



## **Urteil vom 13. Juni 2023**

---

Besetzung

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

---

Parteien

**Eli Lilly (Suisse) SA,**  
(...),  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. iur. Franz Hoffet und Dr. iur. Ramin Silvan Gohari,  
Homburger AG,  
(...),  
Beschwerdeführerin,  
gegen

**Wettbewerbskommission WEKO,**  
(...),  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

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

## Sachverhalt:

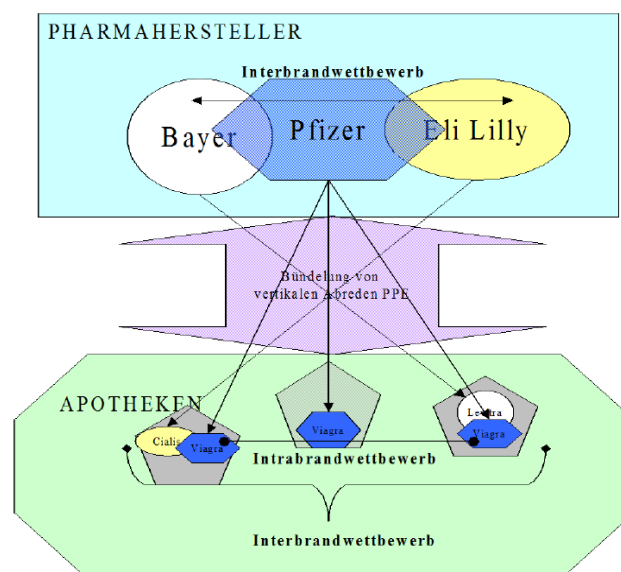
### A.

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

**A.b** Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Vorabklärung, da Eli Lilly, Bayer und Pfizer zu Cialis, Levitra und Viagra unverbindliche Publikumspreisempfehlungen (PPE) an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. 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. BBl 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-UE und e-mediat dürfen bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.
4. Die Hersteller Pfizer, Bayer und Eli Lilly werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet: [Eli Lilly: Fr. 2'087'225.-].
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 Eli Lilly gut und hob die Ziffern 1, 2, 4 und 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auf (Urteil B-360/2010). 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 Cialis 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 Cialis benötigten.

**A.d** Die dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht am 28. Januar 2015 gut (Urteil 2C\_79/2014) 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-843/2015). 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 Preisempfehlung wettbewerbsneutral als Preisobergrenze ausgewirkt, die zu hohe Verkaufspreise verhindert habe, ohne jedoch die Preisfestsetzungsfreiheit der Apotheken und der selbstdispensierenden Ärzte in wettbewerbschädlicher 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 7. Oktober 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 (Urteil 2C\_145/2018). 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 strittige Preisempfehlung für Cialis als Festpreisabrede ausgewirkt habe und da 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 3. November 2021 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz auf, sich angesichts des Rückweisungsurteils 2C\_145/2018 bis zum 7. Dezember 2021 zum Verfahren (insb. zur Sanktionsbemessung) zu äussern. Das am 2. Dezember 2021 eingereichte Fristerstreckungsgesuch der Beschwerdeführerin hiess das Bundesverwaltungsgericht am 6. Dezember 2021 gut und erstreckte die Vernehmlassungsfrist antragsgemäss bis zum 12. Januar 2022.

**B.b** Am 9. Dezember 2021 liess sich die Vorinstanz vernehmen mit der Bitte, "eine kurze Nachfrist einzuräumen und diese Eingabe als innerhalb derselben eingereicht zu betrachten". Die Vorinstanz beantragt, der verfügte Sanktionsbetrag von Fr. 2'087'225.– sei 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.

