

BESCHLUSS DES PRÄSIDENTEN DES GERICHTS  
15. November 2001 \*

In der Rechtssache T-151/01 R

**Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG** mit Sitz in Köln (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte W. Deselaers, B. Meyring, E. Wagner und C. Weidemann, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Antragstellerin,

gegen

**Kommission der Europäischen Gemeinschaften**, vertreten durch S. Rating als Bevollmächtigten, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Antragsgegnerin,

\* Verfahrenssprache: Deutsch.

unterstützt durch

**Vfw AG** mit Sitz in Köln, Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt H. F. Wissel,  
Zustellungsanschrift in Luxemburg,

**Landbell AG** mit Sitz in Mainz (Deutschland), Prozessbevollmächtigter: Rechts-  
anwalt A. Rinne, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

und

**BellandVision GmbH** mit Sitz in Pegnitz (Deutschland), Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt A. Rinne, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Streithelferinnen,

wegen Aussetzung des Vollzugs des Artikels 3 der Entscheidung 2001/463/EG der Kommission vom 20. April 2001 in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag (Sache COMP D3/34493 DSD) (ABl. L 166, S. 1) sowie der Artikel 4, 5, 6 und 7 der Entscheidung, soweit sie sich auf Artikel 3 beziehen,

erlässt

DER PRÄSIDENT DES GERICHTS ERSTER INSTANZ  
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

folgenden

**Beschluss**

**Rechtlicher Rahmen**

*Deutsches Recht*

- 1 Am 12. Juni 1991 erließ die deutsche Regierung die Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen (BGBl. 1991 I S. 1234, im Folgenden: Verpackungsverordnung oder VerpackV), deren Neufassung am 28. August 1998 in Kraft trat. Nach dieser Verordnung, die bezweckt, die Auswirkungen von Abfällen aus Verpackungen auf die Umwelt zu vermeiden oder zu verringern, unterliegen die Hersteller und Vertreiber Verpflichtungen zur Rücknahme und Verwertung gebrauchter Verkaufsverpackungen außerhalb des öffentlich-rechtlichen Abfallsystems. Verkaufsverpackungen — um die allein es in der vorliegenden Rechtssache geht — sind Verpackungen, die als eine Verkaufseinheit angeboten werden und beim Endverbraucher anfallen, ferner Verpackungen des Handels, der Gastronomie und anderer Dienstleister, die die Übergabe von Waren an den Endverbraucher ermöglichen oder unterstützen, sowie Einweggeschirr und Einwegbestecke. Sie sind von Transportverpackungen und Umverpackungen zu unterscheiden.

- 2 Hersteller im Sinne der Verpackungsverordnung ist, wer Verpackungen, Packstoffe oder Erzeugnisse herstellt, aus denen unmittelbar Verpackungen hergestellt werden, und derjenige, der Verpackungen in den Geltungsbereich der Verpackungsverordnung einführt. Vertreiber ist, wer Verpackungen, Packstoffe oder Erzeugnisse, aus denen unmittelbar Verpackungen hergestellt werden, oder Waren in Verpackungen, gleichgültig auf welcher Handelsstufe, in Verkehr bringt. Vertreiber im Sinne der Verpackungsverordnung ist auch der Versandhandel. Endverbraucher schließlich ist derjenige, der die Waren in der an ihn gelieferten Form nicht mehr weiter veräußert.
- 3 Die betreffenden Unternehmen können den Hersteller- und Vertreiberpflichten auf zweierlei Art und Weise nachkommen.
- 4 Einerseits müssen nach § 6 Absätze 1 und 2 VerpackV Hersteller und Vertreiber vom Endverbraucher gebrauchte Verkaufsverpackungen am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe unentgeltlich zurücknehmen und einer Verwertung entsprechend den im Anhang der Verpackungsverordnung definierten quantitativen Anforderungen zuführen (im Folgenden: Selbstentsorgung). § 6 Absatz 1 Satz 9 lautet: „Soweit Vertreiber die Verpflichtungen nach Satz 1 nicht durch Rücknahme an der Abgabestelle erfüllen, haben sie diese durch ein [Befreiungssystem]... sicherzustellen.“ Hersteller und Vertreiber können sich zur Erfüllung ihrer Rücknahme- und Verwertungspflichten auch Dritter bedienen (§ 11 VerpackV). Im Übrigen muss nach der Verpackungsverordnung im Fall einer Selbstentsorgung „[d]er Vertreiber... den privaten Endverbraucher durch deutlich erkennbare und lesbare Schrifttafeln auf die Rückgabemöglichkeit... hinweisen“ (§ 6 Absatz 1 Satz 3).
- 5 Andererseits entfallen nach § 6 Absatz 3 Satz 1 VerpackV die Rücknahme- und Verwertungspflichten 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 dessen Nähe gewährleistet (im Folgenden: Befreiungssystem). Das Befrei-

ungssystem ist auf Verkaufsverpackungen beschränkt, die beim privaten Endverbraucher anfallen, d. h. bei Haushaltungen und vergleichbaren Anfallstellen von Verpackungen, insbesondere Gaststätten, Hotels, Kantinen, Verwaltungen, Kasernen, Krankenhäusern, Bildungseinrichtungen, karitativen Einrichtungen und Freiberuflern sowie landwirtschaftlichen Betrieben und Handwerksbetrieben mit Ausnahme von Druckereien und sonstigen papierverarbeitenden Betrieben.

- 6 Unternehmen, die sich nicht an einem Befreiungssystem beteiligen, unterliegen der individuellen Rücknahmepflicht.
  
- 7 Ein Befreiungssystem wird von den zuständigen Behörden anerkannt, wenn mehrere Voraussetzungen erfüllt sind, insbesondere eine Flächendeckung, die sich mindestens über ein Bundesland zu erstrecken hat, Endverbrauchernähe, regelmäßige Abholung und Abstimmung mit den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern.
  
- 8 Die Verpackungsverordnung schreibt ferner die Kennzeichnung der im Rahmen von Befreiungssystemen gesammelten Verpackungen vor. Nach Anhang I Nummer 4 Absatz 2 des § 6 VerpackV haben Hersteller und Vertreiber die Beteiligung am System des § 6 Absatz 3 VerpackV durch „Kennzeichnung der Verpackung oder andere geeignete Maßnahmen“ kenntlich zu machen.
  
- 9 Seit dem 1. Januar 2000 müssen die Betreiber von Befreiungssystemen hinsichtlich der Verpackungen der ihnen angeschlossenen Unternehmen und die Hersteller und Vertreiber, die sich für eine Selbstentsorgerlösung entschieden haben, bei den einzelnen Materialien dieselben Verwertungsquoten erfüllen.

- 10 Die Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungsanforderungen wird je nach Fall durch die Bescheinigung eines unabhängigen Sachverständigen oder durch Mitteilung nachprüfbarer Angaben über die erfassten und einer Verwertung zugeführten Mengen gewährleistet.

*Das von der Antragstellerin eingerichtete Befreiungssystem*

- 11 Seit 1991 betreibt die Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland AG (im Folgenden: Antragstellerin oder DSD) als einzige Gesellschaft ein bundesweites Befreiungssystem. Die Antragstellerin wurde Anfang 1993 von den zuständigen Behörden aller Bundesländer anerkannt.
- 12 Das von der Antragstellerin eingerichtete System (im Folgenden: DSD-System) wird als „dual“ bezeichnet, da Sammlung und Verwertung der Verpackungen außerhalb der öffentlichen Abfallentsorgung in privatwirtschaftlicher Form erfolgen.
- 13 Die Finanzierung erfolgt durch Beiträge, die der Antragstellerin von den am System beteiligten Unternehmen gezahlt werden. Diese schließen sich dem System durch Unterzeichnung eines Vertrages mit der Antragstellerin an, mit dem sie gegen Zahlung eines Beitrags das Recht auf Nutzung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ erhalten. Sie sind verpflichtet, das Zeichen „Der Grüne Punkt“ auf ihren Verkaufsverpackungen anzubringen. Die Antragstellerin ist Inhaberin der eingetragenen Kollektivmarke „Der Grüne Punkt“.
- 14 Mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ vertriebene Verkaufsverpackungen werden nach Materialfraktion getrennt in speziellen Tonnen (Metalle, Kunststoffe und Verbundstoffe) oder in haushaltsnah aufgestellten Behältern (besonders Papier und Glas) gesammelt, während der Restmüll in die Tonnen der öffentlichen Abfallentsorgung geworfen wird.

- 15 Die Antragstellerin sammelt die gebrauchten Verkaufsverpackungen jedoch nicht selbst ein, sondern setzt dafür lokale Subunternehmer ein, die den ausschließlichen Auftrag haben, in einem bestimmten Bezirk gebrauchte Verkaufsverpackungen zu sammeln und zu sortieren.
- 16 Die sortierten Materialien werden vom Entsorgungsunternehmen entweder selbst oder unter Einschaltung eines Dritten der Verwertung zugeführt oder Unternehmen übergeben, die sich gegenüber der Antragstellerin verpflichtet haben, die Verwertung der gebrauchten Verpackungen vorzunehmen.
- 17 Das von der Antragstellerin betriebene System sammelt nicht alle Verkaufsverpackungen im Sinne der Verpackungsverordnung (siehe oben, Randnr. 1), sondern nur die in Haushalten und vergleichbaren Anfallstellen anfallenden Verkaufsverpackungen aus allen Materialien.
- 18 Auch andere Unternehmen organisieren die Rücknahme und Verwertung bestimmter Verkaufsverpackungen. Dabei handelt es sich allerdings nicht um flächendeckende Sammel- und Verwertungssysteme im Sinne von § 6 Absatz 3 VerpackV. Diese Unternehmen werden als Dritte im Sinne von § 6 Absätze 1 und 2 in Verbindung mit § 11 VerpackV tätig (siehe oben, Randnr. 4), nehmen also unmittelbar die Rücknahme- und Verwertungspflichten des Herstellers oder Vertreibers wahr.

### *Vertragliche Bestimmungen*

- 19 Die Beziehungen zwischen der Antragstellerin und den ihrem System angeschlossenen Unternehmen sind im Zeichennutzungsvertrag für das Zeichen „Der Grüne Punkt“ (im Folgenden: ZNV) geregelt.

- 20 Nach diesem Vertrag setzt die Beteiligung eines Unternehmens an dem System voraus, dass ihm von der Antragstellerin — gegen Entgelt — die Nutzung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ gestattet wird (§ 1 Absatz 1 ZNV).
- 21 Die Antragstellerin sichert dem sich beteiligenden Unternehmen (Zeichennehmerin) zu, die Sammlung, Sortierung und Verwertung seiner gebrauchten Verkaufsverpackungen so zu betreiben, dass für die betreffenden Verpackungen seine Rücknahme- und Verwertungspflichten entfallen (§ 2 ZNV).
- 22 Die Zeichennehmerin ist verpflichtet, das Zeichen „Der Grüne Punkt“ auf jeder angemeldeten, den Inlandsverbrauch betreffenden Verpackung in bestimmter Form und in einer für den Endverbraucher sichtbaren Weise aufzubringen. Die Antragstellerin kann die Zeichennehmerin von dieser Verpflichtung befreien (§ 3 Absatz 1 ZNV).
- 23 § 4 Absatz 1 ZNV lautet:

„Die Zeichennehmerin entrichtet für alle von ihr im Rahmen dieses Vertrages mit dem Zeichen ‚Der Grüne Punkt‘ auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vertriebenen Verpackungen an [die Antragstellerin] ein Lizenzentgelt. Ausnahmen hiervon bedürfen einer schriftlichen, gesonderten Vereinbarung.“

- 24 Die Höhe des Lizenzentgelts berechnet sich zum einen nach dem Gewicht der Verpackung und der verwendeten Materialfraktion, zum anderen nach dem Volumen oder der Größe der Oberfläche der Verpackung.

25 Das Lizenzentgelt kann durch Erklärung der Antragstellerin angepasst werden. Die Erhöhung oder Ermäßigung der Lizenzentgelte bestimmt 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.

26 § 5 Absatz 1 ZNV bestimmt:

„Berechnet werden alle mit dem Zeichen ‚Der Grüne Punkt‘ auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland von der Zeichennehmerin vertriebenen Verpackungen ...“

27 Nummer 5 der von der Antragstellerin beschlossenen Markensatzung schließlich lautet:

„Die Kollektivmarken wurden geschaffen, um es den Verbrauchern und dem Handel zu ermöglichen, solche Waren, deren Verpackung in das Duale System einbezogen und für deren Verpackung deshalb eine Erfassung und Verwertung außerhalb der öffentlichen Entsorgung möglich ist, zu erkennen und von anderen Waren zu unterscheiden, ferner als Appell an die Verbraucher, die Verpackung solcher Waren den Erfassungseinrichtungen des Dualen Systems zuzuführen, und schließlich zur Kennzeichnung der im Zusammenhang mit dem Dualen System beim Erfassen und Verwerten von Sekundärrohstoffen erbrachten Dienstleistungen.“

## Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 28 Am 2. September 1992 meldete die Antragstellerin bei der Kommission neben ihrem Gesellschaftsvertrag eine Reihe von Vereinbarungen — Leistungsvertrag, Zeichennutzungsvertrag, Garantieverträge — mit dem Ziel an, ein Negativattest oder hilfsweise eine Entscheidung über die Freistellung vom Kartellverbot zu erhalten.
- 29 Die Mitteilung der Kommission nach Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [81] und [82] des Vertrages (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204), sie beabsichtige, die angemeldeten Vereinbarungen positiv zu beurteilen, wurde im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* (ABl. 1997, C 100, S. 4) veröffentlicht. Daraufhin gingen bei der Kommission Stellungnahmen von betroffenen Dritten ein, die u. a. verschiedene Aspekte der Anwendung des Zeichennutzungsvertrags betrafen. Insbesondere wurde beanstandet, dass es im Fall einer gleichzeitigen Beteiligung am DSD-System und am System eines alternativen Anbieters aufgrund der doppelten Entgeltbelastung zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs kommen könne.
- 30 Am 15. Oktober 1998 übermittelte die Antragstellerin der Kommission eine Zusage zur Vermeidung von Doppelbelastungen im Fall der Beteiligung an einem regional tätigen Befreiungssystem.
- 31 Am 3. November 1999 erklärte die Kommission, dass diese Zusage, die nur Befreiungssysteme umfasse, um Selbstentsorgerlösungen für Teilmengen von Verkaufspackungen erweitert werden müsse.
- 32 Am 15. November 1999 reichten die Beschwerdeführer neue Bemerkungen bei der Kommission ein.

- 33 Mit Schreiben vom 13. März 2000 übermittelte die Antragstellerin der Kommission zwei weitere Zusagen.
- 34 Am 20. April 2001 erließ die Kommission die Entscheidung 2001/463/EG in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag (Sache COMP D3/34493 DSD) (ABl. L 166, S. 1, im Folgenden: streitige Entscheidung).
- 35 Aus der streitigen Entscheidung geht hervor, dass die im Zusammenhang mit dem Zeichennutzungsvertrag gegebenen Zusagen verschiedene Fälle betreffen.
- 36 Eine Zusage betrifft den Fall, dass sich auf ein oder mehrere Bundesländer beschränkte Befreiungssysteme als Alternative zum DSD-System bilden. In diesem Fall könnten einheitlich gestaltete Verpackungen in diesen Bundesländern an einem der Alternativsysteme teilnehmen und sich in den restlichen Bundesländern am DSD-System beteiligen. Hinsichtlich dieser Fallkonstellation hat die Antragstellerin folgende Zusage gegeben (59. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung):

„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 [Antragstellerin] 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 [Antragstellerin] 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.“

- 37 Für den Fall, dass Hersteller und Vertreiber für Teilmengen von Verkaufsverpackungen eine Selbstentsorgerlösung betreiben und sich für die verbleibenden Teilmengen am DSD-System beteiligen, hat die Antragstellerin folgende Zusage gegeben (61. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung):

„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 [Antragstellerin] 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.“

- 38 In der Anhörung im Verfahren der einstweiligen Anordnung (siehe unten, Randnr. 58) ist erläutert worden, dass diese Zusage dahin zu verstehen sei, dass die nach § 6 Absätze 1 und/oder 2 zurückgenommene Teilmenge von Verkaufsverpackungen nicht das Zeichen „Der Grüne Punkt“ trage.
- 39 In dem Teil der streitigen Entscheidung, der die rechtliche Würdigung enthält, hat die Kommission zunächst festgestellt, dass die Antragstellerin eine marktbeherrschende Stellung habe.
- 40 Dabei hat sie zunächst den relevanten Markt abgegrenzt. Nach einer Analyse des relevanten Produktmarkts und des geographisch relevanten Marktes hat sie festgestellt, dass „als weitest definierbarer Markt vom Markt der Organisation der Rücknahme und Verwertung gebrauchter Verkaufverpackungen beim privaten Endverbraucher in Deutschland auszugehen [ist]“ (92. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung).

