

Urteilkopf

147 II 72

8. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gegen Pfizer AG (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_149/2018 vom 4. Februar 2021

Regeste (de):

Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1, 2 und 4, Art. 49a KG; Art. 7 EMRK; Art. 2-6 SVKG; Art. 13 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 2 PBV; Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 lit. c VwVG; gesetzliche Grundlage einer abgestimmten Verhaltensweise; Anwendung auf eine Preisempfehlung.

Gesetzliche Kriterien der abgestimmten Verhaltensweise (Abstimmung, Marktverhalten, Kausalzusammenhang); Abgrenzung zu Vereinbarungen und Parallelverhalten (E. 3).

Preisempfehlung als abgestimmte Verhaltensweise (E. 4).

Subsumtion des Verhaltens unter Art. 4 Abs. 1 KG (E. 5): Abstimmung, Marktverhalten (Befolgungsgrad), Kausalität, Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung. Unterscheidung zwischen zwei Arten von Befolgungsgraden (E. 5.3).

Unzulässigkeit der Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG: Erheblichkeit, da die Empfehlung als Festpreisabrede wirkt (E. 6); keine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (E. 7).

Sanktion (E. 8). Preisbekanntgabeverordnung bildet keine Rechtfertigungsgrundlage für Verhalten (E. 8.4.4); Sanktionsbemessung ist Ermessenssache, was die Vorinstanz, aber nicht das Bundesgericht überprüfen kann (E. 8.5).

Regeste (fr):

Art. 4 al. 1, art. 5 al. 1, 2 et 4, art. 49a LCart; art. 7 CEDH; art. 2-6 OS LCart; art. 13 al. 2 et art. 18 al. 2 OIP; art. 37 LTAF en lien avec l'art. 49 let. c PA; base légale d'une pratique concertée; application à une recommandation de prix.

Critères légaux constitutifs d'une pratique concertée (coordination, comportement sur le marché, lien de causalité); délimitation par rapport à des accords et des comportements parallèles (consid. 3).

Recommandation de prix comme pratique concertée (consid. 4).

Applicabilité de l'art. 4 al. 1 LCart à cette pratique (consid. 5): coordination, comportement sur le marché (taux de suivi), causalité, objectifs ou effets d'une restriction à la concurrence. Distinction entre deux types de taux de suivi (consid. 5.3).

Illicéité de l'accord au sens de l'art. 5 al. 1 LCart: atteinte notable à la concurrence, puisque la recommandation agit comme un accord établissant des prix fixes (consid. 6); aucune justification pour des motifs d'efficacité économique (consid. 7).

Sanction (consid. 8). L'ordonnance sur l'indication des prix ne constitue pas une base légale justifiant une telle pratique (consid. 8.4.4); le calcul de la sanction relève d'un acte d'appréciation que l'instance précédente peut contrôler, mais pas le Tribunal fédéral (consid. 8.5).

Regesto (it):

Art. 4 cpv. 1, art. 5 cpv. 1, 2 e 4, art. 49a LCart; art. 7 CEDU; art. 2-6 OS LCart; art. 13 cpv. 2 e art. 18 cpv. 2 OIP; art. 37 LTAF combinato con l'art. 49 lett. c PA; base legale di una

pratica concordata; applicazione in caso di prezzi consigliati.

Criteri legali di una pratica concordata (coordinamento, comportamento sul mercato, rapporto di causalità); delimitazione con accordi e comportamenti paralleli (consid. 3).

Prezzi consigliati quale pratica concordata (consid. 4).

Applicazione dell'art. 4 cpv. 1 LCart a questa pratica (consid. 5): coordinamento, comportamento sul mercato (grado di osservanza dei prezzi consigliati), causalità, obiettivi o effetti di una limitazione della concorrenza. Distinzione tra due tipi di gradi di osservanza dei prezzi consigliati (consid. 5.3).

Inammissibilità dell'accordo giusta l'art. 5 cpv. 1 LCart: la pratica, che ha gli effetti di un accordo che stabilisce prezzi fissi, limita in modo notevole la concorrenza (consid. 6); nessuna giustificazione basata su motivi di efficienza economica (consid. 7).

Sanzione (consid. 8). L'ordinanza sull'indicazione dei prezzi non costituisce una base legale idonea a giustificare questa pratica (consid. 8.4.4); il calcolo dell'importo della sanzione è una questione di apprezzamento che l'istanza precedente può controllare, non invece il Tribunale federale (consid. 8.5).

Sachverhalt ab Seite 74

BGE 147 II 72 S. 74

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 krankensicherungsrechtlichen 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: [Pfizer: Fr. 2'860'174.-]. 5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

BGE 147 II 72 S. 75

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 focht Pfizer am 18. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an. Dieses hiess am 3. Dezember 2013 die Beschwerde gut und hob die Ziffern 1, 2, 4 und 7 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. Die 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 (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 und hob die Ziffern 1, 2, 4 und 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf.

E. Am 12. Februar 2018 hat das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben und u.a. beantragt, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2017 (B-846/2015) aufzuheben und die Entscheidung der WEKO vom 2. November 2009 zu bestätigen, eventuell das genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache zur Festsetzung der Sanktion nach Art. 49a KG an dieses zurückzuweisen, subeventuell 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 Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, worauf der
 BGE 147 II 72 S. 76

Beschwerdeführer repliziert und darauf die Beschwerdegegnerin wiederum dupliziert. Die Vorinstanz und die WEKO verzichten sowohl auf eine Vernehmlassung als auch auf einen Antrag.
 Erwägungen

Aus den Erwägungen:

II. Inhalt

2. Thema des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob das Verhalten der Beschwerdegegnerin zusammen mit den Apotheken und den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten eine unzulässige und zu sanktionierende Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG darstellt. Während der Beschwerdeführer davon ausgeht, dass die Preisempfehlung eine solche Abrede darstellt, vertritt die Vorinstanz und ihr folgend die Beschwerdegegnerin die Auffassung, dass die Preisempfehlung eine einseitige Massnahme sei und deshalb gar keine Abrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen würde. Aus diesem Grund ist zunächst zu prüfen, ob eine solche Abrede vorliegt (nachfolgend E. 3-5). Wenn diese Frage in diesem Sinn beantwortet werden kann, ist zu prüfen, inwiefern eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG vorliegt (E. 6 und 7), und bei deren Bejahung, ob eine Sanktion auszusprechen ist (E. 8). III. Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

3. Rechtliches

3.1 Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (*pratiques concertées*; *pratique concordate*) von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Vier Elemente zeichnen diese Legaldefinition aus: (1) Verhaltenskoordination als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst, (2) Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen, (3) Wettbewerbsbeschränkung sowie (4) Bezwecken oder Bewirken. In Bezug auf die Begriffe der Vereinbarungen und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen stimmt Art. 4 Abs. 1 KG mit Art. 101 Abs. 1 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, AEUUV, ABI. C 202 vom 7. Juni 2016 S. 1 ff.) überein (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence* [nachfolgend: *Commentaire*]

BGE 147 II 72 S. 77

romand], Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 7 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Insofern kann die Rechtsprechung und die Literatur dazu auch für die Auslegung von Art. 4 Abs. 1 KG berücksichtigt werden (so bereits indirekt BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27). Keiner Marktabgrenzung bedarf es sodann für die Prüfung, ob die Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt ist.

3.2 Abreden sind sowohl Vereinbarungen als auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Sie sind die Mittel der Verhaltenskoordination (BGE 129 II 18 E. 6. 3 S. 27; PETER BEHRENS, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, Rz. 853). Eine Verhaltensweise fällt dann unter Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG, wenn es sich um ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen handelt (Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 I 468, 545 Ziff. 224.1 [nachfolgend: Botschaft KG I]; BGE 144 II 246 E. 6.4.1 S. 252; BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; z.B. NYDEGGER/NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz [nachfolgend: BSK KG], Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, N. 79 f. zu Art. 4 Abs. 1 KG). Abreden laufen dem Selbständigkeitspostulat zuwider und sind deshalb geeignet, zwischen den beteiligten Unternehmen die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszuschliessen (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rz. 1). Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten (vgl. BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 367; Urteil des EuGH vom 14. Juli 1972 C-52/69 J.R. Geigy AG, Slg. 1972 S. 787 Randnr. 26).

3.3 Eine Vereinbarung verlangt einen gemeinsamen Willen. Sie setzt eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR zwischen mindestens zwei Parteien voraus; die Willensäusserung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (BGE 144 II 246 E. 6.4.1 S. 252). Die Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG geht aber über den obligationenrechtlichen Vertrag auf austauschvertraglicher und gesellschaftsvertraglicher Basis hinaus, da auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen vom Begriff der Vereinbarung erfasst sind (sog. Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle) - wie Art. 4 Abs. 1 i.i. KG klar festhält.

BGE 147 II 72 S. 78

Entscheidend ist lediglich der Wille, sich zu binden. Der Bindungswille grenzt die Vereinbarungen von den abgestimmten Verhaltensweisen und von Verhaltensweisen ab, welche keine Abrede bilden (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, in: KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar [nachfolgend: DIKE-KG], Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/ Spühler [Hrsg.], 2018, N. 38 zu Art. 4 Abs. 1 KG).

3.4 Abgestimmte Verhaltensweise

3.4.1 Mit der Aufnahme der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in den Begriff der Abrede macht der Gesetzgeber deutlich, dass es nicht erforderlich ist, dass sich die beteiligten Unternehmen ausdrücklich ins Einvernehmen über ihr Marktverhalten gesetzt haben (vgl. JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2011, N. 12 zu Art. 4 KG). Insofern handelt es sich bei den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen weniger um einen Anfangtatbestand, als vielmehr neben der Vereinbarung um eine eigenständige kartellrechtsrelevante Verhaltensweise. Denn mit dem Begriff der Abrede sollen lückenlos alle denkbaren Mittel der Verhaltenskoordination erfasst werden, welche die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 545; siehe auch BEHRENS, a.a.O., Rz. 852; z.B. Urteil des EuGH vom 4. Juni 2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, Slg. 2009 I-4529 Randnr. 26). Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen unterscheiden sich nicht ihrem Wesen nach, sondern nur in ihrer Intensität oder Ausdrucksform (vgl. z.B. Urteile des EuGH T-Mobile Netherlands, Randnr. 23; vom 8. Juli 1999 C-49/92 P Anic Partecipazioni SpA, Slg. 1999 I-4125 Randnr. 131; vom 14. Juli 1972 C-48/69 ICI, Slg. 1972 S. 619 Randnr. 64/67; DANIEL ZIMMER, in: Wettbewerbsrecht, Bd. I EU, Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], 6. Aufl. 2019, N. 86 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; STOCKENHUBER, in: Das Recht der Europäischen Union, 64. Ergänzungslieferung, Grabitz/Hilf/Nettesheim [Hrsg.], Mai 2018, N. 106 zu Art. 101 AEUV). Die abgestimmte Verhaltensweise bleibt immer im Vorfeld einer Vereinbarung. Es handelt sich nicht um eine rechtlich fixierte, sondern lediglich um eine tatsächliche Zusammenarbeit der Unternehmen mit dem Ziel, die Unsicherheit darüber, welche Haltung die anderen Marktteilnehmer einnehmen werden, zu verringern (vgl. KLING/THOMAS, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rz. 70; siehe auch STOCKENHUBER, a.a.O., N. 106 zu Art. 101 AEUV). Der Begriff der aufeinander

BGE 147 II 72 S. 79

abgestimmten Verhaltensweise besteht aus zwei getrennt zu erörternden Elementen: Die Abstimmung einerseits (E. 3.4.2) und das darauf gestützte Verhalten andererseits (E. 3.4.3). Insofern ist auch klar, dass zwischen der Abstimmung und dem Verhalten ein Kausalzusammenhang (E. 3.4.4) notwendig ist (dazu insgesamt BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 53 zu Art. 4 Abs. 1 KG; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 35 zu Art. 4 Abs. 1 KG; PHILIPP ESTERMANN, Die unverbindliche Preisempfehlung, 2016, S. 161 ff.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 Rz. 43; BEHRENS, a.a.O., Rz. 865 ff.; Urteil Anic Partecipazioni SpA, Randnr. 118).

