



Abteilung II
B-1781/2021

Urteil vom 13. Juni 2023

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richterin Mia Fuchs, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiber Said Huber.

Parteien

Pfizer AG,
(...),
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Marcel Meinhardt und Désirée Stebler,
Lenz & Staehelin,
(...),
Beschwerdeführerin,
gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
(...),
Vorinstanz.

Gegenstand

Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente
(Publikumspreisempfehlungen für Viagra).

Sachverhalt:

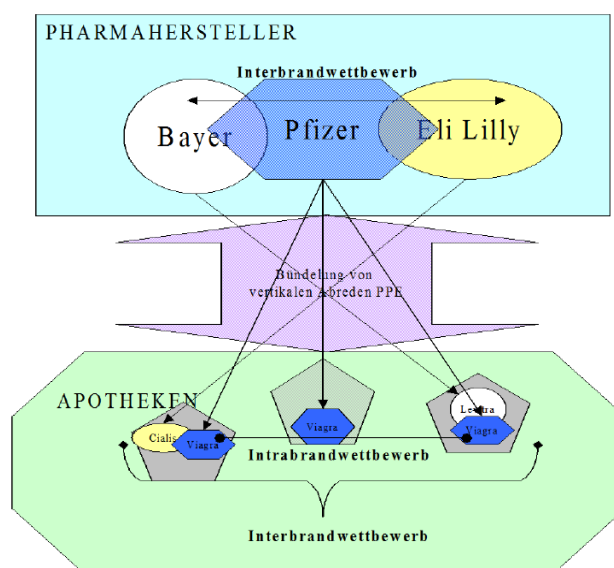
A.

A.a Die Pfizer AG, die Eli Lilly (Suisse) SA und die Bayer (Schweiz) AG vertreiben folgende Medikamente gegen erektile Dysfunktion: Viagra (Pfizer), Cialis (Eli Lilly) und Levitra (Bayer). Diese Arzneimittel waren bis 2020 verschreibungspflichtig. Sie sind nicht kassenpflichtig, da sie nicht auf der krankenversicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt sind (sog. Hors-Liste-Medikamente).

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

Am 26. Juni 2006 eröffnete das Sekretariat gestützt auf Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) eine Untersuchung gegen "die Pfizer AG, die Eli Lilly SA, die Bayer AG, die Grossistinnen Galexis AG, Voigt AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Amedis-UE AG, die Apothekerinnen und Apotheker, die selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzte und die e-mediat AG" (vgl. BBI 2006 9123).

Gestützt auf eine Analyse der folgenden Wettbewerbsverhältnisse



verfügte die Wettbewerbskommission (WEKO) am 2. November 2009 eine Sanktion (vgl. Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2010/4 S. 649 ff., 700 f.) mit folgendem Dispositiv:

- "1. Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichen und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.
2. Den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer wird verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen.
3. Die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-JE und e-mediat dürfen bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.
4. Die Hersteller Pfizer, Bayer und Eli Lilly werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet: [Pfizer: Fr. 2'860'174.-].
5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.
7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 692'118.-- Franken werden den drei Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly SA und Bayer (Schweiz) AG jeweils zu einem Sechstel, d.h. je CHF 115'353.-- Franken, und unter solidarischer Haftung auferlegt.
8. [Rechtsmittelbelehrung].
9. [Eröffnung].
10. [Eröffnung durch amtliche Publikation]."

A.c Auf Anfechtung hin hiess das Bundesverwaltungsgericht am 3. Dezember 2013 die Beschwerde von Pfizer gut und hob die Ziffern 1, 2, 4 und 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf (Urteil B-364/2010). Zur Begründung wurde ausgeführt, der "Absatzmarkt für Medikamente" sei kein "normaler" Markt, da zum Arzneimittelverkauf unter anderem nur Apotheken und selbstdispensierende Ärzte gesundheitspolizeilich zugelassen seien. Angesichts seines gesundheitlichen Gefährdungspotenzials sei Viagra verschreibungspflichtig. Das KG sei hier nicht anwendbar, da im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltene Vorschriften auf dem relevanten Arzneimittelmarkt Wettbewerb nicht zulassen. Die heilmittelrechtlichen Rahmenbedingungen, wie die Verschreibungspflicht und das Publikumsverbot, würden angesichts des psychologisch wirksamen "Schamfaktors" den markeninternen Preiswettbewerb unter den Verkaufsstellen praktisch ausschalten. Insbesondere das gesundheitspolizeiliche Werbeverbot, das den Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten die Preiswerbung als wirksamstes Kommunikationsinstrument aus der Hand nehme, verunmögliche so die für Preiswettbewerb unabdingbare Preispublizität und damit Preisvergleichsmöglichkeiten für Patienten, die Viagra benötigten.

A.d Die dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht am 28. Januar 2015 gut (BGE 141 II 66, Urteil 2C_75/2014) und hob das bundesverwaltungsgerichtliche Urteil auf. Es wies die Sache zu neuem Entscheid an das Bundesverwaltungsgericht zurück, da im zu beurteilenden Fall Art. 3 Abs. 1 KG nicht anwendbar sei. Als "vorbehaltene Vorschriften" gälten nur wettbewerbsmodifizierende ("wirtschaftspolitische") Normen, nicht aber wirtschaftspolizeiliche Gesundheitsnormen, die in ihrer Regulierungsdichte wirksamen Wettbewerb faktisch unmöglich machen können. Mit dem Verbot der Publikumswerbung gehe kein Wettbewerbsausschluss einher – der Wettbewerb sei lediglich weniger breit.

A.e Am 19. Dezember 2017 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde erneut gut und hob die Ziffern 1, 2, 4 und 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf (Urteil B-846/2015). Zur Begründung führte es aus, es sei nicht erstellt, dass im sanktionierten Zeitraum eine Empfehlung über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen beziehungsweise ein abgestimmtes Verhalten mit wettbewerbsschädigenden Wirkungen vorgelegen habe. Angesichts der heilmittelgesetzlich geprägten marktlichen Rahmenordnung, durch welche die Verkaufsstellen miteinander in einem stark abgeschwächten Wettbewerb stünden, habe sich die Preisempfeh-

lung wettbewerbsneutral als Preisobergrenze ausgewirkt, die zu hohe Verkaufspreise verhindert habe, ohne jedoch die Preisfestsetzungsfreiheit der Apotheken und der selbstdispensierenden Ärzte in wettbewerbsschädlicher Weise zu beschneiden. Die als unverbindlich bezeichnete Preisempfehlung sei ohne Druck oder Anreize zur Befolgung erfolgt. Aus all diesen Gründen liege keine unzulässige, sanktionswürdige vertikale Abrede vor.

A.f Am 4. Februar 2021 hiess das Bundesgericht die dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erneut gut, hob das bundesverwaltungsgerichtliche Urteil auf und wies die Sache zum beförderlichen Entscheid über die Sanktionsbemessung an das Bundesverwaltungsgericht zurück (BGE 147 II 72, Urteil 2C_149/2018). Das Bundesgericht bejahte das Vorhandensein eines unzulässigen abgestimmten Verhaltens (i.S.v. Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG), da sich die Preisempfehlung für Viagra als Festpreisabrede ausgewirkt habe und weder Gesichtspunkte der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) noch die Preisbekanntgabeverordnung vom 11. Dezember 1978 (PBV, SR 942.211) dies zu rechtfertigen vermöchten.

B.

B.a Mit Zwischenverfügung vom 26. April 2021 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz auf, sich angesichts von BGE 147 II 72 bis zum 7. Juni 2021 zum Verfahren (insb. zur Sanktionsbemessung) zu äussern. Mit Eingabe vom 17. Mai 2021 ersuchte die Beschwerdeführerin um eine Erstreckung der Vernehmlassungsfrist bis zum 16. August 2021, was das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz am 18. Mai 2021 zur Kenntnis brachte.

B.b Am 3. Juni 2021 liess sich die Vorinstanz vernehmen mit dem Antrag, die Frist zur Stellungnahme sei um höchstens einen Monat zu verlängern und es sei der verfügte Sanktionsbetrag von Fr. 2'860'174.– zu bestätigen. Sie hält gestützt auf das Rückweisungsurteil an ihrer Sanktionsbemessung fest und erachtet den verfügten Sanktionsbetrag "als dem festgestellten und vom Bundesgericht bestätigten Kartellverstoss angemessen", weshalb er "zumindest" zu bestätigen sei.

Mit Zwischenverfügung vom 8. Juni 2021 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Fristerstreckungsgesuch teilweise gut und gab der Beschwerdeführerin Gelegenheit, sich angesichts des bundesgerichtlichen Urteils

sowie der vorinstanzlichen Vernehmlassung vom 3. Juni 2021 bis zum 23. Juli 2021 zu äussern.

B.c Am 23. Juli 2021 reichte die Beschwerdeführerin ihre Stellungnahme ein mit folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Der Basisbetrag sei auf 1 % festzusetzen.
2. Die Sanktion sei unter Berücksichtigung des Basisbetrags und der mildernden Umstände auf CHF 1.– festzusetzen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Bundes."

