



## Urteil vom 3. Dezember 2013

---

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),  
Richterin Maria Amgwerd, Richter Pietro Angeli-Busi,  
Gerichtsschreiber Said Huber.

---

Parteien

1. **e-mediat AG**, (...),  
2. **Galexis AG**, (...),  
3. **Unione Farmaceutica Distribuzione SA**,  
(...),  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. Thomas Bähler, Dr. Daniel Emch und  
lic. iur. Kathrin Enderli,  
(...),  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Wettbewerbskommission WEKO**,  
(...),  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikums-  
preisempfehlungen betreffend Cialis, Levitra und Viagra).

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Die Pharmaunternehmen Pfizer AG (Pfizer), Bayer (Schweiz) AG (Bayer) und Eli Lilly (Suisse) SA (Eli Lilly) vertreiben unter anderem ihre (vom Mutterkonzern hergestellten und – bis auf Viagra – zur Zeit noch patentgeschützten) Medikamente gegen erektile Dysfunktion, *Viagra* (Pfizer), *Levitra* (Bayer) und *Cialis* (Eli Lilly), für die es hierzulande gegenwärtig noch keine amtlich zugelassenen Generika gibt. Diese auch als "Potenzmittel" bezeichneten Medikamente wirken nicht aphrodisisch, sondern (erst nach entsprechender Stimulation) erektionsfördernd. Angesichts ihres gesundheitlichen Gefährdungspotenzials sind diese Arzneimittel verschreibungspflichtig (Verkaufskategorie B; vgl. zu den übrigen Kategorien Art. 23-27 der Arzneimittelverordnung vom 17. Oktober 2001 [VAM, SR 812.212.21]), aber nicht auf der krankensversicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt und damit nicht kassenpflichtig (sog. Hors-Liste Medikamente).

In der Schweiz waren im Jahr 2006 insgesamt 4'857 Medikamente heilmittelrechtlich zugelassen. Die nachfolgende Übersicht schlüsselt die Anteile nach Rezeptpflicht bzw. Freiverkäuflichkeit sowie einer allfälligen Listung in der Spezialitätenliste (SL) auf:

| Anzahl zugelassener Medikamente in der Schweiz:<br>4857 |              |                               |            |   |            |                                 |            |
|---|--------------|-------------------------------|------------|---|------------|---------------------------------|------------|
| Davon auf der SL:<br>2146 / 44.0%                       |              |                               |            | Davon als Hors-Liste (HL) genannte Medikamente:<br>2711 / 56.0% |            |                                 |            |
| Rezeptpflichtig<br>1735 / 35.7%                         |              | Freiverkäuflich<br>411 / 8.5% |            | Freiverkäuflich<br>1656 / 34.1%                                 |            | Rezeptpflichtig<br>1055 / 21.7% |            |
| A   | B            | C                             | D          | D   | C          | B                               | A          |
| 391 / 8.0%  | 1344 / 27.7% | 161 / 3.3%                    | 250 / 5.2% | 1232 / 25.4%  | 414 / 8.5% | 891 / 18.4%                     | 164 / 3.4% |

(Quelle: Wettbewerbskommission in Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2010/4, S. 650)

**A.b** Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Vorabklärung, da Pfizer, Eli Lilly und Bayer damals zu Levitra, Viagra und Cialis unverbindliche Publikumspreisempfehlungen an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen.

**A.c** Angesichts von Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsabreden eröffnete das Sekretariat (im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums) am 26. Juni 2006 eine kartellgesetzliche Untersuchung (1.) gegen die Pharmaunternehmen Pfizer, Eli Lilly und Bayer, (2.) gegen die Gros-

sisten Galexis AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Voigt AG und Amedis-UE AG, (3.) gegen die Datenbankbetreiberin e-mediat AG, (4.) gegen alle in der Schweiz niedergelassenen 1'672 Apotheken sowie (5.) gegen alle dort praktizierenden 3'693 selbstdispensierenden Ärzte. Veröffentlicht wurde diese Untersuchung im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im Bundesblatt (BBl 2006 9123).

## **B.**

Nach einer umfangreichen Untersuchung und nachdem alle Parteien, zum Antrag des Sekretariats vom 2. Februar 2009 Stellung genommen hatten, erliess die Wettbewerbskommission (WEKO) am 2. November 2009 eine 90-seitige Sanktionsverfügung (vgl. RPW 2010/4, S. 649 ff.) mit folgendem Dispositiv:

- "1. Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichen und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.
2. Den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer wird verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen.
3. Die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat dürfen bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.
4. Die Hersteller Pfizer, Bayer und Eli Lilly werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet:
  - Pfizer: CHF [...]
  - Eli Lilly: CHF [...]
  - Bayer: CHF [...]
5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 692'118.- Franken werden den drei Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly SA und Bayer (Schweiz) AG jeweils zu einem Sechstel, d.h. je CHF 115'353.- Franken, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

8. (*Rechtsmittelbelehrung*)

9. (*Eröffnung einzeln*)

10. (*Eröffnung durch amtliche Publikation*)"

**B.a** Zur Begründung wurde festgehalten, Viagra, Cialis und Levitra seien nicht auf der krankensicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt. Deshalb vergüte die Grundversicherung den Patienten die Kosten dieser Medikamente nicht. Da staatlich keine Höchstpreise festgesetzt würden, dürften die "Verkaufsstellen" die Publikumspreise frei festlegen.

