



## Luxuskosmetik im Internet (nach EuGH, Urteil v. 13.10.2011 – C-439/09 – Pierre Fabre, Slg. 2011 I-9447)<sup>1</sup>

### I. Sachverhalt

Das Unternehmen P stellt u. a. Kosmetika und Körperpflegeprodukte her. Zu den von P vertriebenen Marken gehören u. a. die Produkte Klorane, Ducray, Galénic und Avène. Sie werden im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems hauptsächlich über Apotheken auf dem französischen und dem europäischen Markt vertrieben.

Der Anteil von P am französischen Markt für diese Produkte beträgt 20 %. In den übrigen Mitgliedsstaaten, in denen P die genannten Produkte vertreibt, beträgt der Marktanteil zwischen 10 und 15 %.

In den Vertriebsvereinbarungen für die genannten Produkte der Marken Klorane, Ducray, Galénic und Avène ist vorgesehen, dass der Verkauf ausschließlich in einem physischen Raum und in Anwesenheit eines diplomierten Pharmazeuten erfolgen darf. Für den Fall eines Verstoßes sieht die Vereinbarung eine Vertragsstrafe in Höhe von ... vor, die P von dem jeweiligen Vertriebshändler verlangen kann.

P begründet seine Vertriebsbedingungen mit der Art der betreffenden Produkte. Diese seien auf besondere Hautprobleme, wie z.B. überempfindliche Haut, abgestimmt, bei denen das Risiko einer allergischen Reaktion bestehe. Die physische Anwesenheit eines diplomierten Pharmazeuten gewährleiste, dass ein Kunde den auf einer direkten Untersuchung seiner Haut, Haare oder Kopfhaut fundierten Rat eines Fachmanns jederzeit einholen könne. Auch werde das Risiko des Trittbrettfahrens durch andere Apotheker vermindert.

Der zugelassene Vertriebshändler V vertreibt die Kosmetika des P über das Internet. P sieht dies als Verstoß gegen seine Vertriebsbedingungen an und verlangt von V Zahlung einer Vertragsstrafe.

V verweigert jedoch die Zahlung. Er ist der Ansicht, dass die Vertriebsbedingungen gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstoßen und somit nichtig seien. Insbesondere handele es sich um eine Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. c der Vertikal-GVO (Verordnung Nr. 330/2010), da Endverbrauchern die Möglichkeit genommen werde, die Produkte des P über das Internet zu erwerben. Auch sei die in Art. 4 lit. c enthaltene Ausnahme nicht einschlägig, da eine Internetseite nicht mit einer „nicht zugelassenen Niederlassung“ gleichzusetzen sei. Der Internetvertrieb sei nämlich kein Vertriebsort, sondern vielmehr ein alternativer Vertriebsweg.

Kann P von V Zahlung einer Vertragsstrafe verlangen?

<sup>1</sup> Studienabschließender Klausur im Wintersemester 2011/2012.

---

## II. Lösungsvorschlag<sup>2</sup>

P könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe aus Art. 1.1/1.2. der allgemeinen Vertriebs- und Verkaufsbedingungen haben.

Dies setzt jedoch deren Wirksamkeit voraus. Art. 101 Abs. 2 AEUV könnte hier als Wirksamkeitshindernis entgegenstehen:

Nichtigkeit gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV?

### I. Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV?

1. Adressaten des Kartellverbots: Unternehmen
2. Vereinbarung

Die Vertriebsvereinbarung stellt eine Vereinbarung zwischen im Vertikalverhältnis zueinander stehenden wirtschaftlich selbstständig tätigen Einheiten und damit Unternehmen dar.<sup>3</sup>

3. Wettbewerbsbeschränkung: Beschränkung der Handlungsfreiheit der Apotheker (Einzelhändler)

Die Vertriebsvereinbarung müsste „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“ bezwecken oder bewirken. Wenn feststeht, dass eine Vereinbarung einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, brauchen ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht geprüft zu werden.<sup>4</sup> Der wettbewerbsbeschränkende Zweck ist aus dem Inhalt der Vereinbarung und den objektiven Zielen, die sie zu erreichen sucht, zu ermitteln, nicht nach den subjektiven Vorstellungen der Parteien.<sup>5</sup>

Die in Rede stehende Vertriebsvereinbarung (Verkauf in einem physischen Raum in Anwesenheit eines diplomierten Pharmazeuten) führt für die Vertriebshändler de facto zu einem Verbot sämtlicher Verkaufsformen über das Internet. Dadurch wird die Möglichkeit der Vertriebshändler, die Produkte auch außerhalb ihres Tätigkeitsbereichs zu verkaufen, und damit einhergehend die (wettbewerbliche) Handlungsfreiheit erheblich eingeschränkt.

