

## Zur Zulässigkeit von Beschränkungen des Online-Handels

### Rechtsvergleichende Bemerkungen zum EuGH-Entscheid C-108/09 betreffend Internetvertrieb von Kontaktlinsen

ROLF H. WEBER\* / SALIM RIZVI\*\*

*Im Lichte der zunehmenden Bedeutung des Online-Handels analysieren die Autoren den EuGH-Entscheid C-108/09 in Sachen Ker-Optika gegen ÁNTSZ vom 2. Dezember 2010, welcher den Internetvertrieb von Kontaktlinsen thematisiert. Gegenstand der Urteilsabwägungen bildet neben den Bestimmungen zum Binnenmarkt (Art. 34 und 36 AEUV) auch die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr 2000/31; deren Bestimmungen sind gemäss EuGH dahingehend auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die den Vertrieb von Kontaktlinsen nur in Fachgeschäften für medizinische Hilfsmittel zulässt.*

*Im zweiten Teil erörtern die Autoren die Beschränkungen des Online-Handels unter kartellrechtlichen Aspekten in der Schweiz (VertBek 2010). Bei einer kartellrechtlichen Beschränkung des Online-Handels ist zwischen verschiedenen Interessen abzuwägen; zusätzlich ist in Analogie zum Ker-Optika-Entscheid jeweils eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen.*

*A la lumière de l'importance croissante du commerce en ligne, les auteurs analysent la décision CJUE C-108/09 en la cause Ker-Optika contre ÁNTSZ du 2 décembre 2010, qui traite du commerce de lentilles de contact sur Internet. Outre les dispositions relatives au marché intérieur (art. 34 et 36 TFUE), la décision aborde également dans ses considérants la directive sur le commerce électronique 2000/31; selon l'interprétation de la Cour, cette dernière s'oppose à une réglementation nationale qui limite le commerce de lentilles de contact aux seuls commerces spécialisés dans les moyens auxiliaires médicaux.*

*Dans la seconde partie, les auteurs discutent des restrictions du commerce en ligne sous l'aspect du droit suisse des cartels (VertBek 2010). Dans ce cas, il faut effectuer une pesée des intérêts en présence et, par analogie avec la décision Ker-Optika, entreprendre un examen de la proportionnalité.*

#### I. Ker-Optika-Entscheid (EuGH)

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte
2. Erwägungen des EuGH
3. Bemerkungen

#### II. Bedeutung für die Schweiz: Kartellrechtliche Aspekte der Beschränkung des Online-Vertriebs

1. Internetvertrieb v. stationärer Fachhandel
2. Neue Vertikalbekanntmachung
3. Europakompatible Schweizer Regelung

#### Zusammenfassung / Résumé

### I. Ker-Optika-Entscheid (EuGH)

#### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens hatte der EuGH einen Rechtsstreit zwischen der Ker-Optika bt (nachfolgend Ker-Optika) und der ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet (Regionaldirektion für Gesundheitswesen in Ungarn, nachfolgend ÁNTSZ) über eine behördliche Entscheidung, mit

\* Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich, Visiting Professor an

\*\* Dr. iur., LL.M., wissenschaftlicher Assistent bei Prof. Dr. ROLF H. WEBER, Universität Zürich.

welcher die ÁNTSZ der Ker-Optika den Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet untersagte, zu entscheiden<sup>1</sup>.

Ker-Optika vertreibt Kontaktlinsen über ihre Website (Internetplattform), d. h. online. Mit Verfügung der ÁNTSZ vom 29. August 2008 wurde ihr dieser Onlinevertrieb von Kontaktlinsen untersagt<sup>2</sup>. Die ÁNTSZ entschied auf einer nationalen Rechtsgrundlage (Verordnung 7/2004 (XI. 23.)<sup>3</sup>, nach welcher der Vertrieb von Kontaktlinsen nur in einem Fachgeschäft für medizinische Hilfsmittel oder durch Lieferung nach Hause an den Endverbraucher erfolgen dürfe. Der letztgenannte Begriff umfasse weder seinem Wortlaut noch seinem Inhalt nach den Vertrieb über das Internet<sup>4</sup>. Ferner berief sich die ÁNTSZ auch auf den 18. Erwägungsgrund der *Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr 2000/31* (nachfolgend Richtlinie 2000/31)<sup>5</sup>, aus dem sich ergebe, dass der Anwendungsbereich des Gesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr den Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet nicht umfassen könne. Diesem Erwägungsgrund zufolge seien nämlich Tätigkeiten, die ihrer Art nach nicht aus der Ferne und auf elektronischem Wege ausgeübt werden könnten, wie ärztlicher Rat mit einer erforderlichen körperlichen Untersuchung eines Patienten, keine Dienste der Informationsgesellschaft. Der Vertrieb von Kontaktlinsen erfordere jedoch eine solche Untersuchung<sup>6</sup>.

Das ungarische Gericht setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vor<sup>7</sup>:

1. Fällt der Vertrieb von Kontaktlinsen in den Bereich der ärztlichen Beratung, welche die körperliche Untersuchung des Patienten erfordert, sodass er nicht im Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 liegt?
2. Ist Art. 30 EG [neu Art. 36 AEUV], wenn der Vertrieb von Kontaktlinsen nicht in den Bereich der ärztlichen Beratung fällt, welche eine körperliche Untersuchung des Patienten erfordert, dahin auszuulegen, dass die Vorschriften eines Mitgliedstaats, die bestimmen, dass Kontaktlinsen nur in einem Fachgeschäft für medizinische Hilfsmittel vertrieben werden können, gegen ihn verstossen?
3. Verletzen die ungarischen Rechtsvorschriften, wonach Kontaktlinsen nur in einem Fachgeschäft für medizinische Hilfsmittel vertrieben werden dürfen, den Grundsatz des freien Warenverkehrs im Sinne von Art. 28 EG [neu Art. 34 AEUV]?