Insbesondere nach der Auflösung des Vereins Sanphar und der von ihm geregelten Margen- und Rabattordnung, die für alle Arzneimittel auf allen Vertriebsstufen den Wettbewerbsparameter "Preis" ausgeschaltet hatte, müssten sich die Preise von Hors-Liste Medikamenten durch den "funktionierenden Marktmechanismus" ergeben.

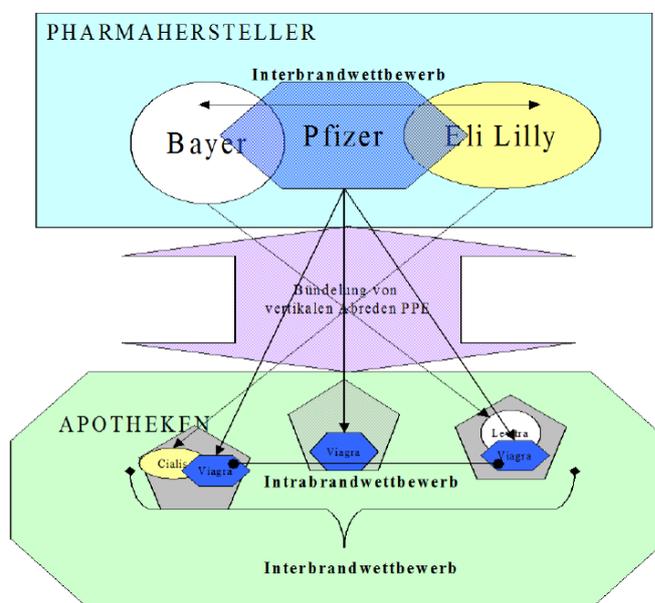
**B.b** Die in den Datenbanken der e-mediat AG, Pharmavista und Galdat, veröffentlichten Publikumspreisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente würden über Galdat in die Lieferscheine der Grossisten übernommen und an die Kunden weitergegeben.

Die von den meisten Apotheken abonnierte Datenbank *Galdat* diene dem Austausch spezifischer Artikeldaten für den Betrieb von "Drogerie- und Apothekensystemen am Verkaufspunkt". Ferner diene Galdat der Informatisierung der Bestellprozesse. Die Preisempfehlungen würden manuell oder informatikbasiert ins Kassensystem eingegeben und mit den im Galdat enthaltenen bzw. auf Medikamentenpackungen aufgedruckten Artikelnummern verbunden. Beim Scannen an der Kasse werde das Arzneimittel identifiziert und der empfohlene Preis automatisch eingelesen, sofern bei gewährten Rabatten kein anderer Preis eingegeben werde. Auch im textorientierten Abfrageinstrument *Pharmavista* seien die Fabrikabgabepreise sowie Publikumspreisempfehlungen enthalten.

**B.c** Ausgehend von diesen Rahmenbedingungen zog die Vorinstanz den Schluss, das untersuchte Verhalten der Parteien unterstehe dem Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251).

Zu Viagra, Cialis und Levitra bestünden keine wettbewerbsausschließenden Vorschriften einer staatlich vorgesehenen Markt- oder Preisordnung oder solche, die Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben besondere Rechten verliehen, weshalb (Preis-)Wettbewerb nicht nur möglich sei, sondern auch gefordert werde.

**B.d** Die Vorinstanz legte ihrer Analyse folgende Wettbewerbsverhältnisse zu Grunde



(Quelle: WEKO in RPW 2010/4, S. 674)

und hielt dazu fest:

**B.d.a** Trotz anfänglich fast identischer Preise für Viagra, Cialis und Levitra habe eine *horizontale* Preisabrede nicht nachgewiesen werden können.

**B.d.b** Indessen seien die von Pfizer, Eli Lilly und Bayer veröffentlichten und von den "Verkaufsstellen" überwiegend befolgten Publikumspreisempfehlungen drei nebeneinander bestehende *vertikale* Wettbewerbsabreden. Diese wirkten sich wie Festpreise aus. Als abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beseitigten sie den wirksamen Wettbewerb völlig. Dazu hielt die Vorinstanz im Einzelnen fest:

**B.d.b.a** Preisempfehlungen ohne rechtliche Durchsetzbarkeit, wonach Richt- oder Listenpreise einzuhalten seien, seien als aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen aufzufassen. Solche einseitigen Anweisungen sowie die öffentliche Bekanntgabe von Preisen könnten zu einer kollusiven Preisfestsetzung unter Wettbewerbern führen. Davon sei auszugehen, wenn mehrere Wettbewerber ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten anderer Wettbewerber anpassten, ohne dass Marktstrukturen oder exogene Faktoren ein solches Parallelverhalten erzwingen.

**B.d.b.b** Folgende Faktoren legten hier eine den Preiswettbewerb beseitigende, abgestimmte Verhaltensweise nahe: (1.) Der hohe Befolgungsgrad, (2.) die weiterhin die Marktteilnehmer massgeblich beeinflussende ehemalige Margenordnung Sanphar, (3.) die Interessenlage der beteiligten Unternehmen sowie (4.) weitere Kriterien:

(1.) In den Jahren 2005 und 2006 hätten 81.7 % der selbstdispensierenden Ärzte und 89.3 % der Apotheken die Publikumspreise für Viagra, Cialis und Levitra nach dem empfohlenen Preis festgelegt; die restlichen 18.3 % bzw. 10.7 % hätten die Preise unabhängig davon festgelegt, mehrheitlich mit Abweichungen nach unten von 1.5 % bis mehr als 5 %.

