



## GLAXOSMITHKLINE – BEGRENZUNG DES PARALLELHANDELS MIT ARZNEIMITTELN

*Art. 81 Abs. 1 EGV: Kartelle; Begrenzung des Parallelhandels mit Arzneimitteln; Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung; Nationale Preisregelung und Art. 81 Abs. 3 EGV: Beitrag zur Förderung des technischen Fortschritts; Beweislast; Begründung (Entscheidung des EuGH vom 6. Oktober 2009).*

### Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>HINTERGRUND UND EINFÜHRUNG ZUM THEMA</b> .....	<b>2</b>
A.	PARALLELHANDEL MIT ARZNEIMITTELN.....	2
B.	BEGRENZUNG DES PARALLELHANDELS MIT ARZNEIMITTELN .....	3
<b>II.</b>	<b>SACHVERHALT UND BEMERKUNGEN</b> .....	<b>4</b>
A.	ZUSAMMENFASSUNG DES SACHVERHALTS.....	4
B.	ZUSAMMENFASSUNG DER ERWÄGUNGEN DES EUGH.....	5
1.	<i>Einschränkung des Parallelhandels und Art. 81 Abs. 1 EGV</i> .....	6
2.	<i>Beweislastverteilung/Beweismassstab und Art. 81 Abs. 3 EGV</i> .....	8
3.	<i>Zum Genügen der wahrscheinlichen Effizienzgewinne und Art. 81 Abs. 3 EGV</i> .....	9
4.	<i>Strukturelle Art der Preisunterschiede und Art. 81 Abs. 3 EGV</i> .....	9
5.	<i>Wechselkursschwankungen und Art. 81 Abs. 3 EGV</i> .....	10
6.	<i>Förderung des technischen Fortschritts und Art. 81 Abs. 3 EGV</i> .....	11
7.	<i>Ungenügende Prüfung der Kommission betreffend der Effizienzgewinne</i> .....	12
C.	BEMERKUNGEN/KOMMENTAR.....	13
1.	<i>Fortlaufende Tendenz des EuGH zur Einschränkung des Parallelhandels</i> .....	13
2.	<i>Kernpunkt des Falles</i> .....	14
3.	<i>Binnenmarktverwirklichung/Parallelhandel versus berechtigte Geschäftsinteressen</i> .....	15
<b>III.</b>	<b>AUSBLICK</b> .....	<b>17</b>



## I. Hintergrund und Einführung zum Thema

### A. Parallelhandel mit Arzneimitteln

Wegen unterschiedlicher nationaler Marktverhältnisse und Rahmenbedingungen ist der Arzneimittelmarkt in der EU trotz andauernder Harmonisierung<sup>1</sup> für gewisse Arzneimittel in einzelne Märkte aufgeteilt.<sup>2</sup> Folge einer solchen Marktaufteilung sind internationale Preisdifferenzen,<sup>3</sup> was Parallelhändler ausnutzen.<sup>4</sup> Sie kaufen das in mehreren Mitgliedstaaten zugelassene und somit verkehrsfähige Originalarzneimittel in den Mitgliedstaaten mit niedrigem Preisniveau ein (z.B. Spanien), um es dann in Hochpreisländer (z.B. Grossbritannien) wieder für teureres Geld zu verkaufen.<sup>5</sup>

Die Gründe für das Zustandekommen von Parallelhandel mit Arzneimitteln liegt in den Besonderheiten des Arzneimittelmarktes:<sup>6</sup>

- a. *Staatliche Preisfestsetzung*: Der Preis für Arzneimittel bestimmt sich nicht nach dem Grundsatz von Angebot und Nachfrage, sondern der Preis wird

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu ausführlich WAGNER SUSANNE A., Europäisches Zulassungssystem für Arzneimittel und Parallelhandel, unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Arzneimittelrechts, Diss., Deutscher Apotheker Verlag, Stuttgart 2000, S. 64 ff., 75 ff. (zit. WAGNER).

<sup>2</sup> Vgl. LIECK STEFAN, Der Parallelhandel mit Arzneimitteln, innerhalb der Europäischen Union unter arzneimittel-, marken-, und patentrechtlichen Aspekten, Diss., Geistiges Eigentum und Wettbewerb (GEW), Band 10, Carl Heymanns Verlag GmbH, Köln/München 2008, S. 1 (zit. LIECK).

<sup>3</sup> Vgl. dazu LIECK (Fn. 2), S. 1: „Während in Grossbritannien, Irland und den Niederlanden, Dänemark, Finnland und Deutschland im Durchschnitt hohe Arzneimittelpreise verlangt werden, ist das Preisniveau in Griechenland, Spanien, Italien, Frankreich und Belgien vergleichsweise als niedrig einzustufen.“

<sup>4</sup> Vgl. dazu EuGH, verb. Rs. C-468/06 bis 478/06, vom 16. September 2008, Rz. 1 ff. (in Sachen GlaxoSmithKline 2008). In casu hatten die griechischen Grosshändler erheblich grössere Mengen bestellt, als für den griechischen Markt benötigt.

<sup>5</sup> Vgl. zum traditionellen Begriff des Parallelimports WAGNER (Fn. 1), S. 72.

