



Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Dritte erweiterte Kammer)

18. Oktober 2023*

„Wettbewerb – Kartelle – Markt für Modafinil – Beschluss, mit dem eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV festgestellt wird – Vereinbarung zur gütlichen Beilegung von Patentrechtsstreitigkeiten – Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung – Einstufung – Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung – Voraussetzungen der Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV – Geldbußen“

In der Rechtssache T-74/21,

Teva Pharmaceutical Industries Ltd mit Sitz in Petah Tikva (Israel),

Cephalon Inc. mit Sitz in West Chester, Pennsylvania (Vereinigte Staaten),

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt D. Tayar und Rechtsanwältinnen S. Ortoli und A. Richard,

Klägerinnen,

gegen

Europäische Kommission, vertreten durch G. Conte, T. Franchoo und C. Sjödin als Bevollmächtigte,

Beklagte,

erlässt

DAS GERICHT (Dritte erweiterte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten F. Schalin (Berichterstatter) sowie des Richters M. Jaeger, der Richterin P. Škvařilová-Pelzl und der Richter I. Nömm und D. Kukovec,

Kanzler: M. Zwozdziak-Carbonne, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

auf die mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 2022

folgendes

* Verfahrenssprache: Englisch.

Urteil

- 1 Mit ihrer Klage nach Art. 263 AEUV begehren die Klägerinnen, die Teva Pharmaceutical Industries Ltd (im Folgenden: Teva) und die Cephalon Inc., die Nichtigerklärung des Beschlusses C(2020) 8153 final der Europäischen Kommission vom 26. November 2020 in einem Verfahren nach Art. 101 AEUV und Art. 53 des EWR-Abkommens (Sache AT.39686-CEPHALON) (im Folgenden: angefochtener Beschluss) und, hilfsweise, die Aufhebung oder Herabsetzung der Geldbußen.

I. Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 2 Cephalon ist ein biopharmazeutisches Unternehmen mit Sitz in den Vereinigten Staaten, das weltweit sowohl Originalpräparate als auch Generika anbietet. Die Hauptaktivitäten von Cephalon umfassen die Forschung und Entwicklung sowie die Vermarktung von Arzneimitteln, wobei der Schwerpunkt auf Erkrankungen des zentralen Nervensystems einschließlich Schlafstörungen, Schmerzen, Onkologie, entzündlichen Erkrankungen und regenerativer Medizin liegt.
- 3 Teva ist ein multinationales Pharmaunternehmen, das in der Entwicklung, Herstellung und Vermarktung von Generika sowie von innovativen und spezialisierten Arzneimitteln, pharmazeutischen Wirkstoffen und frei verkäuflichen Erzeugnissen tätig ist.
- 4 Im Oktober 2011 wurde Cephalon von Teva übernommen, nachdem die Kommission den angemeldeten Zusammenschluss mit Entscheidung C(2011) 7435 final (Sache COMP/M. 6258 – Teva/Cephalon) vom 13. Oktober 2011 nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“) (ABl. 2004, L 24, S. 1) genehmigt hatte.

A. Betroffenes Erzeugnis und sich darauf beziehende Patente

- 5 Bei dem Erzeugnis, um das es in der vorliegenden Rechtssache geht, handelt es sich um Arzneimittel, die den aktiven pharmazeutischen Wirkstoff (im Folgenden: API) mit der Bezeichnung Modafinil enthalten. Modafinil ist ein stimulierendes Mittel mit langer Wirkdauer, das zur Behandlung bestimmter Schlafstörungen eingesetzt wird.
- 6 Modafinil wurde 1976 vom französischen Pharmaunternehmen Laboratoire Lafon entdeckt. Lafon ließ sein Erzeugnis Modafinil zunächst unter dem Markennamen Modiodal am 24. Juni 1992 in Frankreich und später unter den Markennamen Provigil, Vigil oder Modasomil in anderen Ländern eintragen.
- 7 1993 erwarb Cephalon die Exklusivrechte für Modafinil von Lafon und übernahm 2001 schließlich das gesamte Unternehmen Lafon. 1997 begann Cephalon, Modafinil unter dem Markennamen Provigil im Vereinigten Königreich zu verkaufen. 2005 verkaufte sie Modafinil in mehreren Ländern des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR).
- 8 Im EWR liefen die verschiedenen nationalen Molekulpatente von Cephalon für den API von Modafinil spätestens 2003 aus, während der Schutz der diesen API betreffenden Daten spätestens 2005 auslief.

- 9 Obwohl die Patente für das Modafinil-Molekül abgelaufen waren, hielt Cephalon noch Sekundärpatente für die Partikelgröße sowie andere Patente im Zusammenhang mit Modafinil mit einem Ablaufdatum im Jahr 2015 im EWR.
- 10 Das Arzneimittel Provigil war das umsatzstärkste Erzeugnis im Portfolio von Cephalon. Angesichts der in naher Zukunft zu erwartenden Markteinführung von Generika und zum Schutz ihrer geschäftlichen Aktivität in diesem Bereich arbeitete Cephalon an einem Erzeugnis der zweiten Generation mit dem Namen Nuvigil, das auf dem API von Modafinil basierte und das sie ab 2006 schrittweise als Ersatz für Provigil zunächst in den Vereinigten Staaten und dann im EWR auf den Markt bringen wollte. Darüber hinaus hatte Cephalon die Einführung eines weiteren auf Modafinil basierenden Arzneimittels mit dem Namen Sparlon geplant. Letztlich brachte Cephalon weder Nuvigil noch Sparlon im EWR auf den Markt. Darüber hinaus erhielt Sparlon keine Zulassung in den Vereinigten Staaten.
- 11 Als Ende 2002 vier Generikaunternehmen, darunter Teva, eine behördliche Genehmigung für das Inverkehrbringen ihrer Modafinil-Generika in den Vereinigten Staaten beantragten, leitete Cephalon dort ein Verfahren wegen Patentverletzung ein.
- 12 Im Juni 2005 brachte Teva sein generisches Modafinil-Erzeugnis im Vereinigten Königreich auf den Markt.
- 13 Nach einem Briefwechsel leitete Cephalon am 6. Juli 2005 ein Patentverfahren gegen Teva vor dem High Court of Justice (England & Wales) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Vereinigtes Königreich) ein und beantragte eine einstweilige Anordnung, um Teva daran zu hindern, ihr generisches Modafinil-Erzeugnis im Vereinigten Königreich zu verkaufen. Teva erhob daraufhin eine Widerklage auf Nichtigerklärung.
- 14 Vor der für den 11. Juli 2005 angesetzten mündlichen Verhandlung über den Antrag auf einstweilige Anordnung erklärte sich Teva bereit, den Verkauf von generischen Modafinil-Erzeugnissen im Vereinigten Königreich einzustellen. Im Gegenzug erklärte sich Cephalon bereit, Sicherheit in Höhe von 2,1 Mio. britischen Pfund (GBP) (ca. 3,07 Mio. Euro) für den Fall zu leisten, dass Teva im Gerichtsverfahren obsiegen und berechtigt sein sollte, Schadensersatz für entgangenen Gewinn zu fordern.
- 15 Die Verhandlungen über eine Vergleichsvereinbarung begannen Ende November 2005.

B. Streitige Vereinbarung

- 16 Am 8. Dezember 2005 schlossen Cephalon und Teva eine Vereinbarung zur gütlichen Beilegung der Streitigkeit (im Folgenden: Vergleichsvereinbarung). Die Vergleichsvereinbarung wurde auch für ihre verbundenen Unternehmen geschlossen und trat am 4. Dezember 2005 in Kraft.
- 17 Die Vergleichsvereinbarung sieht u. a. vor, dass Teva sich gemäß Art. 2 verpflichtet, weder unabhängig in den Markt für Modafinil einzutreten oder auf diesem Markt mit Cephalon zu konkurrieren (im Folgenden: Wettbewerbsverbotsklausel) noch die Modafinil-Patente von Cephalon anzufechten (im Folgenden: Nichtanfechtungsklausel) (im Folgenden zusammen: wettbewerbsbeschränkende Klauseln).

Die Art. 2.2 bis 2.6 der Vergleichsvereinbarung enthalten eine Reihe von Transaktionen in Bezug auf:

- eine Cephalon von Teva gewährte Lizenz hinsichtlich der Rechte des geistigen Eigentums von Teva;
 - eine Teva von Cephalon gewährte Lizenz zur Nutzung der als CEP-1347 bezeichneten und von Cephalon im Rahmen von Studien zur Behandlung der Parkinson-Krankheit mitentwickelten Daten;
 - die Belieferung von Cephalon mit dem API von Modafinil durch Teva;
 - Zahlungen von Cephalon an Teva für vermiedene Kosten für Rechtsstreitigkeiten;
 - den Vertrieb der Erzeugnisse von Cephalon im Vereinigten Königreich durch Teva.
- 18 Ferner sieht Art. 3 der Vergleichsvereinbarung Generikarechte zugunsten von Teva vor. Nach diesem Artikel gewährt Cephalon Teva eine nicht ausschließliche Lizenz zur Einführung ihres Modafinil-Generikums, auch im EWR, ab 2012 (oder früher, falls irgendein Unternehmen ein generisches Modafinil-Erzeugnis auf den Markt bringen sollte).
- 19 Gemäß Art. 4 der Vergleichsvereinbarung verpflichteten sich Teva und Cephalon, ihre Rechtsstreitigkeiten bezüglich Modafinil in den Vereinigten Staaten und im Vereinigten Königreich unverzüglich zu beenden.
- 20 Die Vergleichsvereinbarung umfasst auch die Beträge oder Gebühren, die mit den verschiedenen oben in den Rn. 17 und 18 aufgeführten Transaktionen verbunden sind.

C. Angefochtener Beschluss

- 21 Am 26. November 2020 erließ die Kommission den angefochtenen Beschluss.
- 22 Die Kommission war der Auffassung, dass die Klägerinnen gegen Art. 101 AEUV und Art. 53 des EWR-Abkommens verstoßen hätten, indem sie sich gegen umgekehrte Bezahlung an der Vergleichsvereinbarung im Pharmasektor beteiligt hätten. Die Zuwiderhandlung habe Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, die Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, die Slowakei, Spanien, Ungarn, das Vereinigte Königreich und Zypern betroffen und vom 4. Dezember 2005 bis zum 12. Oktober 2011 gedauert, außer in Bezug auf Bulgarien und Rumänien, wo die Zuwiderhandlung am 1. Januar 2007 begonnen habe, sowie in Bezug auf Ungarn, wo die Zuwiderhandlung am 14. Juni 2011 geendet habe (Art. 1 des angefochtenen Beschlusses).
- 23 Wegen der vorstehend genannten Zuwiderhandlung verhängte die Kommission gegen Cephalon und Teva Geldbußen in Höhe von 30 480 000 Euro bzw. 30 000 000 Euro (Art. 2 des angefochtenen Beschlusses).

II. Anträge der Parteien

- 24 Die Klägerinnen beantragen,
- den angefochtenen Beschluss in vollem Umfang für nichtig zu erklären;
 - hilfsweise, die gegen sie verhängten Geldbußen für nichtig zu erklären;
 - weiter hilfsweise, die gegen Teva verhängte Geldbuße erheblich herabzusetzen;
 - der Kommission die Kosten aufzuerlegen.
- 25 Die Kommission beantragt,
- die Klage abzuweisen;
 - den Klägerinnen die Kosten aufzuerlegen.

III. Rechtliche Würdigung

A. Zu den Anträgen auf Nichtigerklärung oder teilweise Nichtigerklärung des angefochtenen Beschlusses

- 26 Die Klägerinnen machen vier Klagegründe geltend. Der erste Klagegrund betrifft einen Rechts- und Tatsachenfehler, den die Kommission begangen habe, indem sie die Vergleichsvereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft habe. Der zweite Klagegrund betrifft einen Rechts- und Tatsachenfehler, den die Kommission begangen habe, indem sie die Vergleichsvereinbarung als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft habe. Mit dem dritten, hilfsweise vorgebrachten Klagegrund wird eine fehlerhafte Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV geltend gemacht. Mit dem vierten, ebenfalls hilfsweise vorgebrachten Klagegrund begehren die Klägerinnen schließlich die Nichtigerklärung der gegen sie verhängten Geldbußen oder zumindest die weitgehende teilweise Nichtigerklärung der gegen Teva verhängten Geldbuße.

1. Erster Klagegrund: Rechts- und Tatsachenfehler, soweit die Kommission die Vergleichsvereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft hat

- 27 Mit ihrem ersten Klagegrund werfen die Klägerinnen der Kommission vor, einen Rechts- und Tatsachenfehler begangen zu haben, indem sie die Vergleichsvereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft habe.
- 28 Die Klägerinnen machen geltend, dass die Kommission die beiden im Urteil vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52), näher erläuterten kumulativen Kriterien verfälscht habe. Aus diesem Urteil gehe hervor, dass eine Vergleichsvereinbarung, die Wertübertragungen vorsehe, nur dann als bezweckte Beschränkung eingestuft werden könne, wenn sich einerseits die 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“, und andererseits die Vereinbarung keine „nachweislich wettbewerbsfördernde[n] Auswirkungen [hat], die begründete Zweifel daran aufkommen lassen, dass sie den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigt“.

- 29 Dieser Klagegrund gliedert sich in vier Teile. Im Rahmen des ersten Teils machen die Klägerinnen geltend, dass das erste oben in Rn. 28 genannte Kriterium so zu verstehen sei, dass es sich darauf beziehe, „dass es für jede geschäftliche Transaktion eine andere plausible Erklärung als die Marktaufteilung gibt“. Die Klägerinnen werfen der Kommission vor, dieses Kriterium durch ein kontrafaktisches Kriterium ersetzt zu haben, das darin bestehe, zu bestimmen, ob die Klägerinnen dieselben Transaktionen zu denselben Bedingungen vereinbart hätten, wenn die Vergleichsvereinbarung nicht geschlossen worden wäre. Im Rahmen des zweiten Teils werfen die Klägerinnen der Kommission vor, diesem Kriterium nicht genügt zu haben, weil sie die von ihnen im Verwaltungsverfahren vorgelegten Beweise nicht widerlegt habe, die belegten, dass sich jede Transaktion durch andere Faktoren als das Interesse der Parteien, keinen Leistungswettbewerb zu betreiben, erklären lasse. Im Rahmen des dritten Teils, der sich auf das zweite oben in Rn. 28 genannte Kriterium bezieht, tragen die Klägerinnen darüber hinaus vor, die Vergleichsvereinbarung habe „nachweislich wettbewerbsfördernde Auswirkungen“ gehabt, weil sie den vorzeitigen Markteintritt von Teva vorgesehen habe. Schließlich werfen die Klägerinnen der Kommission im Rahmen des vierten Teils vor, bei der Beurteilung des Kontexts und der Bedingungen der Vergleichsvereinbarung Fehler begangen zu haben.

a) Erster Teil des ersten Klagegrundes: Nichtanwendung des angemessenen rechtlichen Kriteriums

- 30 Nach Auffassung der Klägerinnen hat die Kommission das im Urteil vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52) aufgestellte und durch das Urteil vom 25. März 2021, Lundbeck/Kommission (C-591/16 P, EU:C:2021:243) bestätigte Kriterium in zweifacher Hinsicht verfälscht, nämlich erstens, indem sie von der ausdrücklichen Lehre des Urteils vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52) abgewichen sei, wonach eine angemessene Vergütung, die der Hersteller des Originalpräparats dem Generikahersteller für die erbrachten Dienste oder Erzeugnisse zahle, die Feststellung einer bezweckten Zuwiderhandlung ausschließe, und zweitens, indem sie ein kontrafaktisches Kriterium aufgestellt und angewandt habe, das zur Analyse der Auswirkungen gehöre.
- 31 Nach Ansicht der Klägerinnen, die sich damit auf ihre im Rahmen des zweiten Teils des vorliegenden Klagegrundes vorgebrachte Argumentation beziehen, gab es für jede von der Vergleichsvereinbarung erfasste geschäftliche Transaktion unabhängig von den wettbewerbsbeschränkenden Klauseln eine Rechtfertigung sowie eine andere „plausible“ Erklärung als die, „allein“ eine Gegenleistung für den verzögerten Eintritt von Teva in den Markt für Modafinil zu sein.
- 32 Darüber hinaus stehe die Anwendung einer kontrafaktischen Analyse bei der Bewertung einer angeblichen bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht im Einklang mit der Rechtsprechung. Das kontrafaktische Szenario sei eine komplexe Aufgabe, die nicht nur den rechtlichen und wirtschaftlichen Hintergrund einer Vereinbarung zum Zeitpunkt ihres Abschlusses, sondern auch alle späteren Bewertungen berücksichtigen müsse. Darüber hinaus falle die kontrafaktische Analyse in den Bereich der Beurteilung von Vereinbarungen als bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen. Im Urteil vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18,

EU:C:2020:52), habe der Gerichtshof kein kontrafaktisches Kriterium angewandt, sondern ein einfaches faktisches Kriterium, indem er eine plausible Erklärung für die tatsächlich geschlossenen geschäftlichen Vereinbarungen verlangt habe.

- 33 Die Kommission habe auch einen Fehler begangen, indem sie die in der Vergleichsvereinbarung aufgeführten geschäftlichen Transaktionen „unabhängig von der genauen Quantifizierung und dem tatsächlichen Beitrag jeder Transaktion zur gesamten Wertübertragung“ als „Gesamtpaket“ bewertet habe. Damit lasse die Kommission den Beitrag des Urteils vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52), außer Acht, wonach bei jeder einzelnen behaupteten Wertübertragung zu prüfen sei, ob es eine andere plausible Erklärung gebe als die, dass es sich allein um die Gegenleistung für die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln handele.
- 34 In der Erwiderung werfen die Klägerinnen der Kommission vor, einen Rechtsfehler begangen zu haben, indem sie den angefochtenen Beschluss ausschließlich auf subjektive Beweise gestützt habe, obwohl sich aus der Rechtsprechung ergebe, dass eine bezweckte Zuwiderhandlung nur auf der Grundlage objektiver Faktoren festgestellt werden könne. Die Kommission habe die objektive Angemessenheit der Vergütung, den kommerziellen Zweck und den Kontext, in dem die geschäftlichen Vereinbarungen ausgehandelt worden seien, ignoriert.
- 35 Schließlich habe die Kommission die Beweislast verkannt, indem sie von den Parteien den subjektiven Beweis verlangt habe, dass sie die in Rede stehenden Transaktionen auch im kontrafaktischen Szenario einer nicht zustande gekommenen Vergleichsvereinbarung und einer Fortsetzung des Gerichtsverfahrens durchgeführt hätten. Die Beweislast obliege aber der Kommission. Für die geschäftlichen Vereinbarungen lieferten die Beweise aus dem Zeitraum des Sachverhalts und die der Kommission vorgelegten Sachverständigengutachten zudem eine plausible Erklärung, die die Kommission in Ermangelung signifikanter gegenteiliger Erfahrungen nicht von der Hand weisen könne.
- 36 Die Kommission tritt dem Vorbringen der Klägerinnen entgegen.
- 37 Nach der Rechtsprechung fallen unter den Begriff der „bezweckten Wettbewerbsbeschränkung“ nur bestimmte Arten der Koordination zwischen Unternehmen, die schon ihrer Natur nach das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs hinreichend beeinträchtigen, um davon ausgehen zu können, dass die Prüfung ihrer Wirkungen nicht notwendig ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 67 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 38 Was insbesondere der Vergleichsvereinbarung ähnliche Vereinbarungen zur gütlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten über ein gemeinfrei gewordenes Patent für das Verfahren zur Herstellung eines API betrifft, die zwischen dem Hersteller des Originalpräparats und mehreren Generikaherstellern geschlossen wurden und zur Folge hatten, dass der Markteintritt von Generika als Gegenleistung dafür verschoben wurde, dass der Hersteller des Originalpräparats Werte monetärer oder nicht monetärer Art auf die Generikahersteller überträgt, hat der Gerichtshof entschieden, dass solche Vereinbarungen nicht generell als „bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen“ im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV angesehen werden können (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 84 und 85).

- 39 Die Einstufung als „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ ist hingegen geboten, wenn die Prüfung der betreffenden Vergleichsvereinbarung ergibt, dass sich die darin vorgesehenen 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 Wettbewerbsbeschränkung“ 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).
- 40 Für die Zwecke dieser Prüfung ist in jedem Einzelfall zu beurteilen, ob der positive Nettosaldo der vom Hersteller des Originalpräparats auf den Generikahersteller übertragenen Werte hoch genug war, um den Generikahersteller tatsächlich dazu zu veranlassen, von einem Eintritt in den betreffenden Markt abzusehen und mit dem Hersteller des Originalpräparats nicht in Leistungswettbewerb zu treten, ohne dass dieser positive Nettosaldo 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).
- 41 Daraus folgt, dass die Einstufung von Vereinbarungen wie der Vergleichsvereinbarung als „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ eine Beurteilung ihrer besonderen Wesensmerkmale voraussetzt, 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 Zusammenhangs, wobei der Höhe der Wertübertragungen eine besondere Bedeutung zukommt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 89).
- 42 Im vorliegenden Fall ergibt sich aus Abschnitt 5 des angefochtenen Beschlusses, insbesondere aus den Erwägungsgründen 544 bis 580, dass die Kommission auf der Grundlage der bestehenden Rechtsprechung, u. a. der oben in den Rn. 37 ff. angeführten Rechtsprechung, erläutert hat, welche Prüfung sie durchzuführen hatte. In Abschnitt 6 des angefochtenen Beschlusses hat sie im Einklang mit der Rechtsprechung und den in Abschnitt 5 dargelegten Grundsätzen geprüft, ob die im Rahmen der Vergleichsvereinbarung vorgesehenen Transaktionen und die damit verbundenen Wertübertragungen einen Anreiz für Teva darstellten, den wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zuzustimmen.
- 43 So ergibt sich aus der oben in den Rn. 37 ff. angeführten Rechtsprechung, dass eine umfassende, die Interessen und Anreize der beteiligten Parteien einbeziehende Beurteilung vorzunehmen ist, um zu prüfen, ob es für die in einer Vergleichsvereinbarung enthaltenen geschäftlichen Transaktionen, wie die oben in Rn. 17 erwähnten, eine andere Erklärung geben kann als das wirtschaftliche Interesse sowohl des Patentinhabers als auch des der Verletzung dieses Patents beschuldigten Unternehmens, untereinander keinen Leistungswettbewerb zu betreiben.
- 44 Insoweit ist festzustellen, was im Übrigen von den Klägerinnen nicht bestritten wird, dass eine Wertübertragung an den Generikahersteller verschiedene Formen – wie etwa eine direkte oder indirekte Zahlung – annehmen kann, die Bestandteil geschäftlicher Transaktionen zwischen dem Hersteller von Originalpräparaten und dem Generikahersteller sind. Eine solche geschäftliche Transaktion kann dem Generikahersteller daher Vorteile verschaffen, die er unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten würde, entweder weil eine solche Transaktion unter normalen Marktbedingungen nicht zustande gekommen wäre oder weil diese Transaktion unter

günstigeren Bedingungen als den normalen Marktbedingungen stattgefunden hat. Darüber hinaus ist festzustellen, dass es unter normalen Marktbedingungen nicht üblich ist, dass die Gegenleistung für eine Transaktion in der Verpflichtung besteht, auf Wettbewerb und Patentanfechtung zu verzichten.