3.4.2

3.4.2.1 Die Abstimmung (erstes Element) ist - entgegen der Beschwerdegegnerin - keine Willensübereinstimmung (vgl. z.B. Urteil ICI, Randnr. 64/67; WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 2000, S. 55 ff., 68; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 Rz. 33, 35, 36; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 70; entgegen MANI REINERT, Vertikale Preisempfehlungen im Schweizer Kartellrecht, in: Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Amstutz/Hochreutener/Stoffel [Hrsg.], 2011 [nachfolgend Preisempfehlung], S. 21 ff., z.B. S. 27, der Vereinbarungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV unzulässigerweise mit Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gleichsetzt und deshalb nur Beispiele aus dem EU-Raum bringt, die keine abgestimmten Verhaltensweisen betreffen [so auch ZÄCH/HEIZMANN, Vertikale Preisempfehlungen im schweizerischen Kartellrecht, recht 27/2009 S. 194 ff., 205 ff. zu diesen auch von anderen Autoren vorgebrachten Beispielen]; dazu besonders klar zur Abgrenzung BEHRENS, a.a.O., Rz. 858). Die Abgrenzung zur Vereinbarung ist wenig bedeutsam, da beide Verhaltensweisen unter den Begriff der Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG fallen. Von entscheidender Bedeutung für die Feststellung einer von Art. 4 Abs. 1 KG erfassten Verhaltenskoordination ist aber die Abgrenzung einer legitimen Anpassung an das Verhalten anderer Marktteilnehmer (Parallelverhalten: BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27) von einer illegitimen Abstimmung unter den Marktteilnehmern bezüglich ihres zukünftigen Verhaltens (= abgestimmtes Verhalten). Ein blosses Parallelverhalten liegt vor, wenn Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen (BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; ZÄCH, a.a.O., Rz. 370).
BGE 147 II 72 S. 80

3.4.2.2 In beiden obgenannten Konstellationen (abgestimmte Verhaltensweise und Parallelverhalten) beruht das unternehmerische Verhalten auf Informationen über das Verhalten anderer Unternehmen (vgl. BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27 mit Hinweisen; BEHRENS, a.a.O., Rz. 866 f; ZIMMER, a.a.O., N. 87 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; ALEXANDER EUFINGER, Die Begehung eines Wettbewerbsdelikts durch Empfang eines Rundschreibens, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht [GWR] 2016 S. 307 ff., 307 f.). Der Unterschied besteht darin, dass bewusstes Parallelverhalten unter normalen Marktbedingungen auf Informationen beruht, die durch blosser Beobachtung des Verhaltens der Marktteilnehmer gewonnen werden können (vgl. z.B. GRAVE/NYBERG, in: Kartellrecht, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht, Loewenheim/Maessen/Riesenkampff/Kersting/ Meyer-Lindemann [Hrsg.], 4. Aufl. 2020, N. 312 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV) und deren Kenntnis normalerweise Voraussetzung dafür ist, dass den Unternehmen wettbewerbliches, d.h. an den Marktverhältnissen orientiertes Verhalten überhaupt möglich ist. Unternehmen, die sich zu ihren Wettbewerbern parallel verhalten, agieren selbständig, passen ihr Verhalten indes zulässigerweise "mit wachem Sinn" an das festgestellte oder erwartete Verhalten ihrer Wettbewerber an. Dagegen beruht eine Verhaltensabstimmung auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches unter den Marktteilnehmern verfügbar sind (GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 312 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV). Dabei ist das Medium des Informationsaustausches unerheblich (vgl. Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14 Eturas et al., Randnr. 44). Beim Informationsaustausch handelt es sich um Informationen, welche die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber betreffen bzw. Rückschlüsse darauf zulassen - wie Preise, Umsätze, Produktentwicklung etc. Ihre Kenntnis vermindert oder beseitigt die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten (BEHRENS, a.a.O., Rz. 866; ZIMMER, a.a.O., N. 87 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 77).

3.4.2.3 Der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise stellt - wie bereits ausgeführt - nicht auf einen auf Konsens gerichteten Austausch von Willensbekundungen ab (vgl. z.B. KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 70). Trotzdem ist eine minimale Kommunikation, eine gegenseitige Fühlungnahme (vgl. BGE 147 II 72 S. 81

MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 Rz. 39) notwendig - wie im Übrigen gerade das Wort "aufeinander" nahelegt. In Betracht kommt nicht nur ein bi- oder multilateraler Informationsaustausch, sondern auch einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen (vgl. Urteil des EuGH vom 19. März 2015 C-286/13 P Dole Food und Dole Fresh Food Europe, Randnr. 120; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 Rz. 39). Ein gemeinsamer Plan ist nicht notwendig (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 Rz. 38), auch wenn der aufeinander bezogene Abstimmung durchaus eine gewisse Planmässigkeit jedes einzelnen Unternehmens inhärent ist (BGE 129 II 18 E. 6.3 i.f. S. 27 mit Hinweisen auf die Literatur; siehe auch ESTERMANN, a.a.O., S. 163 f.; AMSTUTZ/CARRON/ REINERT, a.a.O., N. 34 zu Art. 4 Abs. 1 KG; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 57 zu Art. 4 Abs. 1 KG; STOFFEL, a.a.O., S. 69).

3.4.3 Das zweite Element der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen bildet die Umsetzung der Abstimmung, m.a.W. der Abstimmungserfolg (KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 72). Dieser ist Voraussetzung für das Vorliegen des Tatbestandes, was im Übrigen mangels einer der Verhaltensweise vorausgehenden Verpflichtung naheliegender erscheint. Der Abstimmungserfolg muss sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeigen (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 Rz. 43 ff.; EILMANSBERGER/KRUIS, in: EUV/AEU, Streinz [Hrsg.], 3. Aufl. 2018, N. 12 zu Art. 101 AEUV). Dieses muss daher von der aufeinander bezogenen Abstimmung beeinflusst sein. Neben dem beobachtbaren Verhalten auf dem Markt können auch innerbetriebliche Massnahmen die Umsetzung belegen (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 58 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Das Marktverhalten ist der Erfolg der Abstimmung. Er sagt daher noch nichts über eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG aus (Urteil des EuGH vom 8. Juli 1999 C-199/92 Hüls, Slg. 1999 I-4287 Randnr. 165; Urteil Anic Partecipazioni SpA, Randnr. 124; EILMANSBERGER/KRUIS, a.a.O., N. 21 zu Art. 101 AEUV), auch wenn jenes in gewissen Fällen schwierig von dieser abzugrenzen ist (vgl. den Hinweis aus der Literatur bei THOMAS LÜBBIG, in: Handbuch des Kartellrechts, Wiedemann [Hrsg.], 4. Aufl. 2020, N. 136 zu § 8). Erst wenn aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vorliegen, ist separat zu prüfen, ob dieses Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Es geht auch noch nicht um die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

BGE 147 II 72 S. 82

oder um die nicht gerechtfertigte erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (vgl. z.B. ESTERMANN, a.a.O., S. 143; siehe auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 209 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).

3.4.4 Zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten der Unternehmen bedarf es schliesslich noch eines Kausalzusammenhangs (vgl. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 35 zu Art. 4 Abs. 1 KG; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 103 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Unbeachtlich ist, ob allenfalls weitere Ursachen bestehen; entscheidend ist lediglich, dass eine Kausalbeziehung zwischen der Abstimmung und dem Abstimmungserfolg vorliegt. Für den Nachweis einer Kausalitätsbeziehung gelten zwei Beweiserleichterungen (dazu z.B. auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 207 f. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; LÜBBIG, a.a.O., N. 13 f. zu § 8): Bei nachgewiesener Abstimmung gilt die Vermutung, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben. Dies gilt umso mehr, wenn die Abstimmung während eines langen Zeitraums regelmässig stattfindet. Die Vermutung ist widerlegbar (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 60 zu Art. 4 Abs. 1 KG; BEHRENS, a.a.O., Rz. 873; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 Rz. 44; Urteile T-Mobile Netherlands, Randnrn. 51 und 61; Anic Partecipazioni SpA, Randnr. 121).

Im gleichsam umgekehrten Fall, wenn also ein Gleichverhalten vorliegt, kann dieses eine abgestimmte Verhaltensweise indizieren (BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27; Urteil des EuGH vom 31. März 1993 C-89/85 u.a. Ahlström Osakeyhtiö u.a. ("Zellstoff"), Slg. 1993 I-1307 Randnrn. 71, 126; ZIMMER, a.a.O., N. 101 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV); allerdings sind in aller Regel weitere Indizien notwendig, damit von einem solchen Verhalten ausgegangen werden kann (BEHRENS, a.a.O., Rz. 874). Abgesehen davon gilt - wie im Wettbewerbsrecht allgemein (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 S. 91) - auch bei Abreden, dass die Anforderungen an die Beweise nicht zu hoch sein dürfen (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.4 S. 254).

3.4.5 Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise verlangt zunächst eine unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen den Unternehmen (= Abstimmung [= zweiseitig]) und ein entsprechendes Marktverhalten. Die Fühlungnahme allein genügt also nicht, dazu

BGE 147 II 72 S. 83

kommen muss ein korrespondierendes Marktverhalten der Unternehmen. Während bei der Vereinbarung für die Qualifikation als Abrede ein bestimmtes, konkretes Verhalten Inhalt der erklärten Willensübereinstimmung der Parteien ist und deren Umsetzung nicht vorausgesetzt ist, bedarf es bei der Verhaltensabstimmung einer Konkretisierung der Verständigung. Die Konkretisierung liegt nicht schon in der Abstimmung, sondern in dem anschliessenden Marktverhalten der Parteien (= Abstimmungserfolg; vgl. KLING/ THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 72).

3.5 Eine Abrede wird dann zu einer Wettbewerbsabrede, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung zum Gegenstand hat. Eine solche liegt dann vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs in all seinen verschiedenen Facetten vermindert bzw. eingeschränkt werden (vgl. BGE 129 II 18 E. 5.1 S. 24). Eine die freie Preisbildung einschränkende Abrede stellt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung dar (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.2 S. 253; BGE 129 II 18 E. 5.1 S. 24; vgl. etwa auch ESTERMANN, a.a.O., S. 196 f.; DIMITRI ANTIPAS, *Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence*, 2014, S. 267 f.; siehe auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 318 i.f. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV). Die Frage, ob eine Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, ist losgelöst von der Frage der Zulässigkeit einer Abrede nach Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 KG zu prüfen. Was das Bundesgericht bereits für den Geltungsbereich (Art. 2 KG) und - ebenfalls den vorliegenden Rechtsfall betreffend - für das Verhältnis des KG zu anderen Rechtsvorschriften (Art. 3 KG) festgehalten hat (vgl. BGE 143 II 297 E. 3.3 S. 307 bzw. BGE 141 II 66 E. 2.4.2 und 4.2.2 S. 75 und 81), gilt umso mehr für die Legaldefinitionen (BGE 144 II 246 E. 6.8 i.f. S. 258; ESTERMANN, a.a.O., S. 143, 145; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 51 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 197, 208). Es macht auch keinen Unterschied, ob es sich um eine abgestimmte Verhaltensweise oder um eine Vereinbarung handelt. Das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG ist wettbewerbsrechtlich noch neutral. Nach Art. 4 Abs. 1 KG ist der Wettbewerb dann beschränkt, wenn sich bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Situation ohne Abrede eine BGE 147 II 72 S. 84

Differenz bzw. ein Minus ergibt (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 119 zu Art. 4 Abs. 1 KG; TOBIAS LETTL, *Kartellrecht*, 4. Aufl. 2017 [nachfolgend: *Kartellrecht*], § 2 Rz. 64). Ob die Wettbewerbsbeschränkung schädlich, zulässig bzw. unzulässig ist, ist Gegenstand von Art. 5 KG (z.B. ESTERMANN, a.a.O., S. 204).

3.6 Nach Art. 4 Abs. 1 KG muss die Wettbewerbsbeschränkung be zweckt oder (alternativ) bewirkt sein (z.B. STOFFEL, a.a.O., S. 61). Angesichts der Alternativität von Bezwecken und Bewirken sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig; es genügt, wenn sie eine solche Beschränkung bezwecken (BGE 144 II 246 E. 6.4.2 S. 253 f.). Insofern gefährdet eine Abrede, welche zwar noch ohne Auswirkungen auf den Wettbewerb geblieben ist, ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs (vgl. KÖNIG/ SCHREIBER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2010, S. 87). Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben (NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 69 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Der Gegenstand der Verhaltenskoordination, d.h. der Regelungsinhalt der Abrede, besteht in einer Einschränkung des Wettbewerbs, oder m.a.W. wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne (STOCKENHUBER, a.a.O., N. 141 zu Art. 101 AEUV). Dabei muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Eine subjektive Absicht ist nicht notwendig (vgl. NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 71 zu Art. 4 Abs. 1 KG; BORER, a.a.O., N. 4 zu Art. 4 KG; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 138 zu Art. 4 Abs. 1 KG), unerheblich ist auch, von welcher Abredepartei die Initiative zur Aufnahme des unternehmerischen Zusammenwirkens ausging (vgl. STOCKENHUBER, a.a.O., N. 142 zu Art. 101 AEUV). Tatsächliche Auswirkungen der Abrede sind nicht notwendig (BORER, a.a.O., N. 4 zu Art. 4 KG; siehe auch Urteil Hüls, Randnr. 163). Fehlt ein Bezwecken, so kann ein Verhalten allenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Dabei kommt es auch hier auf die subjektive Absicht nicht an (vgl. NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 74 f. zu Art. 4 Abs. 1 KG). Eine Abrede zeitigt dann eine Wirkung auf dem Markt, wenn es aufgrund ihrer Anwendung zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters oder mehrerer Wettbewerbsparameter führt (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 61; BGE 147 II 72 S. 85

BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 142 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Dies ist dann der Fall, wenn der Wettbewerb künstlich verändert worden ist, d.h. der Markt sich unter Berücksichtigung der getroffenen Verhaltenskoordination anders entwickelt hat, als er es ohne sie würde (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 61;

KONIG/SCHREIBER, a.a.O., S. 87 f.; STOCKENHUBER, a.a.O., N. 145 zu Art. 101 AEUV). Erfasst werden dabei nicht nur aktuelle und vergangene Auswirkungen (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 84 zu Art. 4 Abs. 1 KG), sondern es genügt bereits, wenn eine Wirkung in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird (vgl. NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 75 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Entscheidend ist allerdings, dass die Verhaltenskoordination kausal für die aktuellen bzw. potentiellen Auswirkungen ist. So ist eine die freie Preisbildung einschränkende Abrede geeignet, eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zu bewirken (BGE 144 II 246 E. 6.4.2 S. 253 f.; BGE 129 II 18 E. 5.1 S. 24).

