

## Zu Vereinbarungen zwischen Arzneimittel-Patentinhaber und Generika-Hersteller

Art. 101 AEUV; Art. 23 VO 1/2003

### Leitsätze

1. Die Anwendung des Art. 101 AEUV auf horizontale Vereinbarungen setzt voraus, dass die beteiligten Unternehmen tatsächliche oder zumindest potenzielle Wettbewerber sind. Für das Verhältnis zwischen Patentinhaber und Generikahersteller kommt es darauf an, ob der Generikahersteller im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung reale und konkrete Möglichkeiten gehabt hätte, in den Markt einzutreten.
2. Eine Vereinbarung zwischen Patentinhaber und Generikahersteller über die Modalitäten des Markteintritts durch den Generikahersteller bezweckt eine Beschränkung des Wettbewerbs, wenn sie sich allein durch das Interesse beider Parteien an der Vermeidung von Leistungswettbewerb erklären lässt. Für die Einstufung einer Vereinbarung als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung ist nicht erforderlich, dass Vereinbarungen gleicher Art von der Kommission bereits geahndet worden sind.
3. Für die bußgeldrechtliche Ahndung eines Verhaltens kommt es allein darauf an, ob das Unternehmen die Wettbewerbswidrigkeit erkennen konnte, nicht darauf, ob das Unternehmen die Wettbewerbswidrigkeit tatsächlich erkannt hat. Es verstößt nicht gegen den Grundsatz der Bestimmtheit des anwendbaren Rechts, wenn eine schrittweise Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch Auslegung durch die Gerichte erfolgt.
4. Die nationalen Wettbewerbsbehörden können kein berechtigtes Vertrauen darauf begründen, dass ein Verhalten nicht gegen Art.101 AEUV verstößt, da sie nicht befugt sind, eine Negativentscheidung zu erlassen. (Leitsätze der Redaktion)

---

EuGH, Urteil v. 25.3.2021 – C-591/16 P – Lundbeck

---

### Zum Sachverhalt:

Die dänische Unternehmensgruppe Lundbeck ist ein forschendes Arzneimittelunternehmen. Sie war Inhaberin verschiedener Patente für das Antidepressivum Citalopram. Vor Auslaufen des Patenschutzes schloss sie mit vier Generikaherstellern sechs Vereinbarungen über die Produktion und den Vertrieb von Citalopram in verschiedenen Ländern des EWR. Darin wurde festgestellt, dass der beabsichtigte Vertrieb von Citalopram-Generika in einer Übergangszeit am Ende der Laufzeit der Patente gegen diese verstoßen könnte. Für diese Zeiträume wurden Regelungen über die Vermeidung von Schutzrechtsverletzungen getroffen; Lundbeck verpflichtete sich zu Geldzahlungen und zur späteren Lieferung des Wirkstoffes. Die Kommission verhängte für diese Vereinbarungen durch Beschluss vom 19.6.2013 Geldbußen in Höhe von fast EUR 94 Mio. gegen Gesellschaften der Lundbeck-Gruppe. Das Gericht wies die Klage dagegen durch Urteil vom 8.9.2016 ab (NZKart 2016, 480). Der Gerichtshof weist das Rechtsmittel von Lundbeck zurück. \*

Zugleich mit dem Urteil Lundbeck verkündete der Gerichtshof fünf weitere, teilweise wortgleiche, durchweg die Rechtsmittel zurückweisende Urteile in entsprechenden Fällen.

**Das Urteil Xellia ist nachstehend auf S. 294 wiedergegeben. Die anderen Urteile betreffen Rechtsmittel von Sun Pharmaceutical (C-586/16 P), Generics (C-588/16 P), Arrow (C-601/16 P) und Merck KGaA (C-614/16 P).**

**Zur Einordnung:**

**Das Urteil und die fünf anderen, gleichzeitig verkündeten Urteile zu Vereinbarungen zwischen forschenden und nachahmenden Arzneimittelherstellern bestätigen zusammen mit dem früheren (Vorlage-)Urteil vom 30.1.2020 (Generics, NZKart 2020, 131) die grundsätzlich kritische Beurteilung von Vereinbarungen über den Markteintritt, die von Generikaherstellern geschlossen werden (insbesondere sog. Pay for delay-Vereinbarungen).**

**Aus den Gründen:**

**Der Gerichtshof befasst sich zunächst mit dem Wettbewerbsverhältnis zwischen Lundbeck und den Generikaherstellern. Dabei nimmt er weitgehend Bezug auf sein Urteil in der Vorlegesache Generics vom 30.1.2020 (C-307/18, NZKart 2020, 131):\***

**52**Insoweit ist festzustellen, dass das Verhalten von Unternehmen nur dann unter das generelle Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, wenn eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise, also eine Absprache, vorliegt und diese den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts spürbar einschränkt (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 31).

