



Hinweis: Bei dieser Version handelt es sich nicht um die definitive Version, da einige Textstellen Gegenstand laufender Abklärungen i.S. Geschäftsgeheimnis bilden. Diese Passagen wurden in dieser Version geschwärzt. Da gegen diese Verfügung Beschwerde erhoben wurde, ist sie noch nicht rechtskräftig.

Entscheid der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009

in Sachen

Untersuchung 22-0326 gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

betreffend

Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra

wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG

Beteiligte

1. **Amedis-UE SA**, Mönchmattweg 5, 5035 Unterentfelden;
2. **Bayer (Schweiz) AG**, Grubenstrasse 6, 8045 Zürich, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. iur. Patrick Sommer, lic. iur. Stefan Brunnschweiler, CMS von Erlach Henrici, Dreikönigstrasse 7, 8022 Zürich;
3. **Eli Lilly (Suisse) SA**, Chemin des Coquelicats 16, 1214 Vernier, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. iur. Franz Hoffet, lic. iur. Martin Thomann, Homburger Rechtsanwälte, Weinbergsstrasse 56/58, 8006 Zürich;
4. **e-mediat AG**, Grubenstrasse 11, 3322 Schönbühl, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Thomas Bähler, lic. iur. Kathrin Enderli, Kellerhals Rechtsanwälte Bern, Kapellenstrasse 14, 3001 Bern;
5. **Galexis AG**, Industriestrasse 2, 4704 Niederbipp;
6. **Pfizer AG**, Schärenmoosstrasse 99, 8052 Zürich, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. iur. Marcel Meinhardt, lic. iur. Daniel Hufschmid, Lenz und Staehelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich;
7. **Unione Farmaceutica Distribuzione SA**, Via Pian Scairolo 6, 6917 Barbengo;
8. **Voigt AG**, Hofstrasse 50, 8590 Romanshorn;
9. **Apotheken**;
10. **SD-Ärzte**.

Besetzung

Walter Stoffel
Vincent Martenet
Stefan Bühler
Evelyne Clerc
Rudolf Horber
Andreas Kellerhals
Daniel Lampart
Jürg Niklaus
Martial Pasquier
Anne Petitpierre
Thomas Pletscher
Johann Zürcher

Inhaltsverzeichnis

A	Sachverhalt	5
A.1	Gegenstand der Untersuchung	5
A.2	Einführung	5
A.3	Vorgeschichte	6
A.4	Verfahren	7
A.5	Veröffentlichung der PPE	12
B	ERWÄGUNGEN	13
B.1	Einleitung	13
B.2	Geltungsbereich und Verfügungsadressaten	14
B.3	Vorbehaltene Vorschriften	14
B.3.1	Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 lit. a KG	15
B.3.1.1	Allgemeines	15
B.3.1.2	Krankenversicherungsgesetz	16
B.3.1.3	Heilmittelgesetz	16
B.3.1.4	Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb und Preisbekanntgabeverordnung	17
B.3.2	Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 lit. b KG	20
B.3.3	Zwischenergebnis	20
B.4	Vertikale Wettbewerbsabrede über die Preise von Cialis, Levitra und Viagra	21
B.4.1	Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG	21
B.4.1.1	Einleitung	21
B.4.1.2	Abgestimmte Verhaltensweisen	22
B.4.1.3	Preisempfehlungen: Allgemeines	23
B.4.1.4	Konkrete Preisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra	25
B.4.1.4.1	Befolungsgrad	25
B.4.1.4.2	Früheres kollusives Verhalten („Sanphar“)	28
B.4.1.4.3	Berücksichtigung der Interessenlage der beteiligten Unternehmen	31
B.4.1.4.4	Weitere Kriterien	34
B.4.1.5	Zwischenergebnis	35
B.4.2	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die vertikale Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG	36
B.4.2.1	Vorliegen einer vertikalen Abrede über Festpreise	36
B.4.2.2	Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG	37
B.4.2.2.1	Relevanter Markt	37
B.4.2.2.2	Intrabrand Wettbewerb	45
B.4.2.2.3	Interbrand Wettbewerb	49
B.4.2.3	Zwischenergebnis	51
B.4.3	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	51
B.4.3.1	Spezifische Kriterien zur Beurteilung von in Empfehlungsform gekleideten Abreden über die Festlegung von Verkaufspreisen	52
B.4.3.2	Zwischenergebnis	53

B.4.4	Keine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz	53
B.4.4.1	Einleitende Bemerkungen.....	53
B.4.4.2	Rechtfertigung gemäss KG.....	54
B.4.4.3	Wirtschaftliche Effizienz bei vertikalen Wettbewerbsabreden.....	56
B.4.4.3.1	Keine Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten	58
B.4.4.3.2	Keine Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren	58
B.4.4.3.3	Keine Förderung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen	66
B.4.4.3.4	Keine rationellere Nutzung von Ressourcen.....	66
B.4.4.4	Fazit.....	66
B.4.5	Ergebnis	67
B.5	Horizontale Wettbewerbsabrede über Preise von Cialis, Levitra und Viagra	68
B.5.1	Wettbewerbsabrede.....	68
B.5.2	Ergebnis	71
B.6	Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 49a Abs. 1 KG	72
B.6.1	Allgemeines	72
B.6.2	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	72
B.6.2.1	Unternehmen.....	72
B.6.2.2	Unzulässige Verhaltensweise i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG	72
B.6.2.3	Kein vollständiger bzw. teilweiser Sanktionserlass infolge Bonusprogramm.....	74
B.6.2.4	Vorwerfbarkeit	74
B.6.2.5	Zwischenergebnis.....	78
B.6.3	Sanktionsbemessung	79
B.6.3.1	Einleitung und gesetzliche Grundlagen	79
B.6.3.2	Sanktion gegen die drei Pharmaunternehmen Pfizer, Eli Lilly und Bayer	80
B.6.3.3	Sanktionen gegen die Verkaufsstellen.....	84
B.7	Ergebnis.....	85
C	Kosten und Eröffnung des Entscheids.....	86
C.1	Kosten	86
C.2	Eröffnung des Entscheids.....	87
D	Dispositiv	88

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Die vorliegende Untersuchung betrifft die von den Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG veröffentlichten unverbindlichen Publikumspreisempfehlungen (PPE) für deren Medikamente gegen erektile Dysfunktion Viagra, Cialis und Levitra (vgl. Anhang 1). Die Untersuchung soll aufzeigen, ob zwischen den einzelnen Pharmaunternehmen und den Apotheken bzw. selbstdispensierenden Ärzten (SD-Ärzte), welche mindestens eines dieser Medikamente verkaufen, vertikale Preisabreden bezüglich der Veröffentlichung und der Übernahme der PPE bestehen. Zusätzlich wird das Vorliegen einer horizontalen Preisabrede zwischen den genannten Pharmaunternehmen für die drei Medikamente Cialis, Levitra und Viagra geprüft.

2. Die Untersuchung richtet sich gegen folgende Unternehmen:

a) Die Pharmaunternehmen¹

- **Pfizer AG** mit Sitz in Zürich, Herstellerin² von Viagra (Pfizer)
- **Eli Lilly (Suisse) SA** mit Sitz in Vernier, Herstellerin von Cialis (Eli Lilly)
- **Bayer (Schweiz) AG** mit Sitz in Zürich, Herstellerin von Levitra (Bayer)

b) Die Grossisten³

- **Galexis AG**, die zur Galenica Gruppe gehört, mit Sitz in Niederbipp (Galexis)
- **Unione Farmaceutica Distribuzione SA**, die zur Galenica Gruppe gehört, mit Sitz in Lugano (Unione Farmaceutica Distribuzione)
- **Voigt AG** mit Sitz in Romanshorn (Voigt)
- **Amedis-UE AG** mit Sitz in Unterenfelden (Amedis-UE)

c) Die **e-mediat AG**, die zur Galenica Gruppe gehört, mit Sitz in Urtenen-Schönbühl (e-mediat)

d) Die **Apotheken** und die **SD-Ärzte**.

A.2 Einführung

3. Gemäss Art. 52 Abs. 1 lit. b KVG⁴ erstellt das Bundesamt für Gesundheit (BAG) eine Liste der pharmazeutischen Spezialitäten und konfektionierten Arzneimittel mit den jeweiligen Preisen (Spezialitätenliste, SL). Diese enthält auch die mit den Originalpräparaten austauschbaren preisgünstigeren Generika. Die Kosten der SL-Medikamente (auch als kassenpflichtige Medikamente bezeichnet) werden den Patienten durch die Krankenversicherungen im Rahmen der Grundversicherung vergütet. Die SL bestand bereits zu Zeiten der Margen- und Rabattordnung Sanphar (dazu Rz. 5 ff.). Nach Auflösung der Margen- und Rabattord-

¹ Pharmaunternehmen bezwecken die Herstellung und den Handel mit chemischen und pharmazeutischen Produkten.

² Zwar werden die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra von den jeweiligen Muttergesellschaften von Eli Lilly (Suisse) SA, Bayer (Schweiz) AG und Pfizer AG hergestellt. Der Einfachheit halber werden jedoch vorliegend die Tochtergesellschaften als Herstellerinnen bezeichnet.

³ Grossisten sind für den Handel, den Vertrieb und das Erbringen von Dienstleistungen auf dem Gebiet der Pharmazie und den ihr verwandten Gebieten zuständig.

⁴ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).

nung Sanphar wurde in Art. 67 Krankenversicherungsverordnung⁵ statuiert, dass die SL die massgebenden Höchstpreise zu enthalten hat.

4. Im vorliegenden Untersuchungsverfahren geht es um die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra. Diese Medikamente befinden sich nicht auf der SL⁶. Für diese Medikamente sind die Krankenversicherer nicht verpflichtet, den Patienten die Kosten im Rahmen der Grundversicherung zu vergüten, und es werden keine staatlich regulierten Höchstpreise festgesetzt. Die Verkaufsstellen sind somit bei der Festlegung der Publikumspreise für Hors-Liste Medikamente frei. Infolge der Auflösung der Margen- und Rabattordnung Sanphar (vgl. Rz. 7) sowie der Aufhebung der gesetzlichen Regelung im Regulativ über die Ausführung der interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel (IKS-Regulativ) für den Preisaufdruck (vgl. Rz. 5), sollten die Preise von Hors-Liste Medikamenten durch den funktionierenden Marktmechanismus zu Stande kommen.

Tabelle 1: Übersicht über die in der Schweiz im Jahr 2006 zugelassenen Medikamente, aufgeteilt in Medikamente auf der SL und Hors-Liste Medikamente

Anzahl zugelassener Medikamente in der Schweiz:							
4857							
Davon auf der SL:				Davon als Hors-Liste (HL) genannte Medikamente:			
2146 / 44.0%				2711 / 56.0%			
Rezeptpflichtig		Freiverkäuflich		Freiverkäuflich		Rezeptpflichtig	
1735 / 35.7%		411 / 8.5%		1656 / 34.1%		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: IMS Health⁷. Erarbeitet durch das Sekretariat.

A.3 Vorgeschichte

5. Bis zum 31. Dezember 2000 waren die Pharmaunternehmen gemäss IKS-Regulativ verpflichtet, den Preis auf der Packung des Arzneimittels aufzudrucken.

6. Über das IKS-Regulativ hinaus wurde der Arzneimittelvertrieb durch den Verein Sanphar geregelt, welcher verschiedene Reglemente dazu erliess. Das „Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel“ enthielt eine Margen- und Rabattordnung, welche die Höchstmargen und die zulässigen Rabatte für alle Vertriebsstufen, von der Hersteller- bis zur Verkaufsstufe im Fachhandel reglementierte. Die Margen- und Rabattordnung Sanphar sorgte so für klar berechenbare Höchstpreise und Margen für sämtliche Arzneimittel. Dies selbst für Medikamente, deren Höchstpreise nicht durch das BAG festgelegt wurden. Durch die Margen- und Rabattordnung Sanphar wurde der Preis als Wettbewerbsparameter auf sämtlichen Vertriebsstufen, also auch für die Apotheken und SD-Ärzte, ausgeschaltet⁸.

7. Aufgrund der Verfügung der Wettbewerbskommission (Weko) vom 7. Juni 2000 betreffend den „Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar“ (Sanphar), welche die Margen- und Rabattordnung Sanphar auf allen Vertriebsstufen als unzulässige Preisabrede qualifizierte und deren Praktizierung verbot, wurde diese aufgehoben⁹. Zudem wurde auch die gesetzliche Verpflichtung, die Preise auf den Packungen aufzudrucken, aufgehoben.

⁵ Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102).

⁶ Im Folgenden werden die Medikamente, welche sich nicht auf der SL befinden, als „Hors-Liste Medikamente“ bezeichnet.

⁷ IMS Health GmbH (IMS Health).

⁸ RPW 2000/3, S. 379 Rz. 123 ff. (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

⁹ RPW 2000/3, S. 320 ff. (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

A.4 Verfahren

8. Am 10. Mai 2005 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Vorabklärung in Sachen Preise der Hors-Liste Medikamente eröffnet. Gegenstand dieser Vorabklärung bildete u.a. die Frage der Anwendung von PPE im Bereich von Hors-Liste Medikamenten. In diesem Zusammenhang wurde die e-mediat zur Datenbank Pharmavista befragt¹⁰. Aus den Antworten ging hervor, dass die Pharmaunternehmen ihre PPE sowohl für SL-Präparate als auch für Hors-Liste Medikamente der e-mediat zukommen lassen, damit sie diese auf Pharmavista publiziert¹¹.

9. In der Folge wurden am 28. bzw. 29. September 2005 die Pharmaunternehmen Bayer, Pfizer und Eli Lilly zu ihrer Preispolitik und den Gründen für die Publikation von PPE für nicht SL-Produkte befragt¹².

10. Am 29. bzw. 30. September 2005 wurden 50 Apotheken nach dem Zufallsprinzip ausgewählt und allgemein zu ihrer Preispolitik und zu ihren Verkaufspreisen für die Hors-Liste Medikamente Panadol, ████████, Merfen, Baldriparan, NeoCitran, Triofan, ACC eco, ████████, Cialis, Levitra und Viagra befragt. Es wurden je zehn Apotheken aus den Städten Genf, Zürich, Bern, St. Gallen und dem Kanton Tessin ausgewählt. Über die Eröffnung der Vorabklärung wurden sowohl der Schweizerische Apothekerverband (Pharmasuisse)¹³ als auch der Verband der forschenden pharmazeutischen Firmen der Schweiz (Interpharma)¹⁴ schriftlich informiert. Aus den Antworten der befragten Apotheker ging hervor, dass sie die PPE für die oben genannten Medikamente, insbesondere für Cialis, Levitra und Viagra, weitgehend übernehmen¹⁵.

11. Zusätzlich befragte das Sekretariat am 30. September 2005 die Grossisten Galexis¹⁶, PharmaFocus AG¹⁷, Voigt¹⁸, Amedis-UE¹⁹ sowie Unione Farmaceutica Distribuzione²⁰. Aus den Antworten der Grossisten ging hervor, dass sie ihre Wiederverkaufspreise frei festlegen können und von den Pharmaunternehmen keine Vorgaben oder Empfehlungen mehr erhalten, wie dies unter der Marktordnung Sanphar noch der Fall war.

12. Da Anhaltspunkte bestanden, wonach unzulässige Wettbewerbsabreden vorliegen könnten, hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums am 26. Juni 2006 eine Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG²¹ gegen die in Rz. 2 genannten Unternehmen eröffnet. Die Untersuchungseröffnung wurde in der Folge im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und im Bundesblatt (BBl)²² veröffentlicht. Diese Publikationen ersetzen die individuellen Untersuchungseröffnungen für die Apotheker und die SD-Ärzte. Den übrigen Parteien des Verfahrens wurde die Eröffnung der Untersuchung schriftlich mitgeteilt²³.

¹⁰ act. n° 1.

¹¹ Mit Schreiben vom 5. Juli 2005 hat die e-mediat AG den Fragebogen beantwortet. act. n° 4.

¹² Bayer, act. n° 5; Pfizer, act. n° 6 und act. n° 1; Eli Lilly, act. n° 7.

¹³ act. n° 9.

¹⁴ act. n° 12.

¹⁵ Statt vieler vgl. act. n° 43 bis 46.

¹⁶ act. n° 13.

¹⁷ act. n° 14.

¹⁸ act. n° 15.

¹⁹ act. n° 16.

²⁰ act. n° 19.

²¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

²² BBl 2006, S. 9123 (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/9123.pdf> [Stand: 30.11.2009]).

²³ act. n° 93 bis 100.

13. Mit Schreiben vom 26. Juni 2006 informierte das Sekretariat Pharmasuisse und die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) über die Untersuchungseröffnung²⁴.
14. Am 17. August 2006 stellte der Verein Ärzte mit Patientenapotheke (APA) den Antrag auf Verfahrensbeteiligung²⁵. Da die Voraussetzungen hierfür nicht erfüllt waren, wurde der Antrag der APA mit Schreiben vom 24. August 2006 abgelehnt²⁶.
15. Am 13. Oktober 2006 befragte das Sekretariat Pfizer, Eli Lilly und Bayer zu ihrer Preispolitik, dem Vertrieb für die drei Medikamente Cialis, Levitra und Viagra sowie zur Publikation von PPE²⁷. Die Unternehmen beantworteten die Fragen mit Schreiben vom 30. November 2006, 13. Dezember 2006 und 18. Dezember 2006²⁸.
16. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2006 wurde e-mediat zu Galdat und Pharmavista befragt²⁹. Die Antworten der e-mediat sind am 15. Dezember 2006 eingegangen³⁰.
17. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2006 verlangte Pfizer Einsicht in den Schlussbericht der Vorabklärung³¹. Das Sekretariat verweigerte am 8. November 2006 die Einsicht in den Schlussbericht mit der Begründung, dass im Rahmen der Vorabklärung kein Akteneinsichtsrecht bestehe (Art. 26 Abs. 3 KG).
18. Die Parteien haben mehrmals um Einsicht in die Akten ersucht, was ihnen stets gewährt wurde³².
19. Mit Schreiben vom 16. November 2006 wurden die Grossisten Galexis, Amedis-UE, Voigt und Unione Farmaceutica Distribuzione sowie 23 weitere kleine Grossisten zum Vertrieb mit Cialis, Levitra und Viagra, zu ihren Einkaufs- und Verkaufspreisen und zu den PPE für die drei Medikamente befragt³³. Zwischen September 2006 und Ende Januar 2007, zum Teil erst nach Mahnschreiben³⁴, hat das Sekretariat alle Antworten erhalten.
20. Zusätzlich zu den in der Vorabklärung befragten Apotheken wurden mit Schreiben vom 7. und 8. Februar 2007 weitere Apotheker und SD-Ärzte befragt. Informationen über Gesamtzahl und Adressen der Apotheken bzw. SD-Ärzte holte das Sekretariat bei Pharmasuisse bzw. bei 16 Grossisten ein. Das Sekretariat berücksichtigte eine geschichtete Zufallsauswahl von 397 Apotheken und eine einfache, zufällige Auswahl von 423 SD-Ärzten³⁵. Zudem befragte das Sekretariat je 28 der umsatzstärksten Apotheken und SD-Ärzte. Die Apotheken und die SD-Ärzte wurden insbesondere zu ihrer Preispolitik mit Cialis, Levitra und Viagra befragt.

²⁴ act. n° 101 und act. n° 102.

²⁵ act. n° 153.

²⁶ act. n° 157.

²⁷ act. n° 175 bis 177.

²⁸ Bayer, act. n° 221; Pfizer, act. n° 235; Eli Lilly, act. n° 244.

²⁹ act. n° 184.

³⁰ act. n° 238.

³¹ Pfizer, act. n° 186.

³² Statt vieler vgl. act. n° 169, act. n° 171 und act. n° 173.

³³ act. n° 192 bis 196.

³⁴ act. n° 248 bis 251.

³⁵ Die Stichprobe für die Apotheken wurde so berechnet, dass aus einer Gesamtzahl von 1'637 Apotheken eine geschichtete Zufallsauswahl von 397 Apotheken gezogen wurde. Dabei wurden pro Sprachregion über 130 Apotheken befragt. Von den 397 verschickten Fragebogen sind 380 beantwortet worden. Die restlichen 17 Antworten waren nicht auswertbar (verstorben, weggezogen, Apotheke aufgegeben). Für die SD-Ärzte berücksichtigte das Sekretariat aus 3'038 SD-Ärzten eine einfache, zufällige Auswahl von 423 SD-Ärzten. Da der Kanton Tessin keine Selbstdispensation kennt, wurden die Ärzte aus diesem Gebiet nicht speziell erfasst. Von diesen 423 verschickten Fragebogen konnten 6 nicht ausgewertet werden (Praxisaufgabe, verstorben, weggezogen).

21. Mit Schreiben vom 19. März 2007 mahnte das Sekretariat diejenigen Apotheken und SD-Ärzte, welche den Fragebogen nicht beantwortet hatten³⁶. Mit Auskunftsverfügung vom 3. Juli 2007 wurden diejenigen SD-Ärzte und Apotheken, deren Antworten auf den Fragebogen – trotz Mahnung – noch ausstanden, zur Beantwortung desselben aufgefordert³⁷. Alle Adressaten der Auskunftsverfügung haben in Folge den Fragebogen beantwortet.
22. Mit Schreiben vom 12. April 2007 wurden Pfizer³⁸, Eli Lilly³⁹ und Bayer⁴⁰ zum Parteiverhör gemäss Art. 42 KG i.V.m. Art. 62 Bundeszivilprozessordnung⁴¹ vorgeladen. Die Parteiverhöre fanden am 2. Mai 2007, am 9. Mai 2007 und am 30. Mai 2007 statt⁴².
23. Mit Schreiben vom 11. Juni 2007 wurden Eli Lilly sodann ergänzende Fragen im Nachgang zum Parteiverhör gestellt⁴³. Am 20. bzw. am 22. Juni 2007 wurden Pfizer⁴⁴ und Bayer⁴⁵ ebenfalls zusätzliche Fragen unterbreitet, welche mit Schreiben vom 5. Juli 2007, vom 11. Juli 2007 bzw. vom 17. August 2007 und vom 24. Juli 2007 beantwortet wurden⁴⁶.
24. Mit Schreiben vom 11. Juni 2007 wurden 11 Krankenversicherungen⁴⁷ bezüglich ihrer Vergütungspolitik im Zusammenhang mit Hors-Liste Medikamenten befragt. Die Versicherer haben die Fragen innert Frist beantwortet.
25. Mehrere Apotheken und SD-Ärzte wurden telefonisch gebeten, ihre Antworten zum Fragebogen zu konkretisieren. Dieser Aufforderung sind alle Befragten nachgekommen.
26. Mit Schreiben vom 9. Juni 2008 befragte das Sekretariat IMS Health zur Marktordnung Sanphar und zu den PPE⁴⁸. Mit Schreiben vom 12. Juni 2008 hat IMS Health die Fragen beantwortet⁴⁹.
27. Mit Schreiben vom 14. August 2008 wurden Pfizer⁵⁰, Eli Lilly⁵¹ und Bayer⁵² ergänzende Fragen zu Viagra, Cialis und Levitra gestellt. Pfizer wurde zusätzlich zu ihren beiden anderen Arzneimitteln gegen erektile Dysfunktion, Caverject und Caverject DC, befragt. Ebenso wurde die Meda Pharma GmbH⁵³ zu Muse, ihrem Medikament gegen erektile Dysfunktion, befragt. Alle Befragten haben die Fragen innert Frist beantwortet⁵⁴.

³⁶ act. n° 290 bis 297.

³⁷ act. n° 347 bis 368.

³⁸ act. n° 304.

³⁹ act. n° 302.

⁴⁰ act. n° 303.

⁴¹ Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

⁴² Eli Lilly, act. n° 316; Pfizer, act. n° 317; Bayer, act. n° 322.

⁴³ act. n° 334.

⁴⁴ act. n° 338.

⁴⁵ act. n° 340.

⁴⁶ Bayer, act. n° 370; Pfizer, act. n° 394; Eli Lilly, act. n° 390.

⁴⁷ Es handelt sich dabei um folgende Krankenversicherungen: Groupe Mutuel, KPT, Concordia, CSS Versicherungen, Helsana Versicherungen AG, ÖKK, Sanitas Versicherungen, Visana Services AG, SWICA, Intrax, Assura assurance maladie et accident.

⁴⁸ act. n° 426.

⁴⁹ act. n° 427.

⁵⁰ act. n° 430.

⁵¹ act. n° 429.

⁵² act. n° 428.

⁵³ act. n° 431.

⁵⁴ act. n° 431a; Eli Lilly, act. n° 435; Bayer, act. n° 436; Pfizer, act. n° 437.

28. Am 9. und 22. Januar 2009 wurden Bayer⁵⁵, Eli Lilly⁵⁶ und Pfizer⁵⁷ zu den Umsätzen befragt, welche sie in der Schweiz in den Geschäftsjahren 2005, 2006, 2007 und – soweit vorhanden – 2008 erzielt haben, sowie auch spezifisch zu denjenigen Umsätzen, die sie mit ihren Medikamenten Levitra, Cialis und Viagra im Geschäftsjahr 2008 in der Schweiz erwirtschaftet haben. Diese Antworten wurden fristgerecht geliefert⁵⁸.

29. Am 9. Februar 2009 hat das Sekretariat die Rechtsvertreter der Pharmaunternehmen Pfizer, Bayer und Eli Lilly über seine Absicht informiert, am darauffolgenden Tag eine Pressemitteilung sowie eine Mitteilung im BBI und im SHAB zu publizieren und hat ihnen einen Entwurf derselben zukommen lassen⁵⁹. Am gleichen Tag haben die Vertreter von Eli Lilly und Pfizer beantragt, auf diese Publikationen zu verzichten⁶⁰. Letztere haben auch beantragt, dass Pfizer vor dem Versand des Antrags die Möglichkeit zu geben sei, sich zu möglichen Geschäftsgeheimnissen zu äussern, sowie dass das Sekretariat eine anfechtbare Zwischenverfügung zu erlassen habe, falls es auf der angekündigten Vorgehensweise beharren sollte. Das Sekretariat hat mit Schreiben vom 13. Februar 2009 zu diesen Begehren Stellung genommen⁶¹.

30. Der Antrag des Sekretariats vom 2. Februar 2009 wurde Bayer, Eli Lilly, Pfizer, Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt, Amedis-UE, e-mediat sowie den anwaltlich vertretenen Verkaufsstellen und den Apothekenketten am 9. Februar 2009 zur Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zur Stellungnahme bis zum 10. März 2009 zugestellt⁶². Die anderen Verfahrensparteien – insbesondere die namentlich nicht bekannten Apotheken und SD-Ärzte – wurden am 10. Februar 2009 durch eine Mitteilung im BBI und im SHAB über die Möglichkeit informiert, den Antrag des Sekretariats zwecks Stellungnahme einfordern zu können⁶³. Gleichentags hat das Sekretariat auch eine Pressemitteilung publiziert, welche Auskunft über den aktuellen Verfahrensstand gab⁶⁴.

31. Um möglichst viele betroffene Apotheken und SD-Ärzte zu erreichen, hat das Sekretariat am 9. Februar 2009 der FMH, der APA sowie Pharmasuisse die im BBI und SHAB zu publizierende Mitteilung zugestellt⁶⁵.

32. In der Folge haben viele Verkaufsstellen den Antrag des Sekretariats angefordert⁶⁶. Mehrere Parteien haben Akteneinsicht verlangt, welche immer gewährt wurde⁶⁷.

33. Mit Schreiben vom 27. Februar 2009 hat Eli Lilly ein Erläuterungsgesuch mit folgenden Anträgen gestellt: Das Sekretariat habe zu erläutern, 1) wie es zu seinen Schlussfolgerungen bezüglich des Befolgungsgrades der Preisempfehlungen gelangt sei, 2) welcher angebliche Befolgungsgrad für seine Beurteilung massgebend sei und 3) wie es zu seiner Schlussfolgerung gelangt sei, dass Verkäufe an Rabatt einräumende Verkaufsstellen zugenommen ha-

⁵⁵ act. n° 441.

⁵⁶ act. n° 440.

⁵⁷ act. n° 439.

⁵⁸ Eli Lilly, act. n° 443, 450; Pfizer, act. n° 444, 448; Bayer, act. n° 449.

⁵⁹ act. n° 454.

⁶⁰ Eli Lilly, act. n° 457; Pfizer, act. n° 458.

⁶¹ act. n° 485 und 486.

⁶² act. n° 459 bis 461 sowie 467 bis 478.

⁶³ Das Sekretariat hat am 9. Februar 2009 per Brief alle Apotheken und SD-Ärzte, welche im Rahmen der Untersuchung den Fragebogen beantwortet haben, über die Möglichkeit informiert, den Antrag des Sekretariats zwecks Stellungnahme einfordern zu können.

⁶⁴ <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/de/25250> (Stand: 30.11.2009).

⁶⁵ act. n° 462; act. n° 463; act. n° 464.

⁶⁶ act. n° 465.

⁶⁷ Statt vieler s. act. n° 495, 499, 532, 535, 555.

ben⁶⁸. Gleichzeitig hat Eli Lilly beantragt, die angesetzte Frist zur Stellungnahme zum Antrag abzunehmen und mit der Erstattung der verlangten Erläuterung neu anzusetzen, eventualiter die Frist um die Dauer zwischen Eingang des Erläuterungsgesuches und der Erstattung der Erläuterung zu verlängern. Das Sekretariat hat mit Schreiben vom 6. März 2009 Stellung zu diesem Gesuch genommen und mitgeteilt, dass seiner Ansicht nach der Antrag keiner Erläuterungen bedarf⁶⁹. Bezüglich einer neuen Fristansetzung hat das Sekretariat auf die Möglichkeit hingewiesen, eine Fristverlängerung gemäss Art. 22 Abs. 2 VwVG zu beantragen und mitgeteilt, dass es bei einem allfälligen Fristerstreckungsgesuch die im Schreiben vom 27. Februar 2009 aufgeworfenen Fragen (s. Fn. 68) berücksichtigen wird.

34. Pfizer, Bayer und Eli Lilly haben mit Schreiben vom 27. Februar 2009, 3. März 2009 sowie 9. März 2009 eine Fristerstreckung beantragt⁷⁰. Das Sekretariat hat daraufhin Pfizer und Bayer eine Fristerstreckung bis zum 20. April 2009, Eli Lilly bis zum 30. April 2009 gewährt⁷¹. Pfizer hat mit Schreiben vom 2. April 2009 eine zweite Fristerstreckung beantragt, welche – da qualifizierte Gründe geltend gemacht wurden – am 3. April 2009 gewährt wurde. Das Sekretariat hat die Frist bis zum 15. Mai 2009 erstreckt⁷².

35.

Das Sekretariat hat mit Antwortschreiben vom 28. Mai 2009 zur geäusserten Kritik Stellung genommen und darauf hingewiesen, dass einerseits alle Pharmaunternehmen die Möglichkeit gehabt hätten, Einsicht in die eingegangenen Stellungnahmen der Verkaufsstellen zu nehmen und andererseits die Gewährung einer zweiten Fristerstreckung auf die Geltendmachung qualifizierter Gründe zurückzuführen sei⁷⁴.

36. Die Stellungnahmen der Parteien sind zwischen Februar und dem 15. Mai 2009 eingegangen. Die meisten Apotheken, welche Stellung zum Antrag genommen haben, haben hierfür eine von Pharmasuisse zur Verfügung gestellte Vorlage benützt⁷⁵. Die anderen Verfahrensparteien, insbesondere Bayer⁷⁶, Eli Lilly⁷⁷, Pfizer⁷⁸, Galaxis⁷⁹, Unione Farmaceutica Distribuzione⁸⁰ und e-mediat⁸¹ haben dagegen individuelle Stellungnahmen eingereicht.

37. In ihren Stellungnahmen beantragen die Parteien die Einstellung der Untersuchung ohne Folgen und die Feststellung, dass sie nicht gegen Art. 5 Abs. 3 und 4 KG verstossen haben⁸². Zur Begründung der Anträge wird im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

⁶⁸ Eli Lilly, act. n° 500.

⁶⁹ act. n° 509.

⁷⁰ Pfizer, act. n° 501; Bayer, act. n° 504; Eli Lilly, act. n° 514.

⁷¹ act. n° 506, 507 und 523.

⁷² act. n° 547 und 548.

⁷³ act. n° 558.

⁷⁴ act. n° 563.

⁷⁵ Statt vieler s. act. n° 505.

⁷⁶ Bayer, act. n° 556.

⁷⁷ Eli Lilly, act. n° 557.

⁷⁸ Pfizer, act. n° 559.

⁷⁹ act. n° 518.

⁸⁰ act. n° 513.

⁸¹ act. n° 517.

⁸² Für die Apotheken statt vieler s. act. n° 526; Bayer, act. n° 556; Eli Lilly, act. n° 557; Pfizer, act. n° 559.

- Das Veröffentlichen und Einhalten von PPE für Cialis, Levitra und Viagra stelle keine Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG dar. Damit eine Abrede vorliege, müssten die PPE mit Druck oder Anreizen verbunden werden. Dies entspreche auch der klaren Rechtslage in der EU, welche – auch gemäss Aussagen der Weko – für das Schweizer Wettbewerbsrecht massgebend sein sollte. Zum gleichen Ergebnis komme man gestützt auf die Vertikalbekanntmachung sowie den Fall Scott Bikes⁸³.
- Das Sekretariat berufe sich in seinem Antrag hauptsächlich auf einen angeblich hohen Befolgungsgrad. Dieser sei jedoch auf mangelhaft gestaltete Fragebögen und eine unverständliche Auswertung der Antworten zurückzuführen. Diesbezüglich wird dem Sekretariat auch vorgeworfen, gegen den Untersuchungsgrundsatz verstossen und das rechtliche Gehör der Parteien verletzt zu haben. Ein von Pfizer und Eli Lilly in Auftrag gegebenes Gutachten würde zum Schluss kommen, dass der tatsächliche Einhaltungsgang lediglich 40-50% und nicht 70-80% betrage.
- Der vom Sekretariat behauptete Einfluss von Sanphar auf die PPE sei falsch und nicht bewiesen.
- Auf dem relevanten Markt, welcher breiter als im Antrag abzugrenzen sei, herrsche starker Wettbewerb (sowohl Inter- als auch Intra-brand Wettbewerb), weshalb nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung die Rede sein könne. Im Falle einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung seien die PPE aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen.
- Selbst für den Fall, dass unzulässige vertikale Abreden vorliegen sollten, wäre eine Sanktionierung mangels Vorwerfbarkeit des Verhaltens ausgeschlossen.

38. Eine umfassendere Darstellung der Stellungnahmen der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen vorgenommen.

39. Vor der Anhörung durch die Weko haben Pfizer, Bayer und Eli Lilly noch um Akteneinsicht ersucht⁸⁴. Diese wurde gewährt⁸⁵.

40. Am 7. September 2009 wurden Pfizer, Bayer und Eli Lilly von der Weko angehört. Diese haben in der Folge noch die Möglichkeit erhalten, Angaben zu an der Anhörung unvollständig beantworteten Fragen nachzuliefern⁸⁶. Alle drei Pharmaunternehmen haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht⁸⁷.

A.5 Veröffentlichung der PPE

41. Aus den Antworten der e-mediast und der befragten Apotheken bzw. SD-Ärzte ging hervor, dass die PPE für Hors-Liste Medikamente nicht nur in den Datenbanken der e-mediast (Pharmavista und Galdat) veröffentlicht werden. Diese sind vielmehr auch in den Lieferscheinen der Grossisten aufgeführt. Auf die Datenbanken sowie auf die in den Lieferscheinen enthaltenen PPE wird nachfolgend eingegangen.

42. Galdat ist eine Datenbank, die zum einen den Austausch von spezifischen Artikelstammdaten für den Betrieb von Drogerie- und Apothekensystemen am Verkaufspunkt (inkl. Kassensystem) ermöglicht (d.h. für Kundenbetreuung, Qualitätssicherung, Lagerbewirtschaftung, Materialwirtschaft, Verkaufsprozess) und zum anderen der Parametrisierung und

⁸³ RPW 2008/3, S. 382 ff. (Scott Bikes).

⁸⁴ Bayer, act. n° 561; Pfizer, act. n° 562; Eli Lilly, act. n° 565; act. n° 566; act. n° 567; act. n° 568; Eli Lilly, act. n° 569; act. n° 570.

⁸⁵ act. n° 566 bis 568; act. n° 570.

⁸⁶ act. n° 579; act. n° 580; act. n° 581.

⁸⁷ Eli Lilly, act. n° 582; Bayer, act. n° 583; Pfizer, act. n° 584.

Informatisierung der Bestellprozesse zwischen Gross- und Detailhandel („Supply Chain“) dient. Als Datenbank ist Galdat nicht direkt einsehbar, sondern fliesst in das jeweilige Informatiksystem ein. Dort werden je nach Softwareprodukt unterschiedliche Informationen aus Galdat extrahiert und in die Softwarelösung integriert. Diese Informationen sind, mit Ausnahme der Ex-factory Preise und der PPE, hauptsächlich technischer und wissenschaftlicher Natur (Zugehörigkeit zur SL, Kühlkettenpflicht, Rezeptpflicht, Abgabekategorie, Zugehörigkeit zu Betäubungsmitteln usw.). e-mediati bietet je nach Anwender verschiedene Artikelstämme an, wobei der Artikelstamm für Apotheken am ausführlichsten ist. Zudem ist Galdat ein Format zur direkten Übermittlung der jeweiligen spezifischen Produktinformationen der Grossisten an den Detailhandel (z.B. Detailhandel-Einstandspreise bzw. spezifische Konditionen für Grossisten, Verfügbarkeit). Diese Übermittlung erfolgt in der Regel direkt – ohne Bearbeitung durch e-mediati – zwischen den Grossisten und dem Detailhandel und kann von anderen Grossisten nicht eingesehen werden⁸⁸.

43. Zusätzlich sind im Galdat auch die EAN-Codes (europäischer Artikel Nummer Code, auch Strich- oder Barcode genannt) enthalten. Diese Codes sind heute auf fast allen Produkten zu finden, so auch auf den Verpackungen von Medikamenten. Die Befragung der e-mediati hat ergeben, dass die PPE manuell oder informatikbasiert in ein Kassensystem eingegeben und mit dem EAN-Code verbunden werden. Beim Scannen des EAN-Codes an der Kasse wird das Arzneimittel identifiziert und die entsprechende Publikumspreisempfehlung – sofern der Apotheker / die Apothekerin zuvor keinen anderen Publikumspreis eingegeben hat – automatisch in die Kasse eingelesen⁸⁹. Zugang zum Galdat wird mit einem kostenpflichtigen Abonnement gewährt. Die Befragung der Apotheken hat ergeben, dass eine überwiegende Mehrheit der Apotheker Galdat als Abonnenten nutzen⁹⁰.

44. Im Unterschied zu Galdat ist die Datenbank Pharmavista ein textorientiertes Abfrageinstrument, das eingesehen und gelesen werden kann⁹¹. Sie bietet ihren Nutzern Informationen im Gesundheitsbereich, wie z.B. Chargenrückrufe von Produkten, wissenschaftliche Neuigkeiten und aktuelle Hinweise zu Krankheitsbildern an. Schliesslich sind auch die Ex-factory Preise und die PPE auf Pharmavista zu finden. Die Informationen auf Pharmavista stammen teilweise von den Pharmaunternehmen und teilweise von gemeinnützigen und/oder öffentlichen Organisationen, wie z.B. der Weltgesundheitsorganisation oder Swissmedic, wobei die PPE der e-mediati von den Pharmaunternehmen übermittelt werden. Zugang zu Pharmavista gewährt e-mediati mittels CD-ROM oder über Internet mit einem kostenpflichtigen Abonnement.

45. Im Zusammenhang mit den Lieferscheinen gaben die befragten Grossisten an, dass diese die Stammdaten aus Galdat enthalten: Befindet sich eine PPE im Galdat, dann wird diese automatisch erfasst, in den Lieferschein aufgenommen und an die Kunden weitergegeben⁹².

B ERWÄGUNGEN

B.1 Einleitung

46. Ziel des vorliegenden Verfahrens ist die Abklärung der Frage, ob die von den drei Pharmaunternehmen Eli Lilly, Bayer und Pfizer über e-mediati und den Grossisten an die

⁸⁸ act. n° 238, Rz. 1a.

⁸⁹ act. n° 238, Rz. 18b.

⁹⁰ Statt vieler vgl. jeweils Antwort 13 b. in act. n° 279.424; act. n° 279.428; act. n° 279.429; act. n° 279.430.

⁹¹ act. n° 4.

⁹² act. n° 237, Antwort 13; act. n° 214, Antwort 13; act. n° 227, Antwort 13.

Verkaufsstellen – d.h. Apotheken und SD-Ärzte – gerichteten PPE für die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 KG darstellen. Bejahendenfalls ist zu prüfen, ob direkte Sanktionen gegen die Beteiligten zu verhängen sind (Art. 49a Abs. 1 KG). Zusätzlich wird das Vorliegen einer horizontalen Preisabrede zwischen den genannten Pharmaunternehmen betreffend die drei Medikamente Cialis, Levitra und Viagra geprüft.

B.2 Geltungsbereich und Verfügungsadressaten

47. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG; „persönlicher Geltungsbereich“).

48. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

49. Die Parteien, gegen welche sich die vorliegende Untersuchung richtet (d.h. Pfizer, Bayer, Eli Lilly, e-mediat, Galaxis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt, Amedis-UE sowie die Apotheken und SD-Ärzte), sind als solche Unternehmen i.S. des Kartellgesetzes zu qualifizieren.

