SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER vom 1. April 2008 [1]

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung ..... I - 7145

II — Rechtlicher Rahmen ..... I - 7146

A — Gemeinschaftsrecht ..... I - 7146

B — Nationales Recht ..... I - 7148

III — Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und Vorlagefragen ..... I - 7148

IV — Das Verfahren vor dem Gerichtshof ..... I - 7151

V — Untersuchung der Vorlagefragen ..... I - 7152

A — Einleitende Aspekte ..... I - 7152

1. Einwände gegen die Formulierung der Fragen ..... I - 7152

a) Die beherrschende Stellung ..... I - 7152

b) „Vollständige“ Ausführung der Bestellungen ..... I - 7153

2. Fragestellung ..... I - 7153

B — Missbrauch einer beherrschenden Stellung *per se* in Art. 82 EG (erste Vorlagefrage) ..... I - 7154

1. Die Lieferverweigerung als missbräuchliche Verhaltensweise ..... I - 7154

a) Gemeinschaftsrechtsprechung ..... I - 7154

b) Das subjektive Element als erschwerender Umstand ..... I - 7156

1 — Originalsprache: Spanisch.

2. Die Feststellung von Missbräuchen *per se* im Rahmen von Art. 82 EG: ein methodologisches Problem ..... I - 7158

a) Rechtsprechung des Gerichtshofs ..... I - 7158

b) Ungeeignetheit von Art. 82 EG zur Erfassung von Missbräuchen *per se* ..... I - 7159

i) Regeln rechtlicher Art ..... I - 7159

ii) Regeln wirtschaftlicher Art ..... I - 7161

3. Antwortvorschlag zur ersten Vorlagefrage ..... I - 7162

C — Elemente, die ein normalerweise missbräuchliches Verhalten rechtfertigen (zweite Vorlagefrage) ..... I - 7162

1. Die Bedingungen eines unvollkommenen Markts ..... I - 7163

a) Grundlegende Eigenschaften des Markts ..... I - 7163

b) Untersuchung dieser Rechtfertigungsgründe ..... I - 7164

i) Die Festlegung der Preise durch die Mitgliedstaaten ..... I - 7165

ii) Die Versorgungsverpflichtung ..... I - 7166

2. Die Verteidigung der berechtigten geschäftlichen Interessen ..... I - 7167

a) Untersuchung anhand der Rechtsprechung ..... I - 7167

b) Vorgebrachte Gründe ..... I - 7168

3. Die positive Wirtschaftsbilanz ..... I - 7171

4. Antwortvorschlag zur zweiten Vorlagefrage ..... I - 7172

VI — Ergebnis ..... I - 7173

I — Einleitung

1. Gleich einem Bumerang kehren die Vorabentscheidungsfragen, die der Gerichtshof vor mehr als zwei Jahren nicht zuließ, zu ihm zurück [2]. Ein griechisches Gericht, das Trimeles Efeteio Athinon (Berufungsgericht Athen), sucht nach einer

2 — Urteil vom 31. Mai 2005, Syfait u. a. (C-53/03, Slg. 2005, I-4609).

Antwort auf grundlegende Fragen des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts in Bezug auf den durch Art. 82 EG verbotenen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und Parallelimporte von Arzneimitteln aus der Hellenischen Republik in andere Mitgliedstaaten, in denen für verschreibungspflichtige Medikamente merklich höhere Preise erstattet werden als in Griechenland.

2. Der vom Gerichtshof gesehene Grund für die Zurückweisung hinderte den damals zuständigen Generalanwalt nicht daran, Schlussanträge auszuarbeiten [3], auf die die Parteien des Verfahrens vor dem vorlegenden Gericht so ausführlich Bezug nehmen, dass sie sie fast zum Gegenstand der Diskussion machen.

3. Dieser Umstand bereitet mir Unbehagen, denn ich fühle mich wie ein Avellaneda, der die Fortsetzung eines fremden Romans schreibt, was mir die eine oder andere Rüge wie die, die der zitierte Autor erhielt, einbringen könnte, obschon die Situation nicht vergleichbar ist: Ich bin verpflichtet, diese Schlussanträge zu verfassen, und erfülle meine beruflichen Pflichten in gutem Glauben und ohne einen Funken des Zorns, der, wie es scheint, Avellaneda zum Plagiat veranlasste [4].

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

4. Der EG-Vertrag enthält zwei Bestimmungen über den Wettbewerb, die für das Funktionieren des gemeinsamen Markts grundlegend sind. Während Art. 81 EG Kartellpraktiken zwischen im Wettbewerb stehenden Unternehmen untersagt, verbietet Art. 82 Abs. 1 EG die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen. In Art. 82 Abs. 2 EG werden in nicht erschöpfender Weise eine Reihe von typischen Beispielen für willkürliches Verhalten aufgezählt.

3 — Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs vom 28. Oktober 2004 in der Rechtssache Syfait u. a., in denen er die Zulässigkeit der Vorlagefragen bejaht.

4 — Unter dem Pseudonym Alonso Fernández de Avellaneda, vermutlich ein unbekannter Geistlicher namens Fernández Zapata, veröffentlichte er 1614 das „Zweite Buch des sinnreichen Junkers Don Quijote von La Mancha“ und provozierte damit den verständlichen Zorn Cervantes', der, als er die authentische Fortsetzung seiner Erzählung verfasste, Angriffe auf die plumpe Nachahmung einfügte. Die schriftstellerische Qualität der Usurpation ist weit entfernt von der des Werks, das er kopieren wollte, so dass Fernando García Salinero, „Introducción crítica sobre la obra y su autor“, in Alonso Fernández de Avellaneda, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha*, Ed. Castalia, Madrid, 2005, S. 24, es „als ein Spottbuch ohne den Einfallsreichtum der Schelmenliteratur, dessen Schöpfung vielleicht auf Gründe persönlichen Grolls zurückzuführen“ ist, bezeichnete.

5. Im Rahmen des Ausgangsverfahrens sind einige Vorschriften des abgeleiteten Rechts relevant: So sieht die Richtlinie 89/105/EWG [5] Maßnahmen zur Harmonisierung der Methoden der Preisbestimmung für Arzneimittel vor. In Art. 2 Abs. 1 und 2 heißt es:

„Ist das Inverkehrbringen eines Arzneimittels nur dann zulässig, wenn die zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats den Preis dieses Erzeugnisses genehmigt haben, so gilt Folgendes:

1. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass eine Entscheidung über den Preis, der für das Arzneimittel verlangt werden kann, innerhalb von neunzig Tagen nach Eingang des Antrags, der vom Inhaber einer Genehmigung für das Inverkehrbringen gemäß den Vorschriften des betreffenden Mitgliedstaats gestellt worden ist, getroffen und dem Antragsteller mitgeteilt wird. … die zuständigen Behörden … treffen ihre Entscheidung innerhalb von neunzig Tagen … Ergeht innerhalb der vorstehend genannten Frist bzw. Fristen keine Entscheidung, so ist der Antragsteller berechtigt, das Erzeugnis zu dem vorgeschlagenen Preis in Verkehr zu bringen.

2. Eine Entscheidung der zuständigen Behörden, das Inverkehrbringen des betreffenden Arzneimittels zu dem vom Antragsteller vorgeschlagenen Preis nicht zu genehmigen, muss eine auf objektiven und überprüfbaren Kriterien beruhende Begründung erhalten …“

6. Obwohl er zeitlich auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht anwendbar ist, ist es wegen der möglichen zukünftigen Auswirkungen des von dem Gerichtshof zu erlassenden Urteils ratsam, Art. 81 Abs. 2 der Richtlinie 2001/83/EG [6], durch die die Richtlinie 92/25/EWG [7] aufgehoben wurde, anzusprechen. Danach gilt Folgendes:

„Der Inhaber einer Genehmigung für das Inverkehrbringen eines Arzneimittels und die Großhändler, die dieses in einem Mitgliedstaat tatsächlich in Verkehr gebrachte Arzneimittel vertreiben, stellen im Rahmen ihrer Verantwortlichkeit eine angemessene und kontinuierliche Bereitstellung des Arzneimittels für Apotheken und zur Abgabe von Arzneimitteln zugelassene Personen sicher, damit der Bedarf der Patienten in dem betreffenden Mitgliedstaat gedeckt ist.“

7. Nach Art. 81 Abs. 3 sollten die Regelungen zur Durchführung dieses Artikels

5 — Richtlinie 89/105/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 betreffend die Transparenz von Maßnahmen zur Regelung der Preisfestsetzung bei Arzneimitteln für den menschlichen Gebrauch und ihre Einbeziehung in die staatlichen Krankenversicherungssysteme (ABl. 1989, L 40, S. 8).

6 — Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABl. L 311, S. 67), in ihrer geänderten Fassung durch die Richtlinie 2004/27/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 (ABl. L 136, S. 34).

7 — Richtlinie des Rates vom 31. März 1992 über den Großhandelsvertrieb von Humanarzneimitteln (ABl. L 113, S. 1).

„im Einklang mit den Bestimmungen des Vertrags, insbesondere mit den Bestimmungen über den freien Warenverkehr und den freien Wettbewerb“ durch Gründe des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt sein und in einem angemessenen Verhältnis zu diesem Ziel stehen.

B — *Nationales Recht*

8. Art. 2 des Gesetzes Nr. 703/1977 über die Kontrolle der Monopole und der Oligopole sowie den Schutz des freien Wettbewerbs (im Folgenden: griechisches Wettbewerbsgesetz) entspricht im Wesentlichen Art. 82 EG.

9. Gemäß Art. 29 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 1316/1983, durch das Art. 8 des Gesetzesdekrets 96/1973 geändert wurde, haben die Inhaber einer Genehmigung für das Inverkehrbringen von Arzneimitteln den Markt regelmäßig mit der von ihnen hergestellten oder eingeführten Ware zu versorgen.

10. Schließlich macht die griechische Regelung die Tätigkeit der Arzneimittelgroßhändler von der Erlangung einer Genehmigung und der Verpflichtung abhängig, ein abgegrenztes geografisches Gebiet ausreichend zu versorgen.

III — Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und Vorlagefragen

11. Das im Vereinigten Königreich niedergelassene Pharmaunternehmen Glaxosmithkline PLC vertreibt und lagert in Griechenland die Bestände seiner Präparate über seine Tochtergesellschaft GSK AEVE, die Inhaberin der Genehmigung der Muttergesellschaft für den Vertrieb in Griechenland ist (beide zusammen im Folgenden: GSK). Unter anderem vertreibt sie Ware der Marken Imigram gegen Migräne, Lamictal gegen Epilepsie und Severent gegen Asthma. Sie alle sind rezeptpflichtig, und GSK ist Inhaberin der Patente an ihnen.