- 45 Daher war die Kommission verpflichtet, zu prüfen, ob die von der Vergleichsvereinbarung erfassten geschäftlichen Transaktionen auch ohne die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zu ebenso günstigen Bedingungen hätten vereinbart werden können. Wenn die Kommission nämlich feststellen kann, dass die in Rede stehenden Transaktionen ohne diese Klauseln nicht oder nicht zu so günstigen Bedingungen vereinbart worden wären, kann daraus geschlossen werden, dass es für diese Transaktionen keine andere Erklärung gibt als das geschäftliche Interesse des Inhabers des in Rede stehenden Patents und des der Verletzung dieses Patents beschuldigten Unternehmens, untereinander keinen Leistungswettbewerb zu betreiben.
- 46 Um festzustellen, ob die einzige plausible Erklärung für jede einzelne der geschäftlichen Transaktionen darin besteht, dass sie Teva veranlassen sollte, die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zu akzeptieren und damit vom Leistungswettbewerb mit Cephalon abzusehen, oder ob diese Transaktionen unter normalen Marktbedingungen in jedem Fall vereinbart worden wären, musste die Kommission die tatsächlichen Vorgänge mit denen vergleichen, die ohne die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln stattgefunden hätten. Daraus folgt, dass das Argument, die Kommission habe eine falsche kontrafaktische Analyse angewandt, als unbegründet zurückzuweisen ist.
- 47 Außerdem läuft das von der Kommission angewandte rechtliche Kriterium entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen nicht auf eine kontrafaktische Analyse hinaus, die unter die Beurteilung von Vereinbarungen als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung fällt.
- 48 Die Kommission hat die Frage, ob die in Rede stehenden geschäftlichen Transaktionen auch ohne die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln vereinbart worden wären, lediglich geprüft, um festzustellen, ob sie für Teva einen Anreiz darstellten, von einem Leistungswettbewerb mit Cephalon abzusehen.
- 49 Wie aus der oben in den Rn. 37 ff. angeführten Rechtsprechung hervorgeht, dient die Beurteilung, die für die Feststellung erforderlich ist, ob eine Vereinbarung als „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ 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 (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. März 2021, Arrow Group und Arrow Generics/Kommission, C-601/16 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2021:244, Rn. 86).
- 50 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, bedeutet nicht, dass die wettbewerbswidrigen Auswirkungen dieser 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 Maß beeinträchtigen (Urteil vom 25. März 2021, Arrow Group und Arrow Generics/Kommission, C-601/16 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2021:244, Rn. 87).

- 51 Zum Vorbringen der Klägerinnen, dass das von der Kommission im angefochtenen Beschluss angewandte Kriterium für die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dem Urteil vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52), widerspreche, weil jede Begleittransaktion mit einer angemessenen Vergütung einhergehe, die der Hersteller des Originalpräparats dem Generikahersteller für die erbrachten Dienste oder Erzeugnisse zahle, ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof in diesem Urteil tatsächlich nicht ausgeschlossen hat, dass eine Vergleichsvereinbarung, die mit der Übertragung von Werten monetärer oder nicht monetärer Art einhergeht, in bestimmten Fällen von der Einstufung als „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ ausgenommen sein kann. Letzteres ist der Fall, wenn sich diese Wertübertragungen als gerechtfertigt erweisen, d. h. wenn sie im Hinblick auf die legitimen Ziele der Parteien der Vereinbarung geeignet und unbedingt erforderlich sind. Diese Frage ist jedoch im Rahmen des zweiten Teils des vorliegenden Klagegrundes zu prüfen, mit dem die Klägerinnen geltend machen, dass es für die am Rande der Vergleichsvereinbarung abgeschlossenen Transaktionen eine andere plausible Erklärung gebe als die, dass sie nur als Gegenleistung für die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln dienten.
- 52 Zum Vorbringen, die Kommission habe sich bei ihrer Beurteilung im angefochtenen Beschluss allein auf die subjektive Absicht der Parteien gestützt, ist darauf hinzuweisen, dass bei der Beurteilung, ob eine Vereinbarung eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung enthält, auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext, in dem sie steht, abzustellen ist. Aus der Rechtsprechung ergibt sich auch, dass es den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten der Mitgliedstaaten und der Union nicht verwehrt ist, die Absicht der Beteiligten zu berücksichtigen, auch wenn sie kein notwendiges Element ist, um festzustellen, ob eine Vereinbarung zwischen Unternehmen wettbewerbsbeschränkenden Charakter hat (vgl. Urteil vom 2. April 2020, Budapest Bank u. a., C-228/18, EU:C:2020:265, Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die Frage, ob sich die Kommission bei ihrer Beurteilung ausschließlich auf subjektive Faktoren gestützt hat, wird im Rahmen des zweiten Teils des vorliegenden Klagegrundes geprüft werden.
- 53 Was die Beweislast anbelangt, obliegt es der Kommission, nachzuweisen, dass die Wettbewerbsverbots- und Nichtanfechtungsklauseln, die im Rahmen der in Rede stehenden Vergleichsvereinbarung festgelegt wurden, im relevanten Kontext zu einer ihrem Zweck nach wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung geführt haben, und somit darzutun, dass die Prüfung dieser Vereinbarung ergibt, dass die darin vorgesehenen Wertübertragungen ausschließlich durch das wirtschaftliche Interesse sowohl des Inhabers des in Rede stehenden Patents als auch des der Verletzung dieses Patents beschuldigten Unternehmens, untereinander keinen Leistungswettbewerb zu betreiben, zu erklären sind (vgl. die oben in Rn. 39 angeführte Rechtsprechung).
- 54 Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen kann sich die Kommission jedoch nur auf rechtliche und wirtschaftliche Aspekte stützen, die die Klägerinnen bei ihren Verhandlungen, die zu der Vergleichsvereinbarung führten, berücksichtigt haben, was auch die geschäftlichen Transaktionen einschließt. Aspekte, die sich erst nach dem Abschluss der Vergleichsvereinbarung ergeben haben, können nicht Teil des relevanten Rahmens sein, weil die Parteien sie bei ihrer Entscheidung, die Vergleichsvereinbarung zu schließen, nicht berücksichtigt haben konnten.

- 55 Soweit die Klägerinnen geltend machen, dass es zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Beschlusses an Erfahrungen im Unionsrecht gefehlt habe, um die in Rede stehende Vereinbarung als „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ einzustufen zu können, genügt ein Verweis auf das Urteil vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52), und auf das Urteil vom 25. März 2021, Lundbeck/Kommission (C-591/16 P, EU:C:2021:243). Im ersten Urteil hat der Gerichtshof nämlich ausgeführt, unter welchen Voraussetzungen eine Vergleichsvereinbarung als „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ einzustufen ist. Im zweiten Urteil hat der Gerichtshof in Rn. 130 klargestellt, dass es für die Einstufung von Vereinbarungen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen nicht erforderlich ist, dass Vereinbarungen gleicher Art von der Kommission bereits geahndet worden sind, was auch für in dem besonderen Kontext der Rechte des geistigen Eigentums geschlossene Vereinbarungen gilt. Diesem Vorbringen kann daher nicht gefolgt werden.
- 56 Im Hinblick auf das Argument, die Kommission habe die geschäftlichen Transaktionen „als Gesamtpaket“ bewertet, genügt an dieser Stelle erstens die Feststellung, dass die in der Vergleichsvereinbarung aufgeführten geschäftlichen Transaktionen als Teil eines Pakets vereinbart wurden. Die Tatsache, dass die Vergleichsvereinbarung und die darin enthaltenen Transaktionen gleichzeitig abgeschlossen wurden oder dass zwischen ihnen eine vertragliche Verbindung besteht, ist ein Hinweis darauf, dass diese Vereinbarungen Teil eines einzigen Vertragspakets sind. In einem solchen Fall besteht die Gefahr, dass die Verknüpfung einer Geschäftsvereinbarung mit einer Vergleichsvereinbarung, die Nichtvermarktungs- und Nichtanfechtungsklauseln enthält, die als solche bereits wettbewerbsbeschränkend sind, in Wirklichkeit darauf abzielt, unter dem Deckmantel einer geschäftlichen Transaktion, die gegebenenfalls die Form einer komplexen Vertragskonstruktion annimmt, den Generikahersteller mittels einer in der Nebenvereinbarung vorgesehenen Wertübertragung zu veranlassen, sich diesen Klauseln zu unterwerfen. In diesem Zusammenhang ist die Frage, ob eine solche Transaktion auch unter normalen Marktbedingungen vereinbart worden wäre – wie bereits oben in Rn. 45 erwähnt –, Teil der von der Kommission vorzunehmenden Bewertung. Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass es nach einer solchen Bewertung auf den positiven Nettosaldo der im Rahmen der Gesamtheit der Transaktionen vorgenommenen Wertübertragungen ankommt, wie sich aus der oben in Rn. 40 angeführten Rechtsprechung ergibt.
- 57 Aus dem Vorstehenden folgt, dass der erste Teil des ersten Klagegrundes – vorbehaltlich bestimmter Argumente, die im Rahmen des zweiten Teils des vorliegenden Klagegrundes zu prüfen sind – als unbegründet zurückzuweisen ist.

b) Zweiter Teil des ersten Klagegrundes

- 58 Im Rahmen des zweiten Teils des ersten Klagegrundes machen die Klägerinnen geltend, dass es für die am Rande der Vergleichsvereinbarung abgeschlossenen Transaktionen eine andere plausible Erklärung gebe als die, dass sie allein als Gegenleistung für die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln gedient hätten.
- 59 Jede dieser Transaktionen habe ihren Ursprung nicht in der Entwicklung der Verhandlungen über den Eintritt von Teva Modafinil in den Generikamarkt, sondern vielmehr in legitimen, gut dokumentierten und schon zuvor vorhandenen kommerziellen Bedürfnissen beider Parteien. Bei jeder Transaktion sei Teva oder Cephalon entweder die einzige Partei gewesen, mit der man solche Geschäfte machen können (wie im Fall der Rechte des geistigen Eigentums von Teva an Modafinil und denen von Cephalon an ihren klinischen Daten), oder ein potenzieller Partner

mit einzigartiger und geeigneter Erfahrung (wie im Fall der Produktionskapazität von Teva in Bezug auf den API von Modafinil oder der Vertriebsplattform von Teva im Vereinigten Königreich).

60 Die Kommission tritt dem Vorbringen der Klägerinnen entgegen.

61 In Anbetracht der von den Klägerinnen vorgebrachten Rügen ist zunächst im Hinblick auf jede einzelne der in der Vergleichsvereinbarung vorgesehenen geschäftlichen Transaktionen zu prüfen, ob die Kommission einen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie zu dem Ergebnis gelangte, dass der Zweck dieser Transaktion darin bestanden habe, Werte von Cephalon auf Teva als Gegenleistung für deren Verpflichtung zu übertragen, nicht unabhängig in die Generikamärkte einzutreten und bei Modafinil nicht mit Cephalon zu konkurrieren.

1) Zur Lizenz an den Rechten des geistigen Eigentums von Teva an Modafinil

62 In Art. 2.2 der Vergleichsvereinbarung erklärte sich Cephalon bereit, von Teva eine (nicht ausschließliche) Lizenz an den Rechten des geistigen Eigentums (im Folgenden: RGE) von Teva für einen Betrag von insgesamt 125 Mio. US-Dollar (USD) zu erwerben, was ungefähr 92,9 Mio. Euro entspricht.

63 Im 864. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses ist die Kommission zu dem Schluss gekommen, Teva habe durch die Cephalon erteilte Lizenz an ihren RGE einen erheblichen Wert erzielt. Sie hat ferner ausgeführt, Cephalon habe ihrerseits weder ein Interesse daran gehabt noch vor der Vergleichsvereinbarung ein wirkliches Bedürfnis verspürt, die RGE von Teva zu erwerben. Für sie habe auch kein Anreiz bestanden, erhebliche Beträge für eine Lizenz an diesen RGE zu zahlen, die keinen oder nur begrenzten Wert für sie gehabt habe. Nach Auffassung der Kommission deutet der Sachverhalt daher stark darauf hin, dass Cephalon diese Transaktion ohne die Vergleichsvereinbarung überhaupt nicht oder jedenfalls nicht zu denselben Bedingungen vereinbart hätte, und dass der Zweck dieser Transaktion darin bestanden habe, Werte von Cephalon auf Teva als Gegenleistung für deren Verpflichtung zu übertragen, nicht unabhängig in den Markt für Modafinil einzutreten und nicht in einen Leistungswettbewerb mit Cephalon zu treten. Die Kommission war auch der Ansicht, dass andere von den Parteien vorgebrachte Erklärungen für die Transaktion nicht plausibel seien. Die Lizenz an den RGE von Teva habe somit eine ungerechtfertigte Wertübertragung auf Teva bedeutet, die dieses Unternehmen ohne die Vergleichsvereinbarung nicht hätte erhalten können.

64 Die Klägerinnen treten der Beurteilung der Kommission im angefochtenen Beschluss entgegen, wonach Cephalon zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichsvereinbarung die RGE von Teva nicht als ernsthafte Bedrohung angesehen und zuvor niemals das geringste Interesse an ihrem Erwerb gezeigt habe.

65 Es gebe wissenschaftliche Beweise dafür, dass die Modafinil-Erzeugnisse von Cephalon möglicherweise die US-Patentanmeldung von Teva für Modafinil „Form III“ (eine kristalline Form von Modafinil, die 2000 angemeldet und 2002 veröffentlicht wurde) verletzen.

66 Der Vizepräsident von Cephalon, Herr M., der auch für die weltweite chemische Forschung und Entwicklung zuständig gewesen sei, habe sich nämlich sogleich für die Anmeldungen von Teva bezüglich der Polymorphe von Modafinil interessiert, nachdem er von diesen Anmeldungen erfahren habe. In der Folge habe Cephalon bei der Crystallics BV eine Studie in Auftrag gegeben, die im März 2003 abgeschlossen worden sei, und 2004 die Ergebnisse einer von Professor C. von

der Universität Rouen (Frankreich) durchgeführten Studie sowie im Januar 2006 vorläufige Ergebnisse einer von der Solid State Chemical Information, Inc. (SSCI) durchgeführten Studie erhalten.

- 67 Mit diesen Studien habe Cephalon herausfinden wollen, ob ihre eigenen Verfahren die von Teva beanspruchten Polymorphe erzeugten und wie wahrscheinlich es sei, dass während des kommerziellen Herstellungsprozesses nennenswerte Rückstände der Form III verbleiben könnten.
- 68 Den Klägerinnen zufolge lieferten die von Cephalon von 1995 bis 2005 gesammelten wissenschaftlichen Beweise schrittweise Erkenntnisse, die das Risiko einer Patentverletzung aufzeigten.
- 69 Darüber hinaus weisen die Klägerinnen darauf hin, dass Cephalon ein Gutachten des Professors M. vom Massachusetts Institute of Technology (MIT) eingeholt habe, der zu dem Schluss gekommen sei, dass Cephalon Gefahr laufe, dass die Form III, die Gegenstand der Patentanträge von Teva sei, in ihrem Enderzeugnis nachgewiesen werden könne. Die Klägerinnen machen insbesondere Folgendes geltend:
- Teva hätte in jedem Gerichtsverfahren oder „Interferenzverfahren“ beim United States Patent and Trademark Office (Patent- und Markenamt der Vereinigten Staaten von Amerika), in dem ihre Patentrechte an der Form III angefochten worden wären, mit großer Wahrscheinlichkeit obsiegt, so dass die Kommission die geschäftliche Einschätzung, die Cephalon zur Vermeidung dieser Gefahr vorgenommen habe, nicht hätte in Frage stellen dürfen;
 - die Tatsache, dass Cephalon Provigil in den Vereinigten Staaten vor dem Prioritätsdatum der Patentanmeldung von Teva auf den Markt gebracht habe, habe das für Cephalon bestehende Risiko nicht gemindert, wie die Kommission fälschlicherweise behaupte;
 - die Feststellung der Kommission, es habe keine Verletzungsgefahr bestanden, weil Cephalon im Dezember 2005 in ihrem Endprodukt tatsächlich keine Form III vorgefunden habe, berücksichtige nicht den Stand der Technik;
 - was das Fehlen von Dokumenten betreffe, sei es in den Vereinigten Staaten üblich, bestehende Bedenken wegen einer möglichen Verletzung nicht zu dokumentieren, weil man befürchte, dass diese Dokumente im Streitverfahren verwendet werden könnten, um nicht nur die Verletzung, sondern darüber hinaus eine vorsätzliche Verletzung nachzuweisen, für die der Schadensersatz dreimal höher ausfallen könne;
 - die von Cephalon im Rahmen der Lizenzvereinbarung über die RGE von Teva zu zahlenden Lizenzgebühren seien angemessen gewesen und die Kommission habe das Gegenteil nicht bewiesen.
- 70 Die Kommission tritt dem Vorbringen der Klägerinnen entgegen.
- 71 Aus dem angefochtenen Beschluss geht hervor, dass sich die Kommission zur Untermauerung ihrer Feststellung, dass die Lizenz an den RGE von Teva eine ungerechtfertigte Wertübertragung zu deren Gunsten dargestellt habe (siehe oben, Rn. 63), insbesondere zum einen auf Beweise aus der Zeit des Abschlusses der Vergleichsvereinbarung gestützt hat, die belegten, dass Cephalon

sich durch die RGE von Teva nicht wirklich bedroht gefühlt und nie zuvor Interesse am Erwerb dieser Rechte gezeigt habe, und zum anderen darauf, dass Cephalon nicht mit der erforderlichen Sorgfalt vorgegangen sei.

- 72 Wie sich aus den Akten ergibt, wusste Cephalon seit 2002, dass Teva ein Patent für die Form III angemeldet hatte, dass im Enderzeugnis von Cephalon möglicherweise bestimmte Restmengen der Formen nachzuweisen waren, dass die Form III zwischen zwei Kristallen der Form I verschmelzen konnte (in diesem Fall spricht man von „Zwillingsbildung“ der Formen I und III von Modafinil) und dass die Form III patentfähig war. Gleichwohl gibt es keinen gewichtigen Anhaltspunkt dafür, dass sich Cephalon zum Zeitpunkt des Sachverhalts ernsthafte Sorgen wegen der möglichen Folgen der Patentanmeldung von Teva für Form III machte.
- 73 Cephalon wusste nämlich bereits seit 1999, dass Modafinil der Form III (laut den Studien von Lafon) während des Herstellungsprozesses entsteht, sich dann aber im weiteren Verlauf dieses Prozesses in Modafinil der Form I umwandelt.
- 74 Es trifft zwar zu, dass Cephalon nach Kenntnisnahme von der Patentanmeldung von Teva für Modafinil und vor Abschluss der Vergleichsvereinbarung Studien in Auftrag gegeben hatte.
- 75 Als Erstes wurde Crystallics aufgefordert, eine Studie durchzuführen, um den Einfluss der Bedingungen für die verschiedenen Polymorphe und die Steuerung des Prozesses besser zu verstehen. Das Ergebnis dieser Studie, die 2003 abgeschlossen wurde, machte deutlich, dass das erzeugte Modafinil unter den allermeisten Kristallisationsbedingungen eine Mischung aus den Formen I und III war.
- 76 Als Zweites erhielt Cephalon 2004 die Ergebnisse einer von Professor C. von der Universität Rouen durchgeführten Studie, die jedoch nicht von Cephalon in Auftrag gegeben worden war. Aus dieser Studie ging hervor, dass die Formen I und III von Modafinil einander sehr ähnlich waren und die beiden polymorphen Formen dazu neigten, als Zwillingskristalle zu wachsen.
- 77 Aus den Akten ergibt sich jedoch, dass diese Studien oder ihre Ergebnisse bei Cephalon keinen Anlass zu besonderer Besorgnis gaben.
- 78 Aus einer internen Präsentation aus dem Jahr 2003, in der Tevas Anmeldungen in Bezug auf die kristallinen Formen von Modafinil erwähnt werden, geht nämlich hervor, dass Cephalon davon ausging, dass es wahrscheinlich zu einem „Interferenzverfahren“ zwischen ihr und Teva kommen werde, sie selbst aber über die älteren Rechte verfügte, so dass kein Grund zur Sorge bestehe.
- 79 Ebenso erklärte Dr. H, der leitende Patentanwalt von Cephalon, in einer internen E-Mail vom August 2005, dass er die „Patentlandschaft“ in den Vereinigten Staaten und in Europa in Bezug auf Modafinil seit Langem gut kenne und dass es keinen Grund gebe, sich wegen „potenzieller Verletzungsprobleme“ Sorgen zu machen.
- 80 Was als Drittes die von der SSCI durchgeführte Studie betrifft, die Cephalon vor Abschluss der Vergleichsvereinbarung in Auftrag gegeben hatte, ist festzustellen, dass Cephalon die vorläufigen Ergebnisse erst nach Abschluss der Vergleichsvereinbarung, nämlich am 6. Januar 2006, erhalten hat. Folglich hatte Cephalon diese Ergebnisse beim Abschluss der Vergleichsvereinbarung nicht berücksichtigen können, um das Verletzungsrisiko einzuschätzen, so dass sie keine Rückschlüsse darauf zulassen, ob Cephalon ein Interesse an den RGE von Teva hatte.