50. In sachlicher Hinsicht gilt das Kartellgesetz u.a. für „Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden“ (Art. 2 Abs. 1 KG; „sachlicher Geltungsbereich“). Diese Umschreibung erfasst alle Formen privat veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen⁹³. Dabei ist nicht entscheidend, ob eine horizontale oder vertikale, ob eine verbindliche oder unverbindliche Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise von Unternehmen vorliegt. Entscheidend ist, dass mehrere Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen zusammenwirken, um sich oder andere hinsichtlich der Ausübung oder der Aufnahme des Wettbewerbs zu beschränken. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG gesetzlich definiert und vorliegend unter dem Titel „Wettbewerbsabrede“ (Rz. 93 ff.) geprüft.

51. Hinsichtlich des örtlichen und zeitlichen Geltungsbereichs sind vorliegend keine Ausführungen notwendig.

52. Die sachliche Zuständigkeit der Weko zur Durchführung von Untersuchungen und zum Erlass von Verwaltungssanktionen ist gegeben (Art. 2, 18, 27 und 53 KG).

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

53. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere für Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (lit. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (lit. b).

54. Art. 3 KG regelt das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Rechtsvorschriften (vgl. Marginalie). Dabei geht es um die Frage, inwieweit das Kartellgesetz auf Wirtschaftsbereiche Anwendung finden kann, in denen der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit ganz oder teilweise aufgehoben hat, weil im betreffenden Bereich das Regelsystem Markt seine Funktionen nicht oder nicht genügend zu erfüllen vermag (sog.

⁹³ Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., S. 534, im Sonderdruck S. 67; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 244 ff.

Marktversagen)⁹⁴ oder zu sozial unerwünschten Verteilungen führt (sog. Verteilungsprobleme).

55. Nicht jede staatliche Intervention führt jedoch zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen⁹⁵.

56. Bei der Rechtsanwendung haben die Wettbewerbsbehörden nur zu prüfen, ob der Gesetzgeber von einem Marktversagen oder Verteilungsproblem ausgegangen ist und deshalb mit seinen Vorschriften den Wettbewerb ausschalten wollte. Hingegen ist es nicht Sache der Behörden, zu überprüfen, ob im konkreten Bereich tatsächlich Marktversagen oder Verteilungsprobleme gegeben sind⁹⁶.

57. Pfizer, Bayer und Eli Lilly machen keine staatlichen Vorschriften bezüglich der Preisgestaltung von Hors-Liste Medikamenten geltend⁹⁷. Unabhängig davon, ob die betroffenen Unternehmen sich auf den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG berufen, haben die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen das Vorliegen von vorbehaltenen Vorschriften zu prüfen. Denn hat der Gesetzgeber vorbehaltene Vorschriften erlassen, führt dies dazu, dass das Kartellgesetz in diesem Bereich keine Anwendung findet. Dabei gilt es, diese Regelung restriktiv anzuwenden⁹⁸.

58. Im Folgenden ist somit zu untersuchen, ob eine staatliche Markt- oder Preisordnung vorliegt (Rz. 59 ff.) bzw. ob die Unternehmen Pfizer, Bayer und Eli Lilly zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben vom Gesetzgeber mit besonderen Rechten ausgestattet worden sind (Rz. 85 ff.).

B.3.1 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 lit. a KG

B.3.1.1 Allgemeines

59. Eine staatliche Markt- oder Preisordnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a KG liegt vor, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter wie Produktion, Verteilung und Preisgestaltung in entscheidender Weise und in Abweichung von den Grundsätzen des freien Marktes durch öffentliches Recht festgelegt werden (z.B. Produktions- oder Handelskontingentierung)⁹⁹. Öff-

⁹⁴ REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 873 ff., E. 3.2 (Unique [Flughafen Zürich AG]/Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission; „Unique“); vgl. dazu MARINO BALDI, Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zäch (Hrsg.), Zürich 1996, S. 8; Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 537ff., im Sonderdruck, S. 70 ff.

⁹⁵ So BGE 2A.142/2003 (Cablecom/Teleclub), E. 4.1. m. w. H.; REKO/WEF, in: RPW 2003/4, S. 859 ff. Rz. 4.2 (Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau). Auch in der Literatur wird eine klare gesetzliche Zulassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens verlangt, um die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auszuschliessen; vgl. statt aller WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, Fribourg 1994, S. 185 und 264 f.; BENOÎT CARRON, in: Tercier/Bovet (Hrsg.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève/Bâle/Munich 2002, Art. 3 al. 1 N 35.

⁹⁶ ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 281; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 3 N 13 f.; vgl. auch JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, Art. 3 N 4 f.

⁹⁷ Pfizer, act. n° 235, Antwort 25; Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 25; Bayer, act. n° 221, Antwort 24.

⁹⁸ CARRON (zit. in Fn. 95), Art. 3 al. 1 N 34.

⁹⁹ Dazu und zum Folgenden Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 72 f.; STOFFEL (zit. in Fn. 95), S. 272 ff.; SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 3 N 8; ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 284 m. w. Nw.; CARRON (zit. in Fn. 95), Art. 3 al. 1 N 29; und REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 874, E. 3.2 (Unique), als Beispiel für einen sektoriellen Ausschluss des Wettbewerbs wird die Landwirtschaft genannt.

fentliche Unternehmen oder Unternehmen, die im Rahmen von staatlichen Marktordnungen tätig sind, unterstehen jedoch dem Kartellgesetz (gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 1 lit. b KG), soweit die Interventionsgesetzgebung Wettbewerb zulässt. Selbst wenn eine öffentlich-rechtliche Vorschrift einen Wettbewerbsparameter reguliert, bleibt zu prüfen, inwiefern dadurch die Anwendung des Kartellgesetzes zurückgedrängt und insofern Wettbewerb als Ordnungsprinzip tatsächlich ausgeschlossen wird¹⁰⁰.

60. Will der Staat den Preiswettbewerb in einem bestimmten Bereich beschränken, so hat er mittels einer gesetzlichen Grundlage ein Monopol zu schaffen oder einen Tarif zu fixieren¹⁰¹. Dabei kann genügen, wenn ein Markteingriff nur bei der Preisgestaltung erfolgt, da durch die Festlegung des Preises der Wettbewerb ebenfalls ausgeschlossen werden kann¹⁰². Von einer staatlichen Marktordnung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG ist indessen nur dann auszugehen, wenn es „tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Bereich auszuschalten“¹⁰³.

61. Allfällige Vorschriften, welche eine staatliche Markt- oder Preisordnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a KG begründen, sind zunächst in den Spezialgesetzen betreffend Medikamente, d.h. im Krankenversicherungs- sowie im Heilmittelgesetz¹⁰⁴ zu suchen.

B.3.1.2 Krankenversicherungsgesetz

62. Gemäss Art. 52 Abs. 2 lit. b KVG erlässt das BAG die Spezialitätenliste (vgl. Rz. 3). Die auf der Spezialitätenliste aufgeführten Medikamente sind Pflichtleistungen in der obligatorischen Krankenversicherung. Für diese Medikamente setzt das BAG den (maximalen) Ex-factory- und Publikumspreis fest (vgl. auch Art. 67 KVV). Folglich ist für die SL-Medikamente – zumindest bis zu einem bestimmten Grad – von einem staatlichen Eingriff in die Preisordnung auszugehen, welcher die Anwendung des Kartellgesetzes in Frage stellt.

63. Diese Sondernormen über die Preisfestsetzung gelten indessen nur für die SL-Medikamente. *E contrario* sind nach dem Willen des Gesetzgebers die Preise für diejenigen Medikamente, die nicht in die Spezialitätenliste aufgenommen sind – die Hors-Liste Medikamente – vom freien Markt und im Wettbewerb zu bestimmen.

64. Die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra befinden sich nicht auf der Spezialitätenliste¹⁰⁵. Dementsprechend hat das BAG auch keine Preise für diese drei Medikamente festgelegt. Folglich stellt das KVG im vorliegenden Fall keine vorbehaltene Vorschrift dar, welche eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen würde.

B.3.1.3 Heilmittelgesetz

65. Das Heilmittelgesetz gewährleistet zum Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier, dass nur qualitativ hochstehende, sichere und wirksame Heilmittel in Verkehr gebracht werden. Weiter sollen die Konsumenten vor Täuschung geschützt, die in Verkehr gebrachten Heilmittel ihrem Zweck entsprechend und massvoll verwendet und eine sichere und geord-

¹⁰⁰ So REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 875, E. 3.2.2 (Unique); vgl. auch STOFFEL (zit. in Fn. 95), S. 279 f.

¹⁰¹ Vgl. – den Entscheid der Weko bestätigend – BGE 2A.520/2002, in: RPW 2003/4, S. 925 ff. (Entreprises Électriques Fribourgeoises [EEF]/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros, Commission de la concurrence, Commission de recours pour les questions de concurrence) betreffend kantonale Preisordnungen bzw. Monopole.

¹⁰² Vgl. SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 3 N 8.

¹⁰³ SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 3 N 13.

¹⁰⁴ Bundesgesetz vom 15.12.2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21).

¹⁰⁵ Vgl. www.bsv.e-mediat.net/sl/BSV_per_2008.01.01.xls (Stand: 12.09.2008).

nete Versorgung mit Heilmitteln im ganzen Land angeboten werden. Hingegen enthält das HMG keine Vorschriften, welche eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen.

66. Bayer vertritt den Standpunkt, dass die im Heilmittelgesetz enthaltenen Vorschriften keinen oder keinen signifikanten Raum für Wettbewerb auf Stufe Apotheken lassen, da verschreibungspflichtige Arzneimittel nur in gesetzlich und behördlich definierten Verkaufsstellen, nur durch qualifiziertes Fachpersonal und nur auf der Grundlage einer vorangehenden ärztlichen Untersuchung, Diagnose und Verschreibung verkauft werden dürften¹⁰⁶. Aus diesem Grund ist Bayer der Auffassung, dass das Kartellgesetz gemäss Art. 3 Abs. 1 KG in diesem Markt nicht anwendbar sei. Hinzu komme das absolute Publikumsverbot sowie die stark limitierte Möglichkeit von Fachwerbung.

67. Diesen Aussagen kann nicht gefolgt werden. Es stimmt zwar, dass der sachlich relevante Markt in einem gewissen Ausmass reguliert ist. Vorbehaltene Vorschriften liegen dennoch keine vor. Die erwähnten Bestimmungen des Heilmittelgesetz beziehen sich hauptsächlich auf die Verkaufsbewilligung und auf die Verschreibungspflicht (Art. 23 ff. HMG), nicht aber auf die Preisfestsetzung. Im Bereich der Hors-Liste Medikamente sind keine staatlich regulierten Höchstpreise festgesetzt, diese müssen vielmehr durch den Markt bestimmt werden. Es stimmt somit nicht, dass Wettbewerb auf Stufe Apotheken nicht möglich ist. Auf Stufe Apotheken nicht möglich ist bloss der Interbrand Wettbewerb zwischen den verschiedenen Medikamenten innerhalb einer Apotheke („in shop competition“¹⁰⁷). Die Apotheken stehen jedoch im Wettbewerb untereinander; Hauptwettbewerbsparameter bildet der Preis. Weiter ist dieser Auffassung zu entgegnen, dass die Werbung für diese Medikamente nicht a priori verboten ist. Mit den gesetzlichen Einschränkungen vereinbar wäre z.B. eine allgemeine Werbung für Produkte gegen die erektile Dysfunktion ohne konkrete Nennung eines bestimmten Arzneimittels (wie sie gelegentlich für die „Anti-Baby Pille“ zu sehen ist).

B.3.1.4 Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb und Preisbekanntgabeverordnung

68. Des Weiteren könnte vorliegend vorgebracht werden, dass die Unternehmen laut Preisbekanntgabeverordnung (PBV)¹⁰⁸ generell ermächtigt sind, Preisempfehlungen zu erlassen. Denn gemäss Art. 18 Abs. 2 PBV dürfen Hersteller, Importeure und Grossisten den Konsumenten „Preise oder Richtpreise bekannt geben oder für Konsumenten bestimmte Preislisten, Preiskataloge und dergleichen zur Verfügung stellen, sofern die betreffenden Preise im zu berücksichtigenden Marktgebiet für die überwiegende Menge tatsächlich gehandhabt werden“.

69. Die PBV basiert auf Art. 16, 17 und 20 UWG¹⁰⁹, wonach für Waren, die dem Konsumenten zum Kauf angeboten werden, der tatsächlich zu bezahlende Preis bekannt zu geben ist, soweit der Bundesrat keine Ausnahmen vorsieht. Ausnahmen sind insbesondere aus technischen Überlegungen oder Sicherheitsgründen zulässig.

70. Zunächst gilt es festzuhalten, dass dem Gesetz selbst, dem UWG, keinerlei Bestimmung zu entnehmen wäre, welche in casu als vorbehaltene Vorschrift i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a KG in Frage käme: Das UWG will gemäss seinem Zweckartikel nicht durch staatliche Interventionen den Wettbewerb behindern oder ausschliessen, sondern bezweckt im Gegenteil „den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten“ (Art. 1 UWG). Der Begriff des unlauteren und unverfälschten Wettbewerbs bezieht sich dabei „sowohl auf Angriffe auf den Wettbewerb in Bestand und/oder Funktionsfähigkeit als auch auf Verstösse gegen die Regeln der Geschäftsmoral. Ob ein Marktverhalten den Grundsät-

¹⁰⁶ Bayer, act. n° 556, Rz. 33 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Rz. 221 ff.

¹⁰⁸ Verordnung vom 11. Dezember 1978 über die Bekanntgabe von Preisen (PBV; SR 942.211).

¹⁰⁹ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241).

zen des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs entspricht, ist daher umfassend an den Ergebnissen, die von einem System funktionierenden Wettbewerbs erwartet werden können, und an den Massstäben der Geschäftsmoral zu messen¹¹⁰. Somit dient das UWG – wie auch das Kartellgesetz – dem Schutz der Institution Wettbewerb. Dies zeigt sich auch an den Schutzsubjekten des UWG, welche sowohl in den Mitbewerbern als auch den Anbietern und Abnehmern bestehen.

71. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es sich beim UWG und Kartellgesetz um sich ergänzende Rechtserlasse zur umfassenden Absicherung der Wettbewerbsordnung handelt und entsprechend zwischen den beiden Gesetzen Anspruchskonkurrenz besteht¹¹¹.

72. Wenn auch das UWG grundsätzlich den Schutz der Institution Wettbewerb bezweckt, so ist doch dessen Art. 16 auf den Schutz der Konsumenten ausgerichtet. Denn Art. 16 UWG verfolgt das Ziel, dass der angegebene Preis dem zu bezahlenden Preis entsprechen soll, weshalb den Gewerbetreibenden eine selbstständige Pflicht zur Preisangabe auferlegt wird, sofern Waren dem Konsumenten zum Kauf angeboten werden¹¹².

73. Nur solche Waren und Dienstleistungen sind von der Preisbekanntgabepflicht betroffen, die dem Konsumenten zum Kauf angeboten werden. Als Konsumenten gelten dabei gemäss Art. 2 Abs. 2 PBV Personen, die Waren oder Dienstleistungen für Zwecke kaufen, die nicht im Zusammenhang mit ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit stehen.

74. Diese Pflicht zur Preisangabe dient der Preisklarheit und -transparenz und damit dem Schutz des Konsumenten vor unlauterem Wettbewerb und irreführenden Preisen¹¹³. Hierfür legt das UWG eine grundsätzliche Pflicht zur Bekanntgabe der Preise fest. Hingegen sehen Art. 16 ff. UWG, welche als Grundlage für den Erlass der PBV dienen, keinerlei staatliche Markt- oder Preisordnung vor, welche die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes generell oder speziell im Hinblick auf die vorliegenden Preisempfehlungen ausschliessen würde.

75. Überdies ist zu beachten, dass nach Art. 3 Abs. 1 KG öffentlich-rechtliche Preisvorschriften nur dann vorbehalten sind, „wenn sie einen Markt für bestimmte Waren oder Leistungen“ regulieren. Art. 16 Abs. 1 UWG betrifft aber keinen solchen bestimmten Markt, sondern gilt allgemein für sämtliche Waren¹¹⁴.

76. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass durch die allgemeine Preisbekanntgabepflicht der Preiswettbewerb weder ausgeschaltet werden soll noch kann. Insofern wird der Schutz des Instituts Wettbewerb von der Preisbekanntgabepflicht nicht als Ganzes erfasst: Vielmehr gelangt das Kartellgesetz ergänzend zur Anwendung, so zum Beispiel, wenn die Preise durch horizontale oder vertikale Wettbewerbsabreden zustande kommen.

77. Das UWG enthält somit – zumindest im Zusammenhang mit der Preisbekanntgabe – keine vorbehaltenen Vorschriften i.S.d. Kartellgesetz¹¹⁵.

78. Eine andere Frage ist, ob Ausführungserlasse zum UWG, wozu namentlich die PBV zu zählen ist, als vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a KG zu qualifizieren sind. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass es mehr als zweifelhaft ist, ob eine

¹¹⁰ CARL BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/Genf/München 2001, Art. 1 N 16.

¹¹¹ Vgl. BAUDENBACHER (zit. in Fn. 110), Art. 1 N 67 f.

¹¹² Vgl. BAUDENBACHER (zit. in Fn. 110), Art. 16 N 2. Dies geht im Übrigen auch aus Art. 1 PBV hervor, dessen Zweck darin besteht, dass Preise klar und miteinander vergleichbar sind und irreführende Preise verhindert werden.

¹¹³ Vgl. RPW 2003/1, S. 117 Rz. 64 (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft).

¹¹⁴ So schon RPW 2003/1, S. 118 Rz. 66 (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft).

¹¹⁵ RPW 2003/1, S. 118 Rz. 66 (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft).

vom Bundesrat erlassene Ausführungsverordnung die Anwendbarkeit des KG aushebeln könnte, wenn der Vorbehalt nicht schon in der Delegationsnorm im formellen Gesetz zumindest im Ansatz enthalten ist. Da das UWG selber – wie dargelegt – keinen Vorbehalt enthält, ist somit davon auszugehen, dass auch allfällige in der PBV enthaltene Vorschriften – sollten sie denn inhaltlich effektiv eine staatliche Markt- oder Preisordnung zu begründen versuchen – nicht als vorbehaltene Vorschriften i.S. des Kartellgesetzes qualifiziert werden können.

79. Dennoch wird im Folgenden kurz aufgezeigt, dass die beiden in Frage stehenden Bestimmungen – Art. 13 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 2 PBV – auch inhaltlich für die vorliegend interessierenden drei Medikamente keine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen.

80. Grundsätzlich bezweckt auch die PBV – gleich wie das UWG, auf welches sie sich stützt – den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten. Es kann nicht angenommen werden, dass der Bundesrat durch den Erlass der PBV den Wettbewerb in vertikaler oder in horizontaler Hinsicht behindern oder gar ausschliessen wollte, bildete doch die PBV bzw. der Bundesbeschluss vom 20. Dezember 1972 betreffend Überwachung der Preise, Löhne und Gewinne¹¹⁶ im Gegenteil einen Bestandteil der Massnahmen zur Teuerungsbekämpfung¹¹⁷. Durch diese Instrumente sollte das Preisbewusstsein gefördert und auf Preiserhöhungen aufmerksam gemacht werden¹¹⁸. Im Verlaufe der Zeit erlangten sie immer mehr an Bedeutung und wurden zu einem Mittel zur Förderung des lautereren Wettbewerbs und zur Verhinderung von Missbräuchen bei fehlenden oder irreführenden Preisangaben. Die Pflicht zur Bekanntgabe von Preisen wurde in der Folge im UWG und weiteren Ausführungserlassen verankert. Entsprechend seiner Entwicklung dient das in der PBV kodifizierte Instrument der Preisbekanntgabe nicht der Einschränkung oder gar Verhinderung des Wettbewerbs, sondern soll diesen im Gegenteil insofern fördern, als Konsumenten aufgrund der Preisbekanntgabe Produkte miteinander vergleichen und ihre Wahl treffen können. Weiter legen diese Vorschriften zur Bekanntgabepflicht bzw. zur Möglichkeit, Konsumenten Preise oder Richtpreise bekannt zu geben, keine massgeblichen ökonomischen Parameter (wie z.B. die Preisgestaltung) fest.

81. Schliesslich ist sogar fraglich, ob durch die Voraussetzung des Konsumenten als Person, welche Waren oder Dienstleistungen für Zwecke kauft, die nicht im Zusammenhang mit ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit stehen (vgl. Art. 2 Abs. 1 und 2 PBV), die Abgabe von Preisempfehlungen im Bereich von rezeptpflichtigen Medikamenten überhaupt von der *ratio legis* der PBV erfasst wird oder nicht: Dies ist insofern unklar, als rezeptpflichtige Medikamente nicht ohne Weiteres in den Handel gelangen können. Vielmehr muss sich der Konsument bzw. Patient in einem ersten Schritt von einem Arzt untersuchen lassen; der Arzt hat eine Diagnose zu stellen und dem Patienten entsprechend ein bestimmtes Medikament zu verschreiben oder herauszugeben. Wenn auch gerade bei „Life style-Medikamenten“, wozu bis zu einem bestimmten Grad auch Medikamente gegen erektile Dysfunktion zu zählen sind, der Patient selber ein Mitspracherecht bezüglich Wahl der Behandlungsmethode (z.B. Filmtablette [Viagra, Cialis, Levitra] oder intrakavernöser Injektion [Caverject]) haben dürfte, so ist es im Ergebnis doch der Arzt, der entscheidet, welches Medikament er dem jeweiligen Patienten verschreibt¹¹⁹. Die Preisempfehlungen richten sich somit nicht direkt an den Patienten bzw. Konsumenten, sondern vielmehr an diejenigen Personen, welche die

¹¹⁶ AS 1972 3059.

¹¹⁷ Vgl. Art. 1 ff. Bundesbeschluss betreffend Überwachung der Preise, Löhne und Gewinne (zit. in Fn. 116).

¹¹⁸ Vgl. Art. 1 i.V.m. Art. 3 Bundesbeschluss betreffend Überwachung der Preise, Löhne und Gewinne (zit. in Fn. 116).

¹¹⁹ Vgl. auch Pfizer, act. n° 317, S. 18, Zusatzfragen 9 und 10.

Medikamente im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit verschreiben bzw. abgeben, d.h. die (SD-) Ärzte und Apotheken¹²⁰.

82. Aus den genannten Gründen kann im Bereich der hier in Frage stehenden rezeptpflichtigen Medikamente die PBV und somit auch deren Art. 18 Abs. 2 PBV nicht als vorbehaltenen Vorschrift i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG aufgefasst werden.

83. Daran ändert auch Art. 13 Abs. 2 PBV nichts, der vorsieht, dass Hersteller, Importeure und Grossisten für die Werbung „Richtpreise bekanntgeben“ können. Denn gemäss Art. 14 Arzneimittel-Werbeverordnung (AWV)¹²¹ ist die Publikumswerbung nur für Arzneimittel der Verkaufskategorien C–E erlaubt. Bei den hier in Frage stehenden Medikamenten Cialis, Levitra und Viagra handelt es sich um Medikamente der Verkaufskategorie B, weshalb Publikumswerbung mit diesen Medikamenten nicht erlaubt ist. Somit gelangt für diese drei Medikamente Art. 13 Abs. 2 PBV, der in der PBV systematisch im 4. Kapitel „Werbung“ eingeordnet ist und sich laut seinem Titel auf die „Preisbekanntgabe in der Werbung“ bezieht, *a priori* nicht zur Anwendung.

84. Zusammenfassend wird festgestellt, dass weder das UWG noch die PBV Vorschriften enthalten, welche eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen.

B.3.2 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 lit. b KG

85. Einen Anwendungsvorbehalt begründen auch Rechtsvorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 lit. b KG). Zur Verwirklichung von Gemeinwohlzielen können die Wirtschaftsverfassungen des Bundes oder der Kantone anstelle einer staatlichen Markt- oder Preisordnung¹²² auch weniger weit reichende, eher punktuell wirkende Mittel einsetzen, indem sie Unternehmen des öffentlichen oder privaten Rechts *mit besonderen Rechten ausstatten*¹²³. Die Botschaft weist jedoch darauf hin, dass damit nicht der ganze wirtschaftliche Teilbereich der Anwendung des Kartellgesetzes entzogen wird: Soweit sich Unternehmen ausserhalb des Ausnahmereichs bewegen, haben sie sich entsprechend nach wettbewerblichen Grundsätzen i.S.d. Kartellgesetzes zu verhalten¹²⁴.

86. Es sind in der schweizerischen Gesetzgebung keinerlei Vorschriften ersichtlich, welche die Pharmaunternehmen Pfizer, Bayer und Eli Lilly, die Grossisten, e-mediat oder die SD-Ärzte und Apotheken zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten bezüglich Preisfestsetzung von Cialis, Levitra und Viagra ausgestattet hätten. Somit bestehen auch keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b KG, welche die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ausschliessen würden¹²⁵.

B.3.3 Zwischenergebnis

87. Unter Berücksichtigung dieser Argumente ist zusammenfassend festzuhalten, dass im Bereich der drei Medikamente Cialis, Levitra und Viagra (Preis-) Wettbewerb nicht nur möglich, sondern auch gefordert ist. Weder existieren öffentlich-rechtliche Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a KG, welche den Markt im Sinne einer staatlichen Markt- oder Preisordnung

¹²⁰ Zielpublikum der von e-mediat publizierten Daten, wozu auch die PPE gehören, sind die „Professionals im Gesundheitswesen“ und nicht die Patienten bzw. Konsumenten (vgl. e-mediat, act. n° 4, Antwort 2d).

¹²¹ Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittelwerbung (AWV; SR 812.212.5).

¹²² Vgl. Rz. 59 ff.

¹²³ Dazu und zum Folgenden REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 873 f. E. 3.2 (Unique).

¹²⁴ Vgl. Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 539 f., im Sonderdruck S. 72 f.; REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 876 ff. E. 3.2.4 (Unique).

¹²⁵ So auch REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 876 ff. E. 3.2.4 (Unique).

in wettbewerbsausschliessender Weise regulieren, noch bestehen Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b KG, welche die Pharmaunternehmen, Zwischenhändler oder Verkaufsstellen ([SD-]Ärzte und Apotheken) der drei Medikamente zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten. Somit untersteht das vorliegend relevante Verhalten der Parteien der Anwendung des Kartellgesetzes.

88. Sollten die Verfahrensparteien die Ansicht vertreten, das Veröffentlichen und Einhalten von PPE für Cialis, Levitra und Viagra sei notwendig, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen, müssten sie gemäss Art. 8 i.V.m. Art. 31 KG versuchen, für ihr Verhalten eine ausnahmsweise Zulassung durch den Bundesrat zu erwirken¹²⁶.

89. Abschliessend stellt sich die Frage, inwiefern die Parteien den Einwand anbringen könnten, dass sie bei der Bekanntgabe der PPE für Cialis, Levitra bzw. Viagra auf die PBV vertraut hätten. Dieses allfällige enttäuschte Vertrauen hat jedoch keinerlei Einfluss auf die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes. Vielmehr kann dieses Argument im Zusammenhang mit der Vorwerfbarkeit des Verhaltens geprüft werden¹²⁷.

B.4 Vertikale Wettbewerbsabrede über die Preise von Cialis, Levitra und Viagra

90. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

91. Die vom Sekretariat durchgeführte Vorabklärung hatte Mitte 2006 ergeben, dass Pfizer, Eli Lilly und Bayer der e-mediat die PPE für Cialis, Levitra und Viagra weiterleiten, damit diese die empfohlenen Publikumspreise auf ihren Datenbanken publiziert. Ein Grossteil der in der Vorabklärung befragten Apotheker hat angegeben, diese PPE zu übernehmen.

92. Ziel der vorliegenden Untersuchung ist die Klärung der Frage, ob die von Pfizer, Eli Lilly und Bayer veröffentlichten PPE sich tatsächlich wie Festpreise auswirken, indem sie von den Verkaufsstellen überwiegend eingehalten werden, und ob sie dadurch den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen oder gar beseitigen. Ebenfalls nachgegangen wird der Frage, ob zusätzlich zwischen Pfizer, Eli Lilly und Bayer eine horizontale Preisabrede betreffend die Medikamente gegen erektile Dysfunktion besteht (vgl. Rz. 305 ff.).

B.4.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

B.4.1.1 Einleitung

93. Als Wettbewerbsabreden gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

94. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) Die an der Abrede beteiligten Unternehmen wirken bewusst und gewollt zusammen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Diese Definition umfasst sowohl Vereinbarungen als auch Empfehlungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

95. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die von den drei Pharmaunternehmen veröffentlichten, der Firma e-mediat überlassenen bzw. den Grossisten mitgeteilten und von den SD-Ärzten

¹²⁶ Vgl. etwa REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 878 E. 3.4 (Unique).

¹²⁷ Vgl. dazu unten Rz. 332 ff.

und Apotheken weitgehend befolgten PPE für Cialis, Levitra und Viagra als Wettbewerbsabreden zwischen den Pharmaunternehmen und den SD-Ärzten bzw. Apotheken i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind.

B.4.1.2 Abgestimmte Verhaltensweisen

96. Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten anderer Unternehmen anpassen.

97. Vom unzulässigen bewussten Parallelverhalten zu unterscheiden ist das im Bereich von Art. 5 KG erlaubte Parallelverhalten: das strukturbedingte (auch natürliche, blosse, reine, nicht-kollusive) und das gewöhnliche Parallelverhalten¹²⁸. Dies gilt unbesehen der Tatsache, dass in beiden Fällen unter Umständen das gleiche Erscheinungsbild vorliegt, beispielsweise uniforme Preise. Das strukturbedingte Parallelverhalten stellt ein gleichförmiges Verhalten dar, das sich aus einer bestimmten Marktstruktur ergibt. Es fehlt somit an einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der Unternehmen.

98. Die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG setzt vielmehr ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bzw. ein Mindestmass an Verhaltenskoordination voraus¹²⁹. Mehrere Unternehmen passen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten anderer Unternehmen an, ohne dass Marktstrukturen gegeben sind, die ein solches Parallelverhalten erzwingen¹³⁰. Im Ergebnis tritt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs¹³¹.

99. Im Gegensatz zu Wettbewerbsabreden z.B. in Form von schriftlichen Verträgen, Gentlemen's Agreements und Beschlüssen liegt es gerade in der Natur der so genannten „aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen“, dass sie sich in der Regel nicht anhand von physisch vorhandenen Urkunden belegen lassen. Aus diesem Grund wird in der Literatur und der Judikatur hervorgehoben, dass die Wettbewerbsbehörden Hinweise auf ein unerlaubtes, bewusstes Parallelverhalten in vielen Fällen nur aus Indizien gewinnen können¹³². Dabei ist anerkannt, dass z.B. Gleichverhalten eine abgestimmte Verhaltensweise indizieren¹³³, und

¹²⁸ Vgl. zum erlaubten Parallelverhalten Rz. 308 ff. m. w. H.

¹²⁹ So BGE 129 II 18, 27 E. 6.3 m. w. Nw. (= RPW 2002/4, S. 737 E. 6.3 [Buchpreisbindung]); vgl. zum Ganzen auch BGE 124 III 495 E. 2a; RPW 1997/4, S. 471 Rz. 13 (Auto Assistance Schweiz [AAS]); RPW 2001/3, S. 515 f. Rz. 23 (SUMRA/Distribution de montres); RPW 2002/1, S. 81 Rz. 16 (Benzinmarkt Schweiz [Zeitraum 1993 – 2000]); RPW 2003/2, S. 279 Rz. 33 (Fahrschule Graubünden); ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 367; WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 68 f.

¹³⁰ ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum KG, Bern 2007, Art. 4 N 12.

¹³¹ Vgl. dazu und zum Folgenden statt aller BGE 129 II 18, S. 27 E. 6.3 (= RPW 2002/4, S. 737 E. 6.3 [Buchpreisbindung]); RPW 2005/1, S. 192 Rz. 6 (Betonsan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko); RPW 2004/4 S. 1057 ff. Rz. 48 ff. (Vertrieb von Tierarzneimitteln); RPW 2003/2, S. 278 f. Rz. 30 ff. (Fahrschule Graubünden); RPW 2002/2, S. 241 ff. Rz. 9–13 (Richtpreise für Heizöl); BORER (zit. in Fn. 96), Art. 4 N 14; sowie ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 202 und 367 m. w. H. auf EuGH, Rs. 52/69, Slg. 1972, 787 Rz. 26.

¹³² So explizit ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, Rz. 1324; RPW 2004/4, S. 1059 Rz. 55 (Vertrieb von Tierarzneimitteln); vgl. auch KÖCHLI/REICH (zit. in Fn. 130), Art. 4 N 13; BGE 129 II 18, 27 E. 6.3; EuGH i.S. Geigy/Kommission (Farbstoff-Urteil), Slg. 1972, 836 E. 37.

¹³³ BGE 129 II 18, 27 E. 6.3 m. w. Nw.

die Existenz eines ehemaligen kollusiven Verhaltens einen kooperationsfördernden Faktor für ein späteres kollusives Verhalten darstellen kann¹³⁴.

100. In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass der Nachweis eines eigentlichen Plans *kein* Erfordernis für das Vorliegen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise sein kann: „Das stillschweigende Abstimmen setzt lediglich voraus, dass ein Unternehmen ein bestimmtes Verhalten einschlägt in der Erwartung, dass ihm die anderen Marktteilnehmer folgen werden, und dass diese anderen Marktteilnehmer in Kenntnis der Erwartung eben dieser Erwartung folgen. Es sind also tatsächlich eigene Handlungen, gekoppelt mit bestätigten Erwartungen gleicher Handlungen anderer, die *mutatis mutandis* zur Gegenseitigkeit führen“¹³⁵. Als Paradebeispiel für eine Abstimmung des Verhaltens werden in der Literatur Empfehlungen genannt¹³⁶.

B.4.1.3 Preisempfehlungen: Allgemeines

101. Anders als im KG 1985 sind Empfehlungen im KG 1995 nicht mehr ausdrücklich aufgeführt, sondern fallen allenfalls unter den Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen¹³⁷. Als Empfehlungen gelten einseitige Anweisungen ohne rechtliche Durchsetzbarkeit, die z.B. von Verbänden oder Herstellern ihren Mitgliedern bzw. Händlern bekannt gegeben werden und einen wettbewerbsrechtlich relevanten Inhalt haben (z.B. Preisempfehlungen, -konditionen, -kalkulationsmethoden etc.)¹³⁸. Dabei ist anerkannt, dass z.B. Empfehlungen, beim Verkauf von Gütern Richt- oder Listenpreise einzuhalten, oder die öffentliche Bekanntgabe solcher Preise als „Preisinformationssystem“ eine „kollusive Preisfestsetzung unter Wettbewerbern zur Folge haben können“¹³⁹. Da die Abgabe von Informationen an die Öffentlichkeit, insbesondere über Preise, auf der einen Seite ein Mittel der Unternehmen darstellen kann, zu Geschäftsabschlüssen zu kommen, aber auf der anderen Seite auch Grundlage für abgestimmtes Verhalten unter Wettbewerbern sein kann¹⁴⁰, sind Empfehlungen generell weder als volkswirtschaftlich nützlich noch schädlich zu werten.

102. In der Lehre ist die Frage, unter welchen Umständen eine Empfehlung den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt, umstritten¹⁴¹. Nach der einen Lehrmeinung, die restriktiver ist als der an sich offene Wortlaut des Gesetzes, lassen sich Empfehlungen nur dann unter die gesetzliche Regelung subsumieren, wenn die Empfehlung von den betroffenen Unternehmen tatsächlich befolgt und damit ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken indiziert wird¹⁴². Wird die Empfehlung hingegen nicht befolgt, so fehlt es nach dieser Ansicht am wesentlichen Tatbestandselement des bewussten und gewollten Zusammenwirkens. Selbst wenn eine Empfehlung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, jedoch von den Empfehlungsempfängern nicht überwiegend befolgt wird, kann sie nicht als Wettbewerbsabrede gelten.

¹³⁴ Auf diese Pfadabhängigkeit weisen etwa hin: MATTHEW B. KREPPS, 1999, „Facilitating Practices and the Path-Dependence of Collusion“, *International Journal of Industrial Organization*, 17, S. 887 ff.; National Economic Research Associates, „Merger Appraisal in Oligopolistic Markets“, Office of Fair Trading, Research Paper 19, 1999, S. 86.

¹³⁵ SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 4 N 46.

¹³⁶ SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 4 N 46.

¹³⁷ Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 545, im Sonderdruck S. 79; SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 4 N 36; KÖCHLI/REICH (zit. in Fn. 130), Art. 4 N 14.

¹³⁸ PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Tercier/Bovet (Hrsg.), *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, Genf/Basel/München 2002, Art. 4 Abs. 1 N 27; KÖCHLI/REICH (zit. in Fn. 130), Art. 4 N 14.

¹³⁹ ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 374 m. w. H.

¹⁴⁰ ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 367 m. w. H.

¹⁴¹ Vgl. dazu KÖCHLI/REICH (zit. in Fn. 130), Art. 4 N 14 ff. m. w. Nw.

¹⁴² SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 4 N 36 ff.; ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 246; KÖCHLI/REICH (zit. in Fn. 130), Art. 4 N 16; MANI REINERT, Preisgestaltung, in: Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Basel/Genf/München 2005, N 4.5.

103. Eine zweite Lehrmeinung hält einer solchen Auslegung entgegen, dass dadurch das Bestreben des Gesetzgebers unterlaufen werde, den Begriff der Wettbewerbsabrede möglichst weit zu fassen. Empfehlungen seien als Wettbewerbsabreden zu betrachten, unabhängig davon, ob die Unternehmen sie befolgen oder nicht¹⁴³. Bei der Entscheidung, ob eine Empfehlung eine Wettbewerbsabrede darstelle, nur auf das Befolgen abzustellen, sei nicht mit dem Ziel des Gesetzgebers vereinbar, eine europakompatible Rechtslage zu schaffen. Schliesslich sei die Frage des Anwendungsbereiches des Kartellgesetzes nicht mit der Frage zu verwechseln, ob ein Verhalten nach dem Kartellgesetz erlaubt sei oder nicht¹⁴⁴.

104. Einer dritten Lehrmeinung zufolge genügt die Befolgung bei vertikalen Preisempfehlungen nicht, um den Tatbestand der Abrede zu erfüllen. Gemäss dieser Auffassung müssten die Preisempfehlungen vielmehr mit zusätzlichen Elementen (wie z.B. der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen) verbunden werden, damit von einer Abrede gesprochen werden kann¹⁴⁵. Einige Parteien haben im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag dem Sekretariat vorgeworfen, sich auf die falsche Literatur gestützt und diese dritte Lehrmeinung betreffend vertikale Abreden ignoriert zu haben¹⁴⁶. Gemäss Auffassung dieser Parteien ist die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen Voraussetzung für das Vorliegen einer vertikalen Abrede (bzw. einer Abrede über Festpreise).

105. In diesem Zusammenhang werfen diese Parteien dem Sekretariat auch vor, das europäische Recht nicht berücksichtigt zu haben¹⁴⁷. Sie sind der Auffassung, dass sowohl der Gesetzgeber als auch die Weko Verhaltensweisen, welche EU-konform seien, nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG subsumieren wollten. Gemäss Art. 4 lit. a Vertikal-GVO¹⁴⁸ würden unverbindliche Preisempfehlungen in der EU nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG fallen, soweit nicht mit Druck oder Anreizen auf ihre Realisierung hingewirkt werde.

106. Voraussetzung sowohl für horizontal als auch für vertikal abgestimmte Verhaltensweisen ist das Vorliegen eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens, das eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Anlässlich der Prüfung einer vertikal abgestimmten Verhaltensweise ist es naheliegend, die bei der Prüfung von horizontalen Abreden angewendeten Kriterien – einschliesslich des Befolgungsgrades – zu berücksichtigen. Daneben können zusätzliche Elemente berücksichtigt werden, welche darlegen, dass die Befolgung auf eine Abstimmung zurückzuführen ist. Die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen bilden solche Elemente, allerdings nicht die Einzigen. Vorliegend weisen denn auch andere Elemente auf eine abgestimmte Verhaltensweise hin.

107. In Zusammenhang mit Preisempfehlungen ist schliesslich Ziff. 11 Vert-BM¹⁴⁹ zu beachten: Abs. 1 dieser Bestimmung besagt, dass bei Preisempfehlungen von Herstellern an Weiterverkäufer oder Händler im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG vorliegt. Nach Abs. 2 fallen bei dieser Prüfung insbesondere die

¹⁴³ KILLIAS (zit. Fn. 138), Art. 4 Abs. 1 N 26 ff.

¹⁴⁴ KILLIAS (zit. Fn. 138), Art. 4 Abs. 1 N 28 f.

¹⁴⁵ MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, S. 91; BORER (zit. in Fn. 96), S. 160; PETER MÜNCH/CHRISTOPHE MAILLEFER/PATRICK HUNGER, Vertriebssysteme, in: Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Basel/Genf/München 2005, Rz. 7.50.

¹⁴⁶ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 170 ff.; Bayer, act. n° 556, Rz. 45 ff.

¹⁴⁷ Pfizer, act. n° 559, Rz. 155 ff.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 160 ff.; Bayer, act. n° 556, Rz. 51 ff.; für die Apotheken statt vieler s. act. n° 550, Abschnitt "Keine Wettbewerbsabrede".

