



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

KZR 6/06

Verkündet am:  
6. März 2007  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

---

PETCYCLE

GWB § 131; VerpackV § 8

- a) Ist ein Rationalisierungskartell vor dem 1. Juli 2005 lediglich als Normen- und Typenkartell angemeldet worden, ist eine nach § 131 GWB fortwirkende Freistellung ausgeschlossen.
- b) Die Verpflichtung nach § 8 Abs. 1 Satz 4 VerpackV zur Erstattung des Pfandes bei Rücknahme einer Einweggetränkeverpackung nach § 6 Abs. 2 Satz 1 VerpackV besteht auch dann, wenn das Pfand auf einer früheren Stufe der Rücknahmekette nicht erstattet worden ist.

BGH, Urteil vom 6. März 2007 – KZR 6/06 – OLG Koblenz  
LG Mainz

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. November 2006 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, die Vorsitzenden Richter Ball und Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Raum und Prof. Dr. Meier-Beck

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 2. März 2006 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin betreibt bundesweit einen Flaschengroßhandel mit Leergut; sie übernimmt und sortiert insbesondere Pfandflaschen für Getränkehersteller, die gemischtes Leergut zurückgenommen haben. Die sortierten Flaschen gibt die Klägerin an diejenigen Hersteller zurück, die die Flaschen befüllt und in den Verkehr gebracht haben.
- 2 Die Beklagte betreibt mit Unternehmen ("Systempartnern"), die mit ihr einen beim Bundeskartellamt als Normen- und Typenvereinbarung im Sinne des § 2 Abs. 1 GWB 1999 angemeldeten "Systemvertrag" geschlossen haben, un-

ter der Bezeichnung PETCYCLE ein Stoffkreislaufsystem für Kunststoffeinwegflaschen aus Polyäthylenterephthalat (PET).

3           Unter dem von der Klägerin von ihren Kunden übernommenen Leergut befinden sich auch PETCYCLE-Flaschen. Die Systempartner der Beklagten weigern sich jedoch, diese Flaschen – gegen Erstattung des nach der Verpackungsverordnung erhobenen Pfandes – von der Klägerin zurückzunehmen. Die Klägerin begehrt daher Aufnahme in das PETCYCLE-System als Systempartner.

4           Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen.

5           Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin den Antrag weiter, die Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

6           Die zulässige Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

7           I.       Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

8           Der Klägerin stehe ein Anspruch aus § 20 Abs. 1 GWB 1999 nicht zu. Zwar sei die Beklagte als ein ein Normen- und Typenkartell bildendes Unternehmen Normadressatin und die Klägerin in einem Geschäftsverkehr tätig, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich sei. Ihre Ungleichbehandlung sei jedoch sachlich gerechtfertigt und stelle keine unbillige Behinderung dar. Die Klägerin erfülle zwar als Logistikunternehmen, das sich aktiv am PET-Stoffkreislauf beteilige, nach der Definition des Systemvertrages die an einen

PETCYCLE-Systempartner zu stellenden Anforderungen. Es könne jedoch nicht angenommen werden, dass die Klägerin, wie nach 1.4.1 des Systemvertrages gefordert, diesen Vertrag anerkenne. Nach der Regelung zu 3.2.2 des Systemvertrages verpflichteten sich jeder zur Rücknahme autorisierte Systempartner und von ihm autorisierte Dritte, die Rücknahme und die damit verbundene Rückerstattung der Pfandgelder durch geeignete organisatorische Vorkehrungen zu sichern. Die Klägerin erhalte jedoch von Mehrwegabfüllern PETCYCLE-Flaschen ohne Zahlung von Pfandentgelten im Tausch gegen Mehrweg-Flaschen, was gegen die Pflicht zur Pfanderstattung verstoße. Ferner lasse sich die Arbeitsweise der Klägerin nicht mit dem im 4. Teil des Systemvertrages geregelten Verwertungskreislauf in Einklang bringen. Danach hätten die Systempartner sämtliche zurückgenommenen Flaschen der Verwertung zuzuführen und alles zu unterlassen, was den Kreislauf des PETCYCLE-Materials stören könne. Das System sei demnach darauf ausgelegt, PETCYCLE-Flaschen im Vertikalverhältnis, d.h. vom Abfüller über den Handel bis zum Verbraucher und zurück, der Wiederverwertung zuzuführen, wodurch unnötige und umweltbelastende Leerguttransporte vermieden werden sollten. Solche Transporte fänden jedoch statt, wenn die Klägerin einen Austausch von Flaschen und Flaschenpfand im Horizontalverhältnis mit den verschiedenen Mineralbrunnen und Abfüllern vornehme. Auch die Auswirkungen einer fortbestehenden Aufnahmeverweigerung auf die wirtschaftliche Situation der Klägerin rechtfertigten einen Aufnahmeanspruch nicht.