12. Die Klägerinnen der Ausgangsverfahren erwarben seit einigen Jahren als Großhändler die genannten Fertigpräparate in ihren verschieden Packungsgrößen und belieferten sodann sowohl den griechischen Markt als auch Märkte anderer Länder, insbesondere in Deutschland und im Vereinigten Königreich.

13. Unter Berufung auf eine Verknappung der genannten Arzneimittel, für die sie jede Verantwortung ablehnte, gestaltete GSK ihr Vertriebssystem in Griechenland Ende Oktober 2000 um. Sie führte die Bestellungen der Klägerinnen seit dem 6. November 2000 nicht mehr aus, sondern belieferte Krankenhäuser und Apotheken über die Gesellschaft Farmacenter AE.

14. Als GSK die normale Versorgung im Februar 2001 wieder aufnahm, belieferte sie die Großhändler erneut — wenn auch in begrenzter Menge — mit Imigran, Lamictal und Serevent, stellte aber die Zusammenarbeit mit Farmacenter AE ein. Diesem Vorgehen von GSK traten die Klägerinnen auf dem Verwaltungsrechts- und auf dem Zivilrechtsweg entgegen.

15. GSK beschritt den Verwaltungsrechtsweg, indem sie bei der Epitropi Antagonismou (griechische Wettbewerbskommission) ein Negativattest für die Änderungen ihrer Politik des Arzneimittelvertriebs beantragte. Die Klägerinnen der Ausgangsverfahren wiederum, bestimmte griechische Apothekervereinigungen und andere Grossisten, beantragten die Einleitung eines Verfahrens aufgrund desselben Sachverhalts, um zu erreichen, dass GSK wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 2 des griechischen Wettbewerbsgesetzes und Art. 82 EG verurteilt wird.

16. In einer Entscheidung über Sicherungsmaßnahmen verpflichtete die Epitropi Antagonismou GSK, bis zu einer endgültigen Entscheidung Bestellungen der drei in Streit stehenden Erzeugnisse auszuführen. Da sie Zweifel hinsichtlich der Auslegung des nationalen Rechts im Licht des Gemeinschaftsrechts hatte, setzte die Regulierungsbehörde für die Regelung des freien Wettbewerbs auf dem griechischem Markt die Verfahren jedoch aus und legte dem Gerichtshof verschiedene Fragen zur Auslegung von Art. 82 EG, die in der Kanzlei des Gerichtshofs unter der Nummer C-53/03 eingetragen wurden, zur Vorabentscheidung vor.

17. Der Gerichtshof entschied in seinem Urteil nicht in der Sache, da er sich für die Beantwortung der Fragen eines Organs, das kein Gericht im Sinne von Artikel 234 EG [8] ist, für nicht zuständig erklärte. Die Epitropi Antagonismou entschied jedoch am 1. September 2006 über die Beschwerden der Klägerinnen und kam zu dem Ergebnis, dass GSK eine marktbeherrschende Stellung nur im Hinblick auf Lamictal innegehabt habe, da Epilepsiekranke Schwierigkeiten gehabt hätten, sich an ähnliche Arzneimittel zu gewöhnen, dass die Unternehmensgruppe GSK Art. 2 des griechischen Wettbewerbsgesetzes nur zwischen November 2000 und Februar 2001 verletzt habe, nicht aber im darauffolgenden Zeitraum, und dass sie nicht gegen Art. 82 EG verstoßen habe.

18. Das Gutachten der Epitropi Antagonismou wurde von den Klägerinnen beim Dioikitiko Efeteio Athinon (Berufungsgericht für Verwaltungsstreitsachen Athen), der noch nicht durch Urteil entschieden hat, angefochten.

19. Der Zivilrechtsweg wurde durch die am 30. April 2001 [9] und am 30. Oktober

8 — Auf diese Weise distanzierte er sich von dem Urteil vom 21. März 2000, Gabalfrisa u. a. (C-110/98 bis C-147/98, Slg. 2000, I-1577), das ich immer für falsch gehalten habe, und nähert sich der von mir seit meinen Schlussanträgen in der Rechtssache De Coster (C-17/00, Urteil vom 29. November 2001, Slg. 2001, I-9445) vertretenen These an; zum Stand dieser Diskussion vgl. meine Schlussanträge vom 22. November 2007 in der Rechtssache Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt (C-393/06, beim Gerichtshof anhängiges Verfahren).

9 — Rechtssachen C-468/06, C-470/06, C-472/06, C-474/06, C-475/06, C-476/06 und C-478/06.

2001 [10] sowie am 5. März 2002 [11] und am 11. November 2002 [12] eingereichten Klagen der jetzigen Klägerinnen beim Polymeles Protodikeio Athinon (erstinstanzliches Gericht Athen) beschritten.

20. Sie vertraten die Ansicht, dass die Einstellung der Belieferung durch GSK und der Vertrieb durch Farmacenter wettbewerbswidrige Praktiken und einen Missbrauch der beherrschenden Stellung des Unternehmens GSK auf dem Markt der drei genannten Präparate darstellten. Sie klagten auf die Fortsetzung der Belieferung im Umfang der durchschnittlichen monatlichen Mengen, die ihnen GSK zwischen dem 1. Januar 2000 und dem 31. Oktober 2000 verkauft hatte, erhöht um 20 % als Ersatz für Schäden und entgangenen Gewinn.

21. Mit Ausnahme des Antrags auf Ersatz entgangenen Gewinns, den es nicht zuließ, wies das erstinstanzliche Gericht Athen zwischen Januar und Oktober 2003 die Klagen als unbegründet ab, weil die Verweigerung der Belieferung gerechtfertigt sei, so dass der Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung der beherrschenden Stellung von GSK nicht durchgreife.

22. Die Klägerinnen des nationalen Verfahrens haben gegen diese gerichtlichen Entscheidungen Berufung beim Trimeles Efeteio Athinon (mit drei Richtern besetztes Berufungsgericht Athen) eingelegt, das, nachdem es vergeblich auf die Antwort des Gerichtshofs auf die ihm von der Epitropi Antagonismou in der Rechtssache C-53/03 gestellten Fragen gewartet hatte, das Berufungsverfahren aussetzte und dem Gerichtshof identische Vorabentscheidungsfragen stellte [13]:

1. Ist die Weigerung eines Unternehmens in einer beherrschenden Stellung, die an dieses Unternehmen gerichteten Bestellungen der Arzneimittelgroßhändler in vollem Umfang zu erledigen, missbräuchlich im Sinne von Art. 82 EG, wenn sie auf die Absicht des Unternehmens zurückzuführen ist, die Exporttätigkeit einzuschränken und damit den ihm durch den Parallelhandel entstehenden Schaden zu begrenzen? Hat es einen Einfluss auf die Beantwortung dieser Frage, dass der Parallelhandel wegen der auf staatliches Eingreifen zurückzuführenden unterschiedlichen Preise in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union für die Großhandelsunternehmen besonders einträglich ist, d. h., dass auf dem Arzneimittelmarkt nicht unverfälscht Wettbewerbsbedingungen herrschen, sondern ein in hohem Maß durch staatliches Eingreifen geprägtes System? Ist schließlich ein nationales Gericht verpflichtet, auf Märkte, die wettbewerblich funktionieren, und auf solche, auf denen der Wettbewerb durch staatliche Eingriffe verzerrt wird, die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft in gleicher Weise anzuwenden?

10 — Rechtssache C-473/06.

11 — Rechtssache C-477/06.

12 — Rechtssachen C-469/06 und C-471/06.

13 — Es werden die Fragen in den Rechtssachen C-474/06 bis C-478/06 wiedergegeben, denn in den beiden vorhergehenden (C-468/06 bis C-473/06) wird versehentlich von einer „nationalen Wettbewerbsbehörde“ statt von einem „nationalen Gericht“ gesprochen, vermutlich, weil die von der Epitropi Antagonismou dem Gerichtshof vorgelegten Fragen wörtlich kopiert wurden, wie die Klägerinnen in ihren Erklärungen in den Rechtssachen C-469/06 bis C-476/06 darlegen.

2. Wie ist die eventuelle Missbräuchlichkeit zu beurteilen, wenn der Gerichtshof der Ansicht sein sollte, dass die Beschränkung des Parallelhandels aus den oben dargelegten Gründen bei Ausübung durch ein Unternehmen in beherrschender Stellung nicht in jedem Fall eine missbräuchliche Verhaltensweise darstellt? Im Einzelnen:

2.1. Ist ein geeignetes Kriterium der Prozentsatz der Überschreitung des gewöhnlichen Inlandsverbrauchs und/oder des Schadens, der dem Unternehmen in beherrschender Stellung im Verhältnis zu seinem Gesamtumsatz oder seinem Gesamtgewinn entsteht? Wenn ja, wie sind die Höhe des genannten Prozentsatzes der Überschreitung und die Höhe des genannten Schadens zu bestimmen, und zwar Letzterer als Prozentsatz des Umsatzes und des Gesamtgewinns, jenseits dessen das fragliche Verhalten missbräuchlich oder nicht missbräuchlich ist?

2.2. Stellt eine Interessenabwägung einen geeigneten Ansatz dar, und, wenn ja, welche Interessen sind dabei zu berücksichtigen? Im Einzelnen:

a) Hat es einen Einfluss auf die Antwort, dass der Endverbraucher und Patient einen begrenzten wirtschaftlichen Vorteil aus dem Parallelhandel hat?

b) Ist das Interesse der Sozialversicherungsträger an billigeren Arzneimitteln zu berücksichtigen und gegebenenfalls in welchem Umfang?

2.3. Welche anderen Kriterien und Ansätze werden im vorliegenden Fall als geeignet angesehen?

IV — Das Verfahren vor dem Gerichtshof

23. Die Vorabentscheidungsersuchen sind sämtlich am 21. November 2006 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen. Der Präsident des Gerichtshofs hat am 29. Januar 2007 beschlossen, die Rechtssachen gemäß Art. 43 der Verfahrensordnung miteinander zu verbinden, da sie ihrem Gegenstand nach miteinander im Zusammenhang stehen.

24. Die Unternehmen Sot. Lelos kai Sia EE (Rechtssache C-468/06), Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton u. a. (Rechtssachen C-469/06 bis C-476/06) und Kokkoris D. Tsanas K. EPE u. a. (Rechtssachen C-477/06 und C-478/06), Klägerinnen der Ausgangsverfahren, sowie GSK, die polnische Regierung und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften haben innerhalb der in Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs bestimmten Frist schriftliche Erklärungen eingereicht.