4. Zwischenstaatlichkeit: Geeignetheit und Spürbarkeit

Der zwischenstaatliche Handel ist aufgrund des gemeinschaftsweiten Vertriebsnetzes spürbar berührt. Insbesondere sind die Schwellenwerte der sog. NAAT-Regel (5 % Marktanteil, 40 Mio. EUR Umsatz) auch nicht unterschritten.

5. Erheblichkeitsschwelle (de minimis)

Von der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ist auszugehen. Insbesondere sind die Schwellenwerte der sog. Bagatellbekanntmachung<sup>6</sup> (max. 15 % Marktanteil auf allen betroffenen Märkten) der Kommission überschritten.

---

<sup>2</sup> Unter Mitwirkung von Herrn Ass. iur. Ulrich Pfeffer.

<sup>3</sup> Da es sich um einen unproblematischen Fall handelt, sind längere Ausführungen zum funktionalen Unternehmensbegriff und zur Definition der Vereinbarung entbehrlich.

<sup>4</sup> EuGH, 13.7.1966, *Grundig/Consten*, Slg. 1966, 321, 390 f)

<sup>5</sup> EuGH, 20.11.2008, *BIDS*, WuW/E EU-R 1509, 1511 Rn 21.

<sup>6</sup> Bekanntmachung der Kommission vom 22.12.2001 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken, ABl. 2001 C 368/07, vgl. insbesondere Rz. 7 lit. b.

---

II. Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV?

1. Gruppenfreistellungsverordnung?

Nach Art. 101 Abs. 3 AEUV können Gruppen von Vereinbarungen vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt werden (Gruppenfreistellungsverordnungen). In Betracht kommt hier eine Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 der VO 330/2010 (sog. Vertikal-GVO)<sup>7</sup>.

a. Sachlicher Anwendungsbereich (Vertikalvereinbarungen, keine vorrangig anwendbaren Verordnungen)

Dafür müsste zunächst der Anwendungsbereich der Vertikal-GVO eröffnet sein. Grundsätzlich erfasst die Vertikal-GVO sämtliche Vereinbarungen im Vertikalverhältnis.<sup>8</sup> Die Vertriebsvereinbarungen bestehen zwischen P und dessen Händlern, und damit zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Stufen der Produktions- und Vertriebskette tätig sind. Sie betreffen zudem die Bedingungen, zu denen die Händler die Waren verkaufen und weiterverkaufen müssen. Damit handelt es sich um eine vertikale Vereinbarung.

Diese vertikale Vereinbarung enthält auch eine vertikale Beschränkung i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit a). Der Anwendungsbereich ist damit eröffnet.

Vorrangige Verordnungen sind nicht einschlägig (Art. 2 Abs. 5 GVO).

b. Marktanteilsschwellen, Art. 3 Abs. 1 GVO (bis zu 30 % Marktanteil)

Die Schwellenwerte des Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO sind nicht überschritten, da weder P noch dessen Abnehmer einen Marktanteil von über 30 % an dem relevanten Markt haben.

Die Vertriebsvereinbarung ist damit grundsätzlich freigestellt.

c. Keine Ausnahmebestimmung gemäß Art. 4 und 5 GVO?

Es könnte jedoch eine Ausnahmebestimmung gem. Art. 4 oder 5 Vertikal-GVO eingreifen. In Betracht kommt insbesondere Art. 4 lit. c, wonach Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems eine Kernbeschränkung darstellen und damit nicht freistellungsfähig sind.

Durch das in der Vertriebsvereinbarung enthaltene Verbot des Internetvertriebs wird zumindest die Beschränkung des passiven Verkaufs<sup>9</sup> an Endverbraucher beschränkt, die über das Internet kaufen möchten und außerhalb des physischen Einzugsgebiets der jeweiligen zum Vertriebsnetz zugehörigen Apotheke ansässig sind.

Das Verbot des Internetvertriebes ist auch nicht mit einem Verbot, Geschäfte nicht von einer nicht zugelassenen Niederlassung aus zu betreiben,

---

<sup>7</sup> Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.4.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

<sup>8</sup> Vgl. die Legaldefinition in Art. 1 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO.

<sup>9</sup> Siehe die Begriffsbestimmung in den Vertikal-Leitlinien der Kommission (vom 19.5.2010, Abl. Nr. C 130 S. 1) Tz. 50: „Erledigung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden“, d. h. ohne gezielte Ansprache dieser Kunden.

