URTEIL DES GERICHTS (Vierte erweiterte Kammer)

27. September 2006 *

In der Rechtssache T-168/01

GlaxoSmithKline Services Unlimited, vormals Glaxo Wellcome plc, mit Sitz in Brentford, Middlesex (Vereinigtes Königreich), Prozessbevollmächtigte: I. Forrester, QC, sowie Rechtsanwälte F. Depoortere, T. Louko, S. Martínez Lage, A. Schulz und I. Vandenborre,

Klägerin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten zunächst durch P. Oliver, dann durch É. Gippini Fournier als Bevollmächtigte,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Englisch.

unterstützt durch

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) mit Sitz in Brüssel (Belgien), Prozessbevollmächtigte: zunächst Rechtsanwälte U. Zinsmeister und M. Lienemeyer, dann Rechtsanwalt A. Martin-Ehlers, schließlich Rechtsanwalt M. Hartmann-Rüppel,

durch

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e. V. (BAI) mit Sitz in Mülheim an der Ruhr (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: zunächst Rechtsanwälte M. Epping und W. Rehmann, dann Rechtsanwalt W. Rehmann,

durch

Spain Pharma, SA, mit Sitz in Madrid (Spanien), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte P. Muñoz Carpena, B. Ortúzar Somoza und R. Gutiérrez Sánchez,

und durch

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) mit Sitz in Madrid, Prozessbevollmächtigte: zunächst Rechtsanwälte M. Araujo Boyd und R. Sanz, dann Rechtsanwälte M. Araujo Boyd und J. L. Buendia Sierra,

Streithelfer,

betreffend einen Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung 2001/791/EG der Kommission vom 8. Mai 2001 in einem Verfahren gemäß Artikel 81 EG-Vertrag (Sachen: IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome [Anmeldung], IV/36.997/F3 Aseprofar and Fedifar [Beschwerde], IV/37.121/F3 Spain Pharma [Beschwerde], IV/37.138/F3 BAI [Beschwerde] und IV/37.380/F3 EAEPC [Beschwerde]) (ABl. L 302, S. 1)

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Vierte erweiterte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten H. Legal, der Richterinnen P. Lindh und I. Wiszniewska-Białecka sowie der Richter V. Vadapalas und E. Moavero Milanesi,

Kanzler: C. Kristensen, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 2006

folgendes

Urteil

Rechtlicher und tatsächlicher Rahmen des Rechtsstreits

Gemeinschaftsrecht

1 Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe g EG sieht vor, dass die Tätigkeit der Gemeinschaft ein System umfasst, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt.

2 Nach Artikel 81 Absatz 1 EG sind insbesondere alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten.

3 Nach Artikel 81 Absatz 3 EG können die Bestimmungen des Absatzes 1 für nicht anwendbar erklärt werden u. a. auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenverteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

4 Am 21. Dezember 1988 erließ der Rat auf der Grundlage von Artikel 100a EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 95 EG) die Richtlinie 89/105/EWG 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). Mit ihr wird das Ziel verfolgt, einen Überblick über die Maßnahmen zur Festsetzung und zur unmittelbaren und mittelbaren Kontrolle der Arzneimittelpreise zu erhalten, die die Mitgliedstaaten ergriffen haben, um die Ausgaben ihres öffentlichen Gesundheitswesens für derartige Produkte besser überschauen zu können; außerdem sollen die Unterschiede bei diesen Maßnahmen, die den innergemeinschaftlichen Handel mit Arzneimitteln behindern oder verfälschen und somit das Funktionieren des gemeinsamen Marktes für Arzneimittel unmittelbar beeinträchtigen können, beseitigt werden. Zu diesem Zweck wird mit der Richtlinie als erster Schritt eine Reihe von Anforderungen festgelegt, mit denen sichergestellt werden soll, dass die Betroffenen überprüfen können, dass die fraglichen einzelstaatlichen Maßnahmen keine mengenmäßigen Beschränkungen für die Ein- oder Ausfuhr oder Maßnahmen gleicher Wirkung darstellen. Diese Anforderungen beeinflussen jedoch nicht die Politik der Mitgliedstaaten, und die einzelstaatliche Politik in Bezug auf die Preisfestsetzung und das Sozialversicherungssystem beeinflussen sie nur in dem Maße, in dem dies für die Transparenz notwendig ist. Die Frist, die den Mitgliedstaaten gesetzt worden war, um dieser Richtlinie nachzukommen, lief am 31. Dezember 1989 ab.

Spanisches Recht

5 Am 20. Dezember 1990 erließ das Königreich Spanien die Ley 25/1990 del Medicamento (Gesetz Nr. 25/1990 über Arzneimittel, BOE Nr. 306 vom 22. Dezember 1990, S. 2643, im Folgenden: Gesetz Nr. 25/1990). Dieses Gesetz wurde u. a. geändert durch die Ley 66/1997 vom 30. Dezember 1997 (BOE Nr. 313 vom 31. Dezember 1997, S. 38517) und — während des Verwaltungsverfahrens, das zum Erlass der in der vorliegenden Rechtssache angefochtenen Entscheidung führte — durch die Ley 55/1999 vom 30. Dezember 1999 (BOE Nr. 312 vom 30. Dezember 1999, S. 46095).

6 Am 23. Februar 1990 erließ das Königreich Spanien das Real Decreto 271/1990 de reorganización de la intervención de los precios de las especialidades farmacéuticas

de uso humano (Königliches Dekret Nr. 271/1990 zur Neuordnung der Preisinterventionen bei zum menschlichen Gebrauch bestimmten Pharmazeutika, BOE Nr. 53 vom 2. März 1990, S. 6086, im Folgenden: Dekret Nr. 271/1990). Dieses Dekret soll es dem Königreich Spanien insbesondere ermöglichen, der Richtlinie 89/105/EWG nachzukommen.

7 Die Bestimmungen des Titels VIII des Gesetzes Nr. 25/1990 und des Dekrets Nr. 271/1990 sehen insbesondere eine Regelung vor, nach der das spanische Ministerium für Gesundheit und Verbraucher und die ihm beigeordnete Comisión interministerial de precios de los medicamentos (interministerielle Kommission für Arzneimittelpreise) (im Folgenden zusammen: spanische Verwaltung) eine Obergrenze für den Herstellerpreis von Arzneimitteln festlegen, für deren Kosten das spanische Krankenversicherungssystem aufkommt.

Vorgeschichte des Rechtsstreits

8 Die Klägerin, GlaxoSmithKline Services Unlimited, vormals Glaxo Wellcome plc (im Folgenden: GSK), ist eine Gesellschaft britischen Rechts mit Sitz in Brentford (Vereinigtes Königreich). Der Konzern GlaxoSmithKline, zu dem sie gehört, ist einer der weltweit bedeutendsten Hersteller von Pharmazeutika. Er wurde gebildet durch den Zusammenschluss der Glaxo Wellcome plc und der Smithkline Beecham plc, gegen den die Kommission keine Einwände erhoben hat (Entscheidung vom 8. Mai 2000 [Sache N IV/M.1846 — Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham]).

9 Die Glaxo Wellcome, SA (im Folgenden: GW), eine Gesellschaft spanischen Rechts mit Sitz in Madrid (Spanien), ist eine der spanischen Tochtergesellschaften des Konzerns GlaxoSmithKline. Ihre Haupttätigkeit, die sie unmittelbar und über ihre Tochtergesellschaften ausübt, besteht in der Entwicklung, Herstellung und Vermarktung von Arzneimitteln in Spanien.

10 Mit Schreiben vom 6. März 1998 übermittelte GW der Kommission ein Dokument mit dem Titel „Allgemeine Bedingungen für den Verkauf von Pharmazeutika von [GW] und ihren Tochtergesellschaften an autorisierte Großhändler" (im Folgenden: allgemeine Verkaufsbedingungen), um einen Negativtest oder eine Freistellung nach der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [81] und [82] des Vertrages (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204) zu erlangen. Mit Schreiben vom 28. Juli 1998 übermittelte GSK der Kommission eine ergänzende Anmeldung.

11 Die allgemeinen Verkaufsbedingungen finden auf 82 Arzneimittel Anwendung, die für den Verkauf an spanische Großhändler bestimmt sind, mit denen GW Handelsbeziehungen außerhalb irgendeines Vertriebsnetzes unterhält. Diese Großhändler können die Arzneimittel an spanische Krankenhäuser oder Apotheken weiterverkaufen, die sie auf Vorlage einer ärztlichen Verschreibung an Patienten abgeben. Sie können sie aber auch für den Weiterverkauf in andere Mitgliedstaaten im Wege des Parallelhandels verwenden, den sie aufgrund der Existenz von Preisunterschieden betreiben. Unter den 82 Arzneimitteln, auf die die allgemeinen Verkaufsbedingungen Anwendung finden, sind acht Arzneimittel, die nach den Angaben von GSK für einen Parallelhandel — hauptsächlich zwischen Spanien und dem Vereinigten Königreich — besonders in Frage kommen. Dabei handelt es sich um folgende Arzneimittel:

— ein Antiallergikum unter der Bezeichnung Beconase;

— fünf Antiasthmatika unter den Bezeichnungen Becloforte, Becotide, Flixotide, Serevent und Ventolín;

— ein Antiepileptikum unter der Bezeichnung Lamictal;

— ein Migränemittel unter der Bezeichnung Imigran.

12 Für alle diese 82 Arzneimittel sieht Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen zwei verschiedene Preise vor (im Folgenden: Preis 4A und Preis 4B). Dieser Artikel lautet:

„A. Gemäß den Bestimmungen von Artikel 100 Absätze 1 (Unterabsatz 1) und 2 des Gesetzes Nr. 25/1990 ... wird der Preis für pharmazeutische Produkte von GW ... und ihren Tochterunternehmen in keinem Fall den von den spanischen Gesundheitsbehörden festgelegten Herstellerhöchstpreis überschreiten, sofern die folgenden zwei zur Anwendung dieser gesetzlichen Vorschriften erforderlichen Faktoren erfüllt sind:

— Die erwähnten pharmazeutischen Produkte werden aus der spanischen Sozialversicherung oder aus öffentlichen Mitteln Spaniens finanziert.

— Die erworbenen pharmazeutischen Produkte werden anschließend im Inland, d. h. in Apotheken oder spanischen Krankenhäusern, in Verkehr gebracht.

B. Liegt einer der beiden Faktoren nicht vor (d. h. in allen Fällen, in denen die Laboratorien nach spanischem Recht uneingeschränkt selbst über die Preise für ihre pharmazeutischen Produkte entscheiden können), setzen GW ... und ihre Tochterunternehmen die Preise für ihre pharmazeutischen Produkte anhand realer, objektiver und nicht diskriminierender Kriterien unabhängig von dem vom Käufer festgelegten Bestimmungsort des Produkts fest. Insbesondere wenden GW ... und ihre Tochterunternehmen auf ihre pharmazeutischen Produkte den Preis an, der auf der Basis ihrer internen Wirtschaftserhebungen zunächst den spanischen Gesundheitsbehörden vorgeschlagen und unter Berücksichtigung des Anstiegs der Lebenshaltungskosten gemäß den Bestimmungen von Artikel 100 Absätze 1 (Unterabsatz 1) und 2 des Gesetzes Nr. 25/1990 ... und den sonstigen spanischen Rechtsvorschriften betreffend die Festlegung von Arzneimittelpreisen angepasst worden ist."

13 Mit Schreiben vom 6. März 1998 schickte GW die allgemeinen Verkaufsbedingungen an 89 in Spanien ansässige Großhändler. In diesen Schreiben heißt es u. a.:

„Wichtig: Wir bitten Sie, uns ihre Zustimmung mitzuteilen, indem Sie uns vor dem 13. März 1998 eine unterzeichnete Kopie des beigefügten Dokuments übersenden."

14 75 Großhändler, die über 90 % des Gesamtabsatzes von GW in Spanien im Jahr 1998 auf sich vereinten, kamen dem nach.

15 Die allgemeinen Verkaufsbedingungen traten am 9. März 1998 in Kraft.

16 Anschließend wurde ihre Rechtmäßigkeit von zwei spanischen Berufsverbänden, der Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) und der Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas, sowie von einem spanischen Großhändler, der Spain Pharma SA, vor der spanischen Wettbewerbsbehörde und den spanischen Gerichten angefochten.

17 Außerdem reichten Aseprofar, die von einem anderen spanischen Berufsverband unterstützt wurde, die Federación nacional de asociaciones de mayoristas distribuidores de espacialidades farmacéuticas y productos parafarmacéuticos (Fedifar), Spain Pharma und zwei weitere europäische Berufsverbände, der Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e. V. (BAI) und die European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), bei der Kommission Beschwerde dahin gehend ein, dass die allgemeinen Verkaufsbedingungen gegen Artikel 81 Absatz 1 EG verstießen.

18 Am 8. Mai 2001 erließ die Kommission die Entscheidung 2001/791/EG in einem Verfahren gemäß Artikel 81 EG-Vertrag (Sachen: IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome [Anmeldung], IV/36.997/F3 Aseprofar and Fedifar [Beschwerde], IV/37.121/F3 Spain Pharma [Beschwerde], IV/37.138/F3 BAI [Beschwerde] und IV/37.380/F3 EAEPC [Beschwerde]) (ABl. L 302, S. 1, im Folgenden: Entscheidung).

19 In Artikel 1 der Entscheidung heißt es, dass GW „gegen Artikel 81 Absatz 1 [EG] verstoßen [hat], indem [sie] mit spanischen Großhändlern eine Vereinbarung geschlossen hat, nach der unterschieden wird zwischen Preisen, die Großhändlern im Fall eines inländischen Weiterverkaufs erstattungsfähiger Arzneimittel an Apotheken oder Krankenhäuser in Rechnung gestellt werden, und höheren Preisen, die bei einem Export in einen anderen Mitgliedstaat gelten".

20 Mit Artikel 2 der Entscheidung wird der Antrag auf Freistellung dieser Vereinbarung zurückgewiesen.

21 Mit den Artikeln 3 und 4 der Entscheidung wird GW aufgegeben, die in Artikel 1 genannte Zuwiderhandlung unverzüglich zu beenden, sofern dies noch nicht erfolgt ist, und die Kommission von den dazu getroffenen Maßnahmen zu unterrichten.

Verfahren

22 Mit am 23. Juli 2001 bei der Kanzlei des Gerichts eingereichter Klageschrift hat GSK die vorliegende Klage erhoben.

23 Mit am 8., am 12. und am 16. November 2001 bei der Kanzlei des Gerichts eingereichten Schriftsätzen haben EAEPC, BAI, Spain Pharma und Aseprofar beantragt, nach Artikel 40 Absatz 2 der Satzung des Gerichtshofes und Artikel 115 § 1 der Verfahrensordnung des Gerichts als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen zu werden.

24 Mit am 28. November 2001, am 14. Dezember 2001 und am 21. März 2002 bei der Kanzlei des Gerichts eingereichten Schriftsätzen hat GSK beantragt, dass bestimmte geheime oder vertrauliche Unterlagen und Informationen nach Artikel 116 § 2 der Verfahrensordnung von der Übermittlung der Schriftsätze der Parteien an die Personen ausgenommen werden, die als Streithelfer zugelassen würden.

25 Mit Beschluss vom 27. November 2002 hat der Präsident der Ersten Kammer den Anträgen auf Zulassung als Streithelfer stattgegeben; die Entscheidung über die Begründetheit der Anträge auf vertrauliche Behandlung blieb dabei vorbehalten.

26 Mit Beschluss vom 5. August 2003 hat der Präsident der Ersten Kammer den Anträgen auf vertrauliche Behandlung teilweise stattgegeben und sie im Übrigen zurückgewiesen.

27 Da der Berichterstatter infolge der am 1. Oktober 2003 erfolgten Änderung der Zusammensetzung der Kammern des Gerichts der Vierten Kammer zugeordnet wurde, ist die Rechtssache dieser Kammer zugewiesen worden.

28 Mit am 25. März 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingereichtem Schriftsatz hat GSK beantragt, dass bestimmte geheime oder vertrauliche Informationen von der Übermittlung ihrer Stellungnahmen zu den Streithilfeschriftsätzen an die Streithelfer ausgenommen werden. Diesem Antrag ist stattgegeben worden.

29 Mit Schreiben vom 16. April 2004 hat das Gericht GSK und die Kommission nach den Artikeln 49 und 64 der Verfahrensordnung ersucht, Unterlagen vorzulegen und auf eine schriftliche Frage zu antworten. Diesen prozessleitenden Maßnahmen ist innerhalb der dafür gesetzten Frist Folge geleistet worden.

30 Mit am 7. Mai 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingereichtem Schriftsatz hat Spain Pharma nach Artikel 35 § 2 der Verfahrensordnung beantragt, sich in der mündlichen Verhandlung der spanischen Sprache bedienen zu dürfen. Nach Anhörung der Beteiligten ist diesem Antrag stattgegeben worden.

31 Mit am 27. Mai und am 22. Juni 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingereichten Schriftsätzen hat GSK beantragt, dass bestimmte geheime oder vertrauliche Informationen von der Übermittlung ihrer Antworten und der Antworten der Kommission auf die Fragen des Gerichts vom 16. April 2004 an die Streithelfer ausgenommen werden. Diesem Antrag ist stattgegeben worden.

32 Am 7. März 2006 hat das Gericht auf Vorschlag der Vierten Kammer und nach Anhörung der Beteiligten gemäß Artikel 14 der Verfahrensordnung entschieden, die Rechtssache an die Vierte erweiterte Kammer zu verweisen.

33 Am 15. März 2006 hat das Gericht (Vierte Kammer) auf Bericht des Berichterstatters das mündliche Verfahren eröffnet.

34 Mit Schreiben vom 7. und vom 20. März 2006 hat das Gericht GSK, die Kommission und die Streithelfer nach den Artikeln 49 und 64 der Verfahrensordnung ersucht, schriftliche Fragen zu beantworten und ein Dokument vorzulegen. Diesen prozessleitenden Maßnahmen ist innerhalb der dafür gesetzten Frist Folge geleistet worden, ausgenommen eine Frage, auf die GSK mit einem am 6. Juni 2006 bei der

Kanzlei des Gerichts eingereichten Schriftsatz geantwortet hat. Da die in der mündlichen Verhandlung zur Stellungnahme aufgeforderten Beteiligten keine Einwände erhoben haben, ist dieser Schriftsatz zu den Akten genommen worden.

35 Mit am 28. April 2006 bei der Kanzlei des Gerichts eingereichtem Schriftsatz hat GSK beantragt, dass bestimmte geheime oder vertrauliche Informationen von der Übermittlung ihrer Antworten auf die Fragen des Gerichts vom 7. und vom 20. März 2006 an die Streithelfer ausgenommen werden. Diesem Antrag ist stattgegeben worden.

36 Mit am 16. Mai 2006 bei der Kanzlei des Gerichts eingereichtem Schriftsatz hat Aseprofar nach Artikel 35 § 2 der Verfahrensordnung beantragt, sich in der mündlichen Verhandlung der spanischen Sprache bedienen zu dürfen. Nach Anhörung der Beteiligten ist diesem Antrag stattgegeben worden.

37 In der Sitzung vom 7. Juni 2006 haben die Beteiligten mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet.

Anträge der Beteiligten

38 GSK beantragt,

— die Entscheidung für nichtig zu erklären;

— der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

39 Die Kommission beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— GSK die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

40 Aseprofar beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— GSK die Kosten des Verfahrens einschließlich der von ihr verauslagten aufzuerlegen.

41 BAI beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— GSK die Kosten des Verfahrens einschließlich der von ihm verauslagten aufzuerlegen.

42 EAEPC beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— GSK die Kosten des Verfahrens einschließlich der von ihr verauslagten aufzuerlegen.

43 Spain Pharma beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— GSK die Kosten des Verfahrens einschließlich der von ihr verauslagten aufzuerlegen.

Gründe

44 GSK stützt ihre Anträge im Wesentlichen auf sechs Klagegründe, die sich danach zusammenfassen lassen, ob sie auf die vollständige oder — hilfsweise — teilweise Nichtigerklärung der Entscheidung abzielen.

45 Für ihren Hauptantrag auf Nichtigerklärung von Artikel 1 der Entscheidung, mit dem das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 Absatz 1 EG festgestellt wird, führt GSK drei Klagegründe an:

— unzureichende Begründung;

— Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 1 EG;

— Ermessensmissbrauch, Verkennung des Subsidiaritätsprinzips und Verstoß gegen Artikel 43 EG.

46 Ihren Hilfsantrag auf Nichtigerklärung von Artikel 2 der Entscheidung, mit dem ihr Antrag auf Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 EG zurückgewiesen wird, stützt GSK auf drei Klagegründe:

— unzureichende Begründung;

— Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 3 EG;

— Verkennung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

I — *Zu den auf Nichtigerklärung von Artikel 1 der Entscheidung abzielenden Klagegründen*

A — *Zum Klagegrund einer unzureichenden Begründung*

1. Vorbringen der Beteiligten

47 GSK macht im Wesentlichen geltend, dass die Entscheidung unzureichend begründet sei, weil sie nicht auf das Urteil des Gerichts vom 26. Oktober 2000 in der Rechtssache T-41/96 (Bayer/Kommission, Slg. 2000, II-3383) Bezug nehme.

48 Die Kommission trägt mit Unterstützung der Streithelfer vor, dass dieser Klagegrund unbegründet sei.

2. Würdigung durch das Gericht

49 Artikel 253 EG bestimmt u. a., dass die Entscheidungen der Kommission mit Gründen zu versehen sind.

50 Damit eine Entscheidung der Kommission rechtlich hinreichend begründet ist, muss sie deren Überlegungen so klar zum Ausdruck bringen, dass die Betroffenen ihre Grundlage erkennen können und der Gemeinschaftsrichter ihre Begründetheit nachprüfen kann. Dagegen brauchen in der Entscheidung nicht alle tatsächlich oder rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte genannt zu werden, da die Frage, ob sie Artikel 253 EG genügt, unter Berücksichtigung sowohl ihres Wortlauts als auch ihres rechtlichen und tatsächlichen Kontextes zu beurteilen ist (Urteile des Gerichtshofes vom 20. März 1957 in der Rechtssache 2/56, Geitling/Hohe Behörde, Slg. 1957, 9, 38, und des Gerichts vom 15. Juni 2005 in der Rechtssache T-171/02, Regione Autonoma della Sardegna/Kommission, Slg. 2005, II-2123, Randnr. 73).

51 Das Gebot der Begründung ihrer Entscheidungen bedeutet für die Kommission somit keine allgemeine Verpflichtung, in den von ihr erlassenen Entscheidungen auf eine bestimmte Gerichtsentscheidung Bezug zu nehmen.

52 Im vorliegenden Fall macht GSK nur geltend, dass die Entscheidung insoweit unzureichend begründet sei, als sie nicht auf eine Gerichtsentscheidung Bezug nehme.

53 Demnach ist der Klagegrund einer insoweit unzureichenden Begründung, als in der Entscheidung nicht auf das oben in Randnummer 47 angeführte Urteil Bayer/Kommission Bezug genommen werde, zurückzuweisen.

54 Soweit GSK mit diesem Klagegrund in Wirklichkeit den Inhalt der Entscheidung rügen möchte, ist darauf zu verweisen, dass die Prüfung, ob und in welchem Umfang eine Entscheidung der Kommission eine Begründung enthält, zur Kontrolle wesentlicher Formerfordernisse und damit der formellen Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung gehört. Sie ist von der Prüfung der Stichhaltigkeit der Begründung dieser Entscheidung zu unterscheiden, die zur Kontrolle ihrer materiellen Rechtmäßigkeit gehört (Urteile des Gerichtshofes vom 2. April 1998 in der Rechtssache C-367/95 P, Kommission/Sytraval und Brink's France, Slg. 1998, I-1719, Randnr. 67, und des Gerichts vom 18. Januar 2005 in der Rechtssache T-93/02, Confédération nationale du Crédit mutuel/Kommission, Slg. 2005, II-143, Randnr. 67). Insoweit fällt dieser Klagegrund mit dem im Folgenden geprüften eines Verstoßes gegen Artikel 81 Absatz 1 EG zusammen.

B — *Zum Klagegrund eines Verstoßes gegen Artikel 81 Absatz 1 EG*

1. Vorbemerkungen

55 Die Anwendung von Artikel 81 Absatz 1 EG hängt davon ab, dass eine Reihe verschiedener Voraussetzungen erfüllt ist (Urteil des Gerichtshofes vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65, Société technique minière, Slg. 1966, 281, 302 bis 304, und Urteil Bayer/Kommission, oben zitiert in Randnr. 47, Randnr. 174), was von der Person zu beweisen ist, die sich auf diese Bestimmung beruft (Urteil des Gerichtshofes vom 7. Januar 2004 in den Rechtssachen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, Aalborg Portland u. a./Kommission, Slg. 2004, I-123, Randnr. 78). So ist erstens nachzuweisen, dass eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise oder ein Beschluss von Unternehmensvereinigungen besteht, zweitens, dass damit eine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird, und drittens, dass dadurch der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann, wobei mit der letzten Voraussetzung nur der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts bestimmt werden soll (Urteil Société technique minière, 303, Urteil des Gerichtshofes vom 31. März 1993 in den Rechtssachen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 und C-125/85 bis C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö u. a./Kommission, Slg. 1993, I-1307, Randnr. 176, sowie Urteil Bayer/Kommission, oben zitiert in Randnr. 47, Randnr. 174).

56 Da GSK im vorliegenden Fall geltend macht, dass die Kommission Artikel 81 Absatz 1 EG auf ein Verhalten angewandt habe, das keine Vereinbarung im Sinne dieser Bestimmung darstelle, d. h. keine einschränkende Vereinbarung, ist darauf zu verweisen, dass die Frage, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen vorliegt, und die, ob diese Vereinbarung einschränkender Natur ist, unterschiedliche Fragen sind und somit getrennt voneinander geprüft werden müssen (vgl. in diesem Sinne Urteil Société technique minière, oben zitiert in Randnr. 55, 302 f.).

57 Der Richter, der mit einem Antrag auf Nichtigerklärung einer in Anwendung von Artikel 81 Absatz 1 EG ergangenen Entscheidung befasst ist, nimmt insoweit eine umfassende Kontrolle der von der Kommission durchgeführten Prüfung vor (Urteil des Gerichtshofes vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 42/84, Remia u. a./Kommission, Slg. 1985, 2545, Randnr. 34, und Urteil Bayer/Kommission, oben zitiert in Randnr. 47, Randnr. 62), außer wenn diese Prüfung eine Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten impliziert; in diesem Fall beschränkt sich die Kontrolle auf die Überprüfung, dass kein Ermessensmissbrauch vorliegt, dass die Vorschriften über das Verfahren und die Begründung eingehalten wurden und dass der Sachverhalt zutreffend festgestellt und nicht offensichtlich fehlerhaft gewürdigt wurde (Urteil Remia u. a./Kommission, Randnr. 34, und Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 55, Randnr. 279).