- 81 Als Viertes gilt diese Feststellung auch für den 2018 erstellten M.-Bericht (d. h. das Gutachten von Professor M. vom MIT), den die Klägerinnen während des Verwaltungsverfahrens in Auftrag gegeben haben.
- 82 Das Argument der Klägerinnen, dass es sich um einen „allmählichen Lernprozess“ gehandelt habe, vermag ebenso wenig zu überzeugen wie das Argument, dass Cephalon „Ende des Jahres 2005“ sehr besorgt gewesen sei. Hierzu ist festzustellen, dass Cephalon zwischen 2003 und 2005 keinerlei Schritte gegenüber Teva unternommen hat, obwohl es ihr an dem dafür erforderlichen Wissen nicht mangelte. Daher kann die Entscheidung über die Patentierbarkeit, die das Patent- und Markenamt der Vereinigten Staaten von Amerika im September 2005 getroffen hatte, die behauptete plötzliche Besorgnis nicht erklären, wenn man berücksichtigt, dass Cephalon 2003 selbst versucht hatte, Modafinil der Form III patentieren zu lassen, was bestätigt, dass sie spätestens seit 2003 (siehe oben, Rn. 72) wusste, dass diese Form patentfähig war. Außerdem hatte Cephalon zum Zeitpunkt der Vergleichsvereinbarung keinerlei Spuren von polymorphem Modafinil der Form III entdeckt, weder in ihrem Modafinil-API noch im Enderzeugnis Provigil.
- 83 Darüber hinaus gibt es keinen schriftlichen Beweis für eine mögliche Besorgnis von Cephalon. Das Vorbringen der Klägerinnen, das Fehlen von Beweisen aus dem maßgeblichen Zeitraum lasse sich durch das amerikanische Verfahrensrecht erklären, muss zurückgewiesen werden.
- 84 In dieser Hinsicht wäre erstens ein Dokument, sofern es unter die Regel des „legal privilege“ fällt, geschützt gewesen und hätte vor US-amerikanischen Gerichten nicht offengelegt werden können.
- 85 Zweitens geht im Gegenteil aus den Akten hervor, dass einige Beweise aus dem maßgeblichen Zeitraum die Tatsache untermauern, dass Cephalon der Ansicht war, dass ihre Erzeugnisse die RGE von Teva nicht verletzen. Darüber hinaus ist mit der Kommission davon auszugehen, dass Cephalon, wenn sie tatsächlich ein Risiko der Verletzung der RGE von Teva gesehen hätte, etwas unternommen hätte, um dieser Gefahr zu begegnen, was sie aber nicht getan hat. Zudem hat Cephalon selbst zu dem Zeitpunkt, als Teva im Juli 2005 mit ihr Kontakt aufnahm, um über eine Lizenz für ihre RGE zu verhandeln, außerhalb des Rahmens der Vergleichsvereinbarung kein Interesse an einer solchen Lizenz bekundet.
- 86 Schließlich lässt sich der Umstand, dass Cephalon es in dieser Hinsicht an der gebotenen Sorgfalt fehlen ließ, erklären, wenn man davon ausgeht, dass die Cephalon erteilte Lizenz an den RGE von Teva in erster Linie darauf abzielte, Teva zu veranlassen, die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zu akzeptieren. Insbesondere geht aus dem Vorstehenden hervor, dass Cephalon außerhalb des Rahmens der Vergleichsvereinbarung kein echtes Interesse an einer Lizenz bekundet hatte. Darüber hinaus ist Cephalons Behauptung, sie sei sich der patentrechtlichen Situation in Bezug auf Modafinil sehr wohl bewusst gewesen, nicht überzeugend. Sie vermag nämlich nicht zu erklären, warum Cephalon dem Erwerb der Lizenz an den RGE von Teva zustimmte, ohne eine Bewertung der Höhe der zu zahlenden Lizenzgebühren vorzunehmen, und warum Cephalon einen erheblichen Teil dieser Lizenzgebühren sofort und bedingungslos zahlte, ohne sicher zu sein, dass das von Teva angemeldete Patent tatsächlich erteilt wird. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass in die Lizenzvereinbarung nicht einmal die üblichen Bestimmungen zum Schutz der Interessen von Cephalon aufgenommen wurden.

87 Daher ist festzustellen, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss zu Recht zu dem Ergebnis gelangt ist, dass sich die Höhe der Wertübertragung, die durch die Lizenz an den RGE von Teva bewirkt wurde, nur dadurch erklären lässt, dass diese Wertübertragung eine Gegenleistung für die Zustimmung von Teva zu den wettbewerbsbeschränkenden Klauseln darstellte.

2) Zur Vereinbarung über die Belieferung mit dem API von Modafinil

88 Gemäß Art. 2.4 der Vergleichsvereinbarung verpflichteten sich Teva und Cephalon zum Abschluss eines Liefervertrags, wonach einerseits Teva zwischen 2007 und 2011 eine jährliche Mindestmenge von 10 000 kg des API von Modafinil (d. h. insgesamt mindestens 50 000 kg) an Cephalon liefern und andererseits Cephalon im Gegenzug an Teva einen festen Mindestpreis zahlen sollte, der ausdrücklich so gestaltet war, dass er die ungefähren Herstellungskosten von Teva zuzüglich 30 % widerspiegeln sollte, d. h. einen Gesamtbetrag von 28 Mio. USD zwischen 2007 und 2011. Daher schlossen Teva – über ihre Tochtergesellschaft Plantex – und Cephalon am 7. November 2006 einen Vertrag, mit dem die in Art. 2.4 der Vergleichsvereinbarung genannten Bedingungen umgesetzt wurden (im Folgenden: Modafinil-API-Liefervertrag).

89 Im 781. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses stellte die Kommission fest, dass die Bedingungen des Modafinil-API-Liefervertrags für Teva eine für fünf Jahre garantierte stabile Einnahmequelle darstellten, die Teva nicht hätte erlangen können, ohne die in der Vergleichsvereinbarung enthaltenen Wettbewerbsverbots- und Nichtanfechtungsklauseln zu akzeptieren. In Bezug auf Cephalon kam die Kommission im angefochtenen Beschluss zu dem Ergebnis, dass Cephalon ohne diese Verpflichtungen nicht bereit gewesen wäre, den Modafinil-API-Liefervertrag zu schließen, weil dies angesichts ihrer damaligen Beschaffungs- und Nachfragesituation und der Bedingungen dieses Vertrags aus wirtschaftlicher Sicht nicht vernünftig gewesen wäre.

90 Die Klägerinnen treten der Schlussfolgerung der Kommission in Bezug auf Cephalon entgegen. Cephalon sei hinsichtlich des API von Modafinil dem Risiko einer Unterversorgung ausgesetzt gewesen, was auch aus den Dokumenten aus der Zeit des Sachverhalts, wie der E-Mail vom 29. Dezember 2005, hervorgehe. Darüber hinaus werfen die Klägerinnen der Kommission vor, ihren Beschluss auf eine selektive und unausgewogene Prüfung der Akten hinsichtlich der Beschaffungskapazität von Cephalon und der mit Teva vereinbarten Preisbedingungen gestützt zu haben.

91 In diesem Zusammenhang erläutern die Klägerinnen, dass Cephalon Ende November 2005 nach der Ankündigung der Food and Drug Administration (FDA, Behörde für Lebens- und Arzneimittel der Vereinigten Staaten), dass Sparlon wahrscheinlich zugelassen werde, ihre internen Schätzungen des Bedarfs am API von Modafinil für die Herstellung ihrer Medikamente Provigil, Nuvigil und Sparlon – wobei die Einführung der beiden letztgenannten Arzneimittel in naher Zukunft geplant war – von 96 000 kg auf 138 500 bzw. 148 000 kg angehoben habe, als die Beschaffungskapazität wenig Spielraum gelassen habe, um auf eine steigende Nachfrage oder eine unerwartete Produktionsverringerung zu reagieren. Insoweit weisen die Klägerinnen darauf hin, dass eine der beiden Fabriken von Cephalon in Mitry-Mory (Frankreich) (nämlich die Fabrik C-1) alt gewesen sei und die andere (nämlich die Fabrik C-2) zwar neu gewesen sei, aber noch einer behördlichen Genehmigung bedürftig sei, und dass es außerdem zweifelhaft gewesen sei, ob ihr externer Lieferant, Helsinn, in der Lage sein würde, seine Produktion zu erhöhen.

- 92 Der umsichtigste und sicherste Weg, der Gefahr einer unzureichenden Beschaffung zu begegnen, sei daher der Abschluss eines Vertrags mit Teva gewesen. Laut Cephalon war Teva ein logischer Partner, weil dieses Unternehmen aufgrund seiner eigenen Bemühungen, auf Modafinil basierende Erzeugnisse auf den Markt zu bringen, über eine hohe Produktionskapazität für Modafinil verfügt habe. Außerdem habe die im Rahmen dieses Vertrags zu zahlende Gesamtsumme nur einen kleinen Bruchteil der Verluste ausgemacht, die Cephalon im Fall einer unzureichenden Belieferung mit dem API erlitten hätte.
- 93 Die Kommission tritt dem Vorbringen der Klägerinnen entgegen.
- 94 Erstens ist festzustellen, dass die Klägerinnen das Interesse von Teva nicht in Frage stellen und dass ihre Kritik nur das Interesse betrifft, das Cephalon am Abschluss des Liefervertrags gehabt haben soll.
- 95 Zweitens kann das Vorbringen, die Kommission habe die kommerzielle Einschätzung von Cephalon in Frage gestellt oder eine selektive und unausgewogene Prüfung der Akten vorgenommen, keinen Erfolg haben. Hierzu ist festzustellen, dass die Kommission ihre Schlussfolgerung im angefochtenen Beschluss auf Dokumente aus der Zeit des Sachverhalts gestützt hat, die größtenteils von Cephalon selbst stammten. Im Anschluss daran hat sich die Kommission darauf beschränkt, die Plausibilität der Behauptungen der Klägerinnen anhand der aus den Beweisen hervorgehenden Fakten zu überprüfen.
- 96 Aus diesen Beweisen geht indessen hervor, dass die geschätzte Beschaffungskapazität von Cephalon ab 2007 tatsächlich ausreichte, um die von ihr prognostizierte Nachfrage zu befriedigen.
- 97 In dieser Hinsicht bestand die Lieferkette von Cephalon offenbar aus ihren Fabriken in Mitry-Mory, nämlich der bestehenden Fabrik C-1 und der neuen Fabrik C-2, sowie einem externen Lieferanten, Helsinn (siehe oben, Rn. 91).
- 98 Aus den Unterlagen von Cephalon aus dieser Zeit geht hervor, dass dieses Unternehmen seinen Bedarf am API von Modafinil Ende 2005 wie folgt veranschlagte:
- für das Jahr 2006 zwischen 115 000 und 148 000 kg, während es insgesamt auf rund 146 000 kg zurückgreifen konnte (d. h. 37 000 kg aus der Fabrik C-1, 29 400 kg aus der Fabrik C-2 und 80 000 kg von seinem Lieferanten Helsinn);
 - für das Jahr 2007 zwischen 117 000 und 146 000 kg, während es insgesamt auf rund 230 000 kg zurückgreifen konnte (d. h. 37 000 kg aus der Fabrik C-1, 74 000 kg aus der Fabrik C-2 und 120 000 kg von seinem Lieferanten Helsinn);
 - für das Jahr 2008 zwischen 137 000 und 160 000 kg, während es insgesamt auf rund 230 000 kg zurückgreifen konnte (d. h. 37 000 kg aus der Fabrik C-1, 74 000 kg aus der Fabrik C-2 und 120 000 kg von seinem Lieferanten Helsinn).
- 99 Aus diesen Zahlen lässt sich für die Jahre 2007 und 2008 ableiten, dass die prognostizierte Beschaffungskapazität von Cephalon die prognostizierte Nachfrage übertraf und sich die Frage einer langfristigen Unterversorgung somit nicht stellte. Folglich durfte die Kommission zu Recht davon ausgehen, dass die Besorgnis über eine Unterversorgung keine plausible Erklärung für den Abschluss des Vertrags durch Cephalon war.

- 100 Außerdem enthalten die Akten keinerlei Anzeichen dafür, dass Cephalon sich Sorgen wegen einer möglichen Unterkapazität bei der langfristigen Beschaffung des API von Modafinil machte.
- 101 Zwar ergibt sich aus einer E-Mail vom 29. Dezember 2005, auf die sich die Klägerinnen berufen, dass es Besorgnisse hinsichtlich der Beschaffung gab. Diese Besorgnisse bezogen sich jedoch nur auf den Beginn des Jahres 2006 und nicht auf den Zeitraum danach. Daher konnte der mit Teva geschlossene Modafinil-API-Liefervertrag für 2006 keine Abhilfe schaffen, weil er die Lieferung für den Zeitraum von 2007 bis 2011 betraf. Darüber hinaus geht aus dieser E-Mail hervor, dass für die erste Hälfte des Jahres 2006 eine interne Lösung des aufgezeigten Problems zur Verfügung stand, nämlich eine Verlangsamung oder Einstellung der Produktion von R-Modafinil (d. h. des API von Nuvigil) für zwei bis drei Monate, um einen gewissen Vorrat an Modafinil anzulegen, der für einen möglichen Anstieg der Nachfrage nach Provigil und für einen möglichen Anstieg der Verkaufsprognosen für Sparlon nach dessen Markteinführung ausreichen würde.
- 102 Im Übrigen stammt die E-Mail vom 29. Dezember 2005 aus der Zeit nach der Unterzeichnung der Vergleichsvereinbarung. Wenn es eine echte Besorgnis über ein mögliches langfristiges Unterversorgungsproblem gegeben hätte, wäre dies in der besagten E-Mail erwähnt worden, ebenso wie die Wahl von Teva als neuer Bezugsquelle.
- 103 Was die von den Klägerinnen beanstandete Analyse der zwischen Cephalon und Teva vereinbarten Preisgestaltung betrifft (Erwägungsgründe 404 bis 407, 749, 750 und 765 des angefochtenen Beschlusses), genügt die Feststellung, dass aus dem Vorstehenden hervorgeht, dass der Abschluss des Modafinil-API-Liefervertrags durch Cephalon nicht durch echte Bedenken wegen einer langfristigen Unterversorgung mit dem API von Modafinil motiviert war. Da die Argumente bezüglich der Preisgestaltung auf der Prämisse beruhen, Cephalon habe zu Recht eine zusätzliche Bezugsquelle gesucht, um sich vor dem Risiko einer Verknappung zu schützen, können diese als ins Leere gehend zurückgewiesen werden.
- 104 Jedenfalls ergibt sich aus der von der Kommission im angefochtenen Beschluss vorgenommenen Analyse, die sich auf die in den Akten enthaltenen Beweise stützt, dass die im Modafinil-API-Liefervertrag festgelegten Preise für diesen Wirkstoff 100 bis 300 % höher waren als die an Helsinn gezahlten Preise oder die internen Preise, die Cephalon bei Nutzung ihrer eigenen Produktionsanlagen in Mitry-Mory gezahlt hätte. Desgleichen waren die Preise von Teva noch höher als die von Helsinn in ihren Alternativvorschlägen für eine mögliche neue Liefervereinbarung für den API von Modafinil oder die von anderen alternativen Anbietern angebotenen Preise. Darüber hinaus stellte der Modafinil-API-Liefervertrag, so wie er abgeschlossen wurde, für Cephalon eine unflexible „Take or pay“-Verpflichtung dar, mit der sie sich verpflichtete, feste Mengen des API von Modafinil zu einem Zeitpunkt zu kaufen, zu dem die künftige Nachfrage nach ihren auf Modafinil basierenden Arzneimittelkandidaten (d. h. Nuvigil und Sparlon) ungewiss war, weil Cephalon noch nicht über die behördlichen Zulassungen verfügte.
- 105 Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Kommission, ohne einen Fehler zu begehen, davon ausgehen durfte, dass die von Cephalon angeführten Gründe für den Abschluss des Modafinil-API-Liefervertrags weder dem umsichtigsten noch dem sichersten Weg entsprachen, um der Gefahr einer unzureichenden Beschaffung zu begegnen.
- 106 Aus dem Vorstehenden folgt auch, dass die Kommission zu Recht den Schluss ziehen durfte, dass der Modafinil-API-Liefervertrag dazu beigetragen hatte, Teva zu veranlassen, die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zu akzeptieren.

3) Zur CEP-1347-Vereinbarung

- 107 Gemäß Art. 2.3 der Vergleichsvereinbarung gewährte Cephalon Teva gegen Zahlung von 1 Mio. USD eine Lizenz zur Nutzung der klinischen und Sicherheitsdaten, die Cephalon im Rahmen von Studien zur Behandlung der Parkinson-Krankheit mitentwickelt hatte (im Folgenden: CEP-1347-Daten) und die Teva für die kommerzielle Einführung ihres (in keinem Zusammenhang mit Modafinil stehenden) Arzneimittels Azilect benötigte.
- 108 Im 810. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses hat die Kommission festgestellt, dass der Zugang zu den CEP-1347-Daten von Cephalon für Teva sehr wertvoll gewesen sei, weil er die Markteinführung ihres Arzneimittels Azilect habe beschleunigen können, das erhebliche zusätzliche Umsätze und Gewinne für Teva habe erwarten lassen. In Bezug auf Cephalon hat die Kommission festgestellt, dass dieses Unternehmen den Preis für die Gewährung des Zugangs zu den CEP-1347-Daten nicht unabhängig bewertet oder ausgehandelt habe, sondern diese Daten bei den Verhandlungen über die Vergleichsvereinbarung als Druckmittel eingesetzt habe, indem es sich geweigert habe, eine Lizenz vor Abschluss dieser Vereinbarung zu erteilen. Daher hat die Kommission im 811. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses die Annahme, dass Cephalon den Zugang zu den CEP-1347-Daten im Dezember 2005 auch ohne die in der Vergleichsvereinbarung enthaltenen Wettbewerbsverbote und Nichtanfechtungsverpflichtungen gewährt hätte, zumindest aber die Annahme, dass sie diesen Zugang auch zu denselben Bedingungen gewährt hätte, für nicht plausibel gehalten. Aus diesem Grund hat die Kommission festgestellt, dass die CEP-1347-Vereinbarung eine ungerechtfertigte Wertübertragung darstelle, die dazu beigetragen habe, Teva zu veranlassen, diese Verpflichtungen im breiteren Kontext der Vergleichsvereinbarung einzugehen.
- 109 Die Klägerinnen machen geltend, dass die CEP-1347-Vereinbarung nicht zu einer ungerechtfertigten Wertübertragung beigetragen oder gar als rechtswidrige umgekehrte Zahlung gedient habe, weil Cephalon die CEP-1347-Daten zum Marktpreis überlassen habe.
- 110 Die Klägerinnen beanstanden auch die von der Kommission im 789. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses vorgenommene Berechnung, wonach eine einjährige Verzögerung der kommerziellen Einführung des Arzneimittels Azilect für Teva zu einem Umsatzverlust in der Größenordnung von 200 Mio. USD geführt hätte. Hierzu tragen die Klägerinnen in der Erwiderung vor, dass diese Schätzung überhöht sei, weil sich die Kommission auf eine falsche Auslegung des Regulierungsprozesses in den Vereinigten Staaten stütze. Die Kommission gehe zu Unrecht davon aus, dass Teva durch eine Verzögerung der Zulassung von Azilect durch die FDA ein Jahr ihrer Exklusivrechte an Azilect verloren hätte und ihr somit ein Jahr lang Einnahmen entgangen wären.
- 111 Die Kommission tritt dem Vorbringen der Klägerinnen entgegen.
- 112 Es steht fest, dass Teva an Cephalon herangetreten war, um das Recht zu erhalten, die CEP-1347-Daten zu verwenden. In diesem Zusammenhang ist unstrittig, dass Teva diese Daten benötigte, um 2006 die behördlichen Zulassungen in den Vereinigten Staaten, Kanada und Australien für ihr innovatives Medikament Rasagilin, ein Äquivalent zu Azilect, zu erhalten. Im Jahr 2005 lief nämlich das von Teva bei der FDA eingeleitete Verfahren über die endgültige Genehmigung des Inverkehrbringens von Azilect. Im Zusammenhang mit diesem Verfahren hatte die FDA Fragen zum Nebenwirkungsprofil von Azilect gestellt und die Durchführung weiterer dermatologischer Tests gefordert. Zu diesem Zweck war für den 7. Dezember 2005 ein

Treffen zwischen der FDA und Teva angesetzt. Da Teva nicht in der Lage war, die genannten Tests vor diesem Datum durchzuführen, und da sie erfahren hatte, dass Cephalon über Daten verfügte, die für sie wichtig sein könnten, nahm sie wiederholt Kontakt zu Cephalon auf.