Realitätsfremd sei das Argument, die Publikumspreisempfehlungen seien als unverbindliche grobe Orientierungshilfe gedacht gewesen bzw. die Apotheker hätten den Verkaufspreis ausgehend von der Betriebskostenstruktur selbständig festgelegt. Die Pharmaunternehmen hätten gewusst, dass ihre Empfehlungen häufig als Preisvorgabe wahrgenommen würden, auch wenn sie deren Befolgung angeblich nicht überprüften. Die Datenbanken hätten die Kollusion begünstigt. Die Versuchung sei gross, an der Kasse eingelesene Preisempfehlungen auch einzuhalten.

(2.) Zudem sei die unzulässige Margen- und Rabattordnung des vor zehn Jahren aufgelösten Vereins *Sanphar* zumindest eine Mitursache für das heutige System weitgehender Publikumspreisempfehlungen. Bei wirksamem Wettbewerb hätte die Aufhebung von Sanphar einen nennenswerten Teil der "Verkaufsstellen" veranlassen müssen, für verschreibungspflichtige Hors-Liste Medikamente unterschiedliche Preise zu verlangen. Indes sei wegen der Empfehlungen die starre Preisordnung bis

heute fast unverändert geblieben. Wäre der Preis betriebswirtschaftlich berechnet worden, so wäre die Wahrscheinlichkeit gering gewesen, dass 81.7 % der selbstdispensierenden Ärzte und 89.3 % der Apotheken den gleichen Verkaufspreis verlangten.

(3.) Zwar hätten die Pharmaunternehmen keinen Druck auf die "Verkaufsstellen" ausgeübt, die Publikumspreisempfehlungen einzuhalten. Vielmehr hätten diese im Jahre 2004 gedroht, alle substituierbaren Medikamente von Pfizer aus dem Sortiment zu nehmen, sollte Pfizer wie angekündigt die Abgabe der Empfehlungen einstellen. Deshalb habe Pfizer die Empfehlungen wieder kommunizieren müssen. Auch Bayer und Eli Lilly hätten nicht darauf verzichten können.

Alle hätten die Vorteile dieser Empfehlungen erkannt. Insbesondere die Pharmaunternehmen wären an deren Veröffentlichung interessiert, um so die "Verkaufsstellen" von zu hohen, reputationschädigenden Medikamentenpreisen abzuhalten. Andererseits dienten die Empfehlungen dazu, den "Verkaufsstellen" – ähnlich wie bei Sanphar – eine erhebliche, über derjenigen von SL-Medikamenten liegende Marge zu sichern. Zudem bestünde dank der Koordination kaum Gefahr, Kunden an "Verkaufsstellen" mit tieferen Medikamentenpreisen zu verlieren.

Die Ansicht von Pfizer und Eli Lilly, wonach beide nicht an hohen Margen interessiert seien, da sie zum gegebenen Fabrikabgabepreis möglichst viele Einheiten verkaufen und durch die gesetzte Obergrenze die Handelsmargen tief halten wollten, überzeuge nicht. Denn der Preis spiele erst beim Kauf in der Apotheke eine wichtige Rolle. Allerdings existiere auf dieser Stufe zwischen Medikamenten kein Interbrand Wettbewerb mehr, weshalb sich zu hohe Verkaufspreise primär negativ auf den Gewinn der "Verkaufsstellen" und nicht auf denjenigen der Hersteller auswirkten. Bei einem überhöhten Verkaufspreis würde ein verschriebenes Medikament einfach in einer billigeren Apotheke gekauft.

(4.) Zwar seien die fraglichen Preisempfehlungen im Internet, d.h. im "Arzneimittel-Kompendium der Schweiz", publiziert und (für Viagra und Cialis) auch auf den Internetseiten der Hersteller. Diese Quelle enthalte jedoch Fachinformationen für Ärzte, Apotheken und Spitäler und diene weniger der Information des Publi-

kums. Nur wenige Personen suchten und fänden die Preisinformationen. Zudem sei Publikumswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel heilmittelrechtlich verboten. Die Kommunikation der Empfehlungen durch automatisierte Kassensysteme lasse die Öffentlichkeitsinformation gegenüber der Preisfestsetzung für den Verkauf in den Hintergrund treten. Ausserdem sei eine weitgehend eingehaltene Empfehlung angesichts der übrigen Umstände selbst dann als Abrede zu qualifizieren, wenn sie im Arzneimittel-Kompendium als "unverbindlich" bezeichnet werde.

**B.d.b.c** Zusammenfassend erachtete die Vorinstanz das Veröffentlichen der fraglichen Empfehlungen sowie deren "weitgehende" Einhaltung durch die "Verkaufsstellen" als aufeinander abgestimmtes Verhalten von Unternehmen verschiedener Marktstufen, obschon weder eine Verpflichtung zum Einhalten noch Sanktionsmechanismen festgestellt wurden.

Die Vorinstanz bezeichnete die Grossisten und die e-mediat als Bindeglied zwischen den Pharmaunternehmen und den Verkaufsstellen und hielt dazu fest, das Weiterleiten der Preisempfehlungen durch die Grossisten und das entsprechende Zurverfügungstellen im Galdat durch e-mediat seien "Gehilfenhandlungen" zu einer Wettbewerbsabrede, die inskünftig zu unterlassen seien, falls die Abrede unzulässig sein sollte.

**B.d.b.d** Zu den Auswirkungen hielt die Wettbewerbskommission fest, auch in Empfehlungsform gekleidete Wettbewerbsabreden über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen seien als "Festsetzung von Festpreisen" aufzufassen, die den Wettbewerb vermutungsweise beseitigten.

