

Vertriebskartellrecht

Herausgegeben von

Dr. Michael Bauer
Rechtsanwalt

Dr. Dietmar Rahlmeyer
Rechtsanwalt

Dr. Markus Schöner
Rechtsanwalt

Bearbeitet von

Dr. Michael Bauer, Rechtsanwalt; *Dr. Robert Bodewig*, LL. M., Rechtsanwalt;
Dr. Robert Budde, Rechtsanwalt; *Martin Cholewa*, Rechtsanwalt; *Marquard Christen*, LL. M.,
MAS, Rechtsanwalt; *Frédéric Crasemann*, Legal Counsel; *Tobias Duhe*, Rechtsanwalt;
Lars Eckhoff, LL. M., Rechtsanwalt; *Peter Endres*, Rechtsanwalt; *Dr. Andreas Gayk*,
Rechtsanwalt; *Dr. Nikolas Gregor*, LL. M., Rechtsanwalt; *Dr. Rolf Hempel*, Rechtsanwalt;
Dr. Björn Herbers, M. B. L., Rechtsanwalt; *Dr. Nantje Johnston*, LL. M., Rechtsanwältin;
Stefan Lehr, Rechtsanwalt; *Hadi Mirzai*, Rechtsanwalt; *Kai Neuhaus*, LL. M., Rechtsanwalt;
Dr. Dietmar Rahlmeyer, Rechtsanwalt; *Dr. Tim Reher*, M. Jur., Rechtsanwalt;
Paetrick Sakowski, LL. M., Legal Counsel; *Dr. Arno Scharf*, Legal Counsel;
Dr. Philipp Schliffke, Ökonom; *Dr. Denis Schlimpert*, LL. M., Rechtsanwalt;
Dr. Markus Schöner, M. Jur., Rechtsanwalt; *Christoff Soltau*, LL. M., Rechtsanwalt;
Dr. Shaya Stender, Rechtsanwältin; *Dr. Dieter Zandler*, LL. M., Rechtsanwalt.

2. Auflage 2024



- Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO regelt den – praktisch sehr wichtigen – Sonderfall der vertikalen Vereinbarung zwischen Wettbewerbern und der Konstellation des vor allem bedingt durch den Internethandel zunehmenden dualen Vertriebs.
- Art. 2 Abs. 5 Vertikal-GVO enthält Konkretisierungen für den zulässigen Informationsaustausch um dualen Vertrieb.
- Art. 2 Abs. 6 Vertikal-GVO nimmt – verkürzt gesprochen – Online-Vermittlungsdienste von den Regelungen des dualen Vertriebs aus.
- Art. 2 Abs. 7 Vertikal-GVO betrifft das Verhältnis der Vertikal-GVO zu anderen – vertikalen, nicht horizontalen – Gruppenfreistellungsverordnungen.

Wie sich aus dem Begriff der vertikalen Vereinbarung – definiert in Art. 1 Abs. 1 lit. a 2 Vertikal-GVO – ergibt, gilt die Verordnung insbesondere für folgende Verhaltensweisen nicht:

- Einseitige Handlungen von Unternehmen;
- Horizontale Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die im Rahmen der konkreten Vertragsbeziehung auf derselben Wirtschaftsstufe tätig sind;
- Wettbewerbsbeschränkungen in vertikalen Vereinbarungen, die sich nicht auf den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen beziehen;
- Vereinbarungen, die mit nicht gewerblichen Endverbrauchern geschlossen werden.

B. Schirmfreistellung, Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO

I. Regelungsinhalt

Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO erfasst sämtliche vertikale Vereinbarungen, ohne zwischen 3 einzelnen Vertriebsformen (Alleinvertrieb, Alleinbezug und Franchising)¹ zu differenzieren. Aus diesem Grund haben sich in der Literatur die Begriffe **Schirmfreistellung/Schirm-GVO** durchgesetzt.² Im Verordnungstext selbst wird in Art. 4 Vertikal-GVO auf bestimmte Vertriebssysteme abgestellt (Alleinvertrieb, selektiver Vertrieb, sog. freier Vertrieb, Internethandel). In den begleitenden Leitlinien der Kommission (Vertikal-Leitlinien) werden verschiedene Vertriebsformen und –praktiken näher beleuchtet.³