- 113 Darüber hinaus geht aus den Beweisen hervor, dass Cephalon Kenntnis von Tevas Bedarf hatte und dass Teva die CEP-1347-Daten von Cephalon sowohl für das geplante Treffen mit der FDA als auch für die Zulassung von Azilect in Australien als „sehr nützlich“ und „entscheidend“ einschätzte.
- 114 Unstreitig ist auch, dass Cephalon sich weigerte, Teva diese Daten zur Verfügung zu stellen, und zwar wegen der zwischen ihnen anhängigen Patentstreitigkeiten.
- 115 Hierzu hat Teva erklärt, dass „Cephalon offenbar unwiderruflich beschlossen hatte, [ihr] keine Daten für ihr Treffen mit der FDA zur Verfügung zu stellen, solange [sie] und Cephalon nicht alle anhängigen Rechtsstreitigkeiten und andere Angelegenheiten im Zusammenhang mit Modafinil vollständig und endgültig beigelegt haben“.
- 116 Wie die Kommission im angefochtenen Beschluss zu Recht festgestellt hat, weist dies darauf hin, dass Cephalon die Übermittlung der CEP-1347-Daten an Teva von der Beilegung des anhängigen Patentstreits abhängig gemacht hatte, für den das Wettbewerbsverbot und die Nichtanfechtungsverpflichtung von entscheidender Bedeutung waren.
- 117 Hinsichtlich der von der Kommission im 789. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses vorgenommenen Berechnung ist festzustellen, dass diese auf einem internen Dokument von Teva aus der Zeit des Sachverhalts beruht, das die von Teva für die Jahre 2006 bis 2009 erstellten Prognosen für den Verkauf von Azilect enthält. Auf der Grundlage dieser Schätzungen lässt sich der entgangene Gewinn im Fall einer verzögerten Markteinführung von Azilect leicht berechnen, wie sich aus dem angefochtenen Beschluss und den ergänzenden Erläuterungen der Kommission in ihren Schriftsätzen ergibt. Daraus geht hervor, dass eine solche Verzögerung zu einem Einnahmeverlust in der Größenordnung von 200 Mio. USD geführt hätte und selbst eine Verzögerung von einer Woche nicht ohne unerhebliche Folgen geblieben wäre. Dies weist darauf hin, dass es für Teva wichtig war, so schnell wie möglich Zugang zu den CEP-1347-Daten zu erhalten.
- 118 Das erstmals in der Erwiderung vorgebrachte Argument, die Kommission habe den amerikanischen Rechtsrahmen falsch verstanden, ist als unbegründet zurückzuweisen, ohne dass seine Zulässigkeit nach Art. 84 Abs.1 der Verfahrensordnung des Gerichts geprüft zu werden braucht.
- 119 Abgesehen davon, dass nichts darauf hindeutet, dass die Kommission den US-amerikanischen Rechtsrahmen nicht verstanden hätte, geht aus diesem Rahmen nämlich eindeutig hervor, dass ein Patent eine begrenzte Gültigkeitsdauer hat und eine Schutzfristverlängerung nur einmal gewährt werden kann. Im vorliegenden Fall muss die Sichtweise von Teva zum Zeitpunkt der Ereignisse berücksichtigt werden. Da sie bereits 1994 ein Patent für Rasagilin (den API von Azilect) beantragt hatte, war ihr bewusst, dass das Exklusivrecht zeitlich begrenzt war und dass die Dauer der für die Zulassung des Arzneimittels Azilect erforderlichen Verfahren die Dauer dieses Schutzes verkürzen konnte. Für sie war es daher entscheidend, so früh wie möglich über die notwendigen Daten zu verfügen, um die Zulassung durch die FDA zu erhalten.

120 Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Kommission zu Recht davon ausgehen durfte, dass die CEP-1347-Vereinbarung dazu beigetragen hat, Teva zu veranlassen, den wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zuzustimmen.

4) Zur Vertriebsvereinbarung im Vereinigten Königreich

121 Gemäß Art. 2.6 der Vergleichsvereinbarung verpflichtete sich Cephalon erstens, die Tochtergesellschaft von Teva im Vereinigten Königreich für einen Zeitraum von fünf Jahren zur Alleinvertriebshändlerin für alle ihre auf Modafinil basierenden Erzeugnisse im Vereinigten Königreich zu ernennen und ihr eine Vertriebsmarge von 20 % einzuräumen, sowie zweitens, eine einmalige Zahlung von 2,5 Mio. Euro an Teva zu leisten, sobald dieses Unternehmen die Modafinil-Erzeugnisse von Cephalon auf den Markt bringt.

122 Im 946. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses hat die Kommission festgestellt, dass die Vertriebsvereinbarung für Teva wertvoll gewesen sei, weil Teva im Rahmen dieser Vereinbarung erwartet habe, aus ihrer Ernennung zur Alleinvertriebshändlerin im Vereinigten Königreich einen Gewinn in Höhe von mindestens 10,5 Mio. Euro zu erhalten (d. h. eine Einmalzahlung in Höhe von 2,5 Mio. Euro und 8 Mio. Euro Provision als Vertriebshändlerin), einen Gewinn, den sie unter normalen Marktbedingungen ohne die Vergleichsvereinbarung nicht hätte erzielen können, zumindest nicht in voller Höhe. Nach Auffassung der Kommission geht aus den Fakten auch klar hervor, dass es für diese Transaktion aus der Sicht von Cephalon keine andere plausible Erklärung gibt als die, Teva zum Abschluss der Vergleichsvereinbarung zu bewegen. Als solche habe die Transaktion daher zu der ungerechtfertigten Wertübertragung beigetragen, die eine Gegenleistung für Teva dargestellt habe, damit sie die Verpflichtungen im breiteren Kontext der Vergleichsvereinbarung eingehe.

123 Die Klägerinnen treten den im angefochtenen Beschluss hierzu getroffenen Feststellungen entgegen.

124 Im Anschluss an ihren Hinweis, dass Cephalon und Novartis Ende 2005 beschlossen hätten, ihre Vertriebsvereinbarung nicht zu verlängern, was zur Folge gehabt habe, dass Cephalon einen neuen Vertriebspartner für ihre auf Modafinil basierenden Erzeugnisse im Vereinigten Königreich benötigt habe, machen die Klägerinnen geltend, dass Teva, die bereits mit dem Vertrieb ihres generischen Modafinil-Erzeugnisses im Vereinigten Königreich begonnen habe, eine naheliegende Wahl gewesen sei. Dem Einwand der Kommission, dass es sich um eine Wettbewerberin gehandelt habe, mit dem die Vertriebsvereinbarung geschlossen worden sei, halten die Klägerinnen entgegen, dass die Parteien nach ihrer Entscheidung, eine Vergleichsvereinbarung zu schließen, keine Wettbewerberinnen mehr gewesen seien.

125 Was die Geschäftsbedingungen der Vertriebsvereinbarung im Vereinigten Königreich betrifft, machen die Klägerinnen geltend, dass diese angemessen gewesen seien. Insoweit werfen sie der Kommission vor, sich auf den Betrag von 2,5 Mio. Euro als Startprovision konzentriert und betont zu haben, dass die Parteien zehn Jahre später nicht mehr in der Lage gewesen seien, detaillierte Buchhaltungsinformationen vorzulegen. Darüber hinaus sei die Behauptung der Kommission, Cephalon habe als Gegenleistung für die Einmalzahlung keinen Wert erhalten, falsch. Hätte sich Cephalon beispielsweise bereit erklärt, die 2,5 Mio. Euro in die laufende Provision einzubeziehen und damit die Provision von Teva von 20 % auf 25 % zu erhöhen, wäre den Akten nämlich nichts zu entnehmen, aus dem die Kommission hätte ableiten können, dass

diese Provision unangemessen gewesen sei. Wie aus der Vergleichsvereinbarung hervorgehe, habe Cephalon der Vorauszahlung zugestimmt, „um den Kosten und Aufwendungen für die Vorbereitung der Markteinführung durch Teva Rechnung zu tragen“.

- 126 Die Kommission tritt dem Vorbringen der Klägerinnen entgegen.
- 127 Im Rahmen der Prüfung des ersten Teils des vorliegenden Klagegrundes (siehe oben, Rn. 45) hat das Gericht darauf hingewiesen, dass die Kommission, um festzustellen, ob eine der zwischen den Parteien im Rahmen der Vergleichsvereinbarung geschlossenen Transaktionen tatsächlich die Gegenleistung dafür war, dass Teva die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln akzeptierte, oder ob es für diese Transaktion eine andere Erklärung gibt, der Frage nachgehen musste, ob die Parteien diese Transaktion auch ohne diese Klauseln vorgenommen bzw. zu denselben Bedingungen vereinbart hätten.
- 128 Im vorliegenden Fall hatte Teva, wie die Kommission im angefochtenen Beschluss zu Recht festgestellt hat, zum damaligen Zeitpunkt ihr generisches Modafinil-Erzeugnis bereits im Vereinigten Königreich auf den Markt gebracht und war daher eine direkte Wettbewerberin von Cephalon auf diesem Markt, was sie ohne die Vergleichsvereinbarung und die darin enthaltene Vertriebsvereinbarung im Vereinigten Königreich auch weiterhin geblieben wäre. Diese Feststellung haben die Klägerinnen nicht in Frage gestellt.
- 129 Unter diesen Umständen durfte die Kommission im 930. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses zu dem Ergebnis gelangen, dass „die Auslagerung des Vertriebs von Modafinil-Erzeugnissen [von Cephalon] an die größte Rivalin auf dem Markt zu einem Interessenkonflikt führen würde“ und dass es „[o]hne Tevas Wettbewerbsverbots- und Nichtanfechtungsklauseln, die Tevas unabhängige Modafinil-Aktivitäten weltweit (einschließlich des Vereinigten Königreichs) effektiv beende[te]n, ... für Cephalon wirtschaftlich nicht sinnvoll [gewesen] wäre, den Vertrieb [ihrer] Modafinil-Erzeugnisse an Teva, die engste Wettbewerberin und Rivalin auf dem Markt für Modafinil im Vereinigten Königreich, zu vergeben.“
- 130 In dieser Hinsicht ist das Argument der Klägerinnen, dass sie keine Wettbewerberinnen mehr gewesen seien, nachdem sie sich für den Abschluss der Vergleichsvereinbarung entschieden hätten, und dass ihre Interessen daher übereingestimmt hätten, nicht stichhaltig. Die Vertriebsvereinbarung ist nämlich Teil der Vergleichsvereinbarung und wurde in deren Kontext geschlossen. Der Argumentation der Klägerinnen zu folgen liefe jedoch darauf hinaus, dass die Kommission nicht prüfen könnte, ob eine geschäftliche Transaktion wie eine Vertriebsvereinbarung zumindest teilweise eine Gegenleistung für die Einwilligung in Wettbewerbsverbote darstellt, die in einer Vergleichsvereinbarung enthalten sind, wenn diese Transaktion Teil dieser Vergleichsvereinbarung war. Diese Argumentation steht auch im Widerspruch zum Urteil vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52). In den Rn. 90 und 91 jenes Urteils hat der Gerichtshof festgestellt, dass es wichtig ist, die Gesamtheit der Wertübertragungen monetärer oder nicht monetärer Art zwischen den Parteien zu berücksichtigen, was auch die Berücksichtigung mittelbarer Übertragungen umfassen kann, die sich z. B. aus Gewinnen ergeben, die der Generikahersteller aus einem mit dem Hersteller des Originalpräparats geschlossenen Vertriebsvertrag zieht, der es ihm ermöglicht, vom Hersteller des Originalpräparats hergestellte Generika zu verkaufen, und sei es auch in begrenzter Menge.
- 131 Daher war die Kommission, wie sie zu Recht geltend gemacht hat, verpflichtet zu prüfen, ob die Parteien die Vertriebsvereinbarung im Vereinigten Königreich auch ohne das Wettbewerbsverbot und die Nichtanfechtungsverpflichtung geschlossen hätten.

- 132 Da die Klägerinnen die Feststellung, dass Teva ohne solche Verpflichtungen die engste Wettbewerberin von Cephalon auf dem Markt für Modafinil im Vereinigten Königreich geblieben wäre, nicht bestreiten, ist mit der Kommission festzustellen, dass es höchst unwahrscheinlich ist, dass Cephalon ohne die Vergleichsvereinbarung ihre engste Wettbewerberin Teva als ihre Alleinvertriebshändlerin im Vereinigten Königreich ausgewählt hätte.
- 133 Mit anderen Worten hat Teva die in Rede stehende Vertriebsvereinbarung mit Cephalon, die ihr mindestens 8 Mio. Euro Provision pro Jahr einbringen sollte, nur deshalb abschließen können, weil sie die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln akzeptiert hatte.
- 134 Folglich hat die Kommission fehlerfrei festgestellt, dass die Vertriebsvereinbarung dazu beigetragen hat, das Ausmaß der Wertübertragung zu erhöhen, die insgesamt durch die Vergleichsvereinbarung bewirkt wurde, um Teva eine Gegenleistung zu bieten, die ausreichte, sie zur Zustimmung zu den wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zu veranlassen.
- 135 Diese Feststellung wird auch durch interne, die Vergleichsvereinbarung betreffende Dokumente von Cephalon bestätigt, die im 944. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses erwähnt werden und in denen es heißt, dass „die Gegenleistung im Vereinigten Königreich ... eine Vertriebs- und Liefervereinbarung [umfasst]“ (internes Dokument vom 8. Dezember 2005), und dass im „Vereinigten Königreich ... Teva Provigil vertreiben und im Gegenzug ein generisches Modafinil nicht vor 2012 auf den Markt bringen [wird]“ (internes Dokument von Mitte 2006).
- 136 Sodann ist zu der in der Vertriebsvereinbarung festgelegten Einmalzahlung in Höhe von 2,5 Mio. Euro festzustellen, dass diese Zahlung gemäß Art. 2.6 Buchst. a Ziff. i der Vergleichsvereinbarung dazu bestimmt war, den Aufwendungen und Kosten von Teva für die Vorbereitung der Markteinführung des auf Modafinil basierenden Erzeugnisses von Cephalon im Vereinigten Königreich sowie der Lizenz an den RGE Rechnung zu tragen.
- 137 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss nicht die für Teva vorgesehene Provision in Höhe von 20 % des Verkaufspreises der auf Modafinil basierenden Erzeugnisse im Vereinigten Königreich, sondern nur die Einmalzahlung in Frage stellt. Nach Ansicht der Kommission erhielt Cephalon als Gegenleistung für die Einmalzahlung weder einen Wert noch einen wirtschaftlichen Vorteil.
- 138 Als Erstes ist festzustellen, dass die Einmalzahlung unstreitig nur Kosten und Aufwendungen betrifft, die Teva entstanden sein sollen. Im Verwaltungsverfahren haben die Klägerinnen eingeräumt, dass diese Zahlung nicht als Gegenleistung für eine Lizenz an den RGE erfolgte, obwohl dies in Art. 2.6 Buchst. a Ziff. i der Vergleichsvereinbarung als einer der Gründe für die Einmalzahlung angeführt wird.
- 139 Als Zweites ist festzustellen, dass die Beweise aus der Zeit des Sachverhalts nichts darüber aussagen, wie die Parteien die von Cephalon auszugleichenden „Kosten und Aufwendungen von Teva im Zusammenhang mit der Vorbereitung und/oder Einführung des Modafinil-Erzeugnisses von Cephalon“ und die genaue Höhe dieser Kosten ermittelt haben, oder welche Dienste Cephalon von Teva hätte erwarten können.
- 140 Aus dem angefochtenen Beschluss geht nämlich hervor, dass die Kommission die Klägerinnen während des Verwaltungsverfahrens wiederholt aufgefordert hat, den Grund für die Einmalzahlung zu erläutern. Die Klägerinnen waren jedoch zu keiner Zeit in der Lage, die Dienste zu benennen, die Cephalon als Gegenleistung für die Einmalzahlung erhalten haben soll,

oder zu erläutern, wie der Betrag dieser Zahlung berechnet wurde, oder auch nur nachzuweisen, dass Cephalon bei der Aushandlung der Vergleichsvereinbarung um nähere Angaben zu den von Teva getragenen Kosten gebeten hatte.

- 141 Wie die Kommission geltend gemacht hat, bestätigt das Vertriebsmodell von Teva im Vereinigten Königreich, dass Teva im Zusammenhang mit der Einführung der auf Modafinil basierenden Erzeugnisse von Cephalon weder Dienste für Cephalon erbracht noch die Kosten für diese Einführung getragen hat. Die Aufgaben von Teva als Vertriebshändlerin im Rahmen der Vertriebsvereinbarung beschränkten sich nämlich darauf, Bestellungen von Kunden entgegenzunehmen, Bestellungen bei Cephalon aufzugeben, die Erzeugnisse von Cephalon entgegenzunehmen, diese zu lagern und vorrätig zu halten sowie den Transport zu den Kunden zu gewährleisten. Alle anderen Aufgaben, wie der Transport der Erzeugnisse zum Lager von Teva, ihre Verpackung sowie Marketing-, Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen, wurden von Cephalon durchgeführt.
- 142 Die Kommission durfte daher zu Recht feststellen, dass die in Rede stehende Vereinbarung zu der ungerechtfertigten Wertübertragung beigetragen hatte.

5) Zu den Zahlungen zur Vermeidung von Kosten für Rechtsstreitigkeiten

- 143 Art. 2.5 der Vergleichsvereinbarung sieht die Verpflichtung von Cephalon vor, zwei Zahlungen an Teva zu leisten, um den Einsparungen Rechnung zu tragen, die Cephalon (durch die Vermeidung von Kosten, Zeit- und Ressourcenverlusten usw.) infolge der Beendigung der anhängigen Rechtsstreitigkeiten im Vereinigten Königreich und der Vermeidung möglicher Rechtsstreitigkeiten zwischen den beiden Parteien über Modafinil auf anderen Märkten erzielt hat, nämlich:
- eine Zahlung von 2,1 Mio. GBP (ca. 3,07 Mio. Euro) zur Beendigung des laufenden Rechtsstreits im Vereinigten Königreich (Art. 2.5 Buchst. b der Vergleichsvereinbarung);
 - eine Zahlung von 2,5 Mio. Euro, um mögliche künftige Patent- oder andere Rechtsstreitigkeiten auf europäischen Märkten und anderen Märkten außerhalb der Vereinigten Staaten oder des Vereinigten Königreichs zu verhindern (Art. 2.5 Buchst. c der Vergleichsvereinbarung).
- 144 Gemäß Art. 2.5 Buchst. b der Vergleichsvereinbarung trug diese Zahlung der Notwendigkeit Rechnung, die künftigen Kosten zu vermeiden, die Cephalon andernfalls hätte tragen müssen und die sie somit hat einsparen können, nämlich „Kosten, Zeit- und Ressourcenaufwand, Störungen und Belastungen im Zusammenhang mit einer Fortsetzung solcher Rechtsstreitigkeiten im Vereinigten Königreich“.
- 145 Gemäß Art. 4.2 der Vergleichsvereinbarung trugen Cephalon und Teva ihre eigenen Kosten im Zusammenhang mit der Beilegung des Rechtsstreits im Vereinigten Königreich.
- 146 Aus diesem Grund hat die Kommission im angefochtenen Beschluss festgestellt, dass die Vergleichsvereinbarung keine Entschädigung für die Teva tatsächlich entstandenen Prozesskosten vorgesehen habe. Die Zahlungen in Höhe von 5,57 Mio. Euro hätten dazu gedient, einen Rechtsstreit in Großbritannien zu beenden und künftige Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien auf anderen Märkten außerhalb der Vereinigten Staaten und des Vereinigten

Königreichs zu verhindern. Die Kommission hat daher in den Erwägungsgründen 898 und 899 des angefochtenen Beschlusses festgestellt, dass diese beiden Zahlungen zu einer ungerechtfertigten Wertübertragung zugunsten von Teva beigetragen hätten.

- 147 Die Klägerinnen machen geltend, dass der Gerichtshof im Urteil vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52), an keiner Stelle festgestellt habe, dass tatsächlich zur Vermeidung von Kosten für Rechtsstreitigkeiten erbrachte Zahlungen nicht zulässig seien.
- 148 Darüber hinaus verweisen sie auf die Gerichte des Vereinigten Königreichs und der Vereinigten Staaten, die Zahlungen zur Vermeidung von Prozesskosten anerkannt hätten.
- 149 Die Kommission tritt dem Vorbringen der Klägerinnen entgegen.
- 150 In Rn. 86 des Urteils vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52), hat der Gerichtshof befunden, dass im Rahmen einer Vergleichsvereinbarung eine Übertragung von Geldbeträgen, mit denen tatsächlich Kosten oder Unannehmlichkeiten im Zusammenhang mit dem Rechtsstreit zwischen den Parteien ausgeglichen werden, gerechtfertigt sein kann. Der Gerichtshof hat in diesem Urteil jedoch nicht entschieden, dass diese Rechtfertigung auch für alle Kosten möglicher künftiger Gerichtsverfahren gelten kann.
- 151 Im vorliegenden Fall steht fest, dass Teva den von Cephalon gezahlten Betrag in Höhe von 5,57 Mio. Euro ohne jegliche Gegenleistung erhalten hat.
- 152 Außerdem stehen die Zahlungen dieses Betrags in keinem Zusammenhang mit von Teva getragenen Kosten.
- 153 In dieser Hinsicht ist unstreitig, dass die Klägerinnen vereinbart haben, jeweils ihre eigenen Kosten zu tragen (siehe oben, Rn. 145).
- 154 Ebenso wären sowohl Cephalon als auch Teva zusätzliche Prozesskosten entstanden, wenn sie ihre Verfahren im Vereinigten Königreich fortgesetzt oder neue Verfahren vor anderen Gerichten angestrengt hätten.
- 155 Darüber hinaus wurde jedoch vereinbart, dass Cephalon weitere Beträge an Teva zahlen sollte (siehe oben, Rn. 143).
- 156 Wie die Kommission in ihren Schriftsätzen geltend gemacht und im angefochtenen Beschluss ausgeführt hat, habe es jeder Logik entbehrt, dass Teva abgesehen davon, dass ihr – ebenso wie Cephalon – künftige Prozesskosten erspart geblieben seien, auch noch zwei Geldzahlungen erhalten habe, die den von Cephalon vermiedenen Prozesskosten entsprochen haben sollen.
- 157 Daher kann es sich bei diesen Geldzahlungen nicht um Beträge handeln, „mit denen tatsächlich Kosten oder Unannehmlichkeiten im Zusammenhang mit dem Rechtsstreit ... ausgeglichen werden“, wie es die oben in Rn. 150 angeführte Rechtsprechung verlangt.
- 158 Mit der Kommission ist zudem festzustellen, dass die Klägerinnen nicht bestreiten, dass die Akten keinen Anhaltspunkt dafür enthalten, dass die Parteien diese Beträge auf der Grundlage einer Schätzung der von Cephalon vermiedenen Kosten vereinbart hätten. Aus den Akten geht nämlich hervor, dass die Zahlungen unabhängig von einem tatsächlichen oder potenziellen Rechtsstreit erfolgten. Insbesondere bestreiten die Klägerinnen nicht, dass die Zahlung für vermiedene

Prozesskosten einem Betrag entsprach, der auf der Grundlage der von Teva im Lauf des Gerichtsverfahrens erstellten Umsatzprognosen für Modafinil im Vereinigten Königreich berechnet worden war (siehe oben, Rn. 143, erster Gedankenstrich), und dass dieser Betrag nicht im Zusammenhang mit etwaigen vermiedenen Prozesskosten stand. Sie bestreiten auch nicht, dass zeitgleich mit der Erhöhung des für die vermiedenen Prozesskosten vor anderen Gerichten zu zahlenden Betrags (siehe oben, Rn. 143, zweiter Gedankenstrich) die Einmalzahlung für die Vertriebsvereinbarung im Vereinigten Königreich um denselben Betrag reduziert wurde, wodurch die in Rede stehenden Beträge auf zwei scheinbar voneinander unabhängige Zahlungen umverteilt wurden.

