf Entgelt verzichtet, mit denen die verpflichteten Unternehmen an einem konkurrierenden Befreiungssystem teilnehmen oder die Sammel- und Verwertungsanforderungen über eine Selbstentsorgung erfüllen, denn in diesen Fällen besteht die Gefahr einer Doppelzahlungspflicht (Randnummer 115). Im Falle der teilweisen oder vollständigen Teilnahme an einem konkurrierenden Befreiungssystem reicht als Nachweis die Bestätigung des Systembetreibers aus, dass die entsprechende Verpackungsmenge an dem konkurrierenden System teilnimmt. Allein durch die Beteiligung an einem Befreiungssystem sind die verpflichteten Unternehmen für die teilnehmende Verpackungsmenge von ihren Verpflichtungen befreit. Im Falle der teilweisen oder vollständigen Teilnahme an einer Selbstentsorgung reicht die nachträgliche Vorlage der Bescheinigung eines unabhängigen Sachverständigen aus — die entweder individuell auf den einzelnen Hersteller bzw. Vertreiber oder auf eine Selbstentsorgungsgemeinschaft ausgestellt werden kann —, wonach für die entsprechende Verpackungsmenge die Rücknahme- und Verwertungsanforderungen erfüllt wurden. DSD kann nicht verlangen, dass die Bescheinigung zu einem früheren Zeitpunkt vorgelegt wird, als nach der Verpackungsverordnung vorgesehen. Unabhängig von der jeweiligen Fassung der Verpackungsverordnung reicht für den gegenüber DSD zu erbringenden Nachweis jedenfalls aus, dass die Bescheinigung dem Vertragspartner die Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungsanforderungen, bezogen auf eine bestimmte Verpackungsmasse, bestätigt. Sofern die Bescheinigung sonstige Angaben enthalten sollte (wie insbesondere den Namen des als beauftragten Dritten tätigen Unternehmens, Anfallstellen oder exakte Quoten), dürfen diese unkenntlich gemacht werden, um zu verhindern, dass DSD wettbewerbsensitive Informationen über Konkurrenten erhält. Sowohl die Bestätigung des Systembetreibers als auch die Bescheinigung des unabhängigen Sachverständigen können durch ein Wirtschaftsprüfertestat ersetzt werden, welches die Erfüllung der Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung, bezogen auf eine bestimmte Verpackungsmasse, nachträglich bestätigt. Das Wirtschaftsprüfertestat erlaubt den Nachweis der

Erfüllung der Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung, ohne kenntlich zu machen, ob dies über ein konkurrierendes Befreiungssystem oder eine Selbstentsorgung geschehen ist. Zur Verhinderung von Abweichungen zu Lasten der verpflichteten Unternehmen von den oben definierten Anforderungen an den Nachweis ist sicherzustellen, dass sonstige Bestimmungen des Zeichennutzungsvertrages nicht in einer Weise angewendet werden, dass sie zu einer Verschärfung des gegenüber DSD zu erbringenden Nachweises führen —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Das Verhalten der Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG, Köln (nachfolgend „DSD“), nach § 4 Absatz 1 Satz 1 und § 5 Absatz 1 Satz 1 des Zeichennutzungsvertrages die Zahlung von Lizenzentgelt für die Gesamtmenge der in Deutschland mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen zu verlangen, ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, wenn die nach der Verpackungsverordnung verpflichteten Unternehmen:

- a) die Befreiungsdienstleistung von DSD nach § 2 des Zeichennutzungsvertrages nur für eine Teilmenge in Anspruch nehmen oder nicht in Anspruch nehmen, jedoch eine einheitlich gestaltete Verpackung in Deutschland in Verkehr bringen, die auch in einem anderen Mitgliedsland des Europäischen Wirtschaftsraumes in Verkehr ist und an einem das Zeichen „Der Grüne Punkt“ nutzenden Rücknahmesystem teilnimmt, und
- b) nachweisen, dass sie für die Menge oder Teilmenge, für welche sie die Befreiungsdienstleistung nicht in Anspruch nehmen, ihre Pflichten aus der Verpackungsverordnung über konkurrierende Befreiungssysteme oder Selbstentsorgungen erfüllen.

Artikel 2

DSD hat die in Artikel 1 genannten Zuwiderhandlungen unverzüglich einzustellen.

DSD unterlässt es, das in Artikel 1 bezeichnete Verhalten fortzusetzen oder zu wiederholen oder Maßnahmen gleicher Wirkung zu treffen.

DSD erfüllt darüber hinaus die Bestimmungen der Artikel 3 bis 7.

Artikel 3

DSD muss sich gegenüber allen Vertragspartnern des Zeichennutzungsvertrages verpflichten, für mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ in Deutschland in den Verkehr gebrachte Teilmengen von Verkaufsverpackungen, für die die Befreiungsdienstleistung nach § 2 des Zeichennutzungsvertrages nicht in Anspruch genommen wird und für die die Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung nachweislich anderweitig erfüllt werden, kein Lizenzentgelt zu erheben.

