

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 148/2018

Urteil vom 8. Dezember 2021

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz,
Bundesrichterin Hänni,
Bundesrichter Beusch,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, Bundeshaus Ost, 3003 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

1.e-mediag AG,
2. Galexis AG,
3. Unione Farmaceutica Distribuzione SA,
Beschwerdegegnerinnen,
alle drei vertreten durch Dr. Daniel Emch, Dr. Anna Gottret,

Wettbewerbskommission, Hallwylstrasse 4, 3003 Bern.

Gegenstand
Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlung),

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II,
vom 19. Dezember 2017 (B-845/2015).

Sachverhalt:

A.

Die Pharmaunternehmen Eli Lilly (Suisse) SA (im Folgenden: Eli Lilly), Bayer (Schweiz) AG (im Folgenden: Bayer) und Pfizer AG (im Folgenden: Pfizer) vertreiben unter anderem ihre vom Mutterkonzern hergestellten Medikamente gegen erektile Dysfunktion, Cialis (Eli Lilly), Levitra (Bayer) und Viagra (Pfizer). Die genannten Arzneimittel sind verschreibungspflichtig, aber nicht auf der krankenversicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt und damit nicht kassenpflichtig (sog. Hors-Liste-Medikamente).

B.

Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) eine Vorabklärung, da Eli Lilly, Bayer und Pfizer zu Cialis, Levitra und Viagra unverbindliche Preisempfehlungen an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen. Am 26. Juni 2006 eröffnete das Sekretariat sodann gestützt auf Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995

über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) eine Untersuchung gegen "die Pfizer AG, die Eli Lilly SA, die Bayer AG, die Grossistinnen Galexis AG, Voigt AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Amedis-UE AG, die Apothekerinnen und Apotheker, die selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzte und die e-mediat AG" (vgl. BBl 2006 9123). Am 2. November 2009 verfügte die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Sanktion (vgl. Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW]2010/4 S. 649 ff., 700 f.) 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: [...]
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].
10. Eröffnung durch amtliche Publikation]."

C.

Die Sanktionsverfügung fochten e-mediat AG, Galexis AG und Unione Farmaceutica Distribuzione SA am 15. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an. Dieses hiess am 3. Dezember 2013 die Beschwerde, soweit darauf einzutreten war, gut und hob die Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf. Begründet wurde die Gutheissung damit, dass vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG existieren würden, weshalb das KG nicht zur Anwendung käme, was auch für die Beschwerdeführerinnen gelten würde, da ihre aufgeworfenen Fragen akzessorisch zur Hauptfrage seien. Die durch das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht am 28. Januar 2015 gut, hob den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts auf und wies die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück (Urteil 2C 77/2014 vom 20. Januar 2015; in der Hauptsache: BGE 141 II 66). Das Bundesgericht hielt fest, dass Art. 3 Abs. 1 KG im zu beurteilenden Fall nicht anwendbar sei. Es bestehe Wettbewerb.

D.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess am 19. Dezember 2017 erneut die Beschwerde gut, soweit darauf einzutreten war, und hob die Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf.

E.

Am 12. Februar 2018 hat das WBF beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben und u.a. beantragt, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2017 (B-845/2015) aufzuheben und die Entscheidung der WEKO vom 2. November 2009 zu bestätigen, eventuell das genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Begründet wird die Beschwerde im Wesentlichen damit, dass das Bundesverwaltungsgericht Bundesrecht (KG) verletzt habe.

F.

Die Beschwerdegegnerinnen beantragen die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, worauf der Beschwerdeführer repliziert und darauf die Beschwerdegegnerinnen wiederum duplizieren. Die Vorinstanz und die WEKO verzichten sowohl auf eine Vernehmlassung als auch auf einen Antrag.

Erwägungen:

1.

1.1. Öffentlich-rechtliche Endentscheide der WEKO können beim Bundesverwaltungsgericht und hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG; vgl. BGE 135 II 60 E. 1 S. 62; Urteil 2C 484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 139 I 72). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht dem WBF, dem Beschwerdeführer, gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG das Beschwerderecht zu (Urteil 2C 101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 144 II 246).

1.2. Mit der Beschwerde kann, soweit dies hier interessiert, die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung auf Rüge hin oder von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder an einer massgeblichen Rechtsverletzung leidet (vgl. Art. 97 und 105 BGG).

1.3. Der Beschwerdeführer beantragt in der Hauptsache das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Entscheidung der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 zu bestätigen. In Bezug auf die Beschwerdegegnerinnen hat die WEKO darin Folgendes festgehalten: "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." Vor Vorinstanz haben die Beschwerdegegnerinnen primär die Aufhebung der gesamten Verfügung der WEKO vom 2. November 2009 und eventualiter die Aufhebung der Ziffer 3 der WEKO beantragt. Die Vorinstanz trat nur auf das Eventualbegehren ein. Die Beschwerdegegnerinnen haben keine Beschwerde erhoben. Insofern ist vor Bundesgericht lediglich noch strittig, ob Ziffer 3 des Dispositivs der WEKO vom 2. November 2009 zu Recht aufgehoben wurde.