- 159 Zu dem Argument, dass Zahlungen, die vermiedenen Kosten entsprächen, von anderen Gerichten wie denen der Vereinigten Staaten akzeptiert würden, ist darauf hinzuweisen, dass nach der oben in Rn. 150 angeführten Rechtsprechung grundsätzlich nur Ausgleichszahlungen, die der Hersteller des Originalpräparats einem Generikahersteller für tatsächliche Rechtsstreitigkeiten oder andere Kosten gewährt, die diesem entstanden sind, als gerechtfertigt angesehen werden können und als solche keine umgekehrten Zahlungen darstellen.
- 160 Selbst wenn Zahlungen zur Vermeidung künftiger Prozesskosten in bestimmten Fällen als gerechtfertigt angesehen werden könnten, würde dies nichts an der Tatsache ändern, dass die Parteien zur Berechnung oder Schätzung der vermiedenen Kosten, die als Rechtfertigung dienen könnten, keine Angaben gemacht haben.
- 161 Folglich hat die Kommission zu Recht festgestellt, dass es für die Zahlungen, die Teva für die von Cephalon vermiedenen Prozesskosten erhalten hat, keine andere plausible Erklärung gibt als die Erhöhung des Umfangs der insgesamt durch die Vergleichsvereinbarung zugunsten von Teva bewirkten Wertübertragung, um Teva eine Gegenleistung zu bieten, die ausreichte, sie zur Zustimmung zu den wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zu veranlassen.
- 162 Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss das richtige rechtliche Kriterium angewandt hat, indem sie feststellte, dass jede der in der Vergleichsvereinbarung vorgesehenen geschäftlichen Transaktionen keinen anderen Zweck hatte, als den Umfang der insgesamt durch die Vergleichsvereinbarung zugunsten von Teva bewirkten Wertübertragung zu erhöhen, um Teva zu veranlassen, die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zu akzeptieren. In diesem Zusammenhang hat die Kommission bei jeder geschäftlichen Transaktion insbesondere die Stichhaltigkeit der von den Klägerinnen vorgebrachten alternativen Erklärungen und das Interesse sowohl von Cephalon als auch von Teva an der Durchführung der damit verbundenen Wertübertragung geprüft. Außerdem hat sie zu Recht festgestellt, dass die Transaktionen in ihrer Gesamtheit ausreichten, um Teva zu veranlassen, das Wettbewerbsverbot und die Nichtanfechtungsverpflichtung zu akzeptieren.
- 163 Unstreitig wurden diese Transaktionen gleichzeitig und in wechselseitiger Abhängigkeit voneinander ausgehandelt. Ferner ist festzustellen, dass die Vergleichsvereinbarung als eine einheitliche und rechtsverbindliche Vereinbarung geschlossen wurde, die die Grundlage für alle von den Klägerinnen abgeschlossenen Rechtsakte bildet. Darüber hinaus zeigt der Verlauf der Verhandlungen, wie er von der Kommission im angefochtenen Beschluss auf der Grundlage der Beweise analysiert wurde, dass sowohl Cephalon als auch Teva eine Kombination von Geschäften mit einem bestimmten Gesamtwert anstrebten, der für Teva hinreichend vorteilhaft war, um die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zu akzeptieren.

- 164 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es nach der oben in Rn. 40 angeführten Rechtsprechung bei der Prüfung, ob eine Vergleichsvereinbarung zwischen Herstellern von Originalpräparaten und Generikaherstellern als „bezweckte Beschränkung“ eingestuft werden kann, auf den positiven Nettosaldo der Wertübertragungen ankommt, die im Rahmen sämtlicher Transaktionen zwischen ihnen vorgenommen wurden.
- 165 Daher ist der Vorwurf der Klägerinnen, die Kommission habe die in der Vergleichsvereinbarung enthaltenen geschäftlichen Vereinbarungen „unabhängig von der genauen Quantifizierung und dem tatsächlichen Beitrag jeder einzelnen Transaktion zur gesamten Wertübertragung“ als ein „Gesamtpaket“ bewertet, zurückzuweisen.
- 166 Nach alledem sind sowohl der erste als auch der zweite Teil insgesamt zurückzuweisen.

c) Dritter Teil des ersten Klagegrundes

- 167 Der dritte Teil des ersten Klagegrundes betrifft das zweite im Urteil vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52), aufgestellte Kriterium, wonach es der Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV entgegensteht, wenn wettbewerbsfördernde Auswirkungen vorhanden sind, die erwiesen, relevant, allein auf die betreffende Vereinbarung zurückzuführen und hinreichend erheblich sind, um begründete Zweifel daran aufkommen zu lassen, dass diese Vereinbarung den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 107 und 111).
- 168 In Abschnitt 6.9 des angefochtenen Beschlusses, der den Erwägungsgründen 974 bis 1012 dieses Beschlusses entspricht, hat die Kommission das zweite Kriterium des Urteils vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52), geprüft und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Vergleichsvereinbarung zu keinen erwiesenen, relevanten, hinreichend erheblichen und nicht ungewissen wettbewerbsfördernden Auswirkungen habe führen können, die begründete Zweifel an dem wettbewerbswidrigen Zweck dieser Vereinbarung hätten aufkommen lassen können.
- 169 Im Einzelnen hat die Kommission im angefochtenen Beschluss die behaupteten wettbewerbsfördernden Auswirkungen der von Cephalon an Teva gewährten Generikarechte mit der Begründung verneint, dass es sich um einen verzögerten und kontrollierten Eintritt in die Märkte für Modafinil gehandelt habe (Erwägungsgründe 977 bis 981 des angefochtenen Beschlusses), dass diese Rechte den Eintritt anderer Generikahersteller in diese Märkte weniger wahrscheinlich gemacht hätten (Erwägungsgründe 982 bis 992 des angefochtenen Beschlusses), dass die Strategie von Cephalon in Bezug auf Nuvigil die behaupteten potenziellen wettbewerbsfördernden Auswirkungen unterlaufen habe (Erwägungsgründe 993 bis 995 des angefochtenen Beschlusses) und dass die Teva gewährten Generikarechte nicht der Hauptgegenstand der Vergleichsvereinbarung gewesen seien (Erwägungsgründe 996 bis 1001 des angefochtenen Beschlusses).
- 170 Die Klägerinnen machen geltend, dass die Vergleichsvereinbarung wettbewerbsfördernde Auswirkungen gehabt habe, was es ausschließe, sie als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung einzustufen. Diese Auswirkungen seien auf die Teva gewährten Generikarechte zurückzuführen, die diesem Unternehmen einen unabhängigen und vorzeitigen Eintritt in die Märkte für Modafinil ermöglicht hätten, nämlich (davon ausgehend, dass Teva im Rechtsstreit gegen Cephalon unterlegen wäre) mindestens drei Jahre vor Ablauf der Partikelgrößenpatente von

Cephalon. Die wettbewerbsfördernden Auswirkungen, die sich aus diesem vorzeitigen Eintritt in die Märkte für Modafinil ergeben hätten, seien relevant, gewiss und hinreichend signifikant, wie dies auch aus der Entscheidung hervorgehe, mit der der Zusammenschluss von Teva und Cephalon genehmigt worden sei (siehe oben, Rn. 4). In diesem Zusammenhang weisen die Klägerinnen insbesondere darauf hin, dass in dieser Entscheidung festgestellt worden sei, dass es Teva ab Oktober 2012 „frei[stehe], Modafinil im EWR auf den Markt zu bringen, ohne von Cephalon verklagt zu werden“ (95. Erwägungsgrund dieser Entscheidung), und dass Teva aufgrund ihrer Generikarechte „die einzige Wettbewerberin [war], die das garantierte Recht hatte, in der Zeit zwischen Oktober 2012 bis Oktober 2015 in die EWR-Märkte einzutreten“ (126. Erwägungsgrund dieser Entscheidung), was Teva nach Ansicht der Kommission zu demjenigen Unternehmen mache, von dem „zumindest im Zeitraum von Oktober 2012 bis Oktober 2015 der wahrscheinlichste Wettbewerbsdruck auf Cephalon“ ausgehen werde. Daraus folge auch, dass die wettbewerbsfördernden Auswirkungen allein auf die Vergleichsvereinbarung zurückzuführen seien.

- 171 Den im angefochtenen Beschluss dargelegten Standpunkt der Kommission, dass ihre in der Entscheidung über die Genehmigung des Zusammenschlusses getroffenen Feststellungen für den vorliegenden Fall ohne Belang seien, halten die Klägerinnen für nicht überzeugend. In der Entscheidung über die Genehmigung des Zusammenschlusses seien die mit der Gewissheit eines vorzeitigen Eintritts von Teva in die Märkte für Modafinil verbundenen wettbewerbsfördernden Auswirkungen nämlich eindeutig als unmittelbare Folge der Vergleichsvereinbarung analysiert worden, weil in dieser Entscheidung die Möglichkeit von Teva geprüft worden sei, in die Märkte für Modafinil einzutreten, ohne dass rechtliche Schritte gegen sie eingeleitet würden, während andere Generikahersteller stets mit der Gefahr solcher Schritte hätten rechnen müssen.
- 172 Darüber hinaus machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission, wenn die Vergleichsvereinbarung kein solches wettbewerbsförderndes Potenzial gehabt hätte, von Teva als Voraussetzung für die Übernahme von Cephalon nicht verlangt hätte, ihre Rechte an Modafinil an einen Dritten zu veräußern.
- 173 Die Klägerinnen wenden sich auch gegen die weiteren Feststellungen der Kommission, wonach die Generikarechte von Teva zu einem verzögerten und kontrollierten Markteintritt geführt hätten, den Markteintritt anderer Generikahersteller weniger wahrscheinlich gemacht hätten, durch die Strategie von Cephalon in Bezug auf Nuvigil unterlaufen worden seien und nicht den Hauptgegenstand der Vereinbarung darstellten.
- 174 Die Kommission tritt dem Vorbringen der Klägerinnen entgegen.
- 175 Wie sich aus Rn. 18 des vorliegenden Urteils ergibt, sind die Generikarechte von Teva Gegenstand der Vergleichsvereinbarung. Gemäß Art. 3 der Vergleichsvereinbarung hat sich Cephalon verpflichtet, Teva im Rahmen der „aufgelisteten Patente“ das nicht ausschließliche Recht einzuräumen, ihr generisches Modafinil-Erzeugnis in den Vereinigten Staaten und auf anderen Märkten (einschließlich des EWR) herzustellen, zu verwenden, zu vermarkten und zu verkaufen sowie dasselbe in Bezug auf die Lieferung des API von Modafinil für pharmazeutische Fertigerzeugnisse, die Modafinil als API enthalten, ab 2011 in den Vereinigten Staaten und ab 2012 auf anderen Märkten einschließlich des EWR zu tun. In Art. 3.1.1 der Vergleichsvereinbarung ist festgelegt, dass die Generikarechte von Teva in Bezug auf andere Märkte, einschließlich des EWR, frühestens ab dem 6. Oktober 2012 oder ab dem Datum gelten, das drei Kalenderjahre vor dem Ablauf der Exklusivpatente liegt. Gemäß derselben Bestimmung hat Teva an Cephalon eine Lizenzgebühr in Höhe von 10 % aller Nettogewinne zu zahlen, die sie

oder ihre Tochtergesellschaften ab dem Zeitpunkt, zu dem diese Generikarechte wirksam werden, aus dem Verkauf von Modafinil-Generika in den Vereinigten Staaten und auf anderen Märkten erzielen.

- 176 Die Art. 3.1.2 und 3.1.3 der Vergleichsvereinbarung betreffen u. a. die Mechanismen, die durch einen möglichen vorzeitigen Eintritt Dritter in die Märkte für Modafinil ausgelöst werden. Diese Bestimmungen erlaubten es Teva, ihre eigene generische Version von Modafinil auf den Markt zu bringen, sobald ein anderer Generikahersteller in den Markt eintrat, unabhängig davon, ob Cephalon diesem Markteintritt zugestimmt hatte oder nicht. Sofern Teva ihr Generikum gemäß den oben genannten Bestimmungen vor dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens dieser Rechte auf die Märkte für Modafinil brachte, erhöhten sich die von ihr zu zahlenden Gebühren während des betreffenden Zeitraums auf 15 % (wenn Cephalon dem Markteintritt zugestimmt hatte) bzw. auf 20 % (wenn es sich um einen Markteintritt auf eigenes Risiko ohne Zustimmung von Cephalon handelte). Zu den in dieser Bestimmung vorgesehenen Szenarien gehört auch der Fall, dass Cephalon ein vorübergehendes Verbot oder andere Abhilfemaßnahmen beantragt. In diesen Fällen sollten die Generikarechte von Teva ausgesetzt werden (Art. 3.1.3.3 Buchst. a der Vergleichsvereinbarung) und Cephalon sollte die Lagerbestände von Teva zu vereinbarten Preisen zurückkaufen (Art. 3.1.3.3 Buchst. b der Vergleichsvereinbarung).
- 177 Erstens ist mit der Kommission festzustellen, dass die Behauptung der Klägerinnen zurückzuweisen ist, wonach die Vergleichsvereinbarung den unabhängigen Markteintritt von Teva beschleunigt hätte, falls Teva im Rechtsstreit gegen Cephalon unterlegen wäre. Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass es für die Feststellung, ob wettbewerbsfördernde Auswirkungen der Feststellung einer bezweckten Beschränkung entgegenstehen, nicht notwendig ist, andere Szenarien zu untersuchen wie z. B. den Fall, dass eine der beiden Parteien in einem Patentstreit obsiegen sollte. Für die Einstufung der Vereinbarung als bezweckte Beschränkung reicht es aus, wenn die Kommission nachweist, dass die Vereinbarung nach dem Inhalt ihrer Bestimmungen, den mit ihr verfolgten Zielen und dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. März 2021, Lundbeck/Kommission, C-591/16 P, EU:C:2021:243, Rn. 140 und 141).
- 178 Zweitens steht fest, dass Teva vor dem Abschluss der Vergleichsvereinbarung die am weitesten fortgeschrittene potenzielle Konkurrentin von Cephalon auf dem Markt für Modafinil war. Teva hatte lange vor 2012 (genauer gesagt schon 2005) konkrete Möglichkeiten, als unabhängige neue Marktteilnehmerin in diesen Markt einzutreten. Die Vergleichsvereinbarung hat diese Möglichkeit beseitigt.
- 179 Es trifft zu, dass die Vergleichsvereinbarung und die damit verbundenen Generikarechte von Teva deren Eintritt in den Markt für Modafinil erst ab 2012 vorsehen. Dieser Markteintritt erfolgt nicht aufgrund des freien Wettbewerbs, sondern aufgrund einer Absprache zwischen den Parteien. Folglich handelt es sich entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen nicht um einen vorzeitigen Markteintritt, der wettbewerbsfördernde Auswirkungen hat. Es handelt sich lediglich um einen vertraglich vorgesehenen Eintritt, der durch die Vergleichsvereinbarung um sieben Jahre hinausgezögert wurde und Cephalon garantierte, während dieses Zeitraums keinem Wettbewerb durch Teva ausgesetzt zu sein.
- 180 Außerdem kann der Eintritt von Teva in den Markt für Modafinil ab 2012 nicht mit dem Markteintritt eines unabhängigen Wirtschaftsteilnehmers gleichgesetzt werden, der in einen direkten Wettbewerb mit Cephalon eintritt. Zum einen beruhte der geplante Eintritt von Teva in den Markt für Modafinil auf einer von Cephalon erteilten Lizenz und zum anderen hatte sie hohe

Lizenzgebühren zu entrichten, die sich auf 10 bis 20 % des Nettogewinns aus dem Verkauf aller Modafinil-Generika von Teva beliefen. Aus diesem Grund war es wenig wahrscheinlich, dass es einen starken Preiswettbewerb zwischen Teva und Cephalon geben würde.

- 181 Drittens sind die Argumente, die die Klägerinnen aus der Entscheidung über die Genehmigung des Zusammenschlusses zwischen Teva und Cephalon herleiten, zurückzuweisen.
- 182 Als Erstes ist festzustellen, dass sich der Bezugsrahmen der Entscheidung über die Genehmigung des Zusammenschlusses von demjenigen unterscheidet, der der Analyse der Vergleichsvereinbarung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV zugrunde liegt. Während die Kommission im angefochtenen Beschluss die durch die Vergleichsvereinbarung verursachte Wettbewerbsbeschränkung bewertete und deren Auswirkungen mit einem kontrafaktischen Szenario ohne den Abschluss der Vergleichsvereinbarung verglich, sah die Entscheidung über den Zusammenschluss von Teva und Cephalon den Abschluss der Vergleichsvereinbarung als gegeben an und bewertete die in der absehbaren Zukunft ab 2011 zu erwartenden Auswirkungen des Zusammenschlusses der Parteien auf den Wettbewerb im Licht der Fusionskontrollvorschriften der Union.
- 183 Als Zweites überrascht es in diesem Zusammenhang nicht, dass die Kommission das Bestehen der Vergleichsvereinbarung und die Generikarechte von Teva berücksichtigte und zu dem Schluss gelangte, dass sich für Teva aus dieser Vereinbarung eine Reihe von „Vorteilen“ ergeben habe, wie z. B. ihre Modafinil-Generika im EWR auf den Markt zu bringen zu können, ohne von Cephalon verklagt zu werden, während andere Generikahersteller diese Vorteile nicht gehabt hätten und mit der Erhebung von Patentklagen hätten rechnen müssen, die auch einstweilige Anordnungen umfassten. Dies erklärt, warum die Kommission im 98. Erwägungsgrund der Entscheidung über die Genehmigung des Zusammenschlusses bezweifelte, dass andere Generikahersteller als Teva in der Zeit zwischen Oktober 2012 und Oktober 2015 in der Lage gewesen wären, einen erheblichen Wettbewerbsdruck auf das Modafinil-Erzeugnis von Cephalon auszuüben. Die Tatsache, dass die Kommission in der Entscheidung über die Genehmigung des Zusammenschlusses feststellte, dass von Teva auch nach und trotz der Unterzeichnung der Vergleichsvereinbarung immer noch der wahrscheinlichste Wettbewerbsdruck auf Cephalon ausgehen werde, bedeutet daher nicht, dass sie die Generikarechte von Teva als wettbewerbsfördernd angesehen hätte.
- 184 Auch die Tatsache, dass die Kommission im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens Verpflichtungszusagen von Teva angenommen hat, bedeutet nicht, dass die Kommission zu dem Schluss gekommen wäre, dass die Vergleichsvereinbarung und die damit verbundenen Generikarechte von Teva wettbewerbsfördernde Auswirkungen hätten. Im Gegenteil zielen solche Verpflichtungszusagen, wie die Kommission zu Recht geltend gemacht hat, darauf ab, den Wettbewerbsdruck auf Cephalon, der durch den Zusammenschluss weggefallen war, auf dem Markt für Modafinil wiederherzustellen.
- 185 Soweit die Klägerinnen der Kommission vorwerfen, im angefochtenen Beschluss das Urteil vom 12. Dezember 2018, Krka/Kommission (T-684/14, nicht veröffentlicht, mit Rechtsmittel angefochten, EU:T:2018:918), nicht berücksichtigt zu haben, indem sie die Auffassung vertreten habe, dass ein lizenziertes Markteintritt einem kontrollierten Markteintritt gleichkomme, kann dieser Vorwurf nicht durchgreifen. Die Rechtssache, in der das genannten Urteil ergangen ist, unterscheidet sich nämlich vom vorliegenden Fall. Während in jener Rechtssache dem

Generikahersteller der sofortige Eintritt in die relevanten Märkte gestattet wurde, ergibt sich im vorliegenden Fall die Beeinträchtigung des Wettbewerbs aus der Tatsache, dass die Vergleichsvereinbarung vorsah, den Markteintritt von Teva um fast sieben Jahre zu verzögern.