58 Im Übrigen wird diese Kontrolle ausschließlich im Hinblick auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung ausgeübt (Urteile des Gerichtshofes vom 7. Februar 1979 in den Rechtssachen 15/76 und 16/76, Frankreich/Kommission, Slg. 1979, 321, Randnr. 7, und des Gerichts vom 28. Februar 2002 in der Rechtssache T-395/94, Atlantic Container Line u. a./Kommission, Slg. 2002, II-875, Randnr. 252), wobei es den Parteien unbenommen bleibt, dazu in Ausübung ihrer Verteidigungsrechte ergänzende Beweise späteren Datums vorzulegen, sofern diese speziell zusammengestellt wurden, um die entsprechende Entscheidung anzufechten oder zu verteidigen (Urteil des Gerichts vom 21. September 2005 in der Rechtssache T-87/05, EDP/Kommission, Slg. 2005, II-3745, Randnr. 158, vgl. in diesem Sinne auch Urteil des Gerichtshofes vom 22. Oktober 1986 in der Rechtssache 75/84, Metro/Kommission, Slg. 1986, 3021, im Folgenden: Urteil Metro II, Randnrn. 75 und 78, und Urteil Atlantic Container Line u. a./Kommission, Randnr. 254).

59 Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass die Tatsachen, die bei Erlass der Entscheidung der Kommission nicht vorlagen, insbesondere die bezifferten Informationen in Bezug auf den Zeitraum 2001–2005, und die Beweise, die zu diesem

Zeitpunkt nicht vorlagen und die nicht speziell dazu zusammengestellt wurden, die Entscheidung insoweit anzufechten oder zu verteidigen, als darin das Vorliegen einer Zuwiderhandlung bejaht wird, insbesondere, soweit sie nicht während des Verwaltungsverfahrens vorgelegt wurden, die Studien, die sich allgemein mit den Auswirkungen des Parallelhandels mit Arzneimitteln in der Gemeinschaft befassen, von vornherein von der Prüfung auszuschließen sind.

2. Zum Vorliegen einer Vereinbarung zwischen Unternehmen

a) Inhalt der Entscheidung

60 Die Kommission hat in der Begründungserwägung 109 der Entscheidung ausgeführt, dass die allgemeinen Verkaufsbedingungen eine Vereinbarung darstellten, die zwischen GW und allen spanischen Großhändlern, die sie unterzeichnet hätten, abgeschlossen worden sei.

b) Vorbringen der Beteiligten

61 GSK macht geltend, dass die allgemeinen Verkaufsbedingungen keine Vereinbarung darstellten.

62 Denn GW und die spanischen Großhändler, die die allgemeinen Verkaufsbedingungen unterzeichnet hätten, hätten keinen eigenständigen Willen zum Ausdruck gebracht, da ihnen der Herstellerpreis von Arzneimitteln, deren Kosten vom spanischen Krankenversicherungssystem übernommen würden, durch die einschlägige spanische Regelung vorgegeben werde.

63 Außerdem hätten sie keinen übereinstimmenden Willen dahin gehend geäußert, den Wettbewerb einzuschränken, sondern schlicht dahin gehend, Arzneimittel zu den in den allgemeinen Verkaufsbedingungen festgelegten Bedingungen zu kaufen und zu verkaufen.

64 Die Kommission trägt mit Unterstützung der Streithelfer vor, dass diese Argumente nicht begründet seien.

c) Würdigung durch das Gericht

65 Auf die Argumente von GSK hin ist erstens zu prüfen, ob GW und die spanischen Großhändler einen Willen geäußert haben, der gegenüber der spanischen Regelung über den Herstellerpreis von Arzneimitteln, deren Kosten vom spanischen Krankenversicherungssystem übernommen werden, eigenständig ist, und ob die Kommission es somit mit einer Verhaltensweise von Unternehmen und nicht mit staatlichem Handeln zu tun hatte. Gegebenenfalls ist zweitens zu prüfen, ob GW und die Großhändler einen übereinstimmenden Willen erklärt haben und ob die Kommission es somit mit einem bilateralen Vorgehen und nicht mit jeweils einseitigem Verhalten zu tun hatte.

Zur Unabhängigkeit des jeweiligen Willens

66 Artikel 81 Absatz 1 EG gilt nur für solche wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, die die Unternehmen aus eigenem Antrieb an den Tag legen (Urteile des Gerichtshofes vom 21. September 1988 in der Rechtssache 267/86, Van Eycke, Slg. 1988, 4769, Randnr. 16, vom 11. November 1997 in den Rechtssachen C-359/95 P und C-379/95 P, Kommission und Frankreich/Ladbroke Racing, Slg. 1997, I-6265, Randnr. 33, und vom 9. September 2003 in der Rechtssache C-198/01, CIF, Slg. 2003, I-8055, Randnr. 45).

67 Wenn es für die Entscheidung über die Anwendbarkeit dieser Bestimmung erforderlich ist, zunächst die möglichen Auswirkungen einer staatlichen Regelung zu prüfen, so ist zu klären, ob diese Regelung die Möglichkeit eines Wettbewerbs bestehen lässt, der durch selbständige Verhaltensweisen von Unternehmen verhindert, eingeschränkt oder verfälscht werden kann (Urteil Kommission und Frankreich/Ladbroke Racing, oben zitiert in Randnr. 66, Randnrn. 32 und 35, und Urteil CIF, oben zitiert in Randnr. 66, Randnr. 66).

68 Führt diese Beurteilung zu dem Ergebnis, dass die fragliche Regelung Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten vorschreibt oder jede Möglichkeit für ein Wettbewerbsverhalten ihrerseits ausschließt, so findet Artikel 81 Absatz 1 EG keine Anwendung (Urteil Kommission und Frankreich/Ladbroke Racing, oben zitiert in Randnr. 66, Randnr. 33, und Urteil CIF, oben zitiert in Randnr. 66, Randnr. 67).

69 Zeigt sich dagegen, dass diese Regelung die Möglichkeit eines Wettbewerbs bestehen lässt, der durch selbständige Verhaltensweisen von Unternehmen verhindert, eingeschränkt oder verfälscht werden kann, so bleibt Artikel 81 Absatz 1 EG anwendbar (Urteil Kommission und Frankreich/Ladbroke Racing, oben zitiert in Randnr. 66, Randnr. 34, und Urteil CIF, oben zitiert in Randnr. 66, Randnr. 56).

70 Die Möglichkeit, eine gegebene Verhaltensweise deswegen vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung auszunehmen, weil sie auf eine staatliche Regelung zurückgeht, ist vom Gemeinschaftsrichter restriktiv gehandhabt worden (Urteil CIF, oben zitiert in Randnr. 66, Randnr. 67, und Urteil des Gerichts vom 30. März 2000 in der Rechtssache T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Kommission, Slg. 2000, II-1807, Randnr. 60).

71 Somit ist zu klären, ob die spanische Regelung, so wie es GSK vorträgt, GW vorschreibt, in den von ihr mit spanischen Großhändlern geschlossenen Verträgen unterschiedliche Preise anzuwenden, je nachdem, ob die Kosten für die Arzneimittel, die sie ihnen verkauft, vom spanischen Krankenversicherungssystem übernommen werden oder nicht.

72 Es ist offensichtlich, dass die spanische Regelung, die aus den Vorschriften des Titels VIII des Gesetzes Nr. 25/1990 in Verbindung mit denen des Dekrets Nr. 271/1990 resultiert, in keiner Weise den Herstellerpreis von Arzneimitteln festlegt, für die keine Kostenübernahme durch das spanische Krankenversicherungssystem vorgesehen ist. GSK hat im Übrigen sowohl in ihren Schriftsätzen als auch in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass diese Feststellung, die sich implizit, aber notwendigerweise daraus ergab, dass das Gesetz Nr. 25/1990 in seiner beim Inkrafttreten der allgemeinen Verkaufsbedingungen geltenden Fassung keine Regelung über diese Waren enthielt, durch die späteren Änderungen dieses Gesetzes, wie in den Begründungserwägungen 37 und 139 der Entscheidung ausgeführt wird, ausdrücklich bestätigt wurde.

73 Auch wenn man entgegen den Ausführungen der Streithelfer unterstellt, dass das Vorbringen von GSK zutrifft, wonach der Herstellerpreis der Arzneimittel, deren Kostenübernahme durch das genannte System vorgesehen ist, von der spanischen Verwaltung völlig unabhängig festgelegt wurde und für GW und die spanischen Großhändler verbindlich ist, ändert dies nichts daran, dass das Verhalten, auf dem Vertragsweg ein System differenzierter Preise einzuführen, das es den mit GW handelnden spanischen Großhändlern versagt, zu diesem Preis (Preis 4A) Arzneimittel zu kaufen, die sie in andere Mitgliedstaaten weiterverkaufen, und sie zwingt, diese Waren zu einem höheren Preis (Preis 4B) zu kaufen, in keiner Weise durch die spanische Regelung vorgegeben wird. Auf Befragen musste GSK dies im Übrigen in der mündlichen Verhandlung einräumen.

74 Demnach kann nicht festgestellt werden, dass GW mit der fraglichen nationalen Regelung vorgeschrieben wurde, in den Verträgen, die sie mit den spanischen Großhändlern schließt, Preise anzuwenden, die danach differenziert sind, ob die Kosten der Arzneimittel, die sie ihnen verkauft, vom spanischen Krankenversicherungssystem übernommen werden oder nicht.

Zur Willensübereinstimmung

75 Artikel 81 Absatz 1 EG findet nur auf bi- oder multilaterales Handeln von Unternehmen Anwendung (Urteil des Gerichtshofes vom 8. Juli 1999 in der

Rechtssache C-49/92 P, Kommission/Anic Partecipazioni, Slg. 1999, I-4125, Randnrn. 79 und 112), das die Form von Vereinbarungen, aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen oder Beschlüssen von Vereinigungen annehmen kann.

76 Für eine Vereinbarung reicht es aus, dass mindestens zwei Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in bestimmter Weise zu verhalten (Urteile des Gerichtshofes vom 15. Juli 1970 in der Rechtssache 41/69, ACF Chemiefarma/Kommission, Slg. 1970, 661, Randnr. 112, und vom 11. Januar 1990 in der Rechtssache C-277/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici/Kommission, Slg. 1990, I-45, abgekürzte Veröffentlichung, Randnr. 13, sowie Urteil Bayer/Kommission, oben zitiert in Randnr. 47, Randnrn. 67 und 173).

77 Es ist demnach zwar unabdingbar, dass in den Entscheidungen, mit denen die Kommission Artikel 81 Absatz 1 EG anwendet, ein gemeinsamer Wille nachgewiesen wird, sich auf dem Markt in bestimmter Weise zu verhalten, doch wird entgegen dem Vorbringen von GSK nicht verlangt, dass darin ein gemeinsamer Wille zur Verfolgung eines wettbewerbswidrigen Zieles nachgewiesen wird.

78 Im vorliegenden Fall wird in der Entscheidung der Schluss gezogen, dass GW und die spanischen Großhändler, die die allgemeinen Verkaufsbedingungen unterzeichnet hätten, den gemeinsamen Willen geäußert hätten, sich auf dem Markt in der in Artikel 4 dieser Bedingungen vereinbarten Weise zu verhalten, d. h., das eine oder andere der 82 Arzneimittel, auf die diese Bedingungen Anwendung finden, zum Preis 4A oder zum Preis 4B zu kaufen und zu verkaufen, je nachdem, ob die im Abschnitt A dieser Klausel aufgestellten Voraussetzungen erfüllt seien oder nicht.

79 Dieser Schluss wird durch die Akten deutlich bestätigt, aus denen zunächst hervorgeht, dass GW allgemeine Verkaufsbedingungen aufgestellt hat, die ein System differenzierter Preise vorsehen. Weiterhin übermittelte GW diese allgemeinen Verkaufsbedingungen an 89 Großhändler, mit denen sie in Spanien Geschäftsbeziehungen unterhält. Dabei ersuchte sie diese unter Hervorhebung der Bedeutung, die sie diesem Ersuchen beimaß, als Zeichen ihres Einverständnisses

binnen einer zwingenden Frist eine unterzeichnete Kopie zurückzuschicken. Diese tatsächlichen Umstände zeigen den von GW zum Ausdruck gebrachten Willen, die Zustimmung der spanischen Großhändler zu ihren allgemeinen Verkaufsbedingungen zu suchen und ihnen somit ein entsprechendes Angebot zu machen. Schließlich haben 75 der 89 Großhändler, an die dieses Angebot erging, die von GW gewünschten Handlungen vollzogen, indem sie die allgemeinen Verkaufsbedingungen unterzeichneten und sie GW innerhalb der dafür gesetzten Frist zurückschickten. Diese tatsächlichen Umstände zeigen, wie GSK im Übrigen in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, den von den Großhändlern zum Ausdruck gebrachten Willen, das Angebot von GW anzunehmen und somit mit ihr eine Vereinbarung zu schließen.

80 Keines der von GSK vorgetragenen Argumente ist dazu angetan, diesen Schluss in Frage zu stellen.

81 Insbesondere kann GSK kein Argument daraus gewinnen, dass die Kommission weder die Existenz eines den spanischen Großhändlern durch GW auferlegten förmlichen Ausfuhrverbots noch ein Verhalten nachgewiesen hat, das die stillschweigende Annahme dieses Verbotes durch die genannten Großhändler aufzeigen würde.

82 Denn die Kommission hat den Nachweis der von ihr festgestellten Zuwiderhandlungen dadurch zu erbringen, dass sie in ihren Entscheidungen, die in Anwendung der Wettbewerbsvorschriften ergehen, eindeutige und übereinstimmende Umstände darlegt, mit denen die diesen Zuwiderhandlungen zugrunde liegenden Tatsachen überzeugend bewiesen werden (Urteile des Gerichtshofes vom 28. März 1984 in den Rechtssachen 29/83 und 30/83, CRAM und Rheinzink/Kommission, Slg. 1984, 1679, Randnr. 20, und vom 6. Januar 2004 in den Rechtssachen C-2/01 P und C-3/01 P, BAI und Kommission/Bayer, Slg. 2004, I-23, Randnr. 62).

83 Bei diesen Umständen kann es sich um unmittelbare Beweise handeln, etwa um ein Schriftstück (Urteil des Gerichts vom 15. März 2000 in den Rechtssachen T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und

T-104/95, Cimenteries CBR u. a./Kommission, Slg. 2000, II-491, Randnr. 862, und — im Rechtsmittelverfahren — Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 55, Randnr. 237), oder, in Ermangelung dessen, um mittelbare Beweise, beispielsweise eine Verhaltensweise (Urteil Bayer/Kommission, oben zitiert in Randnr. 47, Randnr. 73, und — im Rechtsmittelverfahren — Urteil BAI und Kommission/Bayer, oben zitiert in Randnr. 82, Randnr. 100).

84 Im vorliegenden Fall ist oben dargelegt worden, dass sich die Kommission auf einen Schriftwechsel gestützt hatte, der zweifelsfrei beweist, dass GW den spanischen Großhändlern angeboten hatte, sich auf dem Markt in der in den allgemeinen Verkaufsbedingungen niedergelegten Weise zu verhalten, und dass die meisten von ihnen dieses Angebot angenommen hatten. Somit bestand für sie, wie sie in der mündlichen Verhandlung nochmals betont hat, kein Anlass, nach anderen Umständen — etwa in Bezug auf das Verhalten von GW und ihren Großhändlern — zu suchen.

85 Auch kann GSK nicht — zusammengefasst — geltend machen, dass die von GW angeschriebenen Großhändler letztlich nicht mit ihr einig gewesen seien.

86 Hat die Kommission nämlich wie im vorliegenden Fall den Beweis für die Existenz einer Vereinbarung geführt, so ist es Sache des Unternehmens, das sich daran beteiligt hat, den Nachweis zu erbringen, dass es sich von dieser Vereinbarung distanziert hat, wobei dieser Nachweis den klaren und den anderen beteiligten Unternehmen zur Kenntnis gebrachten Willen erkennen lassen muss, sich dieser Vereinbarung zu entziehen (vgl. in diesem Sinne Urteil BAI und Kommission/Bayer, oben zitiert in Randnr. 82, Randnr. 63, Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 55, Randnrn. 81 bis 84, und Urteil des Gerichts vom 11. Dezember 2003 in der Rechtssache T-61/99, Adriatica di Navigazione/Kommission, Slg. 2003, II-5349, Randnrn. 135 bis 138).

87 Im vorliegenden Fall trifft es zwar zu, dass einige der spanischen Großhändler, die die allgemeinen Verkaufsbedingungen unterzeichnet haben, deren Rechtmäßigkeit in Zweifel gezogen haben, wie in der zwölften Begründungserwägung der Entscheidung dargelegt wird, doch geht aus den Akten nicht hervor, dass sie sich davon im Sinne der Rechtsprechung distanziert hätten. Auch trifft es zu, dass einige von ihnen Arzneimittel ausgeführt haben, die sie von GW zum Preis 4A erworben

hatten. Doch ergibt sich aus den Akten auch, dass diese Großhändler es auf Verlangen von GSK letztlich akzeptiert haben, die Rechnungen über die Differenz zwischen diesem Preis und dem Preis 4B zu zahlen. Jedenfalls betreffen diese Umstände nur einige Großhändler und lassen daher nicht den Schluss zu, dass sich alle von der zuvor von ihnen mit GW geschlossenen Vereinbarung distanziert hätten.

88 Außerdem trifft es zu, dass entsprechend den Ausführungen in der dritten Begründungserwägung der Entscheidung drei Berufsverbände, Aseprofar, die Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas und Fedifar, bei der Kommission und beim Servicio de defensa de competencia (Wettbewerbsschutzstelle) Beschwerde erhoben haben und dass die ersten beiden Verbände zu ihren unmittelbaren und der dritte zu seinen mittelbaren Mitgliedern einige der Großhändler zählen, die die allgemeinen Verkaufsbedingungen unterzeichnet haben. Doch reicht allein der Umstand, dass Berufsverbände, denen neben anderen Mitgliedern auch einige der Unterzeichner der allgemeinen Verkaufsbedingungen angehören, derartige Beschwerden erhoben haben, nicht aus, um nachzuweisen, dass alle Großhändler sich in Wirklichkeit nicht — oder ab dem Zeitpunkt der Erhebung dieser Beschwerden nicht mehr — mit GW verständigen wollten.

89 Somit lässt sich nicht feststellen, dass GW und die Großhändler, die die allgemeinen Verkaufsbedingungen unterzeichnet haben, keinen übereinstimmenden Willen zum Ausdruck gebracht haben.

90 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass sich nach Prüfung der Argumente von GSK nicht zeigt, dass die Kommission zu Unrecht auf die Existenz einer Vereinbarung geschlossen hat.

3. Zum Vorliegen einer Einschränkung des Wettbewerbs

a) Inhalt der Entscheidung

91 Die Kommission hat in den Begründungserwägungen 116 bis 143 und 189 der Entscheidung ausgeführt, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen eine Einschränkung des Wettbewerbs sowohl bezweckt als auch bewirkt habe.

92 Die Kommission hat in einem ersten Schritt den Zweck dieser Klausel geprüft und in der Begründungserwägung 116 der Entscheidung zunächst ausgeführt, dass diese den Parallelhandel mit von GW in den Verkehr gebrachten Arzneimitteln zwischen Spanien und anderen Mitgliedstaaten begrenzen solle. In der Begründungserwägung 117 der Entscheidung hat sie ferner festgestellt, dass der Vergleich zwischen dem Preis 4A für Arzneimittel, die zum Verkauf in Spanien bestimmt seien und deren Kosten dort übernommen würden, und dem Preis 4B für Arzneimittel, die zum Verkauf in anderen Mitgliedstaaten bestimmt seien oder deren Kosten von diesen Staaten übernommen würden, zeige, dass ihre Anwendung je nachdem zu einer Unterbindung oder zu einer Behinderung des Parallelhandels führe.

93 In den Begründungserwägungen 117 bis 119 der Entscheidung hat die Kommission weiter ausgeführt, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen Wirkungen entfalte, die in einer beträchtlichen Zahl der Fälle einem Ausfuhrverbot gleichkämen, während in anderen Fällen ganz ähnlich wie bei einem System der Preisdifferenzierung der Parallelhandel behindert werde. In den Begründungserwägungen 120 bis 123 der Entscheidung hat sie außerdem dargelegt, dass es an dieser Analyse nichts ändere, dass es in Spanien staatliche Vorschriften über die Modalitäten der Festsetzung der Herstellerpreise derjenigen Arzneimittel gebe, deren Kosten vom nationalen Krankenversicherungssystem übernommen würden.

94 Schließlich hat die Kommission in den Begründungserwägungen 124 und 125 der Entscheidung darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof und das Gericht Vereinbarungen über Ausfuhrverbote, Systeme der Preisdifferenzierung oder andere Begrenzungen des Parallelhandels als Vereinbarungen eingestuft hätten, mit denen eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt werde, weshalb der Zweck von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen eine Einschränkung des Wettbewerbs sei.

95 In einem zweiten Schritt hat die Kommission die Wirkungen von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen untersucht und in der Begründungserwägung 126 der Entscheidung zunächst ausgeführt, dass die Festsetzung eines höheren Herstellerpreises im Fall der Ausfuhr, zu dem noch die mit diesem Vorgang verbundenen Transaktionskosten hinzukämen (Versand, Neuverpackung usw.), zu einer Begrenzung des Parallelhandels führe, der ohne diesen Preis ins Auge gefasst werden könnte.

96 Anschließend hat die Kommission in den Begründungserwägungen 127 bis 135 der Entscheidung ausgeführt, dass diese Klausel nicht lediglich eine dem Königreich Spanien zuzuschreibende Wettbewerbsverzerrung ausgleiche und nicht durch das Bestehen eines besonderen Regelungskontextes gerechtfertigt werde.

97 In den Begründungserwägungen 136 bis 140 der Entscheidung hat die Kommission außerdem dargelegt, dass die in Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen festgesetzten differenzierten Preise zur Folge hätten, zum einen die Handlungsfreiheit der Großhändler in dem Mitgliedstaat, von dem aus der Parallelhandel getätigt werde, und zum anderen den Wettbewerb zwischen diesen Großhändlern und den Vertriebshändlern einzuschränken, die in dem Mitgliedstaat tätig seien, der Ziel des Parallelhandels sei.

98 In den Begründungserwägungen 141 bis 143 der Entscheidung hat die Kommission schließlich dargelegt, in welchem Umfang Währungsschwankungen zwischen 1996 und 1998 zum Parallelhandel mit Arzneimitteln insbesondere zwischen Spanien und dem Vereinigten Königreich beigetragen hätten.

b) Vorbringen der Beteiligten

99 GSK macht im Wesentlichen geltend, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen keine Einschränkung des Wettbewerbs darstelle.

100 Erstens macht sie geltend, dass der Wettbewerb im Sektor der Arzneimittel, deren Kosten von den nationalen Krankenversicherungssystemen übernommen würden, von Anfang an verfälscht sei und dass mit Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen nur bezweckt werde, diesen Umstand, der zum einen auf das Bestehen staatlicher Vorschriften über die Preise dieser Arzneimittel und zum anderen auf das Fehlen einer gemeinschaftlichen Regelung zur Harmonisierung dieser Vorschriften zurückzuführen sei, auszugleichen.

101 Zweitens trägt GSK vor, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen keine Einschränkung des Wettbewerbs bezwecke und dass die Kommission nicht nachgewiesen habe, dass er unter Berücksichtigung der Besonderheiten des in Rede stehenden Marktes und allgemein des rechtlichen und wirtschaftlichen Kontextes dieser Bestimmung eine solche Einschränkung bewirke.

102 Die Kommission macht mit Unterstützung der Streithelfer geltend, dass diese Argumente nicht stichhaltig seien. Sie sei zu Recht zu der Auffassung gelangt, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen, mit dem der Parallelhandel unterbunden oder behindert werde, eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt und bewirkt habe.

c) Würdigung durch das Gericht

103 GSK stellt die Tatsachen, auf die sich die Kommission für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 1 EG gestützt hat, nicht in Abrede, sondern wendet sich gegen ihre Würdigung durch dieses Organ. Ihre gesamte Kritik bezieht sich im Kern auf die Schlussfolgerungen, die bei der Analyse des Vorliegens einer Einschränkung des Wettbewerbs aus dem dem Arzneimittelsektor eigenen rechtlichen und wirtschaftlichen Kontext zu ziehen sind. Insbesondere betrifft ihre Kritik erstens die Wettbewerbssituation vor der Einführung von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen und zweitens die dieser Klausel zugeschriebene Einschränkung des Wettbewerbs.

Zur Wettbewerbssituation vor der Einführung von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen

104 Wie GSK zu Recht geltend macht, ist der Sektor der Arzneimittel, deren Kosten vom nationalen Krankenversicherungssystem übernommen werden, in zahlreichen Mitgliedstaaten weiterhin durch das Bestehen von Regelungen gekennzeichnet, die

— insbesondere im Bereich der Preise — über die bloße Aufsicht über eine wirtschaftliche Tätigkeit hinausgehen (Urteil des Gerichtshofes vom 29. November 1983 in der Rechtssache 181/82, Roussel u. a., Slg. 1983, 3849, Randnr. 8). Das Nebeneinander dieser verschiedenen staatlichen Regelungen ist geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen (Urteil des Gerichtshofes vom 5. Dezember 1996 in den Rechtssachen C-267/95 und C-268/95, Merck und Beecham, Slg. 1996, I-6285, Randnr. 47). Außerdem leistet es einer gewissen Abschottung der nationalen Märkte in diesem Punkt Vorschub (vgl. entsprechend Urteil des Gerichtshofes vom 16. Dezember 1975 in den Rechtssachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663, Randnr. 24).

105 Nach der oben in den Randnummern 67 bis 70 angeführten Rechtsprechung ist Artikel 81 Absatz 1 EG jedoch nur dann nicht anwendbar, wenn der von der Vereinbarung betroffene Sektor einer Regelung unterliegt, die keine Möglichkeit eines Wettbewerbs bestehen lässt, der durch diese Vereinbarung verhindert, verfälscht oder eingeschränkt werden könnte.

