Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C 73/2014

Urteil vom 28. Januar 2015

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler, Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz, Stadelmann,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
A._____, Apotheke Dr. A._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Wettbewerbskommission,
Beschwerdegegnerin.

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

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 3. Dezember 2013.

Sachverhalt:

A.

Die Pharmaunternehmen Eli Lilly (Suisse) SA (Eli Lilly), Bayer (Schweiz) AG (Bayer) und Pfizer AG (Pfizer) vertreiben unter anderem ihre vom Mutterkonzern hergestellten Medikamente gegen erektile Dysfunktion, Cialis (Eli Lilly), Levitra (Bayer) und Viagra (Pfizer); diese sind (nach entsprechender Stimulation) erektionsfördernd. Die genannten Arzneimittel sind verschreibungspflichtig (Verkaufskategorie B; zu den Stofflisten und Kategorien vgl. Art. 20 i.V.m. 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).

B.

Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Vorabklärung, da Eli Lilly, Bayer und Pfizer zu Cialis, Levitra und Viagra unverbindliche Publikumspreisempfehlungen an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen. Am 26. Juni 2006 hat das Sekretariat 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) eröffnet. Am 2. November 2009 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) Folgendes verfügt (vgl. RPW 2010/4, S. 649 ff., 700 f.) :

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

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

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

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

5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

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

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

8. [Rechtsmittelbelehrung].

9. [Eröffnung].

10. [Eröffnung durch amtliche Publikation]."

C.

Die Verfügung hat Dr. A._____, Geschäftsinhaber der Apotheke Dr. A._____, am 18. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Dieses hat am 3. Dezember 2013 folgenden Entscheid gefällt:

"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. [Mitteilung]."

Begründet wurde das Nichteintreten damit, dass die Dispositivziffer 1 der Verfügung der WEKO subsidiär sei und nicht isoliert betrachtet werden könne, weshalb Dr. A._____ über kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung habe.

D.

Am 24. Januar 2014 hat Dr. A._____ beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben und beantragt, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2013 (B-320/2010) aufzuheben und das Bundesverwaltungsgericht anzuweisen, auf die Beschwerde vom 18. Januar 2010 gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 in der Untersuchung 22-0326 mit Bezug auf Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung einzutreten.

E.

Die WEKO und die Vorinstanz haben auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1. Öffentlich-rechtliche Endentscheide der WEKO können beim Bundesverwaltungsgericht und hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG; vgl. BGE 135 II 60 E. 1 S. 62; Urteil 2C 484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 139 I 72).

Der Beschwerdeführer ist gestützt auf Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten legitimiert; auf das frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) eingereichte Rechtsmittel ist einzutreten. Streitgegenstand bildet lediglich die Frage, ob die Vorinstanz auf die Beschwerde hätte eintreten müssen.

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

2.

2.1. Vor dem Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 48 Abs. 1 lit. a-c VwVG i.V.m. Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung hat (lit. c).

Die Regelung von Art. 48 Abs. 1 VwVG entspricht Art. 89 Abs. 1 BGG und ist in Anlehnung an diese auszulegen; sie soll die Popularbeschwerde ausschliessen und den Charakter des allgemeinen Beschwerderechts als Instrument des Individualrechtsschutzes unterstreichen. Der Beschwerdeführer muss durch den angefochtenen bzw. den zu erlassenden Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Neben der spezifischen Beziehungsnähe zur Streitsache muss der Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d.h. seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet - ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber - keine Parteistellung (BGE 139 II 279 E. 2.2 S. 282; 135 II 172 E. 2.1 S. 174 f., 145 E. 6.1 S. 150 f.; 133 II 249 E. 1.3.1 S. 252 f.; 131 II 587 E. 2.1 und 3 S.
588 ff.). Es gibt keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung zur Popul-

arbeschwerde; wo diese Grenze verläuft, ist für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen (BGE 139 II 279 E. 2.3 S. 283 m.H.).

2.2.

2.2.1. Anfechtungsobjekt dieses strittigen Verfahrens bildet eine Verfügung der WEKO, worin sie u.a. zum Schluss kommt, "dass die drei Unternehmen Pfizer, Eli Lilly und Bayer, welche die PPE [Publikumspreisempfehlung]veröffentlicht haben, sowie diejenigen Verkaufsstellen, welche die Empfehlungen befolgt haben, aus den genannten Gründen mit ihrem Verhalten, welches seit dem 1. April 2004 stattfand, den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben und somit grundsätzlich zu sanktionieren sind" (Rz. 350). Im Dispositiv Ziff. 1 stellte die WEKO diesbezüglich fest, "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". Darauf abgestützte Pflichten treffen Pfizer, Eli Lilly und Bayer sowie die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat (Ziff. 2 und 3 der Verfügung). Sanktioniert nach Art. 49a KG werden nur Pfizer, Eli Lilly und Bayer; im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt (Ziff. 4 und 5 der Verfügung).