Im Grundsatz geht der EuGH davon aus, dass sich im Rahmen des Internetvertriebs folgende Elemente unterscheiden lassen: Der Vertrieb umfasst in einem ersten Schritt den eigentlichen «Verkaufsvorgang», welcher durch das Angebot zum Online-Abschluss eines Vertrags und den elektronischen Vertragsabschluss gekennzeichnet ist. In einem zweiten Schritt umfasst der Online-Vertrieb die «Lieferung» des verkauften Produkts zum Kunden. Ausserdem geht dem Verkauf und der Lieferung in bestimmten Fällen die Konsultation eines Arztes durch den Kunden voraus<sup>8</sup>.

## 2. Erwägungen des EuGH

### a) Zur Richtlinie 2000/31 (Unterscheidung von Vertragsabschluss und Lieferung)

Hinsichtlich des Verkaufsvorgangs sorgt die Richtlinie 2000/31 nach ihrem Art. 1 Abs. 2 für eine Angleichung bestimmter, für die Dienste der Informationsgesellschaft (d.h. jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleis-

<sup>1</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09, abrufbar unter: [curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de) (alle Internetzitate wurden letztmals am 1. Mai 2011 überprüft).

<sup>2</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 14.

<sup>3</sup> Vgl. Verordnung 7/2004 (XI. 23.) des Gesundheitsministeriums über die fachlichen Anforderungen beim Vertrieb medizinischer Hilfsmittel und EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 11 m.w.H.

<sup>4</sup> In Art. 3 Abs. 1 der Verordnung 7/2004 (XI. 23.) des Gesundheitsministeriums über die fachlichen Anforderungen beim Vertrieb medizinischer Hilfsmittel, deren Reparatur und Vermietung heisst es: «Der Vertrieb medizinischer Hilfsmittel sowie deren Reparatur und Leihe können ... in einem in einer gesonderten Rechtsvorschrift dafür zugelassenen, den Voraussetzungen in Anhang 2 Nrn. I. 1 und I. 2 dieser Verordnung entsprechenden Fachgeschäft für medizinische Hilfsmittel erfolgen.» (vgl. EuGH, Rs. C-108/09 [Fn. 1], Rz. 11).

<sup>5</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt [«Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»], ABl. vom 17. Juli 2000, Nr. L 178, 1.

<sup>6</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 18.

<sup>7</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 19.

<sup>8</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 22.

tung) geltender innerstaatlicher Regelungen. Wie aus dem 18. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/31 hervorgeht, umfassen solche Dienste der Informationsgesellschaft insbesondere den Online-Verkauf von Waren<sup>9</sup>.

Gestützt auf den 34. Erwägungsgrund und Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 hat jeder Mitgliedstaat seine Rechtsvorschriften zu ändern, welche die Verwendung elektronisch geschlossener Verträge behindern könnten und die sämtliche Phasen bis zum Vertragsabschluss hinsichtlich des Online-Verkaufs von Waren, wie das Vertragsangebot sowie das Aushandeln und den Abschluss von Verträgen auf elektronischem Wege, betreffen<sup>10</sup>.

Die Richtlinie 2000/31 umfasst folglich nationale Vorschriften, die den Verkauf von Kontaktlinsen betreffende Handlungen verbieten, d. h. insbesondere das Online-Angebot und den Vertragsabschluss auf elektronischem Wege. Dagegen fallen nationale Vorschriften über die Voraussetzungen, unter denen eine über das Internet verkaufte Ware auf dem Gebiet eines Mitgliedstaats geliefert werden darf, nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie<sup>11</sup>. «Daraus ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die Lieferung von Kontaktlinsen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 fallen»<sup>12</sup>.

Tätigkeiten, die ihrer Art nach nicht aus der Ferne und auf elektronischem Wege ausgeübt werden können (z. B. ärztlicher Rat mit einer erforderlichen körperlichen Untersuchung), stellen keine Dienste der Informationsgesellschaft dar und fallen somit nicht unter die Richtlinie 2000/31. Wenn ärztlicher Rat mit einer erforderlichen körperlichen Untersuchung untrennbarer Bestandteil des Verkaufs von Kontaktlinsen wäre, hätte das Erfordernis einer solchen Beratung zur Folge, dass dieser Verkauf nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fiele<sup>13</sup>.

Der EuGH weist darauf hin, dass Kontaktlinsen unmittelbar mit dem Auge in Kontakt kommen und medizinische Hilfsmittel darstellen. Das Tragen von Kontaktlinsen vermag in einzelnen Fällen Augenentzündungen und sogar bleibende Sehstörungen hervorzurufen. Das Erfordernis einer vorherigen ärztlichen Beratung könne sich mithin als gerechtfertigt erweisen<sup>14</sup>. Eine präventive Untersuchung ist jedoch kein untrennbarer Bestandteil des Verkaufs von Kontaktlinsen. Sie lasse sich unabhängig vom Verkaufsvorgang durchführen, weil der Verkauf, auch im Fernabsatz, auf der Grundlage einer Verschreibung eines Augenarztes erfolgen könne, der den Kunden zuvor untersucht hat. Ärztlicher Rat mit einer erforderlichen körperlichen Untersuchung des Patienten lässt sich folglich vom Verkauf von Kontaktlinsen trennen<sup>15</sup>.