106 Im vorliegenden Fall herrscht jedoch, wie GSK in ihren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung betont hat, zwischen Arzneimittelherstellern ein Wettbewerb, der hauptsächlich auf anderen Feldern als dem Preis, insbesondere der Innovation, stattfindet (Urteil Roussel, oben zitiert in Randnr. 104, Randnr. 9).

107 Außerdem kann Wettbewerb herrschen zwischen einem Hersteller und seinen Vertriebshändlern oder zwischen Parallelhändlern und nationalen Vertriebshändlern, mit dem gerade die erheblichen Preisunterschiede ausgenutzt werden, zu denen die fraglichen staatlichen Regelungen beitragen, und der, wenn die Arzneimittel durch ein Patent geschützt sind, das seinem Inhaber eine zeitlich begrenzte Monopolstellung verleiht, bis zum Ablauf dieses Patents für sie die einzig denkbare Form eines Preiswettbewerbs darstellt, wie GSK ebenfalls in ihren Schriftsätzen betont hat.

108 Da die von GSK beschriebene Rechtslage zwar geeignet ist, den Wettbewerb einzuschränken, nicht aber, ihn auszuschließen, hat sie nicht zur Folge, dass Artikel 81 Absatz 1 EG unanwendbar würde.

Zur Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen zugeschriebenen Einschränkung des Wettbewerbs

109 Da GSK geltend macht, dass die Kommission bei der Prüfung des Vorliegens einer Einschränkung des Wettbewerbs den einschlägigen rechtlichen und wirtschaftlichen Kontext nicht ordnungsgemäß berücksichtigt habe, ist sogleich darauf hinzuweisen, dass unter Wettbewerb im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe g EG und Artikel 81 EG ein wirksamer Wettbewerb zu verstehen ist, d. h. das Maß an Wettbewerb, das erforderlich ist, damit die Ziele des Vertrages erreicht werden. Nach Maßgabe der Art der fraglichen Ware und der Struktur des in Rede stehenden Marktes kann er mehr oder weniger intensiv sein. Außerdem muss den einzelnen Wettbewerbsfaktoren nicht dieselbe Bedeutung zukommen — der Preiswettbewerb ist weder die einzig wirksame Wettbewerbsform noch die, die unter allen Umständen absoluten Vorrang erhalten müsste (Urteil des Gerichtshofes vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76, Metro/Kommission, Slg. 1977, 1875, im Folgenden: Urteil Metro I, Randnrn. 20 und 21, und Urteil CIF, oben zitiert in Randnr. 66, Randnr. 68).

110 Folglich muss bei der Feststellung einer Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG der tatsächliche Rahmen und damit der rechtliche und wirtschaftliche Kontext der Vereinbarung, der diese Einschränkung zugeschrieben wird, berücksichtigt werden. Diese Verpflichtung gilt für die Beurteilung des Zweckes wie auch der Wirkung der Vereinbarung (Urteil Société technique minière, oben zitiert in Randnr. 55, 303 f., sowie Urteile des Gerichtshofes vom 13. Juli 1966 in den Rechtssachen 56/64 und 58/64, Consten und Grundig/Kommission, Slg. 1966, 321, 391, und vom 12. Dezember 1995 in der Rechtssache C-399/93, Oude Luttikhuis u. a., Slg. 1995, I-4515, Randnr. 20).

111 Wenn somit die in dem entsprechenden rechtlichen und wirtschaftlichen Kontext vorgenommene Prüfung der Klauseln einer Vereinbarung als solche die Existenz einer Wettbewerbsverzerrung aufzeigt, so kann vermutet werden, dass diese Vereinbarung eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt (vgl. Urteil Société technique minière, oben zitiert in Randnr. 55, 303 und 306, und Urteil Consten und Grundig/Kommission, oben zitiert in Randnr. 110, 391 f.), so dass es nicht erforderlich ist, ihre Wirkungen zu untersuchen (Urteil Consten und Grundig/Kommission, oben zitiert in Randnr. 110, 496 f., und Urteil Kommission/Anic Partecipazioni, oben zitiert in Randnr. 75, Randnr. 99).

112 Ist dies dagegen nicht der Fall, müssen die Wirkungen dieser Vereinbarung untersucht und muss rechtlich hinreichend nachgewiesen werden, dass sie tatsächlich oder potenziell den Wettbewerb verhindert, einschränkt oder verfälscht (Urteil Société technique minière, oben zitiert in Randnr. 55, 303 f. und 306, sowie Urteil des Gerichtshofes vom 28. Mai 1998 in der Rechtssache C-7/95 P, Deere/Kommission, Slg. 1998, I-3111, Randnrn. 75 und 77).

113 Im vorliegenden Fall sind nacheinander die Argumente von GSK zum Zweck und zu den Wirkungen von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen zu prüfen.

— Zum Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Zweckes

114 GSK bestreitet nicht, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen in der Absicht eingeführt wurde, den Parallelhandel mit 82 von GW in den Verkehr gebrachten Arzneimitteln zwischen Spanien und anderen Mitgliedstaaten, insbesondere dem Vereinigten Königreich, zu begrenzen.

115 Aus der Rechtsprechung geht hervor, dass bei Vereinbarungen, die letztlich auf ein Verbot des Parallelhandels abzielen, grundsätzlich davon auszugehen ist, dass mit ihnen eine Verhinderung des Wettbewerbs bezweckt wird (Urteil Consten und Grundig/Kommission, oben zitiert in Randnr. 110, 390 bis 392, sowie Urteile des Gerichtshofes vom 1. Februar 1978 in der Rechtssache 19/77, Miller International/Kommission, Slg. 1978, 131, Randnrn. 7 und 18, vom 12. Juli 1979 in den Rechtssachen 32/78, 36/78 und 82/78, BMW Belgium/Kommission, Slg. 1979, 2435, Randnrn. 20 bis 28 und 31, und Sandoz Prodotti Farmaceutici/Kommission, oben zitiert in Randnr. 76, Randnr. 16).

116 Daraus ergibt sich auch, dass bei Vereinbarungen, die eindeutig auf eine Benachteiligung des Parallelhandels abzielen, grundsätzlich davon auszugehen ist, dass mit ihnen eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt wird (Urteile des Gerichtshofes vom 8. November 1983 in den Rechtssachen 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, IAZ u. a./Kommission, Slg. 1983, 3369, Randnrn. 23 bis 25, und vom 6. April 2006 in der Rechtssache C-551/03 P, General Motors/Kommission, Slg. 2006, I-3173, Randnrn. 67 und 68).

117 Doch führt GSK zu Recht aus, dass sich die Kommission angesichts des rechtlichen und wirtschaftlichen Kontextes nicht allein darauf stützen konnte, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen ein System differenzierter Preise einführte, mit dem der Parallelhandel begrenzt werden sollte, um den Schluss zu ziehen, dass mit dieser Klausel eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt wird.

118 Denn das Ziel, das in Artikel 81 Absatz 1 EG, einer grundlegenden Bestimmung, die für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft und insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich ist (Urteile des Gerichtshofes vom 1. Juni 1999 in der Rechtssache C-126/97, Eco Swiss, Slg. 1999, I-3055, Randnr. 36, und vom 20. September 2001 in der Rechtssache C-453/99, Courage und Crehan, Slg. 2001, I-6297, Randnr. 20), aufgestellt wird, besteht darin, zu verhindern, dass Unternehmen durch eine Einschränkung des Wettbewerbs untereinander oder mit anderen das Wohlergehen des Endverbrauchers der fraglichen Waren mindern (Urteil des Gerichts vom 7. Juni 2006 in den Rechtssachen T-213/01 und T-214/01, Österreichische Postsparkasse und Bank für Arbeit und Wirtschaft/Kommission, Slg. 2006, II-1601, Randnr. 115, vgl. in diesem Sinne auch Urteil Consten und Grundig/Kommission, oben zitiert in Randnr. 110, 387, und Urteil des Gerichtshofes vom 20. Juni 1978 in der Rechtssache 28/77, Tepea/Kommission, Slg. 1978, 1391, Randnr. 56). In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission im Übrigen mehrfach betont, dass sie ihre Prüfung im vorliegenden Fall an diesem Ansatz ausgerichtet habe, indem sie in einem ersten Schritt den Schluss gezogen habe, dass die allgemeinen Verkaufsbedingungen ganz offensichtlich das Wohlergehen der Verbraucher einschränkten, und in einem zweiten Schritt die Frage aufgeworfen habe, ob diese Einschränkung durch ein Mehr an Effizienz, das wiederum den Verbrauchern zugute komme, ausgeglichen werde.

119 Folglich kann die Anwendung von Artikel 81 Absatz 1 EG auf den vorliegenden Fall nicht allein davon abhängen, dass die in Rede stehende Vereinbarung auf eine Begrenzung des Parallelhandels mit Arzneimitteln oder auf Abschottungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes abzielt — Umstände, die den Schluss auf eine Beeinträchtigung des Handels zulassen –, sondern erfordert überdies eine Analyse zur Klärung der Frage, ob die Vereinbarung eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf dem fraglichen Markt zum Nachteil des Endverbrauchers bezweckt oder bewirkt. Wie sich aus der oben in den Randnummern 111 und 112 zitierten Rechtsprechung ergibt, kann diese Analyse, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, kurz ausfallen, wenn die Klauseln der Vereinbarung selbst eine Wettbewerbsverzerrung erkennen lassen, doch muss sie entsprechend den Erfordernissen des jeweiligen Falles vervollständigt werden, wenn dies nicht der Fall ist (Urteil Société technique minière, oben zitiert in Randnr. 55, S. 302, 303 bis 305, und Urteil Consten und Grundig/Kommission, oben zitiert in Randnr. 110, S. 390 bis 392).

120 Insbesondere hat der Gerichtshof im oben in Randnummer 110 zitierten Urteil Consten und Grundig/Kommission, mit dem die oben in den Randnummern 115 und 116 angeführte Rechtsprechung eingeleitet wurde, entgegen dem, was die Kommission in ihren Schriftsätzen vorträgt, nicht entschieden, dass eine Vereinbarung, die auf eine Begrenzung des Parallelhandels abzielt, ihrer Natur nach, d. h. unabhängig von jeder Analyse des Wettbewerbs, als Vereinbarung anzusehen ist, die eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt. Vielmehr hat der Gerichtshof in einem ersten Schritt lediglich ausgeführt, dass eine Vereinbarung zwischen einem Hersteller und einem Vertriebshändler, die darauf abziele, die nationalen Schranken im Handel zwischen Mitgliedstaaten wieder aufzurichten, den grundlegenden Zielen der Gemeinschaft zuwiderlaufen könnte (S. 388), eine Erwägung, die ihn dazu veranlasst hat, einen Klagegrund zurückzuweisen, mit dem geltend gemacht worden war, dass Artikel 81 Absatz 1 EG auf vertikale Vereinbarungen keine Anwendung finde (S. 386 bis 388). In einem zweiten Schritt hat der Gerichtshof eine verkürzte, aber reale Analyse des Wettbewerbs vorgenommen, in deren Rahmen er insbesondere ausgeführt hat, dass die fragliche Vereinbarung darauf abziele, jede Möglichkeit eines Wettbewerbs auf Großhandelsebene auszuschalten, um Preise anzuwenden, die keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt seien, und aus diesen Erwägungen hat er einen Klagegrund zurückgewiesen, mit dem das Fehlen einer Einschränkung des Wettbewerbs geltend gemacht worden war (S. 390 bis 392).

121 Wenn seitdem gesichert ist, dass der Parallelhandel einen gewissen Schutz genießt, so genießt er ihn nicht als solcher, sondern entsprechend den Ausführungen des Gerichtshofes insofern, als er zum einen die Entwicklung des Handelsverkehrs und

zum anderen die Stärkung des Wettbewerbs begünstigt (Urteil des Gerichtshofes vom 16. Januar 1992 in der Rechtssache C-373/90, X, Slg. 1992, I-131, Randnr. 12), d. h., was den zweiten dieser Aspekte betrifft, insofern, als er den Endverbrauchern die Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs hinsichtlich der Bezugsquellen oder der Preise verschafft (Urteil Tepea/Kommission, oben zitiert in Randnr. 118, Randnrn. 43 und 56). Wenn somit feststeht, dass bei einer Vereinbarung, die auf eine Begrenzung des Parallelhandels abzielt, grundsätzlich davon auszugehen ist, dass sie eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt, so gilt dies insofern, als vermutet werden kann, dass dadurch den Endverbrauchern die genannten Vorteile vorenthalten werden.

122 Unter Berücksichtigung des rechtlichen und wirtschaftlichen Kontextes der allgemeinen Verkaufsbedingungen von GSK kann nicht vermutet werden, dass sie den Endverbrauchern von Arzneimitteln derartige Vorteile vorenthalten. Denn bei den Großhändlern, deren Aufgabe nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Sicherung der Versorgung des Einzelhandels unter Ausnutzung des Wettbewerbs zwischen Herstellern besteht (Urteil Metro I, oben zitiert in Randnr. 109, Randnr. 40), handelt es sich um Wirtschaftsteilnehmer, die auf einer mittleren Stufe der Wertschöpfungskette tätig werden, und es kann angenommen werden, dass sie den Vorteil, den der Parallelhandel in preislicher Hinsicht mit sich bringen kann, für sich behalten, so dass er nicht bei den Endverbrauchern ankommt.

123 Eine Beschreibung dieses Kontextes findet sich im dem Sachverhalt gewidmeten Abschnitt I der Entscheidung, insbesondere in den Unterabschnitten F — „Parallelhandel bei pharmazeutischen Produkten innerhalb der Gemeinschaft — Auswirkungen von nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen und Wechselkursschwankungen" — und G — „Parallelhandel bei GW-Produkten innerhalb der Gemeinschaft — Auswirkungen der neuen GW-Verkaufsbedingungen".

124 Aus dieser Beschreibung geht hervor, dass der rechtliche und wirtschaftliche Kontext, wie auch GSK sowohl in ihren Schriftsätzen als auch in der mündlichen Verhandlung anerkannt hat, hauptsächlich durch folgende Merkmale gekennzeichnet ist.

125 Erstens wird der Preis von Arzneimitteln, deren Kosten von den nationalen Krankenversicherungssystemen übernommen werden, nach den Begründungserwägungen 31, 36 und 50 der Entscheidung nicht am Ende eines Wettbewerbsprozesses in der gesamten Gemeinschaft, sondern in den meisten Mitgliedstaaten am Ende eines Verwaltungsverfahrens unmittelbar festgelegt, und in den übrigen Mitgliedstaaten wird er mittelbar kontrolliert.

126 Zweitens ist nach der Begründungserwägung 31 der Entscheidung die Angleichung der in diesem Bereich anwendbaren nationalen Vorschriften im gegenwärtigen Stadium begrenzt. Tatsächlich wird mit der Richtlinie 89/105 nur geregelt, dass, wenn das nationale Recht eine Festsetzung des Preises dieser Arzneimittel vorsieht, diese Festsetzung nach einem transparenten Verfahren vorgenommen und auf objektive und nachprüfbare Kriterien gestützt werden muss. Im Übrigen kann im nationalen Recht, wie in der Begründungserwägung 50 der Entscheidung und auch in der Richtlinie 89/105 ausgeführt wird, die Heranziehung unterschiedlicher Kriterien vorgesehen werden, je nachdem, welche Politik der betreffende Mitgliedstaat im Bereich der öffentlichen Gesundheit und der Finanzierung des nationalen Krankenversicherungssystems verfolgt. Das gilt insbesondere für das spanische Recht, das nach den Begründungserwägungen 37 und 38 der Entscheidung die unmittelbare Festlegung einer Obergrenze für Herstellerpreise und die mittelbare Festlegung einer Obergrenze für Einzelhandelspreise vorsieht. Das britische Recht sieht dagegen keine Festlegung der Preise vor, sondern, wie in den Begründungserwägungen 44 bis 46 der Entscheidung ausgeführt wird, eine Kontrolle der Gewinne der Pharmagesellschaften.

127 Drittens sind die Unterschiede, die zwischen den in diesem Bereich anwendbaren nationalen Vorschriften bestehen, nach den Begründungserwägungen 29 bis 31 und 34 der Entscheidung eine strukturelle Ursache für die Existenz erheblicher Preisunterschiede zwischen Mitgliedstaaten.

128 Viertens sind nach den Begründungserwägungen 30, 32 und 53 der Entscheidung Wechselkursschwankungen eine konjunkturelle Ursache für die Existenz dieser Preisunterschiede. Dieses Phänomen, von dem am 6. März 1998, dem Zeitpunkt, zu dem GSK bei der Kommission die allgemeinen Verkaufsbedingungen anmeldete, alle Mitgliedstaaten der Gemeinschaft potenziell betroffen waren, betraf, wie aus der Begründungserwägung 53 der Entscheidung hervorgeht, am 8. Mai 2001, dem Zeitpunkt, zu dem die Kommission die Entscheidung erließ, noch das Vereinigte Königreich, Dänemark und Schweden.

129 Fünftens sind nach der Begründungserwägung 29 der Entscheidung gerade diese Preisunterschiede für den Parallelhandel mit Arzneimitteln ursächlich. Wie in den Begründungserwägungen 33 und 34 der Entscheidung dargelegt wird, handelt es sich bei den Mitgliedstaaten, die Hauptbestimmungsländer des Parallelhandels sind, um Dänemark, die Niederlande und das Vereinigte Königreich.

130 Sechstens haben einige Mitgliedstaaten Vorschriften erlassen, die, unabhängig von der Frage, ob sie eine Förderung des Parallelhandels bezwecken — was die Kommission in den Begründungserwägungen 31, 33, 34, 36 und 52 der Entscheidung angibt, was aber von GSK bestritten wird —, eine solche Wirkung haben können. Das gilt insbesondere für das Vereinigte Königreich, wo der National Health Service, wie es in der Begründungserwägung 49 der Entscheidung heißt, den Apothekern automatisch einen Betrag erstattet, der dem Preis entspricht, zu dem der Hersteller sein Arzneimittel auf dem britischen Markt vertreibt, abzüglich einer Pauschale von 4 % bis 5 %, die den Einsparungen entsprechen soll, die die Apotheker erzielen, wenn sie sich anderweitig zu einem niedrigeren Preis versorgen.

131 Siebtens trägt der Patient, wie aus den Begründungserwägungen 31 und 51 der Entscheidung hervorgeht, im Allgemeinen nur einen begrenzten, wenn auch in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlichen Anteil des Preises der von ihm verbrauchten Arzneimittel, deren Kosten das nationale Krankenversicherungssystem übernimmt. Den wesentlichen Anteil übernimmt das nationale Krankenversicherungssystem. So verhält es sich insbesondere im Vereinigten Königreich, wo der Patient nach der Begründungserwägung 48 der Entscheidung 6 Pfund Sterling (GBP) je Arzneimittel zahlt, sofern er nicht zu einer Gruppe von Personen gehört, die von einer solchen Zahlung befreit ist.

132 Die Kommission verweist im Rahmen der Prüfung des Zweckes von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen auf bestimmte Aspekte dieser Beschreibung. So nimmt sie in der Begründungserwägung 117 der Entscheidung darauf Bezug, um die — unbestrittenen — Auswirkungen dieser Klausel auf den Parallelhandel zu belegen. Ferner nimmt sie in der Begründungserwägung 121 der Entscheidung darauf Bezug, um zu erklären, dass die Pharmagesellschaften entgegen dem Vorbringen von GSK im Rahmen des spanischen Verfahrens zur Festsetzung der Herstellerpreise von Arzneimitteln über Verhandlungsmacht verfügten.

133 Doch prüft die Kommission zu keinem Zeitpunkt das spezielle und wesentliche Merkmal des Sektors, dass die Preise der fraglichen Waren, die der Kontrolle der Mitgliedstaaten unterliegen, die sie unmittelbar oder mittelbar auf einem ihnen angemessen erscheinenden Niveau festsetzen, in der Gemeinschaft strukturbedingt unterschiedlich sind und im Gegensatz zu den Preisen anderer Verbrauchsgüter, auf die sich die Kommission in ihren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung bezogen hat, etwa Sportartikel oder Motorräder, jedenfalls in erheblichem Umfang dem freien Spiel von Angebot und Nachfrage entzogen sind.

134 Aufgrund dessen kann nicht vermutet werden, dass der Parallelhandel sich auf die gegenüber den Endverbrauchern praktizierten Preise von Arzneimitteln auswirkt, deren Kosten von den nationalen Krankenversicherungssystemen übernommen werden, und ihnen so einen spürbaren Vorteil verschafft, der dem gleichkommt, den sie bei einer Bestimmung der Preise im Spiel von Angebot und Nachfrage hätten.

135 Im Übrigen räumt die Kommission selbst die auf den ersten Blick zweifelhaften Auswirkungen des Parallelhandels mit Arzneimitteln auf das Wohlergehen der Endverbraucher ein, da sie in ihrer Mitteilung KOM(1998) 588 endg. vom 25. November 1998 über den Binnenmarkt für Arzneimittel, die in der Begründungserwägung 161 der Entscheidung zitiert ist und auf die die Beteiligten in ihren Schriftsätzen und in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts verweisen, ausführt, dass der Parallelhandel, sofern er keine Preisdynamik auslösen könne, wirkungslos bleibe, da der finanzielle Vorteil zum größten Teil — wenn auch nicht vollständig — demjenigen zugute komme, der den Parallelhandel praktiziere, und nicht dem System für Gesundheitsleistungen oder dem Patienten (S. 6).

136 Somit kann nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Prüfung von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen, mit dem nach den Angaben von GSK sichergestellt werden soll, dass die vom Königreich Spanien festgesetzten Herstellerpreise tatsächlich nur auf die Arzneimittel angewandt werden, für die sie gesetzlich vorgesehen sind, als solche erkennen lässt, dass der Wettbewerb verhindert, eingeschränkt oder verfälscht würde.

137 Keines der Argumente der Kommission und der Streithelfer ist dazu angetan, diesen Schluss in Frage zu stellen.

138 Insbesondere darf sich die Kommission nicht in der Annahme, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen Vereinbarungen ähnele, die sie in ihrer früheren Entscheidungspraxis geprüft habe, oder ihnen gleichzustellen sei, darauf beschränken, wie sie es in den Begründungserwägungen 118 und 119 der Entscheidung und in ihren Schriftsätzen tut, Parallelen zu diesen Vereinbarungen zu ziehen. Denn mit einem solchen Vorgehen werden letztlich die oben beschriebenen Umstände des rechtlichen und wirtschaftlichen Kontextes außer Acht gelassen, die bei den von der Kommission angeführten Entscheidungen nach Artikel 81 Absatz 1 EG nicht vorlagen.

139 Außerdem kann die Kommission nicht geltend machen, wie sie es in den Begründungserwägungen 120 bis 123 der Entscheidung und in ihren Schriftsätzen tut, dass das Bestehen der spanischen Regelung zur Festsetzung der Herstellerpreise von Arzneimitteln angesichts der den Pharmagesellschaften damit belassenen Verhandlungsmacht letztlich nicht ausschlaggebend sei. Ebenso wenig kann sie sich darauf berufen, wie sie es ebenfalls in ihren Schriftsätzen tut, dass unter Berücksichtigung der Rechtsprechung auch das Nebeneinander unterschiedlicher verschiedener staatlicher Regelungen in diesem Bereich nicht entscheidend sei (Urteil BMW Belgium/Kommission, oben zitiert in Randnr. 115, Randnr. 5, und Urteil des Gerichts vom 19. Mai 1999 in der Rechtssache T-175/95, BASF/Kommission, Slg. 1999, II-1581, Randnrn. 121 bis 123 und 136).

140 Denn selbst wenn man davon ausgeht, dass die spanische Regelung den Pharmagesellschaften Verhandlungsmacht belässt, wie es die Kommission und die Streithelfer noch in der mündlichen Verhandlung vorgetragen haben, ändert dies nichts daran, dass sich das Bestehen dieser Regelung und ihre Koexistenz mit denen anderer Mitgliedstaaten erheblich auf einen wesentlichen Parameter des Wettbewerbs auswirkt (vgl. entsprechend Urteil Suiker Unie u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 104, Randnrn. 17 und 71), und dieser dem Kontext zuzurechnende Umstand kann bei der Wettbewerbsanalyse nicht unberücksichtigt bleiben.

141 Somit lässt sich keine Parallele ziehen zwischen den von der Kommission angeführten Fällen, die, wie diese in der mündlichen Verhandlung selbst dargelegt hat, Preisstoppmaßnahmen für Neuwagen (Urteil BMW Belgium/Kommission, oben zitiert in Randnr. 115, Randnr. 5) oder Autoreparaturlacke (Urteil BASF/Kommission, oben zitiert in Randnr. 139, Randnr. 123) betrafen, die in nur einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft galten, und der vorliegenden Rechtssache, die dadurch gekennzeichnet ist, dass die letztlich von den Mitgliedstaaten festgesetzten Preise der fraglichen Waren ungeachtet eines Restwettbewerbs, der im Spiel des Parallelhandels zum Ausdruck kommen kann, strukturbedingt dem Spiel von Angebot und Nachfrage entzogen und in der gesamten Gemeinschaft unterschiedlich sind.

142 Schließlich kann aus Randnummer 75 des oben in Randnummer 116 zitierten Urteils General Motors/Kommission, das die Kommission in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts und in der mündlichen Verhandlung anführt, nicht abgeleitet werden, dass die tatsächliche Situation, auf die in der vorstehenden Randnummer verwiesen wurde, gänzlich außer Acht zu lassen ist.

143 Denn aus Randnummer 75 dieses Urteils geht hervor, dass die fehlende Harmonisierung des Steuerrechts, auch wenn sie sich, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, auf das Spiel des Wettbewerbs in dem entsprechenden Sektor auswirkt, nicht dem Schluss entgegensteht, dass eine Vereinbarung, die auf eine Begrenzung des Parallelhandels mit Kraftfahrzeugen abzielt, eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt. Dagegen ergibt sich daraus in keiner Weise, dass die im vorliegenden Fall in Rede stehenden staatlichen Regelungen für die Wettbewerbsanalyse belanglos sind, obwohl sie darauf gerichtet sind, die Preisbildung bei Arzneimitteln, deren Kosten von den nationalen Krankenversicherungssystemen übernommen werden, dem Spiel des Wettbewerbs zu entziehen.

144 Die Streithelfer ihrerseits können sich nicht mit Erfolg auf den von ihnen in der mündlichen Verhandlung dargelegten Umstand berufen, dass die in Rede stehenden staatlichen Regelungen in Wirklichkeit nicht darauf abzielten, die Preisbildung bei diesen Arzneimitteln dem Spiel von Angebot und Nachfrage zu entziehen, sondern darauf, das durch das Gewicht der Pharmagesellschaften auf dem Markt bedingte Fehlen von Wettbewerb auszugleichen und angemessene Preise sicherzustellen.