---

vergleichbar. Denn der Begriff „zugelassene Niederlassungen“ erfasst nur Verkaufsstellen, in denen Direktverkäufe vorgenommen werden. Insofern gilt auch nicht die Ausnahme des Art. 4 lit. c Hs. 2.

Hier: Schwarze Klausel („Kernbeschränkung“) gemäß Art. 4 c Vertikal-GVO erfüllt.

## 2. Einzelfreistellung?

Die Vertriebsvereinbarung könnte aber im Wege der Einzelfreistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV auszunehmen sein.

**Anm.:** Aufmerksame Kandidaten könnten hier auf die Frage eingehen, ob eine Kernbeschränkung überhaupt in den Genuss einer Einzelfreistellung kommen kann. Dies ist jedoch zu bejahen, da die GFVO ansonsten indirekt den Charakter einer Gruppenverbotsverordnung erlangen würde, die das europäische Recht nicht kennt.

### a. Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen Fortschritts (vgl. „Geeignetheit“)

Voraussetzung einer Freistellung im Wege der Einzelbeurteilung ist zunächst, dass die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt.

Die in der Vertriebsvereinbarung enthaltene Verpflichtung, dass in den Verkaufsstellen mindestens eine Person mit einem ausgestellten oder anerkannten Apothekerdiplom ständig physisch anwesend ist, begründet die P mit der Art ihrer Produkte, die eine fachliche Beratung erfordere. Die Produkte seien auf besondere Hautprobleme, wie z.B. überempfindliche Haut, abgestimmt, bei denen das Risiko einer allergischen Reaktion bestehe.

Die Verpflichtung führt demnach zu einer besser auf die Bedürfnisse des Kunden abgestimmten Verkaufs der jeweiligen Produkte und steigert allgemein das Serviceniveau. Dies stellt einen typischen Effizienzvorteil dar, wie ihn auch die Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag (jetzt: Art. 101 Abs. 3 AEUV) im Auge hatten.<sup>10</sup>

Zugleich wird einer Verminderung dieses Serviceniveaus infolge von Trittbrettfahrern entgegengewirkt. Auch dies stellt (zumindest mittelbar) einen Effizienzvorteil dar. Trittbrettfahrer treten typischerweise bei Dienstleistungen auf, die ein Händler vor Vertragsschluss erbringt und deren Inanspruchnahme nicht in Rechnung gestellt wird. In solchen Fällen könnte der Kunde die intensive Beratung z.B. im vorliegenden Fall durch einen Apotheker in Anspruch nehmen und danach das Produkt von einem günstigeren Anbieter ohne Serviceleistung erwerben. Folge wäre, dass preisorientierte Anbieter von den absatzfördernden Vertriebsleistungen serviceorientierter Anbieter profitieren, ohne dass diese für ihre Leistung entgolten werden. Dies kann wiederum dazu führen, dass die serviceorientierten Anbieter ihre Serviceleistungen reduzieren, womit das Serviceniveau allgemein verschlechtert würde.

---

<sup>10</sup> Vgl. Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Rz. 72.

---

Auch im vorliegenden Fall scheint die Gefahr von Trittbrettfahrern nicht ausgeschlossen. So könnte der Kunde sich in einer Apotheke fachkundig beraten lassen, um danach das empfohlene Produkt günstiger über das Internet zu bestellen.

Aber auch eine gegenteilige Auffassung lässt sich hier durchaus vertreten: So könnte argumentiert werden, dass ein Apotheker auch bei Auftreten von Trittbrettfahrern weiterhin eine umfassende Beratung für alle von ihm anbotenen Produkte leisten wird. Ein Apotheker wird bei seiner Beratung letztlich auch nur schwer differenzieren können.

Verkauft sich das Produkt allerdings nicht mehr (weil Kunden das Produkt nun über das Internet bestellen), so besteht die Gefahr, dass Apotheker das Produkt aus ihrem Sortiment herausnehmen. Im Ergebnis führt dies zu einem kompletten Wegfall der Beratung.

**Anm.:** Gegen die hier dargestellten Effizienzvorteile könnte vorgebracht werden, dass die Sicherung von Beratungsleistungen bzw. die Steigerung des allgemeinen Serviceniveaus nur als positiver Effekt gewertet werden kann, wenn es sich um Waren handelt, bei denen zusätzliche Beratungsleistungen aus Sicht der Konsumenten wünschenswert sind. Bearbeiter könnten anführen, dass aufgrund des massenhaften Angebots solcher Pflegeprodukte in anderen Verkaufsstellen (z.B. Drogeriemärkten u.a.) eine Beratung typischerweise vom Kunden nicht mehr erwartet wird. Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass es sich vorliegend um Pflegeprodukte für spezielle Hautprobleme handelt. Der Kunde also doch zumindest anfangs (z.B. beim ersten Kauf eines solchen Produkts) einer Beratung bedarf und sie auch erwartet.

