

Verfügung der Wettbewerbskommission

vom 7. Juni 2000

gemäss Art. 27 KG betreffend

22-0147 / Vertrieb von Arzneimitteln

wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

A. Sachverhalt

1. Zahlreiche gesetzliche Bestimmungen prägen den Vertrieb von Arzneimitteln. Die von der gesetzlichen Regelung belassenen Freiräume werden überdies durch eine Marktordnung der Sanphar reglementiert. Diese private Marktordnung bildet Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

A.1 Begriffe

2. Einleitend sind einige Begriffe zu erläutern, wie sie in der vorliegenden Verfügung gebraucht werden:

A.1.1 Im Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand

- *Arzneimittel*: Ausschliesslich Humanarzneimittel.
- *Hors-Liste-Arzneimittel*: Arzneimittel, die nicht auf der Spezialitätenliste (SL) aufgeführt sind. In der Regel werden diese im Rahmen der Zusatzversicherung bezahlt.
- *Konfektionierte Arzneimittel*: Vom Hersteller in einer Verpackung produzierte Medikamente.
- *Nichtkonfektionierte Arzneimittel (Pharmazeutische Spezialitäten)*: Vom Fachhandel selbst oder in dessen Auftrag hergestellte und abgepackte Medikamente, versehen mit ihrem eigenen Logo.
- *Nicht rezeptpflichtige Arzneimittel (OTC-Arzneimittel)*: Arzneimittel der IKS-Kategorien C und D. Arzneimittel der IKS-Kategorie E sind im Detailhandel frei verkäuflich.
- *Rezeptpflichtige Arzneimittel (Rx-Medikamente)*: Arzneimittel der IKS-Kategorien A und B.
- *SL-Arzneimittel*: Arzneimittel, die auf der Spezialitätenliste (SL) stehen und, soweit ärztlich verschrieben, durch die Krankenversicherer im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften des KVG durch die Grundversicherung vergütet werden.

A.1.2 **Im Zusammenhang mit Unternehmen der Untersuchung**

- *Apotheken*: Offizinapotheken (zu unterscheiden von Privatapotheken der selbst dispensierenden Ärzte, Spitalapotheken usw.). Apotheken können auch als Hersteller bzw. Ärtzelieferanten tätig sein und somit je nach Funktion auch Grossisten, Fachhändler und Ärzte beliefern.
- *Ärtzelieferanten*: Spezialisierte Aussenseiter-Grossisten, die hauptsächlich Ärzte beliefern.
- *Aussenseiter-Grossisten*: Grosshändler, die die Funktion von Grossisten haben und eine kantonale Grossistenbewilligung, jedoch nicht den Grossistenstatus der Sanphar besitzen, wie z.B. Ärtzelieferanten und einige Apotheken.
- *Drogerien*: Verkaufsstellen, die Medikamente der IKS-Kategorie D und in den Kantonen Solothurn und beider Appenzell auch Arzneimittel der IKS-Kategorie C abgeben. In einigen Kantonen bestehen beschränkte Ausnahmelisten für gewisse Produkte der IKS-Kategorie C.
- *Fachhandel*: Apotheken und Drogerien. Sie sind (im Gegensatz zu den Herstellern und den Grossisten) berechtigt, Arzneimittel an Patienten abzugeben.
- *Grossisten*: Sanphar-Grossisten und Aussenseiter-Grossisten.
- *Hersteller*: Produzent von Arzneimitteln. Er legt den Herstellerabgabepreis und – mit Ausnahme der SL-Produkte – den Publikumspreis fest. Der Hersteller kann auch den Import und den Vertrieb eines Medikamentes übernehmen.
- *Sanphar-Grossisten*: Grossisten, die die Grossistenbedingungen von Sanphar erfüllen (vgl. Kapitel A.4). Das von der Sanphar herausgegebene Reglement über die Selbstkontrolle spricht von Pharma-Grossisten.
- *Selbstdispensierende Ärzte (SD-Ärzte)*: Ärzte, die auf Grund einer kantonalen Bewilligung berechtigt sind, eine Privatapotheke zu führen und Arzneimittel selbst abzugeben. Die Arzneimittelabgabe bei Erst- und Notfallversorgung durch Nicht-SD-Ärzte wird hier ebenfalls unter den Fall der SD-Ärzte subsumiert.

A.1.3 **Andere Begriffe**

- *Marge*: Differenz zwischen Einstandspreis und Verkaufspreis. Der Begriff ist somit streng vom Begriff der «Gewinnmarge» zu unterscheiden.
- *Margenordnung*: Die generell gültige Margenordnung gemäss Anhang 1a zum Reglement und diejenige für Generika nach Anhang 1b zum Reglement.
- *Patienten*: Konsumenten von Arzneimitteln, unabhängig davon, ob sie das Medikament über einen Arzt bzw. eine Apotheke mit Rezept oder ohne Rezept (Selbstmedikation) beziehen und unabhängig davon, ob das Medikament durch die Krankenversicherer vergütet wird oder nicht.

- *Publikumshöchstpreis bei SL-Produkten:* Der vom BSV festgelegte Preis, der gemäss Art. 44 KVG von den Leistungserbringern nicht überschritten werden darf und von den Krankenversicherern vergütet wird.
- *Publikumspreis bei Nicht-SL-Produkten:* Der Preis, der vom Hersteller bei der Registrierung der IKS gemeldet und von ihm auf der Verpackung aufgedruckt werden muss.
- *Reglement:* Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel der Sanphar.
- *Verpflichtungsschein:* Verkaufskonditionen, welche ein Wiederverkäufer (Detaillist) einhalten musste, um mit reglementierten Spezialitäten beliefert zu werden. Der Verpflichtungsschein wurde am 22. August 1997 von der Sanphar aufgehoben.

A.2 Die Margen- und Rabattordnung der Sanphar

A.2.1 Allgemeines

3. Der Arzneimittelvertrieb in der Schweiz wird – soweit er nicht staatlich reglementiert ist (vgl. Kapitel C.1.3) – weitgehend *privatrechtlich* durch die Bestimmungen der Sanphar geregelt.

- a. Sanphar ist ein im Handelsregister eingetragener Verein i.S.v. Art. 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB). *Mitglieder der Sanphar* sind gemäss Art. 3 der Statuten schweizerische und liechtensteinische Hersteller, Importeure und Vertreiber pharmazeutischer Produkte als Einzelmitglieder und die Verbände des Gross- und des Fachhandels als Kollektivmitglieder (SAV, Pharma Forum, FSAL, H+ Die Spitäler der Schweiz, SDV, VIPS und VSSG). Eine detaillierte Liste der Einzel- und Kollektivmitglieder befindet sich auf den Schlusseiten der jährlich herausgegebenen Publikation der Sanphar (genannt »Informationen über Sanphar«, heutiger Stand: September 1998; vgl. Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Beilage 1, act. 11).
- b. Gemäss Art. 2 der Statuten *bezweckt Sanphar «einen effizienten, kostengünstigen und sicheren Vertrieb von Arzneimitteln in der Schweiz zu fördern. Zu diesem Zweck setzt sie sich für das gegenseitige Verständnis und die Zusammenarbeit unter den Marktpartnern und den Behörden ein und erbringt diesen auch Dienstleistungen. Sanphar vertritt im Rahmen dieses Zweckes die Interessen ihrer Mitglieder. »*

4. Der Verein Sanphar *erlässt verschiedene Reglemente*, die in «Informationen über Sanphar» publiziert werden (vgl. Ziff. 3a in fine). Darin enthalten ist namentlich das «Reglement über die Vignettierung» und das «Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel» (vgl. nachstehend A.2.2). Das «Reglement über die Vignettierung» enthält – *gestützt auf die Weisungen der IKS*» (Vorspann zum Reglement) betreffend die Vignettierung der Arzneimittel vom 30. November 1984 – Bestimmungen zur Verwendung von Verbandsvignetten, die zur Kennzeichnung von Arzneimitteln dienen.

A.2.2

Das Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel

5. Das »Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel« (nachfolgend Reglement) wurde von der Generalversammlung der Sanphar erlassen und enthält *Bestimmungen zum Arzneimittelvertrieb*. Im Einzelnen:

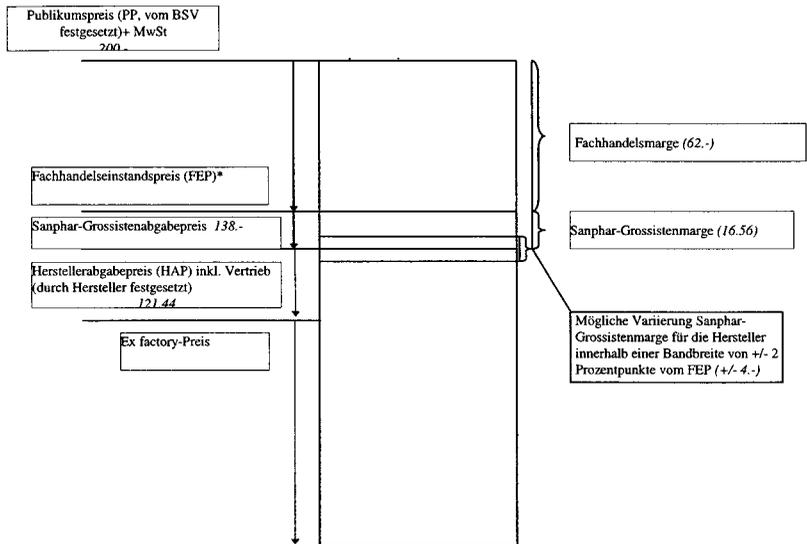
- a. Das Reglement ist gemäss Ziff. 1.2.1. *sachlich anwendbar*
 1. auf alle Humanarzneimittel der Listen A und B der Interkantonalen Kontrollstelle für Heilmittel (IKS) mit allen Arzneiformen und Packungsgrössen;
 2. auf alle Packungsgrössen derjenigen Humanarzneimittel der IKS-Listen C und D mit gleicher Applikationsart und gleicher Dosierung, von denen eine Packungsgrösse in der Spezialitätenliste (SL) des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV) aufgeführt ist.»
- b. Das Reglement ist gemäss Ziff. 1.2.2. *räumlich und persönlich* anwendbar auf die Verteilung der oben genannten Humanarzneimittel durch alle in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein niedergelassenen
 1. Pharma-Hersteller und -Importeure,
 2. Pharma-Grossisten (Anhang 2),
 3. öffentlichen Apotheken,
 4. Drogerien,
 5. Ärzte mit einer kantonalen Bewilligung zur Selbstdispensation (SD-Ärzte), und
 6. Ärzte in freier Praxis ohne kantonale Bewilligung zur Selbstdispensation.»
- c. Ziff. 2.1. Reglement enthält eine *Margen-* und Ziff. 2.2. eine *Rabattordnung*. Die Margenordnung regelt die zulässigen Höchstmargen und dazugehörigen Bedingungen für die einzelnen Vertriebsstufen. Die Rabattordnung regelt die Zulässigkeit von Rabatten und Vergünstigungen für die einzelnen Vertriebsstufen.

6. Die Margen- und Rabattordnung wirkt sich auf allen drei im Arzneimittelmarkt integrierten Stufen aus: a) Hersteller, b) Sanphar-Grossisten sowie c) Fachhandel/SD-Ärzte (vgl. Abb. 2, Ziff. 132). Gegenstand der kartellrechtlichen Prüfung sind folgende drei Bereiche aus der Margen- und Rabattordnung des Reglements:

- a. Die *Hersteller* gewähren gemäss Ziff. 2.1.1. lit. b Reglement den Sanphar-Grossisten gegenüber Rabatte ausschliesslich in einer Bandbreite von +/- 2 Prozentpunkten vom Fachhandelseinstandspreis (FEP).
- b. Für die *Sanphar-Grossisten* gelten gemäss Ziff. 2.1.1. lit. a Reglement die in Anhang 1a des Reglements festgelegten Margen. Die Sanphar-Grossisten können bei Lieferungen an nachgelagerte Stufen zwar Rabatte gewähren, die jedoch die Sanphar-Grossistenmarge nicht überschreiten dürfen (Anhang 2, Ziff. 2.3).
- c. Für den *Fachhandel* und die *SD-Ärzte* gelten ebenfalls die in Anhang 1 des Reglements festgelegten Margen (vgl. auch Ziff. 2.1.1. lit. a Reglement). Zur Kostendämpfung dürfen Apotheken und SD-Ärzte an Krankenkassen und Patienten Rabatte gewähren (Ziff. 2.2.1. Reglement).

Graphische Darstellung der maximalen Margen für ein Produkt der Pufferzone 3 mit Publikumshöchstpreis CHF 200.– (in kursiver Schrift) gemäss der Margenordnung in Ziff. 2.1. des Reglements (Vertrieb über Fachhandel).

Abbildung 1



* Rabatte der Sanphar-Grossisten bis zum Sanphar-Grossisten-Einstandspreis möglich

7. Die vom BSV festgelegten Publikumshöchstpreise und die Fachhandelseinstandspreise der der Marktordnung unterstellten Arzneimittel sind im Katalog der reglementierten pharmazeutischen Produkte und in seinen periodischen Nachträgen aufgeführt (Medwin-Katalog). Dieser Katalog wird von der Sanphar zweimal jährlich herausgegeben und den Verbandsmitgliedern kostenlos abgegeben.

A.3 Die SAV-Normen

8. Die Normen des Schweizerischen Apothekervereins (SAV-Normen) können in zwei Bereichen des Vertriebs von Medikamenten Anwendung finden, nämlich bei konfektionierten (Ziff. 9) sowie bei nicht konfektionierten (Ziff. 10) Medikamenten:

9. Gemäss den Erläuterungen zum Anhang 1 des Reglements gilt: *«Für die Produkte der IKS-Listen C/D, die der Selbstkontrolle nicht unterstehen, gilt weiterhin die alte Margenordnung (SAV-Normen). Siehe auch Erläuterungen zur Margenordnung.»* Dies bestätigt auch der SDV in seiner Eingabe vom 28. November 1998 (vgl. Ordner VI, act. 78, S. 3): *«[...] gelten für Medikamente, deren Margen nicht gemäss der Margenordnung berechnet werden [...] die Normen des SAV als unverbindliche*

Richtwerte». Die SAV-Normen können deshalb zur Berechnung derjenigen Arzneimittel angewendet werden, die nicht nach der Margenordnung der Sanphar berechnet werden.

10. Im Anschluss zum «Reglement über die Vignettierung» publiziert Sanphar die folgende Tabelle der SAV-Normen, die seit der Änderung der Bestimmungen der Sanphar von September 1998 neu als «*Kalkulationshilfe gelten und daher nicht verbindlich sind*».

Kategorien	Apothekermarge	Verkaufspreise
Rezeptur-spezialitäten ⁽¹⁾	– 45% v. Verkaufspreis	– Bei einem Verkaufspreis bis und mit Fr. 2.–
	– 40% v. Verkaufspreis	– Bei einem Verkaufspreis von Fr. 2.05 bis und mit 3.50
	– 37,5% v. Verkaufspreis	– Bei einem Verkaufspreis von Fr. 3.55 bis und mit Fr. 20.–
	– 33,3% v. Verkaufspreis	– Bei einem Verkaufspreis von Fr. 20.05 bis und mit Fr. 100.–
	– 30% v. Verkaufspreis	– Bei einem Verkaufspreis von Fr. 100.05 bis und mit Fr. 200.–
	– 28% v. Verkaufspreis	– Bei einem Verkaufspreis von Fr. 200.05 und mehr
Rein pharmazeutische Spezialitäten, deren Verkauf auf die Apotheken beschränkt ist ⁽²⁾	– 35% v. Verkaufspreis	– Bis zu einem Verkaufspreis von Fr. 20.–
	– 33,3% v. Verkaufspreis	– Bei einem Verkaufspreis von über Fr. 20.–
Spezialitäten, welche nicht nur in Apotheken verkauft werden dürfen ⁽³⁾	33,3% v. Verkaufspreis	
Diätetische Spezialitäten	30% v. Verkaufspreis	
Kindermehle	25% v. Verkaufspreis	

(1) Medikamente, die in der Apotheke auf Rezept eines Arztes zusammengestellt werden (Wirkstoffe der IKS-Kategorien A–C).

(2) Medikamente, die in der Apotheke zusammengestellt werden (Wirkstoffe der IKS-Kategorie C).

(3) Medikamente, die in der Apotheke oder Drogerie zusammengestellt werden (Wirkstoffe der IKS-Kategorie D)

11. Daraus ergibt sich, dass die SAV-Normen ebenfalls zur Berechnung der Margen und Preise von pharmazeutischen Spezialitäten (Eigenherstellung der Apotheken mit Wirkstoffen der Kategorien A, B, C, D oder E) verwendet werden können.

A.4

Die Grossistenbedingungen der Sanphar

12. Nach Ziff. 2.1.1. lit. b Reglement dürfen Hersteller ausschliesslich jenen Grossisten die Sanphar-Grossistenmarge gewähren, welche die in Anhang 2 zum Reglement enthaltenen Bedingungen für Sanphar-Grossisten erfüllen. Die Erlangung des Sanphar-Grossistenstatus setzt u.a. voraus:

- *Sortiment*: Der Grossist ist verpflichtet, ein Mindestsortiment zu halten.
- *Kundenkreis*: Der Grossist ist verpflichtet, eine grössere Anzahl von Abnehmern (Apotheker, Ärzte, Drogisten, Spitäler mit pharmazeutischer Betreuung, Heime mit pharmazeutischer Betreuung und gegebenenfalls andere zur Abgabe von Arzneimitteln an die Öffentlichkeit berechnete Personen) in einer oder mehreren Gegenden in der Schweiz zu beliefern.
- *Verkaufskonditionen*: Die Lieferkonditionen sollen eine rationelle Verteilung fördern und müssen wirtschaftlich vertretbar sein. Insbesondere wird dem Grossisten verboten, seine Produkte unter dem GP zu verkaufen.

13. Die Hersteller sind verpflichtet, nur den Sanphar-Grossisten die Sanphar-Grossistenmarge zu gewähren (vgl. Schreiben der Sanphar an ihre Mitglieder betreffend Grossistenstatus der Apotheke «Zur Rose» AG vom 22. April 1999, Ordner VII, act. 3). Daraus ergibt sich, dass Aussenseiter-Grossisten die vorteilhafteren Sanphar-Grossistenmargen nicht erhalten. Sie werden wie Fachhändler behandelt und erhalten die gleichen Margen wie diese, oder sie werden überhaupt nicht beliefert (vgl. auch die Eingabe Disposan vom 26. Juni 1998, Ordner III, act. 130, Frage 4).

In ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2000 (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 9) rügt Sanphar, dass die Aussage von Disposan nicht belegt sei. Dieser Einwand überzeugt nicht: Einmal hat Sanphar Einsicht in die Akten genommen und gleichwohl keinerlei Hinweise für eine gegenteilige Sachlage vorgebracht. Im Übrigen zeigt die Praxis, dass dem Reglement nachgelebt wird. Mit Schreiben vom 22. April 1999 betreffend Grossistenstatus der Apotheke «Zur Rose» AG (vgl. Ordner VII, act. 3) teilte Sanphar ihren Mitgliedern mit, dass der Apotheke «Zur Rose» AG von Sanphar kein Grossistenstatus zuerkannt worden sei. Dies kann vor dem Hintergrund von Ziff. 2.1.1. lit. b Reglement nur so verstanden werden, dass die Hersteller der Apotheke «Zur Rose» AG die Sanphar-Grossistenmarge nicht gewähren dürfen. Andernfalls wäre eine solche Information der Mitglieder unnötig gewesen. Zudem bestätigt Sanphar auf Seite 30 der zitierten Eingabe, dass «Aussenseiter-Grossisten nicht zu denselben Preiskonditionen beliefert werden wie Sanphar-Grossisten». Da vorliegend Letzteres – und nicht die Nichtbelieferung – entscheidend ist, besteht für die Wettbewerbskommission kein Grund, an der Richtigkeit der Aussage von Disposan zu zweifeln.

B. Verfahren

14. Die Kartellkommission hat im Januar 1995 eine Untersuchung über die öffentlich-rechtlichen und privaten Wettbewerbsbeschränkungen im Arzneimittelmarkt eröffnet. Mit dem Übergang zum neuen Kartellgesetz wurde die Untersuchung im Herbst 1997 sistiert und am 7. September 1998 per Verfügung eingestellt. Am 20. April 1998 wurde eine neue Untersuchung über den Vertrieb von Arzneimitteln eröffnet. Die Eröffnung dieser Untersuchung wurde gemäss Art. 28 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 23. April 1998 und im Bundesblatt vom 28. April 1998 (BBl 1998 III 2354) publiziert.

15. Zur Abklärung des Sachverhalts wurden Hersteller, Grossisten, Apotheken, Drogerien, Ärzte und deren Verbände sowie das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) und die Interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel (IKS) schriftlich befragt (vgl. Ordner V, act. 13).

16. Mit der Zustellung des ersten Verfügungsentwurfes am 30. September 1998 wurde den Parteien erstmals rechtliches Gehör gewährt (vgl. Ordner VI, act. 16). Zudem machten die Parteien während des Verfahrens wiederholt von ihrem Recht auf Akteneinsicht Gebrauch (vgl. Ordner VII, act. 13).

17. Am 14. März 2000 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission den Parteien den zweiten Verfügungsentwurf durch amtliche Publikation (BBl 2000, Nr. 10, S. 1360 f.) zur Stellungnahme zugestellt (vgl. Ordner VII, act. 65). Das Sekretariat hat zudem den ihm bekannten Parteien den ganzen Verfügungsentwurf samt Aktenverzeichnis am 3. März 2000 vorab zur Kenntnisnahme zugestellt. Den Parteien, die sich bereits zum ersten Verfügungsentwurf geäussert hatten, wurde die Möglichkeit eingeräumt, dem Sekretariat mitzuteilen, welche Beweisanträge der ersten Stellungnahme trotz der gewichtigen Änderungen gegenüber dem ersten Entwurf aufrechterhalten werden. Zugleich wurden die Parteien erneut auf ihr Akteneinsichtsrecht aufmerksam gemacht (vgl. Ordner VII, act. 67–70 f.)

18. Die Apotheke «Zur Rose» AG, Steckborn, hat auf eine Vernehmlassung zum Verfügungsentwurf verzichtet (vgl. Ordner VIII, act. 3). Zum Verfügungsantrag des Sekretariats haben sich innert erstreckter Frist folgende Parteien vernehmen lassen: Das Pharma Forum, der SDV, Sanphar und der VSSG (vgl. Ordner VIII, act. 26, 34, 37, 41). Auch der SAV reichte unter Verzicht auf eine Anfechtung der Zwischenverfügung vom 15. Mai 2000, mit welcher eine weitere Fristverlängerung abgelehnt wurde (Ordner VIII, act. 29), seine Stellungnahme am 22. Mai 2000 fristgerecht ein (vgl. Ordner VIII, act. 38).

19. Folgende Stellungnahmen sind nach Ablauf der Vernehmlassungsfrist beim Sekretariat eingegangen:

- Interpharma reichte die Stellungnahme, nachdem die Frist am 15. Mai 2000 abgelaufen war und das verspätet eingereichte Fristverlängerungsgesuch abgewiesen wurde (vgl. Ordner VIII, act. 33), am 22. Mai 2000 ein (Ordner VIII, act. 36).
- Die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) hat ihre Stellungnahme nach Ablauf der erstreckten Frist (Fristablauf: 15. Mai 2000) am 19. Mai 2000 ebenfalls verspätet eingereicht (Ordner VIII, act. 35).

20. Es wurden folgende Rechtsbegehren gestellt:

- SAV (vgl. Ordner VIII, act. 38, S. 1) beantragt die Einstellung der Untersuchung, ohne Kostenfolgen, eventualiter die Abnahme von Beweisen sowie Zeugeneinvernahmen.
- FMH (vgl. Ordner VIII, act. 35) beantragt die Einstellung der Untersuchung ohne Kostenfolge.
- Pharma Forum (vgl. Ordner VIII, act. 26, S. 14) beantragt die Einstellung des Verfahrens.
- Interpharma (vgl. Ordner VIII, act. 36, Ziff. 3b) beantragt die definitive Einstellung der Untersuchung, eventualiter eine Sistierung bis 21. Juni 2000.
- SDV (vgl. Ordner VIII, act. 34, S. 3) beantragt die Einstellung des Verfahrens, eventualiter eine Wiederholung der Untersuchung.
- Sanphar (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 45) beantragt die Einstellung des Verfahrens.
- VSSG (vgl. Ordner VIII, act. 41, S. 3) schliesst sich den Rechtsbegehren von Sanphar an.

C. Erwägungen

C.0.1 Einstellung oder Sistierung des Verfahrens

21. In ihren Stellungnahmen beantragen die Parteien, das Untersuchungsverfahren sei zu sistieren bzw. einzustellen.

- a. Ein Sistierungsentscheid (vorläufige Einstellung) eines hängigen Verwaltungsverfahrens vor der Wettbewerbskommission kommt namentlich dann in Betracht, wenn ihr Entscheid von einem anderen Entscheid oder Urteil abhängt oder wesentlich beeinflusst wird (BGE 123 II 3). Eine Sistierung kommt ferner in Frage, wenn eine Rechtsänderung bevorsteht, die für den Verfahrensausgang wesentlich ist (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, Vorbem. zu §§ 4–31, N 29). Die Wettbewerbskommission verfügt beim Entscheid über die Sistierung über ein erhebliches Ermessen.

Ein Abschreibungsbeschluss (definitive Einstellung) eines hängigen Verwaltungsverfahrens vor der Wettbewerbskommission kommt infolge Gegenstandslosigkeit in Betracht. Ein Verfahren wird namentlich dann gegenstandslos, wenn das Objekt wegfällt, um das sich das kartellrechtliche Untersuchungsverfahren dreht (vgl. Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rz 887; ferner Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 2 zu Art. 39 VRPG).

- b. Im Folgenden ist zu prüfen, ob Gründe für eine Sistierung oder Abschreibung vorliegen:
 1. Die Parteien begründen ihre Anträge zunächst damit, die Generalversammlung des Vereins «Sanphar» werde am 21. Juni 2000 den Entscheid «über die allfällige Aufhebung der Sanphar-Reglemente sowie über die allfällige Auflösung des Verbandes» fällen, mithin der kartellrechtlich relevante Sachverhalt geändert, möglicherweise dahinfallen würde.