2.2.2. Aus dem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass der Beschwerdeführer seinen eigenen Angaben zufolge das in Ziff. 1 der Verfügung genannte verbotene Verhalten praktiziert, m.a.W. die Publikumspreisempfehlung befolgt hat. Zur Beschwerdelegitimation vor Vorinstanz hat er deshalb ausgeführt, dass er im Verfahren vor der WEKO Partei gewesen sei und Ziff. 1 des Dispositivs die Unzulässigkeit eines von ihm praktizierten Verhaltens festgestellt habe. Aus diesem Grund sei er durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und insofern auch zur Beschwerde legitimiert.

2.2.3. Die Vorinstanz vertritt demgegenüber die Auffassung, dass der Beschwerdeführer durch die Verfügung der WEKO nicht beschwert sei und somit kein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung habe. So habe die WEKO davon abgesehen, den Beschwerdeführer mit einer Sanktion bzw. Verfahrenskosten zu belasten oder ihn mit einem Verbot zu belegen. Die Feststellung in Ziff. 1 sei lediglich subsidiär und daran würden keine Pflichten anknüpfen; insofern käme ihr keine selbständige Bedeutung zu. Zudem liesse sich die Feststellung nicht in ein den Beschwerdeführer belastendes Verbot uminterpretieren. In Bezug auf die anderen Ziffern läge eine unzulässige Beschwerde zu Gunsten der Pharmaunternehmen vor.

2.3.

2.3.1. Die Verfügung der WEKO wurde dem Beschwerdeführer durch Publikation im BBl und SHAB eröffnet (Rz. 403). Insofern ist er Verfügungsadressat und bereits dadurch besonders berührt (vgl. Isabelle Häner, in: Auer/Müller/Schindler, VwVG - Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, N. 11 ad Art. 48). Kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer, wie er vor Vorinstanz ausführte, der Publikumspreisempfehlung gefolgt sei, und insofern stärker als die Allgemeinheit daran interessiert sei, dass sein Verhalten nicht als kartellrechtswidrig beurteilt werde. Dass jemand "besonders berührt" (Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG) bzw. stärker als die Allgemeinheit betroffen ist, genügt für sich allein jedoch noch nicht für eine Zuerkennung der Beschwerdebefugnis; zusätzlich ist eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache bzw. ein schutzwürdiges Interesse erforderlich (Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG; BGE 135 II 172 E. 2.1 S. 174 f.; 134 II 120 E. 2.1 S. 122).

2.3.2. Verfügungsdispositive sind im Zusammenhang mit der Verfügungsbegründung zu lesen (vgl. BGE 131 II 13 E. 2.3 S. 13); allenfalls ist auch die der Verfügung zugrunde liegende gesetzliche Grundlage beizuziehen (Urteil 2C 950/2012 vom 8. August 2013 E. 4.2).
Ziff. 1 des Dispositivs stellt das Vorliegen des Tatbestandselements des Art. 49a KG fest, worin u.a. festgehalten wird, dass auch das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstelle. Wird Ziff. 1 im Zusammenhang mit der Verfügungsbegründung und insbesondere mit der oben zitierten Zusammenfassung in Ziff. 350 gelesen, so folgt daraus, dass die Verkaufsstellen, welche der Publikumspreisempfehlung gefolgt sind, den Tatbestand des Art. 49a KG erfüllen und deshalb auch "grundsätzlich zu sanktionieren

sind".

Der Beschwerdeführer ist eine Verkaufsstelle und er ist der Publikumspreisempfehlung - wie sich aus der Beschwerdebegründung vor Vorinstanz ersehen lässt - aus mehreren Gründen, insbesondere auch aus ökonomischen und praktischen Gründen gefolgt. Zwar ist eine direkte Sanktionierung der Verkaufsstellen und damit auch des Beschwerdeführers aus pragmatischen Gründen unterblieben (Rz. 382 ff.), doch wird mit der Verfügung dem Beschwerdeführer kundgetan, dass er gesetzeswidrig, näherhin kartellrechtswidrig gehandelt hat. Daran ändert entgegen der Vorinstanz nichts, dass an den Tatbestand keine Rechtsfolge nach Art. 49a KG geknüpft wurde. Die verfügte Feststellung des gesetzeswidrigen Verhaltens des Beschwerdeführers - auch wenn sie unzulässig wäre (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.5.3 S. 220; vgl. 2C 484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 14, nicht publ. in: BGE 139 I 72) - steht im Raum; würde der Beschwerdeführer ihr künftig zuwiderhandeln, unterläge er gestützt auf Art. 49a, 50 und 54 KG der Sanktionierung. Der praktische, wenigstens tatsächliche Nutzen des Beschwerdeführers aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids liegt darin, dass die Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit verschwindet, indem entweder deren
isolierte Feststellung als bundesrechtswidrig (BGE 137 II 199 E. 6.5.3 S. 220; vgl. 2C 484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 14, nicht publ. in: BGE 139 I 72) oder die Beachtung der Publikumspreisempfehlung als zulässig und als nicht kartellrechtswidrig bezeichnet wird.

3.

Nach dem Gesagten ist der Beschwerdeführer zur Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, die Beschwerde an das Bundesgericht demnach gutzuheissen, der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2013 aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Eine Parteientschädigung an den nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer ist nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 1, 2 BGG; BGE 135 II 384 E. 5.2.2 i.f. S. 405).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2013 aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Kosten erhoben.

3.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement des Innern schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. Januar 2015

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

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Errass