

SIEBEKE LANGE WILBERT  
RECHTSANWÄLTE

SIEBEKE • LANGE • WILBERT • CECILIENALLEE 42 • 40474 DÜSSELDORF

PROF. DR. PAUL LANGE  
ANDREAS AULER  
MONIKA WENZ  
DR. CAROLIN MÖLLER

CECILIENALLEE 42  
40474 DÜSSELDORF  
T +49 (0) 211 - 43 43 240  
F +49 (0) 211 - 45 10 15  
INFO@SIEBEKE.COM  
WWW.SIEBEKE.COM

COMMERZBANK AG  
IBAN DE 32 3008 0000 0211 7678 00  
BIC DRESDEFF300  
USt-Id-Nr.: DE 119 321 234

DÜSSELDORF, DEN **10.06.2024**  
DIREKTWAHL: + 49 (0) 211 - 43 43 24 - 13  
AULER@SIEBEKE.COM

**Gutachterliche Stellungnahme zur  
wettbewerbsrechtlichen Problematik der Veröffentlichung von Markennamen im DIVID**

**I. Ausgangslage und Sachverhalt**

1. Nach § 7 Abs. 1 des Gesetzes über den Einwegkunststofffonds (Einwegkunststofffondsgesetz – EWKFondsG) sind Hersteller von Einwegkunststoffprodukten im Sinne des Gesetzes verpflichtet, sich nach Maßgabe des § 7 Abs. 2 EWKFondsG in dem beim Umweltbundesamt geführten DIVID-Register zu registrieren. Zu den dort erfasssten und für Jedermann öffentlich einsehbaren Angaben gehören u.a. die Markennamen, unter denen der Hersteller die Einwegkunststoffprodukte erstmals auf dem deutschen Markt bereitstellt oder verkauft, § 7 Abs. 2 Nr. 5 EWKFondsG.
2. Der Bundesverband der Deutschen Süßwarenindustrie e.V. (BDSI) hat uns um Prüfung gebeten, ob die durch das Register hergestellte Transparenz im Hinblick auf die Veröffentlichung der Markennamen kartellrechtlichen Bedenken unterliegt. Diese resultieren daraus, dass sich als Folge der aus § 7 Abs. 5 EWKFondsG ergebenden Veröffentlichungspflicht aus dem öffentlichen Register ohne weiteres ablesen lässt, dass Unternehmen beispielsweise als Lohnhersteller bestimmte Markenprodukte oder Unternehmen sowohl Eigenmarken für den Handel, wie auch identische Produkte unter eigener Herstellermarke auf den Markt bringen.

3. Unsere Prüfung hat ergeben, dass die vom BDSI gesehenen Bedenken zur Recht erhoben werden. Die durch die Veröffentlichung der Markennamen hergestellte Transparenz widerspricht dem Kartellrecht.

Hierzu im Einzelnen:

## **II. Rechtliche Prüfung**

4. Im Ausgangspunkt regelt das EWKFondsG in § 3 Nr. 3, wer Hersteller im Sinne des Gesetzes ist. An die Herstellereigenschaft ist die Registrierungs- und Veröffentlichungspflicht in § 7 EWKFondsG geknüpft mit der Folge, dass im Register der Name des Herstellers und u.a. der Markename zu veröffentlichen ist, unter denen der Hersteller die Einwegkunststoffprodukte erstmals auf dem deutschen Markt bereitstellt oder verkauft.
5. Aus der hierdurch bewirkten Transparenz können unmittelbar und ohne weiteren Aufwand Rückschlüsse auf Liefer- und Produktionsbeziehungen gezogen werden, weil durch die Nennung des Markennamens eine Individualisierung erfolgt und die Zuordnung ohne weiteres möglich ist. Denn bei flexiblen Tüten- und Folienverpackungen aus Kunststoff ist der Befüller „Hersteller“ im Sinne des EWKFondsG. Eine Ausnahme wie in § 3 Abs. 9 Satz 2 VerpackG ist im EWKFondsG nicht vorgesehen.
  - a) Der Hersteller (beispielsweise einer Süßware) produziert und verpackt für einen Abnehmer unter der Eigenmarke seines Abnehmers (beispielsweise ein Unternehmen des LEH) in einer flexiblen Tüten- und Folienverpackung.
    - Durch Veröffentlichung mit dem Markennamen wird die Lieferbeziehung zwischen dem Hersteller und dem Abnehmer offenbar.
  - b) Der Hersteller produziert und verpackt für mehrere Abnehmer unter deren jeweiligen Eigenmarken in einer flexiblen Tüten- und Folienverpackung.
    - Durch die Veröffentlichung mit den Markennamen wird die Lieferbeziehung zwischen dem Hersteller und den jeweiligen Abnehmern offenbar.
  - c) Der Hersteller vertreibt selbst seine Produkte unter einer eigenen Marke in einer flexiblen Tüten- und Folienverpackung, produziert und verpackt aber denselben

