Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-320/2010

Urteil vom 3. Dezember 2013

Besetzung

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

Parteien

Dr. X._____, (Apotheke Dr. X._____),
(…),
Beschwerdeführer,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
(…),
Vorinstanz.

Gegenstand

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

Sachverhalt:

A.

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

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

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

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

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

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

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

B.

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

"1. Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichen und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

2. Den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer wird verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen.

3. Die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat dürfen bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.

4. Die Hersteller Pfizer, Bayer und Eli Lilly werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet:

   - Pfizer: CHF […]

   - Eli Lilly: CHF […]

   - Bayer: CHF […]

5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

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

8. (*Rechtsmittelbelehrung*)

9. (*Eröffnung einzeln*)

10. (*Eröffnung durch amtliche Publikation*)"

Zur Begründung hielt die Vorinstanz fest, das untersuchte Verhalten der Parteien unterstehe dem Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251). Zu Viagra, Cialis und Levitra bestünden keine wettbewerbsausschliessenden Vorschriften einer staatlich vorgesehenen Markt- oder Preisordnung oder solche, die Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben besondere Rechten verliehen, weshalb (Preis-)Wettbewerb nicht nur möglich sei, sondern auch gefordert werde.

Eine *horizontale* Preisabrede habe trotz anfänglich praktisch identischer Preise für Viagra, Cialis und Levitra nicht nachgewiesen werden können. Indessen seien die von Pfizer, Eli Lilly und Bayer veröffentlichten und von den Verkaufsstellen überwiegend befolgten – und sich daher wie Festpreise auswirkenden – Publikumspreisempfehlungen für diese Medikamente nebeneinander bestehende *vertikale* Wettbewerbsabreden. Als abgestimmte Verhaltensweisen beseitigten sie den wirksamen Wettbewerb. Selbst wenn die entsprechende Vermutung als widerlegt zu betrachten wäre, liesse sich eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht durch wirtschaftliche Effizienzgründe rechtfertigen. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen seien "verschuldetermassen" bewirkt worden, wobei einzig Pfizer, Eli Lilly und Bayer direkt zu sanktionieren seien. Gleichzeitig verzichtete die Vorinstanz "aus faktischen und praktischen Gründen" auf eine Sanktionierung der zahllosen, als mitschuldig bezeichneten "Verkaufsstellen" (Apotheken und selbstdispensierende Ärzte).

C.

Diese Sanktionsverfügung focht der Geschäftsinhaber der "Apotheke Dr. X._____", Dr. X._____ (Beschwerdeführer), am 18. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an mit folgendem Antrag:

"Es sei der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 in der Untersuchung 22-0326 (Preise für Hors-Liste Medikamente) vollumfänglich aufzuheben und es sei die Wettbewerbskommission an-

zuweisen, die Untersuchung ohne Folgen für die Apotheke Dr. X._____ einzustellen."

Zu seiner Beschwerdelegitimation führt der Beschwerdeführer aus, er werde durch den Entscheid beschwert, indem die Dispositiv-Ziffer 1 fälschlicherweise die Unzulässigkeit des von ihm praktizierten Verhaltens feststelle.

Zum erhobenen Sachverhalt bemängelt er, die Vorinstanz habe der speziellen Marktstruktur für den Vertrieb verschreibungspflichtiger Hors-Liste Medikamente zu wenig Rechnung getragen. Die gegenüber frei verkäuflichen Medikamenten erhöhte Komplexität rezeptpflichtiger Medikamente (hinsichtlich Wechselwirkungen und Kontraindikationen) führe dazu, dass der Apotheker nicht rein logistische Dienstleistungen erbringe, sondern dem Patienten gegenüber eine umfassende Beratungsfunktion wahrnehmen müsse.