4. Preisempfehlung

4.1 Strittig ist, ob die von der Beschwerdegegnerin als unverbindlich erklärte vertikale Preisempfehlung für Viagra und das Verhalten der Händler eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bilden. Die Vorinstanz ist in ihrem Entscheid zum Schluss gekommen, dass keine Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliege, weshalb das Kartellgesetz keine Anwendung finde. Die WEKO und der Beschwerdeführer sind demgegenüber der Auffassung, dass eine Abrede im Sinne einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise gegeben sei.

4.2 Der Begriff der Empfehlung ist nicht gesetzlich definiert. Nach der Lehre wird unter einer Empfehlung eine einseitige, rechtlich unverbindliche Erklärung verstanden, die an einen Empfehlungsempfänger gerichtet ist und die auf eine Verhaltensbeeinflussung abzielt (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 60, 169 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 8 ff. [Definition S. 13 f.]; NYDEGGER/ NADIG, a.a.O., N. 118 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ANTIPAS, a.a.O., S. 95 ff. [Definition S. 96]). In der Praxis sind die Preisempfehlungen die wichtigsten; diese haben den Preis oder dessen Komponenten zum Gegenstand. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine vertikale Preisempfehlung: Empfehlender und Empfehlungsempfänger sind auf verschiedenen Stufen derselben Vertriebskette. Die Empfehlung wird vom Hersteller (Unternehmen auf einer vorgelagerten Marktstufe; upstream) erlassen und zielt auf die Beeinflussung der Preisfestsetzung auf der Händlerebene (downstream).

BGE 147 II 72 S. 86

4.3 Kartellrechtlich ist die Benennung als Empfehlung bzw. Preisempfehlung nicht entscheidend (entgegen REINERT, Preisempfehlung, a.a.O., S. 42), sondern die Frage, ob der Begriff der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG durch die als Empfehlung bezeichnete Verhaltensweise erfüllt wird (so schon Botschaft KG I, BBl 1995 I 545). Liegt ein Bindungswille bezüglich des Preises - bzw. allgemein gesprochen bezüglich des Empfehlungsgegenstands - vor, so bildet die Preisempfehlung eine Abrede im Sinne einer Vereinbarung (siehe z.B. ANTIPAS, a.a.O., S. 204 f.; ESTERMANN, a.a.O., S. 168, 170 f.; zu einem Beispiel: BGE 144 II 246 E. 6.5 S. 256; vielfach, wenn die Preisempfehlung durch Händler angestrebt oder initiiert wird [BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 182 zu Art. 4 Abs. 1 KG]). Liegt kein solcher Bindungswille vor, so kann die strittige Verhaltensweise die Tatbestandsvariante der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise erfüllen (z.B. KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 165). Erfüllt die strittige Verhaltensweise auch diese Tatbestandsvariante nicht, so handelt es sich um eine Verhaltensweise, die nicht von der Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG erfasst wird (vgl. z.B. ESTERMANN, a.a.O., S. 168; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 2.237; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, EU-Kartellrecht, 3. Aufl. 2014, N. 91 zu Art. 101 AEUV; ZIMMER, a.a.O., N. 256 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).

4.4

4.4.1 Im vorliegenden Fall ist unbestritten und rechtlich nicht zu beanstanden, dass die strittige Preisempfehlung keine Vereinbarung darstellt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es sich um eine abgestimmte Verhaltensweise handelt - wie von der WEKO festgestellt und vom Beschwerdeführer vor Bundesgericht gerügt.

4.4.2 Zum Verhältnis von vertikaler Preisempfehlung und abgestimmter Verhaltensweise gibt es in der Lehre zwei Lager (zum Ganzen BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 185 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 171 ff.; ANTIPAS, a.a.O., S. 200 ff.): Ein Teil der Lehre will vertikale und horizontale Preisempfehlung gleich behandeln. Danach genügt es, auf das Kriterium des Befolungsgrades abzustellen, so dass bei einer weitgehenden Befolgung von einem abgestimmten Verhalten auszugehen sei (vgl. WEBER/ ZEIER, Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht [ZWeR] 2005 S. 178 ff., 184; ANTIPAS, a.a.O., S. 211, 218 f., siehe auch S. 228; BGE 147 II 72 S. 87

ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., 196 f.; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 120 zu Art. 4 Abs. 1 KG; zu weiteren Autoren ESTERMANN, a.a.O., S. 172). Über die Frage, welcher Grad der Befolgung

notwendig sei, damit von einer abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden könne, herrscht insoweit Einigkeit, als die Befolgung der vertikalen Preisempfehlung überwiegend oder weitgehend zu erfolgen habe. Die andere Lehrmeinung verlangt demgegenüber, dass neben dem Befolgungsgrad weitere Elemente gegeben sein müssen (Befolgungsgrad plus), damit ein Verhalten als abgestimmte Verhaltensweise akzeptiert werden könne (vgl. z.B. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 54 zu Art. 4 Abs. 1 KG; AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG [nachfolgend: kritische Analyse], in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch [Hrsg.], 2004, S. 69 ff., 88 f.; BORER, a.a.O., N. 41 zu Art. 5 KG; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.125; weitere Hinweise bei ESTERMANN, a.a.O., S. 173).

4.4.3 Auch die von der WEKO verfassten Bekanntmachungen über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (nachfolgend: VertBek) äussern sich zu Preisabreden - allerdings erst ab dem Jahre 2007 (VertBek 2007 [BBI 2007 7597]). Diejenige aus dem Jahre 2002 kennt noch keine Regelung (VertBek 2002 [BBI 2002 3895]). Die nachfolgenden VertBek haben zudem immer wieder Anpassungen erfahren (vgl. VertBek 2010 [BBI 2010 5078]; VertBek 2017 [BBI 2017 4543]). Die zu den Preisempfehlungen aufgestellten Regelungen in den VertBek werden als Aufgreifkriterien verstanden (zu 2007: ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 201; zu 2010: ESTERMANN, a.a.O., S. 147; zu 2010 und 2017: BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 186 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Damit ist gemeint, dass die Wettbewerbsbehörden bei Vorliegen eines oder mehrerer dieser Umstände eine Untersuchung, mindestens aber eine Vorabklärung einzuleiten haben. Die Vertikalbekanntmachungen bilden die Praxis der Wettbewerbsbehörden ab (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320), stellen also lediglich deren Stand des Wissens und die darauf basierende Kartellrechtspraxis dar. Insofern entwickeln sie sich ständig. Als Verwaltungsverordnung sind sie für das Bundesgericht nicht bindend (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320). Zwar nimmt das Bundesgericht unter besonderen Voraussetzungen darauf Bezug (vgl. BGE 142 V 425 E. 7.2 S. 434; BGE 142 II 182 E. 2.3.3 S. 191). Dies trifft im vorliegenden Fall aber nicht zu: Erstens äussern sich die Vertikalbekanntmachungen nicht zu Art. 4 Abs. 1 KG; zweitens BGE 147 II 72 S. 88

handelt es sich nur um Aufgreifkriterien, welche Anlass geben, etwas näher zu prüfen; drittens wurden die Aufgreifkriterien im Laufe der letzten Jahre immer wieder geändert, weshalb es davon abhängt, in welchem Zeitpunkt das Verhalten erfolgt und somit zufällig ist, welche Kriterien angewendet werden; viertens äussert sich die VertBek 2002, welche je nach der Dauer des strittigen Wettbewerbsverstosses (sanktioniert ist der Sachverhalt vom 1. April 2004 - 31. Dezember 2008) nur zu berücksichtigen wäre (dazu BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320), gar nicht zu Preisempfehlungen. Eine Abstützung auf die VertBek würde deshalb den verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Kartellverwaltungsrechts unterlaufen (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320); insofern stützt sich das Bundesgericht nicht darauf ab.

4.5

4.5.1 Die von der Lehre aufgestellten Kriterien, wonach entweder der Befolgungsgrad genügt oder daneben zusätzliche Kriterien zu berücksichtigen sind, sind nicht entscheidend. Abgesehen davon kennt das Gesetz keinen Katalog von Kriterien. Es ist nicht "von der Preisempfehlung her zu denken", sondern "von der abgestimmten Verhaltensweise her", auch wenn im Rahmen der Auslegung der Blick zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt hin- und herwandern muss und deshalb auch die Eigenheiten des Lebenssachverhalts zu berücksichtigen sind (vgl. dazu KARL ENGISCH, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 14 f.; dazu jetzt HANS-JOACHIM STRAUCH, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2017, S. 563 ff.; kritisch JOSEF ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S. 79). Das Hin und Her findet sein Ende mit der Bejahung oder Verneinung der Anwendbarkeit der in Betracht gezogenen gesetzlichen Bestimmung (vgl. KARL ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 98 Fn. 4 i.f.), d.h. vorliegend des Art. 4 Abs. 1 KG und nicht des Begriffs der Preisempfehlung. Entscheidend ist, dass die Indizien für eine Abstimmung und einen Abstimmungserfolg so zusammenspielen, dass sich der zu beurteilende Sachverhalt so darstellt, dass er als abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG verstanden werden kann. Es ist deshalb nicht so, dass das Befolgen allein für die Annahme einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise nicht genügen würde oder dass neben dem Befolgen zwingend eine Druckausübung oder weitere Elemente notwendig sind. Es ist aber umgekehrt auch nicht so, dass in jedem Fall das BGE 147 II 72 S. 89

Befolgen alleine ausreichend ist. Insofern ist eine wertende Gesamtbetrachtung notwendig (vgl. Urteil Eturas et al. , Randnr. 36; Urteile des EuGH vom 7. Januar 2004 C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P Aalborg Portland A/S , Slg. 2004 I-123 Randnr. 57; STEFFEN NOLTE, in: Kartellrecht, Kommentar, Bunte [Hrsg.], Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, 12.

Aufl. 2014, N. 442 zu Nach Art. 101 AEUV; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 68 i.f.). Das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss also ein gewisses qualitatives Mass erreichen, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann. Die konkret zu beurteilende Preisempfehlung muss sich also als eine Verhaltensweise darstellen, die entweder die Voraussetzungen der Legaldefinition erfüllt oder nicht. Zu beachten ist, dass an die tatsächliche Einhaltung der empfohlenen Preise keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, da es sich nicht rechtfertigen lässt, für die Beurteilung von Empfehlungen andere Massstäbe an den Nachweis anzulegen als allgemein für die Beurteilung abgestimmter (vertikaler) Verhaltensweisen (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 196; BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 4 KG; als Beispiele solcher Beurteilungen siehe die Urteile des EuGH vom 21. Februar 1984 Rs. 86/82 Hasselblad u. a., Slg. 1984 S. 883 Randnr. 29; vom 7. Juni 1983 Rs. 100 bis 103/80 Musique Diffusion Française u. a., Slg. 1983 S. 1825 Randnrn. 37-80).

4.5.2 Es ist zudem zu berücksichtigen, dass nicht nur die Seite des Abstimmungserfolgs für weitere Kriterien zugänglich ist, sondern auch die Seite der Abstimmung. Dabei ist allerdings im Auge zu behalten, dass man nicht Gefahr läuft, bei der abgestimmten Verhaltensweise Kriterien beizuziehen, die bereits auf eine Vereinbarung hinauslaufen (so auch ZIMMER, a.a.O., N. 86 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 69 f.), was den selbständigen Charakter der aufeinander abgestimmten Verhalten unterlaufen würde. So wird etwa argumentiert, es bedürfe für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise eines Zwangs und dieser müsse derart sein, dass es zu einer Willensübereinstimmung zwischen Händler und Hersteller komme (siehe dazu die Hinweise bei BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 191 zu Art. 4 Abs. 1 KG; bei ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., durchgehend). In einem solchen Fall wird aber bereits die Schwelle zur Vereinbarung überschritten (so auch BANGERTER/ ZIRLICK, a.a.O., N. 191 zu Art. 4 Abs. 1 KG).

BGE 147 II 72 S. 90

5. Subsumtion der strittigen Verhaltensweise unter Art. 4 Abs. 1 KG

5.1 Vorbemerkung

5.1.1 Unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass es sich nicht um eine horizontale Abrede handelt und keine Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Unbestritten ist auch die Marktabgrenzung. Strittig ist, ob das Verhalten zwischen dem Hersteller und den Verkaufsstellen eine unzulässige vertikale Abrede darstellt.