**53**Letzteres setzt bei Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit zwischen Unternehmen, die auf derselben Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig sind, voraus, dass die Absprache zwischen Unternehmen erfolgt, die tatsächliche oder zumindest potenzielle Wettbewerber sind (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 32).

**54**Um zu beurteilen, ob ein auf einem Markt nicht vertretenes Unternehmen mit einem oder mehreren anderen dort bereits vertretenen Unternehmen in einem Verhältnis des potenziellen Wettbewerbs steht, muss festgestellt werden, ob für das nicht auf dem Markt vertretene Unternehmen reale und konkrete Möglichkeiten bestehen, in den Markt einzutreten und mit dem oder den auf dem Markt vertretenen Unternehmen in Wettbewerb zu treten (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**55**Bei Vereinbarungen wie den streitigen, die bewirken, dass mehrere Unternehmen vorübergehend vom Markt ferngehalten werden, ist im Hinblick auf die Struktur und das wirtschaftliche und rechtliche Umfeld des Marktes zu prüfen, ob für diese Unternehmen ohne die Vereinbarungen reale und konkrete Möglichkeiten bestanden hätten, in den Markt einzutreten und mit den dort vertretenen Unternehmen in Wettbewerb zu treten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 37 und 39).

**61**Danach ist im vorliegenden Fall die Feststellung des Gerichts, dass die Kommission nicht positiv den Nachweis zu erbringen habe, dass das Citalopram, das die Generikahersteller in Verkehr hätten bringen wollen, nicht die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck verletzt habe, und dass der Umstand, dass Lundbeck Inhaberin solcher Patente sei, der Feststellung, dass Lundbeck und die Generikahersteller po-

tenzielle Wettbewerber gewesen seien, nicht entgegenstehe (angefochtenes Urteil, Rn. 117 bis 132, 157 bis 167 und 195), entgegen dem Vorbringen von Lundbeck rechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere hat das Gericht weder gegen die für die neuen Verfahrenspatente von Lundbeck streitende Vermutung der Gültigkeit noch gegen die für Feststellung der in Art. 101 AEUV genannten Verhaltensweisen geltenden Beweislastregeln verstoßen.

**66**Zu den Beweisen dafür, dass Lundbeck und die Generikahersteller zumindest potenzielle Wettbewerber waren, ist bereits oben in Rn. 57 festgestellt worden, dass bei Vereinbarungen wie den streitigen bei der Beurteilung der Frage, ob der Hersteller des Originalpräparats und der Generikahersteller potenzielle Wettbewerber sind, auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung über die gütliche Beilegung des zwischen ihnen bestehenden Rechtsstreits über die Verfahrenspatente abzustellen ist (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 43). Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine solche Vereinbarung zu einem Zeitpunkt geschlossen wird, zu dem keine der Parteien der Vereinbarung Gewissheit darüber hat, ob das Verfahrenspatent des Herstellers des Originalpräparats gültig ist und ob das Generikum, das der Generikahersteller auf den Markt bringen will, Patente verletzt (vgl. in diesem Sinne, Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 52).

**78**Hierzu wird in Rn. 142 des angefochtenen Urteils im Einzelnen ausgeführt, dass die Kommission bei den einzelnen Generikaherstellern jeweils sorgfältig geprüft habe, ob sie reale und konkrete Möglichkeiten gehabt hätten, in den Markt einzutreten. Sie habe sich dabei auf objektive Elemente gestützt, etwa die bereits getätigten Investitionen, die Schritte, die unternommen worden seien, um eine Genehmigung für das Inverkehrbringen zu erhalten, und die mit den API-Lieferanten geschlossenen Liefervereinbarungen. Ferner hat das Gericht in Rn. 144 des angefochtenen Urteils klargestellt, dass der überzeugendste Gesichtspunkt darin liege, dass Lundbeck Vereinbarungen mit den Generikaherstellern geschlossen habe, um deren Markteintritt zu verzögern, worauf der Gerichtshof bereits im Urteil vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 55 und die dort angeführte Rechtsprechung), hingewiesen hat.

