

Your World First

C/M/S/

Law.Tax

Newsletter

Februar 2018

Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2017 in Sachen „Hors-Liste“

Präzisierung der kartellrechtlichen Praxis zu Preisempfehlungen



Das Bundesverwaltungsgericht hat am 10. Januar 2018 seine Urteile in Sachen „Hors-Liste-Medikamente“ publiziert. Diese widmen sich eingehend der Frage der Zulässigkeit von Preisempfehlungen und schaffen erhöhte Rechtssicherheit.

In den vorliegenden Fällen kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die drei Pharmaunternehmen Eli Lilly, Bayer und Pfizer keine unzulässigen Preisempfehlungen für ihre Medikamente Cialis, Levitra und Viagra zur Behandlung von erektiler Dysfunktion („ED-Medikamente“) erlassen und veröffentlicht hatten. Entsprechend hebt es das von der Wettbewerbskommission („WEKO“) auferlegte Veröffentlichungsverbot der Preisempfehlungen sowie die ausgesprochenen Sanktionen in Höhe von insgesamt 5,7 Millionen CHF auf.

Gemäss Bundesverwaltungsgericht sind Preisempfehlungen nur bedenklich, wenn sie ihren Empfehlungscharakter aufgrund von Druckausübung oder Anreizgewährung verlieren, sie also in Realität in Empfehlungsform gekleidete Wettbewerbsabreden über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen darstellen. Der (überwiegende) Befolgungsgrad darf nicht als alleiniges Kriterium zur Beurteilung der Zulässigkeit von Preisempfehlungen herangezogen werden.

Das Bundesverwaltungsgericht statuiert, dass sich die Preisempfehlungen *in casu* als zulässige Höchstpreise auswirkten, sie also zu hohe Preise verhinderten.

Herausgeber von Preisempfehlungen sollten in der Praxis darauf achten, diese explizit als unverbindlich zu kennzeichnen, der Allgemeinheit zugänglich zu machen und auf Durchsetzungsmechanismen zur Einhaltung der empfohlenen Preise zu verzichten.

Sachverhalt und Verfahrensgang

Die Pharmaunternehmen Eli Lilly, Bayer und Pfizer gaben in den Jahren 2004 bis 2008 zu den genannten verschreibungspflichtigen ED-Medikamenten unverbindliche Preisempfehlungen an Apotheken und selbstdispensierende Ärzte ab bzw. liessen diese über eine Datenbankbetreiberin an die Verkaufsstellen weiterleiten.

Die WEKO hatte den Pharmaunternehmen in drei Sanktionsverfügungen vom 2. November 2009 vorgeworfen, die Wiederverkaufspreise für die ED-Medikamente mittels Preisempfehlungen in unzulässiger Weise festgelegt zu haben. Für diese Kartellrechtsverstösse auferlegte die WEKO den Pharmaunternehmen Bussen von insgesamt 5,7 Millionen CHF. Die Sanktionsverfügungen wurden in der Folge von den Pharmaunternehmen beim Bundesverwaltungsgericht angefochten.

Die Beschwerden hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 3. Dezember 2013 gut, indem es das Kartellgesetz („KG“) für die besagten ED-Medikamente, namentlich aufgrund von Vorschriften im Heilmittelgesetz sowie in der Arzneimittel-Werbeverordnung, als nicht anwendbar erklärte.

Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung zog die Entscheide sodann an das Bundes-

gericht weiter. Dieses erklärte mit Urteil vom 28. Januar 2015 das Kartellgesetz für grundsätzlich anwendbar und wies die Sache zur inhaltlichen Neubeurteilung an das Bundesverwaltungsgericht zurück.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Fälle nun erneut im Licht der materiellen kartellrechtlichen Bestimmungen beurteilt. Die Entscheide boten die Möglichkeit einer Präzisierung der wettbewerbsrechtlichen Würdigung unverbindlicher Preisempfehlungen. Diese waren in der Schweiz noch kaum Gegenstand von Gerichtsentscheiden und sind aufgrund der Unbestimmtheit der gesetzlichen Normierung stark umstritten.