¹⁴⁸ Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO).

¹⁴⁹ Bekanntmachung der Weko vom 2.7.2007 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikal-Bekanntmachung, Vert-BM); vgl. <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de> (Stand: 30.11.2009).

nachstehenden Umstände ins Gewicht, wobei selbstredend nicht alle Kriterien gleich schwer zu gewichten sind und nicht alle gleichzeitig erfüllt sein müssen:

- a. „der Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Weiterverkäufer oder Händler;
- b. der Umstand, dass die Preisempfehlungen mit der Ausübung von Druck oder der Gewährung spezifischer Anreize verbunden sind;
- c. der Umstand, dass Preisempfehlungen, die von Herstellern oder Lieferanten in Schweizerfranken auf den Produkten, Verpackungen oder in Katalogen etc. angebracht werden, nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind;
- d. der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland;
- e. der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Weiterverkäufer oder Händler befolgt werden.“

108. Ziff. 11 Vert-BM enthält sowohl „Aufgreifkriterien“, welche sich auf den Abredebegriff von Art. 4 Abs. 1 KG beziehen, als auch „Beurteilungskriterien“, welche die Frage der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der Abrede nach Art. 5 KG betreffen. Im Zusammenhang mit dem Abredebegriff sind insbesondere lit. a, b, c und e von Bedeutung, wobei es zu beachten gilt, dass einige davon auch für die Frage der Erheblichkeit relevant sind.

109. An dieser Stelle kann die Streitfrage, ob bzw. inwieweit die Preisempfehlung für das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsabrede befolgt werden muss, offen gelassen werden. Denn, entgegen den Behauptungen der Parteien, liegen verschiedene Elemente vor, welche das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise darlegen (vgl. Rz. 111 ff.).

B.4.1.4 Konkrete Preisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra

110. Die Parteien bestreiten das Vorliegen einer Abrede zwischen den Pharmaunternehmen und den Verkaufsstellen¹⁵⁰. Sie sind der Auffassung, dass es zu keinem bewussten und gewollten Zusammenwirken gekommen sei und dass die praktizierten Verhaltensweisen weder zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen noch eine solche bezwecken. Auf die vorgebrachten Argumente wird in den folgenden Abschnitten eingegangen.

B.4.1.4.1 Befolgungsgrad

111. Ein Element, welches auf das Vorliegen einer Abrede hinweisen kann, ist die Anzahl Adressaten, welche die Empfehlung grundsätzlich einhalten. In ihrer bisherigen Praxis im Rahmen horizontaler Abreden hat die Weko konkrete Empfehlungen, welche von 81%¹⁵¹ und 74 %¹⁵² der Empfehlungsempfänger befolgt wurden, als abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert

112. Die Auswertung der 799¹⁵³ Fragebögen hat Folgendes ergeben: In der Schweiz legten in den Jahren 2005 und 2006 81.7%¹⁵⁴ der SD-Ärzte und 89.3%¹⁵⁵ der Apotheken die Publi-

¹⁵⁰ Bayer, act. n° 556, Rz. 44 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 117 ff.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 171 ff.; für die Apotheken statt vieler s. act. n° 553, Abschnitt “Keine Wettbewerbsabrede”.

¹⁵¹ RPW 2001/3, S. 515 f. Rz. 23 (SUMRA/Distribution de montres).

¹⁵² RPW 2003/2, S. 280 Rz. 60 (Fahrschule Graubünden).

¹⁵³ Im Rahmen der Untersuchung wurden 419 Fragebögen durch SD-Ärzte und 380 durch Apotheken beantwortet. Anlässlich der Auswertung konnten nur 290 Fragebögen von SD-Ärzten und 373 Fragebögen von Apotheken berücksichtigt werden. In den anderen Fällen wurden von den jeweiligen Verkaufsstellen keine Medikamente verkauft.

kumspreise für die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra in Übereinstimmung mit dem empfohlenen Preis fest. Die restlichen 18.3% bzw. 10.7% legten die Preise unabhängig vom empfohlenen Publikumspreis fest, mehrheitlich mit Abweichungen nach unten von 1,5% bis mehr als 5%.

Tabelle 2: Preispolitik der SD-Ärzte und Apotheken in Zusammenhang mit Cialis, Levitra und Viagra in der Schweiz (Stand anfangs 2007)

Preispolitik	SD- Ärzte	Apotheken
Einhaltung der PPE (inkl. Rabatt)	81.7%	89.3%
Keine Einhaltung der PPE	18.3%	10.7%
Total	100.0%	100.0%

Quelle: Auswertung Fragebögen; Berechnung: Sekretariat.

113. Entgegen den Ausführungen der Parteien¹⁵⁶ sind an dieser Stelle diejenigen Verkaufsstellen, welche angegeben haben, die PPE grundsätzlich einzuhalten, als Abredeteilige zu berücksichtigen, auch wenn sie Rabatte gewähren. Die Tatsache, dass Rabatte gewährt werden, ist erst im Zusammenhang mit den Auswirkungen der Abreden auf dem Markt relevant, weshalb dieser Umstand auch dort berücksichtigt wird (s. Rz. 210 ff.). Es ist nämlich darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Analyse zwei Arten von Befolgungsgraden unterschieden werden müssen: Der erste Befolgungsgrad, der anlässlich der Beurteilung betreffend das Vorliegen einer Abrede relevant ist, bezieht sich auf die Anzahl Verkaufsstellen, welche angegeben haben, Viagra, Cialis und Levitra grundsätzlich zum empfohlenen Publikumspreis zu verkaufen. Der zweite Befolgungsgrad gibt dagegen die Anzahl Packungen wieder, welche von den Verkaufsstellen zum empfohlenen Publikumspreis verkauft wurden, und spielt erst bei den Auswirkungen der Abreden auf dem Markt eine Rolle.

114. Pfizer und Eli Lilly haben zusammen RBB Economics (RBB) beauftragt, Stellung zum Antrag des Sekretariats und insbesondere zu dem vom Sekretariat berechneten Befolgungsgrad sowie zu den vom Sekretariat dargestellten Auswirkungen der PPE auf den Markt zu nehmen¹⁵⁷. In seinem Gutachten kommt RBB zum Schluss, dass der tatsächliche Einhaltungsgangrad in Wirklichkeit viel tiefer als der vom Sekretariat berechnete sei.

115. Die von RBB vorgebrachten Argumente beziehen sich hauptsächlich auf die Anzahl Packungen, welche zum empfohlenen Publikumspreis verkauft wurden. Auf diese wird dementsprechend im Zusammenhang mit der Analyse der Auswirkungen der PPE auf den Markt eingegangen (s. Rz. 208). An dieser Stelle sind folgende Ausführungen betreffend das Gutachten RBB relevant:

116. RBB unterscheidet nicht zwischen zwei Arten von Befolgungsgraden und ist insbesondere der Auffassung, dass auch im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Abrede vorliegt, auf die Auswirkungen auf dem Markt Bezug genommen werden muss¹⁵⁸. RBB berechnet dennoch auch einen Befolgungsgrad anhand der Anzahl Verkaufsstellen und kommt zu ei-

¹⁵⁴ 237 SD-Ärzte von insgesamt 290 berücksichtigten Antworten haben auf die Frage „Entspricht der empfohlene Preis für die drei Medikamente dem Publikumspreis?“ mit ja geantwortet.

¹⁵⁵ 333 Apotheken von 373 berücksichtigten Antworten haben auf die Frage „Entspricht der empfohlene Preis für die drei Medikamente dem Publikumspreis?“ mit ja geantwortet.

¹⁵⁶ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 77 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 234; für die Apotheken statt vieler s. act. n° 502, Abschnitt „Zu den einzelnen vom Sekretariat geprüften Kriterien“.

¹⁵⁷ Das Gutachten RBB findet sich in folgenden Akten: Pfizer, act. n° 559, Beilage 1 sowie Eli Lilly, act. n° 557, Beilage 6.

¹⁵⁸ S. Eli Lilly, act. n° 582, S. 3.

nem Befolgungsgrad für die Jahre 2004 bis 2006 für Viagra¹⁵⁹ (50mg x 12) von 68.1%, 65% und 66% und für Cialis (20mg x 8) von 61.3%, 57.7% und 20.6%¹⁶⁰.

117. Diese Zahlen unterscheiden sich von denjenigen in Tabelle 2. Die abweichenden Ergebnisse sind insbesondere darauf zurückzuführen, dass RBB bei diesen Berechnungen – zu Unrecht – auf die durchschnittlichen Verkaufspreise der tatsächlich verkauften Packungen abstellt, anstatt die von der jeweiligen Verkaufsstelle angegebene Preispolitik als massgebend zu betrachten (vgl. Rz. 113). Des Weiteren sind die unterschiedlichen Ergebnisse auch darauf zurückzuführen, dass RBB nur diejenigen Fragebögen ausgewertet hat, in welchen auch Angaben zu den tatsächlich verkauften Packungen (Umsatz und Menge) enthalten waren. An den in Tabelle 2 wiedergegebenen Befolgungsgraden von 81.7% für die SD-Ärzte und 89.3% für die Apotheken ist somit festzuhalten.

118. Insofern zeigt sich auch, dass die Argumente der Parteien, die PPE seien als nicht verbindliche „grobe Orientierungshilfe für den Apotheker, Drogisten oder den selbstdispensierenden Arzt gedacht“¹⁶¹ und die Apotheker würden „den effektiven Publikumspreis selbstständig, ausgehend von den jeweiligen Rahmenbedingungen (Kostenstruktur des Betriebes, kaufmännisches Geschick des Geschäftsinhabers etc.)“ festlegen¹⁶², nicht der gelebten Realität entsprechen. Die Pharmaunternehmen kennen aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung die Gegebenheiten auf dem Schweizer Medikamentenmarkt bestens. Auch wenn sie – wie sie geltend machen – keine Überprüfung der Befolgung der Publikumspreise durchgeführt haben¹⁶³, dürften sie kaum ernsthaft bestreiten, sich bewusst zu sein, dass die von ihnen veröffentlichten PPE von den Verkaufsstellen nicht bloss als grobe Orientierungshilfe, sondern häufig als Preisvorgabe wahrgenommen und auch verwendet werden (s. Rz. 126, Rz. 262 und Rz. 292).

119. Unter den gegebenen Umständen ist das Vertrauen darauf, dass die „Fachpersonen mit der gegenwärtigen Rechtslage vertraut sind und wissen, dass der effektive Publikumspreis durch die Abgabestelle (Apotheke, Drogerie, SD-Arzt) festgelegt wird“¹⁶⁴, sowie dass diese die empfohlenen Preise nicht einhalten, sondern den Preis selbstständig festlegen, als wenig glaubwürdig zu betrachten. Dies auch aufgrund der Rolle einiger Datenbanken in diesem Sektor, welche die Kollusion zwischen den Marktakteuren begünstigen (Rz. 41 ff.). Die Versuchung für eine Apotheke, die an der Kasse eingelesene PPE tatsächlich einzuhalten, ist stark, zumal dieser Vorgang der Apotheke auch zugute kommt (vgl. Rz. 123 ff. und Rz. 134 ff.).

120. Auch die Hinweise, seit dem Markteintritt von Gruppen wie Sunstore oder Amavita hätte sich der Wettbewerb generell intensiviert und es sei auch der „Verzicht auf Taxpunkte“¹⁶⁵ zu beobachten, um Marktvorteile zu erzielen¹⁶⁶, sind für das vorliegende Verfahren unbehilflich: [...¹⁶⁷; ...¹⁶⁸]. Andererseits sind für die Hors-Liste Medikamente Cialis, Levitra und Viagra

¹⁵⁹ RBB (zit. in Fn. 157), S. A10.

¹⁶⁰ RBB (zit. in Fn. 157), S. A13.

¹⁶¹ Vgl. Bayer, act. n° 73, Antwort 2; Eli Lilly, act. n° 37, Antwort 3.a.; Pfizer, act. n° 47, Antwort 2.

¹⁶² Bayer, act. n° 73, Antwort 3.a.

¹⁶³ Bayer, act. n° 73, Antwort 3.a. und b.; Eli Lilly, act. n° 37, Antwort 3.b.; Pfizer, act. n° 47, Antwort 3.b., 8.b.

¹⁶⁴ Bayer, act. n° 73, Antwort 2.

¹⁶⁵ Gemeint sind wohl primär die Apotheker- und die Patientenpauschale im Rahmen der LOA (Leistungsorientierte Abgeltung der Apothekerdienstleistungen). Vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. h KVG, Art. 4a Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Krankenpflege-Leistungsverordnung (KLV; SR 832.112.31) und den LOA-Tarifvertrag II (LOA II; www.pharmasuisse.org/de/media/themenswerpunkte/LOA/SAVTarifvertragD.pdf [Stand: 30.11.2009]).

¹⁶⁶ So Bayer, act. n° 344, Antwort 5, 6.

¹⁶⁷ [act. n° ...]; [act. n° ...].

keine Taxen vorgesehen. Die LOA darf nur bei SL-Medikamenten der Listen A und B (Rezeptpflicht) erhoben werden („SL-Rx-Medikamente“). Bei Hors-Liste Medikamenten (sowohl Rx als auch OTC¹⁶⁹) darf keine Apotheker- oder Patientenpauschale verrechnet werden, also auch nicht für Cialis, Levitra und Viagra.

121. Ob eine bestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung effektiv *bezweckt*, ist für den Abredebegriff nach Art. 4 Abs. 1 KG im Übrigen nicht vorausgesetzt. Vielmehr ist es genügend, wenn die Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung *bewirkt*. Als was die Empfehlungen von den Pharmaunternehmen „gedacht“ sind und auf was die Pharmaunternehmen „vertrauen“, ist für das Tatbestandsmerkmal der Abrede folglich irrelevant, sofern die Empfehlungen auf dem Markt – wie vorliegend (vgl. Rz. 112 und Rz. 202 ff.) – faktisch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken.

122. Entgegen der Auffassung der Parteien¹⁷⁰ stellt vorliegend die Befolgung nicht das einzige Indiz für eine Abrede dar, sondern es liegen vielmehr zusätzliche Elemente vor, welche darlegen, dass die Befolgung eine Verhaltensabstimmung darstellt. Den folgenden Abschnitten (Rz. 123 ff., Rz. 134 ff. und Rz. 144 ff.) ist zu entnehmen, dass die Veröffentlichung von PPE und deren Befolgung aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen darstellen, welche als Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind.

B.4.1.4.2 Früheres kollusives Verhalten („Sanphar“)

123. Dass die Preisempfehlungen als Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG zu betrachten sind, wird auch durch die Tatsache unterstützt, dass eine der Grundideen der damaligen Margenordnung Sanphar, wie im Folgenden gezeigt wird, zumindest zum Teil bis heute überlebt hat.

124. Im Rahmen des ehemaligen Vereins Sanphar wurden zwischen den Herstellern, Grossisten und Verkaufsstellen Vereinbarungen geschlossen, welche u.a. darin bestanden, auf Stufe der Fachhändler und der SD-Ärzte die Höchstmargen durch die zwischen allen Marktpartnern vereinbarte Margenordnung in Prozenten des Publikumspreises oder in festen Frankenbeträgen zu fixieren¹⁷¹. Schon im Jahre 2000 hielt die Weko in ihrer Verfügung fest, dass durch die zur Beurteilung stehende Abrede die Verkaufspreise der Fachhändler und SD-Ärzte direkt fixiert wurden: „Der Preis als Wettbewerbsparameter wird ausgeschaltet. Die Margenordnung der Sanphar führt unter den Fachhändlern und SD-Ärzten zu einer Ausschaltung des Preiswettbewerbs. Die Margenordnung bewirkt, dass die grosse Mehrzahl aller Medikamente in einer definierten Mengeneinheit (z.B. ein Medikament oder ein ganzes Bündel), in einer festgelegten Qualität (eines bestimmten Herstellers, in einer bestimmten Darreichung) und zu einem gegebenen Zeitpunkt von den SD-Ärzten und Fachhändlern in der Schweiz den Konsumenten (Patienten) zum selben Preis angeboten werden“¹⁷². Die Weko stellte fest, dass die Festlegung der Margen für den gesamten Fachhandel und für die SD-Ärzte eine unzulässige Preisabrede darstellte¹⁷³. Entsprechend hat die Weko mit Verfü-

¹⁶⁸ [REDACTED] (Bayer, act. n° 344, Antwort 6).

¹⁶⁹ „Over The Counter“ (über den Ladentisch) Medikamente sind in Apotheken, Drogerien, Arztpraxis sowie Spitäler ohne Rezept erhältlich.

¹⁷⁰ Bayer, act. n° 556, Rz. 44 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 106 ff.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 171 ff.; für die Apotheken statt vieler s. act. n° 553, Abschnitt „Keine Wettbewerbsabrede“.

¹⁷¹ M. a. W. kam dem Fachhandel (Apotheken und Drogerien) eine bestimmte in Prozent des Verkaufspreises des Medikaments berechnete Marge zu. Vgl. die Verfügung der Weko vom 7. Juni 2000, RPW 2000/3, S. 320 ff. Rz. 1 ff., insb. S. 373 Rz. 132 (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

¹⁷² RPW 2000/3, S. 379 Rz. 144 i.V.m. 168 und 197 (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

¹⁷³ RPW 2000/3, S. 379 Rz. 143 (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

gung vom 7. Juni 2000 die Margen- und Rabattordnung von Sanphar unter Sanktionsandrohung für den Widerhandlungsfall verboten¹⁷⁴.

125. Wie den folgenden Ausführungen entnommen werden kann, hat sich im Laufe des Verfahrens gezeigt, dass eine der Grundideen der damaligen Margenordnung – nämlich einheitliche Margen und somit im Ergebnis einheitliche Publikumspreise – bis heute überlebt hat. Dies zeigt sich daran, dass einerseits die Pharmaunternehmen die PPE für Cialis, Levitra und Viagra immer noch unter Anwendung der damaligen Margenordnung berechnen und andererseits die Verkaufsstellen die kommunizierten PPE erwarten und überwiegend immer noch einhalten.

126. Am 22. Juni 2004 hat Pfizer den Apotheken ihre Absicht mitgeteilt, die Berechnungsmethode für die PPE umzustellen und diese nicht mehr nach der sogenannten „Marktordnung“¹⁷⁵, sondern nach der Formel des BAG für SL-Medikamente (LOA) zu berechnen¹⁷⁶. Wie aus Tabelle 3 zu entnehmen ist, führt die Berechnung nach dieser Methode zu einer tieferen Marge und einem tieferen Verkaufspreis als nach der Margenordnung Sanphar (s. auch Tabelle 4). Die Verkaufsstellen reagierten sehr schnell, heftig und negativ auf die Herabsetzung der Preise und der Margen, was Pfizer dazu veranlasste, die PPE vorerst nicht mehr zu publizieren¹⁷⁷. Dies löste allerdings noch heftigere Reaktionen seitens der Verkaufsstellen aus (vgl. Rz. 136). In der Folge gab Pfizer nach, erhöhte die PPE auf den alten Stand – indem sie die PPE wieder nach der „alten Berechnungsformel“ zur Verfügung stellte¹⁷⁸ – und veröffentlichte sie auch wieder¹⁷⁹. Pfizer berechnet die PPE für Viagra auch heute noch nach der Margenordnung Sanphar¹⁸⁰.

Denn die Berechnung der PPE für Cialis, Levitra und Viagra nach der Formel des BAG für SL-Produkte führt zu den folgenden Resultaten:

¹⁷⁴ RPW 2000/3, S. 395 f., Dispositiv (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

¹⁷⁵ In einem Brief vom Juli 2004 an die Apotheken (act. n° 269, Beilage 2) erwähnt Pfizer, dass „in ihrem Schreiben vom August 2001 IHA [erwähnt], dass Galexis, Publikumspreise für nicht SL-Produkte, nach der sogenannten „Marktordnung“ berechnet, welche notabene seit der Einführung des HMG's keine Gültigkeit mehr hat“. Gemeint ist damit die im Rahmen von Sanphar angewendete Margenordnung; vgl. auch Pfizer, act. n° 317, Antwort 5a.

¹⁷⁶ Pfizer, act. n°269, Beilage 1.

¹⁷⁷ In ihrem Schreiben vom Juli 2004 (act. n°269, Beilage 2) teilte Pfizer den Apotheken ihre Absicht mit, e-mediat die PPE nicht mehr zu kommunizieren.

¹⁷⁸ Pfizer, act. n° 269, Antwort 2a, Beilage 2 und Beilage 3.

¹⁷⁹ Zum Ganzen: Pfizer, act. n° 269, Antwort 2a; act. n° 317, Antworten 3, 9 und 10.

¹⁸⁰ Pfizer, act. n° 235, Antwort 23a.

¹⁸¹ Bayer gibt an, [...] (Bayer, act. n° 221, Antwort 22a sowie act. n° 556, Rz. 80). Eli Lilly macht geltend, [...] (Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 102).

Tabelle 3: Vergleich zwischen den von Bayer, Eli Lilly und Pfizer empfohlenen Publikumspreisen und den hypothetischen Preisen, welche in Anwendung der Formel des BAG für SL-Medikamente (LOA) resultieren würden, für die zwei meistverkauften Medikamente jedes Pharmaunternehmens im Jahr 2006

in CHF	Empfohlene Publikumspreise*	Publikumspreise gemäss SL-System*	Δ
CIALIS (20x8)	165.47	149.02	-11.0%
CIALIS (20x12)	245.13	215.53	-13.7%
VIAGRA (50x12)	207.54	166.65	-24.5%
VIAGRA (100x12)	237.87	201.15	-18.3%

*ohne MWSt

Quelle: Bayer, Eli Lilly und Pfizer; Berechnung: Sekretariat.

127. Von der bis in das Jahr 2000 bestehenden Marktordnung Sanphar hatten – soweit ersichtlich – praktisch alle Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen Kenntnis. Zumindest waren sich die Marktteilnehmer bewusst, dass ein bestimmtes Produkt auf dem Markt weitgehend zum selben Preis angeboten wird.

128. Wie unten in Rz. 202 ff. ausgeführt, hat sich auch mehrere Jahre nach Auflösung des Vereins Sanphar das Verhalten dieser Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen nicht grundlegend geändert. Obwohl der Verein formell nicht mehr besteht, halten die Verkaufsstellen die von den Pharmaunternehmen veröffentlichten PPE *de facto* weitgehend ein.

129. Aufgrund der heterogenen Strukturen auf Seiten der Verkaufsstellen hätte die Aufhebung der unzulässigen Margen- und Rabattordnung Sanphar vor beinahe zehn Jahren bei funktionierendem Wettbewerb dazu führen müssen, dass ein nennenswerter Teil der Apotheken und SD-Ärzte unterschiedliche Preise für verschreibungspflichtige Hors-Liste Medikamente verlangt. *De facto* blieb die starre Preisordnung aufgrund der PPE auch im Hors-Liste Bereich jedoch bis heute nahezu unverändert erhalten. Würde jede einzelne Apotheke und jeder SD-Arzt den Verkaufspreis für jedes einzelne dieser drei Hors-Liste Medikamente nach betriebswirtschaftlichen Kriterien berechnen, so wäre die Wahrscheinlichkeit gering, dass 81.7% der SD-Ärzte und 89.3% der Apotheken (vgl. Tabelle 2) zu einem identischen Verkaufspreis kommen: Namentlich zu dem Betrag, den die Pharmaunternehmen unter Anwendung der Margenordnung unverbindlich empfehlen. Vielmehr müssten die Verkaufsstellen je nach Gewichtung der verschiedenen Preisfaktoren wie Personalkosten, Miete Verkaufslokal, Umsatzvolumen mit den einzelnen Verkaufseinheiten der drei Medikamente zum Ergebnis kommen, dass diese zu höheren oder zu tieferen als den empfohlenen Publikumspreisen abgegeben werden können. Die weitgehende Befolgung der PPE und die daraus resultierende Einheitlichkeit der Preise ist folglich ein Indiz dafür, dass die Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen davon abgesehen haben, für die Verkaufseinheiten der drei Medikamente eine unternehmens- bzw. produktspezifische Preisberechnung vorzunehmen. Die vorliegende Einheitlichkeit spricht vielmehr für eine abgestimmte Verhaltensweise.

130. Entgegen der Auffassung der Parteien¹⁸², welche den Einfluss von Sanphar auf den vorliegenden Sachverhalt verneinen, belegen diese Umstände, dass die ehemalige Margenordnung Sanphar bzw. deren „ratio“, die im Ergebnis auch einheitliche Publikumspreise vorsah, faktisch weiterhin das Verhalten wichtiger Marktteilnehmer massgeblich beeinflusst. Die ehemalige Preisabrede und somit die historische Gewissheit, dass ein bestimmtes Medikament in einer definierten Mengeneinheit, in einer festgelegten Qualität und

¹⁸² Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 98 ff., 108 ff., 183 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 120 ff., 285 ff.; Bayer, act. n° 556, Rz. 80 ff.; für die Apotheken statt vieler s. act. n° 526, Abschnitt "Zu den einzelnen vom Sekretariat geprüften Kriterien".

zu einem gegebenen Zeitpunkt in der Schweiz zum gleichen Preis angeboten wurde¹⁸³, dienen auch heute noch als kooperationsförderndes Element, mit dessen Hilfe die Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen der drei Medikamente das Verhalten ihrer Konkurrenten antizipieren und sich angleichen bzw. aufeinander abstimmen können¹⁸⁴.

131. Dabei steht heute nicht mehr eine Margen- und Rabattordnung im Zentrum, sondern die Veröffentlichung und die weitgehende Befolgung von PPE durch die Pharmaunternehmen und die Verkaufsstellen. Indem einerseits alle drei Pharmaunternehmen – gestützt auf die Margenordnung Sanphar – PPE für die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra abgeben und andererseits fast alle Verkaufsstellen diese Empfehlungen in den meisten Fällen einhalten und dadurch abschätzen können, wie sich die Anderen verhalten, gelingt ihnen der Ausschluss des Risikos freien Wettbewerbs. Die ehemalige Preisabrede stellt somit zumindest eine Mitursache für das heute vorliegende System der weitgehend eingehaltenen PPE dar.

132. Auch aus diesen Gründen erhellt, dass das Verhalten der Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen von Cialis, Levitra und Viagra eine abgestimmte Verhaltensweise der Marktteilnehmer und damit eine Wettbewerbsabrede i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG darstellt.

133. Pfizer und Eli Lilly bestreiten den Einfluss von Sanphar auch anhand einer von RBB durchgeführten Margendispersionsanalyse. Auf dieses Argument wird in Rz. 138 eingegangen.

B.4.1.4.3 Berücksichtigung der Interessenlage der beteiligten Unternehmen

134. Zur Beantwortung der Frage, ob Preisempfehlungen eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen oder nicht, können weitere Kriterien herangezogen werden. Ein solches Kriterium bildet der Umstand, dass die Preisempfehlungen mit der Ausübung von Druck oder der Gewährung spezifischer Anreize verbunden sind (vgl. Ziff. 11 Abs. 2 lit. b Vert-BM sowie Rz. 104 ff.). Als weiteres Kriterium wird in der Lehre ausgeführt, dass Preisempfehlungen, welche der Hersteller völlig einseitig und ohne Anregung von Seiten seiner Abnehmer abgibt, eher gegen eine Abstimmung des Verhaltens sprechen. Umgekehrt sind Empfehlungen eines Herstellers, welche auf Anregung gewisser Abnehmer erfolgen, tendenziell abgestimmte Verhaltensweisen¹⁸⁵.

135. Entsprechend dürfte es bei Preisempfehlungen, welche der Hersteller ausschliesslich in seinem Interesse abgibt, weil er vermeiden möchte, dass seine Produkte auf der Handelsstufe zu unterschiedlichen Preisen angeboten werden, an der Koordination fehlen. Bei Preisempfehlungen hingegen, die auch oder sogar überwiegend im Interesse der Empfehlungsempfänger abgegeben werden, liegt eine Abstimmung der Verhaltensweise nahe.

136. Vorliegend ist es nicht so, dass die Pharmaunternehmen Druck auf die Verkaufsstellen ausüben, damit diese die PPE einhalten. Es ist vielmehr umgekehrt so, dass – zumindest nach der subjektiven Einschätzung mindestens eines Pharmaunternehmens – ein gewisses Drohpotenzial seitens der Verkaufsstellen aufgebaut worden ist: Pfizer führt aus, dass sie im Jahr 2004 die Kommunikation der PPE einstellen wollte, was Unverständnis und Proteste seitens der Apotheken auslöste (vgl. Rz. 126)¹⁸⁶. Die Verkaufsstellen stellten sich zur Wehr und drohten zum Teil damit, alle Medikamente von Pfizer, die Substitute haben, aus dem Sortiment zu nehmen, wenn Pfizer keine PPE für Hors-Liste Medikamente mehr angeben würde. Pfizer sah sich deshalb – nach eigenen Angaben – gezwungen, wieder „unverbindli-

¹⁸³ RPW 2000/3, S. 379 Rz. 142 (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

¹⁸⁴ Vgl. RPW 2003/2, S. 279 Rz. 33 m. w. Nw. (Fahrschule Graubünden).

¹⁸⁵ Vgl. ZACH (zit. in Fn. 93), Rz. 375.

¹⁸⁶ Zum Ganzen Pfizer, act. n° 235, Antwort 21d., 22a. und act. n° 317, Antwort 9b. Auch anlässlich der Anhörung hat Pfizer wiederholt, dass sie als „Hersteller [...] erheblichen Druck von Apotheken [haben], dass PPE kommuniziert werden“ (Pfizer, act. n° 590, S. 8).

che Publikumspreisempfehlungen“ zu kommunizieren. [REDACTED]

[REDACTED] Vorliegend kann offen bleiben, wie bedrohlich und nachteilhaft dieses Boykottpotenzial der Verkaufsstellen für die Pharmaunternehmen effektiv wäre.

137. Neben dem Aspekt der Drohung kommt hinzu, dass sich zwar die an den Abreden Beteiligten nicht gegenseitig spezifische Anreize setzen, sie aber alle davon ausgehen, dass die Abgabe und die Einhaltung der PPE mit Vorteilen verbunden ist. Denn es steht ausser Diskussion, dass die Pharmaunternehmen selbst ein Interesse an der Veröffentlichung von PPE haben¹⁸⁹. Einerseits sollen diese die Verkaufsstellen davon abhalten, für die Medikamente zu hohe Preise zu verlangen, was der Reputation des Medikaments schaden könnte (s. Rz. 292 ff.) und das Medikament gar „zerstören“ würde¹⁹⁰. Andererseits dienen die PPE jedoch auch dazu, dass den Verkaufsstellen – ähnlich dem ehemaligen Sanphar-Modell – eine erhebliche Marge gesichert wird, welche höher ist als bei den SL-Medikamenten¹⁹¹ (s. Tabelle 4). Dies wiederum hat für die Pharmaunternehmen den Vorteil, dass die Verkaufsstellen die Höhe des Ex-factory Preises weniger in Frage stellen. Die Boykottdrohungen der Apotheken gegenüber Pfizer haben nämlich gezeigt, dass die Apotheken nicht nur die Kommunikation von PPE wollen, sondern vielmehr, dass sie PPE wollen, welche ihnen eine interessante Marge einräumen. Die Art und Weise, wie die Pharmaunternehmen die PPE berechnen, erfolgt im Hinblick auf diese Erwartungen und stellt für die Apotheken einen Anreiz dar, die PPE auch einzuhalten. Dank den PPE können die Verkaufsstellen ihre Position gegenüber den Kunden verbessern, Diskussionen über Rabatte vermeiden und dadurch höhere Preise durchsetzen. Neben der hohen Marge haben die Verkaufsstellen weitere Vorteile, wenn die PPE weitgehend eingehalten werden: Dank der Koordination laufen sie kaum Gefahr, an andere Verkaufsstellen, die für das Medikament einen tieferen Preis verlangen, Kundschaft zu verlieren. Es erstaunt somit wenig, dass sich Pfizer im Jahr 2004 mit energischen Protesten und sogar Boykottdrohungen konfrontiert sah, als sie versuchte, keine PPE mehr zu veröffentlichen. Sowohl die Pharmaunternehmen als auch die Verkaufsstellen profitieren von diesem System und haben finanzielle Anreize, es aufrechtzuhalten.

138. RBB kommt in seiner Margendispersionsanalyse zum Schluss, dass die meisten Margen für Viagra und Cialis unterhalb der Sanphar Marge liegen, weshalb RBB keine Grundlage sehe, daraus zu schliessen, dass die Margen für diese zwei Medikamente eng um die Sanphar Marge gestreut seien¹⁹². Die von RBB durchgeführten Berechnungen sind allerdings vorliegend nicht massgebend. Denn RBB geht in seinen Berechnungen nicht von den PPE, sondern von den durchschnittlichen Verkaufspreisen aus. In der vorgenommenen Margendispersionsanalyse wird somit von RBB versucht, die tatsächlich einkassierten Margen wiederzugeben¹⁹³. Massgebend im Hinblick auf das Vorliegen einer Abrede ist jedoch die Art und Weise, wie die Margen von den Pharmaunternehmen berechnet werden (Vgl. auch Rz. 113). Die für Cialis, Levitra und Viagra von Eli Lilly, Bayer und Pfizer berechneten Margen sind in Tabelle 4 wiedergegeben.

139. [REDACTED]

[REDACTED] Dennoch sind auch die Margen für Cialis näher bei den Margen Sanphar als bei denjenigen für SL-

187

[REDACTED] (vgl. Bayer, act. n° 344, Antwort 7a, 7d, 9b).

188 Bayer, act. n° 344, Antwort 7e, 8.

189

[REDACTED] (Bayer, act n° 344, Antwort 8 und 18).

190 Eli Lilly, act n° 244, Antwort 21a; Pfizer, act n° 317, Antwort 15.

191 Gemäss Angaben von Bayer [...] (Bayer, act n° 344, Antwort 11a).

192 RBB (zit. in Fn. 157), S. A19.

193 S. auch Kritik an RBB in Rz. 208 f.

Medikamente und sind aus Apothekensicht hoch und damit interessant genug, um das beschriebene System aufrechtzuerhalten.

Tabelle 4: Vergleich der Margen der PPE mit den hypothetischen Margen, welche in Anwendung der Formel des BAG für SL-Medikamente (LOA) und der Formel der Marktordnung Sanphar entstehen würden für die zwei meistverkauften Medikamente jedes Pharmaunternehmens im Jahr 2006

	Empfohlene Publikumpreise in CHF	Marge bei empfohle- nen Publikumpreisen	Marge gemäss Sanphar	Δ	Marge gemäss SL-System	Δ
CIALIS (20x8)	165.47	31.73%	39.28%	7.5%	22.38%	-9.4%
CIALIS (20x12)	245.13	30.88%	35.03%	4.2%	19.50%	-11.4%
VIAGRA (50x12)	207.54	38.36%	37.85%	-0.5%	21.39%	-17.0%
VIAGRA (100x12)	237.87	33.90%	35.03%	1.1%	19.96%	-13.9%

Quelle: Bayer, Eli Lilly und Pfizer; Berechnung: Sekretariat.

140. Eli Lilly und Pfizer führen aus, dass es nicht stimme, dass die Pharmaunternehmen ein Interesse an einer hohen Marge hätten, damit die Verkaufsstellen den Ex-factory Preis nicht in Frage stellen¹⁹⁴. Ihrer Meinung nach sei genau das Gegenteil der Fall: Jedes Pharmaunternehmen wolle zu einem gegebenen Ex-factory Preis möglichst viele Einheiten verkaufen und deshalb die Margen des Gross- und Einzelhandels tief halten. Das Interesse der Pharmaunternehmen am faktischen Setzen einer Obergrenze, unabhängig davon, ob diese befolgt werde, liege darin, zu hohe Endverkaufspreise zu verhindern, was sich negativ auf die verkaufte Menge auswirken würde.

141. Diese Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Der Wettbewerb zwischen den drei Produkten findet auf Stufe Arzt statt und beruht hauptsächlich auf Qualität und Wirksamkeit des Produktes (s. Rz. 220 ff.). Der Preis spielt erst auf Stufe Apotheke eine wichtige Rolle, beim Kauf des Medikaments. Da auf dieser Stufe allerdings kein Interbrand Wettbewerb zwischen den Medikamenten („in shop competition“) möglich ist, wirken sich zu hohe Publikumsverkaufspreise primär negativ auf den Gewinn der Verkaufsstellen und nicht auf denjenigen der Hersteller aus, zumal der Preisunterschied zwischen den drei Medikamenten gering ist. Überhöhte Verkaufspreise führen somit nicht dazu, dass das bereits verschriebene Medikament nicht gekauft wird, sondern dass dieses in einer anderen (billigeren) Apotheke gekauft wird. Wären die Pharmaunternehmen tatsächlich an tiefen Margen auf Stufe Einzel- und Grosshandel interessiert, würden sie die für diese Stufen vorgesehenen Margen nicht nach dem Modell Sanphar berechnen.

142. Entgegen den Vorbringen der Parteien¹⁹⁵ würde auch die Berücksichtigung der LOA-Apothekertaxen von 4.30 Franken pro Medikament (2006) zu keinem anderen Ergebnis führen. Tabelle 4 ist zu entnehmen, dass die Margen der PPE von Viagra und [REDACTED] diejenigen von Cialis 4.2 bis 7.5% von den Sanphar Margen abweichen. Die Berücksichtigung der LOA-Apothekertaxen, welche zwischen 2% (bei den teuersten Packungen) bis 4% (bei den billigsten Packungen) ausmachen, hat keinen Einfluss auf diese Feststellung. Pfizer berücksichtigte die LOA-Taxen in ihrem Schreiben an die Verkaufsstellen entsprechend auch nicht¹⁹⁶. Hinzu kommt, dass in der Praxis die Apothekertaxen für SL-Medikamente selten erhoben werden. Selbst unter Einbezug der LOA-Taxen geht hervor,

¹⁹⁴ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 106; Pfizer, act. n° 559, Rz. 287.

¹⁹⁵ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 98 ff., 108 ff., 183 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 120 ff., 285 ff.; Bayer, act. n° 556, Rz. 80 ff.

¹⁹⁶ Pfizer, act. n° 269, Beilage 1.

dass sich die bei den PPE eingerechneten Margen näher an den Margen Sanphar als an denjenigen der SL-Medikamente befinden. Dies ergibt sich auch aus dem Gutachten RBB.

143. Das eigene wirtschaftliche Interesse von Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen an den PPE und der darüber hinaus aufgebaute Druck der Verkaufsstellen auf die Pharmaunternehmen sind weitere Indizien für eine abgestimmte Verhaltensweise.

B.4.1.4.4 Weitere Kriterien

144. Abschliessend ist in diesem Zusammenhang noch die Form der Publikation der PPE zu untersuchen. Ziff. 11 Abs. 2 Vert-BM erwähnt den Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Weiterverkäufer oder Händler (lit. a) sowie den Umstand, dass Preisempfehlungen nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet werden (lit. c).

145. Zwar werden die Preisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra an sich „öffentlich“ im Internet publiziert; im „Arzneimittel-Kompendium der Schweiz“ von Documed¹⁹⁷ sowie auf den Internetseiten der Pharmaunternehmen (Letzteres gilt nicht für Levitra)¹⁹⁸. Bei diesem Arzneimittel-Kompendium handelt es sich jedoch vielmehr um Fachinformationen für die betroffenen Kreise (insbesondere Ärzte, Apotheken, Spitäler etc.) als um eine Informationsquelle für das breite Publikum¹⁹⁹. Es ist davon auszugehen, dass nur ein enger Kreis von Patienten oder anderen interessierten Personen diese Preisinformationen sucht und findet. Zudem ist es gemäss Art. 14 AWW verboten, Publikumswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel der Verkaufskategorie B zu machen (vgl. Rz. 83): Weder den Pharmaunternehmen noch den Verkaufsstellen ist es somit erlaubt, Werbung für Cialis, Levitra und Viagra zu machen. Angesichts der verbreiteten Kommunikation der PPE mittels automatisierten Kassensystemen (vgl. Rz. 41 ff. sowie Rz. 119) tritt vorliegend die Information der Öffentlichkeit gegenüber der Preisfestsetzung für die Verkaufsstellen in den Hintergrund.

146. Das Kriterium der Verbindlichkeit (s. Ziff. 11 Abs. 2 lit. c Vert-BM) ist zwar nicht erfüllt, da die Pharmaunternehmen im Arzneimittel-Kompendium in einer Fussnote auf Folgendes hinweisen: „Preis: Bei SL-Präparaten maximaler Publikumspreis inkl. MwSt., bei nicht SL-Präparaten unverbindliche Preisempfehlung gemäss Herstellerangaben inkl. MwSt.“. Eine Empfehlung, die weitgehend eingehalten wird (vgl. Rz. 111 ff. und Rz. 202 ff.), ist zusammen mit den übrigen hier vorliegenden Umständen jedoch auch dann als Abrede zu qualifizieren, wenn sie als „unverbindlich“ bezeichnet wird.

147. Die Parteien sind der Auffassung, dass ihr Verhalten mit Ziff. 11 Vert-BM konform sei²⁰⁰. Sie führen aus, dass von den fünf in Ziff. 11 Vert-BM aufgelisteten Kriterien für die Behandlung von Preisempfehlungen höchstens eins erfüllt sei (Befolgungsgrad; lit. e), weshalb vorliegend die Veröffentlichung und die Einhaltung von PPE nicht zu beanstanden sei²⁰¹. Ihrer Ansicht nach handle es sich bei diesem Kriterium um ein Aufgreifkriterium, welches nicht an und für sich die Unzulässigkeit der PPE begründe²⁰². Entgegen den Ausführungen des Sekretariats sei zudem das Kriterium der Verbindlichkeit nicht bloss formeller Natur, sondern

¹⁹⁷ Vgl. www.kompendium.ch/Search.aspx?lang=de (Stand: 30.11.2009). Ab 01.01.2008 sind die PPE für Cialis nicht mehr im Arzneimittel-Kompendium enthalten (Eli Lilly, act. n° 582, S. 4).