Artikel auch für einen oder mehrere Abnehmer, die unter deren jeweiligen Eigentummarken vertrieben werden.

- Durch die Veröffentlichung mit den Markennamen wird die duale Absatzstrategie des Herstellers offenbar.
6. Die durch das Gesetz angeordnete Transparenz dürfte im Ergebnis gegen geltendes Kartellrecht verstößen.
  7. Nach § 1 GWB ist der Austausch von Informationen über wettbewerbsrelevante Parameter, die typischerweise der Geheimhaltung und der jeweiligen eigenen unternehmerischen Entscheidung unterliegen, unzulässig, wenn dies mit dem Ziel erfolgt, die Ungewissheit über das Marktverhalten auszuräumen. Gleiches gilt für sog. Marktinformationsverfahren, also Meldeverfahren, an denen im Wettbewerb stehende Unternehmen beteiligt sind und die dem Austausch von marktrelevanten Daten dienen, sofern dies zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt; vgl. hierzu Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 7. Aufl. (2024), § 1 GWB, Rz.161 ff.; Krauß, in: Langen/Bunte, KartellR, 13. Aufl. (2018), § 1 GWB, Rz. 107 ff. – jeweils m.w.N.
  8. Deswegen ist es beispielsweise den im Wettbewerb miteinander stehenden Unternehmen untersagt untereinander – gleich, ob in unmittelbaren bilateralen Kontakten oder etwa im Rahmen von organisierten Treffen, Verbandstagungen o.ä. – wettbewerbssensible Informationen auszutauschen, deren Kenntnis Rückschlüsse auf aktuelles oder künftiges Verhalten im Wettbewerb zulassen. Dazu zählen insbesondere Informationen, welche die Preisbildung und Preisstrategie betreffen, aber auch Informationen über Liefer- und Kundenbeziehungen, Bezugs- und Absatzquellen, Marketingstrategien usw., vgl. hierzu Grave/Nyberg, in: Loewenheim/Messen/Riesenkampff, KartellR, 4. Aufl. (2020), Art. 101 Abs. 1 AEUV Rz. 318.
  9. Durch die sich aus § 7 Abs. 5 i.V.m Abs. 2 Nr. 5 EWKFondsG ergebende Pflicht zur Angabe des Markennamens im öffentlichen Register wird zwar nur ein wettbewerbsrelevanter Parameter offengelegt – wie vorstehend aufgezeigt werden die Lieferbeziehungen durch die Nennung der Markennamen bekannt gemacht. Gleichwohl kann dies bereits zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen.

