

BVGer B-323/2010 vom 3. Dezember 2013

Bundesverwaltungsgericht, 2013-12-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-323_2010

FR: TAF B-323/2010 du 3 décembre 2013

IT: TAF B-323/2010 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. 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

Die Beschwerdeführerinnen haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Durch die angefochtene Verfügung sind sie insoweit besonders berührt, als ihnen in der Dispositiv-Ziff. 3 verboten wird, bezüglich der Publikumspreisempfehlungen weiterhin "Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.)" vorzunehmen. Soweit sie daher in der Ziff. 2 ihres Beschwerdebegehrens hinsichtlich der für unzulässig erklärten Publikumspreisempfehlungen die Aufhebung des Verbots ihrer Gehilfenhandlungen verlangen, sind sie nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.2.4.1

Soweit die Beschwerdeführerinnen indessen die "vollumfängliche" Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragen, sind sie durch die Dispositiv-Ziffer 2, welche Pfizer, Eli Lilly und Bayer verbietet, die von ihnen abgegebenen Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen, nicht direkt betroffen. Als materielle Adressaten dieser Anordnung sind in erster Linie Pfizer, Eli Lilly und Bayer 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 (Beschwerdeverfahren B-360/2010 betr. Eli Lilly, B-362/2010 betr. Bayer und B-364/2010 betr. Pfizer). Soweit die Beschwerdeführerinnen die Dispositiv-Ziffer 2 anfechten, scheinen sie 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. 1.2.4.2

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 (den Beschwerdeführerinnen gegenüber nicht offen gelegter) Sanktionsbetrag auferlegt. Wie bereits in der Erwägung 1.2.4.1 erwähnt, haben die drei sanktionierten Unternehmen

dagegen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben. Auch hier scheinen die Beschwerdeführerinnen, die selbst nicht mit einem Sanktionsbetrag belastet worden sind, zu Gunsten der sanktionierten Unternehmen Beschwerde führen zu wollen, ohne dass ersichtlich wäre, inwiefern sich ihre Interessenlage von der eines Populärbeschwerdeführers unterscheiden könnte.

E. 1.2.4.3

Inwiefern des Weiteren die Beschwerdeführerinnen durch die Dispositiv-Ziffer 5 (Einstellung der Untersuchung) bzw. die Dispositiv-Ziffer 6 (Verweis auf Art. 50 und 54 KG), die sich auf eine Wiederholung der ex lege geltenden Rechtsordnung erschöpft, beschwert sein könnten, ist nicht ersichtlich.

E. 1.2.4.4

In der Dispositiv-Ziffer 7 schliesslich werden die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 692'118.- je zu einem Sechstel einzig den sanktionierten Pharmaunternehmen auferlegt. Die Beschwerdeführerinnen selbst wurden mit keinerlei Verfahrenskosten belastet. Entsprechend den in der Erwägung 1.2.4.2 angestellten Überlegungen verfügen die Beschwerdeführerinnen auch in diesem Punkt über kein schutzwürdiges Interesse, um die angefochtene Verfügung anzufechten.

E. 1.2.5

Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), die Vertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

E. 1.3

Auf die Beschwerde ist daher insoweit einzutreten, als darin in Bezug auf die für unzulässig erklärten Publikumspreisempfehlungen die Aufhebung des Verbots von Gehilfenhandlungen verlangt wird.

E. 2.1

Die von den Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen aufgeworfene Streitfrage zur Zulässigkeit eines Verbotes angeblicher "Gehilfenhandlungen" ist rein akzessorisch zu dem in der angefochtenen Sanktionsverfügung geregelten und an die Pharmaherstellerinnen Pfizer, Eli Lilly und Bayer gerichteten Verbot, weiterhin Publikumspreisempfehlungen für Viagra, Cialis und Levitra zu veröffentlichen.

