

Seminar: „DermoLaw“ – Rechtliche Fallstricke in der Dermopharmazie

Kartellrechtliche Bewertung von selektiven Vertriebsverträgen – Apothekenexklusive Kosmetika als Beispiel

*RA Dr. jur. Nicolas Kredel,
Baker & McKenzie Partnerschaft, Düsseldorf*

Marken-Hersteller von hochwertigen Produkten wie Dermokosmetika sind im Regelfall daran interessiert, dass nur ausgewählte Vertriebshändler, die eine entsprechende Fachkenntnis aufweisen und über ausreichende Beratungsräumlichkeiten verfügen, in einem qualitativ hochwertigen Umfeld ihre Produkte präsentieren. Viele Hersteller von Kosmetika präferieren daher ein sogenanntes selektives Vertriebssystem, in dem ihre Produkte ausschließlich über Apotheken vertrieben werden.

Diese Apotheken haben im Vorfeld mit dem betreffenden Hersteller oftmals einen sogenannten „Depotvertrag“ abgeschlossen, wonach sich der Apotheker verpflichtet, die Vertragsprodukte nicht zu exportieren oder an andere Wiederverkäufer, insbesondere Drogerieketten oder Internethändler, abzugeben. Zudem enthalten solche Verträge zum Teil die Regelung, dass sich die betreffende Apotheke verpflichtet, ein „repräsentatives Kernsortiment“ in „ausreichender Menge“ zu führen und das Produktsortiment als „geschlossenen Markenblock“ neben anderen hochwertigen Pflegeprodukten zu präsentieren. Sofern sich die betreffende Apotheke an diese Vereinbarung nicht hält, wird sie teilweise mit sofortiger Wirkung nicht beliefert und für einen bestimmten Zeitraum (oftmals zwei Jahre) auf eine „schwarze Liste“ gesetzt. Mit diesen Maßnahmen bezwecken die Hersteller, den Vertrieb ihrer Produkte über andere Vertriebsstellen oder das Internet zu unterbinden.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 13. Oktober 2011 im Rahmen seines Urteils zum selektiven Vertriebssystem der Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS für die Marken Kloran, Ducray, Galénic und Avène klargestellt, dass Hersteller ihren Händlern, die physische Verkaufsstellen betreiben, im Regelfall nicht verbieten dürfen, ihre Produkte zusätzlich über das Internet zu vertreiben (1). Denn ein Total-Verbot des Internetvertriebs stelle eine Beschränkung des „passiven Verkaufs“ an Endverbraucher und daher eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar.

Die Argumentation von Pierre Fabre, wonach für den Verkauf ihrer Kosmetika – zum Beispiel aufgrund des Risikos einer allergischen Reaktion – die individuelle Beratung eines Apothekers zum Wohle des Verbrauchers erforderlich sei, wies das Gericht dabei unter Verweis auf seine ältere Entscheidungspraxis zu Kontaktlinsen (2) und zu nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (3) zurück. In der letztgenannten Entscheidung hatte der EuGH klargestellt, dass das Risiko eines möglichen Fehlgebrauchs dadurch vermindert werden könne, dass der Kunde vor einem möglichen Kauf „mehr interaktive Elemente im Internet verwenden muss“.



Auch die von Pierre Fabre vorgetragene Wahrung des Prestigecharakters eines Produkts kann nach Auffassung des EuGH „kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein“. Zudem konnte den EuGH auch nicht das Argument überzeugen, dass Internetbetreiber grundsätzlich die Möglichkeit haben, sich die Investitionen der stationären Vertriebs Händler als Trittbrettfahrer zunutze zu machen. Auch das von Pierre Fabre vorgebrachte Argument, dass beim Internetvertrieb das Risiko von Produktfälschungen deutlich höher sei, ließ der EuGH nicht gelten.

Allerdings können Hersteller trotz des vorbenannten Urteils ihren Vertriebs Händlern beziehungsweise Apotheken zumindest vorgeben, dass sie – neben dem Internetvertrieb – auch über eine stationäre Verkaufsstelle beziehungsweise über einen oder mehrere physische Verkaufsräume und über ausreichendes Fachpersonal verfügen müssen. Sofern ein solches Erfordernis eine qualitätswahrende Bedeutung hat und dieses Erfordernis einheitlich gefordert wird, könnten also durch eine solche Vorgabe zumindest reine Internethändler vom Vertrieb des betreffenden Kosmetikums ausgeschlossen werden.

Zudem darf ein Hersteller Qualitätsanforderungen an den Internetauftritt seiner Produkte vorgeben; dies gilt insbesondere für die fotografische Abbildung der Produkte, die Vorgabe realistischer Bereitstellungsfristen, die Anwendung sicherer Zahlungssysteme oder die Einrichtung einer Online-Kundendienststelle, sofern diese Maßnahmen nicht faktisch zu einem Total-Verbot des Internetvertriebs führen. Darüber hinaus darf der Hersteller verlangen, dass die Kunden die Website des Händlers beziehungsweise der Apotheke nicht über eine Website aufrufen, die den Namen oder das Logo einer Plattform eines Dritten trägt. Ferner kann es dem Hersteller unter bestimmten Umständen erlaubt sein, den Vertrieb seiner Produkte über bestimmte Auktionsplattformen wie eBay zu untersagen und in Bezug auf Internetbestellungen einzelner Besteller bestimmte Höchstmengen vorzugeben.

Grundsätzlich nicht erlaubt wären hingegen die Beschränkung des Werts oder der Menge der über das Internet getätigten Verkäufe oder die Vorgabe, dass die stationären Verkäufe des betreffenden Produkts im Verhältnis zu den Internetverkäufen einen bestimmten Mindestwert erzielen müssen. Auch die Festsetzung höherer Preise für Verkäufe im Internet ist grundsätzlich unzulässig.

Es bleiben einige Zweifelsfälle: Zulässig dürfte es unter Umständen sein, in einem Depotvertrag zur Wahrung der Qualität und Gewährleistung des richtigen Gebrauchs der Produkte mit allen Apotheken einheitlich zu vereinbaren, dass diese erst dann einen zusätzlichen Rabatt erhalten, wenn sie mit Auszügen aus ihrer Warenwirtschaft nachweisen, dass sie die betreffenden Produkte nur an Endkunden oder andere Apotheken, die in dem selektiven Vertriebssystem zugelassen sind, verkauft haben. Die Berechnung höherer Preise für reine Internethändler könnte im Grundsatz ebenfalls rechtmäßig sein, sofern es an einer marktbeherrschenden Stellung des Herstellers fehlt. Gleiches gilt für die Zahlung fester Gebühren des Herstellers an den Vertriebs Händler beziehungsweise Apotheker für dessen Verkaufsbemühungen in seinem Geschäft, sofern diese Gebühr nicht abhängig vom offline erzielten Umsatz des jeweiligen Händlers beziehungsweise Apothekers ist.

Ferner können bestimmte Beschränkungen bei Einführung eines neuen Produkts gerechtfertigt sein, sofern sie auf maximal zwei Jahre begrenzt werden. Solche Beschränkungen ließen sich



insbesondere dann rechtfertigen, wenn ein Vertriebshändler beziehungsweise Apotheker erhebliche Mittel für die Markteinführung und die Positionierung des neuen Produkts aufwenden muss.

- (1) Rs. C-439/09 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique.
- (2) EuGH, Urteil vom 2.12.2010, Rs. C-108/09 – Ker-Optika.
- (3) EuGH, Urteil vom 11.12.2003, Rs. C-322/01 – Deutscher Apothekerverband