25. In der mündlichen Verhandlung am 29. Januar 2008 sind die Vertreter von Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton u. a., von Kokkoris D. Tsanas K. EPE, von GSK sowie der Italienischen Republik, die keine schriftliche Erklärungen eingereicht hatte, der Republik Polen und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften erschienen, um mündliche Ausführungen zu machen und die Fragen zu beantworten, die ihnen der Gerichtshof übersandt hatte.

V — Untersuchung der Vorlagefragen

A — *Einleitende Aspekte*

1. Einwände gegen die Formulierung der Fragen

a) Die beherrschende Stellung

26. Ich habe zuvor die Entscheidung der griechischen Wettbewerbskommission vom 1. September 2006 angesprochen, in der sie die exorbitante Stärke von GSK in Bezug auf das Medikament Lamictal, nicht aber in Bezug auf Imigran oder Serevent feststellte. GSK bestreitet diesen Umstand jedoch in Nr. 5 seiner schriftlichen Erklärungen und stützt sich dabei auf zwei Hauptargumente: die Unmöglichkeit, ohne Rücksicht auf ihre Wettbewerber zu handeln, und der Gedanke, dass der relevante Markt nicht der therapeutische, sondern der sämtlicher verschreibungspflichtiger Medikamente in Europa sei.

27. Es besteht eine gefestigte Rechtsprechung zur klaren Aufgabentrennung zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof in Verfahren nach Art. 234 EG, nach der die Würdigung des Sachverhalts Sache des nationalen Gerichts ist [14].

28. Da die Ermittlung der Position eines Unternehmens auf einem konkreten Markt unter Präzisierung des relevanten Markts eine Aufgabe ist, die den Sachverhalt betrifft, muss sie in den Händen des Urhebers des Vorabentscheidungsverfahrens verbleiben; der Gerichtshof hat sich zu dieser Frage nicht zu äußern.

29. Folglich hat der Trimeles Efeteio Athinon festzustellen, ob die unabdingbare Voraussetzung für die Anwendung des Art. 82 EG erfüllt ist, und, wenn er zu einem positiven Ergebnis kommt, die ihm zur Entscheidung vorliegenden Berufungen zurückzuweisen.

14 — Urteile vom 15. November 1979, Denkavit Futtermittel (36/79, Slg. 1979, 3439, Randnr. 12), vom 5. Oktober 1999, Lirussi und Bizzaro (verbundene Rechtssachen C-175/98 und C-177/98, Slg. 1999, I-6881, Randnr. 37), vom 22. Juni 2000, Fornasar u. a. (C-318/98, Slg. 2000, I-4785, Randnr. 31), und vom 21. Juni 2007, Omni Metal Service (C-259/05, Slg. 2007, I-4945, Randnr. 179).

30. Die Entscheidung der Epitropi Antagonismou ist jedoch in Griechenland im Verwaltungsrechtsweg angefochten worden, so dass bei der Untersuchung der Fragen des vorlegenden Gerichts davon auszugehen ist, dass GSK eine marktbeherrschende Stellung innehat.

b) „Vollständige“ Ausführung der Bestellungen

31. In ihren schriftlichen Erklärungen kritisiert die Klägerin des Ausgangsverfahrens Lelos kai Sia EE die Formulierung der ersten Vorlagefrage, die irreführend sei, da die Diskussion von dem Kontext, in dem sie ihren Ursprung habe, auf eine theoretischere Ebene verlagert werde, auf der die Grundlage einer jeden Bestellung bei GSK beurteilt werden müsste, so übertrieben und maßlos sie auch sei.

32. Die übrigen Klägerinnen nehmen, wenn auch mit weniger Nachdruck, auf die Notwendigkeit Bezug, den Streit auf die Ebene zurückzuführen, auf der er entstanden sei — so wie er in den griechischen Prozessen erörtert werde —, denn GSK neige dazu, die Begehren der griechischen Grossisten ins Extreme zu steigern und ihre Ausführungen so zu strukturieren, als müsse es jede Lieferung unabhängig von ihrem exzessiven Charakter ausführen.

33. Ich teile die Ansicht der Parallelimporteure, dass es sachdienlich ist, die Auseinandersetzung auf die Fälle zu konzentrieren, in der sie ihren Ursprung hat, d. h. die Belieferung dieser Unternehmen durch GSK mit den in Rede stehenden Arzneimitteln in den durchschnittlichen monatlichen Mengen des Jahres 2000, erhöht um 20 %, wie sich aus dem Vorabentscheidungsersuchen ergibt, denn einerseits liefert das vorlegende Gericht in den Verfahren nach Art. 234 EG eine Sachverhaltsdarstellung, in die der Gerichtshof sich nicht einmischen darf, und andererseits würde es der Antwort ihren Nutzen nehmen, wenn man sich von diesem Sachverhalt entfernte.

2. Fragestellung

34. Im Sinne eines besseren Verständnisses dieses Prozesses erscheint es angebracht, von der in der Rechtsprechung anerkannten Befugnis Gebrauch zu machen [15], die Fragen des Trimeles Efeteio Athinon umzuformulieren, denn mit der ersten möchte er erfahren, ob die fehlende Belieferung durch GSK, die durch die Absicht begründet ist, den Parallelhandel zu begrenzen, als solche einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt, wenn sie ausschließlich auf die Ausschaltung ihrer Wettbewerber auf dem Markt des Großhandelsvertriebs gerichtet ist.

15 — Z. B. die Urteile vom 23. November 1977, Enka (38/77, Slg. 1977, 2203), vom 1. April 1993, Hewlett-Packard-France (C-250/91, Slg. 1993, I-1819), und vom 10. Mai 2001, Agorà und Excelsior (verbundene Rechtssachen C-223/99 und C-260/99, Slg. 2001, I-3605).

35. In den Fragen, die es sodann hinzufügt, wird jedoch eine Reihe konjunktureller Daten angesprochen, die eine mögliche Rechtfertigung des Missbrauchs betreffen. Aufgrund dessen wäre es logischer, sie der zweiten Vorlagefrage zuzuordnen, die nach den zutreffenden Kriterien für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit des Verhaltens von GSK fragt. Die schriftlichen Erklärungen, die in diesem Vorabentscheidungsverfahren eingereicht wurden, sind weitgehend an den Schlussanträgen von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Syfait orientiert, die ebenfalls auf die Gründe für die Rechtfertigung des Missbrauchs eingehen.

36. Diese Herangehensweise an die Fragen erlaubt es auch, zu einem Dilemma in der Lehre, das eine gewisse Aktualität aufweist, Stellung zu nehmen, nämlich dem Bestehen *per se* missbräuchlicher Praktiken, und die Überlegungen zu ihrer möglichen Rechtfertigung zu vertiefen.

B — *Missbrauch einer beherrschenden Stellung* per se *in Art. 82 EG (erste Vorlagefrage)*

37. In den Ausgangsverfahren wird GSK vorgeworfen, den Verkauf von Imigram, Lamictal und Serevent an die Großhändler unter Berufung auf eine angebliche Verknappung eingestellt zu haben. Ihr wird ebenfalls vorgeworfen, diese Wettbewerber weiter zu beliefern, aber den Umfang der Lieferungen den Erfordernissen des griechischen Markts anzupassen, um ihren Reexport in andere europäische Länder, vor allem nach Deutschland und das Vereinigte Königreich, zu unterbinden.

38. Vor der Feststellung, ob eine solche Verhaltensweise als „an sich“ (*per se*) missbräuchlich zu bezeichnen ist, sind die Behandlung von Lieferverweigerungen in der Gemeinschaftsrechtsprechung sowie der Einfluss der offensichtlichen Absicht — der Unterbindung des Parallelhandels — als erschwerender Umstand bei der Beurteilung des Verhaltens zu untersuchen. Nachdem die Frage, ob ein Missbrauch vorliegt, geklärt ist, kann sich die Untersuchung darauf konzentrieren, ob er als *per se* missbräuchlich einzustufen ist.

1. Die Lieferverweigerung als missbräuchliche Verhaltensweise

a) Gemeinschaftsrechtsprechung

39. Die wenigen Urteile des Gerichtshofs in diesem Zusammenhang ergingen zu Sachverhalten, deren Übertragbarkeit auf diesen Rechtsstreit zweifelhaft ist, in dem sich die Großhändler der drei in Rede stehenden Arzneimittel gegen die Weigerung ihres einzigen Lieferanten, des Unternehmens, das Inhaberin des Herstellungspatents und von jeher ihre Wettbewerberin beim Vertrieb dieser Medikamente ist, wehren. Dennoch sollen wegen ihrer Allgemeingültigkeit einige der wichtigsten Urteile zu Art. 82 EG angesprochen werden.

40. In der Rechtssache Commercial Solvents/Kommission [16] hatte das genannte Unternehmen die Belieferung der italienischen Gesellschaft Zoja mit Aminobutanol eingestellt. Letztere stellte Etambutol her, ein Derivat dieses Rohstoffs, wobei beide Unternehmen auf dem Markt miteinander im Wettbewerb standen. In dem Urteil wurde festgestellt, dass die Einstellung der Belieferung gegen Art. 82 EG verstößt, da die marktbeherrschende Stellung, die Commercial Solvents hinsichtlich der Herstellung des Rohstoffs einnahm und die sie in die Lage versetzte, die Belieferung der Produzenten von Derivaten zu kontrollieren, sie nicht berechtigte, den Wettbewerb zu seinen früheren Kunden auszuschalten, bloß weil sie beschlossen hatte, diese Derivate selbst herzustellen [17].

41. Es gibt offensichtliche Parallelen zwischen dem Urteil Commercial Solvents und dem vorliegenden Fall, denn grundsätzlich unterbrach GSK ebenfalls die Belieferung der griechischen Großhändler mit ihren Präparaten in der Absicht, ihre Verkäufe der drei in Rede stehenden Arzneimittel über ihre eigenen Alleinvertreiber in Griechenland neu zu ordnen; nach ungefähr drei Monaten nahm es die Belieferung wieder auf, beschränkte die Mengen aber auf die Nachfrage auf dem innerstaatlichen Markt der Hellenischen Republik.

42. In der Rechtssache United Brands/Kommission, in der es um die Chiquita-Bananen ging [18], kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass United Brands gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen hatte, indem sie den Verkauf von Bananen an das dänische Reiferei- und Vertriebsunternehmen Olesen einstellte, weil es an einer Werbekampagne der Wettbewerberin Dole mitgewirkt hatte.