<sup>6</sup> Die Aufstellung folgt LIECK (Fn. 2), S. 2 f.; Vgl. dazu auch Europäische Kommission, Pharmaceutical Sector Inquiry – Preliminary Report, 28. November 2008, veröffentlicht unter <[http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminary\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminary_report.pdf)> (besucht am 26. Oktober 2009), vgl. dazu hinten II.



entweder direkt durch staatliche Preisfestsetzungen bestimmt oder mittelbar über die Erstattungssysteme der Krankenkassen.<sup>7</sup>

- b. *Unterschiedliche Grosshandelsmargen*: Der Grosshandelaufschlag innerhalb der Mitgliedstaaten variiert zwischen drei und fünfzehn Prozent des Apothekeneinkaufspreises.<sup>8</sup>
- c. *Wechselkursschwankungen*: Im Gegensatz zu den obgenannten Faktoren spielt die Schwankung der Kurse eine untergeordnete Rolle.<sup>9</sup>

Der Parallelimport von Arzneimitteln ist in der EU grundsätzlich erlaubt.<sup>10</sup> „Er (der Parallelhandel) wird von der Kommission als willkommener Motor einer beschleunigten Integration der Märkte begrüsst und von den Mitgliedstaaten zumeist befürwortet, da sie sich eine Kostensenkung bei den Arzneimittelausgaben ihrer überlasteten Gesundheitssysteme erhoffen.“<sup>11</sup> So stellt auch der EuGH grundsätzlich fest, dass eine Beschränkung des Parallelhandels verboten ist, denn der Parallelhandel dient der Entwicklung des Handelsverkehrs und der Stärkung des Wettbewerbs.<sup>12</sup>

## B. Begrenzung des Parallelhandels mit Arzneimitteln

Die forschenden Arzneimittelhersteller fürchten den Parallelhandel, weil dadurch Gewinne für die Amortisierung ihrer Forschungs- und Entwicklungskosten ausbleiben. Im nachfolgend zu besprechenden Urteil<sup>13</sup> legte GlaxoSmithKline Services Unlimited

---

<sup>7</sup> Vgl. dazu GRANITZA AXEL, Europäisierung des Arzneimittelmarktes unter Berücksichtigung der nationalen Gesundheits- und Sozialpolitik, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1990, S. 57 ff., 60f.

<sup>8</sup> LIECK (Fn. 2), S. 3.

<sup>9</sup> LIECK (Fn. 2), S. 3; vgl. dazu unten B.5.

<sup>10</sup> Zur aktuellen Entwicklung des Parallelhandels in der Schweiz vgl.: THOMAS EICHENBERGER/PHILIPP ZURKINDEN, Der Parallelimport von Arzneimitteln in die Schweiz unter Berücksichtigung der Preisregulierung in der sozialen Krankenversicherung, SZW 2008, S. 313-328.

<sup>11</sup> WAGNER (Fn. 1), S. 27.

<sup>12</sup> Vgl. dazu EuGH, verb. Rs. C-468/06 bis 478/06, vom 16. September 2008, Rz. 37 (in Sachen GlaxoSmithKline 2008): „In Bezug auf andere Sektoren als den der pharmazeutischen Erzeugnisse hat der Gerichtshof entschieden, dass eine Praxis, mit der ein Unternehmen in beherrschender Stellung eine Beschränkung des Parallelhandels mit den von ihm vertriebenen Erzeugnissen anstrebt, eine missbräuchliche Ausnutzung dieser beherrschenden Stellung darstellt, insbesondere wenn sich eine solche Praxis dadurch als Behinderung von Parallelexporten auswirkt, dass sie das möglicherweise in anderen Verkaufsgebieten der Gemeinschaft bestehende günstigere Preisniveau ausgleicht.“

<sup>13</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 1 ff.



(nachfolgend GSK) u.a. dar, dass ein Zusammenhang zwischen Gewinn und Investition auf dem Gebiet von Forschung und Entwicklung bestehe;<sup>14</sup> der Parallelhandel verringere dabei die Gewinne der Pharmaunternehmen und führe damit zu einer Reduktion ihrer Ausgaben für Forschung und Entwicklung (Mittel für Innovation).<sup>15</sup>

Das Argument der Pharmaindustrie, der Endverbraucher profitiere vom Parallelhandel gar nicht, weil die entstehenden Profite von den Grosshändlern vereinnahmt werden, wies der EuGH jedoch in einer älteren Entscheidung (welche ebenfalls GlaxoSmithKline betraf) zurück.<sup>16</sup>

## II. Sachverhalt und Bemerkungen

### A. Zusammenfassung des Sachverhalts

GSK, eine britische Gesellschaft mit Sitz in Brentford (Vereinigtes Königreich), gehört zum Konzern der GlaxoSmithKline-Gruppe, eine der weltweit bedeutendsten Hersteller von Pharmazeutika. Die Tätigkeit von Glaxo Wellcome SA (nachfolgend GW), einer Tochtergesellschaft von GSK spanischen Rechts mit Sitz in Madrid (Spanien), besteht hauptsächlich in der Entwicklung, Herstellung und Vermarktung von Arzneimitteln in Spanien.<sup>17</sup>

GW sowie GSK übermittelten der Kommission 1998 ein Dokument mit dem Titel „Allgemeine Bedingungen für den Verkauf von Pharmazeutika von GW und ihren Tochtergesellschaften an autorisierte Grosshändler“, um ein Negativattest oder eine Freistellung nach der «Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962»<sup>18</sup> zu erlangen.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 113.

<sup>15</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 114.

<sup>16</sup> Vgl. dazu EuGH, verb. Rs. C-468/06 bis 478/06, vom 16. September 2008, Rz. 37 (in Sachen GlaxoSmithKline 2008), Rz. 52: „Der Parallelhandel funktioniert gerade deshalb, weil ein Teil der Preisspanne an die Verbraucher weiter gegeben werde. Ein gewisser Wettbewerbsdruck gehe also durchaus von den niedrigen Preisen aus, die der Parallelimporteur anbiete“.

<sup>17</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 4.

<sup>18</sup> EWG-Verordnung Nr. 17/62, ABl. 1962, S. 204; siehe dazu ferner HERDEGEN MATTHIAS, Europarecht, 10. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2008, S. 333 ff, Rz. 22 ff.

<sup>19</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 5.