Am 28. Juli 2021 wurde diese Stellungnahme an die Vorinstanz geschickt mit der Aufforderung, bis zum 17. September 2021 eine allfällige Replik einzureichen.

B.d Mit Replik vom 17. September 2021 erklärt die Vorinstanz, im Lichte des bundesgerichtlichen Rückweisungsurteils könne der "Koeffizient" des Basisbetrages von 5 % auf 8 % erhöht werden, da der Kartellgesetzverstoss schwer wiege. Deshalb sei der Basisbetrag im oberen Drittel anzusiedeln, wobei die fehlende Wettbewerbsbeseitigung mildernd berücksichtigt werden könne. Ferner sei der damalige Dauerzuschlag von 40 % zwar nicht zu beanstanden, doch lasse die aktuelle Praxis des Bundesverwaltungsgerichts eine monatsweise Berechnung zu, was einen "Zuschlag" von mindestens 55,8 % ergebe. Gestützt auf diese Überlegungen beantragt die Vorinstanz:

"Die Beschwerde sei abzuweisen und die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 betreffend «Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra» sei auch im Hinblick auf die der Pfizer AG aufzuerlegende Sanktion zu bestätigen.

– unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin –"

Mit Zwischenverfügung vom 21. September 2021 wurde diese Replik an die Beschwerdeführerin gesandt mit der Aufforderung, bis zum 22. Oktober 2021 eine allfällige Duplik einzureichen.

Mit Schreiben vom 18. Oktober 2021 ersuchte die Beschwerdeführerin das Bundesverwaltungsgericht um Fristerstreckung bis zum 22. November 2021, was mit Zwischenverfügung vom 19. Oktober 2021 gewährt wurde.

B.e Mit Duplik vom 22. November 2021 hält die Beschwerdeführerin "vollumfänglich an den Rechtsbegehren gemäss Stellungnahme vom 23. Juli 2021 fest, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Bundes".

Diese Eingabe wurde am 23. November 2021 an die Vorinstanz übermittelt mit der Aufforderung, eine allfällige Stellungnahme bis zum 10. Januar 2022 einzureichen.

B.f Mit Triplik vom 23. Dezember 2021 hält die Vorinstanz an ihren bisherigen Ausführungen fest unter Verzicht auf eine ausführliche Stellungnahme. Sie beantragt, die Sanktion sei auf "mindestens" Fr. 2'860'174.– festzulegen. Ihrer Ansicht nach sind die Ausführungen im Rückweisungs-urteil sowie die seit dem Jahre 2010 fortgebildete Rechtsprechung zur Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

Mit Zwischenverfügung vom 3. Januar 2022 wurde die vorinstanzliche Triplik der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht und ihr Gelegenheit gegeben, eine allfällige Stellungnahme bis zum 3. Februar 2022 einzureichen.

B.g Mit Quadruplik vom 3. Februar 2022 erklärt die Beschwerdeführerin, es könne nicht angehen, dass die Vorinstanz plötzlich nach vielen Jahren gar einen höheren Basisbetrag verlange. Angesichts von mildernden Umständen und der fehlenden Verhältnismässigkeit der Sanktion sei diese auf den symbolischen Betrag von Fr. 1.– festzusetzen.

Diese Quadruplik wurde am 9. Februar 2022 der Vorinstanz zugestellt.

C.

Auf die einzelnen Ausführungen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie für das Urteil erheblich sind, nachfolgend eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

In Anbetracht des höchstrichterlichen Rückweisungsurteils kann hier eine erneute Prüfung der Eintretensvoraussetzungen weitgehend unterbleiben (Urteil des BVGer B-294/2022 vom 31. August 2022 E. 1).

Das Bundesgericht hält in BGE 147 II 72 (E. 7.4.3) fest, dass die Beschwerdeführerin im relevanten Zeitraum – mit der Abgabe von unverbindlichen Preisempfehlungen zu Viagra – unzulässige und daher zu sanktionierende vertikale Festpreisabreden traf. Insofern bejaht es sowohl das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG (BGE 147 II 72 E. 8.5.1) als auch die subjektive Vorwerfbarkeit des sanktionierten Verhaltens (BGE 147 II 72 E. 8.4.2 f.) und weist "die Sache zur beförderlichen Erledigung der Sanktionsbemessung im Sinne der Erwägungen" an das Bundesverwaltungsgericht zurück (BGE 147 II 72 E. 8.5.2 sowie die darin nicht publizierte E. 10).

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist somit einzig die *konkrete Sanktionsbemessung* (vgl. BGE 147 II 72 E.8.5.2, E. 10; Replik der Vorinstanz vom 17. September 2021 Rz. 2; vgl. auch Urteil B-846/2015 E. 1.1).

Vom Streitgegenstand nicht erfasst ist die Auflage der vorinstanzlichen Verfahrenskosten (angefochtene Verfügung Rz. 393-401, sowie Dispositiv Ziffer 7), was die Beschwerdeführerin zu Recht nicht in Abrede stellt (zutreffend hierzu die vorinstanzliche Replik vom 17. September 2021 Rz. 2 und 37).

Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin wird der Streitgegenstand durch die in der Replik vom 17. September 2021 sowie Triplik vom 23. Dezember 2021 geforderte Erhöhung des "Basisbetrages" von 5 % auf 8 % (vgl. Duplik Rz. 5-9) nicht in unzulässiger Weise erweitert; es handelt sich dabei auch nicht um "unzulässige Nova" (Duplik Rz. 7 f.):

Der Streitgegenstand wird nämlich, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (vgl. Triplik S. 1), nicht durch einzelne Begründungselemente der angefochtenen Verfügung, wie etwa dem Prozentsatz des Basisbetrages, begrenzt. Das Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 62 Abs. 4 VwVG im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren gebunden. Die Vorinstanz darf hier somit ohne Einschränkungen einen gegenüber dem Untersuchungsverfahren neuen

Rechtsstandpunkt zur Sanktionsbemessung einnehmen (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KAYSER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3. Aufl. 2022, Rz. 2.196). Die aufgeworfenen Fragen betreffen lediglich *rechtliche Nova*, welche zulässig sind (vgl. hierzu MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 2.196).

2.

Hinsichtlich des konkreten Sanktionsbetrags kommt der rechtsanwendenden Wettbewerbsbehörde erhebliches Ermessen zu (BGE 147 II 72 E. 8.5.2; Urteil B-710/2014 E. 15.1.1).

Das mit voller Kognition ausgestattete Bundesverwaltungsgericht kann dieses Ermessen zwar überprüfen (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 Bst. c VwVG; siehe auch BGE 147 II 72 E. 8.5.2); wie jede Rechtsmittelinstanz wird es aber nicht leichthin, sondern nur bei pflichtwidriger Ermessensausübung eingreifen (vgl. Urteile des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.1 und B-710/2014 E. 15.1.1).

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht an den im Rückweisungsurteil vorgezeichneten Rahmen *gebunden* ist (vgl. Urteil B-294/2022 E. 6.2.2), was ihm insbesondere auch eine Auseinandersetzung mit der einschlägigen Literatur zu BGE 147 II 72 verwehrt.

3.

Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (BGE 147 II 72 E. 8.2; 143 II 297 E. 9.2). In den Art. 2 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) hat der Bundesrat die Kriterien der Sanktionsbemessung präzisiert, welche gemäss Art. 49a Abs. 1 KG in drei Schritten erfolgt (BGE 147 II 72 E. 8.5.1):

Auszugehen ist von einem Basisbetrag, welcher je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes bildet, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Je nach der Dauer des Wettbewerbsverstosses wird der Basisbetrag gegebenenfalls erhöht (vgl.

Art. 4 SVKG). Bei erschwerenden oder mildernden Umständen erfolgt eine weitere Erhöhung oder eine Verminderung der Sanktion (vgl. Art. 5 und 6 SVKG).

Insgesamt kann die Sanktion in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 7 SVKG, Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG; vgl. BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteil 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 6.2; Urteil B-710/2014 E. 15.1.1).

3.1 Die Vorinstanz setzte den für die Sanktionsberechnung massgeblichen Umsatz der Beschwerdeführerin auf dem relevanten inländischen Markt in den Jahren 2006-2008 auf Fr. (...) fest, was nach der Zehnprozentregel von Art. 3 SVKG eine "Obergrenze des Basisbetrags" von Fr. (...) ergibt (angefochtene Verfügung Rz. 361 ff.).

Den Prozentsatz des Basisbetrags (nachfolgend kurz: "Basisprozentsatz") setzte die Vorinstanz auf 5 % fest, weil sie den vorgeworfenen Verstoss nicht als "schwer", sondern angesichts der Vorgaben der Preisbekanntgabeverordnung (zitiert in A.f) nur als "mittelschwer" einstufte. Gestützt auf den massgeblichen Umsatz und den Basisprozentsatz von 5 % wurde ein Basisbetrag von Fr. (...) errechnet (angefochtene Verfügung Rz. 373).