Viagra, Cialis und Levitra würden teilweise von gewissen Zusatzversicherungen übernommen, weshalb die Preisempfehlungen den Krankenkassen als massgeblicher Vergleichswert dienten. Ohne die Empfehlungen entfiele eine Kontrollmöglichkeit der Krankenkassen, was nicht kostendämmend wäre. Völlig praxisfremd sei die Auffassung, wonach alle Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte den Verkaufspreis jedes Hors-Liste Medikaments nach eigenen betriebswirtschaftlichen Kriterien berechnen müssten. Eine individuelle Preisberechnung sei nicht möglich, weil dem Apotheker die Berechnungsgrundlage für die Kostenallokation auf einzelne verkaufte Medikamente fehle. Bestenfalls liesse sich für alle Medikamente eine einheitliche Durchschnittsmarge berechnen, wobei unklar wäre, ob diese höher oder tiefer ausfallen würde, als bei einem Befolgen der Preisempfehlung. Ferner betont der Beschwerdeführer, der empfohlene Preis stamme von e-mediat. Angesichts des grossen Artikelstamms einer Apotheke und häufiger Preisänderungen sei eine andere Kommunikation als über e-mediat undenkbar. Der empfohlene Preis sei eine Orientierungshilfe und jeder Apotheker sei frei, davon abzuweichen.

Zur Auffassung der Vorinstanz, wonach der Preis der Hauptwettbewerbsparameter zwischen Apotheken sei, hält der Beschwerdeführer fest, viele Kunden würden Produkte gegen erektile Dysfunktion lieber im Internet kaufen. Er habe noch nie erlebt, dass ein Kunde nach dem Produktpreis gefragt bzw. einen günstigeren Preis oder Rabatt verlangt habe. Deshalb glaube er nicht, dass der Preis für den Patienten eine Rolle spiele. Zudem könnten sich Apotheken wegen dem Werbeverbot nicht mit einem beson-

ders günstigen Preis profilieren. Aufgrund der Besonderheiten der Marktstruktur spiele der Preiswettbewerb auf der Stufe der Apotheken bloss eine untergeordnete Rolle.

In rechtlicher Hinsicht erklärt der Beschwerdeführer, es liege keine unzulässige Wettbewerbsabrede, sondern lediglich zulässiges Parallelverhalten vor. In der Vertikalbekanntmachung der Vorinstanz seien fünf Kriterien publiziert worden, wobei hier nur ein einziges erfüllt sei, nämlich das Aufgreifkriterium der "tatsächlichen Befolgung der Preisempfehlungen". Unverständlich sei, dass die Preisempfehlungen für Viagra, Cialis und Levitra als unzulässig betrachtet würden, wenn nur eines von fünf Kriterien erfüllt sei. Nach europäischem Recht seien die untersuchten Preisempfehlungen zulässig, da sie sich mangels Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen nicht wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirkten. Dies müsse auch für die Schweiz gelten. Ferner sei der Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt, wenn bloss 63.5 % der verkauften Packungen zum empfohlenen Preis und ohne Rabatt verkauft worden seien. Vielmehr zeige der korrekt berechnete Befolgungsgrad von bloss 52 % der befragten Apotheken, dass ein gewisser Preiswettbewerb spiele. Schliesslich seien die Empfehlungen auf jeden Fall aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt. Denn eine individuelle Preisfestsetzung durch jeden einzelnen Apotheker für 2'711 Hors-Liste Medikamente, mit denen grossmehrheitlich nur ein geringer Umsatz erzielt werde, sei nicht praktikabel.

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

E.

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

E.b Mit Zwischenverfügung vom 19. August 2010 räumte das Bundesverwaltungsgericht dem Beschwerdeführer die Gelegenheit ein, bis zum 20. September 2010 eine allfällige Stellungnahme zur vorinstanzlichen Eingabe einzureichen.

F.

F.a Nach erstreckter Frist reichte der Beschwerdeführer am 8. Oktober 2010 seine Stellungnahme ein. Darin nahm er zur Vernehmlassung der Vorinstanz eingehend Stellung unter Bekräftigung seines Antrags, wonach der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben bzw. diese anzuweisen sei, die Untersuchung folgenlos einzustellen.