145 Der Gemeinschaftsrichter übt nämlich, wenn er mit einer Klage auf Nichtigerklärung einer in Anwendung der Wettbewerbsvorschriften ergangenen Entscheidung der Kommission befasst ist, nach Artikel 230 EG eine Kontrolle über die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung aus. Die Argumente der Streithelfer sind jedoch auf Umstände gestützt, die die Kommission in der Entscheidung nicht erwähnt und erst recht nicht geprüft hat. Es ist nicht Sache des Gerichts, sich, indem es diese unmittelbar prüft, an die Stelle der Kommission zu setzen.

146 Außerdem sind diesen Argumenten die von GSK gegenüberzustellen, wonach die staatlichen Regelungen über Patente darauf abzielten, die Pharmagesellschaften in die Lage zu versetzen, ihre Aufwendungen für Forschung und Entwicklung (im Folgenden: FuE) wieder hereinzuholen, indem ihnen ein zeitlich begrenztes Monopol gewährt werde, an dessen Ende die Hersteller von Generika den Preiswettbewerb wiederherstellten, so dass über die Parallelhändler, die während der Laufzeit von Patenten auf dem Markt tätig seien, ein künstlicher und kein wirksamer Wettbewerb im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe g EG und Artikel 81 EG herrsche.

147 Folglich kann dem wesentlichen Schluss der Kommission, wonach Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen nach Artikel 81 Absatz 1 EG verboten sei, da er eine Einschränkung des Wettbewerbs bezwecke, nicht gefolgt werden. Da die Preise der fraglichen Arzneimittel aufgrund der geltenden Regelung in weitem Umfang dem freien Spiel von Angebot und Nachfrage entzogen sind und von staatlichen Stellen festgesetzt oder kontrolliert werden, kann nicht ohne weiteres als gesichert angenommen werden, dass der Parallelhandel tendenziell dazu führt, sie sinken zu lassen und damit das Wohlergehen der Endverbraucher zu vermehren. Die in diesem Kontext vorgenommene Analyse des Wortlauts von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen erlaubt somit nicht die Vermutung, dass diese Klausel, die auf eine Begrenzung des Parallelhandels abzielt, damit tendenziell das Wohlergehen des Endverbrauchers mindert. In dieser größtenteils neuen Situation kann die Wettbewerbswidrigkeit der Vereinbarung somit nicht allein aus einer in ihrem Kontext vorgenommenen Betrachtung ihres Wortlauts abgeleitet werden; notwendigerweise müssen auch ihre Auswirkungen hinzugezogen werden, und sei es nur, um das zu bestätigen, was die Regelungsbehörde nach dieser Betrachtung vermuten konnte.

— Zum Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Wirkung

148 Für die Prüfung der Auswirkungen einer Vereinbarung auf den Wettbewerb sind in einem ersten Schritt der relevante Markt oder die relevanten Märkte — in sachlich wie räumlicher Hinsicht — zu definieren (Urteil des Gerichtshofes vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89, Delimitis, Slg. 1991, I-935, Randnrn. 15, 16 und 18).

149 Im vorliegenden Fall hat die Kommission zum relevanten Produktmarkt in den Begründungserwägungen 112 und 113 der Entscheidung ausgeführt, dass es angesichts der Erklärungen von GSK, wonach die Natur und die Bedeutung des Parallelhandels sowie der allgemeinen Verkaufsbedingungen von einem Produktmarkt zeugen könnten, der alle verschreibungspflichtigen Arzneimittel umfasse, nicht notwendig sei, die Marktanteile von GW für jedes einzelne der 82 in Rede stehenden Arzneimittel zu ermitteln. Soweit die Kommission in der mündlichen Verhandlung Zweifel hinsichtlich der Existenz der Bemerkungen von GSK, auf die sich diese Begründungserwägungen stützen, geäußert hat, ist festzustellen, dass die ergänzende Anmeldung erkennen lässt, dass der Entscheidung insoweit kein tatsächlicher Irrtum zugrunde liegt.

150 Zum räumlich relevanten Markt hat die Kommission in der Begründungserwägung 114 der Entscheidung letztlich den Standpunkt vertreten, dass es sich um den nationalen Markt handele, und zwar insbesondere deshalb, weil es zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft Unterschiede bei den Preis- und Erstattungsvorschriften, den Marken- und Packungsstrategien sowie den Vertriebssystemen und der Verschreibungspraxis gebe.

151 Die von der Vereinbarung betroffenen Märkte wurden von der Kommission nicht ausdrücklich aufgezählt. Aus den Begründungserwägungen 112 bis 114, 117 und 126 der Entscheidung ergibt sich jedoch, dass es sich, wie die Kommission in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts bestätigt hat, zum einen um den

spanischen Markt handelt, von dem anzunehmen ist, dass die Großhändler dort Arzneimittel von GW kaufen, und zum anderen um alle nationalen Märkte in der Gemeinschaft, wo sie diese voraussichtlich verkaufen, d. h. alle die Märkte, auf denen der örtliche Preis so deutlich von dem spanischen Preis abweicht, dass sich der Parallelhandel lohnt.

152 Wie GSK noch in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, wendet sie sich nicht gegen den von der Kommission in Bezug auf den räumlich relevanten Markt angewandten Ansatz. Somit steht fest, dass dieser Markt, worunter das Gebiet zu verstehen ist, auf dem die objektiven Wettbewerbsbedingungen in Bezug auf das betreffende Produkt für alle Wirtschaftsteilnehmer vergleichbar oder jedenfalls hinreichend homogen sind (Urteile des Gerichtshofes vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207, Randnrn. 44 und 53, und des Gerichts vom 6. Oktober 1994 in der Rechtssache T-83/91, Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Randnr. 91), im vorliegenden Fall insbesondere angesichts der Unterschiede bei den Vorschriften über Preise und Erstattungen für Arzneimittel jeweils das nationale Hoheitsgebiet umfasst.

153 Dagegen widerspricht GSK dem Ansatz der Kommission in Bezug auf den relevanten Produktmarkt. Sie führt aus, angesichts der entsprechenden spanischen Regelung hätte die Kommission unterscheiden müssen zwischen einem reglementierten Markt, der die Arzneimittel umfasse, die zum Weiterverkauf in Spanien bestimmt seien und deren Kosten dort übernommen würden, und einem freien Markt, der die Arzneimittel umfasse, die zum Weiterverkauf in andere Mitgliedstaaten bestimmt seien und deren Kosten dort übernommen würden. Diese Kritik ist allerdings unbegründet.

154 Aus den Begründungserwägungen 112 und 113 der Entscheidung geht hervor, dass die Kommission die Frage der Definition des relevanten Produktmarktes nicht vertieft hat. Dazu befragt, in welchem Rahmen sie tatsächlich ihre Überlegungen angestellt habe, hat die Kommission in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts allerdings angegeben, dass sie, auch wenn sie es nicht für erforderlich gehalten habe, den relevanten Produktmarkt zu definieren, da sie auf die Existenz eines wettbewerbswidrigen Zweckes habe schließen können, diesen Markt dennoch summarisch definiert habe.

155 In ihren Antworten und anschließend in der mündlichen Verhandlung hat sie ferner erläutert, dass sie, auch wenn sie insoweit keinen besonders ausgearbeiteten Ansatz verfolgt habe, sich letztlich an die in dem Bereich herkömmlich verwendete Definition gehalten habe, d. h. eine Definition auf der Grundlage der dritten Stufe der von der European Pharmaceutical Marketing Research Association (EphMRA) ausgearbeiteten „Anatomical Therapeutic Classification" (ATC). Diese entspricht nach den Ausführungen in den Begründungserwägungen 16 und 110 der Entscheidung Untergruppen, die mit Bezug auf die therapeutische Indikation und die pharmakologischen Eigenschaften der betreffenden Arzneimittel definiert wurden.

156 Wenn das Gericht über eine Nichtigkeitsklage gegen einen Gemeinschaftsrechtsakt entscheidet, so hat es diesen Rechtsakt selbst auszulegen, zumal dann, wenn das Organ, das den Rechtsakt erlassen hat, erläutert, wie dieser zu verstehen sein soll (Urteil des Gerichtshofes vom 2. Oktober 2003 in der Rechtssache C-194/99 P, Thyssen Stahl/Kommission, Slg. 2003, I-10821, Randnrn. 55 und 56). Betrachtet man im vorliegenden Fall die Entscheidung als Ganze, so ergibt sich, dass die Kommission bei ihren Erwägungen implizit, aber notwendigerweise einen Markt zugrunde gelegt hat, der als der Markt für den Vertrieb von Arzneimitteln zu verstehen ist, deren Kosten vom spanischen Krankenversicherungssystem übernommen werden, soweit sie geeignet sind, Gegenstand eines Parallelhandels in Richtung anderer Mitgliedstaaten der Gemeinschaft zu sein. So hat die Kommission in den Begründungserwägungen 64 bis 71 der Entscheidung allgemein den Parallelhandel mit von GW in Spanien in den Verkehr gebrachten Arzneimitteln und in den Begründungserwägungen 72 bis 75 der Entscheidung die Auswirkungen der allgemeinen Verkaufsbedingungen auf diese Erscheinung beschrieben. In gleicher Weise hat sie in den Begründungserwägungen 117, 126, 137, 139 und 140 der Entscheidung die einschränkende Wirkung von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen geprüft, wobei sie sich besonders auf eine Auswahl von acht Arzneimitteln konzentriert hat, die für einen Parallelhandel besonders in Betracht kommen und über die GSK ihr Informationen zur Verfügung gestellt hatte. In ebenfalls gleicher Weise hat sie schließlich in der Begründungserwägung 144 der Entscheidung auch die Spürbarkeit der wettbewerbswidrigen Wirkung und in der Begründungserwägung 146 der Entscheidung die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten beurteilt.

157 Wie sich aus den Randnummern 13 und 14 der Bekanntmachung 97/C 372/03 der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. C 372, S. 5) ergibt, hat sich die Kommission verpflichtet, den relevanten Produktmarkt in erster Linie unter Heranziehung der Substituierbarkeit der Nachfrage und des Angebots zu definieren.

158 In Bezug auf den ersten Aspekt ergibt sich aus Artikel 1 Buchstabe a 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), dass bei einer Vereinbarung wie der in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehenden zu untersuchen ist, welche Waren der Käufer aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Preislage und ihres Verwendungszwecks als miteinander austauschbar oder durch einander substituierbar ansieht.

159 Dass der Käufer, d. h. der spanische Großhändler, für den Parallelhandel in Betracht kommt, insoweit weniger an der therapeutischen Indikation und den pharmakologischen Eigenschaften der einzelnen Arzneimittel, die er von GW erwirbt, interessiert ist als vielmehr daran, dass die Kosten aller dieser Arzneimittel vom spanischen Krankenversicherungssystem übernommen werden, weshalb ihr Preis von der spanischen Verwaltung festgelegt wird, ist keine offensichtlich falsche Annahme. Ebenso geht auch die Annahme nicht offensichtlich fehl, dass dieser Käufer weniger am Preis der einzelnen Arzneimittel als solchem als vielmehr daran interessiert ist, dass bei allen diesen Arzneimitteln ein solcher Preisunterschied zwischen Spanien und dem Bestimmungsmitgliedstaat besteht, dass sich der Parallelhandel lohnt. Unter diesen Umständen ist der Schluss, dass alle Arzneimittel, deren Kosten vom spanischen Krankenversicherungssystem übernommen werden und deren Weiterveräußerung aufgrund des Preisunterschieds zwischen Spanien und dem Bestimmungsmitgliedstaat Gewinn bringt, einen Produktmarkt bilden, nicht offensichtlich fehlerhaft.

160 In Bezug auf den zweiten Aspekt kann festgestellt werden, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen, wie sich aus den Erklärungen von GSK ergibt, auf die sich die Kommission in den Begründungserwägungen 112 und 113 der Entscheidung gestützt hat, darauf angelegt war, allgemein die Frage des Parallelhandels mit von GW in den Verkehr gebrachten Arzneimitteln zwischen Spanien und den Mitgliedstaaten, mit denen sich diese Tätigkeit für die spanischen Großhändler lohnen kann, zu regeln.

161 Das Bestehen der spanischen Regelung stellt sich somit aus der Sicht der Käufer wie auch aus der von GSK als Faktor dar, der dem fraglichen Produktmarkt seine Einheit verleiht, und weniger als Umstand, der dazu führen müsste, einen reglementierten

Markt für den Vertrieb von Arzneimitteln zum Verbrauch in Spanien von einem freien Markt für den Vertrieb von Arzneimitteln zum Export zu unterscheiden. In Wirklichkeit hängt die von GSK vorgeschlagene Unterscheidung, wie sie im Übrigen in der mündlichen Verhandlung auch eingeräumt hat, eher damit zusammen, dass die spanische Regelung natürlich auf das nationale Hoheitsgebiet begrenzt ist und der räumlich relevante Markt mit dem nationalen Hoheitsgebiet zusammenfällt.

162 In einem zweiten Schritt sind die tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen der Vereinbarung auf den Wettbewerb zu untersuchen. Dabei ist zu vergleichen, wie der Wettbewerb infolge dieser Vereinbarung ausgestaltet ist und wie er ohne diese bestehen würde (Urteil Société technique minière, oben zitiert in Randnr. 55, 304, und Urteil Deere/Kommission, oben zitiert in Randnr. 112, Randnr. 76).

163 Aus den Begründungserwägungen 26 und 28 der Entscheidung ergibt sich, dass die Anwendung der am 9. März 1998 in Kraft getretenen allgemeinen Verkaufsbedingungen, wie die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung ausgeführt haben, am 16. Oktober 1998 ausgesetzt wurde und bis zum Erlass der Entscheidung ausgesetzt blieb. Folglich ist die von der Kommission vorgenommene Prüfung so zu verstehen, dass sie sich hauptsächlich mit den potenziellen Auswirkungen dieser Bedingungen auf den Wettbewerb befasst, worüber zwischen den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung Einigkeit bestand.

164 Insoweit räumt GSK ein, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen eine Begrenzung des Parallelhandels zur Folge hat oder haben kann, bestreitet jedoch, dass er eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirkt oder bewirken kann. Ihre Hauptargumente betreffen im Wesentlichen vier Aspekte der Erwägungen, die die Kommission in der Entscheidung angestellt hat. Erstens impliziere der Umstand, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen den Parallelhandel begrenze und die Handlungsfreiheit der spanischen Großhändler beeinträchtige, als solcher nicht, dass er eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirke. Zweitens impliziere der Umstand, dass damit ein System differenzierter Preise eingeführt werde, angesichts des rechtlichen und wirtschaftlichen Kontextes dieser Klausel als solcher nicht, dass sie eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirke. Drittens habe sich die Kommission darauf beschränkt, den Schluss zu ziehen, dass diese Klausel den

Parallelhandel begrenze, die Handlungsfreiheit der spanischen Großhändler beeinträchtige und differenzierte Preise vorgebe, so dass sie nicht rechtlich hinreichend nachgewiesen habe, dass die Klausel eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirke. Viertens habe die Kommission jedenfalls außer Acht gelassen, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen nur eine dem Königreich Spanien zuzuschreibende Wettbewerbsverzerrung ausgleiche.

165 Zu klären ist, ob sich aus diesen Rügen ergibt, dass in der Entscheidung zu Unrecht der Schluss gezogen wurde, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirke.

166 Erstens steht fest, dass diese Klausel, wie es in der Begründungserwägung 126 der Entscheidung heißt, den Parallelhandel mit von GW in Spanien in den Verkehr gebrachten Arzneimitteln begrenzt. In zahlreichen Fällen wird dadurch nämlich ein Preis 4A, der wesentlich niedriger ist als der in bestimmten anderen Mitgliedstaaten als Spanien geltende Preis, durch einen Preis 4B ersetzt, bei dem ein geringerer oder gar kein Unterschied besteht. Der Gewinn, den die spanischen Großhändler mit Ausfuhrtätigkeiten erzielen könnten, wird damit zunichte gemacht oder reduziert.

167 Allerdings ist daran zu erinnern, dass der Umstand, dass eine Vereinbarung eine Begrenzung des Parallelhandels bewirkt oder bewirken kann, als solcher zwar auf eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten, aber nicht unbedingt auf eine Einschränkung des Wettbewerbs schließen lässt. Es sind die Folgen, die diese Begrenzung des Parallelhandels auf den einen oder anderen Wettbewerbsparameter, etwa die Menge, in der ein Produkt geliefert wird, oder den Preis, zu dem es verkauft wird, hat oder haben kann, die eine solche Einschränkung belegen (vgl. in diesem Sinne Urteil Tepea/Kommission, oben zitiert in Randnr. 118, Randnrn. 41, 43 und 56).

168 Dass die spanischen Großhändler ohne Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen in der Lage wären, Arzneimittel unabhängig davon, in welchen Mitgliedstaat sie weiterverkauft und von welchem Krankenversicherungssystem die

Kosten dafür übernommen werden sollen, zum von der spanischen Verwaltung festgesetzten Herstellerpreis zu kaufen und sie anschließend in jedem Mitgliedstaat zu verkaufen, in dem der Preis den spanischen Preis derart übersteigt, dass sie unter Berücksichtigung der Transaktionskosten einen Gewinn erzielen können, erlaubt somit ohne eine Prüfung der Frage, in welchem Maß der Parallelhandel unter Berücksichtigung der von den Mitgliedstaaten in diesem Bereich gespielten Rolle zum Preiswettbewerb beiträgt, nicht den Schluss auf die Existenz einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung.

169 Folglich macht GSK zu Recht geltend, dass die Kommission nach der Darstellung der Auswirkungen von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen auf den Parallelhandel noch seine Auswirkungen auf den Wettbewerb nachweisen musste.

170 Zweitens ist unstreitig, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen, wie in den Begründungserwägungen 137 bis 139 der Entscheidung dargelegt wird, die Handlungsfreiheit der spanischen Großhändler insbesondere hinsichtlich der Wahl ihrer Kunden einschränkt.

171 Allerdings wird nicht jede Vereinbarung, die die Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen oder eines dieser Unternehmen einschränkt, zwingend von dem Verbot nach Artikel 81 Absatz 1 EG erfasst (Urteile des Gerichtshofes vom 19. Februar 2002 in der Rechtssache C-309/99, Wouters u. a., Slg. 2002, I-1577, Randnr. 97, und des Gerichts vom 18. September 2001 in der Rechtssache T-112/99, M6 u. a./Kommission, Slg. 2001, II-2459, Randnr. 76). Insbesondere hat jeder Vertrag zwischen Wirtschaftsteilnehmern, die auf verschiedenen Stufen der Produktions- und Vertriebskette tätig sind, zur Folge, sie zu binden und sie demnach entsprechend seinen Bestimmungen in ihrer Handlungsfreiheit zu begrenzen. Im vorliegenden Fall sind die spanischen Großhändler unabhängig von dem Preis, den sie für den Kauf eines Arzneimittels von GW auf dem spanischen Markt vereinbaren (Preis 4A oder Preis 4B), insoweit in ihrer Handlungsfreiheit begrenzt, als sie aus wirtschaftlicher Sicht nicht dauerhaft in der Lage sind, die entsprechenden Produkte zu einem niedrigeren Preis auf den anderen nationalen Märkten in der Gemeinschaft weiterzuverkaufen. Da allerdings mit den gemein-

schaftlichen Wettbewerbsregeln bezweckt wird, zu verhindern, dass Unternehmen durch eine Einschränkung des Wettbewerbs untereinander oder mit anderen das Wohlergehen des Endverbrauchers der fraglichen Waren mindern (vgl. oben, Randnr. 118), muss noch bewiesen werden, dass die fragliche Begrenzung den Wettbewerb zu Lasten des Endverbrauchers einschränkt. Im Übrigen hat die Kommission in der mündlichen Verhandlung selbst erläutert, dass die Begrenzung der Handlungsfreiheit der spanischen Großhändler kaum isoliert gesehen werden könne und nur den Ausgangspunkt für ihre Prüfung dargestellt habe.

172 Folglich macht GSK zu Recht geltend, dass die Kommission, nachdem sie die Auswirkungen von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen auf die Handlungsfreiheit der spanischen Großhändler dargelegt hatte, noch beweisen musste, inwieweit diese Klausel eine Einschränkung des Wettbewerbs zu Lasten des Endverbrauchers bewirkte.

173 Drittens ist unstreitig, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen ein System von Preisen einführt, die danach differenziert sind, ob jedes einzelne der 82 betroffenen Arzneimittel zum Verkauf und zur Kostenübernahme in Spanien oder in irgendeinem anderen Mitgliedstaat bestimmt ist.

174 Auch wenn die Begründungserwägung 139 der Entscheidung in dieser Hinsicht auf den ersten Blick nicht eindeutig erscheinen mag, zeigt sich bei einer Prüfung, dass die Kommission dort den Standpunkt vertreten hat, dass ein solches System eine Diskriminierung aufgrund der Bestimmung der fraglichen Produkte (spanischer Markt einerseits, andere nationale Märkte andererseits) bewirke. Dieses Verständnis wird durch die Schriftsätze der Kommission bestätigt. Dort wird das von GW eingeführte System differenzierter Preise zum einen mit einer prohibitiven Preisdiskriminierung aufgrund des Bestimmungslands verglichen, wobei die Kommission annimmt, dass es zur Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe d EG führe. Zum anderen verweist die Kommission dort auf die Rechtsprechung zu Artikel 82 Buchstabe c EG, dessen Wortlaut mit der genannten Bestimmung übereinstimmt.

175 Nach Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe d EG sind Vereinbarungen verboten, die gegenüber Handelspartnern die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen vorsehen, wodurch diese Partner im Wettbewerb benachteiligt werden.

176 Im vorliegenden Fall besteht kein Zweifel daran, dass die spanischen Großhändler Handelspartner von GW sind und dass diese ihnen gegenüber unterschiedliche Bedingungen anwendet, je nachdem, ob sie die entsprechenden Arzneimittel in Spanien oder in anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft weiterverkaufen. Dagegen ist nicht bewiesen, dass diese Verkäufe gleichwertige Leistungen darstellen und dass damit alle Tatbestandsmerkmale des Artikels 81 Absatz 1 Buchstabe d EG vorliegen.

177 Aus der Rechtsprechung, auf die sich die Kommission bezieht, geht nämlich hervor, dass Artikel 82 Buchstabe c EG ein Unternehmen in beherrschender Stellung nicht daran hindert, unterschiedliche Preise in den einzelnen Mitgliedstaaten festzusetzen, insbesondere wenn die Preisunterschiede durch Unterschiede in den Absatzbedingungen und bei der Intensität des Wettbewerbs gerechtfertigt sind; dagegen darf das Unternehmen danach keine künstlichen Preisunterschiede in den einzelnen Mitgliedstaaten herbeiführen, die eine Benachteiligung seiner Kunden und eine Verfälschung des Wettbewerbs aufgrund einer künstlichen Abschottung der nationalen Märkte zur Folge hätten (Urteil Tetra Pak/Kommission, oben zitiert in Randnr. 152, Randnr. 160 und die dort zitierte Rechtsprechung). Auf allgemeinerer Ebene geht daraus hervor, dass die Anwendung unterschiedlicher Preise durch ein Unternehmen in beherrschender Stellung zwar, wenn es dafür keine objektive Erklärung gibt, ein Indiz für eine Diskriminierung sein kann, sofern diese Preise auf einem gegebenen räumlichen Markt mit hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen angewandt werden, dass dies aber dann nicht gilt, wenn die Preise auf verschiedenen räumlichen Märkten angewandt werden, auf denen insbesondere aufgrund des relevanten rechtlichen Rahmens keine hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen herrschen (vgl. in diesem Sinne Urteil United Brands/Kommission, oben zitiert in Randnr. 152, Randnrn. 44 bis 56 sowie 207, 208, 225, 228 und 233, sowie Urteil Tetra Pak/Kommission, oben zitiert in Randnr. 152, Randnrn. 92 bis 96 sowie 161, 164, 165, 167 und 170).

178 Diese Erwägungen können auf den vorliegenden Fall übertragen werden, in dem ein Hersteller und seine Großhändler übereinkommen, je nach Mitgliedstaat, in dem die fraglichen Produkte weiterverkauft und die Kosten dafür übernommen werden sollen, unterschiedliche Preise zu praktizieren. Es steht fest, dass jeder dieser Mitgliedstaaten einen getrennten Markt darstellt, da es sich bei dem räumlich relevanten Markt insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Preis- und Erstattungsvorschriften für die in Rede stehenden Arzneimittel jeweils um den nationalen Markt handelt. Die Kommission hat dementsprechend in der Entschei-

dung selbst die Ansicht vertreten, dass der spanische Großhändler, wenn er den einen oder anderen dieser nationalen Märkte beliefere, insbesondere in Anbetracht des einschlägigen rechtlichen Rahmens unter Wettbewerbsbedingungen handele, die, was den Preis anbelange, den Parameter, auf den sich Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen gerade beziehe, heterogen seien.

179 Folglich macht GSK zu Recht geltend, dass die Feststellung eines Preisunterschieds nicht ausreicht, um auf die Existenz einer Diskriminierung zu schließen. Es ist nämlich denkbar, dass sie unterschiedliche Preise praktiziert, weil — und nicht damit — unterschiedliche Märkte existieren.

180 Eine solche Erklärung wird im Übrigen von der Kommission selbst vorgeschlagen, die in der oben in Randnummer 135 zitierten Mitteilung KOM(1998) 588 endg. angibt, dass die Pharmagesellschaften eine Preisdifferenzierung praktizierten, um Unterschieden bei der Zahlungsfähigkeit Rechnung zu tragen (S. 6), und allgemein ergänzt, dass es äußerst schwierig sei, ein angemessenes Preisniveau für die gesamte Gemeinschaft zu bestimmen, da die Wahl eines niedrigen Niveaus sich unmittelbar günstig auf das Ziel einer Beherrschung der Aufwendungen für Gesundheitsleistungen auswirke, aber eine beständige Verringerung des europäischen Beitrags zum Investitionsaufwand für pharmazeutische FuE nach sich ziehe, und die Wahl eines hohen Niveaus zur Folge habe, dass der Zugang von Verbrauchern und Kostenübernahmeeinrichtungen von Ländern, die aufgrund der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse nicht über die Mittel verfügten, einen solchen Preis zu zahlen, zu Behandlungen beschränkt werde (S. 14).