Die beabsichtigte, aber in ihrem Umfang noch nicht absehbare Verhaltensänderung der beteiligten Parteien rechtfertigt keine (vorläufige oder definitive) Einstellung des Verfahrens. Zunächst räumt der SAV selbst ein, dass «zur Zeit noch keineswegs sicher ist, ob und wie weit die Generalversammlung von Sanphar am 21. Juni 2000 den Anträgen des Vorstandes» folgen wird (vgl. Ordner VIII, act. 22). Alsdann ist der Umstand, dass eine wie auch immer geartete Änderung des kartellrechtlichen Untersuchungsgegenstandes nach Zustellung des Verfügungsentwurfes zur Stellungnahme (Art. 30 Abs. 2 KG) von den Parteien ins Auge gefasst wird, grundsätzlich kein zureichender Grund für eine Sistierung oder Einstellung des Verfahrens. Das Gleiche gilt für das allgemein zugängliche Communiqué von Sanphar, wonach «der Verband zwar in der Versenkung verschwinden wird, dessen Aufgaben zum Teil aber weiter wahrgenommen werden» und «die bisherigen Dienstleistungen von einer selbstständigen, unternehmerisch geführten Organisation erbracht werden sollen» (Ordner VIII, act. 4). Selbst die beabsichtigte Auflösung des Vereins «Sanphar» ändert möglicherweise

nichts am kartellrechtlich relevanten Sachverhalt. Gründe für eine Sistierung oder Abschreibung sind daher nicht gegeben.

2. Schliesslich machen die Parteien geltend, ab 1. Januar 2001 werde die bestehende Margen- und Rabattordnung durch ein staatliches Abgeltungsmodell ersetzt.

Die Parteien verkennen zunächst, dass das neue Abgeltungsmodell ausschliesslich SL-Medikamente der IKS-Listen A und B betrifft. Dies hat denn auch der SAV in seiner Vernehmlassung zur Änderung der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV) zum Ausdruck gebracht (Ordner VIII, act. 44, S. 79). Für alle anderen Arzneimittel solle «wie bisher das alte Margensystem» (Ordner VIII, act. 44, S. 80) gelten. Bezeichnenderweise hat der SAV gerade diese Ausführungen im Verfahren vor der Wettbewerbskommission nicht ins Recht gelegt (Ordner VIII, act. 38, Beilage 2). Den Parteien ist zudem entgegenzuhalten, dass die Wettbewerbskommission ihre Entscheide «de lege lata» zu treffen hat. Sie darf nicht darauf abstellen, ob «de lege ferenda» ein bis anhin dem Wettbewerb überlassener Markt – wie z.B. derjenige des Vertriebs von Arzneimitteln – neu einer staatlichen Regulierung unterstellt wird. Es besteht schliesslich ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass marktumfassende Abreden – wie sie die Margen- und Rabattordnung der Sanphar darstellt – von der Wettbewerbskommission untersucht werden, soweit und solange der Vorbehalt in Art. 3 KG nicht greift (vgl. dazu C.1.3).

- c. Die Sistierungs- und Abschreibungsanträge sind somit abzuweisen.

C.0.2 Rechtzeitigkeit, Inhalt und Form der Stellungnahmen (Art. 30 Abs. 2 KG)

22. a. Nach Artikel 30 Abs. 2 KG können die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Hierfür setzt das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine – nach Massgabe von Art. 22 Abs. 2 VwVG erstreckbare – 30-tägige Frist ab Zustellung des Verfügungsentwurfes. Stellungnahmen müssen nach Art. 21 Abs. 1 VwVG spätestens am letzten Tage der Frist der Behörde eingereicht oder zu deren Händen der Schweizerischen Post übergeben werden. Gemäss Art. 32 Abs. 2 VwVG kann die Wettbewerbskommission verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, trotz der Verspätung berücksichtigen. Es versteht sich dabei von selbst, dass Eingaben, die nach dem Entscheid der Wettbewerbskommission beim Sekretariat eintreffen, nicht mehr berücksichtigt werden können.

- b. Vor dem Entscheid der Wettbewerbskommission sind folgende Stellungnahmen *verspätet* dem Sekretariat der Wettbewerbskommission eingereicht worden: Die Stellungnahme von Interpharma ist am 23. Mai 2000 (Ordner VIII, act. 36) und diejenige von der FMH am 22. Mai 2000 eingegangen (Ordner VIII, act. 35). Beide Eingaben werden nur insoweit berücksichtigt, als sie ausschlaggebende Parteivorbringen enthalten.

23. In zahlreichen Stellungnahmen wird – nebst eigenen Vorbringen – vollumfänglich auf frühere eigene (a) oder fremde (b) Stellungnahmen verwiesen.

a/aa. Nach Art. 30 Abs. 2 KG können die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Das Kartellgesetz äussert sich zwar nicht ausdrücklich zu Inhalt und Form der Stellungnahmen. Auf Grund der ratio legis von Art. 30 Abs. 2 KG liegt es aber auf der Hand, dass sich die Stellungnahmen der Parteien auf den in die Vernehmlassung geschickten Verfügungsentwurf beziehen muss und nicht auf frühere Entwürfe. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass die Integration früherer Stellungnahmen mittels einer globalen Verweisung nicht ausreicht. Vielmehr haben die Parteien ihre Eingaben derart zu substantiieren, dass die entscheidende Behörde in zumutbarer Weise namentlich Behauptungen und Beweisanträge behandeln kann. Diese Voraussetzung ist nur dann erfüllt, wenn die Verweisungen genügend spezifiziert werden.

/bb Im Lichte dieser Ausführungen können Stellungnahmen, die zum alten Verfügungsentwurf ins Recht gelegt wurden, nicht durch eine globale Verweisung (vgl. VSSG, Ordner VIII, act. 41, S. 3; SAV, Ordner VIII, act. 38, S. 1; FMH, Ordner VIII, act. 35, Ziff. 1) zum Bestandteil der Stellungnahme zum neuen, in sachlicher und rechtlicher Hinsicht erheblich überarbeiteten Verfügungsentwurf erklärt werden. Soweit die Parteien in ihren Stellungnahmen aber spezifische und nachvollziehbare Verweisungen vornehmen, werden diese berücksichtigt.

b. Der SAV (Ordner VIII, act. 38, S. 4) und der VSSG (Ordner VIII, act. 41, S. 3) schliessen sich vollumfänglich der Stellungnahme von Sanphar an. Die Wettbewerbskommission nimmt Stellungnahmen, soweit sie derartige Verweisungen enthalten, nicht als eigenständige Vernehmlassung der (verweisenden) Partei entgegen. Dieser Grundsatz ändert indes nichts am Umstand, dass die Wettbewerbskommission derartige Stellungnahmen im Ergebnis materiell, nämlich bei der Behandlung der Stellungnahme, auf die verwiesen wird, berücksichtigt.

C.0.3 Rechtliches Gehör

24. Die Stellungnahmen der Parteien enthalten streckenweise identische und wiederholte Rügen betreffend die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Soweit Parteien (vgl. VSSG, Ordner VIII, act. 41, S. 3 f.) allerdings im Rahmen ihrer Stellungnahmen pauschal eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügen, ohne diese Vorbringen aber in irgendeiner Form zu substantiieren, kann deren Begründetheit nicht überprüft werden. Im Folgenden geht es zunächst um eine allfällige unterlassene Abnahme von Beweisanträgen.

a. Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen. Bei der Erhebung und Abnahme von Beweisen, namentlich bei der Beurteilung der Tauglichkeit, stehen der Wettbewerbskommission und ihrem Sekretariat ein weiter Ermessensspielraum zu (BGE 113 Ia 429; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz 319). Auf weitere Beweisvorkehren kann auch dann verzichtet werden, wenn der Sachverhalt, den eine Partei beweisen will, nicht rechtserheblich ist, wenn bereits Feststehendes bewiesen werden soll, wenn von vornherein gewiss ist, dass der angebotene Beweis keine Abklärungen her-

beizuführen vermag, oder wenn die Behörde den Sachverhalt gestützt auf ihre eigene Sachkenntnis bzw. jene ihrer fachkundigen Beamten zu würdigen vermag (BGE 122 II 469). Erachtet die Wettbewerbskommission die rechts-erheblichen tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen als schlüssig, darf sie das Verfahren ohne Weiterungen abschliessen.

- b. Im Lichte dieser Grundsätze können Beweisanträge, die im Zusammenhang mit dem ersten Verfügungsentwurf stehen und keinen Bezug mehr zum vorliegenden Sachverhalt aufweisen, abgewiesen werden. Dies trifft namentlich auf folgende Beweisanträge zu:
- Beweisanträge betreffend die Bindung der Kollektivmitglieder und der Apotheker an die Bestimmungen der Sanphar (Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 24, 26 f., 33, 46, 48 und 53; Eingabe SAV vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 45, 72 und 75 f.): In der nun vorliegenden Verfügung finden sich keine diesbezüglichen Erwägungen mehr.
 - Die Befragung der IMS Health GmbH, Hergiswil, erübrigt sich (Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 69): In der nun vorliegenden Verfügung steht die Preisfestsetzung durch den Hersteller nicht mehr zur Beurteilung.
 - Eine Befragung der Abbott AG, Baar, der Roche Pharma (Schweiz) AG, Reinach, und der MSD Merck Sharp Dohme-Chibret AG, Glattbrugg (Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 35), erübrigt sich: Gegenstand der untersuchten Abrede auf Herstellerstufe ist nicht, ob die Hersteller möglicherweise von der Sanphar-Marge abweichen, sondern vielmehr, dass sie dies nur in einem Umfang von +/- 2% tun. Dasselbe gilt für den Beweisanspruch der Sanphar betreffend Befragung des BSV in Sachen Moduretic (vgl. Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 75).
 - Eine Befragung der Medirect AG (Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 31) erübrigt sich, weil diese zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr auf dem Markt tätig ist.
- c. Alsdann werden Beweisanträge, die für den vorliegenden Entscheid nicht erheblich sind, weil sie etwa nicht geeignet sind, das Beweisergebnis oder den Entscheid zu beeinflussen, abgewiesen. Dies trifft namentlich auf folgende Beweisanträge zu:
- Die Einholung des Amtsberichtes des BSV (Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 77) ist nicht notwendig: Die Aussage zum Preisniveau innerhalb von Therapiegruppen ist in der vorliegenden Verfügung nicht mehr rechtserheblich.
 - Von einer Befragung der Geschäftsleitung des Konkordates der Krankenkassen (Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 105) kann abgesehen werden. Die Abrede auf Stufe des Fachhandels beseitigt den Wettbewerb, womit keine Rechtfertigungsgründe bezüglich der Effizienz geltend gemacht werden können.
 - Eine Befragung von Dr. Chr. Robert, Kantonsapotheker Genf, betreffend Käufe im Ausland (Eingabe SAV vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 120) ist nicht erforderlich. Allfällige Erkenntnisse über ge-

wisse Käufe im Ausland würden nichts daran ändern, dass auch dem Fachhandel durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen verboten ist, direkt im Ausland einzukaufen.

- d. Schliesslich werden Beweisanträge gegenstandslos, weil sich die Wettbewerbskommission den Vorbringen der Parteien angeschlossen hat. Dies trifft namentlich auf folgende Beweisanträge zu:
 - Befragung P. Blanquet, Mitglied SAV, Eigentümer Groupe Capitol, betreffend Rabattgewährung (Eingabe SAV vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 44).
 - Befragung verantwortlicher Spartenleiter EPA Apotheke betreffend Rabattgewährung (Eingabe SAV vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 127).
 - Befragung bestimmter Apotheken (Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 30).
 - Befragung der MediService AG (Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 31 und Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 13).
25. Im Übrigen wird auch eine Verletzung von Mitwirkungsrechten bei der Einvernahme von Drittpersonen geltend gemacht.
 - a. Nach Art. 39 KG sind auf das Untersuchungsverfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Nach Massgabe von Art. 12 VwVG stellt die Wettbewerbsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls namentlich folgender Beweismittel: Auskünfte der Parteien sowie Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen. Holt die Wettbewerbsbehörde Auskünfte von Parteien oder Dritten (mit oder ohne Auskunftspflicht) ein, besteht kein Anspruch auf Parteiöffentlichkeit. Ein Teilnahmerecht der Parteien besteht bei Auskunftspersonen – im Unterschied zur Zeugeneinvernahme und zum Sachverständigengutachten – nicht. Bei Auskunftspersonen ist den aus dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch fließenden minimalen Verfahrensgarantien Genüge getan, wenn sich Einfluss- und Mitwirkungsmöglichkeit auch auf eine nachträgliche Stellungnahme beschränken (BGE 117 V 285). Im Verfahren vor der Wettbewerbskommission kann das rechtliche Gehör im Rahmen der Vernehmlassung nach Art. 30 Abs. 2 KG wahrgenommen werden.

Bei Auskünften von Drittpersonen verweist das VwVG ergänzend auf das Beweisrecht des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (Art. 19 VwVG). Danach können als Auskünfte von Privat- bzw. Drittpersonen grundsätzlich nur schriftliche Auskünfte gelten. Das Bundesgericht hat darüber hinaus entschieden, dass eine formlos eingeholte und in einer Aktennotiz festgehaltene mündliche bzw. telefonische Auskunft ein zulässiges und taugliches Beweismittel darstellt, soweit damit bloss Nebenpunkte, namentlich Indizien oder Hilfstatsachen, festgestellt werden (BGE 117 V 285).
 - b. Sanphar macht zunächst geltend (Ordner VIII, act. 37, S. 3), ihr rechtliches Gehör sei dadurch verletzt worden, dass die Wettbewerbsbehörde die Befragung der SWICA-Gesundheitszentren ohne ihre Mitwirkung vorgenommen habe. Die SWICA-Gesundheitszentren sind Akteure (mit Parteistellung) im relevanten Markt. Ihnen kommt damit keine Zeugenstellung zu, so dass die

von Art. 18 und 19 VwVG i.V.m. Art. 38 BZP vorgesehenen Verfahrensgrundsätze von vornherein nicht zur Anwendung kommen. Zudem waren die Fragen und Antworten seit langer Zeit in den Akten zugänglich. Sanphar hätte bei Bedarf die entsprechenden Ergänzungsfragen spätestens in der Stellungnahme vom 22. Mai 2000 formulieren können.

Die Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs ist somit unbegründet.

- c. Der Verein Sanphar rügt schliesslich (Ordner VIII, act. 37, S. 3), dass bei der Einholung der Auskunft von Herrn Dr. Widmer vom 28. Februar 2000 (Ordner VII, act. 60) seine Mitwirkungsrechte verletzt wurden. Dies trifft angesichts der oben erwähnten höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht zu. Die Zulässigkeit und Tauglichkeit des fraglichen Beweismittels steht nicht in Frage. Auch gelten vorliegend, da Herr Dr. Widmer als Auskunftsperson und nicht als Zeuge befragt wurde, nicht die in Art. 18 VwVG enthaltenen Mitwirkungsrechte. Das rechtliche Gehör ist mit der Stellungnahme nach Art. 30 Abs. 2 KG hinreichend gewährt. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsbehörde Untersuchungen kaum mehr durchführen könnte, wenn sie bei bzw. vor jeder Auskunftseinholung nach Massgabe von Art. 40 KG den beteiligten Parteien Mitwirkungsrechte, insbesondere das Recht auf Teilnahme, einräumen müsste. Schliesslich ist anzumerken, dass die Auskunft von Herrn Dr. Widmer Anhaltspunkte für eine Marktabgrenzung, wonach die Spitalapotheken nicht zum relevanten Markt auf Fachhandelsstufe gehören, enthält, die auch andere Beweismittel hergeben – wie etwa der Umstand, dass die Margen- und Rabattordnung von Sanphar nicht für die Spitalapotheken gilt.

Die Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs ist somit unbegründet.

C.1 Geltungsbereich

26.. Das Kartellgesetz (KG) gilt unter anderem für Unternehmen des privaten Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 KG).

C.1.1 Unternehmen

27. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager von Produkten oder Dienstleistungen auftreten (vgl. RPW 1999/2, S. 226, Ziff. 28). Die Hersteller, die Grossisten (mit oder ohne Grossistenstatus der Sanphar), die Apotheken, die Drogerien und die Ärzte sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

C.1.2 Wettbewerbsabreden

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

C.1.2.1 Die Margen- und Rabattordnung der Sanphar als Wettbewerbsabrede

29. Alle Stufen des Arzneimittelvertriebs sind entgegen den Auffassungen von Sanphar, des SAV und des Pharma Forums (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S.10; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 41 f.; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 4) in die Margen- und Rabattordnung der Sanphar eingebunden: Hersteller, Sanphar-Grossisten, Fachhandel und SD-Ärzte.

C.1.2.1.a Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede auf Herstellerstufe

30. Ziff. 2.1.1. lit. b Reglement sieht vor: *»Hersteller und Importeure sind bei der Belieferung von Pharma-Grossisten berechtigt, die Pharma-Grossistenmarge in einer Bandbreite von +/-2 Prozentpunkten (vom FEP) nach wirtschaftlichen Kriterien zu variieren«*. Im Falle von Zuwiderhandlungen gegen diese Bestimmung können die Hersteller vom Vorstand der Sanphar bzw. des von ihm eingesetzten Aufsichtsorgan sanktioniert werden (Ziff. 4 und 5 des Reglements über die Vignetttierung sowie Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 10). Gemäss Ziff. 4.2 dieses Reglements überwacht eine Treuhandgesellschaft das Verhalten der Einzelmitglieder der Sanphar, im vorliegenden Fall das der Hersteller. Für den Fall des Verstosses gegen das Reglement sind Verwarnungen sowie Bussen von bis zu CHF 100 000 vorgesehen.

31. Bei der in Frage stehenden Vereinbarung geht es nicht um gemeinsame Preisabreden betreffend konkurrierender Produkte, sondern um die Margenordnung für den Vertrieb von Medikamenten. Für die vorliegende Untersuchung kann deshalb offengelassen werden, ob alle Hersteller die Herstellerabgabepreise unter Wettbewerbsbedingungen festlegen oder ob ein – zumindest stillschweigendes – Parallelverhalten vorliegt (vgl. sinngemäss Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 11, 22, 24–28). Es werden nämlich ausschliesslich Abreden untersucht, die sich auf den *Vertrieb* von Medikamenten beziehen. Insofern sind die Vorbringen und Beweisanträge des SAV in der Stellungnahme vom 22. Mai 2000 (vgl. Ordner VIII, act. 38, S. 15 [Ziff. 7], 17 f. [Ziff. 1–3], 45, 57) unbehelflich, denn sie beziehen sich auf die Preisbildung für Medikamente als *Produkt* und nicht auf die Margenordnung für den *Vertrieb* der Medikamente. Dasselbe gilt auch für die Einwände von Sanphar in der Stellungnahme vom 22. Mai 2000 (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 11): Der Einwand, wonach ein Parallelverhalten der Hersteller gar nicht möglich sei, da der Publikumshöchstpreis seitens des BSV festgelegt wird, ist unbehelflich. Denn es geht um die Margenordnung für den Vertrieb und nicht um den vom BSV tatsächlich festgelegten Preis für das Medikament. Von dieser unzutreffenden Prämisse geht die Stellungnahme von Sanphar an mehreren Stellen aus (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 22, 24–28, 34). Es wird daher darauf verzichtet, an jeder entsprechenden Stelle der Verfügung auf diesen Einwand von neuem einzugehen. Dasselbe gilt auch für die Stellungnahme des Pharma Forum (vgl. Ordner VIII, act. 26, S. 7 f.).

32. Das Vorbringen von Sanphar (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 75), wonach es kartellrechtlich unbedenklich sei, wenn ein Lieferant gegenüber sämtlichen Grossisten den genau gleichen Preis zur Anwendung bringt, stösst ins Leere: Gegenstand der Untersuchung ist die Absprache zwischen

den Herstellern, wonach diese auf den von ihnen selbst festgelegten Herstellerabgabepreisen maximal +/-2% Rabatt an die Grossisten gewähren (Ziff. 2.1.1. lit. b Reglement), und nicht das Verhalten eines Herstellers bei der Festsetzung des Fabrikabgabepreises (Ziff. 31 sowie die Antworten der Hersteller auf Frage 8 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59). Diese horizontale Abrede der Hersteller schliesst individuelles, jederzeit veränderbares Verhalten eines einzelnen Herstellers aus und bewirkt damit eine Wettbewerbsbeschränkung, weshalb sie eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ist. Auf die Vorbringen von Sanphar und des SAV sowie den entsprechenden Beweisanträgen, die Grossisten bzw. Hersteller und Lieferanten zu befragen (vgl. Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 80; Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 11; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 17 f. [Ziff. 1–2], 45) ist deshalb nicht einzutreten.

33. Die Abrede der Hersteller wird durch die Abrede über die Sanphar-Grossistenbedingungen noch verstärkt. So schreibt Ziff. 2.1.1. Reglement vor, dass die Sanphar-Grossistenmargen nur gewährt werden, wenn die Sanphar-Grossisten bestimmte Kriterien erfüllen. Der Grossist wird überdies durch eine mögliche Variierung der Grossistenmarge um +/-2% veranlasst, das vollständige Sortiment eines Herstellers bzw. Importeurs zu führen, auch wenn er sich nur für ein einziges bestimmtes Medikament interessiert. Hinzu kommt, dass die meisten Hersteller und Importeure Mitglieder der Sanphar sind und somit die meisten der in der Schweiz hergestellten bzw. vertriebenen Medikamente der Marktordnung der Sanphar unterstellt sind (vgl. Antworten der Hersteller auf Frage 2 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59). Die Sanphar-Grossistenbedingungen führen somit entgegen der gegenteiligen Behauptung von Sanphar und des Pharma Forums (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 11; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 4) dazu, dass die Sanphar-Grossisten keine Möglichkeit haben, ihr Sortiment nach eigenem Gutdünken zusammenzustellen (vgl. Ziff. 12 f. und Ziff. 119). Ohne Grossistenbedingungen wäre es sehr wohl möglich, dass ein Grossist gewisse Medikamente nicht am Lager halten müsste. Diese Tatsache ist hinlänglich belegt, so dass sich eine erneute Befragung, wie sie Sanphar wiederholt beantragt, erübrigt.

C.1.2.1.b Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede auf Grossistenstufe

34. Ziff. 2.3. des Anhangs 2 zum Reglement sieht vor: *»Insbesondere dürfen die gewährten Rabatte die Pharma-Grossistenmargen – auch im Einzelfalle – nicht übersteigen.»* Die Gewährung von Rabatten ist zwar möglich (vgl. auch Eingabe VSSG vom 27. November 1998, Ordner VI, act. 76, S. 9). Sie wird aber eingeschränkt. Durch diese Einschränkung wird entgegen der Behauptung von Sanphar in ihrer Eingabe vom 22. Mai 2000, welche im Übrigen selbst einräumen muss, dass die Grossistenmarge *«sehr gering»* ist (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 12), ein Preisgestaltungselement als Wettbewerbsparameter über weite Strecken ausgeschaltet. Dies bewirkt eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung unter den Sanphar-Grossisten: Die Grossisten sind Unternehmen auf derselben Marktstufe und stehen miteinander im Wettbewerb.

35. Die Grossisten können von der Sanphar zwar nicht direkt angehalten werden, diese Bestimmung einzuhalten. Das System «Sanphar» bewirkt indes, dass sich die Sanphar-Grossisten an Ziff. 2.3. des Anhangs 2 zum Reglement halten:

- a. Die Hersteller gewähren den Sanphar-Grossisten gemäss Ziff. 2.1.1. lit. b Reglement die Sanphar-Grossistenmarge nur, wenn diese (d.h. die Sanphar-Grossisten) u.a. die Bestimmung über die Rabattgewährung erfüllen.
- b. Die Einhaltung der Bestimmungen über die Maximalrabatte ist ferner Voraussetzung für den Sanphar-Grossistenstatus (2.1.1. lit. b Reglement in Verbindung mit Anhang 2, Ziff. 2.3. und 2.8.).
- c. Schliesslich wird auch in den Grossistenbedingungen der Sanphar (Reglement, Anhang 2) unter der Ziff. 2.3 «Verkaufskonditionen» darauf hingewiesen, dass es dem Sanphar-Grossisten verboten ist, seine Produkte unter dem Sanphar-Grossisten-Einstandspreis zu verkaufen.

36. Dieses System hat zur Folge, dass sich die Sanphar-Grossisten an die Abrede halten (vgl. Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105; Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104; Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7; Eingabe Unione Farmaceutica SA vom 9. Juli 1998, Ordner V, act. 2; Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22). Die Eingabe von Sanphar anerkennt, dass die Abrede eingehalten wird und Rabatte lediglich innerhalb der Grossistenmarge gewährt werden. Sanphar behauptet jedoch, die Akteure würden sich auf Grund eines natürlichen Parallelverhaltens gleich verhalten, wie sie dies auf Grund der fraglichen Abrede tun (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 12). Dies ist nicht überzeugend und auch in keiner Weise belegt: Wenn die Behauptung den Tatsachen entsprechen würde, wäre es kaum notwendig gewesen, eine Margen- und Rabattordnung schriftlich zu verfassen und die Durchsetzung der Abreden mittels Sanktionen sicherzustellen. Die von Sanphar in diesem Zusammenhang gestellten Beweisanträge sind deshalb abzuweisen (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 12; Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 28; Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 83). Deren Gutheissung würde lediglich zu Hypothesen führen, denen ohnehin keine Beweiskraft zukommen könnte.

37. Dieses Zusammenwirken, welches eine Beschränkung des Wettbewerbs unter den Sanphar-Grossisten bezweckt, weil Preisgestaltungs-elemente als Wettbewerbsparameter weitgehend ausgeschaltet werden, stellt eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG dar.

C.1.2.1.c Das Vorliegen von Wettbewerbsabreden auf Stufe des Fachhandels und der SD-Ärzte

38. Ziff. 2.1.1. lit. a Reglement sieht vor: *»Für die Pharma-Grossisten, den Fachhandel (Apotheken und Drogerien) und für die SD-Ärzte gelten die im Anhang 1 festgelegten Margen. Die nach diesen Margen berechneten Arzt- und Fachhandels-einstandspreise werden in der Medwin-Datenbank aufgeführt.«*

39. Die Bestimmungen, welche die Fachhändler und die SD-Ärzte betreffen, sind horizontale Abreden in der Form von nicht erzwingbaren Vereinbarungen i.S.v. Art. 4 KG: Die Fachhändler und die SD-Ärzte befinden sich auf der gleichen Marktstufe. Ob sie untereinander im Wettbewerb stehen, kann aus den in Ziff. 136 ff. ge-

nannten Gründen offenbleiben (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 13; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 8, 43, 59 f., 62). Daher ist zu prüfen, ob der Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG sowohl in Bezug auf den «Fachhandel» wie auch in Bezug auf die «SD-Ärzte» erfüllt ist.

