

Fall:

Das Pharmaunternehmen P mit Sitz in Berlin stellt ein europaweit nachgefragtes Medikament zur Behandlung von Herzerkrankungen her. Aufgrund seiner verlässlichen Wirkung und seiner guten Verträglichkeit ist das verschreibungspflichtige Medikament sowohl aus Sicht der Ärzte als auch aus Sicht der Patienten mit keinem anderen Arzneimittel vergleichbar. P erzielt daher in Deutschland mit dem Medikament einen Marktanteil von fast 90 %.

Dabei schwanken die Endabgabepreise für das Medikament in den verschiedenen Mitgliedstaaten erheblich. Während das Medikament in Spanien, Frankreich und Griechenland wegen staatlicher Regulierungsmaßnahmen günstig ist, kostet das Medikament in Deutschland fast 30 % mehr als in diesen Mitgliedsländern. Dies veranlasst den Importeur I mit Sitz in Stuttgart, das Medikament nicht mehr unmittelbar bei P zu bestellen, sondern sich an einen herstellerunabhängigen Arzneimittelgroßhändler in Frankreich zu wenden. Seit dem Jahre 2009 wird I nunmehr von dem selbstständigen Großhändler, G, mit Sitz in Lyon beliefert. Im Jahre 2011 fällt P auf, dass die Bestellungen aus Deutschland rapide nachgelassen haben, dafür aber die Bestellungen aus Frankreich um diese Differenz angestiegen sind. Dadurch hat P für die vergangenen zwei Jahre einen Umsatzverlust von 100 Millionen Euro zu verzeichnen und muss aufgrund dessen die Investitionen in die Forschung für ein neues Mittel gegen Bluthochdruck und Diabetes reduzieren.

P fürchtet eine Preisschraube nach unten, wenn er weiterhin den französischen Großhändler, G, in dem erhöhten Umfang beliefert. Daher reduziert er – gegen den Willen des G - einseitig die Belieferung des G um die Menge an Medikamenten, um die die Bestellungen in den vergangenen zwei Jahren angestiegen sind. P will damit erreichen, dass die Ware von deutschen Abnehmern wieder direkt bei ihm nachgefragt wird und nicht bei dem Importeur I.

Der deutsche Importeur I wird nun nicht mehr von G beliefert und fürchtet um sein sehr lukratives Geschäftsmodell. Außerdem meint er, dass P einen eklatanten Verstoß gegen das europäische Kartellrecht begehen würde.

Er wendet sich an Sie mit der Bitte um Prüfung, ob P mit der einseitigen Reduzierung der Liefermengen gegen das europäische Kartellverbot verstößt oder seine Marktmacht auf dem europäischen Arzneimittelmarkt missbraucht.

Nehmen Sie dazu gutachterlich Stellung!

100 Punkte

Lösungshinweise

A. Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV durch einseitige Reduzierung der Liefermengen

Indem P einseitig die Belieferung des G um die Menge an Medikamenten reduzierte, um die die Bestellungen in den vergangenen zwei Jahren angestiegen sind, könnte P gegen das europäische Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen haben.

Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sind mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezwecken oder bewirken.

Es müsste sich daher bei P und G um „Unternehmen“ im Sinne des EG-Kartellrechts handeln, und es müsste zwischen ihnen eine Vereinbarung oder ein aufeinander abgestimmtes Verhalten vorliegen, welches den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigt und eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

I. Unternehmen

Damit ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt, müsste es sich bei den Beteiligten, dem Pharmahersteller, P, und dem französischen Arzneimittelgroßhändler, G, also zunächst um „Unternehmen“ im Sinne des europäischen Kartellrechts handeln. Nach dem sog. funktionalen Unternehmensbegriff ist ein Unternehmen jede Einheit, die wirtschaftlich tätig ist, ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform und unabhängig davon, ob eine Gewinnerzielungsabsicht vorhanden ist. Diese Definition ist sehr weit. Daher wird die Auslegung des Unternehmensbegriffs ergänzt durch eine Negativabgrenzung. Entscheidend ist danach, dass mit der Betätigung nicht lediglich der eigene Bedarf gedeckt wird oder die Arbeitnehmereigenschaft vorliegt.

P ist Hersteller von pharmazeutischen Produkten, die er europaweit vertreibt. Damit nimmt P am Wirtschaftsleben teil, ohne dass eine der oben genannten Einschränkungen relevant wird. P ist ein „Unternehmen“ im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV.