43. Der Gerichtshof befand, dass ein Unternehmen mit beherrschender Stellung für den Vertrieb eines Erzeugnisses seine Lieferungen an einen langjährigen Kunden, „dessen Geschäftsgebaren den Gebräuchen des Handels entspricht“, nicht einstellen darf, „wenn die Bestellungen dieses Kunden in keiner Weise anomal sind“ [19].

44. Die Ähnlichkeiten der Rechtssache United Brands mit dem vorliegenden Sachverhalt sind hervorzuheben, soweit das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat, sowie im Hinblick auf die Einhaltung der Gebräuche des Handels — bzw. die Erfüllung der Verträge — durch die konkurrierenden Großhändler; hingegen würde der von den Klägerinnen eingeklagte Lieferumfang im Hinblick auf seine Einstufung als üblich oder überhöht in den Ausgangsverfahren beim Trimeles Efeteio Athinon verschiedene Probleme aufwerfen. Im Urteil United Brands wurde dieser Punkt nicht erörtert, und der Gerichtshof befand, dass die Bestellungen von Olesen normal waren. Jedoch bildet das Szenarium für die Beurteilung dieser Eigenschaft die möglichen Rechtfertigungen für die Weigerung, sämtliche Bestellungen der sich dem Parallelhandel widmenden Unternehmen auszuführen, so dass dieser Aspekt nicht vertieft werden muss.

16 — Urteil vom 6. März 1974 (verbundene Rechtssachen 6/73 und 7/73, Slg. 1974, 223).

17 — Urteil Commercial Solvents, Randnrn. 25 und 26.

18 — Urteil vom 14. Februar 1978 (27/76, Slg. 1978, 207).

19 — Urteil United Brands, Randnr. 182.

45. Der Gerichtshof hat in anderen Rechtssachen zu dieser Weigerung Stellung genommen, allerdings entweder im Rahmen eines Sachverhalts, der von dem vorliegenden Fall zu weit entfernt ist, oder innerhalb eines sehr unterschiedlichen rechtlichen Rahmens. Für den ersten Fall ist das Urteil CBEM [20] zu erwähnen, durch das das Verbot für Unternehmen, die eine beherrschende Stellung innehaben, sich oder einem zu derselben Gruppe gehörenden Unternehmen eine Hilfstätigkeit vorzubehalten, die von einem dritten Unternehmen auf einem benachbarten, aber getrennten Markt ausgeübt wird, auf den Markt für Dienstleistungen ausgedehnt wurde. Im zweiten Fall handelt es sich um Urteile, in denen der Zugang zu einer „essential facility" erörtert wird, wie das Urteil Bronner [21] , oder die Urteile zu der Weigerung, Lizenzen für die Nutzung geistiger oder gewerblicher Eigentumsrechte zu vergeben, wie die Urteile Magill [22] und IMS Health [23] , die allesamt weit von den Umständen dieses Vorabentscheidungsersuchens entfernt sind.

46. Zusammenfassend lässt sich den Urteilen Commercial Solvents und United Brands entnehmen, dass das beherrschende Unternehmen, das die Belieferung mit Waren unterlässt, vor allem, wenn es an anderen alternativen Waren fehlt, wie es bei Lamictal der Fall ist, und sich den Markt für Parallelexporte vorbehält, missbräuchlich im Sinne von Art. 82 EG handelt. Es muss noch festgestellt werden, ob der Wille, den Parallelhandel zu beseitigen, es erlaubt, diesen Missbrauch als Missbrauch *per se* im Sinne des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts einzustufen.

20 — Urteil vom 3. Oktober 1985 (311/84, Slg. 1985, 3261), bekannt als Urteil Telemarketing.

21 — Urteil vom 26. November 1998 (C-7/97, Slg. 1998, I-7791).

22 — Urteil vom 6. April 1995, RTE und ITP/Kommission (verbundene Rechtssachen C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743), Urteil Magill.

23 — Urteil vom 29. April 2004 (C-418/01, Slg. 2004, I-5039).

b) Das subjektive Element als erschwerender Umstand

47. Zunächst hat die Gemeinschaftsrechtsprechung den Grundsatz aufgestellt, dass der Begriff des „Missbrauchs" in Art. 82 EG ein objektiver Begriff ist, der die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung erfasst [24] und mithin frei ist vom Einfluss der Zielsetzungen, die es dazu veranlassten, auf diese Weise zu handeln [25]. Als Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 82 EG ist für die Annahme eines Missbrauchs auch kein Verschulden erforderlich [26].

48. Dennoch sind zwei wichtige Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die die vorstehenden Feststellungen nuancieren.

49. Einerseits kann nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass die subjektiven Elemente der Zuwiderhandlung häufig ein Indiz dafür sind, dass ein wettbewerbswidriges Ziel verfolgt wird, oder gar einen missbräuchlichen Verstoß darstellen [27].

24 — Urteile vom 13. Februar 1979, Hoffmann-La Roche/Kommission (85/76, Slg. 1979, 461, Randnr. 91), vom 9. November 1983, Michelin/Kommission (322/81, Slg. 1983, 3461, Randnr. 70), und vom 3. Juli 1991, AKZO/Kommission (C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Randnr. 69).

25 — Praktisch einstimmige Ansicht in der Lehre; Schröter, H., „Artikel 82", in Schröter, H./Jacob, T./Mederer, W., *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2003, S. 905.

26 — Urteil vom 21. Februar 1973, Europemballage und Continental Can/Kommission (6/72, Slg. 1973, 215, Randnrn. 25 bis 27), im Folgenden: Continental Can.

27 — Gleiss, A./Hirsch, M., *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 3. Aufl., Heidelberg, 1978, S. 347.

50. Andererseits hat der Gerichtshof die vom Gericht erster Instanz entwickelte These bestätigt, nach der wegen der Unterschiede zwischen Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 82 EG für die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 82 EG der Nachweis genügt, dass das missbräuchliche Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung darauf gerichtet ist, den Wettbewerb zu beschränken, oder anders ausgedrückt, dass das Verhalten eine solche Wirkung haben kann [28], da der letztgenannte Artikel keine Bezugnahme auf die wettbewerbswidrige Wirkung des betreffenden Verhaltens enthält.

51. Deshalb gewinnt die Vermutung eines missbräuchlichen Verhaltens umso mehr an Gewicht, je näher das Unternehmen in beherrschender Stellung einer Behinderung des freien Wettbewerbs auf dem Markt kommt. Dies ist der Schlüsselaspekt für die Entscheidung im vorliegenden Verfahren. Nicht einmal GSK hat ihr tatsächliches Streben nach Ausschaltung der Parallelexporte der drei in Rede stehenden Arzneimittel von Griechenland in andere Länder der Gemeinschaft durch die Großhandelsunternehmen in Abrede gestellt.

52. Da diese Begrenzungen des Verkaufsvolumens der anderen Vertriebshändler darüber hinaus den Markt ihrer Wettbewerber im Sinne des Art. 82 Abs. 2 Buchst. b EG einschränken, besteht ein sehr starkes Anzeichen dafür, dass dieses Verhalten, und damit der ihm zugrunde liegende Zweck, gegen Abs. 1 der Bestimmung verstößt [29].

53. Es ist offensichtlich, dass die Absicht von GSK den Zielen des Vertrags zuwiderläuft, denn sie zieht die Handelsfreiheit zwischen den Mitgliedstaaten derart in Mitleidenschaft, dass sie die Verwirklichung eines Gemeinsamen Markts im Sinne der Rechtsprechung und des Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG zum Scheitern bringen könnte, denn sie schottet fraglos die nationalen Märkte ab und verändert die Wettbewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt [30].

54. Zusammenfassend zeigen die vorstehenden Überlegungen, dass GSK eine schwerwiegende Verletzung des Vertrags begangen hat, die unter die Kategorie des Missbrauchs *per se* einzuordnen ist, denn es lässt sich kein anderer wirtschaftlicher Grund erkennen als die Ausschaltung des Parallelhandels durch ihre Wettbewerber, die griechischen Großhändler [31]. Dennoch hege ich methodologische Zweifel hinsichtlich der Abstufung der Verhaltensweisen beherrschender Unternehmen, so dass es sich lohnt, ihre Untersuchung zu vertiefen.

28 — Urteil vom 15. März 2007, British Airways/Kommission (C-94/04 P, Slg. 2007, I-2331, Randnr. 30), in Verbindung mit den Urteilen des Gerichts erster Instanz vom 30. September 2003, Michelin/Kommission (T-203/01, Slg. 2003, II-4071, Randnr. 239), und vom 17. Dezember 2003, British Airways plc./Kommission (T-219/99, Slg. 2003, II-5917, Randnr. 293).

29 — Schröter, H., *a.a.O.*, S. 959.

30 — Urteile vom 31. Mai 1979, Hugin/Kommission (22/78, Slg. 1979, 1869, Randnr. 17), und vom 11. Dezember 1980, L'Oréal (31/80, Slg. 1980, 3775, Randnr. 27).

31 — Dieser Gedanke stößt in der Lehre auf ein gewisses Echo; Koenig, Ch./Engelmann, Ch., „Parallel Trade Restrictions in the Pharmaceuticals Sector on the test Stand of Article 82 EC — Commentary on the Opinion of Advocate General Jacobs in the Case *Syfait/GlaxoSmithKline*", *E.C.L.R.*, Nr. 6/2005, S. 341.

2. Die Feststellung von Missbräuchen *per se* im Rahmen von Art. 82 EG: ein methodologisches Problem

55. Bevor die Argumente, die der Annahme von Missbräuchen *per se* entgegenstehen, dargestellt werden, erscheint es angebracht, die Entwicklung des Begriffs in der Gemeinschaftsrechtsprechung zu schildern.

a) Rechtsprechung des Gerichtshofs

56. Bislang hat der Gerichtshof drei Verhaltensweisen identifiziert, die, wenn sie von Unternehmen in beherrschender Stellung ausgehen, unvermeidlich zum Missbrauch ihrer Marktmacht führen, ohne dass offenbar der Gegenbeweis zu ihrer Rechtfertigung zugelassen wird.

57. Dies wurde hinsichtlich einer ausschließlichen Bezugsverpflichtung festgestellt, die das marktbeherrschende Unternehmen seinen Abnehmern auferlegt, ohne dass es darauf ankäme, ob die fragliche Verpflichtung ohne Weiteres oder gegen eine Rabattgewährung eingegangen worden ist [32].