Die Kommission hatte mit ihrer Entscheidung<sup>20</sup> aus dem Jahr 2001 festgestellt, dass GW gegen Art. 81 Abs. 1 EGV verstossen hat, indem sie mit spanischen Grosshändlern eine Vereinbarung geschlossen hatte, nach der zwischen Preisen, die Grosshändlern bei einem inländischen Weiterverkauf erstattungsfähiger Arzneimittel an Apotheken oder Krankenhäuser in Rechnung gestellt wurden, und höheren Preisen, die bei einem Export (Parallelexport) in einen anderen Mitgliedstaat galten, unterschieden wurde, ein sog. «dual pricing mechanism». Die Kommission hatte ferner den Antrag auf Freistellung der Vereinbarung nach Art. 81 Abs. 3 EGV zurückgewiesen.<sup>21</sup>

Der EuG erklärte den Kommissionsentscheid teilweise für nichtig, weil die Kommission nicht ausreichend geprüft habe, ob der «dual pricing mechanism» eine Ausnahme vom Kartellverbot erhalten könne.<sup>22</sup> Die Kommission sowie die GSK, inkl. die Branchenverbände, zogen den Fall weiter vor den EuGH.<sup>23</sup>

## *B. Zusammenfassung der Erwägungen des EuGH*

Vorliegend werden verfahrenstechnische Fragen, wie z.B. die Frage der gleichzeitigen Eingabe eines Rechtsmittels und eines Ausschlussrechtsmittels durch die Kommission, zu Gunsten der Übersichtlichkeit weitgehend ausgeblendet.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Entscheidung 2001/791/EG der Kommission vom 8. Mai 2001 in einem Verfahren gemäss Art. 81 EG-Vertrag; siehe auch EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 1.

<sup>21</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 1.

<sup>22</sup> EuG, T-168/01, vom 27. September 2006, Rz. 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).“

<sup>23</sup> Vgl. dazu auch konzis «EU-Kommission erhält Rüffel im Parallelhandelstreit, das höchste Gericht beschert GlaxoSmithKline einen Teilerfolg», NZZ vom 7. Oktober 2009 (Nr. 232), 25.

<sup>24</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 21 ff., insbe, Rz. 31 ff.

## 1. *Einschränkung des Parallelhandels und Art. 81 Abs. 1 EGV*

In den Rz. 114 bis 147 des angefochtenen Urteils hat der EuG geprüft, ob Art. 4 der Vereinbarung (höhere Arzneimittelpreise für den Parallelexport)<sup>25</sup> Art. 81 Abs. 1 EGV entgegenstehe, weil er eine Einschränkung des Parallelhandels bezwecke. In den Rz. 114 bis 116 des angefochtenen Urteils hat der EuG festgestellt, dass mit der Vereinbarung «ein System differenzierter Preise» eingeführt werden sollte, um den Parallelhandel zu begrenzen, und dass grundsätzlich davon auszugehen sei, dass mit ihr eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt werde.<sup>26</sup> In Rz. 133 hat das EuG der Kommission vorgeworfen, das relevante Merkmal des Sektors nie rechtsgenügend geprüft zu haben,<sup>27</sup> nämlich das Argument, dass die Preise der Arzneimitteln, welche der Kontrolle der Mitgliedstaaten unterlägen, die sie unmittelbar oder mittelbar auf einem ihnen angemessen erscheinenden Niveau festsetzten, in der Europäischen Gemeinschaft strukturbedingt unterschiedlich seien und im Gegensatz zu den Preisen anderer Verbrauchsgüter jedenfalls in erheblichem Umfang dem freien Spiel von Angebot und Nachfrage entzogen seien. In Rz. 134 des angefochtenen Urteils hat der EuG schliesslich ausgeführt, dass nicht vermutet werden könne, dass sich der Parallelhandel auf die gegenüber den Endverbrauchern praktizierten Preise von Arzneimitteln auswirke, deren Kosten von den nationalen Krankenversicherungssystemen übernommen würden, und ihnen so einen spürbaren Vorteil verschaffe, der dem gleichkomme, den sie bei einer Bestimmung der Preise im Spiel von Angebot und Nachfrage hätten.<sup>28</sup>

Der EuGH stellt zunächst ganz allgemein fest, dass Vereinbarungen, mit denen der Parallelhandel begrenzt oder verboten werden soll,<sup>29</sup> grundsätzlich eine Verhinde-

---

<sup>25</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 7 f., sog. «dual pricing mechanism».

<sup>26</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 41.

<sup>27</sup> Vgl. zu den Vorbringen der Verfahrensbeteiligten EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 47-53.

<sup>28</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 42.

<sup>29</sup> Vgl. dazu auch die Ausführung in den Schlussanträgen der Generalanwältin TRSTENJAK VERICA, vom 30. Juni 2009, Verbundene Rechtssachen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, Rz. 155: „Erstens ergibt sich nach meinem Verständnis aus den Randnrn. 65 f. des in grosser Kammer erlassenen Urteils des Gerichtshofs Sot. Lélos kai Sia (C-468/06, Slg. 2008, I-0000), dass trotz der rechtlichen und wirtschaftlichen Besonderheiten des Arzneimittelsektors auch für diesen der Grundsatz gilt, wonach eine Vereinbarung zur Beschränkung des Parallelhandels als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung anzusehen ist. Auch wenn diesem Urteil eine Vorlagefrage zugrunde lag, welche die Auslegung von Art. 82 EG zum Gegenstand hatte, hat der Gerichtshof dort ausdrücklich auf den Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 81 EG Bezug genommen.“



rung des Wettbewerbs bezwecken.<sup>30</sup> Der Feststellung des EuG, dass bei einer Vereinbarung, die auf eine Begrenzung des Parallelhandels abziele, grundsätzlich davon auszugehen sei, dass diese eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecke, gelte dies insofern, als vermutet werden könne, dass dadurch den Endverbrauchern die Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs hinsichtlich der Bezugsquellen oder der Preise vorenthalten würden, wird weder durch den Wortlaut des Art. 81 Abs. 1 EGV noch durch die Rechtsprechung gestützt.<sup>31</sup> Diesen Grundsatz einer möglichen Verhinderung des Wettbewerbs i.V.m. Art. 81 EGV erläutert der EuGH konzis wie folgt:<sup>32</sup>