- 41 In Bezug auf diesen Markt hat die Kommission die wirtschaftliche Stärke der Antragstellerin geprüft. Die Antragstellerin sei das einzige Unternehmen, das in Deutschland ein Befreiungssystem anbiete. Ihr Anteil an dem — in der vorstehenden Randnummer bestimmten — relevanten Markt betrage mindestens 82 % (95. Begründungserwägung). Außerdem trügen erhebliche Marktzutrittschranken zu der wirtschaftlichen Stärke der Antragstellerin bei (96. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung).
- 42 Im Anschluss daran hat die Kommission die Frage des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung geprüft.
- 43 Die Beurteilung durch die Kommission fußt insoweit auf der Prämisse, dass die Antragstellerin „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 [knüpft]“, sowie auf der Feststellung, dass die Antragstellerin „die Vertragspartnerin [verpflichtet], das Zeichen auf jeder angemeldeten, den Inlandsverbrauch betreffenden Verpackung anzubringen“, sofern die Antragstellerin nicht eine in ihrem freien Ermessen liegende Befreiung erteilt habe (100. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung). Die Kommission schließt daraus, dass die Antragstellerin ihre beherrschende Stellung immer dann missbrauche, wenn „die verpflichteten Unternehmen nur für Teilmengen die Befreiungsdienstleistung [der Antragstellerin] in Anspruch nehmen oder in Deutschland ganz auf die Befreiungsdienstleistung [der Antragstellerin] verzichten“ (101. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung). Indem die Antragstellerin im Fall des Auseinanderfallens von Zeichennutzung und tatsächlicher Inanspruchnahme ihrer Befreiungsdienstleistung unangemessene Preise und Geschäftsbedingungen erzwingt, verstoße sie gegen Artikel 82 Absatz 2 Buchstabe a EG. Die Kommission führt aus, dass „[d]urch das Zusammenwirken von vertraglicher Zeichennutzungspflicht einerseits und Bindung des Entgeltes an die Zeichennutzung andererseits... der Zwang zu getrennten Verpackungs- und Distributionslinien unausweichlich [wird]“ (112. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung).
- 44 Die Kommission beschreibt dann den durch die vertragliche Entgeltregelung begründeten Missbrauch anhand konkreter Fallgruppen näher. In diesem Rah-

men unterscheidet sie insbesondere zwischen der Beschränkung des Wettbewerbs zwischen der Antragstellerin und anderen Befreiungssystemen (Fallgruppe I) und der Beschränkung des Wettbewerbs zwischen der Antragstellerin und Selbstentsorgerlösungen (Fallgruppe II).

- 45 Die Kommission führt aus, dass die Entgeltbestimmungen nicht gerechtfertigt seien. Weder sei die Verwendung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ für Teilmengen von Verpackungen, für die keine Befreiungsleistung erbracht werde, mit der Verpackungsverordnung unvereinbar (136. bis 142. Begründungserwägung) noch sei sie erforderlich, um die Kennzeichnungskraft des Zeichens „Der Grüne Punkt“ zu erhalten (143. bis 153. Begründungserwägung). Zum letztgenannten Punkt stellt die Kommission fest: „Die wesentliche Funktion des Zeichens ‚Der Grüne Punkt‘ ist... dann erfüllt, wenn es dem Verbraucher signalisiert, dass er die Option hat, die Verpackung durch [die Antragstellerin] 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“ (145. Begründungserwägung).
- 46 Die Kommission stellt fest, dass die missbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen, und prüft sodann gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17, wie die die Antragstellerin anzuhalten ist, die beanstandeten Zuwiderhandlungen abzustellen.
- 47 Hierzu heißt es in der 165. Begründungserwägung:

„Um einer Fortsetzung oder Wiederholung der festgestellten Zuwiderhandlungen vorzubeugen, ist es notwendig, dass [die Antragstellerin] 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.“

48 Der verfügende Teil der streitigen Entscheidung lautet:

„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 Selbstentsorgerlösungen 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 Wirtschaftsprüfertestat 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.“

## Verfahren

- 49 Die Antragstellerin hat mit Klageschrift, die am 5. Juli 2001 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, gemäß Artikel 230 Absatz 4 EG Klage auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung erhoben.
- 50 Mit gesondertem Schriftsatz, der am selben Tag bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen hat, hat sie gemäß Artikel 242 EG beantragt, bis zur Entscheidung des Gerichts in der Hauptsache den Vollzug des Artikels 3 der Entscheidung sowie der Artikel 4, 5, 6 und 7, soweit sie sich auf Artikel 3 beziehen, auszusetzen.
- 51 Das im Antrag enthaltene Vorbringen war sehr umfangreich. Da über solche Anträge innerhalb kurzer Zeit entschieden werden muss, ist die Antragstellerin aufgefordert worden, eine nicht mehr als dreißig Seiten umfassende Neufassung des Antrags einzureichen. Die Kurzfassung ist am 13. Juli 2001 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen.
- 52 Sie ist der Kommission am 16. Juli 2001 zugestellt worden.
- 53 Die Vfw AG, die Landbell AG und die BellandVision GmbH haben mit Antragschriften, die am 16., am 19. bzw. am 20. Juli 2001 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen sind, beantragt, im vorliegenden Verfahren als Streithelferinnen zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen zu werden.
- 54 Die Anträge auf Zulassung als Streithelfer sind den Parteien zugestellt worden.

- 55 Die Kommission hat ihre schriftliche Stellungnahme zum Antrag auf einstweilige Anordnung am 28. August 2001 eingereicht.
- 56 Die Antragstellerin und die Kommission haben schriftlich erklärt, dass sie keine Einwände gegen die Anträge auf Zulassung als Streithelfer haben. Die Antragstellerin hat jedoch beantragt, mehrere Anlagen zum Antrag auf einstweilige Anordnung gegenüber den Personen, die die Zulassung als Streithelfer beantragt hatten, vertraulich zu behandeln.
- 57 Die nichtvertrauliche Kurzfassung des Antrags auf einstweilige Anordnung und die Stellungnahme der Kommission sind den Personen, die die Zulassung als Streithelfer beantragt hatten, am 5. September 2001 zugestellt worden. Sie wurden gleichzeitig aufgefordert, an der Sitzung teilzunehmen.
- 58 Die Anhörung im Verfahren der einstweiligen Anordnung hat am 21. September 2001 stattgefunden.
- 59 In der Anhörung hat das Gericht den drei Anträgen auf Zulassung als Streithelfer im vorliegenden Verfahren stattgegeben, da die Antragsteller gemäß Artikel 37 Absatz 2 der EG-Satzung des Gerichtshofes, der gemäß Artikel 46 Absatz 1 der Satzung auf das Gericht anwendbar ist, ein berechtigtes Interesse am Ausgang des Rechtsstreits glaubhaft gemacht hatten.
- 60 Ferner hat das Gericht für das Verfahren der einstweiligen Anordnung die vertrauliche Behandlung der Informationen in den Anlagen zum Antrag der Antragstellerin angeordnet, da diese Informationen auf den ersten Blick als geheim oder vertraulich im Sinne von Artikel 116 § 2 der Verfahrensordnung angesehen werden können, was die Kommission nicht bestreitet.

- 61 Die Kommission hat in der Anhörung erklärt, dass sie die in ihrer Stellungnahme erhobene Einrede der Unzulässigkeit nicht aufrechterhält. Über die Einrede ist daher nicht zu entscheiden.

## Entscheidungsgründe

- 62 Nach Artikel 242 EG in Verbindung mit Artikel 4 des Beschlusses 88/591/EGKS, EWG, Euratom des Rates vom 24. Oktober 1988 zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (ABl. L 319, S. 1) in der Fassung des Beschlusses 93/350/Euratom, EGKS, EWG des Rates vom 8. Juni 1993 (ABl. L 144, S. 21) kann das Gericht, wenn es dies den Umständen nach für nötig hält, die Durchführung der angefochtenen Handlung aussetzen.
- 63 Nach Artikel 104 § 2 der Verfahrensordnung muss ein Antrag auf einstweilige Anordnung die Umstände anführen, aus denen sich die Dringlichkeit ergibt; ferner ist die Notwendigkeit der beantragten Anordnung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht glaubhaft zu machen (*Fumus boni iuris*). Diese Voraussetzungen sind kumulativ, so dass der Antrag auf Aussetzung des Vollzugs zurückzuweisen ist, sofern eine von ihnen fehlt (Beschlüsse des Präsidenten des Gerichtshofes vom 14. Oktober 1996 in der Rechtssache C-286/96 P[R], SCK und FNK/Kommission, Slg. 1996, I-4971, Randnr. 30, und des Präsidenten des Gerichts vom 1. Februar 2001 in der Rechtssache T-350/00 R, *Free Trade Foods/Kommission*, Slg. 2001, II-493, Randnr. 32). Im Verfahren der einstweiligen Anordnung ist gegebenenfalls auch eine Interessenabwägung vorzunehmen (Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 23. Februar 2001 in der Rechtssache 445/00 R, Österreich/Rat, Slg. 2001, I-1461, Randnr. 73).
- 64 Die beantragte Maßnahme muss außerdem vorläufig in dem Sinne sein, dass sie den Rechts- oder Tatsachenfragen des Rechtsstreits nicht vorgreift und die Folgen der später zur Hauptsache zu treffenden Entscheidung nicht im Voraus aufhebt (Beschluss des Gerichtshofes vom 19. Juli 1995 in der Rechtssache C-149/95, *Kommission/Atlantic Container Line u. a.*, Slg. 1995, I-2165, Randnr. 22).

## 1. Vorbringen der Beteiligten

### *Vorbringen der Antragstellerin*

#### Zum Fumus boni iuris

- 65 Einleitend umreißt die Antragstellerin die Bedeutung des Artikels 3 der streitigen Entscheidung. Dieser betreffe den Fall eines Benutzers des Zeichens „Der Grüne Punkt“, der für eine von ihm frei zu bestimmende Teilmenge einer Verpackung am System eines Wettbewerbers und nur für die verbleibende Teilmenge ergänzend am System der Antragstellerin teilnehmen, aber dennoch die beiden Teilmengen unterschiedslos mit der Marke „Der Grüne Punkt“ kennzeichnen wolle.
- 66 Die Marke „Der Grüne Punkt“ habe eine doppelte Funktion. Zum einen ermögliche sie die Kennzeichnung derjenigen Verpackungen der Hersteller und Vertreiber, die aufgrund der Teilnahme Letzterer am DSD-System über dieses System entsorgt würden (Herkunftsfunktion). Zum anderen signalisiere sie dem Verbraucher, dass er diese Verpackungen den Sammeleinrichtungen der Antragstellerin zuführen solle (Signalwirkung).
- 67 Artikel 3 der streitigen Entscheidung bewirke rechtlich eine Verpflichtung, auch dann Lizenzen zur Nutzung der Marke „Der Grüne Punkt“ zu erteilen, wenn die mit dieser Marke gekennzeichneten Verpackungen über ein konkurrierendes System entsorgt werden könnten, und für diese Teilmenge der Verpackungen auf jegliches Lizenzentgelt zu verzichten. Die Antragstellerin müsse somit für die Marke „Der Grüne Punkt“ unentgeltliche Zwangslizenzen erteilen, was die Kommission auch in einem Schreiben vom 1. September 2000 konzidiert habe.

- 68 Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass die in § 4 Absatz 1 ZNV vorgesehene Entgeltregelung nicht missbräuchlich im Sinne von Artikel 82 EG sei. Sie führt hierfür vier Gründe an.
- 69 Erstens werde in den spezifischen Gegenstand der Marke eingegriffen, der nach nationalem wie nach Gemeinschaftsrecht gesetzlich geschützt sei.
- 70 Nach nationalem Recht sei die Marke „Der Grüne Punkt“ eine Kollektivmarke im Sinne von § 97 Absatz 1 des Gesetzes über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (BGBl. 1994 I S. 3082, im Folgenden: Markengesetz), wonach als Kollektivmarken „alle als Marke schutzfähigen Zeichen im Sinne des § 3 [Markengesetz] eingetragen werden [können], die geeignet sind, die Waren oder Dienstleistungen der Mitglieder des Inhabers der Kollektivmarke von denjenigen anderer Unternehmen nach ihrer betrieblichen oder geographischen Herkunft, ihrer Art, ihrer Qualität oder ihren sonstigen Eigenschaften zu unterscheiden“. Die betreffende Marke sei 1991 gemäß § 17 des damals geltenden Warenzeichengesetzes ordnungsgemäß beim Deutschen Patent- und Markenamt eingetragen worden. Die Herkunftsfunktion der Marke sei daher zwangsläufig anerkannt worden.
- 71 Am 18. September 1996 habe das Bundespatentgericht festgestellt, dass die Marke „Der Grüne Punkt“ eine Aussage über das ökologische Engagement der am DSD-System teilnehmenden Unternehmen sowie darüber treffe, dass das DSD-System den gesetzlichen Vorgaben bezüglich der Entsorgung entspreche. Am 23. Dezember 1996 habe das Landgericht Hamburg entschieden, dass die Marke „Der Grüne Punkt“ eine konkrete Information enthalte, „nämlich die Wiederverwertung der Verpackung durch das Duale System“, und dass „umweltbewusste Teile des Verkehrs dies schätzen und deshalb einer mit dem ‚Grünen Punkt‘ gekennzeichneten Verpackung eine besondere Wertschätzung entgegenbringen“.

- 72 Ein (später vom Bundesgerichtshof aufgehobenes) Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 8. Mai 1998 spreche von der „überragende[n] Bedeutung“, die die Marke „Der Grüne Punkt“ erlangt habe.
- 73 Nach dem Gemeinschaftsrecht in seiner Auslegung durch den Gerichtshof bestehe der spezifische Gegenstand des Warenzeichenrechts darin, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität des gekennzeichneten Erzeugnisses zu garantieren (Urteil des Gerichtshofes vom 10. Oktober 1978 in der Rechtssache 3/78, Centrafarm, Slg. 1978, 1823, Randnr. 12), den Warenzeicheninhaber gegen die Gefahr von Verwechslungen zu schützen (Urteil des Gerichtshofes vom 30. November 1993 in der Rechtssache C-317/91, Deutsche Renault, Slg. 1993, I-6227, Randnr. 30) und Schutz vor Konkurrenten zu erlangen, die unter Missbrauch der aufgrund der Marke erworbenen Stellung und Kreditwürdigkeit widerrechtlich mit der Marke versehene Waren veräußerten (Urteile des Gerichtshofes vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-232/94, MPA Pharma, Slg. 1996, I-3571, Randnr. 17, und vom 23. Februar 1999, C-63/97, BMW, I-905, Randnr. 52). Wenn sowohl am DSD-System teilnehmende als auch nicht daran teilnehmende Verkaufsverpackungen mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnet würden, liege auf der Hand, dass die Konkurrenten der Antragstellerin von Stellung und Ruf der Marke profitieren könnten.
- 74 In der streitigen Entscheidung stütze die Kommission ihre Auffassung, dass die Marke „Der grüne Punkt“ einen Hinweis auf eine Entsorgungsoption gebe, auf einen Satz im Urteil des Kammergerichts, Berlin, vom 14. Juni 1994. Dieser Satz werde jedoch nicht im Kontext zitiert. Zwar stimme es, dass das Kammergericht festgestellt habe, dass die Marke „Der Grüne Punkt“ für den angesprochenen Verkehr nicht mehr aussage, als dass das so gekennzeichnete Produkt über das DSD-System entsorgt werden könne, es habe aber zuvor die Herkunftsfunktion dieser Marke bestätigt und anschließend lediglich begründet, warum die Marke „Der Grüne Punkt“ kein Umweltgütezeichen darstelle.
- 75 Schließlich habe die Kommission diese Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion in Artikel 4 Absatz 2 der streitigen Entscheidung implizit anerkannt (siehe oben, Randnr. 48).

