



# Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Vierte Kammer)

25. März 2021 \*

[Text berichtigt durch Beschluss vom 3. September 2021]

„Rechtsmittel – Wettbewerb – Kartelle – Pharmazeutische Erzeugnisse – Markt für Antidepressiva (Citalopram) – Vereinbarungen zur gütlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten über Verfahrenspatente, die der Hersteller des Originalpräparats und Inhaber der Patente mit Generikaherstellern schließt – Art. 101 AEUV – Potenzieller Wettbewerb – Bezweckte Beschränkung – Einstufung – Berechnung der Geldbuße – Verteidigungsrechte – Angemessene Dauer – Verlust von Dokumenten durch Zeitablauf – Allgemeine Sorgfaltspflicht – Verordnung (EG) Nr. 1/2003 – Art. 23 Abs. 2 Unterabs. 2 – Obergrenze der Geldbuße – Berücksichtigung des Geschäftsjahrs, das dem, in dem der Beschluss der Europäischen Kommission erlassen wurde, unmittelbar vorausgegangen ist – Letztes vollständiges Geschäftsjahr mit einer normalen Geschäftstätigkeit“

In der Rechtssache C-611/16 P

betreffend ein Rechtsmittel nach Art. 56 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, eingelegt am 25. November 2016,

**Xellia Pharmaceuticals ApS** mit Sitz in Kopenhagen (Dänemark),

**Alpharma LLC**, vormals Zoetis Products LLC, mit Sitz in Parsippany, New Jersey (Vereinigte Staaten),

Prozessbevollmächtigter: D. W. Hull, Solicitor,

Rechtsmittelführerinnen,

andere Parteien des Verfahrens:

[Berichtigt durch Beschluss vom 3. September 2021] **Europäische Kommission**, vertreten durch F. Castilla Contreras, T. Vecchi, B. Mongin und C. Vollrath als Bevollmächtigte im Beistand von B. Rayment, Barrister,

Beklagte im ersten Rechtszug,

\* Verfahrenssprache: Englisch.

unterstützt durch:

**Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland**, zunächst vertreten durch D. Guðmundsdóttir, Z. Lavery und D. Robertson als Bevollmächtigte im Beistand von J. Holmes, QC, dann durch D. Guðmundsdóttir als Bevollmächtigte im Beistand von J. Holmes, QC,

Streithelfer im Rechtsmittelverfahren,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten M. Vilaras, der Richter D. Šváby (Berichterstatter) und S. Rodin, der Richterin K. Jürimäe und des Richters P. G. Xuereb,

Generalanwältin: J. Kokott,

Kanzler: M. Aleksejev, Referatsleiter, C. Strömholm, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 2019,

aufgrund des nach Anhörung der Generalanwältin ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

## Urteil

- 1 Mit ihrem Rechtsmittel begehren die Xellia Pharmaceuticals ApS und die Alpharma LLC die Aufhebung des Urteils des Gerichts der Europäischen Union vom 8. September 2016, Xellia Pharmaceuticals und Alpharma/Kommission (T-471/13, nicht veröffentlicht, im Folgenden: angefochtenes Urteil, EU:T:2016:460), mit dem ihre Klage auf teilweise Nichtigerklärung des Beschlusses C(2013) 3803 final der Europäischen Kommission vom 19. Juni 2013 in einem Verfahren nach Art. 101 [AEUV] und Art. 53 des EWR-Abkommens (Sache AT.39226 – Lundbeck) (im Folgenden: streitiger Beschluss) sowie auf Herabsetzung der mit diesem Beschluss gegen sie verhängten Geldbuße abgewiesen wurde.

## Rechtlicher Rahmen

### *Verordnung (EG) Nr. 1/2003*

- 2 Art. 17 („Untersuchung einzelner Wirtschaftszweige und einzelner Arten von Vereinbarungen“) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln [101 und 102 AEUV] niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1) bestimmt in Abs. 1 Unterabs. 1:

„Lassen die Entwicklung des Handels zwischen Mitgliedstaaten, Preisstarrheiten oder andere Umstände vermuten, dass der Wettbewerb im [Binnenmarkt] möglicherweise eingeschränkt oder

verfälscht ist, so kann die Kommission die Untersuchung eines bestimmten Wirtschaftszweigs oder – Sektor übergreifend – einer bestimmten Art von Vereinbarungen durchführen. Im Rahmen dieser Untersuchung kann die Kommission von den betreffenden Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen die Auskünfte verlangen, die zur Durchsetzung von Artikel [101 und 102 AEUV] notwendig sind, und die dazu notwendigen Nachprüfungen vornehmen.“

3 Art. 21 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 bestimmt:

„Eine gemäß Absatz 1 getroffene Entscheidung kann nur mit der vorherigen Genehmigung des einzelstaatlichen Gerichts des betreffenden Mitgliedstaats vollzogen werden. Das einzelstaatliche Gericht prüft die Echtheit der Entscheidung der Kommission und dass die beabsichtigten Zwangsmaßnahmen weder willkürlich noch unverhältnismäßig sind – insbesondere gemessen an der Schwere der zur Last gelegten Zuwiderhandlung, der Wichtigkeit des gesuchten Beweismaterials, der Beteiligung des betreffenden Unternehmens und der begründeten Wahrscheinlichkeit, dass Bücher und Geschäftsunterlagen, die sich auf den Gegenstand der Nachprüfung beziehen, in den Räumlichkeiten aufbewahrt werden, für die die Genehmigung beantragt wird. Das einzelstaatliche Gericht kann die Kommission unmittelbar oder über die Wettbewerbsbehörde des betreffenden Mitgliedstaats um ausführliche Erläuterungen zu den Punkten ersuchen, deren Kenntnis zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit der beabsichtigten Zwangsmaßnahmen erforderlich ist.

Das einzelstaatliche Gericht darf jedoch weder die Notwendigkeit der Nachprüfung in Frage stellen noch die Übermittlung der in den Akten der Kommission enthaltenen Informationen verlangen. Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kommissionsentscheidung ist dem Gerichtshof vorbehalten.“

4 Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 bestimmt:

„Die Kommission kann gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Geldbußen verhängen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig

a) gegen Artikel [101] oder Artikel [102] [AEUV] verstoßen oder

...

Die Geldbuße für jedes an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen oder jede beteiligte Unternehmensvereinigung darf 10 % seines bzw. ihres jeweiligen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen.

...“

***Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen von 2006***

5 Die Ziff. 19 bis 22 und 37 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (ABl. 2006, C 210, S. 2, im Folgenden: Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen von 2006) bestimmen:

„19. Zur Bestimmung des Grundbetrags wird ein bestimmter Anteil am Umsatz, der sich nach der Schwere des Verstoßes richtet, mit der Anzahl der Jahre der Zuwiderhandlung multipliziert.

20. Die Schwere der Zuwiderhandlung wird in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände beurteilt.
  21. Grundsätzlich kann ein Betrag von bis zu 30 % des Umsatzes festgesetzt werden.
  22. Bei der Bestimmung der genauen Höhe innerhalb dieser Bandbreite berücksichtigt die Kommission mehrere Umstände, u. a. die Art der Zuwiderhandlung, den kumulierten Marktanteil sämtlicher beteiligten Unternehmen, den Umfang des von der Zuwiderhandlung betroffenen räumlichen Marktes und die etwaige Umsetzung der Zuwiderhandlung in der Praxis.
- ...
37. In diesen Leitlinien wird die allgemeine Methode für die Berechnung der Geldbußen dargelegt; jedoch können die besonderen Umstände eines Falles oder die Notwendigkeit einer ausreichend hohen Abschreckungswirkung ein Abweichen von dieser Methode oder der in Ziffer 21 festgelegten Obergrenze rechtfertigen.“

***Beschluss vom 15. Januar 2008 über die Einleitung einer Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs***

- 6 In den Erwägungsgründen 3, 4, 5 und 8 des Beschlusses der Kommission vom 15. Januar 2008 über die Einleitung einer Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs nach Artikel 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Sache Nr. COMP/D2/39.514) (im Folgenden: Beschluss vom 15. Januar 2008 über die Einleitung einer Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs) heißt es:
  - „(3) Bestimmte Umstände in Zusammenhang mit dem Wettbewerb bei innovativen und generischen Arzneimittel im Allgemeinen lassen vermuten, dass der Wettbewerb im europäischen pharmazeutischen Sektor möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist. Anzeichen dafür sind beispielsweise ein Innovationsrückgang, der an der Zahl der auf den Markt gebrachten neuartigen Arzneimittel abzulesen ist, sowie Fälle, in denen Generika nicht rechtzeitig auf den Markt gebracht wurden.
  - (4) Es gibt Hinweise auf Geschäftspraktiken von Pharmaunternehmen, wie insbesondere das Erlangen oder die Ausübung von Patenten, die möglicherweise nicht dem Schutz von Innovationen, sondern der Behinderung des Wettbewerbs bei innovativen und/oder generischen Arzneimitteln dienen, sowie das Führen von möglicherweise schikanösen Prozessen und das Eingehen von möglicherweise unerlaubten Vereinbarungen.
  - (5) Diese Verhaltensweisen können zu Marktverzerrungen führen, wenn sich etablierte Arzneimittelhersteller beispielsweise mit Hilfe eines durch einseitige Handlungen oder Vereinbarungen de facto verlängerten Patentschutzes gegen Wettbewerber im Bereich der innovativen oder generischen Arzneimittel abschotten. Zudem können diese Praktiken die Auswahl der Verbraucher einschränken, wirtschaftliche Anreize für Investitionen in die Erforschung und Entwicklung neuer Produkte verringern und höhere Gesundheitsausgaben für den Staat und den Verbraucher nach sich ziehen.

...

- (8) Sollte die Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs den Verdacht begründen, dass wettbewerbswidrige Vereinbarungen bzw. Verhaltensweisen bestehen oder marktbeherrschende Stellungen missbraucht werden, so könnte die Kommission oder gegebenenfalls nationale Wettbewerbsbehörden angemessene Maßnahmen zur Wiederherstellung des Wettbewerbs in diesem Wirtschaftszweig in Erwägung ziehen und u. a. Ermittlungen gegen einzelne Unternehmen einleiten, die möglicherweise zu Entscheidungen gemäß Artikel [101] und/oder Artikel [102 AEUV] führen.“

### Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 7 Das vorliegende Verfahren ist eines von sechs miteinander in Zusammenhang stehenden Verfahren über gegen sechs Urteile des Gerichts betreffend Klagen auf Nichtigklärung des streitigen Beschlusses eingelegte Rechtsmittel. Es handelt sich dabei außer dem vorliegenden Rechtsmittel um folgende Rechtsmittel: das Rechtsmittel in der Rechtssache C-586/16 P (Sun Pharmaceutical Industries und Ranbaxy [UK]/Kommission) gegen das Urteil vom 8. September 2016, Sun Pharmaceutical Industries und Ranbaxy (UK)/Kommission (T-460/13, nicht veröffentlicht, EU:T:2016:453), das Rechtsmittel in der Rechtssache C-588/16 P (Generics [UK]/Kommission) gegen das Urteil vom 8. September 2016, Generics (UK)/Kommission (T-469/13, nicht veröffentlicht, EU:T:2016:454), das Rechtsmittel in der Rechtssache C-591/16 P (Lundbeck/Kommission) gegen das Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission (T-472/13, EU:T:2016:449), das Rechtsmittel in der Rechtssache C-601/16 P (Arrow Group und Arrow Generics/Kommission) gegen das Urteil vom 8. September 2016, Arrow Group und Arrow Generics/Kommission (T-467/13, nicht veröffentlicht, EU:T:2016:450), und das Rechtsmittel in der Rechtssache C-614/16 P (Merck/Kommission) gegen das Urteil vom 8. September 2016, Merck/Kommission (T-470/13, nicht veröffentlicht, EU:T:2016:452).
- 8 Die Vorgeschichte des Rechtsstreits ist in den Rn. 1 bis 38 des angefochtenen Urteils wie folgt dargestellt:

*„Gesellschaften, auf die sich die vorliegende Rechtssache bezieht*

- 1 Die H. Lundbeck A/S (im Folgenden: Lundbeck) ist eine Gesellschaft dänischen Rechts, die eine Gruppe von Gesellschaften kontrolliert, die auf die Forschung, die Entwicklung, die Herstellung, das Marketing, den Verkauf und den Vertrieb von Arzneimitteln zur Behandlung von Erkrankungen des zentralen Nervensystems, darunter Depressionen, spezialisiert ist.
- 2 Lundbeck ist ein Originalpräparatehersteller, also ein Unternehmen, das seine Tätigkeit auf die Erforschung und den Vertrieb neuer Arzneimittel konzentriert.
- 3 Die Alparma Inc. war eine Gesellschaft amerikanischen Rechts, die weltweit im Arzneimittelsektor tätig war, insbesondere mit Generika. Bis Dezember 2008 wurde sie von der Gesellschaft norwegischen Rechts A.L. Industrier AS kontrolliert. Anschließend wurde sie von einem Pharmaunternehmen des Vereinigten Königreichs aufgekauft, das seinerseits von einem US-amerikanischen Pharmaunternehmen aufgekauft wurde. Im Rahmen dieser Umstrukturierungen wurde die Alparma Inc. zunächst – im April 2010 – zur Alparma LLC, später – am 15. April 2013 – zur Zoetis Products LLC (im Folgenden: Zoetis) und schließlich – am 6. Juli 2015 – wieder zur Alparma LLC.

4 Die Alpharma ApS war eine Gesellschaft dänischen Rechts, die zu 100 % von der Alpharma Inc. kontrolliert wurde und im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) über mehrere Tochtergesellschaften verfügte (im Folgenden zusammen: Alpharma-Konzern). Nach mehreren Umstrukturierungen wurde die Alpharma ApS am 31. März 2008 zur Axellia Pharmaceuticals ApS, die 2010 in Xellia Pharmaceuticals ApS ... umbenannt wurde.

#### *Betroffenes Erzeugnis und sich darauf beziehende Patente*

- 5 Das Erzeugnis, um das es in der vorliegenden Rechtssache geht, ist ein Antidepressivum, das den aktiven pharmazeutischen Wirkstoff (*active pharmaceutical ingredient*, im Folgenden: API) ‚Citalopram‘ enthält.
- 6 Im Jahr 1977 meldete Lundbeck in Dänemark ein Patent für den API Citalopram sowie für die beiden zu seiner Herstellung verwendeten Verfahren der Alkylierung und der Zyanierung an. Patente für diesen API und die genannten Verfahren ... wurden zwischen 1977 und 1985 in Dänemark und in mehreren westeuropäischen Ländern erteilt.
- 7 Für den EWR lief der Schutz aus [diesen] Patenten und gegebenenfalls aus ergänzenden Schutzzertifikaten (ESZ) nach der Verordnung (EWG) Nr. 1768/92 des Rates vom 18. Juni 1992 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel (ABl. [1992,] L 182, S. 1) zwischen 1994 (für Deutschland) und 2003 (für Österreich) ab. Für das Vereinigte Königreich liefen die Patente im Januar 2002 ab.
- 8 Im Lauf der Zeit entwickelte Lundbeck andere, wirksamere Verfahren zur Herstellung von Citalopram, für die sie in mehreren Ländern des EWR sowie bei der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) und beim Europäischen Patentamt (EPA) Patente anmeldete und oftmals auch erhielt.
- 9 Erstens meldete Lundbeck am 13. März 2000 bei den dänischen Behörden ein Patent für ein Verfahren zur Herstellung von Citalopram an, das eine Methode zur Reinigung der verwendeten Salze mittels Kristallisation vorsah. Vergleichbare Anmeldungen wurden in anderen Ländern des EWR sowie bei der WIPO und beim EPA eingereicht. Lundbeck erhielt im Lauf der ersten Hälfte des Jahres 2002 in mehreren Mitgliedstaaten Patente für das Verfahren mittels Kristallisation (im Folgenden: Patente für die Kristallisation), u. a. am 30. Januar 2002 im Vereinigten Königreich und am 11. Februar 2002 in Dänemark. Das EPA erteilte am 4. September 2002 ein Patent für die Kristallisation. Darüber hinaus hatte Lundbeck bereits am 6. November 2000 in den Niederlanden ein Gebrauchsmuster für dieses Verfahren erhalten ..., also ein sechs Jahre gültiges Patent, das ohne Vorabprüfung gewährt wird.
- 10 Zweitens meldete Lundbeck am 12. März 2001 bei den Behörden des Vereinigten Königreichs [Großbritannien und Nordirland] ein Patent für ein Verfahren zur Herstellung von Citalopram an, das eine Methode zur Reinigung der verwendeten Salze mittels Filmdestillation vorsah. Die Behörden des Vereinigten Königreichs erteilten Lundbeck am 3. Oktober 2001 ein Patent für diese Methode der Filmdestillation (im Folgenden: Patent für die Filmdestillation). Dieses Patent wurde jedoch am 23. Juni 2004 wegen fehlender Neuheit im Verhältnis zu einem anderen Patent von Lundbeck widerrufen.

11 Schließlich plante Lundbeck für Mitte 2002 oder Anfang 2003 die Markteinführung eines neuen Antidepressivums, des auf dem API ‚Escitalopram‘ (oder ‚S-Citalopram‘) basierenden CipraleX. Dieses neue Arzneimittel war für die gleichen Patienten gedacht, die mit dem patentierten, auf dem API Citalopram basierenden Arzneimittel Cipramil von Lundbeck behandelt werden konnten. Der API Escitalopram war durch Patente geschützt, die bis mindestens 2012 gültig waren.

*Vereinbarung zwischen Lundbeck und dem Alparma-Konzern und weitere Umstände des Kontexts*

12 Im Lauf des Jahres 2002 schloss Lundbeck mit auf den Gebieten der Herstellung oder des Verkaufs von Generika tätigen Unternehmen (im Folgenden: Generikahersteller), u. a. mit dem Alparma-Konzern, sechs Vereinbarungen über Citalopram (im Folgenden: in Rede stehende Vereinbarungen).

13 Die Vereinbarung, um die es hier geht (im Folgenden: streitige Vereinbarung), wurde am 22. Februar 2002 von Lundbeck und der Alparma ApS unterzeichnet. Sie sollte vom 22. Februar 2002 bis zum 30. Juni 2003 (im Folgenden: relevanter Zeitraum) gelten.

14 Vor Abschluss dieser Vereinbarung hatte der Alparma-Konzern im Januar 2002 bei der Alfred E. Tiefenbacher GmbH & Co. (im Folgenden: Tiefenbacher) einen Vorrat generischer Citalopram-Tabletten erworben, die aus dem API der indischen Gesellschaft Cipla hergestellt worden waren, und weitere bestellt.

15 Zur Präambel der streitigen Vereinbarung (im Folgenden: Präambel) ist u. a. Folgendes festzustellen:

- Im ersten Erwägungsgrund wird darauf hingewiesen, dass ‚Lundbeck ... Inhaberin von Rechten des geistigen Eigentums [ist], zu denen insbesondere Patente für die Herstellung ... des API ‚Citalopram‘ [(im gesamten Text der Vereinbarung mit dem Großbuchstaben ‚C‘ geschrieben)] gehören, einschließlich der Patente, die in Anhang A dieser Vereinbarung ... wiedergegeben sind‘;
- im zweiten Erwägungsgrund heißt es, dass Lundbeck in sämtlichen Mitgliedstaaten sowie in Norwegen und in der Schweiz – zusammen als das ‚Gebiet‘ definiert – ‚Citalopram‘ enthaltende Arzneimittel herstelle und verkaufe;
- im dritten und im vierten Erwägungsgrund ist davon die Rede, dass der Alparma-Konzern in dem ‚Gebiet‘ ‚Citalopram‘ enthaltende Arzneimittel hergestellt oder verkauft habe, und zwar ohne Zustimmung von Lundbeck;
- im fünften und im sechsten Erwägungsgrund wird erwähnt, dass Lundbeck die Erzeugnisse des Alparma-Konzerns Labortests unterzogen habe, die triftige Gründe für die Annahme geliefert hätten, dass die für die Herstellung dieser Erzeugnisse verwendeten Produktionsmethoden ihre Rechte des geistigen Eigentums verletzen;
- im siebten Erwägungsgrund wird darauf hingewiesen, dass Lundbeck am 31. Januar 2002 bei einem britischen Gericht eine Klage (im Folgenden: Patentverletzungsklage UK) erhoben habe, um eine einstweilige Verfügung ‚gegen die Verkäufe Citalopram

enthaltender Erzeugnisse durch den Alpharma-Konzern wegen Verletzung der Rechte des geistigen Eigentums von Lundbeck‘ zu erwirken;

- der Alpharma-Konzern räumt, wie es im achten Erwägungsgrund heißt, ein, dass die Feststellungen von Lundbeck zutreffen, und verpflichtet sich, ‚solche Erzeugnisse‘ nicht auf den Markt zu bringen;
- im neunten und im zehnten Erwägungsgrund heißt es, dass Lundbeck
  - ‚sich damit einverstanden [erklärt], [dem Alpharma-Konzern] eine Entschädigung zu zahlen, um einen Patentrechtsstreit zu vermeiden‘, dessen Ausgang sich nicht mit absoluter Sicherheit voraussagen lasse und der teuer und zeitraubend wäre;
  - ‚sich zur Beilegung des Rechtsstreits damit einverstanden [erklärt], den gesamten Lagerbestand an Citalopram enthaltenden Erzeugnissen [vom Alpharma-Konzern] zu erwerben und diese[m] für die genannten Erzeugnisse eine Entschädigung zu zahlen‘.