Aufgrund der Dauer des Verstosses (sanktionierbar erst ab dem 1. April 2004 bis zum 31. Dezember 2008) erhöhte die Vorinstanz den Basisbetrag um 40 %, d. h. auf Fr. 2'860'174.– (angefochtene Verfügung Rz. 374-378).

Da sie weder erschwerende noch mildernde Umstände zu erkennen vermochte, sah die Vorinstanz von einer Erhöhung oder allfälligen Minderung der Sanktion ab (angefochtene Verfügung Rz. 379-382) und legte deren Höhe auf Fr. 2'860'174.– fest (angefochtene Verfügung Rz. 383):

	Pfizer
Maximalhöhe der Sanktion	██████████
Umsatz auf dem relevanten Markt	██████████
Obergrenze des Basisbetrags	██████████
Berücksichtigung der Art und Schwere	5%
Basisbetrag	██████████
Dauer	40%
Erschwerende und mildernde Umstände	0%
Total	[2'860'174.-]

3.2 Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz, die im Rahmen des Schriftenwechsels vor Bundesverwaltungsgericht sogar die Möglichkeit einer Erhöhung der Sanktion wegen der Schwere des Verstosses erörterte (vgl. im Sachverhalt unter B.d und B.f), erachtet die Beschwerdeführerin den ihr vorgeworfenen Verstoss als höchstens "leicht". Dabei weist sie darauf hin, dass die Preisempfehlung den Wettbewerb nicht beseitigt habe, eine "erhöhende Konkurrenz" nicht vorliege und vertrauensbegründende Umstände "schuld mindernd" zu berücksichtigen seien.

Der "Basisbetrag" sei daher auf 1 % zu reduzieren, jedenfalls müsse er tiefer als 3 % zu liegen kommen. Unzulässig sei auch eine allfällige weitere Erhöhung der Sanktion wegen der behaupteten Dauer des Verstosses. Aufgrund mildernder Umstände – wie die lange Verfahrensdauer, die mangelnde Vorwerfbarkeit, das passive Verhalten von Pfizer, genügende Compliance Bemühungen, kooperatives Verhalten, mediale Vorverurteilung, Ungleichbehandlung von Pfizer im Vergleich zu Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten, die freiwillige Aufgabe der Preisempfehlungen zu Viagra – sei die festgesetzte Sanktion unverhältnismässig und deshalb auf den symbolischen Betrag von Fr. 1.– festzusetzen.

3.3 Der für den relevanten Markt ermittelte *massgebliche Umsatz* von Fr. (...) ist unbestritten. Er kann daher den nachfolgenden Überlegungen zu Grunde gelegt werden (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 362).

3.4 Der Sanktionsbetrag bestimmt sich nach Art. 49a Abs. 1 KG unter anderem nach der *Schwere des unzulässigen Verhaltens*. Gemäss Art. 3 SVKG beträgt der Basisbetrag je nach der "Schwere und Art des Verstosses" bis zu 10% der massgeblichen Umsätze (vgl. für viele BGE 147 II 72 E. 8.5.1; Urteil B-710/2014 E. 15.2.3).

Unter Schwere ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere, zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential (BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2; 144 II 194 E. 6.4; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], BSK KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a Rz. 50; PATRICK L. KRAUSKOPF, in: Zäch et. al. [Hrsg.], DIKE-KG, 2018, Art. 49a Abs. 1-2 Rz. 41). Bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses sind unter anderem auch dessen Wirksamkeit und der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Dem Umstand, ob der Verstoss den wirksamen Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt, ist mithin angemessen Rechnung zu tragen (Urteil 2C_63/2016 E. 6.4; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteile B-8386/2015

E. 10.4.1 und B-710/2014 E. 15.2.3, je m.w.H.). Bei schweren Verstössen bewegt sich der Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Sanktionsrahmens (Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 3).

Der Beschwerdeführerin ist daher von vornherein insofern nicht zu folgen, als sie geltend macht, die Vorgaben der Preisbekanntgabeverordnung, des Heilmittelgesetzes vom 15. Dezember 2000 (HMG, SR 812.21) und die bisherige WEKO-Praxis müssten als "subjektive Komponente" der "Vorwerfbarkeit" (bzw. des "Verschuldens") bereits im Rahmen der Bestimmung des Basisprozentsatzes berücksichtigt werden (vgl. Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 20 ff.).

Im angefochtenen Entscheid hatte die Vorinstanz den Prozentsatz des Basisbeitrags noch von einem "mittelschwer" einzustufenden Verstoss ausgehend auf 5 % festgesetzt. Sie begründete dies damit, dass das Vertrauen der Beschwerdeführerin beim Abgeben ihrer unverbindlichen Preisempfehlungen zu Viagra "enttäuscht" worden sei, da Hersteller "Preise oder Richtpreise" gemäss Preisbekanntgabeverordnung bekanntgeben dürften, ohne dass aber deswegen die Unzulässigkeit oder Zurechenbarkeit des wettbewerbsbeseitigenden Verstosses wegfallen würden (angefochtene Verfügung Rz. 367-372).

In ihrer Replik führt die Vorinstanz zur objektiven Schwere des Verstosses neu aus, gemäss Bundesgericht habe die während Jahren elektronisch übermittelte Viagra-Preisempfehlung eine tägliche Abstimmung zwischen Herstellern und sehr vielen Verkaufsstellen ermöglicht, wo hinsichtlich des Endverkaufspreises der Intra-brand-Preiswettbewerb hätte spielen sollen. Die nahezu marktumfassende Abrede habe auf der Stufe der Verkaufsstellen hohe Wirkung entfaltet. So seien im Jahre 2005 gerade mal 27.2 % aller durch die SD-Ärzte und 36.5 % aller durch die Apotheken verkauften Viagra-Packungen zu tieferen Preisen als die Preisempfehlung verkauft worden, was zu ausserordentlich hohen Margen geführt habe. Das Schädlichkeitspotential dieser den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden, vertikalen Abrede sei hoch, weil sie konsequent und dauerhaft auf einem wenig transparenten Markt umgesetzt worden sei. Der der Beschwerdeführerin vorgehaltene Verstoss sei daher nun als "schwer" einzustufen und der Basisbetrag "im oberen Drittel" anzusiedeln (Replik vom 17. September 2021 Rz. 3, 18, 13 ff. mit Verweis auf BGE 147 II 72 E. 5.2.4, 5.4.3, 5.4.2.2, 6.4.4 f., 7.4.3).

Die Vorinstanz gibt zwar die hier massgebenden und für das Bundesverwaltungsgericht verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts (zur sachverhaltlichen wie auch kartellrechtlichen Würdigung der strittigen Preisempfehlung) zutreffend wieder, sie übersieht jedoch, wie die Beschwerdeführerin zu Recht rügt (Duplik vom 22. November 2021 Rz. 11 ff.), dass bei der Sanktionsbemessung unter anderem auch der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu berücksichtigen ist (Urteil 2C_63/2016 E. 6.4; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteile B-8386/2015 E. 10.4.1 und B-710/2014 E. 15.2.3, je m.w.H.).

Anders als die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (Rz. 367 ff.) geht das Bundesgericht, wie die Beschwerdeführerin zu Recht erwähnt (Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 10 ff.), nicht von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aus (BGE 147 II 72 E. 6.5, 7 ff.). Dies stellt denn auch die Vorinstanz nicht mehr in Abrede (Replik vom 17. September 2021 Rz. 9).

Dieser verminderten Intensität der negativen Auswirkungen muss bei der Bestimmung des Basisprozentsatzes zwingend Rechnung getragen werden (vgl. Urteil 2C_63/2016 E. 6.4; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteile B-8386/2015 E. 10.4.1 und B-710/2014 E. 15.2.3, je m.w.H.).

Der vorgeworfene Verstoss ist daher als "mittelschwer" zu betrachten.

Entgegen den Bemerkungen der Beschwerdeführerin (Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 14 ff. sowie Duplik vom 22. November 2021 Rz. 25) ging die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung bei der Bemessung und Einstufung des Verstosses (Rz. 364 ff.) weder mit Verweis auf Sanphar noch auf Art. 5 Abs. 3 KG von einer "erhöhenden Konkurrenz" aus. Die diesbezüglichen Annahmen der Beschwerdeführerin erweisen sich, wie die Vorinstanz zurecht einwendet (Replik vom 17. September 2021 Rz. 8), als falsch und vermögen keine Reduktion des Basisprozentsatzes zu rechtfertigen.

Der in der angefochtenen Verfügung angesetzte Basisprozentsatz von 5 % ist somit immer noch als tatangemessen zu betrachten und daher nicht zu beanstanden.

3.5 Im vorliegenden Fall wurde die Sanktion unter Zugrundelegung einer Dauer des kartellrechtswidrigen Verhaltens von 57 Monaten um 40 % erhöht. Die Beschwerdeführerin erachtet dies aus verschiedenen Gründen als unzulässig.

Das Bundesgericht lässt die Frage der *Dauer des Kartellrechtsverstosses* offen (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.4.2).