F.b Am 11. Oktober 2010 liess das Bundesverwaltungsgericht dieses Schreiben der Vorinstanz zur Kenntnis zukommen.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 18. November 2010 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das vorliegende Verfahren, unter Vorbehalt eines gegenteiligen Antrags der Parteien, bis zur Eröffnung der Entscheide des Bundesgerichts zu den bundesverwaltungsgerichtlichen Urteilen B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 (in Sachen Swisscom/Mobilterminierung; veröffentlicht in BVGE 2011/32 und in RPW 2010/2, S. 242 ff.) und B-2977/2007 vom 27. April 2010 (in Sachen Publigroupe/Kommissionierungsrichtlinien; veröffentlicht in RPW 2010/2, S. 329 ff.).

H.

Am 6. Februar 2013 hob das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens auf, nachdem das Bundesgericht am 29. Januar 2013 die Begründung des öffentlich beratenen Urteils 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 im Fall Publigroupe SA (teilweise publiziert in BGE 139 I 72) schriftlich eröffnet hatte.

I.

Mit Schreiben vom 3. September 2013 informierte die Instruktionsrichterin den Beschwerdeführer, dass sich in einem ebenfalls hängigen Beschwerdeverfahren zur gleichen Sanktionsverfügung Fragen zum sog. "fil rouge" gestellt hätten, die auch eine gewisse Bedeutung für das vorliegende Verfahren hätten. Gleichzeitig liess die Instruktionsrichterin dem Beschwerdeführer eine anonymisierte Kopie der Zwischenverfügung B-364/2010 vom 3. September 2013 zukommen, woraus ersichtlich ist, dass die entsprechenden "fils rouges" der Untersuchung 22-0326 als Interna – mangels Beweiseignung – in keinem Beschwerdeverfahren als Bestandteil der Akten anzuerkennen seien.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008 E. 1.2 [BVGE 2008/48]).

1.1. Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 2. November 2009 stellt eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die von eidgenössischen Kommissionen erlassen werden (Art. 33 Bst. f VGG). Darunter fällt die von der Vorinstanz erlassene Verfügung in Anwendung von Art. 49*a* Abs. 1 des Kartellgesetzes (zitiert unter B.).

Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2.

1.2.1. Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a; vgl. BGE 133 II 181 E. 3.2), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Das schutzwürdige Interesse besteht gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung im praktischen Nutzen, den eine Gutheissung der Beschwerde einem Verfügungsadressaten verschaffen würde oder – anders ausgedrückt – im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen die angefochtene Verfü-

gung mit sich bringen würde (BGE 133 V 188 E. 4.3.1). Das "besondere Berührtsein" nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG ist keine selbständige und damit kumulativ zum schutzwürdigen Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG) zu erfüllende Legitimationsvoraussetzung, sondern letztlich eine Präzisierung desselben (BGE 133 V 188 E. 4.3.1 mit Hinweisen).

Diese Legitimationsvoraussetzungen bezwecken, die Popularbeschwerde auszuschliessen (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 12 zu Art. 48 VwVG).

1.2.2. Während die Beschwerdelegitimation von Amtes wegen geprüft wird (BVGE 2007/6 E. 1), trägt die beschwerdeführende Partei die Beweislast dafür, dass sie beschwerdeberechtigt ist. Sie muss die ihr obliegende Begründungspflicht erfüllen und ihre Legitimation eingehend erörtern (substantiieren), wenn diese nicht ohne Weiteres ersichtlich ist (BGE 134 II 45 E. 2.2.3, BGE 133 II 249 E. 1.1; VERA MARANTELLI-SONANINI/ SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.]: VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 5 zu Art. 48 VwVG mit Hinweisen).

Fehlt die Beschwerdelegitimation bei Beschwerdeeinreichung oder wird sie in Zweifelsfällen nicht substantiiert dargelegt, tritt die Rechtsmittelinstanz auf die Beschwerde nicht ein (MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 48 VwVG mit Hinweisen).