5.1.2 Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass die konkret wettbewerbsbeeinflussenden Gesichtspunkte nach Art. 5 KG bereits bei der Ermittlung der in Art. 4 Abs. 1 KG begrifflich vorausgesetzten Wettbewerbsbeschränkung miterörtert werden müssten. Aufgrund dessen kommt sie zum Schluss, dass der von der WEKO ermittelte und in der Verfügung festgehaltene Befolgungsgrad in wettbewerbsökonomischer Hinsicht kaum aussagekräftig sei und ohne das Vorliegen weiterer Indizien nicht ausreichen würde, um eine Abrede im Sinne von Art. 4 (i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG) anzunehmen. Eine Rückweisung erübrige sich, da aufgrund der Akten davon auszugehen sei, "dass sich die Publikumspreisempfehlung für Viagra - entsprechend der ihnen zugeschriebenen Funktion als wünschbare Preisobergrenze - als wettbewerbsneutrale und damit zulässige Höchstpreisempfehlung auswirk[e], indem sie zu hohe Preise wirksam verhinder[e]".

5.1.3 Im Folgenden ist zunächst zu prüfen, ob eine Abrede i.S. einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG gegeben ist (Abstimmung, Marktverhalten, Kausalität, Wettbewerbsbeschränkung). Wenn dies bejaht werden kann, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob es sich um eine unzulässige Abrede nach Art. 5 KG handelt (siehe unten E. 6 und 7). Die beiden Schritte sind zu trennen (siehe oben E. 3.5). Auch wenn Preisempfehlungen ihrem Wortlaut nach unverbindlich sind, bezwecken sie doch, den Willen des Empfängers in bestimmter Weise zu beeinflussen (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 195 m.H.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 375; TOBIAS LETTL, Kartellverbot nach Art. 101 AEUV, §§ 1, 2 GWB und vertikale Preisempfehlung, Preisbindung, Wettbewerb in Recht und Praxis [WRP] 2011 S. 710 ff., 726; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 169, 176, 181 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 11 f.). Es ist deshalb im Einzelfall genau zu prüfen, ob es sich bei der Preisempfehlung nicht um eine "verschleierte Preisvorgabe" handelt (vgl. z.B. DANIELA SEELIGER, in: Handbuch des Kartellrechts, Wiedemann [Hrsg.], N. 163 zu § 11).

BGE 147 II 72 S. 91

5.2 Abstimmung

5.2.1 In Bezug auf die Abstimmung steht sachverhätlich Folgendes fest: Die Beschwerdegegnerin hat eine Preisempfehlung für Viagra abgegeben, welche u.a. über die von e-mediat betriebene Galdat-Datenbank in aufbereiteter Form an die Verkaufsstellen gelangte. In dieser Datenbank ist auch der dem Produkt entsprechende Barcode bzw. Strichcode enthalten. Beim Einscannen des

entsprechenden Artikels erscheint automatisch der empfohlene Preis, was weder von der Beschwerdegegnerin in Abrede gestellt, noch von der Vorinstanz verneint wurde, und sich aus den Akten ergibt (Art. 105 Abs. 2 BGG). Infolgedessen war dieser sowohl den Apotheken als auch den selbstdispensierenden Ärzten bekannt, was die Vorinstanz dadurch bestätigt hat, dass sich die Verkaufsstellen jedenfalls teilweise an den Preisempfehlungen orientiert, diese berücksichtigt und den Preis dementsprechend festgesetzt haben.

5.2.2 Der Hersteller liess die Preisempfehlung über das elektronische System den Verkaufsstellen wissentlich und willentlich zukommen. Er konnte deshalb davon ausgehen, dass die Verkaufsstellen durch das Einlesen des Strichcodes des Produkts somit den Inhalt der Preisempfehlung kannten. Diese Annahme wird noch dadurch verstärkt, dass bei jedem Einlesen der entsprechende Preis erschien. Der Hersteller durfte auch davon ausgehen, dass ein Abweichen von den direkt an den Verkaufspunkt gelieferten Preisen den Händlern einen zusätzlichen Aufwand durch eigene Kalkulationen und durch eine Anpassung der Software verursachen und deshalb eine Preisanpassung unterbleiben würde. Die Händler haben umgekehrt dieses Zurverfügungstellen des Preises akzeptiert. Sie konnten auch davon ausgehen, dass der über das Computersystem angezeigte Preis aufgrund von Marktforschung und -analysen des Herstellers grundsätzlich einen optimalen Retail-Preis darstellt (siehe ESTERMANN, a.a.O., S. 99). Abgesehen davon war den Verkaufsstellen damit auch bewusst, dass alle Verkaufsstellen über dieselben Preisinformationen verfügten (siehe auch BGE 129 II 18 E. 5.5 S. 32). Die Verkaufsstellen stimmten sich somit zumindest teilweise stillschweigend (die Form ist nicht relevant: z.B. STOCKENHUBER, a.a.O., N. 109 zu Art. 101 AEUV; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 22 zu Art. 4 Abs. 1 KG) mit dem Hersteller ab (vgl. Urteil Eturas et al., Randnr. 44; siehe auch ANTIPAS, a.a.O., S. 228). Insofern hat zwischen dem Hersteller und den Verkaufsstellen eine Kommunikation stattgefunden, aufgrund welcher die Unsicherheiten über die Reaktionen BGE 147 II 72 S. 92

anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten vermindert oder gar beseitigt wurden. Auch der EuGH ist im bereits erwähnten Urteil Eturas et al. in einer parallelen Situation von einer Abstimmung ausgegangen. Im erwähnten Urteil hat der EuGH ausgeführt, dass ein Unternehmen ab dem Zeitpunkt, ab dem es von der von einem externen Systemadministrator versandten elektronischen Mitteilung Kenntnis erlangt, sich an einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise im Sinne der Mitteilung beteiligt, es sei denn, das Unternehmen distanziiert sich offen vom Inhalt einer Massnahme oder befolgt sie nicht (Urteil Eturas et al., Randnr. 46 i.f. i.V.m. 49 i.f., 50 erstes Lemma i.f.; siehe auch EUFINGER, a.a.O., S. 308 und 309; EILMANSBERGER/KRUIS, a.a.O., N. 17 zu Art. 101 AEUV). In Bezug auf die Abstimmung führte er aus, dass die Kenntnisnahme einer über ein Informationssystem versendeten Mitteilung und die im Anschluss daran notwendige Ergreifung von zusätzlichen technischen Formalitäten, um Preisnachlässe zu gewähren, geeignet seien, eine Abstimmung der Verhaltensweisen zu begründen (Urteil Eturas et al., Randnr. 43 f.). Handelte es sich anstelle eines externen Systemadministrators um einen Hersteller, der die Aufnahme von Preisempfehlungen für seine eigenen Produkte in ein elektronisches System veranlasste, womit die Preise seiner Produkte bei jedem Einlesen tagesaktuell, während Jahren und die Verkaufsstellen immer wieder darauf aufmerksam machend erscheinen, muss deshalb umso mehr gelten, dass hier eine Fühlungnahme zwischen Hersteller und Händler erfolgte.

5.2.3 Im vorliegenden Zusammenhang ist - wie sich aus den Akten ergibt (Art. 105 Abs. 2 BGG) - auch zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin gegenüber der WEKO erklärt hat, dass zwischen ihr und gewissen Händlern Kontakt über den Erlass einer Preisempfehlung stattgefunden habe, sie quasi bedrängt worden sei, Preise zu empfehlen. Die Vorinstanz hat diesem Argument zu wenig Bedeutung zugemessen, wird doch dadurch klar, dass eine zusätzliche Kommunikation zwischen Hersteller und gewissen Händlern stattgefunden hat und als weiteres Indiz insofern ein Abstimmen zwischen diesem und jenen bestätigt. Im Übrigen liesse sich diesbezüglich argumentieren, dass die Händler damit die Hersteller zur Preissetzung aufgefordert hätten (= Willenskundgabe) und die Hersteller mit ihrer "Preisempfehlung" ihren Willen auch stillschweigend kundgetan hätten; insofern würde eine Vereinbarung BGE 147 II 72 S. 93

vorliegen (siehe den Hinweis bei BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 182 zu Art. 4 Abs. 1 KG), was die Vorinstanzen indessen nicht abgeklärt haben.

5.2.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass mit der elektronischen Übermittlung der Daten eine Abstimmung vorliegt. Sie erfolgte täglich über Monate und Jahre. Insofern fand zwischen dem Hersteller und den Verkaufsstellen eine intensive Kommunikation statt, aufgrund welcher die Unsicherheiten über die Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten vermindert oder gar beseitigt wurden. Mit der Kontaktaufnahme von einigen Verkaufsstellen mit den Herstellern wird diese Abstimmung durch ein weiteres Indiz verstärkt.

5.3 Marktverhalten (Befolungsgrad)

5.3.1 In einem zweiten Schritt ist nunmehr zu prüfen, ob ein Marktverhalten, also ein Abstimmungserfolg gegeben ist. Dieser liegt in der Befolgung. Entscheidend ist dabei der Grad der Befolgung.

5.3.2 Die qualitativ-quantitative Ermittlung des Befolungsgrades, die qualitative und quantitative Repräsentativität der Daten, die Aktenführung und die Untersuchungsmethode sind insgesamt von der Vorinstanz nicht grundsätzlich bemängelt worden, weshalb die Vorinstanz diese auch akzeptiert hat.

5.3.3 Die WEKO hat in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 zwei Befolungsgrade auseinander gehalten: der erste Befolungsgrad bezieht sich auf die Anzahl Verkaufsstellen, welche die Preisempfehlung anwenden, und ist für die Beurteilung der Frage relevant, ob überhaupt eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Der zweite Befolungsgrad betrifft die Anzahl Einheiten, die von den Verkaufsstellen zum empfohlenen Preis verkauft werden, und ist für die Beantwortung der Frage relevant, ob der "empfohlene" Preis einen Preis nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

5.3.4 Die von der WEKO vorgenommene Zweiteilung des Befolungsgrades ist bundesrechtskonform: Bei der Ermittlung des ersten Befolungsgrades im Kontext von Art. 4 Abs. 1 KG geht es zunächst nur um die Frage, ob und gegebenenfalls zwischen welchen Unternehmen eine vertikal abgestimmte Verhaltensweise stattgefunden hat. Es sollen diejenigen Unternehmen herausgefiltert werden, welche die Empfehlung befolgen, denn nur diese sind Parteien der abgestimmten Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG (vgl.

BGE 147 II 72 S. 94

AMSTUTZ/REINERT, Kritische Analyse, a.a.O., S. 88 mit Fn. 73; NEFF/THEUERKAUF, BSK KG, a.a.O., N. 9 zu Kalkulationshilfen-BM; ESTERMANN, a.a.O., S. 189). Entscheidend ist die von der jeweiligen Verkaufsstelle verfolgte Preispolitik und somit die Tatsache, ob der Preis von der Verkaufsstelle im Rahmen ihrer Strategie von der Empfehlung abweichend festgesetzt wird oder nicht (vgl. ESTERMANN, a.a.O., S. 229 f.). Selbstredend sind deshalb nur diejenigen Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte zu berücksichtigen, welche das entsprechende Produkt vertreiben (vgl. ANTIPAS, a.a.O., S. 224).

Der zweite Befolungsgrad, der die Anzahl Einheiten betrifft, die von den Verkaufsstellen zum empfohlenen Preis verkauft werden, betrifft die Frage, ob der empfohlene Preis einen Fest-, Mindest- oder Höchstpreis darstellt. Die Prüfung dieser Frage ist im Rahmen von Art. 5 KG anzugehen. Der zweite Befolungsgrad sagt hingegen nichts über die Anzahl der Abredebeteiligten aus (ESTERMANN, a.a.O., S. 29). Doch gerade dies ist im Rahmen der Legaldefinition notwendig, um beurteilen zu können, ob eine Abstimmung stattgefunden hat.

5.3.5 Strittig ist zudem, ob die Gewährung von Rabatten als Befolgung der Preisempfehlung zu betrachten ist. Hier ist korrekterweise zu unterscheiden (siehe auch BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 4 KG), ob es sich um Rabatte handelt, welche generell oder punktuell gewährt werden, den es lässt sich rechtlich nicht rechtfertigen, dass beispielsweise ein Apotheker, der alle Medikamente entsprechend der Empfehlung verkauft mit Ausnahme einer Packung, welche er einem Freund schenkt, nicht mehr als Partei einer abgestimmten Verhaltensweise gilt. Die Frage ist daher, wo die Grenze liegt. Sie ist nach dem für die Befolgung allgemein geforderten Befolungsgrad von 50 % (siehe unten E. 5.3.7) zu beantworten (so auch ESTERMANN, a.a.O., S. 234 f.). Bei generellen bzw. systematischen Rabatten verrechnet die Verkaufsstelle immer einen anderen als den empfohlenen Preis. In diesem Fall folgt die Verkaufsstelle einer eigenständigen Preispolitik, ihre Handlungsfreiheit ist nicht beschränkt (in diesem Sinne auch Urteil Eturas et al., Randnr. 50 erstes Lemma i.f. [systematischen Gewährung]; EUFINGER, a.a.O., S. 309; LETL, Kartellrecht, a.a.O., § 2 Rz. 39), es sei denn eine Mehrheit der Verkaufsstellen bieten alle zum gleichen verminderten Preis an. Haben die Verkaufsstellen eine eigenständige Preispolitik, so befolgen sie die

BGE 147 II 72 S. 95

Preisempfehlung nicht (vgl. ESTERMANN, a.a.O., S. 233; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 204; REINERT, Preisempfehlung, a.a.O., S. 45). Gewähren Verkaufsstellen nur punktuell Rabatte vom empfohlenen Preis, so folgen sie demgegenüber der Preisempfehlung (vgl. e contrario Urteil Eturas et al., Randnr. 50 erstes Lemma i.f.; ESTERMANN, a.a.O., S. 233 f.).