Nach Art. 4 SVKG wird der Basisbetrag um bis zu 50 Prozent erhöht, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren dauerte (Satz 1). Dauerte der Wettbewerbsverstoss mehr als fünf Jahre, so wird der Basisbetrag für jedes zusätzliche Jahr mit einem Zuschlag von je bis zu 10 Prozent erhöht (Satz 2).

Die Vorinstanz verfügt bei der Bestimmung des Umfangs der jährlichen Erhöhung über einen Ermessensspielraum (Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 8.3.5; KRAUSKOPF, a.a.O., DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2 Rz. 45; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 59).

Das Bemessungskriterium der "Dauer des Wettbewerbsverstosses" gemäss Art. 4 SVKG bestimmt sich ebenfalls nach objektiven Kriterien (vgl. KRAUSKOPF, a.a.O., DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2 Rz. 30, 44; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 10 ff., 10a, 59 f.). Soweit es um die tatsächlichen Umstände des Verstosses und dessen Dauer geht, sind subjektive Gesichtspunkte daher unbeachtlich (vgl. auch die Erläuterungen der WEKO zur KG-Sanktionsverordnung vom 1. Januar 2006 zu Art. 4 SVKG: "In einem zweiten Schritt wird der Sanktionsbetrag erhöht, wenn die Widerhandlung länger als ein Jahr gedauert hat. ...").

Der Beschwerdeführerin ist somit von vornherein insoweit nicht zu folgen, als sie – sich auf subjektive Gründe berufend – geltend macht, bei der "Strafzumessung" sei maximal der Zeitraum ab November 2007 massgebend (Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 41), da sie vor Publikation der revidierten Vertikalbekanntmachung vom 2. Juli 2007 am 30. Oktober 2007 (BBI 2007 7597) nicht habe davon ausgehen müssen, dass Herstellerpreisempfehlungen unter Umständen kartellrechtlich problematisch sein könnten. Dasselbe gilt auch für den Einwand, die Vorinstanz habe sie lange über den Inhalt und die Ergebnisse der Untersuchung im Unklaren gelassen, weshalb sie ihr Verhalten nicht habe anpassen können, um Kartellrechtskonformität herzustellen (Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 44).

Nicht stichhaltig ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin als "allerfrühesten" Zeitpunkt eines Verstosses sei erst der 22. Juni 2004 – und nicht der 1. April 2004 zu betrachten, da erst seit diesem Zeitpunkt zu Viagra

unverbindliche Preisempfehlungen kommuniziert worden seien (Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 42): Aus der Beilage 1 der Vernehmlassung vom 31. Januar 2007 an die Vorinstanz (act. 269), welche die Beschwerdeführerin diesbezüglich als Beweismittel anführt, geht einzig hervor, dass eine bisher bestehende unverbindliche Preisempfehlung durch eine nach dem LOA-Modell berechnete, *neue* unverbindliche Preisempfehlung *ersetzt* werden sollte (vgl. Vernehmlassung der Beschwerdeführerin vom 31. Januar 2007 Ziff. 2a, S. 2 f., act. 269). Dies wird in der angefochtenen Verfügung (Rz. 126) entsprechend festgehalten. Dabei wird auch erwähnt, dass die angekündigte Herabsetzung der Preise und der Margen zu heftigen Reaktionen der Verkaufsstellen führte, weshalb sich Pfizer veranlasst gesehen habe, die bisher gültige unverbindliche Preisempfehlung wieder nach der alten Formel zu berechnen und zu kommunizieren (vgl. hierzu BGE 147 II 72 E. 5.2.3). Dies hat die Beschwerdeführerin soweit ersichtlich im gesamten Verfahren nie bestritten.

Der Beschwerdeführerin ist schliesslich auch insoweit nicht zu folgen, als sie geltend macht, die von der Vorinstanz lediglich für die Jahre 2005 und 2006 erhobenen Daten zum Befolgungsgrad erlaubten keinerlei Schlüsse für die Jahre 2007 und 2008. Eine Sanktionierung für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 sei deshalb ausgeschlossen. Selbst das Bundesverwaltungsgericht bezweifle im Urteil B-846/2015 (E. 9.2.2), ob die für die Jahre 2005 und 2006 erhobenen Daten eine zulässige Extrapolation für das ebenfalls sanktionierte Verhalten in den Jahren 2007 und 2008 erlauben würden (Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 43).

Dem hält die Vorinstanz entgegen, sie habe in einer "exemplarischen aufwändigen Momentaufnahme für einen grossen Zeitraum nicht nur die Abrede, sondern auch die Erheblichkeit der Abrede nachgewiesen". Die Beschwerdeführerin habe den Verkaufsstellen auch 2007 und 2008 Preisempfehlungen auf elektronischem Weg zukommen lassen, und es sei damals kein Ereignis eingetreten, das zu einer grundlegenden Verhaltensänderung geführt habe. Insofern sei "das ganze System ... wie in den beiden exemplarischen Jahren" mindestens bis zum Abschluss der Untersuchung weitergeführt worden. Die Beschwerdeführerin habe an einer vertikalen Preisabrede bis mindestens 2009 teilgenommen, weshalb der in der angefochtenen Verfügung festgesetzte Dauerzuschlag von 40 % korrekt sei (Replik vom 17. September 2021 Rz. 22 f.).

Die Beschwerdeführerin führt zwar zu Recht aus, dass es im Rahmen der Bemessung einzig um die Festlegung der konkreten Dauer des Verstosses

geht (und nicht um den Nachweis eines kartellgesetzwidrigen Verhaltens; vgl. Duplik vom 22. November 2021 Rz. 41). Wie das Bundesgericht festgehalten hat, liegt im vorliegenden Verfahren aber allein mit der täglich über Monate und Jahre erfolgten elektronischen Übermittlung der Daten bereits eine Abstimmung vor, wobei zwischen dem Hersteller und den Verkaufsstellen eine intensive Kommunikation stattfand, welche die Unsicherheiten über die Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten verminderte oder gar beseitigte (BGE 147 II 72 E. 5.2.4). Unter diesen Umständen kann im Sinne der Rechtsprechung der REKO/WEF von der Vorinstanz nicht verlangt werden, dass sie den Sachverhalt (insb. zum Befolgungsgrad) dauernd rollend neu erhebt, soweit sie Anhaltspunkte für wesentliche Veränderungen berücksichtigt (vgl. Urteil der REKO/WEF vom 27. September 2005 E. 5.3.4, RPW 2005/4, 696). Diese Überlegungen gelten auch für die Frage, wie lange eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise besteht (korrekt die Replik der Vorinstanz vom 17. September 2021 Rz. 23).

Wie die Vorinstanz zutreffend betont, traten in den Jahren 2007 und 2008 keine Ereignisse ein, welche die Stabilität des Kartellrechtsverstosses in Frage stellen würden. Deshalb durfte die Vorinstanz angesichts der nach 2006 (bis mindestens 2009) fortgesetzten Kommunikation der unverbindlichen Preisempfehlung für Viagra davon ausgehen, dass sich das vorwerfbare Verhalten unverändert fortgesetzt hatte. Die Beschwerdeführerin macht keine eindeutige Distanzierung geltend, wie dies das Bundesgericht von Verkaufsstellen verlangt, wenn sie nicht als Abredebeteiligte gelten wollen (vgl. BGE 147 II 72 E. 5.2.2). Dass eine solche Distanzierung im grossen Stil stattgefunden haben könnte (z.B. durch eine schlagartige Reduktion der Befolgung auf unter 50 % durch die Verkaufsstellen), ist angesichts von deren unveränderten Interessenlage über das Jahr 2006 hinaus kaum wahrscheinlich (vgl. BGE 147 II 72 E. 5.2.2; Verfügung Rz. 34 ff., 118 f., 270). Insbesondere beruft sich die Beschwerdeführerin auch nicht darauf, dass sie selbst als Herstellerin/Vertreiberin von Viagra etwas gegen einen Verbleib ihrer Preisempfehlung in den Systemen von e-mediat getan hätte, wie die Vorinstanz zu Recht anmerkt (Replik vom 17. September 2021 Rz. 22 FN 20). Vielmehr räumt sie in ihrer Duplik (verweisend auf BGE 147 II 72 E. 8.4.4.1 [recte: 8.4.4.2]) selbst ein, dass sie "spätestens seit Erlass der angefochtenen Verfügung im November 2009 keine PPE für Viagra an die Verkaufsstellen" mehr abgebe (Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 68, 73; Duplik vom 22. November 2021 Rz. 5; zutreffend die Replik der Vorinstanz vom 17. September 2021 Rz. 22 Fn. 21). Somit bestätigt

sie im Ergebnis die von der Vorinstanz festgehaltene Dauer des Kartellverstosses.

Die vorgenommene Sanktionierung bis zum 31. Dezember 2008 ist daher ebenso wenig zu beanstanden wie die Erhöhung des Basisbetrags um 40 % (unter Zugrundelegung einer Verstossdauer von 57 Monaten).

3.6 Nach Art. 6 Abs. 1 SVKG wird der Betrag nach Art. 3 und 4 KG bei *mildernden Umständen* vermindert, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet.