1.2.3. Ausgehend vom Beschwerdeantrag, wonach die angefochtene Verfügung "vollumfänglich aufzuheben" sei bzw. die Vorinstanz anzuweisen sei, "die Untersuchung ohne Folgen für die Apotheke Dr. X._____ einzustellen", ist vorab zu prüfen, ob der Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung dieser Rechtsbegehren hat.

1.2.4. Zur Frage der Legitimation führt der Beschwerdeführer lediglich an, die Einzelfirma "Apotheke Dr. X._____" sei (wie alle Apotheken in der Schweiz) Partei im Verfahren vor der Vorinstanz gewesen. In der Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung werde festgestellt, dass *"u.a. das Befolgen von Preisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG"* darstelle. Der Beschwerdeführer schliesst daraus, dass damit "(unzutreffenderweise) die Unzulässigkeit" eines von ihm praktizierten Verhaltens festgestellt

werde. Deshalb sei er durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und insofern auch zur Beschwerde legitimiert.

Die Wettbewerbskommission hat sich zur Beschwerdebefugnis des Beschwerdeführers nicht geäussert. Sie beantragt vielmehr ausdrücklich die Abweisung der Beschwerde und scheint insofern die Legitimation des Beschwerdeführers nicht in Frage zu stellen.

Wie nachfolgend zu zeigen ist, kann dieser Sicht nicht gefolgt werden. Zu prüfen ist daher vorab, ob der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung "besonders berührt" wird, so dass ihm nach Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung zugestanden werden könnte.

1.2.5. In der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz u.a. davon abgesehen, den Beschwerdeführer (als Inhaber einer Apotheke) mit einer Sanktion bzw. mit Verfahrenskosten zu belasten. Auch hat sie – anders als gegenüber den Grossisten – ihm gegenüber kein Verbot ausgesprochen. Trotz dieser Ausgangslage vertritt der Beschwerdeführer im Wesentlichen die Auffassung, er werde durch die als Feststellungsverfügung abgefasste Dispositiv-Ziffer 1 beschwert, was seine Beschwerdelegitimation begründe.

1.2.5.1 Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG gelten als Verfügungen behördliche Einzelfallanordnungen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und insbesondere die *Feststellung* des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand haben.

Nach Art. 25 VwVG kann die in der Sache zuständige Behörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eine Feststellungsverfügung treffen (Abs. 1). Der Gesuchsteller hat dafür ein schutzwürdiges Interesse nachzuweisen (Abs. 2). Für die Anwendbarkeit dieses Artikels ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nötig, dass ein entsprechendes schutzwürdiges Feststellungsinteresse vorliegt, das nicht bloss abstrakte, theoretische Rechtsfragen, sondern nur konkrete Rechte oder Pflichten zum Gegenstand hat (BGE 137 II 199 E. 6.5 mit Hinweisen). Weiter wird vorausgesetzt, dass dieses schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut durch eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (vgl. zur Subsidiarität der Feststellungsverfügung Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 7.1.1.1 mit Hinweisen).

Insofern ist die Feststellungsverfügung rein subsidiär (vgl. für viele BGE 137 II 199 E. 6.5, Urteil des Bundesgerichts 2C_25/2011 vom 3. Juli 2012 E. 1.3).

1.2.5.2 Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann allein in der in der Dispositiv-Ziffer 1 getroffenen Feststellung, wonach das Veröffentlichen und das Befolgen der Publikumspreisempfehlungen eine unzulässige Wettbewerbsabrede sei, insofern nicht als eine den Beschwerdeführer persönlich beschwerende "Anordnung" i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG verstanden werden, als daran anknüpfend ihm gegenüber weder eine Sanktion noch ein Verbot ausgesprochen wird. Denn die isoliert formulierte und als Feststellungsverfügung gekleidete Dispositiv-Ziffer 1 ist nicht mit den rechtsgestaltenden Dispositiv-Ziffern 2 bis 4 bzw. 7 in eine den Beschwerdeführer belastenden Weise verknüpft, wie dies in den parallelen, ebenfalls zur angefochtenen Verfügung hängigen Beschwerdeverfahren B-360/2010 (betr. Eli Lilly), B-362/2010 (betr. Bayer), B-364/2010 (betr. Pfizer) und B-323/2010 (betr. e-mediat etc.) der Fall ist. Zudem legt der Beschwerdeführer nicht substantiiert dar, inwiefern er durch die Dispositiv-Ziffer 1 beschwert wird.