40. Die Untersuchung hat gezeigt, dass entsprechende Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen, da sich Fachhändler und SD-Ärzte an die Preisvorgabe, wie sie von der Sanphar vorgesehen wird, halten (vgl. statt vieler Eingabe Dr. med. Monika Maritz Mosimann vom 19. Juni 1998, Ordner III, act. 104; Eingabe Dr. med. Anselm Benz vom 25. Juni 1998, Ordner III, act. 107; Eingabe Dr. med. Werner Häfeli vom 10. Juni 1998, Ordner II, act. 83). Daran vermögen die nachfolgenden Einwände (vgl. Ziff. 41 bis 45) nichts zu ändern.

41. Der SAV macht wiederholt geltend, dass die eingeholten Stellungnahmen zwei Jahre alt und damit nicht mehr relevant seien; überdies sei die Repräsentanz der Stichprobe zweifelhaft. Infolgedessen müssten neue Befragungen durchgeführt werden (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 3, 10, 41, 43). Gleichzeitig bleibt der SAV aber jeglichen Hinweis schuldig, dass eine erneute Befragung des Fachhandels unter Verwendung einer anderen Stichprobe ein abweichendes Bild ergeben würde. Vielmehr bestätigt er indirekt die Einhaltung der Preisvorgabe von Sanphar, indem er verschiedentlich darauf hinweist, dass der Fachhandel sich allenfalls parallel verhält (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 12, 43 f., 56, 61 f.). Der mehrmalige Bezug auf ein – wenn auch nur allfälliges – Parallelverhalten lässt den Schluss zu, dass selbst dem SAV die Gleichförmigkeit der Preise im Fachhandel aufgefallen ist. Dass es sich dabei nicht um ein unbeabsichtigtes Parallelverhalten handelt, wird unter Ziff. 45 dargelegt.

42. Sanphar bringt in ihrer Eingabe vom 30. November 1998 (vgl. Ordner VI, act. 80, S. 28 und 92) vor, den Ärzten könne kein wettbewerbswidriges Verhalten vorgeworfen werden, weil diese von der Abrede zur Berechnung der Margen und Preise nichts gewusst hätten bzw. die Sanphar nicht kennen würden. Dieses Vorbringen ist unbehelflich: Auch ein Verhalten, das eine Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich bewirkt (auch wenn dies nicht gewollt war), erfüllt die Voraussetzungen einer Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. Pedrazzini/von Büren/Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, Nr. 993): Die Ärzte verrechnen die von ihnen abgegebenen Medikamente nach dem vom BSV festgelegten und auf den Packungen aufgedruckten Preis (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 14) und sie bezahlen für die eingekauften Medikamente den Publikumspreis abzüglich der gemäss Margenordnung für alle gültigen gleichen Marge (Anhang 1 zum Reglement). Damit wird der Preiswettbewerb beim Einkauf von Medikamenten – abgesehen von gewissen Rabatten – beseitigt. Ob die Ärzte realisieren, dass sie damit eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, ist unerheblich. Insofern ist auf den Beweisantrag von Sanphar, wonach die Ärzte erneut nach dem Bekanntheitsgrad der Sanphar-Bestimmungen und deren Inhalten zu befragen sind, nicht einzutreten (Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 13, 37). Unerheblich ist auch das entsprechende Vorbringen des Pharma Forums (Stellungnahme vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 4, 10 und 11).

43. Sanphar gibt in ihren Eingaben vom 30. November 1998 (Ordner VI, act. 80, S. 88 f.) und vom 22. Mai 2000 (Ordner VIII, act. 37, S. 14) weiter zu bedenken, dass seit der Aufhebung des Verpflichtungsscheines am 22. August 1997 (Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, act. 2, Beilage 22; Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, act. 11, Beilage 15; Eingabe SAV vom 30. November 1999, ohne Klassie-

zung, act. 9, Beilage 9) die auf den Packungen vermerkten Preise Höchstpreise darstellen, die durch Rabatte beliebig unterschritten werden können (Ziff. 2.2.1. lit. c Reglement). Die Margenordnung wird von Sanphar wie auch vom SAV (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, S. 102 und Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 11 f., 30, 41 f. und 44 f.) deshalb als unverbindliche Empfehlung bezeichnet. Gemäss dem SAV bestätigte auch der Präsident der Wettbewerbskommission, dass die Margenordnung von Sanphar heute nicht mehr verbindlich sei (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 11 f., 41 f. und Beilage 38). In seinem Beitrag «Wettbewerbspolitik 1999» (in: Die Volkswirtschaft – Magazin für Wirtschaftspolitik, 10/99) führt der Präsident der Wettbewerbskommission jedoch auf S. 23 sogleich weiter aus, dass für die kartellrechtliche Beurteilung nun untersucht werden müsse, ob die Margenordnung von Sanphar heute überwiegend eingehaltene Preisempfehlungen darstellte, welche *gleich wie Preisabreden zu beurteilen sind*. Entgegen der Auffassung des SAV bewirkt die Aufhebung der Verbindlichkeit somit nicht, dass die Sanphar-Reglemente heute eine *«weitaus geringere Bedeutung für das Marktgeschehen besitzen»* (Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 11). Preisempfehlungen – und dazu gehören auch Höchstpreisempfehlungen – fallen vielmehr wie rechtlich erzwingbare Preisabreden ebenfalls unter den Abredebegriff von Art. 4 Abs. 1 KG, sofern sie befolgt werden (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 213; VON BÜREN, Immobiliargüter- und Wettbewerbsrecht, S. 24 [vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 38]). Dazu genügt, dass die Empfehlung nur von einer kleinen Anzahl der Verbandsmitglieder befolgt wird. Wird die Preisempfehlung vom grössten Teil der auf dem betroffenen Markt tätigen Unternehmen befolgt, so fällt sie unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG (vgl. auch Service- und Reparaturleistungen an Öl-/Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen, RPW 1998/3, S. 382 ff.). Eine erzwingbare Vereinbarung zwischen den Fachhändlern und zwischen den SD-Ärzten, die Margenordnung nicht zu verletzen, ist somit auch nicht notwendig.

44. Vom SAV (Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 51, 57 ff.; Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 16 f., 62) wie auch von anderen Parteivertretern (vgl. z.B. Eingabe Interpharma, Ordner VIII, act. 36, S. 4 f.) wird wiederholt behauptet, dass der Preis auf dem Arzneimittelmarkt nicht der einzig relevante Wettbewerbsparameter sei. So könnten sich z.B. die Fachhändler und SD-Ärzte vermehrt mit Serviceparametern wie fachkundiger Beratung, kundengerechter Sortimente, effizientem Bestellwesen sowie Schaffung von attraktiven Verkaufsstellen einen Qualitäts- und Leistungswettbewerb liefern. Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass ein gewisser Qualitäts- und Leistungswettbewerb zwischen den Fachhändlern existiert. Entgegen den Ausführungen des Pharma Forums (Ordner VIII, act. 26, S. 5), des SAV (Ordner VIII, act. 38, S. 45) und von Sanphar (Ordner VIII, act. 37, S. 14) in deren Stellungnahmen vom 12. Mai 2000 bzw. 22. Mai 2000, wonach das Reglement über die Selbstkontrolle die Rabattgewährung von Apotheken und Ärzten an Krankenversicherer und Patienten ausdrücklich zulasse und sich aus der Aufhebung des Verpflichtungsscheins die Freiheit der Fachhändler, den Preis als Wettbewerbsparameter einzusetzen, ergebe, ist es den Fachhändlern nach wie vor verwehrt, den Preis als Wettbewerbsparameter einzusetzen: Die äusserst beschränkten Freiheiten im Rahmen der Rabattordnung sind nicht geeignet, im Fachhandel Preiswettbewerb zu bewirken. Die Möglichkeit der Rabattgewährung kann nicht gleichgesetzt werden mit der Freiheit, den Preis als Wettbewerbsparameter einzusetzen. Damit ist es den Fachhändlern nicht nur unmöglich,

Sonderaktionen und andere preisliche (Marketing-) Massnahmen durchzuführen, sondern auch, die oben erwähnten Serviceleistungen einzelbetrieblich mit einem entsprechenden Verkaufspreis abgelten zu lassen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass Serviceleistungen nicht in optimaler Weise angeboten werden bzw. dass der Leistungs- und Qualitätswettbewerb auf Grund des ausgeschalteten Preiswettbewerbs ebenfalls verzerrt ist. Aus Sicht des Patienten führt der fehlende Preiswettbewerb dazu, dass dieser keine Wahlentscheidung bezüglich Preis-/Leistungsmix eines Fachhändlers treffen kann.

45. Sanphar und der SAV machen in ihren Eingaben vom 22. Mai 2000 zusätzlich geltend, die bei der Abgabe von Medikamenten gleichförmigen Preise beim Fachhandel resultierten aus einem allfälligen Parallelverhalten, das wiederum rein auf gesetzliche und wirtschaftliche Gründe zurückzuführen sei (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 12, 14, 15, 33 und Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 12, 43 f., 56, 61 ff.). Die Behauptung der Parteien, es handle sich um Parallelverhalten, ist aus folgenden Gründen nicht überzeugend:

- a. Es ist zwar richtig, dass im Bereich der SL-Medikamente die Höchstpreise durch das BSV festgelegt und auf der Packung aufgedruckt werden (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 7, 22, 48 f.). Aus dieser Festsetzung des Publikums Höchstpreises durch das BSV lässt sich jedoch nicht ableiten, dass die Margen- und Rabattordnung von Sanphar unter dem Vorbehalt von Art. 3 KG fällt (vgl. Ziff. 54 f.).
- b. Im Weiteren steht fest, dass weder das IKV-Regulativ noch der vorgeschriebene Preisaufdruck eine staatliche Preisordnung begründen (vgl. Ziff. 52).
- c. Überdies wird pauschal behauptet, die Sanphar-Höchstmargen stellten denjenigen Betrag dar, der zur Deckung der Kosten für die Vertriebs- und Beratungsleistungen notwendig sei (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 30 ff.). Deshalb orientiere sich auch das BSV bei der Höchstpreisfestlegung daran. Dem ist einmal entgegenzuhalten, dass sowohl die Erläuterungen im Vernehmlassungsbericht des BSV zum Entwurf der Änderung der KVV (vgl. Ordner VIII, act. 44, S. 8) wie auch die Vernehmlassung des BSV zu den vorgeschlagenen Änderungen betreffend Arzneimittel vom 24. März 2000 (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 14, S. 3) feststellen, dass die heutige Margenordnung der Sanphar unerwünschte Anreize schafft, weil sie die Apotheker und Apothekerinnen sowie Ärztinnen und Ärzte für die Abgabe grosser Mengen und teurer Arzneimittel belohnt (vgl. Ziff. 54). Infolgedessen kann wohl kaum von betriebswirtschaftlich gerechtfertigten Höchstmargen gesprochen werden. Zudem wäre es kaum notwendig, eine Margen- und Rabattordnung zu verfassen, herauszugeben und deren Durchsetzung mittels Sanktionen sicherzustellen, wenn die Behauptung des SAV den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen würde.
- d. Der SAV behauptet, den Apothekern würde eine überdurchschnittliche Umsatz- bzw. Eigenkapitalrendite unterstellt (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 31, 33 f., 54). Zu beachten ist, dass das Vorliegen einer Kartellrendite nicht tatbestandsmässige Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ist. Demzufolge ist auch ein entsprechender Nachweis nicht notwendig.

- e. Die Parteien machen zudem geltend, der Fachhandel und die SD-Ärzte hätten kein Interesse an der Rabattgewährung (vgl. z.B. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 14, 23, 55). Der Preis eines Medikaments habe keinen Einfluss auf die Wahl des Patienten, einen bestimmten Arzt aufzusuchen. Der Patient suche den kompetentesten Arzt aus (vgl. Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 4). Diesen Behauptungen ist entgegenzuhalten, der Umstand, dass der von einem Arzt berechnete Preis eines Medikamentes nicht das zentrale Argument bei der Arztwahl darstellt, bedeute keineswegs, der Medikamentenpreis habe keinen Einfluss auf die Arztwahl. Das Argument, wonach kein Interesse an einer Rabattgewährung bestehe, da die Rabatte letztlich den Krankenversicherern zugute kommen und der Patient nicht davon profitieren könne, weshalb mit Rabatten kein Wettbewerbsvorteil zu erreichen sei, steht zudem im Widerspruch zu den Ausführungen der Parteien zur Stellung der Krankenkassen (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 20 f., 33; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 12). Die Krankenkassen können damit werben, wenn der Fachhandel ihnen Rabatte gewährt. Mittelfristig ist zudem damit zu rechnen, dass eine gegenüber dem vom BSV festgelegten Publikumshöchstpreis verbilligte Abgabe eines Medikamentes durch Ärzte zu einer Verbilligung der Krankenkassenprämien führt.
- f. Die vom SAV auf Seite 31 seiner Eingabe vom 22. Mai 2000 angeführten gesetzlichen Vorschriften sind ebenfalls nicht geeignet, ein Parallelverhalten des Fachhandels zu begründen (vgl. Ordner VIII, act. 38). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich aus diesen Bestimmungen z.B. eine Marge von 35,25% in Stufe 2 für alle Apotheken in der Schweiz, unabhängig von der Grösse der Apotheke, der Apothekendichte in einem bestimmten Gebiet oder andern Faktoren, ergeben sollte.
- g. Der SAV wie auch Interpharma verweisen schliesslich auf die 1. Trendstudie "Gesundheitsmonitor 99" des GfS-Forschungsinstituts (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 13 f. und Beilage 5 sowie Eingabe Interpharma vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 36, S. 2), wonach 80% der Stimmberechtigten für dasselbe Medikament überall in der Schweiz den gleichen Preis bezahlen wollen. Der SAV hat jedoch darauf verzichtet, die Studie vollständig, insbesondere inkl. Fragestellung, einzureichen, sodass die Aussagekraft dieser Studie in diesem Punkt nicht überprüft werden kann. Überdies beweist dieses Ergebnis nicht, dass 80% der Stimmberechtigten die von Sanphar festgelegten Margen bezahlen wollen. Demzufolge ist auch dieses Vorbringen unbehelflich.

46. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Publikation der Arzt- und Fachhandelseinstandspreise im Medwin-Katalog im Übrigen typisch ist für die Bemühung um Transparenz der Preise, was den meisten Kartellen eigen ist (vgl. OECD, Mini-Roundtable on Oligopoly, DAFPE/CLP[99]11, Paris, S. 12, Rz. 57).

C.1.2.2 Die SAV-Normen als Wettbewerbsabrede

47.. Die Hersteller, Grossisten und Fachhändler berechnen mittels der SAV-Normen die Publikumspreise derjenigen Medikamente, die nicht nach der Margenordnung

der Sanphar berechnet werden (vgl. Ziff. 9). Die SAV-Normen gründen auf einer rechtlich nicht erzwingbaren Vereinbarung.

48. Da sich Hersteller, Grossisten, Apotheken und Drogerien an die empfohlene Berechnung der Preise mittels der SAV-Normen halten (vgl. Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105, Frage 15 und Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22, Frage 15) und das Verhalten eine Beschränkung des Wettbewerbs unter den Marktteilnehmern bewirkt, weil der Preis bzw. einzelne Preisgestaltungselemente als Wettbewerbsparameter ausgeschaltet werden, sind die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG für die Annahme einer Wettbewerbsabrede erfüllt (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 213).

C.1.2.3 Die Grossistenbedingungen der Sanphar als Wettbewerbsabrede

49. Ziff. 2 des Anhangs 2 zum Reglement sieht vor:

- a. Ziff. 2.1.: *«Das Lagersortiment des Pharma-Grossisten umfasst alle in der Schweiz im Handel befindlichen pharmazeutischen Spezialitäten, zu deren Abgabe sein Kundenkreis berechtigt ist. Das Minimalsortiment besteht aus 10 000 Medikamenten der IKS-Listen A–D und der BAG-registrierten Medikamente wie Sera, Impfstoffe».* [...]
- b. Ziff. 2.2.: *«Die Pharma-Grossisten liefern das [...] Sortiment ab Eigenlager einer grösseren Anzahl von Abnehmern (Apotheker, Ärzte, Drogisten, Spitäler mit pharmazeutischer Betreuung, Heime mit pharmazeutischer Betreuung und gegebenenfalls andere zur Abgabe von Arzneimitteln an die Öffentlichkeit berechtigte Personen) in einer oder mehreren Regionen der Schweiz [...].»*
- c. Ziff. 2.3.: *«Die Lieferkonditionen sollen eine rationelle Verteilung fördern und müssen wirtschaftlich vertretbar sein. Insbesondere dürfen die gewährten Rabatte die Pharma-Grossistenmarge – auch im Einzelfall – nicht übersteigen».*

50. Diese Bestimmungen führen im Ergebnis dazu, dass sich die Sanphar-Grossisten verpflichten, gewisse Bedingungen bezüglich der Sortimentsbreite (Anhang 2, Ziff. 2.1.) und des Kundenkreises (Anhang 2, Ziff. 2.2.) zu erfüllen.

- a. Die Abklärungen haben gezeigt, dass sich die Sanphar-Grossisten an Ziff. 2 des Anhangs 2 zum Reglement halten (vgl. Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105; Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104; Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7; Eingabe Unione Farmaceutica SA vom 9. Juli 1998, Ordner V, act. 2; Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22). Das Erfordernis der *Abrede* ist somit erfüllt.
- b. Mit der Abrede werden gewisse Marketinginstrumente der an der Abrede beteiligten Grossisten als Wettbewerbsparameter ausgeschaltet. Die Abrede bezweckt eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung der Sanphar-Grossisten. Diese Abrede, gekoppelt mit der Verpflichtung der Hersteller, Grossisten, die sich nicht an diese Abrede halten, nicht oder zu schlechteren Konditionen zu beliefern, bewirkt im Ergebnis zudem, dass Konkurrenten (sog. «Aussenseiter-Grossisten») vom Markt ferngehalten werden. Damit sind die

Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG für die Annahme einer *Wettbewerbsabrede* erfüllt.

C.1.3 Vorbehaltene Vorschriften

51. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

C.1.3.1 Vorbehaltene Vorschriften im Bereich der Margen- und Rabattordnung der Sanphar und der SAV-Normen

C.1.3.1.a Preisvorschriften

52. Der SAV vertritt die Meinung (vgl. Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 26 und Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 7, 26 f., 47 f.), dass das IKV-Regulativ einen wesentlichen Einfluss auf die Preise der Nicht-SL-Medikamente hat. Die gesetzliche Pflicht des Herstellers, der IKS bei der Registrierung den Publikumspreis zu nennen und den Preis auf die Packung aufzudrucken, führe de facto zu einer Höchstpreisregel. Dem SAV ist nur insofern Recht zu geben, als in der Tat von Gesetzes wegen eine Preisanschreibepflicht besteht (vgl. Eingabe der IKS vom 13. September 1999, Ordner V, act. 13): Art. 10 ff. des IKV-Regulativs sieht bei der Registrierung vor, dass der Hersteller den Publikumspreis nennen muss. Überdies wird er verpflichtet, diesen Preis auf die Verpackung des Medikamentes aufzudrucken. Demgegenüber enthält das IKV-Regulativ keinerlei Bestimmungen über die Höhe oder die Zusammensetzung des Publikumspreises und legt somit weder einen Höchstpreis noch eine Marge fest. Dies bedeutet, dass der Hersteller den Preis für die Hors-Liste-Präparate – im Gegensatz zu den SL-Medikamenten – selbst festlegen kann. Auch der gesetzlich vorgesehene Preis aufdruck führt nicht zu einem gesetzlich festgelegten Preis. Der SAV bestätigt, dass der aufgedruckte Preis den Fachhändler nicht daran hindert, vom aufgedruckten Preis *gegen unten* abzuweichen, insbesondere durch Gewährung von Rabatten oder sonstigen Vorteilen (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 30). Was die *Überschreitung* des aufgedruckten Preises angeht, so führt der SAV selbst aus, dass der Apotheker die Medikamente – trotz vorgedrucktem Preis – grundsätzlich selbst *«auszeichnen»* kann (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 26, 48). Der Preis aufdruck und die behauptete *faktische* Unmöglichkeit der Apotheker, den aufgedruckten Preis zu überschreiten (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 15; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 5; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, 26, 48) begründen demzufolge nicht einmal eine staatliche *Höchstpreisordnung*.

53. Sanphar (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 57) und der SAV (vgl. Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 18 ff., 92 ff. und Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 49) vertreten die Meinung, dass in den vom BSV festgesetzten Preisen *für Medikamente der SL* eine *Abgeltung für den Medikamentenvertrieb durch Grossisten und Apotheken bzw. SD-*

Ärzten enthalten sei. Sie verweisen dabei auf Art. 67 KVV und Art. 30 ff. KLV. Gemäss Art. 41 ff. KVG hätten zudem die Apotheken und SD-Ärzte als Leistungserbringer Anrecht auf eine Entschädigung ihrer Tätigkeit im Rahmen des Publikumspreises. Dieser Einwand wird im Folgenden geprüft.

54. Art. 52 Abs. 1 lit. b KVG sieht vor, dass das BSV eine Spezialitätenliste mit Preisen erstellt. Abs. 3 dieses Artikels bestimmt, dass Arzneimittel den Krankenkassen höchstens nach den festgesetzten Preisen verrechnet werden dürfen. Es handelt sich also bei diesen Preisen um Publikumshöchstpreise (Art. 67 Abs. 1 KVV). In keiner der genannten gesetzlichen Bestimmungen wird den Grossisten, Apotheken und SD-Ärzten eine Abgeltung ihrer Leistungen im Vertrieb oder in der Abgabe von Arzneimitteln gewährleistet. KVG und KVV bestimmen diesbezüglich, dass bei der Preisfestlegung *»eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten«* angestrebt werden soll und dass dabei *»die Preisgestaltung im Ausland«* zu berücksichtigen sei (Art. 67 Abs. 1 KVV). Der Hinweis des SAV, dass in der geplanten KVV-KLV-Revision eine entsprechende Abgeltung geplant sei, die z.T. auf der bisherigen Margenordnung von Sanphar basiere (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 22, 49), ist unbehelflich. Zum einen ist darauf hinzuweisen, dass die Änderungen der KVV und der KLV noch nicht in Kraft sind und deshalb nicht berücksichtigt werden können. Zum anderen halten sowohl die Erläuterungen im Vernehmlassungsbericht des BSV zum Entwurf der Änderung der KVV (vgl. Ordner VIII, act. 44, S. 8) wie auch die Vernehmlassung des BSV zu den vorgeschlagenen Änderungen betreffend Arzneimittel vom 24. März 2000 (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 14, S. 3) fest, dass die heutige Margenordnung der Sanphar unerwünschte Anreize schafft, weil sie die Apotheker und Apothekerinnen sowie Ärztinnen und Ärzte für die Abgabe grosser Mengen und teurer Arzneimittel belohnt. Demzufolge kann wohl kaum behauptet werden, dass die Marktordnung von Sanphar nach dem Willen des Gesetzgebers die Leistungen der Grossisten, Apotheker und SD-Ärzte entschädigen soll.

55. Entgegen den Auffassungen von Sanphar und des Pharma Forums ergibt sich aus den oben erwähnten Bestimmungen, dass das BSV bei der Festlegung der Preise keine Margenordnung, sondern lediglich den Publikumshöchstpreis festlegt. Dass sich das BSV dabei auf die Margen- und Rabattordnung der Sanphar stützt (Eingabe BSV vom 17. Juli 1998, Ordner V; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 6; Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 4, 16 f.), ändert nichts daran, dass weder das KVG noch die KVV hinsichtlich der Margenordnung Vorschriften i.S.v. Art. 3 KG enthalten.

56. Der SAV behauptet (vgl. Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 27 ff. und Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 28 f., 50 f.), dass durch die gesetzlichen Regelungen betreffend die Margen im Bereich der SL-Medikamente Auswirkungen (sog. spill overs) auf die Preis- und Margenberechnung des Hors-Liste-Bereichs bestehen. Dem ist entgegenzuhalten, dass wie in den Ziff. 54 ff. dargelegt, keine gesetzlichen Bestimmungen zur Margen- und Preisfixierung für SL-Medikamente bestehen. Demzufolge können allenfalls vorhandene Auswirkungen auch keine gesetzlichen Bestimmungen für den Hors-Liste-Bereich begründen, weshalb sie für die Beurteilung der Marktordnung unerheblich sind.

57. Weder das übrige Bundes- noch das kantonale Recht sehen eine Margenfixierung im Arzneimittelmarkt vor. Diese Rechtslage wird von der IKS in ihrer Eingabe

vom 10. Juli 1998 (vgl. Ordner V, act. 13) bestätigt, wonach keine Vorschriften bestehen, die eine Margenfixierung begründen.

58. Der SAV (Eingabe vom 13. Mai 1998, act. 10, S. 22 ff.) und Sanphar (Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 57 ff.) vertreten ferner die Meinung, es entspreche *Gewohnheitsrecht*, dass das BSV die Margenordnung der Sanphar zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit sowie zur Feststellung der SL-Publikums-höchstpreise heranzieht.

59. Damit indessen Gewohnheitsrecht bestehen kann, bedarf es einer Lücke des geschriebenen Rechts (BGE 94 I 308 E. 2; 96 V 51 E. 4; 104 Ia 313; Grisel, Droit administratif suisse, S. 37 mit weiteren Hinweisen). Nach BGE 122 I 255 liegt eine Lücke dann vor, wenn das Gesetz auf eine sich stellende Frage überhaupt jede Antwort schuldig bleibt (echte Lücke) oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss (unechte Lücke; vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 271 zu Art. 1 ZGB).

60. Im vorliegenden Fall fehlen die zur Annahme einer Lücke erforderlichen Voraussetzungen, unabhängig davon, welcher Begriff der Lücke zu Grunde gelegt wird (echte oder auch unechte Lücke sowie planwidrige Unvollständigkeit; vgl. hiezu GRISEL, Droit administratif, S. 37 f.; BGE 94 I 308 E. 2). Die Parteien zeigen ein Bedürfnis, die vermeintliche Lücke zu füllen, auch nicht auf. Es liegt entgegen den Ausführungen der in Ziff. 58 genannten Parteien auf der Hand, dass der Gesetzgeber – unter Berücksichtigung der Artikel 52 KVG und 67 KVV – die Frage der Margenordnung (bis heute jedenfalls) keiner Regelung zuführen wollte. Es liegt mithin ein qualifiziertes Schweigen vor.