58. Die Treuerabatte stellen die zweite Verhaltensweise dar, bei der immer die Vermutung des Missbrauchs besteht, denn im Gegensatz zu den Mengenrabatten, die ausschließlich an den Umfang der bei dem betroffenen Unternehmen getätigten Käufe anknüpfen, halten sie über die Gewährung von finanziellen Vorteilen die Kunden vom Bezug bei konkurrierenden Herstellern ab [33].

59. Die dritte Praxis, die *per se* als missbräuchlich angesehen wird, betrifft die auf Verdrängung ausgerichteten Preise. Da sie keine wirtschaftliche Grundlage haben, stellen für den Gerichtshof Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen (die je nach den produzierten Mengen variieren), den Nachweis für die alleinige Absicht dar, einen Konkurrenten auszuschalten, so dass sie als missbräuchlich angesehen werden [34]. Hingegen sind Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten — d. h. Fixkosten plus variable Kosten —, jedoch über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, als missbräuchlich anzusehen, wenn sie im Rahmen eines Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat [35].

60. In der Begründung dieser Urteile wurde jede Rechtfertigung zugunsten des beherr-

32 — Urteil Hoffmann La Roche, Randnr. 89.

33 — Urteile vom 16. Dezember 1975, Suiker Unie u. a. (verbundene Rechtsachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, Slg. 1975, 1663), und vom 9. November 1983, Michelin, Randnr. 71.

34 — Urteil AKZO, Randnr. 71, und Urteil vom 14. November 1996, Tetra Pak/Kommission (C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951, Randnr. 41).

35 — Urteil AKZO, Randnr. 72.

schenden Unternehmens ausgeschlossen [36]. Die neueste Rechtsprechung hat jedoch, ebenfalls auf dem Gebiet der Treuerabatte, den Gedanken, dass sie notwendig als missbräuchlich zu erachten sind, nicht bestätigt. So gestattete der Gerichtshof in Bezug auf eine von einem Unternehmen mit beherrschender Stellung auf dem angelsächsischen Markt Reisebüros gewährte Rabattregelung in der gewerblichen Passagierluftfahrt, die von der Erreichung individueller Umsatzziele abhing, dem Unternehmen den Nachweis, dass seine Prämienregelung mit Verdrängungswirkung wirtschaftlich gerechtfertigt ist [37].

61. Demnach toleriert der Gerichtshof Nachlässe beherrschender Unternehmen sogar in Bereichen, in denen er mögliche Missbräuche *per se* anzunehmen scheint, und folgt dabei in Wirklichkeit seiner klassischen Rechtsprechung, die sich unabhängig von den Urteilen, die die Kategorie der automatisch missbräuchlichen Verhaltensweisen [38] bestätigten, gefestigt hat. Doch neben den konkreten Hinweisen, die sich auf die Umstände eines jeden Einzelfalls beschränken, hat er keine allgemeinen Regeln aufgestellt, die es ermöglichen, die möglichen Missbräuche *per se* unter den Artikel des Vertrags, der den Missbrauch einer beherrschenden Stellung regelt, zu subsumieren. Daher sind einige dieser Regeln vorwegzuschicken.

36 — Loewenthal, P.-J., „The Defence of ‚Objective Justification' in the Application of Article 82 EC", *World Competition*, Nr. 28(4), 2005, S. 470.

37 — Urteil British Airways/Kommission, Randnr. 69.

38 — Urteil Tetra Pak, Randnr. 37, Urteile vom 15. Dezember 1994, DLG (C-250/92, Slg. 1994, I-5641, Randnr. 52), und vom 13. November 1975, General Motors/Kommission (26/75, Slg. 1975, 1367, Randnrn. 20 und 22).

b) Ungeeignetheit von Art. 82 EG zur Erfassung von Missbräuchen *per se*

62. Aus rechtlichen wie aus wirtschaftlichen Gründen ist Art. 82 EG nicht zur Regelung von als an sich missbräuchlich beanstandeten Verhaltensweisen geeignet.

i) Regeln rechtlicher Art

63. Hier spielt die Struktur des Art. 82 EG, insbesondere im Vergleich mit der des ihm im Vertrag vorangehenden Artikels, eine Rolle.

64. Art. 81 EG besteht aus drei Absätzen, die den Grundsatz des Verbots abgestimmter Verhaltensweisen, die Nichtigkeit als wesentliche Folge der Nichtbeachtung des Verbots in Abs. 1 und die Möglichkeit regeln, in den Genuss einer Freistellung unter der Voraussetzung zu gelangen, dass sie nicht über irgendeine gemäß Art. 83 Abs. 2 Buchst. b EG in Verbindung mit Abs. 1 erlassene Gruppenfreistellungsverordnung erlangt wurde.

65. Die in Art. 81 Abs. 1 Buchst. a bis e EG aufgezählten Beispiele für

wettbewerbsfeindliche Bündnisse werden traditionell den Verstößen *per se* gegen diese Bestimmung gleichgestellt, so dass sie nicht den Gruppenfreistellungen des Abs. 3 zugeordnet werden können [39]. Auch wenn dies sehr problematisch ist, werden sie nicht vollständig abgeschafft, denn sie bleiben dank der Einzelfreistellung wirksam, wenn die Beteiligten nachweisen, dass ihre Vereinbarungen die Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG erfüllen. In diesem Zusammenhang hat der Supreme Court der Vereinigten Staaten seine Rechtsprechung zur Auferlegung einer Preisbindung für den Wiederverkauf *(„Resale price maintenance")* in vertikalen Vereinbarungen an der Forderung ausgerichtet, sie der *„rule of reason"* zu unterwerfen [40], und sich so von der Strenge seiner gefestigten Rechtsprechung entfernt, die diese Verhaltensweise seit dem Präzedenzfall aus dem Jahr 1911 als *per se* rechtswidrig beanstandete, da sie gegen Sektion 1 des Sherman Act verstoße [41].

66. Zusammenfassend bietet die Bestimmung selbst den Unternehmen verschiedene Wege, um jegliche Beurteilung der in ihren Vereinbarungen vereinbarten Klauseln als Verstoß *per se* anzufechten. Dies ist bei den beherrschenden Unternehmen im Rahmen des entsprechenden Artikels des Vertrags nicht der Fall.

67. So wie Art. 82 EG formuliert ist, ohne einen Absatz, der die Freistellung bestimmter Missbräuche vorsieht, macht die Untersuchung der Verhaltensweisen eine dialektische Auseinandersetzung zwischen den Unternehmen, die eine beherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt einnehmen, und den staatlichen oder gemeinschaftlichen Wettbewerbsbehörden und den Betroffenen erforderlich.

68. Jeder dieser Teilnehmer an der rhetorischen Auseinandersetzung bringt in Übereinstimmung mit der traditionellen lateinischen Regel *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* die Beweise für sein Vorbringen bei.

69. Unter diesem Umständen, d. h., wenn bestimmte Verhaltensweisen immer die rechtliche Vermutung eines Missbrauchs auslösten, würde den beherrschenden Unternehmen ihr Recht auf Verteidigung genommen, denn die Struktur des Art. 82 EG lässt, worauf ich bereits hingewiesen habe, keine Freistellung zu, so dass nach der Feststellung des Missbrauchs der Verstoß festgestellt werden muss, falls es nicht genügend Hinweise dafür gibt, dass er nicht begangen wurde.

39 — So der die „schwarze" Liste beinhaltende Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. L 336, S. 21).

40 — Urteil vom 28. Juni 2007, Leegin Creative Leather Products, Inc./Psks, Inc. (Nr. 06-480); Llorente, C. La decisión del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso Leegin", in *Gertrude Ryan Law Observatory, Suplemento número 2 de Actualidad Jurídica Aranzadi nº 736*, S. 2 ff.

41 — Urteil vom 3. April 1911, Dr. Miles Medical Co./John D. Park & Sons Co. (220 U.S. 373).

70. Darüber hinaus stellen die in Art. 82 Abs. 2 Buchst. a bis d EG aufgelisteten Beispiele im Gegensatz zu denen des Art. 81 Abs. 1 Buchst. a bis e EG keine gesetzlichen Vermutungen dar. Sie könnten allenfalls als Vermutungen *iuris tantum* verstanden werden, die die Beweislast zugunsten derjenigen erleichtern, die sich auf die wirtschaftliche Logik berufen, auf die sie sich stützen [42], aber niemals als Ersatz für die dialektische Auseinandersetzung, auf die ich in den vorhergehenden Nummern Bezug genommen habe. So wie die *per se* kollusiven Verhaltensweisen des Art. 81 EG ihre Rettung in Art. 3 dieser Bestimmung fanden, hat auch die Option offen zu bleiben, im Rahmen des Art. 82 EG bestimmte missbräuchliche Verhaltensweisen über ihre objektive Rechtfertigung freizustellen.

ii) Regeln wirtschaftlicher Art

71. An erster Stelle würde die Billigung von Missbräuchen beherrschender Stellungen *per se* das Postulat der Notwendigkeit verletzen, jeden Einzelfall anhand des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts, in dem er steht, zu untersuchen.

72. An zweiter Stelle würde die *Per-se*-Betrachtungsweise aus rein wirtschaftlicher Sicht unter einem exzessiven Formalismus leiden, gegen den sich sehr qualifizierte Stimmen zugunsten einer anderen Betrachtungsweise des Art. 82 EG erhoben haben, die an den Auswirkungen eines jeden Missbrauchs orientiert ist und bei der die spezifischen Gegebenheiten über eine Untersuchung der Vorteile [43] abgewogen werden *(„rule of reason")* [44].

73. Vorgefassten und formalistischen Meinungen auf dem Gebiet des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung den Vorrang einzuräumen, würde die Tatsache verdecken, dass sie gelegentlich auch für den Verbraucher vorteilhaft sein können [45]. Dies ist der Fall, wenn die Stärke eines Wirtschaftsteilnehmers den Wettbewerb auf dem relevanten Markt beschränkt, da, wie zutreffend kritisiert wurde, Art. 82 EG keine Regelung vorsieht, damit sich diese Wirtschaftsteilnehmer erfolgreich gegen den Vorwurf des Missbrauchs verteidigen können, indem sie die wirtschaftliche Effizienz ihres Verhaltens nachweisen [46].

74. Wenn es an dritter Stelle schließlich, wie ausgeführt wurde, üblich ist, die Anwendungsfälle des Art. 82 EG in zwei Kategorien zu unterteilen, nämlich dieje-

42 — Zur Verwendung dieser tatsächlichen Vermutungen Paulis, E., „The burden of proof in Article 82 cases", in Hawk, B. E., *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*, Juris Publishing, Inc., New York, 2007, S. 470.