63 Zum einen geht aus dieser Vorschrift [Art. 81 Abs. 1 EGV] nicht hervor, dass nur Vereinbarungen, die den Verbrauchern bestimmte Vorteile entziehen, einen wettbewerbswidrigen Zweck haben könnten. Zum anderen hat der Gerichtshof entschieden, dass Art. 81 EG, wie auch die übrigen Wettbewerbsregeln des Vertrags, nicht nur dazu bestimmt ist, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen. Daher setzt die Feststellung, dass mit einer Vereinbarung ein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt wird, nicht voraus, dass dadurch den Endverbrauchern die Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs hinsichtlich der Bezugsquellen oder der Preise vorenthalten werden (vgl. entsprechend Urteil T-Mobile Netherlands u. a., Randnrn. 38 und 39).

64 Daraus folgt, dass dem Gericht ein Rechtsfehler unterlaufen ist, als es das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Zwecks von dem Nachweis abhängig gemacht hat, dass die Vereinbarung Nachteile für die Endverbraucher beinhalte, und geschlossen hat, dass die Vereinbarung keinen solchen Zweck verfolgt.

Der EuGH schützt den EuG jedoch insofern, als dieser nicht festzustellen hatte, ob die fraglichen Regelungen den Wettbewerb tatsächlich verfälschten oder nicht.<sup>33</sup> Dies wäre wohl Sache der untersuchenden Instanz, der Kommission.

---

<sup>30</sup> vgl. in diesem Sinne Urteile vom 1. Februar 1978, Miller International Schallplatten/Kommission, 19/77, Slg. 1978, 131, Randnrn. 7 und 18, und vom 12. Juli 1979, BMW Belgium u. a./Kommission, 32/78, 36/78 bis 82/78, Slg. 1979, 2435, Randnrn. 20 bis 28 und 31.

<sup>31</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 62.

<sup>32</sup> EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 63/4.

<sup>33</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 75.



## 2. Beweislastverteilung/Beweismassstab und Art. 81 Abs. 3 EGV

Die Kommission<sup>34</sup> machte geltend, dass anders als in Fusionsfällen, in denen die Anmelder keine besondere Beweislast trügen, es im Zusammenhang mit Art. 81 Abs. 3 EGV jedoch nach ständiger Rechtsprechung des EuGH Sache der betroffenen Unternehmen ist, der Kommission Beweise dafür rechtsgenügend vorzulegen, dass die Vereinbarung die Voraussetzungen einer Freistellung erfüllt.<sup>35</sup>

GSK wehrte sich gegen diese Argumente. Der EuG habe bloss festgestellt, dass die Kommission das Vorbringen von GSK nicht so ernst genommen habe, wie sie es hätte tun müssen.<sup>36</sup> Habe das Unternehmen durch das Vorbringen relevanter, glaubhafter und wahrscheinlicher Argumente dargelegt, dass die Voraussetzungen dieser Vorschrift vernünftigerweise gelten könnten, sei die Kommission verpflichtet, diese Argumente zu widerlegen.<sup>37</sup>

Dazu verdeutlicht der EuGH wie folgt: „Die Beweislast trägt demnach das Unternehmen, das die Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EGV beantragt. Die tatsächlichen Gesichtspunkte, auf die sich das Unternehmen beruft, können die andere Partei jedoch zu einer Erläuterung oder Rechtfertigung zwingen, da sonst der Schluss zulässig ist, dass den Anforderungen an die Beweislast genügt wurde (vgl. in diesem Sinne Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission, Randnr. 279).“<sup>38</sup> Zur begrenzten Kognition des EuG kann hier nicht näher eingegangen werden.<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> Hierfür verweist die Kommission auf die Urteile vom 13. Juli 1966, Consten und Grundig/Kommission (56/64 und 58/64, Slg. 1966, 322), sowie vom 17. September 1985, Ford-Werke und Ford of Europe/Kommission (25/84 und 26/84, Slg. 1985, 2725).

<sup>35</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 79.

<sup>36</sup> Der EuG habe auch auf die Urteile vom 28. Februar 2002, Compagnie générale maritime u. a./Kommission (T-86/95, Slg. 2002, II-1011), und vom 23. Oktober 2003, Van den Bergh Foods/Kommission (T-65/98, Slg. 2003, II-4653), Bezug genommen, die Art. 81 Abs. 3 EG betreffen.

<sup>37</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 81.

<sup>38</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 83.

<sup>39</sup> Vgl. EuG, T-168/01, vom 27. September 2006, Rz. 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.“; siehe dazu die Bestätigung in Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 86: „Das Gericht hat weiter ausgeführt, dass es ihm nicht zustehe, die wirtschaftliche Beurteilung des Urhebers der Entscheidung, deren Rechtmässigkeit es zu kontrollieren hat, durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen.“





### 3. *Zum Genügen der wahrscheinlichen Effizienzgewinne und Art. 81 Abs. 3 EGV*

Die Kommission machte geltend, der EuG<sup>40</sup> habe es rechtsfehlerhaft für ausreichend gehalten, dass das Unternehmen, welches eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EGV beantrage, nachweise, dass es «wahrscheinlich» sei, dass sich Effizienzgewinne ergeben könnten.<sup>41</sup>

Der EuGH verdeutlicht das Genügen der «Wahrscheinlichkeit»<sup>42</sup> wie folgt: „Es ist festzustellen, dass das Gericht in Randnr. 247 des angefochtenen Urteils zu Recht ausgeführt hat, dass eine Vereinbarung, um nach Art. 81 Abs. 3 EGV freigestellt zu werden, zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen muss. 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 diesem Sinne Urteil Consten und Grundig/Kommission, S. 396 und 397).“<sup>43</sup>

In Rz. 94 f. schützte der EuGH den EuG, welcher entschied, dass die Kommission wohl ungenügend geprüft habe, ob «spürbare objektive Vorteile» zu erkennen sind.