Ferner kann es aufgrund gesundheitlicher Erwägungen durchaus erforderlich sein, dass sich ein Kunde auch zur Überprüfung des Sitzes der Kontaktlinsen einer ärztlichen Beratung (sowie Folgekontrollen) unterzieht, um die Auswirkungen des Kontaktlinsentragens festzustellen. Diese Überprüfungen und Kontrollen erfolgen aber während der Verwendung der Kontaktlinsen, also nach deren Lieferung. Folglich können auch solche ärztliche Beratungen nicht an den Vorgang des Verkaufs der Kontaktlinsen gebunden sein<sup>16</sup>. Demgemäss fällt eine den «Verkauf» von Kontaktlinsen über das Internet verbietende nationale Vorschrift grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31<sup>17</sup>.

#### *b) Zum Primärrecht*

Weil die Vorschriften hinsichtlich der «Lieferung» von Kontaktlinsen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 fallen, sind diese anhand des Primärrechts, d.h. dem AEUV, zu beurteilen<sup>18</sup>. In casu betrifft der Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet eine «Verkaufsmodalität» (Lieferung der

<sup>9</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 23 f.

<sup>10</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 23 ff.

<sup>11</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 23 ff., insb. Rz. 26.

<sup>12</sup> EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 31.

<sup>13</sup> EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 34.

<sup>14</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 25.

<sup>15</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 37 f.

<sup>16</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 39 f.

<sup>17</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 40.

<sup>18</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 41 ff.

Kontaktlinsen zum Verbraucher nach Hause). Zu prüfen ist folglich, ob eine Beschränkung des freien Warenverkehrs nach Art. 34 i.V.m Art. 36 AEUV vorliegt<sup>19</sup>.

Massnahmen gleicher Wirkung (*Dassonville-Formel*)<sup>20</sup>: Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH<sup>21</sup> ist jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, welche geeignet ist, den Handel innerhalb der Union unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, als eine Massnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen im Sinne des Art. 34 AEUV anzusehen. Die besondere Bedeutung der Dassonville-Formel liegt darin, dass sie auch diskriminierungsfreie Beschränkungen des Handelsverkehrs erfasst, welche in- und ausländische Waren gleichermaßen treffen<sup>22</sup>.

Vorbehalt nichtdiskriminierender Verkaufsbeschränkungen vom Verbot des Art. 34 AEUV (*Keck-Formel*)<sup>23</sup>: Die Dassonville-Formel ist sehr weit gefasst. Zur Eingrenzung des umfassenden Verbotes hat der EuGH eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV aufgestellt – nämlich bei nichtdiskriminierenden Verkaufsbedingungen, die von ihrer Zielsetzung her nicht auf den grenzüberschreitenden Warenverkehr einwirken sollen (Bereichsausnahme). Der EuGH entschied im Fall *Keck*, entgegen der bisherigen Rechtsprechung sei die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tun<sup>24</sup>.

In casu gilt die genannte Regelung für alle Wirtschaftsteilnehmer, die vom Verkauf von Kontaktlinsen betroffen sind. Was die zweite Voraussetzung betrifft, ist nicht bestritten worden, dass das Verbot des Vertriebs von Kontaktlinsen über das Internet für aus anderen Mitgliedstaaten stammende Kontaktlinsen gilt, die Gegenstand eines Versandhandelsverkaufs und einer Lieferung nach Hause an in Ungarn wohnende Verbraucher sind. Deshalb enthält das Verbot des Vertriebs von Kontaktlinsen im Wege des Versandhandels den Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten eine besonders effiziente Modalität für den Vertrieb dieser Waren vor und behindert so deren Zugang zum Markt des betroffenen Mitgliedstaats erheblich<sup>25</sup>.

Unter diesen Umständen berührt die ungarische Regelung den Vertrieb von Kontaktlinsen durch ungarische Wirtschaftsteilnehmer und den Vertrieb durch Wirtschaftsteilnehmer anderer Mitgliedstaaten nicht in der gleichen Weise (Diskriminierung)<sup>26</sup>. Folglich stellt diese Regelung eine nach Art. 34 AEUV verbotene Massnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen dar, sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt werden kann<sup>27</sup>.

### c) Zur Rechtfertigung der Beschränkung des freien Warenverkehrs

Im vorliegenden Fall liegt die von der ungarischen Regierung geltend gemachte Rechtfertigung in der Notwendigkeit, den Schutz der Gesundheit der Träger von Kontaktlinsen zu gewährleisten. Diese Rechtfertigung trägt damit grundsätzlich den Belangen der öffentlichen Gesundheit nach Art. 36 AEUV Rechnung, die eine Beschränkung des freien Warenverkehrs zu rechtfertigen vermögen<sup>28</sup>.