61. Im schweizerischen Recht ist überdies auf Grund der Wirtschaftsfreiheit die Preisfreiheit gewährleistet. Objektivrechtliche Margenordnungen können daher nicht gewohnheitsrechtlich, sondern nur gesetzlich entstehen. Entsprechende gesetzliche Regelungen bestehen keine.

C.1.3.1.b Rabattvorschriften

62. Soweit Bestimmungen zur Rabattgewährung in Frage stehen, muss zwischen Rabatten an den Fachhandel und Rabatten an die Patienten unterschieden werden.

C.1.3.1.b.1 Rabattgewährung an den Fachhandel und an die SD-Ärzte

63. Sanphar wendet bezüglich der Rabattgewährung an den Fachhandel und an die SD-Ärzte u.a. ein, Rabatte an Apotheken und SD-Ärzte seien auf Grund von Art. 19 Abs. 2 IKS-Werberichtlinien verboten, weshalb auch Rabatte von Herstellern an Grossisten nicht zulässig seien (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 54 und 79).

64. Art. 56 Abs. 3 KVG schreibt vor, dass der Leistungserbringer dem Schuldner der Vergütung die direkten oder indirekten Vergünstigungen weitergeben muss, die ihm ein anderer in seinem Auftrag tätiger Leistungserbringer gewährt oder die Personen oder Einrichtungen gewähren, welche Arzneimittel oder der Untersuchung oder Behandlung dienende Mittel oder Gegenstände liefern. Aus der Bestimmung ist

ersichtlich, dass Rabatte an Fachhändler zulässig sind (vgl. auch Eingabe VSSG vom 27. November 1998, Ordner VI, act. 76, S. 5). Sanphar, Pharma Forum und der SAV leiten aus dieser Norm ab, dass die vorgesehene Weitergabe von Vergünstigungen dem normalen Wettbewerbsverhalten widerspreche und der Leistungserbringer infolge dieser Vorschrift keinen Anreiz habe, Rabatte zu gewähren, da sein Kunde davon nicht profitiere und damit der Kaufentscheid nicht beeinflusst werde (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 9, 18, 19; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 4–6; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 23, 55). Diese Schlussfolgerung ist unzutreffend:

Art. 81 Abs. 3 EGV sieht mit der Verbraucherbeteiligung dasselbe vor wie Art. 56 Abs. 3 KVG. Es entspricht somit dem üblichen Verhalten bei wirksamem Wettbewerb, dass Vergünstigungen an die nachgelagerte Marktstufe weitergegeben werden. Die Behauptung von Sanphar auf Seite 19 der erwähnten Eingabe, wonach sich der Leistungserbringer *lieber* über andere Wettbewerbsparameter wie insbesondere die Leistung (von seinen Mitbewerbern) abhebt, ist nicht belegt und dürfte auch nicht der Realität entsprechen. Die Vergünstigungen im Bereich der Medikamentenabgabe sind ein einfach zu kommunizierendes und damit ein wirksames Mittel sich abzuheben. Zudem entspricht es dem üblichen Wettbewerbsverhalten, sich bei möglichst vielen Parametern von der Konkurrenz abzuheben.

65. Entgegen der Auffassung von Sanphar ändert Art. 19 Abs. 2 der IKS-Werbe-richtlinien, wonach *»den medizinischen Fachpersonen ... keine finanziellen oder materiellen Vorteile gewährt, angeboten oder versprochen werden [dürfen], es sei denn, sie seien von bescheidenem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang«*, nichts daran. In der Botschaft zum Entwurf zu einem Heilmittelgesetz vom 1. März 1999 (Botschaft HMG, BBl 1999 [Ordner III], S. 3453) erfahren die Vorschriften zur Rabattgewährung auf Fachhandelsstufe eine kartellrechtskonforme Auslegung: *»Art. 33 EHMG verbietet die Beeinflussung von Fachpersonen [...], welche Arzneimittel anwenden oder abgeben, durch geldwerte Vorteile, wie z.B. Superboni, Reisen, Einladungen, Geschenke, Gratismuster usw. Das Verbot ist beidseitig; solche Vorteile dürfen also weder gewährt noch gefordert werden. Es schliesst jedoch handelsübliche und betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Rabatte, die sich direkt auf den Preis auswirken, nicht aus. Preisvorteile müssen im wettbewerblichen Umfeld möglich sein. Im Arzneimittelmarkt sollen sie entweder dem selbstzahlenden Patienten direkt zugute kommen, oder aber sich indirekt (vgl. Art. 56 Abs. 3 KVG) – via Rabatte an die Krankenversicherer – in der Prämienhöhe niederschlagen.«* Die von Sanphar in ihrer Eingabe vom 30. November 1998 (vgl. Ordner VI, act. 80, S. 14, 96) beantragte Einvernahme des Direktors und Vizedirektors der IKS erübrigt sich deshalb.

C.1.3.1.b.2 Rabattgewährung an Patienten

66. Auf Bundesebene bestehen keine Vorschriften, die die Rabattgewährung an Patienten verbieten würden. Auf interkantonaler Ebene war bisher Art. 7 Abs. 2 des Regulativs über die Ausführung der Interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 25. Mai 1972 (IKV-Regulativ, Stand: November 1995) für die Rabattgewährung ausschlaggebend. Darin wurde das Gewähren, Anbieten oder Versprechen von finanziellen oder materiellen Vorteilen als unzulässig erklärt (diese Bestimmung war auf die Publikumswerbung für Arzneimittel der Kategorie E nicht

anwendbar). Art. 8 Abs. 1 lit. b der Richtlinien der IKS über die Heilmittelwerbung vom 23. November 1995 (IKS-Werberichtlinien) wiederholte den Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 IKV-Regulativ.

67. Auf Grund eines Entscheides des Bundesgerichts (BGE 123 I 207 f.) führt die IKS aus, die Umsetzung der obgenannten interkantonalen Vorschriften im kantonalen Recht stelle einen unverhältnismässigen Eingriff in die Handels- und Gewerbe-freiheit dar (vgl. Eingabe IKS vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 13). Im Nachgang zum höchstrichterlichen Urteil hat die IKS deshalb per 1. Januar 1998 die Werbebestimmungen geändert: Art. 7 Abs. 2 IKV-Regulativ wurde ersatzlos gestrichen und Art. 8 IKS-Werberichtlinien wurde insofern geändert, als nur noch aufdringliche und marktschreierische Werbung als unzulässig gilt. Daraus schliesst die IKS (Eingabe vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 13), dass die heute geltenden Vorschriften des IKV-Regulativs und der IKS-Werberichtlinien kein Rabattverbot zu begründen vermögen.

68. Art. 17 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel (IKV) schreibt vor, dass die Kantone ihre Erlasse an die Vereinbarung und die Vollzugsbestimmungen anzupassen haben. Somit müssen die noch in einigen Kantonen bestehenden Rabattierungsverbote (Luzern, Neuenburg, Schaffhausen, Schwyz und Zug) bzw. Verbote der Rabattierung als Werbemittel (Aargau und Appenzell) den Bestimmungen der IKS angepasst werden (vgl. auch Eingabe IKS vom 9. November 1999, Ordner VII, act. 24). Der SAV macht geltend, dass fünf Kantone ihre Gesetzgebung nach wie vor nicht geändert hätten. Zudem könne dem erwähnten Bundesgerichtsurteil im Fall "Ghalioungi" (BGE 123 I 201f.; Pra 1998 Nr. 18) gemäss den Angaben der IKS entnommen werden, dass das Bundesgericht die Frage offen liess, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verbot der Abgabe rabattierter Heilmittel vor der HGF standhalten könne. Demzufolge müssten die fünf Kantone mit Rabattverbot aus der Untersuchung ausgeschlossen werden (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 3, 8 f., 28, 52 ff., 56, 60 f.). Entgegen den Ausführungen des SAV kann jedoch dem Bundesgerichtsurteil bereits im Titel entnommen werden, dass sich das Bundesgericht sehr wohl mit der Frage beschäftigt hat, ob die Regelung des Kantons Genf gegen Art. 31 der alten Bundesverfassung verstösst. Dabei kam das Bundesgericht zum Schluss, dass das Rabattverbot des Kantons Genf, das mit Art. 7 Abs. 2 IKV-Regulativ identisch war, zwar einem öffentlichen Interesse entspricht, jedoch unverhältnismässig ist. Infolgedessen hob das Bundesgericht die entsprechende kantonale Bestimmung auf. Da die noch bestehenden kantonalen Rabattverbote alle auf Art. 7 Abs. 2 IKV-Regulativ basieren, steht somit fest, dass sie gegen die Bundesverfassung verstossen und somit nicht mehr durchsetzbar sind. Die Rabattgewährung ist deshalb ungeachtet der einzelnen, heute noch bestehenden kantonalen Regelungen zulässig. Die Behauptung des SAV (Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 51 und S. 65 ff.), wonach der von den Fachhändlern praktizierte Verzicht auf die Gewährung von Rabatten mit kantonalen Gesetzesbestimmungen im Einklang steht, ist gegenstandslos geworden, umso mehr als ohnehin nur noch wenige Kantone solche Rabattierungsverbote kennen. Eine Zeugenbefragung von Herrn M. Nyffeler, IKS, erübrigt sich somit (vgl. Eingabe SAV vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, S. 66, 116).

69. Der SAV behauptet (Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 65), dass Werbeverbote für gewisse Medikamente eine negative Auswirkung auf die Attraktivität der Rabattgewährung haben. Es ist zwar richtig, dass für SL-Pro-

dukte auf Grund von Art. 65 KVV sowie für rezeptpflichtige Medikamente, gestützt auf das IKV-Regulativ, ein Werbeverbot besteht (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 27, 53). Hingegen kann der Aussage, wonach die Rabattierung nur dann attraktiv sein kann, wenn die betreffenden Arzneimittel in der Publikumswerbung namentlich genannt werden können, nicht zugestimmt werden. Vielmehr hat der Apotheker auch die Möglichkeit, global auf Preisabschläge zu verweisen, ohne dabei einzelne Arzneimittel zu nennen. Das Argument des SAV ist somit widerlegt. Eine Zeugenbefragung von Frau Vetter, Rechtsdienst IKS, erübrigt sich deshalb ebenfalls (vgl. Eingabe SAV vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, S. 64).

70. Der SAV führt verschiedene Gesetzesbestimmungen auf (vgl. Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 54 ff.), welche die Apotheker angeblich daran hindern, Rabatte auf Medikamenten zu gewähren (z.B. Lagerhaltung zur Krisen- und Kriegsvorsorge, Mindestgrösse des Verkaufslokals, Tresor- oder Alarmsicherung bei Betäubungsmitteln u.ä.). Dabei handelt es sich durchwegs um gesundheitspolizeiliche Bestimmungen. Ähnliche Vorschriften gelten auch für zahlreiche andere Bereiche, ohne dass diese den Preiswettbewerb oder die Rabattgewährung beeinträchtigen würden. Die diesbezüglichen Ausführungen des SAV sind deshalb unbehelflich.

71. Der SAV behauptet im Weiteren (vgl. Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 96), dass auf Grund von Art. 56 Abs. 3 KVG sowie des Grundvertrages zwischen dem SAV und dem KSK ein Apotheker nicht dem Patienten direkt, sondern nur seinem Krankenversicherer Rabatte gewähren darf.

- a. Dies ist zunächst hinsichtlich aller Medikamente, die nicht auf der SL figurieren, unzutreffend (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 19).
- b. Soweit es um ärztlich verschriebene SL-Medikamente geht, wurde bereits (Ziff. 64 ff.) gezeigt, dass auf Grund der Bestimmungen im KVG Rabatte sehr wohl zulässig sind. Im Weiteren setzt der per 1999 gekündigte Grundvertrag zwischen dem SAV und dem KSK (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, Beilage 1), welcher mittels Übergangsvertrag vom 14. Januar 2000 mit Anpassungen bis 31. Dezember 2000 verlängert wurde (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 11, 14 f., 55, 65), lediglich die gesetzlichen Vorgaben um. Es wäre tatsächlich schwer nachvollziehbar, weshalb den Patienten und nicht den Krankenversicherern Rabatte gewährt werden, wenn die Rechnung durch die Krankenversicherer bezahlt wird.

72. Sanphar widerspricht dem in Ziff. 65 erwähnten Einwand im Übrigen selbst, wenn ausgeführt wird, dass jeder Sanphar-Grossist gegenüber dem Fachhandel seine eigenen Rabattabstufungen und Bedingungen zur Anwendung bringt (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 76). Hinzu kommt, dass es auch gemäss den Bestimmungen der Sanphar den Sanphar-Grossisten gestattet ist, gegenüber dem Fachhandel Rabatte bis zur Höhe des eigenen Einstandspreises zu gewähren (vgl. Ziff. 6 lit. b).

73. Aus diesen Überlegungen ist ersichtlich, dass keine geltenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zu Rabattvorschriften auf dem Arzneimittelmarkt mehr bestehen, die im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung

der im Sachverhalt geschilderten Rabattordnung der Sanphar oder des SAV im Wege stehen würden.

C.1.3.2 Vorbehaltene Vorschriften im Bereich der Grossistenbedingungen der Sanphar

74. Der VSSG trägt in seinen Eingaben (vgl. Eingabe vom 27. November 1998, Ordner VI, act. 76, S. 6 und Eingabe vom 24. Mai 2000, Ordner VIII, act. 41, S. 6) vor, es seien »nur wenige kartellrechtlich relevante Bestimmungen nicht durch öffentlich-rechtliche Erlasse abgedeckt«. Im Folgenden ist der Einwand vorbehaltener Vorschriften i.S.v. Art. 3 KG im Bereich der hier untersuchten Sanphar-Grossistenbedingungen zu prüfen.

75. Auf Bundesebene bestehen zur Zeit keine Regelungen, die den Status der Grossisten betreffen (vgl. Eingabe IKS vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 13; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 7; Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 21).

76. Auf kantonaler Ebene sind in allen Kantonen die Bestimmungen der IKS betreffend Grosshandel umgesetzt worden. Wer in einem Kanton mit Arzneimitteln Grosshandel treiben will, bedarf einer kantonalen Grosshandelsbewilligung, die auf Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie der IKS betreffend den Grosshandel mit Arzneimitteln vom 20. Mai 1976 (IKS-Grosshandelsrichtlinie) beruht. Diese beinhaltet gesundheitspolizeilich motivierte Anforderungen an das Personal, an Räume und Einrichtungen, an Eingangs- und Lagerkontrollen, an die Abgabe von Medikamenten (IKS-Nummer und Vignette auf der Packung) und an den Kundenkreis (Abgabe nur an berechtigte Personen oder Firmen). Diesbezüglich werden von den Kantonen die »EG-Richtlinie 92/25 vom 31. März 1992 über den Grosshandelsvertrieb von Humanarzneimitteln« und die darauf abgestützten »Leitlinien für eine gute Vertriebspraxis von Arzneimitteln (94/C 63/03)« als Interpretationshilfen eingesetzt (vgl. Eingabe VSSG vom 27. November 1998, Ordner VI, act. 76, S. 5 und Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7). Auf den Beweisantrag von Sanphar, wonach sämtliche kantonalen Gesundheitsdirektionen zur Kontrolle der Einhaltung der Grosshandelsbestimmungen zu befragen sind, ist deshalb nicht einzutreten (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 21 f.) Die IKS-Grosshandelsrichtlinie als auch die EG-Richtlinie 92/25 beinhalten wie erwähnt gesundheitspolizeiliche Bestimmungen, und entgegen der Auffassung von Sanphar (S. 42 f. der erwähnten Eingabe) nicht Grossistenbedingungen der Art, wie sie die Sanphar erlassen hat.

77. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich aus der IKS-Grosshandelsrichtlinie für die in den Grossistenbedingungen der Sanphar enthaltenen Regelungen hinsichtlich Sortimentsgrösse (Anhang 2, Ziff. 2.1) und Kundenkreis (Anhang 2 Ziff. 2.2) Vorschriften i.S.v. Art. 3 KG ableiten lassen. So wird mit der Definition des Kundenkreises nicht ein regionaler oder mengenmässiger Kundenkreis festgelegt. Vielmehr wird damit aus gesundheitspolizeilichen Motiven eine Eingrenzung der abgabeberechtigten Personen verfolgt (d.h. abhängig von der IKS-Kategorie eines Medikaments: Ärzte, Apotheken und Drogerien). Der diesbezügliche Beweisantrag des VSSG erübrigt sich somit (vgl. Eingabe vom 24. Mai 2000, Ordner VIII, act. 41, S. 6).

C.2 Beurteilung der Wettbewerbsabreden über die Margen- und Rabattordnung der Sanphar

78. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind 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, unzulässig. Um festzustellen, ob die Abrede eine erhebliche bzw. beseitigende Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

C.2.1 Die Wettbewerbsabrede auf Herstellerstufe

79. Die Wettbewerbsabrede auf Herstellerstufe besteht darin, dass die Hersteller und Importeure untereinander vereinbart haben, dass von der in der Margenordnung gemäss Anhang 1 (zum Reglement) festgelegten Pharma-Grossistenmarge nur in einer Bandbreite von +/-2% (vom FEP) abgewichen werden darf (vgl. Ziff. 2.1.1. lit. b Reglement).

C.2.1.1 Der relevante Markt

C.2.1.1.a Der sachlich relevante Markt

80. Der sachlich relevante Markt im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden umfasst – in sinngemässer Anwendung von Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) – alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (vgl. RPW 1999/2, S. 229, Ziff. 45 ff.).

81. Die Grossisten stellen grundsätzlich die Marktgegenseite der Hersteller dar (Ziff. 2.2.1. lit. a Reglement). Diese bestimmen ihre Nachfrage allerdings in Abhängigkeit der Bestellungen der Fachhändler und SD-Ärzte, die ihrerseits auf die Nachfrage und die Bedürfnisse der Patienten abstellen. Dass die Grossisten ihre Nachfrage in Abhängigkeit der Bestellungen von Akteuren nachgelagerter Marktstufen bestimmen, ändert – entgegen den Behauptungen von Sanphar, des Pharma Forums und des SAV – nichts an deren Eigenschaft als Marktgegenseite der Hersteller (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 11, 15, 23, 26, 28, 42; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 2, 7, 12; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 18). Um die Substituierbarkeit i.S.v. Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU zu ermitteln, muss die Austauschbarkeit auf Stufe der Patienten analysiert werden.

82. Es ist zwar möglich, dass sich Medikamente aus Sicht der Patienten teilweise nicht substituieren lassen: Für den Endnachfrager mag im konkreten Einzelfall ein Medikament auf Grund seiner spezifischen Eigenschaften (Indikation, Dosierung, Nebenwirkungen usw.) nicht oder nur schwer mit einem anderen austauschbar sein. Mit einem solchen Ansatz liesse sich aus Sicht der Patienten und davon abgeleitet auch aus Sicht der Fachhändler, SD-Ärzte und Grossisten der Markt in eine fast beliebig grosse Anzahl von Märkten und Teilmärkten aufteilen (Therapiegruppen, Therapieuntergruppen, einzelne Medikamente).

83. Auf eine dermassen disaggregierte Analyse kann aber verzichtet werden, weil die relevanten wettbewerblichen Auswirkungen der Margenordnung der Sanphar in jedem Teilmarkt gleich und branchenumfassend sind. Die Margenordnung bezieht sich auf den Vertrieb der von ihr erfassten Medikamente und macht – wie ein Blick auf die Tabellen in Anhang 1 (zum Reglement) zeigt – keine Unterschiede zwischen einzelnen Produkten, Therapiegruppen oder Therapieuntergruppen (vgl. Ziff. 31 und dazu auch Verfügung i.S. Sammelrevers für Musiknoten, RPW 3/97, S. 339, Ziff. 36 ff.).

84. Aus diesen Gründen umfasst der sachlich relevante Markt den Vertrieb der von der Margenordnung erfassten Medikamente (vgl. Ziff. 5).

C.2.1.1.b Der räumlich relevante Markt

85. Der räumlich relevante 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 sowie ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 338).

86. Die Grossisten als Marktgegenseite der Hersteller dürfen auf Grund der Bestimmungen der IKS (ausschliesslicher Verkauf von Medikamenten, die in der Schweiz durch die IKS registriert sind [Art. 12 Abs. 3 der IKS-Grosshandelsrichtlinie], Sitz-erfordernis für Hersteller- bzw. Vertriebsfirmen in der Schweiz [Art. 10 Abs. 1 IKV-Regulativ]) nur innerhalb der Schweiz Medikamente kaufen. Parallel- oder Reimporte sind zur Zeit somit unzulässig. Tatsächlich ist der Anteil der Medikamente, die von den Grossisten aus dem Ausland bezogen werden dürfen, praktisch bedeutungslos (vgl. Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7, Frage 5; Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105, Frage 5; Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104, Frage 5; Eingabe Unione Farmaceutica SA vom 9. Juli 1998, Ordner V, act. 2, Frage 5; Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22, Frage 5). Der räumlich relevante Markt geht daher nicht über das Gebiet der Schweiz hinaus.

87. Es bleibt die Frage, ob der räumlich relevante Markt weiter (d.h. regional oder lokal) einzuschränken sei. Hierbei ist jedoch anzumerken, dass eine Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes auf regionale oder lokale Märkte keinen Einfluss auf die Beurteilung haben wird: Da die meisten Hersteller Mitglieder der Sanphar sind, ist ein bedeutender Teil der in der Schweiz hergestellten bzw. vertriebenen Medikamente der Margenordnung unterstellt (vgl. Antworten auf Frage 2 des Fragebogens an Hersteller, Ordner VII, act. 59). Des Weiteren hat die Margenordnung ungeachtet der definitiven Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes immer die gleichen Auswirkungen. Aus diesem Grund kann im vorliegenden Fall auf eine lokale Marktabgrenzung verzichtet werden (vgl. den Entscheid der REKO, RPW 1998/4, S. 673 ff., Ziff. 4).

88. Der räumlich relevante Markt kann somit auf die Schweiz eingegrenzt werden.

C.2.1.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

C.2.1.2.a Vorliegen einer Preisabrede

89. Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird insbesondere bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG). Unter den Vermutungstatbestand fallen auch Abreden über Rabatte (Botschaft zum KG, Separatdruck, S. 100; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 311).

90. Im vorliegenden Fall ist vereinbart, dass die Hersteller und Importeure von der Pharma-Grossistenmarge nur in Form von Rabatten von +/-2% (vom Fachhandelseinstandspreis) abweichen. Diese Abrede führt zu einer Preisfestsetzung zwischen Unternehmen, die miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG). Durch die Festsetzung des Publikumshöchstpreises durch das BSV bei den Produkten der Spezialitätenliste ist der Preiswettbewerb insofern eingeschränkt, als nur eine Unterschreitung des Preises möglich ist. Der einmal vom BSV festgelegte Preis hat für eine gewisse Dauer Bestand. Gerade bei – für eine bestimmte Zeit – festgelegtem Publikumshöchstpreis und ebenfalls festgelegten Margen (vgl. Anhang 1 zum Reglement) können Preiskorrekturen in der Folge vor allem über Rabatte gewährt werden. Der Wettbewerb spielt in solchen Fällen über die Möglichkeit, Rabatte zu gewähren bzw. zu erzielen. Hersteller und Importeure können bei festgesetztem Publikumshöchstpreis und fester Marge nur noch über Rabatte zu Preiswettbewerb durch die Nachfrager gezwungen werden. Dieser Preiswettbewerb bzw. der Preisdruck auf die Hersteller wird durch die Rabattordnung horizontal ausgeschaltet.

C.2.1.2.b Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

91. Ist der Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfüllt, besteht die Rechtsfolge darin, dass eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede zu vermuten ist. Die Vermutung kann indes durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Innen- oder Aussenwettbewerb bestehen bleibt (RPW 1999/3, S. 455, Ziff. 61).

92. Soweit der *aktuelle und potenzielle Aussenwettbewerb* für die hier untersuchten Bereiche (vgl. Ziff. 6) in Frage steht, ist zwischen ausländischen (a) und inländischen (b) Aussenwettbewerbern zu unterscheiden.

- a. Ein aktueller Aussenwettbewerb durch *ausländische* Wettbewerber ist zunächst aus rechtlichen Gründen nicht möglich. Auf Grund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen sind Direktimporte von Arzneimitteln durch Grossisten – von wenigen Ausnahmen abgesehen – verboten. Die vorliegende Untersuchung hat ferner gezeigt, dass auch in tatsächlicher Hinsicht Direktimporte kaum getätigt werden (vgl. Ziff. 86). Es besteht somit kein Aussenwettbewerb durch Unternehmen aus dem Ausland auf dem relevanten Markt. Diese Tatsache vermag durch die Behauptung von Sanphar und des Pharma Forums, wonach ausländische Hersteller mit inländischen dauernd im Wettbewerb um neue Produkte stehen, nicht entkräftet zu werden (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 25; Eingabe Pharma

Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 8). Diese Argumentation geht einmal mehr von der falschen Prämisse aus, dass es um gemeinsame Preisabreden betreffend Produkte anstatt um die Gewährleistung der durch Abrede festgelegten Margen aller Marktpartner (Hersteller, Grossisten, Fachhändler und SD-Ärzte) geht (vgl. vorn, Ziff. 3.1), und ist daher unerheblich. Da nicht zu erwarten ist, dass das gesetzliche Verbot von Direktimporten in absehbarer Zukunft gelockert wird, ist ein potenzieller Aussenwettbewerb durch ausländische Hersteller nicht in Betracht zu ziehen.