16 Zum Text der streitigen Vereinbarung ist u. a. Folgendes festzustellen:

- In Art. 1.1 [der streitigen Vereinbarung] heißt es, dass der Alpharma-Konzern und seine ‚Tochtergesellschaften‘ ‚während des [relevanten Zeitraums] jede Einfuhr, ... Herstellung ... oder Veräußerung Citalopram enthaltender Arzneimittel im Hoheitsgebiet ... abbrechen, einstellen und davon Abstand nehmen‘ und dass Lundbeck die Patentverletzungsklage UK zurücknehme;
- demselben Artikel zufolge gilt diese nicht für ‚jegliche Produkte, die Escitalopram enthalten‘;
- Art. 1.2 sieht vor, dass sich ‚[der Alpharma-Konzern] ... bei Verletzung der in [Art. 1.1 der streitigen Vereinbarung] festgelegten Verpflichtung oder auf Antrag von Lundbeck freiwillig einer einstweiligen Verfügung irgendeines zuständigen Gerichts in einem beliebigen Land des Gebiets unterwerfen wird‘ und Lundbeck eine solche Anordnung erwirken kann, ohne eine Sicherheitsleistung zu hinterlegen;
- in Art. 1.3 heißt es, dass Lundbeck dem Alpharma-Konzern als Ausgleich für die in der Vereinbarung vorgesehenen Verpflichtungen und zur Vermeidung der Kosten und der Dauer eines Rechtsstreits einen Betrag von 12 Mio. US-Dollar (USD), davon 11 Mio. für die ‚Citalopram‘ enthaltenden Erzeugnisse des Alpharma-Konzerns, in drei Tranchen von jeweils 4 Mio. zahlen werde, und zwar am 31. März 2002, am 31. Dezember 2002 bzw. am 30. Juni 2003;
- Art. 2.2 zufolge liefert der Alpharma-Konzern Lundbeck spätestens am 31. März 2002 den gesamten Lagerbestand an ‚Citalopram‘ enthaltenden Erzeugnissen, über den er zu diesem Zeitpunkt verfügen wird, nämlich die 9,4 Mio. Tabletten, die sich bei Abschluss der streitigen Vereinbarung bereits in seinem Besitz befanden, und die 16 Mio. Tabletten, die er bestellt hatte.



- 17 Anhang A [der streitigen Vereinbarung] enthält eine Liste mit 28 Anträgen auf Eintragung von Rechten des geistigen Eigentums, die Lundbeck vor Unterzeichnung der Vereinbarung eingereicht hatte und von denen neun zum besagten Zeitpunkt bereits stattgegeben worden war. Diese Rechte des geistigen Eigentums betrafen die von den Patenten für die Kristallisation und [dem Patent] für die Filmdestillation erfassten Verfahren zur Herstellung des API Citalopram.
- 18 Am 2. Mai 2002 erließ ein britisches Gericht eine einvernehmliche Anordnung, mit der das Verfahren über die Patentverletzungsklage UK wegen des Abschlusses einer Vereinbarung zwischen Lundbeck und – u. a. – dem Alpharma-Konzern ausgesetzt wurde und nach der dieser ‚bis zum 30. Juni 2003 in den [Mitgliedstaaten], Norwegen und der Schweiz („relevante Gebiete“) jede Einfuhr, ... Herstellung ... oder Veräußerung von Arzneimitteln, die Citalopram enthalten, das unter Verwendung der Verfahren hergestellt worden ist, die in [den von den britischen Behörden gewährten Patenten für die Kristallisation bzw. dem von diesen gewährten Patent für die Filmdestillation] oder in jedem anderen gleichwertigen, in den relevanten Gebieten erteilten oder beantragten Patent beansprucht werden, abbrechen, einstellen und davon Abstand nehmen‘ ...
- Vorgehen der Kommission im pharmazeutischen Wirtschaftszweig und Verwaltungsverfahren*
- 19 Im Oktober 2003 wurde die ... Kommission vom Konkurrenz- og Forbrugerstyrelsen (dänische Wettbewerbs- und Verbraucherbehörde, im Folgenden: KFST) über die in Rede stehenden Vereinbarungen unterrichtet.
- 20 Da die meisten dieser Vereinbarungen den gesamten EWR oder jedenfalls andere Mitgliedstaaten als das Königreich Dänemark betrafen, wurde vereinbart, dass die Kommission ihre Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht prüfen solle, während der KFST dieser Frage nicht weiter nachgehen würde.
- 21 Zwischen 2003 und 2006 nahm die Kommission bei Lundbeck und anderen im pharmazeutischen Wirtschaftszweig tätigen Gesellschaften Nachprüfungen im Sinne von Art. 20 Abs. 4 der Verordnung [Nr. 1/2003] vor. Darüber hinaus versandte sie an Lundbeck und eine weitere Gesellschaft Auskunftsverlangen im Sinne von Art. 18 Abs. 2 dieser Verordnung.
- 22 Am 15. Januar 2008 erließ die Kommission den Beschluss über die Einleitung einer Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs nach Artikel 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Sache Nr. COMP/D2/39.514). Er enthält nur einen Artikel. Danach war Gegenstand der eingeleiteten Untersuchung die Markteinführung von innovativen und generischen Humanarzneimitteln.
- 23 Am 8. Juli 2009 nahm die Kommission eine Mitteilung an, die eine Zusammenfassung ihres Berichts über die Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs zum Gegenstand hatte. Diese Mitteilung enthielt als ‚technischen Anhang‘ die vollständige Fassung des Berichts über die Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs in Form eines Arbeitsdokuments der Kommission, das nur in [englischer Sprache] zur Verfügung steht.
- 24 Am 7. Januar 2010 leitete die Kommission ein Verfahren gegen Lundbeck ein.

25 Im Lauf des Jahres 2010 und in der ersten Hälfte des Jahres 2011 versandte die Kommission Auskunftsverlangen an Lundbeck und die anderen an den streitigen Vereinbarungen beteiligten Gesellschaften, u. a. auch an den Alpharma-Konzern.

26 Am 24. Juli 2012 leitete die Kommission u. a. gegen die an den streitigen Vereinbarungen beteiligten [Generikahersteller] ein Verfahren ein und übersandte ihnen und Lundbeck eine Mitteilung der Beschwerdepunkte.

...

30 Am 19. Juni 2013 erließ die Kommission den [streitigen] Beschluss.

*[Streitiger] Beschluss*

31 Mit dem [streitigen] Beschluss stellte die Kommission fest, dass die streitige Vereinbarung ebenso wie die übrigen in Rede stehenden Vereinbarungen eine bezweckte Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 53 Abs. 1 des Abkommens [über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 (ABl. 1994, L 1, S. 3)] darstelle, die von Lundbeck und von der Alpharma ApS, der Alpharma Inc. und A.L. Industrier begangen worden sei (Art. 1 Abs. 3 des [streitigen] Beschlusses).

32 Wie aus der Zusammenfassung im 1087. Erwägungsgrund des [streitigen] Beschlusses hervorgeht, [stützte] sich die Kommission in diesem Zusammenhang u. a. auf folgende Gesichtspunkte:

- Zum Zeitpunkt des Abschlusses der [streitigen] Vereinbarung seien Lundbeck und der Alpharma-Konzern in mehreren Ländern des EWR zumindest potenzielle Wettbewerber gewesen;
- Lundbeck habe aufgrund der streitigen Vereinbarung einen erheblichen Vermögenstransfer zugunsten des Alpharma-Konzerns vorgenommen.
- Dieser Vermögenstransfer habe damit zusammengehungen, dass der Alpharma-Konzern die in der streitigen Vereinbarung enthaltenen Markteintrittsschranken akzeptiert habe, sich insbesondere dazu verpflichtet habe, im EWR während des relevanten Zeitraums kein generisches Citalopram zu verkaufen.
- Der Vermögenstransfer habe im Wesentlichen dem Gewinn entsprochen, den der Alpharma-Konzern bei einem erfolgreichen Markteintritt hätte erzielen können.
- Mit den Patenten für die Kristallisation und dem Patent für die Filmdestillation [im Folgenden: neue Verfahrenspatente von Lundbeck] hätte Lundbeck solche Schranken nicht erwirken können, da die dem Alpharma-Konzern nach der streitigen Vereinbarung obliegenden Verpflichtungen über das hinausgegangen seien, was der Inhaber von Verfahrenspatenten verlangen könne.
- Die Vereinbarung habe keinerlei Verpflichtung für Lundbeck vorgesehen, es zu unterlassen, Patentverletzungsklagen gegen den Alpharma-Konzern zu erheben, falls dieser nach Ablauf der streitigen Vereinbarung mit generischem Citalopram in den Markt eingetreten wäre.

- 33 Die Kommission verhängte auch gegen sämtliche übrigen Parteien der in Rede stehenden Vereinbarungen Geldbußen. Sie wandte dabei die [Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen von 2006] an. Bei Lundbeck folgte die Kommission der in den [Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen von 2006] beschriebenen allgemeinen Methode, die auf den Umsatz abstellt, den das Unternehmen mit dem betreffenden Erzeugnis erzielt hat (Erwägungsgründe 1316 bis 1358 des [streitigen] Beschlusses). Bei den übrigen Parteien der in Rede stehenden Vereinbarungen, den Generikaherstellern, machte sie hingegen von der in Ziff. 37 der Leitlinien vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, angesichts der bei ihnen vorliegenden besonderen Umstände des Falles von der allgemeinen Methode abzuweichen (1359. Erwägungsgrund des [streitigen] Beschlusses).
- 34 So vertrat die Kommission bei den Parteien der in Rede stehenden Vereinbarungen mit Ausnahme von Lundbeck, darunter dem Alpharma-Konzern, die Auffassung, dass bei der Bestimmung des Grundbetrags der Geldbuße zur Sicherstellung einer hinreichend abschreckenden Wirkung der Geldbuße auf die Höhe der Beträge abzustellen sei, die Lundbeck ihnen gemäß den streitigen Vereinbarungen überwiesen habe, ohne nach der Art oder räumlichen Tragweite der einzelnen Zuwiderhandlungen oder nach den Marktanteilen der betreffenden Unternehmen zu unterscheiden. Auf diese Faktoren werde nur aus Gründen der Vollständigkeit eingegangen (1361. Erwägungsgrund des [streitigen] Beschlusses).
- 35 Beim Alpharma-Konzern hat die Kommission festgestellt, dass Lundbeck ihr Beträge in Höhe von insgesamt 11,1 Mio. USD gezahlt habe, was nach dem durchschnittlichen Wechselkurs des Jahres 2002 11,7 Mio. Euro entspreche. Dieser Betrag setze sich zusammen aus 10,1 Mio. USD für den Erwerb der Citalopram-Vorräte des Alpharma-Konzerns, unter Berücksichtigung eines Abzugs von 900 000 USD, den Lundbeck bei der ersten Zahlung am 31. Dezember 2002 vorgenommen habe (angefochtenes Urteil, Rn. 16, vierter Gedankenstrich), weil sie weniger Tabletten erhalten habe als vereinbart, und 1 Mio. USD für die durch den Abschluss der streitigen Vereinbarung ersparten Aufwendungen für Prozesskosten (Erwägungsgründe 545, 547, 1071 und 1374 sowie Fn. 1867 des [streitigen] Beschlusses).
- 36 Wegen der Gesamtdauer der Untersuchung ermäßigte die Kommission die Geldbußen bei sämtlichen Adressaten des [streitigen] Beschlusses um 10 % (Erwägungsgründe 1349 und 1380 des [streitigen] Beschlusses).
- 37 Schließlich wandte die Kommission Art. 23 Abs. 2 Unterabs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003, wonach die Geldbuße für jedes an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen 10 % seines im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen darf, jeweils gesondert auf [Xellia Pharmaceuticals], Zoetis und A.L. Industrier an, da diese Gesellschaften zum Zeitpunkt des Erlasses des [streitigen] Beschlusses nicht mehr ein und demselben Unternehmen angehörten (1384. Erwägungsgrund des [streitigen] Beschlusses). Bei A.L. Industrier legte die Kommission nicht den im Jahr 2012, sondern den im Jahr 2011 erzielten Umsatz zugrunde, weil die Daten des Jahres 2012 ihrer Auffassung nach kein Jahr mit einer normalen Geschäftstätigkeit betroffen hätten (Erwägungsgründe 1386 und 1387 des [streitigen] Beschlusses).

38 Auf dieser Grundlage verhängte die Kommission gegen [Xellia Pharmaceuticals] und Zoetis gesamtschuldnerisch eine Geldbuße in Höhe von 10 530 000 Euro, während die gesamtschuldnerische Haftung von A.L. Industrier auf 43 216 Euro beschränkt wurde (1396. Erwägungsgrund und Art. 2 Abs. 3 des [streitigen] Beschlusses).“

### **Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil**

- 9 Mit Klageschrift, die am 28. August 2013 bei der Kanzlei des Gerichts einging, erhoben Xellia Pharmaceuticals (im Folgenden: Xellia) und Zoetis, jetzt Alpharma LCC, Klage auf teilweise Nichtigerklärung des streitigen Beschlusses und Herabsetzung der von der Kommission gegen sie verhängten Geldbuße.
- 10 Xellia und Zoetis machten acht Klagegründe geltend. Sie rügten im Wesentlichen einen offensichtlichen Beurteilungsfehler hinsichtlich der Auslegung der Tragweite der streitigen Vereinbarung durch die Kommission (erster Klagegrund), Rechts- und Beurteilungsfehler bei der Einstufung des Alpharma-Konzerns als potenzieller Wettbewerber von Lundbeck (zweiter Klagegrund), einen offensichtlichen Beurteilungsfehler bei der Einstufung der streitigen Vereinbarung als „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ (dritter Klagegrund), einen Rechtsfehler, weil festgestellt worden sei, dass eine „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ vorgelegen habe, obwohl die Tragweite der streitigen Vereinbarung dem Ausschließlichkeitsrecht entspreche, das durch die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck begründet werde (vierter Klagegrund), eine Verletzung der Verteidigungsrechte (fünfter Klagegrund), einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot, weil der streitige Beschluss an Zoetis gerichtet sei (sechster Klagegrund), Fehler bei der Berechnung der gegen sie verhängten Geldbuße (siebter Klagegrund) und einen offensichtlichen Beurteilungsfehler hinsichtlich der Begrenzung der gesamtschuldnerischen Haftung von A.L. Industrier (achter Klagegrund).
- 11 Mit dem angefochtenen Urteil wurde die Klage vom Gericht in vollem Umfang abgewiesen.

### **Verfahren vor dem Gerichtshof**

- 12 Mit Schriftsatz, der am 25. November 2016 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen ist, haben Xellia und die Alpharma LLC (im Folgenden: Rechtsmittelführerinnen) das vorliegende Rechtsmittel eingelegt.
- 13 Mit Schriftsätzen, die am 28. Juli 2017 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen sind, hat das Vereinigte Königreich beantragt, in der vorliegenden Rechtssache sowie in den oben in Rn. 7 genannten Rechtssachen C-586/16 P (Sun Pharmaceutical Industries und Ranbaxy [UK]/Kommission), C-588/16 P (Generics [UK]/Kommission), C-601/16 P (Arrow Group und Arrow Generics/Kommission) und C-614/16 P (Merck/Kommission) als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen zu werden. Mit Beschlüssen vom 25. Oktober 2017, Sun Pharmaceutical Industries und Ranbaxy (UK)/Kommission (C-586/16 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2017:831), vom 25. Oktober 2017, Generics (UK)/Kommission (C-588/16 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2017:829), vom 25. Oktober 2017, Arrow Group und Arrow Generics/Kommission (C-601/16 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2017:826), vom 25. Oktober 2017, Xellia Pharmaceuticals und Alpharma/Kommission (C-611/16 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2017:825) und vom 25. Oktober 2017, Merck/Kommission (C-614/16 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2017:828), hat der Präsident des Gerichtshofs diesen Anträgen stattgegeben. Jedoch hat er in allen diesen Rechtssachen insbesondere im Hinblick auf seinen Beschluss vom

5. Juli 2017, Lundbeck/Kommission (C-591/16 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2017:532), u. a. die vertrauliche Fassung des streitigen Beschlusses gegenüber dem Vereinigten Königreich vertraulich behandelt. Diesem ist lediglich eine nicht vertrauliche Fassung des streitigen Beschlusses zugestellt worden.
- 14 Mit Beschluss des Gerichtshofs vom 27. November 2018 ist die Rechtssache der Vierten Kammer zur Entscheidung nach gemeinsamer mündlichen Verhandlung der vorliegenden Rechtssache und der Rechtssachen C-586/16 P (Sun Pharmaceutical Industries und Ranbaxy [UK]/Kommission), C-588/16 P (Generics [UK]/Kommission), C-591/16 P (Lundbeck/Kommission), C-601/16 P (Arrow Group und Arrow Generics/Kommission) und C-614/16 P (Merck/Kommission) und unter Berücksichtigung der Schlussanträge zugewiesen worden.
- 15 Der Gerichtshof hat den Parteien des Verfahrens in der vorliegenden Rechtssache gemäß Art. 61 Abs. 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs am 29. November 2018 schriftliche Fragen zur mündlichen Beantwortung in der mündlichen Verhandlung sowie einen vorläufigen Plan der mündlichen Verhandlung mit einer genauen Beschreibung von deren Ablauf übermittelt. Den Parteien ist, nachdem sie Stellung genommen hatten, am 22. Januar 2019 ein endgültiger Plan der mündlichen Verhandlung übermittelt worden.
- 16 Die gemeinsame mündliche Verhandlung in der vorliegenden Rechtssache und in den oben in Rn. 14 genannten Rechtssachen hat am 24. Januar 2019 stattgefunden.
- 17 Am 6. Februar 2020 hat die Generalanwältin den Parteien des Verfahrens in der vorliegenden Rechtssache gemäß Art. 62 der Verfahrensordnung eine Frage zur schriftlichen Beantwortung übermittelt, mit der sie diese aufgefordert hat, zu den etwaigen Auswirkungen des Urteils vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52), auf die in der vorliegenden Rechtssache geltend gemachten Rechtsmittelgründe betreffend das Bestehen eines potenziellen Wettbewerbs zwischen Lundbeck und den Generikaherstellern und die Einstufung der von Lundbeck mit den Generikaherstellern geschlossenen Vereinbarungen als „bezweckte Beschränkungen“ Stellung zu nehmen. Die Antworten auf diese Frage sind am 6. März 2020 beim Gerichtshof eingegangen.
- 18 Mit Beschluss vom 10. März 2020 hat der Gerichtshof im Anschluss an die Verkündung des Urteils vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52), beschlossen, in der vorliegenden Rechtssache ohne Schlussanträge zu entscheiden.

### **Anträge der Parteien vor dem Gerichtshof**

- 19 Mit ihrem Rechtsmittel beantragen die Rechtsmittelführerinnen,
- das angefochtene Urteil in vollem Umfang oder teilweise aufzuheben;
  - den streitigen Beschluss in vollem Umfang oder teilweise für nichtig zu erklären;
  - die gegen sie verhängte Geldbuße aufzuheben oder deutlich herabzusetzen;
  - hilfsweise, die Sache zur Entscheidung nach Maßgabe des Urteils des Gerichtshofs an das Gericht zurückzuverweisen;

- der Kommission die Kosten des Rechtsmittelverfahrens und des Verfahrens vor dem Gericht aufzuerlegen.
- 20 Die Kommission beantragt,
- das Rechtsmittel in vollem Umfang als unbegründet zurückzuweisen;
  - den Rechtsmittelführerinnen die Kosten aufzuerlegen.
- 21 Das Vereinigte Königreich beantragt, das Rechtsmittel in vollem Umfang zurückzuweisen.

### **Zum Rechtsmittel**

- 22 Die Rechtsmittelführerinnen machen neun Rechtsmittelgründe geltend.
- 23 Das Gericht habe bei der Prüfung der Frage, ob Lundbeck und der Alpharma-Konzern potenzielle Wettbewerber gewesen seien, die für die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck streitende Vermutung der Gültigkeit nicht beachtet (erster Rechtsmittelgrund). Außerdem habe es bei der Prüfung dieser Frage die Beweislast umgekehrt und Umstände berücksichtigt, die nicht im streitigen Beschluss enthalten seien (zweiter Rechtsmittelgrund).
- 24 Ferner habe das Gericht die streitige Vereinbarung zu Unrecht als „bezweckte Beschränkung“ eingestuft (dritter Rechtsmittelgrund) und nicht geprüft, ob die Kommission ihre Feststellungen zur Tragweite der in der streitigen Vereinbarung für den Alpharma-Konzern vorgesehenen Beschränkungen bewiesen habe (vierter Rechtsmittelgrund).
- 25 Weiter sei dem Gericht bei der Beurteilung der Dauer der von der Kommission durchgeführten Untersuchung ein Rechtsfehler unterlaufen und es habe ihre Verteidigungsrechte verletzt (fünfter Rechtsmittelgrund). Die Alpharma LLC sei diskriminiert worden (sechster Rechtsmittelgrund). Da die Rechtslage unsicher gewesen sei, hätte gegen den Alpharma-Konzern keine Geldbuße verhängt werden dürfen (siebter Rechtsmittelgrund). Bei der Festsetzung der mit dem streitigen Beschluss gegen den Alpharma-Konzern verhängten Geldbuße sei die Schwere der Zuwiderhandlung nicht berücksichtigt worden (achter Rechtsmittelgrund). Schließlich habe das Gericht bei der Auswahl des Geschäftsjahrs, das bei der Bestimmung des Höchstbetrags der gegen A.L. Industrier verhängbaren Geldbuße zugrunde gelegt worden sei, rechtsfehlerhaft nicht auf das richtige rechtliche Kriterium abgestellt (neunter Rechtsmittelgrund).
- 26 Zunächst sind zusammen der erste und der zweite Rechtsmittelgrund zu prüfen, dann ebenfalls zusammen der dritte und der vierte Rechtsmittelgrund und schließlich nacheinander der fünfte, der sechste, der siebte, der achte und der neunte Rechtsmittelgrund.