¹⁹⁸ Bayer, act. n° 221, Antwort 10a.

¹⁹⁹ Documed selbst bezeichnet das Arzneimittel-Kompendium als „Standardwerk für Arzneimittelfachinformation“ (vgl. www.documed.ch/Documed/de/index.php [Stand: 30.11.2009]; Hervorhebung hinzugefügt).

²⁰⁰ Für die Apotheken statt vieler s. act. n° 550, Abschnitt „Keine Wettbewerbsabrede“; Pfizer, act. n° 559, Rz. 161 ff.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 186 ff., 282 f.; Bayer, act. n° 556, Rz. 70 ff.

²⁰¹ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 192.

²⁰² Bayer, act. n° 556, Rz. 71.

ein von der Weko selbst aufgestelltes Kriterium²⁰³. Weiter machen sie geltend, dass das Sekretariat im einzigen Entscheid über Preisempfehlungen zum Schluss gekommen sei, dass die PPE von Scott²⁰⁴ keine unzulässige Abrede darstellten, obwohl sie nicht allgemein zugänglich und ursprünglich auch nicht als unverbindlich bezeichnet waren und obwohl ein grosser Teil der Einzelhändler sich an die PPE hielt²⁰⁵. Gestützt auf das Vertrauensprinzip, könnten sie für das gleiche Verhalten nicht sanktioniert werden.

148. Durch die Publikation der Vert-BM und deren Ziff. 11 hat die Weko kundgegeben, dass sie Preisempfehlungen einer Einzelfallprüfung unterziehen wird, im Zuge welcher mehrere Kriterien berücksichtigt werden. Die Qualifikation der PPE als Abrede erfolgt jedoch nicht gestützt auf die in Ziff. 11 Abs. 2 Vert-BM enthaltenen Kriterien. Diese weisen „lediglich“ darauf hin, dass die PPE einer näheren Prüfung zu unterziehen sind. Diese erfolgt im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG.

149. Keinen Einfluss auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt hat der Schlussbericht des Sekretariats i.S. Scott Bikes. Die Elemente, welche *in casu* darlegen, dass die Befolgung der PPE auf eine abgestimmte Verhaltensweise zurückzuführen ist (Einfluss von Sanphar, Druck seitens der Verkaufsstellen, Interessenlage der Parteien), waren in dem Sachverhalt, welcher dem erwähnten Schlussbericht zugrunde lag, nicht vorhanden.

B.4.1.5 Zwischenergebnis

150. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Veröffentlichen von PPE durch Pfizer, Bayer und Eli Lilly an die Verkaufsstellen sowie das Verhalten der SD-Ärzte und Apotheken, welche die PPE weitgehend einhalten, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verschiedener Marktstufen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG darstellen, welche nach Massgabe von Art. 5 KG auf ihre Zulässigkeit hin zu prüfen sind. Als an der Wettbewerbsabrede beteiligt gelten einerseits die Pharmaunternehmen Eli Lilly, Bayer und Pfizer, welche die PPE für Cialis, Levitra und Viagra veröffentlicht haben und andererseits diejenigen Verkaufsstellen, welche die PPE für diese Medikamente eingehalten haben, einschliesslich solcher, die ausgehend von den PPE Rabatte gewährt haben.

151. An dieser Feststellung der Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG ändert der Umstand nichts, dass etwa zwischen den Pharmaunternehmen und den SD-Ärzten bzw. Apotheken keine schriftlichen Vereinbarungen bestehen, die direkt auf eine Beteiligung an den Abreden schliessen lassen. Auch die allfällige Argumentation der Parteien, wonach keine Verpflichtungen seitens der Verkaufsstellen und keine Sanktionsmöglichkeiten seitens der an der Abrede Beteiligten bestehen, vermag die obigen Ausführungen nicht zu entkräften²⁰⁶.

152. Abschliessend ist zu erwähnen, dass die Grossisten und die e-mediat eine Art Bindeglied zwischen den Pharmaunternehmen und den Verkaufsstellen darstellen: Das Weiterleiten der PPE durch die Grossisten sowie das Publizieren und Zurverfügungstellen der Empfehlungen in aufbereiteter Form (Galdat) durch die e-mediat stellen in einem gewissen Sinn Gehilfenhandlungen zu einer Wettbewerbsabrede dar²⁰⁷. Diese Gehilfenhandlungen sind – selbst wenn sie nur von untergeordneter Tragweite sein sollten – zukünftig zu unterlassen, sofern sich die Abrede als unzulässig erweisen sollte.

²⁰³ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 190.

²⁰⁴ RPW 2008/3, S. 382 ff.

²⁰⁵ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 197; Pfizer, act. n° 559, Rz. 164.

²⁰⁶ Vgl. in diesem Sinne schon RPW 2000/3, S. 379 f. Rz. 144 (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

²⁰⁷ Vgl. Art. 1, 2 und 5 VStrR (Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR; SR 313.0]) und Art. 25 und 26 StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 [StGB; SR 311.0]).

B.4.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die vertikale Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG

153. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden, vermutet.

154. Nebenbei sei erwähnt, dass die KMU-Bekanntmachung²⁰⁸ vorliegend nicht massgebend ist, obwohl es sich bei zahlreichen Ärzten und Apotheken um mittlere oder kleine Unternehmen bzw. sogar um Kleinstunternehmen²⁰⁹ handelt: Grundsätzlich geht die Vert-BM der KMU-Bekanntmachung vor. Davon ausgenommen ist nach Ziff. 9 Abs. 2 Vert-BM Ziff. 5 lit. b KMU-Bekanntmachung betreffend Kleinstunternehmen, der vorliegend jedoch nicht zur Anwendung gelangt: Denn die Weko erachtet selbst Wettbewerbsabreden, an denen ausschliesslich Kleinstunternehmen beteiligt sind – was vorliegend nicht der Fall ist –, ausschliesslich dann als unerheblich, wenn eine vertikale Wettbewerbsabrede zwischen Kleinstunternehmen *keine* Abrede über Mindest- oder Festpreise beinhaltet (vgl. Art. 5 Abs. 4 KG).

B.4.2.1 Vorliegen einer vertikalen Abrede über Festpreise

155. Wie bereits gezeigt, stellen die PPE der Pharmaunternehmen Bayer, Eli Lilly und Pfizer, welche von den Verkaufsstellen mehrheitlich eingehalten werden, vertikale Abreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG dar.

156. Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG u.a. vermutet, wenn sie – wie vorliegend – die Festsetzung von Festpreisen zum Gegenstand haben. Als Festsetzung von Festpreisen gelten nach Ziff. 10 Abs. 1 lit. a Vert-BM „auch in Empfehlungsform gekleidete Wettbewerbsabreden über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen“.

157. Eli Lilly ist der Auffassung, dass, falls tatsächlich eine Abrede vorliegen sollte, keine Abrede über Fixpreise sondern eine über Höchstpreise vorliegen würde, da sich die PPE als Preisobergrenzen auswirken²¹⁰. Eine solche würde aber nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen.

158. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Auswertung der Fragebögen hat ergeben, dass 63% aller von Apotheken und 70% aller von SD-Ärzten verkauften Packungen von Cialis, Levitra und Viagra in den Jahren 2005 und 2006 zum empfohlenen Publikumspreis abgegeben wurden (vgl. Rz. 205). Unabhängig davon, wofür die PPE konzipiert wurden, wirken sich diese wie Festpreise und nicht wie Maximalpreise auf dem Markt aus.

159. Folglich handelt es sich vorliegend um Abreden, welche den Vermutungstatbestand gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen. Somit greift die gesetzliche Vermutung, dass die vorliegenden Abreden über die Festsetzung von Festpreisen für Cialis, Levitra und Viagra mittels PPE den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann.

²⁰⁸ Bekanntmachung der Weko vom 19.12.2005 betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung); abrufbar unter <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de> (Stand: 30.11.2009).

²⁰⁹ Dabei handelt es sich gemäss Ziff. 4 KMU-Bekanntmachung um „Unternehmen, welche weniger als 10 Personen (Mitarbeitende) beschäftigen und deren Jahresumsatz in der Schweiz CHF 2 Mio. nicht überschreitet“.

²¹⁰ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 125.

B.4.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

160. Gemäss Praxis der Weko kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer aktueller Innenwettbewerb sowie aktueller und potentieller Aussenwettbewerb besteht.

161. Die Begriffe „Innenwettbewerb“ und „Aussenwettbewerb“, wie sie im Zusammenhang mit horizontalen Abreden gehandhabt werden, können jedoch nicht direkt auf vertikale Abreden übertragen werden. Denn an vertikalen Abreden sind Unternehmen verschiedener Marktstufen, die nicht direkt im Wettbewerb miteinander stehen, beteiligt. Deshalb ist mit Innen- und Aussenwettbewerb vorliegend der Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Verkaufsstellen (Innenwettbewerb) bzw. Wettbewerb durch diejenigen Verkaufsstellen, welche an der Abrede nicht beteiligt sind (Aussenwettbewerb), gemeint. Angesichts der Besonderheiten von vertikalen Abreden (gegenüber horizontalen Abreden) wird sich im Folgenden die wettbewerbsrechtliche Analyse auf die Prüfung von Intra-²¹¹ (Innen- und Aussenwettbewerb) und Interbrand²¹² Wettbewerb konzentrieren.

162. Um die Intensität des Wettbewerbs zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

163. Als grundsätzliche Aussage im Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeseitigung führen einige Parteien aus, dass auf Stufe Apotheke aus regulatorischen Gründen (Verschreibungspflicht) kein wirksamer (Interbrand) Wettbewerb möglich sei²¹³. Intra- und Interbrand Wettbewerb sei ihrer Meinung nach zudem nur dann möglich, wenn ein Kunde mehrere Apotheken aufsuche, um Preisvergleiche durchzuführen, was aber bei Medikamenten gegen erektile Dysfunktion nicht realistisch sei. Da aus diesen Gründen kein wirksamer Wettbewerb herrsche, erachten sie die PPE als ungeeignet, den Wettbewerb zu beseitigen.

164. Wie oben festgestellt, fällt der vorliegend untersuchte Markt in den Anwendungsbereich des KG (s. Rz. 53 ff., insb. Rz. 65 ff.). Zwar gibt es Vorschriften, welche einzelne Aspekte des betroffenen Marktes regulieren. Diese schliessen den Wettbewerb jedoch nicht aus. Dass auf Stufe Apotheken kein Interbrand Wettbewerb zwischen den Medikamenten mehr möglich ist, bedeutet nicht, dass auf dieser Marktebene gar kein Wettbewerb mehr spielen soll. Denn im Bereich der Hors-Liste Medikamente spielt auf Stufe Apotheken der Intra- und Interbrand Wettbewerb eine grosse Rolle. Da keine staatlich festgelegten Preise vorliegen, ist jede Verkaufsstelle frei, die Verkaufspreise gestützt auf ihre eigene Strategie festzusetzen und unter Einhaltung der Werbungseinschränkungen der Öffentlichkeit mitzuteilen. Dieser ist der wichtigste Bereich, innerhalb welchem Wettbewerb herrschen kann und soll. Gerade in diesem Bereich entfalten aber die Abreden ihre Wirkungen. Sie sind somit sehr wohl geeignet, den Wettbewerb auszuschalten und tun dies auch.

B.4.2.2.1 Relevanter Markt

a) Sachlich relevanter Markt

165. Der sachlich relevante Markt umfasst bei analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU²¹⁴ alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen wer-

²¹¹ Wettbewerb zwischen Erzeugnissen derselben Marke.

²¹² Wettbewerb von substituierbaren, demselben relevanten Markt zugehörigen Produkten anderer Anbieter.

²¹³ act. n° 551; Bayer, act. n° 556, Rz. 34 und 87.

²¹⁴ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

den. Der Begriff der „Marktgegenseite“ bezeichnet die Gegenseite derjenigen Unternehmen, welchen die unzulässige Abrede bzw. das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird²¹⁵.

166. Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt stehen den an der Abrede beteiligten Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen (SD-Ärzten und Apotheken) von Cialis, Levitra und Viagra die Patienten, die unter Erektionsstörungen leiden und deswegen ein Bedürfnis nach Erektionsmitteln haben, als Marktgegenseite entgegen.

167. In ihrer bisherigen Praxis (s. Rz. 169) hat die Weko bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bei Arzneimitteln auf den Anatomical Therapeutic Chemical Classification Index, die sog. „ATC-Klassifikation“²¹⁶, zurückgegriffen.

168. Die ATC-Klassifikation ist ein fünfstufiges Klassifikationssystem für Arzneimittel und wird zur Angabe von Indikationen verwendet. Die erste Stufe gibt die generellen therapeutischen Gruppen wieder. In den höheren Stufen (2, 3, 4 und 5) werden diese Therapiegruppen nach medizinischen Kriterien weiter aufgegliedert²¹⁷. Durch den hierarchischen Aufbau bietet dieses Klassifikationssystem die Möglichkeit, Arzneimittel differenziert zu betrachten. Ähnliche Stoffe lassen sich je nach Fragestellung sinnvoll zu Gruppen zusammenfassen. Arzneimittel derselben höheren Stufe sind in der Regel engere Substitute als diejenigen auf einer tieferen Stufe. Von den fünf ATC-Klassifikationsstufen ist die erste Stufe (ATC-1) die allgemeinste und die fünfte Stufe (ATC-5) die detaillierteste.

169. Die ATC-Klassifikation wird von der World Health Organization (WHO) anerkannt und wurde sowohl von der Weko für die Marktabgrenzung in den Zusammenschlussvorhaben Roche/Corange²¹⁸, Hoechst/Rhône-Poulenc²¹⁹, Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC²²⁰, Pfizer Inc./Pharmacia Corp.²²¹, Sanofi- Synthélabo/Aventis SA²²² als auch von der EU-Kommission und den deutschen Kartellbehörden herangezogen²²³.

170. Für die Abgrenzung der einzelnen sachlich relevanten Produktmärkte wird i.d.R. den therapeutischen Klassen der ATC-Klassifikation der Stufe 3 gefolgt. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Medikamente innerhalb der höheren ATC-Klassen funktional austauschbar sind, selbst wenn sie nicht immer den Wirkstoffeinteilungen innerhalb der therapeutischen Gruppen des Arzneimittel-Kompendiums entsprechen. Die konkreten Eigenschaften der zu untersuchenden Medikamente können jedoch eine zusätzliche – von der ATC Stufe 3 ausgehende – Abgrenzung rechtfertigen. Eine zusätzliche Abgrenzung kann auch von der Verfahrensart erfordert werden, in welcher die Marktabgrenzung vorzunehmen ist. Denn die für Marktabgrenzungen im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens relevanten Kriterien können sich von denjenigen unterscheiden, welche anlässlich der vorläufigen Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens berücksichtigt werden, werden doch Marktabgrenzungen innerhalb einer Untersuchung i.d.R. einer umfassenderen Analyse unterzogen.

²¹⁵ Vgl. RPW 2001/4, S. 660 Rz. 54 (Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung).

²¹⁶ Vgl. <http://www.ephmra.org> (Stand: 30.11.2009).

²¹⁷ Stufe 1 = anatomische Hauptgruppe, Stufe 2 = therapeutische Hauptgruppe, Stufe 3 = pharmakologische Hauptgruppe, Stufe 4 = chemischtherapeutische Untergruppe, Stufe 5 = Untergruppe für chemische Substanzen.

²¹⁸ RPW 1998/1, S. 64 f. Rz. 17 ff. (Roche/Corange).

²¹⁹ RPW 1999/3, S. 513 ff. (Hoechst/Rhône-Poulenc).

²²⁰ RPW 2001/2, S. 338 ff. (Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC).

²²¹ RPW 2003/2, S. 316 f. Rz. 15 ff. (Pfizer Inc./Pharmacia Corp.).

²²² RPW 2004/3, S. 815 f. Rz. 15 ff. (Sanofi-Synthélabo/Aventis SA).

²²³ Vgl. z.B. IV/M.781, Schering/Gehe-Jenapharm vom 13.9.1997; IV/M.737, Ciba-Geigy/Sandoz vom 17.7.1996; IV/M.631, Upjohn/Pharmacia, vom 28.9.1995; IV/M. 632, Rhône Poulenc Rorer/Fisons vom 21.9.1995; Beschluss des KG Berlin vom 18.10.1995, Kart 18/93 (Fresenius/Schiwa), WuW OLG 5549.

171. Es können indessen zusätzliche, nachfrageseitige Kriterien zur Marktabgrenzung beigezogen werden: Etwa die Unterscheidung zwischen rezeptpflichtigen und nicht rezeptpflichtigen Arzneimitteln oder Arzneimitteln, die von Krankenkassen rückvergütet bzw. nicht rückvergütet werden.

172. Früher gehörten Produkte gegen Erektionsstörungen der breit gefassten ATC-3-Kategorie G4B („Andere urologische Präparaten“) an. Diese Kategorie umfasste die folgenden ATC-4-Klassen: (i) Produkte zur Behandlung von Prostata-Krankheiten (G4B2), (ii) Produkte zur Behandlung von Erektionsstörungen (G4B3), (iii) Produkte zur Behandlung von Inkontinenz (G4B4) und (iv) andere urologische Produkte (G4B9). Seit 2008 bilden Produkte gegen Erektionsstörungen nun eine eigene ATC-3-Kategorie (G04BE)²²⁴. Die Abgrenzung der Produkte gegen Erektionsstörungen in eine eigene ATC-3-Kategorie und die Eigenschaften der in den anderen ATC-3-Kategorien (Harnantiseptika und urologische Antiinfektiva [G4A], Benigne Prostata-Hyperplasie Produkte [G4C], Harninkontinenzprodukte [G4D], alle sonstigen Urologika [G4X]) enthaltenen Produkte einschliesslich solcher, die sich bis 2008 in der gleichen ATC-3-Klasse G4B mit den Produkten zur Behandlung von Erektionsstörungen befanden, sprechen deutlich dafür, dass sie untereinander nicht substituierbar sind und somit verschiedene sachlich relevante Märkte darstellen²²⁵.

173. Laut Patienteninformation einer Herstellerin²²⁶ hat einer von zehn Männern gelegentlich Probleme, eine Erektion zu bekommen oder beizubehalten. Als Gründe können körperliche und/oder psychische Ursachen vorliegen. Unabhängig von der Ursache sind die Auswirkungen gleich: Veränderungen in Muskeln und Blutgefässen führen dazu, dass nicht genügend Blut im Penis ist, um eine ausreichende Erektion zu bekommen oder beizubehalten.

174. Die Standardtherapie bei Erektionsstörungen hat während der letzten fünfzig Jahre eine beeindruckende Entwicklung erfahren. Während zunächst rein psychologische Methoden angewendet wurden, folgten in den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts die ersten einfachen Schwellkörperprothesen. Anfang der siebziger Jahre waren Gefässoperationen der Standard. 1982 wurde die Wirksamkeit direkt in den Penis eingespritzter gefässaktiver Substanzen entdeckt. Durch die Einführung der sogenannten Phosphodiesterasehemmer (PDE5-Inhibitoren) – zunächst im Jahr 1998 durch Pfizer, dann durch Bayer und Eli Lilly – konnte die Effektivität und Akzeptanz der Therapie bei Erektionsstörungen dramatisch verbessert werden. Diese PDE5-Inhibitoren stellen eine neuartige orale Behandlung der erektilen Dysfunktion dar.

175. Die Wirkstoffe bzw. Präparate von Pfizer, Eli Lilly und Bayer in der Kategorie G04BE sind Sildenafil (Viagra), Tadalafil (Cialis) und Vardenafil (Levitra). Die drei Medikamente haben ein gemeinsames Wirkprinzip: Erektionen werden durch ein Gleichgewicht zwischen zwei körpereigenen Substanzen gesteuert. Die erste Substanz führt Erektionen herbei; die zweite lässt sie abklingen. Wenn dieses Gleichgewicht gestört ist, bleibt die Erektion aus oder lässt vorzeitig nach. Cialis, Levitra und Viagra wirken durch Hemmung der zweiten Substanz (sog. Phosphodiesterase-Typ 5, PDE5). Durch Hemmung des Enzyms PDE5 werden Gefässe im Penis erweitert und ermöglichen so eine verbesserte Durchblutung. Dadurch ermöglichen sie Männern mit Erektionsstörungen auf sexuelle Stimulation zu reagieren. Die drei Medikamente zeichnen sich innerhalb der Gruppe der therapeutisch nutzbaren PDE5-Inhibitoren durch eine hohe Selektivität und gute Wirksamkeit aus, was in unterschiedlichen Studien nachgewiesen werden konnte.

²²⁴ Neben Sildenafil (Viagra), Tadalafil (Cialis) und Vardenafil (Levitra) befindet sich in dieser Kategorie auch Alprostadil (Schwellkörperinjektion [Caverject, Caverject DC] und Minizäpfchen bzw. Gel für die Harnröhre [Muse]).

²²⁵ So schon RPW 2003/2, S. 327 Rz. 47 (Pfizer Inc./Pharmacia Corp.).

²²⁶ Patienteninformation von Bayer im Arzneimittel-Kompendium der Schweiz bzgl. Levitra, vgl. <http://www.kompendium.ch/MonographieTxt.aspx?lang=de&MonType=pi> (Stand: 30.11.2009).

176. Die Ermöglichung der oralen Behandlung von erektiler Dysfunktion war für die Patienten ein wichtiger Entwicklungsschritt: Die drei PDE5-Inhibitoren Cialis, Levitra und Viagra sind als Filmtabletten erhältlich und können somit geschluckt werden. Ein weiterer Vorteil der oralen Therapie für den Patienten liegt darin, dass sowohl Basisabklärung sowie Einleitung einer Medikation in den Kompetenzbereich des Grundversorgers, d.h. Nichturologen, fallen.

177. Die drei Medikamente unterscheiden sich zwar – kurz zusammengefasst – bezüglich folgender Kriterien: Standarddosierung, Einnahme bzw. Kontraindikationen²²⁷, Wirkungseintritt, Wirkungsdauer²²⁸, Halbwertszeit und Nebenwirkungen²²⁹. Hingegen sind die drei Wirkstoffe²³⁰ wie auch die Indikation und der Wirkungsmechanismus bei allen drei PDE5-Inhibitoren ähnlich bzw. vergleichbar²³¹.

178. Es ist somit davon auszugehen, dass Cialis, Levitra und Viagra – wenn auch nicht absolut, so doch im Wesentlichen – substituierbar sind, [REDACTED] und zum selben sachlichen Markt gehören²³³. Vorliegend würde eine engere Marktabgrenzung – („one mark one market“) – zu kurz greifen. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass eine solche in Zusammenhang mit anderen Medikamenten vorzunehmen ist.

179. Als alternative Therapieformen zur oralen Behandlung von Erektionsstörungen mittels PDE5-Inhibitoren bieten sich weitere Präparate und Hilfsmittel an, wie z.B.:

180. *Schwellkörperinjektion („Penisspritze“, „SchwellkörperAutoinjektionsTherapie [SKAT], z.B. Caverject, Caverject DC²³⁴“)*: Das Medikament (Prostanoid, Alprostadil) wird vom Patienten selbst unmittelbar vor dem Geschlechtsverkehr mittels Solvensspritze und Stechampulle in die Schwellkörper des Penis injiziert. Der Wirkmechanismus ist anders als bei den PDE5-Inhibitoren: Er führt direkt, d.h. unabhängig von einer Nervenstimulation bzw. sexuellen Reizen, zu einer Gefässlilatation²³⁵. Obwohl sich nach einer genauen Instruktion des Patienten gute Resultate erzielen lassen, haben viele Patienten Vorbehalte gegenüber diesem Produkt. Einerseits geben 10–15% der Patienten Schmerzen in den Schwellkörpern an, die auf die Substanz selbst zurückzuführen sind. Andererseits drohen bei unsachgemäßer Applikation mehrstündige schmerzhaftige Dauererektionen, Verletzungen der Harnröhre, der Gefäße oder der Nerven, Deformationen des Penis²³⁶ etc. Im Ergebnis ist die Penisspritze bedeutend umständlicher und schmerzhafter zu handhaben als ein Medikament in Tablettenform²³⁷.

²²⁷ Interaktionen mit fetthaltigen Mahlzeiten bzw. Alkohol.

²²⁸ Viagra und Levitra: 4–10 Stunden; Cialis als „Wochenendpille“: bis 36 Stunden.

²²⁹ Vgl. zum Ganzen Pfizer, act. n° 47, Antwort 12, und act. n° 235, Antwort 28; Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 28b; Bayer, act. n° 221, Antwort 27a., 27b.

²³⁰ Die Wirkstoffe sind zwar verschieden (vgl. Rz. 175) und haben jeweils unterschiedliche pharmakologische Eigenschaften, es handelt sich jedoch bei allen drei um PDE5-Inhibitoren (vgl. Bayer, act. n° 73, Antwort 12).

²³¹ Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 28a; Bayer, act. n° 221, Antwort 27a.; vgl. auch Pfizer, act. n° 47, Antwort 12 und act. n° 235, Antwort 28.

²³² Bayer, act. n° 344, Antwort 13b.

²³³ So – z.T. explizit, z.T. implizit – auch Pfizer, Eli Lilly und Bayer (Eli Lilly, act. n° 37, Antwort 10a; Pfizer, act. n° 47, Antwort 10a; Bayer, act. n° 73, Antwort 10a; Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 28); [REDACTED]

[REDACTED] (Bayer, act. n° 221, Antwort 27a und act. n° 344, Antworten 13a., 13b.). Eli Lilly hingegen kann die Frage nach der Produkttreue der Patienten nicht beantworten (Eli Lilly, act. n° 316, Antwort 21).

²³⁴ Caverject 10 µg und Caverject DC sind keine Hors-Liste Medikamente, sondern sie befinden sich auf der SL-Liste (Pfizer, act. n° 437, Antwort 19b.).

²³⁵ Pfizer, act. n° 235, Antwort 28a.

²³⁶ Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 28b.

²³⁷ Pfizer, act. n° 235, Antwort 28a.

Deshalb wird die Penisspritze i.d.R. nur angewendet, wenn die Behandlung mit Filmtabletten nicht angezeigt ist und oder keine Resultate zeitigt, d.h. vor allem bei sehr schweren Formen der erektilen Dysfunktion, z.B. nach radikaler Prostatektomie oder bei Querschnittlähmung²³⁸.

181. *Minizäpfchen bzw. Gel für die Harnröhre (transurethrale Therapie, z.B. Muse)*: Die Substanz (Prostanoid, Alprostadil), die auch in Caverject enthalten ist, wird vor dem Geschlechtsverkehr mittels eines Applikators in die Harnröhre eingebracht und breitet sich von dort in die Schwellkörper des Penis aus, wo sie eine Gefässerweiterung und in der Folge – ohne Nervenstimulation bzw. sexuelle Reize – eine Erektion bewirkt. Einige Patienten klagen nach der Applikation über ein Brennen in der Harnröhre. Das Medikament hat eine deutlich weniger hohe Erfolgsrate als Cialis, Levitra und Viagra: Es wirkt nur bei etwa 65% der Patienten. Zudem ist die Handhabung umständlicher und unangenehmer als eine orale Therapie²³⁹. Schliesslich ist das Medikament auch teurer als Cialis, Levitra und Viagra.

182. *Vakuumpumpe*: Durch eine Vakuumpumpe wird am Penis ein Unterdruck erzeugt, damit sich die Blutgefässe füllen und es zu einer Gliedversteifung kommt. Mittels Gummiband an der Penisbasis wird der Abfluss des venösen Bluts verhindert und die Erektion aufrecht erhalten. Voraussetzung für eine erfolgreiche Therapie sind genaue Instruktion und Partnerverständnis. Zudem ist eine gewisse Geschicklichkeit notwendig. In den letzten Jahren haben Vakuumsysteme gegenüber anderen (medikamentösen) Behandlungsformen deutlich an Attraktivität eingebüsst.

183. *Penisprothese*: Als letzte und definitive Behandlung der erektilen Dysfunktion wird heute die mechanische Schwellkörperprothese angesehen. Durch die operative Implantation wird eine irreversible Schädigung des intrakavernösen sinusoidalen Gewebes erzielt, und es kommt zum völligen Verlust der erektilen Funktion des Schwellkörpers. Deshalb erfordert die Indikationsstellung ein hohes Mass an diagnostischer Sicherheit, wobei besonders psychogene Störungen als Ursache einer erektilen Dysfunktion ausgeschlossen sein sollten. Während die Schwellkörperprothesenimplantation in den USA eine Therapie der ersten Wahl in der Behandlung der erektilen Dysfunktion darstellt, wird die Indikation in Europa sowie speziell in der Schweiz nur gestellt, wenn alle anderen Behandlungsvarianten fehlschlagen²⁴⁰.

184. Andere Behandlungsformen erektiler Dysfunktion wie z.B. Hormontherapien (bei hormonellen Störung wie z.B. Testosteronmangel), chirurgische Massnahmen (z.B. bei „venösen Lecks“) oder psychosexuelle Therapie (z.B. bei Versagensangst, Partnerschaftskonflikten und Depressionen) sind nur bei besonderen, vom Facharzt diagnostizierten Krankheitsformen indiziert und stellen keine Alternative zu Cialis, Levitra und Viagra dar.

185. Seit der Einführung wirksamer oraler Medikamente haben sich sowohl Abklärung als auch Behandlung der Erektionsstörungen vereinfacht. Aufgrund der verschiedenen Indikationsarten (Spritze, Gel in Harnröhre etc.), der unterschiedlichen Nebenwirkungen und der Irreversibilität gewisser Eingriffe (Prothese, Operation) erhellt, dass es sich bei den genannten Therapieformen nicht um Hilfsmittel oder Medikamente handelt, die Viagra, Cialis oder Levitra zu jeder Zeit und in jedem Fall ersetzen könnten²⁴¹. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es sich bei den anderen Behandlungsmethoden, welche seit dem Markteintritt der ora-

²³⁸ Pfizer, act. n° 437, Antwort 30a. Vgl. schon RPW 2003/2, 327 Rz. 48 (Pfizer Inc./Pharmacia Corp.) und Pfizer, act. n° 235, Antwort 28.

²³⁹ Pfizer, act. n° 235, Antwort 28; Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 28b.

²⁴⁰ Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 28b.

²⁴¹ Diese Beurteilung wurde ursprünglich auch von Eli Lilly gestützt (Eli Lilly, act. n° 37, Antwort 10a). Nach Pfizer und Bayer (Pfizer, act. n° 47, Antwort 10a; Bayer, act. n° 73 Antwort 10a) und nun auch Eli Lilly (Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 28c) stehen auch Carverject, Carverject DC und Muse mit Cialis, Levitra und Viagra im Wettbewerb. Hingewiesen wird auch auf „diverse Alternativtherapien“ wie Yohimbin, gemahlenes Horn vom Nashorn, Potenzmittel aus Sexshops und ähnliches sowie auf „illegale Kopien“ von Viagra, Cialis oder Levitra auf dem Schwarzmarkt.

len Medikamente zurückgedrängt²⁴² wurden, um Therapiealternativen bzw. „andere Therapiekonzepte“²⁴³ handelt. Der behandelnde Arzt hat immer auch die individuelle Situation des Patienten zu berücksichtigen²⁴⁴ und zu klären, welche die am wenigsten einschneidende, aber dennoch wirksamste Therapieform darstellt.

186. Aus dem Gesagten geht hervor, dass die orale Behandlung mit Cialis, Levitra oder Viagra oftmals die von den Patienten und behandelnden Ärzten bevorzugte Therapieform sein dürfte und dass auf die Alternativen (Harnröhren-Gel, Penisspritze, Vakuumpumpe, Penisprothese) erst ausgewichen wird, wenn die orale Behandlung nicht die erwünschten Ergebnisse bringt²⁴⁵. Andere Therapieformen sind demnach höchstens beschränkt mit den drei PDE5-Inhibitoren austauschbar²⁴⁶ und können somit nicht als (nahe) Substitute von Cialis, Levitra und Viagra betrachtet werden.

187. Eli Lilly und Pfizer stellen sich auf den Standpunkt, dass auch Caverject, Muse sowie Psychotherapie zum sachlich relevanten Markt gehören²⁴⁷. Sie führen aus, dass verschiedene Patienten verschiedene Medikamente aus Gründen der Zuverlässigkeit, Sicherheit der Erektion usw. bevorzugen würden und dass Patienten unterschiedlich auf Behandlungen ansprechen, weshalb sie verschiedene Behandlungsmethoden benötigen würden²⁴⁸. Weiter weisen sie darauf hin, dass 30% der Fälle erektiler Dysfunktion auf psychische Probleme zurückzuführen seien und dass 20% der Fälle sowohl organische als auch psychologische Ursachen hätten, weshalb in diesen Fällen Psychotherapie substituierbar sei²⁴⁹.

188. Diese Argumente überzeugen nicht und vermögen eine breitere Marktabgrenzung nicht zu rechtfertigen. Allerdings würde selbst ein Einbezug von Caverject und Muse in den sachlich relevanten Markt keine Folgen haben, da Viagra, Cialis und Levitra zusammen 98% des Umsatzes, welcher auf dem Markt von Medikamenten gegen erektile Dysfunktion (ED-Medikamente) erzielt wird, generieren.

189. Aufgrund dieser Erkenntnisse ist von einem sachlich relevanten Markt der oral eingenommenen Medikamente für die Behandlung erektiler Dysfunktion auszugehen, welcher die Arzneimittel Cialis, Levitra und Viagra umfasst.

b) Räumlich relevanter Markt

190. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU, der hier analog zur Anwendung gelangt).

²⁴² Gemäss Schätzungen von Pfizer (Pfizer, act. n° 47, Antwort 11) betrug im Jahr 2002 der Marktanteil von Caverject, Caverject DC, Muse und Uprima 12%, im Jahr 2005 nur noch 5% (Uprima ist seit 2004 nicht mehr auf dem Markt). Die restlichen 95% des Marktes gehörten Cialis, Levitra und Viagra.

²⁴³ Bayer, act. n° 221, Antwort 27a.

²⁴⁴ Eine Rolle spielen können dabei z.B. die Anamnese des Patienten, Dosierung, Applikation und Handhabung, Häufigkeit der Einnahme, Nebenwirkungen, Wirkungseintritt, Wirkungsdauer etc. (vgl. Pfizer, act. n° 235, Antwort 28).

²⁴⁵ Vgl. auch die Homepage von Eli Lilly (Deutschland): Die Penisspritze „gehört seit der Einführung moderner anderer Medikamente in Tablettenform nicht mehr zur Standard-Therapie“ und eine Schwellkörperimplantation wird „nur als letzte Möglichkeit durchgeführt, wenn andere Behandlungen keinen Erfolg hatten“; vgl. www.lilly-pharma.de/gesundheits/erektionsstoerungen/therapie/skat.html und www.lilly-pharma.de/gesundheits/erektionsstoerungen/therapie/implantate.html (Stand: 30.11.2009).

²⁴⁶ Bayer, act. n° 221, Antwort 27a.

²⁴⁷ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 26 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 201 ff.

²⁴⁸ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 27.

²⁴⁹ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 29; Pfizer, act. n° 559, Rz. 202.

191. Die drei Medikamente, welche den sachlich relevanten Markt bilden, werden vorrangig durch Apotheken und SD-Ärzte verkauft. Der Hauptvertriebskanal ist derjenige über die Apotheken, gefolgt durch den Verkauf von SD-Ärzten. Die Abgabe von Cialis, Levitra und Viagra wird auch über die Spitäler vorgenommen, ist aber in der Menge beschränkt (zwischen 0.1 und 0.7%) und kann im weiteren Verlauf der Analyse als vernachlässigbar angesehen werden. Zusätzlich besteht die Möglichkeit, diese Medikamente per Internet zu kaufen. Beim Kauf per Internet handelt es sich allerdings um einen inoffiziellen Vertriebsweg, der rechtlich umstritten ist²⁵⁰. Dieser Vertriebskanal wird nicht mehr berücksichtigt (s. aber Rz. 197).

192. Aus Konsumenten-/Patientensicht ist der geografisch relevante Markt für den Kauf von Medikamenten lokal, da beim Tätigen von Einkäufen Transaktionskosten (Suchkosten, Transportkosten, Opportunitätskosten) anfallen, die typischerweise von den Nachfragern minimiert werden. Wie beim Kauf von Gütern des täglichen Bedarfs²⁵¹ wird folglich ein Nachfrager eine Apotheke in der näheren Umgebung bevorzugen; oft fällt die Wahl sogar auf die Nächstgelegene. Um jede Verkaufsstelle lässt sich somit ein Marktkreis ziehen, welcher ihr die typischen Nachfrager zuordnet.

193. Bezieht man zudem die SD-Ärzte mit ein, so ist der Markt immer noch lokal, obwohl die Distanz, welche die Patienten zu durchlaufen bereit sind, von anderen Kriterien beeinflusst wird, wie beispielsweise der Spezialisierung des SD-Arzt, seiner Reputation, der Verfügbarkeit für die Aufnahme neuer Patienten und der Zeitspanne für die Festlegung eines Termins. Diese Elemente weiten den Radius des unter Berücksichtigung der Apotheken festgesetzten Marktkreises (s. Rz. 192) für die Besorgung eines dieser drei Medikamente aus.

194. Obwohl der relevante Markt aus Sicht der Nachfrager lokal ist, soll die wettbewerbsrechtliche Analyse aus den folgenden Gründen in einem grösseren als nur dem lokalen Zusammenhang stattfinden:

- i. Erstens gibt es in besiedelten Gebieten dichte und flächendeckende Vertriebsnetze für Medikamente. In der Schweiz ist seit den siebziger Jahren die Anzahl der Apotheken pro Einwohner leicht gewachsen (von 1.8 Apotheken pro 10'000 Einwohner im Jahr 1970 auf 2.3 Apotheken im Jahr 2006)²⁵². Die im Jahr 2005 in der Schweiz tätigen 3'693 SD-Ärzte²⁵³ erhöhen diese Dichte und/oder ergänzen die geographische Abdeckung der Versorgung mit Medikamenten. Dadurch entsteht eine Substitutionskette, die den lokalen Wettbewerb auf die gesamte Schweiz ausdehnt;
- ii. Zweitens betreffen die PPE nicht eine spezielle Region (z.B. geografische Region oder Sprachregion), sondern sie sind für die ganze Schweiz gültig;
- iii. Letztlich hat die Analyse der Befragung der Verkaufsstellen, welche nach den drei Sprachregionen erfolgt ist, keine nennenswerten Unterschiede bezüglich der Anwendung der Empfehlungen ergeben.

195. Gemäss einer Einkaufstourismusstudie ist der Direktimportwert der im Ausland gekauften Lebensmittel und Güter des täglichen Bedarfs angestiegen. Dieser Anstieg sei das Resultat steigender Frequenzen nach Deutschland, zunehmender Fleischimporte, wachsender Fahrtenkilometer sowie deutlich überschätzter Ersparnispotenziale der Einkaufstouristen²⁵⁴.

²⁵⁰ Der Vertrieb von Medikamenten über das Internet verzeichnete in den letzten Jahren grosse Wachstumsraten. Aufgrund der zahlreichen Produktfälschungen kann er sich allerdings als gefährlich erweisen. Vgl. auch „Heilmittel per Internet boomen“, Neue Luzerner Zeitung, 20. August 2008.

²⁵¹ RPW 2008/1, S. 156 ff. Rz. 235 ff. (Migros/Denner).

²⁵² <http://www.obsandaten.ch/indikatoren/d> (Stand: 30.11.2009).

²⁵³ Vgl. DOMINIQUE JORDAN/DIDIER RAY, in: Kocher/Oggier (Hrsg.), Gesundheitswesen Schweiz 2007 – 2009, Eine aktuelle Übersicht, Bern 2007, S. 22. Diese Zahl unterscheidet sich von derjenigen, welche die Grossisten und Pharmasuisse angegeben hatten (vgl. Fn. 35).

²⁵⁴ RPW 2008/1 S. 149 Rz. 197 (Migros/Denner).

Entsprechend ist es folgerichtig anzunehmen, dass die Konsumenten ihre Präsenz im Ausland nutzen werden, um auch Medikamente zu kaufen²⁵⁵. Zur Bestimmung der geografischen Dimension des relevanten Marktes ist es jedoch aus den folgenden Gründen nicht notwendig, auch den grenznah liegenden ausländischen Apotheken Rechnung zu tragen: Einerseits sind die Publikumspreise von Cialis, Levitra und Viagra in den uns umgebenden Ländern aus Sicht der Konsumenten nicht besonders interessant und stark vom Wechselkurs abhängig. Andererseits haben die Apotheken aus den Grenzregionen, die auf den Fragebogen geantwortet haben, die Konkurrenz der angrenzenden ausländischen Apotheken nicht als ein Motiv zur anderweitigen Bestimmung der durch die Produzenten empfohlenen Publikumspreise erwähnt.