9                   II.       Das hält der Nachprüfung nicht stand. Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, eine in der Aufnahmeverweigerung liegende Ungleichbehandlung der Klägerin sei sachlich gerechtfertigt.

10                   1.       Rechtsfehlerfrei ist allerdings die Feststellung des Berufungsgerichts, in der Weigerung der Beklagten, die Klägerin als PETCYCLE-

Systempartnerin zu akzeptieren, liege eine Ungleichbehandlung gegenüber gleichartigen Unternehmen.

11 Da das Tatbestandsmerkmal der Zugänglichkeit des Geschäftsverkehrs für gleichartige Unternehmen nach ständiger Rechtsprechung nur einer verhältnismäßig groben Sichtung dient, genügt es, wenn die zu vergleichenden Unternehmen nach unternehmerischer Tätigkeit und wirtschaftlicher Funktion im Verhältnis zur Marktgegenseite dieselben Aufgaben erfüllen (BGHZ 101, 72, 79 – Krankentransporte I; BGHZ 129, 53, 60 – Importarzneimittel; BGH, Urt. v. 13.11.1990 – KZR 25/89, WuW/E 2683, 2686 – Zuckerrübenanlieferungsrecht I; Urt. v. 17.3.1998 – KZR 30/96, WuW/E DE-R 134 f. – Bahnhofsbuchhandel; Urt. v. 27.4.1999 – KZR 35/97, WuW/E DE-R 357 f. – Feuerwehrgeräte; Urt. v. 4.11.2003 – KZR 2/02, WuW/E DE-R 1203 f. – Depotkosmetik im Internet). Diese Voraussetzung ist im Streitfall zu bejahen, da auch Abfüller, die Systempartner der Beklagten sind, Flaschen sortieren und das Pfand für bei ihnen angefallene Fremdfaschen über die Clearingstelle der Beklagten ausgeglichen erhalten. Die Revisionserwiderung beruft sich daher vergeblich darauf, dass die Beklagte bislang auch keinen anderen Flaschensortierer aufgenommen habe. Ebenso ist unerheblich, welchen Umfang die Annahme von Fremdfaschen bei den Systempartnern der Beklagten hat.

12 2. Das Berufungsgericht ist ferner zutreffend davon ausgegangen, dass die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung eine Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen erfordert, die sich an der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Funktion des Gesetzes orientiert (BGHZ 38, 90, 102 – Treuhandbüro; BGHZ 52, 65, 71 – Sportartikelmesse; BGHZ 107, 273, 280 – Staatslotterie; BGHZ 160, 67, 77 – Standard-Spundfass). Rechtsfehlerfrei ist des Weiteren seine Annahme, an der so verstandenen sachlichen Rechtfertigung fehle es, wenn die Klägerin die Aufnahmevoraussetzungen des Systemvertrages erfülle und ihre Arbeitsweise mit dem PETCYCLE-System "kompatibel" sei. Denn bereits nach der Präambel des Vertrages soll jedem Unternehmen, das zur Mitarbeit und zum Beitritt bereit ist, die Teilnahme am Kreislaufsystem im Rahmen des Vertrages offenstehen.

Schließlich lässt auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin erfülle nach der Definition des Systemvertrages grundsätzlich die an einen PETCYCLE-Systempartner zu stellenden Anforderungen, keinen Rechtsfehler erkennen und wird auch von der Revisionserwiderung hingenommen.