### ***Zum ersten und zum zweiten Rechtsmittelgrund***

#### ***Relevante Randnummern des angefochtenen Urteils***

- 27 Vor dem Gericht hatten die Rechtsmittelführerinnen mit ihrem zweiten Klagegrund geltend gemacht, dass der Kommission bei der Einstufung des Alpharma-Konzerns als potenzieller Wettbewerber von Lundbeck mehrere Rechts- und Beurteilungsfehler unterlaufen seien.

28 Das Gericht hat diesen Klagegrund in den Rn. 49 bis 156 des angefochtenen Urteils zurückgewiesen.

29 Zunächst hat es die im streitigen Beschluss enthaltenen Feststellungen zum potenziellen Wettbewerb zusammengefasst. In diesem Zusammenhang hat es in den Rn. 51 bis 58 des angefochtenen Urteils ausgeführt:

„51 In den Erwägungsgründen 615 bis 620 des [streitigen] Beschlusses befasst sich die Kommission mit den besonderen Merkmalen des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs und unterscheidet zwei Phasen, in denen in diesem Wirtschaftszweig potenzieller Wettbewerb bestehen könne.

52 Die erste Phase könne mehrere Jahre vor dem baldigen Ablauf des Patents für einen API anlaufen, wenn Generikahersteller, die eine generische Version des betreffenden Arzneimittels in den Markt einführen wollten, mit der Entwicklung tragfähiger Verfahren begännen, die zu einem Erzeugnis führten, das den gesetzlichen Anforderungen entspreche. Zur Vorbereitung seines tatsächlichen Markteintritts müsse der Generikahersteller in einer zweiten Phase sodann eine Genehmigung für das Inverkehrbringen im Sinne der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABl. [2001,] L 311, S. 67) einholen, sich bei einem oder mehreren Generikaherstellern Tabletten beschaffen oder sie selbst herstellen und Händler finden oder sein eigenes Vertriebsnetz aufbauen, d. h. eine Reihe vorbereitender Schritte unternehmen, ohne die es nie tatsächlichen Wettbewerb auf dem Markt gäbe.

...

54 Im Rahmen dieser Phasen des potenziellen Wettbewerbs seien Generikahersteller oftmals mit Fragen des Patentrechts und des Rechts des geistigen Eigentums konfrontiert. Gleichwohl fänden sie im Allgemeinen einen Weg, um jegliche Verletzung bestehender Patente, etwa von Verfahrenspatenten, zu vermeiden. Sie verfügten in diesem Zusammenhang nämlich über mehrere Optionen ...

...

58 Was insbesondere die Prüfung des Wettbewerbsverhältnisses zwischen Lundbeck und des Alpharma-Konzerns zum Zeitpunkt des Abschlusses der streitigen Vereinbarung betrifft, stellte die Kommission in den Erwägungsgründen 1016 bis 1039 des [streitigen] Beschlusses u. a. fest, dass der Alpharma-Konzern

- bereits eine Vereinbarung mit Tiefenbacher geschlossen habe, die es ihm erlaubt habe, von den indischen Gesellschaften Cipla oder Matrix hergestelltes generisches Citalopram zu kaufen und die Genehmigungen für das Inverkehrbringen, über die Tiefenbacher bereits verfügt habe, zu verwenden;
- in den Niederlanden, in Finnland, in Dänemark und in Schweden Genehmigungen für das Inverkehrbringen erhalten habe und damit gerechnet habe, in Kürze auch im Vereinigten Königreich eine solche Genehmigung zu erhalten;

- 9,4 Mio. nach dem Cipla-Verfahren hergestellte Tabletten generisches Citalopram auf Lager gehabt und weitere 16 Mio. bestellt habe;
  - im Vereinigten Königreich eine Preisliste veröffentlicht habe;
  - sich im Begriff befunden habe, innerhalb von zwei bis sechs Wochen in mehreren Ländern des EWR in den Markt einzutreten;
  - zu der Einschätzung gelangt sei, dass das von Cipla zur Herstellung von Citalopram verwendete Verfahren gegen das [im Vereinigten Königreich für das Verfahren mittels Kristallisation bestehende] Patent [von Lundbeck] verstoße, sich jedoch gute Chancen ausgerechnet habe, den Erlass einer den Markteintritt untersagenden Anordnung verhindern zu können und die Nichtigerklärung des Patents zu erwirken;
  - die Möglichkeit gehabt habe, auf das von Matrix hergestellte Citalopram umzusteigen, zu dessen Herstellung ein Verfahren verwendet worden sei, bei dem davon ausgegangen worden sei, dass es die neuen [Verfahrenspatente] von Lundbeck nicht verletze.“
- 30 Das Gericht hat zwei Markteintrittsmöglichkeiten des Alpharma-Konzerns geprüft.
- 31 Was die erste Möglichkeit angeht, nämlich den Markteintritt mit nach dem von Cipla zur Herstellung von Citalopram verwendeten Verfahren (im Folgenden: Cipla-Verfahren) hergestellten Tabletten, die der Alpharma-Konzern bereits erhalten oder bestellt hatte, hat das Gericht in Rn. 85 des angefochtenen Urteils auf den Inhalt einer im 1027. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses erwähnten E-Mail eines Generaldirektors des Alpharma-Konzerns vom 19. Februar 2002 (im Folgenden: E-Mail vom 19. Februar 2002) hingewiesen, in der von Anträgen auf Nichtigerklärung der neuen Verfahrenspatente von Lundbeck die Rede gewesen sei, die gute Aussichten auf Erfolg hätten, und in der die Möglichkeit angesprochen werde, auf Citalopram zurückzugreifen, das nach dem von Matrix verwendeten Verfahren hergestellt worden und im Hinblick auf die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck unbedenklich sei. In Rn. 88 des angefochtenen Urteils hat das Gericht daraus abgeleitet, dass der Alpharma-Konzern selbst einräume, dass er sich gute Chancen ausgerechnet habe, die Nichtigerklärung des im Vereinigten Königreich für das Verfahren der Kristallisation bestehenden Patents von Lundbeck erwirken zu können.
- 32 In den Rn. 91 und 92 des angefochtenen Urteils hat das Gericht festgestellt, dass der Alpharma-Konzern zahlreiche Schritte unternommen und erhebliche Investitionen getätigt habe, um in den Markt einzutreten, die dann vom Gericht im Einzelnen dargestellt werden.
- 33 In Rn. 108 des angefochtenen Urteils hat das Gericht ausgeführt, dass aus einer konzerninternen E-Mail vom 14. Februar 2002 und der E-Mail vom 19. Februar 2002 hervorgehe, dass nicht gesagt sei, dass der Alpharma-Konzern seine Pläne, obwohl er sich der mit dem Markteintritt möglicherweise verbundenen Risiken bewusst gewesen sei, aufgegeben hätte, wenn er mit Lundbeck keine hinreichend vorteilhafte Vereinbarung hätte schließen können.
- 34 In Rn. 123 des angefochtenen Urteils hat das Gericht insoweit weiter ausgeführt, dass der Alpharma-Konzern zwar überrascht gewesen sei, dass Lundbeck am 30. Januar 2002 im Vereinigten Königreich das Patent für das Verfahren mittels Kristallisation erteilt worden sei. Er habe damit gerechnet, dass die Anmeldung zurückgewiesen werde. Der Alpharma-Konzern habe sich aber weiter gute Chancen ausgerechnet, trotz bestimmter Risiken die Nichtigerklärung des



Patents erwirken zu können, und sei der Auffassung gewesen, dass der Eintritt in den Markt insbesondere in Anbetracht der bereits unternommenen Schritte und der bereits getätigten Investitionen nach wie vor eine reale und konkrete Möglichkeit sei, die eine Alternative gegenüber dem Abschluss einer hinreichend vorteilhaften Vereinbarung mit Lundbeck darstelle.

- 35 In Rn. 132 des angefochtenen Urteils hat das Gericht angenommen, dass auch Lundbeck der Ansicht gewesen sei, dass der Alpharma-Konzern über eine reale und konkrete Möglichkeit des Markteintritts verfüge.
- 36 Schließlich hat das Gericht in Rn. 136 des angefochtenen Urteils entschieden, dass der Umstand, dass das Cipla-Verfahren wahrscheinlich das im Vereinigten Königreich für das Verfahren mittels Kristallisation bestehende Patent von Lundbeck verletzt habe, für den Alpharma-Konzern keine so große Marktzutrittsschranke dargestellt habe, dass er nicht als potenzieller Wettbewerber von Lundbeck angesehen werden könne.
- 37 Zu der zweiten Möglichkeit eines Markteintritts, nämlich mit nach dem von Matrix angewandten Verfahren hergestelltem Citalopram, hat das Gericht in den Rn. 139, 143 und 154 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass der zwischen Tiefenbacher und dem Alpharma-Konzern geschlossene Vertrag es Letzterem ermöglicht habe, nach den von Cipla und Matrix angewandten Verfahren hergestelltes Citalopram zu beziehen, dass der Alpharma-Konzern der Ansicht gewesen sei, dass das Verfahren, das Matrix seinerzeit zur Herstellung von Citalopram verwendet habe, es ihm ermöglichen könne, in den Markt einzutreten, ohne das im Vereinigten Königreich für das Verfahren mittels Kristallisation bestehende Patent von Lundbeck zu verletzen, und dass zum Zeitpunkt des Abschlusses der streitigen Vereinbarung daher sogar der Rückgriff auf nach dem Verfahren von Matrix hergestelltes Citalopram für den Alpharma-Konzern eine reale und konkrete Möglichkeit des Markteintritts dargestellt habe.
- 38 Das Gericht ist deshalb in Rn. 155 des angefochtenen Urteils zu dem Schluss gelangt, dass der Alpharma-Konzern über mindestens zwei reale und konkrete Möglichkeiten des Markteintritts verfügt habe und dass er deshalb Wettbewerbsdruck auf Lundbeck ausgeübt habe.
- 39 Zum vierten Klagegrund, mit dem die Rechtsmittelführerinnen geltend gemacht hatten, dass die Kommission rechtsfehlerhaft festgestellt habe, dass eine „bezweckte Beschränkung“ vorliege, obwohl der Umfang der streitigen Vereinbarung dem Ausschließlichkeitsrecht entspreche, das durch die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck begründet werde, hat das Gericht in Rn. 339 des angefochtenen Urteils u. a. ausgeführt:

„339 ... Nach den Grundsätzen, wie sie sich aus der in den Rn. 315 und 316 [des angefochtenen Urteils] dargestellten Rechtsprechung ergeben, ist festzustellen, dass die Vermutung der Gültigkeit, die für jedes Patent gilt, nicht bedeutet, dass bei allen in den Verkehr gebrachten Erzeugnissen, die der Patentinhaber für rechtsverletzend hält, vermutet würde, dass sie das Patent verletzen. Wie die Kommission ausführt, hätte im vorliegenden Fall Lundbeck bei einem Markteintritt der Generika nämlich vor den nationalen Gerichten nachweisen müssen, dass diese eines ihrer Verfahrenspatente verletzen. Ein Markteintritt [eines Generikaherstellers] ‚auf Risiko‘ sei als solcher nicht rechtswidrig. Zudem hätte der Beklagte im Rahmen eines solchen Rechtsstreits das Patent, auf das sich Lundbeck berufen hätte, im Wege einer Widerklage angreifen können. Solche Klagen sind auf dem Gebiet des Patentrechts häufig und führen in vielen Fällen dazu, dass das Verfahrenspatent, auf das sich der Patentinhaber beruft, für nichtig erklärt wird, wie die Kommission in Rn. 76 des streitigen Beschlusses dargelegt hat.“

### ***Vorbringen der Parteien***

- 40 Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund, mit dem insbesondere die Rn. 54 und 339 des angefochtenen Urteils angegriffen werden, wenden sich die Rechtsmittelführerinnen dagegen, dass das Gericht festgestellt habe, dass der Alpharma-Konzern ein potenzieller Wettbewerber von Lundbeck sei, obwohl es eindeutige Beweise dafür gebe, dass die Erzeugnisse des Alpharma-Konzerns die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck verletzt hätten, für die die Vermutung der Gültigkeit gelte.
- 41 Es sei Sache des Gerichts gewesen, sich zu vergewissern, dass die Kommission Beweise vorgelegt habe, die rechtlich hinreichend belegten, dass die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck schwach seien. Andernfalls hätte davon ausgegangen werden müssen, dass diese gültig seien und dass der Markteintritt der sie verletzenden Erzeugnisse rechtswidrig sei. Dadurch, dass es dies nicht getan habe, habe das Gericht gegen das grundlegende Prinzip der Vermutung der Gültigkeit von Patenten verstoßen und verkannt, dass ein Patent für seinen Inhaber ein Ausschließlichkeitsrecht begründe, und nicht lediglich das Recht, diese Ausschließlichkeit gerichtlich geltend zu machen. Damit habe das Gericht die nach Art. 101 AEUV vorgenommene Beurteilung von den Grundsätzen des Patentrechts „entkoppelt“.
- 42 Die Rechtsmittelführerinnen machen insoweit geltend, dass die Frage, ob sie Wettbewerberinnen von Lundbeck gewesen seien, davon abhängen, ob das betreffende Patent gültig gewesen sei. Solange keine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung ergangen sei, stehe dies nicht fest. Die Vermutung der Gültigkeit der Patente gelte auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht. Wollte die Kommission feststellen, dass eine Wettbewerbsbeschränkung vorliege, müsse sie daher den Nachweis erbringen, dass das betreffende Patent schwach sei. Außerdem sei zu bedenken, dass, wenn die Vermutung der Gültigkeit von Patenten nicht anerkannt würde, jeder Vergleich den Wettbewerb beschränken würde.
- 43 Im vorliegenden Fall habe das Gericht nicht geprüft, ob die Kommission den Nachweis erbracht habe, dass das im Vereinigten Königreich für das Verfahren mittels Kristallisation bestehende Patent von Lundbeck schwach gewesen sei. Dieser Nachweis könne nicht durch den bloßen Verweis auf eine E-Mail einer Führungskraft des Alpharma-Konzerns oder auf Äußerungen von Lundbeck erbracht werden. Die Kommission habe insoweit, wie sich aus Rn. 54 des angefochtenen Urteils ergebe, lediglich festgestellt, dass Verfahrenspatente leichter angreifbar seien als andere Arten von Patenten.
- 44 Außerdem habe die Kommission die Beweise aus dem betreffenden Zeitraum außer Acht gelassen, die belegten, dass die beiden Parteien der streitigen Vereinbarung davon ausgegangen seien, dass die Erzeugnisse des Alpharma-Konzerns die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck verletzen.
- 45 Mit dem zweiten Rechtsmittelgrund rügen die Rechtsmittelführerinnen, dass das Gericht nicht geprüft habe, ob die Kommission nachgewiesen habe, dass der Alpharma-Konzern zum Zeitpunkt der streitigen Vereinbarung tatsächlich über reale Möglichkeiten verfügt habe, mit den Rechten des geistigen Eigentums verletzenden Tabletten, die er erworben hatte, in den Markt einzutreten. Auf diese Weise habe das Gericht die Beweislast umgekehrt.
- 46 Nach dem Urteil vom 29. Juni 2012, E.ON Ruhrgas und E.ON/Kommission (T-360/09, EU:T:2012:332, Rn. 114), müsse die Kommission, wenn eine Partei sich darauf vorbereite, in den Markt einzutreten, und auf ein unvorhergesehenes Hindernis stoße – im vorliegenden Fall die

Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums durch ihre Erzeugnisse – nachweisen, dass der Markteintritt trotz dieses Hindernisses eine lebensfähige wirtschaftliche Strategie darstelle. Die Kommission hätte hierzu im vorliegenden Fall nachweisen müssen, dass die Wahrscheinlichkeit, dass der Alpharma-Konzern mit einer Klage gegen die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck keinen Erfolg habe, relativ gering sei. Die Kommission habe diesen Nachweis jedoch nicht erbracht. Wie sich aus dem 1039. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses ergebe, habe sie lediglich darauf hingewiesen, dass es nicht sicher sei, dass Lundbeck den Markteintritt des Alpharma-Konzerns mit ihren neuen Verfahrenspatenten verhindern könne.

- 47 Außerdem habe das Gericht die Beweislast umgekehrt, indem es angenommen habe, dass ihnen der Beweis obliege, dass der Markteintritt wegen der neuen Verfahrenspatente von Lundbeck keine lebensfähige wirtschaftliche Strategie dargestellt habe. Die Erbringung dieses Nachweises werde dadurch erschwert, dass die Kommission sechs bis sieben Jahre gebraucht habe, um dem Alpharma-Konzern ihre Beschwerdepunkte mitzuteilen.
- 48 Im Übrigen habe sich das Gericht in Rn. 108 des angefochtenen Urteils auf Beweise gestützt, die in der streitigen Entscheidung nicht enthalten seien, ohne es ihnen zu ermöglichen, sie zu widerlegen. Dadurch seien ihre Verteidigungsrechte verletzt worden.
- 49 Nach Auffassung der Kommission sind der erste und der zweite Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

### ***Würdigung durch den Gerichtshof***

- 50 Das Verhalten von Unternehmen fällt nur dann unter das generelle Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV, wenn eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise, also eine Absprache, vorliegt und diese den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts spürbar einschränkt (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 31).
- 51 Letzteres setzt bei Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit zwischen Unternehmen, die auf derselben Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig sind, voraus, dass die Absprache zwischen Unternehmen erfolgt, die tatsächliche oder zumindest potenzielle Wettbewerber sind (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 32).
- 52 Um zu beurteilen, ob ein auf einem Markt nicht vertretenes Unternehmen mit einem oder mehreren anderen dort bereits vertretenen Unternehmen in einem Verhältnis des potenziellen Wettbewerbs steht, muss festgestellt werden, ob für das nicht auf dem Markt vertretene Unternehmen reale und konkrete Möglichkeiten bestehen, in den Markt einzutreten und mit dem oder den auf dem Markt vertretenen Unternehmen in Wettbewerb zu treten, wobei nicht erforderlich ist, dass festgestellt wird, dass das nicht auf dem Markt vertretene Unternehmen tatsächlich in den betreffenden Markt eintreten wird, oder gar, dass es sich in der Folge auf dem Markt behaupten kann (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 36 und 38).
- 53 Bei Vereinbarungen wie den streitigen, die bewirken, dass mehrere Unternehmen vorübergehend vom Markt ferngehalten werden, ist im Hinblick auf die Struktur und das wirtschaftliche und rechtliche Umfeld des Marktes zu prüfen, ob für diese Unternehmen ohne die Vereinbarungen

reale und konkrete Möglichkeiten bestanden hätten, in den Markt einzutreten und mit den dort vertretenen Unternehmen in Wettbewerb zu treten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 37 und 39).

- 54 Sind solche Vereinbarungen im Kontext der Öffnung des Markts für ein Arzneimittel, das einen seit Kurzem gemeinfreien Wirkstoff enthält, für Generikahersteller geschlossen worden, ist unter Berücksichtigung der spezifischen Regelungen des Arzneimittelsektors und der Rechte des geistigen Eigentums, insbesondere der sich auf ein oder mehrere Verfahren zur Herstellung eines gemeinfreien Wirkstoffs beziehenden Patente der Originalpräparatehersteller (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 40 und 41) zu prüfen, ob der Generikahersteller nachweislich fest entschlossen und aus eigener Kraft in der Lage ist, in den Markt einzutreten, und dem nicht unüberwindliche Marktzutrittsschranken entgegenstehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 58).
- 55 Hierzu ist erstens zu prüfen, ob der betreffende Generikahersteller zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarungen ausreichende Vorbereitungsmaßnahmen getroffen hatte, um innerhalb einer Frist, die geeignet ist, Wettbewerbsdruck auf den Hersteller des Originalpräparats auszuüben, in den betreffenden Markt eintreten zu können. Zweitens ist zu prüfen, ob der Eintritt des Generikaherstellers in den Markt nicht auf unüberwindliche Marktzutrittsschranken stößt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 43 und 45). Die Feststellung, dass der Generikahersteller und der Hersteller des Originalpräparats potenzielle Wettbewerber sind, kann durch weitere Elemente bestätigt werden, etwa den Abschluss einer Vereinbarung zwischen ihnen zu einem Zeitpunkt, als der Generikahersteller nicht auf dem betreffenden Markt vertreten war (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 54 bis 56).
- 56 Speziell zu der Beurteilung der Frage, ob unüberwindliche Marktzutrittsschranken bestehen, hat der Gerichtshof entschieden, dass ein Patent für ein Verfahren zur Herstellung eines gemeinfreien Wirkstoffs trotz der für das Patent streitenden Vermutung der Gültigkeit für sich genommen keine unüberwindliche Schranke darstellt, da die Vermutung der Gültigkeit des Patents im Zusammenhang mit der Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV nichts über den Ausgang eines Rechtsstreits über die Gültigkeit des Patents besagt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 46 bis 51).
- 57 Für sich genommen steht ein solches Patent der Einstufung des Generikaherstellers als „potenzieller Wettbewerber“ des Herstellers des Originalpräparats nicht entgegen, sofern der Generikahersteller tatsächlich fest entschlossen und aus eigener Kraft in der Lage ist, in den Markt einzutreten, und, wie seine Maßnahmen zeigen, bereit ist, das Patent anzufechten und sich beim Eintritt in den Markt einer Verletzungsklage des Patentinhabers auszusetzen (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 46).
- 58 Im Übrigen hat der Gerichtshof auch klargestellt, dass die Wettbewerbsbehörde nicht zu prüfen hat, wie stark das Patent ist oder wie wahrscheinlich es ist, dass in einem Rechtsstreit zwischen dem Patentinhaber und einem Generikahersteller festgestellt wird, dass das Patent gültig ist und verletzt worden ist (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 50).