Entgegen der Auffassung von Eli Lilly, wonach hier keine Abrede über Fixpreise sondern eine über Höchstpreise vorliege, seien in den Jahren 2005 und 2006 rund 63 % der von Apotheken und 70 % der von selbst-dispensierenden Ärzten verkauften Viagra-, Cialis- und Levitra-Packungen zum empfohlenen Publikumspreis abgegeben worden. Somit wirkten sich die Preisempfehlungen auf dem Markt wie Fest- und nicht wie Maximalpreise aus. Daher greife die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung.

**B.d.b.e** Indes müsste für eine allfällige Widerlegung dieser Vermutung wirksamer aktueller Innenwettbewerb sowie aktueller und potentieller Aussenwettbewerb bestehen, d.h. Wettbewerb unter den Abredeteiligen bzw. Wettbewerb durch die nicht an der Abrede beteiligten "Verkaufs-

stellen". Wegen den Besonderheiten vertikaler Abreden sei auf dem relevanten schweizerischen Markt der oral einzunehmenden Medikamente Viagra, Cialis und Levitra der Intra- und Interbrand Wettbewerb (Innen- und Aussenwettbewerb) sowie der Interbrand Wettbewerb zu analysieren.

**B.d.b.e.a** Zur Intensität des *Intra- und Interbrand* Wettbewerbs wurde ausgeführt, der Innen-, Aussen- und Restwettbewerb reiche nicht aus, um die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen. Auch der Verkauf übers Internet wirke nicht disziplinierend. Zur Frage der Marktauswirkungen der durch die Empfehlungen festgelegten Verkaufspreise spiele es eine wichtige Rolle, wie viele Packungen eine Verkaufsstelle zum empfohlenen Publikumspreis verkauft habe:

- Der Anteil der von Apotheken empfehlungsgemäss verkauften Packungen umfasse im Jahr 2005 63.5 % (18.9 % mit Rabatt bzw. 17.6 % ohne Preisempfehlungen) und im Jahr 2006 63.4 % (19.1 % mit Rabatt bzw. 17.5 % ohne Preisempfehlungen).
- Der Anteil der zu den Empfehlungen durch selbstdispensierende Ärzte abgesetzten Packungen betrage im Jahr 2005 72.8 % (2.7 % mit Rabatt bzw. 24.5 % ohne Preisempfehlungen) und im Jahr 2006 70.6 % (3.1 % mit Rabatt bzw. 26.3 % ohne Preisempfehlungen).

Die Einhaltung der Abreden habe sich im Laufe der berücksichtigten Periode stabilisiert. Es seien rund 63 % aller in der Schweiz über Apotheken ausgehändigten Cialis-, Levitra- und Viagra-Packungen zum empfohlenen Publikumspreis verkauft worden. Dieser Prozentsatz belaufe sich auf 70 % der von selbstdispensierenden Ärzten verkauften Medikamente. Nach Angabe der selbstdispensierenden Ärzte und Apotheken, die auf den empfohlenen Preisen Rabatte gewährten, beliefen sich die mit Rabatt verkauften Packungen auf nur 31 % bzw. 39 % der durch diese selbstdispensierenden Ärzte bzw. Apotheken abgegebenen Packungen.

Somit hätten im *Innen-Intra- und Interbrand* Wettbewerb diejenigen "Verkaufsstellen", die auf empfohlenen Publikumspreisen Rabatte gewährt hätten, eine marginale Rolle gespielt. Diese Rabatten seien Kundenrabatte gewesen.

Betreffend *Aussen-Intra- und Interbrand* Wettbewerb seien in der berücksichtigten Periode bei der Preisfestsetzung nur 18.3 % der selbstdispensierenden Ärzte und 10.7 % der Apotheken von den empfohlenen Preisen abgewichen, weshalb sie sich nicht an der Abrede beteiligt hätten. Im Jahr 2006 seien in der Schweiz nur 26.3 % aller vertriebenen Cialis-, Levitra- und

Viagra-Packungen von selbstdispensierenden Ärzten und 17.5 % von Apotheken verkauft worden.

Zwar liesse sich diese Vermutung durch den Nachweis widerlegen, dass auf einem Markt der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter sei, und es trotz dessen Ausschaltung angesichts anderer Faktoren (wie Qualität der Beratung, Lage der Verkaufsstelle) noch zu einem – wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigten – *Rest- oder Teil-Wettbewerb* komme. Indes liesse sich die Vermutung hier selbst bei Berücksichtigung von Rest- oder Teilwettbewerb nicht widerlegen. Denn die fraglichen verschreibungspflichtigen Medikamente dürften nur gegen ärztliches Rezept abgegeben werden, wobei die dafür erforderliche Fachberatung beim Arzt stattfinde. In der Apotheke bestehe kein Aufklärungsbedarf mehr, weshalb sich diese nicht durch eine kompetente Beratung "profilieren" könne. Selbst wenn eine solche tatsächlich eine Rolle spielen würde, wäre die Beratung nur beim erstmaligen Medikamentenkauf bedeutsam.

Weitere nicht preisbezogene Wettbewerbsparameter, welche die Wettbewerbsintensität zwischen den Verkaufsstellen erhöhen könnten, bestünden nicht. Zwar könne auch der Schamfaktor als Parameter bedeutsam sein. Er könne aber von den "Verkaufsstellen" nicht beeinflusst werden.