Gegen die Annahme einer Gefahr durch Trittbrettfahrer könnte von Bearbeitern angeführt werden, dass aufgrund der Kosten, die mit Einrichtung und Betrieb einer Website auf hohem Niveau verbunden sind, die Internethändler sich die Investitionen, die von Verkaufsstellen unterhaltenden Vertriebshändlern getätigt wurden, nicht als Trittbrettfahrer zunutze machen. Es ist allerdings davon auszugehen, dass die Kosten des Betriebes einer Website langfristig deutlich geringer sein dürften, als die der Serviceleistung in Form der fachkundigen Beratung.

b. Unerlässlichkeit der den beteiligten Unternehmen auferlegten Beschränkungen für die Zielverwirklichung (vgl. „Erforderlichkeit“)

Ferner müssten die Beschränkungen unerlässlich sein für die Erzielung der Effizienzgewinne. Es geht dabei um die Frage, ob die Effizienzgewinne nicht auch mit weniger wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen erzielt werden können.

Zu denken wäre u.a. an detaillierte Kundeninformationen (in Form von Texten, Bildern, interaktiven Elementen u.a.), die eine Internetseite bereithalten könnte. Dies ist jedoch mit der konkret auf den einzelnen Kunden zugeschnittenen und unmittelbaren Beratung eines Apothekers nicht gleichzusetzen.

Denkbar ist aber auch eine vertragliche Lösung: P könnte die Apotheken im Wege eines Servicevertrages dazu verpflichten, die gewünschten Beratungsleistungen zu erbringen, und sie dafür durch Rabatte o.ä. direkt entlohnen. Dies würde ein entsprechendes Serviceniveau gewährleisten. Da dieses Mittel bei gleicher Effektivität als weniger einschneidend zu beurteilen ist, ist das in den Vertriebsbedingungen enthaltene faktische Internetvertriebsverbot nicht als unerlässlich anzusehen.

**Anm.:** Eine andere Ansicht erscheint hier vertretbar.

- c. Angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn (vgl. „Verhältnismäßigkeit i. e. S.)

Die Verbraucher müssen zudem eine angemessene Beteiligung an den durch die beschränkende Vereinbarung entstehenden Effizienzgewinn erhalten.

„Angemessene Beteiligung“ bedeutet dabei, dass die Weitergabe der Vorteile die tatsächlichen oder voraussichtlichen negativen Auswirkungen mindestens ausgleicht, die durch die Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV entstehen.

Die oben dargestellten Effizienzvorteile sind demnach mit den sich aus der Vertriebsvereinbarung ergebenden Nachteilen abzuwägen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Verpflichtung zur physischen Anwesenheit eines Apothekers de facto zu einem Verbot des Internetvertriebes führt. Der Internetvertrieb kann jedoch erhebliche Vorteile mit sich bringen, denn er eröffnet dem Kunden die Möglichkeit, die Produkte von zu Hause aus zu bestellen, ohne sich dafür an einen anderen Ort begeben zu müssen. Ferner eröffnet es den Händlern die Möglichkeit die Produkte auch außerhalb ihres unmittelbaren Tätigkeitsbereichs zu vertreiben.

Diese Nachteile überwiegen die genannten Effizienzvorteile. Denn der Ausschluss einer ganzen Vertriebsform (Internetvertrieb) ist stärker zu gewichten als ein teilweiser Anstieg in der Beratungsqualität. Zu berücksichtigen ist dabei, dass auch bei Zulassung des Internetvertriebs davon ausgegangen werden kann, dass Kunden Beratungsleistungen sowohl in Apotheken als auch bei Ärzten in Anspruch werden nehmen können. Eine Beratung ist somit nicht gänzlich ausgeschlossen.

**Anm.:** Ein anderes Ergebnis der Abwägung ist hier durchaus vertretbar.

- d. Keine Ermöglichung der Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren.

Durch das faktische Internetverbot könnte für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren die Ausschaltung des Wettbewerbs ermöglicht werden. Hierfür spricht, dass ein kompletter Vertriebsweg ausgeschaltet wird, was zusätzlichen Wettbewerb erheblich einschränkt.

Gegen die Annahme einer möglichen Ausschaltung des Wettbewerbs spricht aber, dass P lediglich einen geringen Marktanteil innehat und reger Interbrand-Wettbewerb vorherrscht.

Ergebnis: Die in der Vertriebsvereinbarung enthaltene Klausel ist gem. Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig. P hat gegen V somit keinen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe.