

# **BVGer B-842/2015 vom 19. Dezember 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-12-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-842\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-842_2015)

FR: TAF B-842/2015 du 19 décembre 2017

IT: TAF B-842/2015 del 19 dicembre 2017

## **Regeste**

Unzulässige Wettbewerbsabreden

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Nachfolgend ist gemäss dem bundesgerichtlichen Rückweisungsurteil 2C\_73/2014 vom 28. Januar 2015 (E. 3) zu klären, ob die Feststellung der Vorinstanz, wonach das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne der Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstelle, Bundesrecht verletzt. Soweit der Beschwerdeführer jedoch darüber hinaus die vollständige Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt, ist, wie bereits im Urteil B-320/2010 vom 3. Dezember 2013 in E. 1.2.6 festgehalten worden war, nach wie vor in sechs Punkten auf die Beschwerde nicht einzutreten:

#### **E. 1.1**

In der Dispositiv-Ziffer 2 wird Pfizer, Eli Lilly und Bayer verboten, ihre Publikumspreisempfehlungen für Viagra, Cialis und Levitra 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. Vera Marantelli/Said Huber, in: Waldmann/ Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 24 zu Art. 48 VwVG). Diese drei Unternehmen haben die strittige Sanktionsverfügung ebenfalls angefochten, zumal ihnen gegenüber neben dem Verbot insbesondere auch erhebliche Sanktionsbeträge (inkl. Verfahrenskosten) auferlegt worden sind (vgl. Beschwerdeverfahren B-846/2015 betr. Pfizer, B-844/2015 betr. Bayer und B-843/2015 betr. Eli Lilly). 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 Populärbeschwerdeführers hinausginge (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4364/2009 vom 18. November 2009 E. 2.4, m.w.H.). Zudem liegt hier keine der in der Rechtsprechung anerkannten Konstellationen für eine zulässige Beschwerde zu Gunsten eines belasteten Dritten vor (vgl. Marantelli/Huber, a.a.O., Rz. 34-36 zu Art. 48 VwVG, m.H.).

#### **E. 1.2**

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 will er auch hier zu Gunsten der angeblichen "Gehilfen" Beschwerde führen, ohne dass ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung dieser Dispositiv-Ziffer ersichtlich wäre, das über dasjenige eines Popularbeschwerdeführers hinausginge. Auch 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).

### **E. 1.3**

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 Sanktionsbetrag auferlegt, dessen jeweilige Höhe dem Beschwerdeführer gegenüber nie offen gelegt worden ist. Wie bereits in der Erwägung 1.1 erwähnt, haben die drei sanktionierten Unternehmen dagegen beim Bundesverwaltungsgericht rekuriert. Auch hier will der - selber nicht "gebüsste" - Beschwerdeführer zu Gunsten der sanktionierten Unternehmen Beschwerde führen, ohne dass ersichtlich wäre, inwiefern sich seine Interessenlage von der eines Popularbeschwerdeführers unterscheiden könnte.

### **E. 1.4**

Gemäss der Dispositiv-Ziffer 5 wird die Untersuchung eingestellt. Hiermit wird genau das angeordnet, was der Beschwerdeführer mit seinem Antrag anstrebt, wonach die Vorinstanz 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 worden ist (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 sowie B-3863/2013 vom 2. September 2013 E. 1.2.2.3.2).

### **E. 1.5**

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 kartellgesetzliche Rechtslage wiederholt, ohne dass aber Inhalte verfügt würden, die über die rechtsgestaltenden Anordnungen der angefochtenen Verfügung hinausgehen. Daher ist auch der Dispositiv-Ziffer 6 Dispositivqualität abzusprechen, weshalb für den Beschwerdeführer kein schützenswertes Interesse an der Aufhebung dieser Ziffer ersichtlich ist (vgl. Marantelli/Huber, a.a.O., N 15 zu Art. 48 VwVG).

### **E. 1.6**

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 wurde mit keinerlei Verfahrenskosten belastet. Entsprechend den in der Erwägung 1.3 angestellten Überlegungen verfügt der Beschwerdeführer auch in diesem

Punkt über kein schutzwürdiges Interesse, um die angefochtene Verfügung anzufechten.

#### **E. 1.7**

Diese Überlegungen gelten nach wie vor und wurden vom Bundesgericht im Rückweisungsurteil nicht in Frage gestellt.