**B.d.b.e.b** Schliesslich reiche auch der *Interbrand* Wettbewerb, der zum schwachen *Intrabrand* Wettbewerb hinzutrete, nicht aus, um die Vermutung zu widerlegen:

Fraglich sei, inwiefern allfälliger Druck von *Interbrand* Wettbewerb die Pharmaunternehmen dazu zwingt, den Produktabsatz durch Preisempfehlungen zu koordinieren. Denn solange die Preise von Viagra, Cialis und Levitra nicht wesentlich voneinander abwichen, seien diese für die Auswahl eines Präparats nicht entscheidend. Die drei Medikamente dürften nur gegen ärztliches Rezept abgegeben werden. Daher spielten die selbstdispensierenden Ärzte eine zentrale Rolle bei der Auswahl eines der drei Medikamente und für den *Interbrand* Wettbewerb zwischen den Pharmaunternehmen. Diese wüssten, dass der Publikumspreis ihrer Produkte für die Wahl des Patienten bloss von untergeordneter Bedeutung sei. Erst beim Wiederverkauf sei der Preis nicht mehr sekundär.

Im Jahr 2006 seien 63.4 % der von Apotheken abgesetzten Packungen zum empfohlenen Preis verkauft worden. Die Veröffentlichung bzw. Einhaltung der Empfehlungen verhindere den Preiswettbewerb. Nur 10.7 %

der Apotheken hätten einen anderen als den empfohlenen Preis angewendet und insgesamt 17.5 % Packungen verkauft. Die Apotheken seien an der Einhaltung der Preisempfehlung stark interessiert. Dies reduziere das Risiko, sich über Apothekerpreise zu konkurrenzieren und garantiere eine interessante Gewinnmarge.

**B.d.c** Aber auch für den Fall, dass die gesetzliche Vermutung als widerlegt zu betrachten wäre, hielt die Vorinstanz fest, müsse der Wettbewerb als erheblich beeinträchtigt gelten. Die drei vertikalen Abredebündel seien qualitativ und quantitativ erheblich. Schädlich seien die Abreden, weil sie tatsächlich von vielen "Weiterverkäufern" oder Händlern befolgt werden. Nur 36 % bzw. 28 % der vertriebenen Packungen seien zu einem anderen als dem empfohlenen Publikumspreis verkauft worden.

In diesem Zusammenhang verneinte die Vorinstanz mit eingehender Begründung das Bestehen *wirtschaftlicher Effizienzgründe*, welche die beanstandeten Empfehlungen allenfalls hätten rechtfertigen können. Insbesondere hielt die Vorinstanz eine Rechtfertigung aufgrund der Senkung von Vertriebskosten für nicht plausibel. Auch der Rechtfertigungsgrund der Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren wurde verworfen. Ferner liess die Vorinstanz auch das Argument nicht gelten, die Publikumspreisempfehlungen seien wegen des Problems der *Doppelmarginalisierung* gerechtfertigt, wonach Herstellern erlaubt sein soll, Einzelhandelshöchstpreise festzusetzen, um marktmächtige Lieferanten/Händler davon abzuhalten, von den Endkonsumenten eine den Monopolpreis übertreffende Rente einzufordern.

**B.e** Abschliessend legte die Vorinstanz zur *Sanktion* und ihrer Bemessung dar, die Parteien hätten die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen "verschuldetermassen" bewirkt, wobei einzig Pfizer, Eli Lilly und Bayer direkt zu sanktionieren seien:

**B.e.a** Das Verhalten der drei Pharmaunternehmen und der "Verkaufsstellen", welche die Publikumspreisempfehlungen eingehalten hätten, sei eine wettbewerbsbeseitigende abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 5 Abs. 4 KG. Diese erfülle den Sanktionstatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG. Aber selbst bei widerlegter Vermutung wäre dieser Tatbestand erfüllt, da der Wettbewerb immer noch erheblich beeinträchtigt wäre, ohne dass rechtfertigende Effizienzgründe vorlägen.

Alle Beteiligten hätten die kartellrechtliche Problematik der fraglichen Preisempfehlung erkennen müssen. Die Pharmaunternehmen und die "Verkaufsstellen" hätten sicherstellen müssen, dass die Empfehlungen nicht den Charakter von Festpreisen erhielten. Dies sei unterblieben. Die Pharmaunternehmen hätten erklärt, es sei von untergeordnetem Interesse und liege nicht in ihrer Verantwortung, was die "Verkaufsstellen" mit der Preisempfehlung machten. Auch all die "Verkaufsstellen", die aus Bequemlichkeit die im GalDat gespeicherten Preisempfehlungen direkt übernommen hätten, hätten in Kauf genommen, dass viele andere "Verkaufsstellen" dasselbe tun würden.

Vorliegend seien keine falschen Behördeninformationen gegeben worden, die ein schützenswertes Vertrauen begründen könnten. Weder die Vertikal-Bekanntmachung noch die Aussagen von WEKO-Mitgliedern zur angestrebten EU-Kompatibilität des schweizerischen Kartellgesetzes hätten Vertrauen erweckt, da sie nicht vorbehaltlos erfolgt seien.

Auch die Preisbekanntgabeverordnung vom 11. Dezember 1978 (PBV, SR 942.211) sei keine Vertrauensgrundlage. Diese vermöge die Anwendung des Kartellgesetzes nicht auszuschliessen. Ungeachtet, ob die PBV für rezeptpflichtige Medikamente die Publikation von Preisempfehlungen zulasse, könnten sich die Parteien nicht darauf berufen, da eine unzulässige Abrede über die Festsetzung von Verkaufspreisen vorliege. Selbst wenn nach der besagten Verordnung die Veröffentlichung von Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente erlaubt wäre, würde dies die kartellrechtliche Unzulässigkeit nicht berühren. Doch sei die unglücklich formulierte PBV bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

Pfizer, Eli Lilly und Bayer (mit dem Veröffentlichen der Publikumspreisempfehlungen) sowie die "Verkaufsstellen" (mit dem Befolgen dieser Empfehlungen) hätten sich zumindest fahrlässig verhalten. Dies sei subjektiv vorwerfbar, weshalb diese Parteien für ihr Verhalten ab dem 1. April 2004 grundsätzlich zu sanktionieren seien.