Ist der Anwendungsbereich über Art. 2 Vertikal-GVO eröffnet, sind die weiteren 4 Voraussetzungen der Vertikal-GVO zu prüfen.⁴ Nach Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO dürfen die Marktanteile aller beteiligter Unternehmen auf dem relevanten Absatz- oder Bezugsmarkt die Marktanteilsschwelle von 30 % nicht überschreiten.⁵ Zudem dürfen die Vereinbarungen keine Kernbeschränkungen iSd Art. 4 Vertikal-GVO (sog. Schwarze Klauseln) enthalten.⁶ Darüber hinaus sind diejenigen Klauseln unwirksam, die unter Art. 5 Vertikal-GVO fallen. Das sind hauptsächlich Wettbewerbsverbote sowie – seit der Vertikal-GVO 2022 – Paritätsverpflichtungen in der Plattformökonomie. Anders als bei einer Kernbeschränkung bleibt bei einem Verstoß gegen Art. 5 Vertikal-GVO die Vereinbarung im Übrigen gruppenfreistellungsfähig.⁷

¹ Vor Geltung der ersten Vertikal-GVO (VO (EG) 2790/1999) jeweils einzeln geregelt durch VO (EWG) 1983/1983, VO (EWG) 1984/1983 und VO (EWG) 4087/1988.

² Schultze/Pautke/Wagener Vertikal-GVO Rn. 375; Liebscher/Flohr/Petsche Gruppenfreistellungs-VO-HdB/Petsche/Lager § 7 Rn. 30; Immenga/Mestmäcker/Ellger Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 1; MüKo-WettBR/Bernhard Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 2; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Baron Vert-GVO Art. 2 Rn. 78.

³ Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, Rn. 378; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Baron Vert-GVO Art. 2 Rn. 78.

⁴ Immenga/Mestmäcker/Ellger Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 53 spricht von „Negativvoraussetzungen“.

⁵ → § 7 Rn. 5 ff.

⁶ → § 8 Rn. 6 ff.

⁷ Immenga/Mestmäcker/Ellger Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 56; hierzu → § 13 Rn. 88.

II. Voraussetzungen

1. Vertikale Vereinbarung

- 5 Voraussetzung für das Vorliegen von Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO ist zunächst eine **vertikale Vereinbarung**. Der Begriff der vertikalen Vereinbarung ist in Art. 1 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO definiert als

„eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Unternehmen, die für die Zwecke der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise auf einer anderen Stufe der Produktions- oder Vertriebskette tätig sind und die die Bedingungen betrifft, zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen“.

- 6 Die Freistellung kommt somit grundsätzlich sämtlichen Formen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen in Verträgen zwischen Unternehmen unterschiedlicher Wirtschaftsstufen zugute, soweit sie sich auf den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen beziehen.
- 7 **a) Unternehmensbegriff.** Nach dem funktionalen Unternehmensbegriff sind alle Einheiten, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform ein **Unternehmen** iSd Vertikal-GVO.⁸ Es können an der Vereinbarung auch mehr als zwei Unternehmen beteiligt sein.⁹ Vereinbarungen zwischen Konzerngesellschaften sind bereits nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst.¹⁰ Vereinbarungen, die mit Endverbrauchern, die nicht als Unternehmen tätig sind, abgeschlossen werden, unterfallen ebenfalls nicht der Vertikal-GVO.¹¹
- 8 **b) Vereinbarungsbegriff.** Der Vereinbarungsbegriff entspricht dem des Art. 101 Abs. 1 AEUV.¹² Tatbestandsmäßig sind auch abgestimmte Verhaltensweisen. Erforderlich für eine Vereinbarung ist eine Willenseinigung von mindestens zwei Parteien, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten.¹³ Diese Einigung kann auch formlos und sogar stillschweigend erfolgen.¹⁴ Voraussetzung ist eine faktische Bindungswirkung wirtschaftlicher oder moralischer Art. Ein sog. Gentlemen's Agreement ist regelmäßig ausreichend.¹⁵ Einseitige Maßnahmen sind hingegen an Art. 102 AEUV zu messen und fallen nicht unter die Vertikal-GVO.¹⁶
- 9 Die **abgestimmte Verhaltensweise** (concerted practice) dient daneben als Auffangtatbestand.¹⁷ Sie erfasst jede Koordinierung wettbewerblichen Verhaltens, das bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbunden Wettbewerbers treten lässt.¹⁸ Damit kann auch koordiniertes Verhalten erfasst sein, das auf einem Informationsaustausch basiert.¹⁹ Auch insoweit kommt eine Gruppenfreistellung in Betracht.
- 10 Im Gegensatz zu Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen nach dem eindeutigen Wortlaut nicht unter die Vertikal-GVO. Sie betreffen regelmäßig horizontale Beziehungen zwischen Wettbewerbern und können nur selten als vertikale Vereinbarung qualifiziert werden.²⁰

⁸ Immenga/Mestmäcker/Ellger Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 6 mwN.

⁹ Ausdrücklich Art. 1 Abs. 1 lit. a.

¹⁰ Hierzu → § 2 Rn. 10; MüKo WettbR/Bernhard Vertikal-GVO Art. 1 Rn. 14.