E. 2.2

Mit den am selben Tag - wie das vorliegende Urteil - gefällten Urteilen in den Beschwerdeverfahren B-360/2010 (betr. Eli Lilly), B-362/2010 (betr. Bayer) und B-364/2010 (betr. Pfizer) hat das Bundesverwaltungsgericht erkannt, dass die Wettbewerbskommission mit der verfügten Sanktion sowie dem Veröffentlichungsverbot für die strittigen Publikumspreisempfehlungen Bundesrecht verletzt. Dementsprechend hat es die drei Beschwerden, soweit darauf einzutreten war, teilweise gutgeheissen und die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4 und 7 der angefochtenen Verfügung aufgehoben. Dazu hat es im Einzelnen Folgendes festgehalten:

E. 2.2.1

Die Wettbewerbskommission habe zwar den "Absatzmarkt" für die wegen ihres gesundheitlichen Gefährdungspotenzials verschreibungspflichtigen Medikamente Viagra, Levitra und Cialis angesichts der gesundheitspolizeilichen Regulierung grundsätzlich zu Recht nicht als einen "normalen Markt" bezeichnet. Dennoch habe die Vorinstanz im Widerspruch dazu im Ergebnis einen gewöhnlichen Konsumgütermarkt unterstellt, ohne die Auswirkungen des Zusammenspiels zwischen heilmittelgesetzlichem Publikumsverbot und dem psychologisch wirksamen "Schamfaktor" auf den Intra-Brand-Preiswettbewerb sorgfältig zu analysieren. Insbesondere habe die Vorinstanz die Besonderheiten der Rolle selbstdispensierender Ärzte in der Behandlung ihrer Patienten nicht gebührend gewürdigt.

E. 2.2.2

Bei den strittigen Medikamenten Viagra, Levitra und Cialis hätten die heilmittelgesetzlichen Rahmenbedingungen (Verschreibungspflicht und Publikumsverbot) angesichts des psychologisch wirksamen "Schamfaktors" (als wettbewerbsbeschränkender Parameter) den Intra-Brand Preiswettbewerb auf der Stufe der Abgabestellen in einem Ausmasse ausgeschaltet, dass hier von einem gesetzlichen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG auszugehen sei. Insofern habe die Vorinstanz zu Unrecht in der Veröffentlichung von Publikumspreisempfehlungen eine nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionswürdige - und zudem nach Art. 30 Abs. 1 KG verbotswürdige - Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG angenommen.

E. 2.3

Diese Beurteilung gilt auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren. Lassen sich die beanstandeten Publikumspreisempfehlungen zu Viagra, Levitra und Cialis kartellgesetzlich nicht beanstanden, kann folgerichtig auch die von den Beschwerdeführerinnen geleistete Weiterverbreitung dieser Empfehlungen nicht kartellgesetzlich unzulässig sein. Insofern ist das gegenüber ihnen ausgesprochene Verbot der (von der Vorinstanz fälschlicherweise als unzulässig bezeichneten) "Gehilfenhandlungen" aufzuheben und die Beschwerde insoweit gutzuheissen.

E. 3

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Beschwerde insoweit gutzuheissen ist, als darauf eingetreten werden kann.

E. 4.1.1

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 4.1.2

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Beschwerdeführerinnen überwiegend obsiegende Partei, zumal im Wesentlichen das Verbot angeblicher "Gehilfenhandlungen" im Streite lag. Deshalb sind den Beschwerdeführerinnen in stark ermässigtem Umfang Verfahrenskosten aufzuerlegen, soweit auf deren Beschwerde nicht einzutreten ist (E. 1.2.4) und sie zudem die Kosten für die Zwischenverfügung vom 16. September 2010, ausmachend Fr. 300.-, zu tragen haben (vgl. unter F.c).

E. 4.1.3

Diese Kosten machen insgesamt Fr. 800.- aus und werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet, weshalb den Beschwerdeführerinnen der Restbetrag von Fr. 1'700.- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten sein wird.

E. 4.2.1

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Gemäss Art. 10 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) werden insbesondere das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen (Abs. 1).

E. 4.2.2

Das Bundesverwaltungsgericht trifft den Entscheid über die Parteientschädigung von Amtes wegen und, sofern vorhanden, aufgrund der Kostennote, sowie den Akten und in der Regel ohne eingehende Begründung. Für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ihrer Rechtsvertretung ist den Beschwerdeführerinnen, da sie überwiegend obsiegen, eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 2 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen haben keine Kostennote eingereicht und ihre notwendigen Auslagen nicht nachgewiesen. Die entsprechende Parteientschädigung ist aufgrund der Akten und nach freiem richterlichem Ermessen unter Berücksichtigung der Kürzung auf Fr. 16'000.- (inkl. MWST) festzusetzen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1, Art. 8, Art. 13 Bst. a und Art. 14 Abs. 2 VGKE).

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