- 76 Zweitens macht die Antragstellerin geltend, dass die Zwangslizenzierung von Marken nicht zulässig sei, da die Marke im Gegensatz zu allen anderen gewerblichen Schutzrechten vor allem durch ihre Unterscheidungsfunktion geprägt sei. Namentlich sei nach Artikel 21 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS) in Anhang 1 C des im Namen der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche durch den Beschluss 94/800/EG des Rates vom 22. Dezember 1994 (ABl. L 336, S. 1) genehmigten Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation ausnahmslos eine „Zwangslizenzierung von Marken nicht zulässig“. Ebenso habe der Gerichtshof in seinem Gutachten 1/94 vom 15. November 1994 (Slg. 1994, I-5267) entschieden, dass diese Regelung, die auch die Kommission binde, ein Verbot von Zwangslizenzen an Marken begründe.
- 77 Drittens sei die Zwangslizenzierung der Marke „Der Grüne Punkt“ nicht durch schwerwiegende Wettbewerbsinteressen gerechtfertigt. Die Verweigerung einer Lizenz durch den Inhaber eines Urheber- oder Geschmacksmusterrechts sei grundsätzlich nicht missbräuchlich im Sinne von Artikel 82 EG (Urteile des Gerichtshofes vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache 238/87, Volvo, Slg. 1988, 6211, Randnr. 8, und vom 26. September 2000 in der Rechtssache C-23/99, Kommission/Frankreich, Slg. 2000, I-7653, Randnrn. 37 ff.; Urteil des Gerichts vom 16. Dezember 1999 in der Rechtssache T-198/98, Micro Leader/Kommission, Slg. 1999, II-3989, Randnr. 56), da durch eine Zwangslizenz in die Befugnisse, die zum spezifischen Gegenstand des ausschließlich Rechts gehörten, eingegriffen werde (Urteil Volvo, Randnr. 8). Ein so schwerwiegender Eingriff wie eine Zwangslizenz könne deshalb grundsätzlich nur bei Vorliegen „außergewöhnlicher Umstände“ im Sinne des Urteils des Gerichtshofes vom 6. April 1995 in den Rechtssachen C-241/91 P und C-242/91 P (RTE und ITP/Kommission, Slg. 1995, I-743, Randnr. 50) in Betracht kommen.
- 78 In diesem Urteil sei es um die Frage gegangen, ob ein Unternehmen in beherrschender Stellung verpflichtet werden könne, einem Wettbewerber eine Lizenz einzuräumen. Vorliegend gehe es um die Frage, ob die Antragstellerin verpflichtet sei, einem Kunden eine Lizenz einzuräumen, um ihm die Inanspruchnahme der Dienstleistungen konkurrierender Systeme zu erleichtern. In beiden Fällen gehe es

darum, zu bestimmen, ob, und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen ein Marktbeherrscher nach Artikel 82 EG verpflichtet sein könne, den gegen ihn gerichteten Wettbewerb aktiv durch Gewährung einer Lizenz zu fördern.

- 79 Im vorliegenden Fall sei die Kennzeichnung von Verpackungen mit der Marke „Der Grüne Punkt“ nicht unentbehrlich, um einem Hersteller/Vertreiber die Entscheidung für konkurrierende Systeme zu ermöglichen. Es wäre lediglich „in einer nicht unerheblichen Anzahl der Fälle“ (so die Formulierung der Kommission) für Kunden angenehmer oder einfacher, die Marke der Antragstellerin unentgeltlich zu nutzen (vgl. 103. bis 105. und 115. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung).
- 80 Außerdem könnte eine nicht mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Verpackung ohne weiteres vertrieben werden. Auch eine selektive Kennzeichnung einer einheitlichen Verpackung (teilweise mit der Marke „Der Grüne Punkt“, teilweise ohne die Marke „Der Grüne Punkt“) sei in einigen Branchen ständige Praxis, so z. B. bei der Kennzeichnung von Weinflaschen, Verpackungen von Baustoffen, Computern und Lebensmitteln.
- 81 Zeichennehmern der Antragstellerin sei eine vorausschauende bedarfsorientierte selektive Nutzung der Marke „Der Grüne Punkt“ möglich. Das Fehlen einer Lizenz habe übrigens das Entstehen von etwa vierzig Selbstentsorgungsgemeinschaften nicht verhindert.
- 82 Schließlich ist die Antragstellerin im Gegensatz zur Kommission (106. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung) der Auffassung, dass die „exakte Steuerung“ der Verpackungsmengen aufgrund der Kooperation von Herstellern und Vertreibern möglich sei. So könne der Letztvertreiber A (entweder direkt beim Hersteller oder beim Großhandel, der die Bestellung an den Hersteller weiterleite) eine bestimmte ohne die Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Verpackungsmenge bestellen, weil er diese Verpackungen im Ge-

schäft zurücknehmen wolle, während Letztvertreiber B (entweder direkt beim Hersteller oder beim Großhandel) eine bestimmte mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Verpackungsmenge bestelle, weil er diese Verpackungen nicht im Geschäft zurücknehmen wolle. Letztvertreiber A und B könnten deshalb in Kooperation mit den vorgelagerten Handelsstufen „den konkreten Verlauf einer spezifisch gekennzeichneten Verpackung im Absatzkanal“ (106. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung) exakt steuern und täten dies in der Praxis auch.

- 83 Viertens sei die Regelung in § 4 Absatz 1 Satz 1 ZNV, die für die Fälle des Inlandssplitting keine Ausnahme vorsehe, aus mehreren Gründen angemessen und begründe daher keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung.
- 84 Der erste Grund sei das Interesse der Antragstellerin an Schutz vor Wettbewerbsverzerrungen durch irreführende, gegen das in der Verpackungsverordnung vorgesehene Transparenzgebot verstoßende Kennzeichnung. Dass eine Verpackung trotz Nichtteilnahme am DSD-System mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnet sei, verstoße gegen die Verpflichtung zur eindeutigen Kennzeichnung von Verpackungen, die in der Verpackungsverordnung vorgesehen sei (bei Teilnahme an einem Befreiungssystem siehe Anhang I Nummer 4 Absatz 2 des § 6 VerpackV, zitiert oben in Randnr. 8, bei Teilnahme an einer Selbstentsorgerlösung siehe § 6 Absatz 1 Satz 3, zitiert oben in Randnr. 4). Diese Verpflichtung solle es Verbrauchern, aber auch Behörden, jederzeit ermöglichen, nach objektiven und eindeutigen Kriterien festzustellen, über welches System die konkrete „Verpackung des ‚Polluters‘“ zu entsorgen sei und insbesondere, welche Verpackung der Rücknahmepflicht im Laden unterliege und welche nicht.
- 85 Artikel 3 der streitigen Entscheidung verstoße in gravierender Form gegen dieses Transparenzgebot, da er eine inhaltlich unrichtige und widersprüchliche Information der Verbraucher über den vorgesehenen Entsorgungsweg ermögliche. Die Grundannahme der Kommission, ein Zeichennehmer könne trotz Nutzung der

Marke „Der Grüne Punkt“ einseitig durch bloße Erklärung für die Teilnahme an einem konkurrierenden System optieren, sei deshalb mit der Gesamtkonzeption der Verpackungsverordnung unvereinbar.

- 86 Der zweite Grund sei der unerlässliche Schutz der Signalwirkung der Marke. Das Erreichen der Verwertungsquoten hänge von der freiwilligen Mitarbeit der Endverbraucher beim Aussortieren der Verkaufsverpackungen ab. Wenn eine mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Verpackung dennoch nach § 6 Absatz 1 VerpackV vom Vertrieber zurückgenommen werde, werde der Verbraucher sowohl über sein Recht, die Verpackung trotz ihrer unrichtigen Kennzeichnung im Geschäft zurückzugeben, als auch durch die Erweckung des Eindrucks getäuscht, es handele sich um eine Verkaufsverpackung, die über die Tonnen/Behälter des DSD-Systems entsorgt werde.
- 87 Mit Artikel 3 der streitigen Entscheidung werde die Signalwirkung der Marke „Der Grüne Punkt“ zerstört, da für den Endverbraucher beim Inlandssplitting nicht erkennbar sei, ob eine mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Verkaufsverpackung über die Sammelgefäße der Antragstellerin oder über die eines Dritten zu entsorgen sei.
- 88 Der dritte Grund sei, dass die Verpflichtung zur Nutzung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ notwendig für die Funktionsfähigkeit des Systems der Antragstellerin sei. Die vertragliche Verpflichtung der dem DSD-System angeschlossenen Unternehmen, das Zeichen auf allen ihren Verpackungen zu nutzen (112. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung), die von der Kommission selbst nicht als missbräuchlich beanstandet werde, könne nicht als missbrauchs begründendes Element herangezogen werden, da sie für die Funktionsfähigkeit des Systems der Antragstellerin notwendig sei. Ein Erfassungssystem, das auf die Mitwirkung der Verbraucher angewiesen sei, könne nur mit einem einheitlichen markanten Kennzeichen funktionieren, bei dem der Verbraucher sofort erkenne, an welchem System die Verpackung teilnehme und über welches Sammelgefäß sie zu entsorgen sei. Andernfalls könnten die Verwertungsquoten nicht erreicht werden.

- 89 Der vierte Grund sei, dass es einen praktikablen und nachprüfbaren Abrechnungsmaßstab für Leistungen der Antragstellerin geben müsse.
- 90 Zunächst führe die Entgeltregelung in § 4 Absatz 1 ZNV entgegen der Feststellung der Kommission in der 111. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung nicht zu einem „offensichtlichen Missverhältnis“ zwischen der Leistung, nämlich der Gewährung des Rechts auf Nutzung der Marke und der Bereitstellung eines flächendeckenden Entsorgungssystems im Sinne von § 6 Absatz 3 VerpackV für alle mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichneten Verpackungen, und der Gegenleistung, nämlich der Zahlung eines Lizenzentgelts für alle mit dieser Marke gekennzeichneten und beim Endverbraucher anfallenden Verpackungen.
- 91 Dass die Regelung in § 4 Absatz 1 ZNV angemessen und nicht missbräuchlich sei, habe das Oberlandesgericht Düsseldorf in einem Urteil vom 11. August 1998 entschieden.
- 92 Weiter wäre der Antragstellerin eine genaue Feststellung, in welchem Umfang Verpackungen eines Zeichennehmers ihren Sammeleinrichtungen zugeführt würden, nur aufgrund sehr aufwendiger Sortieranalysen möglich, die nur in Ausnahmefällen durchgeführt werden könnten. Deshalb stelle sie zur Bemessung der von ihr tatsächlich erbrachten Entsorgungsdienstleistung auf die Anzahl der mit der Marke „Der Grüne Punkt“ vertriebenen Verpackungen ab, da nur so ein praktikabler und nachprüfbarer Abrechnungsmaßstab möglich sei. Diese Pauschalierung trage dem Umstand Rechnung, dass Verkaufsverpackungen in aller Regel haushaltsnah anfielen und die Verbraucher in Deutschland aufgrund der Signalwirkung der Marke „Der Grüne Punkt“ daran gewöhnt seien, mit dieser Marke gekennzeichnete Verpackungen den Sammeleinrichtungen der Antragstellerin zuzuführen.

Zur Dringlichkeit

93 Die Antragstellerin macht geltend, dass die einstweilige Anordnung dringlich sei, da der sofortige Vollzug des Artikels 3 der streitigen Entscheidung zu einer erheblichen und nicht rückgängig zu machenden Änderung des Rahmens, in dem sich ihre Tätigkeit vollziehe, führe (in diesem Sinne Beschlüsse des Präsidenten des Gerichtshofes vom 11. Mai 1989 in den Rechtssachen 76/89, 77/89 und 91/89 R, RTE u. a./Kommission, Slg. 1989, 1141, Randnrn. 15 und 18, und vom 13. Juni 1989 in der Rechtssache C-56/89 R, Publishers Association/Kommission, Slg. 1989, 1693, Randnrn. 34 und 35; Beschlüsse des Gerichts vom 16. Juni 1992 in den Rechtssachen T-24/92 R und T-28/92 R, Langnese-Iglo und Schöller Lebensmittel/Kommission, Slg. 1992, II-1839, Randnr. 29, vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache T-29/92 R, SPO u. a./Kommission, Slg. 1992, II-2161, Randnr. 31, vom 10. März 1995 in der Rechtssache T-395/94 R, Atlantic Container u. a./Kommission, Slg. 1995, II-595, Randnr. 55, und vom 7. Juli 1998 in der Rechtssache T-65/98 R, Van den Bergh Foods/Kommission, Slg. 1998, II-2641, Randnr. 66).

94 Diese Feststellung stützt die Antragstellerin auf zwei Behauptungen: Der sofortige Vollzug würde die Herkunftsfunktion und die Signalwirkung der Marke beeinträchtigen, und der erlittene Schaden wäre nicht bezifferbar.

— Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion und der Signalwirkung der Marke

95 Die Antragstellerin führt aus, dass beim Inlandssplitting die unterschiedslose Kennzeichnung sämtlicher Verpackungen mit der Marke „Der Grüne Punkt“ infolge des Vollzugs der streitigen Entscheidung unweigerlich die Herkunftsfunktion beeinträchtigen würde, da für den Endverbraucher nicht mehr erkennbar wäre, ob eine mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Verpackung am System der Antragstellerin oder an dem eines Dritten teilnehme.

- 96 Diese Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion könnte zur Löschung der Marke „Der Grüne Punkt“ führen, da diese ihre Unterscheidungskraft verlöre und aufgrund dessen gegenüber Dritten, die die Marke ohne Lizenzierung nutzten, nicht mehr durchgesetzt werden könnte. Nur mittels des markenrechtlichen Unterlassungsanspruchs aus § 14 Markengesetz habe sie sich gegen einen Wettbewerber, die VfW AG, zur Wehr setzen können, der erkennbar unter Ausnutzung der Wort- und Bildähnlichkeit der Marke „Der Grüne Pfeil“ mit der Marke „Der Grüne Punkt“ auf seine Entsorgungsdienstleistungen habe hinweisen wollen. Der Vollzug der streitigen Entscheidung würde die Durchsetzung von Löschungs-, Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüchen erschweren, da die Gegenpartei sich mit dem Einwand wehren könnte, die Marke „Der Grüne Punkt“ habe ihre Unterscheidungskraft verloren.
- 97 Die unterschiedslose Kennzeichnung mit der Marke würde ferner zu einer nicht wieder rückgängig zu machenden Beeinträchtigung der Signalwirkung führen, da für den Endverbraucher auf Dauer nicht mehr erkennbar wäre, ob eine mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Verpackung über die Sammelgefäße der Antragstellerin oder die eines Dritten zu entsorgen sei.
- 98 Wie der Verwaltungsgerichtshof Kassel in einem Beschluss vom 20. August 1999 festgestellt habe, drohe die bei den Endverbrauchern ausgelöste Verunsicherung die Funktionsfähigkeit des Systems der Antragstellerin zu gefährden, da dieses stark auf die Mitwirkung der Endverbraucher angewiesen sei. Die Beeinträchtigung der Signalwirkung würde sich negativ auf die gesetzlich vorgegebenen Verwertungsquoten auswirken, die nicht mehr erreicht werden könnten. In diesem Fall könnte die Systemzulassung der Antragstellerin widerrufen werden (§ 6 Absatz 4 VerpackV). Die gesetzliche Verwertungsquote für Verbundstoffe (60 %) sei 2000 nur um 5 % übertroffen worden. Diese Gefahr des Widerrufs der Systemzulassung sei einer der wesentlichen Unterschiede zwischen der Antragstellerin und Selbstentsorgern. Denn wenn Selbstentsorger die gesetzlichen Verwertungsquoten nicht erreichten, bräuchten sie allenfalls eine Nachlizenz bei der Antragstellerin zu erwerben (§ 6 Absatz 1 Satz 9 VerpackV).
- 99 Umgekehrt seien alle von der Antragstellerin eingesammelten Verpackungen auch über die vorgeschriebenen Quoten hinaus zu verwerten (Anhang I Nummer 1

Absatz 5 Satz 1 des § 6 VerpackV). Da die Kosten der haushaltsnahen Sammlung die Erlöse aus der Vermarktung der Recyclate in der Regel überstiegen, sei es wichtig, dass diese Quoten nicht wesentlich übererfüllt würden. Dies sei für die Antragstellerin bereits ein Problem bei Pappe und Karton, obwohl sie noch kein Zwangslizenz erteilen müsse.