Diese Norm enthält keine abschliessende Aufzählung von mildernden Umständen ("insbesondere"), weshalb nebst den gesetzlichen auch weitere mildernde Umstände berücksichtigt werden können (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 83).

Für Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG hält Art. 6 Abs. 2 SVKG fest, dass der Betrag nach den Art. 3 und 4 vermindert wird, wenn das Unternehmen: (a) dabei ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat; (b) Vergeltungsmassnahmen, die zur Durchsetzung der Wettbewerbsabrede vereinbart waren, nicht durchgeführt hat.

Während die Vorinstanz keine mildernden Umstände zu erkennen vermochte (angefochtene Verfügung, Rz. 379 ff.; Replik vom 17. September 2021 Rz. 35), macht die Beschwerdeführerin verschiedene Gründe für deren Vorliegen geltend, um die beantragte Sanktionsreduktion auf den symbolischen Betrag von Fr. 1.– zu rechtfertigen.

3.6.1 Die Beschwerdeführerin erklärt, die von ihr nicht verschuldete, sehr lange Verfahrensdauer (von mehr als 15 Jahren seit Eröffnung der Untersuchung) stelle eine *schwere Verletzung des Beschleunigungsgebots* dar. Gemäss europäischer Praxis sowie gemäss Bundesgericht führe dies zum Sanktionsverzicht oder zumindest zu einer Strafreduktion (BGE 143 IV 373, E. 1.4.1; 143 IV 49, E. 1.8.2; 133I V 158 E. 8). Deshalb müsse – entsprechend der rechtsprechungsgemäss höchstzulässigen Dauer von rund zehn Jahren – die Sanktion um jeweils 10 % reduziert werden, was zu einer weiteren Reduktion um 50 % führe (Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 48-50).

Dem hält die Vorinstanz entgegen, die Länge des vorliegenden Verfahrens stelle kein mildernder Umstand dar und rechtfertige schon gar keinen Sanktionsverzicht. Dies lasse sich auch nicht aus dem bundesverwaltungsgerichtlichen Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 (Rz. 1644) ableiten, wie die Beschwerdeführerin zu Unrecht meine.

Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf eine Beurteilung innert angemessener Frist. Für straf- und zivilrechtliche Verfahren ist dieser Anspruch in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgesehen, der auf die "strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen" Kartellsanktionsverfahren anwendbar ist (BGE 139 I 72 E. 2.2.2, 4.2; Art. 6 Abs. 1 EMRK: "Jede Person hat ein Recht darauf, dass [...] über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage [...] in einem fairen Verfahren, [...] innerhalb angemessener Frist verhandelt wird"). Bei der Anwendung der EMRK-Garantien auf andere als Kernbereiche des Strafrechts, wo die zeitlichen Anforderungen an die Verfahrensgestaltung wegen des Schuldvorwurfs am strengsten sind, können sachgerechte Anpassungen vorgenommen werden (vgl. Urteil B-710/2014 E. 15.2.2; Urteil B-831/2011 Rz. 1479 m.w.H.).

Weder der EGMR noch das Bundesgericht definieren feste Fristen, welche der Beurteilung der Angemessenheit der Dauer von Verfahren zugrunde gelegt werden könnten. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob sich unter den konkreten Umständen die jeweilige Verfahrensdauer rechtfertigen lässt (vgl. Urteil des EGMR 42836/12 vom 9. Juli 2015 [El Khoury/Deutschland] Ziff. 82). Daher kann im Einzelfall selbst eine unüblich lange Verfahrensdauer angemessen sein (Urteil des EGMR 68919/10 vom 4. September 2014 [Peter/Deutschland] Ziff. 47; vgl. auch das Urteil B-2977/2007 E. 7.5.4, wonach Verfahrensdauern von über zehn Jahren grundsätzlich nicht mehr als angemessen bewertet werden können; vgl. Urteil des BGer 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.2).

Für die Beurteilung der Dauer von Verfahren sind gemäss der Praxis folgende Gesichtspunkte massgeblich (vgl. Urteil B-831/2011 Rz. 1646 m.H. auf die EGMR-Rechtsprechung):

1. Umfang und Komplexität der aufgeworfenen Sach- und Rechtsfragen, wobei komplexe Wirtschaftsfälle angesichts der Anzahl an Betroffenen, der Verarbeitung umfangreicher Geschäftunterlagen, der Einholung von Zeugenaussagen und Gutachten einen erhöhten Aufwand erfordern;

2. die Sachgerechtigkeit des behördlichen bzw. gerichtlichen Vorgehens einschliesslich von Art und Umfang der durchzuführenden Untersuchungshandlungen sowie der objektiven Dringlichkeit der Angelegenheit. Insbesondere können längere, nicht gerechtfertigte Perioden der Untätigkeit zur Unangemessenheit führen, selbst wenn die Dauer als solche nicht unverhältnismässig gewesen wäre;
3. das Verhalten der Partei, z.B. bei Anträgen, welche den Verfahrensgang fördern oder verzögern;
4. die Bedeutung der Angelegenheit für die betroffene Person einschliesslich der Schwere des (Schuld-)Vorwurfs sowie ihrer finanziellen und sonstigen Interessen.

In Grundsatzfragen kann als weiterer Punkt bei der Verfahrensführung das Bedürfnis nach Koordination mit anderen Verfahren berücksichtigt werden (vgl. Urteil des EGMR 68919/10 vom 4. September 2014 [Peter/Deutschland] Ziff. 46). Auch kann z.B. ein befristeter personeller behördlicher Engpass eine Verlängerung des Verfahrens rechtfertigen, nicht aber chronische Überlastung der Behörde und/oder strukturelle Mängel des Verfahrens (vgl. Urteil des EGMR 35632/13 vom 13. Januar 2015 [Hoholm/Slowakei] Ziff. 49; vgl. BGE 130 I 312 E. 5.2). Ab einer bestimmten Dauer kann im Einzelfall allein aufgrund der insgesamt abgelaufenen Zeit eine Beurteilung vorgenommen werden, ohne dass es einer detaillierten Analyse der Unangemessenheit bezüglich aller Kriterien oder Instanzen bedarf (vgl. Urteil des EGMR, 53339/09 vom 2. Dezember 2014 [Siermiński/Polen] Ziff. 66). Doch bestehen auch hierfür keine vorgegebenen festen Fristen (vgl. Urteil B-831/2011 Rz. 1647).

Kartellrechtliche Sanktionsverfahren sind wegen ihres strafrechtlichen beziehungsweise strafrechtsähnlichen Charakters (BGE 143 II 297 E. 9.1) grundsätzlich beförderlich zu behandeln. Das heisst, je weniger komplex ein Verfahren oder je bedeutender es für die Parteien ist, desto schneller muss es abgeschlossen werden (vgl. z.B. BGE 144 II 486 E. 3.2; 135 I 265 E. 4.4, je m.H.). Zu berücksichtigen ist aber, dass Kartellrechtsverfahren nicht selten umfangreiche und komplexe Sachverhalte betreffen, die den Rechtsanwender hinsichtlich der geforderten Abklärungstiefe vor nicht zu unterschätzende Herausforderungen stellen können (Urteil B-831/2011 Rz. 1651). So bedarf es einer Durchdringung und Abgrenzung von Märkten sowie vielfach einer Einarbeitung in die Besonderheiten des Sachgebiets

in technischer wie auch ökonomischer Hinsicht. Soweit Marktverhältnisse abzuklären sind, müssen weitere Wirtschaftsteilnehmer einbezogen werden. Die Wettbewerbsbehörden sind oftmals gezwungen, in mehreren Etappen durch eine alternierende Befragung von Wirtschaftsteilnehmern den Sachverhalt aufzubereiten und viele Informationen zu verarbeiten, auch wenn sich oft nur ein geringer Teil als entscheidend erweisen mag. In rechtlicher Hinsicht sehen sich die Wettbewerbsbehörden häufig vor neue und schwierige Rechtsfragen gestellt, was eine gewissenhafte Fallbearbeitung bedingt.

Wie die Vorinstanz zutreffend betont (Replik vom 17. September 2021 Rz. 27), sind rechtsprechungsgemäss keine fixen Zeiträume für die Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer vorgegeben (Urteil 2C_596/2019 E. 11.2). Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob sich die tatsächliche Dauer unter den konkreten Umständen rechtfertigen lässt (vgl. Urteil 2C_596/2019 E. 11.2; Urteil B-831/2011 E. 1644).

Im Sinne der Einschätzung der Vorinstanz lag in Bezug auf die drei Fälle (Viagra, Cialis und Levitra) hinsichtlich des sachlichen Umfangs und der vorzunehmenden Abklärungstiefe ein Sachverhalt vor, der sich aufgrund seiner gesundheitsrechtlichen Markteinbettung als sehr komplex erwies.

Der Einwand der Beschwerdeführerin, es sei nicht ihr vorzuwerfen, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem ersten Urteil B-364/2010 die Anwendung des Kartellgesetzes verneint beziehungsweise "die Wettbewerbskommission durch ihre zweifache Beschwerde ans Bundesgericht" das Verfahren verzögert habe (Duplik vom 22. November 2021 Rz. 49), ist in diesem Zusammenhang unerheblich, geht es doch hier einzig darum, abzuklären, ob sich die Umstände, welche zu einer Verlängerung des (Gesamt-)Verfahrens geführt haben, objektiv rechtfertigen lassen.