- 59 Im vorliegenden Fall geht aus dem angefochtenen Urteil, insbesondere aus den Rn. 58, 85, 91, 92, 123, 139, 143 und 154 hervor, dass der Alpharma-Konzern zahlreiche Schritte unternommen hatte, um eine Genehmigung für das Inverkehrbringen zu erhalten, und erhebliche Investitionen getätigt hatte, um in den Markt für generisches Citalopram einzutreten, aber auch, dass er zum Zeitpunkt des Abschlusses der streitigen Vereinbarung über mindestens zwei reale und konkrete Markteintrittsmöglichkeiten verfügte. Die erste Möglichkeit, nämlich der Eintritt in den Markt mit nach dem Cipla-Verfahren hergestellten Tabletten, die der Alpharma-Konzern bei Tiefenbacher bezogen oder bestellt hatte, war durch die neuen Gesichtspunkte, die der Alpharma-Konzern im Januar und Februar 2002 im Hinblick darauf erfahren hatte, dass das Cipla-Verfahren möglicherweise Rechte des geistigen Eigentums verletze, nicht in Frage gestellt worden. Die zweite Möglichkeit bestand darin, mit nach dem Matrix-Verfahren hergestellten Citalopram-Tabletten in den Markt einzutreten. Beim Matrix-Verfahren bestand nicht die Gefahr einer Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums. Die Alpharma-Gruppe hatte diese Tabletten zwar nicht auf Lager, konnte sie aufgrund des mit Tiefenbacher geschlossenen Vertrags aber kurzfristig beziehen.
- 60 Außerdem hat das Gericht in den Rn. 88 und 136 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass der Alpharma-Konzern der Ansicht gewesen sei, dass das im Vereinigten Königreich für das Verfahren mittels Kristallisation bestehende Patent von Lundbeck keine Schranke für seinen Markteintritt darstelle, und dass er im Fall von Rechtsstreitigkeiten gute Chancen gehabt habe, die Nichtigerklärung dieses Verfahrenspatents zu erwirken.
- 61 Im Übrigen hat das Gericht in Rn. 132 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass Lundbeck selbst den Alpharma-Konzern als potenziellen Wettbewerber angesehen habe.
- 62 In Anbetracht dieser Feststellungen ist die Annahme des Gerichts, dass der Alpharma-Konzern und Lundbeck zum Zeitpunkt des Abschlusses der streitigen Vereinbarung potenzielle Wettbewerber gewesen seien, rechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere hat das Gericht insoweit weder gegen die Vermutung der Gültigkeit der neuen Verfahrenspatente von Lundbeck verstoßen noch die Beweislast umgekehrt.
- 63 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen, dass das Gericht die Beweise aus der Zeit der streitigen Vereinbarung übergangen habe, die belegten, dass der Alpharma-Konzern und Lundbeck davon ausgegangen seien, dass die Erzeugnisse des Alpharma-Konzerns gegen die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck verstießen. Dieses Vorbringen ist nämlich unzulässig. Anders als Art. 169 Abs. 2 der Verfahrensordnung verlangt, wird nämlich kein Punkt der Begründung des angefochtenen Urteils genau bezeichnet. Ebenso wenig werden die Beweise aus der Zeit der streitigen Vereinbarung bezeichnet, die das Gericht übergangen haben soll.
- 64 Was schließlich das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen betrifft, dass das Gericht in Rn. 108 des angefochtenen Urteils Beweise herangezogen habe, die in der streitigen Entscheidung nicht enthalten seien, ohne es ihnen zu ermöglichen, sie zu widerlegen, wodurch ihre Verteidigungsrechte verletzt worden seien, kann es mit dem Hinweis sein Bewenden haben, dass Rn. 108 des angefochtenen Urteils, wie der in ihr verwendete Ausdruck „jedenfalls“ erkennen lässt, gegenüber den von den Rechtsmittelführerinnen nicht angegriffenen Erwägungen in den Rn. 104 bis 106 des angefochtenen Urteils, in denen begründet wird, warum das in Rn. 103 des angefochtenen Urteils zusammengefasste Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen zurückgewiesen wird, eine Hilfservägung enthält. Das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen

zu Rn. 108 des angefochtenen Urteils ist daher als ins Leere gehend zurückzuweisen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Dezember 2016, SV Capital/EBA, C-577/15 P, EU:C:2016:947, Rn. 65).

- 65 Nach alledem ist der erste Rechtsmittelgrund als teils unzulässig, teils unbegründet und der zweite Rechtsmittelgrund als teils ins Leere gehend, teils unbegründet zurückzuweisen.

### *Zum dritten und zum vierten Rechtsmittelgrund*

#### *Relevante Randnummern des angefochtenen Urteils*

- 66 Das Gericht hat den zweiten Klagegrund, mit dem Rechts- und Beurteilungsfehler bei der Einstufung des Alpharma-Konzerns als potenzieller Wettbewerber von Lundbeck gerügt worden waren, in den Rn. 119 und 120 des angefochtenen Urteils u. a. mit folgender Begründung zurückgewiesen:

„119 ... Zwar ist darauf hinzuweisen, dass der Alpharma-Konzern überrascht war, dass Lundbeck am 30. Januar 2002 im Vereinigten Königreich das Patent [für das Verfahren mittels Kristallisation erteilt wurde. Der Alpharma-Konzern war davon ausgegangen, dass die Anmeldung dieses Patents, die Lundbeck am 12. März 2001 eingereicht hatte, zurückgewiesen werden würde, wie aus einer von den [Rechtsmittelführerinnen] vorgelegten Erklärung des u. a. für gewerblichen Rechtsschutz ... zuständigen Direktors des Alpharma-Konzerns hervorgeht.

120 Weiter ist festzustellen, dass der Alpharma-Konzern, auch wenn sich aus der im 482. Erwägungsgrund des [streitigen] Beschlusses teilweise zitierten und dem Gericht in vollständiger Form vorgelegten E-Mail vom 17. September 2001 ergibt, dass Tiefenbacher ihn dahin beruhigt hatte, dass das Cipla-Verfahren die neuen [Verfahrens-]Patente von Lundbeck nicht verletzte, in der Folge zu der Einschätzung gelangte, dass dieses Verfahren das [im Vereinigten Königreich für das Verfahren mittels Kristallisation bestehende] Patent [von Lundbeck] verletze, wie sich insbesondere aus der E-Mail vom 19. Februar 2002 ergibt.“

- 67 Mit ihrem ersten Klagegrund hatten die Rechtsmittelführerinnen geltend gemacht, dass die Annahme der Kommission, dass sich der Alpharma-Konzern mit der streitigen Vereinbarung verpflichtet habe, während des relevanten Zeitraums kein generisches Citalopram zu verkaufen, hinsichtlich der Auslegung der Tragweite der streitigen Vereinbarung unter einem offensichtlichen Beurteilungsfehler leide.

- 68 Zur Zurückweisung des ersten Klagegrundes hat das Gericht die Argumente, die die Rechtsmittelführerinnen zum Wortlaut von Art. 1.1 der streitigen Vereinbarung, zur Präambel der streitigen Vereinbarung, zu den Umständen des Abschlusses der streitigen Vereinbarung, zu der im Anschluss an die streitige Vereinbarung zur Beendigung der Patentverletzungsklage UK ergangenen einvernehmlichen Anordnung und zum Zeitpunkt des Markteintritts des Alpharma-Konzerns, vorgebracht hatten, in den Rn. 164 bis 243 des angefochtenen Urteils eins nach dem anderen zurückgewiesen.

- 69 In den Rn. 244 bis 247 des angefochtenen Urteils hat das Gericht schließlich festgestellt, dass es den Rechtsmittelführerinnen nicht gelungen sei, die Gesichtspunkte zu widerlegen, mit denen die Kommission habe nachweisen können, dass die streitige Vereinbarung Beschränkungen

enthalten habe, die über die Beschränkungen hinausgegangen seien, die Lundbeck hätte erwirken können, wenn sie sich auf ihre neuen Patente gestützt und in einem entsprechenden Rechtsstreit obsiegt hätte.

- 70 Mit dem dritten Klagegrund hatten die Rechtsmittelführerinnen geltend gemacht, dass der Kommission bei der Einstufung der streitigen Vereinbarung als „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen sei.
- 71 Das Gericht hat diesen Klagegrund in den Rn. 248 bis 333 des angefochtenen Urteils zurückgewiesen.
- 72 Zur Begründung hat das Gericht in den Rn. 251 bis 257 des angefochtenen Urteils im Rahmen von Vorbemerkungen zunächst die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Einstufung als „bezweckte Beschränkung“ dargestellt.
- 73 Sodann hat es die im streitigen Beschluss enthaltenen Ausführungen zum Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zusammengefasst. In diesem Zusammenhang hat es u. a. Folgendes ausgeführt:

„261 Aus ... dem [streitigen] Beschluss geht hervor, dass, auch wenn die in den in Rede stehenden Vereinbarungen vorgesehenen Beschränkungen in den Schutzbereich der [neuen Verfahrenspatente] von Lundbeck fielen, diese Vereinbarungen also lediglich verhinderten, dass generisches Citalopram, das mit einem Verfahren hergestellt wurde, das die Parteien der Vereinbarungen als eine potenzielle Verletzung der genannten Patente betrachteten, auf den Markt gebracht würde, und nicht generisches Citalopram jedweder Art, stellten die besagten Vereinbarungen trotz allem bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen dar, da sie insbesondere jegliche Anfechtung der Gültigkeit der [neuen Verfahrenspatente] von Lundbeck vor den nationalen Gerichten verhindert oder sinnlos gemacht hätten, obwohl diese Art von Anfechtung Bestandteil des normalen Wettbewerbs auf dem Gebiet des Patentrechts sei (Erwägungsgründe 603 bis 605, 625, 641 und 674 des [streitigen] Beschlusses).

262 Mit anderen Worten hätten die streitigen Vereinbarungen die Ungewissheit hinsichtlich des Ausgangs solcher Klageverfahren in die Gewissheit verwandelt, dass die Generika nicht auf den Markt gebracht würden, was ebenfalls eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen könne, wenn sich solche Beschränkungen nicht aus einer Prüfung der Stärke des fraglichen Ausschließlichkeitsrechts durch die Parteien der streitigen Vereinbarungen ergäben, sondern eher aus der Höhe der vorgesehenen umgekehrten Zahlung, die diese Beurteilung in einem solchen Fall in den Schatten stelle und ein Anreiz für den Generikahersteller sei, nicht weiter zu versuchen, in den Markt einzutreten (641. Erwägungsgrund des [streitigen] Beschlusses).

263 Insoweit ist hervorzuheben, dass die Kommission im [streitigen] Beschluss nicht behauptet, dass alle Patentvergleiche, die umgekehrte Zahlungen enthalten, gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstießen, sondern lediglich, dass die Unverhältnismäßigkeit solcher Zahlungen in Verbindung mit mehreren anderen Faktoren wie der Tatsache, dass die Höhe dieser Zahlungen zumindest den Gewinnerwartungen der Generikahersteller im Fall eines Markteintritts zu entsprechen schienen, dem Fehlen von Klauseln, die es den Generikaherstellern ermöglichten, ihre Erzeugnisse nach Ablauf der Vereinbarungen auf den Markt zu bringen, ohne Verletzungsklagen seitens Lundbeck befürchten zu müssen,

oder der Tatsache, dass in diesen Vereinbarungen Beschränkungen enthalten seien, die über den Schutzzumfang der [neuen Verfahrenspatente] von Lundbeck hinausgingen, den Schluss zuließen, dass die streitigen Vereinbarungen im vorliegenden Fall auf eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der genannten Bestimmung abzielten (vgl. Erwägungsgründe 661 und 662 des angefochtenen Beschlusses).“

- 74 Schließlich hat das Gericht in den Rn. 266 bis 333 des angefochtenen Urteils geprüft, ob im vorliegenden Fall eine „bezweckte Beschränkung“ vorliegt.
- 75 Insoweit hat es in Rn. 268 des angefochtenen Urteils u. a. festgestellt, dass, selbst unterstellt, der Gegenstand der streitigen Vereinbarung stimmte mit dem Schutzbereich der neuen Verfahrenspatente von Lundbeck überein, festgestellt werden müsse, dass der Alpharma-Konzern als Gegenleistung für eine umgekehrte Zahlung darauf verzichtet habe, von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, mit dem nach dem Cipla-Verfahren hergestellten Citalopram in den Markt einzutreten, bei dem davon ausgegangen worden sei, dass es ein Patent verletze, bei dem gute Chancen dafür bestanden hätten, dass es für nichtig erklärt werde, obwohl diese Möglichkeit für den Alpharma-Konzern real und konkret gewesen sei, so dass die umgekehrte Zahlung für seine Entscheidung, von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch zu machen, ausschlaggebend gewesen sei.
- 76 In den Rn. 277 bis 279 dieses Urteils hat es das Gericht abgelehnt, die streitige Vereinbarung als Vergleich einzustufen. Es hat zum einen auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs hingewiesen, wonach eine Vereinbarung nicht allein deshalb dem Wettbewerbsrecht entzogen ist, weil sie ein Patent betrifft oder zur gütlichen Beilegung eines Patentrechtsstreits dient. Zum anderen hat es festgestellt, dass die streitige Vereinbarung einen umfassenderen Gegenstand habe als die Patentverletzungsklage UK und dass diese nur für die Laufzeit der streitigen Vereinbarung ausgesetzt worden sei, was ausschließe, dass mit der streitigen Vereinbarung ein Rechtsstreit beigelegt werde.
- 77 Das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen, dass die Kommission nicht nachgewiesen habe, dass der Alpharma-Konzern im Rahmen eines Rechtsstreits über neue Verfahrenspatente von Lundbeck mit Sicherheit obsiegt hätte, hat das Gericht in Rn. 287 des angefochtenen Urteils mit der Begründung zurückgewiesen, dass es keineswegs erforderlich sei, dass die Kommission nachweise, dass der Alpharma-Konzern mit Sicherheit obsiegt hätte, wenn er sich dafür entschieden hätte, den Rechtsstreit vor Gericht auszutragen.
- 78 Zur Höhe der von Lundbeck an den Alpharma-Konzern geleisteten Zahlung hat das Gericht in den Rn. 296 bzw. 298 des angefochtenen Urteils u. a. festgestellt, dass die Kommission zu Recht darauf hingewiesen habe, dass sich die Höhe dieser Zahlung an den Gewinnen orientiert habe, mit denen der Alpharma-Konzern gerechnet habe, und dass der Betrag für den Alpharma-Konzern einen sicheren Gewinn dargestellt habe, während nicht festgestanden habe, welchen Gewinn der Konzern mit einem Markteintritt hätte erzielen können.
- 79 In den Rn. 301 bis 310 des angefochtenen Urteils hat das Gericht festgestellt, dass die Kommission zu Recht davon ausgegangen sei, dass die Umstände des vorliegenden Falles mit denen der Rechtssache vergleichbar seien, in der das Urteil vom 20. November 2008, Beef Industry Development Society und Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), ergangen sei.



- 80 In den Rn. 311 bis 326 des angefochtenen Urteils ist das Gericht den Rechtsmittelführerinnen auch nicht darin gefolgt, dass die streitige Vereinbarung deshalb nicht als „bezweckte Beschränkung“ eingestuft werden könne, weil es keinen Präzedenzfall gebe und hinsichtlich derartiger Vereinbarungen Rechtsunsicherheit bestehe.
- 81 Zur Begründung hat es in den Rn. 315 bis 317 des angefochtenen Urteils auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Anwendung des Wettbewerbsrechts in dem speziellen Bereich der Rechte des geistigen Eigentums hingewiesen. Sodann hat es in Rn. 318 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass sich sowohl Lundbeck als auch der Alpharma-Konzern darüber im Klaren gewesen seien, dass es zumindest möglich sei, dass ihr Verhalten wettbewerbsrechtlich bedenklich sei. Es hat weiter ausgeführt, dass für die Einstufung der streitigen Vereinbarung als „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ nicht erforderlich sei, dass Vereinbarungen gleicher Art wie die streitige Vereinbarung von der Kommission bereits geahndet worden seien (Rn. 319 des angefochtenen Urteils), und dass ihr die Pressemitteilung des KFST vom 28. Januar 2004 (im Folgenden: KFST-Pressemitteilung), auf die sich die Rechtsmittelführerinnen beriefen, nicht entgegenstehe (Rn. 320 bis 325 des angefochtenen Urteils). Es ist dann in Rn. 326 des angefochtenen Urteils zu dem Schluss gelangt, dass „bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses der streitigen Vereinbarung ... darüber Einigkeit [bestand], dass der Patentinhaber einen potenziellen Wettbewerber nicht dafür bezahlen darf, dass er darauf verzichtet, von mehreren oder gar sämtlichen wirklichen und konkreten Markteintrittsmöglichkeiten Gebrauch zu machen, gegen Zahlung eines unter Berücksichtigung der von ihm bei einem Markteintritt erwarteten Gewinne festgesetzten Betrags durch den Patentinhaber“.

### ***Vorbringen der Parteien***

- 82 Mit dem dritten, gegen die Rn. 248 bis 333 des angefochtenen Urteils gerichteten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, dass das Gericht rechtsfehlerhaft bestätigt habe, dass die streitige Vereinbarung eine „bezweckte Beschränkung“ darstelle. Das Gericht habe sich damit in Widerspruch zu dem Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204) gesetzt.
- 83 Erstens habe der Gerichtshof in den Rn. 57 und 58 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Einstufung als „bezweckte Beschränkung“ eine hohe Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung des Wettbewerbs voraussetze und dass der Begriff eng auszulegen sei, da er den Beklagten grundlegende Verfahrensgarantien nehme und nicht dazu führen dürfe, dass Vereinbarungen verboten würden, die sich als wettbewerbsfördernd erweisen könnten. Im vorliegenden Fall wenden sich die Rechtsmittelführerinnen gegen Rn. 287 des angefochtenen Urteils. Sie machen geltend, dass das Gericht in dieser Randnummer aus der nicht zutreffenden Tatsache, dass der Alpharma-Konzern ein potenzieller Wettbewerber von Lundbeck sei, gefolgert habe, dass die streitige Vereinbarung mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken. Selbst wenn man annähme, dass der Alpharma-Konzern ein potenzieller Wettbewerber von Lundbeck gewesen wäre, ließe dies aber nicht den Schluss zu, dass die streitige Vereinbarung mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken, sondern nur, dass sie den Wettbewerb wahrscheinliche beschränke.
- 84 Es hätte unbedingt das „kontrafaktische Szenario“ ermittelt werden müssen, d. h., was ohne die streitige Vereinbarung geschehen wäre. Um den Nachweis zu führen, dass die streitige Vereinbarung mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit geeignet gewesen sei, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu haben, hätte die Kommission dartun müssen, dass es

ohne die streitige Vereinbarung sehr wahrscheinlich gewesen wäre, dass der Alpharma-Konzern in einem Rechtsstreit über die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck obsiegt hätte oder eine ihm einen früheren Markteintritt ermöglichende Vereinbarung geschlossen hätte, die den Wettbewerb weniger beschränkt hätte als die streitige Vereinbarung. Selbst wenn für den Alpharma-Konzern, wie Lundbeck angenommen habe, eine Wahrscheinlichkeit von 50 % bis 60 % bestanden habe, dass das im Vereinigten Königreich für das Verfahren mittels Kristallisation bestehende Patent von Lundbeck für nichtig erklärt werde, ließe dies jedoch nicht den Schluss zu, dass die streitige Vereinbarung mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken, zumal der Alpharma-Konzern erst mit einer gewissen Verzögerung erkannt habe, dass sein Erzeugnis Rechte des geistigen Eigentums verletze, wie sich aus den Rn. 119 bis 121 des angefochtenen Urteils ergebe.