181 Viertens macht GSK im Wesentlichen geltend, dass die Kommission auf keine andere Weise nachgewiesen habe, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirke.

182 Das trifft jedoch nicht zu. Vielmehr hat die Kommission nach einer, wie sie in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts einräumt, relativ summarischen, aber im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt (vgl. oben, Randnr. 119)

und die Argumente von GSK hinreichend vollständigen Prüfung den Schluss gezogen, dass diese Klausel auch eine Minderung des Wohlergehens der Endverbraucher bewirke, indem diese daran gehindert würden, aus der Beteiligung der spanischen Großhändler am Wettbewerb innerhalb der Marke auf den Bestimmungsmärkten des Parallelhandels mit Ursprung in Spanien in Form von Preis- und Kostensenkungen Nutzen zu ziehen.

183 So hat die Kommission in den Begründungserwägungen 72 bis 75 der Entscheidung festgestellt, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen den spanischen Großhändlern, die von GW in Spanien in den Verkehr gebrachte Arzneimittel kauften, aufgegeben habe, GW einen Preis (Preis 4B) zu zahlen, der über dem von der spanischen Verwaltung festgesetzten Preis gelegen habe, den sie ohne die allgemeinen Verkaufsbedingungen gezahlt hätten (Preis 4A). Diese Klausel bewirkt somit, dass in zahlreichen Fällen der zuvor bestehende Unterschied zwischen dem in Spanien und dem in anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft geltenden Preis verringert oder aufgehoben wird. Betroffen ist eine bedeutende Zahl von Fällen, unabhängig davon, ob man die von den spanischen Großhändlern beim Parallelhandel aufgewendeten Kosten (Transport, Neuverpackung usw.) berücksichtigt oder nicht. Diese tatsächlichen Feststellungen werden von GSK nicht bestritten.

184 Weiter hat die Kommission in den Begründungserwägungen 48 und 51 der Entscheidung festgestellt, dass ein — wenn auch begrenzter — Teil des Preises der von den allgemeinen Verkaufsbedingungen erfassten Arzneimittel in vielen Mitgliedstaaten vom Patienten zu tragen sei, der insoweit im wirtschaftlichen Sinne des Ausdrucks Endverbraucher der fraglichen Produkte sei. Die Kommission hat ferner in den Begründungserwägungen 49 und 51 der Entscheidung ausgeführt, dass der verbleibende Teil des Preises dieser Arzneimittel vom nationalen Krankenversicherungssystem übernommen werde, das insofern ebenfalls ein Endverbraucher der fraglichen Produkte sei, als es die wirtschaftlichen Risiken, die die der Sozialversicherung angeschlossenen Personen hinsichtlich ihrer Gesundheit trügen, unter den Versicherten aufteile. Der Gerichtshof hat im Übrigen bereits auf die Besonderheit des Arzneimittelhandels hingewiesen, der dadurch gekennzeichnet ist, dass Träger der sozialen Sicherheit anstelle der Verbraucher die Krankheitskosten tragen (Urteil des Gerichtshofes vom 7. Februar 1984 in der Rechtssache 238/82, Duphar u. a., Slg. 1984, 523, Randnr. 20). Die genannten tatsächlichen Feststellungen, auf deren Bedeutung für ihre in der Entscheidung angestellten Erwägungen die Kommission in der mündlichen Verhandlung nochmals hingewiesen hat, werden von GSK nicht bestritten.

185 Auch wenn man entsprechend den überzeugenden Erläuterungen in einigen von GSK vorgelegten Schriftstücken davon ausgeht, dass der Wettbewerb zwischen den spanischen Großhändlern, die im Parallelhandel tätig sind, oder zwischen diesen Großhändlern und den in dem Mitgliedstaat, für den der Parallelhandel bestimmt ist, marktansässigen Vertriebshändlern derart begrenzt ist, dass sie Wiederverkaufspreise anwenden können, die nur insoweit niedriger sind als die von den ansässigen Vertriebshändlern praktizierten, als es unbedingt erforderlich ist, um Einzelhändler anzuziehen, konnte die Kommission, wie sie es in der Begründungserwägung 140 der Entscheidung getan hat, aus diesen in den vorstehenden Randnummern wiedergegebenen tatsächlichen Feststellungen den Schluss ziehen, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen zum Nachteil des Endverbrauchers, worunter sowohl der Patient als auch das nationale Krankenversicherungssystem, das für seine Anspruchsberechtigten tätig werde, zu verstehen seien, diesen Wettbewerb und letztlich den Druck verhindere, dem die Stückpreise der fraglichen Arzneimittel ohne diese Klausel ausgesetzt wären.

186 Es trifft zu, dass, wie die Kommission in der Begründungserwägung 133 der Entscheidung und anschließend in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts sowie in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, dieser Druck marginal sein kann, wenn man ihn einzeln für einen der von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen betroffenen Märkte wie den britischen Markt betrachtet. Die Kommission hat in der Begründungserwägung 140 der Entscheidung aber auch ausgeführt, dass die Verhinderung dieses Druckes durch eine Vereinbarung, die mit einer bedeutenden Zahl spanischer Großhändler geschlossen worden sei und einen bedeutenden Komplex von Produkten und nationalen Märkten in der Gemeinschaft betreffe, durch einen Netzeffekt dazu beitrage oder dazu beitragen könne, die auf dem Markt bereits bestehende Unbeweglichkeit der Preise zu verschärfen. Eine solche Verschärfung verstößt jedoch gegen Artikel 81 Absatz 1 EG (vgl. in diesem Sinne Urteil Metro I, oben zitiert in Randnr. 109, Randnr. 22, sowie Urteil des Gerichtshofes vom 29. Oktober 1980 in der Rechtssache 209/78, Van Landewyck u. a./Kommission, Slg. 1980, 3125, Randnr. 139).

187 GSK hat insoweit keinen Irrtum nachgewiesen. Vielmehr hat sie in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen, auch wenn er hauptsächlich darauf abziele, eine Gewinnverschiebung zugunsten der Großhändler zu verhindern, zur Folge haben könne, den — freilich begrenzten — Nutzen zu verringern, den deren Beteiligung am Wettbewerb innerhalb der Marke dem Endverbraucher auf den Bestimmungsmärkten des Parallelhandels bringe.

188 Schließlich hat die Kommission in den Begründungserwägungen 33, 34, 52 und 134 der Entscheidung festgestellt, dass einige nationale Krankenversicherungssysteme in unterschiedlichem Maße und auf unterschiedliche Weise den Parallelhandel nutzten, um die Kosten der zu ihren Lasten gehenden Arzneimittel zu reduzieren. GSK bestreitet zwar, dass die nationalen Maßnahmen, auf die sich die Kommission bezieht, eine Förderung des Parallelhandels bezwecken, nicht aber, dass sie, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen ausgeführt hat, zu einem solchen Ergebnis führen können. Einige der von ihr vorgelegten Schriftstücke unterstreichen vielmehr überzeugend, dass dies der Fall sein kann. GSK räumt außerdem, zuletzt in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen und in der mündlichen Verhandlung, das Bestehen von Maßnahmen ein, die von einigen Mitgliedstaaten ergriffen wurden, um einen Teil des von den Apotheken über den Parallelhandel eingesparten Geldes abzuschöpfen.

189 Unter Konzentrierung auf das Beispiel des Vereinigten Königreichs, das nach den Angaben von GSK der Hauptzielmarkt des Parallelhandels mit von GW in Spanien in den Verkehr gebrachten Arzneimitteln war, konnte die Kommission daraus in der Begründungserwägung 134 der Entscheidung ableiten, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen zur Folge habe, den nationalen Krankenversicherungssystemen den Vorteil zu nehmen, den sie in Form einer Kostenreduzierung unabhängig von jeder Reduzierung der Einzelhandelspreise aus der Beteiligung der spanischen Großhändler am Wettbewerb innerhalb der Marke gezogen hätten. Im Übrigen hat GSK zwar die geringe Bedeutung dieser Wirkung betont, in der mündlichen Verhandlung aber doch ihr Bestehen eingeräumt. Sie hat ferner eingeräumt, dass eine solche Wirkung auch in anderen Mitgliedstaaten als dem Vereinigten Königreich eintreten könne.

190 Somit ist der Schluss zu ziehen, dass die Kommission angesichts dieser Faktoren, deren Relevanz GSK nicht mit Erfolg bestritten hat, zu der Auffassung gelangen konnte, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen eine Minderung des Wohlergehens der Endverbraucher bewirke, indem diese daran gehindert würden, aus der Beteiligung der spanischen Großhändler am Wettbewerb innerhalb der Marke auf den nationalen Bestimmungsmärkten des Parallelhandels mit Ursprung in Spanien in Form von Preis- und Kostensenkungen Nutzen zu ziehen.

191 Keines der Argumente von GSK ist dazu angetan, diesen Schluss in Frage zu stellen.

192 Insbesondere ist ihr Hauptargument, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen dadurch gerechtfertigt sei, dass er eine dem Königreich Spanien zuzuschreibende Wettbewerbsverfälschung ausgleiche, unbegründet. Denn dass der rechtliche und wirtschaftliche Kontext, in dem die Unternehmen tätig werden, dazu beiträgt, den Wettbewerb einzuschränken, kann nicht dazu führen, dass diese Unternehmen durch eine Verhinderung oder Einschränkung des Wettbewerbs, den dieser Kontext bestehen oder entstehen lässt, ihrerseits gegen die Wettbewerbsvorschriften verstoßen dürfen (Urteil Suiker Unie u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 104, Randnr. 620, und Urteil CIF, oben zitiert in Randnr. 66, Randnr. 57).

4. Ergebnis

193 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass es GSK nicht gelungen ist, den Schluss der Kommission in Frage zu stellen, dass die allgemeinen Verkaufsbedingungen eine Vereinbarung im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG darstellen.

194 Ferner ergibt sich daraus, dass es GSK, auch wenn das wesentliche Ergebnis der Kommission, wonach Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt, fehlgeht, nicht gelungen ist, den hilfsweise gezogenen Schluss der Kommission in Frage zu stellen, wonach diese Klausel bewirkt, den Endverbrauchern den Preis- bzw. Kostenvorteil zu nehmen, den sie aus der Beteiligung der spanischen Großhändler am Wettbewerb innerhalb der Marke auf den nationalen Bestimmungsmärkten des Parallelhandels mit Ursprung in Spanien gezogen hätten.

195 Folglich ist der Klagegrund eines Verstoßes gegen Artikel 81 Absatz 1 EG zurückzuweisen.

C — *Zum Klagegrund eines Ermessensmissbrauchs, einer Verkennung des Subsidiaritätsprinzips und eines Verstoßes gegen Artikel 43 EG*

1. Vorbringen der Beteiligten

196 GSK macht im Wesentlichen geltend, dass die Entscheidung ihr mit dem Verbot, differenzierte Preise vorzusehen, letztlich vorgebe, die Preise, die von der spanischen Verwaltung für den Verkauf von Arzneimitteln an Großhändler zum Weiterverkauf in Spanien und zur Kostenübernahme durch das spanische Krankenversicherungssystem festgesetzt würden, beim Verkauf von Arzneimitteln an Großhändler zum Weiterverkauf in andere Mitgliedstaaten oder zur Kostenübernahme durch andere nationale Krankenversicherungssysteme, die ihr eigenes Kostenkontrollsystem hätten, anzuwenden. Damit verkenne sie das Subsidiaritätsprinzip. Außerdem verstoße sie gegen das Niederlassungsrecht nach Artikel 43 EG. Soweit die Kommission schließlich beabsichtige, auf diese Weise die Konvergenz der Arzneimittelpreise in der Gemeinschaft zu fördern, mache sie sich eines Ermessensmissbrauchs schuldig.

197 Die Kommission trägt mit Unterstützung der Streithelfer vor, dass dieser Klagegrund unbegründet sei.

2. Würdigung durch das Gericht

198 Erstens ist darauf zu verweisen, dass eine Entscheidung nur dann ermessensmissbräuchlich ist, wenn aufgrund objektiver, schlüssiger und übereinstimmender Indizien anzunehmen ist, dass sie ausschließlich oder zumindest vorwiegend zu anderen als den angegebenen Zwecken erlassen worden ist (Urteile des Gerichtshofes vom 21. Juni 1958 in der Rechtssache 8/57, Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges/Hohe Behörde, Slg. 1958, 231, 255, und vom 11. November 2004 in den Rechtssachen C-186/02 P und C-188/02 P, Ramondín u. a./Kommission, Slg. 2004, I-10653, Randnr. 44).

199 Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Schriftsätzen von GSK, dass sie in Bezug auf die der Kommission unterstellte Absicht Spekulationen anstellt, sich aber nicht auf Indizien beruft, mit denen rechtlich hinreichend belegt werden könnte, dass die Entscheidung ausschließlich oder vorwiegend zu dem Zweck erlassen worden ist, die Konvergenz der Arzneimittelpreise in der Gemeinschaft zu fördern.

200 Zweitens sieht Artikel 5 Absatz 2 EG vor, dass die Gemeinschaft in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig wird, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.

201 Im Rahmen von Artikel 81 Absatz 1 EG wird das Subsidiaritätsprinzip dadurch konkretisiert, dass das dort vorgesehene Verbot auf solche Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen begrenzt ist, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind. Wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass derartige Handlungen den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell beeinflussen können, so ist davon auszugehen, dass sie geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Urteil Consten und Grundig/Kommission, oben zitiert in Randnr. 110, 389 f., und Urteil des Gerichtshofes vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-359/01 P, British Sugar/Kommission, Slg. 2004, I-4933, Randnr. 27), so dass demnach ein Tätigwerden der Gemeinschaft wegen des Umfangs und der Wirkungen der von ihr getroffenen Maßnahmen angemessen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 23. Oktober 2003 in der Rechtssache T-65/98, Van den Bergh Foods/Kommission, Slg. 2003, II-4653, Randnrn. 197 und 198).

202 Wenn dieses Tätigwerden die Form einer Entscheidung der Kommission annimmt, so ist diese Entscheidung demnach mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar, wenn darin rechtlich hinreichend nachgewiesen wird, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch das Handeln in Form einer Vereinbarung zwischen Unternehmen, eines Beschlusses einer Unternehmensvereinigung oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise, dessen Rechtmäßigkeit die Kommission prüft, beeinträchtigt werden kann.

203 Im vorliegenden Fall hat die Kommission in den Begründungserwägungen 145 und 146 der Entscheidung im Wesentlichen dargelegt, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen insoweit geeignet sei, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, als darin unterschiedliche Preise vorgesehen würden, je nachdem, ob die Großhändler, mit denen GW Geschäftsbeziehungen in Spanien unterhalte, die von ihr erworbenen Arzneimittel zum Weiterverkauf in Spanien oder in andere Mitgliedstaaten der Gemeinschaft verwendeten; dies wird von GSK nicht bestritten.

204 Drittens und letztens gewährt Artikel 43 EG den Staatsangehörigen aller Mitgliedstaaten, denen Artikel 48 EG die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften gleichstellt, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, die Grundfreiheit (Urteile des Gerichtshofes vom 6. Oktober 1981 in der Rechtssache 246/80, Broekmeulen, Slg. 1981, 2311, Randnr. 20, und vom 31. März 1993 in der Rechtssache C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663, Randnrn. 28 und 29), sich in jedem anderen Mitgliedstaat zu den für die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats geltenden Bedingungen niederzulassen, und verbietet die Beibehaltung oder Einführung von Beschränkungen dieser Freiheit.

205 Solche Beschränkungen sind — vorbehaltlich der im Vertrag vorgesehenen und der vom Gerichtshof anerkannten Ausnahmen — alle nationalen Maßnahmen, die, selbst wenn sie ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar sind, geeignet sind, die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten gegenüber den Staatsangehörigen des Mitgliedstaats der Niederlassung rechtlich oder tatsächlich zu benachteiligen und so die Ausübung dieser Grundfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (Urteile des Gerichtshofes vom 11. Mai 1999 in der Rechtssache C-255/97, Pfeiffer, Slg. 1999, I-2835, Randnrn. 18 und 19, und vom 21. April 2005 in der Rechtssache C-140/03, Kommission/Griechenland, Slg. 2005, I-3177, Randnr. 27).

206 Im vorliegenden Fall begehrt GSK allerdings die Nichtigerklärung einer in Anwendung von Artikel 81 Absatz 1 EG ergangenen Entscheidung, die die Kommission in Ausübung der ihr durch die gemeinschaftsrechtlichen Wettbe-

werbsvorschriften zuerkannten Befugnis erlassen hat. Diese Entscheidung ist von Natur aus weder eine nationale Maßnahme, noch beinhaltet sie eine solche Maßnahme, die eine durch Artikel 43 EG verbotene Beschränkung darstellen könnte. Wird ihr gegenüber ein Verstoß gegen diese Bestimmung geltend gemacht, so kann dies demnach nicht zu ihrer Nichtigerklärung führen (vgl. entsprechend in Bezug auf Artikel 49 EG Beschluss des Gerichtshofes vom 23. Februar 2006 in der Rechtssache C-171/05 P, Piau/Kommission, nicht in der Sammlung der Rechtsprechung veröffentlicht, Slg. 2006, I-37*, Randnr. 58).

207 Folglich sind der Klagegrund eines Ermessensmissbrauchs, einer Verkennung des Subsidiaritätsprinzips und eines Verstoßes gegen Artikel 43 EG sowie der Antrag von GSK, soweit er auf die Nichtigerklärung von Artikel 1 der Entscheidung gerichtet ist, in vollem Umfang zurückzuweisen.

II — *Zu den auf Nichtigerklärung von Artikel 2 der Entscheidung abzielenden Klagegründen*

A — *Zum Klagegrund einer unzureichenden Begründung*

1. Vorbringen der Beteiligten

208 GSK macht im Wesentlichen geltend, dass die Entscheidung insoweit unzureichend begründet sei, als die Kommission die Sachargumente und Beweise, die ihr im Verwaltungsverfahren zu den jeweiligen Vor- und Nachteilen des Parallelhandels und des Artikels 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen für den Wettbewerb im Arzneimittelsektor vorgelegt worden seien, nicht angemessen geprüft habe, wie sie es unter Berücksichtigung des oben in Randnummer 47 zitierten Urteils Bayer/Kommission hätte tun müssen.

209 Die Kommission macht mit Unterstützung der Streithelfer geltend, dass dieser Klagegrund unbegründet sei.

2. Würdigung durch das Gericht

210 Die Frage der Angemessenheit der von der Kommission in einer Entscheidung, die in Anwendung der Wettbewerbsvorschriften ergeht, vorgenommenen Prüfung gehört nicht zur Kontrolle der Existenz oder des Umfangs der Begründung dieser Entscheidung, sondern zur Kontrolle der sachlichen Richtigkeit ihrer Gründe (Urteil Kommission/Sytraval und Brink's France, oben zitiert in Randnr. 54, Randnr. 67, und Urteil des Gerichts vom 13. Januar 2004 in der Rechtssache T-158/99, Thermenhotel Stoiser Franz u. a./Kommission, Slg. 2004, II-1, Randnr. 97).

211 Im vorliegenden Fall macht GSK geltend, dass die Entscheidung insoweit unzureichend begründet sei, als die Prüfung der Sachargumente und der Beweise, auf die sie ihren Freistellungsantrag gestützt habe, unangemessen sei. Sie rügt somit weniger eine unzureichende Begründung der Entscheidung als vielmehr die sachliche Unrichtigkeit der Gründe, die die Beurteilung dieses Antrags nach Maßgabe von Artikel 81 Absatz 3 EG betreffen.

212 Somit gehört dieser Klagegrund in Wirklichkeit zu dem anschließend geprüften Klagegrund eines Verstoßes gegen diese Bestimmung.

213 Soweit GSK ferner geltend machen möchte, dass die Entscheidung in Bezug auf die Zurückweisung ihres Freistellungsantrags eine unzureichende Begründung enthalte, ist diese Kritik unbegründet. Denn in den Begründungserwägungen 147 bis 188 der Entscheidung legt die Kommission so ausführlich, dass GSK ihre Erwägungen verstehen und der Richter diese kontrollieren kann, dar, dass dieser Antrag ihrer Ansicht nach deshalb zurückzuweisen sei, weil nicht rechtlich hinreichend nachgewiesen worden sei, dass die Voraussetzungen für die Gewährung einer Freistellung, insbesondere ein Effizienzgewinn, gegeben seien.

B — *Zum Klagegrund eines Verstoßes gegen Artikel 81 Absatz 3 EG*

1. Inhalt der Entscheidung

214 Die Kommission hat in den Begründungserwägungen 147 bis 189 der Entscheidung dargelegt, dass GSK nicht nachgewiesen habe, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG vorlägen.

215 Hinsichtlich der ersten Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung hat die Kommission in den Begründungserwägungen 151 sowie 154 bis 176 der Entscheidung dargelegt, dass GSK nicht rechtlich hinreichend nachgewiesen habe, dass die allgemeinen Verkaufsbedingungen zur Förderung des technischen Fortschritts oder zur Verbesserung des Arzneimittelvertriebs beitrügen.

216 In Bezug auf die zweite Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG hat die Kommission in den Begründungserwägungen 177 bis 186 der Entscheidung ausgeführt, dass GSK nicht rechtlich hinreichend nachgewiesen habe, dass die Verbraucher angemessen an dem Gewinn, den die allgemeinen Verkaufsbedingungen zur Folge haben dürften, beteiligt würden.

217 In den Begründungserwägungen 187 und 188 der Entscheidung hat die Kommission ergänzt, dass auch nicht nachgewiesen sei, dass mit den allgemeinen Verkaufsbedingungen keine unerlässlichen Beschränkungen auferlegt würden und dass der Wettbewerb nicht für einen wesentlichen Teil der fraglichen Arzneimittel ausgeschaltet werde.

2. Vorbringen der Beteiligten

218 GSK trägt vor, dass der Schluss der Kommission, wonach nicht nachgewiesen sei, dass die Voraussetzungen für die Gewährung einer Freistellung vorlägen, mit Fehlern behaftet sei, die eine Nichtigerklärung von Artikel 2 der Entscheidung rechtfertigten.

219 Allgemein führt sie im Wesentlichen aus, dass die Kommission die ihrem Freistellungsantrag zugrunde gelegten Sachargumente und Beweise nicht ernsthaft geprüft habe. Außerdem trägt sie Argumente zu den einzelnen Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG vor.

220 Zur ersten dieser Voraussetzungen macht sie zum einen geltend, dass die Kommission ihre Sachargumente und Beweise nicht ernsthaft geprüft habe, aus denen hervorgehe, dass der Parallelhandel durch eine Verminderung ihrer Innovationsfähigkeit zu einem Effizienzverlust führe, während Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen einen Effizienzgewinn erzeuge, indem er ihr eine Verstärkung ihrer Innovationsfähigkeit ermögliche. Die Kommission habe zu Unrecht angenommen, dass nicht nachgewiesen sei, dass der Parallelhandel mit der Innovation verbunden sei und sich jedenfalls deutlich auf die Innovation auswirke. GSK ist der Ansicht, einen Beitrag zur Förderung des technischen Fortschritts nachgewiesen zu haben.

221 Zum anderen führt GSK aus, die Kommission habe zu Unrecht den Schluss gezogen, dass nicht nachgewiesen sei, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen zur Verbesserung der Arzneimittelverteilung beitrage, indem er den Parallelhandel begrenze, der zu Verzögerungen beim Inverkehrbringen in einigen Mitgliedstaaten sowie zu einer nicht optimalen Verteilung der von GSK zum Verkauf angebotenen Arzneimittel führe.

222 Zur zweiten Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG trägt GSK vor, die Kommission habe zu Unrecht angenommen, dass nicht zu erkennen sei, dass die Verbraucher angemessen an dem Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen zuzuschreibenden Gewinn beteiligt würden. Denn die Kommission habe die Verbraucher unzureichend bestimmt, indem sie die Großhändler eingeschlossen und die von den Mitgliedstaaten in dem betreffenden Sektor gespielte Rolle nicht in vollem Umfang berücksichtigt habe. Überdies habe sie die Gesamtheit der Vorteile, die die Verbraucher von ihrem System differenzierter Preise gegenüber der Lage erwarten könnten, in der sie sich aufgrund des Parallelhandels befänden, offensichtlich falsch beurteilt.

223 Außerdem meint GSK, klar nachgewiesen zu haben, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen für die Verwirklichung der Vorteile, die sie daraus für die Verbraucher erwarte, im Sinne der dritten Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG unerlässlich sei.

224 Schließlich ist GSK der Ansicht, nachgewiesen zu haben, dass diese Klausel angesichts der Art und der Intensität des Wettbewerbs entsprechend der vierten Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG nicht zu einer Ausschaltung eines wesentlichen Teils dieses Wettbewerbs führe.

225 Die Kommission trägt mit Unterstützung der Streithelfer vor, dass diese Argumente nicht stichhaltig seien.

226 Sie macht zum einen geltend, dass sie alle von GSK für ihren Freistellungsantrag angeführten Sachargumente und Beweise ernsthaft und angemessen geprüft habe.

227 Zum anderen beruft sie sich darauf, dass sie den Schluss habe ziehen können, dass GSK nicht nachgewiesen habe, dass die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG erfüllt seien.

228 Erstens könne sich GSK insoweit nicht auf die Behauptung beschränken, dass die von ihr geschlossene Vereinbarung, die eine Behinderung des Parallelhandels bezweckt oder bewirkt habe, es ihr ermöglichen werde, ihre Handelsgewinne zu maximieren und einen Teil davon für die Finanzierung ihrer FuE-Tätigkeiten zu verwenden. Sie müsse vielmehr mit Mitteln, die für eine Überzeugung ausreichten, einen objektiven, spezifischen und unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen der durch diese Vereinbarung hervorgerufenen Einschränkung des Wettbewerbs und Effizienzgewinnen nachweisen, die diese ausgleichen könnten. Im vorliegenden Fall habe die Kommission aber feststellen können, dass ein solcher Kausalzusammenhang nicht nachgewiesen worden sei.

229 Zweitens seien die Argumente von GSK dahin gehend, dass der Parallelhandel die Arzneimittelverteilung beeinträchtige und Verzögerungen beim Inverkehrbringen bewirke — Schwierigkeiten, denen mit Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen abgeholfen werde –, auch wenn man diese Argumente für so spezifisch halte, dass sie berücksichtigt werden könnten, während des Verwaltungsverfahrens zu keinem Zeitpunkt rechtlich hinreichend untermauert worden.