### 4. *Strukturelle Art der Preisunterschiede und Art. 81 Abs. 3 EGV*

Die Kommission rügte<sup>44</sup> ferner, der EuG habe Art. 81 Abs. 3 EGV falsch angewandt, indem er angenommen habe, dass die «strukturelle Art der Preisunterschiede» zu einer

---

<sup>40</sup> Vgl. EuG, T-168/01, vom 27. September 2006, Rz. 249 und 252.

<sup>41</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 89.

<sup>42</sup> Vgl. dazu auch die Ausführung in den Schlussanträgen der Generalanwältin TRSTENJAK VERICA, vom 30. Juni 2009, Verbundene Rechtssachen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, Rz. 193: „Eine Prognose kann letztlich nie mit hundertprozentiger Sicherheit erfolgen. Daher genügt es für die Annahme eines spürbaren objektiven Vorteils, wenn die Kommission aufgrund der vorgelegten Argumente und Beweismittel zu der Überzeugung gelangt, dass der Eintritt des spürbaren objektiven Vorteils aufgrund konkreter Erfahrungen hinreichend wahrscheinlich ist.“

<sup>43</sup> EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 92.

<sup>44</sup> Vgl. EuG, T-168/01, vom 27. September 2006, Rz. 276 und 301 sowie 162 bis 169 und 281 bis 293.



Verschärfung der Beweislast führe, und sich die Prüfung des Umfangs etwaiger Effizienzgewinne erübrige. Das Gericht habe, was die Prüfung des Vorbringens von GSK anbelange, hohe Anforderungen an sie gestellt, und zwar mit der Begründung, dass die Lage, in der sich dieses Unternehmen befinde, strukturbedingt sei.

Der EuGH folgte der Ansicht der Kommission nicht. Mit der Feststellung des EuG<sup>45</sup>, dass die Kommission es zu Unrecht unterlassen habe, bestimmte Gesichtspunkte zu berücksichtigen, auf die GSK in ihrem Antrag hingewiesen hatte, darunter u. a. die «strukturellen Besonderheiten des Arzneimittelsektors», und dass der Freistellungsantrag von GSK wegen dieses Versäumnisses nicht genügend geprüft worden sei, hat der EuG nach Ansicht des EuGH keinen Rechtsfehler begangen.<sup>46</sup>

Hiermit verdeutlicht der EuGH erneut die Wichtigkeit des rechtlichen Gehörs (im Sinne eines Mitwirkungsrechts) im EG-Kartellverfahren und lässt das Scheinargument einer Verschärfung der Beweislast nicht gelten.<sup>47</sup>

## 5. Wechselkursschwankungen und Art. 81 Abs. 3 EGV

Nach Ansicht der Kommission erlauben es die Rechtsvorschriften der Gemeinschaft den Unternehmen nicht, sich auf die Wirkung von Wechselkursschwankungen<sup>48</sup> zu berufen, um damit Behinderungen des Parallelhandels zu rechtfertigen.<sup>49</sup> Der EuGH hält zu diesem Vorbringen kurz und bündig fest, dass der EuG in den beanstandenden Randziffern<sup>50</sup> nicht entschieden habe, dass eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, die Währungsschwankungen ausgleichen solle, nach Art. 81 Abs. 3 EGV freigestellt werden kann.<sup>51</sup>

---

<sup>45</sup> Vgl. EuG, T-168/01, vom 27. September 2006, Rz. 276 und 303.

<sup>46</sup> Vgl. EuG, T-168/01, vom 27. September 2006, Rz. 104.

<sup>47</sup> Vgl. dazu WEISS WOLFGANG, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, zugleich ein Beitrag zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts, in: Ius Criminale, Schriftenreihe zum europäischen Strafrecht, Karl Heymanns KG, München 1996, S. 189 ff. (zit. WEISS).

<sup>48</sup> Vgl. zur Wechselkursschwankung und dem Parallelhandel, LIECK (Fn. 2), S. 3.

<sup>49</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 108.

<sup>50</sup> Vgl. EuG, T-168/01, vom 27. September 2006, Rz. 292 f.

<sup>51</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 109.

## 6. Förderung des technischen Fortschritts und Art. 81 Abs. 3 EGV

Die Kommission<sup>52</sup> trug vor, der für die Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EGV notwendige Kausalzusammenhang sei im Urteil des EuG falsch angewandt worden. Der EuG stellte nämlich fest, dass die Wettbewerbsbeschränkung zur Förderung des technischen Fortschritts beitrage, wenn die Steigerung der Einnahmen dem Hersteller zugute komme und nicht dem Grosshändler.