- 85 Im Übrigen würde die vom Gericht gewählte Lösung, wenn sich später herausstellen sollte, dass die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck gültig seien, *ad absurdum* geführt. Die in Rede stehenden Vereinbarungen würden nämlich auch dann noch eine bezweckte Beschränkung darstellen, wenn in der Folge davon auszugehen sein werde, dass das betreffende Patent gültig und der Verkauf der das Patent verletzenden Erzeugnisse rechtswidrig sei.
- 86 Zweitens machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, dass der Gerichtshof im Urteil vom 11. September 2014, CB/Kommission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), hervorgehoben habe, wie wichtig die Erfahrungen seien, die man bislang mit Vereinbarungen wie den in Rede stehenden Vereinbarungen gemacht habe. In den Rn. 311 bis 326 des angefochtenen Urteils habe das Gericht aber zu Unrecht das Vorbringen zurückgewiesen, dass die streitige Vereinbarung deshalb nicht als „bezweckte Beschränkung“ eingestuft werden könne, weil es im Bereich von Vereinbarungen zur gütlichen Beilegung von Patentstreitigkeiten, die umgekehrte Zahlungen vorsähen, keine Präzedenzfälle gebe. Damit habe es der streitigen Vereinbarung nicht nur im Hinblick auf die europäische Entscheidungs- und Rechtsprechungspraxis zum Wettbewerbsrecht im Zusammenhang mit Rechten des geistigen Eigentums jede Besonderheit abgesprochen, sondern auch die im Schrifttum zu derartigen Vereinbarungen vertretenen Auffassungen, die weit auseinandergingen, außer Acht gelassen. Darüber hinaus machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, dass das Gericht in Rn. 318 des angefochtenen Urteils zu Unrecht festgestellt habe, dass die streitige Vereinbarung deshalb eine „bezweckte Beschränkung“ darstelle, weil Lundbeck und der Alpharma-Konzern gewusst hätten, dass ihre Vereinbarung möglicherweise wettbewerbsrechtlich bedenklich sei und dass über sie ein Rechtsgutachten eingeholt worden sei. Ferner habe das Gericht in Rn. 319 des angefochtenen Urteils zu Unrecht angenommen, dass die Erfahrungen, die man mit der allgemeinen Form der Absprache gemacht habe, es im vorliegenden Fall erlaubten, die streitige Vereinbarung als „bezweckte Beschränkung“ einzustufen. Es habe insoweit nicht beachtet, dass der Begriff „bezweckte Beschränkung“ eng auszulegen sei. Bei Vereinbarungen zur gütlichen Beilegung von Patentstreitigkeiten, die umgekehrte Zahlungen vorsähen, handele es sich um einen Sonderfall. Sie lägen an der Schnittstelle zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Patentrecht und unterschieden sich deutlich von den Vereinbarungen, um die es in dem Urteil vom 20. November 2008, Beef Industry Development Society und Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), gegangen sei, das vom Gericht in den Rn. 301 bis 310 des angefochtenen Urteils angeführt worden sei. Die streitige Vereinbarung sei nämlich gerechtfertigt durch die legitime Absicht von Lundbeck, sich vor einem Rechte des geistigen Eigentums verletzenden Eintritt eines Wettbewerbers in ihren Arzneimittelmarkt und den sich daraus ergebenden Folgen zu schützen, und durch die legitime Absicht des Alpharma-Konzerns, die finanziellen und rechtlichen Folgen ihres Markteintritts, dessen Rechtswidrigkeit erst mit einer gewissen Verzögerung erkannt worden sei, zu vermeiden und einen Weg zu finden, um mit einem erheblichen Vorrat an Rechte des geistigen Eigentums

verletzenden Erzeugnissen umzugehen. Ferner habe das Gericht in den Rn. 320, 321 und 325 des angefochtenen Urteils die Pressemitteilung des KFST, wonach sich die in Rede stehenden Vereinbarungen in einer „rechtlichen Grauzone“ befunden hätten, und die Zweifel der Kommission hinsichtlich der Einstufung der in Rede stehenden Vereinbarungen, die Anlass für eine Untersuchung des betreffenden Wirtschaftszweigs gegeben hätten, bei der die Kommission zu dem Schluss gekommen sei, dass solche Vereinbarungen im Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu prüfen seien, zu Unrecht nicht berücksichtigt. Diese Umstände hätten einer Einstufung der streitigen Vereinbarung als „bezweckte Beschränkung“, wie sie das Gericht in Rn. 326 des angefochtenen Urteils vorgenommen habe, entgegengestanden.

- 87 Mit dem vierten, gegen die Rn. 160 bis 247 des angefochtenen Urteils gerichteten Rechtsmittelgrund, machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, dass das Gericht dadurch einen Rechtsfehler begangen und gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung verstoßen habe, dass es nicht geprüft habe, ob die Kommission ihre Behauptung, dass die in der streitigen Vereinbarung vorgesehene Beschränkung über den Schutzbereich der neuen Verfahrenspatente von Lundbeck hinausgegangen sei und dass der Alpharma-Konzern sich vertraglich verpflichtet habe, kein Citalopram zu verkaufen, das nach einem Verfahren hergestellt worden sei, das die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck nicht verletze, bewiesen habe, obwohl sie dies mit ihrem ersten Klagegrund geltend gemacht hätten. Damit habe das Gericht die Kommission in Rn. 162 des angefochtenen Urteils von ihrer Beweisobliegenheit befreit. Indem es von ihnen in den Rn. 162 bis 243 des angefochtenen Urteils den Nachweis verlangt habe, dass der Verkauf von keine Rechte des geistigen Eigentums verletzendem Citalopram nicht beschränkt worden sei, habe es die Beweislast umgekehrt.

### ***Würdigung durch den Gerichtshof***

- 88 Mit dem vierten Rechtsmittelgrund rügen die Rechtsmittelführerinnen, dass das Gericht dadurch, dass es den ersten Klagegrund zurückgewiesen habe, mit dem ein offensichtlicher Beurteilungsfehler hinsichtlich der Auslegung der Tragweite der streitigen Vereinbarung durch die Kommission gerügt worden war, gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung verstoßen und die Beweislast umgekehrt habe.
- 89 Hierzu ist festzustellen, dass aus Rn. 157 des angefochtenen Urteils hervorgeht, dass die Rechtsmittelführerinnen im Rahmen des ersten Klagegrundes geltend gemacht hatten, dass die Kommission dadurch, dass sie angenommen habe, dass sich der Alpharma-Konzern mit der streitigen Vereinbarung verpflichtet habe, während des relevanten Zeitraums keinerlei generisches Citalopram zu verkaufen, einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen habe, da sie insoweit nicht über Beweise verfüge habe.
- 90 Weiter geht aus den Rn. 244 bis 247 des angefochtenen Urteils hervor, dass das Gericht angenommen hat, dass die Kommission rechtlich hinreichend nachgewiesen habe, dass die wörtliche, systematische und teleologische Auslegung der streitigen Vereinbarung den Schluss zulasse, dass Verpflichtungen des Alpharma-Konzerns gemäß Art. 1.1 der streitigen Vereinbarung nicht auf Citalopram beschränkt gewesen seien, das nach Verfahren hergestellt worden sei, bei denen der Alpharma-Konzern und Lundbeck eingeräumt hätten, dass sie die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck verletzen. Hierzu hat es die Argumente, die die Rechtsmittelführerinnen zum Wortlaut der streitigen Vereinbarung, zu den Umständen des Abschlusses der streitigen Vereinbarung und zu den nach dem Abschluss der streitigen Vereinbarung eingetretenen Ereignissen vorgebracht hatten, in den Rn. 162 bis 243 des angefochtenen Urteils eins nach dem anderen zurückgewiesen.

- 91 Mit ihrem vierten Rechtsmittelgrund wollen die Rechtsmittelführerinnen mithin lediglich erreichen, dass der Gerichtshof sämtliche Tatsachen und Beweise, die dem Gericht zur Tragweite der streitigen Vereinbarung vorlagen, erneut würdigt.
- 92 Nach Art. 256 AEUV und Art. 58 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist das Rechtsmittel jedoch auf Rechtsfragen beschränkt. Für die Feststellung und Beurteilung der relevanten Tatsachen und die Beweiswürdigung ist daher allein das Gericht zuständig, so dass es sich dabei, solange keine Verfälschung geltend gemacht wird, nicht um Rechtsfragen handelt, die im Rahmen eines Rechtsmittels als solche der Kontrolle des Gerichtshofs unterliegen.
- 93 Eine Verfälschung von Tatsachen oder Beweismitteln durch das Gericht ist von den Rechtsmittelführerinnen aber nicht behauptet, geschweige denn bewiesen worden.
- 94 Dass das Gericht ihrem Vorbringen nicht gefolgt ist, bedeutet, anders als die Rechtsmittelführerinnen geltend machen, nicht, dass es gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung verstoßen oder die Beweislast umgekehrt hätte, sondern lediglich, dass es ihr Vorbringen nicht für hinreichend überzeugend gehalten hat.
- 95 Folglich ist der vierte Rechtsmittelgrund als unzulässig zurückzuweisen.
- 96 Was den dritten Rechtsmittelgrund betrifft, hat der Gerichtshof, wie das Gericht in den Rn. 252, 253, 254 und 256 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, bereits entschieden, dass der Begriff der „bezweckten Beschränkung“ eng auszulegen ist. Unter ihn fallen nur solche Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die den Wettbewerb nach ihrem Inhalt, den mit ihnen verfolgten Zielen und dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie stehen, für sich genommen hinreichend beeinträchtigen, um davon ausgehen zu können, dass die Prüfung ihrer Wirkungen nicht notwendig ist. Bestimmte Formen der Absprache zwischen Unternehmen können nämlich schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 67 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 97 Zu vergleichbaren Vereinbarungen zur gütlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten über ein Patent für ein Verfahren zur Herstellung eines gemeinfreien Wirkstoffs, die der Hersteller des Originalpräparats mit mehreren Generikaherstellern geschlossen hatte und die bewirkten, dass der Markteintritt von Generika verzögert wurde, während der Hersteller des Originalpräparats dafür Werte monetärer oder nicht monetärer Art auf die Generikahersteller übertrug, hat der Gerichtshof entschieden, dass solche Vereinbarungen nicht generell als „bezweckte Beschränkungen“ im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV angesehen werden können (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 84 und 85).
- 98 Eine solche Vereinbarung ist jedoch als „bezweckte Beschränkung“ einzustufen, wenn ihre Prüfung ergibt, dass sich die vereinbarten Wertübertragungen allein durch das geschäftliche Interesse erklären lassen, das sowohl der Patentinhaber als auch das Unternehmen, dem vorgeworfen wird, das Patent zu verletzen, an der Vermeidung von Leistungswettbewerb haben, da Vereinbarungen, mit denen sich Wettbewerber bewusst für eine praktische Zusammenarbeit entscheiden anstatt sich auf einen mit Risiken verbundenen Wettbewerb einzulassen, ganz offensichtlich eine „bezweckte Beschränkung“ darstellen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 83 und 87).

- 99 Hierzu ist im Einzelfall zu bestimmen, ob der positive Nettosaldo der vom Hersteller des Originalpräparats auf den Generikahersteller übertragenen Werte hoch genug ist, um den Generikahersteller tatsächlich dazu zu veranlassen, vom Eintritt in den Markt abzusehen und somit nicht mit dem Hersteller des Originalpräparats in Leistungswettbewerb zu treten, wobei er nicht unbedingt höher sein muss als die Gewinne, die der Generikahersteller erzielt hätte, wenn er im Patentrechtsstreit obsiegt hätte (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 93 und 94).
- 100 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass aus dem angefochtenen Urteil, insbesondere den Rn. 261, 263, 268, 296, 298 und 326, zunächst hervorgeht, dass die streitige Vereinbarung die Verpflichtung des Alpharma-Konzerns vorgesehen habe, während der Laufzeit der Vereinbarung nicht in den Markt einzutreten, als Gegenleistung für die von Lundbeck an ihn geleisteten Zahlungen, die sich der Höhe nach an den vom Alpharma-Konzern erwarteten Gewinnen orientiert hätten. Das Gericht hat ferner festgestellt, dass dieser Betrag, selbst wenn er unter dem von der Kommission zugrunde gelegten Betrag von 10 Mio. USD anzusetzen wäre, für den Alpharma-Konzern gleichwohl einen sicheren Gewinn darstelle, da nicht feststehe, welchen Gewinn der Alpharma-Konzern bei einem Markteintritt erzielt hätte.
- 101 In den Rn. 278 und 279 des angefochtenen Urteils hat das Gericht sodann festgestellt, dass die Tragweite der streitigen Vereinbarung über den Gegenstand der Patentverletzungsklage UK hinausgehe, die speziell die Tabletten betreffe, die der Alpharma-Konzern bereits erhalten oder bestellt habe, und die durch die streitige Vereinbarung im Übrigen nur ausgesetzt worden sei, was durch die im streitigen Beschluss wiedergegebene Erklärung von Lundbeck bestätigt werde, wonach mit der streitigen Vereinbarung kein Rechtsstreit beendet worden sei.
- 102 Damit schließt sich das Gericht der von der Kommission im streitigen Beschluss vorgenommenen und in Rn. 262 des angefochtenen Urteils wiedergegebenen Beurteilung an, wonach durch die streitige Vereinbarung die Ungewissheit hinsichtlich des Ausgangs von Klagen in Bezug auf die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck in die Gewissheit umgewandelt worden sei, dass der Alpharma-Konzern nicht in den Markt eintreten werde, obwohl dieser die streitige Vereinbarung nicht infolge einer Prüfung der Stärke der neuen Verfahrenspatente von Lundbeck, sondern wegen der Höhe der in der Vereinbarung vorgesehenen umgekehrten Zahlung geschlossen habe, die für ihn einen Anreiz dargestellt habe, seine Bemühungen, in den Markt einzutreten, aufzugeben.
- 103 Ohne dass geklärt zu werden braucht, ob das Gericht die streitige Vereinbarung in den Rn. 301 bis 310 des angefochtenen Urteils zu Recht mit den Vereinbarungen gleichgesetzt hat, um die es in der Rechtssache ging, in der das Urteil vom 20. November 2008, Beef Industry Development Society und Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), ergangen ist, ist daher festzustellen, dass die Feststellung des Gerichts, dass die streitige Vereinbarung als „bezweckte Beschränkung“ im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV einzustufen ist, rechtlich nicht zu beanstanden ist.
- 104 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen.
- 105 Erstens ist nicht zu beanstanden, dass das Gericht in Rn. 287 des angefochtenen Urteils nicht festgestellt hat, dass die Kommission hätte objektiv beurteilen müssen, wie hoch die Chancen des Alpharma-Konzerns tatsächlich gewesen seien, Prozesse über die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck zu gewinnen.

- 106 Wie aus Rn. 60 des heute in der Rechtssache C-591/16 P, Lundbeck/Kommission, verkündeten Urteils und aus Rn. 80 des heute in der Rechtssache C-588/16 P, Generics (UK)/Kommission verkündeten Urteils hervorgeht, kommt es für die Einstufung einer Vereinbarung zur gütlichen Beilegung eines Rechtsstreits wie der streitigen Vereinbarung als „bezweckte Beschränkung“, wenn – wie sich hier im Wesentlichen aus Rn. 346 des angefochtenen Urteils ergibt – feststeht, dass der Generikahersteller wegen der Aussicht auf die Wertübertragungen des Herstellers des Originalpräparats darauf verzichtet hat, in den Markt einzutreten, weder darauf an, ob die Parteien der Vereinbarung potenzielle Wettbewerber waren (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 50), noch darauf, wie stark die in Rede stehenden Verfahrenspatente waren und welche Erfolgsaussichten die eine oder andere Partei der Vereinbarung hatte (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 89).
- 107 Wie bereits ausgeführt (siehe oben, Rn. 98), hängt die Einstufung der streitigen Vereinbarung als „bezweckte Beschränkung“ nämlich allein von der Frage ab, ob sich deren Parteien bewusst für eine praktische Zusammenarbeit entschieden haben anstatt sich auf einen mit Risiken verbundenen Wettbewerb einzulassen.
- 108 Zweitens kann den Rechtsmittelführerinnen auch darin nicht gefolgt werden, dass das Gericht die streitige Vereinbarung zu Unrecht als bezweckte Beschränkung eingestuft habe, obwohl mit ihr insoweit legitimen Anliegen sowohl des Alpharma-Konzerns als auch von Lundbeck Rechnung getragen worden sei, als die Vereinbarung es dem Alpharma-Konzern ermöglicht habe, die finanziellen und rechtlichen Folgen eines rechtswidrigen Markteintritts zu vermeiden und einen Weg zu finden, um mit einem erheblichen Vorrat an Rechte des geistigen Eigentums verletzenden Erzeugnissen umzugehen, und Lundbeck, sich gegen die Asymmetrie der Risiken des Inhabers von Verfahrenspatenten und der Generikahersteller zu schützen.
- 109 Wie das Gericht in den Rn. 277 und 317 des angefochtenen Urteils zutreffend ausgeführt hat, ist eine Vereinbarung dem Wettbewerbsrecht nicht allein deshalb entzogen, weil sie ein Patent betrifft oder zur gütlichen Beilegung eines Patentrechtsstreits dient (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. September 1988, Bayer und Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, Rn. 15), und kann bei einer Vereinbarung auch dann angenommen werden, dass sie eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt, wenn sie nicht ausschließlich hierauf abzielt, sondern mit ihr auch andere, zulässige Zwecke verfolgt werden (Urteil vom 20. November 2008, Beef Industry Development Society und Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, Rn. 21).
- 110 Auch der Umstand, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten für ein Unternehmen die rentabelste oder risikoärmste Lösung darstellt, vermag die Einstufung als „bezweckte Beschränkung“ nicht auszuschließen.
- 111 Insbesondere hat es der Gerichtshof bereits abgelehnt, Vereinbarungen wie die streitige Vereinbarung deshalb nicht als „bezweckte Beschränkung“ einzustufen, weil der Schaden, den der Hersteller des Originalpräparats im Fall eines illegalen Markteintritts von Generika ersetzt verlangen könne, oft weit geringer sei als der Schaden, der ihm entstanden sei. Es ist nämlich Aufgabe der Behörden und nicht Aufgabe privater Unternehmen, dafür zu sorgen, dass die gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 88).

- 112 Bei einer Vereinbarung, die den Wettbewerb, wie oben in Rn. 103 festgestellt, hinreichend beeinträchtigt, um als „bezweckte Beschränkung“ eingestuft werden zu können, vermögen die Interessen, auf die die Rechtsmittelführerinnen verweisen, eine Einstufung als „bezweckte Beschränkung“ mithin nicht auszuschließen.
- 113 Drittens kann den Rechtsmittelführerinnen nicht darin gefolgt werden, dass das Gericht die streitige Vereinbarung zu Unrecht als bezweckte Beschränkung eingestuft habe, ohne vorher das „kontrafaktische Szenario“ geprüft zu haben.
- 114 Wie sich aus Rn. 139 des heute in der Rechtssache C-591/16 P, Lundbeck/Kommission, verkündeten Urteils ergibt, ermöglicht die Prüfung des kontrafaktischen Szenarios nämlich die Beurteilung der Auswirkungen einer Absprache nach Art. 101 AEUV, wenn die Prüfung der betreffenden Absprache keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, aufgrund derer die Absprache als „bezweckte Beschränkung“ eingestuft werden könnte (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 115 und 118 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 115 Soll die klare Unterscheidung zwischen dem Begriff der „bezweckten Beschränkung“ und dem der „bewirkten Beschränkung“, wie sie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 AEUV ergibt (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 63), nicht aufgegeben werden, kann die Prüfung des „kontrafaktischen Szenarios“, mit der die Auswirkungen einer bestimmten Absprache aufgezeigt werden sollen, für die Einstufung einer Absprache als „bezweckte Beschränkung“ daher nicht zwingend erforderlich sein, wie der Gerichtshof in dem heute in der Rechtssache C-591/16 P, Lundbeck/Kommission ergangenen Urteil entschieden hat (Rn. 140).
- 116 Wie sich aus dem heute in der Rechtssache C-601/16 P, Arrow Group und Arrow Generics/Kommission (Rn. 86), ergangenen Urteil ergibt, dient die Prüfung, die nach den Rn. 98 und 99 des vorliegenden Urteils vorzunehmen ist, um festzustellen, ob eine Vereinbarung wie die streitige als „bezweckte Beschränkung“ einzustufen ist, nicht dazu, die wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer Verhaltensweise festzustellen und zu quantifizieren, sondern lediglich dazu, die objektive Schwere der Verhaltensweise zu bestimmen, die es gerade rechtfertigen kann, dass nicht geprüft wird, welche Auswirkungen die Verhaltensweise hat.
- 117 Wie in Rn. 131 des heute in der Rechtssache C-591/16 P, Lundbeck/Kommission, verkündeten Urteils und in Rn. 87 des heute in der Rechtssache C-601/16 P, Arrow Group und Arrow Generics/Kommission, verkündeten Urteils ausgeführt wird, bedeutet auch der Umstand, dass diese Beurteilung erforderlichenfalls nach einer eingehenden Prüfung der betreffenden Vereinbarung und insbesondere der Anreizwirkung der darin vorgesehenen Wertübertragungen, aber auch ihrer Ziele sowie des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs vorzunehmen ist, nicht, dass die wettbewerbswidrigen Auswirkungen der Vereinbarung auf den Markt zu prüfen wären. Er bedeutet lediglich, dass die komplexen Vereinbarungen selbst umfassend und genau zu prüfen sind, nicht nur, um bei Zweifeln hinsichtlich der hinreichenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs die Einstufung als „bezweckte Beschränkung“ auszuschließen, sondern auch um zu verhindern, dass Vereinbarungen nur deshalb nicht als „bezweckte Beschränkung“ eingestuft werden, weil sie komplex sind, obwohl ihre Prüfung ergibt, dass sie den Wettbewerb in hinreichendem Maße beeinträchtigen.

