

# **BVGer B-845/2015 vom 19. Dezember 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-12-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-845\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-845_2015)

FR: TAF B-845/2015 du 19 décembre 2017

IT: TAF B-845/2015 del 19 dicembre 2017

## **Regeste**

Unzulässige Wettbewerbsabreden

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Nachfolgend ist gemäss dem bundesgerichtlichen Rückweisungsurteil 2C\_77/2014 vom 28. Januar 2015 (E. 6) die materielle Streitfrage zu klären, ob das den Beschwerdeführerinnen gegenüber auferlegte Verbot von Gehilfenhandlungen zu den für unzulässig erklärten Publikumspreisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis rechtens ist. Wie indes bereits im Urteil B-323/2010 vom 3. Dezember 2013 in E. 1.2.4 festgehalten worden ist, kann nach wie vor in vier Punkten auf die Beschwerde nicht eingetreten werden:

#### **E. 1.1**

Soweit die Beschwerdeführerinnen eine vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragen, sind sie durch die Dispositiv-Ziffer 2 nicht direkt betroffen, welche Pfizer, Eli Lilly und Bayer verbietet, die von ihnen abgegebenen Publikumspreisempfehlungen für Viagra, Cialis und Levitra weiterhin zu veröffentlichen. Als materielle Adressatinnen dieser Anordnung sind in erster Linie Pfizer, Eli Lilly und Bayer beschwerdebefugt, zumal nur ihnen gegenüber rechtsverbindlich ein Veröffentlichungsverbot für ihre Preisempfehlungen auferlegt worden ist (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, da ihnen gegenüber insbesondere erhebliche Sanktionsbeträge (inkl. Verfahrenskosten) auferlegt worden sind (Beschwerdeverfahren B-846/2015 betr. Pfizer, B-844/2015 betr. Bayer und B-843/2015 betr. Eli Lilly). Mit der Anfechtung der Dispositiv-Ziffer 2 scheinen die Beschwerdeführerinnen zu Gunsten von Pfizer, Eli Lilly und Bayer Beschwerde führen zu wollen, ohne dass ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung dieser Dispositiv-Ziffer ersichtlich wäre, das über dasjenige eines Popularbeschwerdeführers 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.w.H.).

#### **E. 1.2**

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 nie offen gelegter) Sanktionsbetrag auferlegt. Wie bereits in der vorherigen Erwägung erwähnt, haben die drei sanktionierten Unternehmen

dagegen Beschwerde erhoben. Auch hier wollen die - selbst nicht "gebüsst" - Beschwerdeführerinnen zu Gunsten der sanktionierten Unternehmen Beschwerde führen, ohne dass ersichtlich wäre, inwiefern sich ihre Interessenlage von der eines Populärbeschwerdeführers unterscheiden könnte.

### **E. 1.3**

Nicht ersichtlich ist ferner, inwiefern die Beschwerdeführerinnen durch die Dispositiv-Ziffer 5 (Einstellung der Untersuchung), die mit der strittigen Sanktionsverfügung tatsächlich abgeschlossen worden ist, oder die Dispositiv-Ziffer 6 beschwert sein könnten. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerinnen durch die - auf Art. 50 und 54 KG verweisende - Dispositiv-Ziffer 6 beschwert sein könnten, die sich in einer Wiederholung der ohnehin ex lege geltenden Rechtslage erschöpft, weshalb ihr kein eigenständiger Dispositivcharakter zukommt (vgl. Marantelli/Huber, a.a.O., N 15 zu Art. 48 VwVG).

### **E. 1.4**

In der Dispositiv-Ziffer 7 schliesslich werden die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 692'118.- je zu einem Sechstel einzig Pfizer, Bayer und Eli Lilly auferlegt. Die Beschwerdeführerinnen selbst wurden nicht mit Verfahrenskosten belastet. Entsprechend den Überlegungen in E. 1.2 verfügen die Beschwerdeführerinnen auch in diesem Punkt über kein schutzwürdiges Interesse, um die angefochtene Verfügung anzufechten.

### **E. 1.5**

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

### **E. 2.1**

Strittig ist hier nur, ob die Vorinstanz den "Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat" verbieten durfte, "bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen (...) Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.)" vorzunehmen. Die zu prüfende strittige Frage der Zulässigkeit eines Verbots angeblicher "Gehilfenhandlungen" ist rein akzessorisch zu dem in der angefochtenen Sanktionsverfügung geregelten und einzig an Pfizer, Eli Lilly und Bayer gerichteten Verbot, weiterhin Publikumspreisempfehlungen für Viagra, Cialis und Levitra zu veröffentlichen.

### **E. 2.2**

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) bestanden. 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. 2.3**

Diese Beurteilung gilt auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren. Lassen sich die von der Vorinstanz beanstandeten Publikumspreisempfehlungen zu Viagra, Levitra und Cialis kartellgesetzlich nicht beanstanden, muss folgerichtig auch a priori die von den Beschwerdeführerinnen vorgenommene Weiterverbreitung dieser Empfehlungen kartellgesetzlich zulässig sein. Inwiefern die ihnen von der Vorinstanz unterstellte und angeblich kartellrechtlich unzulässige "Gehilfenschaft" überhaupt kartellrechtlich erfasst ist, was die Beschwerdeführerinnen mit beachtlichen Argumenten bestreiten, muss bei diesem Verfahrensausgang offenbleiben.

### **E. 3**

Insofern ist das den Beschwerdeführerinnen gegenüber ausgesprochene Verbot der (von der Vorinstanz fälschlicherweise als unzulässig bezeichneten) "Gehilfenhandlungen" aufzuheben und diesbezüglich die Beschwerde ohne weiteres gutzuheissen, soweit 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 Parteien, da 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) und sie zudem die Kosten für die Zwischenverfügung vom 16. September 2010, ausmachend Fr. 300.-, zu tragen haben (vgl. unter F).

#### **E. 4.1.3**

Diese Kosten machen insgesamt Fr. 800.- aus und werden mit dem (im Vorverfahren B-323/2010) 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.- 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.