- b. Es gibt in der Schweiz Hersteller, die nicht Mitglieder von Sanphar sind. Gemäss Angaben der Sanphar-Grossisten beträgt der Anteil der bei solchen Herstellern nachgefragten Produkte jedoch nur ca. 10% des Gesamtumsatzes (vgl. Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7, Frage 6 [ca. 10%, Arzneimittel von Merck Sharp & Dohme]; Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105, Frage 6 [Arzneimittel von Merck Sharp & Dohme]; Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104, Frage 6 [keine genauen Angaben] und Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22, Frage 6 [ca. 9%]). Trotz ihrer Nichtmitgliedschaft halten sich die wichtigeren Hersteller dennoch an die Margenordnung (vgl. z.B. Eingabe Medika AG vom 23. Juni 1998, Ordner III, act. 131 und Eingabe Helvepharm AG vom 29. Juni 1998, Ordner III, act. 85). Der entsprechende Prozentsatz beträgt also weniger als die oben erwähnten 10%. Es besteht somit *im Inland* kein ins Gewicht fallender aktueller Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt. Der von Sanphar zu dieser Ziffer vorgebrachte Einwand, die genannten Hersteller würden die Margenordnung nicht anwenden, weil sie hauptsächlich Generika herstellten, ist unbehelflich (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 25). Sanphar erkennt, dass es neben der generell gültigen Margenordnung eine besondere Margenordnung für Generika von Sanphar gibt, an welche sich die genannten Akteure halten (vgl. Anhang 1 lit. b zum Reglement).
- c. In Bezug auf den inländischen potenziellen Aussenwettbewerb ist festzuhalten, dass alle grossen und weltweit tätigen Pharma-Hersteller auf dem Schweizer Markt bereits anwesend sind und sich an der Abrede über die Margenordnung der Sanphar beteiligen. Die Frage, ob mit Marktzutritten durch neue, marktkräftige Anbieter, die sich nicht an die Bestimmungen der Sanphar halten würden, in den nächsten zwei bis drei Jahren zu rechnen ist, ist daher zu verneinen.
- d. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass auf dem relevanten Markt somit weder aktueller noch potenzieller Aussenwettbewerb besteht.

93. Bezüglich des *Innenwettbewerbs* ist festzustellen, dass fast jeder an der Abrede beteiligte Hersteller ein Medikament an jeden Grossisten zum jeweils gleichen Preis, d.h. unter Einhaltung der Margenordnung, verkauft (vgl. Antworten auf Frage 8 des Fragebogens an Hersteller, Ordner VII, act. 59). Diese Feststellung wird von Sanphar denn auch ausdrücklich bestätigt (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 79 und Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 25, wonach »die einzelnen Lieferanten den verschiedenen Grossisten in etwa gleiche Preise gewähren«). Sanphar präzisiert in der letzten Stellungnahme, dass »sich die Preise innerhalb einer Marge von +/-2% auf dem Fachhandelseinstandspreis bewegen« (Ordner VIII, act. 37, S. 26). Dies entspricht der Feststellung, wonach die Margenordnung strikte eingehalten wird. Die Ausschaltung eines Innenwettbewerbs

wird von Sanphar zudem aktiv verfolgt: Auf Grund von Art. 4 lit. b i.V.m. Art. 5 des Reglements über die Vignettierung werden Verstösse gegen die Bestimmungen der Sanphar geahndet (vgl. Ziff. 30). So sind in den vergangenen zwei Jahren Verwarnungen und Bussen bis zu CHF 25 000 gegen Mitglieder ausgesprochen worden (vgl. Eingabe Sanphar vom 19. November 1999, Ordner VII, act. 34, S. 2). Damit ist hinreichend dargelegt, dass die Hersteller die in Frage stehende Abrede über die Rabattgewährung einhalten. Ein Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt besteht somit nicht.

94. An dieser Einschätzung vermögen folgende Vorbringen nichts zu ändern:

- a. Der Einwand von Sanphar, wonach Innenwettbewerb in Form von Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt spiele, ist unbehelflich (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 26), da die vorliegende Untersuchung den Vertrieb von Medikamenten und nicht die Produkte selber zum Gegenstand hat (vgl. Ziff. 31).
- b. Im Weiteren erhebt der SAV den Vorwurf, bei der Beurteilung des aktuellen und potenziellen Aussen- und Innenwettbewerbs unter den Herstellern und Importeuren sei nicht berücksichtigt worden, dass «zahlreiche» Hersteller in der Zwischenzeit fusioniert hätten (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 10). Dabei handelt es sich um die folgenden drei Zusammenschlüsse: Hoechst Marion Roussel mit Rhône-Poulenc Rorer, Pfizer mit Warner Lambert und Glaxo Wellcome mit SmithKline Beecham. Den Ausführungen des SAV kann jedoch nicht entnommen werden, auf welche Wettbewerbssituation sich diese Fusionen allenfalls auswirken sollten (aktueller oder potenzieller Aussenwettbewerb, aktueller oder potenzieller Innenwettbewerb). Da alle sechs beteiligten Hersteller Mitglieder der Sanphar sind, dürften sich die Ausführungen des SAV auf den Innenwettbewerb beziehen. Welche Konsequenzen die Zusammenschlüsse jedoch auf den (aktuellen oder potenziellen) Innenwettbewerb haben sollten, legt der SAV nicht dar. Demzufolge ist seitens des SAV nicht belegt, dass die genannten Fusionen zur Folge haben oder allenfalls haben werden, dass sich die beteiligten Hersteller (in Zukunft) nicht mehr an die Abrede über die Rabattgewährung halten werden. Zu erwarten ist vielmehr, dass sich diesbezüglich nichts ändern wird. Denn die sechs Zusammenschlussparteien sind – wie oben erwähnt – bereits Mitglieder von Sanphar.
- c. Schliesslich macht der SAV geltend, dass selbst «Sanphar-Nichtmitglieder» die Nichteinhaltung der Margenordnung durch die Hersteller bestätigten (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 31). Dem ins Recht gelegten Schreiben der Drossapharm AG vom 27. August 1999 (Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 36) lässt sich jedoch nicht entnehmen, in welchem Zusammenhang die Drossapharm AG ihre Aussage machte; überdies werden die darin enthaltenen Ausführungen durch nichts belegt. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass eine einzige Mitteilung eines Aussenseiter-Grossisten die Einhaltung der Abrede betreffend Gewährung von Rabatten nicht zu widerlegen vermag.

95. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das gemeinsame Verhalten der Hersteller, einheitliche Regeln über die Rabattgewährung im Vertrieb anzuwenden, angesichts der verbindlichen Margenordnung eine Wettbewerbsbeseitigung bewirkt, die unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu subsumieren ist.

C.2.1.3 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung

96. Selbst wenn davon ausgegangen werden müsste, dass es sich bei der geprüften Abrede nicht um einen Fall von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG handelte oder sich die Vermutung umstossen liesse, zeigen die nachfolgenden Ausführungen, dass die Abrede mindestens zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt. Die Beurteilung der Erheblichkeit erfolgt gestützt auf quantitative sowie qualitative Kriterien (vgl. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. Mai 2000 i.S. «AFEC», Rz. 50, erscheint in: RPW 2000/2; Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 282 ff.).

C.2.1.3.a Qualitative Kriterien

97. Bezüglich des qualitativen Elementes ist festzuhalten, dass Ziff. 2.1.1. lit. b des Reglements die Festsetzung einer Preiskomponente darstellt. Die Hersteller können gegenüber den Sanphar-Grossisten vom Herstellerabgabepreis nur in einem Umfang von +/-2 Prozentpunkten (vom FEP) abweichen. Dies führt dazu, dass die Sanphar-Grossisten keinen Druck auf den Sanphar-Grossisten-Einstandspreis ausüben können; eine Preisveränderung in Abhängigkeit der Nachfrage ist kaum möglich und eine allfällige Nachfragemacht von einzelnen Sanphar-Grossisten wird von Beginn an beschränkt. Die Ausführungen des Pharma Forums in seiner Eingabe vom 12. Mai 2000, wonach der Preis beim Medikament im Gegensatz zu dessen Wirkungsweise nicht das entscheidende Kriterium darstelle, sind angesichts des Gegenstands der Untersuchung (vgl. Ziff. 31) und der Ausführungen in Ziff. 44 unbehelflich (vgl. Ordner VIII, act. 26, S. 7 f.). Sanphar macht einmal mehr natürliches Parallelverhalten geltend. Wie bereits in Ziff. 36 ausgeführt, wäre es nicht notwendig gewesen, eine Margen- und Rabattordnung zu verfassen, herauszugeben und deren Durchsetzung mittels Sanktionen sicherzustellen, wenn das praktizierte Verhalten auf natürliches Parallelverhalten zurückzuführen wäre. Sanphar wie auch der VSSG (vgl. Eingabe VSSG vom 27. November 1998, Ordner VI, act. 76, S. 7) machen geltend, es fehle der Anreiz, den Grossisten Rabatte zu gewähren, weil sie in Abhängigkeit des Fachhandels und der Patienten Medikamente nachfragten. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten. Ohne die Abreden, die Gegenstand dieser Untersuchung sind, wären die Grossisten, wie in andern Märkten, in der Lage, sich preislich zu profilieren und damit sehr wohl fähig, beim Hersteller den Anreiz zur Gewährung von Rabatten zu schaffen. Der Preis stellt einen Wettbewerbsparameter dar, der auf dem Markt eine wichtige Rolle spielt. Horizontale Preisabsprachen haben grundsätzlich negative Auswirkungen auf den Wettbewerb (RPW 1997/3, S. 334 ff.; RPW 1998/3, S. 382 ff.; RPW 1999/3, S. 441 ff.). Die Preisabrede auf Herstellerstufe erfüllt angesichts der vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG vorgenommenen Wertung die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung ohne weiteres.

C.2.1.3.b Quantitative Kriterien

98. Im Folgenden soll die Frage geprüft werden, ob die Abrede auch in quantitativer Hinsicht erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Bei der Prüfung, ob die aus einer Abrede resultierende Wettbewerbsbeeinträchtigung quantitativ erheblich

ist, wird namentlich auf die Anzahl der an der Abrede beteiligten Unternehmen und deren Marktanteile abgestellt. Die in Ziff. 91 ff. gemachten Ausführungen belegen, dass die Abrede mangels *aktuellen oder potenziellen Wettbewerbs* als branchenumfassend zu qualifizieren ist und damit auch in quantitativer Hinsicht erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.

99. Ein weiteres Kriterium bei der Prüfung der Intensität einer Wettbewerbsbeschränkung ist die *Stellung der Marktgegenseite* (RPW 1999/2, S. 231, Ziff. 58 ff.). In Bezug auf die Stellung der Marktgegenseite ist festzuhalten, dass die Sanphar-Grossisten auf Grund der Sortimentsbestimmungen der Grossistenbedingungen der Sanphar und der durch den Fachhandel und die SD-Ärzeschaft bestimmten Nachfrage keine Möglichkeit haben, bestimmte Medikamente auf Grund eigener Entschiede nicht am Lager zu halten. Sie haben daher keine Ausweichmöglichkeiten auf andere Hersteller. Somit besteht für sie de facto kaum Raum, die produktespezifischen Bestellmengen aktiv und gestaltend zu bestimmen und damit die Hersteller unter Druck zu setzen. Jedoch hätten auch Änderungen der Bestellmengen der Grossisten – mit Ausnahme der geringen Rabattmöglichkeit von +/-2% – keine Auswirkungen auf die Einstandspreise. Die Auffassung, dass der Grossist gegenüber dem Hersteller kaum Verhandlungsmacht besitzt, wird durch den SAV bestätigt (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 19).

100. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das gemeinsame Verhalten der Hersteller, einheitlich Regeln über die Rabattgewährung im Vertrieb anzuwenden, angesichts der verbindlichen Margenordnung eine Wettbewerbsbeschränkung gegenüber den Grossisten bewirkt, die gemäss Art. 5 Abs. 1 KG als erheblich zu qualifizieren ist.

C.2.1.4 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

101. Abreden, die den Wettbewerb erheblich beschränken, sind nach Massgabe von Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn diese u.a. 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 und gleichzeitig den beteiligten Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnen, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

102. Die Befragung (vgl. auch Beweisantrag der Sanphar in der Eingabe vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 41) der Hersteller hat ergeben, dass folgende Effizienzgründe vorgebracht wurden (Frage 13 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59):

- Erhöhung der Sicherheit für die Bevölkerung und Sicherung einer langfristigen Versorgung mit Basismedikamenten zu akzeptablen Preisen auch in randständigen Gebieten (vgl. z.B. Eingabe UPSA vom 16. Juli 1998, Ordner V, act. 30);
- Förderung der Forschung (vgl. z.B. Eingabe Orion Pharma vom 10. Juli 1998, Ordner V, act. 12);
- Optimierung der Vertriebskosten, des Distributionsprozesses und der Nutzung der Ressourcen (vgl. z.B. Eingabe Mepha Pharma vom 8. Juli 1998, Ordner IV, act. 91);

- Erhöhung der Transparenz (vgl. z.B. Eingabe Lundbeck vom 8. Juli 1998, Ordner IV, act. 90);
- Verhinderung von Preismissbrauch mit kostendämpfender Wirkung (vgl. Eingabe Janssen-Cilag vom 25. Juni 1998, Ordner IV, act. 20);
- Deckung der hohen Kosten und Risiken bei der Erforschung und Entwicklung neuer Arzneimittel (vgl. z.B. Eingabe Janssen-Cilag vom 25. Juni 1998, Ordner IV, act. 20);
- Sicherheit für die Pharmaindustrie (vgl. Eingabe Fresenius vom 24. Juni 1998, Ordner III, act. 116);
- Senkung der Vertriebskosten, da auf über die Höchstmarge hinausgehende Zahlungen oder andere geldwerte Leistungen an die verschreibenden Ärzte verzichtet wird (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 27);
- Senkung der Vertriebskosten dadurch, dass sich Fachhandel und Ärzte bei Beachtung der Margenordnung bei ihrer Tätigkeit nicht durch unsachliche Elemente wie besondere Vorteile und Margenüberlegungen leiten lassen, sondern ihre Auswahl auf die Elemente des therapeutischen Nutzens und der Nebenwirkungen stützen (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 27).

103. Keiner der behaupteten Effizienzgründe genügt indes der gesetzlichen Bestimmung von Art. 5 Abs. 2 KG. Im Einzelnen:

- a. Zunächst geht es bei zahlreichen vermeintlichen Effizienzgründen um struktur- oder versorgungspolitische Argumente, die von Art. 5 Abs. 2 KG nicht gedeckt werden. Dies trifft etwa auf die *«Erhöhung der Sicherheit für die Bevölkerung und Sicherung einer langfristigen Versorgung mit Basismedikamenten zu akzeptablen Preisen auch in randständigen Gebieten»* sowie auf die *«Sicherheit für die Pharmaindustrie»* zu. Die *«Verhinderung von Preismissbrauch mit kostendämpfender Wirkung»* sowie die beabsichtigte *«Deckung der hohen Kosten und Risiken bei der Erforschung und Entwicklung neuer Arzneimittel»* kommen von vornherein als Effizienzgründe nicht in Betracht.
- b. Bei den weiteren behaupteten Effizienzgründen wird von den Parteien nicht rechtsgenügend dargelegt und es ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, inwieweit die fragliche Abrede *notwendig* ist (Botschaft, S. 93), um die Ziele *«Förderung der Forschung»*, *«Optimierung der Vertriebskosten, des Distributionsprozesses und der Nutzung der Ressourcen»*, *«Erhöhung der Transparenz»* sowie *«Deckung der hohen Kosten und Risiken bei der Erforschung und Entwicklung neuer Arzneimittel»* zu erreichen. Zur Zielverwirklichung ist die Abrede über die Rabattgewährung teilweise ungeeignet (z.B. *«Erhöhung der Transparenz»*). In den anderen Fällen kann das Ziel auch durch weniger wettbewerbsbeschränkende Mittel erreicht werden (z.B. angebliche *«Förderung der Forschung»*).
- c. Der von Sanphar geltend gemachte Einwand, wonach die Vertriebskosten durch die Abrede gesenkt werden, da auf über die Höchstmarge hinausgehende Zahlungen oder andere geldwerte Leistungen an die verschreibenden Ärzte verzichtet wird, ist kein Effizienzgrund, sondern entspricht dem in Art. 19 Abs. 2 IKS-Werberichtlinien geforderten und in der Botschaft zum

Entwurf zu einem Heilmittelgesetz konkretisiertes Verhalten, wonach Fachpersonen nicht durch finanzielle oder materielle Vorteile beeinflusst werden dürfen, wobei handelsübliche und betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Rabatte, die sich direkt auf den Preis auswirken, selbstverständlich nicht betroffen sind. Der zweite von Sanphar vorgebrachte Einwand, wonach dank der Margen- und Rabattordnung unsachliche Motive nicht in die medizinische Dienstleistung einfließen, ist ebenfalls nicht als Effizienzgrund zu qualifizieren, sondern entspricht der pflichtgemässen Ausübung eines jeden Dienstleistungsberufes. Dass der SD-Arzt auch unter Berücksichtigung des Gewinns zwischen den Medikamenten auswählt, ist verständlich. Ohne Margenordnung würde er versuchen, seine Marge für das therapeutisch indizierte Medikament zu erhöhen. Diesen möglichen Druck auf die Erhöhung der Margen wollen die Hersteller mit der Margenordnung verhindern.

104. Es liegen im vorliegenden Fall somit keine Effizienzgründe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG vor. Bezeichnenderweise führen einige Hersteller denn auch ausdrücklich aus, dass Rechtfertigungsgründe für die Margenordnung der Sanphar auf Herstellerstufe nicht bestehen (vgl. Eingabe Streuli vom 24. Juni 1998, Ordner III, act. 129; Eingabe Pharmacie & Upjohn vom 25. Juni 1998, Ordner IV, act. 19 sowie Eingabe Schering vom 2. Juli 1998, Ordner III, act. 126). Soweit solche in Betracht gezogen werden könnten (Ziff. 102), sind sie nicht notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. a KG. Eine Befragung einer Auswahl von Produzenten und Importeuren zum Effizienzkriterium «Senkung der Vertriebskosten» – wie von Sanphar beantragt (vgl. Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 41) – erübrigt sich somit.

C.2.1.5 Ergebnis

105. Die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Hersteller, wonach auf die festgelegte Pharma-Grossistenmarge nur Rabatte in einem Rahmen von +/-2% des Fachhandelseinstandspreises erlaubt sind, beseitigt den wirksamen Wettbewerb (Art. 5 Abs. 1 KG). Selbst wenn eventualiter keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs angenommen wird, stellt die Abrede eine erhebliche Beseitigung des Wettbewerbs dar, welche sich nicht rechtfertigen lässt. Diese Wettbewerbsabrede auf Stufe der Hersteller ist daher unzulässig und darf nicht mehr praktiziert werden.

C.2.2 Die Wettbewerbsabrede auf Grossistenstufe

106. Die Wettbewerbsabrede auf Grossistenstufe besteht darin, dass die Sanphar-Grossisten nur Rabatte gewähren dürfen, die nicht grösser sind als ihre Grossistenmarge (vgl. Ziff. 2.2.2. Reglement, Ziff. 2.3. Anhang 2 zum Reglement).

C.2.2.1 Der relevante Markt

C.2.2.1.a Der sachlich relevante Markt

107. Die Überlegungen, die in Zusammenhang mit dem sachlich relevanten Markt auf Herstellerstufe angestellt wurden (Kapitel C.2.1.1.a), gelten sinngemäss auch für die Stufe der Grossisten. Die Marktgegenseite der Grossisten sind die Fachhändler

und SD-Ärzte. Deren Nachfrage wird letztlich von den Bedürfnissen des Patienten bestimmt. Aus Sicht des Patienten ist es möglich, dass sich einzelne Medikamente nicht substituieren lassen. Eine mögliche Eingrenzung des sachlich relevanten Marktes auf Teilmärkte (Therapiegruppen usw.) ist jedoch auch vorliegend nicht notwendig, weil die Auswirkungen der Abrede für den gesamten Markt dieselben und branchenumfassend sind.

108. Der sachlich relevante Markt umfasst somit den Vertrieb der durch die Grossisten verkauften Medikamente.

C.2.2.1.b Der räumlich relevante Markt

109. Bezüglich des räumlich relevanten Marktes gelten die gleichen Überlegungen, wie sie im Zusammenhang mit der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes auf Herstellerstufe angestellt wurden (vgl. Kapitel C.2.1.1.b). Insbesondere erstreckt sich die regionale Ausbreitung der Sanphar-Grossisten auf die ganze Schweiz. Nur Voigt AG beliefert ausschliesslich die Deutschschweiz (vgl. Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105, Frage 7; Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104, Frage 7; Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7, Frage 7; Eingabe Unione Farmaceutica SA vom 9. Juli 1998, Ordner V, act. 2, Frage 7; Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22, Frage 7). Der räumlich relevante Markt kann somit auch auf Grossistenstufe auf die Schweiz eingegrenzt werden.

110. Der relevante Markt umfasst somit den Vertrieb der in der Schweiz durch Grossisten verkauften Medikamente.

C.2.2.2 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung

C.2.2.2.a Qualitative Kriterien

111. Bezüglich des qualitativen Elementes ist festzuhalten, dass auch die Abrede auf Grossistenstufe die Festsetzung einer Preiskomponente darstellt. Auf Grund der Abrede können beispielsweise keine Aktionen durchgeführt werden, bei denen mittels Tiefpreispolitik die Nachfrage von anderen Grossisten auf sich selbst gelenkt werden könnte. Die Möglichkeit, ein Produkt zu einem Preis, der sich unter dem Einstandspreis befindet, verkaufen zu können, ist ein wichtiger Bestandteil bei Verkaufsaktionen eines jeden Unternehmens. So ist es z.B. bei der Lancierung eines neuen Produktes oder bei Lagerräumungen üblich, zu Preisen unter dem Einstandspreis anzubieten. Gerade bei Medikamenten, die strenge Vorschriften bezüglich der Verfalldaten haben, kann es angebracht sein, mittels Preisvorteilen den Verkauf einzelner Medikamente zu fördern, ohne natürlich die gesetzlichen Vorschriften zu verletzen. Dabei sind insbesondere die Bestimmungen zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG), insbesondere Art. 3 lit. f zu beachten. Der Verkauf von Produkten unter ihrem Einstandspreis kann somit sehr wohl effizient sein. Der Preis stellt, wie bereits unter Ziff. 97 hievore bei der Prüfung der Abrede auf Herstellerstufe erläutert, einen Wettbewerbsparameter dar, der auf dem Markt eine zentrale Rolle spielt (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz 301). Horizontale Preisabsprachen haben grundsätzlich negative Auswirkungen auf den Wettbewerb (RPW 1997/3, S. 334 ff.; RPW 1998/3, S. 382 ff.; RPW 1999/3,

S. 441 ff.). Die Abrede auf Grossistenstufe erfüllt somit ohne weiteres die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.

C.2.2.2.b Quantitative Kriterien

112. Im Folgenden soll die Frage geprüft werden, ob die Abrede auch in quantitativer Hinsicht erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Bei der Prüfung, ob die aus einer Abrede resultierende Wettbewerbsbeeinträchtigung quantitativ erheblich ist, wird analog der Prüfung auf Herstellerstufe auf die Anzahl der an der Abrede beteiligten Unternehmen und deren Marktanteile abgestellt. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob auch auf Grossistenstufe eine branchenumfassende Abrede vorliegt. Zu diesem Zwecke werden nachfolgend das Bestehen von aktuellem und potentiell Aussen- sowie Innenwettbewerb geprüft.

113. Soweit der *aktuelle und potentielle Aussenwettbewerb* in Frage stehen, ist zwischen ausländischen und inländischen Aussenwettbewerbern zu unterscheiden.

114. In Bezug auf den *aktuellen Aussenwettbewerb* aus dem *Ausland* ist festzuhalten, dass auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften der Fachhandel und die SD-Ärzte als Marktgegenseite keine Arzneimittel direkt bei ausländischen Grossisten oder Herstellern beziehen dürfen (vgl. Ziff. 86). Wie in der gleichen Ziffer dargelegt wird, finden solche sog. «Besorgungen» tatsächlich nur sehr selten statt. Da nicht zu erwarten ist, dass das gesetzliche Verbot von Direktimporten in absehbarer Zukunft gelockert wird, ist ein *potentieller Aussenwettbewerb* durch *ausländische* Hersteller und Grossisten nicht in Betracht zu ziehen. Diese Auffassung wird vom Pharma Forum in dessen Eingabe vom 12. Mai 2000 (vgl. Ordner VIII, act. 26, S. 9) bestätigt. Sanphar macht hingegen geltend, dass der Eintritt eines ausländischen Grossisten durchaus möglich sei und sich mit dem Übernahmekampf um *Amedis* angebahnt habe (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 29). Auch der SAV weist in seiner Stellungnahme vom 22. Mai 2000 auf die Übernahme von *Amedis* durch *Phoenix* sowie auf die Allianz zwischen *Galenica* und *Allied Uni-Chem* hin (vgl. Ordner VIII, act. 38, S. 10, 19). Hierzu ist anzumerken, dass durch das Zusammengehen eines ausländischen Grossisten mit einem inländischen Grossisten kein potenzieller Aussenwettbewerb aus dem Ausland entsteht. Vielmehr fassen die genannten europäischen Grossisten direkt Fuss in der Schweiz und werden somit über ihre schweizerischen Partner selbst zu Anbietern in der Schweiz. Die genannten Allianzen bzw. Übernahmen sind somit beim inländischen Wettbewerb näher zu prüfen (Ziff. 116, lit.c).

115. Es besteht somit kein aktueller und potenzieller Aussenwettbewerb aus dem Ausland auf dem relevanten Markt.

116. Fachhändler und SD-Ärzte können ihre Medikamente auch direkt bei *inländischen* (schweizerischen) Herstellern oder Grossisten, die nicht Mitglied der Sanphar sind, beziehen.

- a. Der VSSG beziffert in seiner Eingabe vom 27. November 1998 (vgl. Ordner VI, act. 76, S. 9) – allerdings ohne rechtsgenügenden Beweis – den Anteil der Medikamente, die durch den Fachhandel direkt beim Hersteller bezogen werden, ohne weitere Differenzierung (betr. Umsatz, Anzahl Packungen usw.) auf 20%. Die Auswertung der Fragebögen an die Hersteller (Antworten der Hersteller auf die Frage 11 des Fragebogens, Ordner VII,

act. 59) hat ergeben, dass der Anteil Direktlieferungen bedeutend kleiner ist als 20%. Während zwar kleinere Hersteller Direktlieferungen im Umfang von 15% bis 35% ihres Umsatzes tätigen, liegt der Anteil bei den grossen Pharma-Herstellern zwischen 0% und 3% ihres Umsatzes (vgl. Antworten der Hersteller auf Frage 11 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59). Daraus ergibt sich, dass die Direktbezüge beim Hersteller keinen wirksamen *aktuellen Aussenwettbewerb* im Inland zu begründen vermögen. Der FSAL bestätigt dies in seiner Eingabe vom 26. November 1999 (vgl. Ordner VII, act. 38): Fachhändler, SD-Ärzte und Grosshändler, die nicht Mitglieder der Sanphar sind, würden von den Herstellern und Importeuren in der Regel nicht beliefert. Wo dies ausnahmsweise vorkomme, seien entweder die Preiskonditionen bedeutend schlechter (Fachhandelspreis anstatt Grossistenpreis, vgl. auch Ziff. 2.2.1. lit. a Reglement) oder es würden die Regeln der Sanphar verletzt. Auch letzteres komme vor, werde aber von der Sanphar sanktioniert, wenn ihr Meldung erstattet würde. Es gibt zudem keine Anhaltspunkte dafür, dass sich in den nächsten zwei bis drei Jahren der Anteil der von den Herstellern getätigten Direktlieferungen derart verändern wird, dass von einem *potenziellen Aussenwettbewerb* gesprochen werden könnte. Im Gegenteil: Einige Hersteller haben geantwortet, dass die Tendenz der Direktlieferungen sinkend sei (vgl. Antworten der Hersteller auf Frage 11 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59).