G ist selbstständiger Großhändler für Arzneimittel, er vertreibt also Arzneimittel vor allem an Einzelhändler wie Apotheken und tätigt darüber hinaus Umsatzgeschäfte mit mindestens einem Importeur in einem anderen Mitgliedsland, dem deutschen Importeur I. Demzufolge ist auch er wirtschaftlich tätig und nicht etwa der Endverbraucherstufe zuzuordnen. G ist also ebenfalls „Unternehmen“ im Sinne des EG-Kartellrechts.

II. Vereinbarung

Fraglich ist darüber hinaus, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen vorliegt. Eine solche könnte hier zwischen P und dem Großhändler G zu Stande gekommen sein. Unter einer Vereinbarung im Sinne des europäischen Kartellverbotes ist jede Verständigung von Unternehmen über ein wettbewerblich relevantes gemeinsames Auftreten am Markt zu verstehen. Das konkrete Verhalten des P, das gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen könnte, ist die Reduzierung der Liefermengen gegenüber G, mit der P erreichen will, dass der sog. Parallelhandel eines Dritten, I, mit dem Herzmedikament unterbunden wird.

Dies wirft die Frage auf, ob es sich bei dieser Maßnahme des G in Form der teilweisen Einstellung der Belieferung um eine Vereinbarung in dem genannten Sinne handelt. Entscheidend dafür ist, dass ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken von Unternehmen zur Beeinflussung des Wettbewerbs im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV festzustellen ist und nicht eine

einseitige Verhaltensweise eines Unternehmens.

Da der Begriff der Vereinbarung im europäischen Kartellrecht nicht im Sinne eines förmlichen zivilrechtlichen Vertragsbegriffes, sondern weiter auszulegen ist, können auch juristisch nicht bindende und nicht durchsetzbare Verpflichtungen, wie etwa Gentlemen´s-agreements und Verpflichtungen rein moralischer oder wirtschaftlicher Art zu einem bestimmten Marktverhalten darunter fallen. Grundsätzlich ist der Begriff der Vereinbarung aber dadurch gekennzeichnet, dass eine **Willensübereinstimmung von mindestens zwei Parteien** vorliegt. Die betreffenden Unternehmen müssen ihren **gemeinsamen** Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten. In welcher Ausdrucksform dies geschieht, ist hingegen nicht relevant. Dabei kann auch eine dem Anschein nach einseitig getroffene oder auferlegte Maßnahme eines Herstellers im Rahmen fortlaufender Geschäftsbeziehungen, die er zu einem Großhändler unterhält, unter bestimmten Voraussetzungen eine Vereinbarung darstellen. Das Vorliegen einer Vereinbarung kann in diesem Fall unter Umständen sogar aus dem Verhalten der Beteiligten abgeleitet werden. Ausgeschlossen ist eine Vereinbarung aber dann, wenn die Maßnahme lediglich **Ausdruck der einseitigen Politik einer der Vertragsparteien** ist und ohne Unterstützung durch die andere durchgeführt werden kann. Mit diesem Abgrenzungskriterium wird eine Vermengung der Tatbestände der Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 102 AEUV vermieden.

Bei Maßnahmen im Rahmen fortlaufender Geschäftsbeziehungen ist insbesondere zu prüfen, inwiefern eine **stillschweigende Zustimmung** zu einer Aufforderung des Vertragspartners zu einer Vereinbarung in diesem Sinne führt. Voraussetzung ist dabei insbesondere, dass die auf ein wettbewerbswidriges Ziel gerichtete Willensbekundung der einen Vertragspartei eine stillschweigende oder konkludente Aufforderung enthält, **das wettbewerbswidrige Ziel gemeinsam zu erreichen**. Insbesondere bei bestehenden Vertriebsbindungen genügt es also nicht, wenn zu einer an sich neutralen Vereinbarung der Vertragsparteien eine einseitig auferlegte wettbewerbsbeschränkende Maßnahme hinzukommt.

Im Hinblick auf den zwischen P und G bestehenden Liefervertrag, der der Geschäftsbeziehung zwischen P und G zugrunde liegt, bestehen keine Anhaltspunkte, die auf eine Kartellrechtswidrigkeit hinweisen.