Dazu macht die ungarische Regierung geltend, es sei notwendig, den Kunden vorzuschreiben, die Kontaktlinsen in Fachgeschäften in Empfang zu nehmen, weil sie Zugang zu einem Optiker haben

<sup>19</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 46; vgl. dazu auch die Rechtsprechung des EuGH, dass eine nationale Massnahme, welche den freien Warenverkehr als auch eine andere Grundfreiheit betrifft, grundsätzlich nur im Hinblick auf eine dieser beiden Grundfreiheiten geprüft werden muss, sofern sich herausstellt, dass eine Grundfreiheit gegenüber der anderen völlig zweitrangig ist (vgl. in diesem Sinne die folgenden Urteile: EuGH, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039, Rz. 22, und EuGH, Rs. C-20/03, Slg. 2005, I-4133, Rz. 35; vgl. insb. EuGH, Rs. C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Slg. 2003, I-14887, Rz. 65, 76 und 124).

<sup>20</sup> EuGH, *Dassonville*, 8/74, Slg. 1974, 837, Rz. 5.

<sup>21</sup> So EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 47; vgl. insb. EuGH, *Dassonville* (Fn. 20), Rz. 5 und EuGH, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519, Rz. 33.

<sup>22</sup> Vgl. M. HERDEGEN, *Europarecht*, 12. Aufl., München 2011, 265, Rz. 6.

<sup>23</sup> EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck*, Slg. 1993, I-6097.

<sup>24</sup> EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 (Fn. 23), Rz. 16 f.

<sup>25</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 51 ff. und Urteil *Deutscher Apothekerverband* (Fn. 19), Rz. 74.

<sup>26</sup> Vgl. dazu S. ENCHELMAIER, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, Stuttgart 2005, 18, Rz. 10.

<sup>27</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 55 f.

<sup>28</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 57 ff.



müssten, der die erforderlichen körperlichen Untersuchungen vornehme, Kontrollen durchführe und ihnen Anleitungen zum Tragen der Kontaktlinsen gebe<sup>29</sup>.

Angesichts der dargelegten Risiken für die öffentliche Gesundheit kann ein Mitgliedstaat verlangen, dass Kontaktlinsen von Fachpersonal ausgehändigt werden, welches den Kunden auf die Risiken aufmerksam macht und beratend tätig wird. Aufgrund dieser Risiken vermag ein Mitgliedstaat ferner vorzusehen, dass in dem Fall, in welchem vom Tragen von Kontaktlinsen nicht abgeraten wird, Fachpersonal den geeignetsten Kontaktlinsentyp bestimmt, den Sitz der Kontaktlinsen auf den Augen des Kunden überprüft und ihm Informationen zum richtigen Gebrauch und zur richtigen Pflege der Kontaktlinsen gibt. Dadurch, dass die ins Recht gelegte Regelung die Aushändigung von Kontaktlinsen Optikergeschäften vorbehalten, sei sie geeignet, die Erreichung des auf die Gewährleistung des Schutzes der Gesundheit der Träger gerichteten Ziels zu gewährleisten<sup>30</sup>.

Die Regelung darf jedoch nicht über das zur Erreichung dieses Ziels Erforderliche hinausgehen (Verhältnismässigkeit); es dürfen m.a.W. keine den freien Warenverkehr weniger beeinträchtigenden Massnahmen verfügbar sein<sup>31</sup>:

Was das Erfordernis der Anwesenheit des Kunden im Geschäft zur Untersuchung seiner Augen durch einen Optiker betrifft, ist zum einen zu bemerken, dass zu Hinweiszwecken durchgeführte Präventivuntersuchungen ausserhalb des Optikergeschäfts von Augenärzten durchgeführt werden können. Zum anderen enthalten die dem Gerichtshof vorgelegten Unterlagen keine Anhaltspunkte dafür, dass die ins Recht gelegte Regelung dem Optiker vorschreibe, die Aushändigung von Kontaktlinsen jeweils von einer Präventivuntersuchung oder der vorherigen Konsultation eines Arztes abhängig zu machen, oder dass sie die Aushändigung insb. bei Folgelieferungen von Kontaktlinsen an denselben Kunden von diesen Erfordernissen abhängig mache. Demgemäss sind solche Untersuchungen und Konsultationen «als fakultativ anzusehen, so dass es in erster Linie in der Verantwortung jedes einzelnen Kontaktlinsenträgers liegt, ob er sich ihnen unterzieht, während die Aufgabe des Optikers insoweit darin besteht, die Träger zu beraten»<sup>32</sup>.

#### d) *Entscheid des EuGH*

Nationale Vorschriften über den «Vertrieb» von Kontaktlinsen fallen in den Anwendungsbereich der *Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr*<sup>33</sup>, soweit sie den Vorgang des «Verkaufs» von Kontaktlinsen über das Internet betreffen<sup>34</sup>. Dagegen fallen nationale Vorschriften über die «Lieferung» von Kontaktlinsen nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie. Art. 34 und 36 AEUV sowie die *Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr*<sup>35</sup> sind dahingehend auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, wonach Kontaktlinsen nur in Fachgeschäften für medizinische Hilfsmittel vertrieben werden dürfen<sup>36</sup>.