**B.e.b** Gestützt auf detaillierte Ausführungen belastete die Vorinstanz die Pharmaunternehmen Bayer, Eli Lilly und Pfizer je einzeln mit Sanktionsbeträgen, die zusammen genommen Fr. 5.7 Millionen ausmachen (vgl. dazu die entsprechende Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 27. November 2009, veröffentlicht auf: [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Startseite > Aktuell > Medieninformationen > Medienmitteilungen 2009).

**B.e.c** Gleichzeitig verzichtete die Vorinstanz "aus faktischen und praktischen Gründen" darauf, die als mitschuldig bezeichneten "Verkaufsstellen" zu sanktionieren:

Die Untersuchung sei gegen alle tätigen 1'672 Apotheken und 3'693 selbstdispensierenden Ärzte eröffnet worden. Doch sei es kaum vorstellbar, wie die Verfahrensrechte aller Parteien überhaupt gewahrt werden könnten. Es könne nicht in jedem Einzelfall festgestellt werden, ob ein Unternehmen die Publikumspreisempfehlungen tatsächlich befolgt habe. Hausdurchsuchungen bzw. Partei- und Zeugenbefragungen bei mehr als 5'000 Parteien seien ausgeschlossen, was den Rückgriff auf die ungeprüften Selbstdeklarationen in den Fragebögen nahe legen könnte. Indes sei deren Vertrauenswürdigkeit für eine Sanktionierung fraglich.

Selbst wenn sich die gesetzesverletzenden "Verkaufsstellen" ermitteln liessen, müsste der Sanktionsbetrag für jedes "Unternehmen" einzeln berechnet werden. Dies sei unverhältnismässig, da viele "Verkaufsstellen" nur einige wenige Schachteln Erektionsmittel verkauft hätten und die Sanktion jeweils nur wenige Franken betrüge. Es würde jeden vernünftigen Rahmen sprengen, die "Verkaufsstellen", welche eine Preisempfehlung befolgt hätten, individuell zu sanktionieren. Die durchschnittliche Höhe der Bussen stünde in keinem Verhältnis zum dafür erforderlichen Aufwand. Daher sei gegenüber den "Verkaufsstellen" auf die Berechnung und Eintreibung einer Sanktion zu verzichten. Trotzdem stelle das Verhalten der "Verkaufsstellen", welche die Empfehlungen eingehalten hätten, eine unzulässige, sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkung dar.

Die einseitige Sanktionierung der Pharmaunternehmen verletze das Gleichbehandlungsgebot nicht. Auch genüge der Tatbeitrag der Grossisten und der e-mediats nicht für eine Sanktionierung dieser Gehilfinnen.

### **C.**

Diese Sanktionsverfügung fochten e-mediats, Galexis und Unione (Beschwerdeführerinnen), vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. iur. Thomas Bähler, Dr. iur. Daniel Emch und lic. iur. Kathrin Enderli, am 15. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren an:

- "1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Eventualiter: Ziff. 3 des Dispositivs des Entscheids der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 sei aufzuheben.

3. Subeventualiter: Die Sache sei zur Neubeurteilung und/oder zur Ergänzung des Verfahrens an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen."

**C.a** Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgebracht, die angefochtene Verfügung beruhe auf einem unrichtig und unvollständig ermittelten Sachverhalt und verletze aus vielen Gründen Bundesrecht.

**C.a.a** Die Publikumspreisempfehlungen erfüllten als unilaterales Verhalten der Hersteller weder die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG noch diejenigen der Vertikalbekanntmachung, da von den darin statuierten fünf Kriterien nur das Kriterium des Befolungsgrades erfüllt sei. Die "exzessive Auslegung" dieser Norm verstosse gegen das Bestimmtheitsgebot sowie das Verschuldensprinzip und widerspreche der Preisbekanntgabeverordnung, welche die Veröffentlichung solcher Empfehlungen erlaube.

**C.a.b** Überdies könnten Preisempfehlungen den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nur erfüllen, wenn sie sich infolge von Druck oder der Gewährung von Anreizen wie eine Abrede über Fest- oder Mindestpreise auswirkten. Dies sei angesichts der gegenläufigen Interessen der "Verkaufsstellen" und der Hersteller nicht der Fall, weshalb die unverbindlichen Publikumspreisempfehlungen eher den Charakter von Höchstpreisen hätten. Insofern führten die Empfehlungen weder zu einer Beseitigung noch zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, weil die Nachfrager angesichts der atomistischen Angebotsstruktur auf "Verkaufsstellen" ausweichen könnten, die die Empfehlungen nicht befolgen.

**C.a.c** Zwischen den "Verkaufsstellen" herrsche ein grosser Qualitäts-, Standort- und Diskretionswettbewerb. Die Vorinstanz habe die Bedeutung des Preises als Wettbewerbsfaktor überschätzt und die heilmittelrechtlichen Rahmenbedingungen, den Schamfaktor sowie den Beratungsbedarf der "Nachfrager von Medikamenten gegen erektile Dysfunktion" zu wenig beachtet. Wegen des Schamfaktors und des Verbots von Preiswerbung bestehe eine geringe Preissensibilität dieser "Nachfrager". Insbesondere mache der Schamfaktor den Parameter Preis bedeutungslos.