13           3.     Zu Recht rügt die Revision jedoch, dass das Berufungsgericht die Aufnahmeverweigerung gleichwohl für gerechtfertigt gehalten hat, weil nicht angenommen werden könne, dass die Klägerin den Systemvertrag im Sinne von dessen Abschnitt 1.4.1 anerkenne.

14           Entgegen seiner Auffassung steht die Bestimmung des Abschnitts 3.2.2 des Vertrages, nach der jeder zur Rücknahme autorisierte Systempartner sich verpflichtet, die Rücknahme und die damit verbundene Rückerstattung der Pfandgelder durch geeignete organisatorische Vorkehrungen zu sichern, nicht im Widerspruch zur Geschäftstätigkeit der Klägerin.

15           Denn durch die Sortierung von Leergut und die unmittelbare oder mittelbare Zuführung von PETCYCLE-Flaschen zur stofflichen Wiederverwertung fördert die Klägerin die Rücknahme von Systemflaschen und führt dem System auch solche Flaschen zu, die ohne ihre Tätigkeit dem PETCYCLE-Stoffkreislaufsystem entzogen würden. Dass die Klägerin – jedenfalls in aller Regel – ihrerseits bei Annahme der Flaschen kein Pfand erstattet, steht mit der vertraglichen Verpflichtung eines Systempartners, auch die Rückerstattung der Pfandgelder zu sichern, nicht im Widerspruch. Denn diese Verpflichtung ist als Verweis auf die gesetzliche Erstattungspflicht zu verstehen. Die Klägerin könnte die Rückerstattung indes nur an ihre Kunden leisten, die ihr – im Rahmen der überlassenen Menge unsortierten Leergutes – auch PETCYCLE-Flaschen überlassen. Bei diesen Kunden handelt es sich jedoch nach den Feststellungen des Landgerichts um Getränkehersteller; das Berufungsgericht hat nichts Abweichendes festgestellt. Wenn die Klägerin an diese kein Pfand erstattet, so ist dies unschädlich.

16            Soweit diese Getränkehersteller Erstvertreiber von Getränken in Einweggetränkeverpackungen mit einem Füllvolumen von 0,1 bis 3 l sind, sind sie ihrerseits nach § 6 Abs. 2 VerpackV zur Rücknahme von Verpackungen der Art, Form und Größe sowie von Verpackungen solcher Waren, welche sie selbst in Verkehr bringen, verpflichtet und haben nach § 8 Abs. 1 Satz 4 VerpackV bei der Rücknahme das auf die zurückgenommenen Verpackungen erhobene Pfand zu erstatten. Die zurückgenommenen Verpackungen haben sie der (stofflichen) Verwertung zuzuführen (§ 6 Abs. 2 Satz 1 VerpackV). Da sie am Ende der gesetzlich vorgeschriebenen Rücklaufkette stehen, steht ihnen ein Anspruch auf Pfanderstattung nach § 8 Abs. 1 Satz 4 VerpackV, den die Klägerin zu erfüllen hätte, nicht mehr zu.

17            Soweit die Getränkehersteller selbst nicht Erstvertreiber von Getränken in Einweggetränkeverpackungen mit einem Füllvolumen von 0,1 bis 3 l sind, sind sie im (rechtmäßigen) Besitz der Flaschen und daher nach § 8 Abs. 1 Satz 4 VerpackV berechtigt (aber nicht verpflichtet), Erstattung des Pfandes zu verlangen. Wenn sie im Rahmen der mit der Klägerin getroffenen Vereinbarungen auf eine solche Erstattung verzichten bzw. die Pfanderstattung durch anderweitige Vergütungsregelungen ersetzen, steht das weder im Widerspruch zur Verpackungsverordnung noch zu Sinn und Zweck des PETCYCLE-Systems. Dem Vertreiber ist lediglich der Vertrieb von Einweggetränkeverpackungen, die der Pfanderhebungs- und Rücknahmepflicht unterliegen, ohne Erhebung des Pfandes untersagt. Dagegen ist es ihm nicht untersagt, solche Verpackungen zurückzunehmen, wenn bei der Rückgabe die Erstattung des Pfandes – aus welchen Gründen auch immer – nicht verlangt wird. Zweck des Pfandes ist es, die Rückgabe zu sichern, damit die Verpackung dem Stoffkreislauf wieder zugeführt werden kann (§ 24 Abs. 1 Nr. 2 KrW-/AbfG). Dazu stünde es geradezu im Widerspruch, wenn die Rücknahme abgelehnt werden dürfte, weil das Pfand nicht erstattet werden kann, etwa weil der Berechtigte unbekannt ist. Das Gesetz verbietet daher die Erstattung des Pfandes ohne Rücknahme der Verpa-

