

# **BVGer B-320/2010 vom 3. Dezember 2013**

Bundesverwaltungsgericht, 2013-12-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-320\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-320_2010)

FR: TAF B-320/2010 du 3 décembre 2013

IT: TAF B-320/2010 del 3 dicembre 2013

## **Regeste**

Kartelle

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008 E. 1.2 [BVGE 2008/48]).

#### **E. 1.1**

Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 2. November 2009 stellt eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die von eidgenössischen Kommissionen erlassen werden (Art. 33 Bst. f VGG). Darunter fällt die von der Vorinstanz erlassene Verfügung in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 des Kartellgesetzes (zitiert unter B.). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

#### **E. 1.2.1**

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a; vgl. BGE 133 II 181 E. 3.2), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Das schutzwürdige Interesse besteht gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung im praktischen Nutzen, den eine Gutheissung der Beschwerde einem Verfügungsadressaten verschaffen würde oder - anders ausgedrückt - im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen die angefochtene Verfügung mit sich bringen würde (BGE 133 V 188 E. 4.3.1). Das "besondere Berührtsein" nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG ist keine selbständige und damit kumulativ zum schutzwürdigen Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG) zu erfüllende Legitimationsvoraussetzung, sondern letztlich eine Präzisierung desselben (BGE 133 V 188 E. 4.3.1 mit Hinweisen). Diese Legitimationsvoraussetzungen bezwecken, die Popularbeschwerde auszuschliessen (vgl. Isabelle Häner, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 12 zu Art. 48 VwVG).

#### **E. 1.2.2**

Während die Beschwerdelegitimation von Amtes wegen geprüft wird (BVGE 2007/6 E. 1), trägt die beschwerdeführende Partei die Beweislast dafür, dass sie beschwerdeberechtigt ist. Sie muss die ihr obliegende Begründungspflicht erfüllen und ihre Legitimation eingehend erörtern (substantiiieren), wenn diese nicht ohne Weiteres ersichtlich ist (BGE 134 II 45 E. 2.2.3, BGE 133 II 249 E. 1.1; Vera Marantelli-Sonanini/ Said Huber, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.]: VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 5 zu Art. 48 VwVG mit Hinweisen). Fehlt die Beschwerdelegitimation bei Beschwerdeeinreichung oder wird sie in Zweifelsfällen nicht substantiiert dargelegt, tritt die Rechtsmittelinstanz auf die Beschwerde nicht ein (Marantelli-Sonanini/Huber, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 48 VwVG mit Hinweisen).

### **E. 1.2.3**

Ausgehend vom Beschwerdeantrag, wonach die angefochtene Verfügung "vollumfänglich aufzuheben" sei bzw. die Vorinstanz anzuweisen sei, "die Untersuchung ohne Folgen für die Apotheke Dr. X. \_\_\_\_\_ einzustellen", ist vorab zu prüfen, ob der Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung dieser Rechtsbegehren hat.

### **E. 1.2.4**

Zur Frage der Legitimation führt der Beschwerdeführer lediglich an, die Einzelfirma "Apotheke Dr. X. \_\_\_\_\_" sei (wie alle Apotheken in der Schweiz) Partei im Verfahren vor der Vorinstanz gewesen. In der Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung werde festgestellt, dass "u.a. das Befolgen von Preisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG" darstelle. Der Beschwerdeführer schliesst daraus, dass damit "(unzutreffenderweise) die Unzulässigkeit" eines von ihm praktizierten Verhaltens festgestellt werde. Deshalb sei er durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und insofern auch zur Beschwerde legitimiert. Die Wettbewerbskommission hat sich zur Beschwerdebefugnis des Beschwerdeführers nicht geäußert. Sie beantragt vielmehr ausdrücklich die Abweisung der Beschwerde und scheint insofern die Legitimation des Beschwerdeführers nicht in Frage zu stellen. Wie nachfolgend zu zeigen ist, kann dieser Sicht nicht gefolgt werden. Zu prüfen ist daher vorab, ob der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung "besonders berührt" wird, so dass ihm nach Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung zugestanden werden könnte.

### **E. 1.2.5**

In der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz u.a. davon abgesehen, den Beschwerdeführer (als Inhaber einer Apotheke) mit einer Sanktion bzw. mit Verfahrenskosten zu belasten. Auch hat sie - anders als gegenüber den Grossisten - ihm gegenüber kein Verbot ausgesprochen. Trotz dieser Ausgangslage vertritt der Beschwerdeführer im Wesentlichen die Auffassung, er werde durch die als Feststellungsverfügung abgefasste Dispositiv-Ziffer 1 beschwert, was seine Beschwerdelegitimation begründe.