- 118 Viertens kann den Rechtsmittelführerinnen auch nicht darin gefolgt werden, dass es im vorliegenden Fall an Präzedenzfällen mangle, die nach der Rechtsprechung erforderlich seien, um die streitige Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung einstufen zu können.
- 119 Wie das Gericht in Rn. 319 des angefochtenen Urteils zutreffend ausgeführt hat, ist es für die Einstufung der streitigen Vereinbarung als „bezweckte Beschränkung“ keineswegs erforderlich, dass Vereinbarungen gleicher Art von der Kommission bereits geahndet worden sind, auch wenn die streitige Vereinbarung in dem besonderen Kontext der Rechte des geistigen Eigentums geschlossen worden ist.
- 120 Für die Einstufung einer bestimmten Vereinbarung als „bezweckte Beschränkung“ kommt es allein auf die Wesensmerkmale der Vereinbarung an (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 84 und 85), aus denen auf eine etwaige besondere Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu schließen ist, gegebenenfalls nach eingehender Prüfung der Vereinbarung, ihrer Ziele sowie ihres wirtschaftlichen und rechtlichen Umfelds.
- 121 Die streitige Vereinbarung, mit der der Markteintritt des Alpharma-Konzerns verzögert wurde und mit der Zahlungen von Lundbeck an den Alpharma-Konzern einhergingen, die den Alpharma-Konzern aufgrund ihrer Höhe dazu veranlasst haben, seine Bemühungen, in den Markt einzutreten, aufzugeben, gehört aber zu dieser Kategorie von Verhaltensweisen, die den Wettbewerb besonders beeinträchtigen.
- 122 Fünftens kann den Rechtsmittelführerinnen nicht darin gefolgt werden, dass das Gericht zu Unrecht angenommen habe, dass die Pressemitteilung des KFST der Einstufung der streitigen Vereinbarung als „bezweckte Beschränkung“ nicht entgegenstehe.
- 123 Wie das Gericht in den Rn. 320 bis 324 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, wird in dieser Pressemitteilung zwar dargestellt, welche Auffassung die Kommission hinsichtlich der Wettbewerbswidrigkeit der in Rede stehenden Vereinbarungen vertrete. Abgesehen davon, dass diese Auffassung nach einer vorläufigen Beurteilung geäußert wurde, wurde sie nicht in einer Mitteilung verbreitet, die unmittelbar von der Kommission oder ihrer Dienststellen ausgegangen wäre, sondern in einer Mitteilung einer nationalen Wettbewerbsbehörde, die bei den Unternehmen kein berechtigtes Vertrauen dahin begründen konnte, dass ihr Verhalten nicht gegen Art. 101 AEUV verstößt.
- 124 Aus den Rn. 320 bis 324 des angefochtenen Urteils geht ferner hervor, dass der KFST in der Pressemitteilung ausgeführt hatte, dass die Kommission insbesondere auf die Höhe der von Lundbeck geleisteten Zahlungen abgestellt habe und dass alle Vereinbarungen, mit denen bezweckt werde, den Marktausschluss eines Wettbewerbers zu erkaufen, wettbewerbswidrig seien.
- 125 Dass das Gericht die streitige Vereinbarung in Rn. 326 des angefochtenen Urteils trotz der Pressemitteilung des KFST als „bezweckte Beschränkung“ eingestuft hat, begegnet in Anbetracht dieser Feststellungen daher keinen rechtlichen Bedenken.
- 126 Sechstens kann den Rechtsmittelführerinnen nicht darin gefolgt werden, dass das Gericht in Rn. 318 des angefochtenen Urteils den Umstand, dass sich der Alpharma-Konzern und Lundbeck bewusst gewesen seien, dass die streitige Vereinbarung möglicherweise



wettbewerbsrechtlich bedenklich sei, und den Umstand, dass die streitige Vereinbarung Gegenstand eines Rechtsgutachtens gewesen sei, zu Unrecht als Umstände angesehen habe, die die Einstufung der Vereinbarung als „bezweckte Beschränkung“ rechtfertigten.

- 127 Dieses Vorbringen beruht nämlich auf einem unrichtigen Verständnis von Rn. 318 des angefochtenen Urteils. Die Erwägungen, die das Gericht in dieser Randnummer angestellt hat, erfolgten nämlich im Zusammenhang mit der Prüfung des Vorbringens der Rechtsmittelführerinnen, es habe hinsichtlich der Frage, ob Vereinbarungen wie die streitige Vereinbarung wettbewerbswidrig seien, Rechtsunsicherheit bestanden. Das Gericht hat sich in Rn. 318 des angefochtenen Urteils im Wesentlichen auf die Feststellung beschränkt, dass sich Lundbeck und der Alpharma-Konzern trotz der Rechtsunsicherheit, die bestanden haben soll, bewusst gewesen seien, dass zumindest die Möglichkeit bestehe, dass ihr Verhalten wettbewerbsrechtlich bedenklich sei.
- 128 Nach alledem sind der dritte und der vierte Rechtsmittelgrund als unzulässig bzw. unbegründet zurückzuweisen.

### ***Zum fünften Rechtsmittelgrund***

#### ***Relevante Randnummern des angefochtenen Urteils***

- 129 Mit ihrem fünften Klagegrund hatten die Rechtsmittelführerinnen geltend gemacht, dass die Kommission ihre Verteidigungsrechte verletzt habe. Sie habe sie nicht innerhalb einer angemessenen Frist darüber informiert, dass gegen sie eine Untersuchung laufe und welche Punkte ihnen zur Last gelegt würden. Deshalb hätten sie nicht über entlastende Beweise verfügen können.
- 130 Zur Zurückweisung dieses Klagegrundes hat das Gericht in den Rn. 353 bis 358 des angefochtenen Urteils auf die Rechtsprechung zur Einhaltung einer angemessenen Frist im Rahmen des Verwaltungsverfahrens im Bereich der Wettbewerbspolitik und auf die Modalitäten der Feststellung einer Verletzung der Verteidigungsrechte wegen Nichteinhaltung einer angemessenen Frist hingewiesen. Es ist dabei insbesondere auf die Rn. 42, 43 und 54 des Urteils vom 21. September 2006, Technische Unie/Kommission (C-113/04 P, EU:C:2006:593), und auf die Rn. 118 und 120 bis 122 des Urteils vom 29. März 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Kommission und Kommission/ArcelorMittal Luxembourg u. a. (C-201/09 P und C-216/09 P, EU:C:2011:190), eingegangen.
- 131 In den Rn. 360 und 361 des angefochtenen Urteils hat das Gericht zunächst festgestellt, dass weder der erste noch der zweite Abschnitt des Verwaltungsverfahrens, das zum Erlass der streitigen Entscheidung geführt habe, unangemessen lang gedauert hätten.
- 132 Sodann hat das Gericht in Rn. 362 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass, „[s]oweit die [Rechtsmittelführerinnen] auf den Zeitpunkt abstellen, zu dem die Kommission erstmals von der streitigen Vereinbarung Kenntnis erlangt habe, um darzutun, dass diese gegen ihre Verpflichtung verstoßen habe, innerhalb angemessener Frist eine Entscheidung zu erlassen, und damit ihre Verteidigungsrechte verletzt habe, ... darauf hinzuweisen [ist], dass dieser Ansatz in keiner Weise dem der Rechtsprechung entspricht, die hinsichtlich des Beginns der angemessenen Frist auf den Zeitpunkt abstellt, in dem die ersten Maßnahmen getroffen werden, die den Vorwurf der Begehung einer Zuwiderhandlung implizieren“.

133 Schließlich hat das Gericht, um die Nichteinhaltung einer angemessenen Dauer des Verwaltungsverfahrens in jeder Hinsicht auszuschließen, in den Rn. 367 bis 371 des angefochtenen Urteils ausgeführt:

„367 ... [Es ist] festzustellen, dass die [Rechtsmittelführerinnen] lediglich den Verlust von drei Kategorien von Dokumenten geltend machen: die Entwürfe der streitigen Vereinbarung und Anmerkungen hierzu, z. B. den in der E-Mail [eines Mitarbeiters des Alpharma-Konzerns] vom 20. Februar 2002 erwähnten Entwurf, die sich auf Citalopram beziehenden Geschäftspläne und die Dokumente ihres externen Beraters.

368 Hierzu ist, unterstellt, das Vorbringen der [Rechtsmittelführerinnen] genüge den Anforderungen, die die in Rn. 357 [des angefochtenen Urteils] angeführte Rechtsprechung an die Substanziertheit stellt, festzustellen, dass angesichts der Pressemitteilung des KFST und der von der Kommission eingeleiteten Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs ein sorgfältiges Unternehmen zumindest bis zum Ablauf der längsten unionsrechtlichen Verjährungsfrist alle Unterlagen hätte aufbewahren müssen, die für seine Verteidigung im Rahmen eines etwaigen Verfahrens wegen eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht hätten von Nutzen sein können (vgl. Rn. 363 [des angefochtenen Urteils]).

369 Die Beachtung der Sorgfalt ist aber eine der Voraussetzungen, die nach der Rechtsprechung (siehe Rn. 358 [des angefochtenen Urteils]) erfüllt sein muss, wenn sich eine Partei mit Erfolg auf die Verletzung ihrer Verteidigungsrechte wegen einer unangemessen langen Dauer des Verfahrens berufen will.

370 Da die Rechtsmittelführerinnen nicht dargetan haben, dass das Verschwinden der fraglichen Dokumente auf besondere Ereignisse, und nicht lediglich auf den Zeitablauf zurückzuführen wäre, kann ihrem Vorbringen nicht gefolgt werden.

371 Was insbesondere die Dokumente des externen Beraters des Alpharma-Konzerns betrifft, die dieser 2007 im Einklang mit den für dänische Rechtsanwälte geltenden Vorschriften vernichtet haben soll, ist festzustellen, dass die Rechtsmittelführerinnen zu diesen Vorschriften keine näheren Angaben gemacht haben und dass sie bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt jedenfalls selbst Kopien dieser Dokumente hätten aufbewahren können.“

### ***Vorbringen der Parteien***

134 Mit ihrem fünften, gegen die Rn. 361 bis 364 und 366 bis 371 des angefochtenen Urteils gerichteten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführerinnen zum einen geltend, dass das Gericht bei der Beurteilung der Dauer der Untersuchung einen Rechtsfehler begangen und ihre Verteidigungsrechte verletzt habe, und zwar in Widerspruch zu Rn. 341 des Urteils vom 15. Juli 2015, SLM und Ori Martin/Kommission (T-389/10 und T-419/10, EU:T:2015:513). Es habe zu Unrecht nur die Zeit nach dem Zeitpunkt berücksichtigt, zu dem dem Alpharma-Konzern Maßnahmen zugestellt worden seien, mit denen mitgeteilt worden sei, dass ihm eine Zuwiderhandlung zur Last gelegt werde, nämlich bei der Alpharma LLC das Jahr 2010 und bei Xellia das Jahr 2011, und nicht den Zeitpunkt, zu dem bei der Kommission Informationen über die Zuwiderhandlung eingegangen seien, d. h. den Monat Oktober 2003, in dem der Kommission vom KFST Informationen über die in Rede stehenden Vereinbarungen

übermittelt worden seien. Es habe damit nicht entschieden, dass die Kommission verpflichtet gewesen sei, darzulegen, warum die Dauer der Untersuchung nicht übermäßig lang gewesen sei. Zum anderen habe das Gericht dem Alpharma-Konzern entgegen dem Urteil vom 16. Juni 2011, Heineken Nederland und Heineken/Kommission (T-240/07, EU:T:2011:284, Rn. 301), für die Zeit vor dem Zeitpunkt, zu dem er von der ihn betreffenden Untersuchung erfahren habe, zu Unrecht eine verschärfte Verpflichtung zur Aufbewahrung von Dokumenten auferlegt. Insbesondere habe das Gericht zu Unrecht angenommen, dass den Alpharma-Konzern deshalb eine solche Verpflichtung treffe, weil die Kommission die Tätigkeiten von Lundbeck untersucht und eine Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs durchgeführt habe. Es sei gar nicht erwiesen, dass der Alpharma-Konzern von diesen Untersuchungen Kenntnis gehabt habe.

### *Würdigung durch den Gerichtshof*

- 135 Der fünfte Rechtsmittelgrund besteht im Wesentlichen aus zwei Teilen.
- 136 Mit dem ersten Teil wenden sich die Rechtsmittelführerinnen gegen den Zeitpunkt, den das Gericht bei der Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer als Beginn des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens, das zum streitigen Beschluss geführt hat, angesetzt hat.
- 137 Mit dem zweiten Teil des fünften Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, dass das Gericht eine Verletzung ihrer Verteidigungsrechte wegen der unangemessenen Dauer dieses Verfahrens zu Unrecht mit der Begründung verneint habe, dass sie ihrer Sorgfaltspflicht nicht nachgekommen seien, die sie dazu hätte veranlassen müssen, alle Unterlagen aufzubewahren, die in dem von der Kommission eingeleiteten Verfahren für ihre Verteidigung hätten von Nutzen sein können.
- 138 Zum ersten Teil des fünften Rechtsmittelgrundes ist festzustellen, dass, wie das Gericht in Rn. 356 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, bei der Anwendung des Grundsatzes der angemessenen Verfahrensdauer zwischen den beiden Abschnitten des Verwaltungsverfahrens der Kommission, nämlich dem Abschnitt der Ermittlungen vor der Mitteilung der Beschwerdepunkte und dem Rest des Verwaltungsverfahrens, zu unterscheiden ist. Der erste Abschnitt erstreckt sich von den ersten Maßnahmen der Kommission, mit denen der Vorwurf gegenüber einem Unternehmen verbunden ist, eine Zuwiderhandlung begangen zu haben, bis zur Mitteilung der Beschwerdepunkte, der zweite von der Mitteilung der Beschwerdepunkte bis zum Erlass der abschließenden Entscheidung durch die Kommission (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. September 2006, Technische Unie/Kommission, C-113/04 P, EU:C:2006:593, Rn. 42 und 43).
- 139 Im vorliegenden Fall geht aus den Rn. 359 und 361 des angefochtenen Urteils hervor, dass die ersten Maßnahmen, mit denen ein Vorwurf der Kommission gegenüber Zoetis, jetzt Alpharma LLC, und Xellia verbunden war, am 19. März 2010 bzw. am 14. März 2011 getroffen wurden. Die Rechtsmittelführerinnen haben jedoch nicht behauptet, geschweige denn nachgewiesen, dass diese Zeitpunkte auf einer Verfälschung der Tatsachen beruhten, insbesondere insoweit, als der Entgegennahme der vom KFST im Oktober 2003 übermittelten Informationen über die in Rede stehenden Vereinbarungen durch die Kommission oder irgendeiner der späteren, in Rn. 359 des angefochtenen Urteils genannten Schritte der Kommission mit einem Vorwurf der Kommission gegenüber dem Alpharma-Konzern verbunden gewesen wäre.
- 140 Die Feststellung des Gerichts in Rn. 361 des angefochtenen Urteils, dass der erste Abschnitt des Verfahrens betreffend Zoetis und Xellia am 19. März 2010 bzw. am 14. März 2011 begonnen habe, begegnet daher keinen rechtlichen Bedenken.

- 141 Zum zweiten Teil des fünften Rechtsmittelgrundes ist festzustellen, dass das Gericht dem Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen, dass ihre Verteidigungsrechte wegen des großen zeitlichen Abstands, der zwischen dem Abschluss der streitigen Vereinbarung und dem Erlass des streitigen Beschlusses gelegen habe, verletzt worden seien, weil sie deshalb nicht in der Lage gewesen seien, bestimmte Dokumente wieder aufzufinden, die ihrer Auffassung nach für ihre Verteidigung entscheidend gewesen wären, aus zwei Gründen nicht gefolgt ist.
- 142 Zum einen hat das Gericht in Rn. 367 des angefochtenen Urteils erstens festgestellt, dass die Rechtsmittelführerinnen lediglich den Verlust von drei Kategorien von Dokumenten geltend machten, die Entwürfe der streitigen Vereinbarung und Anmerkungen hierzu, z. B. den in der E-Mail eines Mitarbeiters des Alpharma-Konzerns vom 20. Februar 2002 erwähnten Entwurf, die sich auf Citalopram beziehenden Geschäftspläne und die Dokumente eines externen Beraters. Zweitens hat das Gericht in Rn. 370 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Rechtsmittelführerinnen nicht dargetan hätten, dass das Verschwinden der fraglichen Dokumente nicht lediglich auf den Zeitablauf, sondern auf den Eintritt besonderer Ereignisse zurückzuführen wäre. Drittens hat das Gericht in Rn. 371 des angefochtenen Urteils in Bezug auf die Dokumente des externen Beraters des Alpharma-Konzerns, die dieser 2007 im Einklang mit den für dänische Rechtsanwälte geltenden Vorschriften vernichtet haben soll, festgestellt, dass die Rechtsmittelführerinnen zu diesen Vorschriften keine näheren Angaben gemacht hätten und dass sie bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt jedenfalls selbst Kopien dieser Dokumente hätten aufbewahren können.
- 143 Zum anderen hat das Gericht in den Rn. 368 und 369 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Rechtsmittelführerinnen nicht geltend machen könnten, dass ihre Verteidigungsrechte wegen der überlangen Dauer des Verfahrens verletzt worden seien, da sie ihrer Sorgfaltspflicht, wie sie in dem in Rn. 358 des angefochtenen Urteils angeführten Urteil vom 29. März 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Kommission und Kommission/ArcelorMittal Luxembourg u. a. (C-201/09 P und C-216/09 P, EU:C:2011:190, Rn. 120 bis 122), beschrieben sei, nicht nachgekommen seien. Hierzu hat das Gericht weiter ausgeführt, dass ein sorgfältiges Unternehmen in Anbetracht der Pressemitteilung des KFST und der von der Kommission eingeleiteten Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs zumindest bis zum Ablauf der längsten unionsrechtlichen Verjährungsfrist alle Dokumente hätte aufbewahren müssen, die für seine Verteidigung im Rahmen eines Verfahrens wegen eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht hätten von Nutzen sein können.
- 144 Zu diesem zweiten Grund, den das Gericht angeführt hat, ist festzustellen, dass das Gericht in den Rn. 368 und 369 des angefochtenen Urteils eine Rechtsprechung anwendet, die nichts mit der von den Rechtsmittelführerinnen erhobenen Rüge zu tun hat, und den Rechtsmittelführerinnen deshalb eine Sorgfaltspflicht auferlegt, die sich aus einer Rechtsprechung ergibt, die auf die Situation, in der sie sich befanden, nicht anwendbar ist.
- 145 Das Gericht hat zwar in Rn. 361 des angefochtenen Urteils zu Recht festgestellt, dass das Verwaltungsverfahren in Bezug auf Zoetis und Xellia am 19. März 2010 bzw. am 14. März 2011 begonnen und nicht unangemessen lang gedauert habe. Wie sich aus Rn. 349 des angefochtenen Urteils und der Klageschrift ergibt, hatten die Rechtsmittelführerinnen aber geltend gemacht, dass die Kommission sie über die von ihr im Dezember 2003 eingeleitete Untersuchung der streitigen Vereinbarungen erst acht bis neun Jahre später unterrichtet habe, so dass sie nicht mehr in der Lage gewesen seien, die für ihre Verteidigung erforderlichen Beweise zusammenzutragen. Dennoch hat das Gericht unmittelbar die Rechtsprechung zur Verletzung der Verteidigungsrechte aufgrund einer überlangen Dauer des ersten Abschnitts des

- Verwaltungsverfahren der Kommission angewandt, insbesondere die Rn. 43, 54 und 60 bis 71 des Urteils vom 21. September 2006, Technische Unie/Kommission (C-113/04 P, EU:C:2006:593), und die Rn. 118 bis 122 des Urteils vom 29. März 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Kommission und Kommission/ArcelorMittal Luxembourg u. a. (C-201/09 P und C-216/09 P, EU:C:2011:190), auf die in den Rn. 357, 358, 362 und 369 des angefochtenen Urteils Bezug genommen wird.
- 146 Obwohl die Dauer des von der Kommission durchgeführten Verwaltungsverfahrens nicht beanstandet worden war, hat das Gericht in den Rn. 368 und 369 des angefochtenen Urteils ausgeführt, dass es zur Beurteilung der Frage, ob die Verteidigungsrechte von Zoetis und Xellia verletzt worden seien, zu prüfen habe, ob diese Gesellschaften tatsächlich der Sorgfaltspflicht nachgekommen seien, die nach den in der vorstehenden Randnummer angeführten Urteilen jedes Unternehmen treffe, das über die Einleitung eines Verfahrens gegen es unterrichtet worden sei.
- 147 Obwohl die Rechtsmittelführerinnen geltend gemacht hatten, dass die Kommission das Verwaltungsverfahren gegen Zoetis und Xellia nicht früh genug eingeleitet habe, wodurch ihre Verteidigungsrechte verletzt worden seien, hält das Gericht ihnen eine Sorgfaltspflicht entgegen, die sich aus einer Rechtsprechung ergibt, die lediglich für die Zeit nach der Einleitung des Verwaltungsverfahrens durch die Kommission gilt.
- 148 Folglich hat das Gericht, wie die Rechtsmittelführerinnen zu Recht geltend machen, einen Rechtsfehler begangen.
- 149 Erweist sich der Tenor eines Urteils des Gerichts, dessen Begründung einen Verstoß gegen das Unionsrecht enthält, jedoch aus anderen Rechtsgründen als richtig, kann der Verstoß gegen das Unionsrecht nicht zur Aufhebung des Urteils führen; vielmehr ist die Begründung durch eine andere zu ersetzen (Urteil vom 6. November 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/Kommission, Kommission/Scuola Elementare Maria Montessori und Kommission/Ferracci, C-622/16 P bis C-624/16 P, EU:C:2018:873, Rn. 48).
- 150 Dies ist vorliegend der Fall.
- 151 Zwar konnte das Gericht den Rechtsmittelführerinnen nicht die Sorgfaltspflicht entgegenhalten, die für Unternehmen gilt, die sich in einer anderen Lage befinden, nämlich derjenigen, um die es in den oben in Rn. 145 angeführten Urteilen ging. Es konnte ihnen aber zumindest im vorliegenden Fall eine spezifische Pflicht zur Vorsicht entgegenhalten. Danach oblag es den Rechtsmittelführerinnen, um in späteren Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren über die erforderlichen Beweise zu verfügen, dafür Sorge zu tragen, dass Informationen oder Dokumente, anhand deren ihre Tätigkeit nachverfolgt werden kann, in ihren Geschäftsbüchern oder Archiven ordnungsgemäß aufbewahrt werden.
- 152 Wie sich im Wesentlichen aus Rn. 22 des angefochtenen Urteils, aus dem zwölften Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses und aus den Rn. 3 bis 5 des Beschlusses vom 15. Januar 2008 über die Einleitung einer Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs ergibt, wurde am 15. Januar 2008 gemäß Art. 17 der Verordnung Nr. 1/2003 eine Untersuchung eines bestimmten Wirtschaftszweigs eingeleitet, mit der die zwischen den Pharmaunternehmen getroffenen Vereinbarungen zur gütlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten über Verfahrenspatente überprüft werden sollten, um festzustellen, ob sie gegen die Art. 101 und 102 AEUV verstoßen. Die Einleitung dieser Untersuchung stellte zum einen einen Umstand dar, über den sich Generikahersteller wie Zoetis und Xellia, bei denen es sich, wie das Gericht in Rn. 189 des