### 3. Bemerkungen

#### a) *Stärkung des Online-Handels*

Der EuGH hat in seiner Entscheidung deutlich gemacht, dass nationale Verbote hinsichtlich der Nutzung des Internets als Vertriebsweg nicht mit dem Schutz der Verbraucher vor einer damit verbundenen Gefährdung ihrer Gesundheit gerechtfertigt werden können, zumal es der Online-Vertriebsweg ermögliche, dasselbe Ziel (Gesundheitsschutz) auf andere und effizientere Weise zu erreichen. Das Urteil verdient Beachtung, weil es den Online-Handel stärkt. Die Entscheidung des EuGH gibt vornehmlich dazu Anlass, die bisher geführte Diskussion um die «Gefährlichkeit» des Internets als Vertriebsweg zu versachlichen und an die Stelle einer Bevormundung des Verbrauchers durch staatliche Internetverbote eine sorgfältige und unvoreingenommene Prüfung der technischen Möglichkeiten tre-

<sup>29</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 61.

<sup>30</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 63 f. und EuGH, Rs. C-271/92, Slg. 1993, I-2899, Rz. 11.

<sup>31</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 65 ff.

<sup>32</sup> EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 68.

<sup>33</sup> Vgl. Text in Fn. 5.

<sup>34</sup> Vgl. zur Abgrenzung insb. I.2. (Richtlinie 2000/31 und zur Unterscheidung von Vertragsabschluss und Lieferung).

<sup>35</sup> Vgl. Text in Fn. 5.

<sup>36</sup> Vgl. Urteilsdispositiv, EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), nach Rz. 79.

ten zu lassen, welche einen gegenüber herkömmlichen Vertriebswegen deutlich verbesserten Verbraucherschutz im Internet zu gewährleisten vermögen. Versuche, den Vertrieb von Waren und Dienstleistungen im Internet zu unterbinden, dienen letztlich lediglich den Interessen bestimmter Wirtschaftsteilnehmer, die ihre Produkte auf herkömmlichen Wegen vertreiben<sup>37</sup>.

#### *b) Fortsetzung der Rechtsprechung*

Weil das Verbot des Kontaktlinsen-Vertriebs über das Internet sowohl für inländische Anbieter als auch für Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten galt, könnte man bei oberflächlicher Betrachtung zum Ergebnis gelangen, dass sie diskriminierungsfrei sei. Eine solche Betrachtung hätte allerdings zu kurz gegriffen und der Bedeutung des Online-Handels nicht hinreichend Rechnung getragen<sup>38</sup>. Denn für Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten ist natürlich gerade das Internet der effizienteste und zugleich bedeutsamste Vertriebsweg. Wird ihnen der Vertrieb ihrer Produkte über das Internet untersagt, wären sie gezwungen, diese in Ladengeschäften vor Ort zu vertreiben, was ihren Zugang zum Markt auch schon dann ganz erheblich behindern würde, wenn ihnen die Unterhaltung entsprechender Vertriebsstätten im Inland nicht versagt bleibt. Zu dieser Einsicht war der EuGH schon in seiner Entscheidung zum Vertrieb von Arzneimitteln im Internet gelangt (Deutscher Apothekerverband)<sup>39</sup>. Die aktuelle Entscheidung zum Vertrieb von Medizinprodukten (Kontaktlinsen) über das Internet setzt diese Rechtsprechung konsequent fort.

Ein Verbot zum Vertrieb von Kontaktlinsen im Internet könnte gerechtfertigt sein, wenn es zum Schutz der Verbrauchergesundheit auch erforderlich wäre. Diese Voraussetzung hat der EuGH in casu jedoch als nicht erfüllt angesehen, weil sich dasselbe Ziel eines möglichst effektiven Gesundheitsschutzes mit weniger einschneidenden Massnahmen erreichen liesse:

- Eine präventive Untersuchung des künftigen Kontaktlinsenträgers kann auch ausserhalb von Optiker-Fachgeschäften erfolgen (z. B. Augenärzte).
- Die im Ausgangsverfahren fragliche Regelung sah keine Verpflichtung der Optiker vor, ihre Kunden vor dem erstmaligen oder jedem weiteren Verkauf von Kontaktlinsen zu untersuchen; auch wurde die Aushändigung von Kontaktlinsen nicht von einer vorangegangenen Beratung oder Untersuchung abhängig gemacht.

Hinzu kommt die durch den EuGH verstärkt hervorgehobene rechtliche Bedeutung der interaktiven Elemente auf der Website<sup>40</sup>. «Die Kunden können im Rahmen des Vertriebs der Kontaktlinsen über das Internet gleichwertig vor deren Lieferung beraten werden, und zwar durch interaktive Elemente, die sich auf der betreffenden Website befinden und vom Kunden vor dem Kauf der Kontaktlinsen zwingend verwendet werden müssen»<sup>41</sup>.

Gemäss dem EuGH kann ein Mitgliedstaat verlangen, dass der geeignete Kontaktlinsentyp vom Optiker bestimmt werde, der dabei gehalten ist, den Sitz der Kontaktlinsen auf den Augen des Kunden zu überprüfen und ihm Ratschläge zur richtigen Verwendung und Pflege der Kontaktlinsen zu geben<sup>42</sup>.

Diese Leistungen erweisen sich indessen nur bei der ersten Lieferung von Kontaktlinsen als notwendig. Bei späteren Lieferungen sei die Erbringung solcher Leistungen dem Kunden gegenüber in der Regel nicht erforderlich. Es genüge, dass der Kunde den Verkäufer auf den Kontaktlinsentyp, den er bei der ersten Lieferung erhalten hat, hinweise, nachdem die Merkmale der Kontaktlinsen gegebenenfalls von einem Augenarzt, welcher ein neues Rezept ausstellt, das die Veränderung des Sehvermögens des Kunden berücksichtigt, angepasst worden sind<sup>43</sup>.