#### **E. 1.2.5.1**

Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG gelten als Verfügungen behördliche Einzelfallanordnungen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und insbesondere die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand haben. Nach Art. 25 VwVG kann die in der Sache zuständige Behörde von

Amtes wegen oder auf Gesuch hin eine Feststellungsverfügung treffen (Abs. 1). Der Gesuchsteller hat dafür ein schutzwürdiges Interesse nachzuweisen (Abs. 2). Für die Anwendbarkeit dieses Artikels ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nötig, dass ein entsprechendes schutzwürdiges Feststellungsinteresse vorliegt, das nicht bloss abstrakte, theoretische Rechtsfragen, sondern nur konkrete Rechte oder Pflichten zum Gegenstand hat (BGE 137 II 199 E. 6.5 mit Hinweisen). Weiter wird vorausgesetzt, dass dieses schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut durch eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (vgl. zur Subsidiarität der Feststellungsverfügung Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 7.1.1.1 mit Hinweisen). Insofern ist die Feststellungsverfügung rein subsidiär (vgl. für viele BGE 137 II 199 E. 6.5, Urteil des Bundesgerichts 2C\_25/2011 vom 3. Juli 2012 E. 1.3).

#### **E. 1.2.5.2**

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann allein in der in der Dispositiv-Ziffer 1 getroffenen Feststellung, wonach das Veröffentlichen und das Befolgen der Publikumspreisempfehlungen eine unzulässige Wettbewerbsabrede sei, insofern nicht als eine den Beschwerdeführer persönlich beschwerende "Anordnung" i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG verstanden werden, als daran anknüpfend ihm gegenüber weder eine Sanktion noch ein Verbot ausgesprochen wird. Denn die isoliert formulierte und als Feststellungsverfügung gekleidete Dispositiv-Ziffer 1 ist nicht mit den rechtsgestaltenden Dispositiv-Ziffern 2 bis 4 bzw. 7 in eine den Beschwerdeführer belastende Weise verknüpft, wie dies in den parallelen, ebenfalls zur angefochtenen Verfügung hängigen Beschwerdeverfahren B-360/2010 (betr. Eli Lilly), B-362/2010 (betr. Bayer), B-364/2010 (betr. Pfizer) und B-323/2010 (betr. e-mediat etc.) der Fall ist. Zudem legt der Beschwerdeführer nicht substantiiert dar, inwiefern er durch die Dispositiv-Ziffer 1 beschwert wird. Auch wenn die fragliche Dispositiv-Ziffer 1 wie eine den "Rechtszustand feststellende Verfügung" formuliert ist, ist ihr wegen ihrer rein subsidiären Natur (vgl. E. 1.2.5.1) und, weil sie nicht mit den erwähnten rechtsgestaltenden Dispositiv-Ziffern inhaltlich verknüpft ist, keine selbstständige Bedeutung beizumessen (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2003-4 vom 9. Juni 2005 E. 6.2.6 mit Hinweisen, publiziert in: RPW 2005/3, S. 530; vgl. wenn auch im Zusammenhang mit der Frage der Marktbeherrschung BGE 137 II 199 E. 6.5 mit Hinweisen). Vor allem lässt sich diese als Feststellung gekleidete Dispositiv-Ziffer 1 nicht als ein den Beschwerdeführer belastendes Verbot uminterpretieren.

#### **E. 1.2.6**

Soweit der Beschwerdeführer darüber hinaus die vollständige Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt, ist er von ihr weder direkt betroffen, noch vermöchte er als sog. Drittbeschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung geltend zu machen.

#### **E. 1.2.6.1**

In der Dispositiv-Ziffer 2 wird den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen. Als materielle Adressaten dieser Anordnung sind in erster Linie diese Unternehmen beschwerdebefugt, zumal nur ihnen gegenüber rechtsverbindlich ein Veröffentlichungsverbot für ihre Preisempfehlungen auferlegt wird (vgl. Marantelli-Sonanini/Huber, a.a.O., Rz. 24 zu Art. 48 VwVG). In der Tat haben diese drei

Unternehmen die vorliegend strittige Verfügung ebenfalls angefochten, zumal ihnen gegenüber neben dem Verbot insbesondere auch erhebliche Sanktionsbeträge (inkl. Verfahrenskosten) auferlegt worden sind. Soweit der Beschwerdeführer die Dispositiv-Ziffer 2 anfecht, scheint er zu Gunsten der besagten Pharmaunternehmen Beschwerde führen zu wollen, ohne dass ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung dieser Dispositiv-Ziffer ersichtlich wäre, welches über dasjenige eines Popularbeschwerdeführers hinausgehen würde (vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4364/2009 vom 18. November 2009 E. 2.4 mit Hinweisen). Insbesondere ist hier keine der in der Rechtsprechung anerkannten Konstellationen für eine zulässige Beschwerde zu Gunsten eines belasteten Dritten ersichtlich (vgl. Marantelli-Sonanini/Huber, a.a.O., Rz. 34-36 zu Art. 48 VwVG mit Hinweisen).