196. Pfizer und Eli Lilly sind der Auffassung, dass der Markt weiter als national abzugrenzen sei²⁵⁶. Zur Begründung Ihrer Behauptungen berufen sich diese Parteien hauptsächlich auf die Rolle des legalen/illegalen Internetvertriebs sowie auf die Bedeutung von zulässigen Importen für den Eigengebrauch²⁵⁷. Der Markt ist ihrer Meinung nach auch deswegen international zu definieren, weil Anreize, ED-Medikamente zu entwickeln, von der Erwartung weltweiter Verkaufsmöglichkeiten beeinflusst würden²⁵⁸.

197. Diese Argumente überzeugen nicht und vermögen die vorgenommene Marktabgrenzung nicht in Frage zu stellen. Entgegen der Auffassung der Parteien ist der Kauf von diesen Produkten über Internet nicht zu berücksichtigen. Es ist nämlich nicht ersichtlich, inwiefern die Internetkäufe die Pharmaunternehmen unter Druck setzen und einen Zusammenhang mit der hier zu prüfenden Problematik aufweisen. Denn der vorliegend massgebliche Wettbewerb spielt zwischen den Verkaufsstellen, welche die drei Medikamente über offizielle Vertriebskanäle beziehen und nicht zwischen den Pharmaunternehmen. Illegale Vertriebskanäle, welche Käufe ohne Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen erlauben, stellen keine Alternative zum Medikamentenkauf in Apotheken oder per Versandapotheken dar und gehören somit nicht zum relevanten Markt. Zudem ist es sehr schwierig, diese Käufe zu messen.

198. Die Anreize betreffend die Entwicklung von ED-Medikamenten haben keinen Zusammenhang mit deren Vertrieb und sind somit vorliegend nicht von Bedeutung.

199. Folglich rechtfertigt es sich, im Rahmen der vorliegenden Untersuchung den Markt national abzugrenzen²⁵⁹. Diese Marktdefinition trägt zudem dem Umstand Rechnung, dass diese drei Medikamente aus patentrechtlichen Gründen nicht parallel importiert werden dürfen.

c) Fazit

200. Als relevanter Markt ist folglich derjenige der oral einzunehmenden Medikamente gegen erektile Funktionsstörungen in der Schweiz zu bezeichnen, welcher die Produkte Cialis, Levitra und Viagra umfasst. Die Prüfung der Auswirkungen der vorliegenden Abreden wird sich auf die Vertriebskanäle der drei Medikamente konzentrieren.

²⁵⁵ Eine Privatperson kann grundsätzlich für den Eigenbedarf in der Schweiz zugelassene Medikamente in der Menge eines Monatsbedarfes importieren (vgl. Art. 20 Abs. 2 HMG).

²⁵⁶ Pfizer, act. n° 559, Rz. 209 ff.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 32.

²⁵⁷ Pfizer, act. n° 559, Rz. 215 ff.

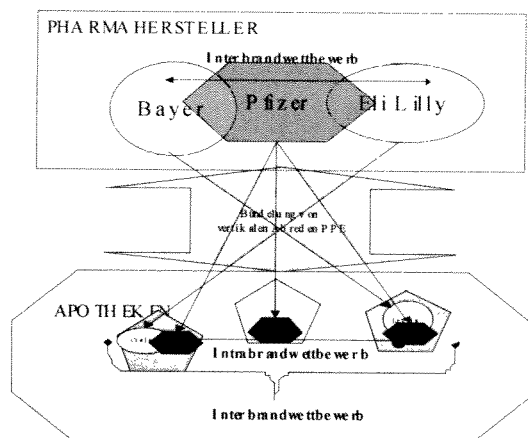
²⁵⁸ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 32.

²⁵⁹ Vgl. auch RPW 1998/4, S. 552 Rz. 17 (Versandapotheke MediService AG), wo der räumliche Markt für rezeptpflichtige Arzneimittel grundsätzlich national abgegrenzt wurde.

B.4.2.2.2 Intrabrand Wettbewerb

201. Da gemäss Rechtsprechung der Weko²⁶⁰ die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht durch den blossen Nachweis von Interbrand Wettbewerb widerlegt werden kann, wird sich die Analyse der Wettbewerbsintensität zunächst auf den Intrabrand Wettbewerb konzentrieren.

Abbildung 1: Marktstruktur und vertikale Abreden



Quelle: Sekretariat.

a) Auswirkungen der Abreden auf den Markt

202. Die Weko hat aufgrund der Aussagen der Parteien und gestützt auf das Gutachten RBB²⁶¹ die Methodik des Sekretariats bei der Bestimmung der Anzahl verkaufter Packungen überprüft. Die Analyse hat ergeben, dass an dieser Vorgehensweise zu beanstanden ist, dass sie die Anzahl der von einer Verkaufsstelle abgesetzten Packungen nicht berücksichtigt und somit den Umstand ausser Acht lässt, ob eine Verkaufsstelle viele oder wenige Packungen abgesetzt hat.

203. Um die Auswirkungen der Festlegung von Verkaufspreisen mittels PPE auf den Markt zu untersuchen, spielt die Tatsache, ob eine Verkaufsstelle viele oder wenige bis gar keine Packungen eines dieser drei Medikamente verkauft hat, eine wichtige Rolle, geht es in diesem Zusammenhang doch darum, die Anzahl der zum empfohlenen Preis verkauften Packungen zu eruieren. Aus diesem Grund hat die Weko entschieden, die Berechnungen des Sekretariats mit dem Ansatz der Gewichtung anzupassen. Eine gewichtete Berechnung der Daten der Fragebögenauswertung in Bezug auf die verkauften Packungen führt zu folgenden Ergebnissen:

204. Wie Tabelle 2 zu entnehmen ist (vgl. Rz. 112), hat die Auswertung der Fragebögen ergeben, dass in der Schweiz in den Jahren 2005 und 2006 89.3% der Apotheken und 81.7% der SD-Ärzte die Publikumspreise für die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra in Übereinstimmung mit dem empfohlenen Preis festlegten.

205. Bei näherer Betrachtung der Ergebnisse derjenigen Apotheken, welche angaben, ihre Publikumspreise gestützt auf die empfohlenen Preise festgesetzt haben, geht hervor, dass auf die Frage „Der empfohlene Preis dient als Referenzpreis, um Rabatte festzulegen?“ 52% dieser Apotheken (Absatz: 33.9% [2005] bzw. 33.6% [2006] der insgesamt verkauften Packungen), mit nein geantwortet haben. Diese Apotheken haben den empfohlenen Publi-

²⁶⁰ RPW 2009/2, S.146 Rz. 39 (Sécateurs et cisailles).

²⁶¹ RBB (zit. in Fn. 157), S. 11, S. A9.

kumspreis stets ohne Abweichungen übernommen. 37.3% der Apotheken, welche ihre Publikumspreise gestützt auf die empfohlenen Preise festgesetzt haben (Absatz: 48.5% [2005] bzw. 48.9% [2006] aller verkauften Packungen), haben diese Frage mit ja beantwortet und auf einen Teil der von ihnen verkauften Packungen – vom empfohlenen Publikumspreis ausgehend – Rabatte eingeräumt. Diese Apotheken gaben auf die Frage „In wie viel Prozent der Fälle weichen Sie vom empfohlenen Publikumspreis ab?“ Prozentsätze an. Anhand dieser Angaben konnte die Weko feststellen, dass im gewichteten²⁶² Durchschnitt 39% der von diesen Apotheken verkauften Packungen mit einem Rabatt abgesetzt wurden. Dies bedeutet, dass 61% der von diesen Apotheken verkauften Packungen ohne Rabatt und somit zu dem empfohlenen Publikumspreis verkauft wurden. Dies entspricht 29.6% bzw. 29.8% aller durch empfohlenen Publikumspreis verkauften Packungen. Dies entspricht 29.6% bzw. 29.8% aller durch empfohlenen Publikumspreis verkauften Packungen. Somit beträgt der Anteil der entsprechend den PPE verkauften Packungen 63.5% (= 33.9% plus 29.6%) im Jahr 2005 bzw. 63.4% (=33.6% plus 29.8%) im Jahr 2006, wie die folgende Tabelle zusammenfasst²⁶³:

Tabelle 5: Einhaltung der PPE seitens der Apotheken für die drei Medikamente in den Jahren 2005 und 2006 gemessen an der Anzahl verkaufter Packungen

	PPE	PPE mit Rabatt	Keine PPE	Total
2005	63.5%	18.9%	17.6%	100.0%
2006	63.4%	19.1%	17.5%	100.0%

Quelle: Antworten Fragebögen; Berechnung: Weko.

206. Das gleiche Vorgehen ist für die Auswertung der Daten der SD-Ärzte angewendet worden. Auf die Frage „Der empfohlene Preis dient als Referenzpreis, um Rabatte festzulegen?“ haben 75.5%²⁶⁴ der SD-Ärzte mit nein geantwortet. Nur 6.2% haben diese Frage bejaht und für einen Teil der von ihnen verkauften Packungen – vom empfohlenen Publikumspreis ausgehend – Rabatte eingeräumt. Dieser Teil entspricht im Durchschnitt 31% der von diesen SD-Ärzten abgesetzten Packungen. Dies bedeutet, dass 69% der von diesen SD-Ärzte verkauften Packungen (= 6% im Jahr 2005 und 6.8% im Jahr 2006 aller durch SD-Ärzte verkauften Packungen) ohne Rabatt und somit zu dem empfohlenen Publikumspreis verkauft wurden. Zusammenfassend beträgt der Anteil der zu PPE durch SD-Ärzte abgesetzten Packungen 72.8% (= 66.8% plus 6%) im Jahr 2005 und 70.6% (= 63.8% plus 6.8%) im Jahr 2006. Die folgende Tabelle fasst die Ergebnisse der Auswertung der Fragebögen betreffend die Preispolitik der SD-Ärzte zusammen:

²⁶² Hierbei entspricht das Gewicht einer Apotheke dem Anteil der von dieser Apotheke verkauften Packungen am Total der verkauften Packungen durch alle Apotheken, die auf die PPE teilweise einen Rabatt gewähren. In Fällen, in denen die befragte Apotheke keine Antwort auf die Frage „In wie viel Prozent der Fälle weichen Sie vom empfohlenen Publikumspreis ab?“ gibt, wird der gewichtete Durchschnitt der Apotheken, deren Antwort bekannt ist, angewendet. Dieser beträgt 39% (sog. Ansatz der Mittelwert-Imputation oder Mittelwertersetzung bei fehlenden Daten).

²⁶³ Eine separate Auflistung nach Medikamenten kann nicht durchgeführt werden, weil detaillierte Angaben betreffend die Rabattpolitik der Verkaufsstellen für die einzelnen Medikamente nicht systematisch vorhanden sind. Eine solche würde allerdings kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen betreffend die drei Medikamente führen, da die Rabattpolitik der Verkaufsstellen grundsätzlich gleich für alle drei Medikamente ist.

²⁶⁴ Dies entspricht 66.8% im Jahr 2005 bzw. 63.8% im Jahr 2006 der von den befragten SD-Ärzten abgesetzten Packungen.

Tabelle 6: Einhaltung der PPE seitens der SD-Ärzte für die drei Medikamente in den Jahren 2005 und 2006 gemessen an der Anzahl verkaufter Packungen

	PPE	PPE - Rabatt	Keine PPE	Total
2005	72.8%	2.7%	24.5%	100.0%
2006	70.6%	3.1%	26.3%	100.0%

Quelle: Auswertung Fragebögen; Berechnung: Weko.

207. Gestützt auf das Gutachten RBB behauptet Pfizer, dass für Viagra, was die Einhaltung der PPE angehe, sich folgendes Bild ergebe: Einhaltung nach verkauften Packungen Viagra (50mg x 12) seitens der Apotheken in den Jahren 2005 und 2006 44.2% bzw. 44.6%²⁶⁵. Eli Lilly führt aus, dass die richtige – gewichtete – Berechnung der Einhaltung der PPE für Cialis dazu führe, dass von den meistverkauften Packungen von Cialis (20mg x 8) in den Jahren 2004 und 2005 in Apotheken nur etwa 38.2% bzw. 37.8% zum empfohlenen Preis verkauft wurden²⁶⁶. 2/3 seien fast ausschliesslich zu niedrigeren Preisen verkauft worden, was dafür spreche, dass sich die PPE als Preisobergrenze auswirken und dass Intra-brand Wettbewerb herrschte.

208. Die von Pfizer und Eli Lilly geltend gemachten Einhaltungsggrade unterscheiden sich von der vorliegend durchgeführten gewichteten Berechnung. RBB konzentriert seine Analyse auf die „tatsächlichen Verkaufsdaten“, welche die Verkaufsstellen anlässlich der Fragebogenbeantwortung geliefert haben²⁶⁷. Um die Anzahl der mit Rabatt auf den PPE verkauften Packungen zu bestimmen, verwendet RBB implizite Durchschnittspreise (Umsatz geteilt durch Verkaufsmengen) und kommt zum Schluss, dass 2006 die Mehrheit der Packungen zu einem tieferen als dem empfohlenen Publikumspreis verkauft würden.

209. Die Verwendung von impliziten Durchschnittspreisen führt zu verzerrten Ergebnissen. Dieses Vorgehen vermischt nämlich die von einer Verkaufsstelle mit Rabatt verkauften Packungen mit denjenigen Packungen, welche ohne Rabatt verkauft wurden. Es ist jedoch verfehlt, diese gemeinsam zu betrachten, da es bei der Analyse gerade darum geht, zu unterscheiden, wie viele Packungen mit Rabatt und wie viele ohne Rabatt verkauft worden sind²⁶⁸. An den in Tabelle 5 und 6 wiedergegebenen Zahlen ist entsprechend festzuhalten.

b) Innen- und Aussenwettbewerb

210. Da eine gewisse Stabilität betreffend die Einhaltung der Abreden über die berücksichtigte Periode festgestellt werden kann, wird in den folgenden Ausführungen keine Differenzierung zwischen den beiden Jahren vorgenommen. Ferner ändern sich diese Zahlen auch dann nicht, wenn man die drei Medikamente separat betrachtet und folglich die Auswirkungen der drei unterschiedlichen vertikalen Abreden separat berücksichtigt (vgl. Fn. 263). So-

²⁶⁵ RBB (zit. in Fn. 157), Tabelle 9, S. A10.

²⁶⁶ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 91 ff.

²⁶⁷ RBB (zit. in Fn. 157), S. A3.

²⁶⁸ Wenn beispielsweise angenommen wird, dass eine Apotheke zwei Packungen mit einem Rabatt von 50% (auf die PPE) und zwei Packungen zum empfohlenen Publikumspreis (ohne Rabatt) verkauft hat, wobei die PPE = 40 CHF beträgt, würde nach der Methodik von RBB der implizite Durchschnittspreis CHF 30 [=Umsatz / Verkaufte Menge = (20 + 20 + 40 + 40)/4 = 120 / 4] betragen. Dies würde einem Rabatt von 25% auf die PPE [= (40-30) / 40] entsprechen. Gemäss der Interpretation von RBB würde man dann in diesem Fall davon ausgehen, dass die Durchschnittspreise dieser 4 Packungen 25% niedriger ausfallen als die PPE. Mit anderen Worten würde man die Schlussfolgerung ziehen, dass keine dieser vier Packungen zur PPE verkauft wurde. Tatsächlich gäbe es jedoch nur 2 Packungen, die nicht zur PPE abgesetzt wurden, während auf die zwei anderen Packungen die PPE angewendet wurde.

mit wurden rund 63% von allen in der Schweiz über die Apotheken ausgehändigten Cialis-, Levitra- und Viagra-Packungen zum empfohlenen Publikumspreis verkauft. Dieser Prozentsatz beläuft sich auf 70% betreffend die von SD-Ärzten verkauften Medikamente. Im Zusammenhang mit den SD-Ärzten und Apotheken, welche angaben, auf den empfohlenen Publikumspreis Rabatte zu gewähren, hat die Auswertung der Fragebögen – aufgrund der durch diese Apotheken und SD-Ärzte angegebenen Praxis (vgl. Tabelle 5 und Tabelle 6) – ergeben, dass die effektiv mit einem Rabatt verkauften Packungen (3.1% für die SD-Ärzte und 19.1% für die Apotheken) nur 31% bzw. 39% der durch diese SD-Ärzte bzw. Apotheken abgegebenen Packungen entsprechen.

211. Was den Innen-Intrabrand Wettbewerb betrifft, spielen somit diejenigen Apotheken und SD-Ärzte, die auf die empfohlenen Publikumspreise Rabatte gewährten und dadurch die Stichhaltigkeit der vertikalen Abreden wieder in Frage stellen sollten, eine sehr marginale Rolle. Hinzu kommt, dass es sich bei den von diesen Verkaufsstellen gewährten Rabatten weitgehend um Kundenrabatte (z.B. Rabatte gestützt auf Treuekarte, Barzahlung usw.) handelt, welche nichts mit dem Produkt als solchem zu tun haben.

212. In Zusammenhang mit dem Aussen-Intrabrand Wettbewerb ist den obigen Ausführungen zu entnehmen, dass in der berücksichtigten Periode nur noch 18.3% der SD-Ärzte und 10.7% der Apotheken ihre Preise in Abweichung von den empfohlenen Publikumspreisen festsetzten und somit als nicht an der Abrede beteiligt gelten können. Im Jahr 2006 verkauften diese Verkaufsstellen in der Schweiz lediglich 26.3% aller durch die SD-Ärzte und 17.5% aller durch die Apotheken verkauften Packungen von Cialis, Levitra und Viagra.

213. Aufgrund dieser Zahlen folgt, dass die Intensität des Innen- und Aussen-Intrabrand Wettbewerbs alleine nicht ausreicht, um die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen. Auch der Verkauf über Internet zeigt keine disziplinierende Wirkung und vermag an dieser Schlussfolgerung nichts zu ändern.

c) Restwettbewerb

214. Anlässlich der Beurteilung einer horizontalen Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG hat das Bundesgericht²⁶⁹ festgehalten, dass die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf einem Markt durch den Nachweis widerlegt werden kann, dass der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter ist, und es daher trotz dessen Ausschaltens aufgrund anderer Faktoren (z.B. Qualität der Beratung, Lage der Verkaufsstelle usw.)²⁷⁰ noch zu einem – wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigten – (Rest- oder Teil-) Wettbewerb kommt. Es ist fraglich, ob diese zusätzlichen Elemente auch bei der Prüfung der Wettbewerbsbeseitigung im Rahmen von vertikalen Abreden zu berücksichtigen sind. Dies kann vorliegend jedoch offen bleiben, denn, wie aus den folgenden Ausführungen hervorgeht, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann selbst unter Berücksichtigung von Rest- oder Teilwettbewerb nicht widerlegt werden.

215. Die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra sind verschreibungspflichtige Medikamente der Abgabe-Kategorie B und dürfen somit nur gegen ärztliches Rezept an die Patienten abgegeben werden. Die im Zusammenhang mit der Einnahme des Medikaments erforderliche Fachberatung findet anlässlich der ärztlichen Sprechstunde statt. Dort erhält der Patient alle erforderlichen Informationen betreffend Dosierung, Nebenwirkungen usw. Zudem können diese sowie zusätzliche Informationen auch den Packungsbeilagen entnommen werden. Entgegen der Auffassung, welche mehrere Apotheken im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag vertreten haben²⁷¹, besteht am Verkaufspunkt Apotheke kein Aufklärungsbedarf mehr, weshalb sich eine Verkaufsstelle nicht durch eine besonders kompetente Beratung

²⁶⁹ BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, S. 747 [Buchpreisbindung]).

²⁷⁰ Pfizer macht geltend, dass Restwettbewerb in Form von Beratung, diskreter Bedienung, Lage, Grösse und Öffnungszeiten durchaus vorhanden sei (Pfizer, act. n° 559, Rz. 243 ff.).

²⁷¹ Für die Apotheken statt vieler s. act. n° 521, Abschnitt „Allgemeine Vorbemerkungen“.

gegenüber ihren Konkurrenten profilieren kann. Selbst wenn die Beratung tatsächlich eine Rolle spielen würde, wäre diese nur anlässlich des ersten Kaufs eines dieser drei Medikamente von Bedeutung, nicht jedoch bei künftigen Käufen. Da diese drei Medikamente über eine längere Zeit verschrieben und eingenommen werden, wäre auch in einem solchen Fall die Bedeutung der Beratung als Wettbewerbsparameter minim.

216. Andere Wettbewerbsparameter, welche die Wettbewerbsintensität zwischen den an den Abreden beteiligten Verkaufsstellen beim Verkauf von Cialis, Levitra und Viagra zu erhöhen vermögen und sich nicht auf den Preis beziehen, sind nicht ersichtlich. Zwar könnte neben dem Preis auch der Schamfaktor von Bedeutung sein. Bei diesem handelt es sich jedoch nicht um einen Parameter, welcher von den einzelnen Verkaufsstellen in entscheidender Weise beeinflusst werden kann²⁷². Dieser Faktor hängt vielmehr vom potentiellen Käufer ab.

d) Zwischenergebnis

217. Daraus folgt, dass die Intensität des Intra-brand Wettbewerbs (Innen-, Aussen- und Restwettbewerb) nicht ausreicht, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vermutung gestützt auf Inter-brand Wettbewerb, welcher zum schwachen Intra-brand Wettbewerb hinzukommen könnte, widerlegt werden kann.

B.4.2.2.3 Interbrand Wettbewerb

218. Einzelne Parteien führen aus, dass die Pharmaunternehmen wirksamen Interbrand Wettbewerb ausgesetzt seien und dass dieser – entgegen Ziff. 10 Abs. 2 Vert-BM – ausreiche, um die Vermutung zu widerlegen²⁷³. Ihrer Ansicht nach müsse der Interbrand Wettbewerb auf Stufe Arzt und nicht auf Stufe Apotheke gemessen werden, weil die Wahl des Medikaments dort erfolge. Dass dort starker Interbrand Wettbewerb herrsche, sei an der Entwicklung der Marktanteile zu sehen. Im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag werfen sie dem Sekretariat weiter vor, den Interbrand Wettbewerb (trotz der Behauptung, wonach Wettbewerb hauptsächlich in Bezug auf Wirksamkeit und Sicherheitsüberlegungen erfolge) auf die Frage nach Preiswettbewerb zu reduzieren und andere Parameter sowie die Käufe über Internet nicht untersucht zu haben.

219. e-mediat führt aus, dass aufgrund wirksamen Interbrand Wettbewerbs und des Umstandes, dass den Pharmaunternehmen keine horizontale Koordination zur Last gelegt werden könne, industrieökonomisch nicht zu erwarten sei, dass diese mittels vertikaler Abreden den Wettbewerb auf Endkundenstufe in volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Weise verzerren könnten²⁷⁴. Die Pharmaunternehmen seien vielmehr durch den Druck des Interbrand Wettbewerbs gezwungen, die Vermarktung ihrer Produkte mit den Händlern zu koordinieren. Weiter sieht e-mediat insofern einen Widerspruch in den Ausführungen des Sekretariates, als es bei der Prüfung einer horizontalen Abrede zum Schluss kommt, dass zwischen den drei Medikamenten Interbrand Wettbewerb herrsche, dieses Argument jedoch bei der Prüfung der vertikalen Abreden nicht berücksichtigt.

220. Das zentrale Element, welches an dieser Stelle berücksichtigt werden muss, ist an die Tatsache gebunden, dass die hier in Frage stehenden drei Medikamente der Abgabekategorie B angehören und somit nur gegen ärztliches Rezept an die Patienten abgegeben werden dürfen (Verschreibungspflicht)²⁷⁵. Somit hat der Patient nur eine eingeschränkte

²⁷² Für einen Kunden dürfte diesbezüglich entscheidend sein, dass er am Verkaufspunkt nicht persönlich bekannt ist und dort anlässlich seines Kaufs nicht allzu viele anderen Kunden antrifft.

²⁷³ Pfizer, act. n° 559, Rz. 187 ff.; Bayer, act. n° 556, Rz. 89 ff.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 115 ff.

²⁷⁴ act. n° 517, S. 2.

²⁷⁵ Vgl. Rz. 215.

Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Erektionsmitteln. Es ist letztlich der behandelnde Arzt, welcher dem Patienten ein bestimmtes Medikament verschreibt²⁷⁶. Die Verschreibung erfolgt überwiegend aufgrund der medizinischen Beurteilung des Arztes, der selbst weiss, welches Medikament – unter Berücksichtigung der Wünsche und Bedürfnisse des Patienten – indiziert ist. Der Preis des Medikaments dürfte dabei – zumal früher gar keine und auch heute nur eine relativ geringe Preisdifferenz zwischen den Medikamenten besteht (vgl. Tabelle 8) – kaum eine entscheidende Rolle für die Wahl des Präparats spielen²⁷⁷. Vor diesem Hintergrund erscheint es fraglich, inwiefern der Druck des Interbrand Wettbewerbs die Pharmaunternehmen dazu zwingen soll, den Absatz dieser Produkte mittels PPE zu koordinieren. Denn solange die Preise von Cialis, Levitra und Viagra nicht wesentlich voneinander abweichen, sind diese für die Auswahl eines Präparats nicht entscheidend.

221. Sobald der Arzt das Rezept einmal ausgestellt hat, kann der Patient nicht mehr frei zwischen den verschiedenen Erektionsmitteln wählen: Vielmehr kann er mit diesem Rezept ausschliesslich das im Rezept namentlich genannte Medikament beziehen.

222. Die (SD-) Ärzte spielen daher eine zentrale Rolle bei der Auswahl eines der drei Medikamente sowie auch in Zusammenhang mit dem Interbrand Wettbewerb zwischen den Pharmaunternehmen. Die Pharmaunternehmen sind sich bewusst, dass der Publikumspreis von ihren Produkten bloss eine untergeordnete Rolle für die Wahl des Patienten spielt, umso mehr, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Preise der drei Medikamente sehr ähnlich sind. Der Wettbewerb, welchem sich Pfizer, Bayer und Eli Lilly für den Verkauf ihrer Produkte gegen erektile Funktionsstörungen aussetzen, gründet folglich in erster Linie auf deren Wirksamkeit und Verträglichkeit²⁷⁸.

223. Unter den wettbewerbswidrigen Effekten, welche von vertikalen Abreden herrühren können, kann die Reduktion des Intrabrand Wettbewerbs kartellrechtlich unzulässiges Verhalten zwischen Vertreibern begünstigen. Entgegen der Auffassung der Parteien ist die Intensität des Interbrand Wettbewerbs somit auf Verteilerstufe zu messen, insbesondere zwischen den Apotheken. Denn vertikale Abreden über die Preise zwischen Herstellern und Verkaufsstellen schränken zwangsläufig die Intrabrand Wettbewerbsfähigkeit der Verkaufsstellen ein und wirken sich dadurch auch horizontal aus (Wettbewerb zwischen Verkaufsstellen); dies unabhängig vom Ausmass des Interbrand Wettbewerbs zwischen den einzelnen Herstellern. Im vorliegenden Fall koordinieren die drei Pharmaunternehmen ihr Verhalten mit den Verkaufsstellen auf dieselbe Art, was dazu führt, dass der Vertrieb der drei Medikamente keine Unterschiede aufweist und diesbezüglich somit kein Wettbewerb herrscht. Dass zwischen den drei Pharmaunternehmen Wettbewerb besteht, ist im Zusammenhang mit dem Vertrieb der Medikamente folglich ohne Bedeutung.

224. Wie bereits ausgeführt, ist am Verkaufspunkt Apotheke jedoch faktisch keine Substituierbarkeit der Medikamente mehr gegeben. Die Apotheken haben somit nicht die Möglichkeit, den Wettbewerb zwischen den drei Medikamenten (in-shop competition) spielen zu lassen, indem beispielsweise tiefere Preise für Viagra im Vergleich zu Levitra oder Cialis verlangt würden. Von Bedeutung im Zusammenhang mit dem Interbrand Wettbewerb ist auch, in welchem Masse der Patient/Kunde die Möglichkeit hat, unter den Apotheken diejenige auszuwählen, welche das verordnete Produkt zu einem tieferen als dem empfohlenen Preis anbietet. Denn, falls sich der Preis bei der Wahl des zweckmässigsten Produkts effektiv als sekundär erweist, ist er es nicht mehr, wenn es sich um den Wiederkauf dieses Produktes handelt.

²⁷⁶ [REDACTED] (Bayer, act. n° 370, Antwort 3.a).

²⁷⁷ S. Bayer, act. n° 370, Antwort 4a, [...].

²⁷⁸ Vgl. Bayer, act. n° 370, Antwort 4.

225. Wie aus den obigen Ausführungen erhellt, wurden 63.4% aller durch die Apotheken abgesetzten Packungen im Jahr 2006 zum empfohlenen Publikumspreis verkauft (vgl. Tabelle 5). Die Veröffentlichung und die Einhaltung der PPE für die drei Medikamente verhindert den Preiswettbewerb, welchem die Verkaufsstellen mangels PPE ausgesetzt wären. Die Apotheken könnten mit tieferen Preisen als den empfohlenen Publikumspreisen versuchen, mehr Konsumenten von Cialis, Levitra und Viagra zu gewinnen. Die Herabsetzung des einheitlichen Preises pro Packung würde durch eine Erhöhung der Verkäufe wettgemacht. Es ist sehr wahrscheinlich, dass ein Kunde, der den Preiswettbewerb heute nicht spielen sieht, mehr Zeit in die Recherche nach dem tiefsten Medikamentenpreis investieren würde, wenn die Verkaufsstellen die PPE nicht mehr einhalten würden.

226. Nur 10.7% der Apotheken, die Cialis, Levitra und Viagra verkaufen, wenden grundsätzlich einen anderen als den empfohlenen Publikumspreis an. Diese Verkaufsstellen haben insgesamt 17.5% Packungen verkauft. Erschwerend kommt hinzu, dass drei gleichartige, nebeneinander bestehende und den ganzen sachlich relevanten Markt umfassende vertikale Vertriebsnetze vorliegen, die sich kumulativ auf den Markt auswirken (sog. kumulativer Effekt²⁷⁹). Die Apotheken haben ein grosses Interesse daran, die empfohlenen Publikumspreise einzuhalten. Denn die vertikalen Abreden reduzieren nicht nur das Risiko, sich über die Apothekerpreise zu konkurrenzieren, sondern sie garantieren auch eine interessante und fixe Gewinnmarge im Verlauf der Jahre.

227. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Interbrand Wettbewerb, welcher zum schwachen Intra-brand Wettbewerb hinzukommt, nicht ausreicht, um die Vermutung zu widerlegen. Die drei vertikalen Abreden beseitigen folglich den wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt.

B.4.2.3 Zwischenergebnis

228. Den obigen Ausführungen ist zu entnehmen, dass vorliegend die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden kann.

B.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

229. Selbst wenn man – entgegen der Auffassung der Weko – zum Schluss kommen würde, dass sich vorliegend die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegen lässt, zeigen die folgenden Ausführungen, dass die hier zu prüfenden Abreden mindestens eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs zur Folge haben.

230. Im Zusammenhang mit der Erheblichkeit berufen sich die Parteien weitgehend auf die bereits anlässlich der Wettbewerbsbeseitigung geltend gemachten Argumente²⁸⁰. Insbesondere wird ausgeführt, dass aus den vom Sekretariat berechneten Zahlen hervorgehe, dass der Wettbewerb – sofern aufgrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen überhaupt möglich – spiele und nicht erheblich beschränkt sei. Im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag werfen die Parteien dem Sekretariat vor, seine Ausführungen auf die Vert-BM (insb. auf Ziff. 10 Abs. 2 Vert-BM) und nicht auf die einschlägige ökonomische Literatur zu stützen²⁸¹. Sie fordern, dass die Beseitigung bzw. erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs unabhängig von der Vert-BM rechtsgenügend nachzuweisen sei.

²⁷⁹ Vgl. auch Ziff. 13 Abs. 2 Vert-BM.

²⁸⁰ Für die Apotheken statt vieler s. act. n° 522, Abschnitt „Keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung“; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 221; Bayer, act. n° 556, Rz. 94.

²⁸¹ Bayer, act. n° 556, Rz. 96 f.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 223; Pfizer, act. n° 559, Rz. 260.

231. Pfizer ist der Auffassung, dass die Aussage über den kumulativen Abschottungseffekt²⁸² falsch und aus der Luft gegriffen sei; das ökonomische Expertengutachten zeige gerade, dass die Preise in der Schweiz tiefer als im Ausland seien²⁸³. Weiter wirft sie dem Sekretariat vor, den potentiellen Wettbewerb in Form von neuen Marktzutritten sowie Generika nicht berücksichtigt zu haben [(...)]²⁸⁴. Potentieller Wettbewerb besteht ihrer Meinung nach auch für die Apotheken: Die Marktanteile von Versandapotheken würden ständig steigen; diese seien effizienter als herkömmliche Apotheken²⁸⁵.

232. Die Beurteilung der Erheblichkeit einer Abrede erfolgt grundsätzlich anhand von quantitativen und qualitativen Kriterien. Vertikale Abreden über Festpreise gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen in der Regel in qualitativer Hinsicht den Tatbestand der Erheblichkeit²⁸⁶. An besagte Abreden sind im Hinblick auf die quantitative Beurteilung der Erheblichkeit tiefe Anforderungen zu stellen²⁸⁷. Diese brauchen vorliegend nicht näher definiert zu werden, denn wie den folgenden Ausführungen zu entnehmen ist, ist aufgrund der Auswirkungen der vorliegend zu beurteilenden Abreden auf den Markt ohne Weiteres von einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung auszugehen.

233. Vorliegend liegen drei nebeneinander bestehende vertikale Abreddebündel gemäss Art. 5 Abs. 4 KG vor, welche die Anforderungen im Hinblick auf die Erheblichkeit in qualitativer Hinsicht erfüllen. Die Erheblichkeit ist auch in quantitativer Hinsicht zu bejahen. Zusätzlich zu den folgenden Ausführungen wird in diesem Zusammenhang auf Rz. 202 ff. verwiesen, welche *mutatis mutandis* auch für die Frage der Erheblichkeit gelten.

B.4.3.1 Spezifische Kriterien zur Beurteilung von in Empfehlungform gekleideten Abreden über die Festlegung von Verkaufspreisen

234. Neben dem Ausgeführten (s. Rz. 202 ff.) kann für die Beurteilung der Auswirkungen der vorliegenden Abreden über die Festlegung von Verkaufspreisen auch ein Vergleich zwischen den Preisen, welche in der Schweiz und im vergleichbaren Ausland herrschen, herangezogen werden (vgl. auch Ziff. 11 Abs. 2 lit. d Vert-BM).

235. Dieser Vergleich ist im Zusammenhang mit rezeptpflichtigen Medikamenten allerdings nur beschränkt durchführbar. Denn der Medikamentenmarkt ist in jedem Land stark reguliert und aufgrund der unterschiedlichen Gesetzgebungen ist ein aussagekräftiger Preisvergleich zwischen den einzelnen Ländern schwierig. Vorliegend wurden die Publikumspreise für Cialis²⁸⁸, Levitra und Viagra in der Schweiz mit denjenigen in Deutschland, Italien und Grossbritannien verglichen. In Deutschland und Italien sind die meistverkauften Packungen billiger²⁸⁹, die Margen für Grossisten und Apotheken werden jedoch staatlich festgelegt. Unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer sind die drei Medikamente in Grossbritannien preiswerter²⁹⁰. Der Preisunterschied ist allerdings nicht massiv, weshalb – auch aufgrund der obigen Ausführungen – dieses Kriterium nicht aussagekräftig ist.

²⁸² Vgl. Rz. 226. Mit kumulativem Abschottungseffekt ist vorliegend die Tatsache gemeint, dass der ganze sachliche Markt von der Festlegung von Verkaufspreisen mittels PPE betroffen ist. Entgegen der Auffassung Pfizers, beruht diese Aussage nicht auf einem Preisvergleich mit dem Ausland.

²⁸³ Pfizer, act. n° 559, Rz. 266.

²⁸⁴ Pfizer, act. n° 559, Rz. 295 ff. sowie 301 ff.

²⁸⁵ Pfizer, act. n° 559, Rz. 305.

²⁸⁶ S. auch RPW 2009/2, S. 153 Rz. 75 (sécateurs et cisailles).

²⁸⁷ RPW 2009/2, S. 153 Rz. 75 (sécateurs et cisailles).

²⁸⁸ Eli Lilly weist darauf hin, [...] (Eli Lilly, act. n° 390, Antwort 3, S. 3.).

²⁸⁹ Eli Lilly macht darauf aufmerksam, dass [...] (Eli Lilly, act. n° 390, Antwort 3., S. 4.).

²⁹⁰ Eli Lilly weist darauf hin, dass die für Grossbritannien für Cialis angegebenen Preise die Listenpreise der National Health Service (NHS) seien (Eli Lilly, act. n° 390, Antwort 3, S. 4 f.). Diese

236. Für die Beurteilung der Schädlichkeit dieser Abreden über die Festlegung von Verkaufspreisen ist vielmehr die Tatsache entscheidend, dass diese „tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Weiterverkäufer oder Händler befolgt“ werden (vgl. Ziff. 11 Abs. 2 lit. e Vert-BM).

237. Wie gezeigt, werden nur 36% bzw. 28% der von Apotheken und SD-Ärzten verkauften Packungen von Cialis, Levitra und Viagra zu einem anderen als dem empfohlenen Publikumspreis verkauft. Dies führt dazu, dass jede einzelne Abrede den Wettbewerb zwischen den Verkaufsstellen auf dem relevanten Markt zumindest erheblich beeinträchtigt. Erschwerend kommt hinzu, dass drei gleichartige, nebeneinander bestehende und den ganzen sachlich relevanten Markt umfassende vertikale Vertriebsnetze vorliegen, die sich kumulativ auf den Markt auswirken. Das Interesse, die empfohlenen Publikumspreise einzuhalten, ist sowohl bei den Apotheken als auch bei den SD-Ärzten gross (s. Tabelle 4).

B.4.3.2 Zwischenergebnis

238. Für den Fall der Widerlegung der Vermutung wäre festzuhalten, dass die Wettbewerbsabreden der Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen von Cialis, Levitra und Viagra eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirken, die gemäss Art. 5 Abs. 1 KG mindestens als erheblich zu qualifizieren ist. Wie den folgenden Ausführungen entnommen werden kann, könnten besagte Abreden nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

B.4.4 Keine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz

B.4.4.1 Einleitende Bemerkungen

239. Eine erhebliche Beschränkung wirksamen Wettbewerbs ist grundsätzlich unzulässig, ausser sie ist aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG). In der einschlägigen Literatur wird hervorgehoben, dass hinter dieser Ausnahmebestimmung der Gedanke steht, dass im Einzelfall positive Wirkungen die schädlichen Wirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen auf den Wettbewerb kompensieren können²⁹¹. Bei der Prüfung der Ausnahmen darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich das Kartellgesetz auf zwei verfassungsrechtliche Pfeiler stützt: die individualrechtlich ausgestaltete Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und den Kartellartikel (Art. 96 BV). Beide Normen stellen einen Teil der Grundsätze dar, welche die schweizerische Wirtschaftsordnung prägen²⁹². Eine marktwirtschaftlich orientierte Wirtschaftsordnung ist auf eine funktionierende Wettbewerbsordnung angewiesen, weshalb das KG das Ziel des „wirksamen Wettbewerbs“ verfolgt. Eine zentrale Voraussetzung des Systems ist die Garantie der Offenheit der Märkte. Wird diese z. B. durch Marktzutrittsschranken gestört, hat das KG als ordnungspolitisches Instrument in die Privatautonomie einzugreifen, um sicherzustellen, dass das Funktionieren der freien Wirtschaftsordnung nicht gestört wird.

240. Aufgrund dieser Konzeption der schweizerischen Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung dürfen Wettbewerbsbeschränkungen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nur

Preise würden die sog. „dispensing fee“, welche die Apotheken zusätzlich zum behördlich genehmigten Preis erhalten, nicht enthalten. Ähnlich argumentiert Pfizer, wonach es sich bei den in Grossbritannien für Viagra veröffentlichten Preisen nicht um eigentliche PPE handle, sondern um die Ex-factory Preise zuzüglich der üblichen NHS-Marge (Pfizer, act. n° 394, Antwort 14). Die Endverkaufspreise dürften demnach um einiges höher sein.

²⁹¹ Vgl. Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 557, im Sonderdruck S. 90, und VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (zit. in Fn. 132), Rz. 1425.

²⁹² Dazu und zum Folgenden statt vieler VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (zit. in Fn. 132), Rz. 1235 ff.; sowie ausführlich ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 122 ff.

ausnahmsweise und unter folgenden beiden Voraussetzungen zugelassen werden²⁹³: Einerseits müssen die positiven Effekte einer Wettbewerbsbeschränkung merklich spürbar sein und die schädlichen Wirkungen tatsächlich kompensieren. Andererseits muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Art sein, weshalb in die Beurteilung der Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG ausschliesslich ökonomische Aspekte einfließen dürfen. Im Folgenden werden somit ausschliesslich ökonomische Gründe berücksichtigt. Sollten sich die Parteien auf den Standpunkt stellen, dass die Veröffentlichung von PPE für Cialis, Levitra und Viagra und deren Einhaltung aus anderen (nicht ökonomischen) Gründen zu rechtfertigen ist, müssten sie eine ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen beim Bundesrat beantragen (Art. 8 und 31 KG).

241. Für den Fall der Widerlegung der Vermutung wäre zu prüfen, ob die Festlegung von Verkaufspreisen für Cialis, Levitra und Viagra mittels PPE durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

B.4.4.2 Rechtfertigung gemäss KG

242. Die Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sind in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG abschliessend erwähnt. Danach sind Abreden gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, 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. Darüber hinaus sollen sie den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 lit. b KG). Sind keine Effizienzgründe ersichtlich, ist die Abrede unzulässig (vgl. Art. 5 Abs. 1 KG).