Fraglich ist also weiterhin, ob die einseitige Reduzierung der Liefermengen zu einer Vereinbarung in dem oben im Einzelnen definierten Sinne führt. Dies wäre dann der Fall, wenn es zu der beschriebenen **gemeinsamen Willensbildung** gekommen wäre. Dazu müsste sich G stillschweigend oder konkludent damit einverstanden erklärt haben, die Ausfuhr des Herzmedikamentes zu beschränken um damit in wettbewerbswidriger Weise den Parallelhandel mit Medikamenten im Binnenmarkt einzuschränken.

P hat jedoch die Liefermenge einseitig reduziert und dabei gerade gegen den Willen des G gehandelt. Dieser hat ein geschäftliches Interesse, weiterhin mit der erhöhten Menge des Medikaments beliefert zu werden, um dieses nach Deutschland zu importieren.

Es ist also weder von Seiten des P eine Willensbekundung abgegeben worden, sich gemeinsam in wettbewerbsbeschränkender Weise zu verhalten, noch ist von G konkludent oder stillschweigend erklärt worden, mit P gemeinsam den Parallelimport von Arzneimitteln nach Deutschland einschrän-

ken zu wollen.

Somit stellt die teilweise Einstellung der Belieferung des G eine **einseitige Maßnahme** dar und es fehlt an der Willensübereinstimmung zwischen zwei Unternehmen. Somit ist eine Vereinbarung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht gegeben.

Da ein Kontakt zwischen P und dem Importeur I zu keinem Zeitpunkt bestanden hat, scheidet auch insofern das Vorliegen einer Vereinbarung oder aufeinander abgestimmten Verhaltens von vornherein aus.

Durch die einseitige Reduzierung der Liefermengen verstößt P nicht gegen das europäische Kartellverbot gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV.

B. Verstoß gegen Art. 102 AEUV durch einseitige Reduzierung der Liefermengen

Indem P einseitig und gegen den Willen des G die an ihn zu liefernde Menge an Medikamenten reduzierte, um damit seinen Umsatzverlusten durch Parallelimporte entgegenzuwirken, könnte P gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV verstoßen haben. Danach ist mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Anders als das Kartellverbot will das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung Wettbewerbsbeeinträchtigungen verhindern, die dadurch auftreten können, dass ein marktmächtiges Unternehmen einen Mitbewerber durch den Missbrauch seiner Marktmacht behindert.

I. Unternehmen

Auch der Verstoß gegen Art. 102 AEUV setzt zunächst voraus, dass es sich bei P um ein „Unternehmen“ im Sinne des europäischen Kartellrechts handeln müsste. Der Unternehmensbegriff ist hier genauso definiert wie der Begriff des Unternehmens in Art. 101 Abs. 1 AEUV. Dass P ein „Unternehmen“ im Sinne dieser Bestimmung ist, wurde oben bereits gezeigt. P ist also auch ein Unternehmen im Sinne des Art. 102 Abs. 1 AEUV.

II. Marktbeherrschung

P müsste außerdem ein marktbeherrschendes Unternehmen nach Art. 102 AEUV sein. Die Voraussetzungen für Marktbeherrschung sind – anders als in § 19 Abs. 2 und 3 GWB – im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union nicht ausdrücklich genannt. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist damit „die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten“.

Um Marktbeherrschung feststellen zu können, muss zunächst der relevante Markt bestimmt werden, und anschließend ist zu überprüfen, ob dieser

Markt von dem Unternehmen beherrscht wird.

1. Relevanter Markt

Der relevante Markt hat eine sachliche, eine räumlich und eine zeitliche Komponente. Der Marktabgrenzung unter einem zeitlichen Aspekt kommt nur in besonderen Fällen eine Bedeutung zu, etwa wenn eine bloß zeitweilige Mangellage für ein Produkt zu beurteilen ist. Dies ist hier nicht der Fall, so dass die Marktabgrenzung im vorliegenden Fall lediglich in sachlicher und räumlicher Hinsicht vorzunehmen ist.

a) Sachlich relevanter Markt

Für die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes wird auch im europäischen Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen in erster Linie das Bedarfsmarktkonzept herangezogen. Danach gehören alle Produkte und Leistungen zu demselben Produktmarkt, die die Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres Verwendungszwecks für austauschbar hält.