- angefochtenen Urteils festgestellt hat, um verständige und im pharmazeutischen Wirtschaftszweig erfahrene Wirtschaftsteilnehmer handelte, nicht im Unklaren sein konnten, und zum anderen einen Umstand, der sie hätte dazu veranlassen müssen, dafür zu Sorge zu tragen, dass Beweise, die ihnen im Hinblick auf spätere Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren hätten von Nutzen sein können, nicht durch Zeitablauf verloren gehen.
- 153 Sowohl aus den Vorarbeiten zur Verordnung Nr. 1/2003 als auch aus deren Art. 17 Abs. 1 Unterabs. 1 geht nämlich klar hervor, dass die Untersuchungen eines bestimmten Wirtschaftszweigs ein Instrument darstellen, mit dem die Vermutung, dass in dem betreffenden Wirtschaftszweig der Wettbewerb beschränkt wird, bestätigt werden soll.
- 154 Leitet die Kommission solche Untersuchungen ein, müssen die Unternehmen des betreffenden Wirtschaftszweigs, insbesondere, wenn sie Vereinbarungen geschlossen haben, die ausdrücklich Gegenstand des Beschlusses über die Einleitung der betreffenden Untersuchung sind, wie vorliegend Zoetis und Xellia, damit rechnen, dass in der Folge möglicherweise individuelle Verfahren gegen sie eröffnet werden. Dies gilt hier umso mehr, als es in Rn. 8 des Beschlusses vom 15. Januar 2008 über die Einleitung einer Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs ausdrücklich heißt, dass, „[s]ollte die Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs den Verdacht begründen, dass wettbewerbswidrige Vereinbarungen bzw. Verhaltensweisen bestehen oder marktbeherrschende Stellungen missbraucht werden, so könnte die Kommission ... [die Einleitung von] Ermittlungen gegen einzelne Unternehmen ..., die möglicherweise zu Entscheidungen gemäß [Art. 101 AEUV] und/oder [Art. 102 AEUV] führen [in Erwägung ziehen]“.
- 155 Daher ist, ohne dass geprüft zu werden braucht, ob Zoetis und Xellia von der Pressemitteilung des KFST Kenntnis hatten, in Anbetracht der vorstehenden Ausführungen und der Tatsache, dass die Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs von der Kommission am 15. Januar 2008, d. h. weniger als viereinhalb Jahre nach Ablauf der streitigen Vereinbarung, eingeleitet wurde, festzustellen, dass den Rechtsmittelführerinnen nicht darin gefolgt werden kann, dass die Einleitung des Verfahrens gegen Zoetis und Xellia durch die Kommission, weil sie verspätet erfolgt sei, ihre Verteidigungsrechte verletzt habe und zur Nichtigkeitsklärung des streitigen Beschlusses führen müsse.
- 156 Dies gilt, wie das Gericht in Rn. 371 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, ohne dass die Rechtsmittelführerinnen diese Randnummer mit ihrem Rechtsmittel angegriffen hätten, umso mehr, als, „[w]as insbesondere die Dokumente des externen Beraters des Alpharma-Konzerns betrifft, die dieser 2007 [also vor der Einleitung der Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs durch die Kommission] im Einklang mit den für dänische Rechtsanwälte geltenden Vorschriften vernichtet haben soll, ... festzustellen [ist], dass die Rechtsmittelführerinnen zu diesen Vorschriften keine näheren Angaben gemacht haben und dass sie bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt jedenfalls selbst Kopien dieser Dokumente hätten aufbewahren können.“
- 157 Folglich ist der fünfte Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

## ***Zum sechsten Rechtsmittelgrund***

### ***Relevante Randnummern des angefochtenen Urteils***

- 158 Mit ihrem sechsten Klagegrund hatten die Rechtsmittelführerinnen geltend gemacht, dass die Kommission dadurch gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen habe, dass sie bei der streitigen Vereinbarung sowohl gegen A.L. Industrier, die Muttergesellschaft des Alpharma-Konzerns, und Xellia, eine Tochtergesellschaft des Alpharma-Konzerns, als auch gegen die Alpharma LLC, eine zwischengeschaltete Muttergesellschaft des Alpharma-Konzerns, Geldbußen verhängt habe, während sie bei der Vereinbarung, die Lundbeck mit der Merck KGaA und der Generics (UK) Ltd geschlossen habe, lediglich gegen Merck, die Muttergesellschaft des Merck-Konzerns, und Generics (UK), die Tochtergesellschaft des Merck-Konzerns, Geldbußen verhängt habe, nicht aber gegen die Merck Generics Holding GmbH, eine zwischengeschaltete Muttergesellschaft des Merck-Konzerns.
- 159 Das Gericht hat diesen Klagegrund in den Rn. 387 bis 392 des angefochtenen Urteils mit folgender Begründung zurückgewiesen:
- „387 ... [Es] ist festzustellen, dass die Alpharma ApS, die Alpharma Inc. und A.L. Industrier im relevanten Zeitraum ein einheitliches Unternehmen bildeten. Zum Zeitpunkt des Erlasses des [streitigen] Beschlusses war dies nicht mehr der Fall. Denn zu diesem Zeitpunkt gehörten Xellia, die Rechtsnachfolgerin der Alpharma ApS, Zoetis, die Rechtsnachfolgerin der Alpharma Inc., und A.L. Industrier jeweils verschiedenen Unternehmen an, wie aus den Erwägungsgründen 50 bis 52 und 1269 bis 1275 des [streitigen] Beschlusses hervorgeht.
- ...
- 389 ... Aus dem [streitigen] Beschluss, insbesondere den Erwägungsgründen 43, 1275, 1284 und 1286, geht eindeutig hervor, dass die Kommission festgestellt hat, dass A.L. Industrier, die die Alpharma Inc. kontrollierte, mit Letzterer ein einheitliches Unternehmen gebildet habe, dem auch die Alpharma ApS angehört habe. Im Übrigen wird von den Rechtsmittelführerinnen nicht bestritten, dass diese drei Gesellschaften zum Zeitpunkt des Abschlusses der streitigen Vereinbarung ein einheitliches Unternehmen bildeten.
- 390 Was den Merck-Konzern angeht, geht aus dem [streitigen] Beschluss (Fn. 31) hervor, dass Generics (UK), die Gesellschaft, die mit Lundbeck zwei der in Rede stehenden Vereinbarungen geschlossen hatte, während der Laufzeit der Vereinbarungen durch Merck Generics Holding kontrolliert wurde, die ihrerseits wiederum von Merck kontrolliert wurde. Weiter wird im [streitigen] Beschluss ausgeführt, dass Generics (UK) 2007 an ein anderes Unternehmen verkauft worden sei und damit aus dem Merck-Konzern ausgeschieden sei (33. Erwägungsgrund).
- 391 Dagegen ergibt sich aus der Antwort der Kommission auf eine Frage des Gerichts und aus einem von der Kommission bei dieser Gelegenheit vorgelegten Dokument, dass Merck und Merck Generics Holding zum Zeitpunkt des Erlasses des [streitigen] Beschlusses noch demselben Unternehmen angehörten. Obwohl dieser Umstand, wie die [Rechtsmittelführerinnen] geltend machen, im [streitigen] Beschluss nicht erwähnt wurde, ist festzustellen, dass dieses Dokument Bestandteil der Verwaltungsakte der Kommission ist und Letzterer mithin beim Erlass des [streitigen] Beschlusses vorlag.

392 Im Übrigen ist festzustellen, dass es angesichts der finanziellen Situation von A.L. Industrier völlig gerechtfertigt war, Zoetis gesamtschuldnerisch für die von Xellia begangene Zuwiderhandlung haftbar zu machen. Sonst hätte allein Xellia fast die gesamte wegen der vom Alpharma-Konzern begangenen Zuwiderhandlung verhängte Geldbuße geschuldet, womit die Zahlung der Geldbuße weniger sicher gewesen wäre. Hingegen können die finanziellen Mittel von Merck Generics Holding, solange diese von Merck kontrolliert wird, zur Zahlung der gegen den Merck-Konzern verhängten Geldbuße verwendet werden, ohne dass Merck Generics Holding hierzu unbedingt im verfügbaren Teil des [streitigen] Beschlusses genannt sein müsste.“

### ***Vorbringen der Parteien***

160 Mit dem sechsten, gegen die Rn. 378 bis 394 des angefochtenen Urteils gerichteten Rechtsmittelgrund, machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, dass das Gericht dadurch gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen habe, dass es den streitigen Beschluss insoweit bestätigt habe, als er an die Zoetis, jetzt Alpharma LLC, und nicht an die Merck Generics Holding gerichtet gewesen sei, obwohl nichts in diesem Beschluss es rechtfertige, zwischen den Situationen dieser beiden Unternehmen zu unterscheiden. Die Rechtsmittelführerinnen machen ferner geltend, dass das Gericht zu Unrecht eine Ersetzung der Begründung vorgenommen habe und gegen die Rechtsprechung verstoßen habe, nach der das Fehlen der Begründung nicht dadurch geheilt werden könne, dass der Betroffene die Gründe für die betreffende Entscheidung während des Verfahrens vor den Unionsgerichten erfahre. Die Rechtsmittelführerinnen beziehen sich insoweit auf Rn. 74 des Urteils vom 19. Juli 2012, Alliance One International und Standard Commercial Tobacco/Kommission (C-628/10 P und C-14/11 P, EU:C:2012:479).

161 Die Kommission hält den sechsten Rechtsmittelgrund für unbegründet.

### ***Würdigung durch den Gerichtshof***

162 Mit dem ersten Teil des sechsten Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführerinnen im Wesentlichen geltend, dass das Gericht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen habe, indem es den sechsten Klagegrund zurückgewiesen habe.

163 Hierzu ist festzustellen, dass ein Unternehmen, wenn es gegen die Wettbewerbsregeln verstößt, nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit für diese Zuwiderhandlung einzustehen hat (Urteil vom 27. April 2017, Akzo Nobel u. a./Kommission, C-516/15 P, EU:C:2017:314, Rn. 49).

164 Besteht das Unternehmen aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen, legt Art. 23 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 1/2003 nicht fest, welche von ihnen die Kommission für die Zuwiderhandlung haftbar zu machen und durch die Verhängung einer Geldbuße zu sanktionieren hat (Urteil vom 27. April 2017, Akzo Nobel u. a./Kommission, C-516/15 P, EU:C:2017:314, Rn. 50 und 51 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

165 Bei der Ausübung ihrer Befugnis zur Ahndung von Verstößen, für die die in der vorstehenden Randnummer dargestellte Rechtsprechung gilt, darf die Kommission aber nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen, der gebietet, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden, es sei denn,



dies ist objektiv gerechtfertigt (Urteil vom 24. September 2020, Prysmian und Prysmian Cavi e Sistemi/Kommission, C-601/18 P, EU:C:2020:751, Rn. 101 und die dort angeführte Rechtsprechung), wie das Gericht in Rn. 386 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat.

- 166 Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass ein Unternehmen, wenn es durch sein Verhalten gegen Art. 101 AEUV verstoßen hat, nicht deshalb jeder Sanktion entgehen kann, weil gegen einen anderen Wirtschaftsteilnehmer keine Geldbuße verhängt worden ist (Urteil vom 9. März 2017, Samsung SDI und Samsung SDI [Malaysia]/Kommission, C-615/15 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2017:190, Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung). Insbesondere kann ein Unternehmen, gegen das eine Geldbuße verhängt worden ist, weil es sich unter Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln an einem Kartell beteiligt hat, nicht verlangen, dass die Geldbuße deshalb aufgehoben oder herabgesetzt wird, weil gegen ein Unternehmen, das sich an demselben Kartell beteiligt hat, wegen eines Teils oder der gesamten Beteiligung an dem Kartell keine Geldbuße verhängt worden ist (Urteil vom 9. März 2017, Samsung SDI und Samsung SDI [Malaysia]/Kommission, C-615/15 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2017:190, Rn. 38 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 167 Im vorliegenden Fall hat das Gericht jedenfalls in den Rn. 387 bis 392 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass sich die Alpharma LLC und die Merck Generics Holding zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Beschlusses in unterschiedlichen Situationen befunden hätten, zum einen, weil Xellia, Zoetis, jetzt Alpharma LLC, und A.L. Industrier jeweils verschiedenen Unternehmen angehört hätten, während Merck und Merck Generics Holding, die Dach- bzw. Muttergesellschaft von Generics (UK), die nach dem Auslaufen der in Rede stehenden Vereinbarungen aus dem Merck-Konzern ausgeschieden sei, demselben Unternehmen angehört hätten, und zum anderen, weil sich die an den in Rede stehenden Vereinbarungen beteiligten Gesellschaften in einer besonderen finanziellen Situation befunden hätten.
- 168 Da sie sich nicht in einer Situation befunden haben, die mit der von Merck Generics Holding vergleichbar gewesen wäre, können die Rechtsmittelführerinnen mithin nicht mit Erfolg geltend machen, dass das Gericht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen hätte.
- 169 Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass das Gericht, wie die Rechtsmittelführerinnen im Rahmen des zweiten Teils des sechsten Rechtsmittelgrundes geltend machen, um die unterschiedliche Behandlung von Zoetis, jetzt Alpharma LLC, und Merck Generics Holding zu rechtfertigen, die Begründung des streitigen Beschlusses ergänzt habe, indem es festgestellt habe, dass Zoetis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Beschlusses nicht demselben Unternehmen angehört habe wie A.L. Industrier.
- 170 Abgesehen davon, dass diese Präzisierung, die das Gericht im zweiten Satz der Rn. 387 des angefochtenen Urteils vorgenommen hat, nur einen der beiden Gründe dafür darstellt, warum die Situation der Rechtsmittelführerinnen und die von Merck Generics Holding zu unterscheiden sind – der zweite, die besondere finanzielle Situation der an den in Rede stehenden Vereinbarungen beteiligten Gesellschaften, der in Rn. 392 des angefochtenen Urteils angesprochen wird, wird von den Rechtsmittelführerinnen nicht beanstandet –, ist festzustellen, dass sich diese Präzisierung, wie das Gericht in Rn. 387 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, bereits aus dem streitigen Beschluss ergibt.
- 171 Da die Begründung eines Rechtsakts aber nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach ihrem Zusammenhang und sämtlichen Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet zu beurteilen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Februar 1990, Delacre u. a./Kommission,

C-350/88, EU:C:1990:71, Rn. 16 und die dort angeführte Rechtsprechung), wobei gegebenenfalls zu berücksichtigen ist, dass der Rechtsakt in einem Zusammenhang erlassen wurde, der der Person, an die er gerichtet war, bekannt war (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. September 2020, Rosneft u. a./Rat, C-732/18 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2020:727, Rn. 77 und die dort angeführte Rechtsprechung), bedeutet der Umstand, dass eine Erläuterung, die die Kommission, wie sich aus Rn. 379 des angefochtenen Urteils ergibt, im Rahmen ihrer schriftlichen Erklärungen vor dem Gericht gegeben hat, im streitigen Beschluss nicht ausdrücklich und vollständig enthalten ist, nicht zwingend, dass das Gericht deshalb daran gehindert wäre, die Erläuterung der Kommission und die im streitigen Beschluss enthaltenen Ausführungen heranzuziehen, um auf das Vorbringen des Klägers einzugehen (vgl. entsprechend Urteil vom 30. September 2003, Freistaat Sachsen u. a./Kommission, C-57/00 P und C-61/00 P, EU:C:2003:510, Rn. 62 und 63).

- 172 Dies muss insbesondere dann gelten, wenn das Gericht auf ein Vorbringen wie das der Rechtsmittelführerinnen einzugehen hat, wonach die Kommission beim Erlass des streitigen Beschlusses gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen habe. Wie bereits ausgeführt (siehe oben, Rn. 164), kann die Kommission bei einem Unternehmen, das aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen besteht, frei entscheiden, welche davon sie für die Zuwiderhandlung haftbar machen will. Von ihr kann auch nicht verlangt werden, dass sie in ihrem Beschluss für jede Gesellschaft, an die der Beschluss gerichtet ist, begründet, warum sie entweder alle oder nur einen Teil der natürlichen und juristischen Personen, die das oder die Unternehmen bilden, das bzw. die sich an einer gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV verstoßenden Verhaltensweise beteiligt hat bzw. haben, haftbar macht.
- 173 Folglich ist der sechste Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

### ***Zum siebten Rechtsmittelgrund***

#### ***Relevante Randnummern des angefochtenen Urteils***

- 174 In den Rn. 401 bis 407 des angefochtenen Urteils hat das Gericht den zweiten Teil des siebten Klagegrundes zurückgewiesen, mit dem die Rechtsmittelführerinnen geltend gemacht hatten, dass die Kommission bei der Berechnung der gegen sie verhängten Geldbuße nicht berücksichtigt habe, dass hinsichtlich der Frage, wie die streitige Vereinbarung wettbewerbsrechtlich zu beurteilen sei, Rechtsunsicherheit bestanden habe.
- 175 In einem ersten Schritt hat das Gericht in den Rn. 403 bis 405 des angefochtenen Urteils auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs hingewiesen, wonach Zuwiderhandlungen vorhersehbar sein müssen und eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 und 102 AEUV „vorsätzlich oder fahrlässig“ im Sinne von Art. 23 Abs. 2 Unterabs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 begangen worden sein muss. Weiter hat das Gericht in Rn. 407 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass der Alpharma-Konzern nicht darüber im Unklaren gewesen sei, dass der Abschluss der streitigen Vereinbarung wettbewerbsrechtlich bedenklich sein könne.
- 176 In einem zweiten Schritt hat das Gericht festgestellt, dass, wie in den Rn. 314 und 318 des angefochtenen Urteils ausgeführt, bei einer Vereinbarung, die die Merkmale der streitigen Vereinbarung aufweise und in deren Kontext geschlossen worden sei, hinsichtlich einer möglichen Einstufung als „bezweckte Beschränkung“ keine Rechtsunsicherheit bestanden habe.

### ***Vorbringen der Parteien***

- 177 Mit dem siebten, gegen die Rn. 401 bis 407 des angefochtenen Urteils gerichteten Rechtsmittelgrund, machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, dass das Gericht dadurch gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen habe, dass es angenommen habe, dass hinsichtlich der Einstufung der streitigen Vereinbarung als bezweckte Beschränkung keine Rechtsunsicherheit bestanden habe, und es der Kommission somit ermöglicht habe, gegen sie eine überaus hohe Geldbuße zu verhängen. Dass hinsichtlich der Einstufung der streitigen Vereinbarung als bezweckte Beschränkung Rechtsunsicherheit bestanden habe, zeigten nicht nur die Äußerungen des KFST, sondern auch die Dauer der Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs, die dem Verfahren vorausgegangen sei, an dessen Ende der streitige Beschluss erlassen worden sei, und der Umfang des streitigen Beschlusses.
- 178 Die Kommission hält den siebten Rechtsmittelgrund für unbegründet.