¹¹ Vertikal-LL Rn. 56.

¹² Wiedemann KartellR-HdB/Seeliger § 11 Rn. 75.

¹³ Vertikal-LL Rn. 53.

¹⁴ Wiedemann KartellR-HdB/Lübbig § 8 Rn. 9 mwN.

¹⁵ Wiedemann KartellR-HdB/Lübbig § 8 Rn. 10.

¹⁶ → § 2 Rn. 25; Vertikal-LL Rn. 52; näher zur Abgrenzung Bunte/Nolte AEUV nach Art. 101 Rn. 463 f., 466 f., 512.

¹⁷ Wiedemann KartellR-HdB/Lübbig § 8 Rn. 12.

¹⁸ Bereits EuGH 14.7.1972 – 48/69, BeckRS 2004, 73172 Rn. 64 – ICI/Kommission.

¹⁹ Bereits EuGH 16.12.1975 – 40/73, BeckRS 2004, 71110 Rn. 173 – Suiker Unie/Kommission.

²⁰ Wiedemann KartellR-HdB/Seeliger § 11 Rn. 77 mwN.

c) Vertikalverhältnis. Vertikal ist eine Vereinbarung, wenn die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen auf **unterschiedlichen Stufen der Produktions-/Vertriebskette** stehen, wie zB Hersteller und Vertriebshändler eines Produktes. Dies ist in Bezug auf die Waren oder Dienstleistungen der konkreten Vereinbarung zu untersuchen. Es kommt nicht darauf an, ob die Parteien im Übrigen generell oder überwiegend als Hersteller und Händler tätig sind.²¹ 11

Es müssen alle Beteiligten auf unterschiedlichen Produktionsstufen stehen. Sofern mehr als zwei Unternehmen eine Vereinbarung schließen, wäre dies zB zwischen Hersteller, Großhändler und Einzelhändler möglich.²² Der Fall einer einheitlichen Vereinbarung zwischen einem Hersteller und mehreren Großhändlern oder Einzelhändlern ist hingegen nicht erfasst und somit nicht gruppenfreigestellt. Der Hersteller könnte allerdings mit jedem der Großhändler separate Vereinbarungen schließen, um eine Freistellung nach der Vertikal-GVO zu erreichen.²³ 12

Art. 1 Abs 1 lit. d Vertikal-GVO hält ausdrücklich fest, dass Anbieter auch ein Unternehmen ist, das Online-Vermittlungsdienste anbietet. Bei vertikalen Vereinbarungen in Bezug auf die Bereitstellung von Online-Vermittlungsdiensten gelten sowohl die Online-Vermittlungsdienste als auch die Waren oder Dienstleistungen, die Gegenstand der dadurch vermittelten Transaktionen sind, als Vertragswaren oder -dienstleistungen iSd Vertikal-GVO.²⁴ 13

Sofern die beteiligten Unternehmen daneben auch (potentielle) Wettbewerber sind, nimmt Art. 1 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO solche Vereinbarungen nicht aus dem Anwendungsbereich der Vertikal-GVO heraus. Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO trifft hierzu ergänzende Regelungen restriktiver Art.²⁵ Eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, die im Rahmen der konkreten Vertragsbeziehung auf derselben Wirtschaftsstufe tätig sind, ist als horizontale Vereinbarung von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Vertikal-GVO ausgeschlossen.²⁶ 14

d) Gegenstand der Vereinbarung. Von praktischer Bedeutung ist insbesondere die Beschränkung auf Vertikalvereinbarungen, die Bedingungen betreffen, „zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen“ (vgl. Legaldefinition in Art. 1 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO). Diese Einschränkung entspricht dem Zweck der Vertikal-GVO, die Bezugs- und Vertriebsvereinbarungen erfassen soll. Auch eine als Verbot formulierte Klausel kann eine solche Bedingung darstellen.²⁷ Relevant sind vor allem Alleinvertriebs- und Alleinbezugspflichten. Bei einem Alleinvertriebssystem weist der Anbieter regelmäßig bestimmte Gebiete oder Kundengruppen einem oder – nunmehr²⁸ – bis zu fünf Händlern exklusiv zu.²⁹ Bei einer Alleinbezugspflicht verpflichtet sich der Abnehmer dazu, seinen gesamten Bedarf bei ein und demselben Anbieter zu decken, sodass alternative Bezugsquellen ausgeschlossen werden.³⁰ Auch der Bezug von Waren zum Eigenverbrauch oder zur Weiterverarbeitung ist von Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO erfasst.³¹ Auf die zivilrechtliche Einordnung als Kaufvertrag oder das Vorliegen einer Gegenleistung kommt es nicht an.³² 15

²¹ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Baron Vert-GVO Art. 2 Rn. 96.