Als sachlich relevanter Markt kommt hier der Markt für das verschreibungspflichtige Herzmedikament in Betracht. Zwar ist es denkbar, in den sachlich relevanten Markt auch andere Medikamente einzubeziehen. Aus der Sicht des Patienten und aus der Sicht des für ihn durch die Verschreibung auswählenden Arztes ist jedoch neben dem Preis des Arzneimittels in erster Linie entscheidend, welche Wirkung das Medikament hat, dass die Nebenwirkungen möglichst gering sind und eine gute Verträglichkeit gegeben ist. Im Hinblick auf diese Kriterien ist das Herzmedikament, das P herstellt, mit keinem anderen Arzneimittel austauschbar. Das Herzmedikament bildet daher einen eigenen sachlich relevanten Markt.

b) Räumlich relevanter Markt

Der für die kartellrechtliche Beurteilung räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die Produkte bzw. Dienstleistungen hauptsächlich angeboten werden und auf dem die Wettbewerbsbedingungen für alle Wirtschaftsteilnehmer hinreichend homogen sind. Dabei kann es sich um mehrere Mitgliedstaaten handeln oder aber um eine Region nur eines einzigen Mitgliedslandes.

In Deutschland wird das Herzmedikament bundesweit in großem Umfang angeboten. Zwar wird es auch europaweit nachgefragt. Wegen der unterschiedlichen staatlichen Regulierungen und den daher unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen auf den Arzneimittelmärkten, ist hier gleichwohl von einem nationalen Markt auszugehen. Die Bundesrepublik bildet daher den räumlich relevanten Markt.

2. Beherrschende Stellung

Auf diesem Markt müsste P eine beherrschende Stellung einnehmen. Das Tatbestandsmerkmal der „beherrschenden Stellung“ ist in Art. 102 AEUV nicht definiert. Nach der durch Rechtsprechung und Literatur entwickelten Definition ist ein Unternehmen dann beherrschend, wenn der Druck des Wettbewerbs nicht mehr ausreicht, um dessen Verhalten zu kontrollieren.

Ausschlaggebendes Merkmal hierfür ist die Fähigkeit des Unternehmens, sich dem Druck des Wettbewerbs aufgrund seiner Marktmacht zu entziehen und unabhängige Strategien zu entwickeln, um dadurch den Wettbewerb nach seinen Interessen unabhängig von Konkurrenten oder Vertragspartnern beeinflussen zu können. Ob dies der Fall ist, wird nach bestimmten Kriterien beurteilt, zu denen der durch das Unternehmen erzielte Marktanteil gehört. Bei einem Marktanteil von mehr als 50 % wird die marktbeherrschende Stellung ohne weiteres vermutet. P verfügt auf dem relevanten Markt des in Deutschland angebotenen Herzmedikaments über einen Marktanteil von fast 90 %.

Damit hat P in Bezug auf das Herzmedikaments eine marktbeherrschende Stellung auf dem Gebiet der Bundesrepublik, mithin einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes, inne.

III. Missbrauch

Diese beherrschende Stellung müsste P missbräuchlich ausgenutzt haben. Missbrauch ist im AEUV nicht definiert. Konkretisiert wird das Tatbestandsmerkmal lediglich durch die Regelbeispiele, die Art. 102 S. 2 AEUV nennt.

P könnte seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt haben, indem er gegen den Willen des G dessen Belieferung mit dem Herzmedikament teilweise eingestellt hat. Diese Verhaltensweise könnte das Regelbeispiel des Art. 102 S. 2 Buchst. b) AEUV erfüllen. Der Missbrauch könnte hier darin bestehen, dass P durch die Reduzierung der Liefermengen den Absatz des Produktes zum Nachteil der Verbraucher eingeschränkt hat.

Verfügt ein Unternehmen für ein bestimmtes Erzeugnis über eine beherrschende Stellung, so kann die Weigerung, die Bestellung eines Kunden auszuführen, um damit ohne sachliche Rechtfertigung den Wettbewerbs von Seiten des Geschäftspartners auszuschalten, grundsätzlich eine missbräuchliche Ausnutzung dieser beherrschenden Stellung sein. Dies gilt auch dann, wenn der nicht mehr belieferte Großhändler die Ware in andere Mitgliedstaaten exportiert und mit der Lieferverweigerung der effektive Wettbewerb von Großhändlern mit diesen Erzeugnissen in diesen Mitgliedstaaten ausgeschaltet werden soll.