230 Drittens ist die Kommission im Wesentlichen der Ansicht, dass die Großhändler zu den Verbrauchern zu zählen seien und dass angenommen werden könne, dass sie ebenso wie die Patienten und die nationalen Krankenversicherungssysteme vom Parallelhandel profitierten. Dagegen sei nie rechtlich hinreichend nachgewiesen worden, dass die Verbraucher auch von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen profitierten.

231 Viertens trägt die Kommission vor, dass sich aus den Argumenten von GSK nicht ergebe, dass entgegen ihren Ausführungen in der Entscheidung nachgewiesen worden sei, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen unerlässlich sei.

232 Fünftens stellten die Argumente von GSK auch die Beurteilung nicht ernsthaft in Frage, dass nicht nachgewiesen worden sei, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen nicht zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der in Rede stehenden Produkte führe.

3. Würdigung durch das Gericht

a) Vorbemerkungen

233 Grundsätzlich kann, wie die Kommission im Übrigen in der Begründungserwägung 153 der Entscheidung und in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, für jede aufgrund ihrer Wirkungen oder ihres Zweckes wettbewerbswidrige Vereinbarung eine Freistellung erteilt werden (Urteil Consten und Grundig/Kommission, oben zitiert in Randnr. 110, 390 bis 392 sowie 395 bis 399, und Urteil des Gerichts vom 15. Juli 1994 in der Rechtssache T-17/93, Matra Hachette/Kommission, Slg. 1994, II-595, Randnr. 85).

234 Die Anwendung der entsprechenden Bestimmung unterliegt bestimmten Voraussetzungen, deren kumulatives Vorliegen zugleich notwendig und hinreichend ist (Urteil Remia u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 57, Randnr. 38, und Urteil Matra Hachette/Kommission, oben zitiert in Randnr. 233, Randnr. 104). Erstens muss die Vereinbarung zur Verbesserung der Erzeugung oder Verteilung der in Rede stehenden Waren oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, zweitens müssen die Verbraucher angemessen an dem entstehenden Gewinn beteiligt werden, drittens dürfen den beteiligten Unternehmen nur unerlässliche Beschränkungen auferlegt werden, und viertens darf die Vereinbarung den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

235 Folglich muss derjenige, der sich auf Artikel 81 Absatz 3 EG beruft, mit überzeugenden Argumenten und Beweisen nachweisen, dass alle diese Voraussetzungen erfüllt sind (Urteil des Gerichtshofes vom 17. Januar 1984 in den Rechtssachen 43/82 und 63/82, VBVB und VBBB/Kommission, Slg. 1984, 19, Randnr. 52, und Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 55, Randnr. 78).

236 Die Kommission muss ihrerseits diese Argumente und Beweise angemessen prüfen (Urteil Consten und Grundig/Kommission, oben zitiert in Randnr. 110, 395), d. h. feststellen, ob damit die Erfüllung der Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG nachgewiesen ist. In bestimmten Fällen können diese Argumente und Beweise die Kommission zu einer Erläuterung oder Rechtfertigung zwingen, da sonst der Schluss zulässig ist, dass die Person, die sich auf Artikel 81 Absatz 3 EG beruft, ihrer Beweispflicht nachgekommen ist (Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 55, Randnr. 79). Die Kommission muss in solchen Fällen, wie sie in ihren Schriftsätzen anerkennt, diese Argumente und Beweise widerlegen.

237 Im vorliegenden Fall hat die Kommission, wie sie im Übrigen in ihren Schriftsätzen und anschließend in der mündlichen Verhandlung betont hat, ihre Prüfung auf die erste Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG konzentriert. In den Begründungserwägungen 151 sowie 154 bis 176 der Entscheidung hat sie ihre Ansicht dargelegt, dass durch die von GSK im Verwaltungsverfahren vorgetragenen Sachargumente und vorgelegten Beweise nicht nachgewiesen worden sei, dass diese Voraussetzung erfüllt sei.

238 Folglich wurden, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, die Sachargumente und Beweise, die GSK beigebracht hat, um zu belegen, dass die Verbraucher angemessen an dem sich aus ihren allgemeinen Verkaufsbedingungen ergebenden Gewinn beteiligt würden und damit die zweite Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG erfüllt sei, nicht berücksichtigt. Die Kommission hat nämlich in der Begründungserwägung 179 der Entscheidung ausgeführt, dass die zweite Voraussetzung, da GSK nicht nachgewiesen habe, dass die Begrenzung des Parallelhandels es tatsächlich erlaube, den einen oder anderen der im Rahmen der ersten Voraussetzung erforderlichen Vorteile zu erlangen,

ebenfalls nicht erfüllt sein könne, so dass eine weitere Prüfung nicht erforderlich sei. Erst später — und nur der Vollständigkeit halber — hat die Kommission in den Begründungserwägungen 180 bis 186 der Entscheidung auf einige der Argumente geantwortet, die GSK zum Nachweis dessen vorgetragen hatte, dass der Parallelhandel keinen Gewinn erzeuge, an dem die Verbraucher angemessen beteiligt würden.

239 Die dritte und die vierte Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG wurden, wie die Kommission in ihren Schriftsätzen und anschließend in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, summarisch geprüft und als Folge des Vorstehenden im Wesentlichen als nicht erfüllt angesehen. So wurde die dritte Voraussetzung in der Begründungserwägung 187 der Entscheidung mit der Begründung als nicht erfüllt angesehen, dass kein Beitrag vorliege, dessen Unerlässlichkeit geprüft werden könne, da durch nichts bewiesen werde, dass die allgemeinen Verkaufsbedingungen Vorteile erzeugten. Die vierte Voraussetzung wurde in der Begründungserwägung 188 der Entscheidung als nicht erfüllt angesehen, weil GSK dazu nur Argumente vortrage, die sie bereits vorher geltend gemacht habe und die zurückgewiesen worden seien.

240 Unter diesen Umständen hat das Gericht vor allem anderen zu klären, ob die Kommission den Schluss ziehen durfte, dass mit den den Antrag von GSK stützenden Sachargumenten und Beweisen nicht der Nachweis erbracht worden sei, dass die erste Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG erfüllt sei. Nur wenn dies zu verneinen ist, hat das Gericht ferner zu klären, ob die Kommission den Schluss ziehen durfte, dass auch die Erfüllung der anderen drei Voraussetzungen für die Anwendung dieser Bestimmung nicht nachgewiesen sei.

241 Der mit einem Antrag auf Nichtigerklärung einer in Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG ergangenen Entscheidung befasste Richter nimmt, da es um die Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten geht, eine Kontrolle vor, die sich in materieller Hinsicht auf die Prüfung beschränkt, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt und nicht offensichtlich fehlerhaft beurteilt wurde und ob er richtig unter die Begriffe des geltenden Rechts subsumiert wurde (Urteil Consten und Grundig/Kommission, oben zitiert in Randnr. 110, 396, Urteil Metro I, oben zitiert in Randnr. 109, Randnr. 25, Urteil Remia u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 57, Randnr. 34, Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 55, Randnr. 279).

242 Er muss nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen (Urteil des Gerichtshofes vom 15. Februar 2005 in der Rechtssache C-12/03 P, Kommission/Tetra Laval, Slg. 2005, I-987, Randnr. 39, und Urteil des Gerichts vom 14. Dezember 2005 in der Rechtssache T-210/01, General Electric/Kommission, Slg. 2005, II-5575, Randnrn. 62 und 63).

243 Dagegen steht es ihm nicht zu, die wirtschaftliche Beurteilung des Urhebers der Entscheidung, deren Rechtmäßigkeit er zu kontrollieren hat, durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen.

244 Die Kommission verfügt insbesondere dann über einen Ermessensspielraum, der nur begrenzter gerichtlicher Kontrolle unterliegt, wenn sie nach der Feststellung, dass eines der Kriterien erfüllt ist, von denen Artikel 81 Absatz 3 EG eine mögliche Freistellung abhängig macht, zwischen den Vorteilen, die aus der Durchführung der Vereinbarung zu erwarten sind, und den Nachteilen, die sie aufgrund ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb für den Endverbraucher mit sich bringt, abwägt, wobei bei dieser Abwägung auf das Allgemeininteresse auf Gemeinschaftsebene abzustellen ist.

245 Im Übrigen wird die Kontrolle über die Entscheidung der Kommission ausschließlich im Hinblick auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung ausgeübt, wobei es den Parteien unbenommen bleibt, dazu in Ausübung ihrer Verteidigungsrechte ergänzende Beweise späteren Datums vorzulegen, sofern diese speziell zusammengestellt wurden, um die entsprechende Entscheidung anzufechten oder zu verteidigen (siehe oben, Randnr. 58).

246 Im vorliegenden Fall ergibt sich daraus, dass die Beweise, die zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung nicht vorlagen und nicht speziell dazu zusammengestellt wurden, diese insoweit anzufechten oder zu verteidigen, als damit der Freistellungs-

antrag von GSK zurückgewiesen wird, insbesondere die tatsächlichen Informationen in Bezug auf den Zeitraum 2001–2005 sowie die Studien „Benefits to Payers and Patients from Parallel Trade", erstellt von der New York University im Mai 2003, „The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Member States: A Stakeholder Analysis", erstellt von der London School of Economics and Political Sciences im Januar 2004, und „Parallel Imports and the Pricing of Pharmaceutical Products: Evidence from the European Union", erstellt von M. Ganslandt und K. E. Maskus im Februar 2004, ohne weiteres von der Prüfung auszuschließen sind, wie die Kommission zu Recht in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts und in der mündlichen Verhandlung unterstrichen hat.

b) Zum Nachweis des Vorliegens einer Effizienzsteigerung

247 Damit eine Vereinbarung nach Artikel 81 Absatz 3 EG freigestellt werden kann, muss sie zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. Dieser Beitrag kann nicht schon in jedem Vorteil gesehen werden, der sich aus der Vereinbarung für die Tätigkeit der an ihr beteiligten Unternehmen ergibt, sondern nur in spürbaren objektiven Vorteilen, die geeignet sind, die mit der Vereinbarung verbundenen Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen (vgl. in Bezug auf einen Beitrag zur Verbesserung der Erzeugung oder Verteilung Urteil Consten und Grundig/Kommission, oben zitiert in Randnr. 110, 396 f., Urteil des Gerichts vom 8. Juni 1995 in der Rechtssache T-7/93, Langnese-Iglo/Kommission, Slg. 1995, II-1533, Randnr. 180, und Urteil Van den Bergh Foods/Kommission, oben zitiert in Randnr. 201, Randnr. 139; in Bezug auf einen Beitrag zur Förderung des Fortschritts vgl. auch Urteil Matra Hachette/Kommission, oben zitiert in Randnr. 233, Randnrn. 108 bis 111).

248 Die Kommission hat somit an erster Stelle zu prüfen, ob mit den ihr vorgelegten Sachargumenten und Beweisen überzeugend nachgewiesen wird, dass mit der fraglichen Vereinbarung spürbare objektive Vorteile erreicht werden können (vgl. in diesem Sinne Urteil Metro I, oben zitiert in Randnr. 109, Randnr. 43, Urteil Metro II, oben zitiert in Randnr. 58, Randnr. 55, sowie Urteile des Gerichts M6 u. a./

Kommission, oben zitiert in Randnr. 171, Randnr. 143, und vom 21. März 2002 in der Rechtssache T-231/99, Joynson/Kommission, Slg. 2002, II-2085, Randnrn. 48 und 49), wobei diese nicht unbedingt auf dem fraglichen Markt eintreten müssen, sondern auch auf anderen Märkten eintreten können (Urteil des Gerichts vom 28. Februar 2002 in der Rechtssache T-86/95, Compagnie générale maritime u. a./ Kommission, Slg. 2002, II-1011, Randnr. 343).

249 Diese Prüfung kann eine zukunftsorientierte Analyse implizieren, wobei dann zu untersuchen ist, was angesichts der vorgetragenen Sachargumente und vorgelegten Beweise wahrscheinlicher ist: dass die in Rede stehende Vereinbarung das Erreichen spürbarer objektiver Vorteile ermöglicht oder dass dies nicht der Fall ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Compagnie générale maritime u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 248, Randnr. 365, und Urteil Van den Bergh Foods/Kommission, oben zitiert in Randnr. 201, Randnr. 143, entsprechend auch Urteil Kommission/Tetra Laval, oben zitiert in Randnr. 242, Randnrn. 42 und 43, und Urteil General Electric/ Kommission, oben zitiert in Randnr. 242, Randnr. 64).

250 Gegebenenfalls hat die Kommission an zweiter Stelle zu beurteilen, ob diese spürbaren objektiven Vorteile geeignet sind, die Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen, die im Rahmen der Prüfung anhand von Artikel 81 Absatz 1 EG festgestellt wurden (vgl. in diesem Sinne Urteil Van Landewyck u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 186, Randnrn. 183 bis 185).

251 Im vorliegenden Fall macht GSK geltend, dass es Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen ermögliche, Vorteile zu erlangen, die, indem die Innovation gefördert werde, im Vorfeld des fraglichen Marktes und, indem die Verteilung von Arzneimitteln optimiert werde, auf dem Markt selbst einträten. Da diese Märkte verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette entsprächen, sei es ein und derselbe Endverbraucher, der von diesen Vorteilen profitieren könne.

252 Somit ist zunächst zu klären, ob die Kommission den Schluss ziehen konnte, dass mit den Sachargumenten und Beweisen von GSK, deren Prüfung eine zukunftsorientierte Analyse implizierte, nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nach-

gewiesen worden sei, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen durch die Förderung der Innovation die Erreichung eines spürbaren objektiven Vorteils ermögliche, mit dem der Nachteil für den Wettbewerb, den diese Klausel mit sich bringe, ausgeglichen werden könne.

Zum Vorliegen eines spürbaren objektiven Vorteils

253 Angesichts der Art der Kritikpunkte von GSK sind an erster Stelle die Sachargumente und Beweise darzustellen, die ihren Freistellungsantrag in diesem Punkt stützen; an zweiter Stelle ist sodann zu kontrollieren, wie sie von der Kommission geprüft wurden.

254 Erstens wird in den Begründungserwägungen 90, 92 bis 99, 151 und 154 der Entscheidung sowie in den Begründungserwägungen 64 bis 68 der Entscheidung, auf die dort Bezug genommen wird, knapp auf die Argumente verwiesen, die GSK vorgetragen hat, um die Kommission davon zu überzeugen, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen eine Förderung der Innovation ermögliche.

255 Wie aus der Entscheidung hervorgeht, bewegen sich diese Argumente entlang zweier Achsen, die eng miteinander verbunden und doch verschieden sind. Einerseits führe der Parallelhandel mit von GW in Spanien in den Verkehr gebrachten Arzneimitteln, wie im ersten Satz der Begründungserwägung 154 der Entscheidung ausgeführt wird, zu einem Effizienzverlust für den Wettbewerb zwischen Marken, da die Innovationsfähigkeit von GSK geschwächt werde. Andererseits werde Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen, wie im zweiten und im dritten Satz derselben Begründungserwägung dargelegt wird, einen Effizienzgewinn für den Wettbewerb zwischen Marken bewirken, da damit eine Verstärkung der Innovationsfähigkeit von GSK ermöglicht werde.

256 Wie sich aus der Entscheidung auch ergibt, werden die Erwägungen entlang dieser beiden Achsen in der Anmeldung von GW, in der ergänzenden Anmeldung von GSK und vor allem in einer Reihe von Beweisen wirtschaftlicher und wirtschaftsstatistischer Art näher erläutert, die GSK — insbesondere in Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte der Kommission — im Verwaltungsverfahren vorgelegt hat. Diese Beweise wurden zu den Akten gereicht, die meisten als Anlagen zu den Schriftsätzen von GSK, deren Inhalt sie ergänzen und untermauern, die übrigen auf verfahrensleitende Maßnahmen hin. Es handelt sich um folgende Schriftstücke:

— die von London Economics erstellte Studie „Glaxo Wellcome's Spanish Pricing System: The Need for a New Approach to Parallel Imports";

— die von Frontier Economics erstellte Studie „Pharmaceutical Pricing in the EU — A note in response to the European Commission's Statement of objections concerning GlaxoWellcome's Spanish Pricing Agreements";

— die von Professor P. Rey erstellte Studie „The Adverse Effects of Parallel Imports on Consumer Welfare";

— die von Frontier Economics erstellte Studie „The Effects of Parallel Imports on Social Welfare I: Critique";

— die von Professor P. Rey erstellte Studie „The Effects of Parallel Imports on Social Welfare II: Critique";

— die von A. Baxter erstellte Präsentation „Glaxo Wellcome's R&D budgeting process".

257 Eine Gesamtbetrachtung der Entscheidung und der anderen in der vorstehenden Randnummer genannten Schriftstücke zeigt, dass es sich bei den Argumenten von GSK, auch wenn sie sich in verschiedenen Dokumenten finden, in unterschiedlicher Form dargestellt werden und ihr Inhalt mehr oder weniger entwickelt ist, je nachdem, welcher Aspekt der Mitteilung der Beschwerdepunkte mit dem jeweiligen Dokument, in dem sich diese Argumente finden, kritisiert wird, im Wesentlichen um die Folgenden handelt.

258 Auf der einen Seite bewirkt der Parallelhandel mit von GW in Spanien in den Verkehr gebrachten Arzneimitteln nach den von GSK vorgelegten Dokumenten aus folgenden Gründen einen Effizienzverlust:

— Der Sektor der patentgeschützten Arzneimittel, deren Kosten von einem nationalen Krankenversicherungssystem übernommen würden, sei dadurch gekennzeichnet, dass die Innovation der für den Wettbewerb zwischen Marken entscheidende Parameter sei;

— die Innovation werde durch ein erhebliches Maß an FuE-Aufwendungen gewährleistet, das über dem in den meisten anderen Industrien liege; im Fall von GSK beliefen sich diese Aufwendungen auf rund 14 % des Umsatzes oder rund 1,3 Milliarden GBP;

— da Investitionen in FuE kostspielig, riskant und langfristig seien, würden sie hauptsächlich aus Eigenkapital und nicht über Darlehen finanziert; im Fall von GSK würden sie ausschließlich aus Eigenkapital finanziert;

— die Finanzierung von FuE hänge zum einen von den gegenwärtigen und zum anderen von den erwarteten Einnahmen ab; im Fall von GSK sei die Multiplizierung ihrer Finanzierungskapazität um den Faktor 230 in den Jahren von 1980 bis 1990 durch sehr erfolgreiche Arzneimittel möglich geworden, insbesondere durch Zantac, auf das 40 % ihres Gewinns weltweit bis 1994 entfallen sei;

— der Parallelhandel habe eine Reduzierung der Einnahmen der betroffenen Pharmagesellschaft zur Folge (schematisch entspreche jeder im Ursprungsland zu einem Preis von 100 verkauften Einheit eine Einheit, die im Bestimmungsland nicht zum Preis von 100 + n verkauft worden sei) und mache es so unmöglich, bei allen Verkäufen auf den einzelnen nationalen Märkten einen optimalen Preis zu praktizieren, d. h. einen Preis, der in Abhängigkeit von den jedem Mitgliedstaat eigenen Präferenzen festgelegt werde;

— diese Folge konzentriere sich auf bestimmte Produkte und bestimmte räumliche Märkte; im Fall von GSK beträfen die Verluste hauptsächlich bestimmte im Vereinigten Königreich verbrauchte Arzneimittel;

— diese Folge sei angesichts des bedeutenden Unterschieds zwischen den in den verschiedenen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft geltenden Preisen beträchtlich; insbesondere habe sich der Unterschied zwischen dem spanischen und dem britischen Preis für die acht in erster Linie betroffenen Arzneimittel (siehe oben, Randnr. 11) im Jahr 1998 zwischen einem Minimum von 21 % und einem Maximum von 132 % bewegt;

— GSK macht insoweit vertrauliche bezifferte Angaben zum geschätzten Gewinn, der ihr in den Jahren 1996, 1997 und 1998 jeweils wegen des Parallelhandels mit allen ihren Arzneimitteln aus allen Mitgliedstaaten in das Vereinigte Königreich und wegen des Parallelhandels mit den acht in erster Linie betroffenen Arzneimitteln aus Spanien in das Vereinigte Königreich entgangen sei;

— der Parallelhandel bewirke auch eine Reduzierung des Betrages, den GSK für ihre FuE-Investitionen von dem Betrag ihres Gewinns abziehen könne, der herangezogen werde, um festzustellen, ob sie den vom National Health Service festgelegten Höchstsatz der Investitionsrendite überschreite; dazu macht GSK vertrauliche bezifferte Angaben zum geschätzten Betrag der Reduzierung aufgrund des Parallelhandels jedweden Ursprungs und aufgrund des Parallelhandels mit Ursprung in Spanien im Jahr 1998;

— dass die Pharmagesellschaft im Übrigen weiterhin offensichtlich bedeutende Gewinne erziele, nehme diesen Argumenten nicht ihre Relevanz, da man die Methode zur Verbuchung von FuE-Investitionen, ihre zeitliche Staffelung, ihre durchschnittlichen Kosten und das damit verbundene Maß an Risiko berücksichtigen müsse;

— der Parallelhandel führe schließlich zu einer Reduzierung der Kapazitäten zur Finanzierung von FuE; dazu legt GSK vertrauliche bezifferte Schätzungen für die Jahre 1996 bis 1998 zum in FuE reinvestierten Anteil ihrer Gewinne vor Steuern und zur Reduzierung ihres FuE-Budgets vor, der die Einnahmeverluste aufgrund des Parallelhandels von Spanien aus in das Vereinigte Königreich mit den acht in erster Linie betroffenen Arzneimitteln entsprächen;

— dass diese Reduzierung einen begrenzten Umfang habe, ändere nichts an der Relevanz dieses Arguments, da es sich dabei nur um die Folge des Parallelhandels mit den acht in erster Linie betroffenen Arzneimitteln von Spanien aus in das Vereinigte Königreich in den Jahren 1996 bis 1998 handele und da jedenfalls eine quantitativ begrenzte Reduzierung bedeutende qualitative Auswirkungen haben könne, indem sie insbesondere zur Aufgabe weniger rentabler oder riskanterer Projekte führe; GSK zählt neun Projekte auf, die aus diesem Grund aufgegeben worden seien;

— dagegen habe der Parallelhandel wenige positive Auswirkungen, da sich die Parallelhändler nur einen geringen Preiswettbewerb lieferten und einen wesentlichen Teil des Unterschieds zwischen dem im Ursprungsmitgliedstaat und dem im Bestimmungsmitgliedstaat geltenden Preis für sich behielten, der Preissenkungsdruck reduziert sei und der Endverbraucher letztlich nur geringfügig davon profitiere.

259 Auf der anderen Seite führt Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen nach den von GSK vorgelegten Unterlagen aus folgenden Gründen zu einem Effizienzgewinn:

— Die Kosten für FuE seien in dem Sinne globale und Verbundkosten, dass sie einer Tätigkeit entsprächen, die auf Weltebene durchgeführt werde und zu einem wesentlichen Teil nicht speziell einer Produktionsstätte oder einem Produkt zugeordnet werden könne;

— in den meisten Mitgliedstaaten hätten die Pharmagesellschaften keine Preishoheit; sie akzeptierten die Belieferung eines nationalen Marktes, wenn der von den öffentlichen Stellen festgesetzte Preis es ihnen erlaube, ihre Grenzkosten abzudecken, doch müssten sie ferner noch, wo ihnen dies möglich sei, ihre globalen Verbundkosten für FuE vollständig decken;

— das in Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen vorgesehene System differenzierter Preise erlaube eine Deckung der FuE-Kosten, indem sichergestellt werde, dass die Preise auf jedem nationalen Markt auf dem Niveau festgesetzt würden, das den Präferenzen des Endverbrauchers, d. h. letztlich des betreffenden Mitgliedstaats, entspreche; insbesondere könne damit verhindert werden, dass ein vom Königreich Spanien festgesetzter Preis ins Vereinigte Königreich exportiert werde;

— der starke Innovationswettbewerbsdruck in dem entsprechenden Sektor stelle sicher, dass sich GSK wie ein vernünftiger Wirtschaftsteilnehmer verhalte, indem sie die entsprechenden zusätzlichen Gewinne, soweit erforderlich, für FuE-Investitionen einsetze.

260 Zweitens hat die Kommission in den Begründungserwägungen 151, 154, 155 und 169 der Entscheidung ausgeführt, dass nicht nachgewiesen sei, dass sich der Parallelhandel negativ auf die FuE-Tätigkeiten von GSK auswirke, und auf jeden Fall sei nicht nachgewiesen, dass sich der Parallelhandel spürbar auf diese Tätigkeiten auswirke.

261 Die Kommission hat so in den Begründungserwägungen 157 bis 168 der Entscheidung im Wesentlichen geprüft, ob nachgewiesen sei, dass der Parallelhandel zu einem Effizienzverlust führe, was sie verneint hat. Sie hat es daher nicht für nötig befunden, im Einzelnen zu prüfen, ob nachgewiesen sei, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen seinerseits einen Effizienzgewinn nach sich ziehe; diese Frage ist in der Begründungserwägung 156 der Entscheidung lediglich punktuell behandelt worden.

262 Angesichts der Relevanz der von GSK vorgetragenen Sachargumente und vorgelegten Beweise reicht die Prüfung der Kommission in Bezug auf den mit dem Parallelhandel verbundenen Effizienzverlust, den Umfang dieses Effizienzverlusts und den mit Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen verbundenen Effizienzgewinn aber nicht aus, um die Schlussfolgerungen, zu denen die Kommission zu diesen Punkten gelangt ist, zu untermauern.

— Zur Relevanz der von GSK vorgetragenen Sachargumente und vorgelegten Beweise

263 Die Sachargumente von GSK und die dafür vorgelegten Beweise scheinen ihrem Inhalt nach, der in mehreren wichtigen Aspekten durch Dokumente der

Kommission bestätigt wird, relevant, glaubhaft und wahrscheinlich (vgl. dazu Urteil Cimenteries CBR u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 83, Randnr. 1838).