**B.c** Am 12. Januar 2022 reichte die Beschwerdeführerin ihre Stellungnahme ein mit folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Die Ziff. 4 und 7 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 in Sachen *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra* (22-0326) seien in Bezug auf die Eli Lilly (Suisse) SA aufzuheben.
2. Die Eli Lilly (Suisse) SA sei mit einem rein symbolischen Betrag, höchstens aber CHF 10'000, zu belasten.
3. Eventualiter sei der Betrag der Sanktion zulasten der Eli Lilly (Suisse) SA erheblich herabzusetzen, höchstens aber auf CHF (...).
4. Die der Eli Lilly (Suisse) SA auferlegten Verfahrenskosten seien gemäss dem Ergebnis der Auskunftserteilung der Wettbewerbskommission nach Verfahrens Antrag 1 verhältnismässig zu kürzen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates.
6. Der von der Eli Lilly (Suisse) SA im Verfahren B-360/2010 geleistete und auf die Geschäftsnummer B-844/2015 und sodann auf die Geschäftsnummer B-4756/2021 übertragene Kostenvorschuss von CHF 18'000 sei dieser zurückzuerstatten."

Des Weiteren stellte sie folgende Verfahrensanträge:

- "1. Die Wettbewerbskommission sei zu verpflichten zu beziffern, wie viele der für die Untersuchung 22-0326 als Zeitaufwand angegebenen (...) Stunden auf die eingestellte Untersuchung betreffend eine horizontale Preisabrede zwischen der Eli Lilly (Suisse) SA, der Bayer AG und der Pfizer AG, entfallen, und diese nach Funktionsstufe der dafür eingesetzten Mitarbeiter aufzuschlüsseln.
2. Die Akten der Untersuchung 22-0326 der Wettbewerbskommission, der Verfahren B-360/2010 und B-843/2015 des Bundesverwaltungsgerichts sowie der Verfahren 2C\_79/2014 und 2C\_145/2018 des Bundesgerichts seien beizuziehen.

3. Alle als Geschäftsgeheimnisse bezeichneten Angaben und Beilagen seien als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten im Fall einer Entscheidpublikation nicht offenzulegen.
4. Im Fall einer Entscheidpublikation sei der Publikationstext der Eli Lilly (Suisse) SA vor Veröffentlichung zur Prüfung auf Geschäftsgeheimnisse zuzustellen."

## **C.**

**C.a** Mit Zwischenverfügung vom 21. Januar 2022 wurden die entsprechenden Stellungnahmen sowohl der Vorinstanz wie auch der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht.

**C.b** Mit Eingabe vom 27. Januar 2022 weist die Beschwerdeführerin das Bundesverwaltungsgericht darauf hin, dass die Vorinstanz mit ihrer Vernehmlassung vom 9. Dezember 2021 die gerichtlich festgelegte und am 7. Dezember 2021 endende Frist nicht eingehalten habe, weshalb deren Stellungnahme als unbeachtlich aus dem Recht zu weisen sei.

**C.c** Dieses Schreiben brachte das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 1. Februar 2022 der Vorinstanz zur Kenntnis. Gleichzeitig lehnte es den Antrag der Beschwerdeführerin ab, die vorinstanzliche Vernehmlassung vom 9. Dezember 2021 aus den Akten zu weisen.

## **D.**

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 im Rückweisungsurteil 2C\_145/2018 (E. 7.4.3) fest, dass die Beschwerdeführerin im relevanten Zeitraum – mit der Abgabe von unverbindlichen Preisempfehlungen zu Cialis – unzulässige und daher

zu sanktionierende vertikale Festpreisabreden traf. Insofern bejaht es sowohl das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG (Urteil 2C\_145/2018 E. 8.4.1) als auch die subjektive Vorwerfbarkeit des sanktionierten Verhaltens (Urteil 2C\_145/2018 E. 8.3.2 f.) und weist "die Sache zur beförderlichen Erledigung der Sanktionsbemessung im Sinne der Erwägungen" an das Bundesverwaltungsgericht zurück (Urteil 2C\_145/2018 E. 8.4.2, E. 10).