**79**Im Übrigen hat das Gericht in Rn. 254 des angefochtenen Urteils entgegen dem Vorbringen von Lundbeck im Rahmen des zweiten Teils des vierten Rechtsmittelgrundes keine Beweislastumkehr zulasten von Lundbeck vorgenommen. Das Gericht hat sich dort im Wesentlichen auf die Feststellung beschränkt, dass Lundbeck keine Beweise vorgelegt habe, die geeignet gewesen wären, die Schlüsse, die sich aus den von der Kommission im streitigen Beschluss herangezogenen Beweisen ergäben, zu entkräften. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs können im Bereich der Verantwortlichkeit für eine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln die tatsächlichen Gesichtspunkte, auf die sich eine Partei beruft, die andere Partei nämlich zu einer Erläuterung oder Rechtfertigung zwingen, da sonst der Schluss zulässig ist, dass den Anforderungen an die Beweislast genügt wurde (Urteile vom 1. Juli 2010, Knauf Gips/Kommission, C-407/08 P, EU:C:2010:389, Rn. 80, und vom 18. Januar 2017, Toshiba/Kommission (C-623/15 P, nicht veröffentlicht, EU:C:2017:21, Rn. 52).

**84**Denn bestehen, wie im Wesentlichen oben in Rn. 57 ausgeführt, keine unüberwindlichen Marktzutrittsschranken, setzt ein potenzieller Wettbewerb zwischen dem Generikahersteller

und dem Hersteller des Originalpräparats lediglich voraus, dass der Generikahersteller ausreichende Vorbereitungsmaßnahmen getroffen hat, um innerhalb einer Frist, die geeignet ist, Wettbewerbsdruck auf den Hersteller des Originalpräparats auszuüben, in den betreffenden Markt eintreten zu können. Es kommt insoweit nicht darauf an, ob die Vorbereitungsmaßnahmen wie geplant abgeschlossen wurden oder erfolgreich waren, wie das Gericht in den Rn. 313 und 314 des angefochtenen Urteils zutreffend festgestellt hat.

**85**In diesem Sinne hat der Gerichtshof im Übrigen bereits darauf hingewiesen, dass im Arzneimittelsektor ein potenzieller Wettbewerb weit vor Ablauf eines Patents für den Wirkstoff des Originalpräparats stattfinden kann, da die Generikahersteller bei Ablauf des Patents bereit sein wollen, in den Markt einzutreten (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 51).

**87**Die Feststellung des Gerichts in Rn. 171 des angefochtenen Urteils, dass die Schritte, die die betreffenden Generikahersteller jeweils unternommen hätten, um für die betreffenden Arzneimittel eine Genehmigung für das Inverkehrbringen zu erhalten, aussagekräftige Indizien dafür darstellten, dass sie und Lundbeck potenzielle Wettbewerber gewesen seien, ist daher rechtlich nicht zu beanstanden.

**88**Ferner ist festzustellen, dass die Feststellung, dass Lundbeck und sie potenzielle Wettbewerber gewesen seien, bei den einzelnen Generikaherstellern jeweils auf ein Bündel übereinstimmender Indizien gestützt ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 44). So hat das Gericht nicht nur die jeweiligen realen und konkreten Möglichkeiten der einzelnen Generikahersteller, die Genehmigungen für das Inverkehrbringen oder vergleichbare Zulassungen zu erhalten, sondern auch, wie sich aus Rn. 181 des angefochtenen Urteils ergibt, eine Reihe von Faktoren berücksichtigt, mit denen der spezifischen Situation jedes einzelnen Generikaherstellers zum Zeitpunkt des Abschlusses der streitigen Vereinbarungen Rechnung getragen wurde, sowie den Umstand, dass Lundbeck mit Generikaherstellern, die noch nicht auf dem Markt vertreten waren, Vereinbarungen geschlossen hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 55 bis 57).

**89**Deshalb ist auch die im angefochtenen Urteil enthaltene Feststellung des Gerichts, dass Lundbeck im Vereinigten Königreich und in den übrigen Ländern des EWR potenzielle Wettbewerberin von Merck (GUK) (wie sich auch aus den heute in den Rechtssachen C-588/16 P, Generics (UK)/Kommission [Rn. 36], und C-614/16 P, Merck/Kommission [Rn. 45], verkündeten Urteilen ergibt), im Vereinigten Königreich und in Dänemark potenzielle Wettbewerberin von Arrow (wie sich auch aus dem heute in der Rechtssache C-601/16 P, Arrow Group und Arrow Generics/Kommission [Rn. 48], verkündeten Urteil ergibt) und im EWR potenzielle Wettbewerberin von Alpharma und Ranbaxy gewesen sei (wie sich auch aus den heute in den Rechtssachen C-611/16 P, Xellia Pharmaceuticals und Alpharma/Kommission [Rn. 59], und C-586/16 P Sun Pharmaceutical Industries und Ranbaxy [UK]/Kommission [Rn. 43] verkündeten Urteilen ergibt), rechtlich nicht zu beanstanden.