Auch wenn die fragliche Dispositiv-Ziffer 1 wie eine den "Rechtszustand feststellende Verfügung" formuliert ist, ist ihr wegen ihrer rein subsidiären Natur (vgl. E. 1.2.5.1) und, weil sie nicht mit den erwähnten rechtsgestaltenden Dispositiv-Ziffern inhaltlich verknüpft ist, keine selbstständige Bedeutung beizumessen (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2003-4 vom 9. Juni 2005 E. 6.2.6 mit Hinweisen, publiziert in: RPW 2005/3, S. 530; vgl. wenn auch im Zusammenhang mit der Frage der Marktbeherrschung BGE 137 II 199 E. 6.5 mit Hinweisen). Vor allem lässt sich diese als Feststellung gekleidete Dispositiv-Ziffer 1 nicht als ein den Beschwerdeführer belastendes Verbot uminterpretieren.

1.2.6. Soweit der Beschwerdeführer darüber hinaus die *vollständige* Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt, ist er von ihr weder direkt betroffen, noch vermöchte er als sog. Drittbeschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung geltend zu machen.

1.2.6.1 In der *Dispositiv-Ziffer 2* wird den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen. Als materielle Adressaten dieser Anordnung sind in erster Linie diese Unternehmen beschwerdebefugt, zumal nur ihnen gegenüber rechtsverbindlich ein Veröffentlichungsverbot für

ihre Preisempfehlungen auferlegt wird (vgl. MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Rz. 24 zu Art. 48 VwVG). In der Tat haben diese drei Unternehmen die vorliegend strittige Verfügung ebenfalls angefochten, zumal ihnen gegenüber neben dem Verbot insbesondere auch erhebliche Sanktionsbeträge (inkl. Verfahrenskosten) auferlegt worden sind.

Soweit der Beschwerdeführer die Dispositiv-Ziffer 2 anficht, scheint er zu Gunsten der besagten Pharmaunternehmen Beschwerde führen zu wollen, ohne dass ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung dieser Dispositiv-Ziffer ersichtlich wäre, welches über dasjenige eines Popularbeschwerdeführers hinausgehen würde (vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4364/2009 vom 18. November 2009 E. 2.4 mit Hinweisen). Insbesondere ist hier keine der in der Rechtsprechung anerkannten Konstellationen für eine zulässige Beschwerde zu Gunsten eines belasteten Dritten ersichtlich (vgl. MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Rz. 34-36 zu Art. 48 VwVG mit Hinweisen).

1.2.6.2 In der *Dispositiv-Ziffer 3* wird den Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat verboten, bezüglich der fraglichen Publikumspreisempfehlungen weiterhin "Gehilfenhandlungen" (im Sinne von "Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.") vorzunehmen.

Auch diese Anordnung betrifft und beschwert den Beschwerdeführer nicht direkt. Vielmehr scheint er auch hier zu Gunsten der angeblichen "Gehilfen" Beschwerde führen zu wollen, ohne dass ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung dieser Dispositiv-Ziffer ersichtlich wäre, welches über dasjenige eines Popularbeschwerdeführers hinausgehen würde. Selbst wenn der Beschwerdeführer – als Inhaber einer Apotheke – im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit mit den Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt, Amedis-UE und e-mediat in Vertragsbeziehungen steht und insofern auch Gläubigerstellung hat, genügt dieser Umstand für eine Drittbeschwerde "pro Adressat" in der Regel nicht, um das schutzwürdige Interesse und damit die Beschwerdelegitimation zu begründen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2233/2006 vom 30. Mai 2007 E. 1.3.1 mit Hinweisen).