Zudem seien die Auswirkungen des Interbrand-Wettbewerbs falsch gewürdigt worden: Dieser finde auf der Stufe der Ärzte bei der Verschreibung eines Medikaments gegen erektile Dysfunktion statt, wobei der Preis eine massgebliche Rolle spiele, da dem Arzt eine Beratungs- und Aufklärungspflicht obliege. Insbesondere genüge bereits der hier nachgewiesene Interbrand Wettbewerb, um eine Beseitigung bzw. erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs auszuschliessen.

**C.a.d** Ferner seien die Empfehlungen aus Effizienzgründen gerechtfertigt, da hohe Vertriebsstransaktionskosten gespart werden könnten und ohne die Empfehlungen die entsprechenden Preise tendenziell steigen würden.

**C.a.e** Das mit der angefochtenen Verfügung beabsichtigte Verbot von Publikumspreisempfehlungen würde den Preiswettbewerb nicht intensivieren, da bereits die regulatorischen Rahmenbedingungen, wie das Publikumsverbot, einen solchen Wettbewerb stark erschwerten.

**C.b** Zum Verbot von "Gehilfenhandlungen", das die Vorinstanz ihnen in der Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung auferlegt hatte, führen die Beschwerdeführerinnen aus, dieses Verbot sei bundesrechtswidrig, da Gehilfenhandlungen nicht vom Kartellgesetz erfasst seien. Parallel ausgesprochene Verbote an sie und die Hersteller seien unverhältnismässig, da ein an die Hersteller gerichtetes Verbot der Abgabe von Preisempfehlungen bereits genügen würde. Der konstruierte Vorwurf der Gehilfenschaft führe zu grosser Rechtsunsicherheit, da nicht erkennbar sei, wann Gehilfenschaft zu einer abgestimmten Verhaltensweise führe:

**C.b.a** Diesbezüglich bemängeln die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz verbiete ihnen die Publikation dieser Empfehlungen in ihren Informationssystemen und drohe für den Widerhandlungsfall Sanktionen an, ohne das Verbot hinreichend zu begründen. Die Vorinstanz meine, ihre Verhaltensweisen würden nur "in einem gewissen Sinn eine Gehilfenhandlung zu einer Wettbewerbsabrede" darstellen, sage aber nicht klar, ob solche tatsächlich vorgenommen worden seien.

Art. 25 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0), wonach milder bestraft werde, wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet, sehe Voraussetzungen vor, welche die Vorinstanz weder geprüft noch dargelegt habe. Nicht erklärt werde, weshalb dieses Rechtsinstitut im Kartellrecht Anwendung finde.

**C.b.b** Die Beschwerdeführerinnen rügen, das Kartellgesetz sei nicht auf sie anwendbar, da sie nicht an der Wettbewerbsabrede beteiligt gewesen seien, sondern nur "in einem gewissen Sinn Gehilfenhandlungen zu einer Wettbewerbsabrede" erbracht hätten. Wettbewerbsabreden umfassten aber keine Gehilfenhandlungen. Aus diesem Grunde sei die Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben.

**C.b.c** Präzisierend halten die Beschwerdeführerinnen fest, sie hätten kein eigenes Interesse an der Einhaltung dieser Empfehlungen. Deren Auf-

nahme in die Informationssysteme von e-mediat und in die Lieferscheine von Unione und Galexis erfolge nicht mit der Absicht oder der Anweisung, dass die "Verkaufsstellen" die Empfehlungen befolgen müssten, sondern nur aus eigenen kommerziellen Interessen. Den Kunden soll eine möglichst komplette Dokumentation zur Verfügung gestellt werden, ohne dass dabei die Mitwirkung an einer Wettbewerbsabrede gebilligt oder in Kauf genommen würde. Deshalb seien weder Art. 25 StGB noch die einschlägigen Kriterien des Europäischen Wettbewerbsrechts erfüllt.

**C.c** Darüber hinaus habe die Vorinstanz das Gebot der Rechtsgleichheit missachtet, da nur den vier grössten Grossisten die Weiterleitung von Preisempfehlungen verboten werde, nicht aber den rund 800 weiteren Medikamentendistributoren.

**D.**

Am 20. April 2010 informierte das Bundesverwaltungsgericht durch amtliche Publikation im Bundesblatt die von der Vorinstanz nicht direkt angeschriebenen Adressaten der Sanktionsverfügung, dass dagegen am 18. Januar 2010 Beschwerde erhoben worden war (vgl. BBI 2010 2518).

**E.**

**E.a** Am 12. Juli 2010 liess sich die Vorinstanz nach erstreckter Frist mit dem Antrag vernehmen, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

Die Vorinstanz betont, aus der angefochtenen Verfügung gehe klar hervor, was die Gehilfenschaft beinhalte. Die Grossisten seien nur ein Bindeglied, wobei die Abrede zwischen den Pharmaunternehmen und den "Verkaufsstellen" bestehe. Die Software von e-mediat und der Grossisten ermögliche eine einfache und flächendeckende Verbreitung der Publikumspreisempfehlungen und erleichtere deren Einhaltung durch die "Verkaufsstellen". Dies mache die – nicht sanktionierte – Gehilfenstellung aus, die nicht im strafrechtlichen oder strafrechtsähnlichen Sinne zu verstehen sei. Aus Gründen der Opportunität sei nur der Tatbeitrag der Beschwerdeführerinnen ermittelt und die Rolle der tausenden, an den Abreden Direktbeteiligten analysiert worden.