- 186 Schließlich ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, mit dem sie die im angefochtenen Beschluss getroffenen Feststellungen bestreiten, wonach erstens die Generikarechte von Teva den Eintritt anderer Generikahersteller in den Markt für Modafinil weniger wahrscheinlich gemacht hätten, zweitens die Strategie von Cephalon in Bezug auf Nuvigil die geltend gemachten möglichen wettbewerbsfördernden Auswirkungen dieser Generikarechte von Teva unterlaufen habe und drittens diese Rechte nicht der Hauptgegenstand der Vergleichsvereinbarung gewesen seien.
- 187 Hierzu ist festzustellen, dass die Kommission entgegen der Behauptung der Klägerinnen nicht verlangt hat, dass Teva die Gerichtsverfahren fortsetzt. Die Kommission hat auch nicht behauptet, dass die anderen Generikahersteller sofort in den Markt für Modafinil hätten eintreten können, wenn Teva im Patentstreit obsiegt hätte. Tatsache bleibt aber, dass die Ungültigerklärung der Patente von Cephalon eine Zutrittsschranke für diesen Markt beseitigt hätte, die sowohl für Teva als auch für andere Hersteller ein Hindernis darstellte, und dass im Fall eines Obsiegens von Teva auch andere Hersteller davon hätten profitieren können.
- 188 Ebenso können die Klägerinnen nicht leugnen, dass die Generikarechte von Teva es dieser ermöglicht haben, noch vor dem Ablauf der Patente von Cephalon als erstes Unternehmen in den Markt für Modafinil-Generika einzutreten, ohne Gefahr zu laufen, verklagt zu werden. Diese Position als Erstanbieterin auf dem Markt für Modafinil-Generika war geeignet, Teva die Möglichkeit zu geben, ihre Stellung zu stärken, was sie anschließend in die Lage versetzt hätte, jedem Wettbewerber den Eintritt in diesen Markt zu erschweren, z. B. durch eine aggressive Preisstrategie, abgesehen davon, dass ein neuer Marktteilnehmer mit rechtlichen Schritten von Cephalon hätte rechnen müssen oder auf andere Hindernisse hätte stoßen können.
- 189 Was die Strategie von Cephalon anbelangt, Patienten von dem auf Modafinil basierenden Provigil auf Nuvigil, ihr auf Armodafinil basierendes Erzeugnis der zweiten Generation, umzustellen (eine Strategie, die das Auslaufen der Patente und den damit verbundenen Wettbewerb durch Generika kompensieren sollte), hat die Kommission diese Strategie zu Recht berücksichtigt, weil die Generikarechte von Teva diesem Unternehmen, von einem *Ex-ante*-Standpunkt aus betrachtet, höchstens einen lizenzierten Eintritt in denjenigen Teil des Markts für Modafinil-Patienten erlaubt hätten, der 2012 noch übrig geblieben wäre. Daher durfte die Kommission davon ausgehen, dass selbst dann, wenn die Teva gewährten Generikarechte wettbewerbsfördernde Auswirkungen hätten, diese Auswirkungen sehr begrenzt wären und nicht ausgereicht hätten, um die Einstufung der Vergleichsvereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung in Frage zu stellen.
- 190 Die Kommission hat in den Erwägungsgründen 996 bis 1001 des angefochtenen Beschlusses zu Recht auch die Behauptung der Klägerinnen zurückgewiesen, dass die Generikarechte von Teva den Hauptgegenstand der Vergleichsvereinbarung darstellten und wettbewerbsfördernd seien, während die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln nur Nebenabreden zu dieser Vereinbarung seien. In diesem Zusammenhang ist das Argument, dass die Vergleichsvereinbarung in erster Linie wettbewerbsfördernd sei, im Licht der vorstehenden Beurteilungen zurückzuweisen, weil der Eintritt von Teva in die Märkte für Modafinil als verzögerter, kontrollierter und begrenzter Eintritt in diese Märkte einzustufen ist und nicht als vorzeitiger Eintritt, wie die Klägerinnen geltend machen (siehe oben, Rn. 178 bis 180). Das Gleiche gilt für das Vorbringen, dass die

wettbewerbsbeschränkenden Klauseln lediglich Nebenabreden seien, weil sich aus der Rechtsprechung ergibt, dass die Unternehmen, die diese Vereinbarung geschlossen haben, der Einstufung dieser Vereinbarung als „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ nicht mit Erfolg entgegenhalten können, dass die sich aus dieser Vereinbarung ergebenden Beschränkungen rein akzessorisch seien (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 96).

191 Folglich ist der dritte Teil des ersten Klagegrundes als unbegründet zurückzuweisen.

d) Vierter Teil des ersten Klagegrundes

192 Im Rahmen des vierten Teils, der aus zwei Rügen besteht, vertreten die Klägerinnen die Auffassung, dass die Kommission bei ihrer Beurteilung des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts der Vergleichsvereinbarung einen Tatsachen- und Rechtsfehler begangen habe, indem sie zum einen die Wahrnehmung des Rechtsstreits durch die Parteien verfälscht habe und zum anderen davon ausgegangen sei, dass die in dieser Vereinbarung enthaltenen wettbewerbsbeschränkenden Klauseln „vom Schutzbereich ausgenommen“ seien.

193 Mit der ersten Rüge werfen die Klägerinnen der Kommission im Wesentlichen vor, sie habe im angefochtenen Beschluss -zumal auf der Grundlage spärlicher Beweise – zu viele Mutmaßungen darüber angestellt, dass Teva überzeugt gewesen sei, dass die Partikelgrößenpatente von Cephalon ungültig seien und ihr eigenes Erzeugnis diese Patente nicht verletze, und daraus geschlossen, dass Teva wettbewerbsbeschränkende Klauseln nicht aufgrund ihrer Einschätzung der Stärke oder allgemein der Erfolgsaussichten des Patents von Cephalon akzeptiert habe, sondern wegen des Wertes, der ihr durch die geschäftlichen Transaktionen übertragen worden sei.

194 Mit der zweiten Rüge machen die Klägerinnen geltend, dass die in den Erwägungsgründen 667 bis 678 des angefochtenen Beschlusses getroffene Feststellung, der Geltungsbereich der Verpflichtung von Teva, sich des Wettbewerbs zu enthalten, gehe über den Schutzzumfang der Patente von Cephalon hinaus, falsch und unlogisch sei. Insoweit weisen die Klägerinnen darauf hin, dass eine wesentliche Ähnlichkeit mit Provigil, wie aus den Studien hervorgehe, nur durch die Verwendung von Modafinil-Partikeln erreicht werden könne, die in der von den Patenten von Cephalon beanspruchten Größenordnung lägen. Aus diesem Grund seien die Wettbewerbsverbote nicht über den potenziellen Schutzzumfang der Patente hinausgegangen.

195 Die Kommission bestreitet die von der Klägerin behaupteten Fehler.

196 Was die erste Rüge betrifft, geht aus dem angefochtenen Beschluss hervor, dass sich die Kommission bei ihrer Feststellung, Teva habe Zweifel an der patentrechtlichen Stellung von Cephalon gehabt, auf mehrere Gesichtspunkte gestützt hat.

197 In dieser Hinsicht führt der angefochtene Beschluss u. a. Folgendes an:

- Teva habe mit der Entwicklung ihrer generischen Version von Modafinil begonnen und diese 2005 im Vereinigten Königreich auf eigenes Risiko auf den Markt gebracht (Erwägungsgründe 152, 158 und 610 des angefochtenen Beschlusses);

- Teva habe wiederholt erklärt, dass die Partikelgrößenpatente von Cephalon ungültig seien oder dass ihr generisches Modafinil-Erzeugnis diese Patente nicht verletze (Erwägungsgründe 153 bis 155 des angefochtenen Beschlusses);
 - der wissenschaftliche Sachverständige von Teva habe im April 2003 erklärt, dass es „Teva ... gelungen [sei], die Bioäquivalenz [mit dem Modafinil von Cephalon] durch die Formulierung eines Materials nachzuweisen, das nicht in den Schutzbereich des Patents von Cephalon [falle]“ (Erwägungsgründe 157 und 611 des angefochtenen Beschlusses);
 - die Tests, die ein von Cephalon ausgewähltes Labor in den Vereinigten Staaten während des Patentverfahrens im Vereinigten Königreich an Proben des Modafinils von Teva durchgeführt habe, hätten gezeigt, dass das Modafinil von Teva die Partikelgrößenpatente von Cephalon nicht verletze (Erwägungsgründe 159 und 611 des angefochtenen Beschlusses).
- 198 Folglich ist die Behauptung der Klägerinnen, die Kommission habe ihre Feststellungen im angefochtenen Beschluss nicht durch Beweise für den internen Standpunkt von Teva untermauert, unbegründet. Darüber hinaus ist Tevas Wahrnehmung der patentrechtlichen Stellung von Cephalon auch ein Indiz dafür, dass nicht die Stärke der Patente von Cephalon oder die Ungewissheit über den Ausgang des Rechtsstreits, sondern finanzielle Anreize eine Rolle beim Abschluss der Vergleichsvereinbarung gespielt haben.
- 199 In Bezug auf die zweite Rüge ist darauf hinzuweisen, dass sich Teva gemäß den Bestimmungen der Wettbewerbsverbotsklausel verpflichtet hat, keine Fertigarzneimittel herzustellen, zu vermarkten oder zu importieren, die Modafinil als API enthalten.
- 200 Die Verpflichtung, nicht als Wettbewerberin aufzutreten, stellte sicher, dass Teva jegliche Herstellung und Vermarktung von Erzeugnissen auf der Basis von Modafinil einstellen würde, unabhängig davon, ob das Herstellungs- und Vermarktungsverfahren auf einer die bestehenden Patente von Cephalon verletzenden Technologie beruhte oder nicht.
- 201 Die Klägerinnen bestreiten nicht, dass das Wettbewerbsverbot alle Erzeugnisse auf der Basis von Modafinil umfasst.
- 202 Da es sich um eine Verpflichtung handelt, die sich auf „jedes Fertigarzneimittel“ bezieht und nicht auf jedes Fertigerzeugnis, das die Patente von Cephalon für Modafinil verletzen könnte, durfte die Kommission zu Recht feststellen, dass es sich bei der Verpflichtung von Teva um eine Vereinbarung über ihr Marktverhalten handelt und nicht nur um eine Verpflichtung, die Patente von Cephalon nicht zu verletzen, zumal es möglich ist, ein generisches Modafinil-Erzeugnis zu entwickeln, das nicht in den Schutzbereich der Patente von Cephalon fällt. Wie die Kommission zu Recht geltend gemacht hat, hätte Cephalon durch die erfolgreiche Durchsetzung ihrer Partikelgrößenpatente niemals rechtmäßig einen so weitreichenden Wettbewerbsverzicht erreichen können. Daher hat die Kommission keinen Fehler begangen, als sie feststellte, dass diese Verpflichtung nicht in den Schutzbereich der Patente fällt.
- 203 Darüber hinaus war die Kommission entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen nicht verpflichtet, nachzuweisen, dass Teva eine nicht verletzende Version hätte entwickeln können oder entwickelt hätte. Es reichte nämlich aus, aufzuzeigen, dass Teva über tatsächliche und konkrete Möglichkeiten verfügte, in die Märkte für Modafinil einzutreten, und somit eine potenzielle Wettbewerberin war. Im Übrigen war Teva, wie oben in Rn. 197 bereits erwähnt, der Ansicht, dass es ihr gelungen sei, „die Bioäquivalenz [mit dem Modafinil von Cephalon] durch die

Formulierung eines Materials nachzuweisen, das nicht in den Schutzbereich des Patents von Cephalon [falle]“. Darüber hinaus haben die 2005 an der Probe von Teva durchgeführten Tests keine Verletzung der Patente von Cephalon ergeben.

- 204 Schließlich wäre die Feststellung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn die Vergleichsvereinbarung keine Verpflichtungen enthalten hätte, die mutmaßlich in den „Schutzbereich“ der Patente von Cephalon für Modafinil fielen. Im vorliegenden Fall zielte die Vergleichsvereinbarung darauf ab, Teva von den Märkten für Modafinil fernzuhalten, und zwar durch Wertübertragungen in einer Gesamthöhe, die ausreichte, um Teva zu veranlassen, ihre unabhängigen Bemühungen um den Eintritt in diese Märkte aufzuschieben. Eine solche Vereinbarung, die das künftige Marktverhalten potenzieller Wettbewerber bestimmt, bezweckt jedoch eine Wettbewerbsbeschränkung, und zwar unabhängig davon, ob Cephalon aufgrund des Patentrechts denselben Ausschluss durch eine gerichtliche Entscheidung hätte erreichen können oder nicht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2016, Lundbeck/Kommission, T-472/13, EU:T:2016:449, Rn. 491 bis 499).
- 205 Aus dem Vorstehenden folgt, dass auch der vierte Teil des ersten Klagegrundes und somit der erste Klagegrund insgesamt zurückzuweisen ist.

2. Zweiter Klagegrund: Rechts- und Tatsachenfehler, soweit die Kommission die Vergleichsvereinbarung als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft hat

- 206 Mit ihrem zweiten Klagegrund, der sich in zwei Teile gliedert, machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission zu Unrecht zu dem Ergebnis gekommen sei, dass die Vergleichsvereinbarung eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV darstelle. Obwohl die Zurückweisung des ersten Klagegrundes, mit dem die Klägerinnen die Einstufung der Vergleichsvereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung beanstanden, die Prüfung ihres zweiten Klagegrundes grundsätzlich überflüssig macht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 4. Juni 2009, T-Mobile Netherlands u. a., C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 28 bis 30 und die dort angeführte Rechtsprechung), hält es das Gericht unter den Umständen des vorliegenden Falles für angebracht, mit der Prüfung dieses Klagegrundes fortzufahren.
- 207 Im Rahmen des ersten Teils machen die Klägerinnen unter Bezugnahme auf das Urteil vom 12. Dezember 2018, Krka/Kommission (T-684/14, nicht veröffentlicht, mit Rechtsmittel angefochten, EU:T:2018:918), geltend, dass die Kommission ein falsches rechtliches Kriterium angewandt habe, indem sie auf die potenziellen Auswirkungen der Vergleichsvereinbarung abgestellt habe, ohne zu versuchen, deren tatsächliche Auswirkungen nachzuweisen.
- 208 Konkret beanstanden die Klägerinnen den von der Kommission im 1030. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses verfolgten Ansatz, wonach es „für den Nachweis des Vorliegens wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen ausreicht, die potenziellen Auswirkungen der Vereinbarung auf den Wettbewerb festzustellen“. Insoweit machen die Klägerinnen geltend, dass bei der Beurteilung von Vereinbarungen, die nicht umgesetzt worden seien, tatsächlich die potenziellen Auswirkungen berücksichtigt werden müssten, die diese Vereinbarungen hätten haben „können“, während bei der Beurteilung bereits umgesetzter Vereinbarungen die Auswirkungen zu berücksichtigen seien, die diese Vereinbarungen „tatsächlich“ auf den Wettbewerb gehabt hätten. Da die Vergleichsvereinbarung bereits umgesetzt worden sei, hätte die Kommission, wie es sich aus der oben in Rn. 207 angeführten Rechtsprechung ergebe, die tatsächlich eingetretenen Auswirkungen der Vergleichsvereinbarung auf den Wettbewerb analysieren müssen.

- 209 Im Rahmen des zweiten Teils machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission keine hinreichend spürbaren Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter auf den betroffenen Märkten nachgewiesen habe. Im Einzelnen beanstanden sie erstens das von der Kommission angewandte kontrafaktische Szenario. Zweitens machen sie geltend, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss keinerlei negative Auswirkung der Vergleichsvereinbarung nachgewiesen habe.
- 210 Was das kontrafaktische Szenario angehe, habe die Kommission im 1215. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses als kontrafaktisches Szenario zwar die Fortsetzung des Rechtsstreits zwischen Teva und Cephalon im Vereinigten Königreich zugrunde gelegt, aber nicht geklärt, welche Partei obsiegt hätte oder wann das Verfahren beendet worden wäre. Sie habe auch nicht festgestellt, dass eine den Wettbewerb weniger einschränkende gütliche Einigung erzielt worden wäre.
- 211 Die Kommission hätte auch nachweisen müssen, dass sich auf dem Markt Unterschiede in Bezug auf Preise, Produktionsmengen, Innovationen oder Vielfalt bzw. Qualität des Modafinils ergeben hätten, je nachdem, ob die Parteien ihren Rechtsstreit fortgesetzt oder eine Vergleichsvereinbarung erzielt hätten. Die Kommission habe jedoch nicht dargetan, dass zum Zeitpunkt des Markteintritts von Modafinil-Generika ein Preisunterschied bestanden habe. Auch in Bezug auf die anderen Wettbewerbsparameter habe sie keine Unterschiede zwischen den Szenarien mit und ohne Vergleichsvereinbarung aufgezeigt.
- 212 Hinsichtlich der negativen Auswirkungen machen die Klägerinnen geltend, dass die Kommission keine einzige negative Auswirkung auf die Wettbewerbsparameter infolge der Vergleichsvereinbarung im Vergleich zum kontrafaktischen Szenario einer Fortsetzung des Rechtsstreits zwischen den Parteien aufgezeigt habe.
- 213 In diesem Zusammenhang tragen die Klägerinnen im Wesentlichen vor, dass die Kommission zwar die Zeitpunkte ermittelt habe, zu denen Teva Zulassungen für Modafinil in fünf Ländern erhalten habe, aber nicht festgestellt habe, dass Teva in diesen Ländern tatsächlich in den Markt eingetreten wäre, bevor sie nach der Vergleichsvereinbarung dazu berechtigt gewesen sei. Desgleichen habe die Kommission weder Beweise dafür vorgelegt, dass ein anderer Generikaanbieter „mit einiger Wahrscheinlichkeit“ mit dem Verkauf von Modafinil begonnen hätte, noch nachgewiesen, dass ein anderer Generikahersteller von der Vergleichsvereinbarung betroffen gewesen sei. Hinsichtlich des Marktzustands während der „Fortsetzung des Rechtsstreits“, d. h. in der dem kontrafaktischen Szenario der Kommission entsprechenden Situation, weisen die Klägerinnen darauf hin, dass Teva schlichtweg nicht in der Lage gewesen wäre, in diesen Markt einzutreten, weil sie im Rahmen des Rechtsstreits im Vereinigten Königreich die einstweilige Anordnung akzeptiert habe, Modafinil in diesem Land bis zum Abschluss des Verfahrens vor dem Patentgericht des Vereinigten Königreichs nicht zu verkaufen, was die Kommission eingeräumt habe. Die Vergleichsvereinbarung habe daher als solche keine Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter auf den Märkten für Modafinil gehabt. Ohne den tatsächlichen Markteintritt von Generika wären die Preise für Modafinil und alle anderen Wettbewerbsparameter aber nach der eigenen Analyse der Kommission in beiden Szenarien – dem der Vergleichsvereinbarung und dem der Fortsetzung des Rechtsstreits zwischen den Parteien – gleichgeblieben.
- 214 Nach Auffassung der Kommission sind beide Teile des vorliegenden Klagegrundes unbegründet und müssen zurückgewiesen werden.