243. Vertikale Abrede können i.d.R. ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt gelten, wenn der Anteil des Lieferanten am relevanten Markt 30% nicht überschreitet (s. Ziff. 15 Abs. 2 Vert-BM). Dabei handelt es sich um eine Art summarische Effizienzprüfung aufgrund der Marktanteilsschwellen, welche auf der Vorstellung basiert, dass bei tiefen Marktanteilen (unter 30%) davon ausgegangen werden kann, dass die positiven Effekte einer Abrede die negativen überwiegen. Vorliegend kommt diese Rechtfertigung aufgrund tiefer Marktanteile jedoch nicht zur Anwendung. Denn sie setzt voraus, dass keine qualitativ erhebliche Abrede sowie keine Abrede, die sich zusammen mit anderen kumulativ auf den Markt auswirkt und den Wettbewerb aus diesem Grund erheblich beeinträchtigt, vorliegt. Die vorliegenden Abreden über die Festlegung von Verkaufspreisen sind erheblich sowohl aufgrund ihres Gegenstandes (Abrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG) als auch aufgrund ihrer kumulativen Marktauswirkungen (vgl. Rz. 226 sowie Ziff. 12 Vert-BM)²⁹⁴.

244. Aus diesen Gründen ist vorliegend im Einzelfall zu prüfen, ob die Abreden für Cialis, Levitra und Viagra gerechtfertigt werden können (vgl. auch Ziff. 15 Abs. 3 Vert-BM). Ziff. 15 Abs. 4 Vert-BM enthält einen Beispielkatalog von Rechtfertigungsgründen, welche Unternehmen – in Zusammenhang mit vertikalen Abreden – im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 lit. a KG geltend machen können. Die Beispiele von Ziff. 15 Abs. 4 Vert-BM lassen sich im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 lit. a KG wie folgt einordnen: Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um

- Herstellungs- und Vertriebskosten zu senken, wie zum Beispiel:
 - Schutz vertragsspezifischer Investitionen, die ausserhalb der Geschäftsbeziehung nicht oder nur mit hohem Verlust verwendet werden können (Hold-up Problem; Ziff. 15 Abs. 4 lit. c Vert-BM);

²⁹³ Zum Ganzen VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (zit. in Fn. 132), Rz. 1426 f.

²⁹⁴

- Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how (Hold-up Problem; Ziff. 15 Abs. 4 lit. f Vert-BM);
- Produkte oder Produktionsverfahren (oder Vertriebssysteme und -verfahren) zu verbessern, wie zum Beispiel:
 - Zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte (Ziff. 15 Abs. 4 lit. a Vert-BM);
 - Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte (Ziff. 15 Abs. 4 lit. b Vert-BM);
 - Vermeidung von ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmassnahmen (z.B. Beratungsdienstleistungen), die resultieren können, wenn ein Hersteller oder Händler von den Verkaufsförderungsbemühungen eines anderen Herstellers oder Händlers profitieren kann (Trittbrettfahrerproblem; Ziff. 15 Abs. 4 lit. d Vert-BM);
 - Vermeidung eines doppelten Preisaufschlags, der sich ergeben kann, wenn sowohl der Hersteller als auch der Händler über Marktmacht verfügen (Problem der doppelten Marginalisierung; Ziff. 15 Abs. 4 lit. e Vert-BM);
 - Die Sicherung von finanziellen Engagements (z.B. Darlehen), die durch den Kapitalmarkt nicht zur Verfügung gestellt werden (Ziff. 15 Abs. 4 lit. g Vert-BM);
- Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern, wie zum Beispiel:
 - Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how (Ziff. 15 Abs. 4 lit. f Vert-BM);
- Ressourcen rationeller zu nützen.

245. Für die Rechtfertigung ist überdies vorausgesetzt, dass die Wettbewerbsabreden zur Erreichung des Effizienzziels notwendig sind und die beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit haben, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

246. Wie bereits ausgeführt, sind die in Rz. 242 genannten Gründe im Gesetz abschliessend aufgezählt, wobei es sich um offene Begriffe handelt, die ein breites Spektrum an Kooperationsabreden zulassen²⁹⁵. Zur Rechtfertigung genügt, dass einer von ihnen gegeben ist²⁹⁶. Einschränkend ist an dieser Stelle anzumerken, dass ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten, das aus Sicht der einzelnen Unternehmen effizient ist, nicht notwendigerweise auch zu einem gesamtwirtschaftlich effizienten Ressourceneinsatz führt²⁹⁷. Der Effizienzbegriff des KG ist volkswirtschaftlich zu verstehen. Die Effizienzgewinne dürfen nicht nur im Sinne eines betriebswirtschaftlichen Effizienzgewinns den an der Abrede beteiligten Unternehmen in der Form einer Kartellrente zugute kommen²⁹⁸. Zudem darf der Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Ziel nicht übermässig eingeschränkt werden²⁹⁹.

²⁹⁵ Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 558, im Sonderdruck S. 91; BORER (zit. in Fn. 96), Art. 5 N 33.

²⁹⁶ ZÄCH (zit. in Fn. 96), Rz. 286.

²⁹⁷ "Vertical restraints may both be privately desirable and decrease aggregate surplus, and therefore should not be legal per se" (PATRICK REY and JEAN TIROLE, The Logic of Vertical Restraints, The American Economic Review, Vol. 76, No. 5, December 1986, S. 922).

²⁹⁸ BORER (zit. in Fn. 96), Art. 5 N 46.

²⁹⁹ Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 560, im Sonderdruck S. 93.

B.4.4.3 Wirtschaftliche Effizienz bei vertikalen Wettbewerbsabreden

247. Wirtschaftliche Effizienz bedeutet ein Maximum an Bedürfnisbefriedigung aus den gegebenen Mitteln bzw. die Befriedigung der vorhandenen Bedürfnisse mit einem Minimum an Aufwand. Grundsätzlich kann wirtschaftliche Effizienz in Form von allokativer Effizienz, Produktionseffizienz oder dynamischer Effizienz auftreten³⁰⁰. Die einzelnen im KG angeführten Effizienzgründe beinhalten dabei jeweils in unterschiedlichem Umfang Elemente der allokativen Effizienz, der Produktionseffizienz und der dynamischen Effizienz.

248. Auf Märkten, auf welchen wirksamer Wettbewerb herrscht, sind die Hersteller in der Regel gezwungen, eine Vertriebsform zu wählen, die den Effizienz Gesichtspunkten in wesentlichem Umfang Rechnung trägt. So ist es denkbar, dass die Marktteilnehmer ohne Verhaltenskoordination dieselbe (effiziente) Vertriebsform bzw. vertikale Restriktion wählen.

249. Die Frage, inwiefern die Anwendung von empfohlenen Publikumspreisen ökonomisch effizient und deswegen prokompetitiv zu beurteilen ist, ist – wie im Allgemeinen bei vertikalen Restriktionen – noch nicht klar beantwortet worden. Einerseits könnte es sich um einen verhaltensbezogenen Grund handeln, der die Hersteller zwingt, PPE bekannt zu geben. Wenn die Konsumenten stark gegen „loss aversion“³⁰¹ reagieren und der effektive Preis den empfohlenen Preis überschreitet, werden die Verkaufsstellen die PPE freiwillig anwenden³⁰². Andererseits werden in der Anwendung von empfohlenen Preisen antikompetitive Ziele gesehen. PPE können die Kollusion unter Herstellern und/oder Verkaufsstellen fördern, so dass letztere den PPE freiwillig folgen³⁰³. Eine neue Studie³⁰⁴ folgt einem dritten Weg und kommt zum Schluss, dass PPE Teil eines impliziten Vertrags sein können und als Instrument für die Kommunikation von privaten Informationen zwischen Hersteller und Verkaufsstelle dienen können, die zentral für die Maximierung des gemeinsamen Surplus sind.

250. Im vorliegenden Fall greifen diese Argumente indes nicht, denn die Anwendung von PPE für Cialis, Levitra und Viagra sowie allgemein für Hors-Liste Medikamente ist auf das System Sanphar zurückzuführen, welches die betroffenen Parteien (Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen) in der Festsetzung der Vertriebsmargen mittels PPE beeinflusst hat³⁰⁵. Dieses System war nicht Ergebnis eines wirtschaftlichen Prozesses zur Bestimmung des besten Vertriebssystems. Im vorliegenden Fall der Festlegung von Verkaufspreisen mittels PPE gilt es zu beachten, dass sich die drei Hersteller in ihrer Gesamtheit über eine Vertriebsform bzw. vertikale Restriktion koordiniert (vgl. Rz. 305 ff.) und den Wettbewerb als Verfahren zur Entdeckung der effizientesten Vertriebsform dadurch beeinträchtigt haben. Diese Feststellung schließt indes nicht von vornherein aus, dass im vorliegenden Fall Rechtfertigungsgründe bestehen und dass diese nur durch die organisatorische Bündelung, welche die Festlegung von Verkaufspreisen mittels PPE ermöglicht, zur Geltung gebracht werden können.

251. Im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass die die Preisempfehlungen herausgebenden Pharmaunternehmen bei ihrem unternehmerischen Handeln unter anderem auch an effizienten Vertriebsstrukturen, die ein dichtes und qualitativ hochstehendes, aber auch mög-

³⁰⁰ Zum Ganzen RPW 2005/2, S. 278 Rz. 57 ff. (Sammelrevers 1993).

³⁰¹ AMOS TVERSKY/DANIEL KAHNEMAN, Loss aversion in riskless choice: A reference-dependent model, *Quarterly Journal of Economics* 106(4), 1991, S. 1039 bis 1061.

³⁰² CLEMENS PUPPE/STEPHANIE ROSENKRANZ, Why suggest non-binding retail prices?, Working Papers 06-10, 2006 (Utrecht School of Economics).

³⁰³ PATRICK REY/THIBAUD VERGÉ, Economics of vertical restraints, in: Buccirosi (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge 2007 (MIT Press), S. 353-390. RIEMER P. FABER/MARTIN C.W. JANSSEN, On effects of advisory prices in gasoline markets, Mimeo, Rotterdam 2008 (Erasmus University Rotterdam).

³⁰⁴ STEFAN BÜHLER/DENNIS L. GÄRTNER, Making Sense of Non-Binding Retail-Price Recommendations, Working Paper No. 0902, 2009 (University of Zurich).

³⁰⁵ Vgl. Rz. 128 ff. sowie RPW 2000/3, S. 320 ff. (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

lichst kostengünstiges Vertriebsnetz gewährleisten, interessiert sind. Für die Pharmahersteller besteht dabei ein gewisser Interessenskonflikt zwischen den Vor- und Nachteilen von mittels PPE festgesetzten Endverbraucherpreisen (z.B. infolge Preisbindung eingeschränkte Möglichkeiten zur Preisdifferenzierung zwischen verschiedenen Kundengruppen).

252. Die Apotheken sind primär an einem effizienten Vertrieb in Bezug auf das eigene Geschäft interessiert. Sie sind ebenfalls daran interessiert, dass insgesamt absatzfördernde Massnahmen durchgeführt werden, die sich in erster Linie positiv auf den eigenen Absatz auswirken. Aus ihrer betrieblichen Optik haben sie jedoch auch ein Interesse an effizienten Vertriebswegen auf dem Medikamentenmarkt insgesamt.

253. Teilweise andere Überlegungen gelten für SD-Ärzte. Obwohl deren Haupttätigkeit die Patientendiagnose und andere, mit ihrem Beruf verbundene Behandlungsleistungen bilden und der Medikamentenverkauf bloss zweitrangig ist, spielen SD-Ärzte dennoch eine wichtige Rolle beim Verkauf von rezeptpflichtigen Medikamenten. Denn die pharmazeutischen Unternehmen versuchen, die Kunden durch die Vermittlung der (SD-) Ärzte auf ihr Produkt aufmerksam zu machen³⁰⁶, da diese nicht direkt durch Werbung erreicht werden können³⁰⁷. Die pharmazeutischen Unternehmen verkaufen somit nicht über die (SD-) Ärzte, sondern mit den (SD-) Ärzten. Für diese Dienstleistung können die (SD-) Ärzte eine Entschädigung (geldwerte Vorteile von bescheidenem Wert für Ärzte sowie handelsübliche und betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Rabatte für SD-Ärzte) erhalten, welche den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen³⁰⁸ genügen muss. Zudem werden die Kosten, welche den SD-Ärzten aus der Abgabe der Medikamente entstehen, durch die von der PPE sichergestellte – im Vergleich mit derjenigen der Apotheken noch höhere – Marge gedeckt³⁰⁹. Obwohl die Medikamentenabgabe für die SD-Ärzte nicht deren Haupttätigkeit darstellt, sind sie dennoch an Massnahmen interessiert, welche den eigenen Medikamentenabsatz steigern.

254. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Wettbewerbsbehörden das Vorliegen von Effizienzgründen im Rahmen der Untersuchungsmaxime von Amtes wegen zu prüfen haben. Die Aussagen der Parteien werden nachfolgend insoweit wiedergegeben, als sie einen Bezug zu den zu prüfenden Effizienzgründen aufweisen.

255. Als allgemeine Feststellung in diesem Zusammenhang weisen einige Parteien darauf hin, dass die Effizienzgewinne aller Hors-Liste Medikamente zu berücksichtigen seien und nicht nur diejenigen für die drei untersuchten Medikamente³¹⁰.

256. Eine – pauschale – Berücksichtigung der Effizienzgründe für alle Hors-Liste Medikamente scheint jedoch nicht angebracht zu sein. Grundsätzlich müssen Rechtfertigungsgründe spezifisch für die vom sachlich relevanten Markt umfassten Medikamente geprüft werden, da nur so den Einzelheiten jedes Medikaments Rechnung getragen werden kann (z.B. im Hinblick auf spezielle Lager-, Beratungs-, Abgabekosten usw.). Dies schliesst indes eine allgemeine Betrachtung derjenigen Rechtfertigungsgründe, welche tendenziell für mehrere Hors-Liste Medikamente gelten könnten, nicht aus. Eine solche erfolgte bereits (s. Rz. 267 ff.).

³⁰⁶ Bayer, act. n° 591, Protokoll der Anhörung, S. 10.

³⁰⁷ Vgl. JORDAN/RAY (zit. in Fn. 253), S. 16; FRIDOLIN MARTY, in: Kocher/Oggier (Hrsg.), Gesundheitswesen Schweiz 2007 – 2009, Eine aktuelle Übersicht, Bern 2007, S. 189.

³⁰⁸ Vgl. Art. 33 HMG.

³⁰⁹ Die eingerechnete Marge der PPE berücksichtigt auch die Kosten, welche einer Apotheke im Zusammenhang mit der Abgabe des Medikaments entstehen. Die einem SD-Arzt im Zusammenhang mit der Medikamentenabgabe anfallenden Kosten sind tiefer als diejenigen einer Apotheke und die ärztliche Beratung im Hinblick auf die Handhabung des Medikaments ist bereits durch das Arzthonorar gedeckt. Aus diesem Grund resultiert einem SD-Arzt eine grössere Marge als den Apotheken.

³¹⁰ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 135; Bayer, act. n° 556, Rz. 102.

B.4.4.3.1 Keine Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten

257. Eine Rechtfertigung aufgrund der Senkung der Vertriebskosten ist namentlich bei vertikalen Vereinbarungen denkbar, die dem Vertrieb eines neuen Produktes förderlich sind. Um eine Amortisation der Investitionen für die Markteinführung zu ermöglichen, können wettbewerbsbeeinträchtigende Abreden in einem gewissen Umfang erforderlich sein. Mit dem Kriterium der Senkung der Vertriebskosten soll angedeutet werden, dass exklusive oder selektive Vertriebssysteme aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.

258. Aufgrund der Korrelationen und Überschneidungen werden die im Zusammenhang mit der Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten stehenden Gründe anlässlich der Prüfung der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren behandelt (s. B.4.4.3.2). Davon ausgenommen und bereits an dieser Stelle zu prüfen ist das Hold-up Problem, welches in Zusammenhang mit beziehungsspezifischen Investitionen und der Unvollständigkeit von Verträgen steht (vgl. Ziff. 15 Abs. 4 lit. c Vert-BM)³¹¹.

259. Die Verkaufsstellen müssen grundsätzlich keine spezifischen Investitionen für den Verkauf von Hors-Liste Medikamenten tätigen. Vorliegend gibt es denn auch keine Indizien, welche den Schluss nahe legen, dass die Festlegung von Verkaufspreisen für Cialis, Levitra und Viagra mittels PPE bei der Lösung einer solchen Problematik helfen könnten. Es gibt somit keine direkte Verbindung zwischen den PPE für diese drei Medikamente und einem allfälligen Hold-Up Problem.

B.4.4.3.2 Keine Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren

260. Der Begriff der Verbesserung von Produkten ist weit zu verstehen. Er beschränkt sich nicht auf technische oder funktionelle Belange, sondern erfasst z.B. auch die Umweltverträglichkeit von Produkten. Darunter können sowohl die Verbreiterung des Angebots oder des Produktesortiments wie auch die Erhöhung des Qualitätsniveaus verstanden werden. Weiter kann auch die Verbesserung des Vertriebs durch das Tatbestandsmerkmal 'Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren' erfasst werden. Beispiele für Abreden, die eine Verbesserung des Vertriebs bezwecken, sind etwa die Verpflichtung zur fachkundigen Beratung der Kundschaft, zu ausreichender Lagerhaltung sowie zur Gewährleistung eines guten Kundendienstes. Solche Abreden ermöglichen es dem Abnehmer, das für ihn geeignete Produkt zu finden, oder sie verbessern die Benutzungsmöglichkeiten des Produkts. Sie stellen deshalb eine Verbesserung des Produkts dar³¹².

261. Die Unternehmen können in Zusammenhang mit der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren mehrere Rechtfertigungsgründe geltend machen (vgl. Ziff. 15 Abs. 4 Vert-BM, Rz. 244 und Rz. 258). Vier der in Ziff. 15 Abs. 4 Vert-BM aufgelisteten Rechtfertigungsgründe – namentlich lit. a, b, f, g³¹³ – stehen in keinem Zusammenhang mit der Festlegung von Verkaufspreisen mittels PPE und werden deshalb vorliegend nicht behandelt. Nachfolgend werden somit einerseits allgemeine Gründe geprüft, welche in Zusammenhang mit der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren stehen und nicht in der Vert-BM erwähnt sind [vgl. nachfolgend a)], sowie andererseits die in Ziff. 15 Abs. 4 lit. d (Trittbrettfahrerproblem) und lit. e (Problem der doppelten Marginalisierung) Vert-BM aufgelisteten Gründe [vgl. nachfolgend b) und c)].

a) Allgemeine Gründe

³¹¹ RPW 2005/2, S. 280 Rz. 65 f. (Sammelrevers 1993).

³¹² Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 559, im Sonderdruck S. 92; ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 407 ff.

³¹³ Mitteilung der EU-Kommission - Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Amtsblatt Nr. C 291 vom 13/10/2000, Rz. (116), Pt. 2, 5, 7 und 8.

262. Die Parteien erwähnen folgende Gründe, die allgemein in Verbindung mit der Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren stehen könnten und nicht zugleich von der Trittbrettfahrerproblematik oder der Doppelmarginalisierung erfasst werden:

263. Erleichterung des Informationszugangs für die Verkaufsstellen³¹⁴, Servicegedanken / Dienstleistung³¹⁵, grobe Orientierungshilfe für die Verkaufsstellen³¹⁶ und Hinweis auf den Wert des Produktes³¹⁷: Die Verkaufsstellen, welche z.T. über 20'000 Artikel am Lager halten, seien oft nicht in der Lage, für jedes einzelne Produkt, das sie im Angebot haben, eine Preisberechnung durchzuführen³¹⁸. Übernahme der PPE wegen Unmöglichkeit, jedes Mal für alle Produkte die Verkaufspreise zu berechnen³¹⁹ (eine eigene Kalkulation oder eine Verifizierung der PPE aufgrund von eigenen Marktanalysen sei für eine Apotheke nicht möglich)³²⁰; der zeitliche und finanzielle Aufwand sei für die geringen verkauften Mengen nicht gerechtfertigt³²¹; einer Apotheke fehlten die hierzu benötigten Kenntnisse; die kleinen Umsatzmengen mit Cialis, Levitra und Viagra würden grundsätzlich keinen Spielraum für Preisadjustierungen erlauben; Benützung eines automatisierten Verfahrens³²² wie für SL-Medikamente, denn eine Ausdifferenzierung in der Preisauszeichnung zwischen KVG- und nicht KVG-Bereich wäre viel zu aufwendig³²³.

264. Im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag haben die Parteien grundsätzlich keine neuen Argumente geltend gemacht, welche in Zusammenhang mit der Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren stehen³²⁴. Als einzig neues Argument wird ausgeführt, dass, um Produkte billiger verkaufen zu können, eine Rationalisierung nötig sei³²⁵. Diese erfordere eine Vergrösserung der Verkaufsstellen (flächen-, volumen-, umsatz- und gewinnmässig) und führe dazu, dass Apotheken nur noch in den grossen Städten zu finden seien³²⁶.

265. Zusammenfassend machen die Parteien geltend, dass die PPE durch eine Vereinfachung der Fakturierung sowie durch eine Kostenreduktion eine Verbesserung des Medikamentenvertriebs zur Folge haben würden. Diese Kostenreduktion könne als Zeitersparnis betrachtet werden, weil die PPE schon in den an die Vertreiber gelieferten EDV-Programmen

³¹⁴ Eli Lilly, act. n° 37, Antwort 2. Da Pfizer die PPE auf ihrer Homepage publiziert, sieht sie keinen Anlass, jemanden von diesen Informationen auszuschliessen und stellt diese somit auch der Firma e-mediat zur Verfügung (Pfizer, act. n° 47, Antwort 2 sowie act. n° 269, Antwort 2.c.).

³¹⁵ Bayer, act. n° 73, Antwort 2 und act. n° 221, Antwort 20a; Pfizer, act. n° 235, Antwort 10, 21.a und act. n° 317, Antwort 4; Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 21c.

³¹⁶ Bayer, act. n° 73, Antwort 2.

³¹⁷ Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 21.a. und act. n° 316, Antwort 15. Eli Lilly rechtfertigt das Mitteilen der PPE auch 2 Jahre nach dem Markteintritt von Cialis mit der Notwendigkeit, die Preise infolge Preisveränderungen der Konkurrenz anpassen zu müssen.

³¹⁸ Bayer führt in diesem Zusammenhang aus, dass wenn jede Abgabestelle für sich durch eine vollständige Kalkulation die Verkaufspreise für jeden einzelnen Artikel bestimmen müsste, ein erheblicher Aufwand und zusätzliche Kosten entstünden, welche den Patienten weiterbelastet werden müssten (Bayer, act. n° 221, Antwort 20.a).

³¹⁹ act. n° 279.457, Antwort 6; act. n° 279.466, Antwort 9, 11c; act. n° 279.483, Antwort 9; act. n° 279.491, Antwort 12; act. n° 279.627, Antwort 12; act. n° 279.649, Antwort 12; act. n° 279.694, Antwort 17.

³²⁰ S. act. n° 279.789, Antwort 11b, wo ausgeführt wird, dass als Medizinalperson das Augenmerk primär bei fachlichen Fragen läge und es ohne betriebswirtschaftliches Wissen nicht möglich sei, verantwortungsbewusst ein eigenes Preisberechnungssystem zu kreieren.

³²¹ act. n° 279.627, Frage 11a; act. n° 279.491, Antwort 11a.

³²² Auch act. n° 279.429, Vorb. 7 weist darauf hin, dass die Verwaltung der in der Apotheke vorhandenen Artikel nur mit (automatisierten) EDV-Lösungen möglich sei.

³²³ act. n° 279.437, Antwort 6, 9 sowie 11.b.

³²⁴ Vgl. Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 134 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 327 ff.; act. n° 517, S. 2 f.

³²⁵ act. n° 545, S. 1.

³²⁶ Für die Antwort auf dieses Argument s. Rz. 270 f.

integriert seien und der Apotheker oder der SD-Arzt so nicht verpflichtet sei, einen mit seiner Kostenstruktur übereinstimmenden Preis zu berechnen.

266. Diese Überlegungen beziehen sich jedoch in allgemeiner Weise auf die Gesamtheit der verkauften Medikamente in der Schweiz und nicht nur auf die drei im Rahmen dieser Untersuchung berücksichtigten Produkte. Für die drei Medikamente Cialis, Levitra und Viagra kann nicht bestritten werden, dass die Festlegung der Publikumspreise, ohne den durch die Herstellerfirmen gemachten Empfehlungen Rechnung zu tragen, eine Handlung ist, welche den Apotheken und den SD-Ärzten eine minimale Investition abverlangt. Um so mehr als die Fakturierung der Medikamente praktisch gänzlich über EDV abgewickelt wird. Dieses Argument fällt nicht unter die Verbesserung des Vertriebs (verfahrens) und kann daher nicht als Rechtfertigungsgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 lit. a KG geltend gemacht werden. Die vorliegend aus den vertikalen Abreden herrührenden negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb werden auf keinen Fall durch Einsparungen der Vertreiber, welche die PPE gleichermassen anwenden, wettgemacht.

267. Die Problematik kann sich möglicherweise auf eine andere Art stellen, wenn man die Gesamtheit der verschreibungspflichtigen Hors-Liste Medikamente berücksichtigt. So könnte die generelle Anwendung der PPE bei der Festsetzung der Publikumspreise für alle Hors-Liste Medikamente die den Vertreibern entstehenden Kosten in einem grösseren Umfang reduzieren, als dies für Cialis, Levitra und Viagra der Fall ist. Jedoch ist den folgenden Ausführungen zu entnehmen, dass auch in diesem Fall der tiefere Aufwand die Festsetzung der Publikumspreise mittels PPE nicht zu rechtfertigen vermag.

268. Einleitend muss Folgendes präzisiert werden: Entgegen den Ausführungen einiger Parteien umfasst das Arzneimittelsortiment einer Apotheke durchschnittlich 7'500 und nicht mehr als 20'000 Medikamente (verschiedene Darreichungsformen, Packungsgrössen usw. eingerechnet)³²⁷. Je nach Fachrichtung ist die Zahl benötigter Präparate in der Praxisapotheke eines SD-Arztes unterschiedlich gross. Ein Augenarzt kann z.B. mit einem Sortiment von 50 spezifischen Produkten auskommen. Ein SD-Allgemeinmediziner führt je nach Patientengut einige hundert verschiedene Arzneimittel und Darreichungsformen³²⁸. Dabei hat man sich allerdings vor Augen zu halten, dass nur 21.7% der in der Schweiz zugelassenen Medikamente verschreibungspflichtige Hors-Liste Medikamente sind (vgl. Tabelle 1), so dass der Aufwand für die selbständige Festlegung deren Publikumspreise gesamthaft noch tiefer eingestuft werden muss. Hinzu kommt, dass nicht nur die Apotheken und SD-Ärzte mit diesem Problem konfrontiert sind, sondern dass vielmehr in jeder Branche die Verkaufsstellen ein mehrere Produkte umfassendes Sortiment verwalten und die Publikumspreise für jedes einzelne Produkt selbständig berechnen müssen. Daraus erhellt, dass die Verwaltung des Sortiments und der damit verbundene Aufwand im Falle einer generellen Aufhebung der PPE sowohl SD-Ärzten als auch Apotheken – auch unter Berücksichtigung der durch die Informatik angebotenen Unterstützungsmöglichkeiten – ohne Weiteres zumutbar sind. Die Apotheken berechnen ausserdem bereits heute selbständig die Publikumspreise für diejenigen Produkte des Sortiments, welche keine Medikamente sind. Der von den Parteien erwähnte Aufwand, der aus einer separaten Berechnung der Publikumspreise für Hors-Liste-Medikamente entstehen würde, fällt demnach bereits heute an.

269. Weiter überprüfen mehrere Apotheken schon heute für jedes Hors-Liste Medikament die von der PPE gewährleistete Marge³²⁹. Ist diese zu klein, wird die PPE nicht übernommen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Sanphar-Faustregel, welche ei-

³²⁷ JORDAN/RAY (zit. in Fn. 307), S. 28.

³²⁸ CHRISTOPH HÄNGGELI/SIMON STETTLER/JÜRG JAU/MARTINA HERSPERGER/SVEN BRADKE, in: Gerhard Kocher/Willy Oggier (Hrsg.), Gesundheitswesen Schweiz 2007 – 2009, Eine aktuelle Übersicht, Bern 2007, S. 57.

³²⁹ Vgl. folgende beispielhafte Aufzählung: act. n° 279.424, Antwort 11; act. n° 279.428, Antwort 9; act. n° 279.447, Antwort 11; act. n° 279.448, Antwort 9; act. n° 279.475, Antwort 9.

ne 30%-Marge vorsah, immer noch angewendet wird (vgl. Tabelle 4). Diese Regel stammt aber aus Jahren, in denen die Informatik die Verkaufsstellen beim Vertrieb von Medikamenten nur beschränkt unterstützen konnte. Dieser Umstand ist für die folgenden Ausführungen von Bedeutung:

270. Die Wettbewerbsabreden führen zu einer Standardisierung der Vertriebsmargen, welche sich auf die Publikumspreise überträgt. Dank der Festlegung von Verkaufspreisen müssen die Verkaufsstellen nicht Margen ausrechnen, die ihrer Kostenstruktur entsprechen (z.B. die einer Apotheke am Bahnhof Zürich anfallenden Kosten entsprechen nicht denjenigen einer Apotheke auf dem Land). Für die grosse Mehrheit der Verkaufsstellen fehlen somit Anreize, um die Kosten tiefer zu halten und/oder das Vertriebssystem effizienter zu gestalten. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass es sich bei den Verkaufsstellen um privatwirtschaftliche Unternehmen handelt, die sich nach ökonomischen Kriterien organisieren sollten, um im freien Wettbewerb zu bestehen.

271. Die Abreden führen somit zu einer Preisnivellierung: Apotheken und SD-Ärzte verlangen unabhängig von Qualität, Standort, Kostenstruktur und Wettbewerbsfähigkeit grundsätzlich die gleichen Preise. Dies birgt die Gefahr, dass dank Einheitspreisen wirtschaftlich ineffiziente Marktakteure überleben können. Im vorliegenden Fall sichern die Abreden das wirtschaftliche Überleben derjenigen Verkaufsstellen, welche im Wettbewerb nicht oder nicht zu diesen Bedingungen ihre Kosten decken könnten. Hinzu kommt, dass sie zu einem ungenügenden Preis-Leistungsverhältnis führen, da keine Anpassung an die Präferenzen der Kunden stattfindet.

272. Aus den obigen Ausführungen folgt, dass der Aufwand für die Festlegung der Publikumspreise ohne PPE kleiner wäre als die volkswirtschaftlichen Kosten, welche das jetzige System wegen seiner wirtschaftlichen Ineffizienz verursacht (z.B. fehlende Innovation, Strukturhaltung etc.). Die Festsetzung von Verkaufspreisen mittels PPE kann somit nicht mit diesem Argument gerechtfertigt werden.

b) Trittbrettfahrerproblematik

273. Die bei den folgenden Betrachtungen zentrale Problematik eines externen Effekts auf Händlerstufe lässt sich wie folgt verdeutlichen: Ein Händler vertreibt ein beratungsintensives Produkt und lässt seinen Kunden diesbezüglich eine professionelle Beratung angedeihen. Für einen anderen Händler könnte es lukrativ erscheinen, dasselbe Produkt zu einem günstigeren Preis, aber ohne Beratung, anzubieten. Die Konsumenten erhalten den Anreiz, die Beratung beim Händler, der diese „gratis“ anbietet, in Anspruch zu nehmen, das Produkt aber anschliessend beim günstigeren Händler zu kaufen. Es kann demzufolge für alle Händler individuell rational sein, ihr Beratungsniveau zu reduzieren. Die Trittbrettfahrerproblematik kann deshalb dazu führen, dass die Unternehmen ein ineffizient tiefes Service- und Beratungsniveau anbieten. Die Reduktion der Service- und Beratungsleistungen kann dazu führen, dass der Absatz zurückgeht, was die Konsumentenrente i.d.R. negativ beeinflusst.

274. Die Preisbindung zweiter Hand (Resale price maintenance, RPM³³⁰) ist ein Mittel, um der Trittbrettfahrerproblematik zu begegnen. Zwar stellen die PPE als solche keine RPM dar, da aber die vorliegenden PPE der Festsetzung von Verkaufspreisen dienen und sich somit im konkreten Fall wie RPM auswirken, könnten sie auch aus den gleichen Gründen gerechtfertigt sein. Deshalb ist es angezeigt, mögliche Effizienzgründe zu überprüfen, die spezifisch mit RPM in Verbindung stehen, wie z.B. die Erhöhung des Serviceniveaus (Point-of-sale-services/Pre-sale-services), die Qualitätssignalisierung oder die Erhöhung der Verkaufsstellenzahl³³¹. In diesem Zusammenhang muss darauf hingewiesen werden, dass sich vertikale

³³⁰ RPM kann wie folgt definiert werden: "(...) is a provision according to which the final price charged to consumers is not set by the distributor but imposed by the producer." (REY/VERGÉ [zit. in Fn. 303], S. 354).

³³¹ RPW 2005/2, S. 285 f. Rz. 84 ff. (Sammelrevers 1993).

Restriktionen wie RPM aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz am ehesten bei Produkten rechtfertigen lassen, welche folgende Merkmale aufweisen³³²: Bei Produkten mit einem hohen Komplexitätsgrad bzw. technischen Produkten, bei Produkten aus dem höheren Preissegment, bei Produkten, die nur selten gekauft werden, bei Produkten, die spezielle Vertriebsformen verlangen, bei Produkten über welche die Konsumenten schlecht informiert sind, bei Erfahrungs- und Vertrauensgütern, bei Produkten ohne oder mit einem unbedeutenden Markennamen, bei neu in den Markt eingeführten Produkten, sowie in Fällen mit geringen Eintrittsbarrieren und unbedeutenden Verbundvorteilen auf Handelsstufe³³³.

275. Cialis, Levitra und Viagra erfüllen einige dieser Kriterien. Im Allgemein benötigen die Medikamente ein separates Vertriebssystem. Nur die Apotheken, die SD-Ärzte, die Spitäler und in bestimmten Fällen die Drogerien können rechtmässig Medikamente verkaufen. Medikamente sind Produkte, über welche die Konsumenten bei der Markteinführung wenig oder gar nicht informiert sind. Medikamente werden gewöhnlich als Beispiel für Vertrauensgüter betrachtet, weil deren Wirksamkeit schwierig einzuschätzen ist (die Genesung kann auch von anderen Faktoren als dem eingenommenen Medikament abhängen). Im konkreten Fall sind die drei Medikamente Cialis, Levitra und Viagra jedoch unter den Erfahrungsgütern einzustufen, da deren Qualität und Wirksamkeit erst unmittelbar nach deren Verwendung bekannt ist. Die RPM könnte die Vertriebseffizienz dieser drei Medikamente steigern.

276. In den folgenden Abschnitten werden die spezifisch in Verbindung mit RPM stehenden Effizienzgründe berücksichtigt und soweit notwendig vertieft.

277. Ein erstes Argument, das für die möglichen Effizienzvorteile von RPM in Frage kommt, ist das Point-of-sale-services-Argument³³⁴ (Erhöhung des Serviceniveaus). Das Point-of-sale-services-Argument ist auf Produkte anwendbar, bei denen absatzfördernde Massnahmen (insbesondere Service- und Beratungsleistungen) von Bedeutung sind, die von den Händlern umgesetzt werden.

278. Eli Lilly sowie mehrere Apotheken machen im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag geltend, dass die PPE ein effizientes Mittel seien, um das Serviceniveau zu erhöhen³³⁵.

279. Zentral für die Anwendbarkeit des Point-of-sale-services-Arguments sind die konkreten Gegebenheiten des untersuchten Marktes³³⁶, wie Komplexität und Beschaffenheit der Produkte, Art und Umfang der Serviceleistungen, Informationsstand und -möglichkeiten der Konsumenten, zeitliche Abstände bei Wiederholungskäufen sowie Suchkosten (Transaktionskosten) im Vergleich zur möglichen Kosteneinsparung.

280. Die drei Medikamente werden nur auf Rezept verkauft. Zwar handelt es sich um „komplexe“ Produkte, welche gewisse Kenntnisse seitens der Anwender verlangen, doch erhalten die Patienten im Rahmen ihres Arztbesuches eine Beratung über die Verwendung und die Nebenwirkungen des verschriebenen Medikaments. SD-Ärzte geben dem Patienten das Medikament bereits unmittelbar nach der Sprechstunde ab. Am Verkaufspunkt Apotheke ist die Erteilung von spezifischen Ratschlägen zu diesen Medikamenten somit nicht notwendig,

³³² PAUL DOBSON/MICHAEL WATERSON, Vertical Restraints and Competition Policy, Office of Fair Trading, Research Paper 12, December 1996, S. 55.

³³³ RPW 2005/2, S. 284 Rz. 77 (Sammelrevers 1993).

³³⁴ RPW 2005/2, S. 285 Rz. 84 ff. (Sammelrevers 1993).

³³⁵ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 148; für die Apotheken statt vieler s. act. n° 522, Abschnitt „Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz“.

³³⁶ JEAN TIROLE, The Theory of Industrial Organization, MIT 1988, S. 182, nennt Automobile, Kameras und Stereo-Ausrüstung als typische Produkte, bei denen das Point-of-Sale-Services-Argument in Betracht kommt. Eine umfassende Liste mit Produkten, auf die das Point-of-sale-services-Argument angewendet werden könnte, findet sich in PAULINE M. IPPOLITO, Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation, Journal of Law and Economics, Vol. XXXIV, October 1991, S. 284 f.

sondern die Apotheker beschränken sich vielmehr auf die Kontrolle des Rezeptes und auf die Abgabe des Medikaments. Des Weiteren sind diese Medikamente seit Jahren auf dem Schweizer Markt bekannt und regelmässig wird über ihre Wirksamkeit und ihre Nebenwirkungen berichtet. Dies auch aufgrund der Tatsache, dass diese Medikamente immer mehr der Kategorie der Komfort- oder Life-Style-Produkte zugerechnet werden. Die Beratung im Zusammenhang mit dem verschriebenen Medikament, welche vollständig beim Arzt stattfindet, wird bereits durch das Arzthonorar abgegolten und muss somit nicht zusätzlich durch den Medikamentenpreis abgegolten werden.

281. Entgegen der Auffassung einiger Parteien findet das Point-of-sale-services-Argument im vorliegenden Fall keine Anwendung und die Festlegung von Verkaufspreisen mittels PPE kann somit nicht mit diesem gerechtfertigt werden.

282. Ein zweiter Ansatz für die Rechtfertigung von RPM im Zusammenhang mit der Trittbrettfahrerproblematik besteht im Quality-Certification-Argument³³⁷. Die Idee dieses Ansatzes besteht darin, dass Händler, die über ein gutes Image verfügen, den Konsumenten signalisieren können, dass ein Gut, das die Konsumenten nicht hinreichend beurteilen können, bestimmten Ansprüchen (z.B. Qualitätsansprüchen) genügt. Das Quality-Certification-Argument dürfte vor allem bei neu in den Markt eingeführten Produkten (insbesondere Mode- und Designprodukten) zum Zuge kommen.

283. Dieses Argument findet im konkreten Fall keine Anwendung: Erstens gibt es im Absatzmarkt für Medikamente neben den Apotheken (und SD-Ärzten) keine weiteren autorisierten Händler. Zweitens wird der Medikamentenverkauf durch eidgenössische und kantonale Normen geregelt, welche einen Minimalstandard für alle Apotheken festlegen.

284. Die Häufigkeit, mit welcher die Verkaufsstellen in der Schweiz beliefert werden, schliesst eine Rechtfertigung der RPM im Zusammenhang mit Nachfrageunsicherheiten und der Notwendigkeit zur Haltung eines bestimmten Warenbestandes (Risikoallokation) aus. Die von einigen Parteien ausgeführte Begründung, wonach die nicht voraussehbaren Verkäufe die Apotheken zwingen würden, nur minimale Vorräte am Lager zu halten, was keinen Spielraum für Kostenoptimierung zulasse, greift ins Leere³³⁸.

285. RPM sichert die (risiko-aversen) Händler gegen Nachfrageschocks ab, da der Endverkaufspreis unabhängig von den Nachfragebedingungen vorgegeben ist. Konkret kann RPM bei Gütern, für die Unsicherheiten über die künftige Nachfrage, z.B. aufgrund von saisonalen Nachfrageschwankungen, charakteristisch sind, nicht nur eine Steigerung der Produzentenrente, sondern auch eine Steigerung der Konsumentenrente bewirken und somit insgesamt wohlfahrtssteigernd sein³³⁹.

286. Alle in der Schweiz verkauften Medikamente (und somit auch Cialis, Levitra und Viagra) sind sofort, oder – aufgrund der täglichen Lieferungen durch die Grossisten – innerhalb kurzer Zeit in den Apotheken erhältlich³⁴⁰. Die Möglichkeit der täglichen Belieferungen schützt Apotheker und SD-Ärzte vor unvorhersehbaren Nachfrage- und Publikumspreisschwankungen. Die Festsetzung von Verkaufspreisen mittels PPE lässt sich dadurch somit nicht rechtfertigen.