- b. Die Fachhändler und SD-Ärzte können ihre Medikamente auch bei den Aussenseitergrossisten beziehen. Diese sind zwar als Kartellaussenseiter zu qualifizieren, können jedoch auf Grund der schlechten Konditionen (vgl. Ziff. 2.1.1. lit. b Reglement und oben lit. a), zu denen sie beliefert werden, keinen Druck auf die von der Sanphar anerkannten Grossisten ausüben. Sie haben somit kaum destabilisierende Wirkung auf die Abrede und können ebenfalls keinen wirksamen *aktuellen Aussenwettbewerb* begründen. Diese Würdigung vermag durch die pauschale und unbelegt gebliebene Behauptung des Pharma Forums und von Sanphar, wonach in letzter Zeit die Zahl der Aussenseiter-Grossisten bedeutend zugenommen habe, nicht widerlegt zu werden (vgl. Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 9 und Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 31, 32). Im Weiteren wird der von Sanphar gestellte Beweisantrag, wonach der Generalsekretär der Vereinigung FSAL in diesem Zusammenhang einzuvernehmen sei, weil unbehelflich, abgewiesen. Es bestehen keinerlei Hinweise dafür, dass der Generalsekretär der Vereinigung FSAL in einer mündlichen Befragung von seinen, dem Sekretariat bekannten, schriftlichen Ausführungen – etwa in den Schreiben vom 28. Oktober 1999 (Ordner VII, act. 18) sowie vom 17. April 2000 (Ordner VIII, act. 14) – abweichen wird. Bezüglich *potenziellen Aussenwettbewerbs* kann die Frage, ob mit Marktzutritten durch neue, marktkräftige Aussenseiter-Grossisten innert der nächsten zwei bis drei Jahre zu rechnen ist, verneint werden.
- c. Wie unter Ziff. 114 ausgeführt wurde, machen Sanphar und der SAV im Zusammenhang mit dem Wettbewerb unter den Grossisten überdies die Übernahme von *Amedis* durch *Phoenix* sowie die Allianz zwischen *Galenica* und *Allied UniChem* geltend (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 29 und Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 10, 19). Da jedoch sowohl *Amedis* wie auch *Galenica* Mitglieder der Sanphar sind, ergibt sich daraus keine Zunahme des *aktuellen Aussen-*

wettbewerbs; es ist vielmehr zu erwarten, dass sich der Einfluss der Marktordnung der Sanphar dadurch noch vergrössert. Der von Sanphar gestellte Beweisanspruch auf Befragung von Grossisten zu dieser Thematik ist daher unbehelflich.

117. Auf dem relevanten Markt besteht somit weder aktueller noch potentieller Aussenwettbewerb (im Inland).

118. Bezüglich *aktuellen Innenwettbewerbs* ist festzuhalten, dass sich alle Sanphar-Grossisten an die Abrede halten (vgl. Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105; Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104; Eingabe Galenica vom 10. Juli. 1998, act. 7; Eingabe Unione Farmaceutica SA vom 9. Juli 1998, Ordner V, act. 2; Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22). Dies zeigt sich insbesondere bei hochpreisigen Produkten: Hier können die Rabatte schnell die Beträge der Grossistenmargen übersteigen. Um dies zu verhindern, erhalten z.B. die Kunden der Galenica auf den Produkten der Preisklasse über CHF 500.– (Publikumspreis) keine Rationalisierungsrabatte (vgl. Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, act. 7, »Rationalisierungsrabatte übersteigen in keinem Fall die Grossistenmarge«.). In diesem Zusammenhang macht Sanphar – entgegen ihren sonstigen Ausführungen, wonach Rabatte tatsächlich nur innerhalb der Grossistenmarge gewährt werden (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, z.B. S. 11 f., 22) – geltend, dass die Margenordnung bereits heute von den Sanphar-Grossisten «nicht immer» eingehalten werde. Überdies seien die eingeholten Stellungnahmen zwei Jahre alt und damit nicht mehr relevant (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 31). Allerdings bleibt Sanphar jeglichen Hinweis schuldig, dass eine erneute Befragung der Grossisten tatsächlich ein abweichendes Bild ergeben würde. Selbst wenn jedoch der Behauptung von Sanphar Glauben geschenkt würde, so ist festzuhalten, dass ein gelegentliches Abweichen von der Margenordnung noch lange keinen aktuellen Innenwettbewerb bewirkt.

119. In Bezug auf den *potenziellen Innenwettbewerb* ist Folgendes festzustellen:

- a. Es ist nicht zu erwarten, dass sich in absehbarer Zeit ein Grossist in der Schweiz etablieren wird, der den Status eines Sanphar-Grossisten beibehält bzw. erhält, sich aber nicht an die Rabattbestimmungen der Sanphar hält. Ein solches Verhalten würde von den Herstellern mit schlechteren Einkaufskonditionen sanktioniert werden. Es ist jedoch wirtschaftlich gesehen für einen Grossisten notwendig, dass er von den Herstellern mindestens zu den gleichen Konditionen beliefert wird wie seine Mitkonkurrenten. Das in sich geschlossene System der Margenordnung in Verbindung mit den Sanphar-Grossistenbedingungen weiss gerade zu verhindern, dass Konkurrenz entsteht, die sich nicht an die Bestimmungen der Sanphar hält. Ein potenzieller Wettbewerber, der sich nicht an die Bestimmungen der Margenordnung hält, müsste somit immer mit der Gefahr leben, dass er aus der Sanphar ausgeschlossen wird bzw. nicht zu den gleichen Konditionen beliefert wird wie die übrigen Sanphar-Grossisten (Ziff. 2.1.1.b Reglement über die Selbstkontrolle).
- b. Gerade der langwierige Kampf der Apotheke «Zur Rose» AG um Aufnahme als Sanphar-Grossist belegt – entgegen den Ausführungen von Sanphar (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 32) – hinreichend, dass das System der Margenordnung in Verbindung mit den Sanphar-Grossistenbedingungen strikte durchgesetzt wird. Die Apotheke «Zur Rose» AG

wurde nämlich erst zugelassen, nachdem der Audit-Bericht der ATAG Ernst & Young Consulting vom 12. August 1999 (vgl. Schreiben der Apotheke «Zur Rose» AG vom 1. November 1999, Ordner VII, act. 20, Beilage 7 zu diesem Schreiben) bestätigte, dass die Apotheke «Zur Rose» AG sämtliche Sanphar-Rahmenbedingungen einhält, die Voraussetzung für die Gewährung der Grossistenmarge sind. Hierauf teilte Sanphar ihren Mitgliedern am 16. September 1999 den Sanphar-Grossistenstatus der Apotheke «Zur Rose» AG mit und bestätigte, dass diese somit zu den «üblichen» Grossisten-Konditionen beliefert werden könne (vgl. Schreiben der Apotheke «Zur Rose» AG vom 1. November 1999, Ordner VII, act. 20, beinhaltend in Beilage 9 besagtes Schreiben von Sanphar).

- c. An dieser Beurteilung vermögen weder die von Sanphar und dem SAV geltend gemachte Übernahme von *Amedis* durch *Phoenix* noch die vom SAV vorgebrachte Allianz zwischen *Galenica* und *Allied UniChem* etwas zu ändern (vgl. Ziff. 114 und 116 lit. c; Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 29 und Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 10, 19). In beiden Fällen bleibt nämlich unbewiesen, dass sich die beteiligten Sanphar-Mitglieder *Galenica* und *Amedis* in Zukunft nicht mehr an die Margenordnung halten werden.

120. Es besteht somit auch kein Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt.

121. Die Fachhändler und SD-Ärzte als *Marktgegenseite* kaufen bei den Grossisten einzeln ein. Einkaufskooperationen bestehen zum heutigen Zeitpunkt nur wenige. Dies bestätigt auch der FSAL in seiner Eingabe vom 26. November 1999 (vgl. Ordner VII, act. 34, S. 3). Die Marktgegenseite, d.h. der einzelne Fachhändler, hat keine Möglichkeit, im Alleingang Druck auf die Sanphar-Grossisten auszuüben, um zusätzlich zu den kartellistisch vereinbarten Margenmaxima weitere Rabatte zu erwirken. Daran vermag der Einwand des Pharma Forums und von Sanphar, wonach heute «verschiedenste» Einkaufskooperationen bestünden, nichts zu ändern (vgl. Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 10 und Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 32). Die von Sanphar genannten 11 Apothekengruppen lösen bereits erhebliche Zweifel an der Formulierung «verschiedenste» aus. Im Weiteren unterlässt es Sanphar darzulegen, wie sich diese Einkaufskooperationen zusammensetzen, wie viele Verkaufsstellen sie umfassen und dgl. mehr. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die genannten Apothekengruppen in Anbetracht der Gesamtzahl von ca. 2520 Verkaufsstellen (vgl. Ziff. 161) nicht ins Gewicht fallen. Schliesslich vermag Sanphar auch die Behauptung nicht zu belegen, dass in nächster Zeit mit der Bildung weiterer Einkaufskooperationen zu rechnen sei. Der Hinweis auf die Kooperation zwischen *Galenica* und *Coop*, welche die Eröffnung von 50 Apotheken vorsieht (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 32 und Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 19, 64), stellt lediglich ein Beispiel dar und verkennt, dass diese neue Einkaufskooperation erst geplant ist und überdies mit *Galenica* als Sanphar-Mitglied keine Gewähr dafür bietet, dass sie in Zukunft Druck auf die Grossisten ausüben wird (vgl. Ziff. 119 lit. c und 156).

122. Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Wettbewerbsabrede unter den Sanphar-Grossisten über die Gewährung von Rabatten (Ziff. 2.3. des Anhangs 2 zur Margenordnung) den Wettbewerb i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt.

C.2.2.3

Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

123. Es sind im vorliegenden Fall keine Gründe ersichtlich, die auf eine Effizienzerhöhung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG durch die in Frage stehende Abrede schliessen lassen.

124. Die diesbezüglichen Vorbringen der Parteien sind nicht überzeugend.

125. Unbestrittenermassen kann die Existenz eines Grossisten zur Erhöhung der Effizienz beitragen (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 18). Damit ist jedoch nicht gesagt, dass eine Abrede *zwischen* den Grossisten über die Gewährung von Rabatten effizienzsteigernd wirkt.

126. Galenica rechtfertigt ihre Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG damit, dass die Kunden der Sanphar-Grossisten nicht durch einzelne »Lockvogel«-Angebote gewonnen werden sollen (vgl. Eingabe vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7). Entscheidend seien die Konditionen über das ganze Einkaufsvolumen.

127. Hierbei handelt es sich um einen Teil der Geschäftspolitik der Galenica. Durch die Abrede wird jedoch diese Verkaufspolitik horizontal zwischen allen Sanphar-Grossisten festgelegt. Es ist nicht ersichtlich, dass dies eine effizienzfördernde Wirkung haben könnte.

128. Sanphar macht geltend, dass durch die Gewährung von Rabatten gar keine Kunden zu gewinnen seien. Deshalb werde ein Grossist auch ohne entsprechende Abrede keine Rabatte gewähren, die grösser seien als seine Bruttomarge (Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 32). Diese Behauptung widerspricht zum einen der in Ziff. 126 zitierten Auffassung von Galenica. Zum anderen handelt es sich dabei um eine Hypothese, die gerade durch die bestehende Abrede und damit mangels wirksamen Wettbewerbs unbewiesen bleibt.

129. Uhlmann-Eyraud und Sanphar weisen auf die Frage nach Effizienzgründen der Abrede darauf hin, dass es angesichts der mangelnden gesetzlichen Regelung im Arzneimittelmarkt notwendig sei, dass eine private Organisation sich um die entsprechenden Rahmenbedingungen kümmert, damit eine hohe Dienstleistungsqualität und die Sicherheit gewährleistet sei (vgl. Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105, Frage 23 und Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 32 f.). Auch das Argument des VSSG (vgl. Eingabe vom 24. Mai 2000, Ordner VIII, act. 41, S. 8) stösst in die gleiche Richtung: Erst die Grossistenbedingungen hätten eine Sicherstellung der Belieferung, eine schnelle Versorgung und eine hohe Lieferbereitschaft möglich gemacht. Für die Voigt AG und Sanphar garantiert die Grossistenmarge den Sanphar-Grossisten eine minimale Rendite, die notwendig ist, um die Aufgaben im Rahmen der lückenlosen Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten sicherzustellen (vgl. Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104, Frage 23 und Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 32 f.). Diesen Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass solche gesundheitspolitischen bzw. -polizeilichen Überlegungen keine Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG darstellen. Diesbezügliche Beweisanträge der Parteien (vgl. z.B. Eingabe VSSG vom 24. Mai 2000, Ordner VIII, act. 41, S. 8) erübrigen sich somit. Überdies ist es Sache des Gesetzgebers und nicht einer privaten Organisation, solche Aspekte des Arzneimittelmarktes entsprechend gesetzlich zu regeln.

130. Keiner der von den Parteien genannten Gründe genügt der gesetzlichen Bestimmung von Art. 5 Abs. 2 KG. Die erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs (vgl. Ziff. 122) ist daher nicht gerechtfertigt.

C.2.2.4 Ergebnis

131. Die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Grossisten, wonach Rabatte nicht grösser sein dürfen als die Sanphar-Grossistenmarge, beeinträchtigt den wirksamen Wettbewerb i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz liegt nicht vor. Die Abrede ist deshalb unzulässig und darf nicht mehr praktiziert werden.

C.2.3 Die Wettbewerbsabrede auf Stufe des Fachhandels und der SD-Ärzte

132. Die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Fachhändler und der SD-Ärzte besteht darin, dass ihre Höchstmargen durch die zwischen allen Marktpartnern vereinbarte Margenordnung in Prozenten des Publikumspreises oder in festen Frankenbeträgen fixiert sind (vgl. Abbildung 2). Eine Margenordnung gilt ebenfalls hinsichtlich der Generika (vgl. Abbildung 3). Vgl. dazu Ziff. 1a und b des Anhangs zum Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelmarkt:

Generell gültige Margenordnung gemäss Ziff. 1a des Anhangs zum Reglement

Abbildung 2

Stufe	Preisklasse in Fr.	Anteil Hersteller in % vom PP	Margen			
			Grosshandel in %		Fachhandel in % vom PP	SD-Arzt in % vom PP
			vom FEP	vom PP		
1	0.00-19.95	53.125 %	15 %	9.375 %	37.5 %	33 %
PZ 1	20.00-21.25	Fr. 10.63-11.88	Fr. 1.87		Fr. 7.50	Fr. 6.60
2	21.30-99.95	55.847 %	13.75 %	8.903 %	35.25 %	30.5 %
PZ 2	100.00-113.70	Fr. 55.85-69.55	Fr. 8.90		Fr. 35.25	Fr. 30.50
3	113.75-199.95	60.720 %	12 %	8.28 %	31 %	26.5 %
PZ 3	200.00-229.60	Fr. 121.44-151.04	Fr. 16.56		Fr. 62.00	Fr. 53.00
4	229.65-299.95	64.97 %	11 %	8.03 %	27 %	23.5 %
PZ 4	300.00-352.15	Fr. 194.91-247.06	Fr. 24.09		Fr. 81.00	Fr. 70.50
5	352.20-399.95	68.915 %	10.5 %	8.085 %	23 %	19.5 %
PZ 5	400.00-484.20	Fr. 275.66-359.86	Fr. 32.34		Fr. 92.00	Fr. 78.00
6	484.25-499.95	72.9 %	10 %	8.1 %	19 %	15.5 %
PZ 6	500.00-633.35	Fr. 364.50-497.85	Fr. 40.50		Fr. 95.00	Fr. 77.50
7	633.40 und mehr	> 76.925 %	Fr. 51.00		Fr. 95.00	Fr. 77.50

Innerhalb der Pufferzone (PZ) werden für Grosshandel, Fachhandel und SD-Ärzte Fixbeträge an Stelle der sonst üblichen prozentualen Margensätze eingesetzt.

Besondere Margenordnung für Generika gemäss Ziff. 1b des Anhangs zum Reglement.

Abbildung 3

Stufe	Preisklasse in Fr.	Anteil Hersteller in % vom PP	Margen			
			Grosshandel in %		Fachhandel in % vom PP	SD-Arzt in % vom PP
			vom FEP	vom PP		
1	0.00-19.95	46.325 %	15 %	8.175 %	45.5 %	41 %
PZ 1	20.00-21.55	Fr. 9.26-10.81	Fr. 1.64		Fr. 9.10	Fr. 8.20
2	21.60-99.95	49.809 %	13.75 %	7.941 %	42.25 %	37.5 %
PZ 2	100.00-114.20	Fr. 49.81-64.01	Fr. 7.94		Fr. 42.25	Fr. 37.50
3	114.25-199.95	55.44 %	12 %	7.56 %	37 %	32.5 %
4	200.00 und mehr	60.52 %	11 %	7.48 %	32 %	Fr. 28.5

Innerhalb der Pufferzone (PZ) werden für Grosshandel, Fachhandel und SD-Ärzte Fixbeträge an Stelle der sonst üblichen prozentualen Margensätze eingesetzt.

Auf keinen Fall darf die Grossistenmarge höher als Fr. 51.00, die Fachhandelsmarge höher als Fr. 95.00 und die SD-Arztmarge höher als Fr. 77.50 sein.

133. Im Anschluss an die beiden Margenordnungen von Anhang 1 wird unter dem Titel «Begriffsbeschreibungen» erwähnt, dass für alle Generika, die der besonderen Margenordnung für Generika nicht unterstellt sind, «*selbstverständlich die generell gültige Margenordnung*» gilt.

C.2.3.1 Der relevante Markt

C.2.3.1.a Der sachlich relevante Markt

134. Die Überlegungen, die im Zusammenhang mit dem sachlich relevanten Markt auf Herstellerstufe hinsichtlich der Produkteigenschaften angestellt wurden (Kapitel C.2.1.1.a), gelten sinngemäss auch für die Stufe der Fachhändler und SD-Ärzte. Die Patienten bilden die Marktgegenseite. Diese beziehen beim SD-Arzt auf Grund seiner Diagnose bzw. bei der Apotheke Medikamente. Aus Sicht des Patienten ist es möglich, dass sich einzelne Medikamente nicht substituieren lassen. Eine mögliche Eingrenzung des sachlich relevanten Marktes auf Teilmärkte (Therapiegruppen usw.) ist jedoch vorliegend nicht notwendig, weil die Auswirkungen der den Vertrieb und nicht die Produkte betreffenden Abrede für den gesamten Markt dieselben und branchenumfassend sind (vgl. Ziff. 31 und 82 f.).

135. Weil es für einen Patienten nicht möglich ist, Medikamente in einer Spital-Apotheke zu beziehen, wenn er nicht gleichzeitig dort als Patient stationiert ist, gehören die Spitalapotheken nicht zum gleichen sachlich relevanten Markt wie die ambulante Medikamentenabgabe bei SD-Ärzten bzw. bei Apotheken und Drogerien (vgl. Aussage von Herrn Dr. Widmer vom 28. Februar 2000, Ordner VII, act. 60). Sowohl Sanphar wie auch der SAV behaupten, dass die Spitalapotheken bzw. die Spitäler trotzdem als Konkurrenten zu den Apotheken im ambulanten Bereich auftreten (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 34 f und

Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 57 f.). Sanphar stellt deshalb den Antrag auf Befragung der Spitalapotheker verschiedener Spitäler (vgl. Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 14 und 96; Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 11). Überdies verletze die telefonische Befragung von Herrn Dr. Widmer, Chefapotheker am Inselspital Bern «*in flagranter Weise*» das rechtliche Gehör von Sanphar (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 34 f.). All diesen Vorbringen ist Folgendes entgegenzuhalten:

- a. Bezüglich der Frage, inwiefern die Parteien berechtigt sind, bei einer telefonischen Auskunft Parteirechte wahrzunehmen, wird auf Ziff. 25 lit. c verwiesen.
- b. Selbst wenn jedoch die Auskunft von Herrn Dr. Widmer unter Verletzung der Parteirechte eingeholt worden wäre, so ist zu berücksichtigen, dass dessen Angaben durch andere Aktenstücke und vor allem auch durch die Beweismittel der Parteien bestätigt werden (vgl. nachfolgend Buchstabe c bis e. Demzufolge ist die telefonische Auskunft von Herrn Dr. Widmer für die Beurteilung der Frage, ob Spitalapotheken den Fachhandel konkurrieren, nicht ausschlaggebend und die entsprechende Telefonnotiz könnte somit auch aus den Akten verwiesen werden.
- c. Gemäss der fraglichen telefonischen Auskunft von Herrn Dr. Widmer können Passanten mit Rezept die entsprechenden Medikamente nicht in Spitalapotheken beziehen. Dem widersprechen grundsätzlich weder Sanphar noch der SAV. Insbesondere Sanphar macht jedoch geltend, dass die Spitalapotheken Medikamente an Patienten in ambulanter Behandlung abgeben. Demzufolge seien sie den SD-Ärzten gleichzusetzen und wie diese dem relevanten Markt zuzurechnen (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 35). Dem ist entgegenzuhalten, dass die Frage, ob die SD-Ärzte dem relevanten Markt zugerechnet werden können, in der vorliegenden Verfügung offen gelassen wird (vgl. Ziff. 136 ff.). Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Patienten als Marktgegenseite die Spitalapotheken nicht als Konkurrenten zum Fachhandel wahrnehmen. In der vom SAV ins Recht gelegten 1. Trendstudie «Gesundheitsmonitor 99» des GfS-Forschungsinstituts (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 5, S. 85) wird festgehalten, dass Arzt und Apotheker nach wie vor die Stellen sind, die am ehesten in Frage kommen, wenn es um den Bezug von Medikamenten geht. Diese Einschätzung ist auf die Tatsache zurückzuführen, dass bei den Spitälern – im Gegensatz zum Arzt – das Schwergewicht auf der stationären Behandlung liegt. Demzufolge erfolgt auch die Abgabe von Medikamenten an ambulante Patienten nur ausnahmsweise und stellt in der Regel die Folge einer vorangegangenen stationären Behandlung dar. Dies bestätigt einmal die Vernehmlassung des BSV zu den vorgeschlagenen Änderungen betreffend Arzneimittel vom 24. März 2000 (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 14). Darin wird ausdrücklich festgehalten, dass die Spitäler die Arzneimittel vor allem stationär und nur *gelegentlich* ambulant abgeben. Im Weiteren führt auch das Inselspital Bern in seinem Schreiben an die Pharmacie Internationale Interlaken vom 23. November 1999 aus, dass den Patienten beim Austritt grundsätzlich nur Medikamente für die ersten ein bis zwei Tage nach Hause mitgegeben werden (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beila-

ge 42). Auch aus der Stellungnahme des Kantons St. Gallen an das Eidgenössische Departement des Innern geht hervor, dass vor allem *individuelle Spezialzubereitungen* (wie gebrauchsfertige Zytostatikazubereitungen oder totale parenterale Ernährung von Spitalapotheken) für ambulante Patientinnen und Patienten abgegeben werden (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 43). Schliesslich lässt auch der Briefwechsel zwischen der Pharmacie Internationale Interlaken und dem Inselspital Bern denselben Schluss zu (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 41 und 42). Zum einen kann diesen Schreiben nicht entnommen werden, ob es sich dabei um eine rein ambulante Behandlung handelt, der keine stationäre vorangegangen ist. Zum anderen stellt diese Behandlung mit Wachstumshormonen eine Spezialbehandlung dar, die nicht ohne weiteres Rückschlüsse für sonstige ambulante Behandlungen zulässt.

- d. Im Schreiben der «H+ Die Spitäler der Schweiz» vom 10. November 1998 wird festgehalten, dass den Spitalapotheken die Erteilung einer Konkordatsnummer durch das KSK verweigert wird, womit die Spitalapotheken von einem aktiven Wettbewerb im Medikamentenmarkt ausgeschlossen werden (vgl. Ordner VI, act. 60, S. 5). Sanphar und der SAV machen nun unter Verweis auf den Jahresbericht 1999 der Gesellschaft schweizerischer Amts- und Spitalapotheker vom April 2000 (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 40) geltend, dass diese Aussage relativiert worden sei (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 34 und Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 58). Wie jedoch dem erwähnten Jahresbericht entnommen werden kann, werden auch hier im Zusammenhang mit der ambulanten Behandlung nur die Spezialfälle wie die parenterale Ernährung zu Hause erwähnt. Für diese Fälle erhalten die Spitalapotheken die Konkordatsnummer zudem nur auf Anfrage, was ebenfalls belegt, dass die ambulante Behandlung den Ausnahmefall darstellt. Unter solchen Umständen kann nicht gesagt werden, dass die Spitalapotheker aktiv am Wettbewerb im Medikamentenmarkt teilnehmen.
- e. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass das Reglement über die Selbstkontrolle die Spitalapotheken nicht in den Anwendungsbereich der Margen- und Rabattordnung einbezieht. Dies stellt ebenfalls ein Indiz dafür dar, dass die Spitalapotheken nicht zum sachlich relevanten Markt gehören.
- f. Damit ist hinreichend erstellt, dass die Spitalapotheken keine Konkurrenz zum Fachhandel darstellen und deshalb nicht dem relevanten Markt zuzuordnen sind. Auf die Befragung sämtlicher Spitalapotheker kann somit verzichtet werden.

136. Anschliessend stellt sich die Frage, ob ein Markt für Fachhändler und einer für die SD-Ärzte abgegrenzt werden muss.