EUGH: Zu Vereinbarungen zwischen Arzneimittel-Patentinhaber und Generika-Hersteller(NZKart 2021, 291)

293

**Anschließend geht es um die Einordnung der Vereinbarungen als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung:\***

**112** Was als Erstes den ersten, den zweiten und den vierten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes betrifft, hat der Gerichtshof, wie das Gericht in Rn. 343 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, bereits entschieden, dass der Begriff der „bezweckten Beschränkung“ eng auszulegen ist. Unter ihn fallen nur solche Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die den Wettbewerb nach ihrem Inhalt, den mit ihnen verfolgten Zielen und dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie stehen, für sich genommen hinreichend beeinträchtigen, um davon ausgehen zu können, dass die Prüfung ihrer Wirkungen nicht notwendig ist. Bestimmte Formen der Absprache zwischen Unternehmen können nämlich schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 67 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**113** Zu vergleichbaren Vereinbarungen zur gütlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten über ein Patent für ein Verfahren zur Herstellung eines gemeinfreien Wirkstoffs, die der Hersteller des Originalpräparats mit mehreren Generikaherstellern geschlossen hatte und die bewirkten, dass der Markteintritt von Generika verzögert wurde, während der Hersteller des Originalpräparats dafür Werte monetärer oder nicht monetärer Art auf die Generikahersteller übertrug, hat der Gerichtshof entschieden, dass solche Vereinbarungen nicht generell als „bezweckte Beschränkungen“ im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV angesehen werden können (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 84 und 85).

**114** Eine solche Vereinbarung ist jedoch als bezweckte Einschränkung des Wettbewerbs einzustufen, wenn ihre Prüfung ergibt, dass sich die vereinbarten Wertübertragungen allein durch das geschäftliche Interesse erklären lassen, das sowohl der Patentinhaber als auch das Unternehmen, dem vorgeworfen wird, das Patent zu verletzen, an der Vermeidung von Leistungswettbewerb haben, da Vereinbarungen, mit denen sich Wettbewerber bewusst für eine praktische Zusammenarbeit entscheiden anstatt sich auf einen mit Risiken verbundenen Wettbewerb einzulassen, ganz offensichtlich eine „bezweckte Beschränkung“ darstellen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 83 und 87).

**115** Hierzu ist im Einzelfall zu bestimmen, ob der positive Nettosaldo der vom Hersteller des Originalpräparats auf den Generikahersteller übertragenen Werte hoch genug ist, um den Generikahersteller tatsächlich dazu zu veranlassen, vom Eintritt in den Markt abzusehen und mit dem Hersteller des Originalpräparats nicht in Leistungswettbewerb zu treten, wobei er nicht unbedingt höher sein muss als die Gewinne, die der Generikahersteller erzielt hätte, wenn er im Patentrechtsstreit obsiegt hätte (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 93 und 94).

**130** Wie das Gericht in den Rn. 438 und 774 des angefochtenen Urteils zutreffend ausgeführt hat, ist es für die Einstufung von Vereinbarungen als „bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen“ nämlich nicht erforderlich, dass Vereinbarungen gleicher Art von der Kommission bereits geahndet worden sind. Dies gilt auch für in dem besonderen Kontext der Rechte des geistigen Eigentums geschlossene Vereinbarungen.

**131** Für die Einstufung einer bestimmten Vereinbarung als „bezweckte Beschränkung“ kommt es allein auf die Wesensmerkmale der Vereinbarung an (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 84 und 85), aus denen auf eine etwaige besondere Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu schließen ist,

gegebenenfalls nach eingehender Prüfung der Vereinbarung, ihrer Ziele sowie ihres wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs.