P will mit der teilweisen Nichtbelieferung erreichen, dass der französische Großhändler, G, das Herzmedikament nicht mehr in andere Mitgliedstaaten, insbesondere nach Deutschland exportiert. P nimmt die Maßnahme mit dem Ziel vor, zu verhindern, dass das Medikament von Frankreich aus wieder nach Deutschland importiert und in Deutschland durch den Importeur, I, zu einem Preis angeboten wird, der unterhalb des Preises liegt, den P selbst in Deutschland für das Medikament verlangt. P versucht also mit der Maßnahme den Parallelhandel mit dem Medikament einzuschränken und zugleich den Wettbewerb durch I auf der Endabnehmerstufe zu verhindern. Da das Medikament dann in Deutschland nicht mehr zu dem günstigeren Preis zu erhalten ist, kann sich diese Maßnahme auch auf die Abgabe an die Verbraucher auswirken und - auch über die Krankenkassenbeiträge - bei diesen zu einem finanziellen Schaden führen.

Die Einschränkung des Parallelhandels im Binnenmarkt durch marktbeherrschende Unternehmen gehört zu den Verhaltensweisen, die grundsätzlich für

kartellrechtswidrig gehalten werden und nach europäischem Kartellrecht in der Regel sanktioniert werden. Parallelimporte genießen einen besonderen Schutz im europäischen Kartellrecht, da sie die Entwicklung des Handelsverkehrs und die Stärkung des Wettbewerbs im Binnenmarkt begünstigen. Kartellrechtswidrig sind Beschränkungen des Parallelhandels daher insbesondere dann, wenn durch die Einschränkung von Parallelimporten auf das günstigere Preisniveau in einzelnen Mitgliedstaaten Einfluss genommen werden soll oder Reimporte, die mit dem Vertriebsnetz des marktbeherrschenden Unternehmens in Wettbewerb treten, behindert werden.

Die einseitige Reduzierung der Liefermengen, mit der Absicht, das hohe Preisniveau für das Medikament in Deutschland aufrecht zu erhalten, könnte also nach dem oben genannten Maßstab für die Missbräuchlichkeit der Verhaltensweise sprechen.

Fraglich ist, ob sich hier Besonderheiten daraus ergeben, dass es sich bei Medikamenten um Produkte handelt, für die besondere Marktbedingungen in den Mitgliedstaaten gelten. Dies könnte dazu führen, dass bei Pharmaprodukten die Einschränkung von Parallelimporten ausnahmsweise für zulässig zu erachten wäre.

Eine Besonderheit des Handels mit Arzneimitteln ist, dass die Preise der Arzneimittel wegen staatlicher Regulierungsmaßnahmen, wie zum Beispiel der Festsetzung von Höchstpreisen etc., in den verschiedenen Mitgliedstaaten differieren. Bei der Frage der Missbräuchlichkeit des Parallelhandels könnte also zu berücksichtigen sein, dass es hier die staatlichen Eingriffe in den Marktmechanismus sind, die einen Parallelhandel erst ermöglichen und lukrativ machen. Hinzukommt, dass die Preisgestaltung in der Pharmabranche den Unternehmen auch die Möglichkeit geben muss, in die Leistungsfähigkeit der Produktion von Arzneimitteln, das heißt in Forschung und Entwicklung zu investieren. Anerkannt ist daher das Recht von Pharmaunternehmen, angemessene und notwendige Maßnahmen zu ergreifen, um die **eigenen geschäftlichen Interessen** zu schützen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich der Pharmahersteller **Bestellungen in anormaler Menge** gegenüber sieht.

G bestellt das Herzmedikament bei P seit zwei Jahren in Mengen, die außer Verhältnis zu den Mengen stehen, die zuvor von ihm zur Deckung des Bedarfs des Marktes in Frankreich bestellt wurden. Daher hat P zur Wahrung seiner eigenen geschäftlichen Interessen das Recht, die Lieferung um diese Menge zu reduzieren. Dieser Maßstab gilt auch gegenüber I, der als Importeur in Deutschland in Wettbewerb zu P tritt.

Ein missbräuchliches Verhalten im Sinne des Art. 102 S. 2 AEUV ist daher in der Reduzierung der Liefermenge durch P nicht zu sehen. Ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV liegt somit nicht vor. (Anmerkung zur Korrektur: wenn das Problem der Einschränkung des Parallelhandels gesehen wurde, ist es auch als vertretbar zu bewerten, wenn mit entsprechender Argumentation ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot angenommen wird).