²² Vertikal-LL Rn. 56 ff.

²³ Wiedemann KartellR-HdB/Seeliger § 11 Rn. 82; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Baron Vert-GVO Art. 2 Rn. 96.

²⁴ Vertikal-LL Rn. 60; insofern obsolet OLG Düsseldorf 3.12.2017 – VI-U (Kart) 5/17, BeckRS 2017, 136534 Rn. 22 f. – Expedia.

²⁵ Dazu → Rn. 34 ff.

²⁶ Vertikal-LL, Rn. 57.

²⁷ LG Frankfurt 21.8.2018 – 3–06 O 35/17, BeckRS 2018, 23968.

²⁸ → § 5 Rn. 26.

²⁹ Vertikal-LL Rn. 117; näher dazu → § 16 Rn. 8 ff.

³⁰ Näher dazu → § 22 Rn. 1 f.

³¹ Wiedemann KartellR-HdB/Seeliger § 11 Rn. 83 mwN.

³² Bechtold/Bosch/Brinker VO 2022/720 Art. 1 Rn. 14.

- 15a Fraglich ist, inwiefern die Freistellung greifen kann, wenn die Vereinbarung eine Warengruppe behandelt, die Beschränkung aber eine andere Warengruppe betrifft.³³ Das LG Frankfurt hat im Falle eines Servicevertrages eines Automobilherstellers mit einer Werkstatt auch das darin enthaltene Verbot des Vertriebs von Kraftfahrzeugen als freigestellt angesehen:³⁴ Der Servicevertrag sei eine vertikale Vereinbarung und das Verkaufsverbot eine Bedingung, zu der der Abnehmer Waren und Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen darf.³⁵
- 16 **Miet- und Pachtverträge** sollen als solche nicht in den Anwendungsbereich der Vertikal-GVO fallen.³⁶ Die Vermietung ist demzufolge keine Dienstleistung iSd Vertikal-GVO.³⁷
- 17 Die Begriffe **Waren und Dienstleistungen** sind weit zu verstehen. Der Warenbegriff umfasst alle gegenständlichen und immateriellen Güter, die Teil des Wirtschaftsverkehrs sein können,³⁸ auch Zwischen- und Vorprodukte.³⁹ Die Lizenzierung und Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums ist hingegen im Grundsatz keine Dienstleistung iSv Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO (vgl. Art. 2 Abs. 3 Vertikal-GVO).⁴⁰
- 18 Gelegentlich wird einer Vertragspartei nicht nur der Vertrieb konkurrierender Produkte, sondern auch deren Herstellung und/oder Entwicklung untersagt. Da es sich hierbei weder um eine Bezugs- noch um eine Vertriebstätigkeit handelt, sollen Forschungs- und Entwicklungsverbote nach den Vertikal-Leitlinien entzogen sein.⁴¹

2. Vertikale Beschränkung

- 19 Art. 2 Abs. 1 S. 2 Vertikal-GVO stellt klar, dass nicht jede vertikale Vereinbarung von der Vertikal-GVO erfasst wird, sondern nur eine Vereinbarung, die vertikale Beschränkungen enthält. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. b Vertikal-GVO ist eine vertikale Beschränkung „eine Wettbewerbsbeschränkung in einer vertikalen Vereinbarung, die unter Artikel 101 Abs. 1 AEUV fällt“.
- 20 Als **Vorfrage** ist damit zu prüfen, ob überhaupt eine **Wettbewerbsbeschränkung** iSv Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt.⁴² Relevant wird diese Frage etwa bei bestimmten Vereinbarungen mit echten Handelsvertretern, die bereits nicht Art. 101 Abs. 1 AEUV unterfallen (sog. Handelsvertreterprivileg).⁴³ Gleiches gilt in Bezug auf qualitativ selektive Vertriebssysteme und Franchisevereinbarungen.⁴⁴ Ist eine Wettbewerbsbeschränkung nicht spürbar, scheidet die Anwendbarkeit der Vertikal-GVO ebenfalls aus,⁴⁵ vorausgesetzt, es handelt sich nicht um eine Kernbeschränkung iSv Art. 4 Vertikal-GVO, die von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst wird.⁴⁶

³³ Bejahend BeckOK KartellR/Grafunder Vertikal-GVO Art. 1 Rn. 27 mwN.

³⁴ LG Frankfurt 21.8.2018 – 3–06 O 35/17, BeckRS 2018, 23968.

³⁵ LG Frankfurt 21.8.2018 – 3–06 O 35/17, BeckRS 2018, 23968 Rn. 70.

³⁶ Ausdrücklich Vertikal-LL Rn. 61; Wiedemann KartellR-HdB/Seeliger § 11 Rn. 84; aA bzgl. Mietvereinbarungen in KK-KartellR/Johannes/Wegner Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 12.