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist somit einzig die *konkrete Sanktionsbemessung* (vgl. Urteil 2C\_145/2018 E. 8.4.2, E. 10). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 3, 69-77, 79) ist davon die Auflage der vorinstanzlichen Verfahrenskosten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 391-399, sowie Dispositiv Ziffer 7) nicht erfasst, und es ist daher auf die diesbezüglichen Anträge und Rügen der Beschwerdeführerin nicht mehr weiter einzugehen.

## 2.

Hinsichtlich des konkreten Sanktionsbetrags kommt der rechtsanwendenden Wettbewerbsbehörde erhebliches Ermessen zu (Urteil 2C\_145/2018 E. 8.4.2; Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 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).

Das Bundesverwaltungsgericht ist im Übrigen an den im Rückweisungsurteil vorgezeichneten Rahmen gebunden (vgl. Urteil B-294/2022 E. 6.2.2), was ihm – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 28, 35 und 47) – insbesondere auch eine Auseinandersetzung mit der einschlägigen Literatur zum Urteil 2C\_145/2018 (bzw. zum gleichgelagerten Fall i.S. Pfizer/Viagra in 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. SVKG 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. 356 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. 371).

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. 2'087'225.– (angefochtene Verfügung Rz. 372-376).

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. 377-380) und legte deren Höhe auf Fr. 2'087'225.– fest (angefochtene Verfügung Rz. 381):

	Eli Lilly
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%
<b>Total</b>	<b>[2'087'225.-]</b>

**3.2** Nach Ansicht der Beschwerdeführerin spielt das ihr angelastete Verschulden eine zentrale Rolle. Deshalb müssten bei dessen Beurteilung "Rückschaufehler (hindsight bias)" vermieden werden, und es sei einzig auf die Rechtslage abzustellen, wie sie im relevanten Zeitraum bekannt gewesen sei. Insofern sei ihr Verschulden "rein hypothetischer Art", da sie sich zu jedem Zeitpunkt an die im relevanten Zeitraum bekannte Rechtslage gehalten habe und ihre unverbindlichen Preisempfehlungen jeweils umgehend an Änderungen der Rechtslage anpasste. Deshalb dürfe sie nur mit einer symbolischen Sanktion von höchstens Fr. 10'000.– sanktioniert werden.

*Eventualiter* sei die Sanktion erheblich herabzusetzen. Da der vorgeworfene Verstoss hinsichtlich "Schwere und Art" als sehr leicht einzustufen sei, müsse der Basisbetrag im niedrigsten Bereich bei höchstens 1 % festgelegt werden. Ausgehend von

- einem Basisbetrag von 1 % des in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielten Umsatzes von Fr. (...) (für die Jahre 2005 bis 2007),
- einer Erhöhung aufgrund der Dauer des Verstosses von 20 % und
- einer Herabsetzung um 75 % aufgrund bedeutender Milderungsgründe,

ergebe sich eine Sanktion von höchstens Fr. (...) nach diesem Schema:

Umsatz auf dem relevanten Markt (2005–2007)	██████████
Obergrenze des Basisbetrags	██████████
Berücksichtigung der Art und Schwere	1%
Basisbetrag	██████████
Dauer	20%
Mildernde Umstände	-75%
Total	██████████

**3.3** 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 sinngemäss geltend macht, die Vorgaben der Preisbekanntgabeverordnung sowie die bisherige WEKO-Praxis müssten als "subjektive Komponente" der "Vorwerfbarkeit" (bzw. des "Verschuldens") bereits im Rahmen der Bestimmung des Basisprozentsatzes berücksichtigt werden (vgl. Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 12 ff., insb. Rz. 19-21, 36, 40, 45 und 47).

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 Cialis "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 (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 362-370).