Zusätzliche Informationen und Ratschläge, die gegebenenfalls mit der längeren Verwendung von Kontaktlinsen einhergehen müssen, können dem Kunden gemäss dem EuGH-Entscheid durch interaktive Elemente auf der Website des Anbieters gegeben werden. Ausserdem vermag der Mitgliedstaat den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern die Pflicht aufzuerlegen, dem Kunden einen qualifizierten Optiker

<sup>37</sup> Vgl. A. LEUPOLD, MMR 2011, 163.

<sup>38</sup> Vgl. LEUPOLD (Fn. 37), 164.

<sup>39</sup> Urteil Deutscher Apothekerverband (Fn. 19), Rz. 114.

<sup>40</sup> Vgl. dazu Urteil Deutscher Apothekerverband (Fn. 19), Rz. 73 f.

<sup>41</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 69.

<sup>42</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 69.

<sup>43</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 71.

zur Verfügung zu stellen, der ihm aus der Ferne individuelle Informationen und Ratschläge zur Verwendung und Pflege der Kontaktlinsen gibt. Die Erteilung solcher Informationen und Ratschläge aus der Ferne könne im Übrigen von Vorteil sein, weil sie dem Kontaktlinsenträger ermögliche, seine Fragen überlegt und gezielt zu stellen, ohne sich an einen anderen Ort begeben zu müssen<sup>44</sup>. Hinsichtlich des Vertriebs von Arznei- und Nahrungsergänzungsmitteln im Internet wird diese «Interaktivität» des Internets schon seit längerem genutzt<sup>45</sup>.

### c) Fazit

Unter der Prämisse der Verwirklichung des Binnenmarktes, in welchem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäss den Bestimmungen des AEUV gewährleistet wird, ist es Ausdruck eines falsch verstandenen Verbraucherschutzes und Protektionismus vor einem grenzüberschreitenden Wettbewerb, Unionsbürger mit pauschalen Internetverboten zu bevormunden. Der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher, welcher angemessen unterrichtet wird und aufmerksam ist, muss nicht durch Totalverbote im E-Commerce, die den freien Austausch von Waren und Dienstleistungen in der EU nachhaltig behindern, geschützt werden<sup>46</sup>.

## II. Bedeutung für die Schweiz: Kartellrechtliche Aspekte der Beschränkung des Online-Vertriebs

### 1. Internetvertrieb v. stationärer Fachhandel

Angesichts der steigenden Bedeutung des Internets nutzen Hersteller und Händler den Online-Handel (E-Commerce)<sup>47</sup> rege<sup>48</sup>. Der Online-Handel vermag dabei den stationären Fachhandel zu ergänzen. Entweder betreibt ein Fachhändler mit örtlicher Präsenz (Ladenlokal) zusätzlich einen Online-Handel oder ein Hersteller/Importeur *überspringt* den Fachhandel und wendet sich mit seinem Internetauftritt direkt an die Endverbraucher<sup>49</sup>.

Der Vorteil des Internetvertriebs liegt vornehmlich darin, dass die Verkaufspreise günstig sind, weil keine oder weniger Kosten für Ladenlokal oder Verkaufspersonal anfallen. Dagegen ist ein sog. After-Sale-Service (Beratung oder die Erbringung von Garantieleistungen) beim Online-Handel schwieriger. Hinzu kommt die Schwierigkeit, dass sich der Kunde primär auf Bilder verlassen muss (er sieht das Produkt nicht 1:1 und kann dessen Beschaffenheit nicht selber fühlen).

Wenn der teurere stationäre Fachhandel durch den günstigeren Online-Handel konkurrenziert wird, schränken Hersteller oder Importeure den Online-Handel oftmals ein, um zu vermeiden, dass die Online-Händler als «Trittbrettfahrer» profitieren. Der Konsument lässt sich im stationären Fachgeschäft professionell beraten und kauft das Produkt schliesslich günstiger über den Online-Händler. Der Fachhändler erscheint in dieser Situation gegenüber dem Online-Händler als kaum mehr konkurrenzfähig. Diese Konstellation vermag dazu zu führen, dass für gewisse Produkte keine Beratung mehr angeboten wird, was zu einem Rückgang der Verkaufszahlen zu führen vermag<sup>50</sup>.

Wie im vorerwähnten Ker-Optika-Entscheid des EuGH ist hinsichtlich einer Beschränkung des Online-Handels im Einzelfall eine Interessenabwägung vorzunehmen, und zwar zwischen den Interessen des Fachhandels einerseits und denjenigen der Online-Händler (Wirtschaftsfreiheit) andererseits; zuzüglich sind die Interessen der Konsumenten (tiefere Preise, Bedarf an Beratung und Service, etc.) in Anschlag zu bringen (siehe Grafik).

<sup>44</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 72 f. und Urteil Deutscher Apothekerverband (Fn. 19), Rz. 113.

<sup>45</sup> Vgl. hierzu z.B. das Beratungsangebot der Internetapotheker DOC MORRIS, abrufbar unter: [www.docmorris.de](http://www.docmorris.de), Kunden fragen – Apotheker antworten.

<sup>46</sup> Vgl. LEUPOLD (Fn. 37), 166.

<sup>47</sup> Vgl. ausführlich zum E-Commerce R. H. WEBER, E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2. Aufl., Zürich 2010, 3 ff.