264 So wird auch in der oben in Randnummer 135 zitierten Mitteilung KOM(1998) 588 endg., die sich im Wesentlichen mit der Vertiefung des Binnenmarktes im Pharmasektor befasst, der hier nicht in Rede steht, auf den Zusammenhang hingewiesen, der nach Ansicht der Kommission zwischen Innovation, Parallelhandel und Wettbewerb in diesem Sektor besteht. Neben der oben in Randnummer 135 angeführten Feststellung zu den zweifelhaften Auswirkungen des Parallelhandels auf das Wohlergehen des Endverbrauchers führt die Kommission in dieser Mitteilung Folgendes aus:

— Die Pharmaindustrie beruhe auf Forschung (S. 3 und 11), und es sei offensichtlich, dass sie sich im Sektor patentgeschützter Arzneimittel einen sehr harten Innovationswettbewerb liefere (S. 16), was zu einem stetigen Zustrom neuer Produkte auf den Markt führe (S. 11); dagegen herrsche nach dem Inverkehrbringen der Produkte nur ein relativ geringer dynamischer Preiswettbewerb (S. 16);

— die Pharmaindustrie müsse die FuE-Investitionen finanzieren (S. 14) und deshalb ein hinreichendes Maß an Rentabilität erreichen, um für FuE die Mittel aufwenden zu können, die für die Entwicklung innovativer Produkte erforderlich seien (S. 17 und 23);

— auch wenn es sich bei der europäischen Pharmaindustrie um einen starken Industriesektor handele — die europäischen FuE-Investitionen hätten sich 1997 im Vergleich zu den zehn zurückliegenden Jahren verdreifacht —, verliere sie

offensichtlich an Wettbewerbsfähigkeit, obwohl sich diese Situation zu ändern beginne; dabei beruhe diese Situation u. a. darauf, dass die Gesamtkapitalrentabilität und die Eigenkapitalrentabilität der Pharmaindustrie in den Vereinigten Staaten bedeutend höher seien als in der Europäischen Union (S. 4 und 5);

— zur Finanzierung ihrer FuE-Tätigkeiten versuche die Pharmaindustrie, auf Weltebene Gewinne zu erzielen (S. 3);

— zwischen den Mitgliedstaaten bestünden erhebliche Unterschiede sowohl hinsichtlich der allgemeinen makroökonomischen Bedingungen (insbesondere nationales Pro-Kopf-Einkommen und nationales Pro-Kopf-Vermögen) als auch hinsichtlich der Gesundheitssysteme; dabei scheine zwischen Gesundheitsausgaben und Einkommen ein fester positiver, wenn auch nicht vollkommener Zusammenhang zu bestehen (S. 5);

— zwischen den Mitgliedstaaten bestünden ferner erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Preise, die mit einer Reihe von Faktoren erklärt werden könnten; einer der für diese Unterschiede verantwortlichen Faktoren scheine das Maß zu sein, in dem die Mitgliedstaaten auf eine Preiskontrolle zurückgriffen, obwohl es auch konjunkturelle Faktoren wie Inflation und Wechselkursschwankungen gebe (S. 6);

— der Übergang zum Euro dürfte insoweit zur Schaffung eines stabileren Umfelds für die Staaten beitragen, die an der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) teilnähmen; er lasse aber auch die Preisunterschiede auf dem bestehenden europäischen Markt deutlich sichtbarer werden, was die Großhändler und Apotheker auch dazu verleiten könnte, grenzüberschreitende Geschäfte zu tätigen (S. 9);

— es sei äußerst schwierig, ein für die gesamte Gemeinschaft angemessenes Preisniveau zu bestimmen; denn die Wahl eines niedrigen Niveaus wirke sich unmittelbar günstig für das Ziel einer Beherrschung der Aufwendungen für Gesundheitsleistungen aus (zumindest in den Staaten, in denen die Preise zurzeit hoch sind), ziehe aber eine beständige Verringerung des europäischen Beitrags zum Investitionsaufwand für pharmazeutische FuE auf Weltebene nach sich, was zu einem Investitionsrückgang in der europäischen Industrie führen könne; die Festlegung eines hohen Preisniveaus habe zur Folge, dass in Ländern, die aufgrund der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse nicht über die Mittel verfügten, einen solchen Preis zu zahlen, der Zugang von Verbrauchern und Kostenübernahmeeinrichtungen zu Behandlungen beschränkt werde (S. 14);

— die Pharmaunternehmen praktizierten eine Preisdifferenzierung, um unterschiedlichen Zahlungsfähigkeiten Rechnung zu tragen (S. 6).

265 Diese die Rolle der Innovation und die jeweiligen Auswirkungen des Parallelhandels und einer Preisdifferenzierung auf die Innovation betreffenden Auszüge dürfen zwar nicht dahin verstanden werden, dass die Sachargumente von GSK unbedingt begründet wären oder dass damit ein vollständiges und endgültiges Bild des Standpunkts der Kommission zu dieser komplexen Frage gezeichnet würde. Doch stützen sie einen Teil dieser Argumente und der ökonomischen Analysen, die sich in den zur Unterstützung dieser Argumente vorgelegten Beweisen finden, und bestätigen so deren Glaubhaftigkeit und Wahrscheinlichkeit.

266 In ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts hat die Kommission betont, dass in der oben in Randnummer 135 zitierten Mitteilung KOM(1998) 588 endg. auch ausgeführt werde, dass es trotz bedeutender Preisunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten erforderlich sei, eine mit den Grundsätzen des Binnenmarktes vereinbare Haltung einzunehmen, was die Rechtfertigung eines Rückgriffs auf Maßnahmen ausschließe, mit denen eine Aufspaltung des Gemeinsamen Marktes entlang der nationalen Grenzen fortgesetzt oder verstärkt werde (S. 23). Sie hat weiter erklärt, dass die Entscheidung auf diesen Ansatz abgestimmt sei. Diesem

Argument kann allerdings nicht gefolgt werden. Damit wird nämlich unterstellt, dass für eine Vereinbarung mit dem Inhalt, dass patentgeschützte Arzneimittel, deren Kosten von den nationalen Krankenversicherungssystemen übernommen werden, auf verschiedenen räumlichen Märkten entsprechend den Präferenzen des Endverbrauchers, der den Preis dafür trägt, zu unterschiedlichen Preisen verkauft werden, in keinem Fall eine Freistellung erteilt werden kann. Das ist jedoch in Artikel 81 EG in keiner Weise vorgesehen.

267 Auf der allgemeineren Ebene der Wirtschaftstheorie ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in der Anlage zu ihrer Klagebeantwortung die „Executive Summary" einer auf den 8. Februar 1999 datierten Studie vorgelegt hat, die von NERA im Auftrag der Generaldirektion „Binnenmarkt und Finanzdienstleistungen" der Kommission erstellt wurde und mit „The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks" überschrieben ist. Dieser Auszug, insbesondere die Erwägungen auf Seite 5, bestätigt einige der in den von GSK vorgelegten Beweisen vorgetragenen Analysen zum Interesse, das eine Pharmagesellschaft an einer Differenzierung der von ihr praktizierten Preise haben könnte, und zwar je nach dem Markt, auf dem ihre Arzneimittel vertrieben werden, und den Präferenzen der Endverbraucher.

268 Unter diesen Umständen ist das Vorbringen der Kommission, die im Rahmen ihrer Prüfung anhand von Artikel 81 Absatz 1 EG das mit Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen eingeführte System differenzierter Preise als Diskriminierung aus Gründen der Bestimmung der in Rede stehenden Arzneimittel eingestuft hat (siehe oben, Randnr. 174), in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts, dass diese Frage im Rahmen der anhand von Artikel 81 Absatz 3 EG durchzuführenden Prüfung nicht relevant sei, zurückzuweisen. Die Kommission kann sich auch nicht darauf berufen, dass GSK diese Frage im Verwaltungsverfahren oder während des vorliegenden Verfahrens nicht aufgeworfen habe. Vielmehr verweist GSK, indem sie wiederholt geltend gemacht hat, dass sie es verhindern wolle, dass die ihr in Spanien vorgeschriebenen Preise in das Vereinigte Königreich exportiert würden, insbesondere auf den Gedanken, dass sie differenzierte Preise vorsehen wolle, um sicherzustellen, dass ihr gesamter Absatz im Vereinigten Königreich zu dem von diesem Mitgliedstaat zugelassenen Preis getätigt werde und nicht zu dem Preis, den ihr das Königreich Spanien vorschreibe.

— Zum mit dem Parallelhandel verbundenen Effizienzverlust

269 Der Schluss, dass nicht nachgewiesen sei, dass der Parallelhandel durch eine Beeinträchtigung der Innovationsfähigkeit von GSK zu einem Effizienzverlust führe, beruht auf einer in den Begründungserwägungen 155 bis 161 der Entscheidung geschilderten Prüfung, bei der entgegen dem Vorbringen der Kommission in ihren Schriftsätzen nicht alle relevanten Sachargumente und Beweise von GSK berücksichtigt wurden und die nicht mit überzeugenden Elementen untermauert wird. Die Kommission hat zwar natürlich nicht alle ihr gegenüber vorgetragenen Argumente zu prüfen, doch muss sie entsprechend der oben in den Randnummern 236 und 242 angeführten Rechtsprechung alle diejenigen angemessen prüfen, die relevant sind, und, soweit erforderlich, mit Elementen widerlegen, die ihren Schluss untermauern können.

270 Aus den genannten Argumenten ergab sich insgesamt, dass sich das Wettbewerbsproblem, dem sich GSK gegenüber sah, und die von ihr angestrebte Lösung wie folgt darstellen.

271 Erstens ist für den Arzneimittelsektor die Bedeutung des Innovationswettbewerbs kennzeichnend. FuE ist dort kostspielig und riskant. Die entsprechenden Kosten sind Fixkosten (sie sind nicht von der Zahl der verkauften Arzneimittel abhängig), Verbundkosten (sie entstehen vor der Herstellung und dem Vertrieb und sind nur teilweise einzelnen Arzneimitteln zuzuordnen) und globale Kosten (sie sind keinem bestimmten Land zuzuordnen). FuE wird meistens mit Eigenkapital und nicht mit Darlehen finanziert. Sie erfordert daher einen optimalen Einnahmefluss. Die Optimierung der Einnahmen lässt sich bei unterschiedlichen Präferenzen der Endverbraucher durch eine Anpassung der Arzneimittelpreise an diese Präferenzen sicherstellen. Die Preisdifferenzierung erlaubt es somit, die FuE-Kosten von den Endverbrauchern wiederzuerlangen, die zu einer entsprechenden Zahlung bereit sind. Diese hier vereinfacht dargestellte Praxis differenzierter Preise ist unter Ökonomen unter der Bezeichnung „Ramsey Pricing" (Ramsey-Preise) bekannt.

272 Zweitens ist die Verwirklichung dieser Praxis im Arzneimittelsektor durch einige Besonderheiten gekennzeichnet. Da Arzneimittel patentgeschützt sind, kann ihr Preis während der Laufzeit des Patents im Einzelinteresse des Herstellers auf einem Niveau gehalten werden, das die Grenzkosten übersteigt. Da die Kosten derselben Arzneimittel aber von den nationalen Krankenversicherungssystemen übernommen werden, muss ihr Preis unmittelbar (Kontrolle der Preise) oder mittelbar (Kontrolle der Gewinne) im Allgemeininteresse auf einem Niveau gehalten werden, das die Grenzkosten nicht übermäßig übersteigt. Das Maß, in dem die Grenzkosten überschritten werden, spiegelt die Präferenz des Endverbrauchers, d. h. im Wesentlichen des nationalen Krankenversicherungssystems, wider. Ist dieser in Bezug auf das Arzneimittel verhältnismäßig preisempfindlich, so wird der Mehrbetrag begrenzt sein; ist er verhältnismäßig preisunempfindlich, so wird der Mehrbetrag erheblich sein. In der Praxis hängt der Grad an Preisempfindlichkeit von verschiedenen Parametern ab, etwa dem Lebensstandard oder der Lage der öffentlichen Finanzen. Der von den Arzneimittelherstellern wiedererlangte Anteil an den FuE-Kosten ist somit von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich, je nachdem, welche Einnahmen die geltenden Preise zulassen. Im vorliegenden Fall ist es das Vereinigte Königreich, in dem GSK angesichts der dort geltenden Regelung den globalen Verbundanteil ihrer FuE-Kosten wiedererlangen könnte.

273 Drittens führt der Parallelhandel in einem nicht genau bekannten Umfang tatsächlich zu einer Reduzierung der entsprechenden Einnahmen. Diese unter Ökonomen unter der Bezeichnung „free riding" (Trittbrettfahrerverhalten) bekannte Praxis ist dadurch gekennzeichnet, dass der Zwischenhändler aus der von ihm herkömmlich in der Wertschöpfungskette gespielten Rolle ausbricht, um zu einem Arbitrageur zu mutieren und so einen größeren Anteil am Gewinn zu vereinnahmen. Das Wettbewerbsrecht interessiert sich nicht für die Legitimität dieser Vermögensverschiebung vom Hersteller auf den Zwischenhändler an sich, sondern nur für ihre Auswirkungen auf das Wohlergehen des Endverbrauchers. Soweit sich der Zwischenhändler am Wettbewerb innerhalb der Marke beteiligt, kann der Parallelhandel wettbewerbsfördernd wirken. Im Arzneimittelsektor weist aber auch diese Tätigkeit Besonderheiten auf, da sie für den Endverbraucher keinen bedeutenden Mehrwert mit sich bringt.

274 Viertens zielt Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen darauf ab, die Einnahmen zu optimieren und den Parallelhandel zu neutralisieren. Er begrenzt die den Großhändlern von GW zuvor offenstehende Möglichkeit, außerhalb Spaniens Arzneimittel zu verkaufen, die zu dem Preis gekauft wurden, der im Hinblick auf die

Kostenübernahme durch das spanische Krankenversicherungssystem festgesetzt wurde. Er ermöglicht es somit, dass die Verkäufe in anderen Mitgliedstaaten zu dem Preis getätigt werden, der im Hinblick auf die Kostenübernahme durch deren jeweiliges Krankenversicherungssystem festgesetzt wurde. Ein Verbleiben des Gewinns beim Hersteller führt wahrscheinlich zu einem Effizienzgewinn gegenüber der Situation, in der der Gewinn mit dem Zwischenhändler geteilt wird, weil der vernünftige Hersteller, der die Profitabilität seiner Innovationen sicherstellen kann und der in einem Sektor tätig ist, in dem reger Innovationswettbewerb herrscht, jedes Interesse daran hat, zumindest einen Teil seines zusätzlichen Gewinns zu reinvestieren.

275 Bereits aus dem Aufbau der Begründungserwägungen 155 bis 161 der Entscheidung geht jedoch hervor, dass die Kommission, nachdem sie die Bedeutung des Innovationswettbewerbs in dem fraglichen Sektor anerkannt hat, es unterlassen hat, eine genaue Prüfung der Sachargumente und Beweise vorzunehmen, die GSK zur Natur der Investitionen in FuE, zu den Besonderheiten der Finanzierung von FuE, zur Kapazität zur Finanzierung von FuE und zu den Auswirkungen des Parallelhandels hierauf sowie zur geltenden Regelung beigebracht hat, um es, wie die Begründungserwägung 155 der Entscheidung zeigt, bei Bemerkungen bewenden zu lassen, die zumindest fragmentarisch und, wie von GSK zu Recht geltend gemacht wird, wenig relevant oder wenig überzeugend sind.

276 Ein solches Unterlassen wiegt besonders schwer, wenn die Kommission festzustellen hat, ob die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG in einem rechtlichen und wirtschaftlichen Kontext wie dem des Pharmasektors erfüllt sind, in dem das Spiel des Wettbewerbs durch staatliche Regelungen verfälscht wird. Denn dieser Umstand verpflichtet die Kommission, die von der Person, die sich auf Artikel 81 Absatz 3 EG beruft, vorgetragenen Sachargumente und vorgelegten Beweise mit besonderer Aufmerksamkeit zu prüfen.

277 So stützt sich die Kommission im ersten Satz der Begründungserwägung 157 der Entscheidung, in der die Faktoren behandelt werden, auf denen FuE-Entscheidungen beruhen, auf eine der zu den Akten genommenen ökonomischen Studien, gibt diese aber nur teilweise und wenig überzeugend wieder. Zwar heißt es in dieser

Studie tatsächlich, dass der Parallelhandel bei Entscheidungen über FuE nicht maßgebend sei. Doch wird dort sofort ergänzt, dass solche Entscheidungen, wie im Übrigen auch im zweiten Satz derselben Begründungserwägung ausgeführt wird, insbesondere in Abhängigkeit von der aktuellen Gewinnsituation generell oder der erwarteten Rentabilität der Produkte, die sich in der FuE-Vorbereitung befänden, getroffen würden. Dabei handelt es sich aber um Faktoren, die nach den Ausführungen von GSK vom Parallelhandel negativ beeinflusst werden, was die Kommission im dritten Satz der genannten Begründungserwägung anerkennt. Unter diesen Umständen konnte die Kommission nicht davon absehen, ihre diesen Punkt betreffende Prüfung im Hinblick auf die ihr dazu vorgelegten Beweise zu vertiefen.

278 Der folgende Teil der Begründungserwägung 157 der Entscheidung, in dem lediglich die Möglichkeiten aufgeführt werden, mit denen GSK auf den wegen des Parallelhandels möglicherweise erlittenen Effizienzverlust reagieren könne, indem sie Ausgaben bei anderen Posten kürze oder einen Teil ihrer beträchtlichen Gewinne einsetze, ersetzt keine Antwort auf das Vorbringen, dass GSK wegen des lebhaften, auf Innovation beruhenden Wettbewerbs zwischen Marken jedes Interesse daran habe, in FuE zu investieren, aber wegen des Parallelhandels nicht alle Früchte dieser Investition ernten könne, um sie in FuE zu reinvestieren. Überdies lässt die Kommission die Argumente von GSK außer Acht, wonach die Höhe ihrer Gewinne angesichts der Art ihrer Verbuchung geringer anzusetzen sei.

279 Somit bedurfte die Frage des Korrelationsgrades zwischen Parallelhandel und FuE einer weiteren Vertiefung, und ihre Beantwortung durfte sich nicht in der lapidaren Schlussfolgerung erschöpfen, dass nicht nachgewiesen sei, wie es in den Begründungserwägungen 151, 154, 155 und 159 der Entscheidung heißt, dass ein Kausalzusammenhang zwischen Parallelhandel (oder seiner Begrenzung) und FuE bestehe.

280 Da die Kommission in ihren Schriftsätzen die Mehrdeutigkeit der Begründungserwägung 169 der Entscheidung ausnutzt, um zu erklären, dass GSK nicht nur einen Zusammenhang zwischen Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen und dem von ihr erwarteten Effizienzgewinn nachzuweisen habe, sondern einen direkten Zusammenhang zwischen diesen beiden Elementen, ist darauf zu verweisen, dass diesem zuletzt in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Argument nicht

gefolgt werden kann. In den Begründungserwägungen 155 bis 161 der Entscheidung, auf die in der Begründungserwägung 169 Bezug genommen wird, findet sich diese Unterscheidung nämlich nicht, da dort ohne Differenzierung der Schluss gezogen wird, dass kein Zusammenhang zwischen den allgemeinen Verkaufsbedingungen und einem Beitrag zur Förderung des technischen Fortschritts bestehe. Überdies ist diese Unterscheidung in Artikel 81 Absatz 3 EG nicht vorgesehen, der die Freistellung von Vereinbarungen, die einen Effizienzgewinn erzeugen, ermöglicht, ohne danach zu unterscheiden, ob diese Folge direkt oder indirekt ist, und es geht grundsätzlich nicht an, da Unterscheidungen zu treffen, wo der Vertrag es nicht tut (Urteil Consten und Grundig/Kommission, oben zitiert in Randnr. 110, 387). Entsprechend der oben in den Randnummern 247 und 248 angeführten Rechtsprechung ist somit jeder Vorteil in Form eines Effizienzgewinns zu berücksichtigen, sofern er objektiv und spürbar ist und sein Vorliegen überzeugend nachgewiesen wurde.

— Zum Umfang des mit dem Parallelhandel verbundenen Effizienzverlusts

281 Der hilfsweise gezogene Schluss, dass jedenfalls nicht nachgewiesen sei, dass der Parallelhandel zu einem spürbaren Effizienzverlust führe, indem er die Innovationsfähigkeit von GSK beeinträchtige, ist nicht überzeugend untermauert, und bei der Prüfung in den Begründungserwägungen 159 sowie 162 bis 168 der Entscheidung, auf die er gestützt ist, wurden nicht alle dazu vorgetragenen relevanten Umstände berücksichtigt. Aus dieser Prüfung geht im Wesentlichen hervor, dass der von GSK geltend gemachte Effizienzverlust zunächst in zeitlicher Hinsicht begrenzt sei, da er sich, wie in den Begründungserwägungen 162 und 163 der Entscheidung ausgeführt wird, weniger durch die Preisunterschiede erkläre, die mit der Existenz unterschiedlicher Regelungen in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft zusammenhingen, sondern vielmehr, wie in den Begründungserwägungen 164 bis 166 der Entscheidung ausgeführt wird, durch die von 1996 bis 1998 aufgetretenen Währungsschwankungen. Aus dieser Prüfung ergibt sich ferner, dass dieser Verlust, wie es in den Begründungserwägungen 167 bis 169 der Entscheidung heißt, auch betragsmäßig begrenzt sei.

282 Dazu ist unabhängig davon, dass die spanischen Preise nach den Begründungserwägungen 162 und 163 der Entscheidung nicht wesentlich unter dem Gemeinschaftsdurchschnitt liegen sollen — ein Umstand, dessen Bedeutung begrenzt ist, da die nationalen Preise aufgrund der Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten in diesem Bereich strukturell unterschiedlich sind und es somit aus wirtschaftlicher Sicht

offensichtlich nicht ausreicht, seine Erwägungen an einem hypothetischen Gemeinschaftsdurchschnitt auszurichten —, auszuführen, dass die Kommission in den Begründungserwägungen 164 und 165 der Entscheidung ohne eine ernsthafte Prüfung letztlich auf den punktuellen und begrenzten Charakter des in den Jahren 1996 bis 1998 aufgetretenen Parallelhandels zwischen Spanien und dem Vereinigten Königreich schließt.

283 Wie sich aus ihren Schriftsätzen ergibt, bestreitet GSK nicht, dass Wechselkursschwankungen, insbesondere die spekulativen Bewegungen, denen das britische Pfund beim Herannahen der letzten Stufe der WWU ausgesetzt gewesen sei, in den Jahren 1996 bis 1998 als konjunktureller Faktor zum Parallelhandel mit von GW in Spanien in den Verkehr gebrachten Arzneimitteln beigetragen haben. Doch hält sie daran fest, dass dieser konjunkturelle Einfluss, so ausgeprägt er auch gewesen sein möge, nur einen erschwerenden Faktor darstelle, da der Parallelhandel unabhängig von den Wechselkursschwankungen darauf zurückgehe, dass das Nebeneinander verschiedener nationaler Regelungen in strukturell unterschiedlichen Preisen in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft Ausdruck finde.

284 Diese Argumentation ist relevant, und die Beweise, auf die sie gestützt ist, werden sowohl durch die oben in Randnummer 264 angeführten Auszüge aus der Mitteilung KOM(1998) 588 endg. als auch durch die Entscheidung selbst bestätigt. Denn in deren Begründungserwägungen 31, 32 und 53 heißt es, dass Währungsschwankungen, die ihrem Wesen nach zyklische Auswirkungen auf den Parallelhandel hätten, ein Phänomen, das sich strukturell durch die Existenz verschiedener Preise für dasselbe Arzneimittel in den verschiedenen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft erkläre, nur erheblich komplizierter machten.

285 Zwar hinderte diese Situation als solche die Kommission nicht daran, den Parallelhandel zwischen dem Königreich Spanien und dem Vereinigten Königreich in den Jahren 1996 bis 1998 als einen Sonderfall anzusehen, der im Wesentlichen durch die Aufwertung des britischen Pfundes gegenüber der spanischen Peseta (ESP) verursacht worden sei.

286 Doch sind die von der Kommission angeführten bezifferten Angaben nicht eindeutig genug, um diesen Schluss überzeugend zu begründen. Nach den Angaben in der Entscheidung erfuhr das britische Pfund zwischen Oktober 1996 und April 1998 gegenüber der spanischen Peseta eine Aufwertung um 30 %. In diesem Zeitraum blieb der Anteil der Paralleleinfuhren aus Spanien an allen Paralleleinfuhren in das Vereinigte Königreich seinem Umfang nach stabil (rund 40 %), wohingegen diese Paralleleinfuhren wertmäßig stiegen (von rund 20 Millionen GBP im Jahr 1996 auf rund 42 Millionen GBP im Jahr 1998). Wie die Kommission zuletzt in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts ausgeführt hat, zeugt dies davon, dass die Aufwertung des britischen Pfundes einen Zustrom von Paralleleinfuhren aus anderen Mitgliedstaaten ausgelöst hat. Es bestätigt aber auch, dass vor der Aufwertung des britischen Pfundes der größte Teil (rund 40 %) der Paralleleinfuhren in das Vereinigte Königreich aus Spanien stammte, während sich der Rest auf die anderen Herkunftsmitgliedstaaten aufteilte. Damit wird demnach das Argument von GSK, dass die Aufwertung des britischen Pfundes zwar zweifellos das Gewicht des durch den spanischen Parallelhandel verursachten Problems verstärkt habe, aber nichts an dessen struktureller Ursache ändere, nicht hinreichend beantwortet.

287 Das von der Kommission in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts vorgebrachte Argument, dass sich das Anwachsen des Parallelhandels mit Ursprung in Spanien im Zeitraum 1996/1998 dadurch erkläre, dass am 6. Oktober 1995 die in den Artikeln 47 und 209 der Akte über den Beitritt des Königreichs Spanien vorgesehene Übergangsfrist abgelaufen sei, während deren der Inhaber eines Patents die sich daraus ergebenden Rechte geltend machen konnte, um der Einfuhr von Arzneimitteln entgegenzutreten, die von ihm oder mit seiner Zustimmung in Spanien in den Verkehr gebracht wurden, ändert nichts an diesem Schluss, da es eindeutig nicht die Zeit nach der Anmeldung betrifft, auf die sich die Argumentation von GSK bezieht.

288 Schließlich hat GSK, wie sich aus den Begründungserwägungen 15, 18 und 55 der Entscheidung ergibt, während des Verwaltungsverfahrens angegeben, dass die allgemeinen Verkaufsbedingungen zwar auf 82 Arzneimittel anwendbar seien, dass aber acht davon in erster Linie vom Parallelhandel betroffen seien. Ferner hat GSK, wie aus den Begründungserwägungen 22 und 35 der Entscheidung hervorgeht, auch dargelegt, dass die allgemeinen Verkaufsbedingungen zwar unabhängig von der endgültigen Bestimmung der betroffenen Arzneimittel anwendbar seien, aber hauptsächlich auf die Parallelhandelsströme zwischen Spanien und dem Vereinigten

Königreich abzielten. Sie hat der Kommission deshalb im Wesentlichen, wenn auch nicht ausschließlich, Zahlen erstens zu den Preisunterschieden zwischen Spanien und dem Vereinigten Königreich, zweitens zum Parallelhandel mit Becloforte, Beconase, Becotide, Flixotide, Imigran, Lamictal, Serevent und Ventolín zwischen Spanien und dem Vereinigten Königreich im Zeitraum 1996/1998 und drittens zu den diesem Parallelhandel zugeschriebenen Auswirkungen auf ihre Einnahmen und ihr FuE-Budget vorgelegt. Diese Zahlen werden in den Begründungserwägungen 55, 59 bis 67, 70, 83, 92, 98 und 99 der Entscheidung genannt.