Gemäss Bundesgericht hat die während Jahren elektronisch übermittelte Cialis-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 hat auf der Stufe der Verkaufsstellen hohe Wirkung entfaltet, indem im Jahre 2005 27.2 % aller durch die SD-Ärzte und 36.5 % aller durch die Apotheken verkauften Cialis-Packungen zu tieferen Preisen als die Preisempfehlung verkauft worden waren, was zu ausserordentlich hohen Margen führte. Das Bundesgericht stufte das Schädlichkeitspotential dieser den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden, vertikalen Abrede als hoch ein, weil sie konsequent und dauerhaft auf einem wenig transparenten Markt umgesetzt worden sei (Urteil 2C\_145/2018 E. 5.2.4, 5.4.3, 5.4.2.2, 6.4.4 f., 7.4.3).

Bei dieser für das Bundesverwaltungsgericht verbindlichen Ausgangslage kann – entgegen der Beschwerdeführerin (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 34 ff, insb. Rz. 38 sowie Rz. 45 ff.) – nicht von geringfügigen Auswirkungen der Publikumspreisempfehlungen an Verkaufsstellen ausgegangen werden, welche (zumindest) eine Senkung des Basisprozentsatzes auf 1 % aufdrängen würden. Doch ist – wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 46) – bei der Sanktionsbemessung auch der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu berücksichtigen (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 nicht von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aus (Urteil 2C\_145/2018 E. 6.5, 7 ff.). Dieser verminderten Intensität der negativen Auswirkungen ist bei der Bestimmung des Basisprozentsatzes zwingend Rechnung zu tragen (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.).

Daher ist der vorgeworfene Verstoss – auch wenn die Preisbekanntgabeverordnung entgegen der Vorinstanz im Rahmen des Vertrauensschutzes

keine Berücksichtigung finden kann – immer noch als "mittelschwer" zu betrachten. Insofern erweist sich der in der angefochtenen Verfügung angesetzte Basisprozentsatz von 5 % weiterhin als tatangemessen und ist dementsprechend zu bestätigen.

**3.4** 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).

Im vorliegenden Fall erhöhte die Vorinstanz die Sanktion unter Zugrundelegung einer Dauer des kartellrechtswidrigen Verhaltens von 57 Monaten (2004: 9 M., 2005: 12 M., 2006: 12 M., 2007: 12 M., 2008: 12 M. =>  $9+4 \times 12 = 57$ ) um 40 %.

Auch das Bemessungskriterium der "Dauer des Wettbewerbsverstosses" gemäss Art. 4 SVKG bestimmt sich 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 "schuld mindernde" Umstände anführt und sich in ihrer Stellungnahme (Rz. 51) auf ihre Beschwerde vom 18. Januar 2010 (Rz. 314 f.) und ihre Replik vom 19. Oktober 2010 (Rz. 120) beruft, wo subjektive Vertrauensschutzgründe geltend gemacht werden (vgl. auch Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 52). Dies gilt auch, soweit sie auf ihre "steten und erfolgreichen Compliance-Bemühungen" hinweist (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 56) und geltend macht, stets bestrebt gewesen zu sein, die kartellrechtlichen Vorgaben einzuhalten, weshalb der Basisbetrag

aufgrund der Dauer des Verstosses überhaupt nicht erhöht werden sollte (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 14 ff., 52).

Berechtigt ist indessen der Hinweis der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die Dauer des Verstosses falsch berechnet (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 52 ff., insb. mit Verweis auf die Beschwerde vom 18. Januar 2010 Rz. 91 f. i.V.m. act. 582/Beilage 3):

Die Vorinstanz erachtete für die Höhe der Sanktion den Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 31. Dezember 2008 als massgebend. Dass Cialis erst im Mai 2004 auf den Markt kam, bezeichnete die Vorinstanz als einen "minimale(n) Unterschied", welcher "keine separate Berücksichtigung" rechtfertige (angefochtene Verfügung Rz. 375).

Das Bundesgericht liess zwar die Frage des massgebenden Zeitraums bzw. der Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens offen (vgl. Urteil 2C\_145/2018 E. 8.3.4.2), als solches bzw. als Abstimmung erachtete es aber einzig die täglich über Monate und Jahre erfolgte elektronische Übermittlung der Daten, zumal die intensive Kommunikation zwischen Herstellern und Verkaufsstellen die Unsicherheiten über die Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten vermindert oder gar beseitigt habe (Urteil 2C\_145/2018 E. 5.2, insb. E. 5.2.4).

Wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet, wurde Cialis erst im Mai 2004 eingeführt und waren die Preisempfehlungen für Cialis – anders als diejenigen für Levitra und Viagra – ab Januar 2008 nicht mehr im Arzneimittel-Kompendium enthalten, das (jedenfalls im hier zur Diskussion stehenden Zeitraum) auf e-mediat-Daten basierte und von Documed herausgegeben wurde (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 54).

Auch wenn jede Drittpartei die von der Beschwerdeführerin ab Januar 2008 nur noch auf ihrer Internetseite publizierten Preisempfehlungen herunterladen und für eine eigene Datenbank verwenden konnte, lag ein solches Vorgehen gänzlich ausserhalb des Kontrollbereichs der Beschwerdeführerin, weshalb es ihr – im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil 2C\_145/2018 E. 5.2) – wohl kaum zugerechnet werden kann.

Der Monat April 2004 und das Jahr 2008 sind daher von den 57 von der Vorinstanz ermittelten Monaten abzuziehen, womit immer noch eine Dauer des Verstosses im Umfang von 44 Monate verbleibt.

Die von der Vorinstanz vorgenommene Erhöhung des Basisbetrages um 40% erweist sich unter diesen Umständen (Dauer des Verstosses von rund 3,7 Jahren und Ermessensspielraum) trotz der bezüglich der effektiven Dauer vorzunehmenden Korrektur weiterhin als sachlich haltbar.

**3.5** Entgegen der Beschwerdeführerin stellt die soeben vorgenommene Korrektur den von der Vorinstanz für den relevanten Markt ermittelten *massgeblichen Umsatz von Fr. (...)* nicht in Frage (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 360 mit folgender Aufschlüsselung: 2006: Fr. [...], 2007: Fr. [...], 2008: Fr. [...]).

Beträgt doch die Sanktion nach dem hierfür anwendbaren Art. 7 SVKG in keinem Fall mehr als 10 Prozent des *in den letzten drei Geschäftsjahren* in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG).

Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz nicht, wie von der Beschwerdeführerin beantragt, auf die Jahre 2005-2008 abstellte (für 2005: Fr. [...], für 2006: Fr. [...], für 2007: Fr. [...], insgesamt ausmachend Fr. [...]) [Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 55]), sondern der betragslichen Bestimmung der Sanktion die Jahre 2006-2008 zugrunde legte (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 11, 95 ff.).

**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. 377 ff.), macht die Beschwerdeführerin verschiedene Gründe für deren Vorliegen geltend, um eine "Herabsetzung des Betrags nach den Art. 3 f. SVKG um 75 %" zu erwirken.

**3.6.1** Nach Ansicht der Beschwerdeführerin rechtfertigt das "rein hypothetische und damit minimale Verschulden" eine "signifikante Reduktion der Busse" (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 47, 61): Der ihr vorgewarfene Verstoss sei auf der Grundlage der im relevanten Zeitraum bekannten Rechtslage auch bei aufwändigen Compliance-Bemühungen nicht voraussehbar gewesen, da er weder in der Schweizer Lehre und Praxis noch im EU-Wettbewerbsrecht als Verstoss galt. Die geänderte Rechtslage, wonach unverbindliche Preisempfehlungen ohne Druck, Anreize oder ähnliche Einflussnahmen als harte Vertikalabreden gelten, sei international singulär und geniesse auch keinen Rückhalt in der Lehre. Das Rückweisungsurteil 2C\_145/2018 habe zu einer Änderung der bekannten Rechtslage geführt, was dadurch bestätigt werde, dass mit dem Bundesverwaltungsgericht ein Fachgericht die Rechtslage zweimal abweichend vom Rückweisungsurteil gewürdigt habe. Insbesondere das Bundesverwaltungsgericht habe die Verhaltensweise als wettbewerbsneutrale und damit zulässige Höchstpreisempfehlungen eingestuft. Insofern handle es sich bei den gemäss Bundesgericht unzulässigen, unverbindlichen Preisempfehlungen zu Cialis um Verhaltensweisen, die am äussersten Rand des Anwendungsbereichs von Art. 5 Abs. 4 KG zu verorten seien. Im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union habe die Europäische Kommission bereits ganz von einer Busse abgesehen, als in Bezug auf einen Verstoss keine gerichtliche Praxis bestand, anhand deren die Rechtsunterworfenen die Unzulässigkeit ihres Verhaltens hätten erkennen können. Auch habe sie sich während der Untersuchung stets mit wachem Sinn nach der Praxis der Wettbewerbsbehörden erkundigt und ihr Verhalten angepasst.