2.

Das Bundesgericht hat in der Hauptsache mit den Urteilen 2C 145/2018 vom 7. Oktober 2021, 2C 147/2018 vom 7. Oktober 2021 und 2C 149/2018 vom 4. Februar 2021 (BGE 147 II 72) entschieden, dass zwischen den einzelnen Herstellern und den Verkaufsstellen eine Abrede in Form einer abgestimmten Verhaltensweise vorliegt, die den Wettbewerb auf dem Medikamentenmarkt für erektile Dysfunktion erheblich beeinträchtigt und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, weshalb die drei Hersteller nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert wurden. Diese erfüllen als Täter sowohl den objektiven als auch den subjektiven Tatbestand.

Im vorliegenden Verfahren stellt sich die Frage, ob die Beschwerdegegnerinnen als Gehilfinnen der oder einer der Abredeparteien an der Abrede mitgewirkt haben und gegen sie Massnahmen erlassen bzw. allenfalls dafür sanktioniert werden können. Mit der Verfügung vom 2. November 2009 hielt die WEKO in Ziff. 3 des Dispositivs fest, dass die Beschwerdegegnerinnen "bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen [...]mehr vornehmen [dürfen]". Begründet wurde dies mit einem Hinweis auf Art. 1, 2 und 5 VStrR (SR 313.0) und Art. 25 und 26 StGB (SR. 311.0). In den Erwägungen führte die WEKO aus, dass die Beschwerdegegnerinnen Gehilfinnen, aber mangels genügend schwerem Tatbeitrag nicht nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren seien. In der Replik hat der Beschwerdeführer Art. 30 Abs. 1 KG als rechtliche Grundlage für die verfügten Massnahmen erwähnt.

3.

3.1. Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Die Umsetzung dieses Zwecks erfolgt durch Regelungen zu Abreden (Art. 5 KG), zu Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) sowie zu Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 9 f. KG) und hauptsächlich in der Form des Verwaltungsrechts und von Verwaltungsverfahren - wie auch im vorliegenden Fall. Das Kartellrecht als Verwaltungsrecht auferlegt seinen Adressaten zahlreiche Pflichten. Zur Sicherstellung der Erfüllung dieser Verwaltungspflichten hat der Gesetzgeber präventive und repressive Verwaltungsmassnahmen bzw. verwaltungsrechtliche Sanktionen (Art. 30 Abs. 1, Art. 49a Abs. 1 und Art. 50 KG), aber auch Strafen (Art. 54 f. KG) vorgesehen, mit denen die verwaltungsrechtlichen Gebote und Verbote durchgesetzt werden sollen.

3.2. Dem vorliegenden Fall liegt eine Abrede in Form einer abgestimmten Verhaltensweise zugrunde. Die Abrede erfolgte zwischen den Herstellern von Medikamenten gegen erektile Dysfunktion und den Verkaufsstellen (BGE 147 II 72 E. 5.7). Die Beschwerdegegnerinnen sind das Scharnier zwischen den Abredeparteien, da sie im Wesentlichen das Informatikprogramm den Verkaufsstellen zur Verfügung stellen. Gestützt darauf hat die WEKO die Beschwerdegegnerinnen verpflichtet, in Zukunft weitere "Gehilfenhandlungen" zu unterlassen (Ziff. 3 des Dispositivs).

3.3.

3.3.1. Das KG kennt textlich weder das Wort "Gehilfe" noch das Wort "Gehilfenhandlung". Im Rahmen des KG gibt es indes grundsätzlich zwei - nachfolgend darzustellende - Konstellationen (E. 3.3.2 und 3.3.3), bei welchen von einem Gehilfen bzw. von Gehilfenschaft gesprochen werden kann:

3.3.2. In Art. 54 ff. KG sind die Strafsanktionen geregelt, welche in Form einer Busse ergehen. Für die Verfolgung und die Beurteilung verweist Art. 57 KG auf das VStrR. Art. 5 VStrR kennt die Rechtsfigur der Gehilfenschaft. Gehilfenschaft zu einer Übertretung nach Art. 54 bzw. 55 KG wäre strafbar (vgl. auch CHRISTOF RIEDO/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz [nachfolgend: BSK KG], Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, N. 81 zu Art. 54 KG; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: BSK KG, a.a.O., N. 174 zu Vor Art. 49a-53 KG). Damit der von der Konstellation her in casu relevante Art. 54 KG aber überhaupt Anwendung finden kann, bedarf es eines vorgängig erlassenen behördlichen Entscheids, dem zuwider gehandelt wurde.