- a) Durch die Veröffentlichung werden Lieferbeziehungen und geschäftliche Kontakte offengelegt. Der Wettbewerber des im Register benannten Unternehmens erhält durch die einfache Möglichkeit, Markennamen und Endverkäufer zu ermitteln, Kenntnis davon, wo z.B. ein Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels ein bestimmtes Produkt aktuell produzieren lässt oder eben nicht mehr produzieren lässt. Dies kann Rückschlüsse auf die Strategie im Herstellungsprozess ermöglichen.
  - b) Im Falle der Produktion für mehrere Abnehmer, die unter Eigenmarken weiterverkaufen, erhalten die jeweiligen Abnehmer des Herstellers ohne Probleme Kenntnis davon, ob und welche Wettbewerber von dem jeweiligen Hersteller beliefert werden. Dies kann sich beispielsweise im Rahmen der Jahresgespräche und dabei stattfindender Preisverhandlungen auswirken. Denn aufgrund dieser Kenntnis können ausgehend vom Preisniveau der Verkaufspreise Rückschlüsse auf Preisspannen bei den vorgelagerten Bezugspreisen gezogen werden. Das kann im Rahmen der Jahresgespräche/Preisverhandlungen geltend gemacht werden. Diese Kenntnis würde nicht bestehen, wenn den Wettbewerbern nicht bekannt ist, dass die unter den Marken A und B vertriebenen Produkte von demselben Hersteller stammen.
  - c) Hersteller, die eine Mehrmarkenstrategie verfolgen (eigener Absatz unter der Herstellermarke; Absatz über Dritte unter deren Eigenmarke, beispielsweise im Discountbereich) können sich der Problematik ausgesetzt sehen, eine unterschiedliche Preisstellung schwer oder nicht durchsetzen zu können. Denn auch hier wird durch die Veröffentlichung im Register ohne weiteres offengelegt, dass die Discount-Eigenmarke und die Herstellermarke dasselbe Produkt vom selben Hersteller kennzeichnen.
10. Es verwundert, dass der Gesetzgeber vorliegend eine wettbewerbsrechtlich unzulässige Veröffentlichungspflicht begründet, während die Preisgabe derartiger Informationen in anderem Kontext - etwa im Rahmen eines Informationsaustausches zwischen den Unternehmen oder auf Verbundebene – als unzulässig zu unterbleiben hat. Es spricht viel dafür, dass der Gesetzgeber die Problematik nicht, jedenfalls nicht in der wettbewerbsrechtlich erforderlichen Schärfe gesehen hat. Aus europarechtlichen Vorgaben, insbesondere der Einwegkunststoff-Richtlinie (EU) 2019/904 oder der Abfallrahmenrichtlinie 2008/98/EG, ergibt sich jedenfalls keine Verpflichtung, die Veröffentlichung der Markennamen anzuordnen.

11. Nach der Begründung des EWKFondsG soll die Registrierungspflicht der Hersteller in § 7 des EWKFondsG klarstellen, dass die gesetzliche Pflicht zur Beurteilung der Erfüllung der Herstellereigenschaft beim Hersteller selbst liegt. Weiter wird in der Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 20/5164, Seite 60, ausgeführt:

„Die Vorschrift dient der Umsetzung von Artikel 8 Absatz 1 und 5 der Richtlinie (EU) 2019/904 in Verbindung mit Artikel 8a Absatz 1 der Richtlinie 2008/98/EG“

12. Die in Bezug genommenen Vorschriften der Richtlinien ordnen an, dass die Mitgliedsstaaten Regelungen zur erweiterten Herstellerverantwortung, welche durch die Richtlinie intendiert sind, zu treffen haben. Eine Verpflichtung oder gar Notwendigkeit dafür, im öffentlichen Register die Veröffentlichung der Markennamen anzuordnen, ergibt sich aus den Richtlinien nicht. Sie rechtfertigen daher auch nicht die durch § 7 Abs. 2 Nr. 5 EWKFondsG als Folge der Veröffentlichung von Markennamen bewirkte kartellrechtswidrige Transparenz.

### **III. Ergebnis**

13. Im Ergebnis bewirkt die durch § 7 Abs. 2 Nr. 5 EWKFondsG angeordnete Veröffentlichung von Markennamen im DIVID eine kartellrechtlich unzulässige Offenlegung eines wettbewerbsrelevanten und daher der Geheimhaltung der jeweiligen Unternehmen unterliegenden Parameters. Europarechtlich ist diese Offenlegung nicht geboten, sie ist daher auch nicht durch die Ziele der Richtlinie gerechtfertigt, zu deren Umsetzung § 7 EWKFondsG geschaffen wurde.

RA A. Auler