#### **E. 1.2.6.2**

In der Dispositiv-Ziffer 3 wird den Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat verboten, bezüglich der fraglichen Publikumspreisempfehlungen weiterhin "Gehilfenhandlungen" (im Sinne von "Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.") vorzunehmen. Auch diese Anordnung betrifft und beschwert den Beschwerdeführer nicht direkt. Vielmehr scheint er auch hier zu Gunsten der angeblichen "Gehilfen" Beschwerde führen zu wollen, ohne dass ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung dieser Dispositiv-Ziffer ersichtlich wäre, welches über dasjenige eines Popularbeschwerdeführers hinausgehen würde. Selbst wenn der Beschwerdeführer - als Inhaber einer Apotheke - im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit mit den Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt, Amedis-UE und e-mediat in Vertragsbeziehungen steht und insofern auch Gläubigerstellung hat, genügt dieser Umstand für eine Drittbeschwerde "pro Adressat" in der Regel nicht, um das schutzwürdige Interesse und damit die Beschwerdelegitimation zu begründen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2233/2006 vom 30. Mai 2007 E. 1.3.1 mit Hinweisen).

#### **E. 1.2.6.3**

In der Dispositiv-Ziffer 4 wurde Pfizer, Bayer und Eli Lilly für das in der Dispositiv-Ziffer 1 genannte Verhalten (für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008) je ein (dem Beschwerdeführer gegenüber nicht offen gelegter) Sanktionsbetrag auferlegt. Wie bereits in der Erwägung 1.2.6.1 erwähnt, haben die drei sanktionierten Unternehmen dagegen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben. Auch hier scheint der Beschwerdeführer, der selbst nicht mit einem Sanktionsbetrag belastet worden ist, zu Gunsten der sanktionierten Unternehmen Beschwerde führen zu wollen, ohne dass ersichtlich wäre, inwiefern sich seine Interessenlage von der eines Popularbeschwerdeführers unterscheiden könnte.

#### **E. 1.2.6.4**

Nach der Dispositiv-Ziffer 5 "wird die Untersuchung eingestellt". Hier wird genau das angeordnet, was der Beschwerdeführer mit seinem Antrag anstrebt, wonach die Wettbewerbskommission anzuweisen sei, "die Untersuchung ohne Folgen für die Apotheke Dr. X. \_\_\_\_\_ einzustellen". Abgesehen davon, macht dieser Antrag auch wenig Sinn, nachdem die vorliegende Untersuchung mit Erlass der angefochtenen Verfügung ohnehin abgeschlossen wurde (vgl. Beschwerdeentscheid der REKO/WEF FB/2003-4 vom 9. Juni 2005 E. 1.4, publiziert in RPW 2005/3, S. 530). In diesem Zusammenhang ist erneut in

Erinnerung zu rufen, dass sich nach konstanter Praxis des Bundesverwaltungsgerichts weder die Eröffnung noch die Fortführung einer Untersuchung im Beschwerdeverfahren anfechten lässt (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 1.2.3 mit Hinweisen sowie B-3863/2013 vom 2. September 2013 E. 1.2.2.3.2).

#### **E. 1.2.6.5**

In der Dispositiv-Ziffer 6 wird festgehalten, dass Zuwiderhandlungen gegen die angefochtene Verfügung mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden können. In dieser Ziffer wird lediglich die Rechtslage nach Kartellgesetz wiederholt, ohne dass über die rechtsgestaltenden Anordnungen der angefochtenen Verfügung hinausgehende Inhalte verfügt würden. Daher ist auch der Dispositiv-Ziffer 6 entsprechend den in der Erwägung 1.2.5.2 angestellten Überlegungen die Dispositivqualität abzuspochen, weshalb für den Beschwerdeführer kein schützenswertes Interesse an der Aufhebung dieser Ziffer ersichtlich ist.

#### **E. 1.2.6.6**

In der Dispositiv-Ziffer 7 schliesslich werden die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 692'118.- je zu einem Sechstel einzig den sanktionierten Pharmaunternehmen auferlegt. Der Beschwerdeführer selbst wurde mit keinerlei Verfahrenskosten belastet. Entsprechend den in der Erwägung 1.2.6.3 angestellten Überlegungen verfügt der Beschwerdeführer auch in diesem Punkt über kein schutzwürdiges Interesse, um die angefochtene Verfügung anzufechten.

#### **E. 1.3**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer durch keine der Dispositiv-Ziffern der angefochtenen Verfügung in einem Ausmass berührt ist, dass ihm nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG ein schutzwürdiges Interesse an der beantragten Aufhebung dieser Verfügung zuzubilligen wäre. Insofern ist der Beschwerdeführer zur Einreichung seiner Beschwerde nicht legitimiert, weshalb darauf auch nicht einzutreten ist.

#### **E. 2.1**

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- sind dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- zu verrechnen, wobei dem Beschwerdeführer nach Rechtskraft dieses Urteils Fr. 1'500.- zurückzuerstatten sind.

#### **E. 2.2**

Weder der unterliegende Beschwerdeführer noch die Vorinstanz haben Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.