- 100 Es sei deshalb wichtig, dass die Antragstellerin die Erfassungsmengen weiterhin so steuere, dass die vorgeschriebenen Verwertungsquoten sicher erreicht, aber nicht wesentlich übererfüllt würden. Das einzige Steuerungsmittel sei die Mitwirkung des Endverbrauchers, da eine Variation des von der Antragstellerin bundesweit eingerichteten Erfassungssystems nicht möglich sei.
- 101 Herkunftsfunktion und Signalwirkung der Marke würden zudem bereits durch die Medienberichterstattung über die streitige Entscheidung in Deutschland beeinträchtigt.
- 102 Außerdem führe die gleichzeitige Teilnahme am DSD-System und an einem anderen dualen System wie dem der Landbell AG in Hessen oder an einer Selbstentsorgerlösung unweigerlich zu einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion und der Signalwirkung der Marke.
- 103 Was den erstgenannten Fall betreffe, so stehe die Genehmigung des dualen Systems der Landbell AG durch die hessischen Behörden unmittelbar bevor. Ein in Hessen vom Landbell-System übernommenes Erzeugnis, das außerhalb Hessens vom DSD-System übernommen werde, solle dann bundesweit einheitlich mit der Marke „Der Grüne Punkt“ und der Marke „Landbell-Baum“ gekennzeichnet werden. Die Kennzeichnung desselben Erzeugnisses mit diesen beiden Marken werde unweigerlich die Verbraucher in Hessen und die Verbraucher außerhalb Hessens verunsichern.

- 104 Bezüglich des zweiten Falles, der Selbstentsorgung von mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichneten Verkaufsverpackungen, verweist die Antragstellerin auf die Folgen der streitigen Entscheidung. So habe eine Drogeriemarktkette bereits Lieferanten von mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ versehenen Markenartikeln, z. B. Procter & Gamble oder Glaxo SmithKline, aufgefordert, ihre Verpackungen über einen Selbstentsorger entsorgen zu lassen.
- 105 Die betreffenden Hersteller würden dies auch kurzfristig tun, zumal sie dann erstmalig ohne Teilnahme am DSD-System von den beiden wesentlichen Vorteilen der Marke „Der Grüne Punkt“ profitieren könnten. Erstens sei die besondere Wertschätzung, die einer mit dem Zeichen gekennzeichneten Verpackung entgegengebracht werde (Urteil des Landgerichts Hamburg), für die Hersteller von Markenartikeln ein ganz erheblicher Vorteil. Zweitens könnten die Hersteller und Vertreiber aufgrund der Signalwirkung der Marke „Der Grüne Punkt“ davon ausgehen, dass jedenfalls ein wesentlicher Teil der Verbraucher die Verpackung wegen der irreführenden Kennzeichnung nicht wieder ins Geschäft zurückbringen werde, obwohl die Verpackung über eine Selbstentsorgungsgemeinschaft geschäftsnah entsorgt werden solle. Die gerade aus Sicht von Markenartikelherstellern und -vertreibern unerwünschte „Vermüllung“ des Ladengeschäfts werde so mit Hilfe einer objektiv unrichtigen, irreführenden und gegen die Verpackungsverordnung verstoßenden Kennzeichnung vermieden.
- 106 Andere Vertreiber wie z. B. Aldi, Tengelmann oder Rewe würden diesem Beispiel aufgrund der attraktiven Preise der Selbstentsorger kurzfristig folgen.
- 107 Im Ergebnis würden damit die Verbraucher kurzfristig mit der Situation konfrontiert, dass sie — wie bisher — in den wesentlichen Einzelhandelsketten mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Produkte erwerben, aber dennoch erstmalig im Geschäft durch „deutlich erkennbare und lesbare Schrifttafeln“ darauf hingewiesen würden, dass sie die Verpackung in das Geschäft zurückbringen sollten. Denn die Hinweispflicht nach § 6 Absatz 1 Satz 3 VerpackV gelte naturgemäß auch dann, wenn eine Verpackung trotz (unrichtiger) Kennzeichnung

mit der Marke „Der Grüne Punkt“ nicht am DSD-System teilnehme und über eine Selbstentsorgungsgemeinschaft entsorgt werden solle. Durch diese widersprüchliche Information des Verbrauchers komme es kurzfristig zu einer vollständigen Verwässerung der Marke und würde deren Aussage auf den bloßen „Hinweis auf eine Entsorgungsoption“ reduziert (146. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung), ohne Herkunftsfunktion und ohne Signalwirkung bezüglich des für eine konkrete Verpackung vorgesehenen Entsorgungswegs.

- 108 Schließlich könne die Antragstellerin in Vollzug des Artikels 5 Absätze 2 und 3 der streitigen Entscheidung den Nachweis, dass für die mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichneten und über eine Selbstentsorgerlösung entsorgten Verpackungsmengen die Verwertungsquoten — in der Terminologie der rheinland-pfälzischen Umweltministerin — „wie auch immer“ erfüllt worden seien, erst am 1. Mai des Jahres verlangen, das der Mitteilung über die Erreichung der betreffenden Quoten folge. Die Willkür, der die Antragstellerin damit ausgesetzt sei, belegten auch die ersten Abmeldeschreiben.

— Fehlende Bezifferbarkeit des Schadens

- 109 Eine sofortige Anwendung des Artikels 3 der streitigen Entscheidung führe zu schweren und irreparablen Konsequenzen, weil der materielle und immaterielle Schaden nicht zu beziffern wäre (Beschluss Van den Bergh Foods/Kommission, Randnr. 65), insbesondere der mit der Zerstörung der Herkunftsfunktion und der Signalwirkung der Marke „Der Grüne Punkt“ verbundene Schaden.
- 110 Außerdem wäre es sehr schwierig, nachzuweisen, dass der aus einem Rückgang der Sammelergebnisse folgende Verlust der Zulassung auf der irreführenden Kennzeichnung und der Verwässerung der Marke beruhe.

## Zur Interessenabwägung

- 111 Nach Auffassung der Antragstellerin besteht kein überwiegendes Interesse der Kommission an einer sofortigen Abstellung der festgestellten Zuwiderhandlungen im Fall des Inlandssplittings.
- 112 Die Regelung in § 4 Absatz 1 ZNV bestehe schon seit 1991 und sei von der Kommission, der sie seit der Anmeldung vom 2. September 1992 bekannt sei, positiv beurteilt worden (siehe oben, Randnr. 29), was bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sei (Beschluss Van den Bergh Foods/Kommission, Randnr. 69).
- 113 Zudem werfe die streitige Entscheidung schwierige Fragen zum Anwendungsbereich von Artikel 82 EG auf, deren Überprüfung Sache des Gerichts im Rahmen der Entscheidung zur Hauptsache sei (Beschluss RTE u. a./Kommission, Randnr. 14). So habe die Kommission in der Pressemitteilung zur streitigen Entscheidung konzediert, dass die Antragstellerin „nicht ohne weiteres auf vorangegangene Entscheidungen der Kommission oder des Europäischen Gerichtshofes zurückgreifen konnte, um sich ihre Verantwortlichkeit im Rahmen der EG-Wettbewerbsregeln bewusst zu machen“.
- 114 Die streitige Entscheidung widerspreche dem Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 11. August 1998, in dem ein Verstoß der von der Kommission geprüften Regelung explizit mit der Begründung abgelehnt worden sei, die Vergütungsregelung berücksichtige die berechtigten Belange der Vertragsparteien. In solchen Fällen überwiege grundsätzlich das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin, um bis zur Entscheidung des Verfahrens zur Hauptsache einen „Zustand der Rechtsunsicherheit“ zu vermeiden (Beschluss Van den Bergh Foods/Kommission, Randnr. 74).

- 115 Schließlich sei den Benutzern des Zeichens „Der Grüne Punkt“ in zumutbarer Weise eine Inanspruchnahme der Entsorgungsdienstleistungen von Wettbewerbern der Antragstellerin auch ohne Nutzung der Marke der Antragstellerin möglich. Das öffentliche Interesse spreche dafür, nicht die Marke zu zerstören, die für das Erreichen der Ziele der Verpackungsverordnung, nämlich die Abfallvermeidung und -verwertung sowie die Entlastung der öffentlichen Abfallentsorgung, entscheidend sei.

*Vorbringen der Kommission und der Streithelferinnen*

Zum Fumus boni iuris

- 116 Vorab trägt die Kommission vor, dass der Schwerpunkt des Antrags auf einstweilige Anordnung auf den vermeintlichen Auswirkungen eines sofortigen Vollzugs der streitigen Entscheidung auf die Rechtsstellung der Antragstellerin als Inhaberin der Marke „Der Grüne Punkt“ liege.
- 117 Die Kommission untergliedert ihr Vorbringen in vier Punkte. Erstens sei die Praxis der Antragstellerin nicht mit Artikel 82 EG vereinbar, zweitens beeinträchtige die streitige Entscheidung nicht die Funktionsfähigkeit des DSD-Systems, drittens beeinträchtige die streitige Entscheidung nicht die Rechte der Antragstellerin an der Marke „Der Grüne Punkt“, und viertens sei die angebliche Signalwirkung der Marke nicht erheblich.
- 118 Erstens sei die Entgeltregelung des Zeichennutzungsvertrags missbräuchlich. Dieser Missbrauch bestehe darin, dass die Antragstellerin die Zeichennehmerinnen einerseits zur Kennzeichnung der für die Befreiungsdienstleistung in Frage kommenden Verpackungen verpflichte und andererseits das Entgelt für alle gekennzeichneten Verpackungen erhebe, auch wenn Teilmengen die Befreiungs-

dienstleistung nachweislich nicht in Anspruch nehmen. Die Antragstellerin beute ihre beherrschende Stellung somit missbräuchlich aus, indem sie den Zeichenernehmerinnen nicht erbrachte Leistungen in Rechnung stelle.

- 119 Die Antragstellerin begehe ferner einen Behinderungsmissbrauch, da die Pflicht zur Zahlung für alle gekennzeichneten Verpackungen die Inanspruchnahme der Dienstleistung etwaiger Wettbewerber für Teilmengen unwirtschaftlich werden lasse: Die Zeichenernehmerin müsse entweder für die gekennzeichnete Verpackungsteilmenge doppelt zahlen oder ihre Verpackungen unterschiedlich gestalten und unterschiedliche Vertriebslinien vorsehen. Damit könne sie das Binnenmarktpotenzial einer europaweit einheitlich gestalteten Verpackung nicht nutzen.
- 120 Mit Artikel 3 verbiete die streitige Entscheidung für nicht die Befreiungsdienstleistung der Antragstellerin in Anspruch nehmende Teilmengen die Berechnung des Entgelts, selbst wenn sie das Zeichen „Der Grüne Punkt“ trügen. Diese Lösung folge aus der Gestaltung der Entgeltregelung durch die Antragstellerin. Da die Antragstellerin die Zeichenernehmerinnen zur Nutzung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ verpflichte und den Umfang der Zeichennutzung zum Ausgangspunkt für die Berechnung des Entgelts mache, müsse jede Abhilfemaßnahme daran ansetzen. Der Ansatz der streitigen Entscheidung sei bereits im Zeichennutzungsvertrag angelegt, dessen § 4 Absatz 1 Satz 2 Ausnahmen von der Entgeltspflicht trotz Zeichennutzung vorsehe.
- 121 Das Vorliegen des Missbrauchs werde durch erhärtet, dass mehrere Verpackungs- und Vertriebslinien in den Fallgruppen der streitigen Entscheidung unwirtschaftlich wären. Der Widerspruch der Antragstellerin in diesem Punkt sei nicht begründet, da die von ihr angeführten Beispiele von der streitigen Entscheidung nicht erfasst würden. Darüber hinaus wäre eine solche Häufung der Verpackungs- und Vertriebslinien für das Ziel der Verpackungsverordnung sinnlos, weil nicht zu kontrollieren wäre, welchen Gebrauch der jeweilige Endverbraucher von der einen oder anderen Verpackung mache.

- 122 Bei einheitlicher Verpackungsgestaltung gehe die Antragstellerin selbst davon aus, dass eine selektive Kennzeichnung nicht möglich sei. So heiße es in der Zusatzvereinbarung zum Zeichennutzungsvertrag für Verkaufsverpackungen von Artikeln der Bürokommunikation:

„Die mit der Marke ‚Der Grüne Punkt‘ gekennzeichneten Verpackungen fallen sowohl beim privaten Endverbraucher im Sinne von § 3 Abs. 10 VerpackV als auch beim Fachgroßhandel (hierzu zählen insbesondere Büro-Center, Systemhaus, Büromaschinen-Spezialist, Büroeinrichtungshaus) und Direktvertreiber selbst an. Es ist der Zeichennehmerin nicht möglich, Kennzeichnung und Vertrieb ihrer Verpackungen technisch und organisatorisch so zu gestalten, dass die Nutzung der Marke mit der Anfallstelle der gebrauchten Verpackungen in dem von der Zeichennehmerin gewünschten Umfang korrespondiert.“

- 123 Zweitens weist die Kommission die Behauptung der Antragstellerin zurück, die Anknüpfung der Entgeltregelung an die gekennzeichneten und nicht an die tatsächlich entsorgten Verpackungen sei angemessen und deswegen nicht missbräuchlich.
- 124 Zunächst seien diese beiden Argumente, mit denen die Antragstellerin die Unmöglichkeit des Vollzugs der streitigen Entscheidung aufzeigen wolle, nicht stichhaltig.
- 125 Auf das erste Argument, die gegenwärtige Kennzeichnungsregelung schütze vor Irreführung, entgegnet die Kommission, dass die Entscheidung keineswegs das in der Verpackungsverordnung festgelegte Transparenzgebot verletze. Die Kommission weist darauf hin, dass sich der Vortrag der Antragstellerin ausschließlich auf die Fallgruppe II der streitigen Entscheidung (d. h. konkurrierende Selbstentsorgerlösungen) beziehe, und unterstreicht insoweit, dass sich das in der Verpackungsverordnung umgesetzte Verursacherprinzip auf Verpackungsmengen

statt auf konkrete Verpackungen beziehe. Es komme auf den Nachweis der Wiederverwertung bestimmter Verpackungsmengen an. Die Antragstellerin berufe sich für ihre falsche Behauptung, die von ihr angenommene Kennzeichnungspflicht einer Verpackung ergebe sich aus der Verpackungsverordnung, auf irreführende Zitate aus den verschiedenen die anwendbare Regelung betreffenden Papieren.

- 126 Bezüglich des zweiten Arguments, das sich auf den Abrechnungsmaßstab für die Dienstleistungen bezieht, weist die Kommission darauf hin, dass das erklärte Ziel der Entgeltregelung der Antragstellerin allein die Deckung der Kosten des Systembetriebs sei (§ 5 ZNV). In den Fallgruppen, welche die streitige Entscheidung zum Gegenstand habe, bestehe schon deswegen kein ausgewogenes Verhältnis zwischen Leistung und Entgelt, weil die Antragstellerin für einen Teil der Verpackungen zwar nicht die Befreiungsdienstleistung erbringe, sich diese aber dennoch entgelten lasse. Die Antragstellerin trage keinen plausiblen Grund vor, warum sie das Entgelt nicht nach der Menge der die Befreiungsdienstleistungen in Anspruch nehmenden Verpackungen berechnen könne.
- 127 Die Antragstellerin behaupte lediglich, die Kommission fordere eine Abrechnung auf der Grundlage der tatsächlich erbrachten Versorgungsdienstleistung. Das sei unzutreffend, da die streitige Entscheidung eine Abrechnung anhand der Menge verfüge, welche die Befreiungsdienstleistung in Anspruch nehme. Die Festlegung dieser Menge sei ganz einfach: Das verpflichtete Unternehmen müsse der Antragstellerin mitteilen, mit welcher Menge es die Befreiungsdienstleistung in Anspruch nehmen wolle. Es gebe daher keine Praktikabilitätsgründe, die eine Abrechnung nach der mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichneten Verpackungsmenge rechtfertigten.
- 128 Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass die weiteren Ausführungen der Antragstellerin zum Markenrecht, mit denen gezeigt werden solle, dass die Entgeltregelung nicht missbräuchlich sei, nicht stichhaltig seien. Die Marke diene der Unterscheidung bzw. der Individualisierung der Herkunft der Ware oder Dienstleistung vor dem Hintergrund der Vielfalt gattungsgleicher Angebote und

erfülle im Rahmen ihrer Unterscheidungsfunktion verschiedene Unterfunktionen. Marken könnten Waren nicht nur nach deren Herkunft (Unterscheidungsfunktion hinsichtlich der betrieblichen Herkunft), sondern auch bezüglich deren Qualität unterscheiden, indem sie dem Abnehmer den Eindruck einer bestimmten gleichbleibenden Güte vermittelten, auf die sich bei Einkaufsentscheidungen vertrauen lasse (Gewährleistungs- oder Vertrauensfunktion). Die letztgenannte Funktion sei insbesondere bei Kollektivmarken von großer Bedeutung, da sich hier nicht mit Sicherheit bestimmen lasse, woher die mit der Marke versehenen Waren stammten. Darüber hinaus könne die Marke weitgehend unabhängig von der jeweiligen Ware aufgrund ihrer Eigenart und Bekanntheit im Verkehr eine selbständige Anziehungskraft auf den Käufer ausüben (Werbefunktion der Marke).