43 — [Betrifft nur die spanische Fassung.]

44 — Report by the EAGCP „An Economic Approach to Article 82", Juli 2005, einsehbar in http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies /eagcp_july_21_05.pdf, S. 5 und 6.

45 — Jacquemin, A. P., „The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community", in Greaves, R. (Koordinatorin), *Competition Law*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot (Vereinigtes Königreich), 2003, S. 214, weist auf das Risiko hin, das die Regel der Missbräuche *per se* mit sich bringt, auch außerhalb der beherrschenden Stellung.

46 — Pelkmans, J., *European Integration — Methods and Economic Analysis*, Longman, London, 1997, S. 194.

nigen, die für die Verbraucher schädlich sind (Ausbeutungsmissbrauch), und die, die den gegenwärtigen und potenziellen Wettbewerbern Schaden zufügen (Behinderungsmissbrauch) [47], so dass jede wettbewerbswidrige Handlung eines beherrschenden Unternehmens einen Missbrauch darstellen kann [48] — mangels einer Hierarchisierung dieser beiden Aspekte des Art. 82 EG [49] —, könnte man für die Verteidigung des beherrschenden Unternehmens auf der Grundlage der erzielten wirtschaftlichen Ergebnisse eintreten.

75. Nur durch eine Gegenüberstellung der positiven und der negativen Folgen für den Verbraucher und die sonstigen Wirtschaftsteilnehmer auf demselben Markt können die notwendigen Informationen gewonnen werden, um die zutreffenden Schlüsse zu ziehen.

47 — Das Disskussionspapier der Europäischen Kommission mit dem Titel „DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses" handelt nur vom Behinderungsmissbrauch; es kann konsultiert werden unter http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005. pdf. Dieses Vorgehen blieb nicht frei von Kritik: Díez Estella, F., „El *Discussion Paper* de la Comisión Europea: reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE?", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nr. 242, Mai 2006, S. 24.

48 — Hildebrand, D., *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Ed. Kluwer, Den Haag, 1998, S. 62.

49 — Das Fehlen eines Ziels, dessen Schutz ausdrücklich durch Art. 82 EG verfolgt wird, wurde kritisiert von Whish, R., „Rethinking Article 82 CE", in *Concurences: revue des droits de la concurrence*, Nr. 4/2005, S. 18, der dieses Fehlen eines Leitbilds damit verglichen hat, Art. 82 EG „wie ein Boot ohne Ruder" zu lassen. Schröter, H., *a.a.O.*, S. 813, hingegen zieht aus den Urteilen Hoffmann-La Roche, Michelin und L'Oréal, den Schluss, dass die Bestimmung darauf abzielt, vor allem den Wettbewerb als Institut zu schützen, ein Schutz, der mittelbar den Wettbewerbern, den Geschäftspartnern des beherrschenden Unternehmens und den Verbrauchern zugute komme.

3. Antwortvorschlag zur ersten Vorlagefrage

76. Nach den vorstehenden Ausführungen sind *per se* missbräuchliche Verhaltensweisen nicht gut mit Art. 82 EG zu erfassen, so dass die erste Frage des Trimeles Efeteio Athinon nicht bejaht werden sollte. Ich empfehle daher dem Gerichtshof, ohne Umschweife festzustellen, dass es Art. 82 EG nicht gestattet, Unternehmen in beherrschender Stellung an sich missbräuchliche Handlungen vorzuwerfen, selbst wenn die Umstände des Falls keinen Raum für Zweifel an ihrer Absicht und ihrer wettbewerbsfeindlichen Wirkung lassen.

77. Nach Maßgabe der Lösung der ersten Frage ist die zweite zu untersuchen, die auf die mögliche objektive Rechtfertigung solcher Handlungen gerichtet ist.

C — *Elemente, die ein normalerweise missbräuchliches Verhalten rechtfertigen (zweite Vorlagefrage)*

78. Wie ich bereits ausgeführt habe, muss ein Teil der ersten Vorlagefrage wegen ihrer engen Verbindung mit den Gründen für die

Freistellung der in Art. 82 EG tatbestandlich erfassten missbräuchlichen Praktiken im Rahmen der zweiten beantwortet werden. Meiner Ansicht nach fragt das vorlegende Gericht gerade nach den Kriterien dafür, dem grundsätzlich gegen das Unternehmen in beherrschender Stellung ergangenen negativen Urteil entgegenzuwirken.

79. Es gibt drei Rechtfertigungen, auf die sich die beherrschenden Unternehmen berufen können, wenn ihnen ein Missbrauch vorgeworfen wird: diejenigen, die sich auf den Markt beziehen, auf dem sie tätig sind [50], die rechtmäßige Wahrnehmung ihrer wirtschaftlichen Interessen und den Nachweis der positiven wirtschaftlichen Bilanz. Im Folgenden erörtere ich sie getrennt, immer mit Blick auf den vor dem vorlegenden Gericht vorgetragenen Sachverhalt.

1. Die Bedingungen eines unvollkommenen Markts

80. GSK hat betont, dass die staatliche Regulierung sie daran hindere, ihren Geschäften unter normalen Wettbewerbsbedingungen nachzugehen. Sie führt zwei Gesichtspunkte an, die die Beschränkungen der Parallelexporte der griechischen Grossisten erklären sollen: die Festsetzung von Mindestverkaufspreisen für die Arzneimittel, eine in allen Mitgliedstaaten übliche Praxis, und die Verpflichtung, ausreichend Ware bereitzustellen, um jederzeit die nationale Nachfrage befriedigen zu können.

81. Die Klägerinnen der Ausgangsverfahren, die polnische Regierung und die Kommission weisen eine solche Auslegung, wenn auch mit gewissen Nuancen, zurück. Bevor in die Untersuchung der Rechtfertigungsgründe eingetreten wird, sind die besonderen Konturen des relevanten Markts zu umreißen.

a) Grundlegende Eigenschaften des Markts

82. Zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass der europäische Markt für Arzneimittel, verstanden als der Handel mit und der Vertrieb von Erzeugnissen mit oder ohne Patentschutz, aufgrund staatlicher Preisintervention und öffentlicher Systeme der Erstattung der Arzneimittelkosten des Patienten — was die Relevanz des vom Endverbraucher gezahlten Betrags verringert — durch einen

50 — In ihrem zuvor zitierten Diskussionspapier verlangt die Kommission (Nr. 80), dass das Verhalten des Unternehmens aus Gründen der Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit erforderlich ist; dieser Ausweg erscheint mir zu einfach, und ich schlage daher einen weiter gehenden, aber marktbezogenen, vor.

eingeschränkten Grad der Harmonisierung gekennzeichnet ist [51].

83. Die Parteien, die in diesem Vorabentscheidungsverfahren schriftliche Erklärungen eingereicht haben, stimmen darin überein, dass alle Mitgliedstaaten die Beträge, die die Herstellerunternehmen des Sektors von den Kranken verlangen, regeln, indem sie die von den verschiedenen Sozialversicherungsträgern zu erstattenden Beträge beschränken und auf diese Weise die öffentlichen Gesundheitsausgaben eindämmen. Sie stimmen auch dahin gehend überein, dass die Verkaufspreise zwischen den Mitgliedstaaten enorme Ungleichheiten aufweisen. Neben diesem staatlichen Finanzierungssystem steht ein anderes, vollständig privates, in dem die Arzneimittelunternehmen die Medikamentenpreise frei berechnen; ich nehme jedoch einen gewissen Konsens wahr, nach dem das letztgenannte Modell einen sehr niedrigen Prozentsatz ausmacht, auch wenn er je nach Land schwankt.

84. Abschließend ist ein anderes Unterscheidungsmerkmal dieses Markts hervorzuheben, die zahlreichen gewerblichen Patente an Arzneimitteln. Auch wenn dieser Umstand nicht ihre behördliche Kontrolle widerspiegelt, ist er von Bedeutung, da die Inhaber dieser gewerblichen Eigentumsrechte leichter in beherrschende Stellungen gelangen, denn diese Monopole werden gewöhnlich als gesetzliche und zeitliche Barrieren errichtet [52].

85. Unter diesen Umständen bringt GSK vor, dass die Preisvorschriften der Mitgliedstaaten sowie die Verpflichtung zu einer der innerstaatlichen Nachfrage angepassten Vorratsverwaltung sie in einer Art und Weise einschränkten, dass ihr, um ihr Geschäft wiederherzustellen, nichts anderes bleibe, als den griechischen Großhändlern die Parallelexporte in Länder, in denen der für das Arzneimittel gezahlte Betrag den in der Hellenischen Republik erlangten erheblich übersteigt, zu erschweren.

b) Untersuchung dieser Rechtfertigungsgründe

86. Auch wenn die Gemeinschaftsrechtsprechung keinen auf die Besonderheiten der Regulierung eines bestimmten Markts gestützten Grund zugelassen hat, halte ich Fälle für denkbar, in denen sie dies im Hinblick auf die Auswirkungen der Kontrolle des Markts durch den Staat tun würde. GSK hat sich auf zwei grundlegende Faktoren berufen: die Preisintervention und die Versorgungsverpflichtung.

51 — Myhre, J. W., „The pharmaceutical sector — Article 81 EC and Article 82 EC — Imperfect tools for an imperfect market?", in Johansson, M./Wahl, N./Bernitz, U. (Hrsg.), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg: a European for all seasons*, Bruylant, Brüssel, 2006, S. 378.

52 — Pelkmans, J., *a. a. O.*, S. 193.

i) Die Festlegung der Preise durch die Mitgliedstaaten

87. Was die in den Mitgliedstaaten praktizierte Politik der Erstattung der Arzneimittelkosten der Patienten durch die Sozialversicherungsträger anbelangt, wurde im Urteil Merck und Beecham [53] festgestellt, dass die Anordnung von Preisen tatsächlich geeignet ist, den Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten zu verfälschen, aber es wurde nuanciert, dass diese Wettbewerbsverzerrung keine Ausnahme vom Grundsatz des freien Warenverkehrs rechtfertigt [54].

88. Ungeachtet dessen, dass das Verbot des Art. 28 EG den Unternehmen nicht entgegengehalten werden kann, wird ihnen die Verpflichtung, den Zielen des Vertrags, insbesondere der Freiheit des Handels zwischen den Mitgliedstaaten, nicht im Wege zu stehen, über die Art. 81 EG und 82 EG auferlegt, indem Praktiken, die zu einer künstlichen Abschottung der nationalen Märkte und Veränderungen der Wettbewerbsstruktur führen, für unvereinbar mit dem Vertrag erklärt werden [55]. Daher ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs zum freien Warenverkehr zur Sprache zu bringen, zumindest in Bezug auf die Abschottung der nationalen Märkte.