Mit diesen Einwänden folgt die Beschwerdeführerin einem nunmehr durch BGE 147 II 72 (sowie das Urteil 2C\_145/2018) überholten Blickwinkel. Hervorzuheben ist insbesondere, dass das Bundesgericht das zur Rechtfertigung vorgebrachte Argument der Bekanntmachung vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden sowie der Preisbekanntgabeverordnung verworfen hat (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.4.1).

Wie das Bundesgericht festhielt, 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 bzw. Urteil 2C\_145/2018 E. 8.3.3).

Einzig entscheidend ist somit, dass die Beschwerdeführerin vorsätzlich gegen das Kartellgesetz verstossen hat und ihr die Unzulässigkeit ihres Verhaltens bewusst war beziehungsweise hätte bewusst sein müssen. Auf den Einwand der Beschwerdeführerin, sie hätte sich bei kartellrechtlichen Unklarheiten am Recht der EU orientieren dürfen, wo eine unverbindliche Preisempfehlung unbedenklich sei, soweit auf Druck oder Anreize verzichtet werde (vgl. Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 11, 13 ff., 17, 24 f., 28, 34, 45, 47, 64, 68), ist unter diesen Umständen nicht mehr weiter einzugehen.

Das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte "rein hypothetische und damit minimale Verschulden" ist daher zu verneinen.

**3.6.2** Wie die Beschwerdeführerin zutreffend anführt (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 60), kann *kooperatives Verhalten* praxismässig auch ausserhalb einer Bonusmeldung sanktionsmindernd berücksichtigt werden (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 86).

Hierzu erklärt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in ihrer Vernehmlassung vom 12. Juli 2010 bestätigt, dass Eli Lilly ihren Verpflichtungen stets nachgekommen sei und mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert habe (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 62 mit Verweis auf die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 12. Juli 2010 Rz. 10). 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.

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

**3.6.3** Um eine Sanktionsreduktion zu begründen, beruft sich die Beschwerdeführerin auch auf ihr "modernes Compliance-Programm zur Einhaltung des Schweizer Kartellrechts" und erklärt, dieses habe sich positiv in ihrem Verhalten auf dem Markt direkt niedergeschlagen.

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 Namen 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).

Mit ihren Erklärungen zur Compliance versäumt es die Beschwerdeführerin, ausführlich und *konkret* darzulegen, inwiefern ihr Compliance Programm geeignet gewesen wäre, den vom Bundesgericht in BGE 147 II 72 (bzw. im Urteil 2C\_145/2018) geforderten sorgfältigen Umgang mit Preisempfehlungen zu garantieren, respektive es ermöglicht hätte, die hier zur Diskussion stehende Problematik zu erkennen.

Dass die Beschwerdeführerin darauf hinweist, dass angesichts der im relevanten Zeitraum bekannten Rechtslage die Unzulässigkeit ihres Verhaltens nicht voraussehbar gewesen sei und daher auch das beste Compliance-Programm nichts geholfen hätte, vermag daran nicht zu ändern. Dasselbe gilt auch, soweit sie geltend macht, ihr in hohem Masse lernfähiges

Compliance-Programm funktioniere gut; z.B. sei die geänderte Rechtslage – das Inkrafttreten der VertBek 2007 – zeitgerecht verarbeitet und berücksichtigt worden (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 63).