- 129 Erheblich im Zusammenhang mit einem behaupteten Eingriff in die Befugnisse eines Markeninhabers sei der spezifische Gegenstand des Schutzrechts. Die von der Antragstellerin angeführte Rechtsprechung des Gerichtshofes garantiere die Gewährleistung der Herkunftsfunktion der Marke. Diese Funktion der Marke werde verletzt, wenn Endverbraucher oder -abnehmer der Dienstleistung diese wegen der eigenmächtig angebrachten Marke zu Unrecht deren Inhaber zurechneten. Die Herkunftsfunktion könne umgekehrt dann nicht verletzt sein, wenn eine Täuschung der Endabnehmer einer Dienstleistung ausgeschlossen sei.
- 130 Im vorliegenden Fall bestehe die Dienstleistung der Antragstellerin darin, dass sie die Hersteller und Vertreiber von der individuellen Erfüllung der Pflichten zur Rücknahme und Verwertung von Verpackungsabfällen freistelle. Die Bestimmungen über die Nutzung der Marke „Der Grüne Punkt“ seien nicht der wesentliche Gegenstand des Zeichennutzungsvertrags. Maßstab für die Lizenzgebühr sei ausschließlich Gewicht oder Menge der vertragsgegenständlichen Verpackungen. Lizenzgebühren würden in der Regel in Gewinnerzielungsabsicht für die Gebrauchsüberlassung eines immateriellen Rechts erhoben, nicht für die Inanspruchnahme einer Dienstleistung. Sofern eine Dienstleistung entgolten werde, stehe die Bemessung der Lizenzgebühr in keinem direkten Zusammenhang mit der Gebrauchsüberlassung einer Marke. Ein Lizenzvertrag „zur Freistellung der Zeichennehmerin von den Rücknahme- und Verwertungspflichten aus der Verpackungsverordnung“ werde zweckentfremdet.

- 131 Die Kommission weist die Behauptung der Antragstellerin zurück, Artikel 3 der streitigen Entscheidung erlege ihr im Ergebnis eine Zwangslizenz auf und zerstöre zudem die Herkunfts- und Gewährleistungsfunktion ihrer Marke „Der Grüne Punkt“.
- 132 Artikel 3 der streitigen Entscheidung verpflichte die Antragstellerin nicht zur Erteilung einer Zwangslizenz, die sowohl mit Artikel 21 TRIPS als auch mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes unvereinbar wäre. Die streitige Entscheidung berühre nicht die Zahl der Zeichennehmerinnen der Antragstellerin, da nur solche Hersteller und Vertreiber ihre Verpackungen mit der Marke „Der Grüne Punkt“ würden kennzeichnen können, die einen Zeichennutzungsvertrag mit der Antragstellerin abgeschlossen hätten. Jedenfalls erlaube Artikel 21 in Verbindung mit Artikel 40 Absatz 2 TRIPS, einen Ausgleich zwischen den Interessen des Markeninhabers und den Interessen der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zu suchen.
- 133 Artikel 3 der streitigen Entscheidung führe auch nicht dazu, dass die Antragstellerin zu einer unentgeltlichen Lizenzvergabe verpflichtet werde. Als Gegenleistung für die Gebrauchsgestattung an einer Marke zahle der Lizenznehmer eine Lizenzgebühr, die nach der Anzahl der in Verkehr gebrachten Produkte, als Prozentzahl vom Umsatz oder nach ähnlichen Kriterien, die eine Abschätzung der wirtschaftlichen Verwendung der Marke durch den Lizenznehmer erlaubten, berechnet werden könne. Die Berechnung könne ex ante oder ex post erfolgen. Deshalb flössen bei vielen Berechnungsarten nicht alle mit der Marke versehenen Produkte in die Berechnung der Lizenzgebühr mit ein.
- 134 Die Behauptung der Antragstellerin, dass die Entscheidung zu einer unentgeltlichen Zwangslizenz führe, hätte nur Sinn, wenn die Lizenz hinsichtlich der tatsächlich am Befreiungssystem teilnehmenden und der nicht teilnehmenden konkreten Verpackung teilbar wäre. Das wäre sie nur dann, wenn sich ex ante bestimmen ließe, welche Verpackungen über das System der Antragstellerin entsorgt würden und welche nicht. Über das Schicksal der konkreten Verpackung entscheide jedoch allein der Verbraucher, und eine Feststellung der tatsächlichen Verwendung der in Verkehr gebrachten Verpackungen sei erst ex post möglich.

- 135 Hinsichtlich der tatsächlich durch die Antragstellerin entsorgten Verpackungen könne also auf der Ebene der Lizenzvergabe noch nicht differenziert werden. Dem Umstand, ob die Entsorgungsdienstleistung der Antragstellerin genutzt werde oder nicht, könne allein auf der Seite der Entgeltbemessung Rechnung getragen werden. Es könne also nicht von einer unentgeltlichen Lizenz für bestimmte Verpackungen gesprochen werden, sondern allein von dem Ausschluss bestimmter Teilmengen der mit der lizenzierten Marke versehenen Verpackungen von der Berechnung des Leistungsentgelts.
- 136 Bezüglich der Herkunftsfunktion der Marke verwende die Antragstellerin einen zu weiten Begriff. Die Antragstellerin übergehe mit Schweigen, dass Endabnehmer ihrer Dienstleistung keineswegs die Endverbraucher der verpackten Ware, sondern Hersteller oder Vertreiber der Verpackung seien, die keineswegs getäuscht würden. Eine Täuschung der Endabnehmer von Waren, auf deren Verpackungen das Zeichen „Der Grüne Punkt“ prange, substantiiere die Antragstellerin nicht. Ohnehin läge in der von ihr behaupteten Täuschung keine Verletzung der Herkunftsfunktion der Marke „Der Grüne Punkt“. Der Aussagegehalt einer Marke bemesse sich nach dem Verständnis des Verkehrskreises, hier der Endverbraucher von Konsumgütern, deren Verpackungen sie über unterschiedliche Systeme einer Entsorgung zuführten. Für den durchschnittlichen Endverbraucher erschöpfe sich das Verständnis der Marke in dem Hinweis auf die Möglichkeit, die Verpackung über das DSD-System entsorgen zu lassen.
- 137 Diese Feststellung stütze sich auf das täglich feststellbare Entsorgungsverhalten der Verbraucher und dessen Beurteilung, die die Antragstellerin selber in der Markensatzung zur Frage des Aussagewertes des Zeichens „Der Grüne Punkt“ vornehme (siehe oben, Randnr. 27). Über die allein von der Entscheidung berührte Frage, ob die teilnehmenden Unternehmen ein dem Umfang der Entsorgung ihrer Verpackungsabfälle angemessenes Entgelt entrichtet hätten, mache sich der Verbraucher hingegen ganz gewiss ebenso wenig Gedanken wie über andere Einzelheiten der Ausgestaltung dieses oder anderer Systeme.

- 138 Ferner falle die Beurteilung der Marke durch die verschiedenen deutschen Gerichte, im Kontext gelesen, anders aus, als die Antragstellerin sie dargestellt habe.
- 139 Was die angeblichen Auswirkungen auf die „Gewährleistungs-“ oder Vertrauensfunktion der Marke betreffe, so falle die Möglichkeit des Verbrauchers, die mit der Marke versehene Verpackung dem Sammelsystem der Antragstellerin zuzuführen, nicht dadurch weg, dass in bestimmten Regionen zu einer Entsorgungsmöglichkeit für Verpackungen eine weitere hinzukomme. Die Vertrauensfunktion der Marke würde nur dann ausgehöhlt, wenn die Verpackungen, die an einem anderen Verpackungssystem teilnähmen, auf keinen Fall von der Antragstellerin entsorgt würden. Aus praktischen Gründen sei dies aber nicht der Fall. Die Antragstellerin werde auch weiterhin alle Verpackungen entsorgen, die das Zeichen „Der Grüne Punkt“ trügen, sofern der Verbraucher sich dafür entscheide. Für ihn ändere sich also insoweit nichts an der Vertrauensfunktion der Marke.
- 140 Schließlich sei die Signalwirkung der Marke „Der Grüne Punkt“ dem Markenrecht fremd.

#### Zur Dringlichkeit

- 141 Nach Auffassung der Kommission ist die einstweilige Anordnung nicht dringlich.
- 142 Zunächst beantworte die Antragstellerin nicht die Frage, worin genau sie ihren behaupteten Schaden sehe. Dieser solle in einem immateriellen Schaden infolge der angeblichen Zerstörung der Markenfunktionen und einem materiellen Schaden aufgrund des drohenden Verlustes ihrer Zulassung bestehen. Diese Bedrohung sei völlig haltlos. Rückläufige Sammelergebnisse bei Verpackungsabfällen spiegelten den Rückgang der Inanspruchnahme der von der Antragstellerin erbrachten Dienstleistung der Befreiung von der Pflicht zur

Rücknahme und Verwertung der betreffenden Abfälle wider. Da die zu erreichende Verwertungsquote sich auf die in das System der Antragstellerin einbezogene Verpackungsmenge beziehe, beeinträchtige ein Vollzug der streitigen Entscheidung die Möglichkeiten der Quotenerfüllung nicht.

- 143 Die öffentlichen Erklärungen der Antragstellerin widerlegten die Behauptung, dass der Vollzug der streitigen Entscheidung zu einer irreparablen Zerstörung ihrer Marke führe und zudem die Funktionsfähigkeit ihres Systems insgesamt gefährde. In dem Papier „Hintergrundinformationen zur Auseinandersetzung zwischen der EU-Kommission und der Duales System Deutschland AG“, das sie sowohl über Internet verbreitet als auch an ihre Zeichennehmerinnen verschickt habe, äußere sich die Antragstellerin folgendermaßen zu den Konsequenzen der Entscheidung:

„Die EU-Kommission hat bestätigt, dass für sämtliche Verpackungen mit dem Grünen Punkt, die am Dualen System teilnehmen, ein uneingeschränkter Vergütungsanspruch besteht und dass das Duale System im Übrigen nicht in Frage gestellt werden soll. Dies betrifft insbesondere alle an private Endverbraucher abgegebenen Verpackungen, die schätzungsweise mehr als 85 % der beim Dualen System gemeldeten Verpackungen ausmachen. Insofern ist der wirtschaftliche Kern des Dualen Systems nicht betroffen.“

- 144 Diese Überzeugung der Antragstellerin zeige, dass die Marke keine überragende Bedeutung für den Systembetrieb haben könne. Es sei jedenfalls falsch, zu behaupten, dass das Zeichen „Der Grüne Punkt“ für die Antragstellerin das einzige Mittel sei, um auf das Entsorgungsverhalten des Endverbrauchers Einfluss zu nehmen. Diese Behauptung werde ebenso wenig belegt wie die weiteren Behauptungen der Antragstellerin, die streitige Entscheidung habe einen Einfluss auf ihre Sammelergebnisse bei den Verpackungen oder gar die Medienberichterstattung und nicht die Entscheidung selbst habe zu einer „Verunsicherung der Verbraucher und damit zu einer Verwässerung der Marke geführt“.

- 145 Das von der Antragstellerin genannte Beispiel, das Landbell-System in Hessen, werfe das Problem einer behaupteten Verwirrung der Verbraucher infolge der Kennzeichnung eines Produktes mit zwei Marken schon deswegen nicht auf, weil die Landbell AG plane, dort auf dieselben Sammelgefäße zurückzugreifen wie die Antragstellerin. Aber auch außerhalb Hessens sei nicht ersichtlich, warum die Kennzeichnung mit einem zusätzlichen Zeichen, das andernorts praktisch keine Bedeutung hätte, zu „Verwirrung“ führen sollte. Aus einer solchen Situation könne nicht geschlossen werden, dass der Verbraucher etwa eine Packverpackung nicht in die Papier/Pappe/Karton-Sammelbehältnisse, sondern in den Restmüll werfen werde. Träfe die unsubstantiierte Behauptung der Antragstellerin zu, dann drohte jedes weitere Zeichen neben der Verwendung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ diesen zu verwässern. Ein Blick auf gängige Verpackungen genüge jedoch, um den behaupteten Einfluss der Zeichenvielfalt auf das Entsorgungsverhalten des Verbrauchers zu widerlegen. Es gebe andere Möglichkeiten als das Zeichen, dieses Verhalten zu beeinflussen, etwa Informationsmaterialien in der Art der von den Kommunen verbreiteten.
- 146 Die jeweils erzielten Verwertungsquoten spiegelten nicht notwendigerweise die Sammlungsquoten, sondern nur eine wirtschaftliche Realität wider. In der Materialfraktion Verbundstoffe seien die Sekundärrohstoffe nämlich nur mit Verlust zu verkaufen. Deswegen hätten weder die Antragstellerin noch die Entsorger ein Interesse an einer erheblichen Übererfüllung der Verwertungsquote. In der Materialfraktion Papier/Pappe/Karton hingegen seien die Marktpreise positiv. Aufgrund der Ausgestaltung der Leistungsverträge mit den Entsorgern werde die Antragstellerin durch die Quotenübererfüllung finanziell nicht belastet, da die an Entsorger zu zahlenden Entgelte begrenzt seien. Wegen der positiven Marktpreise dürften die Entsorger ebenfalls keine finanziellen Nachteile haben.
- 147 In ihrem Vortrag zur Dringlichkeit wiederhole die Antragstellerin die Behauptung, ein Vollzug der streitigen Entscheidung zerstöre ihre Marke „Der Grüne Punkt“. Sie stütze sich darauf, dass angeblich jedermann „nach Belieben“ und unabhängig von der Teilnahme an ihrem System das Zeichen „Der Grüne Punkt“ nutzen könne. Das sei aber nicht der Fall. Die Marke könne durchaus nicht „nach Belieben“ genutzt werden, sondern nur in den klar umschriebenen Fallgruppen, in

denen bei einer einheitlichen Verpackungsgestaltung die Antragstellerin eine Teilmenge entsorge und für die verbleibende Teilmenge Nachweispflichten gälten. Wie gezeigt worden sei, schätze die Antragstellerin selber die Reichweite der Entscheidung auf 15 % der bei ihr derzeit vertraglich gebundenen Verpackungsmengen.

- 148 Soweit das Vorbringen der Antragstellerin zur Voraussetzung der Dringlichkeit das angebliche Fehlen eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung betrifft, verweist die Kommission auf ihre Ausführungen zum Fehlen des *Fumus boni iuris*.
- 149 Die Kommission räumt ein, dass eine Beeinträchtigung der Marke bei Zeichennutzung durch Personen denkbar wäre, die sich weder dem System der Antragstellerin angeschlossen hätten noch deren Lizenznehmer seien. Die streitige Entscheidung führe jedoch nicht zu einer solchen Zeichennutzung und hindere die Antragstellerin entgegen deren Vorbringen auch nicht, Maßnahmen gegen solchen unbefugten Gebrauch zu treffen.
- 150 Die von der Antragstellerin behauptete Löschungsgefahr bestehe nicht, da die streitige Entscheidung weder die Herkunftsfunktion als spezifisches Schutzrecht noch die Vertrauensfunktion der Marke beeinträchtige. Die durch sie vermittelten Kommunikationsinhalte veränderten sich nicht.
- 151 Die Streithelferinnen sind der Ansicht, dass die Antragstellerin keinen schweren und nicht wieder gutzumachenden Schaden erleiden werde, wenn der Vollzug der streitigen Entscheidung nicht ausgesetzt werde.
- 152 Sie teilen unter Berufung auf das von der Antragstellerin über Internet verbreitete Papier die Auffassung der Kommission.