5.3.6 Gestützt auf diese Vorbemerkung lässt sich aufgrund der durch die Vorinstanz festgestellten Sachlage der nun für den Befolungsgrad relevante und für das Bundesgericht verbindliche

Sachverhalt zusammenstellen:

5.3.6.1 Die WEKO hielt in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 fest, die Auswertung der 799 Fragebögen habe ergeben, dass in der Schweiz in den Jahren 2005 und 2006 81.7 % der SD-Ärzte und 89.3 % der Apotheken die Preise für die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra in Übereinstimmung mit dem empfohlenen Preis z.T. mit Rabatten festgelegt hätten. Die restlichen 18.3 % bzw. 10.7 % hätten die Preise unabhängig vom empfohlenen Preis festgelegt, mehrheitlich mit Abweichungen nach unten von 1.5 % bis mehr als 5 %.

5.3.6.2 Die Vorinstanz stützt sich für ihr Ergebnis auf die Ausführungen der Rz. 205 und 206 der Verfügung der WEKO vom 2. November 2009: Danach hätten 52 % der Apotheken die Preisempfehlung für Viagra, Levitra und Cialis strikt befolgt. 37.5 % [recte: 37.3 %] der Apotheken hätten angegeben, die Preisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis lediglich insofern zu befolgen, als dass sie den empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für die Gewährung von Rabatten verwendeten. Gemäss Vorinstanz hätten diese, also die Empfehlung nicht strikt befolgenden Apotheken bei durchschnittlich 39 % ihrer Verkäufe einen Rabatt gewährt. Schliesslich hätten 10.7 % der antwortenden Apotheken angegeben, die Preisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis überhaupt nicht zu befolgen. Insofern hätten daher lediglich knapp die Hälfte der antwortenden Apotheken angegeben, die Preisempfehlungen entweder überhaupt nicht befolgt oder aber den jeweils empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für mögliche Rabatte verwendet zu haben. In Bezug auf die selbstdispensierenden Ärzte führte die Vorinstanz aus, dass 75.5 % dieser Ärzte die Preisempfehlung für Viagra,
BGE 147 II 72 S. 96

Levitra und Cialis strikt befolgt hätte, 18.3 % überhaupt nicht. 6.2 % der Ärzte hätten die Preisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis lediglich insofern befolgt, als dass sie den empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für die Gewährung von Rabatten verwendeten, wobei sie lediglich bei durchschnittlich 31 % ihrer Verkäufe einen Rabatt gewährt hätten.

5.3.6.3 Vergleicht man die Zahlen der WEKO mit denjenigen der Vorinstanz, so resultiert der unterschiedliche Befolgungsgrad lediglich daraus, dass die Vorinstanz die Gewährung des Rabattes anders beurteilt hat. Die Vorinstanz hat die Rabatte als generell gewährte Rabatte behandelt, auch wenn sie in ihren Ausführungen ausdrücklich auf die Wortwahl der WEKO Bezug nahm, welche i.S.v. punktuellen Rabattgewährungen (39 % bzw. 31 % der Verkäufe derjenigen, die sich nicht strikt an die Empfehlung hielten) spricht. Da die punktuelle Gewährung deutlich unter 50 % liegt (39 % bzw. 31 %), sind diese Verkaufsstellen, welche die Empfehlung nicht strikt befolgt haben, - wie oben dargelegt (E. 5.3.5) - zu denjenigen hinzuzurechnen, welche die Empfehlung strikt befolgt haben. Es ist also - auch entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin - auf die Zahlen der WEKO abzustellen. Konkret lauten die Befolgungsraten: für Apotheken: 52 % (strikt befolgt) + 37.3 % (nicht strikt befolgt, aber mit partiellen Rabatten unterhalb von 50 %) = 89.3 %; für Ärzte : 75.5 % (strikt befolgt) + 6.2 % (nicht strikt befolgt, aber mit partiellen Rabatten unterhalb von 50 %) = 81.7 %.

5.3.7 Damit liegt die Befolgungsrate weit über dem vielfach explizit und implizit geforderten Befolgungsgrad von 50 % (vgl. ANTIPAS, a.a.O., S. 178; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 196 f.; SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1996, 2. Lieferung 1997, N. 42 zu Art. 4 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 228; keine allzu hohen Anforderungen/geringer Befolgungsgrad: BORER, a.a.O., N. 11 zu Art. 4 KG; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., N. 126 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Insofern ist - wie der Beschwerdeführer zu Recht gerügt hat - ein der Abstimmung entsprechendes Marktverhalten gegeben.

5.3.8 Im Übrigen ist es nachvollziehbar und plausibel, dass die Verkaufsstellen ihre Rabattpolitik nicht nach Produkten ausrichteten, sondern alle Medikamente gegen erektile Dysfunktion gleich behandelten. Wäre die Sachlage anders, wäre allenfalls von einer zusätzlichen Kommunikation zwischen Verkaufsstellen und Hersteller
BGE 147 II 72 S. 97

("exklusiver Informationsaustausch" [vgl. EILMANSBERGER/KRUIS, a.a.O., N. 15 zu Art. 101 AEUV]) auszugehen. Abgesehen davon ist ein gewisser Schematismus zulässig (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.3 S. 262; BGE 136 I 1 E. 4.3.1 S. 7).

5.4 Kausalität

5.4.1 Auch ein Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten ist gegeben, wie sich u.a. aus den vorinstanzlichen Erwägungen ergibt, wenn die Vorinstanz dort ausführt, dass derjenige, der die Medikamente als selbstdispensierender Arzt abgab oder in einer Apotheke verkaufte, deren Preis daher höchstens den Preisempfehlungen entsprechend oder unter diesen festgesetzt hat. Sie hielt sodann fest, dass die Publikumspreise ohne die Preisempfehlung

noch steigen würden. Zu beachten ist, dass die Abstimmung während Jahren erfolgte und auch die Preise entsprechend dieser Abstimmung festgelegt wurden. Insofern kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass zwischen der Abstimmung und der Befolgung der Verkaufsstellen ein ursächlicher Zusammenhang besteht.

5.4.2 Selbst wenn sich die Ursächlichkeit zwischen Abstimmung und Marktverhalten nicht direkt hätte feststellen lassen und ergeben hätte, wäre diese entsprechend den beiden obgenannten Beweiserleichterungen (E. 3.4.4) ebenfalls zu bejahen:

5.4.2.1 So führt zunächst diejenige Beweiserleichterung, wonach bei nachgewiesener Abstimmung die widerlegbare Vermutung gilt, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben (vgl. E. 3.4.4 Abs. 2), zu einer Ursächlichkeit zwischen Abstimmung und Marktverhalten: Die Abstimmung zwischen den Apotheken und den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten einerseits und den Herstellern andererseits liegt vor. 89.3 % der Apotheken und 81.7 % der Ärzte sind der Preisempfehlung während mehreren Jahren gefolgt. Insofern kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Abstimmung ursächlich für das Marktverhalten der Apotheken und der selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten war (siehe auch STOCKENHUBER, a.a.O., N. 113 zu Art. 101 AEUV mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH).

5.4.2.2 Auch die zweite Beweiserleichterung bestätigt eine Kausalität zwischen Abstimmung und Marktverhalten (vgl. oben E. 3.4.4 Abs. 3): Gleichverhalten dient als Indiz für ein abgestimmtes Verhalten

BGE 147 II 72 S. 98

(BGE 129 II 18 E. 6.3 S. 27). Gleichverhalten wird dann zu einem Beweis, wenn es zu Wettbewerbsbedingungen führt, die im Hinblick auf die Art der Waren, die Bedeutung und Anzahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen (vgl. ANTIPAS, a.a.O., S. 135). Dies gilt namentlich dann, wenn das Parallelverhalten es den beteiligten Unternehmen ermöglicht, ein Preisgleichgewicht auf einem anderen als dem Niveau zu erzielen, das sich aus dem Wettbewerb ergeben hätte (vgl. Urteil ICI, Randnr. 64/67; STOCKENHUBER, a.a.O., N. 115 zu Art. 101 AEUV; siehe auch LETTL, Kartellrecht, a.a.O., S. 41). In der Schweiz gibt es mehrere hundert Apotheken und selbstdispensierende Ärzte und Ärztinnen. Dass 89.3 % aller Apotheken und 81.7 % aller selbstdispensierenden Ärzte und Ärztinnen, welche die von der Beschwerdegegnerin hergestellten Medikamente verkaufen, im Prinzip die Medikamente zu denselben Preisen verkaufen, entspricht nicht den normalen Marktbedingungen. Die auf die ganze Schweiz verteilten Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte und Ärztinnen haben nicht alle dieselben Kostenstrukturen (zu den verschiedenen Informationen für eine Preisgestaltung siehe ESTERMANN, a.a.O., S. 233). Nicht nachvollziehbar ist deshalb die Auffassung der Beschwerdegegnerin, wonach die Apotheken und die selbstdispensierenden Ärzte ihre Verkaufspreise autonom und basierend auf individuellen Preisrechnungen festgelegt und das Medikament trotzdem zu demselben Preis verkauft hätten. Kommt hinzu, dass aufgrund der fehlenden Werbung die einzelnen Verkaufsstellen Informationen über Preise ihrer Wettbewerber gar nicht beobachten und ihr Verhalten deshalb nicht an die Konkurrenz anpassen konnten (siehe dazu GRAVE/ NYBERG, a.a.O., N. 311 i.f. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV). Da die Verkaufsstellen mangels eines wenig transparenten Marktes die effektiven Preise ihrer Konkurrenten gar nicht kennen können, ist ohne Weiteres zu vermuten, dass das Parallelverhalten keine Reaktion der Verkaufsstellen auf beobachtete Informationen darstellt (siehe dazu auch BEHRENS, a.a.O., Rz. 874). Insofern kann davon ausgegangen werden, dass die Verkaufsstellen nicht dem dargelegten Selbständigkeitspostulat nachgelebt haben (vgl. STOCKENHUBER, a.a.O., N. 108 zu Art. 101 AEUV), und das parallele Verhalten lässt sich nur durch eine Abstimmung einleuchtend erklären (vgl. Urteil Ahlström Osaakehtiö u.a. ["Zellstoff"], Randnrn. 71 f.; STOCKENHUBER, a.a.O., N. 115 zu Art. 101 AEUV). Dass die Beschwerdegegnerin

BGE 147 II 72 S. 99

zudem im Besitze der Daten der Verkaufsstellen ist, um beurteilen zu können, dass diese autonom entschieden und basierend auf individuellen Preisrechnungen ihre Preise festgesetzt hätten, ist wenig wahrscheinlich. Abgesehen davon bestätigt die Vorinstanz selbst, dass die Verkaufsstellen ihre Preise nach der Preisempfehlung ausgerichtet hätten, wenn sie ausführt, dass es zu kompliziert oder zu aufwändig sei, eigene Preisberechnungen anzustellen. Erschwerend kommt hinzu, dass die Vorinstanz und ihr zustimmend die Beschwerdegegnerin zudem festgehalten hat, dass die Preise für die drei erektionsfördernden Arzneimittel über Jahre hinweg ausserordentlich hoch waren.

5.4.3 Nach dem Dargelegten ergibt sich Folgendes: Die Abstimmung zwischen Händler und Hersteller basiert auf mehreren sehr dichten und starken Indizien. Der Abstimmung wird von einer sehr grossen Anzahl von Verkaufsstellen nachgelebt. Eine Kausalität zwischen Abstimmung und

Abstimmungserfolg konnte direkt und auch indirekt durch die beiden Beweiserleichterungen nachgewiesen werden. Aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller vorliegenden Elemente liegt eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG vor. Weitere Elemente müssen nicht hinzugezogen werden. Zu prüfen bleibt, ob mit der abgestimmten Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.