**132**Widersprüchliche und zum Teil lediglich von Dritten wiedergegebene Auffassungen der Kommission und einer nationalen Wettbewerbsbehörde im Zusammenhang mit einer Vereinbarung wie diejenigen, auf die in den Rn. 747 bis 751 des angefochtenen Urteils eingegangen wird, können, selbst wenn sie zuträfen, nicht dazu führen, dass die Vereinbarung deshalb auf keinen Fall als „bezweckte Beschränkung“ eingestuft werden kann. Es ist nämlich überhaupt nicht erwiesen, dass sie auf einer Analyse, wie sie in der vorstehenden Randnummer beschrieben ist, beruhen.

**135**Das Gericht hat in Rn. 399 des angefochtenen Urteils jedoch verbindlich festgestellt, dass die Generikahersteller nach Abschluss der streitigen Vereinbarungen, auch wenn diese keine Nichtangriffsabrede enthielten, jedenfalls keinerlei Interesse daran hatten, die Gültigkeit der neuen Verfahrenspatente von Lundbeck anzufechten, da die umgekehrten Zahlungen in etwa den Gewinnen, mit denen sie im Fall eines Markteintritts rechneten, oder dem Schadensersatz entsprachen, den sie hätten erlangen können, wenn sie im Streitfall gegen Lundbeck obsiegt hätten, und dass, selbst wenn unterstellt wird, dass diese Zahlungen unter den Gewinnerwartungen lagen, es sich trotz allem um einen sicheren und unmittelbaren Vorteil handelte, ohne dass sie die Risiken hätten eingehen müssen, die ein Markteintritt mit sich gebracht hätte.

**136**Diese Feststellung genügt im vorliegenden Fall für den Nachweis, dass die streitigen Vereinbarungen eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckten, zumal Lundbeck im Rahmen des Rechtsmittels jedenfalls nicht vorgetragen hat, dass die streitigen Vereinbarungen irgendwelche wettbewerbsfördernden Auswirkungen gehabt hätten, und damit nicht die nach dem Urteil vom 30. Januar 2020, Generics (UK) u. a. (C-307/18, EU:C:2020:52), insbesondere der Rn. 107 dieses Urteils, den Nachweis erbracht hat, der erforderlich ist, um die Einstufung der streitigen Vereinbarungen als „bezweckte Beschränkung“ wegen begründeter Zweifel daran, dass diese den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigen, auszuschließen zu können.

**140**Soll die klare Unterscheidung zwischen dem Begriff der bezweckten Beschränkung und dem der bewirkten Beschränkung, wie sie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 AEUV ergibt (Urteil vom 30. Januar 2020, Generics [UK] u. a., C-307/18, EU:C:2020:52, Rn. 63), nicht aufgegeben werden, kann die Prüfung des „kontrafaktischen Szenarios“, mit der die Auswirkungen einer bestimmten Absprache aufgezeigt werden sollen, für die Einstufung einer Absprache als „bezweckte Beschränkung“ nicht zwingend erforderlich sein.

**141**Daher kommt es für die Einstufung einer Absprache als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, wie das Gericht in

EuGH: Zu Vereinbarungen zwischen Arzneimittel-Patentinhaber und Generika-Hersteller(NZKart 2021, 291)

294

Rn. 472 des angefochtenen Urteils zutreffend festgestellt hat, allein darauf an, nachzuweisen, dass die Absprache nach dem Inhalt ihrer Bestimmungen, den mit ihr verfolgten Zielen und dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigt. Die Kommission ist hingegen nicht verpflichtet, zu prüfen, welche Auswirkungen die Absprache hat.

**Schließlich geht es um die Zulässigkeit der Ahndung durch Geldbußen; insoweit wurde eine Verletzung des Grundsatzes nullum crimen, nulla poena sine lege geltend gemacht:\***

**156**Wie das Gericht in Rn. 762 des angefochtenen Urteils zutreffend ausgeführt hat, können gegen ein Unternehmen wegen einer Verhaltensweise, die in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, Sanktionen verhängt werden, wenn sich das Unternehmen über die Wettbewerbswidrigkeit seines Verhaltens nicht im Unklaren sein kann, gleichviel, ob ihm dabei bewusst ist, dass es gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags verstößt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Juni 2013, Schenker & Co. u. a., C-681/11, EU:C:2013:404, Rn. 37).

**157**Dass das Unternehmen sein Verhalten, auf dem die Feststellung der Zuwiderhandlung beruht, rechtlich unrichtig eingestuft, kann also nicht dazu führen, dass ihm keine Geldbuße auferlegt wird, sofern es sich über die Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens nicht im Unklaren sein konnte (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Juni 2013, Schenker & Co. u. a., C-681/11, EU:C:2013:404, Rn. 38).