### ***Würdigung durch den Gerichtshof***

- 179 Wie das Gericht in Rn. 405 des angefochtenen Urteils zutreffend ausgeführt hat, können gegen ein Unternehmen wegen einer Verhaltensweise, die in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, Sanktionen verhängt werden, wenn sich das Unternehmen über die Wettbewerbswidrigkeit seines Verhaltens nicht im Unklaren sein kann, gleichviel, ob ihm dabei bewusst ist, dass es gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags verstößt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Juni 2013, Schenker & Co. u. a., C-681/11, EU:C:2013:404, Rn. 37).
- 180 Dass das betreffende Unternehmen sein Verhalten, auf dem die Feststellung der Zuwiderhandlung beruht, rechtlich unrichtig eingestuft hat, kann, wie das Gericht in Rn. 404 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat und der Gerichtshof in dem heute in der Rechtssache C-588/16 P, Generics (UK)/Kommission (Rn. 137), verkündeten Urteil entschieden hat, also nicht dazu führen, dass ihm keine Geldbuße auferlegt wird, sofern es objektiv erkennen konnte, gegebenenfalls unter Hinzuziehung geeigneter Berater, dass das Verhalten wettbewerbswidrig war (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Juni 2013, Schenker & Co. u. a., C-681/11, EU:C:2013:404, Rn. 38).
- 181 Im vorliegenden Fall hat das Gericht in den Rn. 315 bis 317 des angefochtenen Urteils, auf die in Rn. 406 des angefochtenen Urteils verwiesen wird, zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Vereinbarung, wie bereits ausgeführt (siehe oben, Rn. 109), nach einer gefestigten Rechtsprechung nicht allein deshalb dem Wettbewerbsrecht entzogen ist, weil sie ein Patent betrifft oder zur gütlichen Beilegung eines Patentrechtsstreits dient.
- 182 Ferner hat das Gericht in Rn. 318 des angefochtenen Urteils, auf die in Rn. 406 des angefochtenen Urteils ebenfalls verwiesen wird, im Wesentlichen festgestellt, dass sowohl Lundbeck als auch der Alpharma-Konzern davon ausgegangen seien, dass zumindest die Möglichkeit bestehe, dass die streitige Vereinbarung wettbewerbsrechtlich bedenklich sei, da Lundbeck angenommen habe, dass „der Abschluss von Vereinbarungen mit den Generikaherstellern als wettbewerbsrechtlich ‚schwierig‘ angesehen wurde“, und der Alpharma-Konzern den Entwurf der streitigen Vereinbarung einem auf Wettbewerbsrecht spezialisierten Berater vorgelegt habe.
- 183 Daher hat das Gericht in Rn. 407 des angefochtenen Urteils zu Recht festgestellt, dass der Alpharma-Konzern nicht darüber im Unklaren gewesen sei, dass der Abschluss der streitigen Vereinbarung möglicherweise wettbewerbsrechtlich bedenklich sei. Folglich kann den

Rechtsmittelführerinnen nicht darin gefolgt werden, dass das Gericht dadurch gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen habe, dass es der Kommission ermöglicht habe, gegen sie wegen des Abschlusses der streitigen Vereinbarung eine Geldbuße zu verhängen.

- 184 Aus den oben in den Rn. 123 und 124 des vorliegenden Urteils genannten Gründen wird dieses Ergebnis durch die Pressemitteilung des KFST nicht in Frage gestellt.
- 185 Denn wenn diese Pressemitteilung der Einstufung der streitigen Vereinbarung als „bezweckte Beschränkung nicht entgegensteht, so muss dies erst recht für deren Ahndung gelten, auch durch eine Geldbuße, die die Rechtsmittelführerinnen für sehr hoch halten.
- 186 Der Ahndung der streitigen Vereinbarung steht auch nicht das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen entgegen, dass die Dauer der Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs, die dem Verfahren vorausgegangen sei, an dessen Ende der streitige Beschluss erlassen worden sei, und der Umfang des streitigen Beschlusses bestätigten, dass bei Vereinbarungen wie den streitigen Rechtsunsicherheit bestanden habe.
- 187 Abgesehen davon, dass die Rechtsmittelführerinnen diese Gesichtspunkte, wie aus dem angefochtenen Urteil hervorgeht, weder im Rahmen ihres dritten Klagegrundes, mit dem ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV wegen der Einstufung der streitigen Vereinbarung als „bezweckte Beschränkung“ gerügt wurde, noch im Rahmen ihres siebten Klagegrundes, mit dem Fehler bei der Berechnung der gegen sie verhängten Geldbuße gerügt wurden, geltend gemacht haben, ist festzustellen, dass, wie sich aus den Rn. 153 und 154 des vorliegenden Urteils ergibt, die Untersuchung eines bestimmten Wirtschaftszweiges eingeleitet wird, um die Vermutung, dass in dem betreffenden Wirtschaftszweig der Wettbewerb beschränkt wird, zu bestätigen oder zu widerlegen, und dass nicht ersichtlich ist, dass die Behauptung zuträfe, dass die Dauer der Untersuchung es ermögliche, die Zweifel, die die Kommission in Bezug auf die Vereinbarungen hatte, die speziell Gegenstand der Untersuchung waren, zu zerstreuen.
- 188 Auch der Umfang eines Beschlusses ist insoweit unerheblich. Wie bereits ausgeführt (siehe oben, Rn. 120), kann die Einstufung einer Vereinbarung als „bezweckte Beschränkung“ eine eingehende Analyse der Vereinbarung, der mit ihr verfolgten Ziele und des wirtschaftlichen und rechtlichen Umfelds erforderlich machen. Speziell zum streitigen Beschluss ist festzustellen, dass er fünf verschiedene Unternehmen sowie sechs verschiedene Vereinbarungen, auf die jeweils gesondert einzugehen war, betroffen hat und an zwölf Gesellschaften gerichtet war.
- 189 Folglich ist der siebte Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

### ***Zum achten Klagegrund***

#### ***Relevante Randnummern des angefochtenen Urteils***

- 190 Zur Zurückweisung des siebten Klagegrundes, mit dem die Rechtsmittelführerinnen Fehler bei der Berechnung der gegen sie verhängten Geldbuße gerügt hatten, hat das Gericht in Rn. 398 des angefochtenen Urteils zunächst u. a. festgestellt, dass die Kommission die betreffende Zuwiderhandlung zu Recht als schwer eingestuft habe. Sodann hat es in den Rn. 414 bis 433 des angefochtenen Urteils zur Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße ausgeführt, dass die Kommission gemäß Ziff. 37 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen von 2006 von der in Letzteren vorgesehenen allgemeine Methode für die Berechnung der Geldbußen

abgewichen sei und als Grundbetrag den Wert der Zahlungen angesetzt habe, die der Alpharma-Konzern von Lundbeck erhalten habe, was die Rechtsmittelführerinnen nicht beanstandeten.

### ***Vorbringen der Parteien***

- 191 Mit dem achten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, dass das Gericht ihr Vorbringen, dass die Kommission die Schwere der Zuwiderhandlung bei der Bemessung der gegen sie verhängten Geldbuße nicht berücksichtigt habe, zu Unrecht zurückgewiesen habe. Das Gericht habe unter Verstoß gegen Art. 21 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 gebilligt, dass die Kommission, wie aus dem 1361. Erwägungsgrund des streitigen Beschlusses hervorgehe, die Höhe der gegen die Generikahersteller verhängten Geldbußen festsetze, ohne nach Art und räumlichem Umfang der Zuwiderhandlungen und nach den Marktanteilen der Generikahersteller zu unterscheiden, obwohl die Zuwiderhandlung im vorliegenden Fall in der Mitteilung der Beschwerdepunkte als „sehr schwer“, im streitigen Beschluss dann aber lediglich als „schwer“ eingestuft worden sei.
- 192 Nach Ansicht der Kommission ist der achte Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

### ***Würdigung durch den Gerichtshof***

- 193 Wie sich aus den Rn. 419 und 421 des angefochtenen Urteils ergibt, wurde die Höhe der gegen den Alpharma-Konzern verhängten Geldbuße nicht nach der in den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen von 2006 vorgesehenen allgemeinen Methode berechnet, sondern nach einer davon abweichenden Methode, was nach Ziff. 37 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen von 2006 zulässig ist und von den Rechtsmittelführerinnen nicht beanstandet wurde. Die Kommission ist nämlich nicht an die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen von 2006 gebunden. Dies gilt insbesondere für die Ziff. 19 bis 22 dieser Leitlinien, nach denen die Kommission nach Maßgabe eines bestimmten Grades der Schwere der betreffenden Zuwiderhandlung einen Grundbetrag der Geldbuße zu bestimmen hat.
- 194 Der achte Rechtsmittelgrund ist folglich dahin zu verstehen, dass mit ihm nicht die von der Kommission gewählte und vom Gericht bestätigte Methode in Frage gestellt werden soll, sondern die Höhe der mit dem streitigen Beschluss wegen der begangenen Zuwiderhandlung verhängten Geldbuße, deren Schwere das Gericht in Rn. 398 des angefochtenen Urteils zutreffend festgestellt hat.
- 195 Nach ständiger Rechtsprechung ist es nicht Sache des Gerichtshofs, bei der Entscheidung über Rechtsfragen im Rahmen eines Rechtsmittels die Würdigung des Gerichts, das in Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung über den Betrag der gegen Unternehmen wegen eines Verstoßes gegen das Unionsrecht festgesetzten Geldbußen entscheidet, aus Gründen der Billigkeit durch seine eigene Würdigung zu ersetzen (Urteil vom 26. September 2018, Philips und Philips France/Kommission, C-98/17 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2018:774, Rn. 107 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 196 Nur wenn der Gerichtshof der Ansicht wäre, dass die Höhe der Sanktion nicht nur unangemessen, sondern auch dermaßen überhöht ist, dass sie unverhältnismäßig wird, wäre ein Rechtsfehler des Gerichts wegen der unangemessenen Höhe einer Geldbuße festzustellen (Urteil vom 26. September 2018, Philips und Philips France/Kommission, C-98/17 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2018:774, Rn. 107 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 197 Ein Rechtsmittelgrund, mit dem die Höhe der Geldbuße in Frage gestellt wird, die das Gericht beurteilt hat, aber nicht dargetan wird, dass die Geldbuße dermaßen überhöht ist, dass sie unverhältnismäßig wird, ist demnach unzulässig (Urteil vom 25. Juli 2018, Orange Polska/Kommission, C-123/16 P, EU:C:2018:590, Rn. 115).
- 198 Im vorliegenden Fall haben die Rechtsmittelführerinnen nicht behauptet, geschweige denn dargetan, dass die Geldbuße, die gegen sie verhängt wurde und vom Gericht bestätigt wurde, dermaßen überhöht wäre, dass sie unverhältnismäßig würde.
- 199 Folglich ist der achte Rechtsmittelgrund als unzulässig zurückzuweisen.

### ***Zum neunten Rechtsmittelgrund***

#### ***Relevante Randnummern des angefochtenen Urteils***

- 200 Zur Zurückweisung des achten Klagegrundes, mit dem geltend gemacht worden war, dass der Kommission hinsichtlich des Betrags der Geldbuße, bis zu dem A.L. Industrier, zum Zeitpunkt der streitigen Vereinbarung Muttergesellschaft des Alpharma-Konzerns, hafte, insoweit ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen sei, als sie hierzu auf den Umsatz des Jahres 2011, und nicht auf den höheren des Jahres 2012 abgestellt habe, bei dessen Zugrundelegung auf A.L. Industrier ein höher Anteil an der gesamtschuldnerisch gegen A.L. Industrier, die Alpharma LLC und Xellia Pharmaceuticals verhängten Geldbuße entfallen wäre, hat das Gericht in den Rn. 449 bis 456 des angefochtenen Urteils zum einen festgestellt, dass die Kommission deshalb nicht auf das letzte vollständige Geschäftsjahr vor Erlass des streitigen Beschlusses (2012), sondern auf das vorausgegangene (2011) abgestellt habe, weil dieses das letzte vollständige Geschäftsjahr mit einer normalen Geschäftstätigkeit gewesen sei, und zum anderen, dass die Kommission zu Recht so vorgegangen sei, da es sich bei dem Geschäftsjahr 2012 um ein Geschäftsjahr gehandelt habe, in dem die Aktiva von A.L. Industrier liquidiert worden seien und damit Einkünfte zu verzeichnen gewesen seien, die nichts mit einer normalen Geschäftstätigkeit zu tun hätten.
- 201 In den Rn. 458 und 459 des angefochtenen Urteils hat das Gericht ausgeführt:
- „458 ... [Es] ist darauf hinzuweisen, dass das in Art. 23 Abs. 2 [der Verordnung Nr. 1/2003] mit der Festsetzung einer Obergrenze von 10 % des Umsatzes jedes an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmens verfolgte Ziel nach der Rechtsprechung insbesondere darin besteht, zu vermeiden, dass die Festsetzung einer über dieser Obergrenze liegenden Geldbuße die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens zu dem Zeitpunkt überschreitet, zu dem es für die Zuwiderhandlung haftbar gemacht wird und zu dem ihm von der Kommission eine finanzielle Sanktion auferlegt wird (Urteil [vom 4. September 2014,] YKK u. a./Kommission, [C-408/12 P, EU:C:2014:2153], Rn. 63; vgl. in diesem Sinne auch Urteile [vom 15. Juni 2005,] Tokai Carbon u. a./Kommission, [T-71/03, T-74/03, T-87/03 und T-91/03, nicht veröffentlicht, EU:T:2005:220], Rn. 389, und vom 16. November 2011, Kendrion/Kommission, T-54/06, EU:T:2011:667, Rn. 91).

459 Folglich konnte die Kommission, nachdem sie festgestellt hatte, dass bei der Festsetzung der Obergrenze für A.L. Industrier nicht auf das Jahr 2012, d. h. das dem Erlass des [streitigen] Beschlusses unmittelbar vorausgegangene Jahr, abgestellt werden könne, nicht bis in das Jahr 2005 zurückgehen, sondern musste auf den Umsatz des letzten Jahres vor dem Jahr 2012 abstellen, in dem die Geschäftstätigkeit von A.L. Industrier normal war, unabhängig von den Geschäftsfeldern, auf denen diese Gesellschaft tätig war.“

### ***Vorbringen der Parteien***

- 202 Mit dem neunten, gegen die Rn. 458 und 459 des angefochtenen Urteils gerichteten Rechtsmittelgrund, machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, dass das Gericht dadurch gegen Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 und gegen die Urteile vom 7. Juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Kommission (C-76/06 P, EU:C:2007:326, Rn. 20), und vom 15. Mai 2014, I. garantovaná/Kommission (C-90/13 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2014:326, Rn. 15 bis 17), verstoßen habe, dass es bei der Auswahl des Geschäftsjahrs, das bei der Bestimmung der Obergrenze der gegen A.L. Industrier verhängbaren Geldbuße zugrunde gelegt worden sei, nicht das richtige Kriterium angewandt habe.
- 203 Das Gericht habe Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 zu eng ausgelegt, indem es allein auf das Ziel abgestellt habe, zu verhindern, dass die Geldbußen die Zahlungsfähigkeit der Unternehmen überstiegen, ohne es gegen das andere Ziel, nämlich eine hinreichend abschreckende Wirkung der verhängten Geldbußen zu gewährleisten, abzuwägen. Indem es auf den Umsatz abgestellt habe, den A.L. Industrier im Jahr 2011 erzielt habe, habe es gegen diese Gesellschaft eine Geldbuße verhängt, die im Hinblick auf ihre Zahlungsfähigkeit und tatsächliche wirtschaftliche Situation im Zeitraum der Zuwiderhandlung unangemessen sei. In ihrer Erwiderung weisen die Rechtsmittelführerinnen darauf hin, dass das Gericht das Jahr 2005 in Rn. 459 des angefochtenen Urteils allein deshalb als Referenzjahr ausgeschlossen habe, weil es nicht das letzte Geschäftsjahr mit einer normalen Geschäftstätigkeit von A.L. Industrier vor 2012 gewesen sei.
- 204 Die Kommission hält den neunten Rechtsmittelgrund für unzulässig, weil die Feststellung, dass das letzte vollständige Geschäftsjahr, das die normale Geschäftstätigkeit von A.L. Industrier widerspiegele, das Jahr 2011 sei, eine Tatsachenfrage sei. Jedenfalls sei der neunte Rechtsmittelgrund aber unbegründet.

### ***Würdigung durch den Gerichtshof***

- 205 Zunächst ist festzustellen, dass sich die Rechtsmittelführerinnen mit dem vorliegenden Rechtsmittelgrund nicht gegen die vom Gericht vorgenommene Beurteilung der Normalität des Geschäftsjahrs 2011 oder des Geschäftsjahrs 2005 wenden, bei der es sich um eine Tatsachenwürdigung handelt, die im Rahmen eines Rechtsmittels nicht angegriffen werden kann, da die Rechtsmittelführerinnen eine Verfälschung der Tatsachen oder Beweise nicht behauptet, geschweige denn bewiesen haben, sondern gegen das Kriterium, das das Gericht herangezogen hat, um ein Abstellen auf das Geschäftsjahr 2012 auszuschließen.
- 206 Entgegen dem Vorbringen der Kommission ist der neunte Rechtsmittelgrund daher zulässig.

- 207 Er ist auch insoweit zulässig, als die Feststellung eines Rechtsfehlers des Gerichts hinsichtlich des Kriteriums, das bei der Auswahl des Geschäftsjahrs angewandt wurde, das bei der Anwendung der Obergrenze des Anteils der gesamtschuldnerisch gegen A.L. Industrier verhängten Geldbuße zugrunde gelegt wurde, nicht dazu führen würde, dass der gesamtschuldnerische Anteil dieser Gesellschaft, gegenüber der der streitige Beschluss bestandskräftig geworden ist, erhöht würde, was die Rechtsmittelführerinnen auch nicht begehren. Sie würde sich nur auf die Rechtsmittelführerinnen auswirken.
- 208 Zur Begründetheit ist festzustellen, dass Art. 23 Abs. 2 Unterabs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 für Geldbußen, die von der Kommission gegen Unternehmen wegen eines Verstoßes gegen Art. 101 und 102 AEUV verhängt werden, eine Obergrenze vorsieht, mit der verhindert werden soll, dass die Geldbußen außer Verhältnis zur Größe des betreffenden Unternehmens stehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. Juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Kommission, C-76/06 P, EU:C:2007:326, Rn. 24). Die Geldbuße darf deshalb 10 % des Gesamtumsatzes, den das Unternehmen in dem Geschäftsjahr erzielt hat, der dem Jahr vorausgegangen ist, in dem die Kommission den Beschluss erlassen hat, mit dem die Geldbuße verhängt wird, nicht übersteigen.
- 209 Insoweit hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass die Kommission bei der Bestimmung des Begriffs „letztes Geschäftsjahr“ in jedem Einzelfall und unter Berücksichtigung des Zusammenhangs und der Ziele, die mit der Sanktionsregelung der Verordnung Nr. 1/2003 verfolgt werden, die beabsichtigte Wirkung auf das betreffende Unternehmen beurteilen und dabei insbesondere einen Umsatz berücksichtigen muss, der die tatsächliche wirtschaftliche Situation des Unternehmens in dem Zeitraum widerspiegelt, in dem die Zuwiderhandlung begangen wurde (Urteil vom 7. Juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Kommission, C-76/06 P, EU:C:2007:326, Rn. 25).
- 210 Die Kommission kann sich daher auch dafür entscheiden, nicht auf das Geschäftsjahr abzustellen, das dem Geschäftsjahr, in dem der Beschluss der Kommission erlassen wurde, unmittelbar vorausgegangen ist, wenn es sich nicht um ein vollständiges Geschäftsjahr, in dem zwölf Monate lang eine normale Geschäftstätigkeit ausgeübt wurde, handelt (Urteil vom 7. Juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Kommission, C-76/06 P, EU:C:2007:326, Rn. 26).
- 211 In Anbetracht des Wortlauts, des Zusammenhangs und der Ziele der mit der Verordnung Nr. 1/2003 eingeführten Sanktionsregelung hat sie jedoch das erste vollständige Geschäftsjahr mit einer normalen Geschäftstätigkeit zugrunde zu legen.
- 212 Im vorliegenden Fall geht aus den Rn. 451 und 459 des angefochtenen Urteils hervor, dass das Gericht zum einen angenommen hat, dass das dem streitigen Beschluss unmittelbar vorausgegangene Geschäftsjahr (2012) kein Geschäftsjahr mit einer normalen Geschäftstätigkeit gewesen sei, da in diesem Geschäftsjahr Aktiva liquidiert worden seien, und zum anderen, dass das Geschäftsjahr 2011 ein Geschäftsjahr mit einer normalen Geschäftstätigkeit gewesen sei.
- 213 In Anbetracht dieser Feststellungen, die einer Überprüfung entzogen sind, weil das Gericht mit ihnen Tatsachen gewürdigt hat, und in Bezug auf die die Rechtsmittelführerinnen keine Verfälschung geltend gemacht haben, ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Gericht bei der Bestimmung der Obergrenze der gegen A.L. Industrier verhängten Geldbuße gemäß Art. 23 Abs. 2 Unterabs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 auf den im Geschäftsjahr 2011 erzielten Umsatz abgestellt hat. Das Gericht musste nicht prüfen, ob es nicht zweckmäßiger wäre, auf ein früheres Geschäftsjahr, hier das Geschäftsjahr 2005, abzustellen.



214 Folglich ist der neunte Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen. Damit ist das Rechtsmittel insgesamt zurückzuweisen.

### **Kosten**

215 Nach Art. 138 Abs. 1 der Verfahrensordnung, der nach deren Art. 184 Abs. 1 auf das Rechtsmittelverfahren Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

216 Da die Rechtsmittelführerinnen mit ihrem Vorbringen unterlegen sind, sind ihnen entsprechend dem Antrag der Kommission neben ihren eigenen Kosten die Kosten der Kommission aufzuerlegen.

217 Nach Art. 140 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, der nach deren Art. 184 Abs. 1 auf das Rechtsmittelverfahren Anwendung findet, tragen die Mitgliedstaaten und die Organe, die dem Rechtsstreit als Streithelfer beigetreten sind, ihre eigenen Kosten.

218 Danach trägt das Vereinigte Königreich seine eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Vierte Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

**1. Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.**

**2. Die Xellia Pharmaceuticals ApS und die Alpharma LLC tragen ihre eigenen Kosten und die Kosten der Europäischen Kommission.**

**3. Das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland trägt seine eigenen Kosten.**

Unterschriften