5.5 Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

Die vorliegende Abrede bezweckt und bewirkt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 197, generell in Bezug auf Preisempfehlungen). Preisabreden sind objektiv geeignet, eine solche Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.8 S. 258; BGE 129 II 18 E. 5.1 S. 24; GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 317, 318 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV m.w.H.). Dies ist vorliegend der Fall, wird der Wettbewerb doch durch die uniforme Preissetzung verunmöglicht oder erschwert (siehe auch BGE 144 II 246 E. 6.8 S. 258). Die Ausschaltung des Preiswettbewerbs ist Ziel (dazu BGE 129 II 18 E. 6.5.5 S. 32). Abgesehen davon zeigen einerseits die obigen Ausführungen, dass die Preisempfehlung von den Verkaufsstellen in bedeutendem Masse befolgt wird, und zeigt die vom Bundesverwaltungsgericht festgestellte Sachlage andererseits, dass der Preis der Medikamente gegen erektile Dysfunktion ohne Abrede tiefer wäre. Insofern wird mit der Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung auch bewirkt (vgl. ESTERMANN, a.a.O., S. 204; ZÄCH, a.a.O., Rz. 375; siehe auch GRAVE/NYBERG, a.a.O., N. 319 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV).
BGE 147 II 72 S. 100

5.6 Einwendungen

Dass die Preisempfehlung als "unverbindlich" oder als "für das Publikum bestimmt" bezeichnet wird, ist nicht massgebend. Entscheidend ist demgegenüber das Verhalten der Beschwerdegegnerin zusammen mit den Verkaufsstellen und ob dieses den Tatbestand der Legaldefinition des Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt, d.h. ob im konkreten Fall eine Abstimmung und ein dementsprechendes Marktverhalten vorliegt. Bereits 1983 hat der EuGH festgehalten, dass derjenige, der Informationen zur Verfügung stellt, die mithin Anlass für aufeinander abgestimmtes Verhalten bieten können, besonders vorsichtig zu sein hat (Urteil *Musique Diffusion Française* u.a., Randnr. 75; so auch ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 202, 209). Durch die oben beschriebene besondere Verhaltensweise der Beschwerdegegnerin hat diese in Kauf genommen, dass sich durch die empfängerische Verwertung der von ihr zur Verfügung gestellten Informationen, welche bei jedem Einscannen des Produkts automatisch erschienen ist, ein abgestimmtes Verhalten ergibt. Es geht nicht um eine Preisempfehlung als solche, sondern um eine konkrete Verhaltensweise. Deshalb ist - wie der Beschwerdeführer zu Recht festhält - die vorliegende herstellerische Verhaltensweise auch nicht mit Preisempfehlungen zu vergleichen, welche in Katalogen festgeschrieben werden - wie z.B. in der Automobilbranche. Denn dort ist es nicht so, dass die Herstellerin dem Händler den Preis wiederholt und über das Kassensystem übermittelt. Nicht massgebend ist ferner der Einwand, die Beschwerdegegnerin hätte nie Anstalten gemacht, die Einhaltung der Preisempfehlung zu koordinieren, denn in diesem Fall würde bereits eine Vereinbarung vorliegen (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.5 S. 254 ff.; siehe auch BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 191 zu Art. 4 Abs. 1 KG). Abgesehen davon scheint die Beschwerdegegnerin die Vereinbarung mit der abgestimmten Verhaltensweise zu verwechseln, wenn sie wiederholt auf Art. 1 ff. OR verweist und geltend macht, es sei keine Willensübereinstimmung zu Stande gekommen. Eine abgestimmte Verhaltensweise bildet gerade keine Vereinbarung, sie erfüllt "schon ihrem Wesen nach nicht alle Tatbestandsmerkmale einer Vereinbarung" (vgl. Urteil *ICI*, Randnr. 64/67; siehe auch STOCKENHUBER, a.a.O., N. 107 zu Art. 101 AEUV) und insofern unterscheidet sich eine abgestimmte Verhaltensweise auch von einem stillschweigenden bzw. konkludenten Vertrag (vgl. oben E. 3.4.2; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 70; STOCKENHUBER, a.a.O., N. 107 zu Art. 101 AEUV).

BGE 147 II 72 S. 101

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass Verkaufsstellen, welche sich in ihrem Verhalten ausdrücklich von der Preisabstimmung distanzieren haben, indem sie diese nicht befolgt haben, nicht an einer abgestimmten Verhaltensweise mitgewirkt haben (Urteil *Eturas et al.*, Randnr. 46 i.f. i.V.m. 49 i.f., 50 erstes Lemma i.f.; siehe auch EUFINGER, a.a.O., S. 308 und 309). Dies wäre aber bei den kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren zu den Verkaufsstellen zu berücksichtigen.

5.7 Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Verhaltensweise der Beschwerdegegnerin zusammen mit den Apotheken und den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, darstellt. Die Beschwerde ist bereits aus diesem Grund gutzuheissen. Zu prüfen ist im Folgenden, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG vorliegt, wozu sich die Vorinstanz ebenfalls geäußert hat. IV. Unzulässigkeit der Abrede nach Art. 5 KG?

6. Erheblichkeit

6.1 Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG einerseits Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, sowie andererseits Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. In diesem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (vgl. BGE 143 II 297 E. 4.1 S. 311; BGE 129 II 18 E. 3 S. 23). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann zum einen direkt nachgewiesen werden; sie kann sich zum anderen auch über die vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG aufgelisteten Tatbestände für horizontale bzw. über die von ihm in Art. 5 Abs. 4 KG für vertikale Abreden vorgesehenen Tatbestände ergeben, bei denen vermutet wird, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird. Die Frage, ob ein Vermutungstatbestand (Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG) vorliegt, ist nicht nur für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wichtig, sondern auch für die Frage, ob eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.2 S. 199; BGE 143 II 297 E. 5.6 S. 325).
BGE 147 II 72 S. 102

6.2 Handelt es sich um Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, so wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in Bezug auf Preise nur vermutet, wenn es sich um solche handelt über Mindest- oder Festpreise (Art. 5 Abs. 4 KG). Gelingt die Widerlegung der Vermutung, so sind deshalb auch nur diese Preise schon aufgrund ihres qualitativen Elements erheblich (BGE 143 II 297 E. 5.2 S. 315 f.). Andere Preise, wie Höchstpreise, sind zwar nicht allein aus qualitativen Gründen erheblich (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.2 i.f. S. 316), können aber aufgrund quantitativer bzw. quantitativer und qualitativer Kriterien erheblich sein. Sie fallen aber jedenfalls nicht unter die Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG und können daher nicht zu Sanktionen nach Art. 49a KG führen.

6.3 Abreden über Festpreise erlauben weder eine Abweichung der Preise nach oben noch nach unten; ein Spielraum ist somit ausgeschlossen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., N. 393 zu Art. 5 KG; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, a.a.O., N. 402 zu Art. 5 KG). Abreden über Höchstpreise verbieten, dass ein bestimmter Preis überschritten, erlauben hingegen, dass dieser unterschritten werden darf (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., N. 396 zu Art. 5 KG; KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 362).

6.4

6.4.1 Die WEKO ist in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 davon ausgegangen, dass es sich bei der Abrede um eine solche über Festpreise handelt (Rz. 155 ff.). Geprüft hat sie indessen auch, ob eine solche über Höchstpreise vorliegt. Sie kam dabei zum Schluss, dass 63 % aller von Apotheken und 70 % aller von selbstdispensierenden Ärzten verkauften Packungen von Cialis, Levitra und Viagra in den Jahren 2005 und 2006 zum empfohlenen Publikumspreis abgegeben wurden. Insofern würden die Preisempfehlungen Festpreise und nicht Höchstpreise darstellen.

6.4.2 Die Vorinstanz geht davon aus, dass sich die Preisempfehlungen für Viagra "entsprechend der ihnen zugeschriebenen Funktion als wünschbare Preisobergrenze" als zulässige Höchstpreisempfehlung auswirke. Begründet wird dies dadurch, dass aus den Akten ersichtlich werde, dass bei den selbstdispensierenden Ärzten keiner der Befragten und bei Apotheken nur eine einzige angab, höhere Preise als die empfohlenen zu verrechnen.

6.4.3 Die Argumentation der Vorinstanz überzeugt aus mehreren Gründen nicht: Erstens setzt sie das voraus, was eigentlich zu
BGE 147 II 72 S. 103

bestimmen wäre: Zum einen geht die Vorinstanz ohne Weiteres davon aus, dass der Preisempfehlung der Beschwerdegegnerin eine Preisobergrenze zukomme. Ob dies zutrifft, wäre an ihr zu klären gewesen (z.B. ANTIPAS, a.a.O., S. 339). Gerade das Wort wünschbar hätte allen Anlass geboten, abzuklären, ob der Wunsch auch Wirklichkeit ist. Zum anderen wäre auch zu untersuchen gewesen, ob die analysierte Preisempfehlung sich tatsächlich als Höchstpreis auswirkt. Zweitens folgt daraus, dass die befragten Verkaufsstellen angegeben haben, dass sie keine höheren Preise als die empfohlenen verrechnet hätten, keinesfalls, das es sich um Höchstpreise handeln würde. Erst wenn feststünde, dass ein Unterschreiten der Preise möglich wäre, wäre eine Qualifikation als Höchstpreisempfehlung in Betracht zu ziehen. Drittens hat die Vorinstanz in willkürlicher Weise nur die wenigen selbstdispensierenden Ärzte (ein Dutzend der 290 Befragten) berücksichtigt, die ihr Vorverständnis bestätigt haben. Nach Auffassung der Beschwerdegegnerin 14 und nach Auffassung des Beschwerdeführers 32 der befragten Ärzte sind demgegenüber von einem

Einheitspreis ausgegangen. Der Rest hat sich diesbezüglich nicht geäußert. Insofern erschliesst sich nicht, wie die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin einen Höchstpreis annehmen konnten. Wie sich aus den Akten ergibt (Art. 105 Abs. 2 BGG), hat zudem die Beschwerdegegnerin vor der WEKO nie den Begriff der Höchstpreise, sondern denjenigen der Orientierungshilfe verwendet.

6.4.4 Aus dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ergibt sich folgendes:

6.4.4.1 75.5 % der antwortenden selbstdispensierenden Ärzte haben die Preisempfehlungen strikt befolgt. Sie haben 66.8 % (2005) bzw. 63.8 % (2006) aller von den antwortenden Ärzten verkauften Medikamentenpackungen verkauft. 6.2 % der antwortenden selbstdispensierenden Ärzte, die 8.7 % (2005) bzw. 9.9 % (2006) aller von den antwortenden Ärzten verkauften Medikamentenpackungen abgaben, befolgten die Preisempfehlungen teilweise und gewährten bei durchschnittlich 31 % ihrer Verkäufe einen Rabatt. Insofern folgten 69 % dieser Verkäufe der Preisempfehlung. Diese 69 % der Verkäufe machen 6 % ($8.7 \% \times 69 \% / 100 = 6 \%$) aller Verkäufe für das Jahr 2005 und 6.8 % ($9.9 \% \times 69 \% / 100 = 6.8 \%$) für das Jahr 2006 aus. Eine - von der Vorinstanz bundesrechtswidrig unterlassene - Addition der Verkäufe, welche von den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten veranlasst und der

BGE 147 II 72 S. 104

Preisempfehlung gefolgt sind, ergibt 66.8 % plus 6 % gleich 72.8 % (formal: $66.8 \% + 6 \% = 72.8 \%$) für das Jahr 2005 und 63.8 % plus 6.8 % gleich 70.6 % (formal: $63.8 \% + 6.8 \% = 70.6 \%$) für das Jahr 2006. Insofern folgten 72.8 % bzw. 70.6 % aller Verkäufe der selbstdispensierenden Ärzte für Medikamentenpackungen für das Jahr 2005 bzw. 2006 der Preisempfehlung.

6.4.4.2 Äquivalentes ergibt sich für die Apotheken: Danach haben 52 % der antwortenden Apotheken die Preisempfehlung strikt befolgt. Sie haben 33.9 % (2005) bzw. 33.6 % (2006) aller von den antwortenden Apotheken verkauften Medikamentenpackungen verkauft. 37.5 % [recte: 37.3 %] der antwortenden Apotheken, die 48.5 % (2005) bzw. 48.9 % (2006) aller von den antwortenden Apotheken verkauften Medikamentenpackungen abgaben, befolgten die Preisempfehlungen teilweise und gewährten bei durchschnittlich 39 % ihrer Verkäufe einen Rabatt. Insofern folgten 61 % dieser Verkäufe der Preisempfehlung. Diese 61 % der Verkäufe machen 29.6 % ($48.5 \% \times 61 \% / 100 = 29.6 \%$) aller Verkäufe für das Jahr 2005 und 29.8 % ($48.9 \% \times 61 \% / 100 = 29.8 \%$) für das Jahr 2006 aus. Eine - von der Vorinstanz bundesrechtswidrig unterlassene - Addition der Verkäufe, welche von den Apotheken veranlasst und der Preisempfehlung gefolgt sind, ergibt 33.9 % plus 29.6 % gleich 63.5 % (formal: $33.9 \% + 29.6 \% = 63.5 \%$) für das Jahr 2005 und 33.6 % plus 29.8 % gleich 63.4 % (formal: $33.6 \% + 29.8 \% = 63.4 \%$) für das Jahr 2006.

6.4.5 Insofern folgten bei den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten 72.8 % bzw. 70.6 % aller Verkäufe der Medikamentenpackungen für das Jahr 2005 bzw. 2006 der Preisempfehlung. Bei Apotheken folgten 63.5 % bzw. 63.4 % aller Verkäufe der Medikamentenpackungen für das Jahr 2005 bzw. 2006 der Preisempfehlung. Es ist daher nicht schlüssig, wenn die Vorinstanz bei einer so hohen Befolgungsrate für einzelne Medikamentenpackungen davon ausgeht, dass es sich bei der vorliegenden Preisabrede um eine Höchstpreisabrede anstatt um eine Festpreisabrede handelt (siehe auch ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., S. 197). Im Übrigen gilt auch hier, dass es nachvollziehbar und plausibel ist, dass die Verkaufsstellen alle Medikamente gegen erektile Dysfunktion gleich behandelten (vgl. ausführlich oben E. 5.3.8).