- 153 Im Einzelnen führt die Streithelferin Landbell aus, sie werde zunächst nur in Hessen tätig werden und ihr Erscheinen auf dem Markt werde nur begrenzte Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Der Bevölkerungsanteil Hessens an der Gesamtbevölkerung in der Bundesrepublik Deutschland habe zum 31. Dezember 1999 7,31 % betragen; der Anteil der von ihrem System erfassten Verkaufsverpackungen gehe nicht über 10 % des gesamten Verpackungsabfalls hinaus.
- 154 Die Streithelferin BellandVision macht geltend, dass die Möglichkeit der Selbstentsorgung auf ein bestimmte Volumen begrenzt sei. Gemäß § 6 Absatz 1 VerpackV habe die Rücknahme der Verpackungen nämlich am Ort der Übergabe an den Endverbraucher erfolgen. Das bedeute, dass eine haushaltsnahe Erfassung — über die „Gelbe Tonne“ — nicht möglich sei. Die Tätigkeit als Selbstentsorger sei somit auf jene Fälle beschränkt, in denen eine Rücknahme der Verpackungen am tatsächlichen Ort der Übergabe möglich sei, was 10 % bis 15 % des gesamten Verpackungsaufkommens betreffe.
- 155 Die beiden Streithelferinnen machen ferner geltend, dass die streitige Entscheidung auch nicht geeignet sei, zu Gewinneinbußen bei der Antragstellerin zu führen.
- 156 Der Wettbewerb könne einen begrenzten Rückgang des Umsatzes der Antragstellerin zur Folge haben, eine Gewinneinbuße sei hingegen ausgeschlossen. Die Antragstellerin besitze nämlich die vertragliche Garantie, eine kostendeckende Vergütung zu erhalten. Sie habe sich sogar verpflichtet, durch ihre Tätigkeit keine Gewinne zu erzielen. Schließlich führe ein Rückgang der DSD-zugehörigen Verpackungsmengen automatisch zu einer Verringerung der den Entsorgungsunternehmen gezahlten Vergütung.
- 157 Die Tätigkeit der Antragstellerin sei nicht auf die Erzielung von Gewinnen ausgerichtet. Gemäß § 4 Absatz 3 ZNV würden die Lizenzentgelte ohne Gewinn-

zuschlag kalkuliert. Sie dienten dem Wortlaut des Vertrages zufolge ausschließlich der Abdeckung der durch die Sammlung, Sortierung und Verwertung entstehenden Kosten sowie des erforderlichen Verwaltungsaufwands (Systemkosten). Nach § 4 Absatz 3 ZNV könnten die Lizenzentgelte zudem so ermäßigt oder erhöht werden, „dass die Systemkosten möglichst verursachungsgerecht den einzelnen Materialfraktionen zugerechnet werden“:

- 158 Während die Antragstellerin auf der Einnahmenseite eine garantierte Kostendeckung genieße, resultiere auf der Aufgabenseite zudem jede Verringerung der DSD-zugehörigen Verpackungsmenge in einer reduzierten Vergütungspflicht gegenüber den Entsorgungsunternehmen. Gemäß § 7.3 der mit den einzelnen Entsorgungsunternehmen geschlossenen Leistungsverträge seien Verpackungsmengen, die außerhalb des Dualen Systems erfasst und verwertet werden müssten, automatisch von der zu vergütenden Menge abzuziehen. Aquisitionserfolge von Wettbewerbern der Antragstellerin verringerten damit automatisch und in entsprechender Höhe die Kostenlast bei der Antragstellerin.
- 159 Schließlich machen die beiden Streithelferinnen geltend, dass die Antragstellerin, wenn ihrer Klage stattgegeben werde, ihre Monopolstellung auf dem Markt wiedererlangen würde.

#### Zur Interessenabwägung

- 160 Die Kommission weist die Gründe zurück, mit denen die Antragstellerin ein überwiegendes Interesse an der Aussetzung des Vollzugs der streitigen Entscheidung belegen will.

- 161 Erstens entgegnet die Kommission auf das Argument, das die Entgeltregelung schon seit 1991 bestehe, dass sie seit 1997 auf ihre dagegen bestehenden Bedenken hingewiesen habe.
- 162 Zweitens könne keine Rede von einem Erfolg der Wettbewerber sein, da diese gegenüber der Antragstellerin eine verschwindend geringe Bedeutung hätten. Die Selbstentsorger wären vielmehr in ihrer ohnehin schwachen Wettbewerbsposition gefährdet, weil potenzielle Kunden bei Aussetzung des Vollzugs wegen des Risikos einer Doppelbelastung bei der Antragstellerin blieben. Das erste konkurrierende Befreiungssystem sei auf den Vollzug der streitigen Entscheidung angewiesen.
- 163 Drittens stehe die Entscheidung nicht in Widerspruch zum Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Für den Fall, dass es so wäre, werde nicht vorgetragen, warum dies ein Aussetzung rechtfertigen würde (Urteil des Gerichtshofes vom 14. Dezember 2000 in der Rechtssache C-344/98, Masterfoods und HB, Slg. 2000, I-1369, Randnrn. 48 und 53). Außerdem sei das Urteil nicht rechtskräftig und betreffe einen von der streitigen Entscheidung nicht behandelten Sachverhalt, nämlich das Anfallen einer Teilmenge der Verpackungen im gewerblichen Bereich.
- 164 Die Streithelferinnen Vfw und BellandVision machen geltend, dass die Aussetzung des Vollzugs der streitigen Entscheidung massiv ihre Wettbewerbsposition gefährden würde, da sie zu einer Beibehaltung des Risikos einer doppelten Berechnung führen würde, das sich daraus ergebe, dass die den Kunden von den Streithelferinnen erbrachten Dienstleistungen vergütet würden und die Verpflichtung zur Vergütung der Antragstellerin allein aufgrund der Kennzeichnung der Verpackungen mit der Marke „Der Grüne Punkt“ fortbestünde.
- 165 Die Streithelferin Landbell trägt vor, die Aussetzung des sofortigen Vollzugs der streitigen Entscheidung verhindere ihren Zugang zum relevanten Markt.

## 2. Würdigung durch das Gericht

### *Zum Fumus boni iuris*

- <sup>166</sup> Artikel 3 Absatz 1 der streitigen Entscheidung, dessen Aussetzung beantragt wird, enthält folgende Anordnung:

„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.“

- <sup>167</sup> Artikel 3 der streitigen Entscheidung wurde gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 erlassen (161. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung). Nach dieser Bestimmung kann die Kommission, wenn sie eine Zuwiderhandlung u. a. gegen Artikel 82 EG feststellt, die beteiligten Unternehmen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen.

- <sup>168</sup> Nach ständiger Rechtsprechung kann die Anwendung des Artikels 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 sowohl das Verbot, bestimmte Tätigkeiten, Praktiken oder Zustände, deren Rechtswidrigkeit festgestellt worden ist, fortzuführen oder fort dauern zu lassen (Urteile des Gerichtshofes vom 6. März 1974 in den Rechtssachen 6/73 und 7/73, Commercial Solvents/Kommission, Slg. 1974, 223,

Randnr. 45, sowie RTE und ITP/Kommission, Randnr. 90), als auch das Verbot umfassen, sich künftig ähnlich zu verhalten (Urteil des Gerichts vom 6. Oktober 1994 in der Rechtssache T-83/91, Tetra Pak, Slg. 1994, II-755, Randnr. 220).

169 Da die Anwendung des Artikels 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 der festgestellten Zuwiderhandlung entsprechen muss, ist die Kommission außerdem befugt, zu bestimmen, welche Verpflichtungen die betroffenen Unternehmen erfüllen müssen, um die Zuwiderhandlung abzustellen. Diese Verpflichtungen dürfen jedoch nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung des angestrebten Zieles — Wiederherstellung der Legalität im Hinblick auf die verletzte Vorschriften — angemessen und erforderlich ist (Urteil RTE und ITP/Kommission, Randnr. 93; im selben Sinne auch Urteile des Gerichts vom 8. Juni 1995 in der Rechtssache T-7/93, Langnese-Iglo/Kommission, Slg. 1995, II-1533, Randnr. 209, und in der Rechtssache T-9/93, Schöller/Kommission, Slg. 1995, II-1611, Randnr. 163).

170 Im vorliegenden Fall ist Artikel 1 der streitigen Entscheidung im Licht von deren Gründen (Urteil des Gerichtshofes vom 16. Dezember 1975 in den Rechtssachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663, Randnr. 122), insbesondere im Licht der 163. Begründungserwägung, auszulegen, die wie folgt lautet:

„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.“

- 171 Der Feststellung dieser Zuwiderhandlung liegen die Bestimmungen des Zeichennutzungsvertrags zugrunde, wonach zum einen die dem DSD-System angeschlossenen Hersteller und/oder Vertreiber verpflichtet sind, das Zeichen „Der Grüne Punkt“ auf den den Inlandsverbrauch betreffenden Verpackungen aufzubringen (§ 3 Absatz 1 ZNV), und zum anderen die Verpflichtung zur Vergütung der Antragstellerin bereits durch die Kennzeichnung der Verpackungen mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ begründet wird (§ 4 Absatz 1 ZNV), selbst wenn die Zeichennehmerinnen die Befreiungsdienstleistung der Antragstellerin für eine bestimmte Teilmenge ihrer Verpackungen nicht in Anspruch nehmen.
- 172 Da die Antragstellerin die einzige Betreiberin eines bundesweiten Befreiungssystems ist, sollen die Hersteller und/oder Vertreiber gezwungen sein, sich dieses Systems zu bedienen. Sie sollen folglich auch gezwungen sein, das Zeichen „Der Grüne Punkt“ auf allen ihren Verpackungen anzubringen. Im Übrigen sollen wirtschaftliche, technische und mit der Vertriebslogistik zusammenhängende Gründe die Hersteller und/oder Vertreiber, die für eine Teilmenge ihrer Verpackungen die Dienstleistungen eines etwaigen anderen Befreiungssystems oder eines Selbstentsorgers in Anspruch zu nehmen wünschen, daran hindern, nur die zur Entsorgung über das DSD-System bestimmte Teilmenge mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ zu kennzeichnen.
- 173 Da die Verpflichtung zur Vergütung der Antragstellerin bereits durch die bloße Kennzeichnung der Verkaufsverpackung und nicht durch die tatsächlich erbrachte Befreiungsdienstleistung begründet wird, sollen die Hersteller und/oder Vertreiber gezwungen sein, bei gleichzeitiger Beteiligung am DSD-System und an einer Selbstentsorgerlösung oder einem etwaigen konkurrierenden Befreiungssystem zwei Lizenzentgelte zu zahlen.
- 174 Die Antragstellerin bestreitet, wie sie in ihrer Antragschrift ausdrücklich vorgetragen hat, bereits das Vorliegen des ihr vorgeworfenen Missbrauchs einer beherrschenden Stellung, auch wenn ihr Antrag nicht auf Aussetzung des Vollzugs des Artikels 1 der streitigen Entscheidung gerichtet ist.

- 175 Daher ist zu prüfen, ob die Verpflichtungen, die Artikel 3 der streitigen Entscheidung der Antragstellerin im Licht der Feststellung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung auferlegt, rechtmäßig sind. Zu diesem Zweck ist zunächst der Umfang dieser Verpflichtungen zu ermitteln.
- 176 Aus dem Wortlaut des Artikels 3 der streitigen Entscheidung folgt, dass erstens die Hersteller oder Vertrieber, die Vertragspartner sind, alle ihre Verkaufsverpackungen mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ kennzeichnen, dass zweitens diese Hersteller oder Vertrieber sich für die Entsorgung ihrer Verpackungsabfälle einer Selbstentsorgerlösung oder eines mit dem System der Antragstellerin konkurrierenden Befreiungssystems bedienen können und dass drittens das von der Antragstellerin erhobene Lizenzentgelt den von ihr tatsächlich erbrachten Leistungen entsprechen muss. Artikel 3 der streitigen Entscheidung bewirkt somit insbesondere, dass den dem DSD-System angeschlossenen Unternehmen erlaubt wird, das Zeichen „Der Grüne Punkt“ auch dann auf ihren Verkaufsverpackungen anzubringen, wenn diese nicht über das DSD-System entsorgt werden.
- 177 Diese Befugnis, das Zeichen „Der Grüne Punkt“ auf Verkaufsverpackungen anzubringen, die nicht über das DSD-System entsorgt werden und für die der Antragstellerin kein Entgelt gezahlt wird, steht im Mittelpunkt der Kritik der Antragstellerin, die im Wesentlichen dahin argumentiert, dass die Entgeltregelung durch markenrechtliche Erwägungen gerechtfertigt sei und der vorgeworfene Missbrauch daher nicht vorliege. Mangels beherrschender Stellung fehle Artikel 3 der streitigen Entscheidung die Grundlage. Insbesondere würden, wenn die unterschiedslose Kennzeichnung mit der Marke „Der Grüne Punkt“ erlaubt würde, die Herkunftsfunktion und die Signalwirkung dieser Marke und das in der Verpackungsverordnung festgelegte Erfordernis einer eindeutigen Kennzeichnung beeinträchtigt. Die streitige Entscheidung mache es dem Endverbraucher mithin unmöglich, zu erkennen, ob eine mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Verkaufsverpackung zum Entsorgungssystem der Antragstellerin oder zu dem eines Dritten gehöre, und somit, ob sie über die Sammelgefäße der Antragstellerin oder die eines Dritten zu entsorgen sei.
- 178 Die Kommission ist der Auffassung, dass die streitige Entscheidung die Herkunftsfunktion der Marke nicht beeinträchtige, da diese dem Endverbraucher nur

einen Hinweis darauf gebe, dass er die Möglichkeit habe, die mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichneten Verkaufsverpackungen über das DSD-System zu entsorgen. Da die Entgeltregelung nicht gerechtfertigt sei, liege ein Missbrauch vor, der abzustellen sei.

- 179 Betrachtet man das Vorbringen der Beteiligten in seiner Gesamtheit, so stellt sich in der vorliegenden Rechtssache in erster Linie die Frage, ob die vom Inhaber des Markenrechts festgelegte Entgeltregelung erforderlich ist, um den spezifischen Gegenstand dieses Rechts zu wahren, oder, anders formuliert, ob das Markenrecht unter den Umständen des vorliegenden Falles von der Antragstellerin als Mittel zur missbräuchlichen Ausnutzung ihrer beherrschenden Stellung genutzt wird. Es geht somit um die Frage, ob die Kommission nachgewiesen hat, dass das Verhalten der Antragstellerin nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.
- 180 Nur wenn die von der Kommission beanstandeten Bestimmungen des Zeichennutzungsvertrags über das zur Wahrung der wesentlichen Funktion des Markenrechts Erforderliche hinausgehen, könnte daher der der Antragstellerin vorgeworfene Missbrauch einer beherrschenden Stellung gegenüber ihren Vertragspartnern als qualifiziert angesehen werden.
- 181 Artikel 295 EG bestimmt: „Dieser Vertrag lässt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt.“
- 182 Das Markenrecht ist ein ausschließliches Recht; sein Inhaber kann daher einem Dritten die Nutzung seines Rechts gestatten oder die Gestattung verweigern und im erstgenannten Fall die Nutzung gegen Zahlung eines Entgelts zulassen. Der Inhaber eines Rechts am geistigen Eigentum kann somit den Wettbewerb beschränken, um die Substanz seines ausschließlichen Rechts zu schützen. So hat der Gerichtshof im Urteil Volvo entschieden (Randnr. 8) dass die Weigerung eines Kraftwagenherstellers, Dritten, die bei Herstellung und Verkauf geschützter Ka-

rosserien mit ihm konkurrieren wollen, Lizenzen zu erteilen, als solche keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen kann. Die gegenteilige Auslegung hätte den spezifischen Gegenstand des betreffenden Rechts am geistigen Eigentum verletzt.