Die hier bemängelte rund fünfzehnjährige Verfahrensdauer zerfällt in *fünf* klar zu unterscheidende Zeitabschnitte: Die Untersuchung (mit einer nicht zu beanstandenden Dauer von knapp dreieinhalb Jahren, d. h. vom 26. Juni 2006 – 2. November 2009) sowie *vier* Gerichtsverfahren vor Bundesjustizbehörden (vgl. im Sachverhalt unter A.c bis A.f mit für sich alleine betrachtet – angesichts der geschilderten Komplexität – ebenfalls nicht zu beanstanden jeweiligen Verfahrensdauern).

Diese Fallkonstellation unterscheidet sich grundsätzlich vom Sachverhalt, den die Beschwerdeführerin zu Unrecht für massgeblich erachtet. Im von

ihr erwähnten Fall (i.S. Six Group/SIX Payment Services) hatte das Bundesverwaltungsgericht eine Verfahrensdauer von über zehn Jahren als "zweifelloos sehr lang" qualifiziert, aber dennoch als zulässig eingeschätzt, zumal damals nur die Dauer der Untersuchung und des Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht, das über sieben Jahre gedauert hatte (Urteil B-831/2011 E. 1653), zu prüfen waren (Urteil B-831/2011 E. 1658 sowie hierzu insb. das bundesgerichtliche Urteil 2C_596/2019 E. 11.5, wo die Sicht des Bundesverwaltungsgerichts geschützt und eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes verneint wird).

Zusammenfassend ergibt somit eine Gesamtwürdigung dieses durchaus komplexen Kartellsanktionsverfahrens, welches sich *zweimal* über zwei Gerichtsinstanzen hingezogen hat, dass hier das Recht der Beschwerdeführerin auf Beurteilung innerhalb einer angemessenen Verfahrensdauer nicht verletzt wurde.

Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, stellt die bisherige Verfahrenslänge daher keinen bemessungswirksamen mildernden Umstand dar.

3.6.2 Als weiteren Grund, der eine Sanktionsreduktion rechtfertigt, weist die Beschwerdeführerin auf ihr – ihrer Ansicht nach – *geringes Verschulden* hin: Sie habe die Preisempfehlung für Viagra im Lichte der Preisbekanntgabeverordnung, des Heilmittelgesetzes sowie der Praxis der Wettbewerbskommission wiederholt sorgfältig geprüft, ohne einen Rechtsverstoss festzustellen. Somit habe sie die Unzulässigkeit der Preisempfehlung für Viagra nicht vorhersehen können, was als mildernder Umstand zu werten sei (vgl. Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 20 ff., 51).

Wie die Vorinstanz zu Recht einwendet (Replik vom 17. September 2021 Rz. 4, 5, 32), folgt die Beschwerdeführerin mit ihrer Rechtfertigung, sie habe ihre Preisempfehlung für Viagra für zulässig halten dürfen, einem durch BGE 147 II 72 nunmehr überholten Blickwinkel. Verworfen wurde auch das zur Rechtfertigung vorgebrachte Argument der Preisbekanntgabeverordnung sowie der Bekanntmachung vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek; vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.4.1).

Wie das Bundesgericht für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich (E. 2) festgehalten hat, musste die Beschwerdeführerin von einem Verstoss ausgehen und war für das ihr vorgeworfene Verhalten auch verantwortlich (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.3).

Einzig entscheidend ist somit hier, dass die Beschwerdeführerin vorsätzlich gegen das Kartellgesetz verstossen hat und ihr die Unzulässigkeit ihres Verhaltens bewusst war beziehungsweise hätte bewusst sein müssen. Insofern liegt kein "reduziertes Verschulden" vor, wie die Vorinstanz richtig anmerkt (Replik vom 17. September 2021 Rz. 18).

Auf den Einwand der Beschwerdeführerin, sie hätte sich als europaweit agierendes Unternehmen bei kartellrechtlichen Unklarheiten am Recht der EU orientieren dürfen, wo eine unverbindliche Preisempfehlung unbedenklich sei, soweit auf Druck oder Anreize verzichtet werde, wovon das Bundesgericht nun ganz unerwartet abgewichen sei, ist unter diesen Umständen nicht mehr weiter einzugehen.

3.6.3 Nicht zu folgen ist der Beschwerdeführerin auch soweit sie sich auf "passives Verhalten" beruft, welches gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG auch dann vorliege, wenn ein Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung auf Geheiss von anderen Abredeteiligen nachvollziehe, aber an vorangehenden Treffen und Gesprächen nicht teilgenommen habe. Ein Verhalten sei passiv, wenn der Betroffene Preisempfehlungen auf Geheiss von anderen Unternehmen herausgebe, auf diese aber weder Druck ausübe noch Anreize für das Einhalten der Empfehlungen setze. Sie habe die Preisempfehlung für Viagra nur veröffentlicht, ohne aber auf das Preisverhalten der Wiederverkäufer Einfluss zu nehmen. Daher müsse ein solch passives Verhalten als mildernder Umstand berücksichtigt werden (Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 52 f., Duplik vom 22. November 2021 Rz. 51 f.).

Dass die Beschwerdeführerin im fraglichen Zeitraum nie aktiv auf das Preisverhalten der Wiederverkäufer Einfluss nahm, ist unbestritten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 136 f. sowie das Urteil B-846/2015 E. 9.1.3). Vielmehr waren es gewisse Apotheken, welche die Beschwerdeführerin um eine Preisempfehlung für Viagra baten und ihr sogar mit Boykott drohten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 136 sowie BGE 147 II 72 E. 5.2.3).

Mit der Vorinstanz (Replik vom 17. September 2021 Rz. 29) ist jedoch im Sinne der verbindlichen Ausführungen des Bundesgerichts festzuhalten, dass im vorliegenden Kontext bereits die Kundgabe der unverbindlichen Preisempfehlung sowie das unabhängige Befolgen durch eine genügende Anzahl von Wiederverkäufern für eine Abstimmung genügt – ohne dass dafür Druck oder Anreize seitens der Beschwerdeführerin nötig wären (vgl. BGE 147 II 72 E. 4.5.1, 6.4.6).

Es liegt somit kein "passives Verhalten" vor, dass eine Reduktion der Sanktion zu rechtfertigen vermöchte. Das Bundesgericht spricht denn beim Verhalten der Beschwerdeführerin etwa auch von "zukommen lassen" (BGE 147 II 72 E. 8.4.3, E. 5.2.2) und "Aufnahme [...] veranlasste" (BGE 147 II 72 E. 5.2.2).

3.6.4 Um eine Sanktionsreduktion zu begründen, beruft sich die Beschwerdeführerin auch auf ihr langjähriges Antitrust *Compliance* Programm und erklärt, sie habe sich seit jeher aktiv und ernsthaft darum bemüht, sämtliche wettbewerbsrechtlichen Regeln einzuhalten und zu diesem Zweck für ihre Mitarbeiter regelmässig Kartellrechts-Schulungen durchgeführt. Daneben habe sie laufend kontrolliert, ob das Kartellrecht effektiv eingehalten werde. Insbesondere habe sie den Erlass der revidierten Vertikalbekanntmachung vom 2. Juli 2007 zum Anlass genommen, ihre Preisempfehlung im Lichte der neu eingeführten Kriterien zu prüfen. Sie habe sich ernsthaft bemüht, die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften konsequent einzuhalten. Auch habe sie auf die frühere Praxis der Vorinstanz und ihres Sekretariats vertrauen dürfen. Insofern sei die Eignung und Wirksamkeit des Compliance Programms nicht in Frage gestellt. Auch das Bundesverwaltungsgericht anerkenne im Urteil B-7633/2009 vom 14. September 2015 (E. 674 ff. und E. 692) die Berücksichtigungsfähigkeit von Compliance Programmen und lasse eine allenfalls sanktionsausschliessende Wirkung eines Compliance Programmes ausdrücklich offen (Beschwerde vom 18. Januar 2010 Rz. 419; Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 54-59).

Ein Compliance Programm wird gestützt auf Art. 6 Abs. 1 SVKG nur dann sanktionsmindernd berücksichtigt, wenn es: (1) bereits zum Zeitpunkt des Verstosses bestanden hat, so dass das Unternehmen durch das Compliance Programm aufzeigen kann, dass der Verstoß gegen den ausdrücklichen Willen des Unternehmens geschehen ist und (2) nicht nur aus Weisungen, zirkulierten Vorschriften und Schulungen besteht, sondern auch effektive Überwachungs-, Kontroll- und Durchsetzungsmechanismen umfasst. Compliance-Programme wirken aber nie schuldausschliessend (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.6.2; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.2.4). Insofern könnten selbst genügende Bemühungen der Beschwerdeführerin zur Vorbeugung von Kartellrechtsverstössen höchstens schuld- und sanktionsmindernd berücksichtigt werden. Denn ein den Anforderungen genügendes Compliance-Programm vermag das Unternehmen zwar allenfalls vom Vorwurf des Organisationsmangels zu entlasten, nicht aber von der Verantwortung für ein schuldhaftes Verhalten der im Na-

men des Unternehmens kartellrechtswidrig handelnden Personen (vgl. Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.5 und B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.2.3). Praxisgemäss werden an die Ernsthaftigkeit und Eignung eines Compliance-Programms hohe Anforderungen gestellt. Das betroffene Unternehmen hat entsprechende Bemühungen überzeugend darzulegen, zumal die fraglichen Umstände in seiner Sphäre liegen (Urteil B-807/2012 E. 11.2.4; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 88; KRAUSKOPF, a.a.O., DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2 Rz. 59).