89. Auf jeden Fall wird die Strenge der Preispolitik durch Art. 2 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 89/105 [56] relativiert, die auf alle Modelle staatlichen Eingreifens anwendbar ist [57]. Aus Abs. 2 geht klar hervor, dass die Arzneimittelhersteller an Erörterungen mit den für die Preisfestsetzung zuständigen Behörden beteiligt sind, die die Ablehnung des Verkaufs des Arzneimittels zu dem vom Antragsteller vorgeschlagenen Preis auf eine auf „objektiven und überprüfbaren Kriterien" beruhende Begründung stützen müssen. In Abs. 1 ist sogar eine Fiktion der Genehmigung des Antrags für den Fall der Untätigkeit der Verwaltung vorgesehen, denn ergeht innerhalb von neunzig Tagen nach Eingang des Antrags keine Entscheidung, ist der Antragsteller berechtigt, das Arzneimittel in den Verkehr zu bringen.

90. So hart die Verhandlungen auch sein mögen, darf doch die Situation der Arzneimittelunternehmen nicht vergessen werden, insbesondere, wenn sie über neue Patente verfügen, die im Allgemeinen einen Fortschritt für den Kranken bedeuten, der mit diesen Medikamenten ärztlich behandelt wird. Dieser Umstand ist von großer Bedeutung, denn den Mitgliedstaat, der verpflichtet ist, für ein qualitativ hochwertiges Gesundheitswesen im Dienste des Patienten Sorge zu tragen, ist daran interessiert, über die besten Mittel zu verfügen, die ihm der Markt bietet, sofern er sie zu einem angemessenen Preis zur Verfügung stellt [58].

53 — Urteil vom 5. Dezember 1996, Merck und Beecham (C-267/95 und C-268/95, Slg. 1996, I-6285, Randnr. 47).

54 — Ebd.

55 — Urteil vom 31. Mai 1979, Hugin/Kommission (22/78, Slg. 1979, 1869, Randnr. 17).

56 — Dargestellt in Nr. 5 dieser Schlussanträge.

57 — Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/105.

58 — Zweiter und dritter Erwägungsgrund der Richtlinie 89/105.

91. Ich akzeptiere, dass sich der Vorteil des Patentinhabers im Lauf der Zeit verringert und ihn dazu zwingt, den ursprünglich mit den Gesundheitsbehörden vereinbarten Preis zu senken. Diese Entwicklung ist jedoch nicht ungewöhnlich, denn sie hängt von den Angeboten anderer Hersteller an in der Behandlung wirksameren Substitutionserzeugnissen ab, die einander dank der Fortschritte in der Forschung nach und nach ablösen.

92. Darüber hinaus darf der vereinbarte Preis kein Niveau erreichen, das die Unternehmen des Sektors dazu veranlasst, unter dem Selbstkostenpreis zu verkaufen.

93. Zusammenfassend ist das System der Preisregulierung, selbst wenn der Markt für Arzneimittelerzeugnisse nicht nach den Regeln eines normalen Wettbewerbs funktioniert, nicht vollständig dem Einfluss ihrer Hersteller entzogen, die die Preise mit den Gesundheitsbehörden der Mitgliedstaaten aushandeln und ein gewisses Gewicht auf dem Markt haben, auf dem sie sich leicht den Wechselfällen der Gesundheitspolitik, zumindest im Bereich der Arzneimittel, anpassen.

ii) Die Versorgungsverpflichtung

94. Der zweite Faktor der Marktordnung, der GSK zufolge ihre normale Tätigkeit in Griechenland beeinträchtigt und die Beschränkung des Parallelhandels rechtfertigen würde, betrifft die Verpflichtung, den griechischen Markt ständig ausreichend versorgen zu können. Sie vertritt darüber hinaus die Ansicht, dass sie die Erfüllung dieser Aufgabe daran hindere, die Bestellungen der Großhändler in den gewünschten Fristen auszuführen.

95. Die Reichweite dieser Belastung erfordert gewisse Präzisierungen, denn einige der Klägerinnen der Ausgangsverfahren halten sich ebenfalls für verpflichtet, den Markt zu versorgen, was in Art. 81 Abs. 2 der in Nr. 6 dieser Schlussanträge erwähnten Richtlinie 2001/83 seine Stütze fände. Folglich ist kein Grund dafür erkennbar, dass GSK sich zu ihrer Verteidigung auf diese Verpflichtung beruft.

96. Zweifellos unterliegen die Bedürfnisse der Patienten in dem Mitgliedstaat keinen plötzlichen Veränderungen, sofern keine Epidemien oder Pandemien auftreten, so dass die Statistiken der an den jeweiligen Krankheiten Leidenden zuverlässig sind und den Unternehmen eine gewisse Vorhersehbarkeit ermöglichen, um sich dem Markt anpassen zu können.

97. Zusammenfassend ist die Versorgungsgarantie aus den vorstehenden Gründen nicht als Rechtfertigung für GSK geeignet, wenn sie die Lieferungen an die mit ihr im Wettbewerb stehenden griechischen Großhändler begrenzt.

98. Folglich kommt es nach der Zurückweisung der beiden von GSK vorgebrachten Rechtfertigungsgründe nicht in Betracht, dass es in dieser Rechtssache objektive Gründe im Zusammenhang mit einer Intervention auf dem Markt geben könnte, die ihr Verhalten rechtfertigen würden.

2. Die Verteidigung der berechtigten geschäftlichen Interessen

a) Untersuchung anhand der Rechtsprechung

99. Eine oberflächliche Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass diese Kategorie objektiver Rechtfertigungen die einzige ist, die sich bis jetzt herauskristallisiert hat, nachdem sich die Art. 82 EG innewohnende Dialektik auf die Dichotomie zwischen missbräuchlichen Praktiken und Verhaltensweisen, die darauf gerichtet sind, berechtigte kommerzielle Interessen zu wahren, reduziert hat [59].

100. Die Weigerung, die Bestellungen der griechischen Großhändler vollständig auszuführen, kommt einer, wenn auch nur teilweisen, Ablehnung der Versorgung gleich, so dass ich mich auf die wenigen Entscheidungen des Gerichtshofs zu dieser Frage beschränken werde.

101. Im Urteil United Brands wurde der Schutz der berechtigten Geschäftsinteressen als Werkzeug für die Ausräumung des Verdachts eines Missbrauchs durch Unternehmen in beherrschender Stellung anerkannt, indem ihnen gestattet wurde, Maßnahmen zu ergreifen, um diesen Schutz sicherzustellen, sofern die unerlässliche Verhältnismäßigkeit der Antwort der beherrschenden Unternehmen auf die Angriffe auf ihre Interessen gewahrt bleibt [60].

102. Dem multinationalen amerikanischen Bananenkonzern nützte die Aufstellung

59 — Van Bael, I./Bellis, J.-F., *Competition Law of the European Community*, 4. Aufl., Kluwer, Den Haag, 2005, S. 907.

60 — Urteil United Brands, Randnrn. 189 und 190.

dieses Grundsatzes jedoch nichts, denn das Urteil schloss das Vorliegen der Voraussetzungen für die berechtigten Schutzmaßnahmen gerade wegen fehlender Verhältnismäßigkeit der Weigerung, die Erzeugnisse an seine Kundin und Wettbewerberin Olesen zu liefern, aus [61].

103. In einer anderen Rechtssache hat der Gerichtshof die Lieferverweigerung in Knappheitsperioden, während der Ölkrise in den siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts, untersucht [62] und es dem Unternehmen BP erlaubt, *die Lieferungen an einen Gelegenheitsabnehmer*, die niederländische Kooperative ABG, stärker prozentual zu beschränken als gegenüber seinen Stammkunden, um zu verhindern, dass diese verhältnismäßig stärker beeinträchtigt werden [63].

104. Außerhalb der Gemeinschaftsrechtsprechung wurden bestimmte Rechtfertigungen in anderen Bereichen zugelassen. So billigt es z. B. die Kommission, dass ein marktbeherrschender Hersteller seine Geschäftsbeziehungen zu einem Kunden überprüft, der seine Tätigkeit auf die Absatzförderung einer konkurrierenden Marke richtet [64].

105. In der Lehre werden andere Rechtfertigungsgründe erwogen, wie der des ungeeigneten Geschäftspartners, der am Rande des Bankrotts steht, systematisch die Verträge verletzt oder dem Ansehen oder der Qualität der Waren des Lieferanten schadet [65]. In diesen Fällen legt es der gesunde Menschenverstand nahe, den Wunsch des beherrschenden Unternehmens, seine Bestellungen abzulehnen, zu respektieren.

b) Vorgebrachte Gründe

106. Von den von GSK in ihren beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen sind alle Argumente, die sich auf den Rückgang der Einkünfte wegen des Marktanteilsverlusts zugunsten der Großhändler und seine Auswirkung auf die Amortisation von Investitionen in Forschung und Entwicklung (im Folgenden: FuE) beziehen, auf die Verteidigung berechtigter Interessen zurückzuführen.

107. Sowohl GSK als auch ein Teil der Lehre führen die enormen Kosten der Investitionen in FuE für die Markteinführung eines Arzneimittels an. Der Zeitraum zwischen dem Erwerb des Patents für den Wirkstoff

61 — Randnrn. 191 ff. des Urteils United Brands.

62 — Urteil vom 29. Juni 1978, BP/Kommisson (77/77, Slg. 1978, 1513), „Ölkrisenfall".

63 — Ebd., Randnrn. 32 und 33.

64 — Entscheidung 87/500/EWG der Kommission vom 29. Juli 1987 betreffend ein Verfahren nach Artikel [82] EWG-Vertrag (IV/32.279) — BBI/Boosey & Hawkes: einstweilige Maßnahmen (ABl. L 286, S. 36, Nr. 19).

65 — Van Bael, I./Bellis, J.-F., *a. a. O.*, S. 957.

und seine therapeutische Verfügbarkeit betrage im Mittel zwölf bis dreizehn Jahre, so dass sich die Zeit, in der durch die Vermarktung Einkünfte erzielt würden, auf sieben oder acht Jahre beschränke [66].

108. Unter diesen Bedingungen verringerten der Parallelhandel und die Herstellung von Generika bei Auslaufen des Schutzes, den ihnen das Recht des gewerblichen Eigentums vermittelt, die Amortisation der Ausgaben für FuE.