Die Verpflichtung gemäß Absatz 1 ersetzt eine Ausnahmeregelung nach § 4 Absatz 1 Satz 2 des Zeichennutzungsvertrages.

Artikel 4

(1) DSD darf für Verpackungen, für die in einem anderen Mitgliedstaat eine Beteiligung an einem System zur Sammlung und Verwertung unter Verwendung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ erfolgt und die unter Verwendung des Zeichens in dem Geltungsbereich der Verpackungsverordnung in den Verkehr gebracht werden, dann kein Lizenzentgelt erheben, wenn die Erfüllung der Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung nachweislich in anderer Weise als durch die Beteiligung an dem durch DSD eingerichteten System nach § 6 Absatz 3 der Verpackungsverordnung erfolgt.

(2) DSD kann als Voraussetzung für die Nichterhebung des Lizenzentgelts verlangen, dass auf einer Verpackung gemäß Absatz 1 in räumlicher Nähe zum Zeichen „Der Grüne Punkt“ in sprachlicher oder in einer anderen geeigneten Form für den Endverbraucher erkennbar darauf hingewiesen wird, dass die Verpackung nicht an dem von DSD nach § 6 Absatz 3 der Verpackungsverordnung eingerichteten System teilnimmt.

(3) Im Falle von Unstimmigkeiten über die Erkennbarkeit des Hinweises bitten die Parteien innerhalb einer Woche nach ein- oder beidseitiger Feststellung der Unstimmigkeiten die Kommission, einen Sachverständigen zu benennen.

Der Sachverständige hat den Auftrag, innerhalb von vier Wochen festzustellen, ob die von den Parteien diskutierten Gestaltungsmöglichkeiten des Hinweises unter Beachtung der grundsätzlichen Verpackungsfunktionen den in Absatz 2 genannten Anforderungen genügen.

Die Kosten des Sachverständigen sind von den Parteien jeweils zur Hälfte zu tragen.

Artikel 5

(1) Als Nachweis für die anderweitige Erfüllung der Verpflichtung aus der Verpackungsverordnung gemäß den Artikeln 3 und 4 reicht im Falle der teilweisen oder vollständigen Teilnahme an einem konkurrierenden Befreiungssystem die Bestätigung des Systembetreibers aus, dass die entsprechende Verpackungsmenge an dem konkurrierenden System teilnimmt.

(2) Im Falle der teilweisen oder vollständigen Teilnahme an einer Selbstentsorgerlösung reicht die nachträgliche Vorlage der Bescheinigung eines unabhängigen Sachverständigen aus, wonach für die entsprechende Verpackungsmenge die Rücknahme- und Verwertungsanforderungen erfüllt wurden. Diese Bescheinigung kann auf den einzelnen Hersteller bzw. Vertreiber oder auf eine Selbstentsorgergemeinschaft ausgestellt werden.

(3) DSD kann keinesfalls verlangen, dass die Bescheinigung zu einem früheren Zeitpunkt vorgelegt wird, als nach der Verpackungsverordnung vorgesehen.

(4) Unabhängig von der jeweiligen Fassung der Verpackungsverordnung reicht für den gegenüber DSD zu erbringenden Nachweis jedenfalls aus, dass die Bescheinigung dem Vertragspartner die Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungsanforderungen, bezogen auf eine bestimmte Verpackungsmasse, bestätigt.

(5) Sofern die Bescheinigung sonstige Angaben enthalten sollte, dürfen diese unkenntlich gemacht werden.

(6) Sowohl die Bestätigung des Systembetreibers als auch die Bescheinigung des unabhängigen Sachverständigen können durch ein Wirtschaftsprüferattest ersetzt werden, welches die Erfüllung der Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung, bezogen auf eine bestimmte Verpackungsmasse, nachträglich bestätigt.

(7) Sonstige Bestimmungen des Zeichennutzungsvertrages dürfen nicht in einer Weise angewendet werden, dass sie zu einer Verschärfung des gegenüber DSD zu erbringenden Nachweises führen.

Artikel 6

(1) DSD muss die Bestimmungen der Artikel 3, 4 und 5 gegenüber allen Vertragspartnern des Zeichennutzungsvertrages mit Wirkung ab dem Datum der Bekanntgabe der Entscheidung einhalten und dies allen Vertragspartnern des Zeichennutzungsvertrages innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung zur Kenntnis zu bringen.

(2) Die Bestimmungen des Zeichennutzungsvertrages dürfen nicht in einer Weise angewendet werden, dass sie die sofortige Erfüllung der Pflicht gemäß Absatz 1 verzögern.

Artikel 7

DSD informiert die Kommission innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe der Entscheidung über die Erfüllung der Verpflichtungen gemäß den Artikeln 3 bis 6.

Artikel 8

Diese Entscheidung ist gerichtet an:

Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG
Frankfurter Straße 720–726
D-51145 Köln

Brüssel, den 20. April 2001

Für die Kommission
Mario MONTI
Mitglied der Kommission