³⁷ Wiedemann KartellR-HdB/Seeliger § 11 Rn. 84.

³⁸ Immenga/Mestmäcker/Ellger Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 16 mwN; Wiedemann KartellR-HdB/Seeliger § 11 Rn. 86.

³⁹ Vertikal-LL Rn. 59.

⁴⁰ Zu Art. 2 Abs. 3 Vertikal-GVO und entsprechenden Ausnahmen → § 32 Rn. 23 ff.; Immenga/Mestmäcker/Ellger Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 16.

⁴¹ Vertikal-LL Rn. 61; fraglich, da nur Vorstufen des Vertriebs (arg. a maiore ad minus).

⁴² Vertikal-LL Rn. 24; näher zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung → § 2 Rn. 36 ff.

⁴³ → § 15 Rn. 11; ausführlich hierzu Immenga/Mestmäcker/Ellger Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 26 ff.; Lieb-scher/Flohr/Petsche Gruppenfreistellungs-VO-HdB/Petsche/Lager § 7 Rn. 36 ff.

⁴⁴ Ausführlich hierzu → § 17 Rn. 12 ff. sowie → § 18 Rn. 12 ff.

⁴⁵ Zum Begriff der Spürbarkeit und der De-minimis-Bekanntmachung → § 2 Rn. 56 ff.

⁴⁶ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Baron Vert-GVO Art. 2 Rn. 93.

C. Begleitende Lizenzregelungen, Art. 2 Abs. 3 Vertikal-GVO

I. Allgemeines

Art. 2 Abs. 3 Vertikal-GVO erstreckt die Schirmfreistellung des Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen auf begleitende Regelungen über die Lizenzierung von geistigen Eigentumsrechten, die sich unmittelbar auf den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Produkten (Waren und Dienstleistungen) beziehen. 21

Der **Zweck der Regelung** liegt darin, die Freistellung für solche Vertikalvereinbarungen zu ermöglichen, mit denen der Kauf von Waren oder Dienstleistungen durch die Übertragung oder Lizenzierung von Rechten des geistigen Eigentums effizienter gestaltet werden kann.⁴⁷ Art. 2 Abs. 3 Vertikal-GVO grenzt insbesondere die Anwendungsbereiche von Vertikal-GVO und TT-GVO⁴⁸ ab. 22

Der Begriff der **Rechte des geistigen Eigentums** umfasst nach Art. 1 Abs. 1 lit. i Vertikal-GVO „unter anderem gewerbliche Schutzrechte, Know-how, Urheberrechte und verwandte Schutzrechte“.⁴⁹ Die Aufzählung der Rechte ist nicht abschließend und beinhaltet auch Patent- und Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster sowie Namens-/Firmenrechte, Marken und andere Unternehmenskennzeichen.⁵⁰ Der Begriff des Know-how ist in Art. 1 Abs. 1 lit. j Vertikal-GVO als „Gesamtheit nicht patentgeschützter praktischer Kenntnisse, die der Anbieter durch Erfahrung und Erprobung gewonnen hat und die geheim, wesentlich und identifiziert sind“ definiert.⁵¹ Die RL (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (Geheimnisschutz-RL) ändert an dem Know-how-Begriff der Vertikal-GVO zunächst nichts. Als Richtlinie kann sie die unmittelbar geltende Vertikal-GVO nicht ändern.⁵² Die Richtlinie und dementsprechend auch das deutsche Umsetzungsgesetz (GeschGehG) befassen sich zudem nicht mit dem weiten Know-how-Begriff, sondern definieren ausschließlich den Geschäftsgeheimnisbegriff. 23

II. Voraussetzungen

Nach den Vertikal-Leitlinien müssen vertikale Vereinbarungen, die Lizenzbedingungen enthalten, die folgenden fünf Bedingungen kumulativ erfüllen, um unter die Schirmfreistellung zu fallen.⁵³ 24

1. Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Produkten

Die Lizenzregelungen müssen Teil einer Vertikalvereinbarung iSd Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO sein, also einer Vereinbarung, die sich auf den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Produkten bezieht. Diese Bedingung schließt u. a. **reine Lizenzvereinbarungen** und solche **zur Herstellung von Produkten** von der Anwendung der Vertikal-GVO aus.⁵⁴ Daher gilt die Vertikal-GVO nicht für „Rezept-Lizenzen“, reine Markenlizenzverträge (zB Merchandising),⁵⁵ Sponsorenverträge (zB „offizieller Ausrüster der Fußballnationalmannschaft“) sowie Urheberrechtslizenzen im Rundfunkbereich (zB Gewährung von Fernsehübertragungsrechten).⁵⁶ Im Umkehrschluss folgt daraus, dass die Lizenzierung als solche 25

⁴⁷ Vertikal-LL Rn. 73.