Wichtigste Erkenntnisse

— Das Kartellgesetz vermutet die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs unter anderem bei Wettbewerbsabreden, die die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen zum Gegenstand haben (vgl. Art. 5 Abs. 4 KG). Preisempfehlungen sind demnach erlaubt, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken (Ziff. 10(1) Bst. a der Vertikalbekanntmachung („VertBek“)).¹ Entscheidend ist, wie sich Preisempfehlungen tatsächlich auf dem Markt *auswirken*.

¹ Folgende Umstände können Anlass geben, Preisempfehlungen aufzugreifen: i) nicht in allgemein zugänglicher Weise erfolgte Abgabe der Preisempfehlung; ii) fehlende ausdrückliche Erklärung der Unverbindlichkeit der Preisempfehlung; iii) deutlich höheres Preisniveau der betroffenen Produkte im benachbarten Ausland sowie iv) die weitgehende tatsächliche Befolgung der Preisempfehlung (vgl. Ziff. 15(3) VertBek).

-
- Mit seinem Leitentscheid vom 21. April 2017 i. S. „Gaba“ hielt das Bundesgericht vereinfacht ausgedrückt fest, dass harte Kartellabsprachen, d. h. solche, die unter die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallen, grundsätzlich alleine schon aufgrund ihres formellen Bestehens unzulässig sind und der Nachweis der tatsächlichen wettbewerbsschädlichen Auswirkungen nicht (mehr) erforderlich ist.
 - Im Gegensatz dazu stellt das Bundesverwaltungsgericht nun klar, dass im Falle von Preisempfehlungen, die ebenfalls in einer harten Kartellabsprache i. S. v. Art. 5 Abs. 4 KG münden können, wenn sie sich wie Mindest- oder Festpreise auswirken, eine Prüfung der tatsächlichen Marktauswirkungen unabdingbar ist. So weist das Bundesverwaltungsgericht darauf hin, dass bei Preisempfehlungen die konkreten wettbewerbsbeeinflussenden Umstände bereits bei der Prüfung des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG miterörtert werden müssen.²
 - Dies begründet das Bundesverwaltungsgericht namentlich mit der Ambivalenz von Preisempfehlungen: Sofern diese durch die Absicht getragen sind, den beteiligten Händlern einen verlässlichen Gewinn zu sichern und ineffiziente Händler strukturerhaltend zu schützen, sind sie kartellrechtlich unzulässig, weil sie nur der Erwirtschaftung verpönter Kartellrenten dienen und nicht zur Effizienz des Wettbewerbsprozesses beitragen. Demgegenüber können Preisbindungen und Preisempfehlungen auch legitime Schutz- oder Effizienzerwägungen verfolgen. Zum Beispiel kann ein Hersteller mittels allgemein zugänglicher Preisempfehlungen *Preisobergrenzen* implementieren, um zu verhindern, dass auf jeder Stufe der Wertschöpfungskette erneut eine Marge auf die Kosten aufgeschlagen wird (sog. „doppelte Marginalisierung“).
 - Wenn Höchstpreisbindungen zulässig sind, muss dies umso mehr auch für Preisempfehlungen gelten, die zwar nicht klar als Höchstpreise deklariert sind, sich jedoch wie Höchstpreise auswirken. In diesem Zusammenhang zu berücksichtigen bleibt jedoch: Je tiefer der empfohlene Preis, desto tiefer ist auch der Handlungsspielraum der Händler und desto eher wiederum können sich Höchstpreise wie eine unzulässige Festpreisabrede auswirken.
 - Im Unterschied zu Preisbindungen sind Preisempfehlungen nur dann kritisch zu betrachten, wenn sie – neben einem hohen Befolgungsgrad – ihren Empfehlungscharakter verlieren und durch Druckausübung und Anreizgewährung durchgesetzt werden. Vorliegend war unstrittig, dass weder Druck ausgeübt noch Anreize gewährt wurden, weshalb diese Kriterien in den Entscheiden nicht weiter thematisiert wurden.
 - Zum Kriterium des Befolgungsgrads der Preisempfehlungen äussert sich das Bundesverwaltungsgericht demgegenüber eingehend: Es stellt fest, dass gemäss den Marktdaten der WEKO rund ein bis zwei Drittel der besagten ED-Medikamente nicht zum empfohlenen Preis verkauft wurden, und folgert daraus, dass der Befolgungsgrad alleine vorliegend nicht ausreichend ist, um eine abgestimmte Verhaltensweise i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG (i. V. m. Art. 5 Abs. 4 KG) anzunehmen.
 - Gemäss Bundesverwaltungsgericht ist somit nicht erstellt, inwiefern die Preisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra ein abgestimmtes Verhalten mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung hätten bezwecken oder entfalten können. Im Gegenteil: Aufgrund der Veröffentlichung der Preisempfehlungen im Internet mussten die Verkaufsstellen davon ausgehen, dass den Nachfragern die Preise bekannt waren. Dies wiederum veranlasste die Verkaufsstellen, die Preise höchstens den Empfehlungen entsprechend oder unter diesen festzusetzen. Die Fakten sprechen also dafür, dass die Preisempfehlungen (all) zu hohe Preise verhinderten.
 - Gegen diese Entscheide hat die WEKO Beschwerde beim Bundesgericht erhoben.
-
- Bei Fragen zu diesem Newsletter wenden Sie sich bitte an Marion Wyler oder Patrick Sommer:**
- Marion Wyler**
 E marion.wyler@cms-vep.com
 T +41 44 285 11 11

Marquard Christen
 E marquard.christen@cms-vep.com

Dr. Pascal G. Favre
 E pascal.favre@cms-vep.com

Alain Raemy
 E alain.raemy@cms-vep.com

Dr. Patrick Sommer
 E patrick.sommer@cms-vep.com

² Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten als *Wettbewerbsabreden* einerseits Vereinbarungen und andererseits aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. In casu war das Bestehen einer abgestimmten Verhaltensweise zwischen den Pharmaunternehmen und den Verkaufsstellen strittig.



Law . Tax

**Ihr kostenloser juristischer Online-
Informationsdienst.**

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu
vielfältigen juristischen Themen.

cms-lawnow.com



Law . Tax

Ihre juristische Online-Bibliothek.

Profunde internationale Fachrecherche
und juristisches Expertenwissen nach Mass.

eguides.cmslegal.com

CMS Legal Services EEIG erbringt keinerlei Mandantenleistung. Derartige Leistungen werden in den jeweiligen Ländern ausschliesslich von den Mitgliedskanzleien erbracht. In bestimmten Fällen dient CMS als Marken- oder Firmenname einzelner beziehungsweise aller Mitgliedskanzleien oder deren Büros oder bezieht sich auf diese. CMS Legal Services EEIG und deren Mitgliedskanzleien sind rechtlich eigenständig und unabhängig. Zwischen ihnen besteht keine Beziehung in Form von Mutter- und Tochtergesellschaften beziehungsweise keine Vertreter-, Partner- oder Joint-Venture-Beziehung. Keine Angabe in diesem Dokument ist so auszulegen, dass eine solche Beziehung besteht. Keine Mitgliedskanzlei ist dazu berechtigt, im Namen von CMS Legal Services EEIG oder einer anderen Mitgliedskanzlei unmittelbar oder mittelbar oder in jeglicher anderer Form Verpflichtungen einzugehen.

CMS-Büros und verbundene Büros:

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Funchal, Genf, Glasgow, Hamburg, Hongkong, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lima, Lissabon, Ljubljana, London, Luanda, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Manchester, Maskat, Mexiko-Stadt, Monaco, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Posen, Prag, Reading, Riad, Rio de Janeiro, Rom, Santiago de Chile, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sheffield, Singapur, Skopje, Sofia, Strassburg, Stuttgart, Teheran, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

cms.law