**158**Somit kommt es allein darauf an, ob das Unternehmen erkennen konnte, dass sein Verhalten wettbewerbswidrig war, und nicht, wie Lundbeck geltend macht, darauf, ob das Unternehmen dies tatsächlich erkannt hat.

**159**Insoweit hat das Gericht in den Rn. 764 und 777 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die in den streitigen Vereinbarungen vorgesehenen Wettbewerbsbeschränkungen von den Parteien der Vereinbarungen vernünftigerweise als mit Art. 101 Abs. 1 AEUV unvereinbar hätten wahrgenommen werden können, so dass sie beim Abschluss der Vereinbarungen keineswegs unvorhersehbar gewesen seien.

**160**Zur Begründung dieser Feststellung hat das Gericht in den Rn. 765 bis 776 des angefochtenen Urteils erstens ausgeführt, dass weder der Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 AEUV noch die zu dieser Bestimmung im Zusammenhang mit den Rechten des geistigen Eigentums ergangene Rechtsprechung – Lundbeck macht nicht geltend, dass diese vom Gericht nicht richtig ausgelegt worden sei – Zweifel daran zuließen, dass die streitigen Vereinbarungen nicht mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar seien, zweitens, dass die Äußerung der KFST (= *dänische Kartellbehörde, Anm. d. Red.*) zu den streitigen Vereinbarungen, selbst wenn sie unzweideutig gewesen sein sollte, nicht geeignet gewesen sei, ein berechtigtes Vertrauen dahin zu begründen, dass die streitigen Vereinbarungen nicht geahndet würden, drittens, dass der Umstand, dass die Ahndung der streitigen Vereinbarungen neuartig sei, es nicht rechtfertige, lediglich symbolische Geldbußen zu verhängen, und viertens, dass einige Generikahersteller sehr wohl erkannt hätten, dass Vereinbarungen, die mit den streitigen Vereinbarungen vergleichbar gewesen sein, einen Verstoß darstellten, und es gerade deshalb abgelehnt hätten, solche Vereinbarungen abzuschließen.

**161**Damit ist aber rechtlich hinreichend dargetan, dass die Ahndung der streitigen Vereinbarungen zumindest vorhersehbar war.

**166**Was als Erstes die Neuartigkeit der Ahndung der streitigen Vereinbarungen betrifft, kann, worauf das Gericht in Rn. 763 des angefochtenen Urteils im Wesentlichen hingewiesen hat, der durch Art. 49 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantierte Grundsatz der Bestimmtheit des anwendbaren Rechts nicht so verstanden werden, dass er die schrittweise Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch Auslegung seitens der Gerichte untersagt, sofern diese hinreichend vorhersehbar ist (Urteil vom 28. März 2017, Rosneft, C-72/15, EU:C:2017:236, Rn. 167 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**167**Wie bereits ausgeführt (siehe oben, Rn. 114), ist eine Vereinbarung als „bezweckte Beschränkung“ und erst Recht als „Einschränkung des Wettbewerbs“ im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV einzustufen, wenn sich die vereinbarten Wertübertragungen allein durch das geschäftliche Interesse erklären lassen, das sowohl der Patentinhaber als auch das Unternehmen, dem vorgeworfen wird, das Patent zu verletzen, an der Vermeidung von Leistungswettbewerb haben, da Vereinbarungen, mit denen sich Wettbewerber bewusst für eine praktische Zusammenarbeit entscheiden anstatt sich auf einen mit Risiken verbundenen Wettbewerb einzulassen, ganz offensichtlich eine „bezweckte Beschränkung“ darstellen.

**170**Wie das Gericht in Rn. 748 des angefochtenen Urteils zutreffend ausgeführt hat, können die nationalen Wettbewerbsbehörden bei Unternehmen kein berechtigtes Vertrauen darauf begründen, dass ihr Verhalten nicht gegen Art. 101 AEUV verstößt, da sie nicht befugt sind, eine Negativentscheidung zu erlassen, d. h. eine Entscheidung, mit der das Fehlen eines Verstoßes gegen diese Bestimmung festgestellt wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Juni 2013, Schenker & Co. u. a., C-681/11, EU:C:2013:404, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

#### **Anm. d. Schriftltg.:**

Das vollständige Urteil ist abrufbar unter BeckRS 2021, 5308.

---

\* Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.

\* Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.

\* Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.

\* Bei diesem Text handelt es sich um eine redaktionelle Ergänzung.

[□Verlag C.H.BECK oHG 2024](#)