ckung (§ 8 Abs. 1 Satz 5 VerpackV), aber nicht den umgekehrten Fall. Ferner bleibt die Verpflichtung zur Erstattung des Pfandes bei Rückgabe der Verpackung auch dann bestehen, wenn das Pfand an den Endverbraucher oder auf einer früheren Stufe der Rücknahmekette nicht erstattet worden ist. Denn die Erstattungspflicht nach § 8 Abs. 1 Satz 4 VerpackV ist hiervon unabhängig und sichert damit den vollständigen Rücklauf der Verpackung.

18           Es ist auch nicht zutreffend, dass die Hersteller nach § 6 Abs. 2 VerpackV nicht verpflichtet wären, die Verpackungen von der Klägerin zurückzunehmen, weil die Klägerin nicht deren Vertreiber gewesen ist. Die Rücknahmepflicht nach § 6 Abs. 2 VerpackV erstreckt sich vielmehr auf alle Verpackungen, die nach Absatz 1 der Vorschrift von Vertreibern zurückgenommen worden sind und damit auch auf solche Verpackungen, die die Klägerin von Getränkeherstellern übernimmt, die sie ihrerseits vom Handel übernommen haben, der sie entsprechend seiner gesetzlichen Verpflichtung vom Endverbraucher zurückgenommen hat. Weder nach § 6 Abs. 1 noch nach § 6 Abs. 2 VerpackV kommt es, wie sich aus § 6 Abs. 1 Satz 4 und § 6 Abs. 2 Satz 3 VerpackV ergibt, darauf an, ob die konkrete Verpackung von dem Rücknahmepflichtigen (an den Zurückgebenden) vertrieben worden ist.

19           4.       Ebenso wenig kann hiernach dem Berufungsgericht in der Annahme gefolgt werden, die Tätigkeit der Klägerin störe den im 4. Teil des Systemvertrages geregelten Verwertungskreislauf. Es mag zwar sein, dass das Verwertungskreislaufsystem der Beklagten in erster Linie darauf angelegt ist, PETCYCLE-Flaschen im "Vertikalverhältnis" der stofflichen Wiederverwertung zuzuführen. Soweit es jedoch in der Praxis zu einer Rücklieferung im "Vertikalverhältnis" nicht kommt, etwa weil ein Unternehmen die von ihm zurückgenommenen Flaschen nicht sortieren will, kann das Ziel, die PETCYCLE-Flaschen innerhalb des Systems der Wiederverwertung zuzuführen, am besten dadurch erreicht werden, dass die Flaschen durch Dienstleistungsunternehmen wie die

Klägerin wieder in das PETCYCLE-System eingespeist werden, damit Hersteller und Vertreiber ihrer Produktverantwortung nach § 22 Abs. 1 KrW-/AbfG nachkommen können.

20           Ob der Klägerin hierbei in denjenigen Fällen, in denen die Pfanderstattungskette nach § 8 Abs. 1 Satz 4 VerpackV bereits durchlaufen worden ist, (aus – gegebenenfalls stillschweigend – abgetretenem Recht) ein bereicherungsrechtlicher Erstattungsanspruch gegen den jeweiligen Erstvertreiber der PETCYCLE-Flaschen zusteht, der bei der Inverkehrsetzung das Pfand erhoben hat und infolge der Rücknahme durch einen anderen Getränkehersteller von der Erstattungspflicht nach § 8 Abs. 1 Satz 4 VerpackV frei geworden ist, bedarf in diesem Zusammenhang keiner Entscheidung. Denn zu befinden ist nur über den geltend gemachten Aufnahmeanspruch der Klägerin. Deswegen kann auch offenbleiben, ob und gegebenenfalls inwieweit das gesetzlich nicht vorgeschriebene Pfandclearing der Beklagten die verpackungsrechtlichen Pfanderstattungsvorschriften sowie möglicherweise ergänzend anwendbare Vorschriften des bürgerlichen Rechts abbilden muss oder, sofern dies diskriminierungsfrei geschieht, Usancen des Geschäftsverkehrs zwischen Herstellern und Handel Rechnung tragen kann, nach denen, wie die Beklagte in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht hat, bei der Pfandabrechnung im Interesse der einfachen Handhabbarkeit gegebenenfalls von der Berücksichtigung von Pfandfreiheit oder Pfandpflichtigkeit sowie unterschiedlich hoher Pfandbeträge bei Einweg- und Mehrwegflaschen abgesehen wird.