- **Selbstdispensation:**
Der Patient erhält das Medikament direkt von einem Arzt aus dessen Privatapotheke (z.B. SD-Arzt, Erst- oder Notfallversorgung bei Nicht-SD-Ärzten).
- **Medikamentenabgabe in der Apotheke bzw. der Drogerie:**
Der Patient erhält das Medikament entweder auf Verordnung des Arztes in der Apotheke oder bei der Selbstmedikation im Fall der Liste C in der Apotheke, bei Liste-D-Produkten in der Apotheke oder in der Drogerie.

137. Folgende Argumente sprechen dafür, beide Akteure auf der letzten Handelsstufe in einem Markt zusammenzufassen: Bei einem SD-Arzt kann eine Person nur Medikamente beziehen, wenn sie dessen Patient ist. Jede Person trägt latent Patienteneigenschaft in sich, d.h. kann jederzeit krank werden, so dass sie gezwungen ist, einen Arzt aufzusuchen. Die Charakteristik der Marktgegensense kann somit als recht dynamisch bezeichnet und es kann deshalb auf einen einzigen Markt geschlossen werden. Diese Ansicht wird auch durch ein weiteres Argument untermauert: Die Margen der Fachhändler und diejenige der SD-Ärzte sind in den Abreden so gestaltet, dass ein Patient bzw. Kunde denselben Publikumspreis für ein bestimmtes Medikament zu bezahlen hat, unabhängig davon, ob er es in der Apotheke, Drogerie oder beim SD-Arzt bezogen hat.

138. Die Frage kann letztlich jedoch offengelassen werden. Falls nämlich der Wettbewerb auf beiden Teilmärkten beseitigt wird, so gilt dies auch für den Fall der Gesamtmarkt Betrachtung.

C.2.3.1.b Der räumlich relevante Markt

139. Für die Definition des räumlich relevanten Marktes ist davon auszugehen, dass der Patient in der Regel ein Medikament bei einem nahe gelegenen Fachhändler oder Arzt nachfragt, um hohe Transaktionskosten zu vermeiden. Es bliebe daher zu prüfen, ob der räumlich relevante Markt lokal abzugrenzen sei. Tatsächlich hat aber die Margenordnung ungeachtet der definitiven Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes immer die gleichen Auswirkungen. Entgegen den Ausführungen des SAV (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 9 f., 16, 60) kann deshalb für die Zwecke des vorliegenden Falles auf eine lokale Markt abgrenzung verzichtet werden (vgl. auch Beschwerdeentscheid der REKO, RPW 1998/4, S. 673 ff., Ziff. 4).

140. Der sachlich und räumlich relevante Markt auf Stufe des Fachhandels und der SD-Ärzte umfasst somit den Vertrieb der in der Schweiz verkauften Medikamente.

C.2.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

C.2.3.2.a Vorliegen einer Preisabrede

141. Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird insbesondere bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG).

142. Durch die zur Beurteilung stehende Abrede werden die Verkaufspreise der Fachhändler und SD-Ärzte direkt fixiert: 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. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung gilt sowohl für die generell gültige Margenordnung als auch für die besondere Margenordnung für Generika, weil die Preis- und Margenberechnung bei beiden Margenordnungen gleich aufgebaut ist.

143. Die Fachhändler und die SD-Ärzte befinden sich im jeweiligen Teilmarkt auf der gleichen Stufe des Vertriebs eines Medikamentes und stehen im jeweiligen Teilmarkt untereinander im Wettbewerb.

144. Die Festlegung der Margen für den gesamten Fachhandel und für die SD-Ärzte ist eine horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. Der Vermutungstatbestand im Sinne dieser Bestimmung ist somit erfüllt.

- a. Der Umstand, dass etwa zwischen den SD-Ärzten und der Sanphar keine schriftlichen Vereinbarungen oder Vereinszugehörigkeiten bestehen, die direkt auf eine Beteiligung an den Abreden schliessen lassen, ändert am Gesagten nichts (vgl. Ziff. 42).
- b. Auch das Vorbringen der Parteien (vgl. Eingabe SAV vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9 und Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80§, S. 24 f.), wonach keine Verpflichtungen seitens der Fachhändler und keine Sanktionsmöglichkeiten seitens der Sanphar bestehen, vermag die obigen Ausführungen nicht zu entkräften (vgl. Ziff. 43).

C.2.3.2.b Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

145. Ist der Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfüllt, besteht die Rechtsfolge darin, dass eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede zu vermuten ist. Die Vermutung kann indes durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Innen- oder Aussenwettbewerb bestehen bleibt (RPW 1999/3, S. 455, Ziff. 61).

146. Wie oben ausgeführt, wird die Beurteilung für Fachhändler und für die SD-Ärzte gesondert durchgeführt (vgl. Ziff. 136).

C.2.3.2.b.1 Im Bereich der Selbstdispensation

147. Der zu beurteilende Aussenwettbewerb besteht aus denjenigen Akteuren, die mit den SD-Ärzten, welche sich an die von Sanphar herausgegebene Margenordnung halten, in Konkurrenz stehen. In Bezug auf den Innenwettbewerb ist zu prüfen, ob trotz des fehlenden Preiswettbewerbs unter den SD-Ärzten, welche die Margenordnung der Sanphar einhalten, ein genügender Wettbewerb verbleibt.

148. In Bezug auf den *aktuellen und potenziellen Aussenwettbewerb* ist Folgendes festzuhalten:

- a. Sanphar gibt vor (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 95), *Spitäler und HMO-Zentren* seien mögliche Aussenwettbewerber. Dies ist jedoch nicht zutreffend. Wie unter Ziff. 135 aufgeführt, sind die Spitalapotheken auf einem anderen relevanten Markt tätig. Bezüglich der HMO-Zentren, die zwar Konkurrenten der SD-Ärzte sein können, ergab die auch von Sanphar beantragte Auskunft der SWICA Gesundheitszentren (vgl. Eingabe vom 28.9.1998, Ordner VI, act. 14; Eingabe vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 31), dass in den HMO-Zentren die Medikamente zu den vorgeschriebenen Preisen abgegeben werden. Preisreduktionen auf Medikamente an Patienten gibt es gemäss Auskunft der SWICA nicht.
- b. Die Untersuchung hat gezeigt, dass nur wenige *SD-Ärzte*, welche das Recht zur Abgabe von Medikamenten haben, sich nicht an die Bestimmungen der Sanphar halten und (im Ergebnis) vom Publikumshöchstpreis abweichen (vgl. Antworten der SD-Ärzte auf Frage 10 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59). Genügender Aussenwettbewerb seitens von SD-Ärzten, die ein nicht preisgebundenes Medikamentensortiment anbieten, existiert nicht. Bezüglich potenziellen Aussenwettbewerbs bestehen auch keine Anzeichen, dass sich dies in absehbarer Zeit ändern wird.

149. Somit ist belegt, dass weder aktueller noch potenzieller Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt besteht.

150. Im Folgenden ist der *Innenwettbewerb* zu prüfen.

- a. Die Untersuchung hat gezeigt, dass alle SD-Ärzte, welche das Recht zur Abgabe von Medikamenten haben und sich an der Sanphar-Margenordnung beteiligen, diese tatsächlich beachten (vgl. Antworten der SD-Ärzte auf Frage 10 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59; ferner Eingabe Apotheke «Zur Rose» AG vom 22. Oktober 1998, Ordner VI, act. 41). Die Ausschaltung des Preiswettbewerbs, welche sich bisher als stabil erwiesen hat, *verhindert einen wirksamen Wettbewerb* unter den SD-Ärzten. Nicht ersichtlich ist, ob und inwieweit die Ausschaltung des entscheidenden Wettbewerbsparameters «Preiswettbewerb» (vgl. RPW 1999/3, S. 459, Ziff. 81) auch durch andere Wettbewerbsparameter neutralisiert werden kann. Selbst die grundsätzlich wichtige Beratungstätigkeit des SD-Arztbesitzers wird in der Regel nicht über den Medikamentenpreis abgegolten.
- b. Es bestehen überdies keine Anzeichen dafür, dass sich in absehbarer Zeit etwas an der Preisabrede ändern wird. Ein potenzieller Innenwettbewerb kann somit verneint werden. Zudem gibt es für marktzutretende SD-Ärzte heute, d.h. so lange die Abrede besteht, keinen Anreiz, sich nicht an der Abrede zu beteiligen.

151. Es besteht somit kein aktueller oder potenzieller Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt.

152. In Bezug auf die *Stellung der Marktgegenseite* ist festzuhalten, dass der Patient auf Grund seiner beschränkten Kenntnisse über Preis, Qualität, Wirkung und mögliche Substitute eines Medikamentes kaum die Möglichkeit hat, seine Nachfrage zu bestimmen. Der Arzt übt somit einen erheblichen Einfluss auf die Wahl eines Medikamentes aus. Es ist hier von einer sog. angebotsbestimmten Nachfrage zu sprechen (Breyer/Zweifel, Gesundheitsökonomie, Berlin 1997, 2. Aufl., S. 246). Im gegenwärtigen System der Krankenversicherung hat der Patient zudem wenig Anreiz, sich um ein billigeres Medikament zu bemühen. Die bei den Krankenkassen übliche Kos-

tenbeteiligung des Patienten mittels eines zehnprozentigen Selbstbehaltes und der Franchise ändert am Verhalten des Patienten nur wenig. Der Stellung der Marktgegenseite kommt demnach kein Gewicht zu. Dies wäre wohl anders, wenn die Patienten bei der Wahl billiger Medikamente entsprechende Rückvergütungen von den Krankenversicherungen erhielten.

C.2.3.2.b.2 Im Bereich der Medikamentenabgabe durch Apotheken und Drogerien

153. Das Pharma Forum, Sanphar und der SAV machen geltend, die Verbandszugehörigkeit der Fachhändler zu den kantonalen Verbänden bzw. zum SAV oder SDV hätten nichts mit der Margenordnung zu tun (vgl. Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 11; vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 39; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 63). Aufgrund ihrer Verbandszugehörigkeit zu kantonalen Apotheker- bzw. Drogistenverbänden oder zum SAV bzw. SDV und der Zugehörigkeit der meisten kantonalen Verbände zum SAV bzw. SDV besteht jedoch bei den meisten Fachhändlern eine indirekte Verbindung der einzelnen Fachhändler zur Sanphar. Diese Fachhändler bilden somit den Innenwettbewerb. Die Fachhändler, die keinem Verband zugehörig sind, bilden allenfalls den Aussenwettbewerb.

154. In Bezug auf den *aktuellen Aussenwettbewerb* sind folgende Fachhändler nicht Mitglied eines kantonalen Vereines bzw. des jeweiligen schweizerischen Vereines und gewähren gleichzeitig Rabatte bzw. bei MediService Reduktion auf dem Selbstbehalt (vgl. Eingaben Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 29 und vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 12f.):

- Parfumerie-Pharmacie Victoria (7 Verkaufsstellen in den Kantonen Genf und Waadt),
- Versandapotheke MediService AG (praktisch in der gesamten Schweiz tätig).

155. Auch wenn der selbstgeschätzte Umsatzanteil der MediService AG von 1% (vgl. Eingabe MediService AG vom 1. Juli 1998, Ordner IV, act. 60) am Gesamtumsatz in der Schweiz ohne weiteres übernommen würde, kann vorliegend nicht von einem wirksamen Aussenwettbewerb gesprochen werden.

156. In Bezug auf den *potenziellen Aussenwettbewerb* ist festzuhalten, dass sich die Abrede auf Stufe Fachhändler bisher als stabil erwiesen hat. Es bestehen keine Anzeichen, dass in nächster Zeit Marktzutritte in einer Grössenordnung oder einem Ausmass erfolgen, welche für eine Disziplinierung der Fachhändler sorgen. Demgegenüber sind Sanphar und der SAV der Ansicht, dass auf Grund des Urteil des Bundesgerichts in Sachen MediService AG (BGE 125 I 474 ff.) mit einer Zunahme der Versandhandelsapotheken gerechnet werden müsse. So habe die Apotheke Münchwilen unter dem Namen MedicaLine ihre Versandhandelstätigkeit aufgenommen und aus der Kooperation zwischen Galenica und Coop sollen 50 neue Verkaufsstellen entstehen. Dem Vernehmen nach plane zudem auch die Apotheke «Zur Rose» AG den Einstieg in den Versandhandel (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 39 und Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 3, 11, 19 f., 32 f., 63 f.). Es ist zwar richtig, dass unter dem Namen MedicaLine ein neuer Anbieter als Versandhandelsapotheke auftritt. Selbst wenn dieser

neue Anbieter jedoch einen Marktanteil in der Grössenordnung der MediService AG erreichen sollte, so würde deren gemeinsamer Marktanteil lediglich 2% erreichen. Dasselbe lässt sich auch bezüglich der behaupteten Versandhandelstätigkeit der Apotheke «Zur Rose» AG sagen. Bezüglich der Kooperation zwischen Coop und Galenica ist festzuhalten, dass nicht klar ist, ob die 50 Verkaufsstellen zusätzliche oder allenfalls übernommene Apotheken darstellen. Selbst wenn es sich dabei um neue Verkaufsstellen handeln sollte, ist damit nicht bewiesen, dass diese nicht Mitglied eines kantonalen Apothekervereins oder des SAV werden. Schliesslich ist auf Grund der Mitgliedschaft von Galenica bei Sanphar eher zweifelhaft, dass sich die neuen Verkaufsstellen nicht an die Rabattordnung von Sanphar halten werden. Demzufolge kann nicht davon ausgegangen werden, dass in naher Zukunft mit einem Aussenwettbewerb zu rechnen ist, der die Marktordnung von Sanphar ernsthaft gefährdet.

157. Es besteht somit weder aktueller noch potenzieller Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt.

158. In Bezug auf den *aktuellen Innenwettbewerb* ist festzuhalten, dass sich fast alle Fachhändler an die Bestimmungen der Sanphar halten (vgl. Antworten der Apotheken auf Frage 11 und 12 des Fragebogens und Antworten der Drogerien auf Frage 9 und 10 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59). Nur wenige Apotheken oder Drogerien weichen davon ab: Es sind dies gemäss den Antworten auf die Fragebogen und gemäss Angaben des SAV (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, act. 9, S. 47 f. und S. 126 f.) und Sanphar (vgl. Eingaben vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 29 ff. und vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 11):

- Parfumerie-ParaSanté-Pharmacie Sun Store [35 Verkaufsstellen in den Kantonen Genf, Waadt, Neuenburg, Wallis, Freiburg, Bern, Aargau],
- Geschäftsgeheimnis: Eine Apotheke [9 Verkaufsstellen in der Westschweiz; Rabatte nur auf Listen C und D],
- Sanovit/Manor-Drogerien-Gruppe [8 Verkaufsstellen in den Kantonen Basel, Waadt, Zürich, Schaffhausen, Wallis, Solothurn; Rabatte nur auf Liste D],
- EPA-Apotheke [1 Verkaufsstelle in Basel],
- Estorel-Drogerien-Gruppe [9 Verkaufsstellen in den Kantonen Bern, Solothurn, Zürich, Graubünden, St. Gallen].

159. Die in Ziff. 158 genannten Fachhändler ergeben zusammen ein Total von 62 Verkaufsstellen. Sanphar, der SDV sowie der SAV machen geltend, die Zahl der Verkaufsstellen, die sich nicht an die Bestimmungen der Sanphar halten, habe erheblich zugenommen. (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 39 f.; Eingabe SDV vom 19. Mai 2000, Ordner VIII, act. 34, S. 2; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 20, 32 f., 63, 64 f.). Der SAV spricht von 16 unterschiedlichen Apothekenketten mit mindestens 4 Filialbetrieben, belegt jedoch nur deren 2 (Les Pharmacies Populaires Lausanne mit fünf Verkaufsstellen in Lausanne und die Parfumerie-ParaSanté-Pharmacie Sun Store vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 23), wovon die Sun Store bereits in Ziff. 158 enthalten ist. Die restlichen Apothekenketten werden nicht einmal namentlich aufgeführt, weshalb sie nicht berücksichtigt werden können. Sanphar legt eine Liste von 14 Apothekenketten vor (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, Beilage 16); 4 dieser Ketten sind bereits in Ziff. 158

(z.T. mit einer tieferen Anzahl Verkaufsstellen) enthalten und deren 2 werden in Ziff. 154 aufgeführt. Bei den anderen Apothekenketten fehlt jeglicher Beweis für ihre Existenz sowie dafür, dass sie die fragliche Marktordnung nicht einhalten. Sie bleiben demzufolge unberücksichtigt.

160. Obwohl die Zunahme der Verkaufsstellen bei den bekannten Apothekenketten weder durch Sanphar noch den SDV belegt wird, kann zu Gunsten von Sanphar, dem SDV und dem SAV somit von folgenden Apothekenketten ausgegangen werden, die von der Marktordnung Sanphar abweichen:

- Parfumerie-ParaSanté-Pharmacie Sun Store [36 Verkaufsstellen in den Kantonen Genf, Waadt, Neuenburg, Wallis, Freiburg, Bern, Aargau];
- Geschäftsgeheimnis: Eine Apotheke [9 Verkaufsstellen in der Westschweiz; Rabatte nur auf Listen C und D];
- Sanovit/Manor-Drogerien-Gruppe [12 Verkaufsstellen in den Kantonen Basel, Waadt, Zürich, Schaffhausen, Wallis, Solothurn; Rabatte nur auf Liste D];
- EPA-Apotheke [3 Verkaufsstelle in Basel, St. Gallen und Baden];
- Estorel-Drogerien-Gruppe [15 Verkaufsstellen in den Kantonen Aargau, Bern, Solothurn, Zürich, Graubünden, St. Gallen, Thurgau, Wallis, Zug];
- Les Pharmacies Populaires Lausanne [5 Verkaufsstellen in Lausanne.

161. Zu Gunsten von Sanphar, dem SDV und dem SAV wird überdies angenommen, dass es sich bei den zusätzlichen Verkaufsstellen nicht um Neueröffnungen handelt, womit die Gesamtanzahl von ca. 2520 Verkaufsstellen in der Schweiz (ca. 1650 Apotheken und ca. 870 Drogerien) unverändert bleibt. Damit ergibt sich eine Zahl von 80 Verkaufsstellen, die Rabatte gewähren. Dies entspricht einem Prozentsatz von (gerundet) 3,2% des Fachhandels.

162. Werden die Lage dieser Verkaufsstellen (oft an umsatzstarken Orten wie Bahnhöfen und Einkaufszentren) und die Rabattaktionen von Drogerieverbänden (Aktion «Stärneföifi» des SDV auf 8 BAG-registrierten Produkten und weitere Aktionen von drei kantonalen Drogerieverbänden auf Medikamenten der Liste D) sowie Treuebons von Apotheken und Drogerien (wie z.B. Pro-Bons oder Luba-Bons; vgl. Eingabe SDV vom 19. Mai 2000, Ordner VIII, act. 34, S. 2) berücksichtigt, könnte der Prozentsatz – im besten Fall – verdoppelt werden. Jedoch kann auch bei einem noch höheren Anteil von beispielsweise 10% Rabatt gewährender Verkaufsstellen nicht von einem funktionierenden Innenwettbewerb gesprochen werden, der das Verhalten der an der Abrede beteiligten Fachhändler disziplinieren kann. Dies belegt auch das Beispiel der Westschweizer Apothekerinnen und Apotheker, das vom SAV im Zusammenhang mit dem aktuellen Innenwettbewerb geltend gemacht wird (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 20). So führt die Preis- bzw. Rabattpolitik der Apothekenketten gerade nicht dazu, dass die übrigen Apotheken von der Margen- und Rabattordnung abweichen. Vielmehr versuchen sie, über vermehrte Kundenberatung zu reagieren.

163. Das Begehren des SAV, Frau A.-M. Bollier, Mitglied der EAK, als Zeugin einzuvernehmen (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, S. 22), ist unbehelflich. Ihre Angaben zum Medikament Invirase® von Roche würde einzig belegen, dass die Apotheke bei *einem* Medikament auf ihre Marge verzich-

ten. Von einer massgebenden Auswirkung auf den Wettbewerb kann jedoch keinesfalls ausgegangen werden.

164. Andere Fachhändler gewähren Rabatte an Familienmitglieder, Freunde, Angestellte und deren Angehörige, Medizinalpersonen, sehr treue Stammkunden und Grosskunden auf Anfrage (vgl. Antworten der Apotheken auf Frage 11 und 14 des Fragebogens und Antworten der Drogerien auf Frage 9 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59). Hier kann jedoch nicht von einer generellen, wettbewerbsorientierten Abweichung von der Margenordnung (und damit einhergehend vom Publikums-höchstpreis) gesprochen werden, weshalb diese Art von Rabattgewährung nicht berücksichtigt werden kann.

165. Es bestehen auch hier keine Anzeichen, dass sich dies in nächster Zeit ändern wird, sodass auch nicht von einem Vorhandensein *potenziellen Innenwettbewerbs* ausgegangen werden kann

166. Es besteht somit kein Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt.

167. In Bezug auf die *Stellung der Marktgegenseite* ist festzuhalten, dass die Patienten erstens auf Grund der mangelnden Information über den Markt und zweitens auf Grund der atomistischen Struktur ihrer Marktseite kaum Druck auf die an der Abrede beteiligten Fachhändler ausüben und somit deren Verhalten ändern können. Der SAV (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, S. 11 und Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 14 f., 65) sowie Sanphar (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 20 f.) und Pharma Forum (vgl. Eingabe vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 12) sind jedoch der Ansicht, dass die Krankenkassen gegenwärtig erstarken und deshalb genügend grossen Druck auf die Fachhändler ausüben könnten.

- a. Diese Argumentation steht einmal in Widerspruch zur Argumentation von Sanphar betreffend des fehlenden Anreizes, Rabatte zu gewähren, da diese auf Grund der Weitergabepflicht von Art. 56 KVG ohnehin nur den Krankenkassen zugute kämen (vgl. Ziff. 45e und 64). Wäre es tatsächlich so, dass die Krankenkassen Nachfragemacht ausüben könnten (vgl. unten d/bb), bestünden für den Fachhandel nicht nur «Anreize», Rabatte zu gewähren; er wäre auf Grund der Stärke der Krankenkassen vielmehr gezwungen, den Krankenkassen grössere Rabatte einzuräumen.
- b. Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Krankenkassen als starke Marktgegenseite ohnehin nur im Bereich der SL-Medikamente eine Rolle spielen können, da nur diese Medikamente – sofern sie ärztlich verschrieben sind – von den Krankenkassen vergütet werden.
- c. Auch der zwischen dem SAV und dem KSK am 14. Januar 2000 abgeschlossene Übergangsvertrag, mit welchem der per 1999 gekündigte Grundvertrag (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, Beilage 1) mit Anpassungen bis 31. Dezember 2000 verlängert wird (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 11, 14 f., 55, 65), vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Zwar haben die Krankenkassen darin gegenüber den Apothekern einen 3-prozentigen «Kostenstabilisierungsbeitrag» durchsetzen können, was eine Verringerung der Bruttomarge eines Apothekers um 9% bis 10% bewirken soll. Diese Verringerung wirkt sich indessen lediglich horizontal, gleichermassen für alle Apotheken aus, womit keine Intensivierung des Wettbewerbs zwischen den Fachhändlern bewirkt wird.

- d. Schliesslich zeigt die Marktanalyse, dass die Abrede auf Fachhandelsstufe sich als derart stabil erwiesen hat, dass die Krankenkassen selbst zur Kartellbildung haben greifen müssen, um die Wirkungen des Preiskartells zu dämpfen (vgl. oben lit. c). Von einer Aufbrechung des Kartells und der Beseitigung der Wettbewerbsbehinderung kann allerdings – infolge fehlender Nachfragemacht (unten bb) – keine Rede sein. Diesbezüglich ist ein Zweifaches anmerken:
- e. Zunächst ist als *grundsätzliche Bemerkung* vorzubringen, dass eine derartige Marktsituation zwischen dem untereinander organisierten Fachhandel auf der einen Seite und den ebenfalls untereinander verbundenen Krankenversicherern auf der anderen Seite – ähnlich wie beim Vorliegen eines bilateralen Monopols – in aller Regel volkswirtschaftlich schädlich ist (vgl. Dobson Paul/Watson Michael/Chu Alex, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power*, in: Research paper 16, September 1998, hrsg. vom Office of Fair Trading, London, Ziff. 5.13. S. 21).
- f. Alsdann zeigen die Ergebnisse der Vereinbarungen zwischen dem SAV und dem KSK für den *vorliegenden Fall*, dass offenbar die einzelnen Krankenversicherer nicht genügend Nachfragemacht besitzen, um zusätzlich zu dem linear vereinbarten Kostenstabilisierungsbeitrag weitere Rabatte zu erwirken. Dass diese daran indes ein Interesse hätten, und zwar unabhängig davon, ob allfällige Rabatte an die Versicherten (Patienten) weitergegeben werden (müssten), liegt auf der Hand: Die Krankenversicherer könnten entweder ihre Gewinnmarge erhöhen oder – falls die Rabatte weitergegeben würden – sich etwa durch tiefere Prämien profilieren und sich dadurch auf dem Krankenversicherungsmarkt potenziellen Versicherten empfehlen.

C.2.3.3 Ergebnis

168. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist in beiden Fällen nicht widerlegt. Die Wettbewerbsabreden betreffend SD-Ärzte sowie hinsichtlich Fachhandel (Apotheken und Drogerien), womit die Margen und die Verkaufspreise der Medikamente festgelegt werden, beseitigt den wirksamen Wettbewerb. Sie sind nach Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a KG unzulässig und dürfen nicht mehr praktiziert werden.

169. Unter diesen Umständen braucht eine allfällige Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG nicht geprüft zu werden, denn Abreden, die wirksamen Wettbewerb beseitigen, können nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 260).

C.3 Beurteilung der Wettbewerbsabrede über die SAV-Normen

175. Die Normen des SAV werden in der *«Information über Sanphar»* (Ausgabe 1998, S. 15) als unverbindliche Kalkulationshilfen bezeichnet. Die Wettbewerbskommission hat mit Beschluss vom 4. Mai 1998 in ihrer Bekanntmachung die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen definiert (BB1 1998 IV 3936, RPW 1998/2, S. 351 ff.).