„Insoweit sei zu prüfen, ob die Beschränkung tatsächlich zum technischen Fortschritt beitrage, und nicht, ob sie zu einer Steigerung der Einnahmen führe, die, wenn die Unternehmen dies wollten, in die Forschung und Entwicklung investiert werden könnten. Es genüge nicht, dass ein Teil dieser Mehreinnahmen in die Forschung und Entwicklung fliesse und den Herstellern zugute komme und nicht den Grosshändlern.“ Entgegen seiner im Urteil vom 27. Januar 1987, Verband der Sachversicherer/Kommission (45/85, Slg. 1987, 405), vertretenen Auffassung sei das Gericht im angefochtenen Urteil davon ausgegangen, dass diese Voraussetzung schon dann erfüllt sei, wenn ein Teil der Mehreinnahmen in die Forschung und Entwicklung fliesse. Das Gericht habe rechtsfehlerhaft angenommen, dass die Voraussetzung der Verbesserung der Verteilung der Erzeugnisse oder der Förderung des technischen Fortschritts erfüllt sein könne, obwohl kein spezifischer Zusammenhang zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und dem geltend gemachten Vorteil bestehe.“<sup>53</sup>

Nachvollziehbar erläutert GSK dies mit einer Darlegung des Zusammenhangs zwischen Gewinn und Investition auf dem Gebiet von Forschung und Entwicklung. „Dieser Zusammenhang müsse im Licht von umfassenden quantitativen Untersuchungen über einen langen Zeitraum und nicht über mehrere Monate analysiert werden.“<sup>54</sup> Das Problem liege darin, dass die Kommission sich nicht die Mühe gemacht habe, zu untersuchen, ob die Vereinbarung «spürbare objektive Vorteile» enthalte.<sup>55</sup>

Die Kommission gab sich damit nicht geschlagen. Dass der Parallelhandel die Gewinne und damit die Ausgaben für Forschung und Entwicklung und folglich die Innovation verringere, sei hypothetisch und so allgemein, dass sie für jegliche Wettbewerbsbeschränkung in jedem forschungs- und entwicklungsintensiven Sektor gelten

---

<sup>52</sup> Unter Beanstandung der folgenden Randziffern: EuG, T-168/01, vom 27. September 2006, Rz. 255, 269, 274, 281, 297 und 300.

<sup>53</sup> EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 112.

<sup>54</sup> EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 113.

<sup>55</sup> EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 115.

könnten. Diese Ausführungen zum angeblichen Kausalzusammenhang zwischen Parallelhandel und Innovation seien deshalb abwegig.<sup>56</sup>

Der EuGH hält dazu das Folgende fest: „In den Randnrn. 281, 297 und 303 des angefochtenen Urteils hat das Gericht zunächst festgestellt, dass die Kommission nicht alle einschlägigen Gesichtspunkte berücksichtigt habe, die GSK zu dem mit dem Parallelhandel verbundenen Effizienzverlust vorgetragen habe, dann den mit Art. 4 der Vereinbarung verbundenen Effizienzgewinn erörtert und schliesslich den Schluss gezogen, dass die angefochtene Entscheidung an einem Prüfungsmangel leide.“<sup>57</sup>

Der EuGH schützte die Ausführung des EuG und erteilt der Kommission somit auch hier einen negativen Bescheid.<sup>58</sup>

### 7. *Ungenügende Prüfung der Kommission betreffend der Effizienzgewinne*

Die Kommission beanstandete Rz. 261 des angefochtenen Urteils,<sup>59</sup> in der das Gericht entschieden hat, dass sie es nicht für nötig befunden hatte, im Einzelnen zu prüfen, ob nachgewiesen sei, dass Art. 4 der Vereinbarung einen Effizienzgewinn nach sich ziehe; diese Frage, so das Gericht, sei in Nr. 156 der Gründe der streitigen Entscheidung lediglich punktuell behandelt worden. Sie wendet sich auch gegen die Rz. 299 ff. des Urteils, in denen das Gericht entschieden hat, dass sie sich nicht – apodiktisch und ohne Begründung – auf den Standpunkt habe stellen können, dass die von GSK vorgetragene Sachargumente und vorgelegten Beweise als hypothetisch anzusehen seien.<sup>60</sup>

Nach Ansicht des EuGH durfte der EuG in Rz. 261 seines Urteils feststellen, dass es die Kommission im Einzelnen unterlassen hatte darzulegen, ob Art. 4 der Vereinbarung tatsächlich einen Effizienzgewinn für den Wettbewerb bewirke sowie ob der Parallelhandel ganz allgemein zu einem Effizienzverlust für den Wettbewerb führe.<sup>61</sup>

<sup>56</sup> EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 114.

<sup>57</sup> EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 118.

<sup>58</sup> EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 119.

<sup>59</sup> Vgl. EuG, T-168/01, vom 27. September 2006, Rz. 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.“

<sup>60</sup> EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 123.

<sup>61</sup> EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 131.

Betreffend die Kognition des EuG auf offensichtliche Beurteilungsfehler, bzw. des Masstabes der gerichtlichen Kontrolle, muss hier zu Gunsten der Übersichtlichkeit auf das EuGH-Urteil selbst verwiesen werden.<sup>62</sup>

### C. Bemerkungen/Kommentar

#### 1. Fortlaufende Tendenz des EuGH zur Einschränkung des Parallelhandels

Der EuGH hat sich bereits in seinem Urteil aus dem Jahre 2008 in Sachen GSK A EVE zum Parallelhandel<sup>63</sup> positioniert.<sup>64</sup> Dem EuGH wurde hauptsächlich die Frage vorgelegt, ob eine Lieferverweigerung, mit dem Ziel den Parallelhandel zu unterbinden, per se verboten ist, oder ob die staatliche Preisregulierung zu einer differenzierten Beurteilung führen muss.<sup>65</sup> In concreto hat der EuGH entschieden, dass Bestellungen von Pharma-Grosshändlern nur dann ausgeführt werden müssen, wenn sie einen nachvollziehbaren Lieferumfang (Bedarf des nationalen Marktes) entsprechen;<sup>66</sup> bei Bestellungen für den Parallelexport ist nach dem EuGH eine Lieferverweigerung rechtfertigbar.