⁴⁸ VO (EG) Nr. 772/2004.

⁴⁹ Ausführlich Immenga/Mestmäcker/Ellger Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 81 ff.

⁵⁰ Vgl. MüKoWettbR/Bernhard Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 20.

⁵¹ Ausführlich zum Know-how → § 18 Rn. 49 ff.

⁵² Schultze/Pautke/Wagener Vertikal-GVO Rn. 289.

⁵³ Vertikal-LL Rn. 72.

⁵⁴ Vertikal-LL Rn. 74; Schultze/Pautke/Wagener Vertikal-GVO Rn. 407.

⁵⁵ Hierzu ausführlich → § 32 Rn. 26.

⁵⁶ Vertikal-LL, Rn. 74; Schultze/Pautke/Wagener Vertikal-GVO Rn. 409.

keine Dienstleistung iSd Vertikal-GVO darstellen soll.⁵⁷ Reine Markenlizenzen unterfallen damit weder der Vertikal-GVO noch der TT-GVO.⁵⁸ Es bleibt nur die Selbstveranlagung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV. Mangels anderer Anhaltspunkte können allerdings die Wertungen der Vertikal-GVO auch in deren Rahmen herangezogen werden.⁵⁹

2. Lizenz des Anbieters

- 26 Die geistigen Eigentumsrechte müssen vom Anbieter an den Abnehmer lizenziert werden.⁶⁰ Auf die genaue rechtliche Einordnung der Lizenz („einfach“, „ausschließlich“ etc) kommt es dabei nicht an.⁶¹ Erfolgt umgekehrt eine Lizenzierung vom Abnehmer an den Anbieter, unterfällt diese Vereinbarung nicht der Vertikal-GVO. Insbesondere **Zulieferverträge** iSd Zulieferbekanntmachung⁶² enthalten häufig eine solche „umgekehrte“ Lizenzierung, erfüllen jedoch bereits nicht den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV und bedürfen dann keiner Freistellung nach der Vertikal-GVO.⁶³

3. Lizenz nicht Hauptgegenstand des Vertrages

- 27 Die Lizenzvereinbarung darf nicht den Hauptgegenstand des Vertrages bilden. Diese Bedingung schließt die Anwendung der Vertikal-GVO auf reine bzw. „schwerpunktmäßige“ Lizenzvereinbarungen aus. Die Lizenzregelungen dürfen nur der Durchführung des Vertriebsvertrages dienen.⁶⁴ In Erwägungsgrund 3 der Vertikal-GVO bezeichnet die Kommission solche Lizenzregelungen auch als **Nebenabrede**.⁶⁵ Stellen Lizenzregelungen den Hauptgegenstand der Vereinbarung dar, kommt jedoch eine Anwendung der TT-GVO in Betracht.⁶⁶ Der Hauptgegenstand einer Vereinbarung bestimmt sich nach der Gesamtheit der in ihr getroffenen Regelungen sowie den damit verfolgten Zwecken. Maßgeblich sind diejenigen Leistungen, die die zentralen Interessen widerspiegeln, die die Parteien mit dem Abschluss der Vereinbarung verfolgt haben.⁶⁷ Für die Einordnung ist insbesondere auch der kommerzielle Fokus der Vereinbarung zu berücksichtigen.⁶⁸

4. Zweckbindung

- 28 Die Bestimmungen über die Rechte des geistigen Eigentums müssen die Nutzung bzw. den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen dem Abnehmer oder dessen Kunden erleichtern.⁶⁹ Es ist im Umkehrschluss nicht erforderlich, dass diese Bestimmungen notwendige Voraussetzung für den Verkauf oder Gebrauch sind.⁷⁰
- 29 Die Waren oder Dienstleistungen selbst werden häufig von dem Lizenzgeber geliefert bzw. erbracht. Gleichgestellt ist der Fall, dass der Lizenznehmer die Produkte von einem Dritten bezieht (so insbesondere beim Franchising).⁷¹ Diese Zweckbindung soll nach

⁵⁷ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Baron Vert-GVO Art. 2 Rn. 123 Fn. 248.

⁵⁸ → § 32 Rn. 21 ff.; TT-LL Rn. 112; Schultze/Pautke/Wagener Vertikal-GVO Rn. 413.

⁵⁹ → § 32 Rn. 24; Bunte/Nolte AEUV nach Art. 101 Rn. 355; Schultze/Pautke/Wagener Vertikal-GVO Rn. 413.

⁶⁰ Vertikal-LL Rn. 75.

⁶¹ Schultze/Pautke/Wagener Vertikal-GVO Rn. 415.

⁶² Komm. 18.12.1978, ABl. 1979 C 1, 2 („Zulieferbekanntmachung“).