- 183 Das Markenrecht ist zudem ein wesentlicher Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs, das der EG-Vertrag schaffen und erhalten will (Urteil des Gerichtshofes vom 17. Oktober 1990 in der Rechtssache C-10/89, Hag Gf, so genanntes Urteil „Hag II“, Slg. 1990, I-3711, Randnr. 13). In einem solchen System müssen die Unternehmen in der Lage sein, die Kunden durch die Qualität ihrer Waren oder ihrer Dienstleistungen an sich zu binden, was Kennzeichen voraussetzt, mit denen sich diese identifizieren lassen (Urteil des Gerichtshofes vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-349/95, Loendersloot, Slg. 1997, I-6227, Randnr. 22).
- 184 Die Hauptfunktion der Marke besteht deshalb darin, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung zu garantieren, indem sie ihm ermöglicht, diese Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden (vgl. insbesondere Urteile des Gerichtshofes vom 23. Mai 1978 in der Rechtssache 102/77, Hoffman-La Roche, Slg. 1978, 1139, Randnr. 7, vom 10. Oktober 1978 in der Rechtssache 3/78, Centrafarm, Slg. 1978, 1823, Randnrn. 11 und 12, und vom 29. September 1998 in der Rechtssache C-39/97, Canon, Slg. 1998, I-5507, Randnr. 28).
- 185 Die Frage, ob die Vertragsbedingungen, die die Antragstellerin ihren Vertragspartnern für den Fall stellt, das die Nutzung des Zeichens „Der Grüne Punkt“ nicht mit der tatsächlichen Inanspruchnahme ihrer Befreiungsdienstleistung einhergeht, entsprechend dem Vorbringen der Antragstellerin unerlässlich für den Schutz der Hauptfunktion der Marke „Der Grüne Punkt“ oder, wie die Kommission geltend macht, missbräuchlich, da unangemessen im Sinne von Artikel 82 Absatz 2 Buchstabe a EG (111. bis 113. Begründungserwägung der streitigen Entscheidung) sind, ist jedoch nicht einfach zu beantworten. Sie macht insbesondere erforderlich, dass geklärt wird, ob die mit dieser Marke gekennzeichneten Verkaufsverpackungen aus Sicht des Endverbrauchers tatsächlich mit dem von der Antragstellerin eingerichteten Entsorgungsdienst für Verpa-

ckungsabfälle verknüpft sind. Die gründliche Prüfung, die die Beantwortung dieser Fragen voraussetzt, kann jedoch im Verfahren der einstweiligen Anordnung im Rahmen einer Prüfung der Glaubhaftmachung der Begründetheit der Klage nicht vorgenommen werden.

- 186 Demnach sind die von der Antragstellerin vorgetragene tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte nicht von vornherein als gänzlich unbegründet anzusehen.

*Zur Dringlichkeit und zur Interessenabwägung*

- 187 Nach ständiger Rechtsprechung bemisst sich die Dringlichkeit eines Antrags auf einstweilige Anordnung nach der Notwendigkeit, vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, damit der Antragsteller keinen schweren und nicht wieder gutzumachenden Schaden erleidet. Der Antragsteller ist dafür beweispflichtig, dass er die Entscheidung im Verfahren zur Hauptsache nicht abwarten kann, ohne einen solchen Schaden zu erleiden (Beschluss des Präsidenten des Gerichts vom 15. Juli 1998 in der Rechtssache T-73/98 R, Prayon-Rupel/Kommission, Slg. 1998, II-2769, Randnr. 36, und Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 12. Oktober 2000 in der Rechtssache C-278/00 R, Griechenland/Kommission, Slg. 2000, I-8787, Randnr. 14).
- 188 Das unmittelbare Bevorstehen des Schadens braucht nicht mit absoluter Sicherheit nachgewiesen zu werden. Insbesondere wenn die Entstehung des Schadens vom Eintritt einer Reihe von Faktoren abhängt, genügt es, dass er mit einem hinreichenden Grad von Wahrscheinlichkeit vorhersehbar ist (Beschluss Kommission/Atlantic Container Line u. a., Randnr. 38, und Beschluss des Präsidenten des Gerichts vom 8. Dezember 2000 in der Rechtssache T-237/99 R, BP Nederland u. a./Kommission, Slg. 2000, II-3849, Randnr. 49). Dem Antragsteller obliegt es jedoch, die Tatsachen zu beweisen, die die Erwartung eines solchen schweren und irreparablen Schaden begründen sollen [Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 14. Dezember 1999 in der Rechtssache C-335/99 P(R), HFB u. a./Kommission, Slg. 1999, I-8705, Randnr. 67].

- 189 Im vorliegenden Fall bewirkt der sofortige Vollzug des Artikels 3 der streitigen Entscheidung, dass die dem DSD-System angeschlossenen Unternehmen nicht mehr verpflichtet sind, der Antragstellerin ein Lizenzentgelt für diejenigen Teilmengen von in Deutschland mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ vertriebenen Verkaufsverpackungen zu zahlen, für die die Dienstleistung der Befreiung von der in der Verpackungsverordnung festgelegten Pflicht zur Rücknahme und Verwertung von Abfällen nicht in Anspruch genommen wird und bezüglich deren diese Verpflichtungen auf andere Art und Weise erfüllt werden.
- 190 Nach Auffassung der Antragstellerin würde ihre Marke, wenn keine Aussetzung erfolgte, schwer und irreparabel beeinträchtigt und folglich das von ihr eingerichtete Befreiungssystem gefährdet. Der Schaden sei auch nicht bezifferbar und daher nicht wieder gutzumachen.
- 191 Im vorliegenden Fall ist jedoch der Beweis für die Gefährdung des DSD-Systems nicht erbracht. Keiner der Punkte, auf die diese Behauptung gestützt wird, ist nämlich hinreichend belegt worden.
- 192 Erstens ist der Antragstellerin nicht darin zu folgen, dass die Gefahr einer Löschung der Marke „Der Grüne Punkt“, die mit einem Verlust der Unterscheidungskraft dieser Marke verbunden wäre, mit hinreichender Sicherheit besteht. Die Verwirklichung einer solchen Gefahr hängt von einer Reihe von Umständen ab, insbesondere der Intensität des Wettbewerbs, dem die Antragstellerin auf dem Markt für die Organisation der Rücknahme und Verwertung der bei Privatverbrauchern in Deutschland gesammelten gebrauchten Verkaufsverpackungen begegnet. Zurzeit handelt es sich daher um einen hypothetischen Schaden. Zudem kann das Gericht im Verfahren der einstweiligen Anordnung nicht anstelle der zuständigen nationalen Behörden feststellen, ob — allein auf der Grundlage des geltenden nationalen Rechts — die Voraussetzungen für die Löschung der Kollektivmarke vorliegen oder vorliegen werden.

- 193 Zweitens droht nach Auffassung der Antragstellerin der unwiderrufliche Verlust des Markenrechts. Die Antragstellerin könne sich dann markenrechtlich nicht mehr gegen Unternehmen zur Wehr setzen, die die Marke „Der Grüne Punkt“ ohne Lizenzierung nutzen.
- 194 Der Vollzug der streitigen Entscheidung kann diese Wirkung jedoch nicht haben, da die Kommission nicht bestreitet, dass nur diejenigen das Recht haben, ihre Verkaufsverpackungen mit der Marke „Der Grüne Punkt“ zu kennzeichnen, die den Vertrag mit der Antragstellerin geschlossen haben. Die streitige Entscheidung erlaubt den Herstellern oder Vertreibern, die nicht dem DSD-System angeschlossen sind, mithin nicht, das Zeichen „Der Grüne Punkt“ zu nutzen.
- 195 Die Antragstellerin zeigt zudem nicht, inwiefern die streitige Entscheidung ihr das Recht nehmen würde, Klage auf künftige Unterlassung der Nutzung ihres Zeichens durch einen Dritten, der keinen Vertrag mit ihr geschlossen hat, zu erheben.
- 196 Drittens macht die Antragstellerin geltend, dass die unterschiedslose Kennzeichnung der Verkaufsverpackungen mit der Marke zu einer nicht wieder rückgängig zu machenden Beeinträchtigung der Signalwirkung führen würde, da für den Endverbraucher auf Dauer nicht mehr erkennbar wäre, ob eine mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Verpackung über die Sammelgefäße der Antragstellerin oder die eines Dritten zu entsorgen sei. Die Beeinträchtigung der Signalwirkung würde sich negativ auf die durch die Verpackungsverordnung vorgegebenen Verwertungsquoten auswirken, die nicht mehr erreicht werden könnten. In diesem Fall könnte die Systemzulassung der Antragstellerin widerrufen werden (§ 6 Absatz 4 VerpackV).
- 197 Die Steuerung der erfassten Verpackungsabfallmengen, die von der Mitwirkung des Endverbrauchers abhängen, sei wichtig, damit die vorgeschriebenen Verwertungsquoten sicher erreicht, aber nicht wesentlich übererfüllt würden.

- 198 Herkunftsfunktion und Signalwirkung der Marke würden zudem bereits durch die Medienberichterstattung über die streitige Entscheidung in Deutschland beeinträchtigt.
- 199 Außerdem führe die gleichzeitige Teilnahme am DSD-System und an einem anderen dualen System wie dem der Landbell AG in Hessen oder an einer Selbstentsorgerlösung unweigerlich zu einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion und der Signalwirkung der Marke.
- 200 Zunächst muss sich die Dringlichkeit einer einstweiligen Anordnung aus den Wirkungen der angefochtenen Handlung ergeben (vgl. insbesondere Beschluss Free Trade Foods/Kommission, Randnr. 59). Das Echo, das die streitige Entscheidung in der deutschen Presse hervorgerufen hat, und die nachteiligen Folgen, die sich daraus angeblich für die Antragstellerin ergeben haben, sind daher für die vorliegende Beurteilung nicht erheblich.
- 201 Ferner substantiiert die Antragstellerin den behaupteten Schaden nicht hinreichend, um die Dringlichkeit deutlich zu machen. Sie weist nicht nach, dass der Verbraucher von der streitigen Entscheidung in der Weise berührt wird, dass für ihn bereits vor Erlass des Urteils in der Hauptsache nicht mehr erkennbar wäre, über welches Sammelgefäß die Verpackungen zu entsorgen sind. Hierbei sind die beiden in der streitigen Entscheidung genannten Fallgruppen getrennt zu prüfen.
- 202 Soweit das mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Erzeugnis über einen Selbstentsorger entsorgt wird, muss der Vertreiber nach der Verpackungsverordnung den Verbraucher „durch deutlich erkennbare und lesbare Schrifttafeln“ darüber informieren, dass die Verpackung am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe zurückgenommen wird (§ 6 Absatz 1 Satz 3 VerpackV). Die Antragstellerin macht hierzu geltend, dass eine solche Unterrichtung über die Rücknahme der mit dem Zeichen „Der Grüne

Punkt“ gekennzeichneten Verkaufsverpackung den Verbraucher verwirren könne. Diese Behauptung reicht jedoch als Nachweis für die behauptete Tatsache nicht aus. Es gibt nämlich keine Anhaltspunkte dafür, dass die deutlich auf Schrifttafeln angebrachte Information vom Verbraucher nicht verstanden oder befolgt würde. Genauso gut ließe sich umgekehrt behaupten, dass sich der im Laden angebrachte Hinweis darauf, dass die mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ versehene Verpackung am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe zurückgenommen werde, als bestimmend erweist, da es stets im Interesse des Vertreibers liegt, dass die Information, die er dem Verbraucher nach dem Gesetz zu geben hat, ausschlaggebend ist.

- 203 Soweit die mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Verpackung über ein anderes Befreiungssystem entsorgt wird, überzeugt das Vorbringen der Antragstellerin nicht. Die Gefahr einer Verunsicherung des Verbrauchers besteht zurzeit nicht, da derzeit kein konkurrierendes Befreiungssystem tätig ist. Wie in der Anhörung festgestellt, ist das Befreiungssystem der Landbell AG, das sich flächenmäßig auf Hessen beschränkt, von den zuständigen Behörden noch nicht gemäß § 6 Absatz 3 VerpackV zugelassen worden. Ferner entbehrt die Behauptung der Antragstellerin, dass die Kennzeichnung eines Produktes mit zwei Marken die hessischen Verbraucher verunsichere, „da sie nicht [werden] erkennen können, dass diese jedenfalls auch mit der Marke ‚Der Grüne Punkt‘ gekennzeichnete Verpackung nicht am DSD-System teilnimmt, also deshalb auch nicht den Sammelgefäßen von DSD zuzuführen ist (Verlust der negativen Appelfunktion der Marke)“ (Nr. 88 des Antrags) der faktischen Grundlage. Hierzu hat die Kommission, unterstützt durch die Streithelferinnen, deutlich darauf hingewiesen, dass das gleichzeitige Bestehen zweier Befreiungssysteme in derselben Kommune ohne weiteres vorstellbar sei. Für einen derartigen Fall haben diese Beteiligten, ohne dass die Antragstellerin ihnen widersprochen hätte, geltend gemacht, dass für die beiden Befreiungssysteme ein einziges Sammelnetz bestehen könne — derselbe Entsorger würde dann im Namen und für Rechnung seiner Auftraggeber handeln — und dass die mit der Marke „Der Grüne Punkt“ und dem Zeichen des anderen Befreiungssystems gekennzeichneten Verpackungen denselben Tonnen oder Behälter zugeführt würden. Das schließt eine Unsicherheit des hessischen Verbrauchers bei der Abfallbeseitigung aus. Die Kommission in ihrer Stellungnahme und die Streithelferin Vfw in der Anhörung haben geltend gemacht, dass die Gefahr einer Unsicherheit namentlich deshalb nicht gegeben sei, weil es bei der Beseitigung wesentlich auf das betreffende Material ankomme, was die sehr große Zahl von Behältern bestätigt, die nicht das Zeichen „Der Grüne Punkt“ trügen, sondern lediglich einen Hinweis auf die dort zu entsorgende Materialfraktion.

- 204 In Bezug auf die angebliche Verunsicherung der Verbraucher außerhalb Hessens macht die Antragstellerin geltend, diese würden „nicht wissen, ob die (neben der Marke ‚Der Grüne Punkt‘) auch noch mit einer anderen — ihnen unbekannt — Marke (Landbell-Baum) gekennzeichnete Verpackung am DSD-System teilnimmt und deshalb den Sammelgefäßen von DSD (und nicht z. B. dem Restmüll) zuzuführen ist“ (Nr. 88 des Antrags). Jedoch werden die Verbraucher außerhalb Hessens nicht daran zweifeln können, dass das mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnete Erzeugnis über eine zum DSD-System zugehörige Tonne zu entsorgen ist, da das konkurrierende Befreiungssystem nach seiner Zulassung zumindest derzeit keine Dienstleistung der Befreiung von der Pflicht zur Rücknahme und Verwertung der Verpackungsabfälle außerhalb Hessens anbieten wird.
- 205 Da die behauptete Verunsicherung nicht hinreichend substantiiert wird, ist nicht zu prüfen, welche Auswirkungen sie auf die von der Antragstellerin einzuhaltenden Verwertungsquoten bei den jeweiligen Materialien hätte. Zwei Bemerkungen sind jedoch zu machen. Zum einen lässt sich die Mitwirkung des Verbrauchers, von der die Funktionsfähigkeit des Befreiungssystems abhängt, nicht nur durch die Kennzeichnung der Verkaufsverpackungen mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ erreichen, sondern auch durch andere Mittel wie z. B. die Verbreitung gezielter Informationen, die an den Verbraucher appellieren sollen. Zum anderen ist die Erfüllung der Verwertungsquoten durch die Antragstellerin bezüglich der Verpackungen der an ihrem System beteiligten Hersteller oder Vertreiber überprüfbar (Anhang I Nummer 1 Absatz 1 des § 6 VerpackV), so dass eine Beteiligung Letzterer an diesem System mit einer geringeren Menge ihrer Verpackungen zur Folge hat, dass die Verwertungsquote, die von der Antragstellerin zu erfüllen ist, allein nach Maßgabe dieser Menge beurteilt wird.
- 206 Viertens macht die Antragstellerin geltend, wenn der Vollzug der streitigen Entscheidung nicht ausgesetzt werde, sei sie willkürlichen Entscheidungen ihrer Zeichennehmerinnen ausgesetzt, da diese frei bestimmen könnten, welche Teilmenge der Verpackungen über ihr System entsorgt werden solle.
- 207 Die Verpflichtungen, die die Verpackungsverordnung den Herstellern oder Vertreibern auferlegt, die gemäß § 6 Absätze 1 und/oder 2 VerpackV die Rücknahme und Verwertung einer Teilmenge ihrer Verkaufsverpackungen organisieren wol-

len, erlauben jedoch nicht die Annahme, dass sich die Antragstellerin in dem von ihr beschriebenen Zustand der Rechtsunsicherheit befindet. Ein Hersteller oder Vertreiber, der beschließt, die Dienstleistung der Befreiung von der Pflicht zur Entsorgung der Verpackungsabfälle nur für einen bestimmten Anteil dieser Erzeugnisse in Anspruch zu nehmen, ist nämlich nach § 6 Absätze 1 und/oder 2 VerpackV verpflichtet, für die Rückname und Verwertung der Restmenge der Erzeugnisse zu sorgen. In diesem Fall haben die Glieder der Vertriebskette und schließlich der Verkäufer, der durch eine geeignete Kennzeichnung darauf hinzuweisen hat, dass das Erzeugnis am Ort der tatsächlichen Übergabe zurückgenommen wird, eine besondere Verpflichtung. Es ist Sache der Erzeugers, seine Vertreiber vertraglich zur Rücknahme der Verkaufsverpackungen zu verpflichten. Außerdem hat der Hersteller oder Vertreiber, der für die Rücknahme und Verwertung der Verpackungen sorgt, die Verwertungsquoten zu erfüllen; im Fall der Nichterfüllung besteht eine gesetzliche Verpflichtung zur Inanspruchnahme eines Befreiungssystems (§ 6 Absatz 1 Satz 9 und § 6 Absatz 2 Satz 3 VerpackV).