---

<sup>62</sup> Vgl. dazu EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 140 ff., insbesondere Rz. 147: „Im Rahmen einer solchen Kontrolle kann das Gericht jedoch prüfen, ob die Kommission die streitige Entscheidung hinreichend begründet hat (vgl. in diesem Sinne Urteile Remia u. a./Kommission, Randnr. 40, und vom 28. Mai 1998, Deere/Kommission, C-7/95 P, Slg. 1998, I-3111, Randnrn. 28 und 29).“

<sup>63</sup> Vgl. dazu EuGH, verb. Rs. C-468/06 bis 478/06, vom 16. September 2008, Rz. 37 (in Sachen GlaxoSmithKline 2008): „In Bezug auf andere Sektoren als den der pharmazeutischen Erzeugnisse hat der Gerichtshof entschieden, dass eine Praxis, mit der ein Unternehmen in beherrschender Stellung eine Beschränkung des Parallelhandels mit den von ihm vertriebenen Erzeugnissen anstrebt, eine missbräuchliche Ausnutzung dieser beherrschenden Stellung darstellt, insbesondere wenn sich eine solche Praxis dadurch als Behinderung von Parallelexporten auswirkt, dass sie das möglicherweise in anderen Verkaufsgebieten der Gemeinschaft bestehende günstigere Preisniveau ausgleicht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. November 1975, General Motors Continental/Kommission, 26/75, Slg. 1975, 1367, Randnr. 12), oder wenn durch sie Reimporte, die mit dem Vertriebsnetz dieses Unternehmens in Wettbewerb treten, behindert werden sollen (Urteil vom 11. November 1986, British Leyland/Kommission, 226/84, Slg. 1986, 3263, Randnr. 24). Parallelimporte geniessen nämlich einen gewissen gemeinschaftsrechtlichen Schutz, da sie die Entwicklung des Handelsverkehrs und die Stärkung des Wettbewerbs begünstigen (Urteil vom 16. Januar 1992, X, C-373/90, Slg. 1992, I-131, Randnr. 12).“

<sup>64</sup> Vgl. dazu EuGH, verb. Rs. C-468/06 bis 478/06, vom 16. September 2008, Rz. 1 ff. (in Sachen GlaxoSmithKline 2008).

<sup>65</sup> Vgl. dazu RUPPRECHT PODSZUN, Parallelhandel mit Arzneimitteln: EuGH erlaubt Marktbeherrschern Lieferverweigerungen, sic!, 3/2009, S. 206 (zit. RUPPRECHT)

<sup>66</sup> In casu hatten die griechischen Grosshändler erheblich grössere Mengen bestellt, als für den griechischen Markt benötigt.



Unter Bezugnahme auf das Urteil *United Brands und United Brands Continen-  
taal/Kommission*<sup>67</sup> trug GSK AEVE dem EuGH vor, dass ein Unternehmen in beherr-  
schender Stellung nicht verpflichtet sei, Bestellungen auszuführen, die anormal seien,  
und dass es die angemessenen Massnahmen ergreifen könne, die der Schutz seiner be-  
rechtigten geschäftlichen Interessen erfordere.<sup>68</sup> Diesem Argument folgte der EuGH.<sup>69</sup>

Das GSK-Urteil aus dem Jahre 2008<sup>70</sup> sowie das hier zu besprechende aus dem  
Jahre 2009<sup>71</sup> lässt deutlich eine Tendenz erkennen, den Pharmaunternehmen entgegen-  
zukommen. Nach dem EuGH muss es den Produzenten von Arzneimitteln erlaubt  
sein, ihre berechtigten geschäftlichen Interessen zu schützen, auch wenn sie marktbe-  
herrschend sind.<sup>72</sup> Dies kann mit einer Lieferverweigerung (überschreiten des nationa-  
len Bedarfs) oder einer vertraglichen Regelung geschehen (dual pricing mechanism).

## 2. *Kernpunkt des Falles*

Stein des Anstosses ist Rz. 261 (EuG): „Die Kommission hat so in den Begründungs-  
erwägungen 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 Effizienzge-  
winn nach sich ziehe; diese Frage ist in der Begründungserwägung 156 der Entschei-  
dung lediglich punktuell behandelt worden.“<sup>73</sup> Die Kommission dagegen beanstandete  
Rz. 261 des angefochtenen Urteils, in welcher der EuG entschieden hat, dass sie es  
nicht für nötig befunden habe, im Einzelnen zu prüfen, ob nachgewiesen sei, dass  
Art. 4 der Vereinbarung einen Effizienzgewinn nach sich ziehe.<sup>74</sup>

---

<sup>67</sup> Vgl. Urteil vom 14. Februar 1978, *United Brands und United Brands Continen-  
taal/Kommission*, 27/76, Slg. 1978, 207, Rz. 183.

<sup>68</sup> Vgl. dazu EuGH, verb. Rs. C-468/06 bis 478/06, vom 16. September 2008, Rz. 40 (in Sachen *Glaxo-  
SmithKline* 2008).

<sup>69</sup> Vgl. dazu EuGH, verb. Rs. C-468/06 bis 478/06, vom 16. September 2008, Rz. 40 bis 51 (in Sachen  
*GlaxoSmithKline* 2008).

<sup>70</sup> Vgl. dazu EuGH, verb. Rs. C-468/06 bis 478/06, vom 16. September 2008, Rz. 1 ff. (in Sachen *Gla-  
xoSmithKline* 2008).

<sup>71</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 1 ff.  
<sup>72</sup> So RUPPRECHT (Fn. 61), S. 206.

<sup>73</sup> EuG, T-168/01, vom 27. September 2006, Rz. 261.

<sup>74</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 123.

Der EuGH bestätigt das Urteil der ersten Instanz und rügt somit die Kommission, sie habe in ungenügender Weise geprüft, ob eine Ausnahme vom Kartellverbot gerechtfertigt sei.<sup>75</sup> Was die Kommission rechtsgenügend hätte darlegen müssen, ist, ob Art. 4 der Vereinbarung einen Effizienzgewinn für den Wettbewerb nach sich zieht, oder eben nicht.