In den von der Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 23. Juli 2021 eingereichten undatierten Slides zur internen Kartellrecht-Compliance-Schulung wird zwar auf "Preisempfehlungen" und "unverbindliche Publikumspreisempfehlungen" hingewiesen und festgehalten, dass – ohne vorgängige Rücksprache mit dem Legaldepartement – mit Konkurrenten nicht darüber zu sprechen respektive auch beim Umgang mit dem Handel bei diesem Thema mit dem Legaldepartement vorgängig Rücksprache zu nehmen sei (Beilage 2, Slide 15, 16). Wie schon die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 19. Mai 2010 (Rz. 101) bemängelt, hat die Beschwerdeführerin es aber – auch im vorliegenden Verfahren – versäumt, ausführlich und *konkret* darzulegen, inwiefern ihr Compliance Programm geeignet gewesen wäre, den vom Bundesgericht in BGE 147 II 72 geforderten sorgfältigen Umgang mit Preisempfehlungen zu garantieren, respektive es ermöglicht hätte, die hier zur Diskussion stehende Problematik zu erkennen.

Eine allfällige Sanktionsminderung aufgrund der geltend gemachten Compliance-Bemühungen der Beschwerdeführerin kommt daher nicht in Frage.

3.6.5 Wie die Beschwerdeführerin zutreffend anführt (Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 60 ff.), kann *kooperatives Verhalten* praxisgemäss auch ausserhalb einer Bonusmeldung sanktionsmindernd berücksichtigt werden (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 86).

Dass sich die Beschwerdeführerin in der Vorabklärung und der Untersuchung stets kooperativ verhalten und alles Notwendige unternommen hat, um eine beförderliche Beurteilung durch die Wettbewerbsbehörden zu ermöglichen, ist unbestritten und durchaus positiv zu werten. Doch geht das von ihr im Untersuchungsverfahren an den Tag gelegte Verhalten nicht über das übliche Mass hinaus, welches von einer Untersuchungsadressatin im Rahmen der Mitwirkungspflicht erwartet werden darf. Dies gilt auch insoweit, als die Beschwerdeführerin etwa geltend macht, im Januar 2009

kurz vor der Zustellung des Verfügungsantrags im Februar 2009 dem Sekretariat "ohne Umschweife" per E-Mail die gewünschten Umsatzzahlen (vgl. act. 448) und von sich aus ausserhalb der Beantwortung des Fragebogens für die Wettbewerbsbehörden allenfalls interessierende Dokumente zugestellt zu haben (z.B. act. 424).

Das kooperative Verhalten der Beschwerdeführerin führt daher im vorliegenden Fall nicht zu einer Minderung der Sanktion (vgl. Urteil des BVer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 14.4.6).

3.6.6 Nicht zu folgen ist der Beschwerdeführerin auch, soweit sie eine Sanktionsminderung mit Verweis auf die strafrechtliche Praxis zur *Vorverurteilung* begründet und dabei geltend macht, sie sei in den Medien gestützt auf Pressemitteilungen des Sekretariats vorverurteilt worden. In gewissen Zeitungsartikeln sei fälschlicherweise von horizontalen Preisabsprachen mit anderen Herstellern berichtet worden. Selbst ein Vize-Direktor des Sekretariats habe der Vorverurteilung Vorschub geleistet und in einem Radiointerview erklärt, es handle sich um eine Preisbindung, welche die Preisfestsetzungsfreiheit der Wiederverkäufer beseitige. Als börsennotierte Gesellschaft sei Pfizer von solcher negativen und falschen Berichterstattung besonders betroffen (Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 63-65).

Mit ihrem Verweis auf strafrechtliche Urteile und die dazugehörige Strafrechtslehre (hier: BGE 128 IV 97; Urteil des BVer 9X.1/1998 vom 29. Oktober 1999; WIPRÄCHTIGER, in: Niggli/Wiprächtiger, BSK-StGB. Band 1, 4. Auflage, Basel 2019, N 199a zu Art. 47 m.H.) scheint die Beschwerdeführerin zu übersehen, dass Sanktionsverfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG keine Strafverfahren darstellen, für welche eine direkte Anwendung der von ihr angeführten Strafbemessungsgrundsätze diskutiert werden könnten. Vielmehr behalten kartellgesetzliche Sanktionsverfahren ihre Rechtsnatur als Verwaltungsverfahren bei, auch wenn jene resp. Sanktionen nach Art. 49a KG als "strafrechtsähnlich" (BGE 147 II 144 E. 5.2.1) oder sogar "strafrechtlich" (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.3.2 m.H.) im Sinne von Art. 6 EMRK gelten. Dass die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte "mediale Vorverurteilung" ein so ausserordentliches Ausmass angenommen hätte, dass sich hier eine Diskussion hinsichtlich einer allfälligen analogen Übernahme strafrechtlicher Grundsätze auf Kartellverwaltungsverfahren aufdrängen würde, ist im Übrigen nicht ersichtlich.

3.6.7 In der angefochtenen Verfügung wird "aus faktischen und praktischen Gründen" darauf verzichtet, die als mitschuldig bezeichneten "Verkaufsstellen" (d. h. die Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte) zu sanktionieren. Die Vorinstanz hält es für kaum vorstellbar, wie deren Verfahrensrechte überhaupt gewahrt werden könnten. Sie gibt zu bedenken, dass sich nicht in jedem Einzelfall feststellen lasse, ob ein "Unternehmen" die Preisempfehlungen tatsächlich befolgt habe: Hausdurchsuchungen sowie Partei- und Zeugenbefragungen bei mehr als 5'000 Parteien seien abgeschlossen. Für eine Sanktionierung auf die ungeprüften Selbstdeklarationen in den Fragebögen zurückzugreifen, komme nicht in Frage, da deren Vertrauenswürdigkeit zweifelhaft sei. Trotz Sanktionsverzicht hätten aber auch die Verkaufsstellen mit dem Einhalten der Empfehlungen eine unzulässige und daher sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkung ausgeführt (angefochtene Verfügung Rz. 384 ff.).

In diesem Zusammenhang wirft die *Beschwerdeführerin* der Vorinstanz vor, das *Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 BV* zu verletzen, da nur Pfizer, Eli Lilly und Bayer sanktioniert worden seien (vgl. Beschwerde vom 18. Januar 2010 Rz. 428-434; Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 66 f.). Dies, obwohl alle Verkaufsstellen sich kartellrechtswidrig verhalten und durch das Einhalten der unverbindlichen Preisempfehlungen vom fehlenden Wettbewerb profitiert hätten. Gingen hier alle von der Untersuchung erfassten Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte "straffrei" aus, obwohl die Unzulässigkeit der Preisempfehlung hauptsächlich deren Verhalten zuzuschreiben sei, müsste auch ihr gegenüber auf eine Sanktion verzichtet (oder diese wenigstens erheblich gesenkt) werden, zumal sie weder Druck ausgeübt noch Anreize für die Einhaltung der Preisempfehlung gesetzt habe.

Die *Vorinstanz* hält diese Kritik für unberechtigt: Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes würde erst dann vorliegen, wenn – obschon die Untersuchung gegen *alle* auf dem Schweizer Markt tätigen Apotheken und SD-Ärzte eröffnet worden war (angefochtene Verfügung Rz. 382) – nur die *befragten* Verkaufsstellen mit einer Sanktion belegt würden und somit eine Auswahl unter den verfahrensinvolvierten Parteien getroffen würde. Die Situation der Herstellerinnen sei nicht mit derjenigen der Verkaufsstellen vergleichbar. Auf Herstellerstufe seien lediglich die *Beschwerdeführerin*, Bayer und Eli Lilly in die Untersuchung einbezogen und untereinander gleichbehandelt worden. Diese Auswahl sei getroffen worden, weil die Preise der drei, dem gleichen Sachmarkt zugehörigen Produkte – Viagra,

Levitra und Cialis – nahezu identisch seien, was den Verdacht auf das Vorliegen einer horizontalen Abrede geweckt habe (Verfügung Rz. 74; Vernehmlassung vom 19. Mai 2010 Rz. 94).