287. Ein vierter und letzterer Ansatz im Zusammenhang mit RPM besteht in der Outlets-Hypothese. Die Outlets-Hypothese ist auf Märkten relevant, auf denen die Endverbraucher-

³³⁷ HOWARD P. MARVEL/STEPHEN McCAFFERTY, Resale Price Maintenance and Quality Certification, Rand Journal of Economics, 1984, S. 346 ff.

³³⁸ act. n° 279.437, Antwort 6b, 9 und 11.c.

³³⁹ RPW 2005/2, S. 291 Rz. 107 bis 114 (Sammelrevers 1993).

³⁴⁰ Vgl. act. n° 223 und act. n° 230, jeweils Antwort 5, wonach die meisten Kunden bis zweimal täglich beliefert werden. Für mehr Hinweise betreffend die Belieferungsfrequenzen, vgl. RPW 2006/3, S. 504 Rz. 43 ff. (Galenica/Unione).

nachfrage mit der Anzahl Verkaufsstellen steigt und auf denen sich der Absatz mit Preissenkungen nur schwerlich erhöhen lässt. Da die Hersteller ein Interesse an einer Erhöhung der Nachfrage nach ihren eigenen Produkten und damit gemäss Outlets-Hypothese auch an einer Steigerung der Anzahl Verkaufsstellen haben, schalten sie den Preiswettbewerb unter den Händlern mittels RPM aus, um eine aus ihrer Sicht optimale Verkaufsstellendichte zu erreichen³⁴¹.

288. Gemäss Eli Lilly würden die PPE die Marktdurchdringung erhöhen und somit zu einer Erhöhung der Anzahl Verkaufsstellen führen, da ohne die PPE die Verkaufsstellen Cialis mangels Ressourcen für eine individuelle Preisgestaltung aus dem Lagerbestand streichen würden³⁴².

289. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die drei Medikamente sind rezeptpflichtig und deren Nachfrage wird von einer Erhöhung der Verkaufsstellen nicht beeinflusst. Aus diesem Grund erübrigt sich die Prüfung dieses Ansatzes.

290. Aus dem Gesagten folgt, dass die Festsetzung von Verkaufspreisen mittels PPE nicht durch die drohende Gefahr ineffizienter Medikamentenvertriebskanäle gerechtfertigt werden kann sowie eine Aufhebung der PPE für diese drei Medikamente somit nicht zu einer Trittbrettfahrerproblematik führen wird: Einerseits ist die Bedeutung der Beratung bei der Abgabe dieser drei Medikamente sehr gering. Andererseits gibt es weder Umstände, die dafür sprechen, dass sich die verkaufte Menge an Cialis, Levitra und Viagra im Fall einer Aufhebung der PPE reduzieren würde, noch Anzeichen, dass andere Probleme in der Vertriebskette auftreten würden.

c) Doppelte Marginalisierung

291. Mittels vertikalen Restriktionen wird i.d.R. keine Verringerung des Outputs oder der Qualität angestrebt³⁴³. Vertikale Restriktionen sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die im Wesentlichen komplementäre Güter (z.B. Herstellung und Vertrieb) bereitstellen. Bei der doppelten Marginalisierung stellt sich das Problem, dass sowohl der Hersteller als auch der Händler über Marktmacht verfügen und der Endkonsument sowohl für die Rente des Herstellers als auch für diejenige des Händlers aufkommen muss, d.h. es entsteht eine vertikale Externalität (weder der Händler noch der Hersteller berücksichtigen bei der Preissetzung die Auswirkungen auf die vor- resp. nachgelagerte Marktstufe). Wenn sowohl der Lieferant als auch der Verkäufer über Marktmacht verfügen, so werden beide einen Aufschlag zu ihren jeweiligen Grenzkosten hinzuberechnen. Beide erweitern ihre Gewinnspanne über das unter Wettbewerbsbedingungen gegebene Niveau hinaus. Dies kann – zum Nachteil der Verbraucher wie auch des Gesamtgewinns der beteiligten Unternehmen – zu einem Endverkaufspreis führen, der sogar über dem Monopolpreis liegt, den ein integriertes Unternehmen berechnen würde. In diesem Fall kann der Lieferant durch Druck zur Abnahme von Mindestmengen oder die Festsetzung von Einzelhandelshöchstpreisen helfen, den Preis auf dem genannten Monopolniveau zu halten³⁴⁴.

292. Die Parteien haben in diesem Zusammenhang Folgendes erwähnt:

- Information des Patienten/„In-Schach-Halten“ der Verkaufsstellen³⁴⁵: Die PPE stellen ein Instrument dar, dem Endabnehmer eine Vergleichsgrösse zur Verfügung zu stellen. Der Abnehmer müsse eine Idee bzw. eine Richtschnur betreffend den Wert des

³⁴¹ RPW 2005/2, S. 292 Rz. 115 bis 122 (Sammelrevers 1993).

³⁴² Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 235 f.

³⁴³ Vgl. z.B. ROBERT H. BORK, The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Yale Law Journal, Vol. 74, No. 5, April 1965, S. 775 ff.

³⁴⁴ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen (Amtsblatt Nr. C 291 vom 13/10/2001), Rz. 111 f.

³⁴⁵ Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 21; Pfizer, act. n° 235, Antwort 21.a. und act. n° 317, Antwort 4.

Produktes im Markt haben. Es sei mit Anfragen von verunsicherten und verärgerten Kunden zu rechnen, wenn die Verkaufsstellen die Preise erhöhten, um ihre Margen zu verbessern³⁴⁶. Pfizer befürchtet, zu hohe Endverkaufspreise könnten sich negativ auf ihr Image auswirken und zu einem Rückgang der Absatzzahlen führen³⁴⁷.

- Profitabilität abhängig von Absatzzahlen³⁴⁸: Die Profitabilität eines Produktes hänge von den Absatzzahlen ab (zu hohe Endverkaufspreise könnten die Absatzzahlen negativ beeinflussen), welche wiederum davon abhängen, wie konkurrenzfähig ein Produkt ist. Der Wettbewerbsdruck im Medizinalbereich sei sehr hoch und werde vor allem auf der Ebene der Wirksamkeit des Produkts geführt. Neben der Qualität und den Nebenleistungen sei jedoch auch der Endverkaufspreis ein Wettbewerbsparameter. Das Pricing eines Produktes basiere auf komplizierten Berechnungen, bei denen auch der Endverkaufspreis eine gewisse Rolle spiele.
- Im Rahmen der Stellungnahmen zum Antrag haben einige Parteien erneut darauf hingewiesen, dass die PPE das Problem der doppelten Marginalisierung reduzieren würden³⁴⁹. Sie sind der Ansicht, dass bei den Grosshändlern – welche marktmächtig seien – ein grosses Ausmass an Konzentration bestehe. Die meisten Einzelhändler dagegen würden aufgrund der geringen Absatzmengen vermutlich keine Nachfragemacht haben. Eli Lilly führt aus, [...]. Diese Parteien sind der Auffassung, dass die PPE den Spielraum der Grosshändler einschränken könnten, eine höhere Marge aufzuschlagen.

293. Es mag zutreffen, dass die Pharmaunternehmen daran interessiert sind, dass die Apotheker und SD-Ärzte die Verkaufspreise nicht erhöhen und damit den Absatz ihrer Produkte verringern. Das Festsetzen von Verkaufspreisen mittels PPE ist hierzu allerdings nicht erforderlich. Dieses Problem ist aufgrund der relativ geringen Marktmacht der einzelnen Akteure vorliegend nicht zentral. Denn es ist höchst unwahrscheinlich, dass nach der Aufhebung der PPE Apotheken und SD-Ärzte unkoordiniert über eine längere Periode erheblich höhere Publikumspreise für Cialis, Levitra und Viagra als zum heutigen Zeitpunkt durchsetzen könnten, dies auch weil die PPE heute die Publikumspreise auf einem höheren Niveau führen, als dies im Wettbewerb der Fall wäre (vgl. Tabelle 3 und Tabelle 4).

294. Ausserdem gibt es keine Hinweise, wonach auf Grosshandelsstufe kein Wettbewerb herrschte oder dieser eingeschränkt sei. Die Grossisten stehen untereinander im Wettbewerb und können es sich nicht erlauben, nicht marktkonforme Margen aufzuschlagen. Es stimmt auch nicht, dass die meisten Einzelhändler aufgrund der geringen Absatzmengen an Cialis, Levitra und Viagra keine Nachfragemacht haben und den marktmächtigen Grossisten ausgeliefert sind. Denn ihre Stellung gegenüber den Grossisten muss unter Berücksichtigung aller Medikamente analysiert werden. Dass die Verkaufsstellen nicht hilflos dastehen, hat Pfizer bereits zu spüren bekommen (s. Rz. 126). Wären die Pharmaunternehmen tatsächlich an tiefen Margen auf Stufe Einzel- und Grosshandel interessiert und würden sie zu diesem Zweck PPE berechnen und kommunizieren, würden sie die für diese Stufen vorgesehenen Margen nicht nach dem Modell Sanphar berechnen (vgl. Tabelle 3 und Tabelle 4).

295. Die Festsetzung von Verkaufspreisen für Cialis, Levitra und Viagra mittels PPE zwischen den Pharmaunternehmen und den Verkaufsstellen kann somit nicht mit dem Argument der Doppelmarginalisierung gerechtfertigt werden.

³⁴⁶ Pfizer, act. n° 235, Antwort 22.a. sowie act. n° 317, Antwort 4. Auf die konkrete Frage des Sekretariats, ob die PPE auch dazu dienen sollen, dass die Apotheken nicht zu hohe Preise verlangen, verweigerte Pfizer die Antwort, da es sich angeblich um eine „Suggestivfrage“ handle.

³⁴⁷ Pfizer, act. n° 317, Antwort 6 und 15 und act. n° 235, Antwort 21.a., 22.a. und 22.d. Gemäss Eli Lilly würden zu hohe Verkaufspreise eine Zerstörung des Produktes zur Folge haben (Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 21.a).

³⁴⁸ Pfizer, act. n° 235, Antwort 21.a.

³⁴⁹ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 144 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 319 ff.

B.4.4.3.3 Keine Förderung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen

296. Unter das Argument der Förderung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen fallen beispielsweise Abkommen zur Entwicklung von neuen Produkten oder allgemein über Forschung und Entwicklung, aber auch um den Abschluss von Patent- oder Know-How-Lizenzverträgen. Als konkrete Beispiele werden in der Literatur Vereinbarungen im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen, welche die fachgerechte Ausbildung der Händler bezwecken, sowie Vereinbarungen zur Zusammenarbeit bei der Erstellung von Statistiken im Versicherungsbereich genannt³⁵⁰: „Dans le cadre des accords de distribution, le fournisseur peut contribuer à la diffusion de connaissances, notamment en accordant au distributeur son assistance, en lui transférant un savoir-faire et en participant à la formation de son personnel. La collaboration entre les parties peut aussi permettre au distributeur de relayer au producteur des informations sur la demande des consommateurs ou favoriser l'amélioration des produits, ce qui contribue à stimuler l'innovation“³⁵¹.

297. Im vorliegenden Fall besteht kein direkter Zusammenhang zwischen der Festsetzung von Verkaufspreisen mittels PPE und dem Medikamentenvertrieb in der Schweiz im Allgemeinen auf der einen, und der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 lit. a KG auf der anderen Seite, weshalb sich zusätzliche Ausführungen erübrigen.

B.4.4.3.4 Keine rationellere Nutzung von Ressourcen

298. Die Botschaft³⁵² spricht davon, dass die Rechtfertigung einer Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz auch dann möglich sei, wenn die Abrede zu einer ökologisch sinnvollen und gesellschaftspolitisch erwünschten rationelleren Nutzung von Ressourcen oder von öffentlichen Gütern führt. Als effizienzsteigernd werden m.a.W. nicht nur Abreden angesehen, die zu einem verbesserten Einsatz von unternehmerischen Ressourcen führen, sondern auch solche, die den unternehmerisch erforderlichen Einsatz von allgemeinen Ressourcen oder den Gebrauch von öffentlichen Gütern optimieren. Dieser Rechtfertigungsgrund soll es den Unternehmen insbesondere ermöglichen, unter der erwähnten Voraussetzung der Effizienzförderung allgemeine öffentliche Anliegen (wie Umweltschutz, rationelle Nutzung von Energie, Gesundheit, Ausbildung, Sicherheit) im Sinne einer Selbstregulierung auf der Basis der Kooperation zu verwirklichen³⁵³.

299. Dieser Rechtfertigungsgrund hat keinen Zusammenhang mit den vorliegenden Abreden und findet deshalb keine Beachtung.

B.4.4.4 Fazit

300. Es kann festgehalten werden, dass die Festsetzung von Verkaufspreisen für Cialis, Levitra und Viagra mittels PPE durch keinen der in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG abschliessend aufgezählten Effizienzgründe gerechtfertigt werden kann. Eine der kumulativ zu erfüllenden Bedingungen für die Feststellung der Zulässigkeit einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 2 KG ist somit nicht erfüllt. Ausführungen zur Notwendigkeit der Abreden und zur Frage, ob sie den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, sind somit hinfällig.

³⁵⁰ ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 414.

³⁵¹ JULIA XOUDIS, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence, Droit suisse et droit communautaire dans une perspective économique, Diss., Genf/Zürich 2002, S. 329.

³⁵² Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 559, im Sonderdruck S. 92.

³⁵³ Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 559, im Sonderdruck S. 92.

301. Die Wettbewerbsabreden der Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen von Cialis, Levitra und Viagra können *nicht* aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden.

B.4.5 Ergebnis

302. Die von Pfizer, Eli Lilly und Bayer veröffentlichten und von den Verkaufsstellen weitgehend befolgten PPE für Cialis, Levitra und Viagra stellen drei nebeneinanderbestehende vertikale Wettbewerbsabreden (abgestimmte Verhaltensweise) i.S.v. Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG dar, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Sollte die Vermutung wider Erwarten widerlegt werden können, würde eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG vorliegen, welche sich nicht nach Art. 5 Abs. 2 lit. a KG rechtfertigen lässt.

303. Die Wettbewerbsabreden der Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen von Cialis, Levitra und Viagra sind daher nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 bzw. nach Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 KG unzulässig, dürfen nicht mehr praktiziert werden und sind nach Massgabe von Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (dazu Rz. 322 ff.).

304. Die Grossisten und e-mediat dürfen bezüglich dieser PPE keine Gehilfenhandlungen (z.B. durch das Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen (vgl. Rz. 150).

B.5 Horizontale Wettbewerbsabrede über Preise von Cialis, Levitra und Viagra

305. Die vom Sekretariat durchgeführte Vorabklärung hatte Mitte 2006 neben Indizien für eine vertikale Wettbewerbsabrede auch Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die PPE für Cialis, Levitra und Viagra nahezu identisch waren (vgl. Anhang 1) und somit eine horizontale Preisabrede zwischen den drei Pharmaunternehmen Pfizer, Eli Lilly und Bayer vorliegen könnte.

B.5.1 Wettbewerbsabrede

306. Als Wettbewerbsabreden gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken³⁵⁴.

307. Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten der anderen Unternehmen anpassen. Vorausgesetzt ist ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bzw. ein Mindestmass an Verhaltenskoordination³⁵⁵. Dabei ist zu beachten, dass ein bewusst praktiziertes Parallelverhalten an sich noch keine abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG darstellt, selbst wenn es in der Erwartung erfolgt, dass sich die übrigen Marktteilnehmer gleich verhalten werden, und auch wenn davon wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen.

308. Der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise ist von den Fällen des erlaubten Parallelverhaltens (strukturbedingtes und gewöhnliches Parallelverhalten) und der Preisführerschaft sowie von einseitigen Verhaltensweisen, die allenfalls von Art. 7 KG erfasst werden, abzugrenzen³⁵⁶. Weil in diesen Fällen das Element der Abstimmung fehlt, stellen sie keine Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG dar. Dies gilt unbesehen der Tatsache, dass in beiden Fällen unter Umständen das gleiche Erscheinungsbild vorliegt, namentlich uniforme Preise³⁵⁷.

309. *Preisführerschaft* liegt vor, wenn andere Unternehmen dem Preisführer bezüglich der Preise ohne Abstimmung folgen. Preisführerschaft wird etwa damit erklärt, dass der Preisführer am wirtschaftlichsten produziert und seine Preise so angesetzt hat, dass die anderen Unternehmen gerade noch kostendeckend verkaufen können. In einem solchen Fall kann der Preisführer seine Preise erhöhen und dabei davon ausgehen, dass seine (schwächeren) Konkurrenten aus Furcht vor einem Preiskampf folgen, das heisst es nicht wagen werden, die Preise vorerst nicht zu erhöhen, um ihm dadurch Marktanteile abzunehmen.

310. Das *strukturbedingte Parallelverhalten* stellt ein gleichförmiges Verhalten dar, das sich aus einer bestimmten Marktstruktur³⁵⁸ ergibt. Es fehlt somit an einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der Unternehmen³⁵⁹. Das *gewöhnliche (gleichförmige) Parallelverhal-*

³⁵⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden Rz. 93 ff.

³⁵⁵ Vgl. Rz. 98 f. m. w. Nw.

³⁵⁶ Zum Ganzen statt vieler ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 368 ff.

³⁵⁷ SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 4 N 46.

³⁵⁸ Unter der Marktstruktur sind beispielsweise folgende Elemente zu subsumieren: Anzahl der Anbieter und Nachfrager, Grad der Produktdifferenzierung, Markteintrittsbarrieren, Kostenstrukturen, Grad der vertikalen Integration (vgl. FREDERICK MICHAEL SCHERER/DAVID ROSS, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3. Aufl., Boston 1990, S. 5).

³⁵⁹ Vgl. auch Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 545, im Sonderdruck S. 78.

ten zeichnet sich als gleichförmiges Verhalten aus, das auf exogenen Faktoren beruht³⁶⁰. Solche Faktoren können u.a. Kostenschübe für Inputfaktoren oder neue gesetzliche Bestimmungen sein. Typischerweise liegt keine Abstimmung vor, sondern es handelt sich lediglich um „die Folge wechselseitiger Nachahmung“³⁶¹.

311. Um die Situation auf dem relevanten Markt zu analysieren, ist zuerst die Entwicklung der Marktanteile und die Preisentwicklung der drei Produzenten zu untersuchen.

a) *Entwicklung der Marktanteile*

312. Die Entwicklung der Marktanteile der drei Medikamente ist die Folgende:

Tabelle 7: Entwicklung der Marktanteile von 2003 bis 2008 (in Prozentsätzen)

%	2003	2004	2005	2006	2007	2008
LEVITRA						
CIALIS						
VIAGRA						

Quelle: Bayer, Eli Lilly und Pfizer; Berechnung: Sekretariat.

313. Die Entwicklung der Marktanteile deutet darauf hin [REDACTED]

[REDACTED] Diese Reduktion, die auch die Umsätze von Pfizer auf diesem Markt berührte und die sich im Verlauf der Jahre akzentuiert hat, zeigt eine gewisse Korrelation zwischen der Entwicklung der Verkäufe dieser drei Produkte, welche bestätigt, dass sich diese Produkte tatsächlich auf dem gleichen Markt befinden. In einem stark wachsenden Markt hat der Wettbewerb zwischen diesen drei Medikamenten zu einer Übertragung von Marktanteilen zugunsten von Eli Lilly geführt.

b) *Preisentwicklung*

314. [REDACTED]

[REDACTED] Seit kurzer Zeit besteht somit ein gewisser Preisunterschied zwischen den drei Medikamenten, wenn auch kein gewichtiger.

³⁶⁰ Wettbewerbsabreden beruhen dagegen auf endogenen Faktoren, d.h. Faktoren, welche die Unternehmen beeinflussen können.

³⁶¹ SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 4 N 47 m. w. Nw.

Tabelle 8: Entwicklung der empfohlenen Publikumspreise pro Tablette der zwei meistverkauften Packungen für Cialis, Levitra und Viagra

CHF	2003	2004	2005	10.2005	04.2006	10.2006
VIAGRA (50mgx12)	17.36	17.36	17.36	17.36	17.71	17.71
LEVITRA (10mgx12)	■	■	■	■	■	■
CIALIS (20mgx8)		17.36	18.05	18.05	19.70	21.18
CIALIS (20mgx12)				17.32	18.35	20.92
VIAGRA (100mgx12)	19.90	19.90	19.90	19.90	20.30	20.30
LEVITRA (20mgx12)	■	■	■	■	■	■

Quelle: Berechnungen Sekretariat.

315. Es zeigt sich zunächst, dass die Präsenz von Viagra auf dem Markt die Preisbestimmung der Neueintretenden beeinflusst hat. Pfizer, als sie 1998 ihr Produkt gegen erektile Funktionsstörungen auf den Markt gebracht hat, konnte den Ex-factory Preis selbst bestimmen, ohne Konkurrenz Rechnung tragen zu müssen und sicherte sich dadurch eine Monopolrente. Weiter konnte Pfizer bei der Festsetzung der Publikumspreise die durch die Vertrieber nachgefragte handelsübliche³⁶² Marge einplanen. Sie hat während Jahren von den Informationen bezüglich des Verhaltens der Konsumenten und deren Einstellungen gegenüber dem Medikament profitiert.

316.

■ Dieselbe Strategie wählte in der Anfangsphase auch Eli Lilly für ihr Produkt. Später hat sich dieses Unternehmen von dieser Praxis losgelöst und die Ex-factory Preise unter Beibehaltung einer interessanten Marge für die Verkaufsstellen erhöht (vgl. Tabelle 8 sowie Tabelle 4).

317. Auffällig war also, dass die Preise für die jeweiligen empfohlenen Tagesdosierungen für Cialis, Levitra und Viagra über längere Zeit praktisch identisch waren. Im Ergebnis dürfte aufgrund der vorliegenden Anhaltspunkte jedoch kein Nachweis möglich sein, dass die drei Pharmaunternehmen die Preise effektiv horizontal abgesprochen haben. Denkbar ist vielmehr, dass „nur“ ein erlaubtes Parallelverhalten bzw. eine Preisführerschaft vorliegt:

■ Wären die PPE von Cialis bzw. Levitra beim Markteintritt, d.h. an einem Zeitpunkt, in welchem die Eigenschaften und Wirkungen dieser Produkte noch unbekannt waren, deutlich über denjenigen des damaligen – praktisch alleinigen – Marktführers Pfizer gelegen, hätte dies möglicherweise verhindert, dass die neuen Medikamente überhaupt zu einem nennenswerten Marktanteil gekommen wären. Wäre der Preis für die neuen Medikamente umgekehrt deutlich unterhalb des Preises von Viagra festgesetzt worden, hätte das möglicherweise anfänglich zu einem gewissen Wechsel der Konsumenten von Viagra weg zu Cialis oder Levitra geführt. Als Reaktion hätten die Konkurrenten die Preise reduzieren müssen, was schliesslich eine Margenschmälerung für alle nach sich gezogen hätte.

318. Als sich mit der Zeit aufgrund der Erfahrung die Vor- und Nachteile von Cialis, Levitra und Viagra zeigten (z.B. unterschiedliche Wirkungsdauer, Nebenwirkungen etc.) und für die Patienten neben dem Preis auch andere Kriterien für den Kaufentscheid massgebend wurden, hat insbesondere Eli Lilly beschlossen, eine eigenständige Preispolitik zu verfolgen: Um

³⁶² Als Viagra 1998 auf den Markt kam, war Sanphar immer noch in Kraft. Die von Pfizer für Viagra in den PPE eingerechnete Marge entsprach somit der Marge von Sanphar (vgl. Rz. 126).

die Vorteile von Cialis (insb. längere Wirkungsdauer) zu betonen und sich von der Konkurrenz abzuheben, hat Eli Lilly bewusst den Preis höher angesetzt und seither auch höher beibehalten³⁶³.

319. Im Übrigen haben sich die PPE für die drei Medikamente in den letzten Jahren unterschiedlich entwickelt:

- Pfizer hat für Viagra seit der Markteinführung im Jahr 1998 eine substantielle Preiserhöhung per 1. Januar 2006 durchgeführt³⁶⁴. Gründe dafür waren die Erhöhung des Ex-factory Preises aufgrund höherer Zusatzkosten im Zusammenhang mit erhöhten Sicherheitsmassnahmen für Patienten (Schutz vor Fälschungen, Hologramm) sowie der Inflationsausgleich. Diese Preiserhöhung war nach Angaben von Pfizer unabhängig vom Markteintritt anderer Produkte³⁶⁵. Die anderen Preisänderungen (per 1. Juli 1998, 1. und 4. Dezember 1998, 28. September 2000 und 1. Juli 2001) betrafen bloss Anpassungen an die Erhöhung der Vignettengebühr durch Swissmedic³⁶⁶.
- Eli Lilly hat die PPE für Cialis seit der Markteinführung im Jahr 2004 per 1. März 2005, 1. April 2006 und 1. Oktober 2006 angehoben. Die Erhöhung beträgt insgesamt 15–22% (abhängig von der Packungsgrösse). Nach Angaben von Eli Lilly [...] ³⁶⁷.
- [redacted] [...] ³⁶⁹.

320. Aufgrund der vorliegenden Beweismittel und Indizien kann nicht gesagt werden, eine horizontale Preisabrede sei mit der notwendigen Sicherheit nachgewiesen.

B.5.2 Ergebnis

321. Die dargelegten Erkenntnisse genügen nicht, um die anfänglich aufgrund praktisch identischer Preise bestehenden Anhaltspunkte für eine horizontale Preisabrede zu erhärten. Mangels Nachweises einer Abrede erübrigen sich weitere Ausführungen.

³⁶³ Eli Lilly, act. n° 316, Antwort 15.

³⁶⁴ Vgl. Pfizer, act. n° 235, Antwort 18 und Beilage 6.

³⁶⁵ Pfizer, act. n° 235, Antwort 20.

³⁶⁶ Pfizer, act. n° 235, Antwort 12 und 19.a.

³⁶⁷ Eli Lilly, act. n° 421, Beilage 1. Zum Ganzen s. act. n° 244, Antwort 19 und act. n° 316, Antwort 2 bis 6.

³⁶⁸ Bayer, act. n° 221, Antwort 18, 19.a. sowie 19.b.; vgl. aber Bayer, act. n° 344, Antwort 2 und 3.

³⁶⁹ Bayer, act. n° 344, Antwort 17.b.

B.6 Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 49a Abs. 1 KG

B.6.1 Allgemeines

322. Aufgrund ihrer *ratio legis* sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen *Verwaltungssanktionen* – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern³⁷⁰. Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden³⁷¹.

B.6.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

323. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben.

B.6.2.1 Unternehmen

324. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf die Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird dabei auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt³⁷². Die Parteien, gegen welche sich die vorliegende Untersuchung richtet – d.h. Pfizer, Bayer, Eli Lilly, e-mediat, die Grossisten sowie die Apotheken und SD-Ärzte – sind als Unternehmen i.S. des Kartellgesetzes zu qualifizieren³⁷³.

B.6.2.2 Unzulässige Verhaltensweise i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG

325. Die neue Regelung sieht entsprechend der verfassungsrechtlichen Ausgangslage in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor. Es handelt sich dabei um Wettbewerbsverstösse, welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken und aus diesem Grund bereits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Sonderbehandlung erfahren³⁷⁴.

326. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung gestützt auf den ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestand – die Beteiligung an Abreden – ist an zwei Voraussetzungen gebunden³⁷⁵: 1) Die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG und 2) die Unzulässigkeit dieser Abrede. Dabei stellt

³⁷⁰ Statt vieler Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 619 f., im Sonderdruck S. 152 f.; Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft 2003), BBl 2002, S. 2022 ff., insb. S. 2023, 2033 ff., 2041; DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Vorbem. zu Art. 50–57 N 1, sowie STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Freiburg 2002, S. 92.

³⁷¹ Botschaft 2003 (zit. in Fn. 370), S. 2034.

³⁷² Statt aller: BORER (zit. in Fn. 96), Art. 49a N 6, und DUCREY (zit. in Fn. 370), Art. 50 N 8.

³⁷³ Vgl. Rz. 49.

³⁷⁴ Vgl. dazu Botschaft 2003 (zit. in Fn. 370), S. 2036 f.

³⁷⁵ Vgl. ROGER ZÄCH, Die Sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, S. 34.

sich die Frage, ob eine Abrede nur dann gemäss dieser Bestimmung unzulässig ist, wenn sie den Wettbewerb beseitigt oder aber auch, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zwar widerlegt wird, aber dennoch eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt, welche nicht nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann. Gemäss Rechtsprechung der Weko³⁷⁶ ist dieser zweiten Auslegung der Vorzug zu geben (s. Rz. 327 ff.).

327. Einige Parteien sind der Ansicht, dass Art. 49a Abs. 1 KG nur auf Abreden anwendbar sei, die den Wettbewerb beseitigen³⁷⁷. Unter dem Gleichbehandlungsaspekt (Diskriminierungsverbot) sei es ihrer Meinung nach nicht einzusehen, weshalb im Falle der Anwendung von Art. 49a KG auch auf Abreden, die den Wettbewerb erheblich beschränken und sich nicht rechtfertigen lassen, dann nicht auch alle weniger schädlichen Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 KG die gleiche Folge nach sich ziehen könnten³⁷⁸. Sie machen weiter geltend, dass Art. 49a KG explizit auf Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und nicht auf Abs. 1 und 2 verweise³⁷⁹. Dieser Ansicht kann aus den folgenden Gründen nicht gefolgt werden³⁸⁰.

328. Einerseits ergibt sich dies bereits aus dem Gesetzestext: In Art. 49a Abs. 1 KG ist nämlich nicht von einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, *die den Wettbewerb beseitigt*, die Rede, sondern „lediglich“ von einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG³⁸¹. Gemeint dürfte somit eine unzulässige Abrede über Preise, Mengen oder Gebiete sein, unabhängig davon, ob sie den Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beschränkt. Andererseits führt die Botschaft aus, dass vom Anwendungsbereich der direkten Sanktionen unzulässige Verhaltensweisen nach Art. 5 Abs. 1 KG ausgenommen sind, welche keine Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben, sowie Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden, die den wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen bzw. die durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind³⁸². Darin ist der klare Wille des Gesetzgebers zu erkennen, Abreden über Preis, Mengen oder Gebiete, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind, den direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG zu unterstellen. Eine strengere Auslegung von Art. 49a Abs. 1 KG würde weiter zu einer Vereitelung eines mit der Einführung der direkten Sanktionen verfolgten Hauptzieles führen, nämlich einer Erhöhung der bislang ungenügenden Abschreckungswirkung³⁸³ des Gesetzes. Denn würde sich Art. 49a Abs. 1 KG nur auf Abreden beschränken, welche den Wettbewerb beseitigen, würde diese Bestimmung in der Praxis sehr selten zur Anwendung gelangen und somit ihren präventiven Charakter verlieren³⁸⁴.

³⁷⁶ RPW 2009/2, S. 155 Rz. 85 ff. (Sécateurs et cisailles).

³⁷⁷ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 249 ff.; Bayer, act. n° 556, Rz. 109 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 352 ff.

³⁷⁸ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 250 f.

³⁷⁹ Bayer, act. n° 556, Rz. 110; Pfizer, act. n° 559, Rz. 354.

³⁸⁰ S. auch Erläuterungen zur Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12.3.2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5), publiziert unter <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de> (Stand: 30.11.2009), Art. 5 und 6 („Erläuterungen-SVKG“), wo ausgeführt wird, dass für die Sanktionierung nicht entscheidend ist, ob sich die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG enthaltene Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bestätigt oder ob sie umgestossen wird und „bloss“ eine unzulässige Abrede gemäss Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 KG vorliegt. Dieser Umstand ist erst bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

³⁸¹ Vgl. ZÄCH (zit. in Fn. 375), S. 34 f.

³⁸² Botschaft 2003 (zit. in Fn. 370), S. 2037.

³⁸³ Vgl. Botschaft 2003 (zit. in Fn. 370), S. 2033 ff. insb. 2036.

³⁸⁴ Vgl. auch CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Diss., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 36 sowie S. 52 i.V.m. S. 35 ff. Für weitere Hinweise vgl. auch ZÄCH (zit. in Fn. 375), S. 33 ff.

329. Daraus folgt, dass Art. 49a Abs. 1 KG sowohl auf Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG anwendbar ist, die den Wettbewerb beseitigen als auch auf solche, die den Wettbewerb erheblich beschränken und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind.

330. Vorne in Rz. 90 ff. wurde eingehend dargelegt, dass das Verhalten der drei Pharmaunternehmen sowie derjenigen Verkaufsstellen, die sich an die PPE gehalten haben, eine Abrede (abgestimmte Verhaltensweise) i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt, die den Wettbewerb beseitigt. Folglich ist das entsprechende Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Dieses Tatbestandsmerkmal wäre auch dann erfüllt, wenn entgegen der Auffassung der Weko die Widerlegung der Vermutung zu bejahen wäre. Denn dann würde eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vorliegen, die nach Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 KG unzulässig wäre (vgl. Rz. 229 ff.). Das entsprechende Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG ist somit in jedem Fall erfüllt.

B.6.2.3 Kein vollständiger bzw. teilweiser Sanktionserlass infolge Bonusprogramm

331. Im vorliegenden Verfahren hat kein Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung so mitgewirkt, dass auf eine Belastung mit einer Sanktion i.S.v. Art. 49a Abs. 2 KG ganz oder teilweise verzichtet werden könnte. Insbesondere liegt seitens der Parteien weder ein Fall der Eröffnungskooperation noch der Feststellungskooperation vor (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. a und b SVKG³⁸⁵). Folglich ist kein Bonus angezeigt.

B.6.2.4 Vorwerfbarkeit

332. Die Besonderheit der Verwaltungssanktionen liegt darin, dass sie gegen die betroffenen Unternehmen selbst und typischerweise ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden können. Die Botschaft zum revidierten KG hält explizit fest, dass die Verwaltungssanktion (im Gegensatz zur Strafsanktion) *kein Verschulden voraussetzt*³⁸⁶. Da keine Verwaltungssanktionsvorschrift ein Verschulden verlangt, vertrat die Weko die Auffassung, dass für die Verhängung einer Sanktion nach Art. 50 ff. KG grundsätzlich kein Verschulden nachzuweisen ist³⁸⁷.

333. In ihrer aktuellen Praxis zum neuen Art. 49a Abs. 1 KG³⁸⁸ nahm die Weko Bezug auf die Rechtsprechung der ehemaligen REKO/WEF zu Art. 51 KG, welche den Schluss nahelegt, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden darf, sondern dass vielmehr auch subjektive Elemente mitberücksichtigt werden müssen³⁸⁹. Demnach liegt Vorwerfbarkeit dann vor, wenn der Täter wissentlich handelt oder Handlungen unterlässt, welche man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten

³⁸⁵ KG-Sanktionsverordnung (zit. in Fn. 380).

³⁸⁶ Botschaft 2003 (zit. in Fn. 370), S. 2034. Schon die Botschaft 1994 hielt entsprechend fest, dass die Sanktionierung gerechtfertigt ist, „weil die Unternehmen in der Lage sein sollten und auch verpflichtet sind, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindlich festgelegte Pflichten von ihnen erfüllt werden“ (Botschaft 1994 [zit. in Fn. 93], S. 620, im Sonderdruck S. 153).

³⁸⁷ Vgl. etwa bereits die Entscheide der Weko „BNP/Paribas“, RPW 2001/1, S. 152 Rz. 35; „X/C-AG und D-AG“, RPW 2000/2, S. 262 f. Rz. 30, und „Curti & Co. AG“, RPW 1998/4, S. 617 f. Rz. 21 ff.; zustimmend ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: Wirtschaft und Strafrecht, FS für N. Schmid, Zürich 2001, S. 589; sowie PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band VI/2, Basel/Genf/München 2000, S. 520.

³⁸⁸ Vgl. RPW 2007/2, S. 233 Rz. 307 (Richtlinien VSW); RPW 2007/2, S. 298 Rz. 393 (Terminierung Mobilfunk); RPW 2006/4, S. 660 Rz. 229 (Flughafen Zürich AG [Unique]/Valet Parking; „Unique/Valet Parking“).

³⁸⁹ Vgl. den Entscheid REKO/WEF i.S. „Rhône-Poulenc/Merck“, RPW 2002/2, S. 386 ff., insb. S. 393 ff., 398 ff. und entsprechend Entscheid Weko i.S. „Schweiz. National-Versicherungs-Ges./Coop Leben“, RPW 2002/3, S. 533 f. Rz. 47 ff.

Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können³⁹⁰. Somit muss nach dieser Ansicht ein mindestens fahrlässiges Handeln vorliegen: Den betroffenen Unternehmen muss die Teilnahme an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG und somit der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 4 KG als eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden können³⁹¹.

334. In der Lehre wird unter Hinweis auf Art. 102 StGB (bzw. vor der Revision aArt. 100^{quater} aStGB) betont, dass ein Unternehmen bereits strafbar ist, wenn im Unternehmen Organisationsmängel in Erfahrung gebracht werden können, auch ohne dass die Straftat einer bestimmten Person zugeordnet werden kann³⁹². Ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. einer Vorwerfbarkeit könne die bei der juristischen Person nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen bis zu einem gewissen Grade ersetzen.

335. In seinem neusten Entscheid führt das BVGer zu dieser Frage lediglich aus, dass es nicht zu beanstanden sei, wenn die Weko i.S.d. Rechtsprechung der REKOWEF eine „subjektive Vorwerfbarkeit“ der Verhaltensweise der Beschwerdeführerin feststellt³⁹³.

336. Tatsächlich liegt auch im vorliegenden Fall ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. einer Vorwerfbarkeit seitens der an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Unternehmen vor. Alle Beteiligten mussten sich bewusst sein, dass das Veröffentlichen bzw. das Befolgen einer Preisempfehlung kartellrechtlich problematisch ist, wenn sich die Empfehlung auf den Markt – infolge einer Verhaltensabstimmung – wie ein Festpreis auswirkt. Die Pharmaunternehmen und die Verkaufsstellen hätten alles Mögliche und Notwendige dazu vornehmen müssen, um sicherzustellen, dass die Empfehlungen nicht den Charakter von Festpreisen erhalten. Dies ist vorliegend unterblieben: Die Pharmaunternehmen stellten sich auf den Standpunkt, es sei für sie von untergeordnetem Interesse³⁹⁴ und liege nicht in ihrer Verantwortung, was die Verkaufsstellen mit der Preisempfehlung machen. Auch die Verkaufsstellen, die u.a. aus Gründen der Bequemlichkeit die im Galdat gespeicherten Informationen direkt übernehmen und die Preisempfehlungen befolgen, nehmen in Kauf bzw. müssen jedenfalls damit rechnen, dass viele andere Verkaufsstellen dasselbe tun. Dies gilt umso mehr, weil das Verhalten der Pharmaunternehmen und der Verkaufsstellen auf das System Sanphar zurückzuführen ist (vgl. Rz. 123 ff.), welches allen Marktbeteiligten bekannt war.

337. Weiter vermag das von einigen Parteien geltend gemachte Argument, wonach die PPE gestützt auf Art. 18 PBV zulässig sein sollten³⁹⁵, – wie im Folgenden gezeigt wird – nicht zu genügen, um die Vorwerfbarkeit gestützt auf den Vertrauensschutz zu verneinen. Hingegen ist das betreffende Argument unter dem Titel der Art und Schwere des Verstosses zu berücksichtigen (vgl. dazu unten Rz. 368 ff.).

338. Im Verwaltungsrecht gilt, dass Vertrauen nur insoweit geschützt wird, als es berechtigt ist³⁹⁶. Eine Vertrauensgrundlage, die bei den Betroffenen berechtigtes Vertrauen auszulösen

³⁹⁰ Dazu und zum Folgenden REKO/WEF „Rhône-Poulenc/Merck“, RPW 2002/2, S. 399 f. Im erwähnten Entscheid kam die REKO/WEF zum Schluss, dass Unternehmen beispielsweise dann schuldhaft handeln, wenn sie wider besseren Wissens – im beurteilten Fall trotz anwaltlicher Vertretung und Kenntnis der gesetzlichen Vorschriften – während der vorgesehenen Vorprüfungsfrist den Zusammenschluss vollziehen, weil sie in Vorwegnahme des Entscheids der Wettbewerbsbehörde von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgehen.

³⁹¹ I.d.S. BORER (zit. in Fn. 96), Art. 50 N 7 i.V.m. Art. 49a N 10 ff. m. w. H.

³⁹² Dazu und zum Folgenden BORER (zit. in Fn. 96), Art. 49a N 10 ff. m. w. H.

³⁹³ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.10.2007, B-2157/2006 (= RPW 2007/4, S. 653 ff., insb. S. 672 E. 4.2.6 [Flughafen Zürich AG [Unique]/Wettbewerbskommission; „Flughafen/Weko“]).

³⁹⁴ Pfizer, act. n° 317, S. 7, Antwort 6.

³⁹⁵ Pfizer, act. n° 317, S. 18, Antwort 6; act. n° 279.433, Antwort 12.

³⁹⁶ Dazu und zum Folgenden ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 627.

vermag, ist nur unter bestimmten Voraussetzungen anzunehmen. Rechtssetzungsakte stellen nur ausnahmsweise eine Vertrauensgrundlage dar, nämlich in bestimmten Fällen von unvorhersehbaren Rechtsänderungen³⁹⁷. Dies liegt vorliegend nicht vor, weshalb Art. 18 PBV als solcher keine Vertrauensgrundlage darstellt.