<sup>48</sup> Der nachfolgende Abschnitt folgt grundsätzlich P. DUCREY, Vertikalabreden: Praxis und Zukunft in der Schweiz, in: W. A. Stoffel/M. Amstutz / P. Ducrey (Hg.), Schweizerisches Kartellrecht: Jahr des Wechsels, Zürich 2011, 1 ff., insb. 16 ff. (im Erscheinen).

<sup>49</sup> Vgl. DUCREY (Fn. 48), 16 f. m.w.H.

<sup>50</sup> Vgl. DUCREY (Fn. 48), 16 f. m.w.H.

**Prüfungsparameter bei einer Beschränkung des Online-Handels**

1. Interessenabwägung	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Fachhandel (Schutz vor günstigem Onlinevertrieb)</li> <li>– Onlinevertrieb (Wirtschaftsfreiheit)</li> <li>– Konsumenten (z.B. Bedarf an Service und Beratung)</li> </ul>
2. Verhältnismässigkeitsprüfung	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Eignung (Zweckerreichung)</li> <li>– Erforderlichkeit (mildestes Mittel)</li> <li>– Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung</li> </ul>

**Entscheidend ist jeweils eine Einzelfallbetrachtung**

**2. Neue Vertikalbekanntmachung**

Am 28. Juni 2010 erliess die Weko, in Anlehnung an die Gesetzeslage in der EU<sup>51</sup>, die revidierte Vertikalbekanntmachung (VertBek)<sup>52</sup>, welche den Entwicklungen des Online-Handels Rechnung trägt<sup>53</sup>. So präzisiert Ziff. 3 VertBek, dass Internetverkäufe als «passive Verkäufe» gelten, mit Ausnahme des Falles, in welchem sich die Verkaufsbemühungen gezielt an Kunden ausserhalb eines zugewiesenen Gebiets richten (bspw. gezielt an bestimmte Kunden gerichtete Online-Werbung)<sup>54</sup>. Würde ein Lieferant versuchen, Gebiete über Einschränkungen des Internetverkaufs aufzuteilen, «etwa bei vereinbarten automatischen Unterbrüchen von Internet-Transaktionen, sobald die Kreditkarte von Verbrauchern eine Adresse erkennen lässt, die nicht im Gebiet des Händlers liegt»<sup>55</sup> (automatische Weiterleitung von Kunden), wäre eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG zu vermuten (vgl. Ziff. 10 Abs. 1 lit. b und 12 Abs. 2 lit. b und c VertBek).

Nach Ziff. 10 Abs. 1 VertBek wird bei vertikalen Wettbewerbsabreden die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG u. a. dann vermutet, wenn sie die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (insbesondere Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden), zum Gegenstand haben (Ziff. 10 Abs. 1 lit. b VertBek). Die in Ziff. 10 VertBek aufgeführten Abreden, u. a. die Absprachen zum absoluten Gebietschutz (sog. schwarze Klauseln), erfüllen den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG. Mit ihnen ist ein Bussgeldrisiko von bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes verbunden. Im Rahmen der Revision 2010 sind die Bestimmungen zur Vermutungswiderlegung und Beurteilung der Erheblichkeit schwarzer Klauseln zwar gelockert worden (vgl. Ziff. 11 VertBek). Vorerst hat aber eine Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG zu erfolgen; erst hernach können schwarze Klauseln aus Effizienzgründen für zulässig erklärt werden, wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen (vgl. dazu etwa Art. 5 Abs. 2 KG; Beispiel: zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte gemäss Ziff. 16 Abs. 4 lit. a VertBek)<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> Vgl. dazu: Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. vom 23. April 2010, Nr. L 102, 1 (nachfolgend Vertikal-GVO) und Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. vom 19. Mai 2010, Nr. C 130, 1 (nachfolgend Vertikal-Leitlinien).

<sup>52</sup> Vgl. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, (Vertikalbekanntmachung, VertBek), Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010, abrufbar unter: [www.admin.ch/ch/d/ff/2010/5078.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/ff/2010/5078.pdf).

<sup>53</sup> Vgl. dazu insb. A. GRABER, Die neue Vertikalbekanntmachung 2010 der WEKO, Wichtige Revisionspunkte und Faustregeln für den Praktiker, in: Jusletter, 23. August 2010, Rz. 1 ff.

<sup>54</sup> Vgl. Vertikal-Leitlinien (Fn. 51), Rz. 53.

<sup>55</sup> GRABER (Fn. 53), Rz. 15.

<sup>56</sup> A.A. GRABER (Fn. 53), Rz. 18.



### 3. Europakompatible Schweizer Regelung

Die kürzliche Revision der VertBek trägt der jüngsten Fallpraxis der Wettbewerbskommission sowie den Anpassungen im europäischen Recht Rechnung. Damit stellt die VertBek sicher, dass in der Schweiz im Bereich der vertikalen Abreden weiterhin möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie in der Europäischen Union, eine Isolierung der schweizerischen Märkte vermieden und Rechtssicherheit geschaffen wird. In diesem Sinne gelten die europäischen Regeln analog auch für die Schweiz<sup>57</sup>.