**E.b** Mit Zwischenverfügung vom 19. August 2010 räumte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen die Gelegenheit ein, zur vorinstanzlichen Vernehmlassung bis zum 20. September 2010 eine allfällige Stellungnahme einzureichen.

**F.**

**F.a** Am 26. August 2010 ersuchten die Beschwerdeführerinnen das Bundesverwaltungsgericht um Fristverlängerung bis zum 20. Oktober 2010 und beantragten – unter Hinweis auf den engen Zusammenhang der Sachverhalte und die gleichen Rechtsfragen – die Vereinigung der Beschwerdeverfahren B-323/2010, B-320/2010, B-360/2010, B-362/2010 und B-364/2010. Gleichzeitig ersuchten sie um erweiterte Akteneinsicht.

**F.b** Am 31. August 2010 verfügte das Bundesverwaltungsgericht die Aussetzung der am 19. August 2010 verfügten Frist für eine allfällige Stellungnahme. Gleichzeitig teilte es den Beschwerdeführerinnen mit, über eine allfällige Verfahrensvereinigung sowie über die beantragte erweiterte Akteneinsicht werde später entschieden.

**F.c** Mit Zwischenverfügung vom 16. September 2010 wies das Bundesverwaltungsgericht sowohl den Antrag auf Vereinigung der Beschwerdeverfahren wie auch den Antrag auf erweiterte Akteneinsicht ab. Gleichzeitig verlängerte es den Beschwerdeführerinnen die Frist für eine allfällige Stellungnahme bis zum 15. Oktober 2010.

**G.**

**G.a** Nach gewährter Fristerstreckung reichten die Beschwerdeführerinnen am 12. November 2010 ihre Stellungnahme ein. Darin halten sie an den Rechtsbegehren ihrer Beschwerde fest.

**G.b** Mit Zwischenverfügung vom 16. November 2010 brachte das Bundesverwaltungsgericht diese Stellungnahme der Vorinstanz zur Kenntnis und sistierte gleichzeitig das Beschwerdeverfahren, unter Vorbehalt eines gegenteiligen Antrags der Parteien, bis zur Eröffnung der Entscheide des Bundesgerichts zu den bundesverwaltungsgerichtlichen Urteilen B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 (in Sachen Swisscom/Mobilterminierung; veröffentlicht in BVGE 2011/32 und in RPW 2010/2, S. 242 ff.) und B-2977/2007 vom 27. April 2010 (in Sachen Publigroupe/Kommissionierungsrichtlinien; veröffentlicht in RPW 2010/2, S. 329 ff.).

**H.**

Am 6. Februar 2013 hob das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens auf, nachdem das Bundesgericht am 29. Januar 2013 die Begründung des öffentlich beratenen Urteils

2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 im Fall Publigroupe SA (teilweise publiziert in BGE 139 I 72) schriftlich eröffnet hatte.

#### **I.**

Mit Schreiben vom 3. September 2013 informierte die Instruktionsrichterin die Beschwerdeführerinnen, dass sich in einem ebenfalls hängigen Beschwerdeverfahren zur gleichen Sanktionsverfügung Fragen zum sog. "fil rouge" gestellt hätten, die auch eine gewisse Bedeutung für das vorliegende Verfahren hätten.

Gleichzeitig liess die Instruktionsrichterin den Beschwerdeführerinnen eine anonymisierte Kopie der Zwischenverfügung B-364/2010 vom 3. September 2013 zukommen, woraus ersichtlich ist, dass die entsprechenden "fils rouges" der Untersuchung 22-0326 als Interna – mangels Beweiseignung – in keinem Beschwerdeverfahren als Bestandteil der Akten anzuerkennen seien.

#### **J.**

Auf die dargelegten und die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie für das Urteil erheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **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]).

**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.

## 1.2.

**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).

**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).

**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.

#### **1.2.4.**

**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).

**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 Popularbeschwerdeführers unterscheiden könnte.

**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.

**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.

**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).

**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.

## **2.**

**2.1.** Die von den Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen aufgeworfene Streitfrage zur Zulässigkeit eines Verbotes angeblicher "Gehilfenhandlungen" ist rein *akzessorisch* zu dem in der angefochtenen Sanktionsverfü-

gung geregelt und an die Pharmaherstellerinnen Pfizer, Eli Lilly und Bayer gerichteten Verbot, weiterhin Publikumspreisempfehlungen für Viagra, Cialis und Levitra zu veröffentlichen.

**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 verletzte. 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:

**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 Publikumswerbeverbot 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.

**2.2.2.** Bei den strittigen Medikamenten Viagra, Levitra und Cialis hätten die heilmittelgesetzlichen Rahmenbedingungen (Verschreibungspflicht und Publikumswerbeverbot) 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.

**2.3.** Diese Beurteilung gilt auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren. Lassen sich die beanstandeten Publikumspreisempfehlungen zu Vi-

agra, 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.

### **3.**

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

### **4.**

#### **4.1.**

**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).

**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).

**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.

#### **4.2.**

**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).

**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).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen. Die Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung wird aufgehoben.

#### **2.**

Den Beschwerdeführerinnen werden ermässigte Verfahrenskosten von Fr. 800.– auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'700.– wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Den Beschwerdeführerinnen wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 16'000.– (inkl. MWST) zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0326; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli

Said Huber

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 10. Dezember 2013