- 215 Mit ihrem zweiten Klagegrund, dessen beide Teile zusammen zu prüfen sind, wenden sich die Klägerinnen gegen die Feststellung der Kommission im angefochtenen Beschluss, dass die Vergleichsvereinbarung auch eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung darstelle.
- 216 Zunächst ist festzustellen, dass die Kommission in Abschnitt 7 des angefochtenen Beschlusses auf die allgemeinen Grundsätze hingewiesen hat, nach denen zu beurteilen ist, ob eine Vereinbarung und insbesondere eine Vergleichsvereinbarung in einem Patentstreit eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt, und dass sie diese Grundsätze in Abschnitt 8 dieses Beschlusses auf den vorliegenden Fall angewandt hat. In diesem zuletzt genannten Abschnitt hat sie zunächst den Produktmarkt und seine räumliche Ausdehnung definiert (Abschnitt 8.1 des angefochtenen Beschlusses) und die Struktur des Markts sowie die Stellung von Cephalon, Teva und anderen potenziellen Wettbewerbern auf diesem Markt festgestellt. Daraus ergebe sich, dass Cephalon als einzige Herstellerin von Modafinil über Marktmacht verfügt habe und Teva die am weitesten fortgeschrittene Wettbewerberin gewesen sei (Abschnitt 8.2 des angefochtenen Beschlusses). Anschließend hat die Kommission die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln bezüglich des Wettbewerbsverbots und der Nichtanfechtungsverpflichtung analysiert sowie dargelegt, auf welche Weise diese zustande gekommen seien und das Marktverhalten von Teva beeinflusst hätten. Daraus ergebe sich, dass diese Klauseln die Unabhängigkeit von Teva eingeschränkt hätten, indem sie dieses Unternehmen daran gehindert hätten, mit Generika in den Markt für Modafinil einzutreten, und seine Fähigkeit eingeschränkt hätten, die Patente von Cephalon weiterhin anzufechten (Abschnitt 8.3 des angefochtenen Beschlusses). In Abschnitt 8.4 des angefochtenen Beschlusses hat die Kommission festgestellt, welche Wettbewerbssituation ohne die Vergleichsvereinbarung bestanden hätte, um daraus in Abschnitt 8.5 dieses Beschlusses zu folgern, dass die Vergleichsvereinbarung eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt habe.
- 217 Die Klägerinnen stellen weder die Marktdefinition noch die Marktstruktur oder die Stellung von Teva oder Cephalon auf diesem Markt in Frage.
- 218 Sie bestreiten daher nicht, dass Teva eine potenzielle Wettbewerberin von Cephalon war.
- 219 Folglich beschränkt sich der zweite Klagegrund auf die Frage, ob zum einen der Nachweis der potenziellen Auswirkungen der Vergleichsvereinbarung auf den Wettbewerb auf den Märkten für Modafinil für die von der Kommission im angefochtenen Beschluss getroffene Feststellung einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung ausreichte (erster Teil), und ob zum anderen das von der Kommission in diesem Beschluss angewandte kontrafaktische Szenario angemessen war und es ihr ermöglichte, negative Auswirkungen der Vergleichsvereinbarung auf den Wettbewerb auf den Märkten für Modafinil nachzuweisen (zweiter Teil).
- 220 Es ist darauf hinzuweisen, dass Art. 101 AEUV Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verbietet, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken.
- 221 Wie die Kommission im 1020. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses ausgeführt hat, ist nach ständiger Rechtsprechung für die Beurteilung der Frage, ob eine Vereinbarung wegen der durch sie bewirkten Wettbewerbsstörungen als verboten anzusehen ist, der Wettbewerb so zu betrachten, wie er ohne diese Vereinbarung bestehen würde (vgl. Urteil vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, Rn. 161 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 222 Zu diesem Zweck ist der jeweilige konkrete Rahmen zu berücksichtigen, in den sich die in Rede stehende Verhaltensweise einfügt, nämlich der wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhang, in dem die betreffenden Unternehmen tätig sind, die Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, Rn. 165 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 223 Die Situation, die ohne die fragliche Vereinbarung eintreten würde, muss realistisch sein. Unter diesem Gesichtspunkt ist es zulässig, gegebenenfalls den Marktentwicklungen Rechnung zu tragen, die ohne die Vereinbarung wahrscheinlich eintreten würden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. September 2014, MasterCard u. a./Kommission, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, Rn. 166).
- 224 Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung kann es sich bei den den Wettbewerb einschränkenden Wirkungen sowohl um tatsächliche als auch um potenzielle Wirkungen handeln. Die Wirkungen müssen jedenfalls aber hinreichend spürbar sein (vgl. Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 117 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 225 Im vorliegenden Fall werfen die Klägerinnen der Kommission vor, im angefochtenen Beschluss ein falsches rechtliches Kriterium angewandt zu haben, indem sie sich nur auf die potenziellen Auswirkungen der Vergleichsvereinbarung gestützt habe.
- 226 In Anbetracht der oben in Rn. 224 angeführten Rechtsprechung kann dieses Argument keinen Erfolg haben.
- 227 Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich nämlich, dass es möglich ist, sich auf den potenziellen Wettbewerb durch einen mit der in Rede stehenden Vereinbarung ausgeschalteten potenziellen neuen Marktteilnehmer und auf die Struktur des betreffenden Marktes zu stützen.
- 228 Wie oben in Rn. 218 festgestellt, bestreiten die Klägerinnen nicht, dass Teva zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichsvereinbarung eine potenzielle Wettbewerberin von Cephalon auf den Märkten für Modafinil war. Wie von der Kommission in den Erwägungsgründen 1027 bis 1032 und 1244 bis 1257 des angefochtenen Beschlusses festgestellt, hatte die Durchführung der Vergleichsvereinbarung daher zur Folge, dass der potenzielle Wettbewerb zwischen Teva und Cephalon ausgeschaltet wurde.
- 229 In dieser Hinsicht geht aus der Rechtsprechung hervor, dass Art. 101 AEUV nicht nur den bestehenden, sondern auch den potenziellen Wettbewerb schützen soll (Urteil vom 14. April 2011, Visa Europe und Visa International Service/Kommission, T-461/07, EU:T:2011:181, Rn. 68).
- 230 Außerdem geht aus dem angefochtenen Beschluss hervor, dass die Kommission berücksichtigt hat, in welcher Weise die Vergleichsvereinbarung tatsächlich umgesetzt wurde und wie sich der Markt anschließend entwickelt hat (siehe unten, Rn. 247).
- 231 Als Nächstes muss auch das Argument der Klägerinnen zurückgewiesen werden, dass die Kommission es in ihrem kontrafaktischen Szenario unterlassen habe, zu klären, welche Partei im Rechtsstreit zwischen Teva und Cephalon im Vereinigten Königreich obsiegt hätte oder wann

dieser Rechtsstreit beendet worden wäre. Das Gleiche gilt für den Vorwurf, die Kommission habe nicht festgestellt, dass die Parteien einen Vergleich hätten schließen können, der den Wettbewerb weniger stark eingeschränkt hätte als die Vergleichsvereinbarung.

- 232 Im angefochtenen Beschluss hat die Kommission es nämlich – unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen und rechtlichen Umfelds, in dem die Klägerinnen tätig waren, und insbesondere der Auffassung, die sie zum maßgeblichen Zeitpunkt hinsichtlich ihrer jeweiligen Patentpositionen vertraten, sowie der Art und Weise, wie die Märkte für Modafinil tatsächlich funktionierten und strukturiert waren, einschließlich der Stellung von Teva als der am weitesten fortgeschrittenen Wettbewerbsbedrohung für Cephalon – als das wahrscheinliche kontrafaktische Szenario angesehen, dass die Patentstreitigkeiten zwischen den Klägerinnen fortgesetzt worden wären, wenn die Vergleichsvereinbarung nicht geschlossen worden wäre.
- 233 Die Kommission ist somit von der Prämisse ausgegangen, dass der potenzielle Wettbewerb zwischen Teva und Cephalon erhalten geblieben wäre und dass Teva reale und konkrete Möglichkeiten gehabt hätte, in die Märkte für Modafinil einzutreten. Somit hat sie die Wettbewerbssituation, die sich aus der Vergleichsvereinbarung ergab, mit dem Wettbewerbsszenario verglichen, das ohne die Vergleichsvereinbarung wahrscheinlich eingetreten wäre.
- 234 Insoweit ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass in Fällen wie dem vorliegenden zur Erstellung des kontrafaktischen Szenarios nicht endgültig festgestellt werden muss, welche Erfolgsaussichten der Generikahersteller im Patentrechtsstreit gehabt hätte oder wie wahrscheinlich der Abschluss einer den Wettbewerb weniger einschränkenden Vereinbarung gewesen wäre (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 119).
- 235 Mit dem kontrafaktischen Szenario soll nämlich lediglich bestimmt werden, welche realistischen Verhaltensmöglichkeiten dieser Generikahersteller gehabt hätte, wenn die in Rede stehende Vereinbarung nicht geschlossen worden wäre. Die Erfolgsaussichten dieses Herstellers im Rahmen des Patentrechtsstreits bzw. die Wahrscheinlichkeit des Abschlusses einer Vereinbarung, die den Wettbewerb weniger einschränkt als die zwischen diesem Hersteller und dem Hersteller des Originalpräparats, sind insoweit durchaus relevant. Es handelt sich aber lediglich um zwei Gesichtspunkte einer ganzen Reihe von Gesichtspunkten, die bei der Prüfung der Frage zu berücksichtigen sind, wie sich der Markt ohne diese Vereinbarung wahrscheinlich verhalten hätte und welche Struktur er dann gehabt hätte (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 120).
- 236 Zum Nachweis, dass Vergleichsvereinbarungen wie die hier in Rede stehende potenziell oder tatsächlich spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, braucht die Kommission mithin nicht festzustellen, dass es wahrscheinlich gewesen wäre, dass der an diesen Vereinbarungen beteiligte Generikahersteller im Patentrechtsstreit obsiegt hätte oder die Parteien dieser Vereinbarungen einen den Wettbewerb weniger einschränkenden Vergleich geschlossen hätten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 121).
- 237 Schließlich ist das Vorbringen der Klägerinnen zurückzuweisen, die Kommission habe im angefochtenen Beschluss keine negativen Auswirkungen der Vergleichsvereinbarung auf den Wettbewerb auf den Märkten für Modafinil aufgezeigt.

- 238 Wie oben in den Rn. 223 und 235 bereits festgestellt, musste die Kommission realistisch ermitteln, wie sich die Wettbewerbssituation auf den Märkten für Modafinil ohne die Vergleichsvereinbarung vermutlich gestaltet hätte.
- 239 Wie die Kommission zu Recht ausgeführt hat, können in dieser Hinsicht die Ausschaltung einer wichtigen Quelle potenziellen Wettbewerbs durch die Vergleichsvereinbarung und die daraus resultierende Verzögerung des Markteintritts bereits als solche zu negativen Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter, insbesondere auf die Preise, führen.
- 240 Die negativen Auswirkungen der Vergleichsvereinbarung auf den Wettbewerb auf den Märkten für Modafinil sind in den Erwägungsgründen 1213 bis 1253 des angefochtenen Beschlusses veranschaulicht worden.
- 241 In diesem Zusammenhang hat die Kommission im angefochtenen Beschluss darauf hingewiesen, dass Teva die am weitesten fortgeschrittene potenzielle Wettbewerberin von Cephalon auf den Märkten für Modafinil gewesen sei und über reale und konkrete Möglichkeiten verfügt habe, in diese Märkte einzutreten (Abschnitte 8.2.2 und 8.4 und insbesondere Erwägungsgründe 1216 ff. des angefochtenen Beschlusses). Wie aus den Akten hervorgeht, hatte Teva, die beabsichtigte, in die Märkte für Modafinil in verschiedenen Ländern (wie Deutschland, Frankreich, den Niederlanden, Schweden und Spanien) einzutreten, zum Zeitpunkt der Vergleichsvereinbarung in diesen Ländern zu diesem Zweck bereits Anträge auf Zulassung ihres Modafinil-Generikums gestellt, denen zwischen 2005 und 2009 stattgegeben wurde, und dieses Erzeugnis im Vereinigten Königreich bereits auf eigenes Risiko auf den Markt gebracht, nachdem sie am 6. Juni 2005 die Genehmigung erhalten hatte, es dort in Verkehr zu bringen.
- 242 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln diesen Einstieg von Teva in die Modafinil-Märkte beendeten. Das Wettbewerbsverbot hinderte Teva an jeglicher geschäftlichen Tätigkeit in Bezug auf generisches Modafinil, während die Nichtanfechtungsklausel sie als Wettbewerbsbedrohung ausschaltete (Erwägungsgründe 1200 bis 1212 des angefochtenen Beschlusses).
- 243 Außerdem sind diese Verpflichtungen in einer Situation eingegangen worden, in der Teva der Ansicht war, dass ihr Generikum die Patente von Cephalon nicht verletze und deren Patente ungültig seien, was bedeutet, dass die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln in der Vergleichsvereinbarung nicht das Ergebnis einer echten, auf der wahrgenommenen Stärke des Patents beruhenden Beurteilung waren, sondern durch die erhebliche Wertübertragung veranlasst wurden, die mit den in Art. 2 dieser Vereinbarung genannten Transaktionen einherging (Erwägungsgründe 691 bis 694, 1208 und 1209 des angefochtenen Beschlusses).
- 244 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Anfechtung der Gültigkeit und Tragweite eines Patents zum normalen Wettbewerb im Pharmasektor gehört (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 81).
- 245 Daher konnte die Kommission im 1226. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses zu Recht davon ausgehen, dass Teva ohne die Vergleichsvereinbarung wahrscheinlich weiterhin ihren Standpunkt im Patentstreit zwischen ihr und Cephalon im Vereinigten Königreich verteidigt und ihre Bemühungen um einen Eintritt in die Märkte für Modafinil fortgesetzt hätte, was sich auch auf die Wahrscheinlichkeit ausgewirkt hätte, dass andere potenzielle Anbieter von Modafinil-Generika in diese Märkte eintreten.

- 246 In dieser Hinsicht dürfte die Vergleichsvereinbarung, wie die Kommission im 1245. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses zutreffend ausgeführt hat, durch die Beseitigung des wichtigsten Wettbewerbsdrucks auf Cephalon bewirkt haben, dass Cephalon vor dem Preiswettbewerb durch konkurrierende Generikahersteller geschützt wurde. Wäre Teva hingegen in den Markt eingetreten, hätte sie entsprechend dem üblichen Geschäftsmodell neuer Marktteilnehmer, die Generika herstellen, mit den Herstellern von Originalpräparaten, wie Cephalon, über den Preis konkurrieren können.
- 247 In Abschnitt 8.4.3 (Erwägungsgründe 1244 bis 1253) des angefochtenen Beschlusses veranschaulicht die Kommission diesen Preiswettbewerb, indem sie die Preisunterschiede vor und nach dem Eintritt der Generikahersteller in die Arzneimittelmärkte der betroffenen Länder aufzeigt.
- 248 In diesem Zusammenhang hat die Kommission im angefochtenen Beschluss festgestellt, dass Teva nicht nur eine potenzielle Wettbewerberin von Cephalon auf den Märkten für Modafinil war, sondern auch die am weitesten fortgeschrittene Wettbewerbsbedrohung für Cephalon auf diesen Märkten darstellte. Sie ist daher zu Recht zu dem Schluss gekommen, die Vergleichsvereinbarung habe das Risiko des Wettbewerbs und des Eintritts von Teva in die Märkte für Modafinil beseitigt, was sich negativ auf den Wettbewerb auf diesen Märkten ausgewirkt habe. Ein solcher Markteintritt hätte wahrscheinlich zu sinkenden Preisen für Modafinil geführt. Die Analyse der Entwicklung der Märkte für Modafinil nach dem einige Jahre später erfolgten Eintritt anderer Generikahersteller bestätigt die Richtigkeit dieser Analyse.
- 249 Die Tabellen im angefochtenen Beschluss, insbesondere Tabelle 21, veranschaulichen nämlich, dass die Durchschnittspreise für Modafinil am Ende des Durchführungszeitraums der Vereinbarung, als die Generikahersteller in den Markt eintraten, stark gefallen waren. Es ist daher sehr wahrscheinlich, dass derselbe Effekt eingetreten wäre, wenn Teva die Vergleichsvereinbarung nicht unterzeichnet hätte und mit ihrem Generikum früher in die Märkte für Modafinil eingetreten wäre.
- 250 Wie die Kommission geltend macht, können die Auswirkungen auf die Preise erst nach einem tatsächlichen Markteintritt beobachtet werden, wenn der Wettbewerb tatsächlich stattfindet, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein nur potenzieller Wettbewerb die Preise nicht senkt.
- 251 Daher war es der Kommission nicht möglich, die tatsächlichen Auswirkungen der Vergleichsvereinbarung auf den Wettbewerb auf den Märkten für Modafinil zu beobachten, indem sie die Situation potenziellen Wettbewerbs, die dort vor dem Abschluss der Vereinbarung bestanden hatte, mit der Situation fehlenden potenziellen Wettbewerbs auf diesen Märkten nach dem Abschluss der Vereinbarung verglich.
- 252 In diesem Zusammenhang ist das Argument der Klägerinnen, dass Teva ohnehin nicht in den Markt für Modafinil hätte eintreten können, weil sie sich bereit erklärt habe, eine einstweilige Anordnung im Rahmen des damals im Vereinigten Königreich anhängigen Patentstreits zu befolgen, nicht stichhaltig. In Übereinstimmung mit der Kommission ist festzustellen, dass Teva lediglich bereit war, dieser einstweiligen Anordnung für die Dauer des in Rede stehenden Rechtsstreits nachzukommen, und dass das von der Kommission zugrunde gelegte kontrafaktische Szenario nicht auf der Annahme beruhte, dass der Rechtsstreit auf unbestimmte Zeit fortgesetzt worden wäre, sondern darauf, dass der potenzielle Wettbewerb zwischen Teva

und Cephalon ohne die Vergleichsvereinbarung durch die Fortsetzung des Rechtsstreits und die tatsächliche und konkrete Möglichkeit des Eintritts von Teva in den Markt für Modafinil erhalten geblieben wäre.

- 253 Ebenso irrelevant ist das Argument der Klägerinnen, die Kommission habe im angefochtenen Beschluss nicht nachgewiesen, dass Teva tatsächlich in die Märkte der Länder, in denen sie Zulassungen erhalten habe, eingetreten wäre. Die Tatsache, dass Teva diese Zulassungen erhalten hatte, zeigt, dass Teva eine potenzielle Wettbewerberin von Cephalon auf den Märkten für Modafinil war, und ist zugleich ein Indiz dafür, dass sie in diese Märkte eingetreten wäre, wenn sie die Vergleichsvereinbarung mit Cephalon nicht geschlossen hätte.
- 254 Was das Vorbringen der Klägerinnen in Bezug auf andere Hersteller von Modafinil-Generika angeht, trifft es zwar zu, dass diese, wie aus der von der Kommission im angefochtenen Beschluss vorgenommenen Analyse hervorgeht, zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichsvereinbarung noch nicht bereit waren, in den Markt für Modafinil einzutreten. Es ist jedoch unbestritten, dass sie sich mit der Entwicklung ihrer eigenen Modafinil-Generika befassten, um letztendlich in diesen Markt eintreten zu können. Abgesehen davon bestand die wichtigste Auswirkung der Vergleichsvereinbarung darin, den potenziellen Wettbewerb zwischen Cephalon und Teva zu beseitigen, der zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Vereinbarung die größte Wettbewerbsbedrohung für Cephalon auf den Märkten für Modafinil darstellte.
- 255 Nach alledem ist der zweite Klagegrund als unbegründet zurückzuweisen.

3. Dritter Klagegrund: fehlerhafte Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV

- 256 Im Rahmen des dritten, hilfsweise geltend gemachten Klagegrundes tragen die Klägerinnen vor, dass der angefochtene Beschluss mit einem Beurteilungsfehler behaftet sei, soweit er die Beurteilung enthalte, dass die Vergleichsvereinbarung die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht erfülle.
- 257 Erstens habe die Vergleichsvereinbarung dazu beigetragen, die Herstellung oder den Vertrieb von Generika zu verbessern. Als Erstes habe diese Vereinbarung, von einem *Ex-ante*-Standpunkt aus betrachtet, darauf abgezielt, den vorzeitigen Eintritt von Teva in den Generikamarkt zu beschleunigen, und zwar unter der realistischen Annahme, dass die Partikelgrößenpatente von Cephalon bestätigt worden wären. Als Zweites habe die Vergleichsvereinbarung geschäftliche Transaktionen ermöglicht, die einen Mehrwert geboten hätten.
- 258 Zweitens kämen die Vergleichsvereinbarung und die geschäftlichen Transaktionen den Verbrauchern und der Gesellschaft insgesamt zugute. In dieser Hinsicht habe die Vergleichsvereinbarung eine frühere Stärkung des Wettbewerbs durch Generika herbeigeführt. Darüber hinaus hätten die geschäftlichen Transaktionen Patienten, die an der Parkinson-Krankheit litten, einen schnelleren Zugang zu Azilect ermöglicht und durch die Bereitstellung zusätzlicher API-Kapazitäten dafür gesorgt, dass eine größere Zahl von auf Modafinil basierenden Erzeugnissen verfügbar gewesen sei, wodurch die Gefahr von Fälschungen der drei hochwertigen auf Modafinil basierenden Arzneimittel vermieden worden sei.
- 259 Drittens habe die Vergleichsvereinbarung keine Beschränkungen auferlegt, die zur Erzielung der oben genannten Effizienzgewinne und Vorteile nicht unbedingt notwendig gewesen seien.

- 260 Viertens habe die Vergleichsvereinbarung nicht die Möglichkeit eröffnet, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der in Rede stehenden Erzeugnisse auszuschalten. Sie habe im Gegenteil den Markteintritt von Teva ermöglichen sollen. Außerdem habe diese Vereinbarung keinen Einfluss auf die Bemühungen anderer Generikahersteller gehabt, auf dem Markt zu konkurrieren.
- 261 Die Kommission tritt dem Vorbringen der Klägerinnen entgegen.
- 262 Art. 101 Abs. 3 AEUV sieht eine Ausnahme von den Bestimmungen von Art. 101 Abs. 1 AEUV vor, wonach die in Abs. 1 genannten Vereinbarungen, die die Voraussetzungen von Abs. 3 erfüllen, nicht verboten sind.
- 263 Die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV setzt voraus, dass vier kumulative Bedingungen erfüllt sind. Erstens muss die Vereinbarung zur Verbesserung der Erzeugung oder Verteilung der in Rede stehenden Waren oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, zweitens müssen die Verbraucher angemessen an dem entstehenden Gewinn beteiligt werden, drittens dürfen den beteiligten Unternehmen nur unerlässliche Beschränkungen auferlegt werden, und viertens darf die Vereinbarung den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.
- 264 Gemäß Art. 2 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) obliegt „[d]ie Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen des Artikels [101 Abs. 3 AEUV] vorliegen, ... den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die sich auf diese Bestimmung berufen“.
- 265 Die Beweislast trägt demnach das Unternehmen, das die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV beantragt. Die tatsächlichen Gesichtspunkte, auf die sich das Unternehmen beruft, können die andere Partei jedoch zu einer Erläuterung oder Rechtfertigung zwingen, da sonst der Schluss zulässig ist, dass den Anforderungen an die Beweislast genügt wurde (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Oktober 2009, GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610, Rn. 83 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 266 Im vorliegenden Fall hat die Kommission, wie aus den Erwägungsgründen 1269 ff. des angefochtenen Beschlusses hervorgeht, die mögliche Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf den vorliegenden Fall geprüft.
- 267 Die Kommission hat zu Recht festgestellt, dass die von den Klägerinnen vorgebrachten Argumente und Beweise nicht belegen konnten, dass die Vergleichsvereinbarung einschließlich der damit einhergehenden geschäftlichen Transaktionen ausreichende Effizienzgewinne mit sich brachte.
- 268 Das Vorbringen der Klägerinnen zur oben in Rn. 263 genannten ersten Voraussetzung, die Vergleichsvereinbarung habe den Markteintritt von Teva um drei Jahre beschleunigt und wertsteigernde geschäftliche Transaktionen ermöglicht, ist zurückzuweisen.