6.4.6 Die Beschwerdegegnerin macht diesbezüglich geltend, dass bei einer Preisempfehlung nur dann von einer Festpreisabrede

BGE 147 II 72 S. 105

gesprächen werden könne, wenn der Hersteller Druck ausgeübt hätte. Sie bezieht sich dabei auf Art. 4 lit. a der Verordnung [EU] Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO; ABl. L 102 vom 23. April 2010 S. 1 ff.). Dazu ist Folgendes festzuhalten: Art. 5 Abs. 4 KG kennt erstens keine entsprechende Vorschrift. Im vorliegenden Fall handelt es sich zweitens gerade nicht um eine echte Preisempfehlung, sondern um eine abgestimmte Verhaltensweise (KLING/THOMAS, a.a.O., § 5 Rz. 361; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, a.a.O., N. 8 zu Art. 4 VO 330/2010). Die simulierte Preisempfehlung ist nicht relevant; es gilt dementsprechend die dissimulierte abgestimmte Verhaltensweise. Drittens bezieht sich der erwähnte Artikel der Vertikal-GVO auf die Zulässigkeit einer Preisfestsetzung. Hier stellt sich vorerst nur die Frage, ob es sich um eine in Art. 5 Abs. 4 KG umschriebene Abrede handelt. Im Übrigen hat der erwähnte Artikel auch andere Konstellationen als die vorliegende im Blick (BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, a.a.O., N. 6 und 8 zu Art. 4 VO 330/2010).

6.5 Die strittige Abrede unterliegt damit Art. 5 Abs. 4 KG, weshalb eine Vermutung dafür spricht, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Diese Vermutung kann widerlegt werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfüllen aber Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG

grundsätzlich auch das Erheblichkeitsmerkmal nach Art. 5 Abs. 1 KG (BGE 144 II 194 E. 4.3.1 S. 199; BGE 143 II 297 E. 5.6 S. 325). Nicht anders verhält es sich auch hier. Insofern handelt es sich um eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. BGE 143 II 297 E. 5 S. 312 ff.; siehe auch oben E. 6.1 i.f.). Aus diesem Grund muss nicht geprüft werden, ob die Vermutung zu recht besteht oder nicht, sondern es kann direkt zur Frage geschritten werden, ob die erhebliche Beeinträchtigung unzulässig ist (siehe auch oben E. 6.2 i.i.). Eine solche ist unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 1 KG).

7. Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz

7.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage der Rechtfertigung der erheblichen Beeinträchtigung durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz zwar nicht abschliessend beurteilt, aber sich doch zu BGE 147 II 72 S. 106

einzelnen Aspekten geäussert. Dies schadet nicht: Die WEKO hat in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 auch die erhebliche Beeinträchtigung und die Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als Eventualstandpunkt geprüft und diese verneint. Dazu hat sich die Beschwerdegegnerin im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geäussert. Der Beschwerdeführer beantragt vor Bundesgericht, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Entscheidung der WEKO vom 2. November 2009 zu bestätigen. In Zusammenhang mit der Sanktion hat die Beschwerdegegnerin in der Duplik das Bundesgericht angehalten, einen Entscheid in der Sache zu fällen. Dementsprechend hätte die Beschwerdegegnerin ohne Weiteres erkennen können, dass die Frage der Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz ebenfalls zum Gegenstand des vorliegenden Verfahrens werden könne. Entsprechend hätte sie sich hierzu äussern können, ohne dass sie hierzu unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs eigens angehalten werden müsste (BGE 144 II 246 E. 12.3 S. 265). Die Frage der Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG ist eine Rechtsfrage, verlangt aber auch die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (BGE 144 II 246 E. 12.4 S. 265; BGE 129 II 18 E. 10.2 S. 44 f.). Angesichts der bisherigen Verfahrensdauer rechtfertigt es sich allerdings aus prozessökonomischen Gründen, auf eine weitere Rückweisung zu verzichten und die Frage selber zu entscheiden (BGE 144 II 246 E. 12.4 S. 265). Aus dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, der Verfügung der WEKO und aus den beim Bundesgericht eingereichten Akten (Art. 105 Abs. 2 BGG) lässt sich der Sachverhalt genügend erstellen.

7.2 Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, nur dann unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Gerechtfertigt sind solche Abreden, wenn sie (1) notwendig sind, (2) um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 lit. a und b KG). Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt BGE 147 II 72 S. 107

wird (BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; ZÄCH, a.a.O., Rz. 404). Ziel der Effizienzprüfung bildet, die "positiven" Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen (vgl. BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335 mit Hinweisen). Damit eine Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist, müssen die drei genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; BGE 129 II 18 E. 10.3 S. 45; je mit Hinweisen). Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen, und insofern muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Natur sein (BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335). Notwendig ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar (verhältnismässig i.e.S.: d.h. keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zum angestrebten Ziel) ist (vgl. BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 35; BGE 129 II 18 E. 10.4 S. 47; je mit Hinweisen). Zur Rechtfertigung genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe (oben Ziff. [2]) gegeben ist (BGE 143 II 297 E. 7.1 S. 335; BGE 129 II 18 E. 10.3 i.f. S. 45).

7.3 Die WEKO hat in ihrer Verfügung vom 2. November 2009 verschiedene Rechtfertigungsgründe geprüft und ist zum Schluss gekommen, dass keine der aufgeführten Gründe gegeben seien. Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer damaligen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht demgegenüber zwei Gründe hervorgehoben: Die Preisempfehlung verhindere die doppelte Marginalisierung und senke die Transaktionskosten.

7.4

7.4.1 Beide von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Argumente betreffen den Effizienzgrund der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., N. 297 f. zu Art. 5 KG). Der Begriff der Verbesserung von Produkten ist weit zu verstehen (BGE 144 II 246 E. 13.2 S. 266); er beschränkt sich nicht auf technische oder funktionelle Belange, sondern erfasst z.B. auch die Umweltverträglichkeit von Produkten (BGE 129 II 18 E. 10.3.2 S. 46; Botschaft KG I, BBl 1995 I 558 f.; BORER, a.a.O., N. 48 zu Art. 5 KG).

7.4.2 Die doppelte Marginalisierung (doppelte Gewinnmaximierung; double-marginalisation) betrifft die Sachlage, wonach sowohl der Hersteller als auch der Händler marktmächtig ist und der Konsument für die Rente sowohl des Herstellers als auch des Händlers aufkommen muss. Dieser überhöhte Preis führt zu einer Reduktion der abgesetzten Menge verglichen mit dem Szenario eines vertikal BGE 147 II 72 S. 108

integrierten Unternehmens (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, a.a.O., N. 341 zu Art. 5 KG; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire romand, a.a.O., N. 304 zu Art. 5 KG; MANI REINERT, Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen [nachfolgend: Grundlagen], 2004, S. 144; ESTERMANN, a.a.O., S. 104 ff., 400 f.; NORBERT SCHULZ, Wettbewerbspolitik, 2003, S. 215 ff.).

7.4.3 Vor der WEKO haben die drei Hersteller folgende drei Argumente zur doppelten Marginalisierung aufgeworfen: (1) Die Preisempfehlung würde der Information des Patienten dienen und gleichzeitig die Verkaufsstellen in Schach halten. Zu hohe Endverkaufspreise könnten sich negativ auf das Image auswirken und deshalb zu einem Rückgang der Absatzzahlen führen. (2) Die Profitabilität sei abhängig von den Verkaufszahlen und zu hohe Endverkaufspreise könnten die Absatzzahlen negativ beeinflussen. (3) Mit den Preisempfehlungen könnte der Spielraum der marktmächtigen Grosshändler eingeschränkt werden, damit diese gegenüber den Einzelhändlern keine höheren Margen aufschlagen. Die WEKO akzeptierte das Interesse der Hersteller, dass die Apotheker und die selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzte die Verkaufspreise nicht erhöhen und damit den Absatz der Produkte nicht verringern. Allerdings sei das Festsetzen von Verkaufspreisen durch die Preisempfehlung nicht notwendig. Die einzelnen Akteure würden über keine Marktmacht verfügen, weshalb es höchst unwahrscheinlich sei, dass nach Aufhebung der Preisempfehlung die Verkaufsstellen unkoordiniert über eine längere Periode erheblich höhere Medikamentenpreise durchsetzen könnten. Abgesehen davon seien die Preise bereits deutlich höher als in einer Wettbewerbssituation. Schliesslich herrsche unter den Grossisten Wettbewerb, weshalb sie es sich nicht erlauben könnten, nicht marktkonforme Margen aufzuschlagen. Die Stellung der Verkaufsstellen gegenüber den Grossisten sei zudem nicht marginal, denn es sei für deren Beurteilung nicht nur das vorliegende Medikament zu berücksichtigen, sondern alle bei den Grossisten zu beziehenden Medikamente. Die Beschwerdegegnerin ist allerdings der Auffassung, dass kein Wettbewerb unter den Grossisten bestehe und die Stellung der einzelnen Verkaufsstellen viel zu gering sei. Sie blendet dabei aber aus, dass die WEKO zu Recht darauf hingewiesen hat, dass aufgrund der gesamten Menge der zu beziehenden Medikamente die einzelnen Verkaufsstellen ein beträchtliches Gewicht gegenüber den

BGE 147 II 72 S. 109

Grossisten aufweisen. Im Übrigen konnten - wie bereits oben ausgeführt (E. 5.2.3) - einzelne Verkaufsstellen auch gegenüber den Herstellern gewichtig auftreten. Nicht nachvollziehbar ist zudem die Behauptung, dass in einer Wettbewerbssituation die Preise für das in Frage stehende Medikament steigen würden. Denn diejenigen Verkaufsstellen, welche sich nicht an die Preisempfehlung gehalten und also eine eigenständige Preispolitik verfolgt haben, haben den Preis unterhalb der Preisempfehlung festgesetzt. Im vorliegenden Fall ist zudem zu berücksichtigen, dass es sich um eine vertikale Festpreisabrede handelt. Solche wären allenfalls nur während einer begrenzten Dauer nötig (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., N. 315 zu Art. 5 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 412; Mitteilung der Europäischen Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen [ABl. C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1 ff.], Rz. 108 i.V.m. 107 lit. f) und erfüllen das Tatbestandsmerkmal der Notwendigkeit in der Regel nicht (vgl. BGE 129 II 18 E. 10.4 S. 47; ZÄCH, a.a.O., Rz. 422). Festpreisabreden gehören neben Mindestpreisen und Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG zu den schädlichsten vertikalen Abreden (BGE 143 II 297 E. 5.2.4 f. S. 317 f.; so auch ESTERMANN, a.a.O., S. 387). Es bestehen noch mildere Mittel (siehe die aufgezählten möglichen mildereren Massnahmen bei REINERT, Grundlagen, a.a.O., S. 144 ff.; SCHULZ, a.a.O., S. 216 f.; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., N. 345 zu Art. 5 KG), weshalb - wie hier - eine Festpreisabrede zur Erreichung der genannten Ziele nicht notwendig ist (BGE 144 II 246 E. 13.5.1 S. 271; BGE 129 II 18 E. 10.4 S. 47; ESTERMANN, a.a.O., S. 401).

7.5

7.5.1 Schliesslich machte die Beschwerdegegnerin vor Vorinstanz geltend, dass die Preisempfehlung die Transaktionskosten (dazu REINERT, Grundlagen, a.a.O., S. 130 ff.; ESTERMANN, a.a.O., S. 128 ff., 402) senke. Ohne eine solche würden diese mittels höherer Preise an die Konsumenten weitergegeben oder die Medikamente gar nicht mehr angeboten. Es sei für die Verkaufsstellen angesichts der geringen Umsätze beim fraglichen Medikament schlicht zu aufwändig, selber den "richtigen" Preis zu berechnen. Im Übrigen sei es unzutreffend, dass die Verkaufsstellen die anderen Produkte selbständig berechnen. Zudem dienten die Preisempfehlungen als Informationsmittel auch den Krankenkassen und Zusatzversicherern. Zusammenfassend würden die Preisempfehlungen die Produktionskosten i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG senken, indem sie eine BGE 147 II 72 S. 110

Transaktionskostensparnis ermöglichen und einen Anstieg der Einzelhandelspreise verhindern, was letztlich dem Verbraucher zugute käme. Ohne die Preisempfehlung wären die Preise im Durchschnitt wesentlich höher.