#### **E. 2.1**

Strittig ist, ob sich der Beschwerdeführer - durch sein allfälliges Befolgen der Publikumspreisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis "in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang" - an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne der Art. 4 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt habe. Hierzu räumt das Bundesgericht im Rückweisungsurteil zwar ein, "aus pragmatischen Gründen" sei eine direkte Sanktionierung des Beschwerdeführers unterblieben. Doch sei ihm mit der Verfügung kundgetan worden, er habe gesetzeswidrig, "näherhin kartellrechtswidrig gehandelt" (Urteil 2C\_73/2014 vom 28. Januar 2015 E. 2.3.2). Deshalb stehe die "verfügte Feststellung des gesetzeswidrigen Verhaltens" im Raum, was vom Bundesverwaltungsgericht zu überprüfen sei.

#### **E. 2.2**

Die hier strittige angebliche Unzulässigkeit des Befolgens der fraglichen Publikumspreisempfehlungen steht im engen Sachzusammenhang mit dem in der angefochtenen Sanktionsverfügung - zur Hauptsache - an Pfizer, Eli Lilly und Bayer gerichteten und direkt sanktionierten Verbots, weiterhin Publikumspreisempfehlungen für Viagra, Cialis und Levitra zu veröffentlichen.

#### **E. 2.3**

Mit den ebenfalls am 19. Dezember 2017 gefällten Urteilen in den Beschwerdeverfahren B-846/2015 (betr. Pfizer), B-844/2015 (betr. Bayer) und B-843/2015 (betr. Eli Lilly) hat das Bundesverwaltungsgericht erneut erkannt, dass die Vorinstanz 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 das Bundesverwaltungsgericht jeweils mit ausführlicher Begründung festgehalten, im sanktionierten Zeitraum hätten weder zu Viagra noch zu Levitra noch zu Cialis nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionswürdige vertikale Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG) vorgelegen. Insbesondere seien keine Empfehlungen über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen und insofern auch keine abgestimmten Verhaltensweisen mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung (im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG) nachgewiesen worden.

#### **E. 2.4**

Diese Beurteilung gilt auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren: Weder das Veröffentlichen der Publikumspreisempfehlungen zu Viagra, Levitra und Cialis (durch Pfizer, Bayer, Eli Lilly) noch das von der Vorinstanz kritisierte teilweise Befolgen der Publikumspreisempfehlungen lässt sich kartellgesetzlich beanstanden. Soweit sich daher auch ein allfälliges Befolgen dieser Empfehlungen durch den Beschwerdeführer im konkreten Fall ereignet haben sollte, was dieser nur andeutet (vgl. Beschwerde S. 2 und 4) und die Vorinstanz bezogen auf ihn weder vertieft untersucht noch beanstandet hat, liesse sich dies nicht bemängeln. Insofern ist die Beschwerde insoweit begründet und gutzuheissen, als die angefochtene Dispositiv-Ziffer 1 bereits im Rahmen der

Hauptsanktionsverfahren B-846/2015 (Pfizer), B-844/2015 (Bayer) und B-843/2015 (Eli Lilly) aufzuheben war und daher auch für keinen der weiteren potenziellen, nicht sanktionierten Adressaten ("Verkaufsstellen") Auswirkungen entfalten kann.

### **E. 2.5**

Zusammenfassend ist die Beschwerde daher gutzuheissen. Nachdem das Bundesgericht im Urteil 2C\_73/2014 vom 28. Januar 2015 (E. 2.3) der Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung anfechtbaren Feststellungscharakter verliehen hat, hat das Bundesverwaltungsgericht nach dem Gesagten hier festzustellen, dass das Veröffentlichen und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang keine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne der Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

### **E. 3.1**

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). Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt der Beschwerdeführer überwiegend. Deshalb sind ihm in stark ermässigtem Umfang Verfahrenskosten aufzuerlegen, soweit auf dessen Beschwerde nicht eingetreten werden kann (E. 1). Dem Beschwerdeführer werden Verfahrenskosten von Fr. 300.- auferlegt. Diese werden mit dem (im Vorverfahren B-320/2010) geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet, weshalb dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils der Restbetrag von Fr. 2'200.- zurückzuerstatten sein wird.

### **E. 3.2**

Weder der (nicht anwaltlich vertretene) 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.