109. Es ist kein notwendiger Kausalzusammenhang zwischen dem möglichen Schaden für die Investition in FuE und dem Parallelhandel erkennbar, denn erstens haben GSK und die angeführten Autoren keine Informationen über den Zeitraum, in dem das Patent keinen Gewinn abwirft, vorgelegt. Diese so lange Wartezeit ist vielmehr zurückzuführen auf die eigenen internen Kostenstrukturen der Arzneimittelunternehmen. Da sie den Zeitraum, in dem das Patent rentabel ist, für sehr kurz erachten, entdecken sie jedenfalls das Gefühl desjenigen, der seine Rechte nur für eine beschränkte Zeit genießt. Ich wage sogar die Vermutung, dass es noch andere Sektoren gibt, in denen die Situation für diese Art geistigen Eigentums ähnlich ist.

110. Zweitens wird die FuE-Politik im Arzneimittelsektor zum Schlüssel der gesamten Tätigkeit, auch wenn die Annahme logisch wäre, dass ein Patent die Einnahmen für die weitere Forschung garantiert. In diesem Wirtschaftszweig ermöglicht nur das unaufhörliche Prospektieren revolutionärer Arzneimittel das Überleben auf einem sehr wettbewerbsorientierten, globalisierten und lukrativen Markt. Aber ohne eine gut gestaltete Geschäftspolitik laufen auch die genialsten Erfindungen Gefahr, unbeachtet zu bleiben. Deshalb hat jedes Forschungsunternehmen die geeignetsten Wege zu suchen, um zum Verbraucher zu gelangen und ihn zu überzeugen.

111. GSK konnte ganz nach ihrem Belieben den Vertrieb ihrer Waren in Europa ausgestalten. Sie entschied sich für eine Strategie, die die griechischen Großhändler umfasste, da sie diese wirtschaftlich für nützlicher und vorteilhafter hielt. Sie hätte einem integrierten vertikalen Verteilungssystem für ihre Arzneimittel den Vorzug geben können, wie

66 — Krapf, E., *Parallelimporte von Arzneimitteln und europäisches Kartellrecht — eine Untersuchung von Vertriebssystemen zur Verhinderung des Parallelhandels*, Shaker, Aachen, 2006, S. 107 f.

sie es im November 2000 tun wollte. Auch wenn sie unter Beachtung der Handelsbräuche bei der Umgestaltung ihrer Belieferungsschemata frei war, wird ihr doch im vorliegenden Fall vorgeworfen, die Großhändler dafür, dass sie die Marktbedingungen besser genutzt haben, zu bestrafen, indem sie ihnen den Export unmöglich macht.

112. Drittens vermittelt der Vergleich mit den Angaben in dem in Nr. 107 dieser Schlussanträge erwähnten Schrifttum, nach denen in den Jahren 1998 bis 2003 der Marktanteil der Parallelimporteure von 1,8 % auf 6,8 % gestiegen ist [67], den Eindruck, dass die wahre Schlacht um die Rückgewinnung dieser Gewinnspannen geschlagen wird, die die Rivalen der großen Arzneimittelunternehmen erzielt haben.

113. Vor diesem Hintergrund erscheint mir das Argument der Abschreckung, die der Verlust von Einkünften wegen der Parallelimporte von Arzneimitteln verursacht, irreführend, denn mit ihm wird nur versucht, die öffentliche Meinung zu beeinflussen, die durch die lebenswichtige Bedeutung von FuE für die Wettbewerbsfähigkeit sensibilisiert ist, und dabei die unternehmerische Rivalität auf das Podium der Politik der Förderung der Forschung zu verlagern, einen Bereich, den die Europäische Union ihren Aufgaben hinzugefügt hat, seit durch die Einheitliche Europäische Akte der Titel XVIII („Forschung und technologische Entwicklung“) in den Vertrag eingefügt wurde.

114. Unter diesen Bedingungen bietet die Europäische Union ein für die Unternehmen günstiges Umfeld, indem sie sie im Wege der Gruppenfreistellung für derartige horizontale Vereinbarungen dazu animiert, die Ausgaben für FuE zu senken [68] in dem Wissen, dass die Zusammenarbeit auf diesem Gebiet sowie bei der Verwertung der entsprechenden Ergebnisse zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, indem sie die Verbreitung von Know-how unter den Vertragsparteien verbessert; sie hilft zudem, doppelte FuE-Arbeiten zu vermeiden, gibt durch den Austausch von sich ergänzendem Know-how Anstoß zu weiteren Fortschritten und rationalisiert die Herstellung bzw. Anwendung der aus den FuE-Arbeiten hervorgegangenen Verfahren [69].

115. Deshalb müsste man das Verhalten, selbst wenn man es rechtfertigen könnte, für unverhältnismäßig erklären, denn es besei-

67 — Krapf, E., *a. a. O.*, S. 2.

68 — Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (ABl. L 304, S. 7).

69 — Zehnter Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 2659/2000.

tigt den Wettbewerb im Vertriebssektor innerhalb Europas, indem es Parallelimporte aus Griechenland unterdrückt.

3. Die positive Wirtschaftsbilanz

116. Die letzte Rechtfertigung der beherrschenden Unternehmen betrifft die wirtschaftliche Effizienz des hypothetisch missbräuchlichen Verhaltens *(„efficiency defence")*. Mit ihrem Diskussionspapier zur Anwendbarkeit von Art. 82 EG integriert die Kommission dies in ihre Politik [70] und folgt damit der Lehre, die dies bisher vermisste [71].

117. Den schriftlichen Erklärungen von GSK entnehme ich, dass ihre Darlegungen zu den perversen Folgen des Parallelhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln dieser Rubrik zuzuordnen sind. Sie bringt vor, dass er weder für die Patienten noch die Sozialversicherungsträger, die die Erstattung der Behandlungskosten übernehmen, von Vorteil sei. Sie stellt diese Angabe den einträglichen Einkünften der Großhändler aus dem Verkauf der Ware in Ländern gegenüber, in denen der von den Krankenversicherungen zu erstattende Betrag höher ist als in Griechenland, und beklagt zugleich die hohen Beträge, die ihr selbst entgingen.

118. Neben der Beschreibung eines durch den Parallelhandel verursachten Schreckensszenarios erwähnt sie keinen positiven Aspekt, den ihre Begrenzung der Arzneimittellieferungen an die Großhändler mit sich bringen würde, mit Ausnahme der Wiedererlangung ihrer Gewinnspannen, was ohne Relevanz ist für die Beurteilung des Verhaltens als missbräuchlich oder für seine Rechtfertigung, worauf die polnische Regierung zutreffend hinweist.

119. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Unternehmen in beherrschender Stellung befugt sind, die positiven wirtschaftlichen Auswirkungen ihrer Missbräuche nachzuweisen, hat GSK kein Element vorgebracht, das geeignet wäre, die Abwägung zu ihren Gunsten ausfallen zu lassen, obwohl die Gesichtspunkte des Wohlbefindens der Patienten und der Kostensenkung im öffentlichen Gesundheitswesen im Ausgangsverfahren einer besonderen Aufmerksamkeit

70 — Europäische Kommission, *a. a. O.*, Nrn. 84 bis 91.

71 — Loewenthal, P.-J., *a. a. O.*, S. 464 f.

bedürfen. Daher bedarf es keiner Verhältnismäßigkeitsprüfung, die der letzte Schritt in der Untersuchung gewesen wäre, wenn eine Rechtfertigung ausgemacht worden wäre.

4. Antwortvorschlag zur zweiten Vorlagefrage

120. Aufgrund der vorstehenden Überlegungen empfehle ich dem Gerichtshof, die zweite Vorlagefrage dahin gehend zu beantworten, dass die Begrenzung der Bestellungen von Großhändlern durch ein Unternehmen in beherrschender Stellung auf die Inlandsnachfrage in der Absicht, den Parallelimporten der Großhändler in andere Mitgliedstaaten ein Ende zu setzen, grundsätzlich eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne des Art. 82 EG darstellt.

121. Das in Verdacht geratene Unternehmen kann jedoch geeignete Anhaltspunkte für die objektive Rechtfertigung seines Verhaltens vorbringen, insbesondere:

— Angaben zur Marktregulierung, aufgrund deren es sich in dieser Weise zu verhalten gezwungen ist, da es sie nicht ändern kann, wobei im vorliegenden Rechtsstreit die Festlegung der Arzneimittelpreise und die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung von Beständen zur Versorgung der Patienten nicht in Betracht kommen,

— Beweise dafür, dass sein einziger Beweggrund die Verteidigung seiner legitimen Geschäftsinteressen war, zu denen im vorliegenden Fall die Auswirkungen auf die Anreize für Innovationen nicht gehören, und

— die wirtschaftlichen Vorteile der gerügten Verhaltensweise.

122. Nach der Prüfung der Rechtfertigung darf die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht vergessen werden, d. h. die Feststellung der Erforderlichkeit und der Geeignetheit.

VI — Ergebnis

123. Im Licht der vorstehenden Erwägungen und abweichend von den zitierten Schlussanträgen von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Syfait schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen des Trimeles Efeteio Athinon wie folgt zu beantworten:

1. Art. 82 EG erlaubt es selbst dann nicht, Unternehmen in beherrschender Stellung an sich missbräuchliche Verhaltensweisen vorzuwerfen, wenn sich ihre Absicht und die durch sie verursachte wettbewerbswidrige Wirkung aus den Umständen des Falls ergibt.

2. Ein Unternehmen in beherrschender Stellung, das sich weigert, Bestellungen der Arzneimittelgroßhändler in vollem Umfang auszuführen, um diese in ihrer Exporttätigkeit einzuschränken und den ihm durch den Parallelhandel entstandenen Schaden zu begrenzen, handelt missbräuchlich im Sinne von Art. 82 EG. Das Unternehmen kann jedoch geeignete Beweise für die Rechtfertigung seines Verhaltens vorlegen, insbesondere:

   — Angaben zur Marktregulierung, aufgrund deren es sich in dieser Weise zu verhalten gezwungen ist, da es sie nicht ändern kann, wobei im vorliegenden Rechtsstreit die Festlegung der Arzneimittelpreise und die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung von Beständen zur Versorgung der Patienten nicht in Betracht kommen,

   — Beweise dafür, dass es nur seine legitimen Geschäftsinteressen verteidigen wollte, zu denen im vorliegenden Fall die Auswirkungen auf die Anreize für Innovationen nicht gehören, und

   — die wirtschaftlichen Vorteile der gerügten Verhaltensweise.