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

**3.6.4** Dasselbe gilt auch, soweit sich die Beschwerdeführerin auf ihre *passive Grundhaltung* beruft und geltend macht, ihr Interesse habe sich in der *Publikation der unverbindlichen Preisempfehlung* erschöpft; dadurch sei ein Signal im Sinne der Wertigkeit des Produktes an den Markt gesandt worden. An der *Befolgung* der unverbindlichen Preisempfehlungen habe sie weder ein finanzielles noch ein anders geartetes Interesse gehabt. Ihr passives Verhalten zeuge hiervon, habe sie doch in keiner Weise darauf hingewirkt, dass sich die Verkaufsstellen auch an diese Preise hielten, weder durch Druck noch durch spezifische Anreize oder andere Mittel der Einflussnahme (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 64).

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-843/2015 E. 9.1.3).

Wie das Bundesgericht im Rückweisungsentscheid festhält, genügt im vorliegenden Kontext jedoch bereits die Kundgabe der unverbindlichen Preisempfehlung sowie das unabhängige Befolgen durch eine genügende Anzahl von Wiederverkäufern für eine Abstimmung – *ohne* dass dafür *Druck oder Anreize* seitens der Beschwerdeführerin nötig wären (vgl. Urteil 2C\_145/2018 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" (2C\_145/2018 E. 8.3.3, E. 5.2.2) und "Aufnahme [...] veranlasste" (Urteil 2C\_145/2018 E. 5.2.2).

**3.6.5** Mildernden Umstände im Sinne von Art. 6 SVKG, welche die beantragte "Herabsetzung des Betrags nach den Art. 3 f. SVKG um 75 %" zu rechtfertigen vermöchten, sind somit im vorliegenden Fall nicht erkennbar.

#### **4.**

**4.1** Zusammenfassend vermögen die Rügen der Beschwerdeführerin zur Sanktionsbemessung nicht durchzudringen.

**4.2** Die Beschwerde ist daher, soweit darauf eingetreten werden kann, abzuweisen und die vorinstanzlich festgesetzte Sanktion von Fr. 2'087'225.– zu bestätigen.

**4.3** Die Verfahrensanträge 2 bis 4 beziehen sich auf die ordnungsgemässe Führung dieses Verfahrens. Soweit damit u.a. auch die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sichergestellt werden soll, ist dies vom Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat Entscheide grundsätzlich in anonymisierter Form zu veröffentlichen (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006, SR 173.320.4). Es wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG *ex lege* geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben.

#### **5.**

Da die Urteile B-360/2010 vom 3. Dezember 2013 und B-843/2015 vom 19. Dezember 2017 vom Bundesgericht in den jeweiligen Rückweisungsurteilen 2C\_79/2014 vom 28. Januar 2015 und 2C\_145/2018 vom 7. Oktober 2021 immer vollständig aufgehoben wurden, sind vorliegend 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. 18'000.– festzusetzen.

Die Beschwerdeführerin ist bei diesem Verfahrensausgang als gänzlich unterliegend zu betrachten, weshalb ihr für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht Fr. 18'000.– auferlegt werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE). Dieser Betrag wird dem im ersten Vorverfahren B-360/2010 geleisteten (und auf das zweite Vorverfahren B-843/2015 übertragenen) Kostenvorschuss von Fr. 18'000.– 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, soweit darauf einzutreten ist. Der vorinstanzlich verfügte Sanktionsbetrag von Fr. 2'087'225.– wird bestätigt.

**2.**

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 18'000.– auferlegt und dem von ihr im ersten Vorverfahren B-360/2010 geleisteten (und auf das zweite Vorverfahren B-843/2015 übertragenen) Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 18'000.– 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)