7.5.2 Die Argumentation der Beschwerdegegnerin überzeugt nicht: So ist bereits oben darauf hingewiesen worden, dass kein Anlass besteht, dass die Preise ohne Preisempfehlung im Durchschnitt wesentlich höher wären, denn diejenigen Verkaufsstellen, welche sich nicht an die Preisempfehlung gehalten und also eine eigenständige Preispolitik verfolgt haben, haben den Preis unterhalb der Preisempfehlung festgesetzt. Verkaufsstellen sollten im Wettbewerb zueinander stehen. Die vorliegende Wettbewerbsabrede führt aber zu einer Standardisierung der Publikumspreise der strittigen Produkte. Die Abreden führen deshalb zu einer Nivellierung der Preise. Ineffiziente Verkaufsstellen werden damit geschützt. Insofern wird versucht, die Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs durch Ineffizienz zu rechtfertigen, was aber gerade nicht der Sinn von Art. 5 Abs. 2 KG ist, und das Resultat insgesamt ist nicht effizienter als ohne Abrede. Damit bestätigt sich die in der Literatur vielfach geäusserte Ansicht, dass harte Abreden in der Regel nicht effizient sind (vgl. BANGERTER/ ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., N. 275 zu Art. 5 KG). Auch das Argument, wonach es für die Verkaufsstellen angesichts der geringen Umsätze beim fraglichen Medikament zu aufwändig sei, den richtigen Preis zu berechnen, vermag nicht zu überzeugen: Wie die WEKO zutreffend ausgeführt hat, ist dieser Aufwand dank modernen Kalkulationsprogrammen gering. Eigene aufwändige Marktforschungen sind dabei - entgegen der beschwerdegegnerischen Auffassung - nicht notwendig; entscheidend sind die eigenen Kosten. Abgesehen davon, haben die Verkaufsstellen selbst dann, wenn die Preisempfehlung lediglich als Orientierungshilfe dienen sollte, ihren Preis aufgrund ihrer je eigenen Kostenstrukturen festzulegen. Im Übrigen haben sie wie andere Detailhändler für die von der Preisempfehlung nicht betroffenen Produkte jedenfalls entsprechende Berechnungen anzustellen. Insofern verfügen die Verkaufsstellen über diesbezügliche Erfahrungen und Know-How und sind - entgegen der beschwerdegegnerischen Behauptung - nicht überfordert. Dafür spricht auch das Vorgehen derjenigen Verkaufsstellen, die eine eigenständige Preispolitik verfolgt haben. BGE 147 II 72 S. 111

7.6 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht durch die vorgebrachten Gründe rechtfertigen lässt. V. Sanktion

8.

8.1 Nachfolgend ist zu prüfen, ob das Verhalten der Beschwerdegegnerin einer Sanktion unterliegt. Diese vertritt unter Hinweis auf BGE 144 II 246 die Auffassung, dass das Bundesgericht keine Sanktion aussprechen könne, da der Beschwerdeführer es versäumt habe, eine genau bezifferte Sanktion zu beantragen.

Die Auffassung der Beschwerdegegnerin trifft nicht zu: Im Gegensatz zu dem von der Beschwerdegegnerin aufgeführten Entscheid (BGE 144 II 246) verlangt der Beschwerdeführer auch, dass die Entscheidung der WEKO vom 2. November 2009 zu bestätigen sei. In dieser ist der Sanktionsbetrag in Ziff. 4 des Dispositivs aufgeführt. Das Bundesgericht weist im Urteil 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 16.2 (nicht publ. in: BGE 144 II 246 , aber in: Pra 2019 Nr. 53 S. 536) im Übrigen ausdrücklich darauf hin, dass "à tout le moins de demander la confirmation de la décision de l'autorité administrative fixant ladite sanction" ist. Insofern kann das Bundesgericht die Sanktion beurteilen.

8.2 Nach Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Die Massnahme nach Art. 49a KG hat einen

strafrechtsähnlichen Charakter; Art. 7 EMRK (nulla poena sine lege; Art. 1 StGB) ist daher grundsätzlich anwendbar (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.3 S. 338 f.; BGE 139 I 72 E. 2.2.2 S. 79 f.).

8.3

8.3.1 Der von der Beschwerdegegnerin vor Bundesverwaltungsgericht vertretenen Auffassung, wonach Unternehmen nur dann zu sanktionieren seien, wenn der Wettbewerb beseitigt worden sei, hat das Bundesgericht in mehreren Entscheiden widersprochen (BGE 144 II 194 E. 5 S. 201 f.; BGE 143 II 297 E. 9.4 S. 339 ff.). Mit "Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4" in Art. 49a Abs. 1 KG sind BGE 147 II 72 S. 112

diejenigen Abreden gemeint, die in den beiden Absätzen aufgeführt sind. Art. 49a Abs. 1 KG nimmt Bezug zum Abredetyp. Diese Abreden sind deshalb zu sanktionieren, weil sie aus Sicht des Gesetzes als besonders problematisch betrachtete Einschränkungen der marktbezogenen Handlungsfreiheit gelten (BGE 144 II 194 E. 5.3 S. 202; BGE 143 II 297 E. 9.4.6 S. 342).

8.3.2 Ebenfalls trifft die Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht zu, dass das Verfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG ein Strafrechtsverfahren darstelle. Das kartellrechtliche Verfahren ist ein Verwaltungsverfahren (BGE 145 II 259 E. 2.6.2 S. 268; BGE 144 II 194 E. 4.4.2 S. 200; BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2 S. 274), auch wenn die Sanktion gemäss Art. 49a KG als strafrechtlich im Sinne von Art. 6 EMRK gilt (BGE 145 II 259 E. 2.6.2 S. 268; BGE 143 II 297 E. 9.1 S. 337; BGE 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 f.).

8.3.3 Art. 49a Abs. 1 KG entspricht sodann den Vorgaben von Art. 7 EMRK ("nulla poena sine lege"; dazu BGE 146 II 217 E. 8.2 S. 247 f., mit zahlreichen Hinweisen; BGE 143 II 297 E. 9.3 S. 338): Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen sanktioniert, wenn es sich u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt hat. Art. 5 Abs. 4 1. Teil KG enthält folgende Tatbestandselemente: Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen; Abrede über Mindest- oder Festpreise. Aufgrund der bereits oben erfolgten Auslegung ist klar, was unter einer Abrede in der Form einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise zu verstehen ist. Dasselbe gilt für das Begriffspaar Mindest- und Festpreis. Die Auslegung stimmt mit der rechtswissenschaftlichen Literatur überein. Insofern ist die ausgelegte Norm genügend bestimmt, um das unerwünschte Verhalten zu bezeichnen.

8.4

8.4.1 Nach den bisherigen Ausführungen ist erstellt, dass die Beschwerdegegnerin ein Unternehmen i.S. von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1bis KG) ist, dieses an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG mitgewirkt hat und Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG für eine Sanktionsauferlegung genügend bestimmt ist. Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt. Fraglich ist noch, ob auch das Verschulden gegeben ist (dazu BGE 146 II 217 E. 8.5.1 S. 252 f.; BGE 143 II 297 E. 9.6.1 S. 344; je mit weiteren Hinweisen).

8.4.2 Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin ist ihr Kartellrechtsverstoss ihr auch subjektiv zurechenbar. Erforderlich ist BGE 147 II 72 S. 113

dafür Vorwerfbarkeit. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253; BGE 143 II 344 E. 9.6.2 S. 344 f.; je mit weiteren Hinweisen). Danach wird ein Unternehmen dann strafbar, wenn ihm Organisationsmängel angelastet werden können, auch ohne dass sich die Straftat einer bestimmten natürlichen Person zuordnen lässt (BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253). Die Sorgfaltspflichten ergeben sich dabei im Rahmen des Kartellrechts primär aus dem KG; die Unternehmen müssen sich an die Regeln des KG halten : So haben die Unternehmen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu unterlassen (BGE 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345 mit Hinweisen). Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt (BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253; BGE 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345), denn die Unternehmen müssen über die Regeln des KG und über die dazu ergangene Praxis informiert sein (BGE 146 II 217 E. 8.5.2 S. 253; BGE 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345). Im Übrigen besteht auch die Möglichkeit, sich über die aktuelle Rechtslage bei der WEKO zu informieren.

8.4.3 Indem die Beschwerdegegnerin ihre Preisempfehlung über das elektronische System wissentlich und willentlich den Verkaufsstellen zukommen liess, musste sie davon ausgehen, dass die Verkaufsstellen die Preisempfehlung durch das Einlesen des Strichcodes des Produkts anwendeten. Mit diesem Vorgehen hat sie den entscheidenden Schritt zur abgestimmten Verhaltensweise gesetzt. Dementsprechend hätte ihr bewusst sein müssen, dass dieses Verhalten kartellrechtlich problematisch ist. Auch wenn die abgestimmte Verhaltensweise ein entsprechendes Marktverhalten von anderen Unternehmen verlangt, bleibt sie für ihr gewichtiges Verhalten

verantwortlich und dieses ist ihr vorwerfbar.

8.4.4

8.4.4.1 Die Beschwerdegegnerin beruft sich zu ihrer Rechtfertigung zu Unrecht auf Art. 13 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 2 der Verordnung vom 11. Dezember 1978 über die Bekanntgabe von Preisen (Preisbekanntgabeverordnung, PBV; SR 942.211) in der Fassung vom 1. April 2007 (AS 1978 2081 und AS 2007 945): Die Preisbekanntgabeverordnung stützt sich auf Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241), des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) und des nunmehr aufgehobenen Bundesgesetzes vom 9. Juni 1977 über das Messwesen (aBG Messwesen; AS 1977 2394). Weder stützt

BGE 147 II 72 S. 114

sie sich auf noch konkretisiert sie das Kartellgesetz. Die PBV regelt Preisempfehlungen gestützt auf die genannten Bestimmungen unter einem anderen Gesichtspunkt als das Kartellgesetz: Dort Regelungen zugunsten der Konsumenten, hier solche zugunsten des Wettbewerbs. Im Sinne eines Hinweises behält Art. 18 Abs. 2 letzter Satz PBV denn auch die Regelungen des Kartellgesetzes vor. Insofern kommen beide Normen selbständig zur Anwendung (BGE 141 II 66 E. 2.4.1 S. 74). Konkret heisst dies, dass für wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen nur das Kartellgesetz anwendbar ist; die PBV ist demgegenüber nicht relevant. Da die PBV das Kartellgesetz nicht konkretisiert, stellt sich auch nicht die Frage, ob unmittelbar gestützt auf das Kartellgesetz von der Verordnung abweichende Anordnungen getroffen werden könnten (vgl. HANSJÖRG SEILER, in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., Stand März 2001, N. 22 zu Art. 3 USG).

8.4.4.2 Die Beschwerdegegnerin behauptet, dass gestützt auf die VertBek ihr Vorgehen korrekt gewesen wäre. Diese Annahme trifft nicht zu: Zunächst einmal enthielt - wie bereits die WEKO in ihrer Verfügung zu Recht festgehalten hat - für den Zeitraum vom 1. April 2004 - 31. Dezember 2007 (die VertBek 2007 trat entgegen der Verfügung vom 2. November 2009, Rz. 340, erst am 1. Januar 2008 in Kraft [BBI 2007 7597]) die VertBek 2002 keine Regelung. Insofern wäre die VertBek 2007 nur für ein Jahr anwendbar (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320). Allerdings ist das Bundesgericht an diese nicht gebunden, andernfalls der verfassungsrechtlich gewährleistete gerichtliche Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Rechts unterlaufen würde (BGE 143 II 297 E. 5.3.3 S. 320). Im vorliegenden Fall drängt sich - wie dargelegt (oben E. 4.4.3) - nicht auf, der VertBek 2007 - sofern der Kartellrechtsverstoss überhaupt nachgewiesenermassen bis ins Jahre 207 gedauert hätte - ausnahmsweise zu folgen.

8.4.4.3 Compliance-Programme sind zudem nicht schuldausschliessend (BGE 143 II 297 E. 9.6.2 S. 345 f. mit zahlreichen Hinweisen).

8.5

8.5.1 Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 erster Halbsatz KG erfüllt, ist das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu sanktionieren (BGE 146 II 217 E. 9.1 S. 255; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 S. 346). Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der

BGE 147 II 72 S. 115

mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG; SR 251.5) enthaltenen Kriterien in drei Schritten konkret bestimmt (Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG; BGE 146 II 217 E. 9.1 S. 255 f.; BGE 144 II 194 E. 6.2 S. 203; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 S. 346 m.H.): Ermittlung des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) - Anpassung an die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) - Erhöhung bzw. Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG). Nach Art. 3 SVKG bildet der Basisbetrag der Sanktion je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag wird ebenfalls in drei Schritten ermittelt: Feststellung der relevanten Märkte - Umsatz auf diesen - Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses. Die ersten beiden Schritte sind tatsächlicher Art, während der dritte wertend ist (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1 S. 256; BGE 144 II 194 E. 6.2 S. 203).

8.5.2 Die Vorinstanz hat in Bezug auf die Sanktionsbemessung einige wenige Fragen aufgeworfen, diese aber nicht behandelt, da sie davon ausgegangen ist, dass die Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1

KG nicht erfüllt sei. Die Beschwerdegegnerin rügte vor Vorinstanz verschiedene Punkte zur Sanktionsbemessung, welche auch sachverhaltliche Fragen betreffen und nur in der Verfügung der WEKO aufgeführt sind. Aus dem Entscheid der Vorinstanz lässt sich diesbezüglich nichts herauslesen. Insofern fehlt der für die Sanktionsbemessung notwendig festgestellte Sachverhalt. Ferner ist die Sanktionsbemessung eine Ermessenssache (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3 i.f. S. 262). Die Vorinstanz kann das Ermessen gestützt auf Art. 37 VGG (SR 173.32) i.V.m. Art. 49 lit. c VwVG (SR 172.021) überprüfen, während dies dem Bundesgericht - als das für die Beurteilung von Rechtsverletzung zuständige Gericht (Art. 189 BV; Art. 95 und 97 Abs. 1 e contrario BGG) - verwehrt ist. Würde das Bundesgericht hier in der Sache entscheiden, würde der Adressat einer Sanktion - hier die Beschwerdegegnerin - zudem einer Ermessensüberprüfungsinstanz beraubt. Die Sache ist deshalb an die Vorinstanz zur beförderlichen Erledigung der Sanktionsbemessung zurückzuweisen.