⁶³ MüKo WettbR/Bernhard Vertikal-GVO Art. 2 Fn. 31 in Rn. 25; zu Zuliefervereinbarungen → § 38 Rn. 9 ff.

⁶⁴ Vertikal-LL Rn. 76.

⁶⁵ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Baron Vert-GVO Art. 2 Rn. 125 spricht von einer „Annexregelung“.

⁶⁶ MüKo WettbR/Bernhard Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 26.

⁶⁷ Immenga/Mestmäcker/Ellger Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 87.

⁶⁸ Schultze/Pautke/Wagener Vertikal-GVO Rn. 417.

⁶⁹ Vertikal-LL Rn. 77.

⁷⁰ Schultze/Pautke/Wagener Vertikal-GVO Rn. 418.

⁷¹ Vertikal-LL Rn. 77; ausführlich zum Franchising → § 18 Rn. 10 ff.

Auffassung der Kommission auch dann erfüllt sein, wenn der Lieferant eines Konzentrats seinem Käufer das Recht lizenziert, das Endprodukt aus dem Konzentrat herzustellen und abzufüllen (sog. Coca-Cola-Klausel).⁷²

5. Keine nicht freigestellten Beschränkungen

Schließlich dürfen die Lizenzregelungen keine Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken, die von der Vertikal-GVO nicht freigestellt werden, also keine Wettbewerbsbeschränkung iSd Art. 4 Vertikal-GVO und des Art. 5 Vertikal-GVO (Wettbewerbsverbote).⁷³ Ansonsten bestünde die Gefahr, dass die genannten Verbote beispielsweise durch urheberrechtliche Territorialklauseln, die einen absoluten Gebietsschutz gewährleisten sollen, umgangen werden könnten.⁷⁴

III. Einzelfälle

Vor allem **Markenzeichen, Urheberrechte und Know-how** sind Rechte des geistigen Eigentums iSd Art. 2 Abs. 3 Vertikal-GVO.⁷⁵ Die Kommission geht in den nachfolgenden Fällen davon aus, dass die genannten Rechte grundsätzlich der Durchführung vertikaler Vereinbarungen dienen:⁷⁶

- Markenzeichenzulizenzen, die Händlern für den Vertrieb von Produkten des Lizenzgebers erteilt werden;⁷⁷
- Lizenzvereinbarungen, mit denen Wiederverkäufer von Waren, für die ein Urheberrecht besteht (Bücher, Software usw), vom Inhaber des Rechts dazu verpflichtet werden, nur unter der Voraussetzung weiterzuverkaufen, dass der Abnehmer das Urheberrecht nicht verletzt;⁷⁸
- Vereinbarungen über die Lieferung von Kopien einer Software auf einem materiellen Träger zum Zweck des Weiterverkaufs, mit denen der Wiederverkäufer keine Lizenz für die Rechte an der Software erwirbt, sondern lediglich das Recht, die Kopien weiterzuverkaufen.⁷⁹ Hierbei wird die die Software betreffende Lizenzvereinbarung nur zwischen dem Inhaber des Urheberrechts und dem Nutzer der Software geschlossen. Die Entsigelung des Softwareprodukts begründet dabei eine Vermutung, dass der Nutzer den Vereinbarungsbestimmungen zustimmt (sog. Shrink Wrap-Lizenz).⁸⁰ Im Umkehrschluss sind **reine Softwarelizenzen**, die nicht an eine körperliche Übertragung eines Datenträgers gebunden sind, nicht erfasst.⁸¹ **Softwarewartungsverträge**, die Dienstleistungsverträge sind, fallen unter die Vertikal-GVO.⁸²
- Vereinbarungen, mit denen der Urheberrechtsinhaber den Abnehmer von Hardware, die mit urheberrechtlich geschützter Software geliefert wird, dazu verpflichtet, nicht gegen das Urheberrecht zu verstoßen, und daher die Software nicht zu kopieren oder weiterzuverkaufen oder in Verbindung mit einer anderen Hardware zu verwenden.⁸³ Solche

⁷² Vertikal-LL Rn. 77.

⁷³ Vertikal-LL Rn. 78; zu Kernbeschränkungen und Wettbewerbsverboten → § 8 Rn. 3 ff. und → § 13 Rn. 3 ff.

⁷⁴ Schultze/Pautke/Wagener Vertikal-GVO Rn. 421; Immenga/Mestmäcker/Ellger Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 98.

⁷⁵ Vertikal-LL Rn. 79.

⁷⁶ Vertikal-LL Rn. 80 ff.; Liebscher/Flohr/Petsche Gruppenfreistellungs-VO-HdB/Petsche/Lager § 7 Rn. 58 ff.