339. Im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag haben mehrere Parteien das Vorhandensein eines vorwerfbaren Verhaltens verneint. Sie sind der Auffassung, dass ihr Verhalten weder fahrlässig noch in einer anderen Art vorwerfbar sei. Sie stützen sich dabei auf folgende Argumente:

- Vertrauensprinzip³⁹⁸: Die Weko habe die Vert-BM im Juli 2007 mit dem Ziel erlassen, die Rechtssicherheit im Bereich der vertikalen Abreden zu erhöhen und den Marktteilnehmern verbindliche Leitlinien insbesondere für den Umgang mit PPE zu geben. Die Parteien hätten sich auf diese Informationen gestützt, als sie die PPE veröffentlicht haben. Im Gegensatz zu den Ausführungen des Sekretariats in seinem Antrag hat der Erlass der Vert-BM die Parteien nicht sensibilisiert, sondern ihnen die Gewissheit gegeben, nichts Unzulässiges zu machen³⁹⁹. Denn Ziff. 11 Vert-BM enthalte Verhaltens- (Fehlen von Druck und Anreizen sowie Transparenz und Unverbindlichkeit der Empfehlung) und Marktkriterien (signifikant höheres schweizerisches Preisniveau und tatsächlich einheitliche Endkundenpreise). Gemäss Aussagen der Weko seien die Marktkriterien für sich allein i.d.R. nicht problematisch; erst in Kombination mit den Verhaltenskriterien könne eine PPE problematisch sein⁴⁰⁰. Vorliegend seien die Verhaltenskriterien jedoch nicht erfüllt. Da im Zusammenhang mit PPE in der Schweiz keine sichere Praxis bestehe, bloss eines von fünf Kriterien (Ziff. 11 Abs. 2 lit. e) der Vert-BM erfüllt sei und die PPE nach europäischem Recht zulässig seien, sei die Vorwerfbarkeit nicht gegeben.
- Falsche Information⁴⁰¹: Das Vertrauensprinzip bezüglich einer falschen Information einer Behörde sei unter folgenden Voraussetzungen gegeben: 1) Information ist geeignet, Vertrauen zu begründen, 2) erfolgt durch die zuständige Behörde, 3) erfolgt unbedingt, 4) deren Falschheit ist nicht offensichtlich, 5) gestützt darauf wird eine nachteilige Verfügung getroffen, 6) keine Änderung der Rechts- oder Tatsachenlage und 7) das Interesse am Vertrauensschutz muss das Interesse an richtiger Rechtsanwendung überwiegen. Alle diese Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt.
- Legalitätsprinzip (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)⁴⁰²: Eine Sanktionierung wäre gestützt auf den klaren Wortlaut insbesondere von Ziff. 11 Vert-BM, auf die zur Verfügung stehende Literatur und auf die Absicht des Gesetzgebers und der Weko, eine europakompatible Praxis einzuführen, mit dem Legalitätsprinzip nicht vereinbar.

340. Erstens ist darauf hinzuweisen, dass die Vert-BM erst seit Juli 2007 in Kraft ist und somit erst ab diesem Zeitpunkt für das Verhalten der Parteien von Relevanz sein kann. Die Pharmaunternehmen haben dieses Verhalten jedoch bereits vorher praktiziert. Ihre Argumente im Zusammenhang mit dem Vertrauensprinzip könnten somit nur für die Periode Juli 2007 – Dezember 2008 von Bedeutung sein. Wie den folgenden Ausführungen zu entnehmen ist, schliesst die Vert-BM die Vorwerfbarkeit für die Periode ab deren Erlass nicht aus.

³⁹⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (zit. in Fn. 396), Rz. 631 ff., insb. Rz. 641 ff.

³⁹⁸ Bayer, act. n° 556, Rz. 120 f.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 241 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 380 ff.; für die Apotheken statt vieler s. act. n° 522, Abschnitt "Keine Ausfällung einer Busse".

³⁹⁹ Bayer, act. n° 556, Rz. 120; Pfizer, act. n° 559, Rz. 380 ff.

⁴⁰⁰ Pfizer, act. n° 559, Rz. 382.

⁴⁰¹ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 242 ff.

⁴⁰² Bayer, act. n° 556, Rz. 73 ff.

341. Den von den Parteien erwähnten und bejahten Voraussetzungen für das Vorliegen eines schutzwürdigen Vertrauens gegenüber den angeblich falschen Informationen einer Behörde kann nicht gefolgt werden. Weder die Vert-BM noch die Aussage im Zusammenhang mit der angestrebten EU-Kompatibilität sind geeignet, eine Vertrauensgrundlage zu schaffen. Denn sie sind nicht vorbehaltlos erfolgt. Die Weko hat durch die Vert-BM kommunizieren wollen, wie sie vertikale Abreden zu behandeln gedenkt. Der Erlass der Vert-BM als solcher stellt allerdings keine Vertrauensgrundlage dar. Denn die von den Parteien erwähnte Ziff. 11 Vert-BM ist sehr offen und nicht abschliessend formuliert und somit per se nicht geeignet, vorbehaltlose Zusicherungen zu machen. Auch die Aussage im Zusammenhang mit der angestrebten EU-Kompatibilität ist nicht geeignet, eine Vertrauensgrundlage zu schaffen. Dies bereits aufgrund der fundamentalen Unterschiede in der Konzeption der beiden Gesetzgebungen, stellt das europäische Recht doch eine Verbotsgesetzgebung dar. Ausserdem ist es nicht ersichtlich, inwiefern die vorliegenden Abreden über die Festsetzung von Verkaufspreisen für Cialis, Levitra und Viagra mittels PPE nach europäischem Recht zulässig sein sollten, sind Preisempfehlungen doch auch nach europäischem Recht als Abreden zu betrachten, wenn deren Handhabung die Folge einer Verhaltensabstimmung darstellt und sie der Festsetzung von Verkaufspreisen dienen. Auch die Aussagen der Parteien betreffend eine angebliche Konformität ihres Verhaltens mit Ziff. 11 Vert-BM sind nicht stichhaltig (s. Rz. 148)⁴⁰³.

342. Wie bereits ausgeführt (vgl. Rz. 136 ff. sowie Rz. 336), wussten die Pharmaunternehmen, dass die Verkaufsstellen ein grosses Interesse an den PPE haben, und dass sie die PPE weitgehend einhalten würden. Sie wussten somit, dass keine bloss einseitige Verhaltensweise vorlag, sondern dass der hohe Befolgungsgrad Ausdruck einer Verhaltensabstimmung war. Vor diesem Hintergrund konnten die Parteien nicht in gutem Glauben beziehungsweise ohne Sorgfaltspflichtverletzung von der Unbedenklichkeit des praktizierten Verhaltens ausgehen. Sie konnten sich insbesondere nicht in gutem Glauben auf dem Standpunkt stellen, ihr Verhalten sei rein einseitig und kartellrechtlich unbedenklich. Die Vorwerfbarkeit ist somit für die gesamte untersuchte Periode zu bejahen. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass an die Voraussetzungen bzw. an das Vorliegen der Vorwerfbarkeit keine hohen Anforderungen gestellt werden; eine blossige Sorgfaltspflichtverletzung genügt. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes greifen die Ausführungen der Parteien bereits aufgrund der geschilderten Interessenlage nicht.

343. Eine zweite Vertrauensgrundlage stellt aus Sicht der Parteien die PBV dar⁴⁰⁴. Sie sind der Auffassung, dass die PBV PPE für Hors-Liste Medikamente zulasse. Sie machen weiter geltend, dass im Gegensatz zu den Ausführungen des Sekretariats Rechtserlasse auch dann als Vertrauensgrundlage zu betrachten seien, wenn ein Gesetz nicht angewendet wird, weil es im Widerspruch zu einem anderen Gesetz stehe; vorliegend überwiege das Interesse am Vertrauensschutz dasjenige an einer richtigen Rechtsanwendung⁴⁰⁵. Weiter sehen sie im Umstand, dass das Sekretariat in seinem Antrag die PBV bei der Sanktionsbemessung berücksichtige und deren Änderung anstrebe, weil diese kartellrechtlich relevantes Verhalten begünstigen könne, den Beweis dafür, dass sie auch bei pflichtgemässer und sachkundiger Beurteilung die PPE als zulässig betrachten dürften, weshalb die Vorwerfbarkeit ausgeschlossen sei⁴⁰⁶.

344. Wie eingehend dargelegt wurde (s. Rz. 68 ff.), schliesst die PBV die Anwendung des KG nicht aus. Bereits aufgrund der Normstufe ist dem KG Vorrang einzuräumen. Unabhängig davon, ob die PBV die Publikation von PPE für rezeptpflichtige Medikamente zulässt, können sich die Parteien nicht auf dieses Argument berufen. Das vorliegend untersuchte

⁴⁰³ Zudem erfüllen die PPE von Cialis, Levitra und Viagra neben Ziff. 11 Abs. 2 lit. e Vert-BM zumindest teilweise auch deren lit. a und b.

⁴⁰⁴ Pfizer, act. n° 559, Rz. 90, 364 ff. und 386; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 245 f.; act. n° 539, S. 1.

⁴⁰⁵ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 245 f.

⁴⁰⁶ Pfizer, act. n° 559, Rz. 367 f.

Verhalten stellt nämlich unzulässige Abreden über die Festsetzung von Verkaufspreisen dar. Selbst wenn die PBV die Veröffentlichung von PPE für Hors-Liste Medikamente erlauben sollte, hätte dies keinen Einfluss auf diese festgestellte kartellrechtliche Unzulässigkeit.

345. Zutreffend ist, dass die Wettbewerbsbehörden die unglückliche Formulierung der PBV anerkannt und diese anlässlich der Sanktionsbemessung berücksichtigt haben. Daraus ist aber nicht zu folgen, dass auch bei pflichtgemässer und sachkundiger Betrachtung von der Zulässigkeit der PPE auszugehen war. Denn die kartellrechtliche Zulässigkeit/Unzulässigkeit eines Verhaltens ist – vor allem von einer anwaltlich vertretenen Partei beziehungsweise von einem Unternehmen – anhand der einschlägigen kartellrechtlichen Bestimmungen und nicht gestützt auf eine allgemeine, sehr offen formulierte Verordnung zu beurteilen.

346.

Dies umso mehr, als laut dem Evaluationsbericht bei einer überwiegenden Mehrheit der im Bereich der vertikalen Abreden eröffneten Verfahren keine unzulässigen Abreden zum Vorschein kamen. Es würde ihrer Auffassung nach gegen die Unschuldsvermutung verstossen, von einem Marktteilnehmer die Aufgabe einer vermutungsweise zulässigen Praxis zu erwarten, nur weil diese Gegenstand eines laufenden Verfahrens sei, zumal das Sekretariat keine Einsicht in den Schlussbericht der Vorabklärung gewährt hat.

347.

348. Entgegen diesen Ausführungen ist die Vorwerfbarkeit vorliegend nicht allein gestützt auf die Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens zu bejahen. Wie den obigen Ausführungen zu entnehmen ist, hätten die Parteien bereits vor dem Eingriff des Sekretariats merken sollen, dass das von ihnen praktizierte Verhalten kartellrechtlich problematisch ist. Die Eröffnung zuerst einer Vorabklärung und anschliessend einer Untersuchung hätten stärkere Bedenken auslösen müssen.

349. Aus dem Gesagten folgt, dass eine zumindest fahrlässige Verhaltensweise vorliegt, wodurch die (subjektive) Vorwerfbarkeit begründet wird⁴⁰⁹. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen sind von den Parteien „verschuldetermassen“ bewirkt worden.

B.6.2.5 Zwischenergebnis

350. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die drei Unternehmen Pfizer, Eli Lilly und Bayer, welche die PPE 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.

⁴⁰⁷ Bayer, act. n° 556, Rz. 116 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 375 ff.

⁴⁰⁸ Bayer, act. n° 556, Rz. 117.

⁴⁰⁹ So im Ergebnis auch der Entscheid REKO/WEF „Rhône-Poulenc/Merck“, RPW 2002/2, S. 399 f., sowie der Entscheid „Schweiz. National-Versicherungs-Ges./Coop Leben“, RPW 2002/3, S. 533 f.

B.6.3 Sanktionsbemessung

B.6.3.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen

351. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 bzw. Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 KG ist gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 KG-Sanktionsverordnung⁴¹⁰). Die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG werden von der KG-Sanktionsverordnung geregelt (vgl. Art. 1 lit. a SVKG). Diese geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt aufgrund der Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann⁴¹¹. Als allgemeingültiger Grundsatz ist festzuhalten, dass die Festsetzung des Sanktionsbetrages im pflichtgemässen Ermessen der Weko steht⁴¹². Eingeschränkt wird das Ermessen durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung.

352. Die Wirksamkeit der Sanktionen hängt entscheidend von deren Präventivwirkung ab⁴¹³. Sanktionen sollen für ein Unternehmen spürbar sein und eine abschreckende Wirkung entfalten⁴¹⁴. Die effektive Höhe der Sanktion wird auch nach dem revidierten Kartellgesetz anhand der konkreten Umstände bemessen, wobei nach Art. 2 Abs. 2 SVKG stets auch dem Prinzip der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen ist. Überdies ist die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung zu berücksichtigen, wobei auch subjektive Elemente gewürdigt werden können. Die Fachliteratur verweist zudem auf die wettbewerbsrechtliche Praxis der Europäischen Kommission⁴¹⁵, wobei zu beachten ist, dass die neue KG-Sanktionsverordnung über weite Strecken von der EU-Regelung inspiriert ist⁴¹⁶. Insgesamt ergibt sich auch durch die in der europäischen Praxis genannten Umstände eine rechtliche und wirtschaftliche Berücksichtigung aller relevanten Gegebenheiten. Dies stimmt auch mit der bisherigen Praxis der Reko/WEF bzw. des BVGer überein⁴¹⁷.

353. Trotz der gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien handelt es sich bei der Sanktionsbemessung indes nicht um einen reinen Rechenvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände⁴¹⁸.

354. Die Sanktionen müssen für jedes einzelne Unternehmen, welchem ein tatbestandsmässiges Verhalten vorgeworfen wird, separat berechnet werden. Der Einfachheit halber werden im Folgenden – unter Berücksichtigung unternehmensspezifischer Einzelheiten – die

⁴¹⁰ S. Fn. 380.

⁴¹¹ Vgl. zum Ganzen die Erläuterungen SVKG (zitiert in Fn. 380).

⁴¹² RPW 2007/2, S. 299 Rz. 400 (Terminierung Mobilfunk); RPW 2006/1, S. 175 Rz. 240 (Sanktionsverfahren Unique).

⁴¹³ Vgl. schon Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 620, im Sonderdruck S. 153.

⁴¹⁴ S. RPW 2006/4, S. 661 Rz. 236 (Unique/Valet Parking).

⁴¹⁵ Vgl. LAURENT MOREILLON, in: Tercier/Bovet (Hrsg.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève/Bâle/Munich 2002, Art. 50 N 9 ff.; DUCREY (zit. in Fn. 96), Art. 50 N 15; vgl. zur europäischen Praxis die Nachweise in RPW 2006/4, S. 662 Fn. 267 (Unique/Valet Parking).

⁴¹⁶ Vgl. Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 380), S. 1.

⁴¹⁷ Auch die REKO/WEF hat in einem Entscheid teilweise auf ähnliche Kriterien abgestellt, wie dies in der europäischen Praxis getan wird (Entscheid REKO/WEF vom 7.3.2002 i.S. „Rhône-Poulenc S.A./Merck & Co. Inc.“, RPW 2002/2, S. 386 ff., insb. S. 400 ff. Erw. 4). Vgl. zum Ganzen auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.10.2007, B-2157/2006 (= RPW 2007/4, S. 673 ff. E. 4.3.3, E. 5 [Flughafen Zürich AG/Weko]).

⁴¹⁸ RPW 2007/2, S. 235 Rz. 320 (Richtlinien VSW); RPW 2007/2, S. 299 Rz. 401 (Terminierung Mobilfunk); RPW 2006/1, S. 176 Rz. 246 (Sanktionsverfahren Unique).

Sanktionen gegen die drei Pharmaunternehmen und diejenigen gegen die an den Abreden beteiligten Verkaufsstellen jeweils im gleichen Abschnitt berechnet.

B.6.3.2 Sanktion gegen die drei Pharmaunternehmen Pfizer, Eli Lilly und Bayer

a) Maximalsanktion

355. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10% des vom jeweiligen Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen; Art. 4 und 5 VKU finden analog Anwendung⁴¹⁹.

356. Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind. Der Gesamtumsatz in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren beträgt CHF [...] für Pfizer, CHF [...] für Eli Lilly und CHF [...] für Bayer. Die Maximalsanktion beläuft sich somit auf CHF [...] für Pfizer, CHF [...] für Eli Lilly und CHF [...] für Bayer.

b) Konkrete Bemessung im vorliegenden Fall

357. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Als erster Schritt muss der Basisbetrag berechnet werden. Dieser ist in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann (vgl. Art. 3 bis 6 SVKG).

aa) Basisbetrag

358. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

aa)1 Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

359. Im vorliegenden Verfahren wurde der relevante Markt definiert als Markt der oral eingenommenen Medikamente für die Behandlung erektiler Dysfunktionen in der Schweiz. Dieser Markt umfasst die Arzneimittel Cialis, Levitra und Viagra (vgl. Rz. 200).

360. Die Umsätze, welche Pfizer, Eli Lilly und Bayer in den letzten drei Jahren auf dem relevanten Markt erzielt haben, ergeben sich aus der von den Pharmaunternehmen in der Schweiz verkauften Menge an Cialis, Levitra und Viagra und sind in Tabelle 9 aufgeführt:

Tabelle 9: Umsätze auf dem relevanten Markt (2006 – 2008)

	Pfizer	Eli Lilly	Bayer
2006	[...]	[...]	[...]
2007	[...]	[...]	[...]
2008	[...]	[...]	[...]
Total	[...]	[...]	[...]

Quelle: Fragebögen.

⁴¹⁹ RPW 2006/4, S. 662 Rz. 243 (Unique/Valet Parking).

361. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Daraus ergibt sich, dass diese Obergrenze für Pfizer CHF [...], für Eli Lilly CHF [...] und für Bayer CHF [...] beträgt.

aa)2 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

362. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen. Wie oben dargelegt, haben sich Pfizer, Eli Lilly und Bayer unzulässig i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG verhalten. Im Folgenden ist zu bestimmen, ob dieses Verhalten als schwerwiegend zu qualifizieren ist.

363. Im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag führt Bayer zur Art und Schwere des Verstosses aus, dass aufgrund der Bestimmungen des HMG, welche den Wettbewerb verunmöglichen, sie hätte in Treu und Glauben davon ausgehen können, dass Wettbewerb, insbesondere Preiswettbewerb, nicht oder nur in einem sehr engen Rahmen erwünscht sei⁴²⁰. Dieses enttäuschte Vertrauen wirke sich bei der Strafzumessung zu ihren Gunsten aus

364. Gemäss Eli Lilly muss bei der Art und Schwere berücksichtigt werden, dass kein schwerer Verstoss vorliege, da eine Verletzung von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG Voraussetzung für die Sanktionierung sei, weshalb der Betrag erheblich zu reduzieren sei⁴²¹. Sie führt weiter aus, dass das Verschulden sehr gering sei, der angebliche Verstoss keine Auswirkungen auf die Publikumspreise oder die Wirtschaft gehabt habe und dass die Parteien weder ein Interesse an der Einhaltung noch davon profitiert hätten.

365. Pfizer ist der Auffassung, dass, wenn überhaupt, eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliege, was zu einer milderer Bemessung als bei einer Beseitigung führen müsse⁴²². Neben der PBV müssten ihrer Meinung nach auch die Vert-BM, die Konformität der PPE gemäss europäischem Recht, die Unklarheit bzgl. der rechtlichen Lage, der Umstand, dass sie keinen Einblick in den Schlussbericht des Sekretariats nehmen durfte sowie die Äusserungen der Weko berücksichtigt werden.

366. Diese Aussagen beziehen sich auf bereits behandelte Argumente und vermögen die folgenden Ausführungen nicht zu beeinflussen.

367. Im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen, grundsätzlich schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen⁴²³. Weiter ist anzunehmen, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, die – wie vorliegend – zur Beseitigung des Wettbewerbs führen, schwerwiegender einzustufen sind als solche, die den Wettbewerb erheblich beschränken und sich nicht durch Effizienzgründe rechtfertigen lassen. Gemäss den Erläuterungen SVKG wird sich der Basisbetrag bei schweren Verstössen gegen das KG, insbesondere bei marktumfassenden Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie bei Missbräuchen von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG regelmässig im oberen Drittel des Rahmens bewegen⁴²⁴. Dies ist allerdings nicht als ausnahmslose Regel zu verstehen. Wenn die konkreten Umstände es rechtfertigen, z.B. bei einem besonders leichten Verstoss, dürfte auch für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG der Festsetzung eines tieferen Basisbetrags nichts entgegenstehen.

⁴²⁰ Bayer, act. n° 556, Rz. 126 ff.

⁴²¹ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 335.

⁴²² Pfizer, act. n° 559, Rz. 395 ff.

⁴²³ Vgl. Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 380), Art. 3.

⁴²⁴ Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 380), Art. 3.

368. Im vorliegenden Fall sind die beiden bereits oben erwähnten Bestimmungen der PBV zu beachten, welche zwar – wie dargelegt⁴²⁵ – keine staatliche Markt- oder Preisordnung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG begründen und somit keinerlei Einfluss auf die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes haben, aber dennoch das Vertrauen und das Verhalten der Parteien zu beeinflussen vermögen.

369. Gemäss Art. 18 Abs. 2 PBV dürfen Hersteller, Importeure und Grossisten den Konsumenten „Preise oder Richtpreise bekanntgeben oder für Konsumenten bestimmte Preislisten, Preiskataloge und dergleichen zur Verfügung stellen, sofern die betreffenden Preise im zu berücksichtigenden Marktgebiet für die überwiegende Menge tatsächlich gehandelt werden“; in dieselbe Richtung geht Art. 13 Abs. 2 PBV, der Folgendes festhält: „Hersteller, Importeure und Grossisten können Richtpreise bekanntgeben.“

370. Obwohl diese Bestimmungen die festgestellte Unzulässigkeit nicht in Frage stellen können (vgl. Rz. 344) und das enttäuschte Vertrauen der Parteien nicht genügend hoch ist, um die Vorwerfbarkeit im Sinne einer Fahrlässigkeit gänzlich zu verneinen (vgl. Rz. 332 ff.), so dürfen diese Umstände umgekehrt doch auch nicht gänzlich ignoriert werden. Die beiden erwähnten Bestimmungen der PBV mildern den von Pfizer, Eli Lilly und Bayer begangenen Verstoss.

aa)3 Zwischenergebnis

371. Wenn einerseits die Art des Verstosses – das Vorliegen einer Abrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG – als schwer einzustufen ist, muss andererseits die Schwere desselben als mittel eingestuft werden. Unter Berücksichtigung dieser beiden Kriterien – einschliesslich des Verhältnismässigkeitsprinzips – wird der Basisbetrag der Sanktion gemäss Art. 3 SVKG auf *fünf Prozent* des Umsatzes festgesetzt, den die involvierten Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt haben. Der Basisbetrag beläuft sich somit auf CHF [...] für Pfizer, CHF [...] für Eli Lilly und CHF [...] für Bayer.

bb) Dauer des Verstosses

372. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrags um bis zu 50%, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat. Für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10% möglich. Beim Umfang der Erhöhung steht der Weko ein breites Ermessen zu.

373. In Zusammenhang mit der Dauer des Verstosses kritisiert Pfizer die lange Dauer des Verfahrens und insbesondere den Umstand, dass obwohl die Parteien nichts dafür könnten, dass das Verfahren so lange gedauert habe, dennoch eine 30-40-prozentige Sanktionserhöhung wegen der Dauer stattfände⁴²⁶. Sie ist weiter der Auffassung, dass wenn überhaupt, die Vorwerfbarkeit erst ab Erlass der Vert-BM zu bejahen sei, weshalb für die Dauer des Verstosses die Periode ab Juli 2007 zu berücksichtigen sei⁴²⁷.

374. Wie oben dargelegt, ist die Vorwerfbarkeit für die gesamte untersuchte Periode zu bejahen. Die anderen Argumente sind nicht stichhaltig und vermögen die nachstehenden Ausführungen nicht zu verändern.

375. Pfizer, Eli Lilly und Bayer erlassen PPE für Cialis, Levitra und Viagra seit diese Medikamente auf den Markt sind. Art. 49a Abs. 1 KG und die KG-Sanktionsverordnung sind jedoch erst am 1. April 2004 in Kraft getreten. Für die Höhe der Sanktion kann somit nur die Dauer des Verstosses ab dem 1. April 2004 bis am 31. Dezember 2008 massgebend sein. Eli Lilly ist im Mai 2004 mit Cialis auf den Markt gekommen, während Pfizer und Bayer ihre

⁴²⁵ Vgl. oben Rz. 68 ff.

⁴²⁶ Pfizer, act. n° 559, Rz. 399 ff.

⁴²⁷ Auch Bayer macht dieses Argument geltend (Bayer, act. n° 556, Rz. 122 ff.).

Medikamente Viagra und Levitra schon vor diesem Datum eingeführt haben. Dieser minimale Unterschied von einem Monat rechtfertigt jedoch keine separate Berücksichtigung der Verstoffsdauer für Eli Lilly.

376. Der Basisbetrag ist für alle Pharmaunternehmen somit um 40% zu erhöhen. Dieser beläuft sich demnach für Pfizer auf CHF [...], für Eli Lilly auf CHF [...] und für Bayer auf CHF [...].

cc) Erschwerende und mildernde Umstände

377. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.

378. Als mögliche mildernde Umstände geben die Parteien Folgendes an⁴²⁸: Die aktive und konstruktive Haltung und Kooperation während des Verfahrens⁴²⁹, das Compliance Programm⁴³⁰, das rein passive Verhalten im Zusammenhang mit den PPE (Art. 6 Abs. 2 lit. a SVKG)⁴³¹ sowie die Nichtvorhersehbarkeit der Praxisänderung des Sekretariats zu den PPE⁴³². Bayer macht zudem geltend, [...] ⁴³³. Pfizer beruft sich auch auf eine Vorverurteilung in den Medien sowie auf die Tatsache, dass nur die Pharmaunternehmen sanktioniert werden sollen⁴³⁴.

379. Diese geltend gemachten Gründe können nicht berücksichtigt werden. Insbesondere die Parteien, welche sich auf ihr Compliance Programm berufen, haben es versäumt, darzulegen, inwiefern ihr Compliance Programm geeignet gewesen sein soll, Verstössen gegen das Kartellgesetz, wie den Vorliegenden, vorzubeugen.

380. In Zusammenhang mit dem Verhalten von Pfizer, Eli Lilly und Bayer sind weder erschwerende noch mildernde Umstände ersichtlich, weshalb von einer Erhöhung bzw. Reduktion der Sanktion abzusehen ist.

c) Zusammenfassung

381. Die Verhaltensweisen von Pfizer, Eli Lilly und Bayer, welche unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 4 KG darstellen, führen nach Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. KG-Sanktionsverordnung zu einer Busse von CHF [...] für Pfizer, CHF [...] für Eli Lilly und CHF [...] für Bayer. Diese Bussen setzen sich wie folgt zusammen:

⁴²⁸ Pfizer, act. n° 559, Rz. 403 ff.; Bayer, act. n° 556, Rz. 130 ff.

⁴²⁹ Bayer, act. n° 556, Rz. 130.

⁴³⁰ Bayer, act. n° 556, Rz. 131; Pfizer, act. n° 559, Rz. 405.

⁴³¹ Pfizer, act. n° 559, Rz. 404.

⁴³² Pfizer, act. n° 559, Rz. 406.

⁴³³ Bayer, act. n° 556, Rz. 134.

⁴³⁴ Pfizer, act. n° 559, Rz. 410 f.

Tabelle 10: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung in CHF für die drei Pharmaunternehmen

	Pfizer	Eli Lilly	Bayer
Maximalhöhe der Sanktion	[...]	[...]	[...]
Umsatz auf dem relevanten Markt	[...]	[...]	[...]
Obergrenze des Basisbetrags	[...]	[...]	[...]
Berücksichtigung der Art und Schwere	5%	5%	5%
Basisbetrag	[...]	[...]	[...]
Dauer	40%	40%	40%
Erschwerende und mildernde Umstände	0%	0%	0%
Total	[...]	[...]	[...]

B.6.3.3 Sanktionen gegen die Verkaufsstellen

382. Im Zusammenhang mit der Sanktionierung der Verkaufsstellen ist Folgendes zu beachten: Die Untersuchung wurde zwar gegen alle auf dem Schweizer Markt tätigen 1'672 Apotheken und 3'693 SD-Ärzte (Vgl. Fn. 253) eröffnet. Es ist jedoch schon kaum vorstellbar, wie die Verfahrensrechte (z.B. Recht auf Akteneinsicht, auf Stellungnahme etc.) einer so grossen Anzahl Parteien überhaupt vollumfänglich gewahrt werden könnten. Im Hinblick auf eine Sanktionierung bedarf es keiner weiteren Erörterungen, dass es de facto ausgeschlossen ist, für jedes einzelne Unternehmen separat festzustellen, ob es die PPE befolgt hat oder nicht. Da Ermittlungsinstrumente wie Hausdurchsuchungen, Partei- und Zeugenbefragungen etc. bei mehr als 5'000 Parteien ausgeschlossen sind, wären die Wettbewerbsbehörden auf die blossen Auskünfte der Verkaufsstellen in Fragebögen angewiesen. Hier stellte sich die Frage, wie vertrauenswürdig die ungeprüfte Selbstdeklaration der Parteien für eine Sanktionierung wäre. Selbst wenn eine Liste derjenigen Verkaufsstellen erstellt werden könnte, die gegen das Kartellgesetz verstossen haben, so müsste der Sanktionsbetrag für jedes Unternehmen separat berechnet werden. Dass dies unverhältnismässig wäre, ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass zahlreiche Verkaufsstellen nur einige wenige Schachteln Erektionsmittel verkauft haben und sich die aufwändig berechnete Sanktion somit jeweils nur auf wenige Franken beliefe.

383. Im Ergebnis würde es jeden vernünftigen Rahmen sprengen, rechtsgenügend und unter Nennung von konkreten Namen festzustellen, welche Verkaufsstellen eine Preisempfehlung befolgt haben und welche nicht und individualisierte Sanktionen gegen fast 5'000 Parteien auszusprechen. Die durchschnittliche Höhe der zu verhängenden Bussen steht in keinem Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand.

384. Eine exemplarische Bestrafung beispielsweise nur einer bestimmten Anzahl Verkaufsstellen – z.B. der 100 grössten oder von 100 zufällig ausgewählten – könnte dem Grundsatz der Gleichbehandlung widersprechen und würde dennoch nichts an der Tatsache ändern, dass die grosse Mehrheit der Unternehmen, welche gegen das KG verstossen haben, nicht bestraft würde. Eine Sanktionierung der Berufsverbände – quasi als Stellvertreter der Verkaufsstellen – erscheint ebenfalls nicht angezeigt, da *in casu* weder Pharmasuisse noch der FMH noch der APA in irgendeiner ersichtlichen Weise dazu beigetragen haben, dass die Preisempfehlungen befolgt wurden⁴³⁵.

⁴³⁵ Anders wäre die Sachlage freilich, wenn z.B. ein Verband selbst seinen Mitgliedern Preislisten abgeben hätte.

385.

[REDACTED] Dieses verwirkliche im Verwaltungsstrafrecht den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz und diene überdies der Generalprävention und schränke die Weko nicht nur bei der Sanktionsbemessung sondern auch bei der Sanktionierung ein. Sie führt weiter aus, dass dies mit dem Willkürverbot unvereinbar sei, denn man könne nicht feststellen, dass sich die Pharmaunternehmen an einer Abrede mit den Verkaufsstellen beteiligt hätten und gleichzeitig darauf verzichten, rechtsgenügend und unter Nennung von konkreten Namen festzustellen, welche Verkaufsstellen die PPE befolgt hätten.

386. Pfizer ist der Ansicht, dass eine Sanktionierung der Pharmaunternehmen das Gleichbehandlungsgebot verletze, auch weil der Entscheid – wie von Vertretern des Sekretariats angedeutet – Signalwirkung für die ganze Branche haben solle⁴³⁷.

387. Bayer stellt sich zudem auf den Standpunkt, [...] ⁴³⁸.

[REDACTED]

388. Diese Argumente vermögen die obigen Ausführungen nicht in Frage zu stellen. Somit bleibt aus faktischen und praktischen Gründen wohl nur die Lösung, welche sich nur aufgrund der singulären Ausgangslage im vorliegenden Fall verantworten lässt, auf die Berechnung der Sanktion und somit auch auf deren Eintreibung zu verzichten. Das ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass das Verhalten derjenigen Apotheken und SD-Ärzte, welche die PPE eingehalten haben, eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG darstellt, die nach Art. 49a Abs. 1 i.V.m. KG-Sanktionsverordnung sanktionierbar ist.

389. Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass der konkrete Tatbeitrag der Grossisten und der e-mediats (s. Rz. 152) nicht genügend schwer wiegt, um eine Sanktionierung dieser Gehilfinnen in Betracht zu ziehen.

B.7 Ergebnis

390. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Weko die folgenden Verwaltungssanktionen als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Pfizer	Eli Lilly	Bayer
Sanktion CHF	[...]	[...]	[...]

⁴³⁶ Bayer, act. n° 556, Rz. 137 ff.

⁴³⁷ Pfizer, act. n° 559, Rz. 418.

⁴³⁸ Bayer, act. n° 556, Rz. 141 ff.

C Kosten und Eröffnung des Entscheids

C.1 Kosten

391. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG⁴³⁹ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Im Verfahren nach Art. 26 ff. bzw. Art. 49a ff. KG besteht eine Gebührenpflicht insbesondere, wenn ein Verfahren durchgeführt wird und dieses ergibt, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen⁴⁴⁰.

392. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, wenn sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird (RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1 e contrario, Art. 3 Abs. 2 lit. b und c GebV-KG).

393. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

394. Der Zeitaufwand für vorliegende Untersuchung belief sich auf insgesamt 3'919.40 Stunden. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich für 1'208.90 Stunden ein Ansatz von CHF 120.– (Praktikanten), 2'611.50 Stunden à CHF 200.– (wissenschaftliche Mitarbeiter) sowie die Verrechnung von 99 Stunden zu CHF 250.–. Demnach beläuft sich die Gebühr auf insgesamt CHF 692'118.–.

395. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV⁴⁴¹).

396. Im vorliegenden Fall konnte den Parteien – Pfizer, Bayer, Eli Lilly, e-mediat, Grossisten, Apotheken und SD-Ärzten, welche die Preisempfehlungen eingehalten haben – die Beteiligung bzw. Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 4 KG nachgewiesen werden. Die Parteien haben somit grundsätzlich die Kosten zu tragen.

397. Dies gilt in erster Linie für die drei Pharmaunternehmen, welche Urheberinnen der PPE für Cialis, Levitra und Viagra sind. Aus Praktikabilitätsgründen (s. Rz. 382 ff.) werden gegenüber den Verkaufsstellen keine Kosten erhoben. Entsprechendes gilt für die Grossisten und e-mediat, deren Tatbeiträge vernachlässigbar klein waren und keine nennenswerten zusätzlichen Kosten verursacht haben.

398. Somit haben nur Pfizer, Eli Lilly und Bayer Kosten zu tragen. Aus diesem Grund sind die auf sie entfallenden Kosten auszuscheiden. Da in etwa dem tatsächlichen Aufwand entsprechend, wird der Einfachheit halber davon ausgegangen, dass die an den Abreden beteiligten beiden Seiten – die Pharmaunternehmen einerseits und die Verkaufsstellen andererseits – je die Hälfte der Verfahrenskosten verursacht haben. Pfizer, Eli Lilly und Bayer haben somit jeweils einen Drittel der auf die Pharmaunternehmen entfallenden Hälfte, m.a.W. je einen Sechstel der gesamten Kosten zu tragen, ausmachend CHF 115'353.–.

⁴³⁹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁴⁴⁰ BGE 128 II 247 E. 6.1 (=RPW 2002/3, S. 546 f. E. 6.1 [BKW FMB Energie AG]).

⁴⁴¹ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

399. Die auf die Pharmaunternehmen entfallende Gebührenhälfte wird Pfizer, Eli Lilly und Bayer unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

C.2 Eröffnung des Entscheids

400. Den Verfahrensparteien⁴⁴² Pfizer, Eli Lilly, Bayer, e-mediat, Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt, Amedis-UE, Apotheke Drogerie Strättligen AG, Brunnen-Apotheke AG, Drogama AG, Leimbach Apotheke, Neumarkt Apotheke Drogerie, Odeon Apotheke AG, Tauben Apotheke Dr. Stauber AG, Turm Apotheke Hörning AG, Wildbach-Apotheke, GaleniCare AG, SunStore SA, Pharcap Management SA Groupe Capitole, Coop Vitality AG und Pharmacie Populaire wird dieser Entscheid per Lettre signature mit Rückschein individuell eröffnet.

401. Den nicht namentlich bekannten SD-Ärzten (3'693) und Apotheken (1'672)⁴⁴³ hingegen kann der Entscheid aus praktischen Gründen nicht individuell und persönlich eröffnet werden.

402. Für gewisse Ausnahmefälle sieht das VwVG das Ausweichen auf eine amtliche Publikation vor. Nach Art. 36 VwVG kann die Behörde ihre Verfügungen durch Veröffentlichung in einem amtlichen Blatt eröffnen: u.a. „in einer Sache mit zahlreichen Parteien“ (lit. c) und „in einer Sache, in der sich die Parteien ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht vollzählig bestimmen lassen“ (lit. d).


403. Da im vorliegenden Fall beide Ausnahmefälle gegeben sind, der Text der Verfügung aber sehr lang ist, drängt sich folgende Lösung auf: Das Dispositiv der Entscheidung wird im BBI und im SHAB amtlich publiziert mit dem Hinweis, dass die Parteien, welchen diese Verfügung nicht individuell eröffnet wird (den nicht namentlich genannten Grossisten, Apotheken und SD-Ärzten), innert 30 Tagen ab Publikation beim Sekretariat die komplette Verfügung beantragen können.

⁴⁴² S. Ziff. 9 des Dispositivs für die genauen Adressangaben.

⁴⁴³ Vgl. Fn. 253.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

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 i.S.v. 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. 
8. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.
9. Die Verfügung wird folgenden Verfahrensparteien einzeln eröffnet:
 - Pfizer AG
 - Eli Lilly (Suisse) SA
 - Bayer (Schweiz) AG
 - Galexis AG
 - Unione Farmaceutica Distribuzione SA
 - Voigt AG
 - Amedis-UE AG
 - e-mediat AG
 - Odeon Apotheke AG, Limmatquai 2, 8001 Zürich
 - Tauben Apotheke Dr. Stauber AG, Oberstadt 8, 8200 Schaffhausen
 - Apotheke Drogerie Strättligen AG, Schulstrasse 27, 3604 Thun
 - Drogama AG, Birmensdorferstrasse 320, 8055 Zürich

- Turm Apotheke Hörning AG, Jurastrasse 18, 4900 Langenthal
- Leimbach Apotheke, Leimbachstrasse 200, 8041 Zürich
- Neumarkt Apotheke Drogerie, Pireva AG, Altstetterstrasse 145, 8048 Zürich
- Brunnen Apotheke AG, Brunnenstrasse 9, 8610 Uster
- Wildbach-Apotheke AG, Dorfstrasse 111, 8424 Embrach
- GaleniCare Management AG, Untermattweg 8, Postfach, 3001 Bern
- SunStore SA, Chemin des Jordils 38, 1025 St-Sulpice
- Pharcap Management SA Groupe Capitole, Rue du Centre 6, 1752 Villars-sur-Glâne
- Coop Vitality AG, Untermattweg 8 Postfach, 3001 Bern
- Pharmacie Populaire, Route d'Oron 4, 1010 Lausanne

10. Den anderen Verfahrensparteien wird diese Verfügung durch amtliche Publikation eröffnet.

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Walter A. Stoffel
Präsident

Dr. Rafael Corazza
Direktor

Anhang 1: Entwicklung der empfohlenen Preise für Cialis, Levitra und Viagra

VIAGRA							
Datum	1998	2001	2005	2006	2007	2008	
Packungen							
25mgx4	69.97	69.97	69.97	69.97	69.97	69.97	69.97
50mgx4	80.70	80.70	80.70	82.31	82.31	82.31	82.31
100mgx4	92.58	92.58	92.58	94.45	94.45	94.45	94.45
25mgx12	180.41	180.41	180.41	180.41	180.41	180.41	180.41
50mgx12	208.33	208.33	208.33	212.52	212.52	212.52	212.52
100mgx12	238.82	238.82	238.82	243.58	243.58	243.58	243.58

LEVITRA							
Datum	2003	2004	2005	2006	2007	2008	
Packungen							
10mgx4	■	■	■	■	■	■	■
20mgx4	■	■	■	■	■	■	■
5mgx12	■	■	■	■	■	■	■
10mgx12	■	■	■	■	■	■	■
20mgx12	■	■	■	■	■	■	■

CIALIS							
Datum	05.2004	03.2005	09.2005	04.2006	10.2006	2007	2008
Packungen							
10mgx4	80.70	84.60	84.60	88.80	93.27	93.27	93.27
20mgx4	80.70	84.60	84.60	88.80	93.27	93.27	93.27
20mgx8	138.90	144.40	144.40	157.60	169.44	169.44	169.44
20mgx12			207.80	220.20	251.01	251.01	251.01