208 Soweit das Vorbringen der Antragstellerin dahin verstanden werden kann, dass die Gefahr eines Missbrauchs seitens der ihrer Zeichennehmerinnen bestehe, da deren Verpackungen weiterhin über den vereinbarten Anteil hinaus über ihr System entsorgt würden, ist schließlich festzustellen, dass es trotz der gesetzlichen Verpflichtung, die Verwertungsquoten zu erfüllen, denen die gemäß § 6 Absätze 1 und 2 VerpackV für die Sammlung ihrer Verpackungen sorgenden Hersteller und Vertreiber unterliegen, vorstellbar ist, dass die Antragstellerin tatsächlich eine überschüssige Menge Verkaufsverpackungen wird sammeln und entsorgen müssen. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass die von der Antragstellerin erbrachte Dienstleistung der Sammlung und Entsorgung für diesen überschüssigen Teil nicht vergütet werden wird.

209 Die Nichterfüllung der Verwertungsquoten durch die Hersteller und Vertreiber, die gemäß § 6 Absätze 1 und 2 VerpackV für die Sammlung ihrer Verpackungen sorgen, bedeutet beim derzeitigen Stand des Wettbewerbs auf dem Markt, dass die von ihnen nicht gesammelte Verpackungsmenge über das DSD-System erfasst wurde. Nach Anhang I Nummer 3 Absatz 5 des § 6 VerpackV kann aber „[d]er Systembetreiber... Herstellern und Vertreibern, die sich an dem System nicht beteiligen, die Kosten für die Sortierung, Verwertung oder Beseitigung der von diesen in Verkehr gebrachten und vom System entsorgten Verpackungen in Rechnung stellen“. Ferner sieht die streitige Entscheidung vor, dass das dem DSD-

System angeschlossene Unternehmen auf Verlangen der Antragstellerin veranlasst sein kann, nachzuweisen, dass es die Dienstleistungen der Antragstellerin nur für den genannten Anteil in Anspruch nimmt (167. Begründungserwägung und Artikel 5 des verfügenden Teils). Weist das betreffende Unternehmen nicht nach, dass die Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung für in Deutschland mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ vertriebene Verkaufsverpackungen, für die die Dienstleistung der Antragstellerin nicht in Anspruch genommen wird, auf andere Weise erfüllt werden, so müsste es folglich die der Antragstellerin geschuldete finanzielle Gegenleistung erbringen. Schließlich ist ein ergänzendes Mittel zur Kontrolle dessen, ob das der Antragstellerin angeschlossene Unternehmen deren Dienste nicht über den vereinbarten Anteil hinaus nutzt, im Zeichennutzungsvertrag vorgesehen, dessen § 8 — Kontrollmöglichkeiten des Dualen Systems — Absätze 1 und 2 bestimmt:

„(1) Das Duale System ist bei begründeten Zweifeln an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der von der Zeichennehmerin gemachten Angaben oder Abrechnungen nach vorheriger Terminabsprache berechtigt, die in dem Abrechnungszeitraum der vergangenen zwei Jahre von der Zeichennehmerin abgegebenen Meldungen und Abrechnungen durch einen vom Dualen System beauftragten, zur Verschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer, vereidigten Buchprüfer oder Steuerberater bei der Zeichennehmerin auf Richtigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen. Der Beauftragte ist zu einer Kontrolle nach den nachfolgenden Bestimmungen auch berechtigt, wenn die Zeichennehmerin keine Meldungen oder Abrechnungen abgegeben hat.

(2) Der vom Dualen System Beauftragte ist berechtigt, die Räume der Zeichennehmerin zu betreten und Einsicht in alle erforderlichen Unterlagen zu nehmen. Die Zeichennehmerin hat ihre Mitarbeiter zu verpflichten, dem Beauftragten richtig und vollständig Antwort zu erteilen. Die Zeichennehmerin muss dem Beauftragten geeignete Auskunftspersonen zur Verfügung stellen.“

210 In der Anhörung hat die Antragstellerin ferner geltend gemacht, dass sich, wenn keine Aussetzung erfolge, ihre Situation aufgrund des Zusammentreffens von

zwei Umständen verschlechtern würde, nämlich der Verringerung der Lizenzentgelte und der Beibehaltung der hohen Festkosten, die dadurch entstünden, dass die mit der Sammlung beauftragten Unternehmen für die von ihnen erbrachten Dienstleistungen bezahlt würden, obwohl die gesammelten Abfälle nicht unter das Entsorgungssystem der Antragstellerin fielen.

- 211 Zum ersten Teil dieses Vorbringens ist jedoch festzustellen, dass der Umfang der Verringerung der Lizenzentgelte davon abhängt, wie intensiv die Selbstentsorger und etwaige andere Befreiungssysteme mit der Antragstellerin auf dem betreffenden Markt konkurrieren, was derzeit noch nicht mit hinreichender Sicherheit vorhersehbar ist. Zum zweiten Teil des Vorbringens ist festzustellen, dass die Antragstellerin hierfür kein glaubwürdiges Indiz genannt hat und dass sie dem Vortrag der Streithelferinnen in der Anhörung nicht widersprochen hat, nach dem zwischen ihr und den betreffenden Anbietern geschlossenen Leistungsvertrag könne die diesen geschuldete Vergütung modifiziert werden, wenn sich die Mengen der gesammelten Abfälle nachweislich änderten.
- 212 Demnach sind die Voraussetzungen für den Eintritt eines Schadens aufgrund der Gefährdung der Funktionsfähigkeit des DSD-Systems nicht hinreichend substantiiert. Die öffentlichen Erklärungen der Antragstellerin über die Wirkungen der streitigen Entscheidung (siehe oben, Randnr. 143) sind zwar unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zweckes zu lesen, stützen aber diese Feststellung.
- 213 Schließlich befände sich die Antragstellerin, wenn der Klage stattgegeben werden sollte, auf dem Markt in der gleichen Situation wie vor dem Erlass der streitigen Entscheidung. Die Situation, die durch die Entscheidung auf dem Markt geschaffen wurde, kann daher nicht als irreversibel angesehen werden.
- 214 Außerdem ist die Verringerung der Lizenzentgelte, die aus dem Vollzug der streitigen Entscheidung folgen könnte — und die, wie festgestellt, nicht hinreichend substantiiert wird — ein finanzieller Schaden. Ein solcher Schaden kann nur unter außergewöhnlichen Umständen als ein nicht oder auch nur schwer

wieder gutzumachender Schaden angesehen werden, da er Gegenstand eines späteren finanziellen Ausgleichs sein kann [Beschlüsse des Präsidenten des Gerichtshofes vom 18. Oktober 1991 in der Rechtssache C-213/91 R, Abertal u. a./Kommission, Slg. 1991, I-5109, Randnr. 24, und vom 11. April 2001 in der Rechtssache C-471/00 P(R), Kommission/Cambridge Healthcare Supplies, Slg. 2001, I-2865, Randnr. 113; Beschluss des Präsidenten des Gerichts vom 15. Juni 2001 in der Rechtssache T-339/00 R, Bactria Industriehygiene-Service/Kommission, Slg. 2001, II-1721, Randnr. 94]. Nach diesen Grundsätzen wäre eine einstweilige Anordnung nur dann gerechtfertigt, wenn sich die Antragstellerin ohne eine solche Maßnahme in einer Situation befände, die vor dem Erlass des das Verfahren zur Hauptsache beendenden Urteils ihre Existenz gefährden könnte (vgl. insbesondere Beschluss des Präsidenten des Gerichts vom 28. Mai 2001 in der Rechtssache T-53/01 R, Post Italiane/Kommission, Slg. 2001, II-1479, Randnr. 120). Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin jedoch nicht nachgewiesen, dass ihre finanzielle Lage derart beeinträchtigt wäre, dass sie ihr Geschäft nicht bis zur Verkündung des das Verfahren zur Hauptsache beendenden Urteils fortführen könnte. In diesem Zusammenhang ist auch von Belang, dass die Antragstellerin nach ihrem Gesellschaftsvertrag „ausschließlich der Verwirklichung der staatlichen Ziele zur Vermeidung und Verminderung von Abfällen“ dient und keine Gewinne ausschütten darf, was durch § 4 Absatz 3 erster Gedankenstrich ZNV bestätigt wird (siehe oben, Randnr. 25). Schließlich ließe sich der finanzielle Schaden infolge der Verringerung der Lizenzentgelte beziffern, indem die Differenz zwischen dem Betrag der Lizenzentgelte, die der Antragstellerin für die Gesamtmenge der im Zeitraum vom Erlass der streitigen Entscheidung bis zu ihrer etwaigen gerichtlichen Nichtigkeitsklärung in Deutschland vertriebenen, mit dem Zeichen „Der Grüne Punkt“ gekennzeichneten Verkaufsverpackungen geschuldet werden, und den nach der streitigen Entscheidung im selben Zeitraum tatsächlich von der Antragstellerin erhobenen Entgelte berechnet wird.

215 Nach alledem hat die Antragstellerin nicht nachweisen können, dass sie ohne Erlass der beantragten Anordnung einen schweren und nicht wieder gutzumachenden Schaden erleiden würde.

216 Selbst wenn die behaupteten Schäden schwer und nicht wieder gutzumachen wären, führt zudem die Abwägung des Interesses der Antragstellerin am Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung einerseits und des öffentlichen Interesses am Vollzug einer von der Kommission nach Artikel 82 EG erlassenen Entscheidung sowie der Interessen der Streithelferinnen, die durch eine Aus-

setzung der streitigen Entscheidung unmittelbar betroffen wären, andererseits zur Zurückweisung des vorliegenden Antrags.

- 217 Zwar war die Beurteilung der Vereinbarkeit des Verhaltens der Antragstellerin mit Artikel 82 EG nicht einfach, wie die Kommission in ihrer Pressemitteilung vom 20. April 2001 zur streitigen Entscheidung eingeräumt und das Gericht weiter oben selbst festgestellt hat, nicht einfach. Das wird unleugbar dadurch bestätigt, dass sich die Kommission zunächst positiv zum Zeichennutzungsvertrag geäußert hatte, da sie in einer Mitteilung nach Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 erklärt hatte, sie beabsichtige, die von der Antragstellerin angemeldeten Vereinbarungen positiv zu beurteilen (siehe oben, Randnr. 29).
- 218 Die Antragstellerin kann sich jedoch nicht mit Erfolg auf den Beschluss Van den Bergh Foods/Kommission berufen, in dem im Verfahren der einstweiligen Anordnung der allgemeine Grundsatz der Rechtssicherheit berücksichtigt wurde, um einen Widerspruch bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln des Vertrages durch das nationale Gericht und durch die Kommission so weit wie möglich zu beschränken. Zwar mögen das von der Antragstellerin angeführte Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 11. August 1998 und die streitige Entscheidung denselben Sachverhalt betreffen, was die Kommission bestreitet, doch hat der Gerichtshof entschieden, dass die Kommission bei der Erfüllung der ihr durch den Vertrag zugewiesenen Aufgabe nicht an eine Entscheidung gebunden sein kann, die ein nationales Gericht in Anwendung der Artikel 81 Absatz 1 und 82 EG erlässt (Urteil Masterfoods und HB, Randnr. 48).
- 219 Die angebliche Verletzung des Markenrechts durch die streitige Entscheidung wird im vorliegenden Fall nicht durch die Verpflichtung begründet, Betreibern, die mit der Antragstellerin auf dem relevanten Markt konkurrieren, Lizenzen für die Marke „Der Grüne Punkt“ zu erteilen, sondern durch die Anbringung dieser Marke auf den Verkaufsverpackungen der Unternehmen, die mit der Antragstellerin einen Vertrag geschlossen haben, ungeachtet dessen aber möglicherweise deren Befreiungsdienstleistungen nicht in Anspruch nehmen.

- 220 Unter diesen sehr speziellen Umständen kann das öffentliche Interesse an der Beachtung des Eigentumsrechts allgemein und der Rechte an geistigem Eigentum insbesondere, das sich aus den Artikeln 30 EG und 295 EG ergibt, nicht schwerer wiegen als das Interesse der Kommission, sofort eine ihres Erachtens erfolgte Zuwiderhandlung gegen Artikel 82 EG abzustellen und auf diese Weise günstige Voraussetzungen für den Zugang von Konkurrenten der Antragstellerin zum betreffenden Markt zu schaffen.
- 221 Zudem ist der Wettbewerb zwischen den Selbstentsorgern — von denen die Vfw AG und die Bellandvision GmbH, die zur Unterstützung bei der Erfüllung im Sinne von § 11 VerpackV mit der Entsorgung beauftragt ist, ein unmittelbares Interesse haben — und dem DSD-System beschränkt. Bei Selbstentsorgern können die in der Verpackungsverordnung vorgeschriebenen Verwertungsquoten nämlich nur durch die Rücknahme der Verpackungen am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe erreicht werden, wie es der Verwaltungsgerichtshof Kassel in seinem Beschluss vom 20. August 1999 bestätigt hat.
- 222 Ferner gibt es zurzeit keinen Wettbewerb zwischen Befreiungssystemen. Das Erscheinen eines zweiten „dualen“ Systems (das der Landbell AG), dessen Zulassung unmittelbar bevorstehen soll, hängt weitgehend vom Vollzug der streitigen Entscheidung ab.
- 223 Schließlich scheint die selektive Kennzeichnung der Verpackungen nach ihrer Bestimmung, bei der einige Verpackungen eines Erzeugnisses mit der Marke „Der Grüne Punkt“ gekennzeichnet werden und andere nicht, nicht immer möglich zu sein, wie zumindest eine Vereinbarung zwischen der Antragstellerin und einer ihrer Zeichennehmerinnen belegt (siehe oben, Randnr. 122).
- 224 Da keine Dringlichkeit gegeben ist und die Interessenabwägung zuungunsten einer Aussetzung der streitigen Entscheidung ausgeht, ist der Antrag zurückzuweisen.

Aus diesen Gründen

hat

DER PRÄSIDENT DES GERICHTS

beschlossen:

1. Der Antrag auf einstweilige Anordnung wird zurückgewiesen.
2. Die Entscheidung über die Kosten bleibt vorbehalten.

Luxemburg, den 15. November 2001

Der Kanzler

H. Jung

Der Präsident

B. Vesterdorf