289 Im Übrigen hat GSK, wie sich aus den Begründungserwägungen 70 und 71 der Entscheidung ergibt, dargelegt, dass der Parallelhandel außerhalb der geprüften Vertriebskanäle stattfinde und dass es sich bei den der Kommission vorgelegten Zahlen um Schätzungen handele, die nicht unbedingt verlässlich seien, die sie aber nicht präzisieren könne. Dieses in der Erwiderung wiederholte tatsächliche Vorbringen ist nicht bestritten worden.

290 GSK macht zu Recht geltend, dass diese Zahlen, abgesehen davon, dass sie nicht vernachlässigbar gering sind, als Stichprobe zu verstehen seien, die nicht von einem punktuellen und begrenzten Effizienzverlust, sondern von einem allgemeinen Effizienzverlust zeuge, der sich fortsetzen werde.

291 In Bezug auf den ersten Aspekt ist darauf zu verweisen, dass die Kommission bei der Prüfung der Frage, ob Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen einen Nachteil mit sich bringen kann, zwar akzeptiert hat, sich auf die acht in erster Linie vom Parallelhandel zwischen Spanien und dem Vereinigten Königreich betroffenen Arzneimittel zu konzentrieren, wie sie in den Begründungserwägungen 18, 56, 57 und 69 der Entscheidung ausgeführt hat, aber auch, wie sich aus den Begründungserwägungen 72 bis 75, 117, 126, 140 und 144 der Entscheidung ergibt, den mit dem Parallelhandel mit anderen Arzneimitteln zwischen Spanien und anderen Mitgliedstaaten verbundenen Netzeffekt berücksichtigt hat. Gerade durch diesen Netzeffekt gewann eine Einschränkung des Wettbewerbs an Bedeutung, die nach der Begründungserwägung 133 der Entscheidung auf der Ebene allein des Vereinigten Königreichs marginal gewesen wäre. Die Kommission erklärt jedoch in keiner Weise, warum sie bei der Prüfung der Frage, ob Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen einen Vorteil bieten kann, einen anderen Ansatz einnehmen

und sich allein auf die ihr von GSK vorgelegten Zahlen konzentrieren musste, wobei zu berücksichtigen ist, wie schwer es ist, den realen Parallelhandel zu erfassen, und dass die Kommission es akzeptiert hat, die von GSK vorgelegten Zahlen als Stichprobe anzusehen.

292 In Bezug auf den zweiten Aspekt ist darauf zu verweisen, dass es sich beim Parallelhandel um eine Erscheinung handelt, die sich nicht nur aufgrund der Dauerhaftigkeit der Preisunterschiede, die ihn ermöglichen, sondern auch aufgrund des zyklischen Charakters der Wechselkursschwankungen, soweit diese andauern, über den kurzen von der Kommission erfassten Zeitraum hinaus fortsetzen kann. Die Kommission stimmt dem in ihrer oben in Randnummer 135 zitierten Mitteilung KOM(1998) 588 endg. zu. In ihrer Klagebeantwortung räumt sie ferner ein, dass die Wechselkursschwankungen in Bezug auf die Mitgliedstaaten, die im Jahr 1999 nicht in die dritte Stufe der WWU eingetreten seien, darunter gerade das Vereinigte Königreich, eine Realität blieben.

293 In diesem Zusammenhang zeigt die von GSK vorgelegte Zahlenauswahl eine Tendenz auf. Die Zweifel der Kommission in der Begründungserwägung 168 der Entscheidung dahin gehend, die von GSK für ihren Bruttoeinnahmeverlust im Jahr 1998 vorgelegte Zahl könne überhöht sein, stellen diesen Schluss nicht in Frage. Die insoweit am 14. Dezember 1998 und am 14. Februar 2000 jeweils vorgelegte Zahl ist nämlich, wie aus der Begründungserwägung 67 der Entscheidung hervorgeht, immer noch höher als die der beiden vorangegangenen Jahre. Außerdem war die Erklärung von GSK, dass die zuvor am 28. Juli 1998 vorgelegte Zahl eine Schätzung gewesen sei, während die im Dezember 1998 und Februar 2000 jeweils vorgelegte Zahl real sei und dadurch erklärt werde, dass von Frühjahr bis Herbst 1998 die allgemeinen Verkaufsbedingungen angewandt worden seien, wie es in den Begründungserwägungen 19, 23, 26, 64, 67 und 168 der Entscheidung dargelegt wird, glaubhaft genug, um eine ernsthafte Prüfung zu verdienen.

— Zum mit Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen verbundenen Effizienzgewinn

294 Wie GSK zu Recht ausführt, hat die Kommission ihre Sachargumente und Beweise — hier nicht mehr zu den Nachteilen des Parallelhandels, sondern zu den Vorteilen von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen — nicht ernsthaft geprüft.

295 Angesichts des Aufbaus der Argumente von GSK und der entsprechenden Erörterung während des Verwaltungsverfahrens war es unausweichlich, dass in der Entscheidung in einem ersten Schritt geprüft wird, ob der Parallelhandel für die Pharmaindustrie im Allgemeinen und für GSK im Besonderen zu einem Effizienzverlust führt. Denn nur wenn insoweit keinerlei Streit besteht, hätte die Kommission rechtmäßig von einer solchen Prüfung absehen können (vgl. entsprechend Urteil Compagnie générale maritime u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 248, Randnr. 345).

296 Die Gegenüberstellung der von GSK vorgelegten Beweise und der anderen, von der Kommission in der Entscheidung angeführten Beweise zeigt jedoch klar, dass die Auswirkungen des Parallelhandels auf den Wettbewerb im Arzneimittelsektor nicht eindeutig sind, da der durch ihn bewirkte Effizienzgewinn für den Wettbewerb innerhalb der Marke, dessen Rolle wegen des anwendbaren rechtlichen Rahmens begrenzt ist, in Bezug zu setzen ist zu dem Effizienzverlust für den Wettbewerb zwischen Marken, dessen Rolle zentral ist.

297 Unter diesen Umständen konnte die Kommission nicht davon absehen, in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob es Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen ermöglichen konnte, die Innovationsfähigkeit von GSK wiederherzustellen und damit einen Effizienzgewinn für den Wettbewerb zwischen Marken zu bewirken.

298 Das ist im Übrigen der wesentliche Punkt der zukunftsorientierten Analyse, die die Kommission vornehmen musste, um über den Freistellungsantrag von GSK zu entscheiden. Nach der oben in Randnummer 247 angeführten ständigen Rechtsprechung muss nämlich festgestellt werden, ob die wegen ihrer Nachteile für den Wettbewerb verbotene Vereinbarung (Artikel 81 Absatz 1 EG) einen Vorteil mit sich bringt, der diese Nachteile ausgleichen kann (Artikel 81 Absatz 3 EG).

299 Die Kommission musste somit noch die Argumente von GSK zu den erwarteten Vorteilen aus Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen prüfen. In der Begründungserwägung 156 der Entscheidung, der einzigen Begründungserwägung, die eine Prüfung dieses Punktes bezeugen kann, heißt es im Wesentlichen:

„... Pharmaunternehmen können nach eigenem Ermessen entscheiden, in welchem Umfang sie in FuE investieren möchten. Daher führen Einsparungen, die sie — unter Umständen hypothetisch — durch die Verhinderung von Parallelhandel erzielen, nicht automatisch zu höheren FuE-Investitionen. Es ist vorstellbar, dass diese Einsparungen einfach in den Gewinn des Unternehmens eingehen. Natürlich kann die Entstehung eines zusätzlichen Gewinns allein keine Freistellung rechtfertigen. In dieser Hinsicht würde das Argument von [GSK] bedeuten, dass die erste Voraussetzung für [die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG] für jede Vereinbarung erfüllt wäre, von der man annehmen könnte, dass sie zur Steigerung der Einnahmen eines Unternehmens beiträgt, das FuE betreibt. Die Voraussetzung wäre [dann] sinnlos ..."

300 GSK hat jedoch nicht behauptet, dass die Erzeugung zusätzlicher Gewinne als solche eine Freistellung rechtfertigen müsse. Sie hat vielmehr geltend gemacht, dass der Parallelhandel sie daran hindere, die für eine optimale Finanzierung ihrer FuE erforderlichen Gewinne zu erzielen, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen es ihr ermögliche, ihre Einnahmen zu steigern, und dass sie angesichts des lebhaften Wettbewerbs zwischen Marken, der zentralen Rolle der Innovation bei diesem Wettbewerb und der Modalitäten der Finanzierung von FuE jedes Interesse daran habe, einen Teil dieser zusätzlichen Einnahmen in FuE zu investieren, um ihren Konkurrenten voraus zu sein oder nicht von ihnen überrundet zu werden. Sie macht, anders gesagt, geltend, dass ihre allgemeinen Verkaufsbedingungen freizustellen seien, weil sie nicht bloß zur unmittelbaren Folge hätten, ihre Einnahmen zu steigern, sondern insbesondere mittelbar dazu führten, ihre Innovationsfähigkeit zu steigern. Im Übrigen hat GSK vorgetragen, dass diesem Vorteil der Umstand gegenübergestellt werden müsse, dass die zusätzlichen Einnahmen, wenn sie von den Parallelhändlern vereinnahmt würden, zu keinem Vorteil führten, da, wie sie noch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht hat, die Parallelhändler, die sich untereinander keinen wirklichen Wettbewerb lieferten, die Preise nur insoweit senkten, als es zur Anziehung der Einzelhändler erforderlich sei, und somit den Großteil der zusätzlichen Einnahmen für sich behielten.

301 Die Kommission konnte sich nicht darauf beschränken, wie sie es in der Begründungserwägung 156 der Entscheidung getan hat, diese Argumente ohne weiteres mit der Begründung zurückzuweisen, dass der von GSK beschriebene Vorteil nicht unbedingt eintrete, sondern musste nach der Rechtsprechung im Rahmen einer zukunftsorientierten Analyse so konkret wie möglich prüfen, was angesichts der ihr vorgelegten Beweise im vorliegenden Fall wahrscheinlicher war: dass die von GSK beschriebenen Vorteile eintreten oder dass dies nicht der Fall ist (Urteil Compagnie générale maritime u. a./Kommission, oben zitiert in Randnr. 248, Randnr. 365). Sie konnte sich nicht — apodiktisch und ohne Begründung — auf den Standpunkt stellen, dass die von GSK vorgetragenen Sachargumente und vorgelegten Beweise als hypothetisch anzusehen seien, wie sie es zuletzt in der mündlichen Verhandlung vertreten hat.

302 Überdies hat die Kommission, in der mündlichen Verhandlung zu diesem Punkt befragt, mehrfach eingeräumt, dass die Erwägungen am Maßstab der Wahrscheinlichkeit auszurichten seien, zugleich aber ergänzt, dass insoweit strikt vorzugehen sei, und für den vorliegenden Fall im Wesentlichen geltend gemacht, dass es angesichts der vorgelegten Beweise und insbesondere der von GSK zusammengestellten bezifferten Informationen wahrscheinlicher erscheine, dass der geltend gemachte Vorteil nicht eintrete. Dies ist aber nicht der in der Entscheidung vertretene Gedankengang.

303 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Entscheidung an einem Prüfungsdefizit leidet, da die Kommission nicht ordnungsgemäß alle von GSK vorgetragenen erheblichen Sachargumente und Beweise berücksichtigt hat, da sie einige dieser Argumente nicht widerlegt hat, obwohl sie so relevant und untermauert waren, dass sie eine Antwort erforderten, und da sie ihren Schluss, dass nicht nachgewiesen sei, dass der Parallelhandel durch eine spürbare Beeinträchtigung der Innovationsfähigkeit von GSK zu einem Effizienzverlust führe und dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen durch eine Verbesserung der Innovationsfähigkeit von GSK einen Effizienzgewinn ermögliche, nicht rechtlich hinreichend untermauert hat.

Zur Abwägung

304 Da die Kommission ihre Prüfung der von GSK vorgetragenen Sachargumente und vorgelegten Beweise mit dem Ergebnis abgeschlossen hat, dass damit das Vorliegen

eines spürbaren objektiven Vorteils nicht nachgewiesen worden sei, hat sie nicht die Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten vorgenommen (siehe oben, Randnr. 241), die eine Abwägung zwischen dem entsprechenden Vorteil und dem Nachteil für den Wettbewerb, der im Artikel 81 Absatz 1 EG betreffenden Teil der Entscheidung festgestellt wurde, impliziert hätte; in der mündlichen Verhandlung hat sie dies mehrfach betont.

305 Denn sie hat in der Begründungserwägung 151 der Entscheidung den Standpunkt vertreten, dass GSK nicht nachgewiesen habe, dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen Vorteile mit sich bringe, und in der Begründungserwägung 152 der Entscheidung, dass unter diesen Umständen eine Abwägung nicht erforderlich sei, wobei sie ergänzt hat, dass, wenn sie eine Abwägung hätte vornehmen müssen, die Nachteile dieser Klausel ihre Vorteile überwogen hätten.

306 Wie sich aus den vorstehenden Randnummern ergibt, leidet der Schluss der Kommission, dass der Nachweis für das Vorliegen eines spürbaren wirtschaftlichen Vorteils nicht erbracht worden sei, an einem Prüfungsdefizit (siehe oben, Randnr. 303). Ihr Schluss, wonach Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen den Wettbewerb einschränkt, ist nur insoweit begründet, als sie den Standpunkt vertritt, dass diese Klausel zur Folge habe, den Endverbrauchern von Arzneimitteln, deren Kosten von einem nationalen Krankenversicherungssystem übernommen würden, den Preis- bzw. Kostenvorteil zu nehmen, den sie aus der Beteiligung der spanischen Großhändler am Wettbewerb innerhalb der Marke auf den nationalen Bestimmungsmärkten des Parallelhandels mit Ursprung in Spanien gezogen hätten (siehe oben, Randnrn. 147, 190 und 194).

307 Somit kann dem Schluss der Kommission, dass keine Abwägung vorzunehmen sei, die in jedem Fall zu dem Ergebnis führe, dass der mit Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen verbundene Vorteil nicht den Nachteil ausgleiche, den diese Klausel für den Wettbewerb mit sich bringe, nicht gefolgt werden. Die Kommission hatte in einem ersten Schritt die Sachargumente und Beweise von GSK angemessen zu prüfen, um sich in die Lage zu versetzen, in einem zweiten Schritt die komplexe Würdigung vorzunehmen, die für die Abwägung des jeweils mit Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen verbundenen Vorteils und Nachteils erforderlich war.

Ergebnis

308 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Kommission nicht rechtmäßig den Schluss ziehen konnte, dass GSK nicht nachgewiesen habe, dass die erste Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG durch einen Beitrag zur Förderung des technischen Fortschritts erfüllt sei. Daher ist es nicht erforderlich, die Argumente von GSK zur Existenz eines Beitrags zur Verbesserung der Arzneimittelverteilung zu prüfen.

c) Zum Nachweis einer Auswirkung auf den Verbraucher, der Unerlässlichkeit von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen und der fehlenden Ausschaltung des Wettbewerbs

309 Wie bereits ausgeführt worden ist (siehe oben, Randnrn. 237 bis 239), geht aus der Entscheidung und den Ausführungen der Beteiligten hervor, dass die summarischen Schlussfolgerungen, zu denen die Kommission in Bezug auf das Vorliegen einer Auswirkung auf den Verbraucher, die Unerlässlichkeit von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen und die fehlende Ausschaltung des Wettbewerbs gelangt ist, auf denen zum Vorliegen eines Effizienzgewinns beruhen.

310 Da diese letztgenannte Schlussfolgerung rechtswidrig ist, soweit sie die Existenz eines Beitrags zur Förderung des technischen Fortschritts betrifft, haben auch die darauf beruhenden Schlussfolgerungen keinen Bestand.

311 Da die Kommission bei der Prüfung der Frage, ob Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen für einen wesentlichen Teil der Waren den Wettbewerb ausschaltet, in der Begründungserwägung 188 der Entscheidung ergänzt hat, dass

GSK bei einigen der wichtigen Produkte, die von ihren allgemeinen Verkaufsbedingungen betroffen seien (z. B. Zofran, Flixonase, Zovirax und Imigran), in einem oder mehreren Mitgliedstaaten beträchtliche Marktanteile halte, muss diese Beurteilung noch überprüft werden.

312 Dazu ist festzustellen, dass die Kommission in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, die Frage der Marktmacht von GSK nicht wirklich entschieden zu haben, und ergänzt hat, dass sie ihre Analyse hätte fortsetzen müssen, um insoweit zu einer Entscheidung zu gelangen.

313 Tatsächlich erlaubt es allein das Halten beträchtlicher Marktanteile, das im Übrigen auf einige der fraglichen Waren beschränkt ist, wobei die Kommission es bei vier Beispielen bewenden lässt, angesichts des dem in Rede stehenden Sektor eigenen rechtlichen und wirtschaftlichen Kontextes offensichtlich nicht, in überzeugender Weise auf eine Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der in Rede stehenden Waren zu schließen.

314 Unabhängig von der zwischen den Beteiligten streitigen Frage der Definition des fraglichen Produktmarktes sind nämlich mehrere der von GSK im Verwaltungsverfahren und anschließend in ihren Schriftsätzen angeführten Umstände dazu angetan, einen solchen automatischen Schluss auszuschließen.

315 Insbesondere war das Vorbringen von GSK, auf das in der Begründungserwägung 188 der Entscheidung, die auf die Begründungserwägung 104 der Entscheidung verweist, Bezug genommen wird, nicht so belanglos, dass die Kommission davon absehen konnte, es speziell im Hinblick auf die vierte Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG zu prüfen. Denn dass Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen dem begrenzten Druck entgegensteht, den der Parallelhandel mit Ursprung in Spanien auf den Preis und die Kosten von Arzneimitteln auf den räumlichen Bestimmungsmärkten ausüben könnte, ist in Beziehung zu setzen zu den von GSK angeführten und von der Kommission nicht

bestrittenen Umständen, dass in dem Sektor ein lebhafter Innovationswettbewerb herrscht und dass der Preiswettbewerb in anderer Form besteht, auch wenn er dem Gesetz entsprechend erst eintritt, wenn das Auslaufen eines Patents den Markteintritt von Generikaherstellern ermöglicht. Unter diesen Umständen war nach der oben in Randnummer 109 angeführten Rechtsprechung noch zu beurteilen, welcher Wettbewerbsform der Vorrang einzuräumen war, um das mit Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe g EG und Artikel 81 EG verfolgte Ziel der Aufrechterhaltung eines effizienten Wettbewerbs zu erreichen.

4. Ergebnis

316 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass der Klagegrund eines Verstoßes gegen Artikel 81 Absatz 3 EG durchgreift und dass den Anträgen von GSK demnach insoweit stattzugeben ist, als sie auf die Nichtigerklärung von Artikel 2 der Entscheidung abzielen, ohne dass es erforderlich wäre, den Klagegrund einer Missachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen.

317 Demnach ist die Entscheidung für nichtig zu erklären, soweit mit ihrem Artikel 2 der von GSK gestellte Freistellungsantrag zurückgewiesen wird.

318 Da sich nicht ausschließen lässt, dass die Bestimmungen von Artikel 81 Absatz 1 EG nach Artikel 81 Absatz 3 EG auf Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen von GSK keine Anwendung finden, ist die Entscheidung auch insoweit für nichtig zu erklären, als GSK mit ihrem Artikel 3 aufgegeben wird, die entsprechende Zuwiderhandlung unverzüglich zu beenden, sofern dies noch nicht erfolgt ist, und mit ihrem Artikel 4, die Kommission von den zu diesem Zweck getroffenen Maßnahmen zu unterrichten.

319 Nach Artikel 233 Absatz 1 EG hat die Kommission die sich aus dem vorliegenden Urteil ergebenden Maßnahmen zu ergreifen.

320 Auch wenn das in der Verordnung Nr. 17 vorgesehene Anmeldeverfahren unter der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1) nicht mehr besteht, hat sie angesichts der teilweisen Nichtigerklärung der Entscheidung und der Rückwirkung dieser Nichtigerklärung über den von GSK gestellten Freistellungsantrag, soweit sie damit befasst bleibt, zu entscheiden, wobei sie auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen hat (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 2. Mai 2006 in der Rechtssache T-328/03, O2 [Germany]/ Kommission, Slg. 2006, II-1231, Randnrn. 47 und 48).

Kosten

321 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

322 Artikel 87 § 3 Absatz 3 der Verfahrensordnung bestimmt u. a., dass das Gericht die Kosten teilen oder beschließen kann, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt.

323 Im vorliegenden Fall ist GSK mit ihrem Antrag auf Nichtigerklärung des Artikels 1 der Entscheidung unterlegen. Die Kommission, unterstützt durch die Streithelfer, ist dagegen unterlegen, soweit sie beantragt hat, die Klage insgesamt abzuweisen.

324 Unter diesen Umständen sind die Kosten zu teilen. GSK trägt die Hälfte ihrer Kosten und die Hälfte der Kosten der Kommission einschließlich derjenigen, die sich auf die Beitritte der Streithelfer beziehen. Die Kommission trägt die Hälfte ihrer Kosten und die Hälfte der Kosten von GSK einschließlich derjenigen, die sich auf die Beitritte der Streithelfer beziehen. Die Streithelfer tragen ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Vierte erweiterte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Artikel 2, 3 und 4 der Entscheidung 2001/791/EG der Kommission vom 8. Mai 2001 in einem Verfahren gemäß Artikel 81 EG-Vertrag (Sachen: IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome [Anmeldung], IV/36.997/F3 Aseprofar and Fedifar [Beschwerde], IV/37.121/F3 Spain Pharma [Beschwerde], IV/37.138/F3 BAI [Beschwerde] und IV/37.380/F3 EAEPC [Beschwerde]) werden für nichtig erklärt.**

2. **Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**

3. **GlaxoSmithKline Services Unlimited trägt die Hälfte ihrer Kosten und die Hälfte der Kosten der Kommission einschließlich derjenigen, die sich auf die Beitritte der Streithelfer beziehen.**

4. **Die Kommission trägt die Hälfte ihrer Kosten und die Hälfte der Kosten von GlaxoSmithKline Services einschließlich derjenigen, die sich auf die Beitritte der Streithelfer beziehen.**

5. **Die Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), der Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e. V., die European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) und die Spain Pharma, SA, tragen jeweils ihre eigenen Kosten.**

Legal Lindh Wiszniewska-Białecka

Vadapalas Moavero Milanesi

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 27. September 2006.

Der Kanzler

E. Coulon

Der Präsident

H. Legal

Inhaltsverzeichnis

Rechtlicher und tatsächlicher Rahmen des Rechtsstreits ..... II - 2984

Gemeinschaftsrecht ..... II - 2984

Spanisches Recht ..... II - 2985

Vorgeschichte des Rechtsstreits ..... II - 2986

Verfahren ..... II - 2990

Anträge der Beteiligten ..... II - 2993

Gründe ..... II - 2995

I — Zu den auf Nichtigerklärung von Artikel 1 der Entscheidung abzielenden Klagegründen ..... II - 2996

A — Zum Klagegrund einer unzureichenden Begründung ..... II - 2996

1. Vorbringen der Beteiligten ..... II - 2996

2. Würdigung durch das Gericht ..... II - 2997

B — Zum Klagegrund eines Verstoßes gegen Artikel 81 Absatz 1 EG ..... II - 2998

1. Vorbemerkungen ..... II - 2998

2. Zum Vorliegen einer Vereinbarung zwischen Unternehmen ..... II - 3000

a) Inhalt der Entscheidung ..... II - 3000

b) Vorbringen der Beteiligten ..... II - 3000

c) Würdigung durch das Gericht ..... II - 3001

Zur Unabhängigkeit des jeweiligen Willens ..... II - 3001

Zur Willensübereinstimmung ..... II - 3003

3. Zum Vorliegen einer Einschränkung des Wettbewerbs ..... II - 3007

a) Inhalt der Entscheidung ..... II - 3007

b) Vorbringen der Beteiligten ... II - 3009

c) Würdigung durch das Gericht ... II - 3010

Zur Wettbewerbssituation vor der Einführung von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen ... II - 3010

Zur Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen zugeschriebenen Einschränkung des Wettbewerbs ... II - 3012

— Zum Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Zweckes ... II - 3013

— Zum Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Wirkung ... II - 3023

4. Ergebnis ... II - 3036

C — Zum Klagegrund eines Ermessensmissbrauchs, einer Verkennung des Subsidiaritätsprinzips und eines Verstoßes gegen Artikel 43 EG ... II - 3037

1. Vorbringen der Beteiligten ... II - 3037

2. Würdigung durch das Gericht ... II - 3037

II — Zu den auf Nichtigerklärung von Artikel 2 der Entscheidung abzielenden Klagegründen ... II - 3040

A — Zum Klagegrund einer unzureichenden Begründung ... II - 3040

1. Vorbringen der Beteiligten ... II - 3040

2. Würdigung durch das Gericht ... II - 3041

B — Zum Klagegrund eines Verstoßes gegen Artikel 81 Absatz 3 EG ... II - 3042

1. Inhalt der Entscheidung ... II - 3042

2. Vorbringen der Beteiligten ... II - 3043

3. Würdigung durch das Gericht ... II - 3046

a) Vorbemerkungen ... II - 3046

b) Zum Nachweis des Vorliegens einer Effizienzsteigerung ... II - 3050

Zum Vorliegen eines spürbaren objektiven Vorteils ... II - 3052

— Zur Relevanz der von GSK vorgetragenen Sachargumente und vorgelegten Beweise ... II - 3058

— Zum mit dem Parallelhandel verbundenen Effizienzverlust II - 3063

— Zum Umfang des mit dem Parallelhandel verbundenen Effizienzverlusts ... II - 3067

— Zum mit Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen verbundenen Effizienzgewinn ... II - 3071

Zur Abwägung ... II - 3074

Ergebnis ... II - 3076

c) Zum Nachweis einer Auswirkung auf den Verbraucher, der Unerlässlichkeit von Artikel 4 der allgemeinen Verkaufsbedingungen und der fehlenden Ausschaltung des Wettbewerbs ... II - 3076

4. Ergebnis ... II - 3078

Kosten ... II - 3079