- 269 Wie bei der Prüfung des ersten Klagegrundes festgestellt wurde, haben die Vergleichsvereinbarung und die Generikarechte, die Cephalon Teva im Rahmen dieser Vereinbarung gewährt hat, den Eintritt von Teva in die Märkte für Modafinil und damit den Wettbewerb durch Generikahersteller auf diesen Märkten nicht beschleunigt, sondern im Gegenteil verzögert.
- 270 Mit der Annahme der Vergleichsvereinbarung gab Teva ihre Versuche auf, als unabhängige Marktteilnehmerin in den Markt für Modafinil einzutreten, obwohl sie bereits ein Modafinil-Generikum entwickelt hatte, das ihrer Auffassung nach die Patente von Cephalon nicht verletzte, dieses Generikum sogar auf den Markt gebracht hatte und zudem in mehreren Ländern die Zulassung dieses Erzeugnisses beantragt hatte. Die Ungewissheit über den Ausgang des zwischen ihr und Cephalon im Vereinigten Königreich anhängigen Patentstreits ändert nichts an dieser Feststellung. Wie oben in Rn. 244 festgestellt, ist der Wettbewerb im Pharmasektor auch dadurch gekennzeichnet, dass die Gültigkeit von Patenten auf Arzneimittel und deren API angefochten wird.
- 271 Im Hinblick auf die in der Vergleichsvereinbarung enthaltenen geschäftlichen Transaktionen hat die Kommission in den Erwägungsgründen 1293 bis 1298 des angefochtenen Beschlusses erläutert, warum diese Transaktionen nicht zu einer Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs von Modafinil-Generika beigetragen hätten. Die Klägerinnen tragen nichts vor, was erläutern könnte, warum die von der Kommission angegebene Begründung falsch sein soll.
- 272 Jedenfalls waren die verschiedenen in der Vergleichsvereinbarung enthaltenen Transaktionen, selbst wenn sie für die Klägerinnen einen kommerziellen Wert oder eine gewisse Logik gehabt hätten, nicht zwangsläufig mit Effizienzgewinnen verbunden, die eine Freistellung dieser Vereinbarung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV rechtfertigen könnten. Wie sich insoweit aus Ziff. 49 der Leitlinien zur Anwendung von Artikel [101 Abs. 3 AEUV] (ABl. 2004, C 101, S. 97) ergibt, werden „die Effizienzgewinne nicht vom subjektiven Standpunkt der Parteien aus beurteilt“, weil lediglich objektive Vorteile Berücksichtigung finden können.
- 273 Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Kommission zu Recht festgestellt hat, dass die erste Voraussetzung für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV im vorliegenden Fall nicht erfüllt ist. Da die vier Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV kumulativ sind, ist das Vorbringen der Klägerinnen zu den anderen drei Voraussetzungen als ins Leere gehend zurückzuweisen.
- 274 Der dritte Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

4. Vierter Klagegrund: gegen die Klägerinnen verhängte Geldbußen

- 275 Im Rahmen des vierten Klagegrundes, der hilfsweise geltend gemacht wird, tragen die Klägerinnen vor, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss gegen die Grundsätze der Rechtssicherheit, des Rückwirkungsverbots und des Vertrauensschutzes sowie gegen den Grundsatz *nullum crimen sine lege* und *nulla poena sine lege* verstoßen habe, indem sie den Klägerinnen erhebliche Geldbußen auferlegt habe. Mit dem ersten Teil beantragen sie die vollständige Aufhebung dieser Geldbußen. Mit dem zweiten Teil beantragt Teva, die gegen sie verhängte Geldbuße in erheblichem Umfang teilweise aufzuheben.

a) Erster Teil des vierten Klagegrundes

- 276 Die Klägerinnen machen geltend, dass die Kommission nach den oben in Rn. 275 genannten Grundsätzen von der Verhängung einer Geldbuße abzusehen habe, wenn die beteiligten Unternehmen zum Zeitpunkt der Begehung der ihnen zur Last gelegten Zuwiderhandlung vernünftigerweise nicht hätten vorhersehen können, dass das in Rede stehende Verhalten gegen das Wettbewerbsrecht der Union verstoße.
- 277 Dies sei hier der Fall gewesen. Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichsvereinbarung hätten die Klägerinnen nämlich in einem rechtlichen Umfeld gehandelt, in dem Art. 101 AEUV noch nie auf diese Art von Vereinbarungen angewandt worden sei. Außerdem habe sich Teva, da es keine Präzedenzfälle im Wettbewerbsrecht der Union und keine Hinweise der Kommission zur Rechtmäßigkeit von Vergleichsvereinbarungen in einem Patentstreit im Licht dieses Rechts gegeben habe, legitimerweise auf die in den Vereinigten Staaten verfügbaren Leitlinien stützen dürfen.
- 278 Die Klägerinnen machen ferner geltend, dass die Vergleichsvereinbarung keine Vereinbarung gewesen sei, die mit einer Barzahlung des Herstellers des Originalpräparats an den Generikahersteller einhergehe. Für jede der in dieser Vereinbarung enthaltenen Transaktionen habe es eigenständige und unabhängige kommerzielle Rechtfertigungen gegeben, so dass dieser Vereinbarung kein einheitliches und übergeordnetes Ziel der Marktaufteilung zugrunde liege. Schließlich hätten die Beurteilungen der Kommission im angefochtenen Beschluss im Widerspruch zu ihren eigenen Feststellungen im Siebten Bericht über die Überwachung und Kontrolle von Vergleichsvereinbarungen in Patentstreitigkeiten gestanden, der im Rahmen der Untersuchung des Arzneimittelsektors nach Art. 17 der Verordnung Nr. 1/2003 erstellt worden sei, um zum einen die Ursachen für den Rückgang der Innovation im Arzneimittelsektor, gemessen an der Zahl der neuen Erzeugnisse, die auf die Arzneimittelmärkte gelangten, und zum anderen die Gründe für den späten Eintritt bestimmter Generika in diese Märkte zu ermitteln. In diesem Bericht habe die Kommission nämlich festgestellt, dass die wettbewerbsrechtliche Bewertung von Vergleichsvereinbarungen zwischen den Herstellern von Originalpräparaten und den Generikaherstellern sich als problematisch erweisen könne.
- 279 Die Kommission tritt dem Vorbringen der Klägerinnen entgegen.
- 280 Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass gegen ein Unternehmen wegen einer Verhaltensweise, die in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, Sanktionen verhängt werden können, wenn sich das Unternehmen über die Wettbewerbswidrigkeit seines Verhaltens nicht im Unklaren sein konnte, gleichviel, ob ihm dabei bewusst war, dass es gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags verstieß. Es reicht daher aus, dass dieses Unternehmen erkennen konnte, dass sein Verhalten nach Art. 101 Abs. 1 AEUV wettbewerbswidrig war (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. März 2021, Lundbeck/Kommission, C-591/16 P, EU:C:2021:243, Rn. 156 bis 158).
- 281 Aus der Rechtsprechung geht ferner hervor, dass die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Gesetzmäßigkeit der Strafen zwar verlangen, dass das Unionsrecht klar und bestimmt sein muss, damit die Betroffenen die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten unzweideutig erkennen und somit ihre Vorkehrungen treffen können, dass diese Grundsätze aber nicht so verstanden werden können, dass sie die schrittweise Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche

Verantwortlichkeit durch Auslegung seitens der Gerichte untersagen, sofern diese hinreichend vorhersehbar ist (Urteil vom 25. März 2021, Lundbeck/Kommission, C-591/16 P, EU:C:2021:243, Rn. 166).

- 282 Im Rahmen der Prüfung des ersten Klagegrundes wurde festgestellt, dass die Vergleichsvereinbarung darauf abzielte, Teva als Wettbewerberin von Cephalon zumindest zeitweise von den Märkten für Modafinil auszuschließen. Marktausschlussvereinbarungen stellen jedoch eine extreme Form der nach Art. 101 Abs. 1 AEUV ausdrücklich verbotenen Marktaufteilung und Produktionsbeschränkung dar.
- 283 Daher konnte den Klägerinnen nicht entgangen sein, dass der Abschluss der Vergleichsvereinbarung, soweit sie Wettbewerbsverbots- und Nichtanfechtungsklauseln enthielt, im Hinblick auf das Wettbewerbsrecht der Union problematisch war.
- 284 Die anderen von den Klägerinnen vorgebrachten Argumente können diese Feststellung nicht in Frage stellen.
- 285 Insbesondere das Argument der Klägerinnen, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichsvereinbarung die Mehrheit der US-Gerichte die Auffassung vertreten habe, dass Patentvergleichsvereinbarungen nicht gegen kartellrechtliche Vorschriften verstießen, ist irrelevant. Im vorliegenden Fall war für die Anwendung von Art. 101 AEUV nämlich allein das Wettbewerbsrecht der Union von Bedeutung, so dass die Entscheidungen US-amerikanischer Rechtsprechungsorgane nicht zu berücksichtigen waren. Zudem war die US-amerikanische Rechtsprechung, wie die Kommission im 1364. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses zutreffend festgestellt hat, zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichsvereinbarung nicht einheitlich, und Vergleichsvereinbarungen gegen umgekehrte Zahlung wurden von der Federal Trade Commission (Bundesbehörde für Wettbewerb, Vereinigte Staaten) nach US-amerikanischem Antitrustrecht beanstandet, so dass sich die Klägerinnen jedenfalls nicht auf klare Vorgaben des Antitrustrechts der Vereinigten Staaten berufen konnten.
- 286 Auch das Argument der Klägerinnen, der angefochtene Beschluss stehe im Widerspruch zu den Feststellungen des Berichts über die Überwachung und Kontrolle von Vergleichsvereinbarungen in Patentstreitigkeiten, kann keinen Erfolg haben. Die Tatsache, dass die Kommission in diesem Bericht festgestellt hatte, dass die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Vergleichsvereinbarungen zwischen den Herstellern von Originalpräparaten und den Generikaherstellern sich als problematisch erweisen könne, bedeutete nicht, dass diese Vereinbarungen nicht unter das Wettbewerbsrecht fielen oder dass sie notwendigerweise mit ihm vereinbar seien. Außerdem geht aus diesem Bericht klar hervor, dass die Kommission der Ansicht war, dass Vergleichsvereinbarungen, die vordergründig den vorzeitigen Markteintritt eines Generikums vorsehen, in Wirklichkeit als Beschränkung eines solchen Markteintritts zu bewerten sind, wenn dieser nicht sofort erfolgt und die an ihn geknüpften Bedingungen in der Praxis alle seine positiven Auswirkungen auf den Wettbewerb zunichtemachen. Genau das war jedoch bei der Vergleichsvereinbarung der Fall.
- 287 Darüber hinaus ist die Tatsache, dass die Kommission zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichsvereinbarung noch keine Geldbußen wegen ähnlicher Zuwiderhandlungen verhängt hatte, irrelevant. Es ist nämlich bereits entschieden worden, dass die Verhängung von Geldbußen, die über ein symbolisches Niveau hinausgehen, auch dann nicht gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstößt, wenn die durch die Vergleichsvereinbarungen

aufgeworfenen Fragen neuartig und komplex sind und es keine Präzedenzfälle gibt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. März 2021, Lundbeck/Kommission, C-591/16 P, EU:C:2021:243, Rn. 165).

- 288 In Bezug auf den von den Klägerinnen geltend gemachten Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes ist darauf hinzuweisen, dass sich nach gefestigter Rechtsprechung jeder auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen kann, bei dem die Unionsverwaltung begründete Erwartungen geweckt hat, wobei eine Verletzung dieses Grundsatzes nur dann geltend gemacht werden kann, wenn die Verwaltung präzise, nicht an Bedingungen geknüpfte und übereinstimmende Zusicherungen von zuständiger und zuverlässiger Seite gegeben hat (vgl. Urteil vom 8. September 2010, Deltafina/Kommission, T-29/05, EU:T:2010:355, Rn. 427 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 289 Im vorliegenden Fall genügt die Feststellung, dass die Klägerinnen nicht behaupten, geschweige denn beweisen, dass die Kommission ihnen solche Zusagen gemacht habe.
- 290 In Bezug auf den von den Klägerinnen geltend gemachten Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot genügt die Feststellung, dass dieses Vorbringen in keiner Weise substantiiert ist.
- 291 Schließlich ist das Argument der Klägerinnen, dass die Vergleichsvereinbarung keine Barzahlung von Cephalon an Teva vorgesehen habe, irrelevant. Im Rahmen der Prüfung des ersten Klagegrundes wurde festgestellt, dass die einzige plausible Erklärung für die Zahlungen, die zur Durchführung der in der Vergleichsvereinbarung enthaltenen geschäftlichen Transaktionen vorgesehen waren, darin bestand, dass sie Teva veranlassen sollten, die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln dieser Vereinbarung zu akzeptieren und somit darauf zu verzichten, mit Cephalon auf den Märkten für Modafinil in Leistungswettbewerb zu treten.
- 292 Folglich ist der erste Teil des vierten Klagegrundes zurückzuweisen.

b) Zweiter Teil des vierten Klagegrundes

- 293 Mit dem zweiten Teil wirft Teva der Kommission vor, ihr eine Geldbuße auferlegt zu haben, die völlig willkürlich und ungerechtfertigt sei, weil die finanzielle Wertübertragung kein hinreichend großes Ausmaß erreicht habe, wodurch die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes verletzt worden seien.
- 294 Die Kommission tritt dem Vorbringen von Teva entgegen.
- 295 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die 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) darauf beruhen, dass bei der Festsetzung des Grundbetrags der zu verhängenden Geldbußen der Wert der im Zusammenhang mit der geahndeten Zuwiderhandlung stehenden Umsätze berücksichtigt wird, die mit den in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen erzielt wurden. Diese Leitlinien sehen in ihren Ziff. 6 und 13 vor, dass diese Umsätze in Verbindung mit der Dauer der Zuwiderhandlung „die wirtschaftliche Bedeutung der Zuwiderhandlung und das jeweilige Gewicht des einzelnen an [dieser] Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmens angemessen wiederg[eben]“ sollen.

- 296 Allerdings kann sich diese Methode manchmal als für die besonderen Umstände einer Rechtssache ungeeignet erweisen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein Unternehmen, das für eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV verantwortlich ist, keine Umsätze auf den in Rede stehenden Märkten erzielt. In einer Situation dieser Art darf die Kommission eine andere Berechnungsmethode als die in den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen beschriebene anwenden und nach Ziff. 37 dieser Leitlinien den Grundbetrag der gegen das betroffene Unternehmen verhängten Geldbuße pauschal festsetzen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Oktober 2015, AC-Treuhand/Kommission, C-194/14 P, EU:C:2015:717, Rn. 65 bis 67).
- 297 Im vorliegenden Fall steht fest, dass Teva aufgrund des eigentlichen Zwecks der Vergleichsvereinbarung, bei der es sich um eine Vereinbarung zum Ausschluss vom in Rede stehenden Markt handelt, während des Zeitraums der Zuwiderhandlung auf diesem Markt nicht vertreten war und somit keine Umsätze auf diesem Markt erzielt hat.
- 298 Die Kommission war daher nicht in der Lage, von Teva auf dem relevanten Markt während der Zuwiderhandlung erzielte Umsätze zugrunde zu legen, so dass sie wegen dieses besonderen Umstands auf der Grundlage von Ziff. 37 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen berechtigt war, von der in diesen Leitlinien dargelegten Methode abzuweichen.
- 299 Es trifft zwar zu, dass die Kommission in anderen Fällen, in denen es um Patentvergleichsvereinbarungen ging, die gegen Art. 101 AEUV verstießen und in denen die Generikahersteller keine Umsätze auf den Märkten für diese Arzneimittel erzielt hatten, bei der Festsetzung der Geldbußen den Wert berücksichtigt hatte, den der Hersteller der Originalpräparate dem Generikahersteller als Anreiz zum Fernbleiben von den betreffenden Märkten übertragen hatte, ohne den Umsatz des Generikaherstellers zu schätzen.
- 300 Die Kommission war jedoch nicht an ihre frühere Entscheidungspraxis gebunden, weil diese jedenfalls nicht den rechtlichen Rahmen für die Berechnung der Geldbußen bildet (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. Oktober 2005, Groupe Danone/Kommission, T-38/02, EU:T:2005:367, Rn. 153 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 301 Darüber hinaus hat die Kommission in den Erwägungsgründen 1386 bis 1391 des angefochtenen Beschlusses erläutert, aus welchem Grund die gegen Teva verhängte Geldbuße nicht nach der Wertübertragung bemessen werden konnte, die Teva im Rahmen der Vergleichsvereinbarung und der darin enthaltenen geschäftlichen Transaktionen erhalten hatte. Die Wertübertragung war nämlich in diese Transaktionen integriert. Abgesehen davon, dass es schwierig war, den Wert, der Teva im Rahmen von vier der fünf in Art. 2 der Vergleichsvereinbarung genannten Transaktionen übertragen wurde, genau zu schätzen, erwies sich dies in Bezug auf die Übermittlung der CEP-1347-Daten als unmöglich. Im maßgeblichen Zeitraum stellte die Übermittlung dieser Daten für Teva einen erheblichen Anreiz dar, die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zu akzeptieren, was die Kommission bei der Festsetzung der gegen Teva zu verhängenden Geldbuße nicht außer Acht lassen durfte, weil andernfalls die abschreckende Wirkung dieser Geldbuße beeinträchtigt worden wäre.
- 302 In Anbetracht des besonderen Umstands, dass der auf Teva übertragene Wert nicht hinreichend genau geschätzt werden konnte, und um ein ausreichendes Maß an Abschreckung zu erreichen, hat sich die Kommission für eine pauschale Festsetzung der gegen Teva verhängten Geldbuße entschieden.

- 303 Die Klägerinnen können jedoch nicht mit Erfolg geltend machen, dass diese Festsetzung willkürlich sei.
- 304 Bei der Festsetzung der gegen Teva verhängten Geldbuße hat die Kommission nämlich in angemessener Weise die gegen Cephalon verhängte Geldbuße – vor Anwendung der Grenze von 10 % des Umsatzes dieses Unternehmens – als Bezugspunkt herangezogen. Hierzu hat die Kommission, wie aus den Erwägungsgründen 1393 bis 1395 des angefochtenen Beschlusses hervorgeht, festgestellt, dass:
- die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung von Teva und der von Cephalon gleich gewesen seien;
 - die gegen Teva verhängte Geldbuße die gegen Cephalon verhängte nicht übersteigen sollte, weil der ihr entgangene Gewinn wahrscheinlich geringer sei als der tatsächliche Gewinn von Cephalon;
 - auch andere Faktoren hätten berücksichtigt werden müssen, wie etwa die Tatsache, dass Teva ein größeres Unternehmen gewesen sei (im Jahr 2010, dem letzten vollen Jahr der Zuwiderhandlung und dem Jahr vor der tatsächlichen Übernahme von Cephalon durch Teva, habe sich der weltweite Umsatz von Teva auf 12,16 Mrd. Euro belaufen, während der weltweite Umsatz von Cephalon bei ca. 2,12 Mrd. Euro gelegen habe), und dass Teva sich in einer starken Verhandlungsposition befunden habe.
- 305 Soweit die Klägerinnen der Kommission vorwerfen, gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen zu haben, ist ihr Vorbringen zurückzuweisen. Wie aus der oben in Rn. 300 angeführten Rechtsprechung hervorgeht, ist die Kommission nämlich nicht an ihre bisherige Praxis gebunden. Was den von den Klägerinnen gerügten Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes angeht, genügt der Hinweis, dass sie nicht einmal im Sinne der oben in Rn. 288 angeführten Rechtsprechung geltend machen, die Kommission habe ihnen in irgendeiner Weise präzise, nicht an Bedingungen geknüpfte und übereinstimmende Zusicherungen hinsichtlich der Berechnungsmethode gegeben, die sie bei der Festsetzung der gegen Teva verhängten Geldbuße anwenden werde.
- 306 Aus dem Vorstehenden folgt, dass der zweite Teil des vierten Klagegrundes und folglich der vierte Klagegrund, soweit er auf die Aufhebung der gegen die Klägerinnen verhängten Geldbußen gerichtet ist, zurückzuweisen sind.
- 307 Im Licht aller vorstehenden Erwägungen sind die Anträge der Klägerinnen auf Nichtigerklärung des angefochtenen Beschlusses daher zurückzuweisen.

B. Zu den Anträgen auf Abänderung der gegen die Klägerinnen verhängten Geldbußen

- 308 Mit ihrem zweiten und ihrem dritten Antrag begehren die Klägerinnen die Aufhebung bzw. die Herabsetzung der Geldbuße.
- 309 In dieser Hinsicht ist zur gerichtlichen Kontrolle von Entscheidungen der Kommission, mit denen eine Geldbuße wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsvorschriften verhängt wird, darauf hinzuweisen, dass die Rechtmäßigkeitskontrolle durch die dem Unionsrichter in Art. 31 der Verordnung Nr. 1/2003 im Einklang mit Art. 261 AEUV eingeräumte Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung ergänzt wird. Diese Befugnis ermächtigt den Richter über die reine

Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme hinaus, die Beurteilung der Kommission durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen und demgemäß gegebenenfalls die verhängte Geldbuße oder das verhängte Zwangsgeld aufzuheben, herabzusetzen oder zu erhöhen.

- 310 Das Gericht ist jedoch im Rahmen seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung der Auffassung, dass keiner der von den Klägerinnen im Rahmen der vorliegenden Rechtssache geltend gemachten Gesichtspunkte und auch kein von Amts wegen zu berücksichtigender Gesichtspunkt es rechtfertigt, dass es gemäß Art. 261 AEUV und Art. 31 der Verordnung Nr. 1/2003 von seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung Gebrauch macht, um die von der Kommission festgesetzten Geldbußen herabzusetzen.
- 311 Die Anträge auf Aufhebung oder Herabsetzung der gegen die Klägerinnen verhängten Geldbußen sind daher zurückzuweisen, so dass die Klage insgesamt abzuweisen ist.

IV. Kosten

- 312 Nach Art. 134 Abs. 1 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerinnen unterlegen sind, sind ihnen gemäß dem Antrag der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Dritte erweiterte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Teva Pharmaceutical Industries Ltd und die Cephalon Inc. tragen die Kosten.

Schalin

Jaeger

Škvařilová-Pelzl

Nömm

Kukovec

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 18. Oktober 2023.

Unterschriften