⁷⁷ Hierzu → § 32 Rn. 26 ff.

⁷⁸ Vertikal-LL Rn. 81.

⁷⁹ Siehe detailliert zu Softwarevereinbarungen Immenga/Mestmäcker/Ellger Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 92; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Baron Vert-GVO Art. 2 Rn. 126.

⁸⁰ Vertikal-LL Rn. 83.

⁸¹ MüKoWettbR/Bernhard Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 30.

⁸² MüKoWettbR/Bernhard Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 30.

⁸³ Vertikal-LL Rn. 84.

kombinierten Hardware-/Softwareverträge sind für Notebooks, Tablets und Smartphones sowie zunehmend auch im Smart-Home-Bereich von erheblicher Bedeutung.

- **Franchisevereinbarungen** mit Weitergabe von Know-how an den Abnehmer.⁸⁴ Solche Vereinbarungen enthalten typischerweise Lizenzen zur Nutzung von Rechten des geistigen Eigentums an Marken- und sonstigen Zeichen und von Know-how zum Zwecke des Vertriebs von Waren bzw. der Erbringung von Dienstleistungen. Neben der Lizenz an sich gewährt der Franchisegeber dem Franchisenehmer regelmäßig während der Laufzeit der Vereinbarung auch kommerzielle oder technische Unterstützung in Form von Beschaffungsleistungen, Schulungsmaßnahmen, Immobilienberatung oder Finanzplanung.⁸⁵ Die überlassenen Rechte des geistigen Eigentums helfen dem Franchisenehmer, die Produkte, die ihm entweder der Franchisegeber selbst oder ein von diesem beauftragtes Unternehmen liefert, weiterzuverkaufen oder zu nutzen und die daraus resultierenden Waren oder Dienstleistungen weiterzuverkaufen.
- 32 Franchisevereinbarungen, die ausschließlich oder in erster Linie die Vergabe von Lizenzen für die Nutzung von Rechten des geistigen Eigentums betreffen, fallen nicht unter die Vertikal-GVO. In der Regel wird die Kommission aber auch auf diese Vereinbarungen die in der Vertikal-GVO und in den Leitlinien dargelegten Grundsätze anwenden.⁸⁶
- 33 Bei den wettbewerbsbeschränkenden Lizenzregelungen stellt sich die Vorfrage, ob die betreffende verhaltensbeschränkende Klausel zur Sicherung des Bestands des Schutzrechts erforderlich und damit dem Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV generell entzogen ist (sog. **ancillary restraint/Nebenabredenprivileg**).⁸⁷ Unterfällt die betreffende Klausel der Vertikal-GVO, kann diese Frage dahinstehen.

D. Vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, Art. 2 Abs. 4–6 Vertikal-GVO

- 34 Nach Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO gilt die Schirmfreistellung des Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO grundsätzlich nicht für vertikale Vereinbarungen, die zwischen Wettbewerbern vereinbart werden, Regelungen zwischen Wettbewerbern sind hauptsächlich Gegenstand der Horizontal-Leitlinien.⁸⁸ Die Kommission sieht bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern ein gesteigertes Kollisionsrisiko.⁸⁹

I. Wettbewerber

- 35 Als **Wettbewerber** definiert Art. 1 Abs. 1 lit. c Vertikal-GVO alle tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerber auf dem relevanten Markt. Der relevante Markt umfasst neben dem sachlichen (**Produkt-**) Markt auch den **geografischen Markt**.⁹⁰ Zur **Markt-abgrenzung** kann die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft⁹¹ herangezogen werden. Maßgeblich ist ein Wettbewerbsverhältnis gerade in Bezug auf die von der vertikalen Vereinbarung betroffenen Waren oder Dienstleistungen.⁹² Damit können grundsätzlich auch zwei vertikal integrierte Unternehmen eine vertikale Vereinbarung schließen, die nach der Vertikal-GVO freigestellt ist, soweit sich die Vereinbarung auf Produkte oder

⁸⁴ Hierzu → § 18 Rn. 24 ff.

⁸⁵ Vertikal-LL Rn. 85.

⁸⁶ Vertikal-LL Rn. 86.

⁸⁷ → § 2 Rn. 65 ff.; KK-KartellR./Johannsen/Wegner Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 39.

⁸⁸ Vertikal-LL Rn. 88, Rn. 113.

⁸⁹ Vertikal-LL Rn. 10.

⁹⁰ Schultze/Pautke/Wagener Vertikal-GVO Rn. 463; MüKoWettbR./Bernhard Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 38.

⁹¹ Komm. 9.12.1997, ABl. 1997 C 372, 5; wird Stand 19.9.2023 überarbeitet; → § 7 Rn. 18 ff.

⁹² Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Baron Vert-GVO Art. 2 Rn. 134.