### 3. *Binnenmarktverwirklichung/Parallelhandel versus berechtigte Geschäftsinteressen*

Im europäischen Recht wird der Parallelhandel wettbewerblich als etwas Positives angesehen, weil von ihm Wettbewerbsimpulse ausgehen können, welche andernfalls aufgrund bestimmter nationaler Barrieren wohl nicht erfolgen würden.<sup>76</sup> Letztendlich trägt dieser Ansatz zur Binnenmarktverwirklichung bei.<sup>77</sup> Für die Hersteller von Arzneimitteln stellt der Parallelhandel jedoch ein «geschäftliches Ärgernis»<sup>78</sup> dar, weil dadurch Gewinne für die Amortisierung ihrer Forschungs- und Entwicklungskosten ausbleiben.

Dieser Ansatz wird vom EuGH auch bestätigt: Einerseits stellt er klar, dass die Beschränkung des Parallelhandels grundsätzlich verboten ist,<sup>79</sup> andererseits anerkennt er jedoch auch, dass ein marktmächtiges Unternehmen die Möglichkeit haben muss, seine «geschäftlichen Interessen» in vernünftigem Mass zu schützen.<sup>80</sup>

Nach dem früheren<sup>81</sup> wie auch dem hier zu besprechenden Fall<sup>82</sup> wird die Beschränkung des Parallelhandels im Ansatz geschützt, sei es mit der Zulässigkeit einer

<sup>75</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 131.

<sup>76</sup> Vgl. dazu statt Vieler, WAGNER (Fn. 1), S. 27.

<sup>77</sup> Vgl. dazu allgemein: ZÄCH ROGER, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts, 2. Auf. Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 55 ff., Rz. 120 ff, insbe. 246 ff, 264, 267 und 603, siehe auch RUPPRECHT (Fn. 61), S. 208: „Die Verwirklichung des Binnenmarktes war für das europäische Recht lange Jahre ein leitendes Ziel, und das Kartellrecht wurde häufig in den Dienst dieses Ziels gestellt. (...) Möglicherweise tritt aber die Verwirklichung des Binnenmarktziels mit zunehmendem Erreichungsgrad in den Hintergrund.“

<sup>78</sup> So RUPPRECHT (Fn. 61), S. 207.

<sup>79</sup> Vgl. zu diesem Ansatz schon EuGH, verb. Rs. C-468/06 bis 478/06, vom 16. September 2008, Rz. 37 (in Sachen GlaxoSmithKline 2008).

<sup>80</sup> Vgl. dazu EuGH, verb. Rs. C-468/06 bis 478/06, vom 16. September 2008, Rz. 50 (in Sachen GlaxoSmithKline 2008).

<sup>81</sup> Vgl. dazu EuGH, verb. Rs. C-468/06 bis 478/06, vom 16. September 2008, Rz. 1 ff. (in Sachen GlaxoSmithKline 2008).

<sup>82</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 und C-519/06, vom 6. Oktober 2009, Rz. 261.



Lieferverweigerung für Bestellungen, die den nationalen Bedarf übersteigen, oder aber einer vertraglichen Regelung, welche einen sog. «dual pricing mechanism» einführt, wonach Arzneimittel für den Parallelexport teurer sind.





### III. Ausblick

Hervorzuheben ist an dieser Stelle zunächst, dass das Urteil des EuGH aus rein rechtlicher Sicht (auch wenn man mit dem Ergebnis, dass der Parallelhandel wohl immer mehr zurückgedrängt wird, nicht einverstanden sein mag) eine sehr hohe juristische Präzision aufweist. Das Urteil des EuG besteht aus 324 Randziffern, die Schlussanträge der Generalanwältin weisen 305 und das EuGH Urteil 170 Randziffern auf.

Das neue Urteil des EuGH in Sachen Parallelimport zeigt, dass einem Marktherrscher nicht das Recht genommen werden soll, seine eigenen «geschäftlichen Interessen» zu wahren. Hier bleibt weiterhin Spielraum für die Verteidigung.<sup>83</sup> Weiter zeigt der neue EuGH-Entscheid, dass es kein Per-se-Verbot gegen eine Beschränkung des Parallelhandels gibt.

Grundsätzlich sollte bezüglich des Parallelimportes der Frage Beachtung geschenkt werden, wie das Kartellrecht im Pharmasektor angewendet wird. Diese Frage wurde von der Europäischen Kommission durch eine Sektorenuntersuchung beleuchtet.<sup>84</sup> Die Ursachen für die wettbewerblichen Probleme sind nach diesem Bericht u.a. in einer fehlerhaften Steuerung im Patentrecht zu erblicken.

Ist das Tor zu einer Neuorientierung aufgerissen worden? Diese Frage ist zu bejahen. Das Urteil des EuGH aus dem Jahre 2008 bezüglich der erlaubten Lieferverweigerung und auch das hier zu besprechende Urteil in Sachen «dual pricing mechanism» sind für den Pharma-Sektor signifikant, denn in der Tendenz wird damit der Parallelhandel Scheibe um Scheibe zurückgeschnitten.

Diese Tendenz dient nicht dem Wettbewerb.

---

<sup>83</sup> Vgl. WEISS (Fn. 47), S. 189 ff.

<sup>84</sup> Vgl. Europäische Kommission, Pharmaceutical Sector Inquiry – Preliminary Report, 28. November 2008, veröffentlicht unter <[http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminary\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminary_report.pdf)> (besucht am 26. Oktober 2009), S. 367 ff. (Patents); vgl. dazu auch CARL SHAPIRO, Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting, in: Adam B. JAFFE/JOSH LERNER/SCOTT STERN (eds.), Innovation Policy and Economy, National Bureau of Economic Research, Vol. 1, Cambridge Mass. 2001, 119 ff.