21           III.     Das Berufungsurteil ist hiernach aufzuheben, und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, da die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte sei Normadressatin des Diskriminierungsverbotes, durch seine bisherigen tatsächlichen Feststellungen nicht getragen wird.

22

1. Da die Klage nur Erfolg haben kann, wenn der Klägerin der geltend gemachte Aufnahmeanspruch gegenwärtig (noch) zusteht, ist grundsätzlich § 20 GWB in der Fassung der 7. GWB-Novelle maßgeblich. Danach kommt es darauf an, ob die PETCYCLE-Systempartner eine Vereinigung von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen im Sinne der §§ 2, 3 GWB bilden und ihre Vereinbarung vom Verbot des § 1 GWB freigestellt ist. Handelte es sich bei dem PETCYCLE-Systemvertrag um eine nach § 1 GWB verbotene Vereinbarung, käme ein Aufnahmeanspruch nicht in Betracht.

23

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich die Normadressateneigenschaft nicht aus der Freistellung des PETCYCLE-Systems als Normen- und Typenvereinbarung nach § 2 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 3 GWB 1999. Zwar gilt eine Freistellung nach § 9 Abs. 3 GWB 1999 nach der Übergangsvorschrift des § 131 Abs. 1 GWB bis zum 31. Dezember 2007 fort. Die Klägerin begehrt jedoch nicht Aufnahme in ein Normen- und Typenkartell.

24

Freistellungsfähige Normen- und Typenkartelle sind nach § 2 Abs. 1 GWB 1999 Vereinbarungen und Beschlüsse, die lediglich die einheitliche Anwendung von Normen oder Typen zum Gegenstand haben. Der PETCYCLE-Systemvertrag enthält aber nicht nur Bestimmungen zur Normierung von PETCYCLE-Stoffkreislaufflaschen und -Mehrwegtransportverpackungen, sondern auch Bestimmungen über die Organisation der Flaschenrücknahme sowie den Mengen- und Pfandausgleich ("Clearing") und dient insofern, wie das Bundeskartellamt in der mündlichen Verhandlung zutreffend und ohne Widerspruch der Parteien ausgeführt hat, nicht nur der Normierung von PET-Flaschen, sondern auch der Rationalisierung des Stoffkreislaufs und des Pfandausgleichs. Gerade an diesen Funktionen des Systems will die Klägerin, die keine eigenen Flaschen in den Verkehr bringt, teilnehmen.

25

3. Da ein Rationalisierungskartell im Sinne des § 4 oder des § 5 GWB 1999 weder angemeldet noch nach § 9 Abs. 3 oder § 10 Abs. 1 GWB 1999 freigestellt worden ist, kommt eine Anwendung der Übergangsvorschriften des § 131 Abs. 1 und 2 GWB nicht in Betracht. Das Berufungsgericht wird den Parteien daher Gelegenheit zu geben haben, zu den Voraussetzungen der §§ 2, 3 GWB sowie gegebenenfalls des Art. 81 EG (§ 22 Abs. 1 Satz 2 GWB, Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI. L 1 v. 4.1.2003) vorzutragen.

Hirsch

Ball

Bornkamm

Raum

Meier-Beck

Vorinstanzen:

LG Mainz, Entscheidung vom 12.05.2005 - 12 HK.O 25/04 Kart. -

OLG Koblenz, Entscheidung vom 02.03.2006 - U 799/05 Kart. -