Die Vorinstanz reduziert die Rüge der Beschwerdeführerin einzig auf die Prüfung der Frage, ob *innerhalb* der Herstellerstufe beziehungsweise der Vertriebsstufe das Gleichbehandlungsgebot eingehalten worden sei. Dies ist zweifellos der Fall, nachdem Pfizer, Bayer und Eli Lilly – auf "Herstellerstufe" – sanktioniert wurden und diese Rechtsfolge allen Verkaufsstellen – auf der "Vertriebsstufe" – erspart blieb. Diese beiden unterschiedlich strukturierten Gruppen wurden untereinander gleichbehandelt, was selbst die Beschwerdeführerin zu Recht nicht in Abrede stellt. Doch macht die Beschwerdeführerin mit ihrer Kritik im Ergebnis einen *Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht* geltend, worauf die Vorinstanz nicht eingeht.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung geht der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in der Regel der Rücksicht auf die gleichmässige Rechtsanwendung vor. Der Umstand, dass ein Gesetz in gewissen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt den Betroffenen grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Ausnahmsweise und unter strengen Bedingungen wird aber im Rahmen des verfassungsmässigen Gleichheitssatzes ein Anspruch auf *Gleichbehandlung im Unrecht* anerkannt (Art. 8 Abs. 1 BV). Dies setzt voraus, dass die zu beurteilenden Fälle in den tatbestandserheblichen Sachverhaltselementen übereinstimmen und dieselbe Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zu erkennen gibt, dass sie auch inskünftig nicht gesetzeskonform entscheiden werde. Nur bei fehlendem Willen, eine rechtswidrige Praxis aufzugeben, überwiegt das Interesse an der Gleichbehandlung der Betroffenen gegenüber demjenigen an der Gesetzmässigkeit (statt vieler BGE 146 I 105 E. 5.3.1; 139 II 49 E. 7.1; Urteile des BVerger A-2567/2020 vom 3. März 2022 E. 4.3 sowie B-787/2014 vom 16. November 2022 E. 14.2.5).

Dass die Vorinstanz keine ungeprüften Selbstdeklarationen zur Grundlage einer Sanktionierung machen wollte und auch davon absah, bei mehr als 5'000 Parteien Hausdurchsuchungen (inkl. Partei- und Zeugenbefragungen) durchzuführen, ist nachvollziehbar und kennzeichnet diesen Fall im Vergleich zur bisherigen Praxis der WEKO als einzigartig.

Dass das Befolgen der Preisempfehlung durch die Verkaufsstellen im Rahmen der "abgestimmten Verhaltensweise" nach Art. 49a KG *nicht* sanktionswürdig wäre, lässt sich dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichtes aber nicht entnehmen.

Inwiefern bezüglich des in der Folge ergangenen Verzichts auf Sanktionierung von einer *neuen* Praxis der Vorinstanz beziehungsweise davon auszugehen wäre, dass sie *auch inskünftig* von Sanktionierungen gewisser Abredebeteiligten absehen wird, ist indessen ebenfalls *nicht* ersichtlich.

Insofern sind im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht nicht erfüllt, weshalb die von der Beschwerdeführerin beantragte Sanktionsminderung nicht in Frage kommt.

3.6.8 Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin führt auch die Tatsache, dass sie die Preisempfehlung für Viagra seit spätestens November 2009 nicht mehr abgibt (Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 68), zu keiner Minderung der Sanktion.

Nach Art. 6 Abs. 1 KG wird ein mildernder Umstand insbesondere dann angenommen, wenn das Unternehmen *die Wettbewerbsbeschränkung* nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26-30 KG *beendet*.

In den Erläuterungen zur Sanktionsverordnung legt die Vorinstanz dar, dass die freiwillige und sofortige Aufgabe eines Verstosses gegen das KG nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, insbesondere der Austritt aus einem (unzulässigen) Kartell, eine unmittelbar wettbewerbsfördernde Wirkung habe und entsprechend honoriert werden soll (www.weko.admin.ch > Rechtliches/Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen).

Die erst "spätestens seit Erlass der angefochtenen Verfügung im November 2009" erfolgte Einstellung der Abgabe von Preisempfehlungen kann daher nicht sanktionsmindernd berücksichtigt werden (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 85; KRAUSKOPF, a.a.O., DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2 Rz. 53).

3.6.9 Nicht zielführend sind schliesslich auch die Rügen zur *Verhältnismässigkeit* der Sanktion, welche die Beschwerdeführerin weder für erforderlich unter Präventionsaspekten noch als betraglich zumutbar erachtet: Ein weit-

aus geringerer Betrag reiche aus, um abschreckend zu wirken. Die Vorinstanz setze den berechneten Sanktionsbetrag nur in Relation zu den in den vergangenen Jahren erwirtschafteten Unternehmensumsätzen und äussere sich nicht zur mutmasslich erzielten Kartellrente. Dies lasse vermuten, dass sie den Gewinn und die Marge nie untersucht habe oder für vernachlässigbar erachte. Daher sei die unverhältnismässig hohe Sanktion für den höchstens als leicht zu qualifizierenden Verstoss auf einen symbolischen Franken zu reduzieren (Vernehmlassung vom 23. Juli 2021 Rz. 73 ff.).

Nach Art. 2 Abs. 2 SVKG ist bei der Festsetzung der Sanktion das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten. Diesbezüglich ist in jedem Fall auch zu prüfen, ob die gestützt auf die im KG beziehungsweise der SVKG enthaltenen Bestimmungen errechnete Sanktion erforderlich ist, um das vom Gesetzgeber gewünschte Ziel zu erreichen, sowie ob die Sanktion dem vorgeworfenen Wettbewerbsverstoss angemessen erscheint und dem sanktionierten Unternehmen zumutbar ist (TAGMANN/ZIRLICK a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 93). Eine Sanktion ist somit nur dann verhältnismässig, wenn sie geeignet und erforderlich ist, um eine abschreckende Wirkung zu erzielen, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels notwendig ist (Urteil B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 13.3.5).

Im vorliegenden Fall können bereits aufgrund der Auseinandersetzung mit der Sach- und Rechtslage im Zusammenhang mit den differenzierten Bemessungskriterien der Art. 3-6 SVKG angesichts der vom Bundesgericht verbindlich festgestellten Tragweite des Kartellverstosses keine Zweifel daran bestehen, dass die der Beschwerdeführerin auferlegte Sanktion als geeignet und erforderlich erscheint, um eine hinreichend abschreckende Wirkung zu erzielen.

Dass der ihr auferlegte Sanktionsbetrag finanziell nicht zumutbar wäre, weil sie sich dadurch einem Konkursrisiko aussetzen würde, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend (vgl. TAGMANN/ZIRLICK a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 58 zur "inability to pay ITP") und ist auch für das Bundesverwaltungsgericht nicht ersichtlich.

Die der Beschwerdeführerin auferlegte Sanktion erweist sich somit sowohl als spezial- wie auch als generalpräventiv wirksam, finanziell zumutbar und daher als verhältnismässig.

Unter diesen Umständen kann – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin – offenbleiben, in welchem genauen Betrag die Beschwerdeführerin als Herstellerin von den vom Bundesgericht als "ausserordentlich hoch" bezeichneten Preise (BGE 147 II 72 E. 5.4.2.2) profitierte.

4.

Zusammenfassend sind die Rügen der Beschwerdeführerin zur Sanktionsbemessung unbegründet.

Die Beschwerde ist daher abzuweisen und die vorinstanzlich festgesetzte Sanktion von Fr. 2'860'174.– zu bestätigen.

5.

Da die Urteile B-364/2010 vom 3. Dezember 2013 und B-846/2015 vom 19. Dezember 2017 vom Bundesgericht in den jeweiligen Rückweisungsurteilen 2C_75/2014 (BGE 141 II 66) und 2C_149/2018 (BGE 147 II 72) immer vollständig aufgehoben wurden, sind im vorliegenden Verfahren die finanziellen Nebenfolgen des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens neu zu regeln.

5.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das für die Kostenverteilung massgebende Ausmass des Unterliegens ist aufgrund der gestellten Rechtsbegehren zu beurteilen (MICHAEL BEUSCH, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 63 N. 13).

Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2) und ist vorliegend auf Fr. 24'000.– festzusetzen.

Die Beschwerdeführerin ist bei diesem Verfahrensausgang als gänzlich unterliegend zu betrachten, weshalb ihr für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht Fr. 24'000.– auferlegt werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE). Dieser Betrag wird dem im ersten Vorverfahren B-364/2010 geleisteten (und auf das zweite Vorverfahren B-846/2015 übertragenen) Kostenvorschuss von Fr. 24'000.– entnommen. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

5.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG hat eine obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. auch Art. 7 ff. VGKE). Obsiegt die Partei nur teilweise, so ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Entschädigung wird der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Da die Beschwerdeführerin gänzlich unterliegt, ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

(Das Dispositiv folgt auf der nächsten Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. Der vorinstanzlich verfügte Sanktionsbetrag von Fr. 2'860'174.– wird bestätigt.

2.

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 24'000.– auferlegt und dem von ihr im ersten Vorverfahren B-364/2010 geleisteten (und auf das zweite Vorverfahren B-846/2015 übertragenen) Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 24'000.– entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli

Said Huber

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 20. Juni 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0326; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (Gerichtsurkunde)