Grundsätzlich muss es jedem Händler erlaubt sein, das Internet für den Verkauf von Produkten zu nutzen<sup>58</sup>. Bei einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung einer Online-Handels-Beschränkung sind die nachfolgenden Interessen zu berücksichtigen:

- (i) Fachhandel (Schutz vor günstigem Online-Vertrieb)
- (ii) Online-Händler (Wirtschaftsfreiheit)
- (iii) Konsumenten (z.B. Bedarf an Service und Beratung)

Der Ker-Optika-Entscheid des EuGH<sup>59</sup> weist für die in der jüngeren Schweizer Praxis vorkommenden Beschränkungen des Online-Handels<sup>60</sup> einen weiteren wichtigen Parameter auf. Eine Beschränkung des Online-Handels ist unzulässig, wenn mildere Mittel (Verhältnismässigkeit) vorhanden sind (in casu: Interaktive Homepage).

#### Zusammenfassung

*Im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens hatte der EuGH (Rs. C-108/09 vom 2. Dezember 2010) über eine ungarische behördliche Entscheidung zu befinden, mit welcher der Ker-Optika der Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet untersagt wurde. Der EuGH entschied, dass nationale Vorschriften über den «Vertrieb» von Kontaktlinsen in den Anwendungsbereich der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr 2000/31 fallen, sofern sie den Vorgang des «Verkaufs» von Kontaktlinsen über das Internet betreffen. Dagegen fallen nationale Vorschriften über die «Lieferung» von Kontaktlinsen nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, weshalb der EuGH die Onlinebeschränkung nach Art. 34 und 36 AEUV prüfte. Gemäss dem EuGH sind Art. 34 und 36 AEUV sowie die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr dahingehend auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die festlegt, dass Kontaktlinsen nur in Fachgeschäften für medizinische Hilfsmittel vertrieben werden dürfen. Ein Verbot des Vertriebs von Kontaktlinsen im Internet könnte freilich gerechtfertigt sein, wenn es zum Schutz der Verbrauchergesundheit erforderlich wäre. Diese Voraussetzung hat der EuGH in casu jedoch als nicht erfüllt angesehen. Eine präventive Untersuchung des künftigen Kontaktlinsenträgers könne auch ausserhalb von Optiker-Fachgeschäften erfolgen (z. B. Augenärzte). Die Kunden lassen sich im Rahmen des Vertriebs der Kontaktlinsen über das Internet gleichwertig vor deren Lieferung beraten, und zwar durch interaktive Elemente, die sich auf der betreffenden Website befinden und vom Kunden vor dem Kauf der Kontaktlinsen zwingend verwendet werden müssen.*

*Der Ker-Optika-Entscheid des EuGH weist auch für die in der jüngeren Schweizer Praxis vorkommenden Beschränkungen des Online-Handels, nebst den bekannten zu berücksichtigenden Interessen (Fachhandel/Online-Händler/Konsumenten), einen weiteren wichtigen Parameter auf: Eine Beschränkung des Online-Handels ist unzulässig, wenn mildere Mittel (Verhältnismässigkeit) vorhanden sind (in casu: Interaktive Homepage).*

#### Résumé

*Dans le cadre d'une demande de décision préjudicielle, la CJUE (Rs. C-108/09 du 2 décembre 2010) devait se prononcer sur la décision d'une autorité hongroise qui interdisait à Ker-Optika de distribuer des lentilles de contact par Internet. Selon la CJUE, les prescriptions nationales sur la «distribution»*

<sup>57</sup> Vgl. VertBek (Fn. 52), VI. und VII.

<sup>58</sup> Vgl. Vertikal-Leitlinien (Fn. 51), Rz. 52.

<sup>59</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-108/09 (Fn. 1), Rz. 1 ff. und vorne I.3.

<sup>60</sup> Vgl. DUCREY (Fn. 48), 17 m.w.H.

*de lentilles de contact tombent sous le coup de la directive sur le commerce électronique, pour autant qu'elles concernent le processus de «vente» des lentilles de contact par Internet. En revanche, cette directive ne s'applique pas à la «livraison» de lentilles de contact, raison pour laquelle la CJUE a examiné la restriction en ligne selon les art. 34 et 36 TFUE. Selon l'interprétation de la CJUE, les art. 34 et 36 TFUE ainsi que la directive sur le commerce électronique s'opposent à une réglementation nationale limitant la distribution commerciale de lentilles de contact aux seuls commerces spécialisés dans les moyens auxiliaires médicaux. Une interdiction de la distribution de lentilles de contact par Internet pourrait toutefois se justifier si elle s'avérait indispensable pour protéger la santé des consommateurs. Mais la CJUE a considéré que cette condition n'était pas remplie en l'espèce. En effet, un examen préalable du futur porteur de lentilles de contact peut aussi s'effectuer ailleurs que dans les commerces spécialisés dans l'optique (p. ex. par des ophtalmologues). Dans le cadre de la distribution des lentilles de contact par Internet, les clients se font conseiller de manière équivalente avant la livraison, grâce à divers éléments interactifs se trouvant sur le site web en question et dont l'utilisation est obligatoire avant tout achat.*

*Outre les intérêts à prendre en considération (commerce spécialisé/distributeur en ligne/consommateurs) que l'on connaît déjà, la décision Ker-Optika de la CJUE fait également ressortir un autre paramètre important dont la pratique suisse en matière de restrictions au commerce en ligne doit tenir compte: en vertu du principe de proportionnalité, une telle restriction est inadmissible lorsqu'il existe des moyens moins incisifs, en l'occurrence une page Internet interactive.*