3.3.3. Adressat von verwaltungsrechtlichen Massnahmen nach Art. 30 KG oder von verwaltungsrechtlichen Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG kann nur sein, wer durch das Gesetz angehalten wird, sich wettbewerbskonform zu verhalten. Das KG spricht - wie bereits erwähnt - nicht ausdrücklich vom Gehilfen. "Gehilfe" kann daher nur sein, wer die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 i.V.m. Art. 5 KG erfüllt. Im vorliegenden Fall heisst dies: Unternehmen, die sich i.S. von Art. 5 KG unzulässigerweise aufeinander abgestimmt haben; oder in den Worten von Art. 49a Abs. 1 KG: Unternehmen, die sich an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 beteiligt haben. Neben den Hauptakteuren können unter bestimmten Voraussetzungen - wie auch im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV - weitere Akteure als Gesetzesadressaten verstanden werden (siehe dazu etwa die rechtliche Auseinandersetzung von BENEDIKT SCHWARZKOPF, Externe Kartellunterstützer im Europäischen Kartellrecht, 2018, S. 69 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Auseinandersetzung in der EU).

Auch wenn die Massnahme nach Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtsähnlich ist und damit gewisse strafrechtliche Grundsätze anwendbar sind (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.2, E. 8.5; Urteil 2C 845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.1.3), bleibt das kartellrechtliche Verfahren ein Verwaltungsverfahren (BGE 145 II 259 E. 2.6.2; 144 II 194 E. 4.4.2; 142 II 268 E. 4.2.5.2). Die Anwendbarkeit der strafrechtsähnlichen Grundsätze stützen sich direkt auf die EMRK und nicht auf das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht. Art. 5 VStrR ist deshalb nicht anwendbar. Das Gleiche würde auch für Art. 333 Abs. 1 StGB gelten, wobei in diesem Fall Art. 105 Abs. 2 StGB die Gehilfenschaft ohnehin nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen bestraft, was bei Art. 49a Abs. 1 KG nicht zutrifft.

3.4.

3.4.1. Die Verfügung vom 2. November 2009 ist nicht Folge davon, dass die Beschwerdeführerinnen gegen eine vorgängig erlassene Verfügung der WEKO bzw. einen Entscheid einer Rechtsmittelinstanz zuwider gehandelt haben (erste Konstellation [oben E. 3.3.2]). Demnach sind Art. 54 KG und Art. 5 VStrR mit dem Begriff der Gehilfenschaft nicht anwendbar. Insofern bleibt zu prüfen, ob sich aus der zweiten Konstellation (oben E. 3.3.3) eine Grundlage ergibt, um die Beschwerdegegnerinnen zu Massnahmen (bzw. allenfalls zu Sanktionen) zu verpflichten.

3.4.2. Indem die WEKO die Beschwerdegegnerinnen verpflichtet hat, in Zukunft weitere Gehilfenhandlungen zu unterlassen, nimmt sie Bezug auf angeblich in der Vergangenheit erfolgte unzulässige Handlungen. Sie hat indessen bloss kurz und bündig festgehalten, dass die Beschwerdegegnerinnen Gehilfinnen mindestens einer der Abredeparteien seien, den diesbezüglichen Sachverhalt jedoch nicht einmal ansatzweise abgeklärt. Das Bundesverwaltungsgericht hat aufgrund seines Verständnisses, dass keine Wettbewerbsabrede vorliege, den Sachverhalt ebenfalls nicht festgestellt. Es liegt nicht am Bundesgericht, dies nachzuholen (vgl. Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG). Da das Bundesgericht Fälle zu beurteilen hat, welche sich auf einen genügend erstellten Sachverhalt stützen müssen, ist es auch nicht Aufgabe des Bundesgerichts, unabhängig von einem genügend erstellten Sachverhalt in einem konkreten Fall rechtliche Ausführungen zu möglichen Konstellationen zu machen.

Da die WEKO den für die Beurteilung der Gehilfenschaft notwendigen Sachverhalt nicht einmal ansatzweise festgestellt hat, erübrigt sich auch der Eventualantrag des Beschwerdeführers (vgl. Urteil 2C 1016/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 2.2).

4.

Demnach ist die Beschwerde abzuweisen. Für das bundesgerichtliche Verfahren sind vom Beschwerdeführer keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Dieser hat den Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren dagegen eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Der Beschwerdeführer hat den Beschwerdegegnerinnen insgesamt eine Parteientschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren von Fr. 7'000.– zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement des Innern EDI schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 8. Dezember 2021

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Errass