[...] Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen lassen sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel dann nicht rechtfertigen, wenn

- a. sie den Beteiligten pauschale Beträge oder pauschale Prozentsätze für Gemeinkostenzuschläge oder andere Kostenzuschläge zur Bestimmung der Selbstkosten vorgeben oder vorschlagen oder*
- b. sie den Beteiligten Margen, Rabatte, andere Preisbestandteile oder Endpreise vorgeben oder vorschlagen oder*
- c. sie den Beteiligten in anderer Form Aufschluss über das effektive Verhalten von einzelnen Beteiligten in der Offertstellung bzw. bezüglich der Bestimmung von Endpreisen und Konditionen geben können. [...]*

171. Die Normen des SAV erfüllen die Voraussetzungen der oben erwähnten Bekanntmachung (Bst. a und b) nicht und lassen sich deshalb auch nicht rechtfertigen.

172. Wie die Marktbeobachtungen jedoch ergeben haben und die Parteien in ihren Eingaben zutreffend erwähnen (vgl. Eingabe SAV vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, S. 36 f. und 130 f.), haben die Normen des SAV heute an Bedeutung verloren. Auf Grund verbesserter betriebswirtschaftlicher Kenntnisse der Fachhändler werden die in den 30er-Jahren entwickelten Berechnungshilfen zur Zeit kaum mehr angewendet. Vorliegend erübrigt sich deshalb trotz Vorliegen einer formellen Abrede (vgl. Kapitel C.3) eine vertiefte kartellrechtliche Überprüfung.

173. Die Untersuchung über die Normen des Schweizerischen Apotheker-Vereins (SAV-Normen) wird deshalb eingestellt.

C.4 Beurteilung der Wettbewerbsabrede über die Grossistenbedingungen der Sanphar

174. Die Wettbewerbsabrede über die Grossistenbedingungen der Sanphar besteht darin, dass ein Händler das Recht auf Medikamentenbezug zu Grossistenkonditionen nur erhält, wenn er die von Sanphar festgelegten Rahmenbedingungen für Grossisten erfüllt. Aus kartellrechtlicher Sicht werden bezüglich der Rahmenbedingungen die Bestimmungen über Sortimentsbreite und Grösse des Kundenkreises überprüft (vgl. Ziff. 2.1.1. lit. b. Reglement, Anhang 2 und Ziff. 34 f.). Nur wenn die Grossisten diese Rahmenbedingungen erfüllen, kommen sie in den Genuss von günstigen Einkaufskonditionen. Es handelt sich damit nicht um eine mit Bussen sanktionierbare Bestimmung der Sanphar (wie von der Sanphar in ihrer Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 56 betont wurde), sondern vielmehr um eine Verpflichtung, deren Einhaltung die an der Abrede beteiligten Hersteller und Importeure überwachen und gegebenenfalls mit schlechteren Konditionen sanktionieren. Diese schlechteren Konditionen entsprechen denjenigen der übrigen Grosshändler, welche die erwähnten Rahmenbedingungen nicht erfüllen und die zu den gleichen Konditionen wie Fachhändler oder überhaupt nicht beliefert werden (vgl. Eingabe Apotheke «Zur Rose» AG vom 1. November 1999, Ordner VII, act. 20 [im Besonderen: Beilage 9, Schreiben der Sanphar vom 16. September 1999 an die Mitglieder von Sanphar]; vgl. Ziff. 13). Der Beweisantrag von Sanphar, wonach Hersteller zu befragen seien, ob sie die Aussenseiter-Grossisten zu schlechteren Konditionen beliefern, erübrigt sich gestützt auf die Ausführungen in Ziff. 13, umso mehr als Sanphar dies auf Seite 30 ihrer Eingabe selbst einräumt (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 41 f.).

175. Die Abrede über die Grossistenbedingungen der Sanphar dient u.a. auch dazu, die Stabilität der Abreden über die Margenordnung zu erhöhen: Die Abreden bilden zusammen ein Netzwerk von Bestimmungen, die sich gegenseitig bedingen und stabilisieren (vgl. auch Ziff. 2.1.2. Reglement über Massnahmen zur «Verhinderung der Margenerosion»).

C.4.1 Der relevante Markt

C.4.1.1 Der sachlich relevante Markt

176. Die Überlegungen, die im Zusammenhang mit dem sachlich relevanten Markt der Wettbewerbsabrede auf Grossistenstufe bei der Margenordnung angestellt wurden (Kapitel C.2.2.1.a), gelten sinngemäss auch für die Abrede über die Grossistenbedingungen. Die Marktgegenseite der Grossisten sind die Fachhändler und SD-Ärzte. Deren Nachfrage wird letztlich von den Bedürfnissen des Patienten bestimmt. Aus Sicht des Patienten ist es möglich, dass sich einzelne Medikamente nicht substituieren lassen. Eine mögliche Eingrenzung des sachlich relevanten Marktes auf Teilmärkte (Therapiegruppen usw.) ist jedoch vorliegend nicht notwendig, weil die Auswirkungen der Abrede für den gesamten Markt dieselben und branchenumfassend sind.

177. Der sachlich relevante Markt umfasst somit den Vertrieb der durch Grossisten verkauften Medikamente.

C.4.1.2 Der räumlich relevante Markt

178. Die regionale Ausbreitung der Sanphar-Grossisten erstreckt sich auf die ganze Schweiz. Nur Voigt AG beliefert ausschliesslich die Deutschschweiz (vgl. Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105, Frage 7; Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104, Frage 7; Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, act. 7, Frage 7; Eingabe Unione Farmaceutica SA vom 9. Juli 1998, Ordner V, act. 2, Frage 7; Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22, Frage 7). Es bliebe eventuell zu prüfen, ob der räumlich relevante Markt lokal abzugrenzen sei. Tatsächlich hat aber die Margenordnung ungeachtet der definitiven Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes immer die gleichen Auswirkungen. Aus diesem Grund kann für die Zwecke des vorliegenden Falles auf eine lokale Marktabgrenzung verzichtet werden (vgl. auch Beschwerdeentscheid der REKO, RPW 1998/4, S. 673 ff., Ziff. 4). Der räumlich relevante Markt kann somit auf die Schweiz abgegrenzt werden.

179. Der relevante Markt umfasst somit den Vertrieb der in der Schweiz durch Grossisten verkauften Medikamente.

C.4.2 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung

C.4.2.1 Qualitative Kriterien

180. In Bezug auf die qualitativen Elemente ist festzuhalten, dass innerhalb der Grossistenbedingungen folgende Wettbewerbsparameter von der Sanphar bestimmt werden: Minimale Sortimentsgrösse und minimaler Kundenkreis.

181. Neben der Sortimentsbreite spielt die regionale Ausdehnung eines Grossisten für die Sanphar eine entscheidende Rolle. Der FSAL hat seiner Eingabe vom 11. November 1998 (vgl. Ordner VI, act. 66, Beilage 5) ein Schreiben beigelegt, in dem die damalige Réglementation (heute Sanphar) die geografische Verteilung der Kundschaft eines Antragstellers als zu eng bezeichnet, weshalb ihm der Grossistenstatus der Sanphar nicht zuerkannt wurde. Die Bestimmung zur regionalen Ausdehnung eines Grossisten bewirkt eine hohe, wettbewerbsfeindliche Marktzutrittschranke: Für Neueintretende auf dem Markt ist es fast unmöglich, schon von Beginn an eine grosse regionale Ausdehnung des Kundenkreises aufzuweisen.

182. Die Sanphar bestätigt die hier gemachten Ausführungen in ihrer Eingabe vom 30. November 1998 (vgl. Ordner VI, act. 80, S. 69): *»Es entspricht einem bewussten und gewollten Verhalten, dass die Grossisten durch Sanphar [...] verpflichtet werden, gewisse Bedingungen rund um ihre Dienstleistungen zu erfüllen (Sortimentsgrösse, Lieferbereitschaft usw.). Dies führt für die Grossisten zu bestimmten Kosten, die ohne die entsprechende Wettbewerbsabrede nicht entstehen würden.»*

183. Wie die Apotheke «Zur Rose» AG in ihrer Eingabe vom 22. Oktober 1998 (vgl. Ordner VI, act. 41, S. 3) geltend macht, verunmöglichen die Grossistenbedingungen eine Fokussierung des Grossisten auf eine der drei Kundengruppen Apotheken, Drogerien, Ärzte. Die Bedingungen seien so angelegt, dass fast das gesamte Apotheken- und Drogeriesortiment am Lager gehalten werden müsse, was eine aus betriebswirtschaftlichen Gründen sinnvolle Beschränkung auf ein Kundensortiment und damit eine Verbilligung der Logistik im Bereich der Lagerhaltung unmöglich mache. Im Bereich des Kundensegmentes der SD-Ärzte würden z.B. die Sortimentsbreite der regelmässig verwendeten Medikamente bei einer Menge von 4000 Produkten (Liste A und B) liegen, wogegen das Minimalsortiment gemäss den Anforderungen der Sanphar bei 10 000 Produkten liege. Dies verhindere eine Senkung der Vertriebskosten, aber auch die Bildung schlanker, rationeller und spezialisierter Vertriebskanäle, obwohl die Aufgabe der Aussenseitergrossisten die gleiche sei wie diejenige der Sanphar-Grossisten. Mit den Anforderungen an das Minimalsortiment würden die Schranken für einen Marktzutritt sehr hoch gesetzt. Die Grossistenbedingungen wirken sich somit gesamthaft innovationshemmend aus.

184. Das Marketing einer Unternehmung umfasst alle Massnahmen einer ziel- und wettbewerbsorientierten Ausrichtung der marktrelevanten Aktivitäten. Dazu gehören die Definition der zu verkaufenden Produkte und der damit verbundenen Dienstleistungen, die Kommunikationspolitik (Werbung, Verkaufsförderung, Public Relations) und die Kontrahierungspolitik (Preise, Rabatte, Lieferkonditionen). Mit den Grossistenbedingungen der Sanphar wird ein Teil dieser Marketinginstrumente zwingend vorgeschrieben. Entgegen der Meinung des VSSG (Eingabe vom 24. Mai 2000, Ordner VIII, act. 41, S. 7) sind die Grossisten in ihrer Marketingpolitik somit nicht vollkommen frei: Die Möglichkeit für den einzelnen Grossisten, sich gegenüber seinen Mitkonkurrenten abzugrenzen, ist limitiert. Die Abrede führt deshalb in qualitativer Hinsicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs. Eine Befragung der VSSG-Mitglieder, wie vom VSSG beantragt, erübrigt sich deshalb.

C.4.2.2 Quantitative Kriterien

185. Hinsichtlich des quantitativen Elementes bleibt zu prüfen, ob *aktueller* oder *potenzieller Aussenwettbewerb* auf dem relevanten Markt besteht. Diesbezüglich gelten die gleichen Ausführungen, wie sie im Zusammenhang mit der Abrede über die Margenordnung der Sanphar auf Grossistenstufe gemacht wurden (vgl. Ziff. 114 ff.). Es besteht deshalb weder aktueller noch potenzieller Aussenwettbewerb.

186. Bezüglich *aktuellen und potenziellen Innenwettbewerbs* kann auf Ziff. 118 ff. verwiesen werden. Weitere Abklärungen erübrigen sich, weil die Abreden über die Margenordnung und diejenige über die Grossistenbedingungen sich gegenseitig bedingen. Jene Grossisten, die die Abrede über die Margenordnung befolgen, tun dies auch bezüglich der Abrede über die Grossistenbedingungen.

187. Es besteht somit kein Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt.

194. Die *Marktgegenseite* kann keinen Druck auf die Grossisten ausüben. Diesbezüglich gelten ebenfalls die Ausführungen, wie sie im Zusammenhang mit der Abrede über die Margenordnung der Sanphar auf Grossistenstufe gemacht wurden (vgl. Ziff. 121).

188. Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Grossistenbedingungen der Sanphar den Wettbewerb i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigen.

C.4.3 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

189. Die Parteien machen verschiedene Rechtfertigungsgründe geltend (Eingabe VSSG vom 27. November 1998, Ordner VI, act. 76, S. 10; Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7; Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 1. Juli 1998, Ordner IV, act. 105; Eingabe Voigt vom 13. Juli 1998, Ordner IV, act. 5).

190. Als Erstes wurde von den erwähnten Parteien die Sicherstellung der Versorgung der Schweiz mit Medikamenten genannt. Die Mindestbreite des Sortimentes würde dabei die Lieferung selten benötigter Medikamente ohne längere Wartezeiten und Schwierigkeiten sichern. Bei der Sicherstellung der Versorgung handelt es sich somit um ein gesundheitspolizeiliches Argument. Mit dem Begriff der «wirtschaftlichen Effizienz» wird jedoch für die Auslegung der Rechtfertigungsgründe eine klare Grenze gezogen: Eine Berufung auf ausserhalb des ökonomischen Prozesses liegende öffentliche Interessen wird ausgeschlossen. Dass die Wahrung versorgungspolitischer oder gesundheitspolizeilicher Interessen zugleich einen volkswirtschaftlich positiven Nebeneffekt entfalten, führt entgegen der Ansicht von Sanphar (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 43) nicht dazu, dass damit Effizienzgründe im Sinne des Kartellgesetzes vorliegen. Die von Sanphar beantragte Expertise erübrigt sich. Falls eine solche gesundheitspolizeiliche Massnahme notwendig wäre, müssten die Bestimmungen in der kantonalen bzw. der eidgenössischen Gesetzgebung festgehalten sein. Dazu kommt, dass weder die Notwendigkeit besteht, noch es verhältnismässig ist, betreffend der Sortimentsbreite und des Kundenkreises eine derartige privatrechtliche Abrede zu begründen.

192. Wie der FSAL in seiner Eingabe vom 11. November 1998 (vgl. Ordner VI, act. 66, S. 20) schreibt, ist das Erfordernis zur Bereithaltung von Notfallsortimenten kein Grund zur Haltung von überdimensionierten Sortimenten. Notfallsortimente sind zudem gebräuchlich und wirken nicht wettbewerbshemmend. Ein Vollsortiment

für die Belieferung von Ärzten dürfte sinnvollerweise höchstens 4000 Einheiten umfassen.

193. Die Sicherstellung der Qualität, die als weiteres Argument aufgeführt wurde, ist bereits durch die kantonalen Bestimmungen für den Grosshandel gewährleistet (vgl. Ziff. 76). Weiterführende privatrechtliche Bestimmungen dazu sind weder verhältnismässig noch notwendig.

194. Sanphar (Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 74) und der VSSG (Eingabe vom 24. Mai 2000, Ordner VIII, act. 41, S. 6) sowie das Pharma Forum (Eingabe vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 2, 8) vertreten die Ansicht, dass es eine Folge der durch Produkteigenschaften und Produktpreise gesteuerten Endnachfrage sei, dass die Grossisten letztlich alle vom Fachhandel nachgefragten Medikamente am Lager halten müssen. Diese Ansicht ist falsch, weil die Grossisten ohne die Grossistenbedingungen vielmehr nur einen Teil der Medikamente am Lager halten müssten. So könnten z.B. Drogerien-Grossisten, Ärzte-Grossisten, Discount-Grossisten usw. auf dem Markt bestehen, wobei der Fachhandel seine Nachfrage dann über den jeweils geeigneten Grossisten abdecken würde.

195. Die Grossistenbedingungen der Sanphar haben keinen Rationalisierungseffekt im Sinne einer Senkung der Vertriebskosten. Durch die Verpflichtung zum Vollsortiment werden im Gegenteil Vertriebskooperationen (z.B. Austausch von Teilsortimenten unter den Grossisten) ausgeschlossen oder eine Spezialisierung auf einzelne Kundensegmente verhindert und damit die Vertriebskosten wahrscheinlich noch erhöht. Es ist ebenfalls nicht ersichtlich, inwiefern die Grossistenbedingungen für die Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren oder für die rationelle Nutzung von Ressourcen notwendig sein könnten.

196. Im Übrigen existieren keine Gründe, die eine derartige Beschränkung der Marketingpolitik der Grossisten aus kartellrechtlichen Gesichtspunkten rechtfertigen könnten.

C.4.4 Ergebnis

197. Die Wettbewerbsabrede über die Grossistenbedingungen der Sanphar, worin Kriterien zur Sortimentsbreite und zum Kundenkreis festgelegt werden, ist gestützt auf die obenstehenden Erwägungen unzulässig i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG und darf nicht mehr praktiziert werden.

D. Kosten

198. Gemäss der am 1. April 1998 in Kraft getretenen Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall:

- der Verein Sanphar,
- dessen Einzel- und Kollektivmitglieder, die auf einer der Vertriebsstufen im Arzneimittelmarkt die für unzulässig erklärten Bestimmungen der Rabatt- und Margenordnung und der Grossistenbedingungen selber anwenden oder deren Anwendung fördern, sowie
- alle Unternehmen, die auf einer der Vertriebsstufen im Arzneimittelmarkt die für unzulässig erklärten Bestimmungen der Rabatt- und Margenordnung und der Grossistenbedingungen anwenden.

199. Gemäss Art. 4 Abs. 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.–. Diese Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung).

- a. Unter wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes ist die volkswirtschaftliche Bedeutung zu verstehen. Diese ergibt sich einerseits aus der (volkswirtschaftlichen) Bedeutung des Marktes, der durch den in Frage stehenden Sachverhalt betroffen ist, und andererseits aus den Auswirkungen, die der untersuchte Sachverhalt auf die Wettbewerbsverhältnisse auf diesem Markt zeitigt (vgl. RPW 1998/2, S. 319 Rz. 175). Bezüglich der Bedeutung des Marktes wird auf das Gesamtmarktvolumen abgestellt. Bezüglich der Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse ist massgebend, ob der wirksame Wettbewerb beseitigt bzw. erheblich beeinträchtigt wird oder nicht. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission wird die Gebühr bei besonders grossem Marktvolumen und einer erheblichen Beeinträchtigung bzw. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs um 50% erhöht.
- b. Im vorliegenden Fall ist die Beseitigung bzw. erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs durch vier zusammenwirkende Abreden, wovon drei den wichtigen Preiswettbewerb betreffen und eine den Zugang zum Markt beschränkt, nachgewiesen worden. Der Umsatz auf dem von den untersuchten Abreden betroffenen Pharmamarkt Schweiz betrug im Jahre 1998 CHF 4 446 000 000.– (vgl. Ordner VIII, act. 43). Die ausgewiesene Zeit des Sekretariats und der Wettbewerbskommission von 923,50 Stunden führt zu einer Grundgebühr von CHF 120 055.–, die auf CHF 120 000.– gerundet wird. Diese Grundgebühr wird alsdann um 50% auf CHF 180 000.– erhöht.

200. Neben dem Aufwand nach Art. 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich auf CHF 1800.–.

201. Die angefallenen Kosten von insgesamt CHF 181 800.– werden dem Verein Sanphar, dessen Einzel- und Kollektivmitgliedern sowie den Unternehmen, die auf einer der Vertriebsstufen im Arzneimittelmarkt die für unzulässig erklärten Bestimmungen der Rabatt- und Margenordnung oder der Grossistenbedingungen anwen-

den, je zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung auferlegt. Die solidarische Haftung der Parteien wird damit begründet, dass im vorliegenden Verfahren die kostenpflichtigen Parteien in einer Rechtsgemeinschaft stehen bzw. sich aus den gleichen – kartellrechtlich für unzulässig erklärten – Rechtsgeschäften verpflichtet haben, sodass für sie nur im gleichen Sinn entschieden werden kann (BGE 121 III 491; vgl. ferner Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 1 ff. zu Art. 13 VRPG). Diese (notwendige) Streitgenossenschaft wird denn auch von den Parteien dokumentiert, indem sie ihre Stellungnahmen durch zahlreiche Verweise aufeinander abstimmen, etwa in Bezug auf Rechtsbegehren, auf tatsächliche und rechtliche Ausführungen (vgl. Ordner VIII, act. 41, S. 3). Im Übrigen ergibt sich die solidarische Haftung von Kartellmitgliedern auch aus einer analogen Anwendung von Art. 7 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041), wonach mehrere Parteien ihre gemeinsamen Verfahrenskosten zu gleichen Teilen tragen und dafür solidarisch haften, soweit nichts anderes verfügt wird.

E. Dispositiv

Gestützt auf den Sachverhalt und auf die Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Folgende in der Margen- und Rabattordnung des Vereins «Sanphar» enthaltenen Bestimmungen sind nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig und dürfen nicht mehr praktiziert werden:
 - a. Ziff. 2.1.1. lit. b Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel, wonach die Hersteller von Arzneimitteln den Grossisten gegenüber Rabatte ausschliesslich in einer Bandbreite von +/- 2 Prozentpunkten vom Fachhandelseinstandspreis gewähren.
 - b. Ziff. 2.3. von Anhang 2 zum Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel, wonach die Grossisten bei Lieferungen von Arzneimitteln nachgelagerten Stufen keine Rabatte gewähren dürfen, die grösser als die Sanphar-Grossistenmarge sind.
 - c. Ziff. 2.1.1. lit. a Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel, wonach für die Fachhändler und für die SD-Ärzte die in Anhang 1 des Reglements festgelegten Margen gelten.
2. Folgende Grossistenbedingungen des Vereins «Sanphar» gemäss Ziff. 2.1.1. lit. b Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel i.V.m. Anhang 2 sowie den Erläuterungen zum Reglement sind nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig und dürfen nicht mehr praktiziert werden:
 - a. Ziff. 2.1 von Anhang 2 betreffend das Halten des Lagersortiments.
 - b. Ziff. 2.2 von Anhang 2 betreffend das Beliefern des Kundenkreises.
3. Es wird dem Verein «Sanphar» und seinen Mitgliedern untersagt, Unterlagen über die Margen- und Rabattordnungen i.S.v. Ziff. 1 sowie über die Grossistenbedingungen i.S.v. Ziff. 2 des Dispositivs an ihre Mitglieder oder an Dritte abzugeben.
4. Der Verein «Sanphar» wird verpflichtet, seinen Vereinsmitgliedern sowie deren Mitgliedern innerhalb eines Monats nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung das vorliegende Dispositiv zuzustellen. Er hat dem Sekretariat der Wettbewerbskommission den Vollzug dieser Anordnung umgehend zu belegen.
5. Die Untersuchung über die Normen des Schweizerischen Apotheker-Vereins (SAV-Normen) wird eingestellt.
6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG geahndet werden.
7. Die angefallenen Kosten von insgesamt CHF 181 800.–, bestehend aus den Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 180 000.– und den Kanzleigebühren in der Höhe von CHF 1800.–, werden je zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung dem Verein Sanphar, dessen Einzel- und Kollektivmitgliedern sowie den Unternehmen, die auf einer der Vertriebsstufen im Arzneimittelmarkt die für unzulässig erklärten Bestimmungen der Rabatt- und Margenordnung sowie der Grossistenbedingungen selber anwenden oder deren Anwendung fördern, auferlegt.

8. Gegen diese Verfügung kann innerhalb von 30 Tagen bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, 3202 Frauenkappelen, Beschwerde erhoben werden (Art. 44 KG). Die Beschwerde ist im Doppel unter Beilegung der angefochtenen Verfügung einzureichen.
9. Die vorliegende Verfügung wird nach Massgabe von Art. 36 lit. c/d VwVG durch amtliche Publikation und folgenden Parteien individuell eröffnet:

Pharma Forum Herr H. Bartlome Stationsstrasse 12 3097 Bern-Liebefeld	Verbindung der Schweizer Ärzte (FMH) Herr Gmür Elfenstrasse 18 3000 Bern 16	G. Streuli & Co. AG Herr Dr. Streuli Direktor Städtchen 5 8730 Uznach
Vereinigung der Importeure pharma- zeutischer Spezialitäten (VIPS) Herr F.W. Buri Baarerstrasse 2 Postfach 4856 6304 Zug	Vereinigung freier spezialisierter Ärztelieferanten (FSAL) Herr J.P. Becher Generalsekretär Belpstrasse 3a 3074 Muri	Apotheke «Zur Rose» AG Seestrasse 161 8266 Steckborn vertreten durch Herr Walter Oberhänsli Rechtsanwalt Hauptstrasse 39 8280 Kreuzlingen
Interpharma Herr Th. Cueni Generalsekretär Petersgraben 35 4003 Basel	Sanphar Hauptstrasse 90 4102 Binningen 1 vertreten durch Baker & McKenzie Herr Dr. U. Schenker Zollikerstrasse 225 8034 Zürich	Ärztmedika AG Herr Dr. med. A. Wytenbach Hammerstrasse 5/5a 4410 Liestal
Aargauischer Ärzteverband (AAV) Herr Dr. Andreas Haefeli Präsident Postfach 5401 Baden	Schweizerischer Apothekerverein (SAV) Herr M. Enderle Stationsstrasse 12 3097 Bern-Liebefeld	Verband mittelständischer Arzneimittelfirmen (VMA) Herr Gysin, Nationalrat Haus der Wirtschaft Altmarkstrasse 96 4410 Liestal
H+ Die Spitäler der Schweiz Herr G. von Glutz Rain 32 5001 Aarau	Schweizerischer Drogisten-Verband (SDV) Herr E. Hutter Geschäftsführer Längfeldweg 119 2501 Biel	Verband schweiz. Spezialitäten- Grossisten (VSSG) Herr J.-Y. Hauser Präsident Postfach 401 1701 Freiburg

Abkürzungen

AEP	Ärzteeinstandspreis
BSV	Bundesamt für Sozialversicherung, Bern
FEP	Fachhandelseinstandspreis
FMH	Foederatio medicorum helveticorum: Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte
FSAL	Vereinigung freier spezialisierter Ärztelieferanten, Muri b. Bern
GP	Grossisten-Einstandspreis
HAP	Herstellerabgabepreis
IKS	Interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel, Bern
IKV	Interkantonale Vereinbarung über die Kontrolle von Heilmitteln vom 25. Mai 1972
KG	Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (SR 251)
KLV	Krankenpflege-Leistungsverordnung vom 29. September 1995 (SR 832.112.31)
KSK	Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer, Solothurn
KVG	Krankenversicherungsgesetz vom 18. März 1994 (SR 832.10)
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (SR 832.102)
OTC	Over the counter (Medikamente der IKS-Kategorien C und D)
PP	Publikumspreis
SAV	Schweizerischer Apothekerverein, Liebfeld b. Bern
SAZ	Schweizerische Apothekerzeitung
SDV	Schweizerischer Drogistenverband, Biel
SL	Spezialitätenliste (Art. 30 ff. KLV)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
VIPS	Vereinigung der Importeure Pharmazeutischer Spezialitäten, Zug
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (SR 251.4)
VSSG	Verband Schweizerischer Spezialitäten-Grossisten, Biel
ZGB	Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

11. Juli 2000

Wettbewerbskommission

Vizepräsident: Prof. Roger Zäch
Direktor: Rolf Dähler