1.2.6.3 In der *Dispositiv-Ziffer 4* wurde Pfizer, Bayer und Eli Lilly für das in der Dispositiv-Ziffer 1 genannte Verhalten (für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008) je ein (dem Beschwerdeführer gegenüber nicht offen gelegter) Sanktionsbetrag auferlegt. Wie bereits in der Erwä-

gung 1.2.6.1 erwähnt, haben die drei sanktionierten Unternehmen dagegen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben.

Auch hier scheint der Beschwerdeführer, der selbst nicht mit einem Sanktionsbetrag belastet worden ist, zu Gunsten der sanktionierten Unternehmen Beschwerde führen zu wollen, ohne dass ersichtlich wäre, inwiefern sich seine Interessenlage von der eines Popularbeschwerdeführers unterscheiden könnte.

1.2.6.4 Nach der *Dispositiv-Ziffer 5* "wird die Untersuchung eingestellt".

Hier wird genau das angeordnet, was der Beschwerdeführer mit seinem Antrag anstrebt, wonach die Wettbewerbskommission anzuweisen sei, "die Untersuchung ohne Folgen für die Apotheke Dr. X._____ einzustellen". Abgesehen davon, macht dieser Antrag auch wenig Sinn, nachdem die vorliegende Untersuchung mit Erlass der angefochtenen Verfügung ohnehin abgeschlossen wurde (vgl. Beschwerdeentscheid der RE-KO/WEF FB/2003-4 vom 9. Juni 2005 E. 1.4, publiziert in RPW 2005/3, S. 530). In diesem Zusammenhang ist erneut in Erinnerung zu rufen, dass sich nach konstanter Praxis des Bundesverwaltungsgerichts weder die Eröffnung noch die Fortführung einer Untersuchung im Beschwerdeverfahren anfechten lässt (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 1.2.3 mit Hinweisen sowie B-3863/2013 vom 2. September 2013 E. 1.2.2.3.2).

1.2.6.5 In der *Dispositiv-Ziffer 6* wird festgehalten, dass Zuwiderhandlungen gegen die angefochtene Verfügung mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden können.

In dieser Ziffer wird lediglich die Rechtslage nach Kartellgesetz wiederholt, ohne dass über die rechtsgestaltenden Anordnungen der angefochtenen Verfügung hinausgehende Inhalte verfügt würden. Daher ist auch der Dispositiv-Ziffer 6 entsprechend den in der Erwägung 1.2.5.2 angestellten Überlegungen die Dispositivqualität abzusprechen, weshalb für den Beschwerdeführer kein schützenswertes Interesse an der Aufhebung dieser Ziffer ersichtlich ist.

1.2.6.6 In der *Dispositiv-Ziffer 7* schliesslich werden die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 692'118.– je zu einem Sechstel einzig den sanktionierten Pharmaunternehmen auferlegt. Der Beschwerdeführer selbst wurde mit keinerlei Verfahrenskosten belastet.

Entsprechend den in der Erwägung 1.2.6.3 angestellten Überlegungen verfügt der Beschwerdeführer auch in diesem Punkt über kein schutzwürdiges Interesse, um die angefochtene Verfügung anzufechten.

1.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer durch keine der Dispositiv-Ziffern der angefochtenen Verfügung in einem Ausmass berührt ist, dass ihm nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG ein schutzwürdiges Interesse an der beantragten Aufhebung dieser Verfügung zuzubilligen wäre.

Insofern ist der Beschwerdeführer zur Einreichung seiner Beschwerde nicht legitimiert, weshalb darauf auch nicht einzutreten ist.

2.

2.1. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– sind dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– zu verrechnen, wobei dem Beschwerdeführer nach Rechtskraft dieses Urteils Fr. 1'500.– zurückzuerstatten sind.

2.2. Weder der unterliegende Beschwerdeführer noch die Vorinstanz haben Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'500.– wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Eine Parteientschädigung wird nicht ausgerichtet.

4.
Dieses Urteil geht an:

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

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli Said Huber

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: 10. Dezember 2013